

Oberlandesgericht Karlsruhe

Urteil vom 14.6.2013, 4 U 254/12

Gründe

I.

Die Klägerin will dem Beklagten unter Heranziehung von § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG bzw. § 12 BO für Apotheker BW untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs - abgesehen von Notfällen - für Patienten des ...Klinikums ausgestellte ärztliche Rezepte entgegenzunehmen, wenn diese ihm von einer P. GmbH bzw. Beauftragten des ...Klinikums zugefaxt worden sind.

Für die tatsächlichen Feststellungen wird auf das angefochtene Urteil Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Es lägen keine wettbewerbsrechtlich relevanten Rechtsverstöße vor. Ob eine unzulässige Absprache i.S.v. § 11 Abs. 1 S.1 ApoG vorliege, wenn nicht Behandlungspersonal, sondern ein dazwischentretender Dritter mit dem Apotheker interagiere, werde von § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG nicht beantwortet und sei in der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung noch ungeklärt. Wegen der Besonderheiten dieses Falles komme eine Ausweitung des Tatbestandes nicht Betracht. Die mit der Bearbeitung und Weiterleitung der Medikamentenrezepte befassten Mitarbeiter der P. GmbH seien nicht beim ...Klinikum beschäftigt. Zudem habe der verschreibende Arzt keine Kenntnis davon, ob, wie und an wen ein Auftrag erteilt werde und nehme auch keinen Einfluss darauf, an welchen Kooperationspartner die Rezepte weitergeleitet würden. Es könne nicht festgestellt werden, dass Ärzte Interesse an der Auswahl der Kooperationspartner gezeigt hätten. Die strukturelle Nähe der P. GmbH zum ...Klinikum trage die Gefahr in sich, dass beteiligte Kooperationsapotheken entgegen ihren Kontrollfunktionen handeln könnten. Eine solche abstrakte Schutzzweckberührung rechtfertige die Anwendung von § 11 ApoG aber nicht. Ein Anruf bei der Ehefrau des Uniklinik-Patienten L sei nicht als unerlaubter Werbeanruf gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG unzulässig.

Mit der Berufung rügt die Klägerin, das Landgericht habe § 11 Abs.1 S. 1 ApoG zu eng ausgelegt. Deshalb habe es verkannt, dass es sich bei der P. GmbH um eine Person handle, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befasst. Maßgeblich für die Einordnung i.S. der Vorschrift sei es, dass die betreffenden Personen über die besondere Möglichkeit zur Beeinflussung der Auswahl von

Leistungserbringern für Patienten im Krankheitsfall verfügen. Nicht notwendig sei dagegen, ob sie Tätigkeiten ausführen, die als Ausübung der Heilkunde i. S. d. § 1 HeilprG zu qualifizieren seien. Die P. GmbH berate satzungsgemäß den Patienten über die weitere Behandlung und empfehle, wenn dies gewünscht werde, einen geeigneten Dienstleister für Material und Pflege. Demgemäß sei ihr Personal mit der Behandlung von Krankheiten befasst. Deshalb gehe es entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht darum, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Dritter, der zwischen die Normadressaten trete, auch dem Schutzzweck der Norm unterfalle. Selbst wenn es für die Beurteilung auf die Nähe der P. GmbH zum Arzt bzw. Klinikum ankomme, sei maßgeblich die organisatorische, persönliche und wirtschaftliche Verflechtung zwischen der P. GmbH und dem ...Klinikum zu berücksichtigen. Die P. GmbH sei auf dem Gelände des Klinikums ansässig, nutze kostenpflichtig Räumlichkeiten, Telefon- und Computeranschlüsse und sei ohne das Klinikum nicht lebensfähig, während sie andererseits kostenlos Aufgaben des Klinikums erfülle. Zusätzlich profitiere das Klinikum als Gesellschafterin (40 %) auch von Gewinnausschüttungen der P. GmbH. Die Abläufe würden auch dafür sprechen, dass entsprechende Weisungen der Klinikums und der P. GmbH gegenüber ihrem Personal bestehen. Es genüge der aus der finanziellen Verflechtung von ...Klinikum und P. GmbH herührende „böse Schein“ von Absprachen, die die Kontrolltätigkeit des Apothekers tangieren könnten. Außerdem habe sich das Landgericht gar nicht mit § 12 BO Apotheker BW auseinander gesetzt, obwohl nach dieser Vorschrift weder eine Absprache erforderlich sei noch mit heilkundlich tätigen Personen erfolgen müsse. Vielmehr genüge das Zusammenwirken mit jedermann, das die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand habe oder zur Folge haben könnte.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Landgerichts Freiburg vom 31.12.2012 - 1 O 139/12 - wie folgt abzuändern:

a) Dem Beklagten wird untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs - abgesehen von Notfällen - ärztliche Rezepte aus dem Klinikum entgegenzunehmen und/oder entgegennehmen zu lassen, indem die Rezepte, die für Patienten des ...Klinikums ausgestellt sind, zunächst durch die P. GmbH oder sonst Beauftragte des ...Klinikums an die Apotheke des Beklagten gefaxt werden, anschließend die verschriebenen Arzneimittel in der Apotheke des Beklagten entsprechend den gefaxten Rezepten in Medikamenten-Tüten gepackt werden und schließlich die Original-Rezepte bei Auslieferung der Medikamenten-Tüten durch Boten der Apotheke des Beklagten in den Krankenzimmern des ...Klinikums abgeholt werden.

b) Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen lit a.) ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000 € ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren angedroht.

c) Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Klägerin alle Schäden zu ersetzen hat, die ihr durch Handlungen des Beklagten, wie sie in lit. a) geschildert sind, seit dem 28.10.2011 entstanden sind und/oder noch entstehen werden.

d) Der Beklagte wird verurteilt, über Handlungen, wie sie in lit. a) geschildert sind, seit dem 28.10.2011 Auskunft zu erteilen durch Vorlage eines chronologischen Verzeichnisses, aus dem sich Datum, Art und Abgabepreis der entsprechend verschriebenen Arzneimittel, Medizinprodukte oder sonstigen Hilfsmittel ergeben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil und widerspricht der Beurteilung, dass die P. GmbH in § 11 Abs. 1 ApoG einzuordnen sei. Auf den Gegenstand des Unternehmens komme es nicht an. Die P. GmbH betreibe auch keine Einrichtung, in der Patienten behandelt würden. Es sei zudem nach den konkreten Tätigkeiten zu differenzieren. Mit der Weiterleitung der Rezepte und Verordnungen an Kooperationspartner hätten die im Krankenhaus tätigen Mitarbeiter der P. GmbH nichts zu tun. Damit erfülle die P. GmbH auch nicht Aufgaben des ...Klinikums. Die im Patientenmanagement tätigen Mitarbeiter der P. GmbH könnten schon von der beruflichen Qualifikation her nicht mit der Behandlung von Krankheiten befasst sein. Deren Tätigkeiten (Organisation der Versorgung, Absprachen mit Sanitätshäusern, Pflegediensten und Apotheken) seien auch bei sehr weiter Auslegung nicht mehr als Befasstheit mit der Behandlung von Krankheiten zu verstehen. Selbst die mit Materialeinweisungen und Schulungen befassten Mitarbeiter der P. GmbH hätten mit der Auswahl der Medikation nichts zu tun.

Im Übrigen habe das Landgericht festgestellt, dass die Patienten des Klinikums durch Mitarbeiter der P. GmbH nicht in ihrer Wahlfreiheit beschnitten würden. Die Rezepte würden dem Patienten ausgehändigt, weshalb kein Fall einer Zuweisung von Verschreibungen vorliege. Es fehle ferner am Merkmal einer Absprache. Die Klägerin behaupte nicht, dass zwischen der P. GmbH und dem Beklagten eine vertragliche Vereinbarung i.S. eines Automatismus bestehe.

Der Beklagte bestreitet die behauptete wirtschaftliche Verflechtung der P. GmbH mit dem ...Klinikum.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Parteivorbringens wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg.

A.

Der Klägerin steht ein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3 Abs.1, 4 Nr. 11 UWG i. V. m. § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG wegen der Kooperation mit der P.-GmbH zu.

1. Die tatbestandlichen Voraussetzungen der von der Klägerin herangezogenen Verbotsnorm sind erfüllt.

a) Die P. GmbH gehört zu dem Kreis der von § 11 Abs. 1 ApoG angesprochenen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen. Dies folgt aus ihrem in der Präambel und § 2 des Gesellschaftsvertrages definierten Zweck (Anlage K 2: u. a. Auswahl geeigneter Partner zur Sicherstellung qualifizierter Weiterbehandlung und Versorgung und deren Überwachung, Sicherung der Versorgung mit Materialien und Hilfsmitteln) und dem im Behandlungsvertrag, in dem der Patient sich mit der Einschaltung der P. GmbH einverstanden erklärt, umschriebenen Aufgabenbereich (Anlage K 1: u. a. Beratung im Umgang mit Heil- und Hilfsmitteln).

Bei enger Auslegung der Vorschrift gehören zu den Personen, die mit der Behandlung von Krankheiten befasst sind, zwar nur solche, die die Heilkunde ausüben. Der Begriff ist indes weit auszulegen. Das statuierte Verbot von Absprachen soll nach Sinn und Zweck der Vorschrift alle Personen erfassen, die sich im weiteren Sinne mit der Behandlung von Krankheiten befassen. Die durch das Verbot der Zuweisung von Verschreibungen zum Ausdruck kommende Trennung zwischen der behandelnden Seite und Apothekern soll u.a. gewährleisten, dass der Apotheker die ihm zugewiesene Kontrollfunktion bei der Lieferung und Aushändigung von Arzneimitteln sachgerecht und eigenverantwortlich entsprechend seiner herausgehobenen Stellung im Gesundheitssystem wahrnimmt. Die wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit und Unabhängigkeit des Apothekers soll mit dem Verbot in § 11 ApoG gesichert werden (vgl. BT-Drucks. 3/1769; BT-Drucks., 3. Wahlperiode, S. 6382, 6396 f.). Durch Absprachen hinsichtlich der Zuweisung von Verschreibungen können auch die mit der Behand-

lung von Krankheiten im weiteren Sinne befassten Personen mit einem Apotheker Einfluss auf dessen Entscheidungsprozess und die Unabhängigkeit ausüben, weshalb diese generell verboten sind. Deshalb gehören beispielsweise auch Krankenschwestern oder Arzthelferinnen (vgl. Schiedermaier/Pieck, Apothekengesetz, 3. Aufl. 1981, § 11 ApoG, Rn. 8) zum erfassten Kreis von Personen.

Dass die P. GmbH, wie der Beklagte meint, mit der Übernahme der vorstehend genannten Aufgaben nicht das mit der Behandlung von Krankheiten befasste heilkundliche Personal des Klinikums, sondern allenfalls den Patienten selbst entlastet, dessen Aufgabe es sei, sich die verschriebenen Medikamente und Hilfsmittel zu besorgen, hat für die Einordnung in den Kreis der von § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG erfassten Personen ebenso wenig Bedeutung wie die Frage, ob die im Rezeptmanagement bei der P. GmbH tätigen Personen nicht dem Bereich der Heilhilfsberufe zuzuordnen sind, sondern sich „nur“ mit der Organisation der Versorgung befassen. Entscheidend ist vielmehr die tatsächliche Einschaltung der P. GmbH in den Komplex der Behandlung von Krankheiten.

b) Die zwischen der P. GmbH und dem Beklagten praktizierte Kooperation durch Vorabinformation des Beklagten über die Patienten der Klinik verordnete Medikamente per Fax und die dadurch von der GmbH veranlasste Lieferung des Medikaments durch den Beklagten an den Patienten gegen Aushändigung des Originalrezepts verstößt gegen § 11 Abs. 1 ApoG, denn damit lässt sich der Beklagte durch die mit der Behandlung von Krankheiten befassten GmbH Verschreibungen zuweisen.

aa) Dass diese Praxis möglicherweise nicht im Einzelnen und ausdrücklich vertraglich vereinbart ist, ändert daran nichts. Derartige Absprachen können auch stillschweigend getroffen werden. Unerheblich ist auch, ob der Leistung der GmbH eine Gegenleistung des Beklagten gegenübersteht (vgl. Schiedermaier/Pieck, Apothekengesetz, 3. Aufl. 1981, § 11 ApoG, Rn. 10). Wie diese Übereinkunft möglicherweise darüber hinaus ausgestaltet ist, kann dahinstehen.

bb) Die Absprache zwischen der P. GmbH und dem Beklagten betrifft auch u. a. die Zuweisung von Verschreibungen:

Zuweisungen i.S.v. § 11 ApoG sind solche, bei denen mit der Behandlung von Krankheiten Befasste die ärztliche Verschreibung unter Ausschluss anderer Apotheken unmittelbar einer einzelnen Apotheke oder mehreren Apotheken anteilmäßig oder im Wechsel zukommen lassen. Ein solcher Fall ist hier gege-

ben. Zu den Kooperationspartnern gehört neben dem Beklagten nur eine kleine Zahl weiterer Apotheken.

Dass die Rezepte den Mitarbeitern der P. GmbH von dem Patienten bei Lieferung selbst übergeben werden oder mit dessen Einverständnis zur P. GmbH gelangen, ist für die Beurteilung in diesem Zusammenhang ohne Bedeutung. Dass die P. GmbH dem Patienten die Auswahl einer bestimmten Apotheke überlässt, spielt ebenfalls keine Rolle. Maßgeblich ist vielmehr, dass dem Modell ein die Apothekenwahl des Patienten maßgeblich steuerndes Element dadurch innewohnt, dass die Einschaltung der GmbH darauf angelegt ist, ihr Einfluss auf die Auswahl der Apotheke zu verschaffen.

2. Diese Kooperation ist wettbewerbswidrig, denn bei § 11 ApoG handelt es sich um eine Marktverhaltensregel. Die Vorschrift schützt das Vertrauen der Verbraucher in die Unabhängigkeit der Tätigkeit des Apothekers und regelt deshalb dessen Marktverhalten, d.h. seiner Tätigkeiten, durch die er auf Verbraucher einwirkt. (vgl. GK-UWG/Metzger 2.A 2013 § 4 Nr. 11 Rn. 84).

3. Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die gemäß ihrem Art. 4 die vollständige Harmonisierung der Vorschriften der Mitgliedstaaten über unlautere Geschäftspraktiken bezweckt, steht der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG nicht entgegen. Gemäß Artikel 3 Abs. 3 der Richtlinie sowie ihrem Erwägungsgrund 9 bleiben die nationalen Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte unberührt. Die Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht daher mit der Richtlinie im Einklang, soweit Marktverhaltensregelungen - wie hier - dem Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Verbrauchern dienen (Köhler in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 4 Rn. 11.6h).

4. Die Voraussetzungen des § 8 S. 1 UWG sind erfüllt. Der Beklagte hat in der Vergangenheit unzulässige geschäftliche Handlungen im vorgenannten Sinne vorgenommen (§§ 3 Abs. 1, 4 Nr.11 UWG i. V. m. § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG). Es besteht, da er beabsichtigt, diese in Zukunft fortzusetzen, Wiederholungsgefahr. Der Klägerin als Mitbewerberin steht ein entsprechender Unterlassungsanspruch zu (§ 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG).

B.

Soweit die Klägerin Unterlassung auch insoweit begehrt, als sie im Antrag eine Mitwirkung von Beauftragten des ...Klinikums beschreibt, ist die Berufung unbegründet. Ein dahingehender Unterlassungsanspruch steht der Klägerin nicht zu, denn sie hat nicht behauptet, dass Absprachen zwischen dem Beklagten

und einzelnen Klinikärzten oder den Abteilungen des Klinikums selbst bestehen. Weder ist dafür etwas vorgetragen noch ist sonst ersichtlich, dass die P. GmbH als Beauftragte des ...Klinikums tätig wird. Ausweislich des Behandlungsvertrages beauftragt sie der Patient, nicht das Klinikum. Wirtschaftliche Verflechtungen des Klinikums mit der P. GmbH bzw. der Umstand, dass letztgenannte Aufgaben des Klinikums erfüllt, machen deren Mitarbeiter nicht zu Beauftragten des Klinikums.

C.

Der Androhungsantrag ist zulässig. Die Androhung der Ordnungsmittel gegen einen Schuldner, der eine Handlung zu unterlassen hat, kann in dem die Verpflichtung aussprechenden Urteil enthalten sein (§ 890 Abs. 2 ZPO).

D.

Der Feststellungsantrag ist zulässig und begründet. Ein Feststellungsinteresse i.S.v. gemäß § 256 Abs. 1 ZPO ist gegeben.

Der Beklagte ist, da er zumindest fahrlässig eine nach § 3 UWG unzulässige geschäftliche Handlung vorgenommen hat (s.o.), der Klägerin als Mitbewerberin zum Ersatz des ihr daraus entstehenden Schadens verpflichtet (§ 9 S. 1 UWG). Fahrlässigkeit ist gegeben, weil der Beklagte eine von der eigenen Einschätzung abweichende Beurteilung der rechtlichen Zulässigkeit seines Verhaltens hätte in Betracht ziehen müssen (vgl. zum Schadensersatzanspruch beim "Einsammeln" von Rezepten BGH, Urteil vom 17. Oktober 1980 – I ZR 185/78 –, juris).

E.

Der Auskunftsantrag ist ebenfalls begründet.

Da dem Grunde nach ein Schadensersatzanspruch wegen der Wettbewerbsverstöße des Beklagten besteht, kann die Klägerin vom Beklagten auch Auskunft verlangen. Die Auskunft ist erforderlich. Der Klägerin verfügt nicht über die notwendigen Informationen zur Durchsetzung ihres Hauptanspruchs. Es ist auch nicht ersichtlich, dass ihr andere Informationsmöglichkeiten zur Verfügung stünden, die sie noch nicht ausgeschöpft hätte. Die Auskunftserteilung ist dem Beklagten angesichts von Art und Schwere des Verstoßes und Gewichts des Informationsinteresses zumutbar.

Der Antrag ist, da er sich auf Art, Umfang und Dauer der konkret geltend gemachten Verletzungshandlung bezieht, zur Substantiierung des Hauptanspruchs geeignet und erforderlich.