
Datum: 07.09.2001
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 185/00
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2001:0907.6U185.00.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 81 O 28/00

Tenor:

1.) Die Berufung der Beklagten gegen das am 1.9.2000 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln - 81 O 28/00 - wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Urteilstenor zum Hauptausspruch wie folgt neu gefasst wird: Die Beklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000 DM zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für die Versendung von apothekenpflichtigen Arzneimitteln wie nachfolgend wiedergegeben zu werben: (Es folgen unverändert die Ablichtungen der Internetausdrucke wie auf S.3-58 der angefochtenen Entscheidung.) 2.) Die Kosten des Rechtsstreits erster Instanz haben die Klägerin zu 30 % und die Beklagte zu 70 % zu tragen. Die Kosten des Berufungsverfahrens haben die Klägerin zu 15 % und die Beklagte zu 85 % zu tragen. 3.) Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Beklagte kann jedoch die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in nachbenannter Höhe abwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit jeweils in derselben Höhe leistet. Es ist Sicherheit in folgender Höhe zu leisten bzw. sind folgende Beträge zu hinterlegen: Bei Vollstreckung des Anspruches auf a) Unterlassung 70.000,00 DM b) Kostenerstattung 14.000,00 DM Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung oder Hinterlegung in Höhe von 4.000 DM abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in derselben Höhe leistet. Beiden Parteien wird nachgelassen, die Sicherheiten auch durch Stellung einer selbstschuldnerischen Bürgschaft einer

deutschen Großbank oder öffentlich-rechtlichen Sparkasse zu erbringen. 4.) Die Beschwer der Beklagten wird auf 70.000 DM festgesetzt.

Tatbestand	1
Die Parteien sind Wettbewerber auf dem Gebiet der ambulanten Versorgung schwerstkranker Patienten. Es handelt sich insbesondere um Krebskranke und um Mucoviszidose-Patienten sowie um solche Personen, die künstlich (enteral/parenteral) ernährt werden müssen.	2
Die Klägerin beanstandet den Internetauftritt der Beklagten. Wegen des Inhalts und der Ausgestaltung der angegriffenen Homepage der Beklagten wird auf den 56 Seiten umfassenden Papierausdruck verwiesen, wie er - als Seiten 3 - 58 - Bestandteil der angefochtenen Entscheidung ist. Zwischen den Parteien ist ein weiterer Rechtsstreit umgekehrten Rubrums anhängig (6 U 186/00 = 81 O 198/00 LG Köln), in dem die Prospektwerbung der Klägerin Verfahrensgegenstand ist.	3
Die Beklagte ist - wie der Homepage unter "w.ü.u." entnommen werden kann - ein Zusammenschluss von Apothekern. Dementsprechend arbeitet sie mit eigenen Apotheken, den sogenannten "Apoteral-Apotheken", zusammen.	4
Die Klägerin beanstandet die Verletzung einer Vielzahl von Vorschriften aus der ApBetrO, dem HWG, dem AMG und dem UWG durch das von der Beklagten angebotene Versorgungssystem.	5
So sei gemäß §§ 17 Abs. 2 ApBetrO, § 43 AMG die Versendung von Arzneimitteln aus der Apotheke oder die Zustellung durch Boten nur in begründeten Einzelfällen zulässig und außerhalb einer Apotheke vollständig unzulässig. Sofern ein solcher Versand ausnahmsweise zulässig sei, dürfe er gemäß § 8 HWG nicht beworben werden. Unter Verstoß gegen diese Vorschriften enthalte die Internetwerbung an einer Vielzahl von im einzelnen auf Bl.63 f aufgelisteten Stellen Aussagen, durch die die Beklagte einen solchen Versand bewerbe.	6
Soweit die Klägerin die Verletzung weiterer Rechtsvorschriften gerügt hat, wird auf ihre erstinstanzlichen Schriftsätze verwiesen.	7
Die Klägerin hat b e a n t r a g t,	8
die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 500.000 DM zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs für die Versendung, den Absatz und die Behandlung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln und Dienstleistungen wie nachstehend wiedergegeben zu werben:	9
<i>(Es folgte die oben erwähnte 56 Seiten umfassende Kopie des Papierausdruckes der angegriffenen Homepage der Beklagten).</i>	10
Die Beklagte hat die Antragsfassung kritisiert und zur Rechtslage u.a. ausgeführt,	11
es liege keine Versandwerbung vor:	12
	13

Was zunächst die ApBetrO angehe, so sei diese auf sie schon gar nicht anwendbar, weil sie keine Apotheke betreibe. Zudem sei jedenfalls § 17 ApBetrO nicht einschlägig, weil sie kein Arzneimittel in Verkehr bringe, versende oder per Boten zustelle. Auch § 8 HWG greife nicht ein, weil sie jedenfalls nicht - wie dies die Vorschrift voraussetze - eine "produktspezifische Absatzwerbung" betreibe. Auf der Homepage sei kein einziges Arzneimittel mit Handelsnamen oder Wirkstoffbezeichnung erwähnt. Die Werbung befasse sich vielmehr ausschließlich mit den "Homecare-Leistungen" (gemeint ist eine ambulante "Rundum-Versorgung" für schwer pflegebedürftige Kranke). Im übrigen müsse die angegriffene Werbeaussage vor folgendem Hintergrund gesehen werden:

Es handele sich um schwerst pflegebedürftige Patienten, die regelmäßig nicht in der Lage seien, sich ihre notwendigen Medikamente selbst zu besorgen. Damit sei das gesetzliche Leitbild des § 17 ApBetrO sowie des § 43 AMG, nämlich die Verabreichung der Medikamente in der Apotheke an den Patienten, nicht erfüllt. In dieser Situation lasse sich der Umstand, dass im Rahmen des Gesamtangebotes auch Arzneimittel von Apotheken abgegeben werden, nicht werblich umschreiben, ohne zumindest sinngemäß von einer "Versorgung", sowie von "Arzneimitteln" und "von Apotheken" zu sprechen. 14

Auch die weiter herangezogenen Rechtsvorschriften seien nicht erfüllt. 15

Das L a n d g e r i c h t hat der Klage unter Bezugnahme auf sein Urteil in der erwähnten Parallelsache, in der die Klage abgewiesen worden ist, mit der Begründung stattgegeben, die vielfältige Einbeziehung der Apotheken suggeriere deren Mitwirken am gesamten beworbenen "Versorgungssystem". Außerdem führe die Gestaltung der Homepage auch dazu, dass die Beklagte Werbung der ihrem Verbund angehörenden Apotheken fördere, die im Sinne der Berufsordnung übertrieben sei und so gegen § 1 UWG i. V. m. § 9 BO verstoße. 16

Die Beklagte wiederholt zur Begründung ihrer B e r u f u n g zunächst ihre Kritik an der Fassung des Antrags bzw. inzwischen auch des Urteilstenors. Mangels einer konkreten Bezeichnung der einzelnen beanstandeten Äußerungen werde nicht deutlich, welche Aussagen innerhalb des Internetauftrittes zu unterlassen seien, um dem Tenor zu genügen. Damit sei das Bestimmtheitsgebot des § 253 ZPO nicht erfüllt. 17

Weiter gingen das Klagebegehren und das angefochtene Urteil auch deswegen viel zu weit, weil es für den Bereich, der über die E.apotheke des Geschäftsführers der Klägerin Dr. K. hinausgehe, an einem konkreten Wettbewerbsverhältnis im Sinne des § 1 UWG sowie des § 13 Abs. 2 Nr. 1 UWG fehle. 18

Entgegen der Auffassung des Landgerichts belegten die in dem Urteil herausgegriffenen vier Zitate nicht den Eindruck, dass sie oder eine ihrer Apotheken die Medikamente an die Patienten versendeten bzw. dass die Apotheken die Beklagte als (Versendungs-) Boten einsetzten. Tatsächlich wüssten die Patienten und ihre Angehörigen aus leidvoller Erfahrung, dass es ihnen obliege, die Medikamente abzuholen oder durch einen Boten abholen zu lassen. 19

Alle diese vier Zitate stammten im übrigen aus demjenigen Bereich der Homepage, die sich mit enteraler Ernährung befasse. Diese sei indes dadurch gekennzeichnet, dass überhaupt keine Arzneimittel verabreicht würden. Im übrigen zeige der Kontext in allen vier Fällen, dass keine aktive Versendung von Seiten einer der betreffenden Apotheken gemeint sei. 20

Weiter werde durch die angegriffene Homepage auch nicht eine Werbung der Apotheken gefördert, die übertrieben wirke und dem zufolge gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 der BO Nordrhein unzulässig sei. Es handele sich ausschließlich um ihre eigene Werbung und nicht eine solche der Apotheken, zudem sei die Werbung auch nicht übertrieben.	
Die Beklagte b e a n t r a g t,	22
unter Abänderung des Urteils der 1.Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln vom 1.9.2000 - 81 O 28/00 - die Klage abzuweisen.	23
Die Klägerin hat die Klage im Termin zur mündlichen Berufungsverhandlung insoweit zurückgenommen, als sie den Absatz und die Behandlung mit apothekenpflichtigen Arzneimitteln sowie Dienstleistung zum Gegenstand hatte, und im übrigen	24
b e a n t r a g t,	25
die Berufung zurückzuweisen.	26
Sie verteidigt das angegriffene Urteil. So sei der Antrag hinreichend konkretisiert und beschränke sich ihr Anspruch nicht auf den Bereich der E.apothek in K., weil sie seit langem bundesweit tätig sei. In der Sache bezieht sich die Klägerin zum Beleg ihrer aufrechterhaltenden Rechtsauffassung erneut auf einzelne Aussagen in der angegriffenen Homepage. Im übrigen stützt sie sich hilfsweise weiterhin auf die rechtlichen Gesichtspunkte, die bereits Gegenstand des erstinstanzlichen Verfahrens waren, von dem Landgericht aber nicht aufgegriffen worden sind.	27
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf die gewechselten Schriftsätze Bezug genommen, die sämtlich Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren.	28
E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e	29
Die Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Die Klage hat, soweit sie nicht zurückgenommen worden ist, auch im Berufungsrechtszug Erfolg.	30
A	31
Die Klage ist zunächst zulässig. Entgegen der Auffassung der Beklagten genügt die Antragsfassung den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs.2 Ziff.2 ZPO, zudem steht auch die Regelung des § 13 Abs.2 Ziff.1 UWG der Zulässigkeit nicht entgegen.	32
Der Beklagten wird durch den verbalen Teil des Urteilstenors - noch - vorgeworfen, für die Versendung von apothekenpflichtigen Arzneimitteln wie bisher geschehen in ihrer Homepage zu werben. Damit wird das Verbot beschränkt auf diejenige Werbung für den beanstandeten Versandhandel, die gerade in dem Internet-Auftritt bisher erfolgt ist. Auf diese Weise wird hinlänglich deutlich, wo die Grenzen des untersagten Werbeverbotes liegen. Dass nicht auf jeder Seite der insgesamt zum Urteilsgegenstand gemachten Homepage Werbung für den Versand erfolgt, ändert daran nichts. Die Wiedergabe des vollständigen Internet-Auftrittes gebietet das Erfordernis der Ausrichtung des Verbotes an der konkreten Verletzungsform. Sie beeinträchtigt insbesondere vor dem Hintergrund, dass in den Entscheidungsgründen hinlänglich deutlich gemacht wird, durch welche Elemente sich die unzulässigen Aussagen auszeichnen, die gebotene Bestimmtheit des Antrags nicht.	33

Der Senat hat nicht zu entscheiden, ob die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 13 Abs.2 Ziff.1 UWG erfüllt sind. Denn die Parteien sind unmittelbare Wettbewerberinnen und als solche ist die Klägerin regional unbeschränkt klagebefugt. Das gilt selbst dann, wenn man lediglich die Apotheke des Geschäftsführers der Klägerin in K. in Betracht zieht: Angesichts der bundesweiten Ausbreitung der Beklagten und deren bundesweiter Werbung in Internet stehen die Parteien schon wegen ihrer örtlichen Berührung im Bezirk jener Apotheke in unmittelbarem Wettbewerb zueinander.

Im übrigen stünde der Klägerin auf der Grundlage der Entscheidung BGH WRP 99, 421,422 - 35 "Vorratslücken" der - zunächst zu unterstellende - Unterlassungsanspruch auch dann räumlich unbeschränkt zu, wenn sich ihre Prozessführungsbefugnis allein aus § 13 Abs.2 Nr.1 UWG (nur abstrakte Wettbewerberin) herleiten ließe. Anderes kann auch aus der von der Beklagten erwähnten Entscheidung "Immobilienpreisangaben" (WRP 01,146 ff) nicht hergeleitet werden: Dort hat der BGH den Kläger als nicht unmittelbar verletzt angesehen und den Anspruch sodann an der Wesentlichkeitsgrenze des § 13 Abs.2 Nr.1 UWG scheitern lassen.

C 36

Die mithin zulässige Klage ist im noch aufrechterhaltenen Umfang aus §§ 8 Abs.1 HWG, 43 Abs.1 AMG begründet. Aus diesem Grunde kann offen bleiben, ob - wie es das Landgericht angenommen hat - auch ein Verstoß gegen § 1 UWG i.V.m. § 9 der Berufsordnung der Apotheker wegen übertriebener Werbung vorliegt. 37

Nach den genannten Vorschriften ist es untersagt, für den Versand von Arzneimitteln zu werben, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist. Dass die betreffenden Arzneimittel unter das grundsätzliche Apothekenmonopol des § 43 Abs.1 AMG fallen, ist offenkundig und außer Streit. Für die Entscheidung maßgeblich ist damit die Frage, ob aus der maßgeblichen Sicht des Verkehrs ein Versand der Arzneimittel durch die in das System der Beklagten eingebundenen sog. "Apoteral"-Apotheken vorliegt. Diese Frage ist mit dem Landgericht zu bejahen. 38

Die betreffenden Patienten bedürfen der Versorgung mit aus einer Apotheke zu beziehenden Medikamenten. Dabei handelt es sich teilweise um Fertigarzneimittel und teilweise um sogenannte Rezeptur-Arzneimittel, also solche, die auf Anweisung des Arztes von der Apotheke erst hergestellt werden. Diese Arzneimittel holen die Patienten, die hierzu zumindest ganz überwiegend auch gar nicht in der Lage wären, nicht persönlich bei der Apotheke ab. Vielmehr werden die Medikamente - wie aus der angegriffene Homepage an vielen Stellen hervorgeht - von der Organisation der Beklagten von der Apotheke zu dem Patienten transportiert. 39

Wie der Senat in seiner heutigen Entscheidung in der Parallelsache 6 U 186/00 (= 81 O 198/00 LG Köln) ausgeführt hat, sind solche Transporte und die sie betreffende Werbung dann unbedenklich, wenn es sich um Transporte im Auftrage des Patienten handelt, wenn der Transporteur also anstelle des Patienten in der Apotheke die Medikamente in Empfang nimmt. Ein Verstoß gegen § 8 Abs.1 HWG liegt demgegenüber dann vor, wenn die betreffende Apotheke Auftraggeberin des Transporteurs ist, weil die Beförderung sich dann als ein von dem Transporteur vorgenommener Versand durch die Apotheke darstellt. Dieser Fall ist vorliegend gegeben. Durch die angegriffene Homepage erweckt die Beklagte den Eindruck, die beteiligten Apotheken seien Versender der Medikamente. 40

Das ergibt sich aus der an verschiedenen Stellen des Internet-Auftritts sogar optisch hervorgehobenen Einbindung der betreffenden Apotheken in das angebotene Versorgungssystem. Die Beklagte macht durch die Darstellung auf ihrer Homepage deutlich, dass die gelieferten Medikamente ausschließlich von bestimmten Apotheken stammen. Dies geschieht durch die durchgängige Bezeichnung dieser Apotheken als "Apoteral-Apotheke", wie dies zum Beispiel aus den Ablichtungen auf den Seiten 6,10 und 11 der angefochtenen Entscheidung hervorgeht. Ergibt sich indes aus der Werbung der Beklagten, dass die Patienten die Apotheke nicht frei wählen können, sondern die Apotheken in das System eingebunden sind, dann stellt sich die Belieferung mit Medikamenten als eine solche dar, die - im Rahmen der angebotenen Komplettversorgung durch das Apoteral-Konzept - von der betreffenden, dem System zugehörigen Apotheke erfolgt. Es wird mithin der Eindruck erweckt, die Apotheke versende die Medikamente unter Einschaltung der zu dem Unternehmen gehörenden Transportkräfte bzw. Pfleger. Die Zusammenarbeit mit den Apotheken wird dem Interessenten im übrigen an mehreren Stellen der Homepage weiter verdeutlicht. So geschieht dies z.B. durch die Formulierungen: "Das Apoteralprogramm umfasst: Die Versorgung der Patienten aus ihrer ‚Apoteral-Apotheke‘ " und: "Apotheken und kooperierende Pflegekräfte garantieren eine zeitnahe jederzeit flexible Rundum-Versorgung sowie: "Die Apoteral-Apotheken garantieren ... ein Höchstmaß an ... Service durch: tägliche, EDV-gestützte, applikationsfertige Herstellung der Mischinfusionen" (a.a.O., S.5, 8 und 11), sowie durch den Hinweis (a.a.O., S.31), die Beklagte sei von Apothekern gegründet worden.

Sind indes die im Rahmen der "Rundum-Versorgung" ("h.-c.") der schwerstkranken Patienten für die Beschaffung der Medikamente erforderlichen Apotheken in dieser Weise in das System eingebunden, entwickelt sich für den interessierten Internet-Nutzer nicht der Eindruck, es würden die Medikamente in seinem Namen bei einzelnen Apotheken abgeholt, sondern Bestandteil der angebotenen "Rundum-Versorgung" sei die Belieferung durch die Apotheken, die mithin im Versandwege erfolge. Eine derartige Werbung verstößt indes gegen § 8 Abs.1 HWG. 42

Ohne Erfolg wendet die Beklagte insoweit ein, die vier von dem Landgericht beispielhaft herausgegriffenen Zitate entstammten dem Teil der Homepage, der sich mit der enteralen Ernährung befasse, bei der indes überhaupt keine Medikamente verabreicht würden. Der Eindruck der Einbindung der Apotheken in das System der Beklagten wird durchgängig in der gesamten Homepage und insbesondere auch in dem Bereich erweckt, der die notwendige Versorgung mit Arzneimitteln betrifft und in dem unter "w.ü.u." das Gesamtkonzept erläutert wird (z.B. S.23,27-29). Im übrigen ist ohnehin davon auszugehen, dass jedenfalls ein Großteil der interessierten Internet-Nutzer zumindest im wesentlichen die gesamte Homepage zur Kenntnis nehmen wird, um sich ein umfassendes Bild von dem Angebot der Beklagten zu machen. 43

Ebenso grundlos beanstandet die Beklagte schließlich, das erstinstanzliche Gericht habe in beiden Fällen mit zweierlei Maß gemessen. Maßgeblich für die Verurteilung der Beklagten im vorliegenden Verfahren ist die durch die Werbung deutlich werdende Einbindung der beteiligten Apotheken in die angebotene "Komplett-Versorgung". Eine derartige Einbindung ergibt sich indes aus der in der Parallelsache angegriffenen Prospekt-Werbung der Klägerin nicht. 44

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97 Abs.1, 269 Abs.3, 523 ZPO. 45

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr.10, 711 ZPO. 46

47

Die gemäß § 546 Abs.2 ZPO festgesetzte Beschwer der Beklagten entspricht dem Wert ihres Unterliegens im Rechtsstreit.

Streitwert für das Berufungsverfahren: 48

1. bis zur Teilklagerücknahme in der mündlichen Verhandlung: 100.000 DM, 49
2. anschließend: 70.000 DM.

Der Senat schätzt den Wert der Teile des Streitgegenstands, auf die sich die Teilklagerücknahme bezieht, gem. §§ 12 Abs.1 GKG, 3 ZPO mangels anderer Angaben der Parteien auf insgesamt 30 % des Gesamtstreitwertes. 50