
Datum: 11.01.2019
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 131/18
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2019:0111.6U131.18.00

Vorinstanz: Landgericht Köln, 84 O 231/17
Schlagworte: Bezug von Fertigspritzen
Normen: UWG § 3a; ApoG §11 Abs. 1

Leitsätze:

Die Absprache zwischen einer Versandapotheke und einer Krankenversicherung, wonach ein Bezug von Fertigspritzen zur Behandlung der feuchten Makuladegeneration auf Anforderung von Augenärzten über die Versandapotheke erfolgen soll, unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des §§ 11 Abs. 1 ApoG; die Krankenversicherung ist keine „andere Person die sich mit der Behandlung von Krankheiten befasst“.

Tenor:

Die Berufung des Klägers gegen das am 27.06.2018 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Köln – 84 O 231/17 – wird zurückgewiesen.

Die Kosten des Berufungsverfahrens trägt der Kläger.

Dieses Urteil und das genannte Urteil des Landgerichts Köln sind vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110% des zu vollstreckenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110% des zu jeweils zu vollstreckenden Betrages leistet.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe:

I.

Der gemäß § 8 Abs. 3 Ziffer 2 UWG unstreitig auch im vorliegenden Verfahren klagebefugte Kläger nimmt den Beklagten auf Unterlassung einer Absprache mit einer privaten Krankenversicherung bzw. einem Augenarzt in Anspruch.

Der Beklagte betreibt als Inhaber die F. Apotheke. Als Teil dieser Apotheke betreibt der Beklagte ferner unter der Bezeichnung „B. Versandapotheke“ eine Versandapotheke, die über die erforderliche Genehmigung verfügt.

Der Beklagte hat eine Kooperation mit der D. Krankenversicherung AG (im Folgenden: D.) geschlossen, die die Versorgung von Versicherten der D. mit Arzneimitteln im Rahmen einer Intravitrealen Medikamenteneingabe in den Glaskörper (IVOM) durch Augenärzte zur Behandlung der degenerativen Makuladegeneration zum Gegenstand hat.

Die D. hat ihre Versicherungsnehmer, bei denen vom behandelnden Augenarzt die Indikation zur intravitrealen Injektionstherapie mit einem Angiogenesehemmer gestellt worden war, angeschrieben und über die Kooperation mit dem Beklagten berichtet. Diesem Schreiben war ein an den jeweiligen behandelnden Augenarzt adressiertes Schreiben nebst einer „Anforderung patientenbezogener Arzneimitteltherapie“ beigelegt, wie im Unterlassungsantrag als konkrete Verletzungsform wiedergegeben.

Der Kläger hat den Beklagten erfolglos abgemahnt.

Der Kläger hat in der Zusammenarbeit zwischen dem Beklagten und der D. oder dem jeweiligen Augenarzt einen Verstoß gegen §§ 3, 3a UWG iVm § 11 Abs. 1 ApoG sowie §§ 3, 3a UWG iVm § 14 BO und § 18 Abs. 2 Nr. 6 BO gesehen. Der Kläger hat behauptet, dass die Fertigspritzen, die von dem Beklagten an die Augenärzte geliefert werden, in jeder Apotheke ohne Schwierigkeiten hergestellt werden könnten.

Der Kläger hat beantragt,

I. den Beklagten zu verurteilen, es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, und für den Fall, dass dies nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, oder von Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd

eine Absprache mit einer privaten Krankenversicherung und/oder mit Augenärzten zu unterhalten, die zum Gegenstand hat, dass der Beklagte ärztliche Verordnungen von Augenärzten übersandt bekommt, wenn dies geschieht, wie durch die Anlage K 2 belegt:

1

2

3

4

5

6

7

8

9

10

11

12

Ihre Zeichen

Ihre Nachschreiber von

PK/Versicherungschein-Nr.

Ihre Zeichen

Datum

14.01.2017

Leistungsservice 1

Die Therapie Ihres Patienten mit intravitrealen Injektionen

Sehr geehrte Damen und Herren,

Sie haben bei Ihrem Patienten die Indikation zur intravitrealen Injektionstherapie mit einem Angiogenesehemmer gestellt.

Frau Ursula Zeitmann ist bei uns versichert, daher informieren wir Sie hiermit über unsere Kooperation mit [REDACTED] in Zusammenhang mit der Beschaffung von IVOM-Arzneimitteln.

[REDACTED] ist eine Unternehmensgruppe mit Sitz in [REDACTED], zu der ein zertifizierter Hersteller von patientenindividuell hergestellten anwendungsfertigen Spritzen mit VEGF-Antagonisten sowie eine Versandapotheke gehört (www.aposan.de).

Gemeinsam mit [REDACTED] bieten wir unseren Versicherten folgenden Service an:

- Direktbelieferung der Arztpraxis mit patientenindividuell hergestellten anwendungsfertigen Spritzen mit der exakten Dosierung der notwendigen Medikamenten durch die [REDACTED] Versandapotheke
- Direktabrechnung der Kosten zwischen der [REDACTED] Versandapotheke und Central

Die Direktbelieferung der Arztpraxis stellt sicher, dass die injektionsfertigen Spritzen pünktlich zur Behandlung in Ihre Praxis geliefert werden und die Arzneimittel zudem die erforderliche Qualität aufweisen. [REDACTED] haftet für die ordnungsgemäße Herstellung und gewährleistet eine ununterbrochene Kühlkette.

Bankverbindung

Handelssignatur

Die Direktabrechnung stellt für Ihren Patienten gleichermaßen wie für Sie eine Arbeitsvereinfachung dar. Sie müssen für die Medikamentenkosten nicht in Vorleistung treten.

Die patientenindividuelle Herstellung der anwendungsfertigen Spritzen mit den VEGF-Antagonisten durch [REDACTED] part ferner Wirkstoff und Kosten. Denn anders als bei der Zubereitung der Arzneimittel für die IVOM Therapie in der Arztpraxis entstehen auf diese Weise keine (vermeidbaren) Verwurfmengen.

Wir freuen uns, wenn Sie unser Serviceangebot überzeugt und Sie für Frau Zeitlmann entsprechende patientenindividuell hergestellte anwendungsfertige Spritzen verordnen. Ein Bestellformular haben wir Ihrem Patienten zur Verfügung gestellt. Nach Bestellung nimmt [REDACTED] mit Ihnen Kontakt auf, um die Belieferung abzustimmen.

Bei Fragen sind wir auch telefonisch gern für Sie da.

Mit freundlichen Grüßen

[REDACTED]

Seite 2

zum Schreiben vom
14.01.2017

VERSANDAPOTHEKE
PHARMA
HOMECARE

Anforderung patientenbezogener Arzneimitteltherapie
für Versicherte der **Krankenversicherung AG**

PATIENTENDATEN

Name:
Vorname:
Geburtsdatum:
Versicherten-Nummer:
Geburtsort:
Anschrift:
Anprechpartner:
Telefon:
Gewünschter Liefertermin:
(Wegfalltermin: 1 Tag vor OP)

ANFORDERNDE PRAXIS

RR. APPLIKATIONSARZNEIMITTEL ZUR ANWENDUNG DURCH DEN ARZT

☐ 1,25mg ausgeeinzeltes Bevacizumab/0,05ml Fertigspritze mit 30G/13mm Kanüle
☐ 1,25mg ausgeeinzeltes Bevacizumab/0,05ml Fertigspritze mit 33G/13mm Kanüle
☐ 2mg ausgeeinzeltes Afibercept/0,05ml Fertigspritze 30G/13mm Kanüle
☐ 8,5mg ausgeeinzeltes Ranibizumab/0,05ml Fertigspritze 30G/13mm Kanüle

☐
☐

GEPLANTE OP-TERMINE/IVOM

Diese Verordnung ist ein Dauerzettel und gilt jeweils für die oben aufgeführten OP-Termine.

Ort/Datum:
Unterschrift des verordnenden Arztes:

DIREKTABRECHUNG UND ARZNEIMITTELBESCHAFFUNG (VOM PATIENTEN ZU UNTERZEICHNEN)

☐ Ich beauftrage die Versandapotheke, die Rechnung für die oben genannte Therapie direkt an die Krankenversicherung AG zu senden. Diese Erklärung kann jederzeit widerrufen werden.

☐ Ich beauftrage die anfordernde Praxis, die Arzneimittel für mich zu beschaffen und die Versandapotheke zu beauftragen, die benötigten Arzneimittel für die IVOM Therapie direkt an die anfordernde Praxis zu liefern. Diese Erklärung kann jederzeit widerrufen werden.

Ort/Datum:
Unterschrift des Patienten:

II. den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger 267,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit (24.10.2017) zu zahlen. 15

Der Beklagte hat beantragt, 16

die Klage abzuweisen. 17

Der Beklagte ist der Ansicht gewesen, die Kooperation mit der D. unterfalle nicht dem § 11 Abs. 1 ApoG. Jedenfalls greife die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG. Bei dem hier in 18

Frage stehenden Arzneimittel handle es sich um eine anwendungsfertige Zytostatikazubereitung, zumal der Begriff weit auszulegen sei. Aus diesem Grund schieden auch Ansprüche aus §§ 14, 18 Abs. 2 Nr. 6 BO aus. Der Beklagte hat behauptet, die Fertigstellung der Spritzen sei nur in besonders ausgestatteten Apotheken möglich. Der Transport und die Lagerung müssten erhöhten Anforderungen insbesondere an die Kühlkette gerecht werden, so dass eine Aushändigung der Spritzen an den jeweiligen Patienten nicht tunlich sei.	
Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Anspruch aus §§ 3, 3a, 8 UWG iVm § 11 Abs. 1 ApoG scheide aus. Es könne dahinstehen, ob die Kooperation des Beklagten mit der D. in den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 ApoG falle. Jedenfalls könne sich der Beklagte auf die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG berufen. Hiernach dürfe der Inhaber einer öffentlichen Apotheke aufgrund einer Absprache abweichend von § 11 Abs. 1 ApoG anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen, die im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebes hergestellt worden sind, unmittelbar an den anwendenden Arzt abgegeben.	19
Es könne offenbleiben, ob es sich bei den Wirkstoffen Ranibizumab, Bevacizumab und Aflibercept um Zytostatika handle. Der Begriff Zytostatika sei weit dahingehend zu verstehen, dass hierunter nicht nur Zytostatika im engeren Sinne fielen, sondern allgemein alle Arzneimittel mit zellwachstums-, insbesondere zellteilungsverhindernder oder -verzögernder Wirkung (Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 14.10.2010 – L 1 SF 191/10 B Verg -, aus juris Rn. 91 m.w.N.; Sieper in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Auflage 2014, Rn. 5 zu § 11 ApoG; Kieser/Böhnke, A&R 2014, 257, 261 f. m.w.N.; vgl. auch BT-Drs. 16/12256 vom 16.03.2009, S. 47 zu § 21 Abs. 2 Nr. 1b AMG a.F. = Anlage B 12). Insoweit schließe sich das Landgericht der Einschätzung des Verwaltungsgerichts Potsdam (Urteil vom 04.07.2017 – VG 6 K 4881/16, BeckRS 2017, 128548) an, dass unter die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG auch die hier in Rede stehenden anwendungsfertigen IVOM-Rezepturarzneimittel fielen (Rn. 21, 43, 44).	20
Ein Anspruch ergebe sich auch nicht aus §§ 3, 3a, 8 UWG iVm §§ 14, 18 Abs. 2 Nr. 6 BO, weil nach §§ 14, 18 Abs. 2 Nr. 6 BO nur gesetzlich nicht ausdrücklich zugelassene Vereinbarungen bzw. Verträge, Absprachen und Maßnahmen untersagt seien. Vorliegend greife jedoch, die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG.	21
Da ein Unterlassungsanspruch nicht bestehe, stehe dem Kläger auch kein Anspruch auf Zahlung der Abmahnkostenpauschale zu.	22
Gegen diese Entscheidung, auf die gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, wendet sich der Kläger mit seiner Berufung.	23
Das Landgericht sei rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass die Kooperation des Beklagten mit der D. Krankenversicherung AG zulässig sei.	24
Soweit das Landgericht offengelassen habe, ob die dem Streit zugrundeliegende Kooperation in den Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 ApoG falle, sei dies anzunehmen. Dies ergebe sich aus den Grundsätzen, die der erkennende Senat in seinem Urteil vom 22.02.2017 (6 U 101/16, GRUR-RR 2017, 341 – Tattoo Apotheke) ausgeführt habe.	25
Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei die Ausnahmegvorschrift des § 11 Abs. 2 ApoG nicht einschlägig. Das Landgericht sei ohne Prüfung davon ausgegangen, dass es sich bei der Abgabe des Beklagten um die Abgabe einer anwendungsfertigen Zytostatikazubereitung	26

gehandelt habe, die im Rahmen des üblichen Apothekenbetriebs hergestellt worden sei.

Eine entsprechend weite Auslegung komme nicht in Betracht. Es könne nicht angenommen werden, dass „allgemein alle Arzneimitteln mit zellwachstums-, insbesondere zellteilungsvermindernder oder –verzögernder Wirkung“ von der Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG umfasst seien. 27

Würde dies angenommen, würden auch Präparate mit Vitamin D oder Kortison unter die Ausnahmeregelung fallen. Eine so weitgehende Anwendung käme allenfalls bei analoger Anwendung in Betracht. Diese scheitere bereits an einer Regelungslücke. 28

Zutreffend sei allerdings, dass der Begriff der Zytostatikazubereitungen weit auszulegen sei. Bei der Frage, ob eine solche gegeben sei, müsse die Frage gestellt werden, ob eine „Lösung der Onkologie“ vorliege oder eine solche Therapie ergänzt werde. Die dem Streit zugrundeliegenden Arzneimittel dienten alle der Behandlung der feuchten Makuladegeneration und erfüllten die vorgenannten Voraussetzungen nicht. 29

Da eine besondere personelle, räumliche oder apparative Ausstattung für das Aufziehen der Spritzen nicht erforderlich sei und auch keine besonderen Sicherheitsmaßnahmen in Bezug auf Lagerung pp. erforderlich seien, könne das Fertigarzneimittel ohne weiteres dem jeweiligen Patient ausgehändigt werden. Die toxische Wirkung der Zytostatika hätten die hier in Rede stehenden Medikamente nicht. Augenärzte könnten die Spritzen ohne weiteres selbst aufziehen. 30

Da sich der Beklagte nicht auf die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 ApoG berufen könne, sei die Kooperation unzulässig. Auch der Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten, den der Kläger geltend gemacht habe, sei daher begründet. 31

Der Kläger beantragt, 32

den Beklagten unter Aufhebung des Urteils des Landgerichts Köln vom 27.06.201, Aktenzeichen 84 O 231/17, zu verurteilen, 33

I. es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung fälligen Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu 250.000,00 € - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, zu unterlassen, geschäftlich handelnd 34

eine Absprache mit einer privaten Krankenversicherung und/oder mit Augenärzten zu unterhalten, die zum Gegenstand hat, dass der Beklagte ärztliche Verordnungen von Augenärzten übersandt bekommt, wenn dies geschieht, wie durch die Anlage K 2, die entsprechend dem erstinstanzlichen Antrag eingeblendet wird, belegt. 35

II. an den Kläger 267,50 € nebst Zinsen hieraus in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz gemäß § 247 BGB seit Rechtshängigkeit (24.10.2017) zu zahlen. 36

Der Beklagte beantragt, 37

die Berufung zurückzuweisen. 38

Der Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrages. 39

II. 40

Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist nicht begründet. Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass ein Unterlassungsanspruch nicht besteht.	41
1. Ein Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus §§ 3, 3a, 8 Abs. 1, 3 Nr. 2 UWG. Der Kläger ist zwar aktivlegitimiert und es liegt eine geschäftliche Handlung des Beklagten vor. Der Rechtsbruchtatbestand des § 3a UWG ist jedoch nicht erfüllt. Im Einzelnen:	42
a) Der Kläger ist gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt. Die Voraussetzungen für die Klagebefugnis sind gerichtsbekannt erfüllt. Hiergegen wendet sich der Beklagte auch nicht.	43
b) Die Absprache mit einer privaten Krankenversicherung sowie mit Augenärzten die zum Gegenstand hat, dass der Beklagte ärztliche Verordnungen von Augenärzten übersandt bekommt, stellt eine geschäftliche Handlung des Beklagten im Sinne des § 2 Abs.1 Nr. 1 UWG dar.	44
Die Annahme, dass eine geschäftliche Handlung besteht, setzt voraus, dass der Beklagte mit dem Ziel gehandelt hat, den (eigenen oder fremden) Wettbewerb zu fördern. Nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist eine geschäftliche Handlung im Sinne dieses Gesetzes jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrages über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist nicht enger als der der Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004. Zur Bestimmung einer geschäftlichen Handlung kann daher auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Begriff der Wettbewerbshandlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 zurückgegriffen werden (BGH, Urteil vom 27.07.2017 – I ZR 162/15, GRUR 2018, 196 – Eigenbetrieb Friedhöfe).	45
Nach diesen Grundsätzen liegt eine geschäftliche Handlung des Beklagten vor. Der Beklagte strebt im Rahmen der Kooperation mit der D., die wiederum Schreiben an Patienten versendet, damit diese die Schreiben an ihre behandelnden Augenärzte weitergeben, um einen Bezug des Medikaments zur Behandlung der feuchten Makuladegeneration über den Beklagten zu erreichen, an, dass auf der Grundlage seiner Absprache mit der D. ein Bezug von bestimmten Spritzen über ihn erfolgen soll. Der Beklagte bezweckt die Förderung des eigenen Absatzes mit Hilfe der angegriffenen Absprachen.	46
Für die Beurteilung der Frage, ob eine geschäftliche Handlung vorliegt, kommt es nicht darauf an, dass das Verhalten des Beklagten selbst als unzulässige Absprache zwischen dem Beklagten und der D. oder Augenärzten anzusehen ist. Entscheidend ist alleine die Frage, ob das mit dem Antrag angegriffene Verhalten eine geschäftliche Handlung darstellt.	47
c) Der Unterlassungsanspruch ergibt sich nicht aus § 8 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 3a UWG in Verbindung mit § 11 ApoG. Dabei ist bereits der Tatbestand des § 11 Abs. 1 ApoG nicht erfüllt. Auf die Frage, ob die Ausnahmegvorschrift des § 11 Abs. 2 UWG eingreift, kommt es daher nicht an.	48
aa) Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG wendet sich an den Beklagten als Erlaubnisinhaber einer Apotheke.	49
bb) Die Absprache zwischen dem Beklagten und einem Augenarzt ist nicht unzulässig. Die Voraussetzungen des § 11 Abs. 1 ApoG sind nicht erfüllt. Eine gemäß § 11 Abs. 1 ApoG	50

unzulässige Absprache zwischen dem Beklagten und der D. oder Augenärzten liegt nicht vor.

Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG dürfen Erlaubnisinhaber und Personal von Apotheken mit Ärzten oder anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand haben. 51

Nach dem Antrag des Klägers greift dieser das Verhalten des Beklagten an, weil er in diesem Verhalten eine Absprache zwischen dem Beklagten auf der einen und einer privaten Krankenversicherung sowie darüber hinaus Augenärzten auf der anderen Seite sieht. Beide Angriffe hat der Kläger kumulativ zum Gegenstand des Antrags gemacht. 52

Die angegriffene Handlung des Beklagten stellt keine solche Absprache mit einer privaten Krankenversicherung (hier der D.) oder einem Arzt dar. Die D. ist keine „andere Person, die sich mit der Behandlung von Krankheiten“ befasst. Eine Absprache zwischen dem Beklagten und einem Augenarzt erfolgt nicht: 53

(1) Die D. ist keine andere Person, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befasst. 54

Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG soll sicherstellen, dass der Erlaubnisinhaber einer Apotheke sich bei seinem Kontakt zu anderen Gesundheitsberufen wie insbesondere zu Ärzten, die Einfluss auf sein Entscheidungsverhalten haben, nicht von sachfremden und vor allem nicht von finanziellen Erwägungen leiten lässt. Sie soll damit Verhaltensweisen der Apotheker entgegenwirken, die die ordnungsgemäße Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln beeinträchtigen können. Die Vorschrift stellt damit eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 3a UWG (entsprechend § 4 Nr. 11 UWG aF) dar (vgl. BGH, Urteil vom 13. 04.2014 - I ZR 120/13, GRUR 2014, 1009 Rn. 13 – Kooperationsapotheke, mwN). Die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die nach ihrem Artikel 4 in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, kennt zwar keinen der Bestimmung des § 3a UWG entsprechenden Unlauterkeitstatbestand. Dieser Umstand steht der Anwendung der genannten Vorschrift aber nicht entgegen, weil die Rechtsvorschriften der Europäischen Union und der Mitgliedstaaten in Bezug auf Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten, zu denen die Bestimmung des § 11 ApoG zählt, von der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken unberührt bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 18.06.2015 – I ZR 26/14, GRUR 2016, 213 – Zuweisung von Verschreibungen, mwN). Wegen des mit der Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Fall 3 ApoG bezweckten Schutzes der Gesundheit der Verbraucher sind Verstöße gegen sie regelmäßig geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar zu beeinträchtigen (vgl. BGH, Urteil vom 12.03.2015 – I ZR 84/14, GRUR 2015, 1025 Rn. 15 - TV-Wartezimmer; GRUR 2016, 213 – Zuweisung von Verschreibungen). 55

Vor diesem Hintergrund werden solche Personen als mit der Behandlung von Krankheiten befasst angesehen, die Verordnungen ausstellen oder Medikamente oder Heil- und Hilfsmittel aus Apotheken beziehen können. Dies sind neben Ärzten auch Psychotherapeuten, Heilpraktiker und Angehörige medizinischer Assistenzberufe, etwa auch Arzthelfer (vgl. D. Prütting in Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 3. Aufl., § 11 ApoG Rn. 3). 56

Nach diesen Grundsätzen befasst sich die D. entgegen der Auffassung des Klägers nicht mit der Behandlung von Krankheiten, sondern übernimmt allein die Behandlungskosten im Rahmen ihrer Versicherungsleistung. Die D. hat keinen Einfluss auf die Frage, welches Medikament der Arzt verordnet oder nutzt. Auch bezieht die D. keine Hilfsmittel. Damit kann die D. auch nicht (mit-) entscheiden, ob und welches Medikament verschrieben oder welche 57

Therapie durchgeführt wird. Vielmehr bleibt es bei einer Empfehlung im Hinblick auf den Bezug eines Medikamentes.

Dies stellt keine Abweichung von den Grundsätzen dar, die der Senat im Rahmen des Urteils vom 22.02.2017 (6 U 101/16, PharmR 2017, 341 – Tattoo-Apotheke) dargelegt hat. In dem dortigen Fall ist der Senat davon ausgegangen, dass eine Internetplattform sich mit der Behandlung von Krankheiten befasst, wenn der Patient über diese Plattform die Symptome oder eine Erkrankung einem Arzt schildert, der sodann eine Diagnose stellt und ggf. ein Medikament verschreibt. Die Internetplattform war daher vergleichbar mit medizinischen Hilfsdiensten wie etwa einem Arzthelfer unmittelbar an der Behandlung der Krankheiten beteiligt. So liegt der Fall hier indes nicht. Vielmehr geht bereits aus dem Schreiben der D. an den behandelnden Augenarzt hervor, dass dieser bereits eine Diagnose gestellt und sich für eine konkrete Therapie entschieden hat. In diesem Zusammenhang wird der Arzt sodann lediglich auf eine besondere Möglichkeit des Bezugs eines Medikaments hingewiesen. Die D. ist folglich mit der eigentlichen Diagnostik und der Frage, welche Behandlung zur Anwendung kommt, nicht befasst. Eine Einflussnahme auf die Behandlung oder das zu nutzende Medikament scheidet daher aus. 58

Es liegt auch keine unzulässige Absprache mit einem Arzt vor. 59

Die Vorschrift des § 11 Abs. 1 ApoG untersagt Rechtsgeschäfte oder Absprachen mit einem Arzt (hier einem Augenarzt). Es kann jedoch weder angenommen werden, dass eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung, noch eine sonstige Absprache mit einem Arzt erfolgt wäre. 60

Ein Rechtsgeschäft liegt nicht vor. Dieses setzt einen Vertrag zwischen dem Beklagten und dem behandelnden Arzt voraus. Ein solches Rechtsgeschäft ist aber weder vorgetragen noch sonst ersichtlich. 61

(2) Auch eine Absprache ist nicht erfolgt. Der Begriff der Absprache hat eine Vereinbarung zum Gegenstand, die im Gegensatz zum Rechtsgeschäft keinen klagbaren Anspruch begründet. Eine Absprache kann darin zu sehen sein, dass die Zuweisung von Verschreibungen an eine bestimmte Apotheke abgesprochen wird (d. Prütting in Prütting aaO, § 11 ApoG Rn. 4). Die Absprache kann ausdrücklich oder konkludent erfolgen. Auch eine eingespielte Übung kann als Absprache angesehen werden. Entscheidend ist, dass Arzt und Apotheker einvernehmlich handeln (vgl. Mecking in Bergmann/Paue/Steinmeyer, Gesamtes Medizinrecht, 3. Aufl., § 11 ApoG Rn. 3). Geschützt ist letztlich die Freiheit des Patienten, das Rezept in einer vom ihm ausgewählten Apotheke einlösen zu können. 62

Vorliegend richtet sich das als Anlage K2 vorgelegte Schreiben nicht auf eine Absprache, die die Wahlfreiheit des Patienten beeinflussen könnte. Dies liegt schon darin begründet, dass das Schreiben – auch wenn es an den jeweils behandelnden Arzt adressiert ist – dem Patienten übermittelt wird, der dieses Schreiben sodann an den behandelnden Arzt weitergeben oder dies unterlassen kann. Ein einvernehmliches Handeln von Arzt und Apotheker, dass die Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf die Auswahl einer Apotheke einschränkt, findet daher nicht statt. 63

Weiter hat der Kläger auch nicht dargelegt, in welcher Form der Beklagte an dem Schreiben der D. tatsächlich beteiligt war. Zwar ergibt sich aus dem dem Schreiben beigelegten Bestellformular mit der Überschrift „Anforderung patientenbezogener Arzneimittel“, dass der Beklagte offensichtlich mit dem Vorgehen der D. einverstanden ist. Dies begründet aber nicht die Annahme, dass eine Absprache zwischen ihm und dem jeweiligen Arzt erfolgen soll. Denn die Aufforderung des Bezugs über den Beklagten erfolgt alleine durch die D., die mit 64

dieser Aufforderung eigene Interessen verfolgt, weil das Medikament durch die Bestellung der Fertigspritzen bei einigen wenigen Versandapotheken für die D. Deutlich preiswerter wird.

cc) Vor diesem Hintergrund kann offenbleiben, ob die Zubereitung in wenigen, bestimmten Apotheken und der unmittelbare Versand an den behandelnden Arzt auf einer medizinischen Notwendigkeit beruht, was der Beklagte behauptet. Wenn eine medizinische Notwendigkeit für eine Absprache bestände, könnte die Vorschrift des § 11 Abs. 1 ApoG nicht angewendet werden. Der BGH hat mit Urteil vom 18.06.2015 (I ZR 26/14, GRUR 2016, 213 – Zuweisung von Verschreibungen) angenommen, dass eine medizinische Notwendigkeit bei der Beschaffung eines Applikationsarzneimittels bestehen kann, wenn eine qualitätswahrende Beschaffung nicht möglich oder von einer Unzuverlässigkeit des Patienten auszugehen ist. Trifft der Vortrag des Beklagten zu, müsste auch im vorliegenden Fall eine medizinische Notwendigkeit angenommen werden. 65

Ob die Berufung unter Berücksichtigung der Ausnahmegvorschrift des § 11 Abs. 2 ApoG Erfolg hat, kann ebenfalls offenbleiben. 66

2. Aus den vorstehenden Gründen ergibt sich, dass ein Anspruch auch nicht aus §§ 3, 3a, 8 Abs. 1, 3 Nr. 2 UWG in Verbindung mit § 14 BO oder § 18 Abs. 2 Nr. 6 ApoG folgt. 67

3. Der Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten besteht ebenfalls nicht, weil die Abmahnung nicht berechtigt war. 68

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. 69

5. Die Revision ist nicht zuzulassen. Die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist die Revision zur Fortbildung des Rechts oder Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen. Vielmehr beruht die Entscheidung auf der dargelegten gesicherten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs. 70

6. Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 25.000 € festgesetzt. 71