

(Un)zulässige Absprache zwischen Klinikärzten und Apothekern

Eigener Leitsatz:

Zwischen den Ärzten einer Klinik und einem Apotheker, der Patienten der Klinik bei Entlassung mit Medikamenten versorgt, liegt keine unzulässige Absprache vor, sofern ein neutraler Dritter dazwischentritt. Vorliegend war der Dritte eine GmbH, die auf Anforderung der Ärzte per Telefax Rezepte an Kooperationsapotheken schickte, welche dann die zur Entlassung stehenden Patienten mit den entsprechenden Medikamenten belieferten.

Landgericht Freiburg

Urteil vom 31.10.2012

Az.: 1 O 139/12

Tenor:

1. Die Klage wird abgewiesen.
2. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand:

Die Parteien, die beide in F. eine Apotheke betreiben, streiten wettbewerbsrechtlich über die Frage, ob der Beklagte gegen geltendes Apothekenrecht verstoßen hat, indem er in Zusammenarbeit mit der P. GmbH Medikamente an Patienten der

Universitätsklinik F. geliefert hat.

Im Jahr 2002 wurde die P. GmbH gegründet, die zu einem Anteil von 40 % von der Universitätsklinik F. und im Übrigen von drei Sanitätshäusern gehalten wird. Der Geschäftszweck der P. GmbH besteht darin, Patienten der Universitätsklinik F., deren Entlassung bevorsteht, über ihre weitere Behandlung und Versorgung zu unterrichten, die nötige sächliche Ausstattung zu beschaffen, den Patienten bei der Benutzung technischer Hilfsmittel anzuleiten und weitere Beratungs- und Organisationshilfe zu gewähren. Patienten der Universitätsklinik F. erhalten bereits im Behandlungsvertrag die Frage vorgelegt, ob sie mit der Einschaltung der P. GmbH einverstanden sind. Wünscht ein Patient die Einschaltung der P. GmbH und bedarf er bei seiner Entlassung eines Medikaments, so liefert eine Kooperationsapothekende der P. GmbH, der das Rezept per Fax übermittelt worden ist, das Medikament ans Krankenbett. Der Beklagte betreibt eine solche Kooperationsapothekende. Der genaue Ablauf und der Verbleib des Originalrezepts sind zwischen den Parteien im Einzelnen streitig. Ebenso streitig ist die genaue personelle und sächliche Ausstattung der P. GmbH.

Die Klägerin trägt vor,

der Beklagte habe mit der Uniklinik F. bzw. der P. GmbH Absprachen über die Zuweisung von Rezepten getroffen. Durch die jeweilige Station der Uniklinik erhalte der Beklagte ein ärztliches Rezept per Fax übermittelt. Wenn der Beklagte oder sein Mitarbeiter das Medikament ans Krankenbett liefere, was die Uniklinik F. zulasse, werde ihm das Originalrezept ausgehändigt. Das Originalrezept befinde sich in den Händen der Stationsmitarbeiter, nicht beim Patienten. In diesem Vorgehen liege ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 ApoG, weil in der Kooperation eine Absprache über die Zuweisung von Verschreibungen zu sehen sei. Selbst wenn der Beklagte die Verschreibungen nicht vom behandelnden Personal der Uniklinik,

sondern von Mitarbeitern der P. GmbH erhalte, stehe dies der Annahme einer Absprache nicht entgegen. Denn die P. GmbH sei mit dem Universitätsklinikum F. so eng verbunden, dass sie als bloßer Mittelsmann zu qualifizieren sei. So arbeite die P. GmbH in Räumen der Uniklinik. Die P. GmbH verfüge auch nicht über eigene Mitarbeiter, sondern werde über Mitarbeiter des Universitätsklinikums tätig. Dieser Rechtsverstoß werde durch die Einverständniserklärung des Patienten nicht folgenlos. Zum Einen sei das Einverständnis unwirksam, weil es dem Patienten trotz seiner krankheitsbedingten Schutzbedürftigkeit bereits beim Abschluss des Behandlungsvertrags abgerungen werde. Zum Anderen diene die Verbotsnorm des § 11 Abs. 1 ApoG auch dem Schutz von Allgemeininteressen. Durch sein Verhalten habe der Beklagte außerdem § 12 der Berufsordnung für Apotheker Baden-Württemberg zuwidergehandelt.

Ein weiterer Rechtsverstoß des Beklagten liege darin, dass einer seiner Mitarbeiter sich bei der Ehefrau eines Patienten des Universitätsklinikums F. ... telefonisch über den Fortgang der pharmazeutischen Versorgung nach Krankenhausentlassung erkundigt habe, wobei er habe erkennen lassen, dass er den Gesundheitszustand gekannt habe. Darin sei ein unaufgeforderter Telefonanruf im Sinne des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zu sehen.

Die Klägerin beantragt:

1. Dem Beklagten wird untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs – abgesehen von Notfällen – ärztliche Rezepte aus dem Universitätsklinikum F., ... entgegenzunehmen und/oder entgegennehmen zu lassen, indem die Rezepte, die für Patienten des Universitätsklinikums F. ausgestellt sind, zunächst durch Beauftragte des Universitätsklinikums F. 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 Universitätsklinikums F. abgeholt werden.

2. Dem Beklagten wird untersagt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Angehörige von Patienten des Universitätsklinikums F. anzurufen und/oder anrufen zu lassen, sofern eine vorherige ausdrückliche Einwilligung der Angehörigen nicht vorliegt, um mit diesen über eine Arzneimittelversorgung für Patienten nach deren Entlassung aus dem Krankenhaus zu sprechen.

3. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen Ziff. 1 und/oder Ziff. 2 ein Ordnungsgeld von bis zu 250.000,00 EUR ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu zwei Jahren, angedroht.

4. Es wird festgestellt, dass der Beklagte der Klägerin alle Schäden zu ersetzen hat, die ihr durch Handlungen des Beklagten, wie sie in Ziff. 1 geschildert sind, seit dem 28.10.2011 entstanden sind und/oder noch entstehen werden.

5. Der Beklagte wird verurteilt, über Handlungen, wie sie in Ziff. 1 geschildert sind, seit dem 28.10.2011 Auskunft zu erteilen durch Vorlage eines chronologischen Verzeichnisses, aus dem sich Datum, Art und Abgabepreis der entsprechenden verschriebenen Arzneimittel, Medizinprodukte oder sonstigen Hilfsmitteln ergeben.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor,

eine verbotene Absprache im Sinne des § 11 Abs. 1 ApoG liege

nicht vor. Der Bedarf an Medikamenten, die nach der Entlassung benötigt würden, werde von Mitarbeitern der Uniklinik der P. GmbH mitgeteilt, sofern der Patient seine Einwilligung zuvor erteilt habe. Mitarbeiter der P. GmbH wählten sodann aus der Liste der Kooperationspartner eine Apotheke aus und leiteten den Patientenauftrag an diese weiter. Ein Kontakt zwischen dem Beklagten und Ärzten des Universitätsklinikums finde zu keiner Zeit statt. Die Wahlfreiheit des Patienten sei vollständig gewährleistet. Die P. GmbH werde nur tätig, wenn der Patient bereits bei Aufnahme sein Einverständnis erklärt habe. Außerdem werde vor der Entlassung ein weiteres Gespräch geführt, in dem der Patient sich gegen die Einschaltung des P.s entscheiden könne. Erst dann werde der Patient von einem Mitarbeiter des P.s aufgesucht und bei dieser Gelegenheit befragt, ob die Medikamente von einer vom Patienten zu wählenden Apotheke oder einer Kooperationsapothek des P.s beschafft werden sollten. Schließlich habe der Patient die Möglichkeit, bei Lieferung der Medikamente die Annahme zu verweigern und das in seinen Händen befindliche Originalrezept auf andere Weise zu verwenden.

Die P. GmbH sei vom Universitätsklinikum F. ausreichend getrennt. Sie verfüge über eigenes, durchweg nichtärztliches Personal. Die Ärzte der Uniklinik hätten mit dem Entlassmanagement nichts zu tun.

Der Vorwurf eines unerlaubten Werbeanrufs bei der Ehefrau des Patienten ... treffe nicht zu. Dieser sei mehrjähriger Kunde der Apotheke des Beklagten gewesen. Der Anruf habe der Vorbereitung des häuslichen Umfelds auf die nach der Klinikentlassung weiter erforderliche parenterale Ernährung gedient.

Hinsichtlich des weiteren Parteivorbringens wird auf die von den Parteien bei Gericht eingereichten Schriftsätze verwiesen, auf deren Inhalt Bezug genommen wird.

Das Gericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Geschäftsführers der P. GmbH F. als Zeugen. Das Ergebnis der Beweisaufnahme kann dem Protokoll vom 9.10.2012 entnommen werden.

Entscheidungsgründe:

Die Klage ist zulässig, hat in der Sache aber keinen Erfolg. Weder in der beanstandeten Lieferbeziehung (unten I.), noch in dem Anruf bei der Ehefrau des Patienten ... (unten II.) liegen wettbewerbsrechtlich zu belangende Rechtsverstöße.

I. Lieferbeziehung:

Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG dürfen Apotheker mit Ärzten oder anderen Behandlungspersonen keine Absprachen treffen, die die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand haben. Zweck der Vorschrift ist es zum Einen, die Wahlfreiheit des Patienten zu schützen. Daneben dient die Vorschrift aber auch dem Zweck, das Interesse der Allgemeinheit an einer unvoreingenommenen Verschreibungstätigkeit des Arztes einerseits und einer ungeminderten Kontrollfunktion des Apothekers andererseits zu wahren, wobei bereits das allgemeine Vertrauen in die ordnungsmäßige Tätigkeit beider Berufsgruppen geschützt und deshalb jeder böse Schein vermieden werden soll. Eine ähnliche Vorschrift enthält auch § 12 der Berufsordnung für Apotheker Baden-Württemberg mit dem Unterschied, dass dort bereits einseitige Handlungen für unzulässig erklärt werden.

Die Frage, ob von einer unzulässigen Absprache im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG auch dann auszugehen ist, wenn die Behandlungsperson nicht unmittelbar mit dem Apotheker interagiert, sondern ein Dritter dazwischentritt, der den Apotheker beauftragt, wird durch den Wortlaut der Norm nicht beantwortet und ist soweit ersichtlich auch in der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung ungeklärt.

Eine Verletzung des Schutzzwecks der Norm wird umso eher zu befürchten sein, je näher der Dritte dem verschreibenden Arzt oder auch dem ausgebenden Apotheker steht. Tritt er hingegen als unabhängiger Mittler zwischen Arzt und Apotheker, ohne die wirtschaftlichen oder berufsgruppenspezifischen Interessen einer Seite zu teilen oder zu fördern, wird eine unzulässige Absprache eher fernliegen. Welcher Fallgruppe der jeweils zur Beurteilung stehende Sachverhalt zuzurechnen ist, lässt sich nur durch eine wertende Betrachtung aller Umstände des Einzelfalls entscheiden. Dabei kommt es vor allem darauf an, ob eine Verflechtung (organisatorisch, personell, wirtschaftlich) zwischen einer Seite und dem Dritten besteht und ob der Dritte eher im Interesse einer Seite tätig wird oder ob er hingegen mit seiner Tätigkeit spezifisch eigene Ziele verfolgt.

Bei der Beurteilung des vorliegenden Falles geht das Gericht nach Würdigung des Ergebnisses der Beweisaufnahme von folgendem Sachverhalt aus:

Die von Ärzten der Uniklinik ausgestellten Rezepte werden, wenn der Patient in die Beteiligung der P. GmbH eingewilligt hat, von Mitarbeitern der jeweiligen Station an die P. GmbH gefaxt. Von dort wird, ebenfalls per Fax, das Rezept der Kooperationsapothek e zugesandt, wenn nicht der Patient die Lieferung durch eine bestimmte, andere Apotheke gewünscht hat. Der Beklagte oder einer seiner Mitarbeiter liefert die Medikamente sodann ans Krankenbett, wo er sie gegen Aushändigung des Originalrezepts dem Patienten übergibt. Das Originalrezept kann sich unter Umständen auch in Händen der Stationsmitarbeiter befinden. Von diesem Geschehensablauf ist das Gericht nach Würdigung der glaubhaften Einlassung des Zeugen F. überzeugt.

Soweit das Landgericht Hamburg in der von der Klägerin herangezogenen Entscheidung (Urt.v. 10.2.2004, Anlage K 14)

die dazwischentretende Dritte für rechtlich unbeachtlich gehalten hat, kann nun festgestellt werden, dass der dort zugrundeliegende Sachverhalt mit dem hiesigen nicht vergleichbar ist. Denn während dort mehrere Ärzte sich in einer Genossenschaft zusammengeschlossen und über diese eine Vereinbarung mit einem Arzneimittelkurier geschlossen hatten, wobei die Rezepte vom jeweiligen Arzt an den Kurier gefaxt worden sind, erhält der Beklagte die Aufträge nicht von einem Arzt, sondern von der dazwischentretenden P. GmbH. Es kommt hinzu, dass dort die Dritte ein genossenschaftlicher Zusammenschluss der beteiligten Ärzte war, so dass von einer vollständigen Interessenkongruenz auszugehen war, während das Gericht hier zu der Überzeugung gelangt ist, dass der P. GmbH eine trotz zahlreicher Verflechtungen mit der Uniklinik deutlich überwiegende Eigenständigkeit gegenüber dem „Behandlungsbereich“ nicht abgesprochen werden kann. Diese Bewertung beruht auf folgenden Überlegungen:

Zwar betreibt die P. GmbH, die zu 40 % von der Uniklinik gehalten wird, ihre Tätigkeit in Räumen, die auf dem Gelände der Uniklinik liegen, teilt mit der Uniklinik die Basis-Telefonnummer, benutzt teilweise deren Computernetz und beschäftigt mehrere Mitarbeiter, die zugleich für die Uniklinik tätig sind. Allerdings sind die Uniklinik auf der einen und die P. GmbH auf der anderen Seite rechtlich und wirtschaftlich gleichwohl vollständig voneinander getrennt, wie der Zeuge F. überzeugend mitgeteilt hat. So entrichtete die GmbH an die Uniklinik Raummiete sowie Entgelt für die Telefon- und Computernutzung. Die doppelbeschäftigten Mitarbeiter verfügten über zwei Arbeitsverträge und bezögen zwei Gehälter.

Entscheidend ist aber und das Gericht folgt auch insoweit den Aussagen des Zeugen F., dass über den Umgang mit Anforderungen der Uniklinik, zu denen auch ärztliche Medikamentenrezepte zählen, durch eine Abteilung der P. GmbH namens Patientenmanagement befunden wird, zu der nur vier Mitarbeiter zählen, die allesamt nicht zugleich bei der Uniklinik

beschäftigt sind. Die doppelbeschäftigten Mitarbeiter hingegen seien nicht für die Bearbeitung von Anforderungen zuständig, sondern mit der Beratung, Einweisung und Anleitung der Patienten befasst. Die im Patientenmanagement tätigen Mitarbeiter würden nach Erhalt der Anforderung tätig, ohne dass der verschreibende Arzt Kenntnis davon hätte, ob, wie und an wen ein Auftrag erteilt wird. Dass vor diesem tatsächlichen Hintergrund Zweifel angebracht sind, dass der verschreibende Arzt der Uniklinik sich nicht ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt, sondern auch von dem Umstand, dass der Beklagte Kooperationspartner der P. GmbH ist, erscheint eher fernliegend. Zwar besteht – und der verschreibende Arzt kann dies wissen – eine Art Automatismus dergestalt, dass ein Rezept, das der P. GmbH durch die Station übermittelt wird, zu einem Auftrag an eine Kooperationsapothek e führt. Dies wäre nach Auffassung des Gerichts aber nur dann kritisch zu bewerten, wenn die Ärzteschaft Einfluss auf die Auswahl der Kooperationspartner nehmen könnte oder würde. In diesem Falle bestünde in der Tat die strukturelle Gefahr, dass der verschreibende Arzt, durch dessen Wirken eine bestimmte Apotheke zur Kooperationspartnerin geworden ist, sich nicht ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt. Solche Verhältnisse werden hier aber gar nicht behauptet. Auch der Zeuge F. hat berichtet, dass die Ärzte bislang keinerlei Interesse an der Auswahl der Kooperationsapotheken gezeigt haben.

Der von der Klägerin als neuralgisch angesehene Umstand, dass die zur Einschaltung der P. GmbH führenden Aufnahme- und Entlassungsgespräche von Personen geführt werden, die zumindest auch Mitarbeiter der Uniklinik sind, wird vom Gericht hingegen nicht als entscheidend angesehen. Dies betrifft das Verhältnis zum Patienten und damit vor allem die Thematik einer Wirksamkeit des Einverständnisses. Hier geht es aber um die vorab zu klärende Frage, ob eine unzulässige Absprache getroffen worden ist. Hierfür ist das Verhältnis

zwischen Arzt und Apotheker bzw. das Verhältnis der beiden Bereiche zur P. GmbH maßgeblich.

Das Gericht verkennt nicht, dass die verbleibende Nähe der P. GmbH zur Uniklinik auch weiterhin und stets neu kritischer Prüfung unter Berücksichtigung der jeweiligen praktischen Ausgestaltung bedürfen wird. Es verkennt auch nicht, dass abstrakte Zweifel an der Bereitschaft oder Fähigkeit des Kooperationsapothekers, die ihm obliegende Kontrollfunktion in der gebotenen Weise auszuüben, nicht ganz von der Hand zu weisen sind, wenn er nicht unerhebliche Umsätze durch die Zusammenarbeit mit der P. GmbH erwirtschaftet. Die Allgemeinheit könnte die Befürchtung hegen, dass der Kooperationsapotheker sich bei der Ausübung der Kontrolle auch von der Überlegung leiten lassen könnte, dass die Kooperation mit der P. GmbH möglichst reibungslos verlaufen möge, um die künftige Zusammenarbeit nicht in Frage zu stellen. Allein diese abstrakte Schutzzweckberührung rechtfertigt aber die Anwendung des Verbotstatbestands des § 11 Abs. 1 Satz 1 ApoG nicht. Es fehlt an der erforderlichen Konsensualität zwischen Arzt und Apotheker. Die P. GmbH weist derzeit einen Grad der Verselbständigung auf, der sie als zwischen Arzt und Apotheker tretende, unabhängige Dritte erscheinen lässt.

II. Anruf:

Das Gericht kann in dem Telefonanruf bei der Ehefrau des Uniklinik-Patienten ... keinen unerlaubten Werbeanruf gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG erkennen. Ein Werbeanruf ist dadurch gekennzeichnet, dass der Anrufer den Abschluss eines noch nicht bestehenden Vertrages anstrebt. Im vorliegenden Fall ist nach dem unwidersprochenen Vorbringen des Beklagten und dem Inhalt der Anlage B 4 davon auszugehen, dass der Patient sein Einverständnis mit der Beteiligung der P. GmbH erteilt hatte und dass im Zuge der Entlassungsvorbereitung die häuslichen Voraussetzung für eine durch die Apotheke des Beklagten zu liefernde parenterale Versorgung herzustellen waren. Die

Apotheke des Beklagten wurde offensichtlich aufgrund eines zuvor durch die P. GmbH erteilten Auftrags tätig und damit gerade nicht zum Zwecke der Werbung.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit stützt sich auf § 709 Sätze 1 und 2 ZPO.