



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

I ZR 13/10

vom

24. November 2011

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 24. November 2011 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

beschlossen:

Die Anhörungsrüge gegen das Senatsurteil vom 17. August 2011 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Gründe:

- 1 Die gemäß § 321a ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Anhörungsrüge ist nicht begründet.
- 2 1. Die Klägerin macht ohne Erfolg geltend, der Senat habe bei seiner Entscheidung unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG ihren Vortrag übergangen, die kostenlose Abgabe der Datenbank der Beklagten stelle eine Werbung für die Produkte der inserierenden Arzneimittelfirmen dar. Der Senat habe die insoweit festgestellten und vorgetragenen Zusammenhänge außer Acht gelassen.
- 3 Der Senat hat den von der Klägerin in diesem Zusammenhang gehaltenen Vortrag berücksichtigt. Er hat jedoch die Beurteilung des Berufungsgerichts als rechtsfehlerfrei angesehen, die Ärzte, denen die Arzneimitteldatenbank der Beklagten kostenlos zur Verfügung gestellt werde, verstünden diese Datenbank nicht als Zuwendung der dort werbenden Arzneimittelhersteller. Der Senat hat sich dabei auf seine im Jahr 1990 ergangene Entscheidung "Fortbildungs-

Kassetten" bezogen, in der er einen vergleichbaren Fall entsprechend beurteilt hatte (GRUR 1990, 1041), und darauf hingewiesen, dass die damalige rechtliche Beurteilung nicht durch in der Zwischenzeit in Kraft getretenes abweichendes Recht der Europäischen Union überholt ist. Er hat des Weiteren darauf abgestellt, dass Ärzte ebenso wie die Angehörigen anderer Berufskreise daran gewöhnt sind, auf verschiedenen Wegen anzeigenfinanzierte Informationen unentgeltlich zur Verfügung gestellt zu bekommen, und deshalb eine solche Informationsvermittlung nicht als Geschenk empfinden, für das sie sich dankbar erweisen müssten.

4 2. Die Klägerin macht weiterhin ohne Erfolg geltend, der Senat habe sich nicht mit der von der Revision erhobenen Verfahrensrüge befasst, das Berufungsgericht hätte den von der Klägerin für die Richtigkeit ihrer Behauptung angetretenen Sachverständigenbeweis erheben müssen, die beanstandete Datenbank der Beklagten beeinflusse das Verschreibungsverhalten der Ärzte in sachfremder Weise.

5 Die damit beanstandete Beurteilung geht auf die vom Senat für rechtlich unbedenklich gehaltene Aussage des Berufungsgerichts zurück, wonach sich die Angehörigen von Berufskreisen, die daran gewöhnt sind, dass ihnen anzeigenfinanzierte Informationen vermittelt werden, sich dadurch in ihrem beruflichen Verhalten nicht beeinflussen lassen. Diese Beurteilung steht im Übrigen neben der vorstehend unter 1 behandelten, die Entscheidung des Senats selbständig tragenden Feststellung, ein Nutzer der kostenlosen Datenbank der Beklagten werde diese nicht als Zuwendung der dort werbenden Arzneimittelhersteller verstehen. Auch aus diesem Grund stellte sich die Nichterhebung des von der Revision als übergangen gerügten Sachverständigenbeweises durch das Berufungsgericht als rechtsfehlerfrei dar.

6 3. Die Klägerin beanstandet des Weiteren ohne Erfolg, der Senat habe die Rüge der Revision übergangen, das Berufungsgericht habe zum Unlauter-

keitstatbestand des § 4 Nr. 1 UWG widersprüchliche Ausführungen gemacht, da es insoweit auf die Feststellungen des Landgerichts Bezug genommen habe, das in dieser Hinsicht einen Verstoß bejaht habe.

7 Das Berufungsgericht hat zwar zunächst unter Ziffer I der Gründe seiner Entscheidung auf das Urteil des Landgerichts einschließlich der darin getroffenen tatsächlichen Feststellungen generell Bezug genommen. Unter Ziffer II 1 d der Gründe hat es dann jedoch in Bezug auf § 4 Nr. 1 UWG abweichende eigene Feststellungen getroffen und damit zu erkennen gegeben, dass es sich die vom Landgericht in dieser Hinsicht vorgenommene Beurteilung nicht zu eigen machen wollte.

8 4. Ebenfalls ohne Erfolg rügt die Klägerin, der Senat habe, soweit er seine Auslegung des Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG als in Einklang mit dem Erwägungsgrund 52 dieser Richtlinie stehend angesehen habe, den Vortrag der Revision unberücksichtigt gelassen, dass diese Auslegung des dem nunmehrigen § 7 HWG zugrundeliegenden Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG den Erwägungsgründen 50 und 52 der Richtlinie widerspreche und daher eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union veranlasst sei.

9 Der Senat hat dazu, ob die Richtlinie 2001/83/EG zu einer geänderten Beurteilung der Frage Anlass gibt, ob eine Werbegabe vorliegt, in den Randnummern 21 bis 23 seines Urteils vom 17. August 2011 Ausführungen gemacht. Er hat sich in diesem Zusammenhang dazu geäußert, ob die zeitlich nach der Senatsentscheidung "Fortbildungs-Kassetten" ergangenen unionsrechtlichen Bestimmungen eine geänderte Auslegung des Begriffs der Werbegabe in § 7 HWG erfordern. Er hat angenommen, dass dies eindeutig zu verneinen sei, und deshalb - in Randnummer 24 seines Urteils - auch die Notwendigkeit einer Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union verneint.

- 10 5. Vergeblich rügt die Klägerin schließlich, der Senat habe bei der Ablehnung eines Verstoßes gegen § 32 Satz 1 der Berufsordnung den Vortrag der Revision unberücksichtigt gelassen, dass es Ärzten nach dieser Bestimmung schlicht verboten sei, Geschenke oder andere Vorteile anzunehmen.
- 11 Der Senat hat insoweit die Beurteilung des Berufungsgerichts gebilligt, dass die kostenlos zur Verfügung gestellte Arzneimitteldatenbank zwar einen Vorteil im Sinne des § 32 Abs. 1 der bayerischen Berufsordnung für Ärzte darstellt, die Annahme dieses Vorteils aber nicht - wie diese Bestimmung des Weiteren voraussetzt - den Eindruck erweckt, dass hierdurch die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Das Berufungsgericht hatte seine

Beurteilung unter anderem damit begründet, dass die aufgrund von § 73 Abs. 8 Satz 7 und 8 SGB V getroffenen Regelungen, die den Vertragsärzten den Einsatz von Arzneimitteldatenbanken zur Pflicht machen, kein Verbot werbefinanzierter Arzneimitteldatenbanken vorsehen.

Bornkamm

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG München I, Entscheidung vom 15.04.2009 - 1 HKO 12926/08 -

OLG München, Entscheidung vom 03.12.2009 - 29 U 3781/09 -