

Kapitel 1: Einleitung

Die zumeist ökonomisch getriebene¹ und andauernde Umbruchphase² der Arzneimittelversorgung im deutschen Gesundheitswesen schien durch die Digitalisierung jüngst nochmals deutlich an Fahrt zu gewinnen.³ Die Entwicklung disruptiver Technologien⁴ und Innovationen im Bereich der Telemedizin erfuhren – getragen durch die Aufhebung des ärztlichen Fernbehandlungsverbotes durch Anpassung des § 7 der Musterberufsordnung für Ärzte (MBO-Ä)⁵ und die gesetzgeberische Weichenstellung insbesondere für die elektronische Verordnung (eRezept)⁶ – einen merklichen Schub. Hierbei schien in regulatorischer Hinsicht insbesondere der Teilbereich der Arzneimittelversorgung unmittelbar betroffen. Während mit dem Gesetz für mehr Sicherheit in der Arzneimittelversorgung (GSAV)⁷ gemäß § 86 des fünften Sozialgesetzbuches (SGB V) zunächst die Frist zur technischen Rahmensetzung für Arzneimittelverordnungen unter Berücksichtigung der Telematikinfrastruktur für die beteiligten Selbstverwaltungspartner⁸ für den 31.03.2020 normiert wurde, weitete der Gesetzgeber diesen Auftrag mit dem Gesetz für eine bessere Versorgung durch Digitalisierung und Innovation (Digitale-Versorgung-Gesetz – DVG)⁹ mit Frist zum 31.12.2021 auf alle ärztlich zu verordnenden Leistungen aus. Letztlich wurde über den mit dem Gesetz zum Schutz elektronischer Patientendaten in der Telematikinfrastruktur (Patientendaten-Schutzgesetzes – PDSG)¹⁰ geschaffenen § 360 SGB V die flächendeckende Einführung der elektronischen Verordnung für den 01.01.2022 festgelegt. Bereits zum 01.01.2021 haben Versicherte zudem einen Anspruch

1 Vgl. *Wolf*, in: *Gesundheit 2030*, 2009, 190 (191); *Hofer*, *Die Haftung des Apothekers*, 2012, 4; *ABDA*, *Apotheke 2030*, 2014, 6, Nr. 7.

2 Vgl. *Clausen/Schroeder-Printzen/Frohn/Schmidt*, § 16, Rn. 3.

3 Vgl. auch *ABDA*, *Apotheke 2030*, 2014, 6, Nr. 6.

4 Zur Begriffsdefinition: *Bendel*, *Gabler Wirtschaftslexikon*, 2019.

5 Ausführlich hierzu *Braun*, *MedR* 2018, 563 ff.

6 Vgl. *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/von Czetztritz*, § 25, Rn. 6; ausführlich zu den rechtlichen Implikationen *Braun*, *PharmR* 2020, 315 ff.

7 G. v. 09.08.2019 BGBl. I 1202, B. v. 26.02.2020 I 318.

8 Namentlich: Kassenärztliche Bundesvereinigung (KBA), Spitzenverband Bund der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-SV) und der Deutsche Apothekerverband (DAV).

9 G. v. 09.12.2019 BGBl. I 2562.

10 G. v. 14.10.2020 BGBl. I 2115.

auf die Nutzung der digitalen Patientenakte als gemeinsamen Datenspeicher der beteiligten Leistungserbringer für den bundeseinheitlichen Medikationsplan (vgl. § 341 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) SGB V). Obgleich Verzögerungen eintraten, ist der Trend deutlich erkennbar.

Während Wirtschaftsunternehmen die jüngsten Entwicklungen in ökonomischer Hinsicht für sich zu nutzen suchen – bis hin zur faktischen Aufhebung der Trennung von Arzt und Apotheker¹¹ – so stellen sich die Standesvertretungen der betroffenen Heilberufe diesen Bestrebungen regelmäßig entgegen, um insbesondere die traditionellen Grundfeste, wie die Trennung von Arzt und Apotheker, zu bewahren.¹² Doch diese von der Digitalisierung und ökonomischen Triebkräften flankierten Veränderungen scheinen bereits existierende Fragen zur rechtlichen Stellung des Apothekers in der Zusammenarbeit mit zum ärztlichen Heilberuf nur zu verstärken.

I. Gegenstand der Untersuchung

Der Gesetzgeber, die Rechtsprechung und die rechtswissenschaftliche Literatur prägten über Jahre hinweg die Vorstellung vom „Apotheker in seiner Apotheke“¹³ als Fundament der deutschen Arzneimittelversorgung.¹⁴ Dabei sahen und sehen sie diesen Heilberuf¹⁵ in funktionaler Hinsicht zwar mit dem Arzt in der Versorgung eng zusammenwirkend¹⁶ – teilweise wird von einer „Behandlungsgemeinschaft“ gesprochen¹⁷ – seine Rolle aber letztlich strikt von derer des Mediziners getrennt. Während sich letzterer auf die Ausübung der Heilkunde und insbesondere die Therapieauswahl¹⁸ zu beschränken hätte, sei dem Apotheker eben jenes verboten (sog. Kurierverbot).¹⁹ Diese Vorstellung gilt historisch²⁰ als insbesondere durch die Gesetzgebung von Friedrich II. geprägt. Praktisch in jeglicher Diskussion zur Trennung der beiden Heilberufe, insbesondere zum Ursprung des Verbotes der Ausübung der Heilkunde für den pharmazeutisch Approbierten, wird auf dessen Konstitutionen von Melfi referenziert.²¹ Mithin gilt der Apotheker nach herrschender Meinung nicht als Behandelnder, weshalb auch die Regelungen des Behandlungsvertrages

-
- 11 Strategische Übernahme des Telemedizinanbieters TeleClinic durch die mit Schwerpunkt im Arzneimittelversand tätige Zur Rose AG (Doc Morris), was zu einer Vereinigung der ärztlichen Verordnungstätigkeit und der Verordnungsbelieferung durch die Versandapotheke, folglich eine Arzneimittelversorgung „aus einer Hand“ führt; vgl. *Zur Rose AG*, Medienmitteilung 2020.
 - 12 Vgl. *Landesärztekammer Brandenburg und Landesapothekerkammer Brandenburg*, Gemeinsame Pressemitteilung 2020, 1.
 - 13 BVerfGE 17, 232, (239 f.); vgl. auch *Zuck/Lenz*, NJW 1999, 3393 (3394).
 - 14 BVerfG 13.2.1964 – 1 BvL 17/61, 1 BvR 494/60, 128/61; BVerfGE 17, 232 (243) = NJW 1964, 1067; vgl. auch *Ratzel/Luxenburger/Wiesener*, Kap. 34, Rn. 1; so auch *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (7).
 - 15 Anstatt vieler: HK-AKM/*Stellpflug*, a) Heilberufe.
 - 16 Vgl. HK-AKM/*Haage*, IX. Berufsausübung, Rn. 66.
 - 17 Vgl. *Schmitz M.*, DAZ online, 2015.
 - 18 OLG Düsseldorf, PharmR 1991, 302 (307); vgl. auch *Wigge/Schütz*, A&R 2015, 243 (245).
 - 19 Ausführlich hierzu unten Kap. 1 III. B. 1.
 - 20 Vgl. *Clausen/Schroeder-Printzen/Frohn/Schmidt*, § 16, Rn. 10.
 - 21 Vgl. HK-AKM/*Brucklacher*, II. Entstehungsgeschichte, Rn. 2–3; *Pieck*, FS für Günther Küchenhoff 1972, 617 (617); *Wolf*, in: *Gesundheit* 2030, 2009, 190 (190); *Wigge/Schütz*, A&R 2015, 243 (243); ähnlich auch *Jäkel*, PharmR 2019, 259 (259).

nach §§ 630a ff. BGB mangels Behandlungsbefugnis nicht angewendet werden sollen.²² Damit nimmt das Apotheker-Patienten-Verhältnis grundsätzlich eine Sonderstellung im deutschen Gesundheitswesen ein, da die meisten (sozialrechtlichen) Erbringer medizinischer Versorgungsleistungen eben jenem Vertragstypus unterworfen sind.²³ Diese Auffälligkeit fand in der juristischen Literatur allerdings bisher kaum Beachtung.

Erst in jüngerer Vergangenheit ist die Apothekerhaftung – und damit auch die Frage nach der Anwendbarkeit insbesondere der Beweisregeln aus § 630h BGB – deutlicher in den Fokus gerückt. Die Rechtsprechung übertrug im Falle grober Sorgfaltspflichtverletzungen die in der Arzthaftung etablierte Beweislastumkehr erstmals auf den Apotheker.²⁴ Auch im „größten Medizinskandal[e] der Nachkriegszeit“, in welchem der sog. Zyto-Apotheker patientenindividuell zubereitete Krebsmedikamente verdünnt haben soll,²⁵ wurden entsprechende Forderungen öffentlich.²⁶ Die Rechtsdogmatik der teilweisen Anwendung dieser Beweisfigur außerhalb des Behandlungsvertrages verblieb allerdings bis dato zumindest fragwürdig²⁷ und wurde inhaltlich überwiegend deutlich kritisiert.²⁸ Mithin treten Probleme aufgrund der in der Vergangenheit größtenteils ausgebliebenen Entwicklung der Apothekerhaftung nun allmählich zu Tage.

Zur Relevanz und Aktualität des gegenständlichen Themas tragen weiterhin der technische Fortschritt sowie die gesellschaftlichen und gesundheitspolitischen Entwicklungen bei. So hat das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) das Gesetz für den Schutz vor Masern und zur Stärkung der Impfprävention (Masernschutzgesetz) auf den Weg gebracht, welches am 14.11.2019 im Bundestag verabschiedet wurde. Mit In-Kraft-Treten zum 01.03.2020 wurde den Apothekern das (Gripeschutz-)Impfen von einwilligungsfähigen Patienten im Rahmen sozialrechtlich verankerter Modellvorhaben gemäß § 132j SGB V erlaubt, um die Impfquoten über einen weiteren niedrigschwelligen Zugang zur Versorgung zu verbessern.²⁹ Mit dem Gesetz zur Zahlung eines Bonus für Pflegekräfte in Krankenhäusern und Pflegeeinrichtungen (Pflegebonusgesetz) vom 28.06.2022 wurden diese Leistung sowie eine während der SARS-CoV-2-Pandemie eingeführte Impfbefugnis verstetigt (vgl. § 20c Infektionsschutzgesetz; IfSG). Damit liegt künftig der komplette Versorgungsprozess der ausgewählten Schutzimpfungen in einer Hand,³⁰ sofern sich Patien-

22 BT-Drs. 17/10488, 18; vgl. auch *Rehborn*, GesR 2013, 257 (258); im Ergebnis so auch: *BKK-M/Spickhoff*, BGB § 630a, Rn. 14; *Bel/Fritsch*, MedR 2020, 556 (559); in Bezug auf die Haftung vgl. auch *Ratzel/Luxenburger/Lippert*, Kap. 32, Rn. 251.

23 So auch *Weiß*, Leistungserbringung durch Apotheken, 2017, 190; vgl. hierzu ausführlich unten Kap. 1 III. B. 2.

24 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, = MedR 2014, 105, 111 = VersR 2014, 106, 111 f.; Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH – VI ZR 424/13 wurde zurückgenommen; OLG Koblenz, Urt. v. 28.02.2018 – 5 U 1012/17 = GesR 2018, 516–520 = PharmR 2018, 414, 417 = MedR 2019, 255.

25 LG Essen, Urt. v. 06.07.2018 – 56 Kls 11/17.

26 Vgl. *Hollstein*, apotheke adhoc 2017.

27 Vgl. *Effertz*, GesR 2019, 15 (16).

28 Speziell auf das Apotheker-Patienten-Verhältnis bezogen vgl. *Mäsch*, JuS 2013, 1130 (1130 ff.); *Wigge*, MedR 2014, 105 (106); *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (15); *Bel/Fritsch*, MedR 2020, 556 (562); allgemeiner und mit Kritik an der Beweiserleichterung als solche auch *Mäsch*, NJW 2017, 2080 (2080 ff.); *Prütting*, NJW 2019, 2661 (2661 ff.).

29 BeschLE, BT-Drucksache 19/15164, 62.

30 Mit Blick auf die Gripeschutzimpfungen kritisch in Bezug auf die teilweise Aufhebung der Trennung von Arzt und Apotheker: *Jäkel*, PharmR 2019, 259 (259).

ten für eine Durchführung in der Apotheke entscheiden. Mit diesem Schritt schreibt der Gesetzgeber offenkundig die sukzessive Substitution originärer ärztlicher Tätigkeiten durch andere Heilberufe fort – z. B. Erweiterung der heilkundlichen Notfallkompetenzen der Rettungssanitäter gemäß § 5a IfSG oder die eigenverantwortliche Ausübung der Heilkunde gemäß der Richtlinie über die Festlegung ärztlicher Tätigkeiten zur Übertragung auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege zur selbständigen Ausübung von Heilkunde im Rahmen von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V – und weicht auf diese Weise womöglich die Kompetenzgrenzen insbesondere zwischen Arzt und Apotheker im Bereich der pharmazeutisch-medizinischen Dienstleistungen auf.³¹ Denn weitere über die bisherigen Informations- und Beratungspflichten gemäß § 20 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) hinausgehende Leistungen insbesondere zur Verbesserung der Sicherheit und Wirksamkeit einer Arzneimitteltherapie erhalten zur Stärkung des heilberuflichen Charakters des pharmazeutischen Berufsstandes³² gemäß § 129 Abs. 5e SGB V³³ Einzug in die Versorgung. Neue Haftungsfragen – inklusive damit verbundener Fragen zur Anwendungsmöglichkeit der Regelungen des Behandlungsvertrages im Apotheker-Patienten-Verhältnis aufgrund des wohl überwiegend ärztlichen und damit behandlungsrechtlichen Ursprungs der Leistungen – müssen sich künftig somit zwangsläufig vermehrt stellen.

Weitet man den Blick, so lässt sich vermuten, dass es sich bei der zuvor beschriebenen Entwicklung lediglich um ein Fortschreiten auf dem Weg der Weiterentwicklung des Berufsbildes des Apothekers handeln dürfte. In einer sich durch den Zeitgeist und ökonomischen Druck stetig verändernden (Arzneimittel-)Versorgungslandschaft wurde dem approbierten Pharmazeuten bereits zuvor regelmäßig mehr (Eigen-)Verantwortung übertragen. Insbesondere im Sozialrecht war dies durch die Lockerung des Substitutionsverbotes, mit dem Ziel Einsparpotenziale für die Krankenkassen durch die Rabattverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V zu heben, zu beobachten.³⁴ Mithin könnte das historisch geprägte Verständnis des Gesetzgebers und der Jurisprudenz vom Apotheker als „Nicht-Behandler“³⁵ bereits heute überholt sein. Zunächst *Ehlers/Weizel* und später auch *Koyuncu* wiesen auf eine drohende Benachteiligung der Patienten insbesondere in Bezug auf die Beweiserleichterungen hin, die sich durch die Übertragung der letztlichen Arzneimittelauswahl vom Arzt auf den Apotheker im Rahmen der sozialrechtlichen Substitutionsregelungen ergeben würde, da diese im Apothekenrecht bisher nicht etabliert seien. Auch sei dem Pharmazeuten eine Rolle als „(Mit-)Behandler“ zuzusprechen.³⁶ Beide stellten allerdings keinen Bezug zum Behandlungsvertrag her oder warfen die Frage nach dessen Anwendbarkeit auf. Vor dem Hintergrund der unschwer erkennbaren und europäisch

31 Vgl. *Effertz*, A&R 2020, 251 (255).

32 BT-Drs. 19/23775 (neu), 3.

33 Eingeführt mit dem Gesetz zur Stärkung der Apotheken vor Ort (VOASG); G. v. 09.12.2020 BGBl. I 2870.

34 Vgl. etwa HK-AKM/*Brucklacher*, II. Entstehungsgeschichte, Rn. 6 ff.; ähnlich auch: *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 260 f.; ausführlich hierzu Kap. 3.

35 Hierzu insbesondere Kap. 1 III. B. 2.

36 Vgl. *Ehlers/Weizel*, Pharm. Ind. 2001, 1156 (1157); *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 188.

getriebenen Liberalisierungstendenzen³⁷ im Arzneimittelvertrieb – jüngst Etablierung des zuvor auf den Einzelfall beschränkten Botendienstes der Apotheken als Regelleistung mit der Änderung der Apothekenbetriebsordnung (vgl. § 17 Abs. 2 ApBetrO)³⁸, um die öffentlichen vor-Ort-Apotheken gegenüber (ausländischen) Versandapotheken zu stärken;³⁹ zuvor bereits Schaffung der Möglichkeit der Filialisierung und der Erlaubnis des Versandhandels mit Arzneimitteln – und dem in Folge dessen reduzierten persönlichen Patientenkontakt des Apothekers, gewinnt die Beantwortung dieser Frage allerdings an Dringlichkeit. (Beweis-)Fragen im Schadensfall nach dem zugrunde zulegenden Sorgfaltsmaßstab im Rahmen einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung dürften sich aufgrund dieser negativen Abweichung vom pharmazeutischen Standard⁴⁰ der persönlichen Beratung zunehmend stellen. Eine Lösung könnte die Anwendung der Regelungen des Behandlungsvertrages gemäß §§ 630a ff. BGB darstellen, denn eben dieser Vertragstypus schaffte bereits nachweislich⁴¹ Klarheit und (Rechts-)Sicherheit in der Arzt-Patienten-Beziehung.

II. Gang der Untersuchung

Diese Arbeit macht es sich zur Aufgabe die (vertrags-)rechtliche Stellung des heutigen Apothekers mit seinen sich im gesundheitspolitischen Spannungsfeld zwischen Arzneimittelversorgungssicherheit und Liberalisierungstendenzen verändernden Aufgabenzuweisungen und Rollenfunktionen einer Neubewertung zu unterziehen. Damit soll die Frage beantwortet werden, ob die Anwendung der §§ 630a ff. BGB im Apotheker-Patienten-Verhältnis entgegen der herrschenden Meinung zum einen sachgerecht sein und zum anderen zu (rechtsdogmatisch) besseren Ergebnissen führen könnte, als es die bisherigen Vertragstheorien zu leisten im Stande sind. Hierzu wird folgend zunächst der Forschungsstand zum Thema dargestellt. Weiterhin werden einleitend einige Vorüberlegungen zum Themenkomplex Heilkunde/Behandlung nicht zuletzt zur Konkretisierung des Untersuchungsgegenstands angestellt.

Das Berufsbild des Apothekers wurde insbesondere durch den pharmazeutisch-medizinischen Fortschritt sowie gesundheitspolitische Weichenstellungen geprägt. Die Entwicklungshistorie von einem Arzneimittelproduzenten zum Arzneimitteldistribuenten⁴² und Berater hin zu einem pharmazeutisch-medizinischen Dienstleister⁴³ sowie mögli-

37 Vgl. *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 4 f.; vgl. auch *jurisPK-SGB V/Schneider*, § 129 SGB V, Rn. 20.

38 Geändert durch Artikel 1 V. v. 09.10.2019 BGBl. I 1450.

39 BR-Drs. 324/19(neu), 3; vgl. auch *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 444.

40 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 444.

41 Vgl. *Rehborn*, *GesR* 2013, 257 (258).

42 So auch *Huhle-Kreutzer*, Die Entwicklung arzneilicher Produktionsstätten aus Apothekenlaboratorien, 1989, 280; vgl. auch *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 32.

43 Ähnlich wird die Entwicklung bis zum Arzneimittelberater auch von *Taupitz*, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, 339 gesehen. *Wigge/Schütz*, *A&R* 2016, 7 (8 f.) sprechen davon, dass die Informations- und Beratungsleistungen sukzessive in den Vordergrund gerückt sind. *Wolf*, in: *Gesundheit 2030*, 2009, 190 (190) verweist in diesem Zusammenhang zudem auf die parallele Entwicklung der Pharmazie von einer „Handwerkskunst zu einer anerkannten Naturwissenschaft“ hin, welche die Entwicklung, Herstellung, Wirkung und Anwendung von Arzneimitteln umfasst.

chen „(Mit-)Behandler“⁴⁴ erfordert daher ein besonderes Augenmerk im Rahmen einer (rechts-)historischen Analyse. Denn der wesentliche Grund für die bisherige Nichtanwendung der Regelungen des Behandlungsvertrages stellt das womöglich zu unkritisch hingenommene, bisweilen allenfalls historisch begründete – und mit dem Verbot der Ausübung der Heilkunde verknüpfte – „Behandlungsverbot“ für approbierte Pharmazeuten dar. Die Rolle eines Behandelnden wird auf diese Weise verstellt. Kapitel 2 widmet sich daher zunächst dieser „Demarkationslinie Heilkunde“ zwischen Arzt und Apotheker. Beginnend mit der rechtlichen Trennung der Berufsbilder durch die Gesetzgebung Friedrich II. wird anschließend die regulatorische Aufgabenzuweisung in ihrer historischen Entwicklung analysiert. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Zusammenwirken der beteiligten Heilberufe in der Arzneimittelversorgung, um ein bis dato als strikt angenommenes Behandlungs- oder Heilkundeverbot als geeignetes Abgrenzungsmerkmal und mögliches Anwendungshindernis für die §§ 630a ff. BGB im Apotheker-Patienten-Verhältnis bewerten zu können.

Letzten Endes ist der behandlungsrechtliche Charakter des apothekerlichen Wirkens für die Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit der behandlungsvertraglichen Regelungen ausschlaggebend. Diesem Kernaspekt widmet sich eine rechtsdogmatische Tätigkeitsanalyse des „modernen“ Apothekers in Kapitel 3.

In Kapitel 4 werden die erarbeiteten Ergebnisse zusammengefasst und nochmals kritisch bewertet. Zudem wird ein Ausblick auf die praktischen Implikationen der Ergebnisse gegeben.

III. Forschungsstand und Vorüberlegungen

Weder das Vertrags- noch das Haftungsverhältnis der Apotheker-Patienten-Beziehung sind bis dato eigens gesetzlich normiert. Im Gegensatz zum Arztrecht ist allerdings insbesondere die (zivilrechtliche) Apothekerhaftung aufgrund der vermeintlich seltenen Haftungsfälle in Folge pharmazeutischer Fehlleistungen weitestgehend unerforscht.⁴⁵ Während arzneimittelrechtliche Haftungsfälle, für die gemäß § 84 Arzneimittelgesetz (AMG) der pharmazeutische Unternehmer einzustehen hat, die Judikative regelmäßig beschäftigen, finden sich rechtskräftige Urteile aus dem Apothekenbereich hauptsächlich zu wettbewerbs-, arzneimittel- oder verwaltungsrechtlichen Vergehen sowie sozialrechtlich-vertraglichen Auseinandersetzungen. Allenfalls erlangen jene Fälle Bekanntheit, denen eine grobe Fehlleistung in Bezug auf die pharmazeutischen Sorgfaltspflichten und die Schwere der Schadensfolgen gemein sind. In diesem Kanon sind beispielsweise die Verwechslung einer Teedroge,⁴⁶ Überdosierung in Folge einer mangelhaften Beschriftung einer Individualrezeptur,⁴⁷ ungewollte Schwangerschaft als Konsequenz einer Arzneimittelverwechslung⁴⁸ sowie die jüngeren Fälle der Vergiftung aufgrund einer ausge-

44 Vgl. Ehlers/Weizel, Pharm. Ind. 2001, 1156 (1157); Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 178.

45 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, Rn. 69; so auch: Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 2.

46 OLG Karlsruhe, VersR 1989, 805.

47 OLG München, VersR 1984, 1095.

48 LG Itzehoe, VersR 1969, 265.

bliebenen Plausibilitätsprüfung einer Kinderrezeptur⁴⁹ sowie grobe Verstöße gegen den pharmazeutischen Herstellungsstandard⁵⁰ eingereiht. Die relative Seltenheit der bis dato öffentlich gewordenen Haftungsfälle vermag den überschaubaren Forschungsstand zur Frage der (analogen) Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB auf den Apotheker zu erklären.

A. §§ 630a ff. BGB im Apotheker–Patienten–Verhältnis

1. Direkte Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB

Lange gab die Literatur überwiegend die Position der Gesetzesmaterialien zum Patientenrechtegesetz⁵¹ wieder, wonach die §§ 630a ff. BGB nicht auf den Apotheker anzuwenden seien, da dieser nicht zur Behandlung befugt wäre.⁵² Bestätigend wurde darauf hingewiesen, dass dem approbierten Pharmazeuten die Ausübung der Heilkunde verboten sei⁵³ – teils argumentiert über das Heilpraktikergesetz (HeilPrG), teils zusätzlich/allein über die apothekerlichen Berufsordnungen (BO) –, weshalb dieser eben jene nicht ausübe⁵⁴ und somit auch keine medizinische Behandlung,⁵⁵ Heil-⁵⁶ oder Krankenbehandlung⁵⁷ erbrächte. Vielmehr würde er lediglich medizinische Produkte verkaufen, diese ggf. herstellen und erforderlichenfalls hierzu beraten.⁵⁸ Obgleich sich vereinzelte Stimmen für die generelle Erfassung aller Behandlungen durch Angehörige anderer als ärztlicher Heilberufe, die einer Berufszugangsbeschränkung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 Grundgesetz (GG) unterliegen, aussprechen,⁵⁹ wären hiervon eben nicht die pharmazeutischen Leistungen des Apothekers umfasst.⁶⁰ Auf die historische Kompetenzaufteilung zwischen den approbierten Heilberufen der Medizin und Pharmazie wird in diesem Zusammenhang regelmäßig verwiesen.⁶¹

Gleichwohl wurde in jüngerer Vergangenheit über das sich verändernde Tätigkeitsprofil des Apothekers diskutiert. Insbesondere im Rahmen der Selbstmedikation wurde

49 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, = MedR 2014, 105, 111 = VersR 2014, 106, 111 f.; Nichtzulassungsbeschwerde zum BGH – VI ZR 424/13 wurde zurückgenommen.

50 LG Essen, Urt. v. 06.07.2018 – 56 Kls 11/17; ebenfalls im Zusammenhang mit einer rechtswidrigen Herstellung von Zytostatika: OLG Koblenz, Urt. v. 28.02.2018 – 5 U 1012/17 = PharmR 2018, 414, 417 = MedR 2019, 255; aber auch Tod durch verunreinigten Glucose-Test, vgl. *Sucker-Sket*, DAZ online 2020.

51 RegE, BT-Drs. 17/10488, 18.

52 Vgl. Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818); *Rehborn*, GesR 2013, 257 (258); *Bel/Fritsch*, MedR 2020, 556 (559); im Ergebnis so auch: BKK-M/*Spickhoff*, BGB § 630a, Rn. 14; MüKo-BGB/Wagner, § 630a Rn. 9 ff., 134 f.; in Bezug auf die Haftung vgl. auch Ratzel/Luxenburger/*Lippert*, Kap. 32, Rn. 251.

53 Ausführlicher hierzu Kap. 1 III. B. 1.

54 Vgl. *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (15).

55 Vgl. *Rehborn*, GesR 2013, 257 (258); im Ergebnis ähnlich: BKK-M/*Spickhoff*, BGB § 630a, Rn. 14.

56 Vgl. *Nordmeier*, GesR 2020, 494 (496) mit Verweis auf Stein/Jonas/*Bartels*, § 348 ZPO Rn. 26 und *Wieczorek/Schützel/Büscher*, § 348 ZPO Rn. 57.

57 Vgl. *Becker/Kingreen/Axer*, SGB V § 129, Rn. 11; vgl. auch *Weiß*, Leistungserbringung durch Apotheken, 2017, 191.

58 Vgl. *Franzki*, Der Behandlungsvertrag, 2014, 70; vgl. auch *Weiß*, Leistungserbringung durch Apotheken, 2017, 191, der die Aussage auf Arzneimittelverkauf und Beratung begrenzt.

59 Vgl. BKK-M/*Spickhoff*, BGB § 630a, Rn. 17; vgl. auch Laufs/Kern/*Rehborn/Kern/Rehborn*, § 43, Rn. 9.

60 Vgl. Laufs/Kern/*Rehborn/Kern/Rehborn*, § 43, Rn. 9.

61 Vgl. *Wigge/Schütz*, A&R 2016.

der approbierte Pharmazeut wiederholt als „Gatekeeper“⁶² oder „Lotse“⁶³ in einer sich dem Arzt annähernden Position⁶⁴ beschrieben. Auch werden ihm grundsätzlich „Dienste höherer Art“⁶⁵ und ein Bedeutungsgewinn im Rahmen jedenfalls behandlungsvertragsähnlicher⁶⁶ personenbezogener Informations- und Beratungspflichten⁶⁷ sowie insbesondere sozialrechtliche Mehrverantwortung in der Arzneimittelversorgung attestiert. Teilweise wird hierin eine Entfernung von der Rolle als „Befehlsempfänger und -ausführer des Arztes“⁶⁸ hin zum „(Mit-)Behandler“⁶⁹ erkannt.

Doch selbst die festgestellten Veränderungen in den ausgeübten Rollenfunktionen des Apothekers⁷⁰ in den unterschiedlichen Abgabesituationen von Arzneimitteln – mit oder ohne vorherige Einbindung des Arztes⁷¹ – führten zunächst nicht zu einer Diskussion über die Anwendbarkeit der §§ 630a ff. BGB. Lediglich wurde in der pharmarechtlichen Literatur jüngst darauf hingewiesen, dass die Gesetzesbegründung, wonach der Apotheker nicht zur Behandlung befugt sei vor dem Hintergrund der Modellvorhaben zu Gripeschutzimpfungen in der Apotheke „missverständlich“ sei,⁷² da in diesem Fall die Vorschriften des Behandlungsvertrages wohl unmittelbar anzuwenden wären.⁷³

Zu Beginn dieser Arbeit ist lediglich ein wissenschaftlicher Aufsatz bekannt, der eine direkte Anwendung der §§ 630a ff. BGB für erforderlich hält. Der Autor spricht sich aufgrund wesentlicher Anteile heilkundlicher bzw. behandlungsrechtlicher Elemente im apothekerlichen Wirken für deren Anwendung im Apotheker-Patienten-Verhältnis aus und liefert erste Argumente in dieser Hinsicht.⁷⁴ Wigge/Schütz und Bel/Fritsch vertreten mit Fokus auf die Beweislastumkehr gemäß § 630h BGB allerdings eine gegenteilige Meinung. Zwar wird die Möglichkeit der Durchführung einer medizinischen Behandlung durch den Apotheker aufgrund seiner „heilkundlich-pharmazeutischen Fachkenntnisse“ grundsätzlich akzeptiert, doch stünde der letztlichen Anwendung nicht die Wortlautgrenze des Gesetzes, sondern der Wille des Gesetzgebers entgegen. Eine Behandlung

62 Vgl. Strobel/Theis, PZ online 2016.

63 Vgl. Kemmritz, Fit für das Dritte Staatsexamen, 2019, 35.

64 Vgl. Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 182, so auch Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 247.

65 BVerfGE 17, 232, 239; 94, 372, 391; vgl. auch Wigge/Schütz, A&R 2015, 243 (244).

66 Es wird vereinzelt von einem „Behandlungsvertrag“ außerhalb der §§ 630a ff. BGB ausgegangen, vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 84 f.

67 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 86.

68 Vgl. Cyran/Rotta, § 20, Rn. 52; vgl. auch Wigge/Schütz, A&R 2016, 7 (8 f.); im Ursprung wohl eine Forderung des Deutschen Apothekertags von 1986; vgl. Pfeil/Pieck, § 20, Rn. 5 mit Verweis auf Pharm. Ztg. 1986, 2372 ff.; DAZ 1986, 2117 ff.

69 Vgl. Ehlers/Weizel, Pharm. Ind. 2001, 1156 (1157); Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 187.

70 So auch Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 8.

71 Hierzu unten Kap. 3.

72 Strittig: Cyran/Rotta, § 17, Rn. 13; anderer Ansicht: Wigge/Schütz, A&R 2016, 7 (15).

73 Vgl. Pfeil/Pieck, § 17, Rn. 55a, 360e; ausführlich hierzu: Effertz, A&R 2020, 251 ff.; Effertz, Grippeimpfung in der Apotheke, 2020, 8 ff.

74 Vgl. Effertz, GesR 2019, 15 (21). Aufgrund der Tatsache, dass es sich um eine Ausarbeitung des Verfassers dieser Abhandlung handelt, wird die Quelle zu diesem Zeitpunkt nicht weiter ausgeführt. Vielmehr werden die zugrundeliegenden Leitgedanken und Teilergebnisse im Rahmen der Abhandlung an entsprechender Stelle aufgegriffen, ausgebaut und kritisch diskutiert.

durch den approbierten Pharmazeuten schiede faktisch zudem aufgrund der fehlenden Behandlungsbefugnis aus, was sich jedenfalls aus den berufsrechtlichen Verboten zur Ausübung der Heilkunde ergäbe.⁷⁵ Deren derart strikte Auslegung wiederum wurde bereits als Überdehnung der kaufvertraglichen Komponente des apothekerlichen Tuns kritisiert.⁷⁶

Im Ergebnis teilt die herrschende Meinung die Ansicht, die in den Gesetzesmaterialien zum Patientenrechtegesetz zu finden ist. Aufgrund dieser fehlenden Behandlungsbefugnis wird überwiegend ein privatrechtlicher Vertrag angenommen.⁷⁷ Abhängig vom Umfang der tatsächlich erbrachten bzw. vom Patienten eingeforderten apothekerlichen Beratungsleistung könne entweder von einem Kaufvertrag über eine vertretbare Sache oder einem gemischt-typischen Vertrag mit Elementen des Kauf- und des Dienstleistungsvertrages ausgegangen werden.⁷⁸ Teilweise wird von behandlungsrechtlichen⁷⁹ bzw. behandlungsvertraglichen Elementen als heilberufliche Hauptleistungspflicht des Apothekers im Dienstleistungsanteil des Vertrages⁸⁰ oder in einem parallelen Versorgungsvertrag⁸¹ gesprochen. Die Rezepturherstellung in der Apotheke auf Grundlage einer individuellen Verschreibung oder einer patientenseitig getätigten Einzelbestellung wird in der Literatur dem Werkvertrag zugeordnet,⁸² erweitert die zuvor genannten Vertragstypen allerdings lediglich um ebenjenes Element.⁸³

Gleichwohl blieben die Rechtsverhältnisse zwischen Apotheker und Verbraucher bis dato – insbesondere in den sozialrechtlichen Konstellationen⁸⁴ – grundsätzlich umstritten,⁸⁵ teils werden sie gar als ungeklärt und unklar angesehen.⁸⁶

2. Analoge Anwendung von § 630h BGB

Die Lehrmeinung geht auf Basis der zuvor dargestellten Vertragsgrundlagen davon aus, dass ein Apotheker mangels Befugnis zur Behandlung des Patienten keinen haftungsbewährten Behandlungsfehler im engeren Sinne begehen könne. Gleichwohl habe er für eigene Fehler in der Arzneimittelversorgung einzustehen.⁸⁷ Insofern müsste der Pharmazeut nach den üblichen zivilrechtlichen Maßstäben eintreten. Damit käme eine Haftung nach Vertrag (§§ 433, 611, 280 Abs. 1 BGB) und deliktisch (§§ 823 Abs. 1, 823 Abs. 2 BGB)

75 Vgl. *Bel/Fritsch*, MedR 2020, 556 (559); die mangelnde Behandlungsbefugnis allerdings lediglich aus dem Verbot der Heilkundeausübung und mangels behandlungsvertraglicher Elemente ableitend: *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (15).

76 Vgl. *Pfeil/Pieck*, § 17, Rn. 360d.

77 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 83; vgl. auch *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 122 f.; *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (7 f.); *Weiß*, Leistungserbringung durch Apotheken, 2017, 189 f.

78 Vgl. *BKK-M/Sieper*, Vorbemerkungen zu I) BGB, Rn. 30; *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 83; *Ratzel/Luxemburger/Lippert*, Kap. 32, Rn. 253 f.; *Spickhoff*, VersR 2013, 267 (267 f.); *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (8).

79 Vgl. *Webel/Wallhäuser/Saalfrank*, DAZ online 2008.

80 Strittig: *Cyran/Rotta*, § 20 Rn. 3; anderer Ansicht *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (15).

81 Vgl. *Dierks*, DAZ online 2014, so auch *Cyran/Rotta*, § 17 Rn. 83.

82 Vgl. *Ratzel/Luxemburger/Lippert*, Kap. 32, Rn. 254.

83 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 84.

84 Vgl. *Weiß*, Leistungserbringung durch Apotheken, 2017, 188 f.

85 Vgl. *Becker/Kingreen/Axer*, SGB V § 129, Rn. 11; *Hofer*, die Haftung des Apothekers 2012, 1; *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (7).

86 Vgl. *Pfeil/Pieck*, § 17, Rd. 55b.

87 Vgl. *Ratzel/Luxemburger/Lippert*, Kap. 32, Rn. 251.

bei Außerachtlassung der für seinen Berufsstand erforderlichen Sorgfaltspflichten in Betracht.⁸⁸ Nur vereinzelte Stimmen gehen von einer beweisrechtlichen Gleichstellung von Arzt und Apotheker im Falle schwerer Fehler aus.⁸⁹ Als Begründung wird der Gleichbehandlungsgrundsatz für die Heilberufe diskutiert.⁹⁰ Dennoch gilt die Apothekerhaftung im Wesentlichen als wissenschaftlich allenfalls gering durchdrungen.⁹¹

In der Rechtsprechung sind hingegen erste Bestrebungen erkennbar, Grundelemente des Behandlungsvertrages in der Apotheker-Patienten-Beziehung anzuwenden. Dies gilt insbesondere in Bezug auf die in der Arzthaftung entwickelten und über 630h BGB normierten Beweisregeln, um eine Gleichbehandlung zwischen den Beteiligten in der Arzneimittellversorgung (Arzt/Apotheker gegenüber Patienten) herbeizuführen. So wurde bereits die Meinung vertreten, dass die Umkehr der Beweislast im Falle eines groben Fehlers auch ohne einen expliziten Behandlungsvertrag für die Apotheker zu gelten hätte, da gemäß der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (BGH) im Zweifel dem Schutz des Patienten Vorrang zu geben und eine Ungleichbehandlung im Vergleich zum Arzt unbillig sei.⁹² Als analoger Sorgfaltsmaßstab zu § 630a Abs. 2 BGB und zur letzten Wertung, wann ein Fehler als grob zu bezeichnen sei, fanden in diesem Zusammenhang der ärztliche Standard (Facharztstandard) und die in der Arzthaftung entwickelten Grundsätze Anwendung.⁹³ Ein Versuch, das Apotheker-Patienten-Verhältnis in Haftungsfragen grundsätzlich als Behandlungsvertrag zu klassifizieren, blieb hingegen auch in der Rechtsprechung gänzlich aus und die grundsätzliche Möglichkeit hierzu wurde bisweilen verneint.⁹⁴ Denn diese auch in der jüngeren BGH-Rechtsprechung für weitere Berufsgruppen⁹⁵ erkennbare Ausweitungstendenz der Beweislastumkehr außerhalb der medizinischen Behandlung im engeren Sinne wird in der Literatur insbesondere rechtsdogmatisch äußerst kritisch gesehen, zumal eine unbillige Benachteiligung (hier: des Apothekers) in Haftungsprozessen drohe.⁹⁶ Überdies scheidet eine analoge Anwendung von § 630h BGB

88 Vgl. Ratzel/Luxenburger/Lippert, Kap. 32, Rn. 256 ff.; Webel/Wallhäuser/Saalfrank, DAZ online 2008; Wigge/Schütz, A&R 2016, 7 (13 f.).

89 Vgl. MüKo-BGB/Wagner, § 630a, Rn. 14; Ratzel/Luxenburger/Lippert, Kap. 32, Rn. 260; so auch Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 151.

90 Vgl. Deutsch/Spickhoff, in: Medizinrecht 2014, 323, Rn. 513.

91 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, Rn. 69; Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 3.

92 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, Rn. 64, 69.

93 OLG Köln, Urt. v. 07.08.2013 – 5 U 92/12, Rn. 66; im Ergebnis so auch: OLG Koblenz, Urt. v. 28.02.2018 – 5 U 1012/17 = GesR 2018, 516 – 520 = PharmR 2018, 414, 417 = MedR 2019, 255.

94 Vgl. Wigge/Schütz, A&R 2016, 7 (12).

95 Schwimmmeister, Pflegekräfte und Hebammen, vgl. BGH NJW 1962, 959, 960 = LM Nr. 16 zu § 823 (J) BGB, BGHZ 144, 296, 302 ff. = NJW 2000, 2737, 2739; siehe auch BGHZ 129, 6, 12, Rn. 22 = NJW 1995, 1611, 1612 = MedR 1995, 366, 369; OLG Oldenburg, VersR 1997, 749; offengelassen in BGHZ 144, 296, 305 f., Rn. 12 = NJW 2000, 2737, 2739 = MedR 2001, 197, 198.

96 Speziell auf das Apotheker-Patienten-Verhältnis bezogen: Mäsch, JuS 2013, 1130 (1130 ff.); Wigge, MedR 2014, 105 (106); Wigge/Schütz, A&R 2016, 7 (15); Bel/Fritsch, MedR 2020, 556 (562); allgemeiner und mit Kritik an der Beweiserleichterung als solche: Mäsch, NJW 2017, 2080 (2080 ff.); Prütting, NJW 2019, 2661 (2661 ff.).

Kapitel 3: Der Apotheker als (Mit-)Behandelnder

Der Apotheker als „*Gatekeeper*“⁸²⁴ in einer sich dem Arzt annähernden Position, „*wichtiger Neben-*“ oder „*Hauptakteur*“,⁸²⁵ vielleicht sogar „*(Mit-)Behandler*“,⁸²⁶ jedenfalls aber nicht länger „*Befehlsempfänger und -ausführer des Arztes*“⁸²⁷ in der arbeitsteiligen Arzneimittelversorgung; dies folgerte die neuere Literatur aus den bis dato zuletzt zu beobachtenden Schritten der in Kap. 2 dargestellten Entwicklung des Berufsstandes. Nachdem nun nachgewiesen wurde, dass ein in seiner Wirkungskraft als absolut zu verstehendes Verbot der Heilkundeausübung oder der Heilbehandlung für den approbierten Pharmazeuten nicht existiert, gilt es sodann zu betrachten, ob insbesondere die personenbezogenen Informations- und Beratungspflichten⁸²⁸ als „*Dienste höherer Art*“⁸²⁹ im Rahmen der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung als heilkundliche bzw. behandlungsrechtliche Tätigkeiten im Zusammenhang mit einer medizinischen Behandlung zu qualifizieren sind. Erst dann wäre eine Anwendungsnotwendigkeit der Regelungen der §§ 630a ff. BGB gegeben. Das bloße Fehlen eines entsprechenden Verbots kann hingegen nicht als ausreichend angesehen werden, da Behandlungsverträge tätigkeitsbezogen und nicht statusbezogen entstehen.⁸³⁰ Letzteres – bereits in Kap. 1 IV. als wesentlich identifiziertes, wohl aber überwiegend übersehenes Argument, gilt es mithin auch vor dem Hintergrund des neuen Ausgangspunkts zu beachten. Daher widmet sich Kap. 3 einer detaillierten Tätigkeitsanalyse in den unterschiedlichen Rollenfunktionen/Abgabesituationen im Rahmen des bereits dargestellten Systems („regulatorisches Korsett“). Denn letztlich ist die Frage entscheidend, ob eben diese apothekerlichen Tätigkeiten einer „medizinischen Behandlung“ i. S. d. § 630a Abs. 1 BGB, ergo jedenfalls einer Heilbehandlung im weiteren Sinn,

824 Vgl. *Strobel/Theis*, PZ online 2016.

825 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 182; so auch *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 247.

826 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 187; so auch *Ehlers/Weizel*, Pharm. Ind. 2001, 1156 (1157).

827 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 20, Rn. 52; *Wigge/Schütz*, A&R 2016, 7 (8 f.).

828 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17 Rn. 86.

829 Vgl. *Wigge/Schütz*, A&R 2015, 243 (244); teilweise zu erbringen in einem „*Behandlungsvertrag*“ außerhalb der §§ 630a. ff. BGB, vgl. *Cyran/Rotta*, § 17 Rn. 84 f.

830 Vgl. *MüKo-BGB/Wagner*, § 630a, Rn. 9.

entsprechen und vom approbierten Pharmazeuten überwiegend eigenverantwortlich durchgeführt werden.

I. Einführung und Methodik

Die moderne Apotheke hat sich von einem Ort der Arzneimittelherstellung und -lagerung inzwischen zu einer zentralen Anlaufstelle für Gesundheitsberatung in der Versorgungslandschaft entwickelt.⁸³¹ Zwar liegt der Funktionsschwerpunkt gemäß § 1 Abs. 1 ApoG noch immer in der Sicherstellung der ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung, was sich zudem in den Vorschriften zur Bevorratung und Lagerung gemäß der §§ 15 und 16 ApBetrO spiegelt, doch wurde der damit verbundene Versorgungsauftrag durch den Gesetzgeber kontinuierlich erweitert. So zählen neben den erweiterten Informations- und Beratungspflichten in Verbindung mit der Arzneimittelabgabe gemäß § 1a ApBetrO inzwischen das Medikationsmanagement (Abs. 3 Nr. 6), das patientenindividuelle Stellen (Abs. 4) und Verblistern (Abs. 5) sowie etwa die Gesundheitsberatung und einfache Gesundheitstests (Abs. 11) zum rechtlich zulässigen und größtenteils regelmäßigen Leistungsportfolio des Apothekers. Wie in Kap. 1 IV. B. dargestellt, sind jedoch für die vorliegende Fragestellung nicht alle Leistungsbereiche gleichermaßen relevant. Der Fokus liegt folgend auf den unterschiedlichen Abgabesituationen von Arzneimitteln (Verschreibungspflicht gemäß § 48 AMG als Abgrenzungskriterium) sowie den damit verbundenen apothekerlichen Dienstleistungen mit unmittelbarem Einfluss auf die Arzneimitteltherapie. Die Tätigkeitsanalyse beschränkt sich allerdings nicht lediglich auf den rechtlichen Rahmen und die bisherige rechtswissenschaftliche Interpretation des apothekerlichen Wirkens. Ergänzend werden die pharmazeutischen Leitlinien und Fachliteratur konsultiert. Insbesondere die Leitlinien der Bundesapothekerkammer⁸³² gelten in diesem Zusammenhang aufgrund ihrer Konkretisierungswirkung für die pharmazeutische Versorgungsrealität als mitprägend⁸³³ und werden als nützliche Orientierungshilfen⁸³⁴ für die Apothekenpraxis empfohlen.⁸³⁵ Die Bundesapothekerkammer selbst führt aus:

„Die Leitlinien der Bundesapothekerkammer beschreiben apothekerliches Handeln in charakteristischen Situationen. Sie berücksichtigen die gültigen Gesetze und Verordnungen und orientieren sich am Stand von Wissenschaft und Technik. [...] Die Leitlinien der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung sind als Empfehlungen zu verstehen. Sie entbinden nicht von der heilberuflichen Verantwortung des Einzelnen, d. h. sie haben weder haftungsbegründende noch haftungsbefreiende Wirkung.“⁸³⁶

Obgleich es aufgrund des bloßen Empfehlungscharakters an einer rechtlichen Bindungswirkung fehlt,⁸³⁷ bilden die Leitlinien jedenfalls das typische apothekerliche Han-

831 Vgl. Dölger, PZ online 2020.

832 Für eine Übersicht, vgl. ABDA, Die Apotheke, 39.

833 Vgl. Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 146.

834 Vgl. Cyran/Rotta, § 20 Rn. 15 ff.

835 Inhaltlich zudem vergleichbar mit den in Hinblick auf ihre Bindungswirkung nicht unumstrittenen Richtlinien der Bundesärztekammer; vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern/Rehborn, § 96, Rn. 12.

836 Zitat entnommen bei: BAK, <https://www.abda.de/fuer-apotheker/qualitaetssicherung/leitlinien/>, abgerufen am 19.08.2021.

837 Vgl. Cyran/Rotta, § 20 Rn. 17.

deln, also den eigens gesetzten fachlichen Standard⁸³⁸ im Versorgungsprozess ab. Die Standesvertretung selbst geht dabei offensichtlich davon aus sich innerhalb des gesteckten Rechtsrahmens des Apothekenwesens zu bewegen.⁸³⁹ Dies ist entscheidend, da es, wie bereits dargestellt, bei der Anwendbarkeit der Regelungen der §§ 630a ff. BGB wesentlich auf die tatsächlich durchgeführten Tätigkeiten und die Wahrnehmung der Leistung durch den Patienten ankommt.

Die Tätigkeitsanalyse folgt weiterhin einer typischen Behandlungsabfolge. So wird ein Behandler zunächst diagnostische Maßnahmen unterschiedlichen Umfangs – meist beginnend mit einer Anamnese – durchführen, um erforderlichenfalls eine geeignete Therapie vorzuschlagen, über diese aufzuklären und auf diese Weise eine Entscheidung des Patienten ermöglichen. Sodann kann schlussendlich eine Therapie veranlasst oder durchgeführt werden bzw. der Patient wird zu einer solchen befähigt. Der Behandlungsprozess kann somit in systematisch trennbare Handlungen zerlegt werden.⁸⁴⁰

Damit die apothekerlichen Tätigkeiten in Hinblick auf möglicherweise behandlungsvertragliche Elemente überprüft werden können, ist weiterhin ein Vergleich mit behandlungsvertragstypischen Hauptpflichten eines bereits als Behandelnden i. S. d. § 630a Abs. 1 BGB anerkannten Gesundheitsberufes bzw. Erbringers einer medizinischen Behandlung⁸⁴¹ sinnvoll. Denn auf der abstrakten Normenebene wird lediglich ein grobes Bild eines „umfangreiche[n] Pflichtenprogramm[s]“ für diese gezeichnet.⁸⁴² Zwar war der Gesetzgeber weitestgehend bemüht, die höchstrichterliche Rechtsprechung zu den Pflichten des Arztes auf diese Weise abzubilden,⁸⁴³ doch gelten diese unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten auch für die anderen als Behandler in Frage kommenden Heilberufe.⁸⁴⁴ Ein zielführender Vergleich muss somit möglicherweise zu enge Definitionen ärztlicher Heilbehandlungsschritte überwinden. Denn wie in Kap. 1 IV. C. 2 dargelegt, geht es im Wesentlichen auch beim Apotheker um die Frage, ob dieser eine Heilbehandlung im weiteren Sinne erbringt. Mithin gilt es auf den Kern der unterschiedlichen Leistungselemente von Behandlungsverträgen abzustellen, um sodann die apothekerlichen Tätigkeiten hiermit vergleichen zu können. Gleichwohl kann eine enge Fokussierung auf den Pharmazeuten und seine Obliegenheiten nicht genügen. Auch die ärztlichen Pflichten im Rahmen der offenkundig arbeitsteiligen Arzneimitteltherapie sind zu betrachten, da beide Heilberufe in diesem Bereich zusammenwirken. Die in Kap. 2 VI. dargestellten Entwicklungen deuten dabei bereits auf einen teilweisen Übergang von Aufgaben vom Arzt auf den Apotheker hin, sodass der Pflichtenkatalog des ärztlichen Behandlers ebenfalls betrachtet werden muss.

Letztlich gilt es eine Wertung der so gesammelten Erkenntnisse vorzunehmen, ob es sich bei der jeweiligen Teilleistung um ein behandlungsvertragliches Element im Rahmen einer medizinischen Behandlung handelt. Insofern ergibt sich ein Prüfkatalog:

838 Vgl. ABDA, Selbstmedikation als integraler Bestandteil einer umfassenden Arzneimittelversorgung, 2020, 3.

839 Vgl. obiges Zitat Satz 2.

840 Vgl. hierzu auch Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 46, Rn. 3.

841 Vgl. Kap. 1 III. B. 2. a).

842 Vgl. Hau/Poseck/Katzenmeier, § 630a Rn. 101.

843 BT-Drs. 17/10488, 9 f.

844 Vgl. Katzenmeier, NJW 2013, 817 (818).

- Tätigkeitsbeschreibung und bisherige Interpretation durch die Literatur,
- Vergleich der apothekerlichen Teilleistung mit der entsprechenden Teilleistung anerkannter Behandler im rechtlichen Sinn,
- Abgrenzung zur und Vergleich mit der ärztlichen Tätigkeit,
- Bewertung der Teilleistung ob des medizinischen Behandlungscharakters,
- Wahrnehmung der Rolle des Apothekers durch den Patienten,
- Einbettung in den Gesamtkontext des Arzneimittel- und Apothekenrechts.

II. Arzneimittelabgabe

Die Abgabesituationen in der Apotheke von Arzneimitteln als komplexe „*Hilfsmittel ärztlicher Kunst*“⁸⁴⁵, „*bedeutsamer Teil der Heilbehandlung*“⁸⁴⁶ oder Waren „*besonderen Charakters*“⁸⁴⁷ mit nicht nur heilsamen, sondern auch potenziell schädlichen Wirkungen⁸⁴⁸ eines „*Risikoproduktes*“⁸⁴⁹ lassen sich im Wesentlichen in zwei Hauptkategorien einteilen. Entweder der Patient legt eine ärztliche Verordnung mit einem – nicht notwendigerweise verschreibungspflichtigen – Arzneimittel vor, oder er kommt mit einem Beratungsgesuch bzw. einem konkreten Arzneimittelwunsch im Rahmen der Selbstmedikation⁸⁵⁰ in die Offizin. Die offenkundigsten Unterscheidungsmerkmale sind hierbei die Einbindung des behandelnden Arztes in die Arzneimittelversorgung oder dessen Fehlen sowie der Zulassungsstatus i. S. d. Verschreibungspflicht nach § 48 Abs. 1 AMG der gegenständlichen Arzneimittel. Dies hat Auswirkungen auf die verwaltungsrechtlichen Pflichten des Apothekers sowie insbesondere den Umfang der Informations- und Beratungspflichten,⁸⁵¹ was nach derzeitigem Verständnis zu unterschiedlichen zugrunde zulegenden Vertragsformen und -pflichten führen kann.⁸⁵² Gleichwohl können sich die Abgabesituationen in der Versorgungsrealität vermischen. So ist die Nachfrage nach nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimitteln – oder die regelmäßige Zusatzempfehlung⁸⁵³ von diesen⁸⁵⁴ – in Ergänzung zu einem ärztlich verordneten und verschreibungspflichtigen Arzneimittel ebenso keine Seltenheit, wie das Rezeptieren von nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimitteln. Eine gedankliche Fallgruppenbildung ist in rechtlicher Hinsicht und zur besseren Veranschaulichung dennoch geboten. Mithin wird folgend jedes Abgabeszenario einzeln beschrieben und auf behandlungsrechtliche Elemente hin untersucht.

Den apothekenrechtlichen Rahmen für die Arzneimittelabgabe bildet insbesondere die §§ 17 und 20 ApBetrO, welche den Umgang mit der ärztlichen Verschreibung und die Informations- und Beratungspflichten vorgeben. Konkretisiert werden die gesetzlichen

845 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 9; Wesser, A&R 2020, 99 (99).

846 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 348.

847 EuGH, Urt. v. 21.03.1991, Rs. C-369/88, Delattre, Slg. 1991, I-1487, Rn. 54, 56 und 60.

848 BVerfGE 17, 232, 239.

849 Vgl. *Dettling/Mand*, Fremdbesitzverbote und präventiver Verbraucherschutz, 2006, 46.

850 Zum Begriff vgl. unten Kap. 3 II. B. 1. b) (2).

851 Vgl. unten Kap. 3 II. A. 4. und Kap. 3 II. B. 4.

852 Vgl. Kap. 1 III. A.

853 Synonym auch etwa Zusatzverkauf, aktive Empfehlung oder aktiver Verkauf; vgl. *Lennecke*, Zusatzempfehlung – Zusatzverkauf, 7.

854 Vgl. *Lennecke*, Zusatzempfehlung – Zusatzverkauf, 16.

Anforderungen durch die Leitlinien der Bundesapothekerkammer (BAK),⁸⁵⁵ welche ihrerseits mittels Kommentierungen weiter erläutert werden.⁸⁵⁶ Die inkludierten Flussdiagramme der BAK dienen folgend als „roter Faden“, da diese den Belieferungsprozesse chronologisch abbilden.⁸⁵⁷

A. Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel

Im Bereich der Abgabe verschreibungspflichtiger Arzneimittel muss dem Apotheker gemäß § 1 Arzneimittelverschreibungsverordnung (AMVV)⁸⁵⁸ i. V. m. § 48 Abs. 1 AMG grundsätzlich eine ordnungsgemäße Verschreibung⁸⁵⁹ als „*einzelfallbezogene, sachverständige Feststellung eines Arztes [...]*“ oder „*fixierte Therapieentscheidung*“⁸⁶⁰ vorliegen,⁸⁶¹ welche die medizinische Rechtfertigung der Arzneimittelabgabe darstellt.⁸⁶² Ordnungsgemäß ist eine Verschreibung, wenn sie sämtliche nach § 2 AMVV (bzw. § 1 Abs. 2 MPAV im Falle eines Medizinproduktes oder § 9 BtMVV im Falle eines Betäubungsmittels) erforderlichen Angaben aufweist.⁸⁶³ Diese Vorschrift gilt grundsätzlich für jedermann, aufgrund des Apothekenmonopols allerdings faktisch überwiegend für den Apotheker und sein pharmazeutisches Personal.⁸⁶⁴ Ein Verstoß gegen diese Beschränkung der Arzneimittelabgabe ist nach §§ 95 Nr. 4 und 96 Nr. 13 AMG (Humanarzneimittel) strafbar

-
- 855 Leitlinie der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung Information und Beratung des Patienten bei der Abgabe von Arzneimitteln auf ärztliche Verordnung, Stand der Revision: 13.11.2019; Leitlinie der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung Information und Beratung des Patienten bei der Abgabe von Arzneimitteln – Selbstmedikation, Stand der Revision: 13.11.2019.
- 856 Kommentar zur Leitlinie der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung Information und Beratung des Patienten bei der Abgabe von Arzneimitteln auf ärztliche Verordnung, Stand der Revision: 13.11.2019; Kommentar zur Leitlinie der Bundesapothekerkammer zur Qualitätssicherung Information und Beratung des Patienten bei der Abgabe von Arzneimitteln – Selbstmedikation, Stand der Revision: 13.11.2019.
- 857 Vgl. Anhang IV; Flussdiagramme.
- 858 Im Falle der Abgabe von Betäubungsmitteln ist die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung (BtMVV) maßgeblich. Folgend wird diese Fallgruppe ebenso wenig betrachtet wie die sog. T-Rezepte gemäß § 3a AMVV, da der grundsätzliche Abgabeprozess in der Apotheke identisch ist, wenngleich der erforderliche Sorgfaltsmaßstab aufgrund der höheren Gefahrenpotenzials dieser Arzneimittel höher anzusiedeln wäre. Spezialrechtlich hinzukommende Dokumentationspflichten sind für die vorliegende Betrachtung ebenfalls vernachlässigbar.
- 859 Oftmals synonym auch Verordnung. Korrekterweise handelt es sich allerdings bei der verschriebenen Arzneimittelanweisung im Falle eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels um eine Verschreibung, da diese i. S. d. AMVV verschrieben werden müssen. „Verordnung“ kann vor diesem Hintergrund als Oberbegriff und im Falle eines nicht-verschreibungspflichtigen Arzneimittels verwendet werden.
- 860 Vgl. *Wesser*, A&R 2020, 99 (100).
- 861 Vorliegen bedeutet in diesem Zusammenhang auch die Zugriffsmöglichkeit auf eine elektronische Verordnung über die Telematikinfrastruktur (vgl. § 86 SGB V). Alle folgenden Aussagen für Papierrezepte gelten somit entsprechend für elektronische Verschreibungen; vgl. ausführlich hierzu auch Pfeil/Pieck, § 17, Rn. 337 ff.; *Braun*, PharmR 2020, 315 ff.
- 862 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 649.
- 863 Vgl. Pfeil/Pieck, § 17, Rn. 34a; für eine ausführliche Darstellung der Anforderungen an eine ordnungsgemäße Verschreibung vgl. auch *Wesser*, A&R 2020, 166 (168 ff.).
- 864 Vgl. *Cyran/Rotta*, § 17, Rn. 647; so auch *Wesser*, A&R 2020, 99 (100, 104).

und stellt eine Verletzung von § 3a des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) dar.⁸⁶⁵ Darüber hinaus kommt eine berufsgerichtliche Ahndung im Falle eines berufsrechtlichen Überhangs in Frage.⁸⁶⁶ Ausnahmen vom Grundsatz der Vorlagepflicht normiert § 4 AMVV, wonach in dringenden Fällen der behandelnde Arzt den Apotheker über Verschreibung und Inhalt insbesondere fernmündlich unterrichten kann (Abs. 1) sowie eine Sonderregelung für den sog. Eigenbedarf der verschreibenden Person (Abs. 2), bei welchem eine Vorlagepflicht entfällt. In engen Grenzen kommt zudem eine Abgabe ohne Verschreibung unter dem Gesichtspunkt des rechtfertigenden Notstandes gemäß § 34 StGB in Frage.⁸⁶⁷ Umgekehrt normiert § 17 Abs. 4 ApBetrO die Belieferung ordnungsgemäßer Arzneimittelverschreibungen in „angemessener Zeit (sog. Kontrahierungszwang)⁸⁶⁸, sofern keine Abgabeverbote⁸⁶⁹ dem entgegenstehen. Der Gesetzgeber hat damit den Arzt als therapeutischen Entscheider im Spannungsfeld zwischen heilender und gefährlicher Wirkung von Arzneimitteln⁸⁷⁰ zum Dreh- und Angelpunkt⁸⁷¹ der Versorgung von Patienten⁸⁷² mit verschreibungspflichtigen Arzneimitteln gemacht, welcher vom Patienten und Apotheker bis auf die skizzierten Ausnahmetatbestände und ggf. Sondersituationen wie der Nothilfe nicht umgangen werden kann. Mithin scheidet in dieser Versorgungssituation eine mögliche Rolle des Apothekers als Allein-Behandler aufgrund dieser prominenten Stellung des Arztes offenkundig aus. Vielmehr ist folgend auf die Ausgestaltung der Zusammenarbeit beider Heilberufe abzustellen. Den Rahmen hierfür bildet das AMG, welcher durch die Vorgaben der Apothekenbetriebsordnung und den beruflichen Standard konkretisiert wird.

1. Ausgangslage

Im Falle der Einlösung einer ärztlichen Verordnung in der Apotheke muss grundsätzlich von einem vorherigen Arztbesuch des Patienten ausgegangen werden. Fraglich ist allerdings, ob die vorstellige Person der behandelte Patient oder ein Bote ist. Dies ist vom Apotheker zu prüfen, da die Abgabe von Arzneimitteln als problematisch gilt, sofern sich nicht alle Fragen im Rahmen der erforderlichen Beratung⁸⁷³ klären lassen.⁸⁷⁴ Arzneimittelrechtlich ist dies jedoch unerheblich; auch einer Vollmacht bedarf ein Empfangsbote nicht.⁸⁷⁵ Daher wird vertreten, dass die Information und Beratung des Überbringers der Verschreibung sodann auch apothekenrechtlich ausreichend sein muss und die korrekte und vollständige Informationsübermittlung durch diesen nicht im Verantwortungsbereich des Apothekers liege.⁸⁷⁶

865 BGH, Urt. v. 08.01.2015 – I ZR 123/13.

866 BVerfG, Urt. v. 29.10.1969, PZ 1970, 576; vgl. auch Cyran/Rotta, § 17, Rn. 701 f.

867 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 707 ff.

868 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 685.

869 Vgl. hierzu unten Kap. 3 II. A. 2.

870 Vgl. *Wesser*, A&R 2020, 99 (99).

871 So auch *Linden*, Deutsches Ärzteblatt 2004, A-2600.

872 Oder bei Tieren den Tierarzt; Tiere können allerdings keine Patienten i. S. d. §§ 630a ff. BGB sein; vgl. BT-Drs. 17/10488, 17.

873 Vgl. hierzu unten Kap. 3 II. 4.

874 Vgl. *ABDA*, Leitfaden zur Beratung, 2020, 5.

875 OLG Köln, Urt. v. 24.02.2014 – 5 U 96/13, GesR 2014, 287; MedR 2014, 590; vgl. auch Pfeil/Pieck, § 17, Rn. 42.

876 Vgl. Cyran/Rotta, § 20, Rn. 49; so auch Pfeil/Pieck, § 20 Rn. 64.

Die ärztliche (Vor-)Behandlung ist insofern entscheidend, als dass der Apotheker von vorab vorgenommenen Untersuchungen, Abwägungen und Entscheidungen ausgehen muss. Mit Rezeptieren eines verschreibungspflichtigen Arzneimittels müssen wesentliche Entscheidungen in Bezug auf Therapie und Gefahrenabwägung – unabhängig von deren objektiven Richtigkeit – sowie Aufklärungsmaßnahmen⁸⁷⁷ durch den behandelnden Arzt bereits getroffen bzw. durchgeführt worden sein. Der Pharmazeut agiert somit im Rahmen des historisch entwickelten arbeitsteiligen Arzneimittelversorgungsprozesses auf Basis ärztlicher Anordnung (hier: ärztliche Verschreibung).

a) Gefährdungspotenzial

Die Einstufung eines Arzneimittels als verschreibungspflichtig erfolgt nach Art. 70 Abs. 1 der Kodex-Richtlinie 2001/83/EG durch die für die Arzneimittelzulassung zuständige Behörde. Soweit es sich nicht um eine EU-weite Zulassung nach der Verordnung (EG) Nr. 726/2004 handelt, fällt dies somit in die Zuständigkeit des jeweiligen Mitgliedstaates und vorliegend in den Regelungskreis des Arzneimittelgesetzes.

Den Ausgangspunkt der deutschen Regelungen zur Abgabebeschränkung von Arzneimitteln definieren § 48 Abs. 1 Nr. 1 und 3 AMG, wonach zunächst jedes Humanarzneimittel der Verschreibungspflicht unterliegt, welches entweder nicht ausreichend medizinisch erforscht ist oder per Rechtsverordnung (AMVV) der grundsätzlich wirkstoffbezogenen⁸⁷⁸ Restriktion unterstellt wird.⁸⁷⁹ Als Maß für die Notwendigkeit eine Verschreibungspflicht zu normieren ist neben einer „*besonderen Gefährlichkeit*“⁸⁸⁰ somit alternativ auch ein „*unbekanntes Risiko*“⁸⁸¹ geeignet, welches von einem Arzneimittel ausgehen muss. Insoweit obliegt die Beurteilung eines begründenden Gefährdungspotenzials allerdings nicht objektiven Kriterien der Wissenschaft, sondern einer individuell-nationalen Wertung. Diese fällt entscheidungsvorbereitend dem Sachverständigen-Ausschuss gemäß § 53 AMG zu, welcher regelmäßig antragsbasiert (vgl. § 6 der Geschäftsordnung des Sachverständigen-Ausschusses für Verschreibungspflicht nach § 53 Absatz 2 des Arzneimittelgesetzes i. d. F. vom 09.09.2020) über Änderungen der Verschreibungspflicht berät.⁸⁸² Gleichwohl hat diese gesetzliche Abgabebeschränkung immer in erster Linie der Arzneimittelsicherheit und damit dem Schutz der Bevölkerung zu dienen, da durch sie Wirkstoffe aufgrund ihres Gefährdungspotenzials der ärztlichen Überwachung unterstellt werden.⁸⁸³ Aus diesem Blickwinkel wird nachvollziehbar warum auch Arzneimittel, welche häufig im erheblichen Umfang nicht bestimmungsgemäß gebraucht werden (sog. Arzneimittel-Missbrauch),⁸⁸⁴ der Verschreibungspflicht durch Rechtsverordnung unterstellt werden können.⁸⁸⁵ Damit soll der Schutz vor gefährlichen

877 Folgend nur in Grundzügen als Grundlage für später folgende Abgrenzungen dargestellt. Ausführlich zu den ärztlichen Informations- und Aufklärungspflichten: *Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten*, 2018.

878 Vgl. auch Cyran/Rotta, § 17, Rn. 187.

879 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 185 f. und Rn. 647 f.; vgl. auch *ABDA, Selbstmedikation als integraler Bestandteil einer umfassenden Arzneimittelversorgung*, 2020, 5.

880 EuGH, Urt. v. 11.12.2003, Rs. C-322/01; vgl. auch Cyran/Rotta, § 17, Rn. 187.

881 Vgl. auch *Hofer, Die Haftung des Apothekers*, 2012, 235.

882 Ausführlich zum Verfahren: *Pabel, PharmR* 2009, 499 (502 ff.).

883 Vgl. *Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/von Czetztritz*, § 25, Rn. 3.

884 Vgl. *Rehmann/Rehmann*, § 48, Rn. 8.

885 Vgl. *Erbs/Kohlhaas/Pfohl*, AMG § 48, Rn. 10.

Fehlmedikationen⁸⁸⁶ und unkontrollierter Selbstmedikation⁸⁸⁷ gewährleistet werden. Der Aspekt des Verbraucherschutzes wird auch am Stellenwert des Regelungsinhaltes des § 48 AMG deutlich. Wie dargestellt, ist ein Verstoß prinzipiell mit Strafe bedroht.⁸⁸⁸

b) Patientensituation

Der Patient, der den Apotheker mit seiner ärztlichen Arzneimittelverschreibung aufsucht, ist im Falle der ordnungsgemäßen Behandlung und Vertragserfüllung durch den Arzt gemäß §§ 630c und 630e BGB bereits über die zugrundeliegende(n) Erkrankung(en) sowie die indizierte Arzneimitteltherapie aufgeklärt. Denn geschuldet werden grundsätzlich ordnungsgemäße Anamnese, Diagnostik, Therapieauswahl und Aufklärung sowie Durchführung der Therapie und ggf. die Nachsorge als behandlungsvertragliche Hauptpflichten.⁸⁸⁹ Die Dokumentation in der Patientenakte sowie die Einhaltung der Schweigepflicht sind Beispiele für die geschuldeten Nebenpflichten.⁸⁹⁰ Der „Behandlungsprozess“ ist bei Vorlage einer Arzneimittelverschreibung damit in jedem Fall bis zum Punkt der Therapieentscheidung durchschritten.

(1) Selbstbestimmungsaufklärung

§ 630e Abs. 1 BGB regelt den Inhalt der Aufklärung. Die Notwendigkeit in der Patienten-Behandler-Beziehung ergibt sich im Wesentlichen aus dem Grundrecht der Selbstbestimmung, weshalb man bei der Aufklärung gemäß § 630e BGB auch von der sogenannten Selbstbestimmungsaufklärung⁸⁹¹ spricht. Dieses Recht eigene und in ihrer Angemessenheit „gute“ oder „schlechte“ Entscheidungen zu treffen,⁸⁹² kann patientenseitig nur wahrgenommen werden, sofern ausreichende Informationen über die zur Wahl stehenden Optionen sowie Nutzen und Risiken vorliegen. Daher bedarf es bereits im Vorfeld der Durchführung einer medizinischen Maßnahme der Aufklärung des Patienten über alle wesentlichen mit der Behandlung in Verbindung stehenden Umstände. Damit ist auch die Aufklärung über die (zu verhindernde oder zu behandelnde) Krankheit sowie den Ablauf der vorgeschlagenen Maßnahme und die Heilungschancen gemeint. Der Patient soll im „Großen und Ganzen“⁸⁹³ oder „in Grundzügen“⁸⁹⁴ erfahren, was mit ihm geschehen wird.⁸⁹⁵ Weiterhin ist über die mit der Behandlung einhergehenden Risiken zu informieren (sog. Risikoaufklärung). Hierbei ist über mögliche dauernde oder vorübergehende Nebenfolgen, die sich auch bei der Anwendung der allergrößten ärztlichen Sorgfalt, bei fehlerfreier Durchführung nicht mit Gewissheit ausschließen lassen, aufzuklären.⁸⁹⁶ Erst dies kann eine rechtswirksame Einwilligung gemäß § 630d BGB begründen, da ohne

886 BGH, Urt. v. 08.01.2015 – I ZR 123/13, Rn. 4 – BeckRS 2015, 12550.

887 Vgl. Hofer, Die Haftung des Apothekers, 2012, 67, Fn. 372.

888 So auch HK-AKM/Brucklacher, VIII. Rechtsfolgen von Verstößen gegen die Aut-idem-Regelung, Rn. 44.

889 Vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 46, Rn. 3; vgl. auch Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmer – Arzt – Patient, 2004, 97 f. m. w. N.

890 Vgl. Hau/Poseck/Katzenmeier, § 630a Rn. 118–121.

891 Vgl. Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 44 m. w. N.

892 Vgl. Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 44.

893 Vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 72, Rn. 9 ff.

894 BGH, VersR 2006, 838; KG, VersR 2005, 1399; OLG Brandenburg, Urt. v. 22.04.2010 – 12 U 186/08.

895 Vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 66, Rn. 3 ff.

896 BGH, VersR 1962, 155, 156; vgl. auch Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 66, Rn. 15 ff.

diese Informationen das Selbstbestimmungsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht ausgeübt werden kann.⁸⁹⁷ Über das richtige Maß wird allerdings regelmäßig gestritten; doch gilt, dass über dem Eingriff spezifisch innewohnende Risiken umso ausführlicher aufzuklären ist. Dies gilt auch je mehr Alternativen zur Verfügung stehen und je weniger dringlich ein Eingriff ist.⁸⁹⁸

Zwar gilt die Aufklärung im Bereich der Arzneimitteltherapie als vergleichsweise wenig betrachteter Unterbereich der Selbstbestimmungsaufklärung,⁸⁹⁹ doch ist eine Unterteilung zwischen Verlaufs- und Risikoaufklärung auch hier möglich.⁹⁰⁰ Während die Verlaufsaufklärung insbesondere den Zustand und die Handlungsoptionen aufzeigen soll – Diagnosemitteilung,⁹⁰¹ Prognosedarstellung bzw. Erfolgsaussichten⁹⁰², ggf. erforderliche weitere Diagnostik sowie Therapiestrategie und -alternativen⁹⁰³ –, so dient die Risikoaufklärung zu den Risiken des Arzneimittels und seiner Applikation⁹⁰⁴ überwiegend dazu den Patienten zu einer Abwägungsentscheidung zwischen Risiko und Nutzen sowie ggf. alternativen Behandlungsmethoden zu befähigen.⁹⁰⁵ Dass Nebenwirkungen in diesem Zusammenhang einen hohen Stellenwert einnehmen verwundert – trotz der Tatsache, dass der Arzt bereits vor der Verordnung eines Arzneimittels anamnestisch mögliche Risiken einer Arzneimitteltherapie auszuschließen hat⁹⁰⁶ – nicht. In pharmazeutisch-medizinischer Hinsicht gilt vielmehr das berühmte Zitat:

„Wenn behauptet wird, dass eine Substanz keine Nebenwirkung zeigt, so besteht der dringende Verdacht, dass sie auch keine Hauptwirkung hat.“ – Gustav Kuschinsky: deutscher Pharmakologe (1904–1992).⁹⁰⁷

Insofern können unerwünschte Folgen der Arzneimitteltherapie selbst bei fehlerfreier Leistung des Arztes nicht ausgeschlossen werden. Doch genügt ein Verweis auf die Packungsbeilage gemäß § 11 AMG im Zusammenhang mit der Risikoaufklärung nicht, obgleich diese insbesondere Informationen zu drohenden Nebenwirkungen beinhaltet

897 BVerfGE 52, 131 (167).

898 Vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 6, Rn. 26 ff.

899 Vgl. Kerschbaum, Die Waffengleichheit im Arzthaftungsprozess, 2000, 230.

900 Noch weiter aufgliedernd in Diagnose-, Behandlungs-, Verlaufs-, Risiko- und wirtschaftliche Aufklärung: Quaas/Zuck/Clemens/Quaas, § 14, Rn. 88.

901 Gegenteiliger Ansicht: Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 257, die die Diagnosemitteilung der therapeutischen Information zurechnet.

902 Vgl. Gahr et. al, ZEFQ 2020, 45 (46).

903 Vgl. Kern, Die neuere Entwicklung in der Rechtsprechung zur Aufklärungspflicht, GesR 2009, 1 (5); OLG Koblenz NJW-RR 2002, 816 = VersR 2003, 1313 = MedR 2002, 408.

904 BGHZ 162, 320 (323); BGH, NJW 1982, 697 (698); BGHZ 172, 1 (13).

905 Für eine Übersicht vgl. Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 112; ähnlich auch Wehmhöner/Frehse, PharmR 2004, 433 (434).

906 Vgl. HK-AKM/Hart, Arzneimittelbehandlung, Rn. 11; Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 99; Krudolph-Scholz, Die ärztliche Aufklärung bei der Arzneibehandlung, 2005, 127.

907 Zitat entnommen bei Scholz/Schwabe/Kroemer, Unerwünschte Arzneimittelwirkungen, 359; vgl. auch Vgl. Koyuncu, PharmR 2005, 289 (289); Wesser, A&R 2020, 99 (99) mit Verweis auf BVerfG, Urt. v. 13.02.1964 – 1 BvL 17/61, BVerfGE 17, 232 Rn. 32 f.; EuGH, Urt. v. 19.05.2009 – C-171/07 und C-172/07, Slg. 2009, I-4171 = A&R 2009, 124 juris Rn. 32.

(vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 5 AMG).⁹⁰⁸ Vielmehr ist insbesondere bei drohenden schwerwiegenden Nebenwirkungen eine Aufklärung hierüber durch den Verordner zwingend erforderlich. Insofern müssen sich die individuell abzuwägende Aufklärung⁹⁰⁹ des Arztes und die allgemeingültigen Informationen des pharmazeutischen Unternehmers für eine umfassende – aber letztlich geteilte Selbstbestimmungsaufklärung insbesondere im Teilbereich der Risikoaufklärung – des Patienten ergänzen,⁹¹⁰ wobei der Mediziner damit eine „Grundaufklärung“ schuldet.⁹¹¹ Besondere Aufklärungspflichten gelten weiterhin bei neuen Arzneimitteln⁹¹² aufgrund des vergleichsweise unbekanntem Risikos.⁹¹³ Umgekehrt kann diese Obliegenheit insbesondere über drohende Nebenwirkungen abhängig vom Zustand des Patienten eingeschränkt sein, etwa im Falle einer lebensbedrohlichen Erkrankung.⁹¹⁴ Letztlich sind im Ergebnis dennoch vergleichsweise hohe Anforderungen insbesondere an die Risikoaufklärung im Bereich der Pharmakotherapie zu stellen,⁹¹⁵ obwohl diese situativ reduziert sein können.⁹¹⁶ Im Wesentlichen entspricht die Aufklärung über eine Arzneimitteltherapie mithin den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Aufklärung für andere medizinische Eingriffe.⁹¹⁷

(2) Therapeutische Information

Darüber hinaus normiert § 630c Abs. 2 BGB weitere Informationspflichten, die der Behandler neben der Aufklärung schuldet. Diese Unterscheidung gilt auch für die Arzneimitteltherapie im Speziellen,⁹¹⁸ obgleich Aufklärung und Information im tatsächlichen Patientengespräch regelmäßig nicht getrennt werden. Wesentlich ist, dass die geschuldete therapeutische Information⁹¹⁹ (auch „therapeutische Aufklärung“, „Sicherung- oder Sicherheitsaufklärung“) gemäß § 630c Abs. 2 S. 1 BGB als Teil der Behandlung zu den behandlungsvertraglichen Hauptpflichten zählt,⁹²⁰ so dass auch eine Pflichtverletzung in diesem Bereich mit allen damit verbundenen Konsequenzen als Behand-

908 BGH, Urt. v. 15.03.2005, VI ZR 289/03, GesR 2005, 257; LG Dortmund, Urt. v. 06.10.1999 – 17 O 110/98, MedR 2000, 331(332).

909 Vgl. Saalfrank/Dautert/Jorzig, § 2 Arzthaftungsrecht, Rn. 95.

910 Vgl. hierzu Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 116 f.

911 Vgl. Saalfrank/Dautert/Jorzig, § 2 Arzthaftungsrecht, Rn. 95.

912 BGH 27.3.2007 – VI ZR 55/05, VersR 2007, 995.

913 Vgl. Kap. 3 II. A. 1. a).

914 Vgl. Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Wever, BGB § 630e, Rn. 27.

915 Dies zuletzt nochmals herausstellend BGH, Urt. v. 17.04.2007 – VI ZR 108/06.

916 Etwa im Rahmen der intensivmedizinischen Betreuung; LG Aachen, Urt. v. 26.10.2005 – 11 O 543/03, MedR 2006, 361; Bergmann/Pauge/Steinmeyer/Wever, BGB § 630e, Rn. 27.

917 So auch Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 98 ff. mit einer umfangreichen Darstellung hierzu.

918 Vgl. Koyuncu, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 104.

919 Wohl treffendster und zwecks Abgrenzung zur Aufklärung geeigneter Begriff; vgl. Hegerfeld, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 234.

920 Vgl. Hau/Poseck/Katzenmeier, § 630a Rn. 115; vgl. auch Clausen/Schroeder-Printzen/Terbille/Feifel, § 1, Rn. 686.

lungsfehler zu klassifizieren ist.⁹²¹ Daneben existiert die Pflicht zur wirtschaftlichen Information gemäß § 630c Abs. 2 S. 2 und 3 BGB als vertragliche Nebenpflicht.⁹²²

Allgemein soll die therapeutische Information den Patienten über „*therapierichtiges Verhalten zur Sicherung des Behandlungserfolges und zur Vermeidung möglicher Selbstgefährdung*“⁹²³ in Kenntnis setzen. Für den Heilerfolg relevante Verhaltensregeln müssen somit ebenso Gesprächsinhalt sein, wie das Verhalten im Falle von möglichen Komplikationen/Symptomen, welche es bereits durch notwendige Schutz- und Warnhinweise⁹²⁴ zu vermeiden bzw. zu begrenzen gilt.⁹²⁵ Zudem wird vertreten, dass auch die Information über die Dringlichkeit der Maßnahme der therapeutischen Information ebenso zuzurechnen ist, wie der Selbstbestimmungsaufklärung.⁹²⁶

Im Rahmen der Arzneimitteltherapie bestehen Besonderheiten. „*Im Spannungsfeld*“ zwischen Selbstbestimmungsaufklärung und therapeutischer Information findet sich die Packungsbeilage gemäß § 11 AMG. Diese zeigt die mit der Arzneimitteleinnahme verbundenen Risiken auf; in Bezug auf den zu erwartenden Nutzen schweigt sie überwiegend.⁹²⁷ Nebenwirkungen sind dennoch grundsätzlich Teil der Selbstbestimmungsaufklärung. Diese sind jedoch nur im Einzelfall für den Patienten wirklich entscheidungserheblich, so dass entsprechende Hinweise wohl überwiegend der therapeutischen Information zuzurechnen sind.⁹²⁸ Denn die Kenntnis über ggf. auftretende unerwünschte Wirkungen in Verbindung mit dem Wissen über mögliche Gegenmaßnahmen ist insbesondere der Compliance und der Gefahrenfürsorge förderlich.⁹²⁹ Zudem ist im Rahmen der geplanten Arzneimittelbehandlung über Bedeutung der Therapie, Dosierung und Dauer der Einnahme sowie die therapiegerechte Lebensführung und Unverträglichkeiten zu informieren.⁹³⁰ Teilweise wird zudem eine Information über Auswirkungen auf die Verkehrstüchtigkeit.⁹³¹ Auch Hinweise zu einer möglicherweise mit der Therapie einhergehenden erhöhten Sturzgefahr⁹³² sowie zu drohenden Neben- und Wechselwirkungen i. V. m. Verhaltensanweisungen im Eintrittsfall⁹³³ sind zu erteilen. All dies dient der Sicherung des Therapieerfolges.

Die Fachinformation (vgl. § 11a AMG) gilt in diesem Zusammenhang als rechtsverbindliche und vom pharmazeutischen Unternehmer geschuldete⁹³⁴ Informationsgrundlage für den Arzt, sofern er über ein konkretes Präparat informieren möchte.⁹³⁵ Auch die

921 BGH, Urt. v. 16.06.2009 – VI ZR 157/08, NJW 2009, 2820 = VersR 2009, 1267; BGH, Urt. v. 16.11.2004 – VI ZR 328/03, MedR 2005, 226 = VersR 2005.

922 Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen/*Terbille/Feifel*, § 1, Rn. 687 ff.

923 BGH, NJW 2004, 3703 (3704); BGHZ 162, 320 (324); BGH, VersR 2005, 227 (228).

924 OLG Köln, BeckRS 2014, 17668 m. w. N.

925 BT-Drs. 17/10488, 21.

926 Vgl. *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 257.

927 So wohl auch Saalfrank/*Dautert/Jorzig*, § 2 Arzthaftungsrecht, Rn. 95.

928 Vgl. *Hegerfeld*, Ärztliche Aufklärungs- und Informationspflichten, 2018, 255.

929 BGH, VersR 1970, 324 ff = NJW 1970, 511 ff.; NJW 1994, 3012 ff.; OLG Koblenz, MedR 2000, 37 ff.

930 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 105; *Wehmhöner/Frehse*, PharmR 2004, 433 (434).

931 BGH, NJW 1994, 3012 ff.; OLG Hamm, VersR 1988, 126.

932 OLG Köln, VersR 1996, 1278.

933 BGH, NJW 1987, 705, OLG Hamm, VersR 1984, 91, OLG Koblenz, MedR 2000, 37 (40).

934 Vgl. Fuhrmann/Klein/Fleischfresser/*Mayer*, § 43, Rn. 82.

935 Vgl. *Gahr et. al.*, ZEFQ 2020, 45 (46).

medizinischen Leitlinien verweisen regelmäßig auf die letzte verbindliche von Beipackzettel und Fachinformation.⁹³⁶ Auf die Richtigkeit der dort zu findenden Informationen darf sich dieser verlassen, sofern sich keine Zweifel an der Richtigkeit ergeben müssen.⁹³⁷

(3) Einwilligung

Die Durchführung der zugesagten Behandlung ist Hauptpflicht des Behandelnden. Eine Therapie lege artis setzt dabei grundsätzlich voraus, dass sich aufgrund der Diagnostik eine Indikation ergibt, welche ihrerseits eine bestimmte Heilbehandlung rechtfertigen kann.⁹³⁸ Für die korrekte Therapieauswahl ist eine Abwägung zwischen Schwere der Maßnahme einerseits und den damit ggf. verbundenen Risiken andererseits ebenso erforderlich, wie die Bewertung der Erfolgsaussichten.⁹³⁹ Die nach durchgeführter Diagnostik und Chancen-Risiken-Abwägung letztlich gewählte Therapie ist die eigentliche medizinische Behandlung, die unter Beachtung der fachlichen Standards durchzuführen ist⁹⁴⁰ und der Einwilligung des Patienten bedarf (vgl. § 630d BGB).

Auch die Arzneimitteltherapie stellt einen Eingriff in die körperliche Integrität dar.⁹⁴¹ Auf die Invasivität einer Maßnahme kommt es in Bezug auf die Einwilligungsnotwendigkeit grundsätzlich nicht an.⁹⁴² Eine Besonderheit ergibt sich allerdings durch die Eigenart der Arzneimitteltherapie im Vergleich zu ärztlich unmittelbar durchgeführten Eingriffen, da die Intervention mit zeitlichem Versatz und regelmäßig in Abwesenheit des Arztes erfolgt. Die (finale) Einwilligung des Patienten erfolgt nach teilweise vertretener Meinung daher erst konkludent mit der Einnahme des verordneten Arzneimittels,⁹⁴³ weshalb das informed-consent Modell (auch Leitbild des mündigen Patienten)⁹⁴⁴ aus der operativen Eingriffstheorie insofern zu modifizieren wäre.⁹⁴⁵ Jedenfalls aber wird erkennbar, dass der Arzt die Arzneimitteltherapie („den Eingriff“) nicht selbst durchführt und somit allenfalls eine Willenserklärung des Patienten dahingehend erhalten kann.

c) Zusammenfassung und Stellungnahme

Nutzen und die bei verschreibungspflichtigem Arzneimittel nicht unerheblichen Risiken sollten dem Patienten grundsätzlich bekannt sein.⁹⁴⁶ Auch hat sich dieser gedanklich hierauf aufbauend jedenfalls nicht final gegen die Therapie entschieden; anderenfalls würde

936 Vgl. etwa S3-Leitlinie „Diagnostik, Therapie und Nachsorge des Melanoms“ Kurzversion 1.1-Februar 2013 AWMF-Register-Nummer: 032-024O, abrufbar unter: www.awmf.org/leitlinien.

937 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, m. w. N.; so auch *Wehmhöner/Frehse*, PharmR 2004, 433 (434).

938 Eingriffe ohne medizinische Indikation stellen keine Heilbehandlungen dar, können allerdings gleichwohl den §§ 630a ff. BGB unterfallen; vgl. Kap. 1. III. B. 2.

939 Vgl. Laufs/Kern/Rehborn/Kern, § 53, Rn. 1.

940 Vgl. Hau/Poseck/Katzenmeier, § 630a Rn. 111–112.

941 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 90.

942 Vgl. *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 191.

943 Vgl. *Koyuncu*, Das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 119; *Hofer*, Die Haftung des Apothekers, 2012, 192.

944 BT-Drs. 17/10488.

945 So gefordert von *Koyuncu*, Das Haftungs-dreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 119 f.

946 Ob dem so ist und inwieweit sich der Apotheker hierauf verlassen darf; vgl. hierzu unten Kap. 3 II. A. 2.

er die Verschreibung nicht vorlegen. Aufgrund der Tatsache, dass zuvor gezeigt wurde, dass eine Aufklärung lediglich im „*Großen und Ganzen*“ erfolgen muss,⁹⁴⁷ ist die These allerdings abzulehnen, wonach eine Einwilligung des Patienten erst mit der Einnahme erfolgen würde. Wirksam dürfte eine patientenseitige Einwilligung in der Versorgungsrealität vielmehr bereits durch konkludentes Handeln – Annahme der Verschreibung – erteilt werden. Sofern das Arzneimittel schlussendlich doch nicht eingenommen würde, entspräche dies einem Widerruf einer solchen, was in rechtlicher Hinsicht problemlos möglich und zulässig ist (vgl. § 630d Abs. 3 BGB).

Eine Vergleichsbetrachtung erfordert in diesem Zusammenhang zunächst die Erhöhung des Abstraktionsniveaus, indem man sich von der ärztlichen Verschreibung insofern löst, als dass diese lediglich als Informationsträger zur Überbrückung einer Versorgungsschnittstelle dient. Hierunter lassen sich sodann etwa Überweisungsscheine für die (fach-)ärztliche Zusammenarbeit untereinander und die ärztlichen Verordnungen für andere therapeutische Spezialisten wie Physiotherapeuten, Logopäden, etc. – beides horizontale Arbeitsteilung⁹⁴⁸ – sowie Anweisungen an das untergeordnete medizinische oder pflegerische Personal (Delegation in der vertikalen Arbeitsteilung) subsumieren. In den ersten beiden Fällen führt die Einbeziehung eines Therapeuten zum Abschluss eines eigenen Behandlungsvertrages mit dem „aufnehmenden“ Therapeuten.⁹⁴⁹ Dieser ist den Regeln und Standards des eigenen Fachgebietes unterworfen und bestimmt in eigener Verantwortung über Art und Weise der Leistungserbringung im Rahmen des ärztlichen Überweisungsauftrages.⁹⁵⁰ Diese Ausgangssituation der horizontalen Arbeitsteilung scheint auch für die Arzneimittelversorgung auf ärztliche Verschreibung gegeben, welche einen verbindlichen Ausführungsauftrag⁹⁵¹ beinhaltet. Genauer dürfte sich ein Vergleich mit einer „*in Zeitstufen aufeinander folgende[n] Behandlung*“⁹⁵² anbieten, wobei die Behandlung des Arztes regelmäßig nicht mit der Verschreibung eines Arzneimittels endet. Im Falle chronischer Erkrankungen wäre dies jedenfalls regelmäßig zu verneinen. Auch in anderen Konstellationen dürfte die vertragliche geschuldete Nachsorgepflicht zudem dagegenstehen.⁹⁵³ Mangels fachlicher oder arbeitsrechtlicher Über- und Unterordnung sowie selbständigen Auswahl- und Überwachungsmöglichkeiten⁹⁵⁴ scheint eine vertikale Arbeitsteilung hingegen unwahrscheinlich.⁹⁵⁵ Dennoch ist in der Folge neben dem behandlungsrechtlichen Charakter der Tätigkeit selbst zudem auf den Grad der Eigenverantwortlichkeit des Apothekers und die Überwachungsmöglichkeit durch den Arzt abzustellen, um die Zusammenarbeit sowie die damit verbundenen Verantwortlichkeiten voneinander abgrenzen zu können. Auf das Modell der „Ferndelegation“, welches der Entstehung eines eigenen Behandlungsvertrages womöglich im Wege stehen könnte,

947 Vgl. oben Kap. 3 II. A. 1 b) (1).

948 Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen/*Terbille/Feifel*, § 1, Rn. 580; für Verordnungen: OLG Jena, Urt. v. 18.05.2005 – 4 U 641/04, BeckRS 2005, 11838 = NJOZ 2005, 4626 (4631); hier: Physiotherapie.

949 BGH, Urt. v. 28.04.1987 – VI ZR 171/86, NJW 1987, 2289 = BGHZ 100, 363 (367 f.).

950 Vgl. Clausen/Schroeder-Printzen/*Terbille/Feifel*, § 1, Rn. 583.

951 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 685.

952 Vgl. *Geiß/Greiner*, B. Haftung aus Behandlungsfehler, Rn. 119.

953 BGH, Urt. v. 08.04.2003 – VI ZR 265/02, NJW 2003, 2309 ff. zur Nachsorgepflicht im Rahmen der Arzneimitteltherapie.

954 Vgl. hierzu unten Kap. 3 II. A. 3.

955 Zur historischen Entfernung von dieser Rolle, vgl. oben Kap. 2.

sei in diesem Zusammenhang verwiesen.⁹⁵⁶ Je weiter sich der Pharmazeut allerdings hiervon entfernt hätte, umso eher wären Behandlungselemente einem eigenen Behandlungsvertrag zwischen diesem und dem Patienten zuzuordnen, wie es im Falle der horizontalen Arbeitsteilung der Regelfall ist. Bedenkt man zudem, dass es zum einen einer bewussten Entscheidung für die Einlösung der ärztlichen Verschreibung bedarf und zum anderen eine Auswahl einer Apotheke erforderlich ist, um ein Arzneimittel dort zu erhalten, so wird deutlich, dass auch dieses Prinzip der Versorgungsrealität der Behandler und/oder Therapeuten i. S. d. § 630a Abs. 1 BGB entspricht. Der überweisende/verordnete Arzt darf grundsätzlich keine anderen Leistungserbringer empfehlen (vgl. § 31 MBO-Ä). Der Patient ist in der Wahl seiner Folge- oder Anschlussversorgung, also dem Anknüpfungspunkt der Versorgungsschnittstelle, frei. Auch dies spricht bereits gegen die Vorstellung einer Arzneimittelversorgung als Delegationsleistung.

Die zu treffende Entscheidung des Patienten bzgl. der Rezepteinlösung hat eine weitere für den Ausgangspunkt relevante Implikation. In der Apotheke wird ein Beratungsgespräch aufgrund der rechtlichen Vorgaben regelmäßig stattfinden.⁹⁵⁷ Da der Patient erst nach der hierauf folgenden Aushändigung des Arzneimittels die Möglichkeit bekommt die Gebrauchsinformation gemäß § 11 AMG zu lesen, findet die apothekerliche Beratungs- und Informationsleistung vor der letztlichen Einnahme statt.⁹⁵⁸ Im Ergebnis ist die Information des Patienten über das Arzneimittel nicht zweiseitig (Arzt und pharmazeutischer Unternehmer),⁹⁵⁹ sondern systembedingt dreiseitig verteilt (Arzt/Apotheker/pharmazeutischer Unternehmer). Bereits aufgrund dieser chronologischen Anordnung der Beratungs- und Informationstätigkeit des Apothekers ist folgend zu bewerten, ob es sich um Elemente einer (geteilten) Selbstbestimmungs- oder Sicherungsaufklärung handeln könnte. Positive wie negative Einflüsse auf die Therapie sind zudem im Rahmen der therapeutischen Information grundsätzlich denkbar.

2. Verordnungsprüfung

Die Pflicht zur Verordnungsprüfung in der Apotheke ergibt sich aus der gesetzlich zugewiesenen Kontrollfunktion, die sachlich und eigenverantwortlich wahrzunehmen ist.⁹⁶⁰ Diese sichert in der Praxis mehrere Ziele. Während arzneimittelrechtlich zunächst zu beurteilen ist, ob eine beliefungsfähige – also ordnungsgemäße – Verschreibung gemäß § 2 AMVV vorliegt (formale Prüfung),⁹⁶¹ so zielt die inhaltliche Prüfung überwiegend auf den Patientenschutz ab. Teilweise wird zwar von einer weitestgehend auf den formalen Teil der Verordnungsprüfungen begrenzten Prüfbliedenheit ausgegangen,⁹⁶² doch haben Apotheker aufgrund ihrer umfangreichen pharmazeutischen Ausbildung die notwendige fachliche Kompetenz erworben, die der pharmakologischen Ausbildung der Ärzte oftmals überwiegt.⁹⁶³ Folglich darf es „ein blindes Vertrauen auf die Verordnung des Arztes

956 Vgl. Kap. 2 V. G.

957 Hierzu ausführlich unten Kap. 3 II. A. 4.

958 Vgl. oben Kap. 3 II. A. 1. b) (3).

959 Unzutreffend somit wohl *Koyuncu*, Das Haftungsdreieck Pharmaunternehmen – Arzt – Patient, 2004, 116 f.

960 BVerwG, Beschl. v. 24.3.1994 – 3 B 49/93, NJW 1995, 1627, Rn 8.

961 Vgl. Pfeil/Pieck, § 17, Rn. 42.

962 Vgl. Cyran/Rotta, § 17, Rn. 662.

963 OLG Karlsruhe, Urt. v. 09.10.1969, DAZ 1970, 255; vgl. auch *Byrle*, PZ online 2014, 54.