

Aktenzeichen:

1 HK.O 165/06



Verkündet am: 16.01.2007

Justizhauptsekretär
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle

Landgericht Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.
vertreten durch das geschäftsführende Präsidiumsmitglied

- Verrugungskläger -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

gegen

Gesäftsführer GmbH & Co. KG, vertreten durch die
diese vertreten durch die

- Verfügungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat die 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht
auf die mündliche Verhandlung vom 19.12.2006

für Recht erkannt:

1.

Der Verfügungsbeklagten wird untersagt, in ihrer für Ärzte bestimmten Software ein Programmmodul "Versandapotheke" zu integrieren, mit dem Bestellformulare und/oder Begleitschreiben und/oder sonstige Schriftstücke ausgedruckt werden können, in denen eine Versandapotheke angegeben ist und die zur Weitergabe an den Patienten bestimmt sind.

2.

Für jeden Fall der Zuwiderhandlung wird der Antragsgegnerin ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,-- EUR, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfall bis zu 2 Jahren, zu vollziehen an den jeweiligen Geschäftsführern der Komplementär-GmbH, angedroht.

3.

Die Kosten des Verfahrens trägt die Verfügungsbeklagte.

Tatbestand:

Der Verfügungskläger, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., begeht von der Verfügungsbeklagten, die Praxissoftware für Ärzte erzeugt und vertreibt, im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Unterlassung der Integration eines Moduls "Versandapotheke" in die von ihr hergestellte Praxissoftware. Mit Update vom 15.10.2006 wurde dieser Software seitens der Verfügungsbeklagten eine neue Funktion "Versandapotheke" hinzugefügt.

Der Verfügungskläger ist der Ansicht, dass die Verfügungsbeklagte durch dieses neue Modul die Ärzte zum standeswidrigem Verhalten zu bestimmen sucht.

Mit dieser neuen Funktion können - worüber die Nutzer in einer Begleitbroschüre auch ausführlich informiert werden - aus dem von dem Arzt für den Patienten verordneten Rezept heraus Bestellformulare für die Versandapothekenbestellung ausgedruckt werden. Der

Arzt hat die Zugriffsmöglichkeit auf eine Liste der größeren deutschen Versandapotheken. Die Liste öffnet sich durch Betätigen des Druckknopfes "Liste". Zu Demonstrationszwecken wurden durch die Verfügungsbeauftragte zwei namhafte deutsche Versandapotheken hinterlegt, so dass der benutzende Arzt ohne weiteren eigenen Aufwand bereits auf diese (Versandapotheke und) - auch für das unmittelbare Ausdrucken eines Bestellformulares - zugreifen kann.

Beim Einspielen des Updates wird dem ausführenden Benutzer (Arzt) ein Informationsfenster eingeblendet, das ihm alle wichtigen Informationen zur Funktion "Versandapotheke" anzeigt (Anlage K 1, Bl. 12 d.A.). Es wird auf die Hinterlegung zweier namhafter deutscher Versandapotheken zu Demonstrationszwecken bereits in diesem Fenster hingewiesen. Auch enthält das Informationsfenster den Hinweis, dass bei Versandapotheken aufgrund in der Regel erheblich größere Sortimente und des Umstandes, dass der Patient nicht vor Ort sei, eine höhere Sicherheit an "Abgabebenidentität" bestehe. Der Informationstext endet mit den Worten: "Möglicher Vorteil: Die Bonus-Malus-Falle schnappt nicht zu! Mehr dazu über den Druckknopf "mehr Info ...".

Bei Betätigung des Druckknopfes "mehr Info ..." erscheint unter der Überschrift "Wege aus der Substitutionsfalle" folgender Informationstext (Anlage K 2, Bl. 16 d.A.):

"Seit 1. Mai 2006 drohen Ärzte massive wirtschaftliche Schäden durch die Bonus-Malus-Regelung des AVWG. Fachkreise rechnen hier insbesondere durch nicht kostenbewusste Substitution in der Apotheke mit erheblichen Risiken für die Ärzteschaft. Gut ein Viertel der verschriebenen Arzneimittel werden nach vorsichtigen Schätzungen derzeit bei Abgabe durch gegebenenfalls teurere Präparate substituiert, ohne dass dies der Arzt beeinflussen kann. Folge wird häufig sein, dass der Arzt "die Zeche zahlt".

Demgegenüber gewährleisten Versandapotheken aufgrund in der Regel erheblich größerer Sortimente und dem Umstand, dass der Patient nicht vor Ort ist eine höhere Sicherheit an "Abgabebenidentität" und - in Kooperation mit Krankenkassen und Ärztenetzwerken er-

probt - falls möglich kostengünstigere Substitution; möglicher Vorteil: die Bonus-Malus-Falle schnappt nicht zu!

Wir haben gleichzeitig mit dem Inkrafttreten des AVWG für Sie ein Versandhandelsmodul in ALBIS integriert. Damit können Sie für Ihren Patienten einfach auf Versandapotheeken seiner Wahl zugreifen".

Aus dem Programm heraus kann der benutzende Arzt ein Begleitschreiben (Bestellschreiben) für (Neu-)kunden einer Versandapotheke ausdrucken, wobei durch Knopfdruck die Daten des Patienten und die Daten der aus der Liste ausgewählten Versandapotheke aufgenommen werden (vgl. Muster eines Begleitschreibens Anlage K 3, Bl. 17 d.A.). Bei dem Ausdruck eines derartigen Begleitschreibens ist das Einsetzen des Namens einer bestimmten Apotheke zwingend erforderlich, worauf die Verfügbungsbeklagte auf Bl. 28 ihrer Begleitbroschüre hinweist.

Der die Software benutzende Arzt kann weitere Einstellungen im Briefkopf des auszudruckenden Begleitschreibens vornehmen und entscheiden, ob sein Praxisstempel in der rechten oberen Ecke des Schreibens und das Logo der Versandapotheke in der linken oberen Ecke des Schreibens erscheint.

Der Verfügbungskläger hat die Verfügbungsbeklagte mit Schreiben vom 01.11.2006 abgemahnt. Nach weiterem Schriftwechsel und Fristverlängerungen hat die Verfügbungsbeklagte mit Schreiben vom 27.11.2006 die Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung abgelehnt.

Der Verfügbungskläger trägt vor:

Indem die Verfügbungsbeklagte durch die Gestaltung der Software "beim ersten Starten" ein Informationsfenster einblende und darin auf angebliche Vorteile einer Inanspruchnahme einer Versandapotheke verweise, versuche sie Einfluss auf den Arzt zu nehmen und diesen dazu zu bestimmen, seinen Patienten zu empfehlen, bei einer bestimmten Versandapotheke die Arzneimittel zu bestellen. Diese Absicht, die Ärzte zu einer entsprechenden Empfehlung und zur Aushändigung eines Begleitschreibens zu motivieren, gehe deutlich aus den mehrmaligen Hinweisen in der "Information zur Funktion

"Versandapotheke" hervor, wie der Verfügungskläger näher ausführt. Die Behauptungen der Verfügbungsbeklagten hinsichtlich eines etwaigen Risikos des Arztes infolge einer Substitution seien bereits im Ansatz unrichtig.

Zur Vermeidung der dargestellten finanziellen Konsequenzen werde der Arzt das in dem Modul der Verfügbungsbeklagten abrufbare "Begleitschreiben Versandapotheke" ausdrucken und seinen Patienten mitgeben, wobei er zwangsläufig eine der verschiedenen hinterlegten Versandapotheken auswählen müsse, was einen Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO darstelle. Der Arzt dürfe Patienten nicht generell an bestimmte Apotheken (also Versandapotheken) verweisen. Im Übrigen müsste der Arzt aufgrund des Programmes auch eine bestimmte Apotheke eindrucken lassen. Die Aushändigung des vorformulierten Begleitschreibens stelle auch einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MBO dar. Außerdem spreche vieles dafür, dass die Versandapotheken die Überweisung von Patienten durch Ärzte diesen vergüten und die Höhe dieser Vergütung ausgehend von den durch die Patienten eingesandten Begleitschreiben ermittelt werde.

Der Verfügungskläger beantragt,

den Erlass einer einstweiligen Verfügung entsprechend dem im Tenor der Entscheidung formulierten Erkenntnis. Den darüber hinaus zunächst gestellten Antrag auf Zahlung eines Betrages von 176,67 EUR zzgl. 7% Mehrwertsteuer nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit hat der Verfügungskläger im Verhandlungstermin mit Zustimmung der Verfügbungsbeklagten zurückgenommen.

Die Verfügbungsbeklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Sie trägt vor:

Das von ihr hinzugefügte Modul "Versandapotheke" sei wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden. Seine Nutzung, die den Ärzten

freigestellt sei, sei mit keinerlei Werbung verbunden; auch werde keine Bestellung bei einer bestimmten Versandhandelsapotheke beworben oder favorisiert. Dem Arzt oder Patienten würden für den Fall der Bestellung bei einer Versandapotheke weder Vorteile gewährt noch suggeriert. Die Inbezugnahme einer aus einer Liste auszuählende Apotheke liege allein im Ermessen des Arztes und sei durch das Programm nicht vorgegeben. Eine Anstiftung zu einem Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO liege nicht vor; anderenfalls würde dieser Vorwurf auch jedes Branchenbuch treffen. An das ausgehändigte Begleitschreiben sei der Patient auch nicht gebunden; er könne das ausgestellte Rezept auch in jeder anderen Apotheke einlösen.

Das Programm setze sich nur mit der bestehenden wirtschaftlichen Lage des Versandhandels auseinander und mache diese für den Arzt oder den Patienten leichter zugänglich. Die im Modul aufgeführten Gefahren der "Substitutionsfalle" bestünden tatsächlich, da in der Praxis verordnete Medikamente durchaus durch teurere Medikamente substituiert würden und dies zu Lasten der Ärzte gehe. Aufgrund des größeren Sortiments und der Abwesenheit der Patienten gewährleiste eine Versandapotheke eine höhere Abgabenidentität. Für die Empfehlung einer Versandapotheke könnten auch wirtschaftliche Gründe maßgeblich sein, was einen hinreichenden Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 MBO darstelle. Das Modul diene nach seiner Konzeption dazu, Nachfragen der Patienten zu Versandapotheken zu begegnen. Auch gegen § 3 Abs. 2 MBO werde durch den Ausdruck bzw. die Aushändigung des Begleitschreibens nicht verstossen.

Wegen der Einzelheiten des Vorbringens und der Glaubhaftmachung der Parteien wird auf die eingereichten Schriftsätze (einschließlich der Schutzschrift der Verfügungsbeklagten vom 15.11.2006) und deren Anlagen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist zulässig und begründet.

Der Verfügungskläger, der gem. § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG klagebefugt ist, hat gegen die Verfügungsbeklagte einen Unterlassungsanspruch aus den §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den den §§ 34 Abs. 5, 3 Abs. 2 MBO entsprechenden Regelungen der ärztlichen Berufsordnungen, da die Verfügungsbeklagte mittels des beanstandeten Programmmoduls "Versandapotheke" die Ärzte, die ihre Praxissoftware benutzen, zu standeswidrigem Verhalten zu bestimmen sucht.

1.

Nach § 34 Abs. 5 MBO ist es Ärzten nicht gestattet, ihre Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Diese Norm dient dem Patientenschutz durch Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber Dritten. Es handelt sich um wertbezogene Vorschriften, gegen die zu verstößen zugleich eine Zu widerhandlung gegen §§ 3, 4 UWG bedeutet. Dies gilt auch für § 3 Abs. 2 MBO.

Mit der Integration des Softwaremoduls "Versandapotheke" bietet die Verfügungsbeklagte den benutzenden Ärzten Informationen (Begleitbroschüre Informationsfenster) an, die nach ihrer inhaltlichen Zielrichtung den Arzt - aus eigennützigen Gründen - von der Empfehlung einer Versandapotheke überzeugen sollen. Bereits in dem nach Aufrufen des Programmes erscheinenden Fenster wird darauf hingewiesen, dass bei Versandapotheken aufgrund des in der Regel erheblich größeren Sortimentes und des Umstandes, dass die Patienten nicht vor Ort seien, eine höhere Sicherheit an "Abgabeidентität" bestehe, wobei der mögliche Vorteil des "Nicht-Zuschnappens der Bonus-Malus-Falle" aufgezeigt wird. Die durch die - sich aufdrängende - Benutzung des Druckknopfes "mehr Info ..." aufrufbaren weiteren Informationen wird der Nutzer unter der Überschrift "Wege aus der Substitutionsfalle" auf Ärzten seit dem 01.05.2006 drohende massive wirtschaftliche Schäden durch die Bonus-Malus-Regelung des AWG hingewiesen. Es werden die Gefahren für den Arzt - der hierfür die Zeche zahle - durch die Substitution durch teurere Medikamente aufgezeigt und auf die fehlende Einflussmöglichkeit des Arztes hingewiesen.

Diese von der Verfügungsbeklagten gegebenen Informationen berücksichtigen jedoch nicht, dass eine Substitution nur dann möglich

ist, wenn der Arzt die Ersetzung des verordneten Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen hat (vgl. § 129 SGB V). Eine Ersetzung ist in den Fällen des Ausschlusses weder durch eine Versandapotheke noch durch eine örtliche Apotheke zulässig, so dass insoweit die durch die "Substitutionsfalle" aufgeführten Gefahren für den Arzt nicht eintreten können.

Auch bei zulässiger Substitution kann die Apotheke nach § 4 Abs. 3 des Rahmenvertrages über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Abs. 2 SGB V eine Substitution des verordneten Arzneimittels nur durch die 3 preisgünstigsten Arzneimittel vornehmen, was zu mindest eine Reduzierung des wirtschaftlichen Risikos bei einer vom Arzt zugelassenen Substitution bewirkt.

Dass in der Praxis in größerem Ausmaß gegen die sich aus Gesetz und Rahmenvertrag ergebenden Beschränkungen der Substitution verstößen würde, hat die Verfügungsbeklagte nicht glaubhaft gemacht. Der als Anlage "A 6" überreichte Artikel ohne Herkunftsbezeichnung, Datum sowie Hinweis auf Kompetenz und Erkenntnisquellen des Autors ist ohne Aussagekraft. Die als Anlage A 7 vorgelegte eidesstattliche Versicherung von Frau vom 14.12.2006 berücksichtigt nicht die Möglichkeit, dass Ärzte eine Substitution auch ausschließen können. Bezuglich der weiteren in der Erklärung enthaltenen Informationen ist zu berücksichtigen, dass auch diese nur eingeschränkte Aussagekraft haben, da nicht ersichtlich ist, inwieweit die im Bereich der Softwareintegration - nicht im pharmazeutischen Bereich - tätige Frau insoweit über aktuelle und repräsentative Erkenntnisse verfügt. Die genauen Erkenntnisse von Herrn Apotheker von dem keine eidesstattliche Versicherung vorliegt, sind nicht übermittelt.

Die von der Verfügungsbeklagten sehr pointiert und zumindest in Teilbereichen unzutreffend geschilderten Gefahren zielen nach Würdigung des Gerichts darauf ab, den Arzt entgegen § 34 Abs. 5 MBO dazu zu veranlassen, den Patienten an eine Versandapotheke zu verweisen, damit sich die für ihn beschrieben Risiken minimieren. Da die Kostensituation im ärztlichen Bereich dort mittlerweile als bedrückend empfunden wird, muss nach der Lebenserfahrung auch

davon ausgegangen werden, dass wettbewerbsrechtliche erhebliche Teile der Ärzteschaft sich von den Informationen beeindrucken lassen und den durch das beanstandete Modul empfohlenen Ausweg aus der Kostenfalle beschreiten.

2.

Selbst wenn die Informationen der Verfügungsbeklagten bezgl. der Substitutionsfalle zutreffend wären, würde der Arzt durch das beanstandete Modul zu einem Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO verleitet.

Die Empfehlung der Arzneimittelbeschaffung über eine Versandapotheke wird allein mit den wirtschaftlichen Belangen des Arztes (nicht des Patienten oder der Versichertengemeinschaft) begründet, so dass andere Abwägungsgesichtspunkte (persönliche Beratung und fachliche Betreuung des Patienten, Zeitdauer bis zur Aushändigung eines wirksamen Medikamentes usw.) außerhalb der Betrachtung bleiben. Damit wird der Arzt dazu veranlasst, aus - gegebenenfalls berechtigter - Sorge um seine eigene finanzielle Situation auch ohne hinreichenden Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 MBO dem Patienten eine Versandapotheke zu empfehlen und ihm ein entsprechendes Formular auszuhändigen.

§ 34 Abs. 5 MBO verbietet den Ärzten generell eine Verweisung "an bestimmte Apotheken". Dem Arzt ist es daher nicht nur untersagt, seinen Patienten an eine bestimmte, namentlich benannte Apotheke zu verweisen. Vielmehr handelte er auch dann standeswidrig, wenn er an bestimmte Apotheken, also generell an "Versandapotheken" verweist.

3.

Auch die Ausgestaltung der Software, die bei Entscheidung für eine Versandapotheke die Ausgestaltung und den Ausdruck eines Begleitschreibens (Bestellformular) für eine bestimmte Versandapotheke vorsieht, verleitet den Arzt zu einem Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO. Insbesondere diese Funktion, die es dem Arzt auf Knopfdruck gestattet, gerade den in schriftlichen Dingen ungewandten Patienten den Zugang zu einer - bestimmten - Versandapotheke zu erleichtern, macht das Erkennungsmodul für den Arzt sinn-

voll und attraktiv. Da in das Formular zwingend eine bestimmte Apotheke eingetragen werden muss, ergibt sich die Notwendigkeit für den Arzt, beim Ausdrucken des Begleitschreibens den Patienten an eine ganz konkrete, namentlich benannte, Versandapotheke zu verweisen und damit gegen § 34 Abs. 5 MBO zu verstößen. Nach Auffassung der Kammer entspricht es nicht der Lebenserfahrung, dass der Patient seinerseits dem Arzt vor dem Ausfüllen des Formulars eine bestimmte Versandapotheke vorgeben wird. Gerade die Patienten, die auf die Hilfestellung durch ein Begleitschreiben in besonderer Weise angewiesen sind, werden keine eigene "Wunsch-Versandapotheke" präsentieren können, sondern dem Arzt ihres Vertrauens auch insoweit die Auswahl oder zumindest den Vorschlag überlassen.

Auch wenn der Patient das Begleitschreiben nicht benutzen muss und das mit dem Begleitschreiben nicht verbundene Rezept gleichwohl in einer niedergelassenen Apotheke vor Ort einlösen kann, ändert dies nichts daran, dass die Aushändigung des Schreibens mit der "vorgegebenen Versandapotheke" aufgrund der fachlichen Autorität des Arztes und des besonderen Vertrauensverhältnisses zu ihm als Empfehlung verstanden wird, der ein relevanter Teil der Patienten auch nachzukommen bemüht ist.

Bezüglich der wettbewerbsrechtlichen Bewertung kommt hinzu, dass das Programm ohne weitere Veränderungen mit den beiden "zu Demonstrationszwecken" bereits eingefügten Versandapotheken voll funktionsfähig ist, ohne dass die weiteren auf der Liste vorhandenen Versandapotheken mit einigem Aufwand eingepflegt werden müssen. Dies wird dazu führen können, dass der unter hohem zeitlichen Druck stehende Arzt sich zumindest für einen Übergangszeitraum mit den beiden "Demonstrationsapoteken" begnügt, zu der auch die größte europäische Versandapotheke gehört, zumal der größte Anbieter auf der Grundlage der Argumentation der Verfügungsbeklagten den sich aus der "Substitutionsfalle" ergebenden Gefahren für die Ärzte am ehesten wird begegnen können.

4.

Schließlich stellt auch die durch das Programm der Verfügungsbeklagten vorgehene Übergabe eines auf Knopfdruck mit den Daten des

Patienten und der Versandapotheke versehenen Bestellformulars einen Verstoß gegen § 3 Abs. 2 MBO dar. Nach dieser Vorschrift ist es den Ärzten untersagt, im Zusammenhang mit ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben, soweit nicht die Abgabe des Produktes wegen einer Besonderheit notwendiger Bestandteile der ärztlichen Therapie ist. Dieses Verbot beruht auf der traditionellen Trennung der Tätigkeit von Ärzten einerseits und Apotheken andererseits. Die Aushändigung des Formulars durch den Arzt erspart den Patienten eigenes Material und eigene Schreibarbeit bzw. den Weg zu einer niedergelassenen Apotheke. Sie schafft ein unzulässige Verknüpfung und Verbindung zwischen Arzt und Apotheke, die im Hinblick auf die ärztliche Therapie gerade nicht geboten ist, und unterliegt dem Verbot des § 3 Abs. 2 MBO.

Der Verfügungsgrund ergibt sich aus § 12 Abs. 2 UWG. Die Dringlichkeit wird auch nicht durch die Dauer des Zuwartens widerlegt, da das Update "Versandapotheke" vom 15.10.2006 datiert und der Verfügungskläger im Übrigen glaubhaft gemacht hat, dass seine für die Bearbeitung der vorliegenden Angelegenheit zuständige Mitarbeiterin am 30.10.2006 erstmals Kenntnis von dem streitgegenständlichen Sachverhalt erhalten hat.

Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO.

Der Streitwert wird auf 15.000,-- EUR festgesetzt.