



**OBERLANDESGERICHT KOBLENZ**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

Aktenzeichen: 4 U 1680/05

Entscheidung vom 14. Februar 2006

in dem einstweiligen Verfügungsverfahren

...

gegen

...

wegen Unterlassung

Der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz hat durch ... auf die mündliche Verhandlung vom 24. Januar 2006

für Recht erkannt:

- I. Die Berufung der Verfügungsbeklagten gegen das Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Koblenz vom 8. November 2005 wird zurückgewiesen.

Zur Klarstellung wird dieses Urteil wie folgt gefasst:

1. Der Verfügungsbeklagten wird aufgegeben, es zu unterlassen, bei ihrer für Ärzte bestimmten Praxissoftware ein Programmmodul zu integrieren, durch das direkt aus der Praxissoftware Voucher für die Versandapotheke D....., die zur Weitergabe an den Patienten bestimmt sind, ausgedruckt werden können.

2. Der Verfügungsbeklagten wird für jeden Fall zukünftiger Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld in Höhe von bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, im Wiederholungsfalle bis zu 2 Jahren, zu vollziehen an den jeweiligen Geschäftsführern der Komplementär-GmbH, angedroht.

- II. Die Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.

Gründe:

I.

Der Verfügungskläger begehrt mit seinem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, der Verfügungsbeklagten zu untersagen, in die von ihr entwickelte Software für Arztpraxen ein Modul zum Drucken von Vouchern für die Versandapotheke D..... zu integrieren. Mit der Bereitstellung dieser Funktionalität verleite die Verfügungsbeklagte die Ärzte wettbewerbswidrig zu einem Verstoß gegen das in § 34 Absatz 5 der Hessischen Berufsordnung für Ärzte sowie den gleich lautenden Bestimmungen der anderen Landesberufsordnungen geregelte Verbot, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken zu verweisen.

Mit dem Update zur Software vom 15. Juli 2005 integrierte die Verfügungsbeklagte ein Programmmodul, durch das direkt aus der Praxissoftware heraus ein Voucher für die Versandapotheke D..... gedruckt werden kann.

Die in die Software integrierte Anwenderinformation hierzu lautet wie folgt:

?Helfen Sie Ihren Patienten beim Sparen! Mit diesem Update ist es Ihnen möglich, die Vorteile Europas größter Versandapotheke D..... direkt und einfach per Gutscheindruck an Ihre Patienten weiterzugeben.

- 50%ige Ersparnis der gesetzlichen Zuzahlung
- Treuebonus von 3 Euro für privat Versicherte
- Rezeptfreie Arzneimittel bis zu 30% günstiger
- Keine Zusatzkosten für Versand und Porto

Nutzen Sie die Möglichkeiten und aktivieren Sie jetzt die Versandapotheken-Funktion. Ihre Patienten werden es Ihnen danken.?

In der dem Update außerdem beigefügten Werbe- und Informationsbroschüre heißt es darüber hinaus:

?Helfen Sie Ihren Patienten beim Sparen. Überzeugen Sie sie von den Vorteilen, die Europas größte Versandapotheke bietet. Und nicht vergessen: Bitte machen Sie ihre Patienten darauf aufmerksam, dass sie nur bei Einsendung des Rezeptes zusammen mit dem Gutschein in den Genuss der vollen Exklusiv-Vorteile kommen. Sie erhalten so neben der Hälfte der Zuzahlung, dem Treuebonus und preisgünstigen, rezeptfreien Arzneimitteln zusätzlich das Briefporto erstattet und werden versandkostenfrei beliefert. Ihre Patienten werden es Ihnen danken.?

?Die neue Funktion ?Versandapotheke? bietet Ihnen neben der einfachen Handhabung gute Argumente beim Dialog mit Ihren Patienten bezüglich Praxisgebühr, Zuzahlung und Festbetragsdifferenz. Nutzen Sie diesen Weg der Kundenbindung und tun Sie Ihren Patienten etwas Gutes. Überzeugen Sie sie von einer Bestellung bei Europas größter Versandapotheke und tragen Sie so zur Kostenentlastung des deutschen Gesundheitssystems und des Portemonnaies Ihrer Patienten bei.?

Darüber, ob mit dem Button ?Rezeptverarbeitung über Versandapotheke? der Arzt die Rezepte auch direkt an D..... weitergeben kann, streiten die Parteien.

Mit Urteil vom 8. November 2005, auf das zur weiteren Darstellung Bezug genommen wird, hat das Landgericht die Verfügungsbeklagte antragsgemäß dazu verurteilt, es zu unterlassen, bei ihrer für Ärzte bestimmten Praxissoftware ein Programmmodul zu integrieren, durch das direkt aus der Praxissoftware Voucher für die Versandapotheke D....., die zur Weitergabe an den Patienten bestimmt sind, ausgedruckt und/oder die Rezepte direkt an die Versandapotheke weitergegeben werden können, sofern ein hinreichender Grund zur Verweisung der Patienten an diese Apotheke nicht gegeben ist.

Gegen diese Entscheidung wendet sich die Verfügungsbeklagte mit ihrer Berufung.

Sie trägt wiederholend und ergänzend vor, dass Versandkosten bei einer Bestellung bei D..... auch ohne Nutzung des Vouchers nur dann entstünden, wenn nicht mehr als ein rezeptfreies Medikament erworben

werde, das zudem weniger als 40 Euro koste. Zudem habe D..... ihr gegenüber erklärt, anders als dem Informationsmaterial zu entnehmen sei eine versandkostenfreie Belieferung des Patienten bei Nutzung des Vouchers nur bei der ersten Bestellung des jeweiligen Patienten vorgesehen. Die Verfügungsbeklagte weist weiter darauf hin, dass die in dem dem Update beigefügten Flyer enthaltenen Werbeaussagen ? unstreitig - nicht von ihr, sondern von D..... stammen. Im Übrigen verneint sie bereits den Wettbewerbsbezug des § 34 Abs. 5 MBO. Außerdem fehle der Werbung für die Funktionalität ?Versandapotheke? der Anstiftungscharakter. Es handele sich lediglich um werbliche Anpreisungen der Leistungen von D....., die als reine Werbeaussagen klar erkennbar seien.

Auch sei der Einbau der Funktionalität ?Versandapotheke? an sich neutralen Charakters, standeswidrig könnten im Einzelfall lediglich bestimmte Umstände der Nutzung der Funktionalität sein. So verbiete § 34 Abs. 5 MBO zwar die Zuweisung des Patienten an eine bestimmte Apotheke, sofern der Arzt unter massiver Ausnutzung der ärztlichen Autorität dem Patienten faktisch keine andere Möglichkeit lasse, als sich an eine bestimmte Apotheke zu wenden. Eine bloße Empfehlung aber beschränke den Patienten nicht in seiner freien Arzt- und Apothekenwahl und sei daher von den Fällen des § 34 Abs. 5 MBO nicht umfasst. Doch selbst standeswidriges Verhalten des Arztes führe nicht zur Wettbewerbswidrigkeit der beanstandeten Funktionalität.

Darüber hinaus liege ein hinreichender Grund für die Verweisung an eine Versandapotheke vor, da dies in besonderem Maße dem Wirtschaftlichkeitsgebot entspreche.

Die Verfügungsbeklagte beantragt,

das Verfügungsurteil des Landgerichts Koblenz vom 8.11.2005 ? Az. 1 HK.O 165/05 ? aufzuheben und den Verfügungsantrag abzuweisen.

Die Verfügungsklägerin beantragt,

die Berufung der Antragsgegnerin zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Verfügungsklägerin fordert die Verfügungsbeklagte mit ihrer Software die Ärzte dazu auf, ihre Patienten unter Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO an bestimmte Apotheken zu verweisen. Die Hinweise auf verschiedene Sparmöglichkeiten in Verbindung mit der Aufforderung an den Arzt, die Patienten von den Vorteilen der größten Versandapotheke Europas zu überzeugen, gingen weit über normale Werbeschreiben hinaus und stellten eine Anstiftung der Ärzte zu berufswidrigem Verhalten dar. Durch die von der Verfügungsbeklagten vertriebene Software solle offenbar die ärztliche Autorität genutzt werden, um D..... ohne sachlich gerechtfertigten Anlass weitere Patienten zuzuführen. Insoweit verbiete § 34 Abs. 5 MBO jedoch bereits den bloßen Hinweis des Arztes auf die Möglichkeit, Medikamente bei einer bestimmten Versandapotheke zu beziehen. Im Hinblick auf das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patienten werde bereits die bloße Aushändigung des Vouchers vom Patienten als Empfehlung des Arztes betrachtet. Dies gelte erst recht, wenn der Voucher - wie unstreitig in der Softwareanleitung vorgesehen ? auf ein leeres Rezeptformular des Arztes gedruckt werde. Mit der Darstellung der Vorteile, die dem Arzt aus dem Hinweis auf D..... entstehen, werde bestimmender Einfluss auf das Verhalten der Ärzte genommen. Darüber hinaus stelle der Voucher einen Gutschein dar, dessen Abgabe den Ärzten gemäß § 3 Abs. 2 MBO untersagt sei.

Den Vortrag der Verfügungsbeklagten, D..... habe dieser gegenüber geäußert, dass die Versandkosten nur bei der ersten Bestellung ersetzt würden, macht sich die Verfügungsklägerin hilfsweise zu eigen und stützt ihren Antrag auch auf den Vorwurf der Irreführung.

## II.

1. Die Berufung der Verfügungsbeklagten bleibt ohne Erfolg. Das Landgericht hat mit Recht angenommen, dass die von der Verfügungsklägerin beanstandete Integration des Softwaremoduls rechts- und wettbewerbswidrig sei. Der Verfügungsklägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 3,

4 Nr. 11 UWG i. V. m. den §§ 34 Abs. 5 und 3 Abs. 2 MBO entsprechenden Regelungen der ärztlichen Berufsordnungen zu, da die Verfügungsbeklagte mittels des beanstandeten Softwaremoduls die Ärzte zu standeswidrigem Verhalten zu bestimmen sucht.

a) Nach § 34 Abs. 5 MBO, der § 34 Abs. 5 der Hessischen Berufsordnung für Ärzte entspricht und auch in die anderen landesärztlichen Berufsordnungen Eingang gefunden hat, 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 (§ 30 Abs. 1 MBO). Es handelt sich um wertbezogene Normen, gegen die zu verstoßen zugleich eine Zuwiderhandlung gegen §§ 3 und 4 UWG bedeutet (vgl. BGH, GRUR 1978, 255f.; OLG Koblenz, OLGR Koblenz, 94f.).

Mit der Integration des beanstandeten Softwaremoduls stiftet die Verfügungsbeklagte die Ärzte dazu an, gegen dieses Verbot zu verstoßen. Dies ergibt sich bereits aus dem der Software beigefügten Informations- und Werbematerial, mit dem die Ärzte dazu aufgefordert werden, ihre Patienten von den Vorteilen von D..... zu überzeugen. Die in der Werbebroschüre enthaltenen Aussagen sind der Verfügungsbeklagten zuzurechnen, da der Flyer nach ihren eigenen Angaben dem Update ihrer Software beigefügt ist und der Arzt bei lebensnaher Betrachtung die Software und die sich auf diese beziehende Werbebroschüre als Einheit begreifen wird. Das Informationsmaterial enthält die wörtliche Aufforderung an den Arzt, den Patienten von den Vorteilen von D..... zu überzeugen. Von bloßer werblicher Anpreisung, der jeder Aufforderungscharakter fehle, wie die Verfügungsbeklagte meint, kann hier nicht mehr die Rede sein.

Darüber hinaus ergibt sich die Aufforderung an die Ärzte, für D..... zu werben, nicht nur aus dem Wortlaut der Informationsbroschüren. Vielmehr ist sie der Implementierung des Softwaremoduls nach Sinn und Zweck immanent: Das Softwaremodul dient dazu, über die ärztlichen Praxis gezielt Patienten für D..... zu werben. Hierzu wird dem Arzt die Möglichkeit zur Verfügung gestellt, ?auf Knopfdruck? Bestellvoucher für D..... auszudrucken und dem Patienten auszuhändigen. Um den Arzt für diese Vorgehensweise zu gewinnen, werden ihm die Vorteile solchen Handelns eindringlich vor Augen gestellt: bessere Argumentationsmöglichkeiten im Hinblick auf die von den Patienten mittlerweile im Gesundheitswesen verlangten eigenen Zahlungen, Kundenbindung durch den angebotenen Service.

Mit der Integration der Software wird von dem Arzt somit ein Handeln erwartet, das entgegen den Anforderungen des § 34 Abs. 5 MBO die Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles nicht mehr gewährleistet. Der Arzt soll seinem Patienten den Einkauf bei D..... empfehlen, gleich ob dies im Einzelfall unter Berücksichtigung der medizinischen Belange des Patienten oder der wirtschaftlichen Interessen der Krankenkassen geboten ist. Dass der Arzt es nicht bei einer neutralen Darstellung der Vor- und Nachteile eines Einkaufs bei D..... bewenden lassen soll, ergibt sich zum einen aus der beigefügten Werbung, zum anderen aber aus dem hinter dem Softwaremodul stehenden System: die dem Arzt in Aussicht gestellte Bindung der Patienten an ihren behandelnden Arzt wird dieser nur erreichen, wenn er in dem Gespräch mit dem Patienten die Vorteile des Einkaufs bei D..... hervorhebt und deutlich macht, dass er, der Arzt, dem Patienten mit der Aushändigung des Vouchers Vorteile vermittelt, d.h. einen Service leistet. Ein neutrales Verhalten des Arztes ist in diesem System nicht vorgesehen, vielmehr wird er entgegen der Intention des § 34 Abs. 5 MBO in das gewerbliche Handeln eines Dritten, hier dessen Werbung, mit einbezogen.

Sachlich gebotene Gründe für die Empfehlung von D..... sind ? entgegen der Auffassung der Verfügungsbeklagten ? nicht ersichtlich. Sofern kein medizinisch bedingter Grund vorliegt, verstößt die Empfehlung einer bestimmten Apotheke grundsätzlich gegen die standesrechtlichen Bestimmungen. Zwar kann auch die Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots gemäß § 12 Abs. 1 SGB V für den Arzt einen sachlich gebotenen Grund darstellen, im Zusammenhang mit einer Verordnung eine Empfehlung auszusprechen (vgl. BGH, NJW 2000, 2745). Schon im Hinblick darauf, dass auch andere Versandapotheken Medikamente zu üblicherweise günstigen Preisen anbieten, ist eine Empfehlung von D..... jedoch nicht gerechtfertigt.

b) Darüber hinaus ist auch die Aushändigung des Vouchers durch den Arzt als solche als standeswidriges Verhalten zu werten. Denn § 3 Abs. 2 der MBO ? der ebenso wie § 34 Abs. 5 MBO Eingang in die

Berufsordnungen der einzelnen Landesärztekammern gefunden hat ? untersagt es den Ärzten, in Zusammenhang mit ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben, soweit nicht die Abgabe des Produkts wegen seiner Besonderheit notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Dieses Verbot beruht auf der traditionellen Trennung der Tätigkeit von Ärzten einerseits und Apothekern andererseits (vgl. OLG Köln, WRP 2002, 405ff.; Kern, NJW 2000, 833) und hat damit auch die Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes zum Gegenstand. Der Patient soll darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen, sondern ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt. Es will verhindern, dass durch eine Orientierung an ökonomischen Erfolgskriterien statt an medizinischen Notwendigkeiten langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung eintreten. Dazu wird neben dem Schutz der Ärzteschaft bei deren Wettbewerb untereinander bezweckt, dass keine über die medizinischen Notwendigkeiten hinausgehende Einflussnahme auf den Wettbewerb unter den weiteren Leistungserbringern erfolgt (BGH, NJW 2005, 3422f.). Bei Nutzung des Vouchers sollen dem Patienten das Briefporto und ? zumindest bei der ersten Bestellung ? die Versandkosten erstattet werden. Damit stellt der Voucher für den Patienten, der seine Medikamente bei D..... erwirbt, letztlich eine Geldzuwendung dar, d.h. einen Gegenstand, dessen Abgabe dem Arzt nach § 3 Abs. 2 MBO untersagt ist. Der ? nicht nachgelassene ? Schriftsatz der Verfügungsbeklagten vom 8. Februar 2006 führt zu keiner anderen Bewertung.

c) Da der Gesundheitssektor mittlerweile hart umkämpft ist, muss nach der Lebenserfahrung auch davon ausgegangen werden, dass wettbewerbsrechtlich erhebliche Teile der Ärzteschaft die ihnen mit dem beanstandeten Softwaremodul angebotene einfache Art der Serviceleistung nutzen werden, um die in Aussicht gestellte Kundenbindung zu erreichen (vgl. hierzu auch OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 359, 360).

d) Soweit der Verfügungskläger behauptet, das Softwaremodul sei so ausgelegt, dass der Arzt Rezepte direkt an D..... schicken könne, ist die Verfügungsbeklagte seinem Vortrag bereits mit Schriftsatz vom 13. Oktober 2005 entgegengetreten, der nebst den für den Verfügungskläger bestimmten Abschriften am 17. Oktober 2005 und damit noch vor der mündlichen Verhandlung vom 18. Oktober 2005 beim Landgericht einging. Der Senat sieht sich daher ? obwohl ein entsprechender Antrag der Verfügungsbeklagten auf Tatbestandsberichtigung vom Landgericht zurückgewiesen wurde ? nicht daran gehindert, diesen Vortrag in zweiter Instanz zu berücksichtigen. Da der beweispflichtige Verfügungskläger seinen Vortrag nicht glaubhaft gemacht hat, legt der Senat seiner Entscheidung den Vortrag der Verfügungsbeklagten zugrunde, wonach eine Funktion, mittels derer der Arzt die Rezepte direkt an D..... schicken kann, in die Software nicht eingearbeitet ist. Entsprechend war der Urteilstenor abzuändern.

2. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO, da die Berufung der Verfügungsklägerin zurückgewiesen wird. Der Verfügungskläger obsiegt mit seinem Verlangen nach Verurteilung zur Unterlassung der Integration des Softwaremoduls in vollem Umfang. Die teilweise Abänderung des Urteils betrifft lediglich den Wegfall einer der behaupteten Funktionalitäten dieses Moduls. Ebenfalls zur Klarstellung hat der Senat auch die in dem Tenor des landgerichtlichen Urteils enthaltene scheinbare Einschränkung ?sofern ein hinreichender Grund zur Verweisung der Patienten an diese Apotheke nicht gegeben ist? nicht mehr in den Urteilsspruch aufgenommen. Es ist technisch nicht möglich, die Integration des Softwaremoduls in die Praxissoftware davon abhängig zu machen, ob ein Arzt im konkreten Fall hinreichenden Grund hat, einen Patienten an D..... zu verweisen. Der Antrag des Verfügungsklägers war dementsprechend auszulegen.

Der Streitwert wird in Übereinstimmung mit dem landgerichtlichen Beschluss vom 14. November 2005 (GA Bl. 68) auf 10.000 ? festgesetzt.

Unterschriften