

Aktenzeichen:
44 O 6/17 KfH



Landgericht Stuttgart

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

[REDACTED]

- Verfügungsklägerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Verfügungsbeklagte -

Verfahrensbevollmächtigte:

[REDACTED]

wegen unlauteren Wettbewerbs

hat das Landgericht Stuttgart - 44. Kammer für Handelssachen - durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht [REDACTED] aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06.02.2017 für Recht erkannt:

1. Die Verfügungsbeklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr mit dem Flyer gemäß Anlage AG 1 für die Einsendung von Rezepten zu werben, ohne zugleich dem Verbraucher mitzuteilen, dass für die Einlösung der Verschreibung die Angabe der Telefonnummer für telefonische Rückfragen erforderlich ist.
2. Von den Kosten des Verfügungsverfahrens tragen die Verfügungsklägerin 1/3 und die Verfügungsbeklagte 2/3.

Gegenstandswert: bis 06.02.2017: 60.000,00 €.

Danach: 40.000,00 €

Tatbestand

Die Verfügungsklägerin betreibt eine Apotheke [REDACTED] und wendet sich wegen eines Wettbewerbsverstoßes gegen einen Werbeflyer der Verfügungsbeklagten. Bei dieser handelt es sich um eine bundesweit tätige Versandapotheke mit Sitz in den [REDACTED]

Unmittelbar vor Weihnachten 2016 erhielt die Klägerin den Werbeflyer der Beklagten, der in verschiedenen Presseerzeugnissen verteilt wurde, auch im Einzugsbereich der Klägerin (Anlage AG 1). Auf der Innenseite des Flyers warb die Beklagte mit der hervorgehobenen Aussage, jeder bei der Beklagten sei bereit, das entscheidende Bisschen mehr zu leisten. Die Beklagte sei erst zufrieden, wenn auch die Kunden es seien. Anschließend wurden vier Leistungen der Beklagten hervorgehoben, nämlich: pharmazeutische Beratung, Doppelverordnungskontrolle, 4-Augen-Prinzip und Wechselwirkungsprüfung.

Dem Flyer war ein Freiumschlag beigefügt, mit dem der Kunde sein Rezept portofrei an die Beklagte versenden konnte. Weitere Informationen wurden nicht abgefragt.

Mit Schreiben vom 23.12.2016 mahnte die Klägerin die Beklagte ab und forderte zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf (Anlage AG 2). Die Beklagte wies mit Schreiben vom 06.01.2017 die Ansprüche als unbegründet zurück (Anlage AG 3).

Die Klägerin vertritt die Auffassung, die Abfrage der Telefonnummer des Kunden, der ein Rezept für verschreibungspflichtige Arzneimittel einsende, sei eine zwingende Voraussetzung, um überhaupt Versandhandel mit Arzneimitteln betreiben zu dürfen. Diese Verpflichtung gelte auch für ausländische Versandapotheken. Die Werbung der Beklagte ohne Hinweis, dass das Hinterlassen der Telefonnummer Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung ist, sei unzulässig und wettbewerbswidrig.

Die Klägerin beantragt zuletzt:

1. Die Antragsgegnerin wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft

bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren,
zu unterlassen,
im geschäftlichen Verkehr mit dem Flyer gemäß Anlage AG 1 für die Einsendung von Rezepten zu werben, ohne zugleich dem Verbraucher mitzuteilen, dass für die Einlösung der Verschreibung die Angabe der Telefonnummer für telefonische Rückfragen erforderlich ist.

2. Der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aus einem Gegenstandswert von 60.000,00 € aufzuerlegen.

Die Beklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung kostenpflichtig zurückzuweisen.

Die Beklagte vertritt die Auffassung,
durch die Nichtabfrage der Telefonnummer des Kunden ergebe sich keinerlei Rechtsverletzung. Die Verpflichtung zur Angabe der Telefonnummer diene letztlich lediglich der Abschottung des deutschen Apothekenmarktes, da die Verbraucher höchst ungern persönliche Daten und insbesondere ihre Telefonnummer preisgäben. Im Übrigen sei bereits zweifelhaft, ob § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO auf eine in den Niederlanden ansässige Apotheke anwendbar sei. Darüber hinaus sei die Vorschrift diskriminierend, denn deutsche Apotheken betrieben den Versandhandel meist lediglich als Zusatzgeschäft neben ihrer Präsenzapotheke.

Hinsichtlich des weiteren Vortrages der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Nachdem die Klägerin zunächst mit ihrem Verfügungsantrag auch die Untersagung eines weiteren Teils der Werbeaussage beantragt hatte, nahm sie diesen Antrag in der mündlichen Verhandlung nach Erörterung zurück.

Entscheidungsgründe

Der nun noch vorliegende Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Verfügungsbeklagte ist zulässig und hat in der Sache Erfolg.

Der Verfügungsklägerin steht gegen die Verfügungsbeklagte ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i.V.m. § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO zu.

1.

Die Parteien sind Mitbewerber i.S.v. §§ 3 Abs. 1, 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, denn beide Parteien betreiben Apotheken.

Bei § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApoBetrO handelt es sich um eine das Marktverhalten regelnde Norm, denn sie regelt das Verhalten der Apotheken beim Versand verschreibungspflichtiger Arzneimittel gegenüber dem Kunden. Ihr kommt somit Außenwirkung zu.

2.

Die Beklagte hat der Vorschrift des § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO zuwidergehandelt, indem sie in ihrem Werbeflyer und dem beigefügten Freiumschlag die behandelte Person nicht darauf hingewiesen hat, dass sie als Voraussetzung für die Arzneimittelbelieferung mit ihrer Bestellung eine Telefonnummer anzugeben hat, unter der sie durch pharmazeutisches Personal der Apotheke gemäß § 11 a des Apothekengesetzes telefonisch beraten werden kann. Die Beklagte erfragt an keiner Stelle des Freiumschlages die Telefonnummer des Kunden.

Die Regelung des § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO erscheint sachgerecht, um eine gute Erreichbarkeit des Patienten zu gewährleisten, sofern sich ein Beratungsbedarf von Seiten des Apothekers aufgrund der Verordnung verschreibungspflichtiger Medikamente ergibt.

a)

Die Beklagte kann demgegenüber nicht einwenden, die bezweckte Beratung sei bereits durch die von der Beklagten eingerichtete kostenlose Telefon-Hotline gewährleistet. Denn der Wunsch zur Kontaktaufnahme und zur Beratung geht im Falle der Hotline vom Verbraucher aus, nicht jedoch vom Apotheker.

Die beabsichtigte Erreichbarkeit des Patienten kann auch nicht dadurch sichergestellt werden, dass gegebenenfalls die Apotheke den das Arzneimittel verschreibenden Arzt telefonisch erreichen kann, da dieser auf dem Rezept seine Telefonnummer anzugeben hat. Ärzte sind häufig telefonisch nicht gut erreichbar, bedingt durch telefonische Terminvergaben über die Praxistelefonnummer, eingeschränkte Anwesenheiten, Patientengespräche und -behandlungen, Urlaubsabwesenheiten und dergleichen mehr. Fraglich erscheint auch, ob der verschreibende Arzt ohne Weiteres die Telefonnummer seines Patienten an die Apotheke weitergeben würde. Hinzukommt, dass die Hürde der Kontaktaufnahme für die Apotheke deutlich größer ist, wenn der Umweg über einen Dritten, nämlich den Arzt, erfolgen muss, als wenn eine direkte Kontaktaufnahme möglich ist. Schließlich sind Fragen denkbar, die in der Person, Konstitution oder Lebensweise des Patienten selbst begründet liegen, die somit auch nur dieser selbst kompetent beantworten kann.

Der Beklagten ist zuzugestehen, dass ein von der Apotheke ausgehender Beratungsbedarf nur in seltenen Fällen bei der Verordnung verschreibungspflichtiger Arzneimittel auftreten mag. Da es vorliegend jedoch um den Umgang mit gefährlichen Substanzen, nämlich Medikamenten, geht, erscheint es sachgerecht, dass der Gesetzgeber auch diese wenigen Fälle zu erfassen gedenkt, in denen im Interesse der Gesundheit des Patienten von Seiten der Apotheke eine Kontaktaufnahme geboten erscheint.

b)

§ 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO ist auch auf die in den [REDACTED] ansässige Beklagte anwendbar.

Da die Vorschrift in gleicher Weise für deutsche Apotheken gilt, liegt eine Ungleichbehandlung ausländischer Apotheken nicht vor. Es besteht auch keine faktische Ungleichbehandlung, da die Vorschrift in gleicher Weise auf deutsche Apotheken anwendbar ist, die ebenfalls einen Großteil ihres Geschäftes mit dem Versandhandel verdienen, da sie z.B. auf besondere Produkte spezialisiert sind, die sie dann bundesweit vertreiben.

Im Übrigen ist die Vorschrift, die lediglich die Art und Weise der Berufsausübung regelt, in jedem Falle gerechtfertigt, da sie den Schutz der menschlichen Gesundheit und damit ein überragend wichtiges Schutzgut bezweckt und auch erreicht. Hinzukommt, dass gemäß § 73 Abs. 1 Nr. 1 a AMG auf die deutschen Vorschriften zum Versandhandel für den Versand abzustellen ist.

Die Entscheidung des EuGH zur Festlegung einheitlicher Abgabepreise (GRUR 2016, 1312 ff.) erscheint insoweit nicht einschlägig, da die Abfrage einer Telefonnummer des Patienten vor Versendung verschreibungspflichtiger Arzneimittel das angestrebte Ziel des Schutzes der Gesundheit und des Lebens von Menschen ohne Weiteres erreichen kann. Im Übrigen handelt es sich vorliegend um einen weniger starken Eingriff, da bei Festlegung der Preise in das Marktgeschehen selbst eingegriffen wird, während vorliegend lediglich eine Regelung zur Durchführung des Handels betroffen ist.

c)

Die Beklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, Rückfragen habe die Apotheke primär mit dem Arzt zu klären, da der Apotheker gemäß § 20 Abs. 1 a ApBetrO die Therapie nicht beeinträchtigen darf, denn diese Vorschrift ändert nichts an der bestehenden Beratungsverpflichtung einer Apotheke, auch bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln, falls sich Anhaltspunkte hierfür ergeben. An dieser bestehenden Verpflichtung ändert auch die Stellungnahme des Bundesgesundheitsministeriums von 2003 nichts, wonach bei einer Versandapotheke grundsätzlich die Pflicht entfalle, eigeninitiativ zu beraten. Bereits aus dem von der Beklagten vorgelegten Kontext ergibt sich, dass die Stellungnahme abstellt auf die freie Entscheidung des Kunden, die Beratung einer Versandapotheke in Anspruch zu nehmen oder nicht. Im Übrigen kommt der Stellungnahme des Ministeriums keine Gesetzeskraft zu und eine eher untergeordnete Bedeutung im Rahmen der Gesetzesauslegung.

3.

Der Werbemaßnahme der Beklagten ohne Hinweis auf die Erforderlichkeit der Mitteilung einer Telefonnummer durch den Verbraucher kommt auch wettbewerbliche Relevanz i.S.v. § 3 a UWG zu.

Das betroffene Schutzgut ist vorliegend die menschliche Gesundheit. Diese könnte gefährdet sein, wenn eine erforderliche Beratung durch die Apotheke unterlassen wird, weil der Verbraucher telefonisch nicht erreichbar ist, da er seine Telefonnummer bei der Bestellung nicht angegeben hat. Die Anforderungen an die Relevanz sind grundsätzlich gering, wenn die menschliche Gesundheit betroffen ist (jurisPK-UWG/Ullmann, 4. Aufl. 2016, § 3 a, Rn. 69).

Die Beklagte kann sich auch nicht darauf stützen, dass gegebenenfalls eine schriftliche Nachfrage durch die Apotheke möglich wäre, denn die Kommunikation ist erheblich erschwert im Falle schriftlicher Fragen und Antworten. Darüber hinaus ist auch im Falle schriftlicher Kontaktaufnahme die Hürde von Seiten der kontaktaufnehmenden Apotheke höher, was die Wahrscheinlichkeit, eine möglicherweise wichtige Beratung zu unterlassen, vergrößert. Ein Bagatelverstoß liegt damit nicht vor.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ist demnach gemäß §§ 8 Abs. 1 S. 1, 3 Abs. 1, 3 a UWG i.V.m. § 17 Abs. 2 a S. 1 Nr. 7 ApBetrO begründet.

4.

Der Verfügungsgrund wird gemäß § 12 Abs. 2 UWG vermutet. Gründe, die der Vermutung entgegenstehen würden, sind weder dargetan noch ersichtlich.

5.


Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 269 Abs. 3 S. 2 ZPO analog.

Die Festsetzung des Gegenstandswertes beruht auf § 3 ZPO, wobei das Schwergewicht der beantragten einstweiligen Verfügung auf dem nun noch anhängigen Antrag gesehen wird, dem eine generelle Bedeutung zukommt, während die angegriffenen Werbeaussagen nur von zeitweiligem Interesse sein dürften. Der Wert des noch anhängigen Antrages wurde daher mit 40.000,00 € bemessen, der des zurückgenommenen Antrages Ziff. 1.1 mit 20.000,00 €.


Vorsitzende Richterin am Landgericht

/ kl

Verkündet am 23.02.2017

 JFAngle
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle