

Sind kostenlose Arzneimitteldatenbanken wettbewerbswidrig?

Amtlicher Leitsatz:

Das Angebot einer durch Werbung finanzierten und deswegen für Ärzte kostenlosen Datenbank, die diesen Informationen und Hinweise für die Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 73 Abs. 8 SGB V gibt, stellt keine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG, § 33 Abs. 2 der Berufsordnung für die bayerischen Ärzte dar (Fortführung von BGH, Urteil vom 21. Juni 1990 I ZR 240/88, GRUR 1990, 1041 = WRP 1991, 90 Fortbildungskassetten).

Bundesgerichtshof

Urteil vom 17.08.2011

Az.: I ZR 13/10

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Juni 2011 durch die Richter...

für **R e c h t** erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 29. Zivilsenats des Oberlandesgerichts München vom 3. Dezember 2009 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien stehen beim Vertrieb von Arzneimitteldatenbanken, die Ärzten Informationen und Hinweise für die Verordnung von Arzneimitteln gemäß § 73 Abs. 8 SGB V geben, miteinander im Wettbewerb. Von solchen Datenbanken machen die Ärzte typischerweise bei der Auswahl der zu verschreibenden Arzneimittel Gebrauch, wobei sie im Rahmen der Anwendung der Datenbanken auch Rezepte ausdrucken können.

Die Beklagte vertreibt neben einer entgeltlichen Arzneimitteldatenbank, die keine Werbung enthält, die kostenlose Arzneimitteldatenbank „ifap praxisCENTER“. Diese blendet während der Recherche hersteller- und produktbezogene Werbung in Form von Produktwerbebanner für einzelne Arzneimittel, Herstellerwerbebanner in Arzneimittellisten und Firmennamen einschließlich Bannerwerbung mit Registerkarten ein.

Nach Ansicht der Klägerin handelt die Beklagte mit dem Angebot ihrer kostenlosen Datenbank wettbewerbswidrig, weil das Angebot die Ärzte zu einem berufsordnungswidrigen Verhalten verlockt, eine nach dem Heilmittelwerbegesetz verbotene Zuwendung darstellt, die Ärzte unangemessen unsachlich beeinflusst sowie zu einer allgemeinen Marktbehinderung bzw. Marktstörung führt.

Die Klägerin hat mit ihrer deswegen erhobenen Klage beantrag,

es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken die Arzneimitteldatenbank „ifap praxisCENTER“ kostenlos anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren.

Darüber hinaus hat die Klägerin die Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten begehrt und diese auf Erteilung entsprechender Auskünfte in Anspruch genommen.

Das Berufungsgericht hat die im ersten Rechtszug erfolgreiche Klage abgewiesen (OLG München, GRUR-RR 2010, 305). Mit ihrer

vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihre Klageansprüche weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die Klage für unbegründet erachtet und hierzu ausgeführt:

Die kostenlose Datenbank der Beklagten sei keine Zuwendung oder Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG. Zwar könne auch ein Medium der Fachinformation wie etwa eine Zeitschrift, ein Buch oder eben eine Arzneimitteldatenbank im Falle seiner kostenlosen Abgabe an Ärzte eine solche Zuwendung oder Werbegabe sein, wenn die Abgabe in einem dem Zweck des Heilmittelwerbegesetzes genügenden Zusammenhang mit der Werbung für ein Arzneimittel stehe. Ein solcher Zusammenhang erfordere aber, dass die Zuwendung zum Zwecke der Werbung erfolge, dieser Zweck für ihren Empfänger erkennbar sei und der Empfänger die Zuwendung in einen Zusammenhang mit bestimmten Arzneimitteln setze und deren Herstellern zurechne. Die Ärzte, denen die Beklagte ihre Datenbank kostenlos zur Verfügung stelle, setzten diese nicht in die danach erforderliche Beziehung zu allen oder einzelnen der in dieser Datenbank beworbenen Arzneimittel. Finanzierungsmodelle, bei denen Produkte nicht vom Abnehmer, sondern allein von Anzeigenkunden bezahlt würden, seien gang und gäbe.

Die Bestimmungen der bayerischen Berufsordnung für Ärzte (im Weiteren: Berufsordnung), die diesen die Annahme nicht geringfügiger Werbegaben überhaupt und nicht geringfügiger Geschenke und anderer Vorteile dann untersagten, wenn dadurch der Eindruck einer Beeinflussung der Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung erweckt werde, seien zwar Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Auch stelle die von der Beklagten kostenlos zur Verfügung gestellte Datenbank einen nicht nur geringfügigen Vorteil dar. Dessen Annahme erwecke aber nicht den Eindruck, dass sie die

Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung bezüglich Therapiemaßnahmen beeinflusse. Zudem bestehe für die vertragsärztliche Versorgung nach den auf der Grundlage von § 73 Abs. 8 Satz 7 und 8 SGB V getroffenen Regelungen kein generelles Werbeverbot in Arzneimitteldatenbanken. Eine unzulässige Werbegabe liege hier ebenso wenig vor wie bei § 7 HWG.

An einer unangemessenen unsachlichen Einflussnahme im Sinne von § 4 Nr. 1 UWG fehle es, weil die Ärzte die kostenlose Datenbank der Beklagten nicht als Werbung für konkrete Arzneimittel, sondern als ein durch Anzeigenwerbung finanziertes und ihnen deshalb kostenlos zur Verfügung gestelltes Produkt ansähen. Der Umstand, dass die Datenbank den Ärzten zur Verfügung gestellt werde, sei kein Vorteil, der sie veranlasse, Arzneimittel der in dieser Datenbank werbenden Pharmaunternehmen zu verschreiben.

Von einer die Klageansprüche begründenden allgemeinen Marktbehinderung oder Marktstörung könne ebenfalls nicht ausgegangen werden. Die Klägerin habe nicht hinreichend dargetan, dass sie oder andere Wettbewerber dadurch substantielle Einbußen an Umsatz oder Marktanteilen erlitten hätten oder in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht seien, dass die Beklagte ihre Datenbank kostenlos abgebe.

II. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung stand. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Verhaltensweise der Beklagten weder gegen § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG noch gegen § 33 Abs. 2 der Berufsordnung verstößt und auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer gemäß § 4 Nr. 1 UWG unzulässigen Beeinträchtigung der Entscheidungsfreiheit der mit der beanstandeten Werbung angesprochenen Ärzte oder einer allgemeinen Marktbehinderung oder Marktstörung unlauter ist.

1. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist die Annahme des Berufungsgerichts, bei der durch Werbung finanzierten und

deswegen für die Ärzte kostenlosen Datenbank der Beklagten handele es sich nicht um eine Werbegabe im Sinne des § 7 HWG.

a) Das Berufungsgericht hat nicht verkannt, dass der Begriff der Werbegabe in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG weit auszulegen ist und grundsätzlich jede unentgeltliche Vergünstigung erfasst, die im Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel gewährt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21. Juni 1990 – I ZR 240/88, GRUR 1990, 1041, 1042 = WRP 1991, 90 – Fortbildungs-Kassetten; Doepner, HWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 22). Wie der Senat in der Entscheidung „Fortbildungs-Kassetten“ entschieden hat, kann im Hinblick auf das mit § 7 HWG verfolgte Ziel, durch weitgehende Eindämmung von Werbegeschenken im Arzneimittelbereich der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung zu begegnen, auch ein Medium der Fachinformation wie etwa eine Kassette, eine Zeitschrift oder ein Buch als Werbegabe im Sinn dieser Vorschrift in Betracht kommen, wenn es kostenlos an Ärzte abgegeben wird und diese Abgabe in einem dem Gesetzeszweck genügenden Zusammenhang mit der Werbung für Arzneimittel steht (BGH, GRUR 1990, 1041, 1042). Das Berufungsgericht hat aber mit Recht in Übereinstimmung mit dieser Entscheidung darauf abgestellt, dass zwischen der Zuwendung und der Heilmittelwerbung ein Zusammenhang bestehen muss und dass für die Frage, ob ein solcher Zusammenhang besteht, auf die Sicht der Empfänger abzustellen ist. Denn mit dem Verbot der Werbegaben soll der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung der Angehörigen der Heilberufe begegnet werden, die von derartigen Zuwendungen ausgeht. Eine solche auch nur abstrakte Gefahr besteht nicht, wenn die Angehörigen der Heilberufe, die als Empfänger in Betracht kommen, in der fraglichen Zuwendung kein Werbegeschenk sehen. Im Streitfall hat das Berufungsgericht angenommen, dass die Ärzte, denen die Arzneimitteldatenbank zur Verfügung gestellt wird, einen solchen Zusammenhang mit einer Heilmittelwerbung nicht erkennen und die Datenbank daher auch nicht als Zuwendung der dort werbenden Arzneimittelhersteller verstehen. Dies lässt keinen Rechtsfehler erkennen.

b) Die Senatsentscheidung „Fortbildungs-Kassetten“, auf die sich das Berufungsgericht gestützt hat, ist nicht durch die nach ihrem Ergehen erlassenen unionsrechtlichen Bestimmungen über Werbung für Arzneimittel überholt, die zunächst in der Richtlinie 92/28/EWG über die Werbung für Humanarzneimittel enthalten waren und später in die Titel VIII und VIIIA der Richtlinie 2001/83/EG zur Schaffung eines Gesundheitskodexes für Humanarzneimittel übernommen worden sind. Dies gilt insbesondere auch im Blick auf die Regelung in Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG (früher: Art. 9 Abs. 1 RL 92/28/EWG).

aa) Nach diesen Bestimmungen ist es im Rahmen der Verkaufsförderung für Arzneimittel bei den zu ihrer Verschreibung oder Abgabe berechtigten Personen grundsätzlich verboten, diesen eine Prämie oder finanzielle oder materielle Vorteile zu gewähren, anzubieten oder zu versprechen. Abweichendes gilt allein dann, wenn die Vorteile entweder von geringem Wert und für die medizinische oder pharmazeutische Praxis von Belang sind (Art. 94 Abs. 1 aE RL 2001/83/EG) oder in einer Bewirtung bestehen, die den in Art. 95 RL 2001/83/EG beschriebenen Rahmen nicht überschreitet. Zu den materiellen Vorteilen im Sinne des Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG kann freilich auch die Ausstattung von Arztpraxen mit dort benötigter Software gehören (vgl. Gröning, Heilmittelwerberecht, Bd. 2, Art. 9 und 10 RL 92/28/EWG Rn. 3).

bb) Nach der Systematik der Richtlinie 2001/83/EG soll das in Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG geregelte Verbot Verkaufsförderungspraktiken verhindern, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken; gefördert werden soll eine medizinische und pharmazeutische Praxis, die den Berufsregeln entspricht (EuGH, Urteil vom 22. April 2010 – C-62/09, EuZW 2010, 473 Rn. 29 – Association of the British Pharmaceutical Industry).

cc) Die streitgegenständliche Datenbank stellt auch vor diesem

unionsrechtlichen Hintergrund keine Werbegabe im Sinne des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG dar. Ihre Verwendung führt zwar dazu, dass die Ärzte einer Werbung pharmazeutischer Unternehmen ausgesetzt werden. Sie hat auch für die Ärzte einen nicht unerheblichen Wert, weil sie sich die Kosten für eine entsprechende entgeltliche Datenbank sparen. Ärzte sind indessen heute ebenso wie die Angehörigen anderer Berufskreise daran gewöhnt, dass ihnen anzeigenfinanziert Informationen – etwa über das Internet, im Fernsehen oder in einer Zeitschrift – unentgeltlich zur Verfügung gestellt werden. Eine solche Informationsvermittlung wird daher nicht als Geschenk empfunden, für das man sich – beispielsweise durch das Verschreiben bestimmter Präparate – in irgendeiner Weise gegenüber dem Zuwendenden dankbar erweisen müsste. Insofern verhält es sich nicht anders als bei den zahlreichen Fachzeitschriften und sonstigen Druckwerken, die zwar nicht unentgeltlich abgegeben werden, deren Preis aber aufgrund der produktbezogenen Werbung niedrig gehalten werden kann.

Das Berufungsgericht hat darüber hinaus in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts festgestellt, es könne auch nicht angenommen werden, dass die Ärzte in der Hoffnung auf den weiteren kostenlosen Bezug künftiger Updates Arzneimittel der in der streitgegenständlichen Datenbank werbenden Pharmaunternehmen verschrieben, um durch deren Werbung die Finanzierung solcher Updates zu begünstigen. Zur Begründung hat es ausgeführt, es sei weder vorgetragen noch sonst ersichtlich, dass die werbenden Pharmaunternehmen Kenntnis davon erlangten, welches ihrer in der streitgegenständlichen Arzneimitteldatenbank beworbenen Arzneimittel von den die Datenbank nutzenden Ärzten wie oft verschrieben werde. Die Nutzer hätten ferner keinen Anlass anzunehmen, dass eine solche Rückmeldung stattfinde. Diese auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung lässt keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision nicht gesondert angegriffen.

dd) Die hier vorgenommene Beurteilung steht nicht in

Widerspruch zu Erwägungsgrund 52 der Richtlinie 2001/83/EG, dem zufolge die zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen über eine neutrale und objektive Informationsquelle über die auf dem Markt angebotenen Arzneimittel verfügen müssen. Es obliegt den Mitgliedstaaten, die dafür geeigneten Maßnahmen unter Berücksichtigung ihrer jeweiligen besonderen Lage zu treffen. Das deutsche Recht enthält keine Bestimmung, die die Verwendung werbefinanzierter Arzneimitteldatenbanken verbietet. Vielmehr geht die bestehende Regelung davon aus, dass auch werbefinanzierte Datenbanken als neutrale und objektive Informationsquelle in Betracht kommen.

Nach § 73 Abs. 8 Satz 7 SGB V dürfen Vertragsärzte für die Verordnung von Arzneimitteln nur solche elektronischen Programme nutzen, die bestimmte inhaltliche Voraussetzungen erfüllen und von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung für die vertragsärztliche Versorgung zugelassen sind. Nach § 73 Abs. 8 Satz 8 SGB V ist das Nähere in den Bundesmantelverträgen nach § 82 Abs. 1 SGB V zu vereinbaren. Nach § 29 Abs. 3 Bundesmantelvertrag – Ärzte und § 15 Abs. 3 Bundesmantelvertrag – Ärzte/Ersatzkassen dürfen Vertragsärzte für die Verordnung nur solche Arzneimittel-Datenbanken nutzen, die von der Prüfstelle der Kassenärztlichen Bundesvereinigung auf Basis der jeweils aktuellen Anforderungskataloge für die Kassenärztliche Versorgung zugelassen (zertifiziert) sind. Wie sich aus den Feststellungen im landgerichtlichen Urteil ergibt, auf die das Berufungsurteil verweist, enthält der einschlägige Anforderungskatalog ausdrücklich auch Vorgaben für werbefinanzierte Datenbanken und trifft Regelungen darüber, in welcher Weise geworben werden darf. Beispielsweise ist dort bestimmt, dass Werbung nur in Form von eindeutig als solche gekennzeichneten Werbefenstern zulässig ist und dass hinter einer Werbung keine Funktion hinterlegt sein darf, die zu einer Verordnung führt (Anl. K 11 und BB 2).

Zwischen den Parteien ist auch unstreitig, dass

werbefinanzierte Datenbanken der Beklagten von der Prüfstelle zertifiziert worden sind. Auf den Umstand, dass die Update-Version, deren Versendung Anlass für die Klage gegeben hat, noch nicht zertifiziert war, kommt es – wie das Landgericht zutreffend bemerkt – nicht an, weil die Klägerin nicht die Verwendung einer bestimmten Version der Datenbank der Beklagten untersagt wissen möchte. Vielmehr ist das beantragte Verbot generell auf die kostenlose Abgabe der Arzneimitteldatenbank „ifap praxisCENTER“ gerichtet. Die Klägerin hat an diesem Antrag trotz eines entsprechenden Hinweises des Landgerichts ausdrücklich festgehalten.

Danach widerspricht es dem Unionsrecht nicht, wenn den zur Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln berechtigten Personen wahlweise neben einer kostenpflichtigen Informationsquelle ohne produktbezogene Werbung eine kostenlose anzeigenfinanzierte Informationsquelle zur Verfügung steht. Auch in diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass mit dem Verbot des Art. 94 Abs. 1 RL 2001/83/EG (lediglich) Verkaufspraktiken verhindert werden sollen, die geeignet sind, bei den Angehörigen der Gesundheitsberufe ein wirtschaftliches Interesse an der Verschreibung oder Abgabe von Arzneimitteln zu wecken (vgl. oben in Rn. 17 [II 1 b bb]). Nach den getroffenen Feststellungen ist dies bei der im Streitfall gegebenen Werbung ungeachtet dessen nicht der Fall, dass diese produktbezogen ist (vgl. oben in Rn. 18 ff. [II 1 b cc]).

c) Nach den vorstehenden Ausführungen bestehen hinsichtlich der Auslegung der Richtlinie 2001/83/EG keine vernünftigen Zweifel. Dementsprechend ist auch keine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union veranlasst (vgl. EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982 – 283/81, Slg. 1982, 3415 = NJW 1983, 1257 Rn. 16 – Cilfit; Urteil vom 11. September 2009 – C-428/09, Slg. 2009, I-6747 = EuZW 2008, 758 Rn. 42 – UGT-Rioja u.a.).

2. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass

das in § 33 Abs. 2 der Berufsordnung enthaltene Verbot im Zusammenhang mit § 7 HWG gesehen werden muss (vgl. Lippert in Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 5. Aufl., § 33 Rn. 14). Danach liegt in dem mit § 7 HWG zu vereinbarenden Verhalten der Beklagten auch keine Anstiftung der ihre Datenbank nutzenden Ärzte zu einem berufsrechtswidrigen Verhalten.

Das Berufungsgericht hat in tatrichterlicher Würdigung des Sachverhalts ferner festgestellt, dass die Annahme der streitgegenständlichen Arzneimitteldatenbank nicht den Eindruck einer Beeinflussung der Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung im Sinne des § 32 Satz 1 der Berufsordnung erweckt. Seine in diesem Zusammenhang angestellte und näher begründete Erwägung, es könne (von den Patienten) nicht angenommen werden, dass die Ärzte (ihnen) wegen der Hoffnung auf weiteren kostenlosen Bezug künftiger Updates gerade Arzneimittel der in der Datenbank werbenden Pharmaunternehmen verschrieben, lässt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen.

3. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist ferner die gleichfalls auf tatrichterlichem Gebiet liegende Beurteilung des Berufungsgerichts, die Verhaltensweise der Beklagten sei nicht im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG geeignet, die Entscheidungsfreiheit der die streitgegenständliche Arzneimitteldatenbank nutzenden Ärzte durch unangemessenen unsachlichen Einfluss zu beeinträchtigen.

4. Ansprüche der Klägerin unter dem Gesichtspunkt einer allgemeinen Marktbehinderung oder Marktstörung hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Klägerin habe insoweit schon nicht hinreichend dargetan, dass Mitbewerber der Beklagten durch deren Verhaltensweise substantielle Einbußen erlitten hätten oder in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht seien. Diese Beurteilung lässt ebenfalls keinen Rechtsfehler erkennen und wird auch von der Revision hingenommen.

III. Nach allem ist die Revision der Klägerin unbegründet und deshalb mit der Kostenfolge aus § 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.