
Der unangemessene unsachliche Einfluss im Gesundheitswesen

Was bleibt nach der nächsten UWG-Reform?

Christiane Köber, Bad Homburg

Unübersehbar sind die Liberalisierungstendenzen in der Rechtsprechung zu Verkaufsförderungsmaßnahmen. Fallgruppen wie „übertriebenes Anlocken“ oder „psychischer Kaufzwang“ haben angesichts des informierten und verständigen Verbrauchers ausgedient. Im Gesundheitsbereich, in dem die Rechtsprechung tendenziell strengere Maßstäbe anlegt, ist die Vorschrift des § 4 Nr. 1 Variante 3 UWG dagegen von großer Bedeutung – gerade in den Fällen, in denen, wie häufig im Gesundheitswesen, Interessen Dritter im Spiel sind. Im vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vorgelegten Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen

den unlauteren Wettbewerb soll § 4 Nr. 1 UWG allerdings aufgehoben werden. Der Beitrag stellt die aktuelle Rechtsprechung zum „unangemessenen, unsachlichen Einfluss“ dar und geht der Frage nach, wie die Fälle unter neuen rechtlichen Rahmenbedingungen zu lösen sein werden.

1. Stand der Rechtsprechung

§ 4 Nr. 1 UWG ist in drei Fallgruppen unterteilt, die die Art und Weise regeln, mit der auf die Entscheidungsfrei-

heit der Verbraucher eingewirkt wird: durch Ausübung von Druck, in menschenverachtender Weise oder durch sonstigen unangemessenen, unsachlichen Einfluss. Der dritten Fallvariante kommt in der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung die größte Bedeutung zu. Sie wurde mit der UWG-Reform 2004 in § 4 Nr. 1 UWG verankert und dient als Auffangtatbestand für zahlreiche Fallkonstellationen.¹ Die Rechtsprechung im Gesundheitswesen zu § 4 Nr. 1 Variante 3 UWG lässt sich in drei Hauptkategorien unterteilen: (a) Relativ häufig sind die Fälle der direkten Einflussnahme auf den Verbraucher, etwa durch Arbeitgeber oder Arzt hinsichtlich der Krankenkassenwahl. (b) Der Werbende wirkt direkt auf seinen Abnehmer (Arzt/Apotheker etc.) ein. (c) Die größere Bedeutung hat die Fallkonstellation der unangemessenen, unsachlichen Beeinflussung aber im „Dreiecksverhältnis“. (d) Das schlägt sich auch in der Rechtsprechung nieder.

a) Direkte Einflussnahme auf den Kunden/Patienten

Die Fälle direkter (unlauterer) Einflussnahme auf den Kunden/Patienten sind eher selten. Der Unternehmer hat keinen direkten Kontakt zum Kunden; Apotheker oder Arzt stehen zwar in direktem Kontakt mit dem Endverbraucher. Setzen sie in unlauterer Weise ihre Autorität ein, so werden diese Fälle aber meist über die berufsrechtlichen Regelungen gelöst. Darüber hinaus wird es eine Vielzahl von Fällen geben, in denen Wettbewerbsverstöße nicht publik werden oder nicht geahndet werden können, weil es an Zeugen fehlt: Wer mit seinem Arzt oder Apotheker prinzipiell zufrieden ist, wird vermutlich nicht geneigt sein, gegen ihn auszusagen, auch wenn ihm in der Praxis ein Nahrungsergänzungsmittel oder eine Hautcreme aufgedrängt wurde. Hinzu kommen ein verändertes Verbraucherleitbild und die Aufhebung des Rabattgesetzes und der Zugabeverordnung; die Letzteren zugrunde liegenden gesetzgeberischen Wertungen sind natürlich von den Gerichten zu beachten. Der Versuch einer gewissen unsachlichen Beeinflussung ist im Übrigen der Werbung nicht fremd und auch nicht per se unlauter.² Vor diesem Hintergrund hat der Bundesgerichtshof (BGH) den Einsatz von so genannten Laienwerbern im Rahmen einer Aktion „Kunden werben Kunden“ prinzipiell für zulässig gehalten.³ Es handelte sich allerdings bei den Waren, für die der Laienwerber bei Verwandten, Freunden oder Bekannten werben sollte und für die ihm im Erfolgsfall eine Prämie in Aussicht gestellt wurde, um Gleitsichtbrillen. Gleitsichtbrillen sind Medizinprodukte, für die die Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes und somit auch das Zuwendungsverbot des § 7 HWG gelten. Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es grundsätzlich unzulässig, im Zusammenhang mit einer produktbezogenen Werbung für die dem Heilmittelwerbegesetz unterliegenden Waren Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren. Mit der Regelung soll verhindert werden, dass die Kaufentscheidung des Verbrauchers durch Zuwendungen oder Zugaben unsachlich beeinflusst wird. Nach

Auffassung des BGH muss dieser Schutzzweck auch im Rahmen der Auslegung des § 4 Nr. 1 UWG beachtet werden. Im Ergebnis bejahte der BGH daher die unangemessene, unsachliche Einflussnahme auf den Verbraucher, interessanterweise aber auf den Geworbenen, der sich für eine Gleitsichtbrille entscheidet, um demwerbenden Dritten die ausgelobte Werbepremie zu verschaffen, nicht – was näher gelegen hätte – die Einflussnahme auf den Laienwerber.

Größeres Gewicht kommt § 4 Nr. 1 UWG zu, wenn der Arbeitgeber versucht, auf die Krankenkassenwahl seiner Beschäftigten Einfluss zu nehmen. In diesen Fällen wird meist unter Hinweis auf den Autoritätsmissbrauch des Arbeitgebers ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG bejaht, so z. B. im Fall des Betreibers eines Call-Centers, der seine Mitarbeiter in Arbeitsverträgen deutlich darauf hinwies, welche Bedeutung die Mitgliedschaft bei einer bestimmten Krankenkasse für den einzelnen Arbeitnehmer haben könne.⁴ Das Landgericht Frankfurt/Oder verurteilte einen Klinikbetreiber, der Bewerber um Arbeitsplätze darauf hinwies, dass man im Hinblick auf die Bettenbelegung durch eine bestimmte Krankenkasse den Wechsel in diese Krankenkasse erwarte.⁵ Gerade wenn diese Hinweise bei einem Bewerbungsgespräch oder im Rahmen eines Gespräches erfolgen, bei dem es um die Vertragsverlängerung geht, wird auf die Arbeitnehmer in unangemessener, unsachlicher Weise eingewirkt, obwohl ihnen nach § 173 SGB V das Recht der freien Krankenkassenwahl zusteht. Ein Arbeitgeber, der unter Hinweis auf die Sanierung des Unternehmens und den Erhalt der Arbeitsplätze den Mitarbeitern den Wechsel in eine bestimmte Krankenkasse empfiehlt, übt ebenfalls unzulässigen Druck aus.⁶

Den Sachverhalten ist gemeinsam, dass das Verhalten der Arbeitgeber über eine Information zu Krankenkassen hinausging, sondern jeweils durch die sprachliche Gesamtdarstellung den Arbeitnehmern der *Eindruck* vermittelt wurde, sie müssten – wenn sie der „Empfehlung“ nicht folgten – mit Nachteilen etwa in Form einer Kündigung rechnen.

b) Einflussnahme auf den gewerblichen Kunden

Die Fälle, in denen auf den gewerblichen Abnehmer, sei es Apotheker, sei es Arzt, eingewirkt wird, lassen sich nicht immer sauber von der Fallgruppe trennen, bei der über den gewerblichen Abnehmer der Verbraucher beeinflusst werden soll. So kommt es gerade im dentalmedizinischen Bereich häufig vor, dass die Kaufentscheidung des Zahnarztes durch wertvolle Zuwendungen beeinflusst wird. Damit wird natürlich versucht, die Nachfrageentscheidung des Zahnarztes auf das eigene Produkt zu lenken.

Letztlich wirkt sich dies aber auch auf den Verbraucher aus: Vermutlich wird der Zahnarzt dem Patienten eher die Implantate verkaufen, bei deren Abnahme er die wert-

¹ MünchKommUWG/Heermann 2. Auflage, § 4 Nr. 1 UWG, Rdnr. 73.

² BT-Drs. 15/1487, Seite 17.

³ BGH, Urt. v. 06.07.2006 – I ZR 145/03 – Kunden werben Kunden.

⁴ LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 05.10.2006 – 1 HK O 7031/06, WRP 2007, 214.

⁵ LG Frankfurt/Oder, Urt. v. 27.01.2011 – 31 O 157/10.

⁶ OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.12.2001 – 20 U 11/01.

vollsten Geschenke erhält. Auch wenn der Bundesgerichtshof diese Gefahr der Einflussnahme auf den Endverbraucher nicht erwähnt, hält er die Koppelung von für die Lokalanästhesie verwendeten Fertigarzneimitteln mit einem Kleidersack für unzulässig, weil eine derartige Vergünstigung den angesprochenen Zahnarzt veranlassen könnte, die beworbenen Fertigarzneimittel nur wegen des damit verbundenen Sachvorteils für den Praxisgebrauch zu erwerben.⁷

c) Der drittverantwortliche Marktteilnehmer

Der Anreiz, die Kaufentscheidung des Abnehmers zu manipulieren, ist groß, wenn dieser gleichzeitig Interessen Dritter zu wahren hat. Über den Leistungserbringer und seine Autorität lässt sich in effizienter Weise der Endverbraucher im Sinne des Unternehmers beeinflussen. Die Personen, die Interessen Dritter zu wahren haben, werden als drittverantwortliche Personen⁸ oder als drittverantwortliche Marktteilnehmer⁹ bezeichnet. Das Phänomen der Beeinflussung in diesem dreiseitigen Verhältnis ist auch als „Dreieckskoppelung“ bezeichnet worden.¹⁰

Die Drittvantwortlichkeit besteht typischerweise bei Ärzten oder Apothekern. Vom Arzt oder Apotheker erwartet der Patient oder Kunde eine objektive Beratung oder Behandlung. Beiden Berufsgruppen ist gemein, dass ihnen bereits gesetzlich die Pflicht auferlegt ist, die Interessen der ihnen Anvertrauten zu wahren. So gehört es nach § 2 Abs. 2 der Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte zu deren Pflichten, den Beruf gewissenhaft auszuüben und dem ihnen bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen. Maßstab für das ärztliche Handeln ist das Wohl der Patienten. Ausdrücklich heißt es „Insbesondere dürfen sie nicht das Interesse Dritter über das Wohl der Patientinnen und Patienten stellen.“. Auch die §§ 30 ff. der Musterberufsordnung dienen ausweislich der Überschrift über diesem Kapitel der „Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten“. Die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit ist damit durch die berufsrechtlichen Regelungen abgesichert.¹¹ Auch § 128 Abs. 2 SGB V soll sicherstellen, dass Vertragsärzte grundsätzlich unbeeinflusst von eigenen finanziellen Interessen über die Verordnung von Hilfsmitteln entscheiden.¹² Aus diesem Grund untersagt die Vorschrift jedes Entgelt oder die Gewährung sonstiger wirtschaftlicher Vorteile an Ärzte, die mit der Verordnung von Hilfsmitteln in Zusammenhang stehen. Damit will die Vorschrift sicherstellen, dass das ärztliche Handeln allein im Dienste der Patienten und ohne Rücksicht auf eigene wirtschaftliche Interessen erfolgt.¹³

Auch bei Zahnärzten ist die Verpflichtung, Entscheidungen am Wohl des Patienten und nicht an finanziellen

Vorteilen auszurichten, in Berufsordnungen verankert. Entsprechend § 2 Abs. 7 der Musterberufsordnung ist es dem Zahnarzt nicht gestattet, für die Verordnung, die Empfehlung oder den Bezug von Arznei-, Heil- oder Hilfsmitteln sowie Medizinprodukten für Patienten eine Vergütung oder sonstige vermögenswerte Vorteile für sich oder Dritte versprechen zu lassen oder anzunehmen. Ebenso wenig ist es ihm gestattet, für die Zuweisung und Vermittlung von Patienten ein Entgelt zu fordern oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.¹⁴ Auch der Behandlungsvertrag verpflichtet den Arzt oder Zahnarzt, die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards durchzuführen (siehe zum Beispiel § 630 a Abs. 2 BGB).

Ebenso ist der Apotheker gehalten, die Interessen seiner Kunden zu wahren. Auch für ihn ergibt sich das unter anderem aus der Berufsordnung. So sieht z. B. die Berufsordnung der Landesapothekerkammer Hessen in § 1 Abs. 2 vor, dass der Apotheker verpflichtet ist, seinen Beruf ordnungsgemäß auszuüben und dem ihm im Zusammenhang mit seinem Beruf entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen. Er hat sich so zu verhalten, dass er diesem Vertrauen gerecht wird. Nach § 1 Abs. 3 hat der Apotheker die Aufgabe zur Beratung aufgrund seiner Ausbildung und seiner Kenntnisse. Er ist danach verpflichtet, Patienten und Ärzte unabhängig über die Arzneimittel zu beraten und zu informieren. Eine erhöhte Informations- und Beratungspflicht sieht § 1 Abs. 3 bei Patienten vor, die Arzneimittel im Rahmen der Selbstmedikation erwerben wollen oder wenn es sich bei den Kunden um Kinder oder Jugendliche handelt. § 11 Abs. 3 Nr. 5 verbietet die Vergabe unangemessener Zuwendungen und Geschenke, die die freie Wahl des Patienten beeinträchtigen könnten. Umgekehrt darf der Apotheker diese Geschenke auch nicht fordern oder annehmen, wenn dadurch seine apothekerliche Unabhängigkeit beeinflusst werden könnte.¹⁵

Berufsrechtliche Anforderungen an die Sorgfaltspflicht ergeben sich auch aus § 11 Apothekengesetz (ApoG). Danach dürfen Apotheker mit Ärzten oder anderen Personen, die sich mit der Behandlung von Krankheiten befassen, keine Rechtsgeschäfte vornehmen oder Absprachen treffen, die eine bevorzugte Lieferung bestimmter Arzneimittel, die Zuführung von Patienten oder die Zuweisung von Verschreibungen zum Gegenstand haben. Ebenso wenig darf sich der Apotheker verpflichten, bestimmte Arzneimittel ausschließlich oder bevorzugt anzubieten oder abzugeben oder auf anderem Wege die Auswahl seines Angebots zu beschränken (§ 10 ApoG).

Alle Vorschriften wollen letztlich verhindern, dass ein Dritter (z. B. Hersteller) die Autorität und die Interessenwahrungspflicht des Arztes oder Apothekers auf seinem Gebiet ausnutzt, um die Kaufentscheidung des Verbrauchers zugunsten der Produkte oder Dienstleistungen dieses Dritten unlauter zu beeinflussen.

⁷ BGH, Urt. v. 30.01.2003, I ZR 142/00 – Kleidersack.

⁸ Köhler/Bornkamm/Köhler § 4 Rdnr. 1.188.e.

⁹ MünchKommUWG /Heermann § 4 Nr.1 Rdnr. 222.

¹⁰ Steinbeck, GRUR 2005, 15; dies. GRUR 2005, 540, 544.

¹¹ In den Hinweisen und Erläuterungen zur Musterberufsordnung, abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de, heißt es ausdrücklich: „Im Berufsrecht hat die Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit einen herausragenden Stellenwert.“

¹² BT-Drs. 16/10609, Seite 73.

¹³ Hauck/Noftz/Luthe, Sozialgesetzbuch SGB V, § 128 Rdnr. 18.

¹⁴ § 2 Abs. 8 Berufsordnung Hessen.

¹⁵ § 11 Abs. 3 Nr. 6 Berufsordnung Hessen.

d) Einflussnahme auf Verbraucher über den Drittverantwortlichen

Die am häufigsten vorkommende und die aus Sicht des Unternehmers sicherlich effektivste Erscheinungsform des unangemessenen, unsachlichen Einflusses ist diejenige über einen Verkaufsförderer – die drittverantwortliche Person – die als „Werkzeug“ genutzt wird, um den Endabnehmer, den Kunden oder Patienten, zu beeinflussen. Bejaht wurde der unangemessene, unsachliche Einfluss in den folgenden Fällen:

Bietet ein Laborarzt niedergelassenen Ärzten für die Durchführung bestimmter Laboruntersuchungen, die diese selbst gegenüber der Krankenkasse abrechnen können, Preise unter Selbstkosten an, in der Hoffnung, dass die niedergelassenen Ärzte ihm im Gegenzug Patienten für Untersuchungen überweisen, die nur von einem Laborarzt vorgenommen werden können, so liegt auch ohne rechtliche Kopplung ein Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG vor.¹⁶

Ein unangemessener, unsachlicher Einfluss auf die ärztliche Behandlungstätigkeit liegt erst recht vor, wenn dem Arzt Provisionen für jeden an den Leistungserbringer überwiesenen Patienten gezahlt werden. Der Bundesgerichtshof hielt es deshalb für wettbewerbswidrig, wenn ein Unternehmen Augenärzten ein System zur Verfügung stellt, das aus einem Brillensortiment und einem Computersystem zur Brillenanpassung besteht und den Ärzten pro Bestellung einer Brille durch Patienten eine Vergütung von 80,00 bis 160,00 Euro durch das Unternehmen anbietet.¹⁷ Dies sei geeignet, die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Augenärzte unangemessen, unsachlich zu beeinflussen. Der BGH begründet dies mit dem erheblichen finanziellen Anreiz für den Augenarzt, der die Gefahr mit sich bringe, dass der Augenarzt nicht im Patienteninteresse entscheidet. Ausdrücklich erwähnt der BGH die Interessenwahrungspflicht, die durch ein solches Verhalten verletzt werden könne.

Eine unangemessene, unsachliche Einflussnahme auf die zahnärztliche Diagnose- und Therapiefreiheit stellt es dar, wenn sich Zahnärzte verpflichten, ein Dentallabor mit sämtlichen, bei der Behandlung ihrer Patienten anfallenden Laborleistungen zu beauftragen.¹⁸ Ein Verstoß nach § 4 Nr. 1 UWG liegt schon dann vor, wenn der zur Wahrnehmung von Interessen Verpflichtete „veranlasst werden kann, seine Entscheidung nicht allein an dem Interesse des Dritten auszurichten“ bzw. die „Gefahr einer solchen unangemessenen, unsachlichen Beeinflussung“ besteht.¹⁹

Das Oberlandesgericht Köln hielt die im Rahmen einer Testaktion für Blutzuckermessgeräte versprochene Teilnahme von Ärzten an der Verlosung von Reisen für unzulässig.²⁰ Die Chance für den Arzt, den Gewinn in Form

einer Teilnahme an einem Ärztekongress in Rom zu gewinnen, stieg mit jedem Patienten, den der Arzt für die Teilnahme an der Aktion warb. Eine solche mit Gewinnchancen werbende Aktion ist geeignet, den Arzt zu veranlassen, seine fachliche Reputation und das ihm von den Patienten entgegengebrachte Vertrauen in seine medizinische Kompetenz zweckfremd auszunutzen, um diese ihrerseits zu der notwendigen Teilnahme an dem Test des Messsystems zu bewegen.

Das Oberlandesgericht München verurteilte einen Apotheker zur Unterlassung, der zwar eine Präsenzapotheke betrieb, aber an einem Modell teilnahm, das die Bestellung aus einer holländischen Apotheke vorsah.²¹ Wenn der Apotheker ein vom Kunden benötigtes Arzneimittel nicht aus dem eigenen Sortiment abgab, sondern bei der niederländischen Apotheke bestellte, so erhielt er dafür eine Provision. Für den Kunden lohnte sich das Geschäft, weil er Preisnachlässe oder Warengutscheine für das Sortiment der teilnehmenden Apotheke erhielt. Das Gericht stufte dies ein als „strukturell verankerter finanzieller Anreiz für die teilnehmenden Apotheker, einem Kunden nicht die Abgabe aus dem eigenen Sortiment anzuraten, sondern die für sie ertragsreichere Bestellung bei der niederländischen Apotheke“. Bei einem solchen Vorgehen sieht das Gericht die Gefahr, dass der Apotheker die gesundheitlichen Interessen des Kunden im Hinblick auf seine eigenen, zusätzlichen Verdienstmöglichkeiten vernachlässigt.

Das Oberlandesgericht München sah im Schreiben eines Hausärzterverbandes an seine Mitglieder einen Verstoß gegen § 4 Nr. 1 UWG, weil das streitgegenständliche Schreiben auf eine unlautere Beeinflussung der Entscheidungsfreiheit der Patienten durch autoritären Druck abziele.²² Der Hausärzterverband schilderte in dem Schreiben die Vorteile eines mit einer Krankenkasse geschlossenen Hausarztvertrages. Das Schreiben fordert den Patienten auf, den Erhalt seiner hausärztlichen Versorgung in seine Überlegungen einzubeziehen, wenn er über einen Kassenwechsel nachdächte. Das Schreiben konnte nur so verstanden werden, dass seitens des Arztes ein Wechsel des Patienten in die Krankenkasse gewünscht sei, mit der der Hausarztvertrag abgeschlossen worden war. Wer nicht wechsele, „müsse befürchten, dass dieser Arzt, der ihn anschließend behandle und der seine Kassenzugehörigkeit kenne, ihm nicht mit derselben Haltung gegenüber trete wie einem Patienten der anderen Krankenkasse“.

Verneint wurde dagegen der unangemessene, unsachliche Einfluss bei einem Partnerprogramm zwischen Apotheke und Hersteller, das die Verpflichtung des Pharmaunternehmers zur Belieferung von Apothekern zum Herstellerabgabepreis vorsah und gleichzeitig den Apotheker zur bevorzugten Abgabe der verschreibungspflichtigen Arzneimittel dieses Pharmaunternehmens aufforderte.²³ Die Argumentation weist allerdings gewisse Widersprüche auf, weil letztlich das Partnerprogramm als gegen § 10 ApoG

¹⁶ BGH, Urt. v. 21.04.2005 – I ZR 201/02 – Quersubventionierung von Laborgemeinschaften.

¹⁷ BGH, Urt. v. 24.06.2010 – I ZR 182/08 – Brillenversorgung II.

¹⁸ BGH, Urt. v. 23.02.2012 – I ZR 231/10 – Dentallaborleistungen.

¹⁹ BGH, GRUR 2009, 969, 970 – Winteraktion.

²⁰ OLG Köln, Beschl. v. 16.05.2008 – 6 W 38/08.

²¹ OLG München, Urt. v. 26.06.2014 – 29 U 800/13.

²² OLG München, Urt. v. 10.12.2009 – 29 U 3789/09.

²³ Kammergericht, Urt. v. 11.09.2012 – 5 U 57/11.

verstoßend angesehen wurde. Nach dieser Vorschrift darf sich ein Apotheker unter anderem nicht verpflichten, bestimmte Arzneimittel bevorzugt abzugeben. Ebenso wie § 4 Nr. 1 UWG im Hinblick auf die Verletzung der Interessenwahrungspflicht soll auch § 10 ApoG verhindern, dass der Apotheker sachfremden Einwirkungen ausgesetzt ist.

Zulässig ist auch das Angebot eines pharmazeutischen Unternehmers, Ärzten einen mit dem Firmennamen versehenen Wasserspender zu einem 40 Prozent vergünstigten Mietpreis zur Verfügung zu stellen und es ihnen zu ermöglichen, sich durch externe Unternehmensberater zu betriebswirtschaftlichen Praxisthemen beraten zu lassen. Beide Angebote sind nach Auffassung des Oberlandesgerichts München nicht geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Ärzte zu beeinträchtigen.²⁴ Das Gericht wies darauf hin, dass der Arzt die gewährten Vorteile unabhängig davon erhalten könne, ob er in der Folgezeit Medikamente der Beklagten oder eines Konkurrenzunternehmens verordne. Auch den kostenlosen Beratungsservice, für den das Erstgericht einen Wert von 100 Euro angesetzt hatte, hielt das Gericht nicht für geeignet, die Ärzte zugunsten des Beklagten unangemessen zu beeinflussen. Es verlangte dafür nicht Vermutungen, sondern entsprechende Feststellungen.

Den genannten Fällen wohnt das Element der Bestechlichkeit inne. Dabei kommt es auf die Art der Gegenleistung, die der „Verkaufsförderer“ erhält, nicht an. Die Gegenleistung muss keine Provision sein, sie kann auch aus – mehr oder minder verschleierte – geldwerten Vorteilen bestehen.

2. UWG-Reform 2015

a) EU-Recht

Bevor näher auf die geplanten Änderungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) eingegangen wird, erscheint es sinnvoll, sich im Hinblick auf § 4 Nr. 1 UWG und die obigen Fallgestaltungen die rechtlichen, durch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmern gegenüber Verbrauchern (im Folgenden UGP-Richtlinie) vorgegebenen Rahmenbedingungen anzuschauen. Im Verhältnis von Unternehmer zu Verbraucher (b2c = business to consumer) wurde mit der UGP-Richtlinie das Lauterkeitsrecht in Europa weitgehend vereinheitlicht. Im zeitlichen, persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie gilt für § 4 Nr. 1 UWG das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung.²⁵ § 4 Nr. 1 UWG wird als Umsetzung des Tatbestands der aggressiven Geschäftspraktiken im Sinne der Art. 8, 9 UGP-Richtlinie verstanden.²⁶ In Art. 8 findet sich der Hinweis auf die „unzulässige Beeinflussung“. Sie wird in Art. 2 lit. j. wie folgt definiert:

„Die Ausnutzung einer Machtposition gegenüber dem Verbraucher zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt, in einer Weise, die die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einschränkt.“

Eine Machtposition setzt eine Überlegenheit des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher voraus. Köhler spricht von struktureller (etwa arbeitsrechtlicher) oder situationsbedingter (etwa bei konkreten Unglückssituationen) Überlegenheit.²⁷ Allerdings beschränkt sich der Anwendungsbereich der UGP-Richtlinie nur auf Handlungen von Unternehmern gegenüber Verbrauchern.²⁸ Geht es also um eine unzulässige Einflussnahme im b2b-Bereich (business to business), müssen die Vorschriften der UGP-Richtlinie zur Auslegung der Tatbestände des UWG nicht herangezogen werden. (Dass eine einheitliche Auslegung des UWG sinnvoll ist²⁹, ist wieder ein anderes Thema!)

In den unter 1 a) genannten Fällen hätten die Gerichte daher § 4 Nr. 1 UWG im Sinne der Ausnutzung einer Machtposition mit negativen Folgen auf die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers prüfen müssen. Von einer solchen Machtposition lässt sich sicher dann sprechen, wenn es um das Verhältnis Arbeitgeber zu Arbeitnehmer geht.

Aber auch in den oben, unter 1 d) genannten Fällen lässt sich mit guten Gründen die Auffassung vertreten, dass der Verbraucher einer „unzulässigen Beeinflussung“ im Sinne von Art. 8 UGP-Richtlinie ausgesetzt ist, weil ja gerade durch den Verkaufsförderer als Werkzeug die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers manipuliert werden soll, und das eben in den Fällen, in denen er eine objektive, an seinem Wohl ausgerichtete Beratung erwartet. Die Fälle wären also ebenfalls am Maßstab „Ausnutzen einer Machtposition“ zu prüfen. Lediglich im Bereich des b2b-Bereiches (1 b) müssen die Vorgaben der UGP-Richtlinie nicht eingehalten werden.

b) Gesetzesvorhaben

Der kürzlich vorgelegte Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz sieht verschiedene Änderungen des UWG vor. Er verfolgt die Absicht, bei einzelnen Punkten „Klarstellungen gesetzes-systematischer Art“ vorzunehmen, „um auch bereits im Wortlaut des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) selbst eine vollständige Rechtsangleichung zu erzielen“. Die derzeitige Fassung des UWG weicht sowohl vom Wortlaut als auch von der Systematik her an zahlreichen Stellen deutlich von der UGP-Richtlinie ab. Zwar ist es der deutschen Rechtsprechung und insbesondere dem Bundesgerichtshof gelungen, das UWG überwiegend richtlinienkonform auszulegen und anzuwenden. Ohne Zuhilfenahme der UGP-Richtlinie ist allerdings das UWG – schon gar nicht für den Rechtsanwender – verständlich. Insofern ist die beabsichtigte Klarstellung und

²⁴ OLG München, Urt. v. 26.11.2009 – 6 U 2279/08.

²⁵ Köhler/Bornkamm/Köhler, § 4 UWG, Rdnr. 1.3; 1.6.

²⁶ Köhler, a. a. O., Rdnr. 1.7.

²⁷ Köhler, a. a. O., Rdnr. 1.13.

²⁸ Art. 3 Abs. 1 UGP-Richtlinie.

²⁹ So z. B. MünchKommUWG/Heermann § 4 Nr. 1 UWG Rdnr. 223.

insbesondere die Umsetzung der Art. 5 bis 9 UGP-Richtlinie zu begrüßen.

Der Entwurf sieht vor, § 4 Nr. 1 und 2 UWG aufzuheben. Stattdessen soll ein neuer § 4a UWG angefügt werden, der die aggressiven geschäftlichen Handlungen regelt und sprachlich den Art. 8 und 9 der UGP-Richtlinie angepasst wird. Der neue § 4a soll wie folgt lauten:

„§ 4a (Auszug)

Aggressive geschäftliche Handlungen

(1) Unlauter im Sinne des § 3 Absatz 1 handelt, wer eine aggressive geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher, Mitbewerber oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist aggressiv, wenn sie geeignet ist, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers, Mitbewerbers oder sonstigen Marktteilnehmers wesentlich zu beeinflussen durch

1. *Belästigung,*
2. *Nötigung einschließlich der Androhung körperlicher Gewalt oder*
3. *Ausnutzung einer Machtposition zur Ausübung von Druck, auch ohne die Anwendung oder Androhung von körperlicher Gewalt.“*

In einem Absatz 2 werden bestimmte Kriterien genannt, auf die bei der Feststellung, ob eine geschäftliche Handlung aggressiv im Sinne des Abs. 1 ist, abzustellen ist.

c) Konsequenzen

Diese – richtlinienkonforme – Änderung des UWG wirft die Frage auf, wie Fallgruppen der oben geschilderten Art zukünftig zu beurteilen sind, falls die Änderungen wie geplant umgesetzt werden. Betrachtet man die Fälle, in denen direkt auf den Verbraucher Einfluss genommen wird (1a), im Hinblick auf den geplanten neuen § 4a UWG, so ließen sich wohl nur die Konstellationen, in denen es um die Krankenkassenwahl geht, problemlos unter § 4a Abs. 1 Nr. 3 UWG neuer Fassung subsumieren. Wer als Arbeitgeber unter Hinweis auf die Arbeitsplatzsituation auf seine Arbeitnehmer einwirkt, um diese zu einem Krankenkassenwechsel zu veranlassen, nutzt in diesem Moment seine Machtposition aus, um Druck auszuüben.³⁰ Zweifel treten aber bereits auf, ob der Arzt, der unter Hinweis auf die hausärztliche Versorgung seinem Patienten zum Wechsel in eine bestimmte Krankenkasse rät, dazu seine „Machtposition“ ausnutzt.

Noch weniger lässt sich von einem Ausnutzen der Machtposition sprechen, wenn – wie in der Kleidersack-Entscheidung des BGH³¹ – Vergünstigungen in Form von Produkten für den Eigenbedarf angeboten werden (1b). Diese Vergünstigungen stellen nicht das Ausnutzen einer Machtposition dar, sondern sind – im Gegenteil – gern gesehene (Zusatz-)Geschenke. Ebenso wenig ließen sich die oben

unter (1d) geschilderten Konstellationen, in denen Arzt oder Apotheker als „Werkzeug“ genutzt werden, um die Nachfrageentscheidung des Verbrauchers zu manipulieren, als Ausnutzen einer Machtposition auffassen. Im Verhältnis zwischen Unternehmer/Arzt oder Unternehmer/Apotheker fehlt es bereits an der Machtposition. Der Arzt kann sich dem Angebot, seinem Patienten bestimmte Brillen zu empfehlen, entziehen. Ebenso hat der Apotheker keine Nachteile zu befürchten, wenn er den Vorschlag eines Konzeptes, das die Belieferung des Kunden über eine holländische Apotheke vorsieht, ablehnt. Zweifelhaft ist ebenso, ob zwischen Arzt/Patient oder Apotheker/Patient per se von einer Machtposition auszugehen ist. Selbst wenn man eine solche bejahte, müsste sie geeignet sein, die Fähigkeit des Verbrauchers zu einer informierten Entscheidung wesentlich einzuschränken. Die Beeinträchtigung muss jedenfalls von einiger Intensität sein; allein die Gefahr, dass der Patient den Arzt nicht enttäuschen möchte oder befürchtet, bei Terminvergaben zukünftig benachteiligt zu werden, reicht für eine unzulässige Beeinflussung nicht aus.³²

Als Fazit bleibt jedenfalls festzuhalten, dass sich nicht alle Erscheinungsformen der „unangemessenen, unsachlichen Beeinflussung“ im Sinne des § 4 Nr. 1 UWG auch als Erscheinungsformen der aggressiven Geschäftspraktiken einstufen lassen.³³ Es bleibt die Frage, wie mit den Fällen umzugehen ist, die bisher unter § 4 Nr. 1 UWG beanstandet wurden und die weder den Tatbestand der aggressiven noch irreführenden Geschäftspraktik erfüllen.

d) Ausblick

Sollte § 4 Nr. 1 UWG – wie im Referentenentwurf geplant – aufgehoben werden, wird zukünftig der Generalklausel des § 3 UWG größere Bedeutung als bisher zukommen. Die Vorschrift soll nach dem Referentenentwurf wie folgt gefasst werden:

„§ 3 UWG (Auszug)

(1) Unlautere geschäftliche Handlungen sind unzulässig.

(2) Geschäftliche Handlungen, die sich an Verbraucher richten oder diese erreichen, sind unlauter im Sinne des Absatzes 1, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen...

...

(4) Geschäftliche Handlungen, die sich nicht an Verbraucher richten oder diese nicht erreichen, sind unlauter im Sinne des Absatzes 1, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Interessen von Mitbewerbern oder sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen.“

In den Fällen, in denen es um Vergünstigungen bei der Warenabnahme geht³⁴, kommt § 3 Abs. 4 UWG („b2b-

³⁰ So schon OLG Düsseldorf, Urt. v. 28.12.2001 – 20 U 11/01.

³¹ BGH, Urt. v. 30.01.2003 – I ZR 142/00 – Kleidersack.

³² BGH, Urt. v. 24.06.2010 – I ZR 182/08 – Brillenversorgung II.

³³ So aber Köhler, GRUR 2008, 841, 843.

³⁴ Siehe etwa BGH, Urt. v. 30.01.2003 – I ZR 142/00 – Kleidersack.

Bereich“) in Betracht. Die Interessen des umworbene(n) Arztes werden aber nicht beeinträchtigt, da ihm ja Vergünstigungen von demwerbenden versprochen werden. Man könnte allerdings auf die Interessen des Verbrauchers abstellen, den der Umworbene beeinflussen soll. Denn letztlich geht es in den Fällen, in denen direkt auf den Leistungserbringer eingewirkt wird – erst recht, wenn ein „Dreiecksverhältnis“ vorliegt –, immer darum, den Verbraucher vor der Gefahr einer unsachgemäßen Beratung oder Behandlung zu schützen. Bewertet man also die Einflussnahme auf den Verkaufsförderer als potenzielle unzulässige Beeinflussung des Verbrauchers³⁵, so kommt als Kontrollmaßstab § 3 Abs. 2 UWG in Betracht. Danach sind geschäftliche Handlungen gegenüber Verbrauchern jedenfalls dann unzulässig, wenn sie nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers spürbar zu beeinträchtigen. Der in § 2 Nr. 7 UWG definierte Begriff der fachlichen Sorgfalt ist der Standard an Fachkenntnissen und Sorgfalt, von dem billigerweise angenommen werden kann, dass ein Unternehmer ihn in seinem Tätigkeitsbereich gegenüber Verbrauchern nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Marktgegebenheiten einhält. Der Unternehmer wendet sich allerdings nicht unmittelbar an den Verbraucher, sondern umwirbt den Verkaufsförderer. Er hat weder eine Interessenwahrungspflicht gegenüber Kunden oder Patienten noch ist er Adressat der berufsrechtlichen Regelungen. Köhler stellt deshalb darauf ab, ob das Vorteilsversprechen die Gefahr begründet, dass der Verkaufsförderer (nicht der werbende Unternehmer) seine fachliche Sorgfalt gegenüber seinen Kunden verletzt.³⁶ In vielen Fällen, in denen der Unternehmer auf einen Dritten einwirkt, damit dieser seine Pflichten gegenüber dem Patienten verletzt, wird man auch von einer (eigenen) Sorgfaltspflichtverletzung des Unternehmers ausgehen können. Begründet das Vorteilsversprechen die Gefahr, dass Dritte ihre Sorgfaltspflichten gegenüber Patienten oder Kunden verletzen, so käme eine Mittäterschaft in Betracht. Weiter wäre nach neuer Rechtslage zu prüfen, ob der Sorgfaltsverstoß geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Verbrauchers wesentlich zu beeinflussen. In den Fällen, in denen die Empfehlung von Arzt oder Apotheker durch Provisionen gesteuert wird, ließe sich zum Beispiel damit argumentieren, dass der Patient von einer objektiven Beratung ausgeht und seine Entscheidung möglicherweise anders ausgefallen wäre, hätte er von den Provisionen gewusst.

Im Übrigen ist denkbar, dass auch den Verbraucher eine Interessenwahrungspflicht trifft, etwa gegenüber seiner Krankenversicherung. Dann entspricht es nicht der fachlichen Sorgfalt nach § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG, wenn ein Unternehmer dem Verbraucher Angebote macht, durch die

der Versicherungsnehmer veranlasst wird, seinem Versicherer Vorteile zu verschweigen.³⁷ Die Verkaufsförderer können als Teilnehmer oder Täter an einer unlauteren geschäftlichen Handlung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG soll grundsätzlich bestehen bleiben. Allerdings sollen die zusätzlichen Voraussetzungen des § 3 Abs. 2 oder 4 der Fassung des Referentenentwurfes gelten. Zukünftig wäre also zu prüfen, ob ein Sorgfaltsverstoß vorliegt. Meist stellen aber die Marktverhaltensregeln bereits Konkretisierungen der beruflichen Sorgfaltspflichten dar, so dass diese zusätzliche Prüfung überflüssig ist. Das gilt etwa bei den berufsrechtlichen Regelungen oder den Regelungen des Heilmittelwerbegesetzes. Im Verhältnis von Unternehmer zu dem umworbene(n) Drittverantwortlichen muss dann aber je nach Einzelfall geprüft werden, ob der Unternehmer als Teilnehmer oder Anstifter zum Verstoß gegen berufsrechtliche Marktverhaltensregeln zur Verantwortung gezogen werden kann.

Schließlich werden auch Irreführungsgesichtspunkte ins Feld geführt – jedenfalls dann, wenn der umworbene Drittverantwortliche die ihm versprochenen Vorteile gegenüber dem Verbraucher verschweigt.³⁸ Gegebenenfalls kommt auch der Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG zur Anwendung³⁹, etwa in den Fällen, in denen der Arzt deshalb ein Produkt wie etwa Brillen besonders bewirbt, weil er für jede von seinen Patienten bestellte Brille einen erheblichen Geldbetrag erhält. Wenn der Arzt sein Provisionsinteresse verheimlicht, wird der Patient üblicherweise davon ausgehen, dass die Empfehlung eines Produktes objektiv und uneigennützig erfolgt.

Bei allen Überlegungen wird man berücksichtigen müssen, dass der Referentenentwurf laut Begründung weder eine Liberalisierung noch Verschärfung der derzeitigen Rechtslage vornehmen will, sondern „Klarstellungen gesetzessystematischer Art“ beabsichtigt. Änderungen in der Rechtsanwendung – so heißt es weiter in der Begründung – seien durch die vorgeschlagenen Änderungen nicht zu erwarten, da das UWG auch bereits bisher durch die Gerichte richtlinienkonform ausgelegt worden sei.

Anschrift der Verfasserin:

Rechtsanwältin Christiane Köber

Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e. V.

Frankfurt am Main e. V.

Landgrafenstraße 24 B

61348 Bad Homburg v. d. H.

³⁵ So Köhler/Bornkamm/Köhler § 4 UWG, Rdnr. 1.190; MünchKommUWG/Heermann § 4 Nr. 1 UWG, Rdnr. 257.

³⁶ Köhler/Bornkamm/Köhler § 4, Rdnr. 1.191.

³⁷ So z. B. OLG Hamm, Urt. v. 12.11.2013 – 4 U 31/13 zur Ausgabe von Gutscheinen durch Kfz-Werkstätten für Folgeaufträge bei der Reparatur eines Kaskoschadens mit Selbstbeteiligung des Kunden.

³⁸ MünchKommUWG/Heermann § 4 Nr. 1 Rdnr. 256.

³⁹ Köhler/Bornkamm/Köhler § 4 Nr. 1 Rdnr. 191.