BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 143/15

Verkündet am:
1. Dezember 2016
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Zuzahlungsverzicht bei Hilfsmitteln

UWG § 3a; SGB V § 33 Abs. 8, § 61, § 69 Abs. 1; HWG § 7 Abs. 1 Satz 1

a) Die Regelungen zur Zuzahlung gesetzlich Versicherter bei Hilfsmitteln in § 33 Abs. 8, § 61 SGB V sind keine Marktverhaltensregelungen im Sinne des § 3a UWG.

b) Der Anwendungsbereich der nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG für Barrabatte bestehenden Ausnahme wird nicht durch Regelungen des Sozialrechts beschränkt, die keine Marktverhaltensregelungen sind.

c) Bei der Abgabe von Hilfsmitteln sind Leistungserbringer nach § 33 Abs. 8 SGB V nicht verpflichtet, die Zuzahlung der Versicherten einzuziehen.

BGH, Urteil vom 1. Dezember 2016 - I ZR 143/15 - OLG Stuttgart
LG Ulm

ECLI:DE:BGH:2016:011216UIZR143.15.0

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. Dezember 2016 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, Prof. Dr. Koch und Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird unter Zurückweisung der Anschlussrevision der Klägerin das Urteil des 2. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Juli 2015 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Ulm - 3. Zivilkammer - vom 23. Juni 2014 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Die Beklagte vertreibt im Versandhandel Hilfsmittel für Diabetikerbedarf und andere medizinische Hilfsmittel. Im Jahr 2013 warb sie in ihrem Internetshop mit folgenden Aussagen:

Zuzahlung bezahlen Sie übrigens bei uns nicht, das übernehmen wir für Sie!

Die gesetzliche Zuzahlung müssen Sie bei uns nicht bezahlen.

> Vorab dürfen wir Ihnen natürlich die erfreuliche Nachricht unterbreiten, dass Sie bei uns keinerlei Zuzahlung zu bezahlen haben. Wir bezahlen diese komplett für Sie.

2 Die Klägerin hält die Werbung mit dem Verzicht auf die Zuzahlung für unlauter. Sie hat die Beklagte auf Unterlassung und Ersatz von Abmahnkosten in Anspruch genommen.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Ulm, GRUR-RR 2014, 511). Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte verurteilt,

> es unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr
>
> (1) gegenüber gesetzlich krankenversicherten Personen damit zu werben, die von den Versicherten zu entrichtende Zuzahlung für Hilfsmittel nicht einzuziehen,
>
> und/oder
>
> (2) ankündigungsgemäß die bei Hilfsmitteln zu entrichtende Zuzahlung bei gesetzlich krankenversicherten Personen nicht einzuziehen,
>
> es sei denn, die Ankündigung und/oder die Nichteinziehung beziehen sich auf einen kenntlich gemachten geringfügigen Betrag, der nicht höher als 1,00 € liegt.

4 Außerdem hat es die Beklagte zur Erstattung von Abmahnkosten in Höhe von 219,35 € verurteilt (OLG Stuttgart, GRUR-RR 2015, 449).

5 Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter. Mit der Anschlussrevision erstrebt die Klägerin, die wertmäßige Beschränkung ihres Unterlassungsanspruchs durch das Berufungsgericht zu beseitigen.

Entscheidungsgründe:

6 I. Das Berufungsgericht hat die Klage mit der Einschränkung als begründet angesehen, dass als Ausnahme von dem Verbot eine Geringwertigkeitsschwelle von 1,00 € aufgenommen werden müsse. Dazu hat es ausgeführt:

7 § 69 SGB V stehe der Anwendung des Lauterkeitsrechts auf den Streitfall nicht entgegen. Die sozialrechtlichen Regelungen über die gesetzliche Zuzahlung seien aber keine wettbewerbsbezogenen Marktverhaltensregelungen. Sie bezweckten die Sicherung der Leistungsfähigkeit des gesetzlichen Krankenversicherungssystems durch Stärkung der Eigenverantwortung der Versicherten. In der nur marginalen Preisermäßigung, die durch die Zuzahlungsregelung für die Krankenkassen bewirkt werden könne, sei nur ein Reflex, nicht aber ein Nebenzweck dieser Vorschriften zu sehen. Soweit die Werbung mit dem Verzicht auf die Zuzahlung eine nachfragelenkende Wirkung habe, ändere dies nichts am fehlenden Marktbezug der Regelungen über die Zuzahlung.

8 Der Unterlassungsanspruch folge jedoch aus einem Verstoß gegen das Verbot von Werbegaben im Gesundheitswesen (§ 7 HWG). Dabei handele es sich um eine Marktverhaltensregelung. Mit der Werbung, die Zuzahlung zu übernehmen, kündige die Beklagte eine nicht berechnete geldwerte Vergünstigung für eine nicht eingegrenzte Vielzahl von Heilmitteln an. Damit werde eine Werbegabe ausgelobt. Die Ausnahme des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG könne dafür nicht gelten, weil die Zuwendung durch § 33 Abs. 8 SGB V ausdrücklich verboten sei. Danach bestehe eine gesetzliche Einziehungspflicht für die Zuzahlung. Das vom Kläger begehrte Verbot müsse aber durch eine Geringwertigkeitsschwelle eingeschränkt werden.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten führt zur Wiederherstellung des die Klage in vollem Umfang abweisenden Urteils ers-

ter Instanz. Das Berufungsgericht hat zwar zu Recht angenommen, dass Lauterkeitsrecht im Streitfall anwendbar ist (dazu unter II 1) und es sich bei § 33 Abs. 8, § 43c SGB V nicht um Marktverhaltensregelungen handelt (dazu unter II 4). Ebenso wenig ist seine Auffassung zu beanstanden, der Zuzahlungsverzicht der Beklagten stelle eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 HWG dar (dazu unter II 5). Seiner Beurteilung, § 33 Abs. 8 SGB V erlege dem Leistungserbringer bei Hilfsmitteln eine Pflicht zur Einziehung der Zuzahlung auf, die bei der Anwendung von § 7 HWG zu beachten sei, hält revisionsrechtlicher Nachprüfung jedoch nicht stand (dazu unter II 6).

10 1. Zu Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass § 69 Abs. 1 SGB V der Anwendung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb im Streitfall nicht entgegensteht.

11 a) Nach § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V sind die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend im Vierten Kapitel sowie den §§ 63 und 64 SGB V geregelt. Nach § 69 Abs. 1 Satz 4 SGB V gilt dies auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Durch § 69 Abs. 1 SGB V soll sichergestellt werden, dass Handlungen der Krankenkassen und der für sie tätigen Leistungserbringer zur Erfüllung des Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten nur nach öffentlichem Recht beurteilt werden (BGH, Urteil vom 23. Februar 2006 - I ZR 164/03, GRUR 2006, 517 Rn. 23 = WRP 2006, 747 - Blutdruckmessungen). Da die Krankenkassen grundsätzlich ihre medizinischen und sonstigen Leistungen nicht selbst erbringen, erfasst § 69 Abs. 1 SGB V auch die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander, soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht (BGH, Urteil vom 2. Oktober 2003 - I ZR 117/01, GRUR 2004, 247, 249 = WRP 2004, 337 - Krankenkassenzulassung; BGH, GRUR

2006, 517 Rn. 23 - Blutdruckmessungen). Die Vorschrift des § 69 Abs. 1 SGB V schließt es danach aus, Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten dienen sollen, nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen (BGH, GRUR 2004, 247, 249 - Krankenkassenzulassung; GRUR 2006, 517 Rn. 22 - Blutdruckmessungen; BSGE 89, 24, 30 ff.).

12 b) Im Streitfall liegt kein solcher, allein dem Sozialrecht unterworfener Sachverhalt vor. Bei der beanstandeten Absatzförderungsmaßnahme handelt die Beklagte nicht in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen. Anders als beim Vertrieb von Hilfsmitteln ohne die erforderliche Kassenzulassung (vgl. BGH, GRUR 2004, 247, 249 - Krankenkassenzulassung) oder einer zwischen einer Krankenkasse und einem Apotheker vereinbarten Gutscheinaktion (vgl. BGH, GRUR 2006, 517 - Blutdruckmessungen) erfolgt die Absatzwerbung der Beklagten nicht im Rahmen ihrer Rechtsbeziehung als Leistungserbringerin zu einer gesetzlichen Krankenkasse, sondern gegenüber den gesetzlich Versicherten.

13 aa) Dieser Beurteilung steht nicht entgegen, dass die Beklagte die Hilfsmittel den Krankenversicherten zu Lasten der Krankenkassen als Kostenträger abgibt. Die Abgabe von Hilfsmitteln innerhalb des Sozialversicherungssystems, die in Erfüllung des Versorgungsauftrags der Krankenkassen erfolgt, ist als solche nicht Streitgegenstand des vorliegenden Verfahrens. Gegenstand der Beanstandung der Klägerin ist vielmehr eine an Kunden gerichtete Werbemaßnahme im durch das Privatrecht bestimmten Wettbewerb zwischen Leistungserbringern.

14 bb) Der Versorgungsauftrag der Krankenkassen wird durch den Verzicht der Beklagten auf die Einziehung der Zuzahlung weder rechtlich noch wirtschaftlich berührt. Gemäß § 33 Abs. 8 Satz 2 SGB V verringert sich bei der Ab-

gabe von Hilfsmitteln der Vergütungsanspruch des Leistungserbringers um den Zuzahlungsbetrag. Zahlt der Versicherte die Zuzahlung nicht, wird die Forderung in diesem Fall nicht gemäß § 43c Abs. 1 Satz 2 SGB V (bis 22. Juli 2015 gleichlautend § 43b Abs. 1 Satz 2 SGB V) von der Krankenkasse eingezogen. Aus diesen Regelungen folgt, dass bei der Abgabe von Hilfsmitteln der Leistungserbringer - als Ausnahme zum Regelfall des § 43c SGB V - selbst Inhaber der Zuzahlungsforderung wird (vgl. BeckOK SozR/Knispel, SGB V, 42. Edition, § 33 Rn. 53).

15 cc) Die hier allein betroffene privatrechtliche Beziehung zwischen dem Leistungserbringer und dem Versicherten als Kunden fällt damit nicht unter den von § 69 Abs. 1 SGB V erfassten ausschließlichen Anwendungsbereich des Sozialversicherungsrechts.

16 2. Die Klägerin hat ihren Unterlassungsanspruch auf Wiederholungsgefahr gestützt und dazu eine ihrer Auffassung nach von der Beklagten im Jahr 2013 begangene Zuwiderhandlung vorgetragen. Der Unterlassungsantrag ist daher nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten der Beklagten sowohl zur Zeit der Begehung wettbewerbswidrig war als auch zum Zeitpunkt der Entscheidung in der Revisionsinstanz rechtswidrig ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 8 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille; Urteil vom 4. Februar 2016 - I ZR 194/14, GRUR 2016, 403 Rn. 9 = WRP 2016, 450 - Fressnapf, mwN). Nach der beanstandeten Werbung im Jahr 2013 und vor der Entscheidung in der Revisionsinstanz ist das im Streitfall maßgebliche Recht mit Wirkung ab dem 10. Dezember 2015 durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (BGBl. 2015 I S. 2158) novelliert worden. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt hieraus jedoch nicht. Die Verletzung von Marktverhaltensregelungen nach § 4 Nr. 11 UWG aF ist nunmehr inhaltlich unverändert in § 3a UWG geregelt. Der Wortlaut der Ver-

brauchergeneralklausel in § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG wurde dem Wortlaut der Richtlinie 2005/29/EG angeglichen, ohne dass dadurch eine inhaltliche Änderung eingetreten ist. Das Relevanzerfordernis in § 3 Abs. 2 UWG ist nicht anders auszulegen als die bisherige Spürbarkeitsklausel in § 3 Abs. 1, 2 UWG aF (vgl. BGH, Urteil vom 23. Juni 2016 - I ZR 137/15, GRUR 2017, 92 Rn. 10 = WRP 2017, 49 - Fremdcoupon-Einlösung).

17 Bei den im Streitfall erheblichen Vorschriften des Sozialversicherungsrechts hat sich ohne inhaltliche Änderung lediglich die Nummerierung geändert. Der bisherige § 43b SGB V ist seit 23. Juli 2015 § 43c SGB V.

18 3. Der Anwendung des § 3a UWG steht im Streitfall nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat (Art. 4 der Richtlinie), keinen vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Gemäß Art. 3 Abs. 3 und Erwägungsgrund 9 der Richtlinie bleiben von ihr unionsrechtskonforme nationale Rechtsvorschriften in Bezug auf die Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten unberührt (BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 - I ZR 141/06, GRUR 2009, 881 Rn. 16 = WRP 2009, 1089 - Überregionaler Krankentransport; Urteil vom 9. Juli 2009 - I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Rn. 12 = WRP 2009, 1076 - Brillenversorgung; Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1136 Rn. 13 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKESCHÖN FÜR SIE; Urteil vom 31. März 2016 - I ZR 88/15, GRUR 2016, 1189 Rn. 17 - Rechtsberatung durch Entwicklungsingenieur). Diese Regelung erfasst auch Vorschriften, welche die Möglichkeit beschränken, für solche Produkte zu werben (vgl. BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 213/13, GRUR 2015, 813 Rn. 11 = WRP 2015, 966 - Fahrdienst zur Augenklinik), was vorliegend in Rede steht.

19 4. Zu Recht hat das Berufungsgericht die Regelungen zur Zuzahlung gesetzlich Versicherter bei Hilfsmitteln in § 33 Abs. 8, § 61 SGB V nicht als Markt-

verhaltensregelungen im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG aF und § 3a UWG angesehen.

20 a) Gemäß § 4 Nr. 11 UWG aF und § 3a UWG handelt unlauter, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die verletzte Norm muss daher jedenfalls auch die Funktion haben, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2009 - I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 Rn. 18 = WRP 2010, 876 - Zweckbetrieb). Dieser Zweck muss nicht der einzige und nicht einmal der primäre sein (Köhler in Bornkamm/Köhler, UWG, 34. Aufl., § 3a Rn. 1.61). Dem Interesse der Mitbewerber dient eine Norm dann, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt; es genügt nicht, dass sie ein wichtiges Gemeinschaftsgut oder die Interessen Dritter schützt, sofern damit nicht gleichzeitig auch die Interessen von Marktteilnehmern geschützt werden sollen (BGH, GRUR 2010, 654 Rn. 18 - Zweckbetrieb; BGH, Urteil vom 23. Juni 2016 - I ZR 71/15, GRUR 2017, 95 Rn. 21 = WRP 2017, 69 - Arbeitnehmerüberlassung).

21 b) Den Zuzahlungsregelungen für Hilfsmittel fehlt eine Schutzfunktion zu Gunsten anderer Marktteilnehmer.

22 aa) Nach § 33 Abs. 8 Satz 1 und 2 SGB V leisten Versicherte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, zu jedem zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegebenen Hilfsmittel als Zuzahlung den sich nach § 61 Satz 1 ergebenden Beitrag zu dem von der Krankenkasse zu übernehmenden Betrag an die abgebende Stelle. Der Vergütungsanspruch des Leistungserbringers verringert sich um die Zuzahlung; § 43c Abs. 1 Satz 2 SGB V findet keine Anwendung.

23 bb) Dem Wortlaut des § 33 Abs. 8 SGB V ist keine Regelung des Marktverhaltens unter Wettbewerbern zu entnehmen. Satz 1 bestimmt einen Eigen-

anteil der erwachsenen gesetzlich Versicherten bei der Abgabe von Hilfsmitteln, Satz 2 ordnet in seinem ersten Halbsatz an, dass dieser Eigenanteil vom Erstattungsanspruch des Leistungserbringers gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung abgezogen wird. Durch den Ausschluss der Anwendung von § 43c Abs. 1 Satz 2 SGB V im zweiten Halbsatz des § 33 Abs. 8 Satz 2 SGB V wird klargestellt, dass im Fall der Nichtzahlung durch den Versicherten die Zuzahlung bei Hilfsmitteln, anders als bei anderen Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung, nicht von den Krankenkassen eingezogen wird. Diese Ausgestaltung des Zahlungsweges stellt ebenfalls keine Regelung des Marktverhaltens der Leistungserbringer untereinander dar und bezweckt nicht die Schaffung gleicher Bedingungen im Interesse unverfälschten Wettbewerbs.

24 cc) Aus der Entstehungsgeschichte der Norm ergeben sich ebenfalls keine Hinweise auf eine Marktverhaltensregelung. Die Regelung ist (als § 33 Abs. 2 Satz 3 SGB V) eingeführt worden durch das Zweite Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-NOG, BGBl. 1997 I S. 1520). Hierbei sollte zunächst die Versorgung mit Bandagen, Einlagen und Hilfsmitteln zur Kompressionstherapie vollständig aus dem Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung herausgenommen werden, da diese Leistungen dem Bereich der Eigenverantwortung zugerechnet werden könnten (vgl. § 34 Abs. 4 des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und der F.D.P. zum 2. GKV-NOG vom 12. November 1996, BT- Drucks 13/6087, S. 6 und 24). Im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens wurden diese Hilfsmittel jedoch auf Vorschlag des Gesundheitsausschusses im Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung belassen. Stattdessen wurde in § 33 Abs 2 Satz 3 SGB V aF eine Zuzahlungsregelung für Bandagen, Einlagen und Hilfsmitteln zur Kompressionstherapie aufgenommen. Hierdurch sollte der erhöhten Eigenverantwortung der Versicherten auch in diesem Leistungsbereich Rechnung getragen werden (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf

eines 2. GKV-NOG vom 19. März 1997, BT-Drucks. 13/7264, S. 60). Der Gesetzgeber hat sich damit für ein Konzept entschieden, dass die Versorgung mit diesen Hilfsmitteln zwar weiterhin gewährleistet, das Kostenbewusstsein von Versicherten und Leistungserbringern in diesem Bereich aber besonders entwickelt (vgl. BSG, NJOZ 2007, 3699 Rn. 31). Durch § 33 Abs. 2 Satz 5 SGB V in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 14. November 2003 (GKV-Modernisierungsgesetz, BGBl. 2003 I S. 2190) ist die Zuzahlungspflicht dann für Versicherte, die das 18. Lebensjahr vollendet haben, auf alle Hilfsmittel erweitert worden.

25 dd) Systematisch fügt sich die Zuzahlungsregelung für Hilfsmittel ein in eine Vielzahl von Zuzahlungspflichten der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung. Alle diese Zuzahlungspflichten stellen eine Form der Selbstbeteiligung der Versicherten dar, die das Kostenbewusstsein der Versicherten stärken und die Inanspruchnahme von Leistungen auf der Basis des Wirtschaftlichkeitsgebots fördern (BSG, SozR 4-2500 § 33 Nr. 14, juris Rn. 21). Auf diese Weise sollen sie zur Kostendämpfung in der gesetzlichen Krankenversicherung beitragen (BSG, SozR 4-2500 § 33 Nr. 14, juris Rn. 21).

26 ee) Vorschriften zur Finanzierung von Leistungen der öffentlichen Hand, etwa durch Steuern und Abgaben, sind regelmäßig keine Regelungen des Marktverhaltens im Sinne von § 3a UWG, weil sich ihr Zweck darauf beschränkt, im Verhältnis zwischen Hoheitsträger und Steuerpflichtigem die Finanzierung des Gemeinwesens zu ermöglichen (BGH, GRUR 2010, 654 Rn. 19 - Zweckbetrieb; OLG Oldenburg, WRP 2007, 685; OLG München, GRUR 2004, 169, 170; Köhler in Bornkamm/Köhler aaO § 3a Rn. 1.71; MünchKomm.UWG/Schaffert, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 65; Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 7. Aufl., § 3a Rn. 17; Link in Ullmann, jurisPK-UWG, 4. Aufl., § 3a Rn. 109; v. Jagow in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 4. Aufl., § 3a Rn. 31; krit. Götting/Hetmank in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl., § 3a Rn. 73a). Sie be-

zwecken grundsätzlich auch nicht den Schutz der Interessen der Marktteilnehmer.

27 ff) Nichts anderes gilt für Regelungen des Sozialrechts, die lediglich die finanzielle Leistungsfähigkeit des Systems erhalten sollen (OLG Rostock GRUR-RR 2005, 391, 392 [zur Praxisgebühr]; OLG Düsseldorf, NZS 2012, 424, 424 f. [zur Praxisgebühr]; MünchKomm.UWG/Schaffert aaO § 4 Nr. 11 Rn. 25 und 374; Götting/Hetmank in Fezer/Büscher/Obergfell aaO § 3a Rn. 72; Ebert-Weidenfeller in Götting/Nordemann, UWG, 2. Aufl., § 4 Rn. 11.90 [zur Praxisgebühr]; aA OLG Stuttgart, NJW-RR 1997, 359, 362 [zur Arzneimittelzuzahlung]; LG Hamburg, GRUR-RR 2004, 340, 342 [zur Praxisgebühr]).

28 Zwar dient die Norm des § 33 Abs. 8 SGB V nach der Intention des Gesetzgebers auch der Verhaltenssteuerung von Marktteilnehmern, nämlich der Versicherten als Nachfrager von Hilfsmitteln. Die Versicherten sollen zu erhöhter Eigenverantwortung angehalten werden (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf eines 2. GKV-NOG, BT-Drucks. 13/7264 S. 60), um das Ausgaben- und Preisbewusstsein der Versicherten zu stärken und dadurch einen überhöhten Verbrauch von Arzneimitteln zu verhindern (vgl. zur Zuzahlung bei Arznei- und Verbandsmitteln: KassKomm/Nolte, SGB V, 90. Ergliefg., § 31 Rn. 58). Diese Verhaltenssteuerung bezweckt aber nicht die Schaffung gleichwertiger Wettbewerbsbedingungen, um im Interesse der übrigen Marktteilnehmer den Wettbewerb zu regeln. Sie dient vielmehr lediglich dazu, die finanzielle Absicherung der Gesundheitsvorsorge zu erhalten, also - vergleichbar einer steuerrechtlichen Vorschrift - eine hoheitliche Aufgabe wirtschaftlich sicherzustellen.

29 gg) Zweck des § 33 Abs. 8 SGB V ist damit weder, im öffentlichen Interesse die ordnungsgemäße Hilfsmittelversorgung der Bevölkerung durch die Apotheken sicherzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2012 - I ZR 211/10, GRUR 2012, 954 Rn. 21 = WRP 2012, 1101 - Europa Apotheke Budapest),

noch handelt es sich um eine Preisvorschrift, durch die Einheits-, Mindest- oder Höchstpreise festgelegt werden (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 98/08, GRUR 2010, 1133 Rn. 19 = WRP 2010, 1471 - Bonuspunkte; v. Jagow in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig aaO § 3a Rn. 31, 106). Die Kostenübernahme der Krankenkasse gegenüber dem Leistungserbringer richtet sich gemäß § 33 Abs. 7 SGB V nach den jeweils vertraglich vereinbarten Preisen. Das stellt schon deshalb keine gesetzliche Preisregulierung dar, weil sich die Höhe der Zuzahlungen lediglich prozentual an der Höhe des Abgabepreises orientiert. Auch § 36 SGB V ermächtigt nur zur Festsetzung von Festbeträgen für Hilfsmittel, nicht aber zur Bestimmung von Abgabepreisen.

30 hh) Ist Zweck des § 33 Abs. 8 SGB V allein die Absicherung der Leistungsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, fehlt es bei dieser Vorschrift an einer Regelung des Marktverhaltens im Interesse der Verbraucher und der Mitbewerber.

31 ii) Eine abweichende Beurteilung ergibt sich nicht aus § 2 Abs. 3 Satz 1 SGB V, wonach bei der Auswahl der Leistungserbringer ihre Vielfalt zu beachten ist. Danach sind die Krankenkassen verpflichtet, die Wahlfreiheit der Versicherten durch den Abschluss von Verträgen mit geeigneten Leistungserbringern zu sichern (vgl. BeckOK SozR/Joussen aaO § 2 Rn. 10; Peters in KassKomm, 91. Ergliefg., SGB V § 2 Rn. 11) und so den Wettbewerb unter diesen zu stärken (vgl. Scholz in Becker/Kingreen, SGB V, 5. Aufl., § 2 Rn. 15). Dieser Regelung ist kein allgemeiner Programmsatz zu entnehmen, der allen folgenden Bestimmungen des SGB V die Eigenschaft von Marktverhaltensregelungen verleiht.

32 5. Zutreffend hat das Berufungsgericht die Werbung der Beklagten mit der Übernahme der Zuzahlung als Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG angesehen.

33 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG ist es unzulässig, Zuwendungen oder sonstige Werbegaben anzubieten, anzukündigen oder zu gewähren, wenn keine der in den Nummern 1 bis 5 dieser Vorschrift geregelten Ausnahmen vorliegt. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 a HWG gilt dieses grundsätzliche Verbot auch bei der Werbung für Medizinprodukte im Sinne von § 3 MPG (vgl. BGH, Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009, 1082 Rn. 13 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more; Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 12 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille). Bei den von der Beklagten beworbenen Hilfsmitteln für Diabetiker handelt es sich um Medizinprodukte. Maßgeblich ist hierfür ihre Zweckbestimmung nach § 3 Nr. 10 MPG zu einer medizinischen Indikation (vgl. Lücker in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., § 3 MPG Rn. 4 mwN).

34 b) Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot von Werbegaben stelle eine Marktverhaltensregelung dar (vgl. BGH, Urteil vom 6. Juli 2006 - I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Rn. 25 = WRP 2006, 1370 - Kunden werben Kunden; BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 21 - DeguSmiles & more; GRUR 2015, 504 Rn. 9 - Kostenlose Zweitbrille). Die Regelung des § 7 Abs. 1 HWG soll durch eine weitgehende Eindämmung der Wertreklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnen, dass Verbraucher bei der Entscheidung, ob und welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (vgl. BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 - DeguSmiles & more; BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 29 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT; BGH, GRUR 2015, 504 Rn. 9 - Kostenlose Zweitbrille).

35 c) Der Anwendung von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG auf Medizinprodukte stehen keine unionsrechtlichen Vorschriften entgegen. Die für Medizinprodukte geltenden unionsrechtlichen Bestimmungen enthalten bis auf verschiedene

Kennzeichnungsvorschriften keine besonderen Regelungen für die Werbung (vgl. BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 23 - DeguSmiles & more).

36 d) Die Beklagte hat den Zuzahlungsverzicht im Zusammenhang mit der Absatzwerbung für Hilfsmittel angeboten, die von § 7 HWG erfasst wird.

37 aa) Das Heilmittelwerbegesetz gilt allein für produktbezogene Werbung, also Produkt- und Absatzwerbung, nicht dagegen für allgemeine Firmenwerbung (Unternehmens- und Imagewerbung), die ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte für das Ansehen und die Leistungsfähigkeit des Unternehmens allgemein wirbt (vgl. BGH, GRUR 2006, 949 Rn. 23 - Kunden werben Kunden; GRUR 2009, 1082 Rn. 15 - DeguSmiles & more mwN). Für die Frage, ob die zu beurteilende Werbung Absatz- oder Firmenwerbung ist, kommt es maßgeblich darauf an, ob nach ihrem Gesamterscheinungsbild die Darstellung des Unternehmens oder aber die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Produkte im Vordergrund steht (BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 15 - DeguSmiles & more). Danach liegt produktbezogene Werbung vor, wenn sie auf ein bestimmtes Mittel oder eine Mehr- oder Vielzahl bestimmter Mittel bezogen ist (BGH, GRUR 2009, 1082 Rn. 16 - DeguSmiles & more; GRUR 2010, 1136 Rn. 24 - Unser Dankeschön für Sie).

38 bb) In Anwendung dieser Grundsätze hat das Berufungsgericht zu Recht eine produktbezogene Werbung bejaht. Die Beklagte wirbt gegenüber gesetzlich Versicherten mit einem sofortigen Zuzahlungsverzicht unmittelbar beim Bezug eines beliebigen zuzahlungspflichtigen Hilfsmittels aus ihrem Sortiment. Dadurch wird der Bezug gerade dieses konkreten Hilfsmittels für den Kunden preiswerter. Das stellt keine allgemeine Firmenwerbung dar. Soweit der Senat die auf den Kauf beliebiger verschreibungspflichtiger Medikamente bezogene Gutscheinwerbung einer Apotheke als nicht produktbezogene Imagewerbung angesehen hat (BGH, GRUR 2010, 1136 Rn. 24 f. - Unser Dankeschön für Sie), ergibt sich daraus entgegen der Ansicht der Revision für den Streitfall keine

abweichende Beurteilung. Anders als in jener Entscheidung geht es vorliegend schon nicht um ein Kundenbindungssystem des Leistungserbringers, in dem beim Bezug verschreibungspflichtiger Produkte erhaltene Einkaufsgutscheine erst beim späteren Erwerb beliebiger nicht verschreibungspflichtiger Produkte eingelöst werden können.

39 6. Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte könne sich nicht auf den Ausnahmetatbestand des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG berufen, hält der revisionsrechtlichen Überprüfung indes nicht stand.

40 a) Nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG sind Zuwendungen oder Werbegaben zulässig, die in einem bestimmten oder auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag gewährt werden, sofern die Zuwendung nicht für preisgebundene Arzneimittel erfolgt. Danach sind Rabatte jeder Art für nicht apothekenpflichtige Arzneimittel, Medizinprodukte und andere Heilmittel erlaubt (vgl. Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 5. Aufl., § 7 Rn. 90).

41 b) Bei der jeweiligen Zuzahlung nach § 33 Abs. 8, § 61 Satz 1 SGB V handelt es sich um einen auf bestimmte Art zu berechnenden Geldbetrag im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG. Nach § 61 Satz 1 SGB V betragen die Zuzahlungen, die Versicherte zu leisten haben, 10 vom Hundert des Abgabepreises, mindestens jedoch 5 Euro und höchstens 10 Euro; allerdings jeweils nicht mehr als die Kosten des Mittels. Für zum Verbrauch bestimmte Hilfsmittel gilt gemäß § 33 Abs. 8 SGB V abweichend eine Zuzahlung in Höhe von 10 vom Hundert des insgesamt von der Krankenkasse zu übernehmenden Betrags, jedoch höchstens 10 Euro für den gesamten Monatsbedarf. Damit ist für den Versicherten der mit der Ersparnis der Zuzahlung verbundene Rabatt ohne weiteres zu errechnen, sobald ihm der Abgabepreis bekannt ist. Das genügt den Anforderungen des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG. Weiteren Voraussetzungen unterliegen Barrabatte für Medizinprodukte

entgegen der Annahme des Berufungsgerichts nicht (Fritzsche in Spickhoff aaO HWG § 7 Rn. 23; Zimmermann, HWG, 2012, § 7 Rn. 5).

42 c) Zu Unrecht hat das Berufungsgericht der Regelung des § 33 Abs. 8 SGB V eine Pflicht des Leistungserbringers zur Einziehung der Zuzahlung entnommen, die einer Anwendung der für Barrabatte nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a HWG geltenden Ausnahme entgegenstünde. Der Anwendungsbereich dieser Ausnahme zu einer Marktverhaltensregelung kann durch Regelungen des Sozialrechts, die keine Marktverhaltensregelungen sind, von vornherein nicht beschränkt werden. Darüber hinaus ist der Leistungserbringer nach § 33 Abs. 8 SGB V aber auch nicht verpflichtet, die Zuzahlung einzuziehen.

43 aa) Nach dem Wortlaut des § 33 Abs. 8 Satz 1 SGB V leisten volljährige gesetzlich Versicherte zu jedem zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung abgegebenen Hilfsmittel als Zuzahlung den sich nach § 61 Satz 1 SGB V ergebenden Beitrag zu dem von der Krankenkasse zu übernehmenden Betrag an die abgebende Stelle. Eine Verpflichtung des Leistungserbringers zur Einziehung der Zuzahlung kommt in diesem Wortlaut nicht zum Ausdruck. Insbesondere erfolgt keine Verweisung auf die Regelung zur Quittierung der Zuzahlung in § 61 Satz 4 SGB V, die an einen zum "Einzug Verpflichteten" anknüpft. Vielmehr ordnet § 33 Abs. 8 Satz 2 Halbsatz 1 SGB V an, dass sich der Vergütungsanspruch des Leistungserbringers gegenüber der Krankenkasse kraft Gesetzes um die Zuzahlung verringert, ohne dass es auf sein Tätigwerden ankommt.

44 bb) Die Systematik des Gesetzes steht der Annahme einer Einziehungspflicht entgegen.

45 (1) Grundsätzlich ist der Zahlungsweg für Zuzahlungen der Versicherten in § 43c SGB V geregelt. Gemäß § 43c Abs. 1 Satz 1 SGB V (bis 22. Juli 2015 § 43b Abs. 1 Satz 1 SGB V) haben Leistungserbringer Zahlungen, die Versi-

cherte zu entrichten haben, einzuziehen und mit ihrem Vergütungsanspruch gegenüber der Krankenkasse zu verrechnen. Erfolgt keine Zahlung des Versicherten, hat der Leistungserbringer nach § 43c Abs. 1 Satz 2 SGB V eine gesonderte schriftliche Zahlungsaufforderung an den Versicherten zu richten. Bleibt die Zahlung auch dann aus, zieht die Krankenkasse die Forderung ein. Danach hat der Leistungserbringer die Funktion einer Einzugs- und Inkassostelle, während Inhaberin der Zuzahlungsforderung die jeweilige Krankenkasse ist (BSG, BSGE 103, 275 Rn. 17; BeckOK SozR/Schnitzler aaO § 43c Rn. 11). In diesem gesetzlichen Regelfall kann der Leistungserbringer mangels Forderungsinhaberschaft nicht über die Zuzahlungsforderung disponieren, also auch nicht wirksam auf sie verzichten.

46 (2) Für Hilfsmittel wurde indes eine abweichende Sonderregelung getroffen (BSG, SozR 4-2500 § 33 Nr. 14, juris Rn. 24; Albers in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl., § 61 Rn. 25). Nach § 33 Abs. 8 Satz 2 Halbsatz 1 SGB V findet keine Verrechnung der Zuzahlung mit dem eigenen Vergütungsanspruch des Leistungserbringers statt, sondern der Vergütungsanspruch des Leistungserbringers verringert sich automatisch um die Zuzahlung. Nach Halbsatz 2 dieser Vorschrift findet § 43c Abs. 1 Satz 2 keine Anwendung, aus dem sich ansonsten die Forderungsinhaberschaft der Krankenkasse ergibt. Hierdurch ist klargestellt worden, dass der Leistungserbringer das Inkassorisiko für die Zuzahlung trägt (BeckOK SozR/Knispel aaO § 33 Rn. 53; Wabnitz in Spickhoff aaO SGB V § 33 Rn. 25; Albers in Schlegel/Voelzke aaO § 61 Rn. 25). Im Fall der Zuzahlung für Hilfsmittel handelt es sich um einen privatrechtlichen Anspruch des Leistungserbringers, der einen Teil seiner Gesamtvergütung ausmacht (Beck in Schlegel/Voelzke aaO § 33 Rn. 121).

47 (3) Die Gesetzgebungsgeschichte spricht nicht dagegen, die Zuzahlungsforderung bei Hilfsmitteln der Dispositionsbefugnis des Leistungserbringers zuzuordnen. Die § 33 Abs. 8 SGB V zugrunde liegende Regelung ist als

§ 33 Abs. 2 SGB V zunächst für Bandagen, Einlagen und Hilfsmitteln zur Kompressionstherapie eingeführt worden (vgl. Rn. 24). Dabei ging der Gesetzgeber schon zu diesem Zeitpunkt davon aus, dass diese Regelung an die Stelle des damaligen § 43b SGB V (heute § 43c SGB V) trat mit der Folge, dass nicht die Krankenkasse, sondern der Leistungserbringer den Zuzahlungsanspruch gegenüber dem Versicherten durchzusetzen hatte. Dabei wurde der Vergütungsanspruch des Leistungserbringers durch Gesetz um den Zuzahlungsbetrag verringert, so dass für die in § 43b Satz 1 SGB V aF vorgesehene Verrechnung der Zuzahlung mit dem Vergütungsanspruch gegenüber der Krankenkasse kein Raum blieb (Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf eines 2. GKV-NOG, BT-Drucks. 13/7264, S. 60). Später ist die Zuzahlungspflicht für volljährige Versicherte auf alle Hilfsmittel erweitert worden (vgl. Gesetzesentwurf zum GKV-Modernisierungsgesetz vom 8. September 2003, BT-Drucks. 15/1525, S. 85). Mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz) ist schließlich der 2. Halbsatz in § 33 Abs. 8 Satz 2 SGB V eingefügt worden, um im Hinblick auf in der Praxis aufgetretene Auslegungsprobleme klarzustellen, dass abweichend von § 43b Abs. 1 Satz 2 SGB V aF der Leistungserbringer die Zuzahlung einzuziehen hat und das Inkassorisiko trägt (vgl. Gesetzesentwurf zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 24. Oktober 2006, BT-Drucks. 16/3100, S. 103). § 33 Abs. 8 SGB V schließt somit die Anwendung von § 43b Abs. 1 SGB V aF insgesamt aus (Joussen in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl., SGB V § 33 Rn. 21; Nolte in KassKomm, 90. Ergliefg., SGB V § 33 Rn. 74; BeckOK SozR/Knispel aaO § 33 Rn. 53). Aus dem Ausschluss der Anwendung dieser Bestimmung bei der Abgabe von Heilmitteln folgt, dass der Leistungserbringer, dem der Zuzahlungsanspruch unmittelbar zusteht, nicht verpflichtet ist, ihn geltend zu machen, sondern vielmehr anderweitig über ihn verfügen oder auf ihn verzichten kann.

48 (4) Auch Sinn und Zweck der Regelung sprechen gegen eine Einziehungspflicht des Leistungserbringers bei Hilfsmitteln. Die Bestimmung des § 33 Abs. 8 SGB V dient zwar auch der Verhaltenssteuerung von Versicherten als Nachfrager von Hilfsmitteln (vgl. dazu oben Rn. 28). Die Versicherten sollen zur erhöhten Eigenverantwortung angehalten werden (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf eines 2. GKV-NOG, BT-Drucks. 13/7264, S. 60), um ihr Ausgaben- und Preisbewusstsein zu stärken und dadurch einen überhöhten Verbrauch von Arznei- und Hilfsmitteln zu verhindern. Die Absicht, das Verhalten der Patienten durch eine Zuzahlungspflicht zu steuern, begründet aber kein Verbot gegenüber dem Leistungserbringer, auf die Einziehung der Zuzahlung zu verzichten. Vielmehr ist die mit der Zuzahlung und der Verhaltenssteuerung der Patienten bezweckte Kostendämpfung jedenfalls teilweise bereits durch die gesetzlich angeordnete Kürzung des Zahlungsanspruchs des Leistungserbringers gegen die gesetzlichen Krankenkassen erreicht. Steht der Anspruch auf die Zuzahlung bei Hilfsmitteln sofort dem Leistungserbringer zu, kann er nach Sinn und Zweck der Norm frei darüber verfügen und auch darauf verzichten. Der Leistungserbringer steht insoweit einem Verkäufer im gewöhnlichen Geschäftsleben gleich (vgl. BSG, GesR 2007, 327 Rn. 31).

49 (5) Eine Grundlage, dem Leistungserbringer von Hilfsmitteln die Dispositionsbefugnis über eine ihm von der Rechtsordnung zugewiesene Forderung zu entziehen, ist danach nicht ersichtlich. Der Umstand, dass der Leistungserbringer anstelle des Versicherten den mit der Zuzahlungspflicht bezweckten Finanzierungsbeitrag erbringt, und die Nichteinziehung durch den Leistungserbringer deshalb den Lenkungsmechanismus der Zuzahlung leerlaufen lässt, reicht dafür allein nicht aus. Dass der Zuzahlungsverzicht, selbst wenn er von einer größeren Zahl von Leistungserbringern für Hilfsmittel angeboten würde, zu einer erhöhten Belastung der gesetzlichen Krankenversicherung führen könnte, weil sich Versicherte erheblich mehr Hilfsmittel als bisher verschreiben ließen, ist

weder festgestellt noch von der Klägerin geltend gemacht worden. Selbst wenn dies der Fall sein sollte, wäre eine solche unerwünschte Wirkung nicht mit den Mitteln des Lauterkeitsrechts, sondern gegebenenfalls durch die Beseitigung der gesetzlichen Sonderregelung für Zuzahlungen bei Hilfsmitteln zu lösen.

50 7. Soweit sich die Klägerin in der Revisionsinstanz auch auf einen Verstoß der Beklagten gegen § 3 Abs. 1 und 2 UWG unter dem Aspekt einer fortdauernden Werbung für ein gesetzwidriges Geschäftsmodell stützt, fehlt es bereits an der Gesetzwidrigkeit der Werbung, weil der Zuzahlungsverzicht für Hilfsmittel nicht gegen eine gesetzliche Vorschrift verstößt.

51 8. Die Klägerin hat danach auch keinen Anspruch auf Erstattung von Abmahnkosten.

52 III. Die Anschlussrevision der Klägerin ist unbegründet. Der Klägerin stehen die von ihr erhobenen Ansprüche insgesamt nicht zu.

53 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Büscher Schaffert Kirchhoff

Koch Feddersen

Vorinstanzen:
LG Ulm, Entscheidung vom 23.06.2014 - 3 O 4/14 -
OLG Stuttgart, Entscheidung vom 09.07.2015 - 2 U 83/14 -