OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

UWG § 3, § 4 Nrn. 1, 3, 11
HWG § 7
BOÄ Bayern § 32, § 33

1. Zur lauterkeitsrechtlichen Beurteilung eines von einem Pharmaunternehmen unentgeltlich angebotenen Arzt-Seminars.

2. Bei den §§ 32, 33 BOÄ Bayern handelt es sich um Marktverhaltensregelungen i.S. von § 4 Nr. 11 UWG.

OLG München, Urt. v. 09.06.2011 – 29 U 2026/08

Az.: 29 U 2026/08
4 HK O 3709/07 LG München II

Verkündet am 09.06.2011
Die Urkundsbeamtin:
Pemsl
Justizobersekretärin

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

In dem Rechtsstreit

…
- Kläger und Berufungskläger -
Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte …

gegen

…
- Beklagte und Berufungsbeklagte -
Prozessbevollmächtigte:
… Rechtsanwälte

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Zwirlein sowie Richter am Oberlandesgericht Dr. Kartzke und Richter am Oberlandesgericht Dr. Schulz auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 9. Juni 2011

für Recht erkannt:

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Landgerichts München II vom 10. Januar 2008 wird zurückgewiesen.

II. Der Kläger hat die Kosten des Berufungs- und des Revisionsverfahrens zu tragen.

III. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Kläger kann die Vollstreckung hinsichtlich der Kosten abwenden durch Sicherheitsleistung in Höhe von 115 % des vollstreckbaren Betrags, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 115 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

Gründe:

I.

Der Kläger ist ein von den Mitgliedern des Verbandes forschender Arzneimittelhersteller gegründeter eingetragener Verein. Zu seinen Aufgaben zählt insbesondere die Förderung der gewerblichen Interessen seiner Mitglieder sowie die Überwachung und Durchsetzung lauteren Geschäftsgebarens in Bezug auf die Kooperation der pharmazeutischen Industrie mit Angehörigen der Fachkreise.

Die Beklagte produziert und vertreibt generische Arzneimittel. Sie ist nicht Mitglied beim Kläger.

Unter dem Titel „Arzt-Seminare 2007“ hat die Beklagte Ärzten in der Zeit vom 1. Januar 2007 bis 24. November 2007 jeweils „GOÄ-Seminare“ und „EBM-Seminare“ zu gebührenrechtli-

chen Fragen angeboten (Anl. K 10). Die Teilnahme an diesen jeweils etwa dreistündigen Veranstaltungen war kostenlos.

Dieses Vorgehen der Beklagten hält der Kläger für wettbewerbswidrig. Es stehe insbesondere in Widerspruch zu dem vom Kläger am 16. Februar 2004, geändert am 2. Dezember 2005, beschlossenen „FS Arzneimittelindustrie“-Kodex (nachfolgend: FSA-Kodex; vgl. Anl. K 6).

Der Kläger hat in erster Instanz beantragt:

> Die Beklagte wird verurteilt, es [bei Meidung der gesetzlich vorgesehenen Ordnungsmittel] zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken Ärzten und Ärztinnen die unentgeltliche Teilnahme an Seminaren zur GOÄ/IGeL sowie des EBM zu ermöglichen, wie anlässlich der als Anlage beigefügten Information zu den „Arzt-Seminaren 2007“ geschehen.

Die Beklagte hat in erster Instanz beantragt,

> die Klage abzuweisen.

Am 10. Januar 2008 verkündete das Landgericht folgendes Urteil:

> I. Die Klage wird abgewiesen.
>
> II. Der Kläger trägt die Kosten des Rechtsstreits.
>
> III. [Sicherheitsleistung]

Zur Begründung führte das Landgericht im Wesentlichen aus, dass die Beklagte nicht gegen den FSA-Kodex verstoßen habe.

Auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils wird Bezug genommen.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Seiner Auffassung nach liege dem angegriffenen Urteil eine fehlerhafte Anwendung von § 21 Abs. 2 des FSA-Kodex auf den Streitfall zugrunde. Die streitgegenständliche Bewerbung kostenloser Seminare zur Abrech-

nungspraxis nach neuem Gebührenrecht durch die Beklagte sei unlauter im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Dies folge schon aus dem angegriffenen Verstoß gegen den FSA-Kodex. Die Wettbewerbswidrigkeit des streitgegenständlichen Verhaltens der Beklagten folge auch aus § 4 Nr. 1 UWG. Es stelle sich als unangemessene unsachliche Einflussnahme im Sinne dieser Vorschrift dar, durch unentgeltliche Zuwendungen die Verordnungspraxis eines Arztes zu beeinflussen. Ferner sei das verfahrensgegenständliche Verbot auch unmittelbar aus § 3 UWG abzuleiten.

Der Kläger hat beantragt,

> das angefochtene Urteil abzuändern und die Beklagte wie in erster Instanz beantragt zu verurteilen.

Die Beklagte hat das angegriffene Urteil verteidigt und beantragt,

> die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Senat hat zunächst der Berufung des Klägers mit Urteil vom 7. August 2008 in vollem Umfang stattgegeben. Auf die Revision der Beklagten hat der Bundesgerichtshof mit Urteil vom 9. September 2010 – I ZR 157/08 (= GRUR 2011, 431 – *FSA-Kodex*) das Senatsurteil aufgehoben und die Sache an den Senat zurückverwiesen. Auf das Urteil des Bundesgerichtshofs wird Bezug genommen.

Der Kläger beantragt weiterhin,

> das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Beklagte wie in erster Instanz beantragt zu verurteilen.

Die Beklagte beantragt,

> die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf die Protokolle der Termine vom 7. August 2008 und 9. Juni 2011 Bezug genommen.

II.

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet. Dies führt zur Zurückweisung der Berufung.

1. Die von der Beklagten in der Berufungsverhandlung vom 7. August 2008 gegen die Fassung des Berufungsantrages des Klägers vorgebrachten Bedenken sind unbegründet. Ferner ist dem landgerichtlichen Urteil entgegen der Auffassung der Beklagten darin zu folgen, dass der Kläger berechtigt ist, die streitgegenständlichen Unterlassungsansprüche der Beklagten gegenüber geltend zu machen. Die Klagebefugnis (und Aktivlegitimation) des Klägers folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Die hiergegen von der Beklagten erhobenen Einwände sind unbegründet. Insoweit hat auch der Bundesgerichtshof in seinem Revisionsurteil keinen Anlass gesehen, das Urteil des Senats vom 7. August 2008 zu hinterfragen.

2. Dem Kläger steht gegen die Beklagte der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu.

a) Es besteht kein Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 1 i.V. mit § 3 Abs. 1, § 8 UWG.

Im Streitfall ist das Angebot der unentgeltlichen Teilnahme an gebührenrechtlichen Seminaren als geschäftliche Handlung nicht geeignet, die Entscheidungsfreiheit der Ärzte, an die es gerichtet ist, im Sinne eines unangemessenen unsachlichen Einflusses (§ 4 Nr. 1 UWG) zu beeinträchtigen.

Eine unangemessene unsachliche Einflussnahme i.S. von § 4 Nr. 1 UWG kommt in den Fällen einer sog. Dreieckskoppelung in Betracht, wenn der angesprochene Verkehr bei von ihm zu treffenden Entscheidungen auch die Interessen dritter Personen zu wahren hat und er durch die beanstandete Werbemaßnahme veranlasst werden kann, seine Entscheidung nicht allein an dem Interesse des Dritten auszurichten, sondern sich bei ihr auch davon leiten zu lassen, ob ihm ein versprochener Vorteil oder eine Vergünstigung zufließt (vgl. BGH GRUR 2009, 969, Tz. 10 m.w.N. – *Winteraktion*). Zu diesen drittverantwortlichen Personen zählen grundsätzlich auch Ärzte, die berufsrechtlichen Restriktionen (vgl. §§ 30 ff. BOÄ Bayern) unterliegen (vgl. BGH GRUR 2003, 624 [626] – *Kleidersack*; Senat GRUR-RR 2010, 305 [307] – *Arzneimitteldatenbank*; *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm*/*Henning-Bodewig*, UWG, 2. Aufl. 2009, § 4 Nr. 1 UWG RdNrn. 82, 84).

Bei einer Dreieckskoppelung erhält der Umworbene eine Begünstigung dafür, dass er den Werbenden beim Absatz von Waren oder der Erbringung von Leistungen gegenüber einem Dritten fördert, der bei wirtschaftlicher Betrachtung für die Kosten der Begünstigung aufkommt und gegenüber dem der Erhalt der Begünstigung nicht offen gelegt wird (*Stuckel* in: *Harte-Bavendamm*/*Henning-Bodewig*, a.a.O., § 4 Nr. 1 UWG RdNr. 82). Es geht hier also nicht um den Schutz der Entscheidungsfreiheit der niedergelassenen Ärzte in deren eigenem Interesse, sondern um den Schutz ihrer Patienten vor nicht objektiver Verordnung oder Empfehlung von Arzneimitteln.

Im Streitfall hat die Beklagte die Unentgeltlichkeit der Seminarteilnahme nicht davon abhängig gemacht, dass die angesprochenen Ärzte Arzneimittel der Beklagten ihren Patienten verordnen oder empfehlen. Im Rahmen des § 4 Nr. 1 UWG kommt es auf eine rechtliche Koppelung nicht an (BGH GRUR 2005, 1059 [1061] – *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*). Ein unangemessener unsachlicher Einfluss kann schon dann zu bejahen sein, wenn die Ärzte, an die sich das Angebot richtet, sich auch ohne rechtliche Koppelung veranlasst sehen, Arzneimittel der Beklagten ihren Patienten zu verordnen oder zu empfehlen (vgl. BGH GRUR 2005, 1059 [1061] – *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*). Im Streitfall kann eine solche Verbindung jedoch nicht festgestellt werden.

Für eine Annahme einer solchen Verbindung ist es nicht ausreichend, wenn die von der Beklagten angesprochenen niedergelassenen Ärzte möglicherweise erwägen, dass eine Änderung ihres Verordnungs- oder Empfehlungsverhaltens zugunsten von Arzneimitteln der Beklagten dazu führen könnte, dass die Beklagte ihnen auch in der Zukunft die Teilnahme an vergleichbaren Veranstaltungen kostenfrei ermöglichen würde (vgl. BGH GRUR 2010, 850, Tz. 13 – *Brillenversorgung II; vgl. auch:* BGH GRUR 2005, 1059 [1061] – *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*; *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm*/*Henning-Bodewig*, a.a.O., § 4 Nr. 1 UWG RdNr. 79). Die Grenze zur Unlauterkeit ist nach § 4 Nr. 1 UWG ist erst dann überschritten, wenn eine geschäftliche Handlung geeignet ist, die Rationalität der Nachfrageentscheidung der angesprochenen Marktteilnehmer vollständig in den Hintergrund treten zu lassen (st. Rspr.; vgl. nur BGH GRUR 2008, 530, Tz. 13 – *Nachlass bei der Selbstbeteiligung*; GRUR 2010, 850, Tz. 13 – *Brillenversorgung II*). Dies ist vorliegend bereits deshalb nicht der Fall, weil die von der Beklagten kostenlos angebotenen gebührenrechtlichen Seminarveranstaltungen für die angesprochenen Ärzte keinen besonderen Wert darstellten, da, was nach dem von der Beklagten

als Anlage B 12 vorgelegten Schreiben betreffend Informationsveranstaltungen der KVB … zur Überzeugung des Senats feststeht und auch mit dem im Termin am 9. Juni 2011 von der Beklagten übergebenen Seminarprogramm 2011 der Kassenärztlichen Vereinigung … in Einklang steht, zumindest ähnliche gebührenrechtliche Seminare auch durch die Kassenärztlichen Vereinigungen – zwar allgemein über Mitgliedsbeiträge finanziert, aber hinsichtlich der konkreten Teilnahme kostenfrei – angeboten werden. Die kostenfreie Teilnahme an den Seminaren der Beklagten war deshalb mit Blick auf ihre geringe Anreizwirkung nicht geeignet, die Rationalität der Nachfrageentscheidung der angesprochenen Ärzte vollständig in den Hintergrund treten zu lassen, zumal bei niedergelassenen Ärzten die Gefahr einer irrationalen, nicht von sachlichen Kriterien getragenen Nachfrageentscheidung noch weniger wahrscheinlich ist als bei einem durchschnittlich informierten und verständigen Verbraucher (BGH GRUR 2005, 1059 [1060] – *Quersubventionierung von Laborgemeinschaften*).

b) Es besteht kein Unterlassungsanspruch unmittelbar aus § 4 Nr. 3 i.V. mit § 3 Abs. 1, § 8 UWG, weil die Beklagte den Werbecharakter der von ihr kostenfrei angebotenen Seminare gegenüber den von dieser Werbemaßnahme angesprochenen Ärzten nicht verschleiert hat.

c) Es besteht kein Unterlassungsanspruch aus § 4 Nr. 11 i.V. mit § 3 Abs. 1, § 8 UWG, weil eine Zuwiderhandlung der Beklagten gegen eine gesetzliche Vorschrift, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, im Streitfall nicht vorliegt.

aa) Es liegt kein Verstoß gegen §§ 32, 33 BOÄ Bayern vor, zu dem die Beklagte angestiftet haben könnte:

Bei den §§ 32, 33 BOÄ Bayern handelt es sich um Marktverhaltensregelungen i.S. von § 4 Nr. 11 UWG (Senat GRUR-RR 2010, 305 [306] m.w.N. – *Arzneimitteldatenbank*; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, UWG, 29. Aufl. 2011, § 4 UWG RdNr. 11.74). Denn sie stellen gesetzliche Regelungen im materiellen Sinn dar (vgl. BVerfGE 33, 125 [155 f.]; *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 4 UWG RdNr. 11.74 m.w.N.), die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer, hier im Interesse der Patienten an der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber Dritten, das Marktverhalten zu regeln (vgl. Senat GRUR-RR 2010, 305 [306] m.w.N. – *Arzneimitteldatenbank*).

Zwar ist es nach § 32 Satz 1 BOÄ Bayern dem Arzt nicht gestattet, von Patienten oder anderen Personen Geschenke oder andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder einem Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird. Eine Beeinflussung liegt nach § 32 Satz 2 BOÄ Bayern dann nicht vor, wenn der Wert des Geschenks oder des anderen Vorteils geringfügig ist. Nach § 33 BOÄ Bayern, der speziell das Verhältnis von Arzt und Industrie regelt, ist es Ärzten untersagt, nicht geringfügige Werbegaben oder andere Vorteile von der Industrie anzunehmen (vgl. § 33 Abs. 2 BOÄ Bayern). Zulässig ist dagegen nach § 33 Abs. 4 BOÄ Bayern die Annahme von geldwerten Vorteilen in angemessener Höhe für die Teilnahme an wissenschaftlichen Fortbildungsveranstaltungen oder an berufsbezogenen Informationsveranstaltungen von Herstellern, wobei der Vorteil unangemessen ist, wenn er die Kosten der Teilnahme des Arztes (notwendige Reisekosten, Tagungsgebühr) an der Veranstaltung übersteigt oder der Zweck der Fortbildung bzw. der berufsbezogenen Information nicht im Vordergrund steht.

Vorliegend handelte es sich bei den angegriffenen „Arzt-Seminaren 2007“ um berufsbezogene Informationsveranstaltungen i.S. von § 33 Abs. 4 Satz 3 BOÄ Bayern, weil darin Themenstellungen aus dem ärztlichen Gebührenrecht, also berufsbezogene Fragen, behandelt wurden, diese im Vordergrund standen – Gegenteiliges hat der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Kläger nicht vorgetragen – und den teilnehmenden Ärzten ein Vorteil zugewandt wurde, der sich auf die Nichterhebung einer Tagungsgebühr beschränkte.

bb) Ein Verstoß gegen § 7 HWG liegt ebenfalls nicht vor: Die Bestimmung des § 7 HWG ist nur anwendbar, wenn gewährte Zuwendungen sich aus Sicht des angesprochenen Verkehrs als Werbung für konkrete Heilmittel darstellen (vgl. BGH GRUR 2009, 1082, Tz. 15 m.w.N. – *DeguSmiles & more*). Daran fehlt es im Streitfall, weil die angegriffenen „Arzt-Seminare 2007“ aus Sicht der angesprochenen Ärzte unstreitig ohne Bezugnahme auf bestimmte Produkte der allgemeinen Unternehmens- und Imagewerbung der Beklagten dienten.

cc) Der vom Senat im Urteil vom 7. August 2008 festgestellte Verstoß der Beklagten gegen § 21 des FSA-Kodex des Klägers (vgl. Anl. K 6) erfüllt den Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 11 UWG nicht, weil der FSA-Kodex keine gesetzliche Vorschrift im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist (vgl. BGH GRUR 2011, 431, Tz. 11 – *FSA-Kodex*).

d) Es besteht kein Unterlassungsanspruch unmittelbar aus der Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG i.V. mit § 8 Abs. 1 UWG, auch nicht i.V. mit § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG.

Bei der gebotenen Berücksichtigung der in der vorliegenden Sache ergangenen Revisionsentscheidung des Bundesgerichtshofs (GRUR 2011, 431 – *FSA-Kodex*) ergibt sich Folgendes:

aa) Für die Frage, ob ein bestimmtes Verhalten als unlauter i.S. von § 3 UWG 2004 bzw. § 3 Abs. 1 UWG 2008 zu beurteilen ist, haben Regeln, die sich ein Verband oder ein sonstiger Zusammenschluss von Verkehrsbeteiligten gegeben hat, nur eine begrenzte Bedeutung. Ihnen kann zwar unter Umständen entnommen werden, ob innerhalb der in Rede stehenden Verkehrskreise eine bestimmte tatsächliche Übung herrscht. Aus dem Bestehen einer tatsächlichen Übung folgt aber noch nicht, dass ein von dieser Übung abweichendes Verhalten ohne Weiteres als unlauter anzusehen ist. Der Wettbewerb würde in bedenklicher Weise beschränkt, wenn das Übliche zur Norm erhoben würde. Regelwerken von (Wettbewerbs-)Verbänden kann daher allenfalls eine indizielle Bedeutung für die Frage der Unlauterkeit zukommen, die aber eine abschließende Beurteilung anhand der sich aus den Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb ergebenden Wertungen nicht ersetzen kann (BGH GRUR 2006, 773, Tz. 19 – *Probeabonnement*; GRUR 2011, 431, Tz. 13 – *FSA-Kodex*).

Auch aus § 3 Abs. 2 Satz 1 UWG folgt nichts anderes. Denn auch nach Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken sind Verstöße gegen einen Verhaltenskodex, zu dem sich Verkehrsbeteiligte verpflichtet haben (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 5 UWG 2008), oder Verstöße gegen die fachliche Sorgfalt (vgl. § 2 Abs. 1 Nr. 7 UWG 2008) nicht bereits als solche unlauter. Auch die Richtlinie zieht diesen Schluss nicht, sondern sieht nur bestimmte Fälle des Nichteinhaltens von Verhaltenskodizes als unlauter an (BGH GRUR 2011, 431, Tz. 15 – *FSA-Kodex*).

Im Streitfall würde die Anwendbarkeit der Generalklausel des § 3 Abs. 1, auch i.V. mit Abs. 2 Satz 1 UWG demnach voraussetzen, dass der vom Senat im Urteil vom 7. August 2008 festgestellte Verstoß der Beklagten gegen § 21 des FSA-Kodex, wonach Geschenke im Rahmen einer nicht produktbezogenen (Image-)Werbung nur zu besonderen – sich ausschließlich auf individuelle, in der Person des Beschenkten begründete besondere Umstände oder Ereignisse beziehenden – Anlässen unter bestimmten Voraussetzungen gewährt werden dürfen, von seinem

Unlauterkeitsgehalt her den gesetzlichen Unlauterkeitstatbeständen des UWG entspricht (BGH GRUR 2011, 431, Tz. 16 – *FSA-Kodex*).

bb) Dies kann vorliegend nicht festgestellt werden:

(1) Der Unterlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 1 UWG setzt von seinem Unlauterkeitsgehalt her eine erhebliche Beeinträchtigung der Entscheidungs- und Verhaltensfreiheit voraus und lässt bloß geringfügige Einwirkungen, durch die sich ein verständiger Durchschnittsverbraucher oder Marktteilnehmer voraussichtlich nicht in seinen Entscheidungen oder seinem Verhalten beeinflussen lässt, nicht genügen (*Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 4 UWG RdNr. 1.16). Der im Streitfall vorliegende Verstoß gegen § 21 FSA-Kodex führt dagegen – wie oben ausgeführt – nicht zu einer solchen erheblichen Einwirkung auf die Entscheidungsfreiheit der angesprochenen Ärzte in ihrer Eigenschaft als potentielle Verkaufsförderer. Daraus folgt, dass im Ergebnis die Entscheidungsfreiheit der Patienten der von der Beklagten angesprochenen Ärzte mittelbar ebenfalls nicht erheblich beeinträchtigt wird.

(2) Der Unlauterkeitstatbestand des § 4 Nr. 3 UWG sanktioniert, dass Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer, die kommerziellen Annäherungen meist skeptisch gegenüberstehen und objektiv neutralen Handlungen und Äußerungen typischerweise größere Beachtung und Bedeutung beimessen als ohne Weiteres als Werbung erkennbaren Angaben des Werbenden selbst, bei einer Verschleierung des Werbecharakters geschäftlicher Handlungen die Möglichkeit genommen wird, sich auf den kommerziellen Charakter der Handlung einzustellen und darauf entsprechend zu reagieren (*Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 4 UWG RdNr. 3.2). Diesem Unlauterkeitsgehalt entspricht es, wenn in Fällen sog. Dreieckskoppelungen der angesprochene Verkehr bei von ihm zu treffenden Entscheidungen auch die Interessen dritter Personen zu wahren hat, durch die beanstandete Werbemaßnahme eine Situation geschaffen wird, die der Einbindung des angesprochenen Verkehrs in das Vertriebskonzept des Werbenden nahe kommt und der angesprochene Verkehr deshalb veranlasst werden kann, seine Entscheidung nicht allein an dem Interesse des Dritten auszurichten, sondern sich auch davon leiten zu lassen, ob ihm ein versprochener Vorteil oder eine Vergünstigung zufließt, und die Werbemaßnahme nicht gegenüber dem angesprochenen Verkehr, sondern gegenüber dem Dritten, dessen Interessen der angesprochene Verkehr zu wahren hat, verschleiert wird (vgl. ähnlich: *Köhler* in: *Köhler/Bornkamm*, a.a.O., § 4 UWG RdNr. 1.191). Der Kern des Unlauterkeitsgehalts liegt in diesem Fall, wie beim Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG, darin, dass der angesprochene Verkehr für

den Dritten, dessen besonderes Vertrauen er in Anspruch nimmt, nicht in seiner einem Verkaufsförderer des Werbenden zumindest nahe kommenden Funktion erkennbar ist, sondern als objektive und neutrale Instanz erscheint (vgl. *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig*, a.a.O., § 4 Nr. 1 UWG RdNr. 82).

Ein Rückgriff auf die Generalklausel des § 3 UWG ist in diesem Fall geboten, weil der Tatbestand des § 4 Nr. 3 UWG zwar bestimmte Gesichtspunkte der lauterkeitsrechtlichen Beurteilung verschleierter Werbemaßnahmen erfasst, aber bei den genannten Dreieckskoppelungen keine umfassende Bewertung der Interessen der durch das Wettbewerbsverhältnis betroffenen Marktteilnehmer ermöglicht (vgl. allgemein zum Rückgriff auf die Generalklausel: BGH GRUR 2006, 426, Tz. 16 – *Direktansprache am Arbeitsplatz II*; GRUR 2008, 262, Tz. 9 – *Direktansprache am Arbeitsplatz III*; GRUR 2009, 1080, Tz. 13 – *Auskunft der IHK*).

Dieses Ergebnis steht auch im Einklang mit der Richtlinie 2001/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel, die im Bereich der Arzneimittelwerbung eine vollständige Harmonisierung vornimmt und abweichende Bestimmungen durch die Mitgliedstaaten nur in den Fällen zulässt, in denen den Mitgliedstaaten in der Richtlinie diese Befugnis ausdrücklich eingeräumt ist (EuGH GRUR Int 2008, 224, Tz. 39 – *Gintec*). Denn es handelt sich in der genannten Sachverhaltskonstellation um einen Fall der irreführenden Werbung für Arzneimittel, die gemäß Art. 87 Abs. 3 der Richtlinie nicht zulässig ist.

Im Streitfall wird allerdings durch die beanstandete Werbemaßnahme keine Situation geschaffen, die einer Einbindung der von der beanstandeten Werbemaßnahme angesprochenen Ärzte in das Vertriebskonzept der Beklagten zumindest nahe kommt. Es handelt sich vorliegend um allgemeine und im Hinblick auf die ebenfalls teilnahmegebührenfreien zumindest ähnlichen Seminarangebote der Kassenärztlichen Vereinigungen auch nicht sonderlich intensive Image- und Unternehmenswerbung der Beklagten, die – was auch der Kläger einräumt (vgl. S. 10 der Berufungsbegründungsschrift vom 15. April 2008, Bl. 97 d.A.) – nur eine abstrakte Gefahr begründet, dass sich die angesprochenen Ärzte in ihren Verordnungs- und Empfehlungsentscheidungen beeinflussen lassen. Eine solche abstrakte Gefahr entspricht nicht dem Unlauterkeitsgehalt des § 4 Nr. 3 UWG, der voraussetzt, dass der Werbecharakter einer geschäftlichen Handlung tatsächlich verschleiert wird. Daran fehlt es in den von § 4 Nr. 3 UWG erfassten Fällen, wenn kein Kontakt zum potentiellen Marktpartner hergestellt wird (*Köhler* in: *Köh-*

ler/Bornkamm, a.a.O., § 4 UWG RdNr. 3.11). Daran fehlt es auch in der hier zu prüfenden Dreieckskonstellation, wenn – wie im Streitfall – keine über allgemeine Verdachtsmomente hinausgehenden konkreten Anhaltspunkte vorliegen, die es nahe legen, dass zumindest ein Teil der von den beanstandeten Werbemaßnahmen angesprochenen Ärzte in ihren Verordnungs- und Empfehlungsentscheidungen tatsächlich zugunsten des werbenden Arzneimittelherstellers beeinflusst werden (vgl. auch *Stuckel* in: *Harte-Bavendamm*/*Henning-Bodewig*, a.a.O., § 4 Nr. 1 UWG RdNr. 79).

III.

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf den § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

3. Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen (vgl. dazu BGH NJW 2003, 65 ff.).

Zwirlein Vorsitzender Richter am Oberlandesgericht	Dr. Kartzke Richter am Oberlandesgericht	Dr. Schulz Richter am Oberlandesgericht