

Prof. Dr. Jörg Fritzsche

Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht,
Handels- und Wirtschaftsrecht
an der Universität Regensburg

Regensburg

**Gutachterliche Stellungnahme
zu wettbewerbsrechtlichen Fragen von Vergütungsvereinbarungen
zwischen Krankenhäusern und externen Laborfachärzten**

erstattet im Auftrag von
Ärztliches Qualitätslabor e. V.
Zum Kastell 20
55286 Wörrstadt

Prof. Dr. Jörg Fritzsche

Bogenstr. 5

93051 Regensburg

Mail: joerg.fritzsche@ur.de

Telefon: 0941/943-2648 (tagsüber)

Telefon: 0941/630 9355 (privat)

Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

1. Werben Labore bzw. Laborärzte bei anderen Ärzten oder bei Krankenhausträgern und deren Ärzten für ihre Dienste im Bereich von Wahlleistungen damit, dass sie Laborleistungen insbesondere für Regelleistungspatienten zu nicht kostendeckenden Preisen erbringen, verstößt dies gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Denn nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist es unlauter, mit geldwerten Vorteilen auf Entscheidungen von Unternehmern einzuwirken, die bei ihren Entscheidungen die Interessen Dritter zu wahren haben, wenn dadurch der Eindruck entsteht, die Entscheidung für den einen oder anderen Anbieter oder dessen Empfehlung orientiere sich nicht ausschließlich am Wohl und den Interessen des Dritten, sondern werde durch die (Aussicht auf die) Erlangung materieller Vorteile beeinflusst. Man spricht insofern von einer „Dreieckskopplung“ oder Verletzung von Neutralitätspflichten gegenüber sonstigen Marktteilnehmern.
2. Die Vorschrift, aus der sich dies heute ergibt, ist wegen einer Gesetzesänderung nicht ganz klar. Da die Grundgedanken, auf die sich die Rechtsprechung stützt, und eine ebenfalls ursprünglich herangezogene Grundlage im EU-Recht weiterhin gelten, ist davon auszugehen, dass der Bundesgerichtshof diese Rechtsprechung bestätigen würde. Der Verstoß ist zumindest der sog. Generalklausel des § 3 Abs. 1 UWG zuzuordnen, vielleicht auch dem Verbot aggressiver geschäftlicher Handlungen in § 4a Abs. 1 UWG.
3. Durch das unter 1. geschilderte Verhalten werden die Personen, die in Krankenhäusern über die Vergabe von Laborleistungen an externe Dienstleister entscheiden, in die Gefahr gebracht werden, ihre Entscheidung für einen bestimmten externen Dienstleister (Labor) bei Wahlleistungen nicht allein am Wohl der Patienten auszurichten, sondern sich dabei auch von der Aussicht auf einen Gewinn (oder geringere Aufwendungen) bei anderen Patienten leiten zu lassen. Damit werden die Ärzte veranlasst, gegen vertragliche (Interessenwahrungs-) Pflichten gegenüber den Patienten bzw. deren Krankenkassen zu verstoßen und zugleich gegen das berufsrechtliche Verbot aus § 31 MBO-Ä (bzw. den Regelungen im Landesrecht, die diesem Tatbestand entsprechen).
4. Ist ein (Kooperations-) Vertrag zwischen einem Arzt oder einem Krankenhaus und einem externen Dienstleister (Labor) seinem Inhalt nach darauf gerichtet, einem Arzt oder Krankenhaus materielle Vergünstigungen einzuräumen, zu denen auch der Erhalt von Leistungen unter den Selbstkosten zählt, ist der Vertrag auf den

Wettbewerbsverstoß gerichtet und deshalb nach § 134 BGB nichtig. Dies gilt auch dann, wenn die Kooperation mit einem externen Labor in eine gesellschaftsrechtliche Konstruktion gekleidet wird.

5. Der Verhaltenskodex der Mitglieder des Vereins „Ärztliches Qualitätslabor e.V.“ (ÄQL e.V.), der in seinen §§ 12 bis 14 Regelungen zu Honoraren und Verbote von Prämien für die Zuführungen von Patienten (etc.) enthält, bindet die Mitglieder des Vereins. Verstoßen Dritte dagegen, begründet dies keinen Verstoß gegen das UWG, insbesondere gegen dessen § 3a UWG, weil der Verbandskodex keine gesetzliche Vorschrift ist, die außenstehende Laborärzte oder -betreiber binden könnte. Auch wenn der Verbandskodex angesichts des hohen prozentualen Anteils der Mitglieder an der Gesamtzahl von Laboren nahelegt, dass in ihm zum Ausdruck kommt, was unter selbständigen Laborärzten und Betreibern ärztlicher Labore als den anständigen Marktgepflogenheiten entsprechend anzusehen ist, folgt daraus allenfalls ein Indiz für eine Unlauterkeit, zwingt die Gerichte aber nicht zu einer entsprechenden Beurteilung im Rahmen von § 3 Abs. 1 UWG.
6. Führt ein Arzt einem Labor unter Verstoß gegen im Landesberufsrecht vorhandene Vorschriften mit dem in §§ 31, 32 MBO-Ä vorgesehen Inhalt Patienten zu und lässt er sich dafür Vergünstigungen versprechen oder gewähren, liegt darin zugleich ein Wettbewerbsverstoß unter dem Gesichtspunkt des Rechtsbruchs (§ 3a UWG), gegen den ein Vorgehen ebenfalls möglich ist. Denn die genannten berufsrechtlichen Vorschriften sind sog. Marktverhaltensregeln im Sinne von § 3a UWG, welche die Tätigkeit von Ärzten im Interesse auch der Patientinnen und Patienten regeln.
7. Sofern das fragliche Verhalten im Einzelfall ausnahmsweise zugleich gegen die GOÄ oder das KHEntGG verstoßen sollte, begründet dies ebenfalls die Unzulässigkeit des Angebots nach § 3a UWG.
8. Die Vereinbarung oder Gewährung von Vorteilen für die Zuführung von Patienten bzw. Untersuchungsmaterial kann zudem, je nachdem welche Personen an dem Verstoß beteiligt sind, nach den §§ 299-299b StGB strafbar sein. Auch dies führt auf der Ebene des Zivilrechts (unabhängig von der Strafbarkeit) zu einem Rechtsbruch i. S. v. § 3a UWG. Allerdings bestehen für die handelnden Personen Strafbarkeitsrisiken.

9. Geht die Initiative für das unter 2. geschilderte Verhalten nicht vom Labor(arzt), sondern von einem Krankenhaus aus, wird darin in der Regel eine nach § 4a Abs. 1 UWG unzulässige aggressive geschäftliche Handlung liegen. Denn auf das Labor wird mit der Forderung nach teils nicht kostendeckenden Leistungen Druck ausgeübt, um eine entsprechende Vereinbarung bzw. Leistungserbringung herbeizuführen. Darin liegt regelmäßig die Ausnutzung einer Machtposition, die das Krankenhaus als Nachfrager einer erheblichen Zahl von Laborleistungen regelmäßig innehaben wird. Eine marktbeherrschende Stellung oder eine Abhängigkeit des Labors i. S. v. §§ 18 bzw. 20 Abs. 1 GWB ist dafür nicht erforderlich.
10. Erfolgt die Erbringung von Laborleistungen unter Selbstkosten mit dem Ziel, konkrete Konkurrenten vom Markt zu verdrängen, kann dies als gezielte Behinderung dieser Mitbewerber nach § 4 Nr. 4 UWG unzulässig sein. Dazu müsste allerdings nachweisbar sein, dass es keine kaufmännisch nachvollziehbaren Gründe für das Angebot gibt, die der Gegner im Zweifel wird geltend machen können, insbesondere wenn die Initiative vom nachfragenden Krankenhaus ausgehen sollte. Eine konkrete Gefährdung des Wettbewerbs unter Laboren an sich, die zu einer Unzulässigkeit nach § 3 Abs. 1 UWG wegen Marktstörung führen würde, wird deshalb ebenfalls nicht nachweisbar sein. Diese Unlauterkeitsaspekte wird man also nicht auch noch mit Erfolg geltend machen können, auch wenn man sie natürlich vorsorglich vortragen lassen kann.
11. Alle bislang genannten Verstöße gegen die §§ 3 Abs. 1, 3a und 4a UWG lösen in erster Linie Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche nach § 8 Abs. 1 UWG aus, die gemäß § 8 Abs. 3 den Mitbewerbern und bestimmten Verbänden bzw. Kammern zustehen. Im Ergebnis führt dies dazu, dass die Anspruchsberechtigten die Beendigung des Verhaltens, also insbesondere einer Kooperation von Krankenhaus und externem Dienstleister (Labor), und der als Grundlage dienenden Verträge verlangen können
12. Mitbewerber eines Labors können, wenn nachweislich ohne das wettbewerbswidrige Verhalten die Leistungen an sie vergeben worden wären bzw. eine Outsourcing-Vereinbarung mit ihnen zustande gekommen wäre, nach § 9 S. 1 UWG Schadensersatz verlangen. Der Anspruch umfasst den Ersatz aller materiellen Schäden, insbesondere der Rechtsverfolgungskosten und des entgangenen Gewinns.
13. Gegen die oben genannten Vorschriften des Berufsrechts und des § 299a StGB können zwar nur Ärzte oder Angehörige der Heilberufe verstoßen. Wirken an deren

Verstößen andere Personen, die keine Berufsträger sind, auf der anderen Seite mit, können diese ggf. als Anstifter oder Gehilfe nach §§ 8 ff. UWG i. V. m. § 830 Abs. 2 BGB in Anspruch genommen werden.

14. Die Ansprüche nach den §§ 8 und 9 UWG unterliegen gemäß § 11 UWG einer Verjährungsfrist von sechs Monaten. Bei Dauerhandlungen beginnt diese im Hinblick auf § 8 UWG aber erst nach deren Beendigung abzulaufen. Anders verhält es sich bei Schadensersatzansprüchen, weil hier für den Verjährungsbeginn auf den Eintritt des einzelnen Schadens(postens) abgestellt wird. Es besteht also beim Schadensersatz die Gefahr einer kurzfristigen Verjährung nach § 11 UWG, sofern nicht in den sechs Monaten bis zu ihrem Eintritt Verhandlungen über den Ersatz geführt oder gerichtliche Schritte bzw. ein Einigungsverfahren eingeleitet werden (§§ 203, 204 BGB).

15. Denkbar ist im Einzelfall auch ein Verstoß gegen § 20 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 GWB, wenn Laboruntersuchungen von einem Unternehmen mit gegenüber kleinen und mittleren Wettbewerbern überlegener Marktmacht nicht nur gelegentlich unter den Selbstkosten (bzw. hier dem Einstandspreis) erbracht werden. Geht die Initiative dazu von einem nachfragenden Krankenhaus aus, kann darin ein Verstoß gegen §§ 19 Abs. 1 und 2 Nr. 5, 20 Abs. 2 GWB liegen, der die Forderung sachlich nicht gerechtfertigter Vorzugsbedingungen durch marktbeherrschende und durch solchen Unternehmen verbietet, von denen kleine und mittlere Unternehmen als (hier) Anbieter von Leistungen abhängig sind, weil sie keine hinreichenden Möglichkeiten haben, auf andere Nachfrager auszuweichen. Die Rechtsfolgen entsprechen auf der Ebene des Zivilrechts denjenigen aus dem UWG (§§ 33, 33a GWB), doch gilt eine fünfjährige Verjährungsfrist (§ 33h GWB). Allerdings könnte ein Einschreiten der Kartellbehörden angeregt werden, § 54 Abs. 1 S. 1 GWB, die das Verhalten nach § 32 GWB untersagen und nach § 81 GWB mit Bußgeldern belegen können.