BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 222/06

Verkündet am:
26. Februar 2009
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

MacDent

UWG §§ 3, 4 Nr. 11; SchlHZÄBerufsO (Fassung 2006) § 21 Abs. 2

Wirbt ein Unternehmen für ein von ihm entwickeltes Konzept zur Qualitätssicherung von Zahnarztpraxen mit einer Aufforderung zur Teilnahme an einem Gewinnspiel, so fehlt es an der Vermittlung sachlicher Informationen i.S. von § 21 Abs. 2 SchlHZÄBerufsO (Fassung 2006) nicht bereits deshalb, weil in der Werbemaßnahme das Unternehmenskonzept nur schlagwortartig umrissen und für weitere Informationen auf eine angegebene Internetadresse verwiesen wird.

BGH, Urteil vom 26. Februar 2009 - I ZR 222/06 - OLG Schleswig
LG Kiel

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 26. Februar 2009 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Bornkamm und die Richter Dr. Schaffert, Dr. Bergmann, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Schleswig-Holsteinischen Oberlandesgerichts in Schleswig vom 12. Dezember 2006 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Kammer für Handelssachen II des Landgerichts Kiel vom 15. Dezember 2005 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

1 Die Beklagte hat ein Konzept zur Qualitätssicherung und zum Marketing für Zahnarztpraxen entwickelt. Sie vergibt als Franchisegeber an die ihr angeschlossenen Zahnarztpraxen ein Qualitätssiegel. Bestandteil der Qualitätsprüfung ist unter anderem die Förderung der Prophylaxetätigkeit sowie die Überprüfung der handwerklichen Ergebnisse der zahnärztlichen Arbeit.

2 Am 24. Mai 2005 führte die Beklagte in Eckernförde eine Werbeaktion durch, bei der sie die nachfolgend abgebildete Werbepostkarte (Anlage K 4) verteilte:

Hinweis: Auch Teile der Urteilssammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

JLaw – Gesetze und Urteile (mobile App)
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
JLaw – für Android
JLaw – für iOS

GEPRÜFTE MACDENT® QUALITÄTSSTANDARDS

Schon gehört?

MACDENT bietet Ihnen, was Sie schon immer von Ihrem Zahnarzt wollten:

Qualitätssicherung und Garantie.

Gute Behandlung zu fairen Bedingungen.

Gewinnspiel

www.macdent.de

Gewinnspiel

Wo ist Ihre nächstgelegene MACDENT-Praxis?

Schauen Sie doch mal ins Internet: www.macdent.de ☺

Die nächste MACDENT-Praxis ist in:

Ort _____ Straße _____

Unter jeweils 100 richtigen Einsendungen verlosen wir drei elektrische Zahnbürsten der Marke Oral-B.

Einsendeschluß ist der 20. Juni 2005. Es gilt das Datum des Poststempels.
Der Rechtsweg ist ausgeschlossen.

GEPRÜFTE MACDENT® QUALITÄTSSTANDARDS

Qualitätssicherung

Die sieben Brücken der Qualitätssicherung

- ausgesuchte Zahnarztpraxen
- sichere Qualitätseckpunkte
- nachgewiesene Fortbildung
- Qualitätsmanagement nach ISO 9001:2000
- Patientenfreundliches Schlichtungsverfahren
- Dreifach längere Garantie auf Zahnersatz, Kronen und Inlays
- Jährliche Praxiskontrolle durch Check-Zahnarzt und QM-Auditor

Haben Sie Fragen? • Infohotline: 0700 | 06 22 33 68 • www.macdent.de

GEPRÜFTE MACDENT® QUALITÄTSSTANDARDS

bitte
[illegible]ren

Vorname

Name

Straße

Ort

MACDENT
Zahnärztliche Behandlungskonzepte AG
Marienthaler Straße 17
24340 Eckernförde

www.macdent.de

3 Die klagende Zahnärztekammer Schleswig-Holstein hat die Werbung der Beklagten als Umgehung der in ihrer Berufsordnung geregelten Werbebeschränkungen als wettbewerbswidrig beanstandet.

4 Die Klägerin hat beantragt,

> der Beklagten unter Androhung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen, [für] zahnärztliche Leistungen in "MacDent"-Praxen
>
> a) mittels eines Gewinnspiels, wenn dies durchgeführt wird mittels einer Postkarte wie aus der Anlage K 4 ersichtlich,
>
> b) unter dem Begriff "Die sieben Brücken der Qualitätssicherung" sowie mit den Schlagwörtern "ausgesuchte Zahnarztpraxen", "Sichere Qualitätseckpunkte", "nachgewiesene Fortbildung", "Patientenfreundliches Schlichtungsverfahren" und/oder "jährliche Praxiskontrolle durch Check-Zahnarzt und QM-Auditor", wenn diese Schlagworte nicht zugleich inhaltlich erläutert werden,
>
> und/oder
>
> c) mit der Aussage "MacDent bietet Ihnen, was Sie schon immer von Ihrem Zahnarzt wollten: Qualitätssicherung und Garantie",
>
> zu werben.

5 Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

6 Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe

7 I. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne gemäß § 8 Abs. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 29 Abs. 1 der Berufsordnung der Klägerin in der zum Zeitpunkt der Werbeaktion geltenden Fassung (im Folgenden: BO a.F.) sowie § 21 Abs. 2 in der zum Zeitpunkt der Verkündung des Berufungsurteils geltenden Fassung (im Folgenden: BO Fassung 2006) von der Beklagten Unterlassung des beanstandeten Verhaltens verlangen. Zur Begründung hat es ausgeführt:

8 Das von der Beklagten veranstaltete Gewinnspiel verstoße jedenfalls unter Berücksichtigung der verwendeten Schlagwörter und Aussagen gegen § 29 Abs. 1 BO a.F., § 21 Abs. 2 BO 2006. Das Gewinnspiel vermittle potentiellen Patienten keine interessengerechte und sachangemessene Information. Die verwendeten Aussagen seien als berufswidrige anpreisende und herabsetzende Werbung zu beanstanden. Dass sie auf der Internetseite der Beklagten erläutert würden, führe zu keiner anderen Betrachtung, weil eine sachbezogene, informative Werbung eine Erläuterung in engem Zusammenhang voraussetze, also auf der Postkarte oder jedenfalls im Rahmen der Werbeaktion. Die Beklagte könne als Urheberin der Maßnahme unter dem Gesichtspunkt der Störerhaftung in Anspruch genommen werden, weil die der Beklagten angeschlossenen Zahnärzte deren Vorhaben nicht nur gekannt, sondern auch geduldet hätten.

9 II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision haben Erfolg. Sie führen zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat die Klägerin gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Unterlassung des beanstandeten Verhaltens

nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 29 Abs. 1 BO a.F., § 21 Abs. 2 BO 2006.

10 1. Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung des Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949), in Kraft getreten am 30. Dezember 2008 (im Folgenden: UWG 2008), anzuwenden. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung im Mai 2005 wettbewerbswidrig war. Insoweit ist jedoch eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage nicht eingetreten. Die Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG ist gleichgeblieben und wird im Streitfall auch nicht durch die Regelungen der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken berührt (Art. 3 Abs. 8 der Richtlinie). Die Änderungen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und § 3 UWG sind für den Streitfall ohne Bedeutung. Das beanstandete Verhalten der Beklagten erfüllt sowohl die Voraussetzungen einer Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG in der am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Fassung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414; im Folgenden: UWG 2004) als auch diejenigen einer geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008. Das Werbeverbot nach § 21 Abs. 2 Satz 2 und 3 BO 2006, wonach dem Zahnarzt berufswidrige Werbung, insbesondere eine anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung, untersagt ist, stimmt inhaltlich mit dem Werbeverbot nach § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F. überein.

11 2. Das Berufungsgericht ist zwar mit Recht davon ausgegangen, dass es sich bei den Vorschriften der § 21 Abs. 2 Satz 2 und 3 BO 2006 und § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F. um Marktverhaltensregelungen i.S. von § 4 Nr. 11 UWG han-

delt. Den Bestimmungen in den freiberuflichen Berufsordnungen, die sich ausdrücklich mit der Zulässigkeit der Werbung befassen, kommt eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion zu (vgl. BGH, Urt. v. 27.1.2005 - I ZR 202/02, GRUR 2005, 520, 521 = WRP 2005, 738 - Optimale Interessenvertretung, zu § 43b BRAO, § 6 BORA). Satzungsbestimmungen in freiberuflichen Berufsordnungen zählen auch zu den gesetzlichen Vorschriften i.S. von § 4 Nr. 11 UWG (vgl. BGH GRUR 2005, 520, 521 - Optimale Interessenvertretung). In der beanstandeten Werbemaßnahme der Beklagten ist entgegen der Auffassung der Vorinstanzen jedoch keine anpreisende oder herabsetzende Werbung i.S. von § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F., § 21 Abs. 2 Satz 3 BO 2006 zu sehen. Die Beklagte kann daher schon aus diesem Grund nicht wegen einer Zuwiderhandlung gegen § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F. nach § 8 Abs. 1 Satz 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

12 a) Das Berufungsgericht hat zwar zutreffend angenommen, dass das Werbeverbot nach § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F., das sich unmittelbar nur an Zahnärzte richtet, nicht jede, sondern nur die berufswidrige Werbung verbietet und dass daher eine Werbung grundsätzlich zulässig ist, durch die potentielle Patienten sachangemessen und interessengerecht informiert werden. Seine Auffassung, die beanstandete Werbemaßnahme der Beklagten enthalte keine interessengerechte und sachangemessene Information für potentielle Patienten und verstoße daher gegen das Werbeverbot für Zahnärzte, beachtet jedoch nicht die Grenzen, die nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gemäß Art. 12 Abs. 1 GG für ein berufsrechtliches Werbeverbot bestehen.

13 aa) Wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, ist es grundsätzlich unbedenklich, dass mit dem beanstandeten Gewinnspiel Aufmerksamkeit und Interesse für die Tätigkeit der Beklagten erregt werden soll. Der Werbeef-

fekt als solcher kann schon deshalb nicht zur Annahme eines Verstoßes gegen das berufsrechtliche Werbeverbot führen, weil auch den den berufsrechtlichen Werbeverbot unterworfenen Berufsangehörigen von Verfassungs wegen die berufsbezogene und sachangemessene Werbung erlaubt ist (BVerfG, Kammerbeschl. v. 26.9.2003 - 1 BvR 1608/02, GRUR 2004, 68, 69). Dem einzelnen Berufsangehörigen steht es frei, in welcher Weise er sich für die interessierte Öffentlichkeit darstellen will, solange er sich in dem durch schützenswerte Gemeinwohlbelange gezogenen Rahmen hält (vgl. BVerfGE 111, 366, 379; BVerfG, Kammerbeschl. v. 19.2.2008 - 1 BvR 1886/06, GRUR 2008, 618, 620). Für die Beklagte, die weder selbst zahnärztliche Leistungen anbietet noch den ihr angeschlossenen Zahnarztpraxen eine besonders definierte Behandlungsform vorgibt, sondern lediglich ein Konzept bietet, eine Zahnarztpraxis nach von ihr kontrollierten und zertifizierten Standards zu führen sowie im Rahmen eines Marketingkonzepts dafür zu werben, besteht zudem ein besonderes Interesse, auf ihre von dem üblichen Angebot eines niedergelassenen Zahnarztes abweichende Tätigkeit werbend hinzuweisen.

14 bb) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts fehlt es an der Vermittlung sachlicher Informationen nicht bereits deshalb, weil in der beanstandeten Werbemaßnahme die Tätigkeit der Beklagten nur schlagwortartig umrissen und für weitere Informationen auf die angegebene Internetadresse verwiesen wird. Die Beklagte verfolgt mit der Werbung in Form eines Gewinnspiels ersichtlich das Ziel, eine möglichst breite Öffentlichkeit auf das von ihr entwickelte Konzept zur Qualitätssicherung von Zahnarztpraxen aufmerksam zu machen. Die Darstellung der Grundzüge des Konzepts in einprägsamer und leicht verständlicher Form ("Die sieben Brücken der Qualitätssicherung") im Rahmen der Aufforderung zur Teilnahme an dem Gewinnspiel ist grundsätzlich geeignet, das Interesse von Patienten an dem Unternehmenskonzept der Beklagten sowie an weiteren - über die angegebene Internetadresse verfügbaren - Informa-

tionen zu wecken. Es ist nicht ersichtlich, dass das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung und das hierauf beruhende Werbeverbot zur Vermeidung einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 17.7.2003 - 1 BvR 2115/02, WRP 2003, 1099, 1101) es rechtfertigen, diese Art der Werbung zu verbieten.

15 cc) Soweit das Berufungsgericht für eine sachbezogene, informative Werbung eine Erläuterung im engen Zusammenhang mit dem verwendeten Werbemedium, hier der Werbepostkarte oder jedenfalls der unmittelbaren Werbeaktion, fordert, lässt es außer Betracht, dass es sich bei dem beanstandeten Gewinnspiel um eine Aufmerksamkeitswerbung handelt, mit der das (neu) entwickelte Konzept der Beklagten der Öffentlichkeit bekanntgemacht werden soll. Die Veranstaltung eines Gewinnspiels ist - wie auch das Landgericht angenommen hat - eine übliche Werbeform, um das angesprochene Publikum für das Angebot des Werbenden zu interessieren. Dem legitimen Zweck, zunächst einmal das Interesse des angesprochenen Publikums an einem noch weitgehend unbekannten Angebot zu wecken, stünde es jedoch entgegen, wenn bereits diese Aufmerksamkeitswerbung umfangreiche sachliche Angaben über das angebotene Konzept der Qualitätssicherung von Zahnarztpraxen enthalten müsste. Bei einer Werbung der vorliegenden Art, mit der in Form eines Gewinnspiels auf ein neues Unternehmenskonzept aufmerksam gemacht werden soll, erwartet der Verbraucher auch nicht, dass ihm schon auf der Werbepostkarte, mit der ihm die Teilnahme an dem Gewinnspiel ermöglicht wird, eine über eine schlagwortartige Darstellung hinausgehende, umfassende Information über das Angebot des werbenden Unternehmens geboten wird. Dass die Werbeangaben keine abschließende und umfassende Information enthalten, wird ihm zudem durch den Hinweis verdeutlicht, bei weiteren Fragen stehe eine Infohotline zur Verfügung oder könne die angegebene Internetadresse aufgerufen werden.

16 b) Da es der Beklagten, die selbst keine zahnärztlichen Leistungen anbietet und daher nicht denselben Werbebeschränkungen unterliegt wie Zahnärzte, von Verfassungs wegen folglich nicht (unmittelbar) aufgrund des Werbeverbots nach § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F untersagt werden kann, für ihr Unternehmen in der beanstandeten Form zu werben, kann sie entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch nicht mit der Begründung auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, dass eine entsprechende Werbung eines Zahnarztes berufswidrig wäre und die der Beklagten angeschlossenen Zahnärzte die Werbemaßnahme der Beklagten gekannt und geduldet hätten. Ob eine entsprechende Werbung eines Zahnarztes berufswidrig wäre, kann dabei dahinstehen. Jedenfalls wäre es unverhältnismäßig und mit der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) nicht zu vereinbaren (vgl. BVerfG GRUR 2004, 68, 69), wenn die wettbewerbsrechtliche Haftung wegen einer solchen Werbung - unterstellt sie wäre einem niedergelassenen Zahnarzt berufsrechtlich verwehrt - auf die Beklagte erstreckt würde.

17 c) Die Frage, ob die Beklagte auf Unterlassung in Anspruch genommen werden könnte, wenn der Zweck ihres Unternehmens dahin ausgerichtet wäre, den ihr angeschlossenen Zahnärzten eine über die Werbebeschränkungen der Berufsordnung hinaus reichende Werbung zu ermöglichen (vgl. BVerfG GRUR 2004, 68, 69), kann gleichfalls offenbleiben. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass der Beklagten eine derartige Alibifunktion zukommt. Dem Vortrag der Klägerin lässt sich dafür auch nichts entnehmen. Aus dem Umstand, dass die Beklagte als Franchisegeberin nicht nur den ihr als Franchisenehmern angeschlossenen Zahnärzten ihr Organisationskonzept zur Verfügung stellt, sondern auch entsprechende Werbemaßnahmen durchführt und daher - wie das Berufungsgericht angenommen hat - nicht (nur) eigennützig, sondern auch im Interesse der Zahnärzte handelt und sich dafür bezahlen lässt, kann auf ei-

nen solchen Umgehungszweck nicht geschlossen werden. Da die Tätigkeit der Beklagten in der Erbringung bestimmter Dienstleistungen besteht, kommen diese schon ihrer Natur nach gerade auch ihren Vertragspartnern zugute. Die Auffassung des Berufungsgerichts, es sei bei der beanstandeten Werbeaktion von einer arbeitsteiligen Werbemaßnahme auszugehen, findet, wie die Revision mit Recht rügt, in den von ihm getroffenen Feststellungen keine Stütze. Nach der Bekundung des vom Berufungsgericht gehörten Mitglieds des Vorstands der Beklagten Dr. J. sind die Details der Werbeaktion nicht mit den Zahnärzten abgestimmt worden. Diese sind vielmehr lediglich unmittelbar vor deren Beginn auf die bereits geplante Werbeaktion hingewiesen worden.

18 3. Ein Wettbewerbsverstoß der Beklagten nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 29 Abs. 1 Satz 2 BO a.F., § 21 Abs. 2 Satz 2 und 3 BO 2006 ist demnach zu verneinen. Soweit die Klägerin die Werbemaßnahme der Beklagten in den Vorinstanzen als irreführend im Sinne der von ihr angeführten berufsrechtlichen Bestimmungen beanstandet hat, hat sie zur Begründung lediglich angeführt, mit den in der Werbemaßnahme der Beklagten verwendeten Begriffen und Schlagwörtern bliebe vieles unklar; ein Informationsbedürfnis werde damit nicht befriedigt. Diesem Vorbringen lässt sich eine irreführende Werbung i.S. von § 5 UWG 2004 schon deshalb nicht entnehmen, weil der Verbraucher bei einer Werbung der vorliegenden Art, wie oben bereits ausgeführt, keine weitergehenden Informationen erwartet. Der von der Klägerin als herabsetzende Werbung mit dem Klageantrag zu c) beanstandete Slogan stellt keine vergleichende Werbung i.S. von § 6 Abs. 1 UWG dar, weil die Aussage keine zumindest mittelbare Bezugnahme auf bestimmte Zahnärzte enthält. Da die Werbung der Beklagten somit auch nicht unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt beanstandet werden kann, steht der Klägerin der geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht zu.

19 III. Das angefochtene Urteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist die Klage auf die Berufung der Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung abzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Bornkamm Schaffert Bergmann

Kirchhoff Koch

Vorinstanzen:
LG Kiel, Entscheidung vom 15.12.2005 - 15 O 139/05 -
OLG Schleswig, Entscheidung vom 12.12.2006 - 6 U 11/06 -