BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 317/02

Verkündet am:
2. Juni 2005
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 2. Juni 2005 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Ullmann und die Richter Prof. Dr. Bornkamm, Pokrant, Dr. Schaffert und Dr. Bergmann

für Recht erkannt:

Die Revision des Beklagten gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. November 2002 wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, daß der Verbotsausspruch wie folgt lautet:

> Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Patienten auf die Möglichkeit des Bezugs von Teststreifen aus einem in seiner Praxis befindlichen Depot eines Sanitätshauses hinzuweisen und entsprechend diesem Hinweis Diabetesteststreifen aus dem Depot abzugeben, soweit diese Vorgehensweise nicht auf Veranlassung des betreffenden Patienten oder anläßlich der Schulung des Patienten oder in Notfällen erfolgt.

Die Kosten der Revision werden dem Beklagten auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Beklagte ist Arzt und betreibt eine Praxis, deren Schwerpunkt auf der Behandlung von an Diabetes erkrankten Personen liegt. Er nimmt an dem von der Betriebskrankenkasse der B. AG geförderten Modellprojekt "Diabetesmanagement L. " teil, mit dem die Diabetesbetreuung durch intensive Zusammenarbeit und Informationsvernetzung zwischen Hausärzten, diabetologischen Schwerpunktpraxen, Kliniken, Apothekern und Krankenkassen flächendeckend verbessert werden soll.

Der Beklagte weist seine Diabetespatienten bei Bedarf in die Benutzung des Meßgeräts zur Bestimmung des Blutzuckerspiegels und der bei jedem Meßvorgang benötigten Diabeteteststreifen ein und führt auch regelmäßig Nachschulungen durch. Er unterhält in seinen Praxisräumen ein Depot eines Sanitätshauses, in dem die Teststreifen vorgehalten werden, und bietet diese seinen Patienten auch unabhängig von Schulungsmaßnahmen an. Der Beklagte macht geltend, daß er die Patienten zuvor darüber informiere, daß die Teststreifen auch in Apotheken, Sanitätshäusern und im Diabetikerversandhandel erhältlich seien.

Die Klägerin ist die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs. Sie hat die Abgabe der Diabeteteststreifen durch den Beklagten als berufsordnungswidrig und insbesondere als Verstoß gegen § 3 Abs. 2 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte vom 14. November 1998 (Rheinisches Ärzteblatt 1999, S. 62 ff.; im weiteren: BOÄ NR) und damit zugleich wettbewerbswidrig beanstandet.

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

Die Bestimmung des § 3 Abs. 2 BOÄ NR hat - wie dieselbe Bestimmung in der im Jahr 1997 erlassenen (Muster-)Berufsordnung der deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO) - folgenden Wortlaut:

> "Ärztinnen und Ärzten ist untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter ihrer Mitwirkung abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der Therapie sind."

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

Das Berufungsgericht (OLG Köln WRP 2003, 405 = GRUR-RR 2003, 285) hat den Beklagten entsprechend dem von der Klägerin nach teilweiser Rücknahme ihrer Berufung gestellten Antrag unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel verurteilt, es zu unterlassen,

> im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Patienten auf die Möglichkeit des Bezugs von Teststreifen aus einem in seiner Praxis befindlichen Depot eines Sanitätshauses hinzuweisen und entsprechend diesem Hinweis Diabetesstreifen aus dem Depot abzugeben, soweit diese Vorgehensweise nicht auf Veranlassung des betreffenden Patienten erfolgt.

Der Beklagte verfolgt mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision seinen Klageabweisungsantrag weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen. In der mündlichen Revisionsverhandlung hat sie klargestellt, daß sich ihr Klagebegehren nicht auf die Fälle erstreckt, in denen die Abgabe der Diabetesteststreifen anläßlich der Schulung des Patienten oder in Notfällen erfolgt.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat einen Anspruch der Klägerin aus §§ 1, 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. i.V. mit § 3 Abs. 2 und § 34 Abs. 5 BOÄ NR bejaht. Dazu hat es ausgeführt:

Der Beklagte verstoße gegen das Verbot in § 3 Abs. 2 BOÄ NR, im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter seiner Mitwirkung abgeben zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts wegen seiner Besonderheit notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sei. Das Verbot beruhe auf der traditionellen Trennung der Tätigkeit der Ärzte einerseits und der Apotheker sowie der Hersteller von medizinischen Hilfsmitteln und sonstigen Medizinprodukten andererseits. Es solle merkantile Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes trennen und außerdem den Mißbrauch des besonderen Vertrauens in den Arztberuf zur Verkaufsförderung solcher Produkte verhindern, die der Patient nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit seiner ärztlichen Betreuung benötige.

Die Aushändigung der Teststreifen an die Patienten sei kein notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie. Nach dem Wortlaut und dem Sinn des § 3 Abs. 2 BOÄ NR sowie dem systematischen Zusammenhang, in dem dieser stehe, sei diese Voraussetzung nur dann erfüllt, wenn die ärztliche Therapie die Abgabe des Produkts an den Patienten gerade durch den Arzt selbst erfordere. Wenn bereits der Verweis an einen bestimmten Anbieter von gesundheitlichen Leistungen nach § 34 Abs. 5 BOÄ NR verboten sei, könne dem Arzt nicht auf der anderen Seite gestattet sein, die betreffenden Produkte sogar selbst abzugeben.

Die Abgabe der Teststreifen durch den Beklagten sei medizinisch nicht geboten. Die Patienten benötigten die Teststreifen für die regelmäßige Blutzuckerkontrolle, die sie mittels der Teststreifen selbständig durchführten. Der Beklagte nehme für sich in Anspruch, daß er seine Patienten regelmäßig ausdrücklich darauf hinweise, daß sie die Teststreifen auch in Apotheken und Sanitätshäusern erwerben könnten.

Der Umstand, daß die Patienten eine Einweisung und nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten auch eine regelmäßige Schulung in der Handhabung der Teststreifen benötigten, mache die Abgabe einer Mehrzahl der Teststreifen nicht zum notwendigen Bestandteil der Therapie. Die Abgabe der bei den Einweisungen und Schulungen benötigten Teststreifen unterfalle nicht dem Streitgegenstand.

Das Verhalten des Beklagten verstoße ferner gegen § 34 Abs. 5 BOÄ NR. Dieser untersage es dem Arzt insbesondere, die Teststreifen anstelle von Apotheken und Sanitätshäusern abzugeben. Der Beklagte habe nicht dargetan, daß für sein Verhalten ein hinreichender Grund i.S. des § 34 Abs. 5 BOÄ NR bestehe. Soweit er behauptet habe, er gebe die Teststreifen zu einem niedrigeren Preis ab als dem, der auf dem örtlichen Markt üblich sei, begründe dies keinen notwendig mit der Abgabe der Teststreifen durch den Beklagten verbundenen Vorteil; denn das Sanitätshaus könne die Teststreifen zu dem angeblich besonders günstigen Preis auch unmittelbar an den Patienten abgeben.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat keinen Erfolg. Der Verbotsausspruch erfaßt entsprechend dem Verständnis des Berufungsgerichts (BU 8) und der hierzu von der Klägerin in der mündlichen Revisionsverhandlung

abgegebenen Erklärung allerdings nicht die Fälle, in denen der Hinweis auf die Abgabe der Diabetesteststreifen aus dem vom Beklagten unterhaltenen Depot anläßlich der Schulung der Patienten oder in Notfällen erfolgt.

1. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die Bestimmungen des am 8. Juli 2004 in Kraft getretenen Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 3. Juli 2004 anzuwenden. Der im Streitfall auf eine Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn die beanstandete Verhaltensweise auch schon zu dem Zeitpunkt wettbewerbswidrig war, zu dem der Rechtsverstoß erfolgt ist (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Urt. v. 20.1.2005 - I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 - Direkt ab Werk).

2. Das Berufungsgericht hat mit Recht angenommen, daß das von der Klägerin beanstandete Verhalten rechts- und wettbewerbswidrig ist, soweit es sich nicht um die Abgabe von Diabetesteststreifen handelt, die anläßlich der Schulung der Patienten oder in Notfällen benötigt werden. Der Klägerin steht der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 2, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG, §§ 1, 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. i.V. mit § 3 Abs. 2 BOÄ NR zu.

a) Die Abgabe der Diabetesteststreifen durch den Beklagten aus dem von ihm unterhaltenen Depot eines Sanitätshauses an seine Patienten stellt die Abgabe einer Ware unter seiner Mitwirkung dar. Sie ist nach § 3 Abs. 2 BOÄ NR unzulässig, soweit sie nicht wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Dies ist der Fall, wenn die Abgabe der Teststreifen anläßlich der Schulung der Patienten oder in Notfällen erfolgt.

aa) Bei der Auslegung des Begriffs des notwendigen Bestandteils ärztlicher Therapie und damit des Umfangs des in § 3 Abs. 2 BOÄ NR enthaltenen Verbots ist zum einen die hinter der Regelung stehende Gemeinwohlerwägung, zum anderen aber auch die Reichweite des Art. 12 GG zu berücksichtigen. Das Verbot dient der Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heilauftrag des Arztes. Der Patient soll darauf vertrauen können, daß sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen, sondern ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten läßt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 26.8.2003 - 1 BvR 1003/02, GRUR 2003, 966, 967 = WRP 2003, 1209 - betr. die Werbung eines Zahnarztes im Internet; Ratzel in: Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte, 3. Aufl., § 3 Rdn. 2). Die Abgabe von in großem Umfang benötigten Verbrauchsprodukten durch den Arzt ist im Regelfall Ausdruck eines rein geschäftsmäßigen Verhaltens, das die Gefahr einer langfristigen negativen Rückwirkung auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung durch eine Orientierung an ökonomischen Erfolgskriterien in sich birgt. Das Verbot in § 3 Abs. 2 BOÄ NR beugt der gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor (vgl. BVerfGE 85, 248, 260).

bb) Das Verbot ist gerechtfertigt, soweit vernünftige Zwecke des Gemeinwohls dies erfordern und den seinen Beruf ausübenden Arzt nicht übermäßig oder unzumutbar treffen (vgl. BVerfGE 85, 248, 260). Allerdings begegnet das Verbot des § 3 Abs. 2 BOÄ NR nicht unmittelbar bestehenden Gesundheitsgefahren, sondern soll lediglich langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung durch eine Kommerzialisierung des Arztberufs verhindern. Dementsprechend ist der Begriff der Produkte, die notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind und daher von Ärzten zulässigerweise abgegeben werden dürfen, weit auszulegen. Es reicht aus, daß der Arzt Einweisungen, Schulungen, Anpassungs- oder Kontrolleistungen oder eine Notfallversorgung für erforderlich erachtet und die Abgabe der Ware in direktem Zusammenhang

damit vornimmt oder veranlaßt. Ein rein geschäftsmäßiges Verhalten liegt dagegen vor, wenn die abgegebenen Verbrauchsprodukte nicht unmittelbar für die genannten Maßnahmen benötigt werden. Soweit ein Arzt eine weitergehende Zusammenarbeit mit einem Leistungsanbieter wünscht, kann er mit diesem eine medizinische Kooperationsgemeinschaft i.S. des § 23b MBO eingehen, soweit die Berufsordnung des Landes eine entsprechende Regelung enthält.

cc) Die Abgabe von Diabetesteststreifen durch den Beklagten erfolgt danach als notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie, wenn die Teststreifen für eine Ersteinweisung oder eine notwendige Nachschulung oder zum Zwecke der Notfallversorgung benötigt werden. Der Umstand, daß die Ersteinweisung oder Nachschulung auch in Apotheken oder Sanitätshäusern durchgeführt werden könnte, steht dem nicht entgegen. Denn es ist Sache des Arztes, im Rahmen seiner Kompetenz zur umfassenden medizinischen Versorgung des Patienten zu entscheiden, ob er solche Schulungs- und Einweisungsmaßnahmen selbst vornehmen oder zumindest von seinem Personal vornehmen lassen will.

dd) Soweit der Beklagte über den zu vorstehend cc) dargestellten Umfang hinaus Diabetesteststreifen an Patienten abgibt, handelt es sich nicht um einen notwendigen Bestandteil der ärztlichen Therapie. Vielmehr ersetzt eine solche Abgabe den Bezug der Teststreifen durch die Patienten von einem ihrer Wahl unterliegenden Leistungsanbieter, nämlich einer Apotheke, einem Sanitätshaus oder einem Diabetikerversandhandel. Dies ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, bereits aus dem eigenen Vortrag des Beklagten, er weise seine Patienten vor der Abgabe der Teststreifen auf alternative Bezugsquellen hin. Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht den Sachvortrag der Parteien in dieser Hinsicht ausgeschöpft; von einer Begründung wird gemäß § 564 Satz 1 ZPO abgesehen.

b) Die vorliegende Beurteilung steht, anders als die Revision meint, nicht in Widerspruch zu den Senatsentscheidungen "Verkürzter Versorgungsweg" (Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080 = WRP 2000, 1121) und "Hörgeräteversorgung" (Urt. v. 15.11.2001 - I ZR 275/99, GRUR 2002, 271 = WRP 2002, 211). Diesen Entscheidungen lagen Sachverhalte zugrunde, bei denen die Mitwirkung des Arztes zur Versorgung der Patienten mit Hörgeräten medizinisch notwendig war. Im Gegensatz dazu ist die Abgabe der Diabetesteststreifen unter Mitwirkung des Beklagten außer in Schulungs- und Notfällen medizinisch nicht geboten. Im übrigen kann das Sanitätshaus, für das der Beklagte ein Depot unterhält, auch ohne Überschreitung der nach § 3 Abs. 2 BOÄ NR für eine Zusammenarbeit mit dem Beklagten bestehenden Beschränkungen eigenständig neben anderen Leistungsanbietern am Wettbewerb teilnehmen, indem es den Patienten die Teststreifen zu wirtschaftlich günstigen Bedingungen unmittelbar zur Verfügung stellt.

c) Der Beklagte handelt, soweit er gegen die Bestimmung des § 3 Abs. 2 BOÄ NR verstößt, einer Vorschrift zuwider, die im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG wie auch der neueren Rechtsprechung des Senats zu § 1 UWG a.F. dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Insbesondere liegt keine reine Marktzutrittsregelung vor. Das in § 3 Abs. 2 BOÄ NR enthaltene Verbot beugt, wie bereits ausgeführt wurde, der gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor. Es will verhindern, daß durch eine Orientierung an ökonomischen Erfolgskriterien statt an medizinischen Notwendigkeiten langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung der Bevölkerung eintreten. Dazu wird neben dem Schutz der Ärzteschaft bei deren Wettbewerb untereinander bezweckt, daß keine über die medizinischen Notwendigkeiten hinausgehende Einflußnahme auf den Wettbewerb unter den weiteren Leistungserbringern erfolgt. Denn gerade diese stellt eine rein geschäftsmäßige Betätigung dar, die dem Berufsbild des Arztes wider-

spricht. Insofern handelt es sich auch nicht um einen Bagatellverstoß i.S. der §§ 3 UWG, 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.

3. Die Formulierung im Verbotsausspruch "..., soweit diese Vorgehensweise nicht auf Veranlassung des betreffenden Patienten erfolgt" trägt dem Umstand Rechnung, daß die Klägerin einen entsprechenden (beschränkten) Verbotsantrag gestellt hat (§ 308 Abs. 1 ZPO). Sie ändert nichts daran, daß der Abgabewunsch eines Patienten für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Verhaltensweise des Beklagten unerheblich ist (vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2005 - I ZR 215/02, Entscheidungsgründe Ziffer II. 2. b) cc)).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

Ullmann Bornkamm Pokrant

Schaffert Bergmann