

BGH, Urt. v. 20. Mai 1999 - I ZR 40/97 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 20. Mai 1999 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Prof. Dr. Mees, Dr. v. Ungern-Sternberg, Dr. Bornkamm und Pokrant

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Hanseatischen Oberlandesgerichts Hamburg, 3. Zivilsenat, vom 12. Dezember 1996 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg, Kammer für Handelssachen 16, vom 9. Februar 1996 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Das beklagte Unternehmen, eine GmbH, hat als Geschäftsgegenstand die Vermittlung von Ärzten in medizinischen Notfällen. Sie nimmt Anrufe von Privatpatienten entgegen und gibt sie an die mit ihr zusammenarbeitenden Ärzte weiter. Diese treten daraufhin unmittelbar mit dem Patienten in Verbin-

dung und suchen ihn – wenn erforderlich – auf. Der Arzt rechnet mit dem Patienten selbst ab und zahlt an die Beklagte für jede Vermittlung 30,-- DM.

In der Ausgabe der Zeitung "B." vom 22./23. Oktober 1994 wurde über die Absicht der Beklagten berichtet, demnächst ihre Tätigkeit im Landkreis C. aufzunehmen.

In der "M. Zeitung" vom 14. Juli 1995 fand sich unter der Rubrik "Für den Notfall", in der neben den Telefonnummern der Polizei und der Feuerwehr ärztliche Notdienste und Notdienstapotheken aufgeführt waren, folgender Hinweis auf die Beklagte:

"Notfalldienst für Privatpatienten: P., Tel. () ."

Die klagende Landesärztekammer ist der Ansicht, die Beklagte unterstütze durch die Veröffentlichung eines solchen Hinweises eine berufswidrige Werbung der ihr angeschlossenen Ärzte für ihre Dienstleistungen.

Sie hat beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs in im Bereich des Freistaates Bayern erscheinenden Medien in Rubriken "Für den Notfall" Hinweise erscheinen zu lassen, in denen hinter dem Text "Notfalldienst für Privatpatienten: P." eine Telefonnummer mitgeteilt wird.



Die Beklagte hat demgegenüber vorgebracht, sie werbe lediglich für die eigene geschäftliche Tätigkeit, nicht für einzelne ärztliche Leistungen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung der Klägerin hat das Berufungsgericht die Beklagte nach dem Klageantrag verurteilt (OLG Hamburg NJWE-WettbR 1997, 194).

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, begehrt die Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Beklagten hat Erfolg.

I. Das Berufungsgericht hat zu Recht – und von der Revision nicht angegriffen – angenommen, daß die Klägerin gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG prozeßführungsbefugt ist (vgl. BGH, Urt. v. 9.7.1998 – I ZR 72/96, GRUR 1999, 179, 180 = WRP 1998, 1071 – Patientenwerbung; Urt. v. 26.11.1998 – I ZR 179/96, WRP 1999, 501, 503 – Implantatbehandlungen).

II. In der Sache selbst hat das Berufungsgericht die Ansicht vertreten, die Beklagte handele wettbewerbswidrig, weil sie mit der Werbung für ihre eigene Tätigkeit eine berufswidrige Werbung der Ärzte, die sie an Privatpatienten vermittele, unterstütze. Nach § 25 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (in der Fassung vom 1. Januar 1994, Bayerisches Ärzteblatt 1993 Nr. 12 S. 1; im folgenden: § 25 BOÄ Bayern 1994) sei dem Arzt jegliche Werbung für sich

untersagt. Er dürfe auch eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Dies geschehe aber bei dem von der Beklagten ins Leben gerufenen System. Diejenigen Ärzte, die der Beklagten zur Verfügung stünden, insbesondere der jeweils in Bereitschaft stehende Arzt, machten unter Mitwirkung der Beklagten gezielt, wenn auch ohne Namensnennung, auf ihre Tätigkeit aufmerksam und forderten Interessenten auf, von ihrem Angebot Gebrauch zu machen. Auch wirtschaftlich werde diese Werbung von den beteiligten Ärzten getragen, weil für jede Vermittlung an die Beklagte 30,-- DM zu zahlen seien. Die Beklagte habe damit gegen Entgelt die Organisation einer Maßnahme übernommen, die den Absatz ärztlicher Dienstleistungen fördere.

III. Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Klägerin hat keinen Anspruch aus § 1 UWG darauf, daß es die Beklagte unterläßt, in Rubriken "Für den Notfall" unter Angabe einer Telefonnummer auf ihren Notfalldienst für Privatpatienten hinzuweisen.

1. Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend und von der Revision unbeanstandet davon ausgegangen, daß die Beklagte nicht nur für sich, sondern auch für die Dienstleistungen der ihr angeschlossenen Ärzte wirbt, wenn sie in Zeitungsrubriken für Notdienste auf ihren eigenen Notfalldienst für Privatpatienten hinweist.

2. Dem Berufungsgericht kann aber nicht darin zugestimmt werden, daß die Beklagte dadurch wettbewerbswidrig handelt.

a) Die Beklagte unterliegt nicht selbst dem für Ärzte geltenden Standesrecht und dessen Werbebeschränkungen. Sie würde aber unmittelbar durch eigenes Verhalten gegen § 1 UWG verstoßen, wenn sie ihren Geschäftsbetrieb

darauf aufbauen würde, daß die mit ihr zusammenarbeitenden Ärzte gegen das für sie geltende berufsrechtliche Werbeverbot verstoßen (vgl. OLG Hamburg GRUR 1988, 141; OLG Stuttgart NJWE-WettbR 1997, 43, 44; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 20. Aufl., § 1 UWG Rdn. 677), oder als Störer in haften (vgl. BGH, Urt. v. 14.4.1994 – I ZR 12/92, GRUR 1996, 905, 907 = WRP 1994, 859 – GmbH-Werbung für ambulante ärztliche Leistungen, m.w.N.), wenn sie wettbewerbswidriges Verhalten dieser Ärzte fördern würde. Verstöße gegen berufsspezifische Werberegeln, die dem Zweck dienen, die Wettbewerbsbedingungen aller Beteiligten einander anzugleichen, begründen in der Regel auch einen Wettbewerbsverstoß, ohne daß es dafür noch auf das Vorliegen weiterer Umstände ankäme (vgl. BGH, Urt. v. 10.4.1997 – I ZR 3/95, GRUR 1997, 909, 911 = WRP 1997, 1059 – Branchenbuch-Nomenklatur; BGH GRUR 1999, 179, 180 – Patientenwerbung; Beschl. v. 29.9.1998 – KVR 17/97, WRP 1999, 200, 202 – Beanstandung durch Apothekerkammer, jeweils m.w.N.).

b) Die beanstandete Werbung für den privatärztlichen Notfalldienst der Beklagten steht jedoch mit dem ärztlichen Berufsrecht in Einklang.

(1) Zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht war das Werbeverbot in § 25 BOÄ Bayern 1994 (wortgleich mit § 25 der Musterberufsordnung der deutschen Ärzte) verankert. Diese Vorschrift hatte folgenden Wortlaut:

"§ 25 Werbung und Anpreisung

- (1) Dem Arzt ist jegliche Werbung für sich oder andere Ärzte untersagt. Er darf eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Dies gilt auch für Ärzte, deren Person oder Tätigkeit in Ankündigungen von Sanatorien,

Kliniken, Institutionen oder anderen Unternehmen anpreisend herausgestellt wird.

- (2) Der Arzt darf nicht dulden, daß Berichte oder Bildberichte mit werbendem Charakter über seine ärztliche Tätigkeit unter Verwendung seines Namens, Bildes oder seiner Anschrift veröffentlicht werden."

In der mit Wirkung vom 1. Januar 1998 in Kraft getretenen Neufassung der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns vom 12. Oktober 1997 (Bayerisches Ärzteblatt 1997 Nr. 11 S. 1; im folgenden: BOÄ Bayern 1998) ist das Werbeverbot für Ärzte in Kap. B § 27 – wortgleich mit Kap. B § 27 der (Muster-)Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (abgedruckt NJW 1997, 3076) – wie folgt festgelegt:

"§ 27 Unerlaubte Werbung, erlaubte sachliche Information über die berufliche Tätigkeit

- (1) Der Arzt darf für seine berufliche Tätigkeit oder die berufliche Tätigkeit anderer Ärzte nicht werben. Sachliche Informationen sind in Form, Inhalt und Umfang gemäß den Grundsätzen des Kapitels D Nrn. 1-6 zulässig.
- (2) Der Arzt darf eine ihm verbotene Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. ..."

Für den vorliegenden Fall ergibt sich aus dieser Neufassung der maßgeblichen Bestimmung der Berufsordnung keine sachliche Änderung. Die in Kap. B § 27 Abs. 1 Satz 2 BOÄ Bayern 1998 angesprochenen Regelungen in Kap. D Nrn. 1-6 der Berufsordnung über die Zulässigkeit sachlicher Informationen sind hier nicht einschlägig.

(2) Die genannten Vorschriften der Berufsordnungen schränken als solche die Freiheit der Berufsausübung nicht unzulässig ein.

Die Freiheit der Berufsausübung schützt nicht nur die berufliche Praxis selbst, sondern auch jede Tätigkeit, die mit der Berufsausübung zusammenhängt und dieser dient. Dies gilt auch für die Außendarstellung von selbständig Berufstätigen durch Werbung (vgl. BVerfGE 94, 372, 389 = GRUR 1996, 899, 902 – Werbeverbot für Apotheker; BVerfG GRUR 1998, 71, 72 – Notarwerbung II; BVerwGE 105, 362, 363 = NJW 1998, 2759). Beschränkungen der Berufsausübungsfreiheit sind mit Art. 12 Abs. 1 GG nur vereinbar, wenn sie vernünftigen Zwecken des Gemeinwohls dienen und den Berufstätigen nicht übermäßig oder unzumutbar treffen (BVerfGE 85, 248, 259; BGH WRP 1999, 501, 504 – Implantatbehandlungen; Urt. v. 3.12.1998 – I ZR 119/96, WRP 1999, 643, 649 f. – Hormonpräparate).

Die in § 25 BOÄ Bayern 1994 und jetzt in § 27 BOÄ Bayern 1998 festgelegte allgemeine Pflicht des Arztes, nicht für seine berufliche Tätigkeit zu werben und auch nicht zu dulden, daß Dritte für ihn werben, ist eine zulässige Beschränkung der Freiheit der Berufsausübung. Das Verbot, Werbung durch Dritte zu dulden (Verbot der mittelbaren Werbung), hat den Zweck, das für Ärzte geltende Werbeverbot zu sichern. Dieses soll nicht dadurch umgangen werden können, daß der Arzt die ihm selbst verbotene Werbung durch andere besorgen läßt. Das Werbeverbot seinerseits beruht auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls. Es soll eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern, die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendete, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind. Hinter diesem Zweck steht wiederum das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung. Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren. Das Werbeverbot beugt damit einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor. Dieser Zweck

rechtfertigt das Werbeverbot und – weil es eine Umgehung dieses Verbots verhindert – auch das Duldungsverbot (vgl. BVerfGE 85, 248, 259 f.; BGH WRP 1999, 501, 504 – Implantatbehandlungen).

Im Hinblick auf die Freiheit der Berufsausübung darf ein berufsrechtliches Werbeverbot aber nicht dahin ausgelegt werden, daß jede Werbung unzulässig ist; ein solches Werbeverbot darf sich vielmehr nur gegen eine berufswidrige Werbung richten (vgl. BVerfGE 71, 162, 164, 174 = GRUR 1986, 382, 385 – Arztwerbung; BVerfG GRUR 1998, 71, 72 – Notarwerbung II; BVerwGE 105, 362, 366 f. = NJW 1998, 2759, 2760). Für interessengerechte und sachangemessene Informationen, die keinen Irrtum erregen, muß im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben (vgl. BVerfGE 82, 18, 28 = NJW 1990, 2122, 2123; BVerfG NJW 1993, 2988 f.).

(3) Die hier zu beurteilende Werbung ist nicht berufswidrig. Die gegenteilige Ansicht des Berufungsgerichts, die allein darauf abstellt, daß die Werbung geeignet sei, den Absatz der Dienstleistungen der vermittelten Ärzte zu fördern, ist mit der Gewährleistung der Freiheit der Berufsausübung durch Art. 12 Abs. 1 GG nicht zu vereinbaren.

Der Betrieb eines privatärztlichen Notfalldienstes ist – wie auch die Klägerin nicht in Abrede stellt – eine grundsätzlich rechtmäßige Tätigkeit. Er erfordert die Einrichtung eines Unternehmens mit Personal und Sachmitteln sowie die Zusammenarbeit mit einer Mehrzahl von Ärzten. Ein privatärztlicher Notfalldienst bietet damit Leistungen an, die ein einzelner Arzt nicht erbringen könnte. Wirtschaftlich erfolgreich kann ein privatärztlicher Notfalldienst aber nur betrieben werden, wenn er auch in der Öffentlichkeit auf seine Organisationsleistungen hinweisen darf. Eine Verurteilung nach dem Klageantrag würde dies je-

doch verhindern, obwohl in der Öffentlichkeit ein Interesse daran besteht, über derartige Dienstleistungsangebote informiert zu werden (vgl. dazu auch BVerfGE 82, 18, 28). Für einen solchen Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung fehlen vernünftige und sachgerechte Gründe.

Der hier beanstandete Hinweis auf den privatärztlichen Notfalldienst der Beklagten beschränkt sich auf eine zurückhaltend gestaltete Information der Öffentlichkeit über das bloße Bestehen dieser Einrichtung. Es werden weder bestimmte Ärzte benannt noch bestimmte ärztliche Leistungen hervorgehoben. Im Vordergrund steht vielmehr die Werbung für das Unternehmen der Beklagten und dessen in der Vermittlung geeigneter Ärzte und in der Organisation eines derartigen Dienstes liegende Leistung. Dadurch unterscheidet sich der vorliegende Fall von der Fallgestaltung, die der Entscheidung "GmbH-Werbung für ambulante ärztliche Leistungen" (BGH GRUR 1996, 905) zugrunde lag, auf die sich das Berufungsgericht in seinen Entscheidungsgründen bezogen hat.

Der Ausspruch des begehrten Verbots würde zudem – wie die Revision mit Recht geltend macht – die Beklagte ohne sachlichen Grund anders behandeln als Notdienste, die gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 SGB V von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen eingerichtet worden sind. Die Beklagte übt – ebenso wie die ihr angeschlossenen Ärzte – bei der Durchführung des privatärztlichen Notfalldienstes eine zulässige Tätigkeit aus. Auf die gemäß § 75 Abs. 1 Satz 2 SGB V eingerichteten ärztlichen Bereitschaftsdienste wird – einem dringenden öffentlichen Informationsinteresse entsprechend – allgemein hingewiesen. So wurde z.B. unter derselben Zeitungsrubrik, in der sich der beanstandete Hinweis auf die Beklagte befand, auch der "Ärztliche Notfalldienst für R." mit der Angabe der Telefonnummer angeführt. Eine solche Sachinformation über die eigene Tätigkeit, die den

von den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen eingerichteten Bereitschaftsdiensten seit jeher ohne weiteres zugestanden wird, kann auch den privaten Einrichtungen nicht verboten werden, die mit Ärzten, die Privatpatienten betreuen wollen, zusammenarbeiten. Dies gilt um so mehr, als zwischen diesen Einrichtungen und den kassenärztlichen Bereitschaftsdiensten ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Denn Vertragsärzte der Krankenkassen werden privat versicherte Patienten, die sich über den kassenärztlichen Bereitschaftsdienst an sie wenden, nach der Lebenserfahrung nicht abweisen und dürfen dies in Notfällen auch nicht (vgl. § 7 Abs. 2 BOÄ Bayern 1998).

(4) Eine Werbung der beanstandeten Art kann allerdings insbesondere im Falle des Mißbrauchs oder der Irreführung wettbewerbswidrig sein, etwa wenn der beworbene Notfalldienst nur vorgeschoben ist und der Sache nach Werbung für einzelne hinter ihm stehende Ärzte betrieben wird oder wenn der Notfalldienst zu einer ordnungsgemäßen Erbringung der zu erwartenden Leistungen nicht in der Lage ist. Wie das Berufungsgericht zutreffend dargelegt hat, stellt der Klageantrag jedoch auf das Vorliegen solcher Umstände nicht ab. Nach dem Klageantrag soll vielmehr die beanstandete Werbung unabhängig vom organisatorischen Umfang und der Leistungsfähigkeit der beworbenen Einrichtung verboten werden.

IV. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben und die Berufung der Klägerin gegen das landgerichtliche Urteil zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Erdmann

Mees

v. Ungern-Sternberg

Bornkamm

Pokrant