



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 213/13

Verkündet am:
12. Februar 2015
Führinger
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ: nein
BGHR: ja

Fahrdienst zur Augenklinik

UWG §§ 3, 4 Nr. 11, § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 2; Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt Erwägungsgrund 33, Art. 2 Abs. 2 Buchst. f; HWG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1; UmwG § 2 Nr. 1, §§ 4 ff., § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, §§ 190 ff., § 202 Abs. 1 Nr. 1; Freistellungs-Verordnung § 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. e

- a) Zu den nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommenen Gesundheitsdienstleistungen gehören auch die Leistungen von Privatkliniken und die Werbung für solche Dienstleistungen.
- b) Der Umstand, dass der Fahrdienst einer Klinik geeignet ist, deren Ansehen beim Publikum allgemein zu steigern, ändert nichts daran, dass der Fahrdienst aus der maßgeblichen Sicht des angesprochenen Verkehrs in erster Linie der Förderung des Absatzes der Dienstleistungen der Klinik dient und damit der Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes eröffnet ist.
- c) Der Formwechsel einer Gesellschaft nach §§ 190 ff. UmwG hat als solcher ebensowenig Auswirkungen auf das Fortbestehen einer in ihrer Person begründeten Gefahr der Wiederholung einer wettbewerbswidrigen Verhaltensweise wie die Aufnahme eines anderen Rechtsträgers nach § 2 Nr. 1, §§ 4 ff. UmwG.
- d) Das Angebot eines kostenlosen Fahrdienstes für die Patienten einer Klinik begründet keine abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten, wenn davon auszugehen ist, dass die Aussicht, den Fahrdienst in Anspruch nehmen zu können, einen Pati-

enten nicht veranlassen kann, weniger intensiv nach einer für ihn geeigneten Behandlung zu suchen.

- e) Der Fahrdienst einer Klinik, der die Abholung des Patienten an einem Sammelpunkt in einer 37 km entfernten Stadt und den Rücktransport des Patienten nach Hause über eine gegebenenfalls noch längere Wegstrecke umfasst, stellt weder eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG noch eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 HWG handelsübliche Nebenleistung dar.
- f) Die Freistellung nach § 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. e der Verordnung über die Befreiung bestimmter Beförderungsfälle von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (Freistellungs-Verordnung) gilt regelmäßig nicht für Transferfahrten, die den Patienten zur Einlieferung in das Krankenhaus hin- oder nach erfolgter Entlassung zurückbefördern.
- g) Bei Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen, kann die Spürbarkeit von Verstößen im Sinne von § 3 UWG nur ganz ausnahmsweise verneint werden.

BGH, Urteil vom 12. Februar 2015 - I ZR 213/13 - OLG Köln
LG Köln

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 12. Februar 2015 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Büscher, die Richter Prof. Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff, die Richterin Dr. Schwonke und den Richter Feddersen

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Köln vom 22. November 2013 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte betreibt in B. -Bad G. eine Augenklinik. Sie geht auf die D. GmbH zurück, die im Frühjahr 2012 im Wege des Formwechsels in die D. AG umgewandelt wurde. Diese wurde im Sommer 2012 als übernehmender Rechtsträger mit einer in W. ansässigen Aktiengesellschaft als übertragendem Rechtsträger verschmolzen. Im Zuge der Verschmelzung nahm die Beklagte die Rechtsform einer Europäischen Aktiengesellschaft (SE) an.

2 Der Kläger betreibt in E. eine augenärztliche Praxis. In seiner Augenbelegabteilung führt er auch stationäre Augenoperationen durch. Im Herbst 2011 stellte er fest, dass die D. GmbH denjenigen Patienten, die sich bei ihr einer Augenoperation unterzogen, einen kostenlosen Fahrdienst zu ihrer Klinik anbot.

3 Der Kläger sieht darin einen Verstoß gegen das heilmittelwerberechtliche Verbot von Werbegaben. Er hat mit seiner Klage beantragt, die Beklagte unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Patienten, die zur Diagnostik oder Operation die Augenklinik der Beklagten in Bad G. aufsuchen müssen, ohne Berechnung von Kosten einen Fahrdienst anzubieten und/oder zur Verfügung zu stellen, bei dem Patienten abgeholt und zur Augenklinik der Beklagten gebracht werden sowie nach der Behandlung wieder nach Hause zurückgebracht werden.

4 Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag, dem das Landgericht stattgegeben hatte, abgewiesen (OLG Köln, GRUR-RR 2014, 172). Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt der Kläger die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

Entscheidungsgründe:

5 I. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag als hinreichend bestimmt und damit zulässig angesehen. Es hat aber gemeint, der Antrag sei zu weit gefasst und damit unbegründet, weil er auch Verhaltensweisen umfasse, die keinen Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG auslösten. Dazu hat es ausgeführt:

6 In den Geltungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes sei eine Werbung - wie hier für Verfahren und Behandlungen im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG - einbezogen, wenn sie produktbezogen sei. Dies setze voraus, dass nach ihrem Gesamterscheinungsbild die Anpreisung bestimmter oder zumindest individualisierbarer Verfahren und Behandlungen im Vordergrund stehe. Es erscheine bereits bedenklich, dass der Kläger der Beklagten jegliches Anbieten oder Zurverfügungstellen eines Fahrdienstes untersagen lassen wolle. Jedenfalls aber erfasse der Antrag des Klägers nicht nur produktbezogene, sondern auch unternehmensbezogene Werbung. Die von der Rechtsprechung geforderte Beurteilung nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung sei im Streitfall nicht möglich, weil der Kläger sich nicht auf eine konkrete Werbeaussage beziehe. Es genüge nicht, dass der Kläger das Angebot des Fahrdienstes (nur) für Patienten beanstande, die zur Diagnostik oder zur Operation die Augenklinik der Beklagten aufsuchen müssten, da der Antrag vernachlässige, dass lediglich die produktbezogene Werbung mit Zugaben unzulässig sei.

7 II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision des Klägers ist begründet und führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das Berufungsgericht hat den vom Kläger gestellten Unterlassungsantrag zwar zutreffend als bestimmt und damit zulässig (dazu unter II 1), zu Unrecht aber als unbegründet angesehen (dazu unter II 2). Da sich seine Entscheidung auch nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (vgl. dazu unter II 3 bis 6), hängt die Frage, ob der streitgegenständliche Unterlassungsanspruch besteht, von tatsächlichen Feststellungen ab, die das Berufungsgericht - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - nicht getroffen hat und in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden können (dazu unter II 7).

8 1. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag mit Recht als hinreichend bestimmt im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO angesehen, obwohl er

allgemein gefasst ist und auf keine konkrete Verletzungsform Bezug nimmt. Soweit Streit darüber besteht, ob eine Zuwendung oder eine sonstige Werbegabe gemäß § 7 HWG unzulässig ist, ist es - ebenso wie bei der Frage, ob Angaben über Heilmittel Werbung sind (vgl. dazu BGH, Urteil vom 29. April 2010 - I ZR 202/07, GRUR 2010, 749 Rn. 22 = WRP 2010, 1030 - Erinnerungswerbung im Internet, mwN) - in aller Regel nicht zweifelhaft, ob ein Anbieten im Sinne der gesetzlichen Bestimmung vorliegt (vgl. Doepner, HWG, 2. Aufl., § 7 Rn. 29; Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius, HWG, 4. Aufl., § 7 Rn. 136; Reinhart in Gröning, Heilmittelwerberecht, 3. Lief. Juni 2009, § 7 HWG Rn. 27). Dies gilt auch im vorliegenden Fall, in dem der Streit der Parteien um die Frage geht, ob das beanstandete Verhalten die Voraussetzungen einer unzulässigen Zuwendung oder sonstigen Werbegabe erfüllt.

9 2. Nicht zugestimmt werden kann dagegen der Beurteilung des Berufungsgerichts, der Unterlassungsantrag des Klägers sei unbegründet, weil er auch Verhaltensweisen erfasse, bei denen keine produktbezogene Werbung vorliege und daher kein Unterlassungsanspruch nach §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 HWG bestehe.

10 a) Das Berufungsgericht ist allerdings mit Recht davon ausgegangen, dass das in § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG geregelte grundsätzliche Verbot des Anbietens, Ankündigens und Gewährens von Werbegaben eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG darstellt, weil es dem Gesundheitsschutz von Verbrauchern dient. Mit der Bestimmung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG soll durch die weitgehende Eindämmung der Werteklame im Bereich der Heilmittel der abstrakten Gefahr begegnet werden, dass Verbraucher bei der Entscheidung darüber, ob und gegebenenfalls welche Heilmittel sie in Anspruch nehmen, durch die Aussicht auf Werbegaben unsachlich beeinflusst werden (BGH, Urteil vom 6. November 2014 - I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 9 = WRP 2015, 565 - Kostenlose Zweitbrille, mwN).

- 11 b) Der Umstand, dass die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken, die keinen mit der Bestimmung des § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt, in ihrem Anwendungsbereich (Art. 3 der Richtlinie) zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat (Art. 4 der Richtlinie; vgl. BGH, Beschluss vom 19. Juli 2012 - I ZR 2/11, GRUR 2012, 1056 Rn. 12 = WRP 2012, 1219 - GOOD NEWS I, mwN), steht der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG im Streitfall nicht entgegen. Die sich aus dieser Vorschrift ergebende Beschränkung der Möglichkeit, mit Werbegaben zu werben, stellt, soweit sie die in § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG aufgeführten Produkte betrifft, eine unionsrechtskonforme nationale Regelung in Bezug auf die Gesundheitsaspekte von Produkten dar, die deshalb gemäß Art. 3 Abs. 3 der Richtlinie 2005/29/EG von dieser unberührt bleibt.
- 12 c) Das Unionsrecht enthält für den Bereich der Werbung für Verfahren und Behandlungen zur Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG - ebenso wie für den Bereich der Werbung für Medizinprodukte gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1a HWG in Verbindung mit § 3 MPG (vgl. dazu BGH, GRUR 2015, 504 Rn. 10 - Kostenlose Zweitbrille) - keine speziellen Bestimmungen.
- 13 Dies gilt auch für die Vorschriften der Richtlinie 2006/123/EG über Dienstleistungen im Binnenmarkt. Nach Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Richtlinie 2006/123/EG findet diese auf Gesundheitsdienstleistungen unabhängig davon keine Anwendung, ob sie durch Einrichtungen der Gesundheitsversorgung erbracht werden, wie sie auf nationaler Ebene organisiert und finanziert sind und ob es sich um öffentliche oder private Dienstleistungen handelt. Bei der Auslegung des danach sehr weit gefassten Begriffs der Gesundheitsdienstleistungen sind neben dem Wortlaut des Art. 2 Abs. 2 Buchst. f der Richtlinie 2006/123/EG der Zweck dieser Vorschrift sowie der systematische Zusammenhang, in dem

sie steht, zu berücksichtigen (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juli 2013 - C-57/12, Rn. 34 bis 36 - Femarbel/COCOM). Nach Erwägungsgrund 22 der Richtlinie soll der Ausschluss des Gesundheitswesens vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG Gesundheitsdienstleistungen und pharmazeutische Dienstleistungen umfassen, die von Angehörigen eines Berufs im Gesundheitswesen gegenüber Patienten erbracht werden, um deren Gesundheitszustand zu beurteilen, zu erhalten oder wiederherzustellen, wenn diese Tätigkeiten in dem Mitgliedstaat, in dem sie erbracht werden, einem reglementierten Gesundheitsberuf vorbehalten sind. Danach gehören zu den vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2006/123/EG ausgenommenen Gesundheitsdienstleistungen die in einer Privatklinik erbrachten ärztlichen Leistungen (vgl. Krames in Schlachter/Ohler, Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008, Art. 2 Rn. 63). Dasselbe gilt wegen des Sachzusammenhangs für die Werbung für solche Dienstleistungen (vgl. Erwägungsgrund 33 der Richtlinie 2006/123/EG für die vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie erfassten Dienstleistungen).

14 d) Die Revision wendet sich mit Erfolg gegen die Annahme des Berufungsgerichts, der Klageantrag erfasse auch zulässige Verhaltensweisen.

15 aa) Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass die Klage in einem solchen Fall insgesamt unbegründet ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 26/08, GRUR 2010, 1122 Rn. 21 = WRP 2010, 1491 - Gas-Heizkessel; OLG Köln, Urteil vom 16. März 2012 - 6 U 113/11, juris Rn. 34, jeweils mwN).

16 bb) Dass es sich im Streitfall entsprechend verhält, hat das Berufungsgericht damit begründet, dass die Beklagte beispielsweise eine zulässige Werbung betreiben würde, wenn sie das Angebot des kostenlosen Fahrdienstes allein als Beleg für eine patienten- und serviceorientierte Grundeinstellung aufführte, ohne zugleich konkrete Verfahren oder Operationen zu benennen. Es hat dabei nicht berücksichtigt, dass eine solche Werbung vom Klageantrag

nicht umfasst wäre. Dieser setzt voraus, dass die Beklagte den kostenlosen Fahrdienst denjenigen Patienten anbietet und erbringt, die ihre Augenklinik zur Diagnostik oder Operation aufsuchen. Der Umstand, dass der beanstandete Fahrdienst der Beklagten geeignet ist, deren Ansehen beim Publikum allgemein zu steigern, ändert nichts daran, dass der Fahrdienst aus der dafür maßgeblichen Sicht des angesprochenen Verkehrs in erster Linie der Förderung des Absatzes der Dienstleistungen der Beklagten dient und damit der Anwendungsbe-
reich des Heilmittelwerbegesetzes eröffnet ist (vgl. BGH, Urteil vom 31. Oktober 2002 - I ZR 60/00, GRUR 2003, 353, 355 f. = WRP 2003, 505 - Klinik mit Be-
legärzten; Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 213/06, BGHZ 180, 355 Rn. 18
- Festbetragsfestsetzung; Urteil vom 26. März 2009 - I ZR 99/07, GRUR 2009,
1082 Rn. 15 = WRP 2009, 1385 - DeguSmiles & more; OLG Rostock, Urteil
vom 14. März 2012 - 2 U 22/10, juris Rn. 32; MünchKomm.UWG/Schaffert,
2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 233 und 249).

17 3. Anders als die Revisionserwiderung meint, erweist sich die vom Beru-
fungsgericht getroffene Entscheidung nicht deshalb als im Ergebnis richtig
(§ 561 ZPO), weil die für den Unterlassungsanspruch erforderliche Wiederho-
lungsgefahr jedenfalls durch die Umwandlung der Beklagten im Wege des
Formwechsels im Frühjahr 2012 oder die Verschmelzung der österreichischen
Aktiengesellschaft auf die Beklagte im Sommer 2012 und die in diesem Zu-
sammenhang vorgenommene nochmalige Umwandlung entfallen ist. Diese
Vorgänge führen nicht zu einem Fortfall der Wiederholungsgefahr. Sie lassen
sich nicht mit den Fällen vergleichen, in denen Organe oder Mitarbeiter einer
auf einen anderen Rechtsträger verschmolzenen Gesellschaft Wettbewerbsver-
stöße begangen haben, ohne dass dadurch nach der Senatsrechtsprechung
beim übernehmenden Rechtsträger eine Wiederholungsgefahr oder eine Erst-
begehungsgefahr begründet wird (BGH, Urteil vom 26. April 2007 - I ZR 34/05,
BGHZ 172, 165 Rn. 11 bis 15 - Schuldnachfolge; Urteil vom 3. April 2008
- I ZR 49/05, GRUR 2008, 1002 Rn. 39 = WRP 2008, 1434 - Schuhpark [zum

Markenrecht]; Urteil vom 18. März 2010 - I ZR 158/07, BGHZ 185, 11 Rn. 40 - Modulgerüst II). Der Formwechsel einer Gesellschaft nach §§ 190 ff. UmwG hat als solcher keine Auswirkungen auf das Fortbestehen einer in ihrer Person begründeten Wiederholungsgefahr, da er die Identität der Gesellschaft gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG unberührt lässt (vgl. K. Schmidt, Festschrift Köhler, 2014, S. 631, 640 unter V 2). Dasselbe gilt bei einer Verschmelzung durch Aufnahme nach § 2 Nr. 1, §§ 4 ff. UmwG, wie sie im Streitfall im Sommer 2012 erfolgt ist, für das Fortbestehen einer in der Person des übernehmenden Rechtsträgers begründeten Wiederholungsgefahr. Dieser Rechtsträger besteht im Gegensatz zum übertragenden Rechtsträger, der nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG mit der Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers kraft Gesetzes erlischt, identisch fort (vgl. § 20 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG; Stengel in Semler/Stengel, UmwG, 3. Aufl., § 2 Rn. 24; K. Schmidt aaO unter V 3 a).

18 4. Die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung erweist sich auch nicht deshalb als im Ergebnis richtig, weil eine Werbegabe im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG nur vorliegt, wenn ihr Anbieten, Ankündigen oder Gewähren die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung des Werbeadressaten begründet (vgl. BGH, GRUR 2015, 504 Rn. 24 - Kostenlose Zweitbrille, mwN). Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Patient, der eine Diagnose oder eine operative Behandlung durch einen Augenarzt benötigt, durch das Angebot des Fahrdienstes der Beklagten veranlasst wird, gerade deswegen deren Dienste in Anspruch zu nehmen. Das reicht für die abstrakte Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung aus.

19 Der abstrakten Gefahr einer unsachlichen Beeinflussung steht nicht entgegen, dass - worauf die Beklagte hingewiesen hat - die Durchführung von Augenoperationen in der Klinik der Beklagten einen drei- bis vierstelligen Euro-

Betrag kostet und dass der Aufwand für den Fahrdienst pro beförderten Patient nicht mehr als zwei Euro betragen soll. Dabei bleibt zum einen unberücksichtigt, dass die Patienten regelmäßig krankenversichert sind und daher für die Operation als solche nichts zu zahlen brauchen und sich allenfalls an den Kosten des stationären Aufenthalts in gewissem Umfang beteiligen müssen. Zum anderen kommt es für die Bemessung des Werts einer Werbegabe bei § 7 HWG im Hinblick auf den Zweck der Vorschrift, eine unsachliche Beeinflussung der Empfänger zu verhindern, auf den Verkehrswert an, den die Werbegabe für den Durchschnittsadressaten hat (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 2012 - I ZR 105/10, GRUR 2012, 1279 Rn. 27 = WRP 2012, 1517 - DAS GROSSE RÄTSELHEFT). Bei diesen Gegebenheiten kann nicht von vornherein davon ausgegangen werden, dass die Aussicht, einen Fahrdienst wie den von der Beklagten betriebenen in Anspruch zu nehmen können, einen Patienten nicht veranlassen kann, weniger intensiv nach einer für ihn geeigneten Behandlung zu suchen.

20 5. Das Urteil des Berufungsgerichts stellt sich weiterhin auch nicht deshalb als im Ergebnis richtig dar, weil der von der Beklagten angebotene Fahrdienst als eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG oder als eine nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 HWG handelsübliche Nebenleistung anzusehen ist.

21 a) Die Wertgrenze für eine geringwertige Kleinigkeit im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Fall 2 HWG hat der Senat bei verschreibungspflichtigen Arzneimitteln vor dem Inkrafttreten des § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 HWG, der seit dem 13. August 2013 jegliche Zuwendungen oder Werbegaben für Arzneimitteln verbietet, die entgegen den auf Grund des Arzneimittelgesetzes geltenden Preisvorschriften gewährt werden, bei einem Euro je Präparat gezogen (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2013 - I ZR 98/12, GRUR 2013, 1264 Rn. 20 = WRP 2013, 1587 - RezeptBonus; Urteil vom 8. Mai 2013 - I ZR 90/12, GRUR 2013, 1262 Rn. 9 bis 12 = WRP 2013, 1590 - Rezept-Prämie). Auch die

bei anderen Werbegaben gegebenenfalls höher anzusetzende Wertgrenze (vgl. BGH, GRUR 2013, 1264 Rn. 19 f. - RezeptBonus) ist bei dem im Streitfall in Rede stehenden Fahrdienst der Beklagten überschritten. Der Fahrdienst der Beklagten umfasst die Abholung des Patienten an einem Sammelpunkt in einer nach Angabe der Beklagten 37 km von ihrer Augenklinik entfernten Stadt und den Rücktransport des Patienten nach Hause über eine gegebenenfalls noch längere Wegstrecke. Der Wert dieser Leistung liegt aus der maßgeblichen Sicht des Patienten, der vor einer unsachlichen Beeinflussung bewahrt werden soll, über der für solche Werbegaben allenfalls noch in Betracht kommenden Wertgrenze von 5 € (vgl. Brixius in Bülow/Ring/Artz/Brixius aaO § 7 Rn. 60 und 117 f.).

22 b) Als nach § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 HWG zulässige handelsübliche Nebenleistung gilt gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 2 HWG insbesondere eine im Hinblick auf den Wert der Ware oder Leistung angemessene teilweise oder vollständige Erstattung oder Übernahme von Fahrtkosten für Verkehrsmittel des öffentlichen Nahverkehrs, die im Zusammenhang mit dem Besuch des Geschäftslokals oder des Orts der Erbringung der Leistung aufgewendet werden darf. Für einen dem Patienten - wie im Streitfall - angebotenen privaten Fahrdienst gilt diese Regelung nicht. Sie ist im vorliegenden Fall auch nicht entsprechend anwendbar.

23 6. Die vom Berufungsgericht getroffene Entscheidung erweist sich ferner nicht im Hinblick auf die bis zum 11. Mai 2012 in § 1 Nr. 4 Buchst. e und seither in § 1 Satz 1 Nr. 4 Buchst. e der Verordnung über die Befreiung bestimmter Beförderungsfälle von den Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes (Freistellungs-Verordnung) enthaltene Regelung als im Ergebnis richtig. Nach der genannten Vorschrift sind Beförderungen von Kranken aus Gründen der Beschäftigungstherapie oder zu sonstigen Behandlungszwecken durch Krankenhäuser oder Heilanstalten mit eigenen Kraftfahrzeugen von den Vorschriften

des Personenbeförderungsgesetzes freigestellt. Die Freistellung setzt danach voraus, dass die Beförderung entweder zum Zwecke einer Beschäftigungstherapie eines in stationärer Behandlung befindlichen Patienten erfolgt oder einem sonstigen Behandlungszweck - etwa Anwendungen außerhalb der Klinik - eines solchen Patienten dient. Damit sind Transferfahrten, die den Patienten zur Einlieferung in das Krankenhaus hin- oder nach erfolgter Entlassung zurückbefördern, von dieser Freistellung regelmäßig nicht umfasst (vgl. VG Augsburg, Urteil vom 4. August 2009 - Au 3 K 08.1669, juris Rn. 41 ff., 43 und 47; Bidinger, Personenbeförderungsrecht, Anhang zu B § 1, Lief. 1/12, § 1 Rn. 82; Fromm/Fey/Sellmann/Zuck, Personenbeförderungsrecht, 3. Aufl., § 1 FreistellungsVO Rn. 10).

24 7. Das Berufungsgericht hat zu der - vom Landgericht unter anderem unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, GRUR-RR 2013, 130, 131 f. verneinten - Frage, ob der beanstandete Fahrdienst der Beklagten eine (handelsübliche) Nebenleistung im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Halbsatz 1 HWG darstellt, keine Feststellungen getroffen. Da die entsprechenden Feststellungen auf tatrichterlichem Gebiet liegen, können sie in der Revisionsinstanz nicht nachgeholt werden.

25 Die Nachholung der entsprechenden Feststellungen erübrigt sich nicht deshalb, weil der von der Beklagten gegebenenfalls begangene Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Satz 1 HWG als immerhin nicht spürbar im Sinne von § 3 UWG anzusehen wäre. Bei Vorschriften, die dem Schutz der Gesundheit der Verbraucher dienen, kann die Spürbarkeit von Verstößen nur ganz ausnahmsweise verneint werden. So hat der Senat die Spürbarkeit eines Verstoßes gegen eine landesrechtliche Bestimmung, die Krankentransporte durch private Unternehmer einem Genehmigungsvorbehalt unterstellte, in einem Fall verneint, in dem der Beförderer zwar über die nach dem am Zielort des Transports geltenden Landesrecht erforderliche Genehmigung,

nicht aber über die nach dem am Ausgangsort geltenden Landesrecht erforderliche Genehmigung verfügt hat, die Erteilung der Genehmigung nach dem Recht des Ausgangsorts aber nicht von im Interesse der beförderten Personen bestehenden weitergehenden Voraussetzungen abhing als die Erteilung der Genehmigung nach dem Recht des Zielorts (BGH, Urteil vom 15. Januar 2009 - I ZR 141/06, GRUR 2009, 881 Rn. 17 = WRP 2009, 1089 - Überregionaler Krankentransport). Weiterhin hat der Senat angenommen, dass ein Verstoß gegen die arzneimittelrechtlichen Preisbestimmungen dann nicht geeignet ist, die Interessen von Mitbewerbern und sonstigen Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen, wenn die für eine entsprechende Heilmittelwerbung nach § 7 HWG bestehenden Grenzen eingehalten sind (BGH, Urteil vom 9. September 2010 - I ZR 193/07, GRUR 2010, 1136 Rn. 24 = WRP 2010, 1482 - UNSER DANKE SCHÖN FÜR SIE; vgl. allerdings oben Rn. 21 zu § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 2 HWG in der seit 13. August 2013 geltenden Fassung). Eine entsprechende oder damit immerhin vergleichbare Interessenlage liegt im Streitfall nicht vor.

26

III. Da dem Senat nach den vorstehenden Ausführungen eine eigene Sachentscheidung verwehrt ist, ist die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Schwonke

Feddersen

Vorinstanzen:

LG Köln, Entscheidung vom 25.04.2013 - 31 O 588/12 -

OLG Köln, Entscheidung vom 22.11.2013 - 6 U 91/13 -