



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 51/04

Verkündet am:  
1. März 2007  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ : nein  
BGHR : ja

Krankenhauswerbung

UWG § 8 Abs. 3 Nr. 2

Für die Annahme, dass ein Verband eine im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG erhebliche Zahl von Unternehmern als Mitglieder hat, kommt es nicht darauf an, ob diese Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichem Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem maßgeblichen Markt tätigen Unternehmern repräsentativ sind.

HeilmittelwerbeG § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4

Der Tatbestand des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG setzt voraus, dass die Werbung geeignet ist, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken (Aufgabe von BGH, Urt. v. 26.10.2000 - I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 = WRP 2001, 400 - TCM-Zentrum).

BGH, Urt. v. 1. März 2007 - I ZR 51/04 - OLG Frankfurt a.M.  
LG Fulda

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 1. März 2007 durch die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Bergmann und Dr. Kirchhoff

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des 14. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 10. Februar 2004 aufgehoben.

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

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Der Kläger ist ein eingetragener Verein, dessen satzungsmäßige Aufgabe es ist, die Einhaltung der Regeln des lautereren Wettbewerbs zu überwachen. Die Beklagte, die Stadt F. , ist die Trägerin des Eigenbetriebs Klinikum F. (im Weiteren als "Klinikum" bezeichnet). Sie gibt die Informationsschrift "Medi-

zin für O. - Aktuelle Informationen aus dem führenden Krankenhaus der Region" heraus. In den Ausgaben 1/02 und 2/02 dieser Informationsschrift, die als Beilage zur F. Tageszeitung verteilt wurden, waren Angehörige der Heilberufe in der typischen weißen Berufskleidung, zum Teil bei beruflichen Tätigkeiten, abgebildet. Entsprechende Darstellungen enthält auch der Internetauftritt des Klinikums.

2 Der Kläger hat diese Werbung als unzulässige Öffentlichkeitswerbung (im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG) und als wettbewerbswidrig beanstandet. Er hat beantragt, der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen,

im geschäftlichen Verkehr außerhalb der Fachkreise für Heilbehandlungen mit bildlichen Darstellungen von Personen in Berufskleidung und/oder bei Ausübung der Tätigkeit als Angehörige der Heilberufe (gemäß dem Druck "Medizin für O. ", Nr. 1/02, Internet-Ausdruck v. 17.05.2002 und/oder "Medizin für O. ", Nr. 2/02) zu werben.

3 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen.

4 Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben.

5 Mit der (vom Senat zugelassenen) Revision verfolgt der Kläger seinen Klageantrag weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

- 6 I. Das Berufungsgericht hat die Klage für unzulässig erachtet, weil der Kläger im Streitfall nicht als Verband zur Förderung gewerblicher Interessen i.S. des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG (a.F.) klagebefugt sei. Ihm gehöre keine erhebliche Zahl von Unternehmen an, die Wettbewerber des Klinikums auf demselben räumlichen und sachlichen Markt seien. Hierzu hat es ausgeführt:
- 7 Zu den mit dem Klinikum im Wettbewerb stehenden Mitgliedern des Klägers gehörten die Unternehmen, die bundesweit oder im Raum O. Heilbehandlungen im weitesten Sinne anböten. Die für den räumlichen Markt maßgebliche Geschäftstätigkeit des Klinikums erstreckte sich auf den Raum O. , in dem auch die beanstandete Informationsschrift verteilt werde. Der Umstand, dass die Beklagte ihr Klinikum auch im Internet bewerbe, führe zwar dazu, dass die Information zwangsläufig potentielle Verbraucher in aller Welt erreiche; eine Erweiterung des räumlichen Marktes werde damit aber nicht angestrebt und trete auch nicht ein. Auch wenn mittlerweile wohl jedes Krankenhaus sein Angebot im Internet präsentiere, sei die wohnortnahe Versorgung im Bereich der Akutmedizin noch immer die Regel. Das Klinikum werbe nicht mit Behandlungen, die eine hohe Spezialisierung voraussetzten und nicht auch in jedem anderen Krankenhaus der Maximalversorgung vorgenommen werden könnten.
- 8 In sachlicher Hinsicht sei auf den Markt für Heilbehandlungen abzustellen. Hersteller und Versandhändler von Arzneimitteln kämen als Wettbewerber eines Akutkrankenhauses nicht ernsthaft in Betracht. Die beanstandete Werbung könne auch nicht den Absatz der Waren von Herstellern oder Händlern

von Naturheilmitteln, Nahrungsergänzungsmitteln und Medizintechnik beeinträchtigen. Die sieben Kliniken und Kurkliniken, die dem Kläger als Mitglieder angehörten und dem Klinikum auf demselben räumlichen und sachlichen Markt begegneten, stellten keine repräsentative Anzahl von Mitbewerbern dar.

9           II. Die Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

10           1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Klagebefugnis des Klägers nicht bereits daraus folgt, dass er zu den in § 1 UKlaV aufgeführten auskunftsberechtigten Wettbewerbsverbänden zählt (vgl. BGH, Urt. v. 16.11.2006 - I ZR 218/03, WRP 2007, 778 Tz 12 - Sammelmitgliedschaft V, m.w.N.).

11           2. Die Annahme des Berufungsgerichts, der Kläger sei auch nicht nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. (nunmehr: § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG) klagebefugt, ist jedoch nicht frei von Rechtsfehlern.

12           a) Die bis zum Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 in § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F. und seither in § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG enthaltene Regelung der Voraussetzungen, unter denen ein Verband zur Förderung gewerblicher Interessen wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche geltend machen kann, betrifft sowohl die prozessuale Klagebefugnis als auch die sachlich-rechtliche Anspruchsberechtigung. Dementsprechend muss der Verband nicht nur im Zeitpunkt der beanstandeten Wettbewerbshandlung klagebefugt gewesen sein; seine Klagebefugnis muss vielmehr auch im Revisionsverfahren noch fortbestehen. Bei der Prüfung, ob dies der Fall ist, ist der Senat auch als Revisionsgericht nicht an die tatsächlichen Fest-

stellungen des Berufungsgerichts gebunden (vgl. BGH, Urt. v. 18.5.2006 - I ZR 116/03, GRUR 2006, 873 Tz 14 = WRP 2006, 1118 - Brillenwerbung, m.w.N.). Das Revisionsgericht hat vielmehr selbständig festzustellen, ob die Voraussetzungen für die Klagebefugnis erfüllt sind. Dabei ist grundsätzlich zu verlangen, dass die Tatsachen, aus denen sich die Klagebefugnis ergibt, spätestens im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben (BGH WRP 2007, 778 Tz 14 - Sammelmitgliedschaft V, m.w.N.).

13            b) Die Klagebefugnis eines Verbands nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.) setzt voraus, dass dieser die Interessen einer erheblichen Zahl von Unternehmern wahrnimmt, die auf demselben Markt tätig sind wie der Wettbewerber, gegen den sich der Anspruch richtet. Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergibt sich, dass dem Kläger sieben Kliniken und Kurkliniken angehören, die dem Klinikum auf dem Markt für Heilbehandlungen begegnen. Die Beurteilung des Berufungsgerichts, der Kläger habe durch die Benennung dieser Mitglieder die Voraussetzungen für seine Klagebefugnis nicht dargetan, wird von der Revision mit Erfolg angegriffen.

14            aa) Der Begriff der Waren oder Dienstleistungen gleicher oder verwandter Art im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.) ist weit auszulegen. Die beiderseitigen Waren oder Dienstleistungen müssen sich ihrer Art nach so gleichen oder nahestehen, dass der Absatz des einen Unternehmers durch irgendein wettbewerbswidriges Handeln des anderen beeinträchtigt werden kann. Es reicht aus, dass eine nicht gänzlich unbedeutende potentielle Beeinträchtigung mit einer gewissen, wenn auch nur geringen Wahrscheinlichkeit in Betracht gezogen werden kann. Ein entsprechendes Wettbewerbsverhältnis wird wesentlich durch die gemeinsame Zugehörigkeit zur selben

Branche oder zu zumindest angrenzenden Branchen begründet. Dabei ist auf Seiten des in Anspruch Genommenen auf den Branchenbereich abzustellen, dem die beanstandete Wettbewerbshandlung zuzurechnen ist (vgl. BGH, Urt. v. 16.3.2006 - I ZR 103/03, GRUR 2006, 778 Tz 19 = WRP 2006, 1023 - Sammelmitgliedschaft IV; BGH WRP 2007, 778 Tz 17 - Sammelmitgliedschaft V). Das ist hier der Branchenbereich der Heilbehandlungen. Danach hat das Berufungsgericht mit Recht angenommen, dass die Klinik für "naturgemäße Ganzheitsmedizin" in G. , die bundesweit agierende neurologische Klinik in B. , die Migräneklinik in K. , die Klinik in N. und die drei bundesweit tätigen Kurkliniken, die sämtlich Mitglieder des Klägers sind, bei der Beurteilung zu berücksichtigen sind, ob dieser nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.) klagebefugt ist. Nicht maßgeblich ist, ob das Klinikum der Beklagten gerade bei den Waren oder Dienstleistungen, die mit den beanstandeten Wettbewerbsmaßnahmen beworben worden sind, mit diesen Unternehmen im Wettbewerb steht.

- 15           bb) Die danach als Wettbewerber des Klinikums zu berücksichtigenden sieben Mitglieder des Klägers sind eine erhebliche Zahl von Unternehmern im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG (§ 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG a.F.). Erheblich in diesem Sinn ist die Zahl der Mitglieder des Verbands auf dem einschlägigen Markt dann, wenn diese Mitglieder als Unternehmer, bezogen auf den maßgeblichen Markt, in der Weise repräsentativ sind, dass ein missbräuchliches Vorgehen des Verbands ausgeschlossen werden kann. Dies kann auch schon bei einer geringen Zahl auf dem betreffenden Markt tätiger Mitglieder anzunehmen sein (vgl. BGH WRP 2007, 778 Tz 18 - Sammelmitgliedschaft V, m.w.N.). Darauf, ob diese Verbandsmitglieder nach ihrer Zahl und ihrem wirtschaftlichem Gewicht im Verhältnis zu allen anderen auf dem Markt tätigen Unternehmern repräsentativ sind, kommt es nicht an.

16 III. Danach ist das angefochtene Urteil aufzuheben und die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Dieses wird im wiedereröffneten Berufungsverfahren zu prüfen haben, ob die beanstandete Werbung der Beklagten gegen § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG verstößt.

17 1. Dabei wird zunächst zu prüfen sein, ob bzw. inwieweit es sich bei dieser Werbung um eine an § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG zu messende produktbezogene Werbung oder aber um eine sog. Imagewerbung handelt, die der Steigerung des Ansehens des Unternehmens dienen soll und von vornherein vom Anwendungsbereich des Heilmittelwerbegesetzes ausgenommen ist (vgl. zu der nach dem Gesamterscheinungsbild der Werbung vorzunehmenden Abgrenzung BGH, Urt. v. 6.7.2006 - I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Tz 23 = WRP 2006, 1370 - Kunden werben Kunden; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl., § 4 UWG Rdn. 11.134; MünchKomm.UWG/Schaffert, § 4 Nr. 11 Rdn. 208, jeweils m.w.N.).

18 2. Nach § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG darf für Verfahren und Behandlungen außerhalb der Fachkreise im Sinne von § 2 HWG nicht mit der bildlichen Darstellung von Personen in der Berufskleidung geworben werden, wenn sich die dabei gemachten Werbeäußerungen auf die Erkennung, Beseitigung oder Linderung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden bei Mensch oder Tier beziehen. Diese Regelung gilt, da § 11 HWG keine dem § 12 Abs. 2 Satz 2 HWG entsprechende Einschränkung enthält, auch für die Werbung von Kliniken, Sanatorien und Kuranstalten (vgl. BGH, Urt. v. 26.6.1970 - I ZR 14/69, GRUR 1970, 558, 560 - Sanatorium I; Urt. v. 28.3.1985 - I ZR 42/83, GRUR 1985, 936, 937 = WRP 1985, 483 - Sanatorium II).



19

3. Die Bestimmung des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG soll insbesondere verhindern, dass durch Abbildungen der Eindruck erzeugt wird, das fragliche Heilmittel oder Behandlungsverfahren werde fachlich empfohlen oder angewendet, und dass die Autorität der Heilberufe dazu ausgenutzt wird, direkt oder indirekt die Vorstellung besonderer Wirksamkeit bestimmter Präparate oder Behandlungen zu wecken (BGH GRUR 1985, 936 - Sanatorium II; BGH, Urt. v. 26.10.2000 - I ZR 180/98, GRUR 2001, 453, 455 = WRP 2001, 400 - TCM-Zentrum). Die Vorschrift ist vom historischen Gesetzgeber als abstrakter Gefährdungstatbestand verstanden und vom Senat bisher auch so ausgelegt worden (vgl. BGH GRUR 1985, 936, 937 - Sanatorium II; GRUR 2001, 453, 455 - TCM-Zentrum). An dieser Auslegung kann jedoch mit Rücksicht auf die Tragweite der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit, die durch § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG eingeschränkt wird, nicht festgehalten werden. Im Anschluss an die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Heilmittelwerberecht (vgl. insbesondere - zu § 10 Abs. 1 HWG - BVerfG GRUR 2004, 797) ist vielmehr eine einschränkende Auslegung der

Vorschrift geboten. Der Tatbestand des § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 HWG setzt danach voraus, dass die Werbung geeignet ist, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken (vgl. auch Ring in Bülow/Ring, HWG, 3. Aufl., § 11 Abs. 1 Nr. 4 Rdn. 32a f.).

v. Ungern-Sternberg

Büscher

Schaffert

Bergmann

Kirchhoff

Vorinstanzen:

LG Fulda, Entscheidung vom 03.02.2003 - 2 O 511/02 -

OLG Frankfurt in Kassel, Entscheidung vom 10.02.2004 - 14 U 72/03 -