



# BUNDESGERICHTSHOF

## IM NAMEN DES VOLKES

### URTEIL

I ZR 75/05

Verkündet am:  
29. Mai 2008  
Walz  
Justizamtsinspektor  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: \_\_\_\_\_ nein  
BGHR: \_\_\_\_\_ ja

Ernährungsberatung

UWG §§ 3, 4 Nr. 11;  
Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Hessen (1998) § 3 Abs. 2

Ein Arzt, der in den Räumen seiner Praxis eine gewerbliche Ernährungsberatung durchführt, handelt weder berufsrechtswidrig noch wettbewerbswidrig, wenn er diese Tätigkeit im Übrigen von seiner freiberuflichen ärztlichen Tätigkeit in zeitlicher, organisatorischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht getrennt hält.

BGH, Urt. v. 29. Mai 2008 - I ZR 75/05 - OLG Frankfurt a.M.  
LG Darmstadt

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 2008 durch die Richter Dr. Bergmann, Prof. Dr. Büscher, Dr. Schaffert, Dr. Kirchhoff und Dr. Koch

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 14. April 2005 aufgehoben.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Landgerichts Darmstadt - 1. Kammer für Handelssachen - vom 23. März 2004 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte bietet über sogenannte Ernährungsberater ein "B. Diät- und Ernährungsprogramm" zur Gewichtsreduktion an.

2 In ihrem Internetauftritt vom 22. Juli 2003 wandte sich die Beklagte unter der Überschrift "Der richtige Partner für Sie auf dem Weg in die Zukunft" (Anlage K 1, S. 3) an Ärzte und warb für die Vorteile eines "nachfrageorientiert agierenden Dienstleistungsunternehmens Arztpraxis". Dabei führte sie unter anderem aus:

"Als Arzt wird Ihnen in der Bevölkerung eine besonders hohe Beratungskompetenz zum Themenkomplex 'Gesunde Ernährung' zugesprochen. Mit dem medizinisch gestützten **B.** Diät- und Ernährungsprogramm haben Sie die Möglichkeit, Ihr Leistungsspektrum jenseits der heilkundlich orientierten Tätigkeit durch eine qualifizierte Ernährungsberatung zu erweitern."

3 Unter der Überschrift "Informationen zu Gewerbe und Recht" (Anlage K 1, S. 4) hieß es unter anderem:

"Sofern die gewerbliche Ernährungsberatung und die freiberufliche ärztliche Tätigkeit organisatorisch, wirtschaftlich und rechtlich voneinander getrennt durchgeführt werden, steht das ärztliche Berufsrecht einer gewerblichen Tätigkeit nicht entgegen. Mit der Trennung ist insbesondere gemeint, dass die gewerbliche Tätigkeit außerhalb der Sprechstundenzeiten und Behandlungszeiten stattfindet. Darüber hinaus müssen Kassen, Bankkonten sowie Sach- und Arbeitsmittel von Gewerbe und Arztpraxis getrennt verwaltet werden."

4 In steuerrechtlicher Hinsicht sei "insbesondere sicherzustellen, dass ... die Kosten für Einrichtung, Räume, Telefon, Porto etc., die sowohl für die Arztpraxis als auch für die Ernährungsberatung anfallen, beiden Unternehmen anteilig zugerechnet werden".

5 In einem von der Beklagten bei Schulungen für Berater verwendeten Arbeitsblatt (Anlage K 5) findet sich unter dem Stichwort "Örtliche Trennung" die Angabe:

"Optimal ist die örtliche Trennung zwischen Arztpraxis und Gewerberaum.

Mehrfachnutzung vorhandener Praxisräume unterliegt jedoch keiner Beschränkung der Berufsordnung. (BGH in NJW 89/2324)."

6 Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., mahnte die Beklagte wegen dieser Werbung ab. Die Beklagte verpflichtete sich daraufhin, es zu unterlassen, bei Ärzten ein Konzept zu bewerben und/oder umzusetzen, das vorsieht, dass Ärzte das "B. Diät- und Ernährungsprogramm" empfehlen und/oder vertreiben, soweit im gesamten Kontext der Werbung oder Umsetzung nicht darauf hingewiesen wird, dass die Empfehlung und/oder die Anwendung und/oder der Vertrieb organisatorisch und zeitlich von der ärztlichen Niederlassung getrennt sein müssen.

7 Nach Ansicht der Klägerin verstößt ein Arzt, der gewerbliche Ernährungsberatung in den Räumen seiner Praxis betreibt, gegen § 3 Abs. 2 und § 34 Abs. 5 der Berufsordnung für die Ärztinnen und Ärzte in Hessen (v. 2.9.1998 [HÄBl. 10/1998, S. I], zul. geänd. am 10.4.2007 [HÄBl. 5/2007, S. 325]; im Weiteren: BOÄ). Die Beklagte veranlasse durch ihre Werbung Ärzte zu einem solchen berufs- und zugleich wettbewerbswidrigen Verhalten.

8 Die im ersten Rechtszug unterlegene Klägerin hat im Berufungsverfahren zuletzt beantragt,

es der Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei Ärzten ein Konzept zu bewerben, das vorsieht, dass Ärzte das B. Diät- und Ernährungsprogramm empfehlen und/oder vertreiben, und hierbei den Eindruck zu vermitteln, der Arzt dürfe die Empfehlung und/oder die Anwendung und/oder den Vertrieb des B.-Programms ohne eine (auch) räumliche Trennung von der Arztpraxis vornehmen, wenn dies geschieht wie in der Anlage K 1, Seite 3 und 4 mit den Überschriften: "Der richtige Partner für Sie auf dem Weg in die Zukunft" und "Informationen zu

Gewerbe und Recht" und/oder wie im Anhang zu Anlage K 5 "Arbeitsblatt Rechtsgrundlage".

9                Ferner hat die Klägerin von der Beklagten die Bezahlung von Abmahnkosten in Höhe von 189 € nebst Zinsen begehrt.

10              Das Berufungsgericht hat der Klage bis auf einen Teil des Zinsanspruchs stattgegeben (OLG Frankfurt GRUR-RR 2005, 230).

11              Die Beklagte, die der Klage entgegengetreten ist, verfolgt mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision ihren Antrag auf Klageabweisung weiter. Die Klägerin beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

#### Entscheidungsgründe:

12              I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

13              Der Unterlassungsantrag in der zuletzt gestellten Form sei hinreichend bestimmt und gehe auch nicht zu weit. Seine Begründetheit folge daraus, dass die Beklagte die mit der streitgegenständlichen Werbung angesprochenen Ärzte zu einem gemäß §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 3 Abs. 2 BOÄ wettbewerbswidrigen Verhalten anstifte. Das in § 3 Abs. 2 BOÄ geregelte Verbot solle verhindern, dass das besondere Vertrauen in den Arztberuf zur Verkaufsförderung von Produkten missbraucht werde, die die Patienten nicht notwendigerweise im Zusammenhang mit ihrer Behandlung benötigten, und stelle damit eine zulässige Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit dar. Ein unzulässiger Zusammenhang zwischen gewerblicher und ärztlicher Tätigkeit liege vor, wenn kon-

krete Berührungspunkte zwischen den beiden Tätigkeiten den angesprochenen Verbrauchern den Eindruck nahelegten, der Arzt trete ihnen bei seiner gewerblichen Tätigkeit insofern "wie ein Arzt" gegenüber, als er seine Empfehlungen und Ratschläge unvoreingenommen, nur dem gesundheitlichen Wohl der Ratsuchenden dienend und unbeeinflusst von kommerziellen Interessen gebe. Die Nutzung der Praxisräume für den Vertrieb eines Diät- und Ernährungsprogramms vermittele einen solchen Eindruck auch dann, wenn die gewerbliche Tätigkeit organisatorisch getrennt und außerhalb der Sprechzeiten stattfinde. Soweit die kommerzielle Orientierung erkannt werde, bestehe die Gefahr, dass das Vertrauen in den Arztberuf Schaden nehme. Dass die als Arzt begründete Vertrauenswürdigkeit auf die an gleicher Stelle ausgeübte Beratungstätigkeit übergreife, sei das Ziel der Werbung der Beklagten, in der auf die in der Bevölkerung vorhandene besonders hohe Beratungskompetenz der Ärzte zum Themenkomplex "Gesunde Ernährung" hingewiesen werde. Unstreitig seien bereits zahlreiche Ärzte als B. -Diät- und Ernährungsberater in ihren Praxisräumen tätig geworden. Es sei wettbewerbswidrig, dass die Beklagte mit der beanstandeten Werbung ihren Wettbewerb planmäßig durch die Veranlassung Dritter zur Verletzung der diesen obliegenden Standespflichten zu Lasten rechtstreuer Mitbewerber fördere.

14            Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten sei unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag gegeben und in der geltend gemachten Höhe angemessen; der Zinsanspruch sei in der sich aus § 288 Abs. 1 BGB ergebenden Höhe begründet.

15            II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision der Beklagten ist begründet und führt zur Wiederherstellung des die Klage abweisenden Urteils erster Instanz. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Be-

klagte die mit der streitgegenständlichen Werbung angesprochenen Ärzte zu einem berufs- und wettbewerbswidrigen Verhalten veranlasst.

- 16            1. Das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin, das auf Wiederholungsgefahr gestützt ist, setzt voraus, dass das beanstandete Wettbewerbsverhalten der Beklagten zur Zeit seiner Begehung im Jahr 2003 einen Unterlassungsanspruch begründet hat und dieser auch auf der Grundlage der nunmehr geltenden Rechtslage noch gegeben ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 20.12.2007 - I ZR 205/04, GRUR 2008, 275 Tz. 20 = WRP 2008, 356 - Versandhandel mit Arzneimitteln, m.w.N.). Die nach Ansicht der Klägerin verletzten berufsrechtlichen Bestimmungen in § 3 Abs. 2 und § 34 Abs. 5 BOÄ sind insoweit unverändert geblieben. Für die wettbewerbsrechtliche Beurteilung sind nunmehr die §§ 3, 4 Nr. 11 UWG einschlägig (vgl. BGH, Urt. v. 2.6.2005 - I ZR 215/02, GRUR 2005, 875, 876 f. = WRP 2005, 1240 - Diabetesteststreifen). Nach dem zum Zeitpunkt der streitgegenständlichen Werbung noch geltenden § 1 UWG a.F. kam es darauf an, ob die Beklagte die mit der Werbung angesprochenen Ärzte planmäßig zu Verstößen gegen für diese bindendes Recht aufforderte, um sich durch entsprechende Gesetzesverstöße dieser Ärzte Vorteile gegenüber solchen Wettbewerbern zu verschaffen, die die Rechtsverbindlichkeit der betreffenden Regelung anerkannten (vgl. BGH, Urt. v. 4.10.1990 - I ZR 299/88, GRUR 1991, 540, 542 = WRP 1991, 157 - Gebührenausschreibung; Urt. v. 28.9.2000 - I ZR 141/98, GRUR 2001, 255, 256 = WRP 2001, 151 - Augenarztanschreiben; Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rdn. 11.21).

- 17            2. Das Berufungsgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Beklagte mit der streitgegenständlichen Werbung eine Anstiftung der angesprochenen Ärzte zu einem berufswidrigen Verhalten begangen hat. Denn die angespro-

chenen Ärzte verstießen, wenn sie sich wie in der streitgegenständlichen Werbung als zulässig dargestellt verhielten, weder - wie das Berufungsgericht angenommen hat - gegen § 3 Abs. 2 BOÄ noch auch - wie die Klägerin weiterhin geltend gemacht hat - gegen § 34 Abs. 5 BOÄ.

18 a) Die Beklagte weist in der von der Klägerin beanstandeten Werbung darauf hin, dass die gewerbliche Ernährungsberatung und die freiberufliche ärztliche Tätigkeit organisatorisch, wirtschaftlich und rechtlich voneinander getrennt durchgeführt werden müssen. Das Unterlassungsbegehren der Klägerin wendet sich lediglich dagegen, dass die Werbung der Beklagten nicht darüber hinaus auch eine räumliche Trennung der gewerblichen Ernährungsberatung von der Arztpraxis fordert. Es ist folglich nur begründet, wenn die berufsrechtlichen Bestimmungen eine solche Trennung erfordern. Dies ist nicht der Fall.

19 b) Nach § 3 Abs. 2 BOÄ ist es dem Arzt unter anderem untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung seiner ärztlichen Tätigkeit gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit diese nicht wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind. Bei der Auslegung des für den Anwendungsbereich der Norm maßgeblichen Begriffs des Zusammenhangs ist neben der hinter der Regelung stehenden Gemeinwohlerwägung auch die Reichweite des Grundrechts der Berufsfreiheit gemäß Art. 12 GG zu berücksichtigen. Das in § 3 Abs. 2 BOÄ bestimmte 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 GRUR 2003, 966, 967 = WRP 2003, 1209 zur Werbung eines Zahnarztes im Internet; BGH GRUR 2005, 875, 876 - Diabetesteststreifen; Ratzel in Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der

deutschen Ärzte, 4. Aufl., § 3 Rdn. 2). Das Verbot in § 3 Abs. 2 BOÄ beugt damit der gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor und ist daher nur insoweit gerechtfertigt, als vernünftige Zwecke des Gemeinwohls dies erfordern und den seinen Beruf ausübenden Arzt nicht übermäßig oder unzumutbar treffen (vgl. BVerfGE 85, 248, 260 = NJW 1992, 2341). Bei der Bestimmung der Reichweite des Verbots ist insbesondere zu beachten, dass mit ihm nicht unmittelbar bestehenden Gesundheitsgefahren begegnet werden soll, sondern lediglich langfristig negative Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung durch eine Kommerzialisierung des Arztberufs verhindert werden sollen. Es ist daher grundsätzlich eine enge Auslegung des in § 3 Abs. 2 BOÄ enthaltenen Verbotstatbestands geboten (vgl. BGH GRUR 2005, 875, 876 - Diabetesteststreifen).

20 c) Bei der Beurteilung der Frage, ob die von der Beklagten den angesprochenen Ärzten vorgeschlagene gewerbliche Betätigung bei Verwendung der eigenen Praxisräume notwendigerweise berufsrechtswidrig ist, ist außerdem in Rechnung zu stellen, dass Ärzten eine gewerblich-unternehmerische Tätigkeit auf dem Gebiet des Heilwesens grundsätzlich nicht untersagt ist (vgl. BVerfGE 71, 183, 195, 196 = GRUR 1986, 387, 390; BGH, Urt. v. 26.4.1989 - I ZR 172/87, GRUR 1989, 601 = WRP 1989, 585 - Institutswerbung). Dem Arzt ist daher gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 BOÄ neben der Ausübung seines Berufs die Ausübung einer anderen Tätigkeit nicht grundsätzlich verboten, sondern im Grundsatz erlaubt und nur dann untersagt, wenn die Tätigkeit mit den ethischen Grundsätzen des ärztlichen Berufs nicht vereinbar ist. Ebenso ist dem Arzt die Hergabe seines Namens in Verbindung mit einer ärztlichen Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke nach § 3 Abs. 1 Satz 2 BOÄ nicht schlechthin, sondern nur dann verboten, wenn dies in unlauterer Weise geschieht. Dementsprechend ist die Klägerin auch nicht gegen das von der Be-

klagten beworbene und vertriebene, Ärzte mit einbeziehende Geschäftsmodell als solches, sondern allein gegen dessen Durchführung in den Praxisräumen des jeweils mit eingebundenen Arztes vorgegangen.

21 d) Danach wäre ein die Berufsrechtswidrigkeit des Verhaltens der Ärzte gemäß § 3 Abs. 2 BOÄ begründender Zusammenhang nur dann zu bejahen, wenn anzunehmen wäre, dass gerade von der Abhaltung der Informationsveranstaltungen in den Praxisräumen des Arztes eine nicht gänzlich unerhebliche Wirkung in Richtung auf eine gesundheitspolitisch unerwünschte Kommerzialisierung des Arztberufs ausgehen wird. Das ist aber nicht der Fall.

22 Die Beklagte wendet sich mit ihrem "B. Diät- und Ernährungsprogramm" zur Gewichtsreduktion an diejenigen - weiten - Teile der Bevölkerung, die mit Übergewicht zu kämpfen haben. Diesen ist geläufig, dass Übergewicht zwar nicht stets krankhaft ist, eine Ernährungsberatung mit dem Ziel der Gewichtsreduktion aber sinnvollerweise auch die insoweit gewonnenen medizinischen Erkenntnisse berücksichtigen sollte. Eine solche Beratung wird daher - zumal im Hinblick darauf, dass entsprechende Beratungsaktionen bereits in der Vergangenheit wiederholt von Krankenkassen und Gesundheitsämtern durchgeführt worden sind - als sinnvoll und nicht ungewöhnlich empfunden. Die betreffenden Personen werden die Mitwirkung von Ärzten an dem von der Beklagten angebotenen Diät- und Ernährungsprogramm daher nach der Lebenserfahrung nicht als Anzeichen dafür ansehen, dass sich die Ärzte inzwischen zunehmend als Gewerbetreibende verstehen und ihr Verhalten dementsprechend nicht mehr in erster Hinsicht an den gesundheitlichen Interessen ihrer Patienten, sondern an ökonomischen Erfolgskriterien ausrichten. Dies gilt auch dann, wenn die Beratung durch den Arzt in dessen Praxisräumen erfolgt.

23 e) Die Klage ist auch nicht, wie die Revisionserwiderung unter Hinweis auf den entsprechenden vorinstanzlichen Vortrag der Klägerin geltend macht, aus § 34 Abs. 5 BOÄ begründet. Danach ist es dem Arzt nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat, zielen das Klagebegehren und insbesondere der von der Klägerin gestellte Unterlassungsantrag nicht darauf ab, die mögliche Veranlassung einer Verweisung von Patienten durch die mit der streitgegenständlichen Werbung angesprochenen Ärzte an die Beklagte zu unterbinden.

24 3. Da nach allem der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch nicht gegeben ist, steht der Klägerin auch kein Anspruch auf Ersatz von Abmahnkosten zu.

25 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 ZPO.

Bergmann

Büscher

Schaffert

Kirchhoff

Koch

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 23.03.2004 - 12 O 563/03 -

OLG Frankfurt/Main, Entscheidung vom 14.04.2005 - 6 U 111/04 -