

Blutspendedienst – Werbung für Aufwandsentschädigung verstößt nicht gegen Werbeverbot

Amtlicher Leitsatz:

Der bloße Hinweis in der Werbung eines Blutspendedienstes, dass den Spendern eine Aufwandsentschädigung gewährt werden kann, die sich am unmittelbaren Aufwand orientiert (§ 10 Satz 2 Transfusionsgesetz), verstößt nicht gegen das Werbeverbot nach § 7 Abs. 3 HWG.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 30.04.2009

Az.: I ZR 117/07

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2009 durch die Richter ...

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 20. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 3. Juli 2007 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Wuppertal vom 17. Januar 2007 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Kläger.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Parteien unterhalten Blutspendedienste, die dafür werben, Blut zu spenden. Sie arbeiten gespendetes Blut zu Blutprodukten auf, die sie dann veräußern. Die Beklagte schaltete am 19. Oktober 2005 in der Zeitschrift „WR“ die nachfolgend wiedergegebene Anzeige, in der es unten in einem grau unterlegten Block heißt: „Übrigens: ,Der spendenden Person kann eine Aufwandsentschädigung gewährt werden, die sich an dem unmittelbaren Aufwand je nach Spendeart orientieren soll‘ (Transfusionsgesetz § 10,2)“.

(Abbildung der streitgegenständlichen Anzeige)

Die Klägerin hat den in der Anzeige enthaltenen Hinweis auf Zahlung einer Aufwandsentschädigung wegen Verstoßes gegen das Werbeverbot nach § 7 Abs. 3 HWG als wettbewerbswidrig beanstandet.

Sie hat beantragt,

der Beklagten unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu untersagen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit der Zahlung einer Aufwandsentschädigung für eine Blutspendeentnahme zu werben, wenn dies in Form einer wörtlichen Wiedergabe von § 10 Satz 2 Transfusionsgesetz – wie in der ... (in Kopie) wiedergegebenen Anzeige der Beklagten vom 19. Oktober 2005 in der Zeitschrift „WR“ geschehen – erfolgt.

Die Beklagte hat geltend gemacht, bei dem in der Anzeige enthaltenen Hinweis auf die Aufwandsentschädigung durch Wiedergabe des Wortlauts von § 10 Satz 2 des Transfusionsgesetzes (TFG) handele es sich um eine sachliche Information, von der keine Anlockwirkung auf potentielle Blutspender ausgehe.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß verurteilt. Die Berufung der Beklagten ist ohne Erfolg geblieben.

Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihr Klageabweisungsbegehren weiter.

Entscheidungsgründe:

I.

Das Berufungsgericht hat unter weitgehender Bezugnahme auf seine im vorangegangenen Verfügungsverfahren erlassenen Entscheidung (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2007, 117) angenommen, der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch sei gemäß § 8 Abs. 3, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 7 Abs. 3 HWG begründet. Dazu hat es ausgeführt:

Die Werbeanzeige der Beklagten verstoße gegen das Werbeverbot des § 7 Abs. 3 HWG, das allerdings nicht einschränkungslos gelte. Es sei auf die reklamehafte, anpreisende, die Aufwandsentschädigung als Anlockmittel in den Vordergrund stellende Werbung beschränkt. Eine sachliche Information über die Zahlung einer Aufwandsentschädigung i.S. des § 10 Satz 2 TFG für eine Blutspende werde von dem Verbot nicht umfasst. Aufgrund dieser einschränkenden Auslegung des in Rede stehenden Werbeverbots verstoße die Vorschrift des § 7 Abs. 3 HWG nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

Die beanstandete Werbung informiere nicht sachlich über die Zahlung einer Aufwandsentschädigung, sondern stelle diese besonders heraus und locke Spender durch einen finanziellen Anreiz an. Der Umstand, dass der Werbetext keine Anhaltspunkte für die Höhe der Entschädigung enthalte, steigere noch die Gewinnerwartung bei bestimmten potentiellen Spendern. Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 HWG solle verhindern, dass zu Risikogruppen gehörende potentielle Spender durch einen finanziellen Anreiz angelockt würden. Bei einer werblichen Hervorhebung der Aufwandsentschädigung bestehe ersichtlich die Gefahr, dass gerade auch Risikogruppen in besonderer Weise angesprochen würden.

II.

Die gegen diese Beurteilung gerichteten Angriffe der Revision führen zur Abweisung der Klage.

1. Auf das in die Zukunft gerichtete Unterlassungsbegehren der Klägerin sind die Bestimmungen des am 30. Dezember 2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 22. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2949) anzuwenden, mit dem die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken umgesetzt worden ist. Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch zur Zeit der Begehung im Oktober 2005 wettbewerbswidrig war. Eine für die Beurteilung des Streitfalls maßgebliche Änderung der Rechtslage ist nicht eingetreten.

Die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken hat auf den Streitfall keine Auswirkungen. Die Richtlinie umfasst nach den Vorgaben in Art. 2 lit. d nur Maßnahmen, die der Absatzförderung dienen. Für den Nachfragewettbewerb, um den es im vorliegenden Fall geht, hat der europäische Gesetzgeber keine Harmonisierung vorgesehen (Köhler in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 27. Aufl., § 2 Rdn. 38; Bornkamm ebd. § 5 Rdn. 2.32). Die Vorschrift des § 4 Nr. 11 UWG ist durch das UWG-Änderungsgesetz vom 22. Dezember 2008 nicht verändert worden. Die Änderungen in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG und § 3 UWG sind für den Streitfall ohne Bedeutung. Das beanstandete Verhalten der Beklagten erfüllt sowohl die Voraussetzungen einer Wettbewerbshandlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2004 als auch diejenigen einer geschäftlichen Handlung nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG 2008.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts verstößt es nicht gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V. mit § 7 Abs. 3 HWG, in der beanstandeten Weise mit einer Aufwandsentschädigung für Blutspenden zu werben.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass

es sich bei § 7 Abs. 3 HWG um eine Vorschrift handelt, die (auch) dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (vgl. zu § 7 Abs. 1 HWG BGH, Urt. v. 6.7.2006 – I ZR 145/03, GRUR 2006, 949 Tz. 25 = WRP 2006, 1370 – Kunden werben Kunden).

b) Ebenfalls mit Recht ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass es sich bei der beanstandeten Anzeige um Werbung i.S. des § 1 HWG handelt.

c) Indessen stellt nicht jeder in einer Werbeanzeige enthaltene Hinweis auf die dem Blutspender gewährte Aufwandsentschädigung einen Verstoß gegen das Werbeverbot des § 7 Abs. 3 HWG dar. Hiervon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat zutreffend angenommen, dass es der Beklagten schon im Hinblick auf das Grundrecht der freien Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG nicht verwehrt werden kann, sachlich darüber zu informieren, dass – der gesetzlichen Regelung in § 10 TFG entsprechend – dem Blutspender zwar kein Entgelt gezahlt, ihm aber eine Aufwandsentschädigung gewährt wird. Zu Unrecht hat das Berufungsgericht aber die konkrete Ausgestaltung des (zulässigen) Hinweises auf die Gewährung einer Aufwandsentschädigung in der Anzeige als übertrieben reklamehaft beanstandet. Die vom Berufungsgericht vorgenommene Abwägung zwischen dem Gewicht des Werbeverbots nach § 7 Abs. 3 HWG und der Schwere des Eingriffs in das Grundrecht der Beklagten auf freie Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 GG hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

aa) Die für die Werbeverbote des Heilmittelwerbegesetzes maßgebenden gesetzlichen Ziele des Gesundheitsschutzes stellen zwar hinreichende Gründe des Gemeinwohls dar, die Einschränkungen von Grundrechten des Werbenden wie insbesondere der Berufsausübungs- und der Meinungsfreiheit rechtfertigen können. Aus dem Umstand, dass die Bestimmung des § 7 Abs. 3 HWG ebenso wie die anderen Werbeverbote dem Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes dient, folgt jedoch nur, dass diese Regelung als allgemeines Gesetz die

Beklagte nicht in ihrem Recht auf freie Berufsausübung gemäß Art. 12 Abs. 1 GG verletzt. Dies steht aber nicht der Beurteilung entgegen, dass die Anwendung dieser Vorschrift im Streitfall zu einer spezifischen Verletzung des Grundrechts der Beklagten auf freie Berufsausübung führte (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 20.3.2007 – 1 BvR 1226/06, GRUR 2007, 720, 721 ff. – Geistheiler; BGH, Urt. v. 26.3.2009 – I ZR 213/06 Tz. 20 – Festbetragsfestsetzung). Das in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG eingreifende Werbeverbot nach § 7 Abs. 3 HWG kann nur dann ausgesprochen werden, wenn es seinerseits durch kollidierendes Verfassungsrecht oder durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschl. v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03, GRUR 2004, 797, 798 – (Botox-)Faltenbehandlung, zu § 10 Abs. 1 HWG). Letzteres kann der Fall sein, wenn die konkrete Werbemaßnahme geeignet ist, unsachlich zu beeinflussen und dadurch zu einer zumindest mittelbaren Gesundheitsgefährdung zu führen (BGH, Urt. v. 6.5.2004 – I ZR 265/01, GRUR 2004, 799, 800 = WRP 2004, 1163 – Leber-trankapseln; Urt. v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, GRUR 2007, 809 Tz. 19 = WRP 2007, 1088 – Krankenhauswerbung).

Diese Auslegung steht im Einklang mit Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie 2002/98/EG zur Feststellung der Qualitäts- und Sicherheitsstandards für die Gewinnung, Testung, Verarbeitung, Lagerung und Verteilung von menschlichem Blut und Blutbestandteilen. Diese Richtlinie verlangt von den Mitgliedstaaten Maßnahmen zur Förderung freiwilliger, unbezahlter Blutspenden, damit Blut und Blutbestandteile weitestgehend aus solchen Spenden stammen und eine hohe Qualität und Sicherheit des Spendenmaterials gewährleistet ist. Nach Erwägungsgrund 23 dieser Richtlinie sind freiwillige, unbezahlte Blutspenden ein Faktor, der zu hohen Qualitäts- und Sicherheitsstandards für Blut- und Blutbestandteile und somit zum Gesundheitsschutz beitragen kann. Die Regelung des Art. 20 Abs. 1 der Richtlinie (EG) Nr. 2002/98 bezweckt ein Werbeverbot für Blutspenden gegen Entgelt, verbietet aber weder die Gewährung einer

Aufwandsentschädigung noch eine entsprechende sachliche Information (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit und Soziale Sicherung, BT-Drucks. 15/4174, S. 13; Gesetzesentwurf der Bundesregierung betreffend eines Gesetzes zur Regelung des Transfusionswesens, BT-Drucks. 13/9594, S. 20).

bb) Das Berufungsgericht hat eine mittelbare Gesundheitsgefährdung bejaht. Es hat angenommen, das Werbeverbot gemäß § 7 Abs. 3 HWG solle verhindern, dass wegen eines finanziellen Anreizes unerwünschte Spendenwillige (etwa Drogenabhängige) angelockt würden, da bei diesem Personenkreis die Gefahr bestehe, dass sie ihre Zugehörigkeit zu einer Risikogruppe verschwiegen, weil sie dringend auf das Geld aus der Blutspende angewiesen seien. Die von der Klägerin beanstandete Anzeige der Beklagten informiere nicht allein sachlich über die Zahlung einer Aufwandsentschädigung, sondern stelle diese besonders heraus. Dadurch erlange die Aufwandsentschädigung die Funktion eines finanziellen Anreizes, mit dem potentielle Spender angelockt würden. Die reklamehafte Herausstellung der Aufwandsentschädigung geschehe dadurch, dass der Hinweis darauf gegenüber dem sonstigen Anzeigentext, der auch Informationen zum Ablauf und zu Spendentermeninen enthalte, gestalterisch besonders herausgehoben werde. Erreicht werde dies durch die Einleitung mit „übrigens“ und die Verwendung eines Fettdrucks. Zudem erstrecke sich der Hinweis über die gesamte Breite der Anzeige, wodurch er zusätzlich hervorgehoben werde. Der anlockende, reklamehafte Aspekt werde des Weiteren durch den Bezug zu dem übrigen Werbetext hervorgerufen, in dem das Spenden als „völlig unkompliziert“ und „entspannend“ geschildert werde. Auf diese Weise stelle die Anzeige die Gewährung einer Entschädigung in den Vordergrund und wecke entsprechende Erwartungen beim Leser.

Der mit dem Verbot verbundene Eingriff in das Recht der Beklagten auf freie Berufsausübung sei demgegenüber nur sehr

gering, weil ihr nicht jede Werbung für Blutspenden und auch nicht die sachliche Information über die Zahlung einer Aufwandsentschädigung untersagt werde. Verboten werde der Beklagten nur die reklamehafte Herausstellung und Anpreisung der finanziellen Vorteile.

cc) Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat zu strenge Anforderungen an eine sachliche Information über die Möglichkeit der Gewährung einer Aufwandsentschädigung gestellt und zudem den primären Schutzzweck des § 7 Abs. 3 HWG nicht genügend berücksichtigt.

(1) Der Wortlaut des § 7 Abs. 3 HWG verbietet zwar jede Werbung „mit der Zahlung einer finanziellen Zuwendung oder Aufwandsentschädigung“. Nach seinem Sinn und Zweck ist das Werbeverbot – wovon auch das Berufungsgericht ausgegangen ist – jedoch einschränkend auszulegen. Es erfasst nicht schlechthin jede Form von Werbung mit der Gewährung einer Aufwandsentschädigung.

Die Vorschrift des § 7 Abs. 3 HWG wurde während der Beratungen des Gesetzentwurfs eines Ersten Gesetzes zur Änderung des Transfusionsgesetzes und arzneimittelrechtlicher Vorschriften (BT-Drucks. 15/3593) als Art. 2a von dem Ausschuss für Gesundheit und Soziale Sicherheit in das Gesetzgebungsverfahren eingebracht (BT-Drucks. 15/4174). Wie sich der Begründung der Beschlussempfehlung entnehmen lässt, ging es darum, den Eindruck zu vermeiden, dass mit der Entnahme von Blut, Blutplasma oder Gewebe oder ihrer Beschaffung ein finanzieller Gewinn gemacht werden könne. Es dürfe nicht der Eindruck entstehen, dass der menschliche Körper oder seine Teile bloße Handelsobjekte seien. Daraus wird deutlich, dass die Vorschrift des § 7 Abs. 3 HWG in erster Linie ethische Ziele verfolgt und nicht unmittelbar dem Gesundheitsschutz derjenigen Personen dient, die gespendetes Blut empfangen. Auf der anderen Seite wird in der Begründung auch ausdrücklich betont, dass die Gewährung einer Aufwandsentschädigung

legitimen Interessen der spendenden Personen entspreche und damit der Versorgung der Bevölkerung mit Blut und Plasma diene. Es besteht daher nicht nur ein berechtigtes Interesse der Spendeeinrichtungen, die eine Aufwandsentschädigung gewähren, über diesen Umstand zu informieren; die Information liegt vielmehr auch im öffentlichen Interesse daran, dass genügend Menschen sich zu Blut- und Plasmaspenden bereitfinden (v. Auer/Seitz, Kommentar zum Transfusionsgesetz, 10. Lfg. 2006, § 10 Rdn. 10). Die allgemeine Information über die nach § 10 Satz 2 TFG bestehende Möglichkeit der Gewährung einer Aufwandsentschädigung kann danach nicht schon deswegen ausgeschlossen werden, wenn sie in einen werblichen Zusammenhang gestellt wird (v. Auer/Seitz aaO § 10 Rdn. 11; Gröning, Kommentar zum Heilmittelwerberecht, 3. Aktualisierungslieferung 2009, § 7 HWG Rdn. 58).

(2) Vor diesem Hintergrund hat das Berufungsgericht bei seiner Würdigung der in Rede stehenden Anzeige zu strenge Anforderungen an das Vorliegen einer sachlichen Information gestellt und auch den Schutzbereich des Rechts auf freie Berufsausübung nicht genügend berücksichtigt.

In der beanstandeten Anzeige wird über die Möglichkeit der Gewährung einer Aufwandsentschädigung durch die wortgetreue Wiedergabe des Gesetzestextes von § 10 Satz 2 TFG informiert. Diese Art der Information kann grundsätzlich nicht gemäß § 7 Abs. 3 HWG untersagt werden. Über gesetzliche Regelungen kann im Allgemeinen am sachlichsten durch die wortgetreue Wiedergabe des Gesetzestextes informiert werden. Auch die äußere Gestaltung des Hinweises rechtfertigt nicht die Annahme einer besonderen reklamehaften Herausstellung. Sie kann weder dem vorangestellten Wort „übrigens“ noch der drucktechnischen Gestaltung entnommen werden. Zwar ist der Hinweis auf die gesetzliche Regelung in § 10 Satz 2 TFG in Fettdruck und über gesamte Breite der Anzeige wiedergegeben; sie entspricht in der Schriftgröße aber dem Fließtext und ordnet sich insgesamt der in deutlich größeren Buchstaben gesetzten Überschrift

unter. Ebenso wenig wird eine übertrieben reklamehafte Hervorhebung durch den Bezug zum übrigen Werbetext hervorgerufen. Der sonstige Text der Anzeige zielt darauf ab, mögliche Hemmungen gegenüber dem Blutspenden abzubauen und stellt dementsprechend das Blutspenden als einen „völlig unkomplizierten“ und „entspannenden“ Vorgang dar. Mit dem Hinweis auf die gesetzliche Regelung in § 10 Satz 2 TFG hat dies nicht unmittelbar etwas zu tun. Gleiches gilt für die Bildunterschrift „Spende Blut. Fühl Dich gut.“. Diese Aussage steht weder gestalterisch noch inhaltlich im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Aufwandsentschädigung. Der Beklagten kann schließlich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nicht entgegengehalten werden, dass die zu gewährende Aufwandsentschädigung in der beanstandeten Anzeige nicht beziffert ist. Zum einen muss sich die Entschädigung am Aufwand des Spenders orientieren. Zum anderen kann von der Nennung eines bestimmten Betrages – der Entwurf des Transfusionsgesetzes nannte bereits im Jahre 1998 einen Betrag in der Größenordnung von 50 DM (BT-Drucks. 13/9594, S. 20) – eine deutlich höhere Anlockwirkung ausgehen als von dem allgemein gehaltenen Hinweis. Unter diesen Umständen kann gegen die – auch in der Kommentarliteratur empfohlene (v. Auer/Seitz aaO § 10 Rdn. 11) – Wiedergabe des Gesetzestextes nichts eingewandt werden.

III.

Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Da keine weiteren Feststellungen zu treffen sind (§ 563 Abs. 3 ZPO), ist die Klage auf die Berufung der Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung abzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Vorinstanzen:

LG Wuppertal, Entscheidung vom 17.01.2007 – 15 O 92/06

OLG Düsseldorf, Entscheidung vom 03.07.2007 – I-20 U 19/07 –