

# Werbung für Eizellspende im Ausland nicht wettbewerbswidrig

Bundesgerichtshof

Urteil vom 08.10.2015

Az.: I ZR 225/13

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 8. Oktober 2015 für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten wird das Urteil des 5. Zivilsenats des Kammergerichts vom 8. November 2013 aufgehoben.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil der Zivilkammer 15 des Landgerichts Berlin vom 9. August 2011 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten der Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

## **Tatbestand**

Der Kläger ist Facharzt für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie. Er ist am Fertility Center Berlin tätig, an dem Kinderwunschbehandlungen durchgeführt werden. Der Beklagte ist Facharzt für Gynäkologie und Frauenheilkunde und am Institut für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie (IVF) in der Tschechischen Republik tätig. In den Häusern des IVF in Pilsen und Karlsbad werden ebenfalls Paare mit unerfülltem Kinderwunsch behandelt.

Das IVF führte im Jahr 2008 in deutschen Städten Informationsveranstaltungen unter dem Titel „Vom Kinderwunsch zum Wunschkind, ungewollt kinderlos – muss das sein?“ durch, um Patientinnen für eine Behandlung in seinen Häusern zu gewinnen. Auf einer Veranstaltung in Hamburg am 7. März 2008 hielt der Beklagte einen Vortrag über die Möglichkeiten der Kinderwunschbehandlung in den verschiedenen Ländern der Europäischen Union. Er führte dabei aus, die in den Häusern des IVF erreichte Schwangerschaftsrate sei doppelt so hoch wie bei in Deutschland durchgeführten Behandlungen. Weiterhin stellte der Beklagte die Möglichkeit einer Eizellspende vor. In diesem Zusammenhang wies er darauf hin, dass die Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten der Europäischen Union unterschiedlich ist. Dazu führte er aus, dass die in Deutschland verbotene Einpflanzung einer fremden Eizelle in der Tschechischen Republik zulässig ist.

Nach Behauptung des Klägers hat der Beklagte bei der Veranstaltung am 7. März 2008 erklärt, in Deutschland ansässige Ärzte nähmen Voruntersuchungen an interessierten Spenderinnen und, wenn diese geeignet seien, Stimulationen vor, um reife Eizellen zu erzeugen. Der Beklagte habe zudem geäußert, in Hamburg ansässige Ärzte behandelten vorbereitend Empfängerinnen von gespendeten Eizellen. Der Beklagte habe dadurch zumindest die Gefahr geschaffen, dass in Deutschland praktizierende Ärzte durch die Vorbehandlung von Besucherinnen der Veranstaltung Eizellspenden am IVF in der Tschechischen Republik förderten. Wegen der dadurch begründeten Erstbegehungsgefahr einer strafbaren Beihilfe zu Verstößen gegen den in Deutschland geltenden Straftatbestand der Eizellspende sei das Verhalten des Beklagten wettbewerbswidrig.

Der Kläger hat beantragt, es dem Beklagten unter Androhung bestimmter Ordnungsmittel zu verbieten, auf Informationsveranstaltungen dafür zu werben, dass die Institute für Reproduktionsmedizin und Endokrinologie in der

Tschechischen Republik Kinderwunschbehandlungen im Wege der Eizellspende anbieten, wenn dabei gleichzeitig darauf hingewiesen wird, dass auch in Deutschland niedergelassene Ärzte die für die Eizellspende erforderliche Stimulation der Eizellspenderinnen oder Vorbehandlung der Eizellempfängerinnen vornehmen.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat zur antragsgemäßen Verurteilung des Beklagten geführt (KG, MedR 2014, 498). Mit seiner vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, erstrebt der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

## **Entscheidungsgründe**

I. Das Berufungsgericht hat angenommen, dem Kläger stehe der geltend gemachte Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 Embryonenschutzgesetz (ESchG) zu. Dazu hat es ausgeführt:

Der Beklagte habe nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme geäußert, es gebe in Hamburg Ärzte, die Frauen für eine Eizellspende vorbehandelten. Er habe dadurch die naheliegende Gefahr eines künftigen Verstoßes gegen den im Embryonenschutzgesetz geregelten Straftatbestand der Eizellspende geschaffen. Der Hinweis des Beklagten auf zur Vorbehandlung bereite Ärzte in Hamburg habe die Besucherinnen der Veranstaltung bestärken sollen, in Deutschland entsprechende Ärzte zu suchen und sich bei ihnen einer vorbereitenden Behandlung für die Spende eigener oder die Empfängnis fremder Eizellen am IVF in der Tschechischen Republik zu unterziehen. Im naheliegenden Fall der Realisierung eines derartigen Geschehensablaufs beteilige sich der Beklagte in strafbarer Weise – bei einer Eizellübertragung durch einen am IVF tätigen Kollegen als Gehilfe, im Falle der eigenen Behandlung als Täter – daran, dass der vorbehandelnde

Arzt eine in Deutschland strafbare Beihilfe zu einer hier unzulässigen Eizellspende vornehme. Damit bestehe eine Erstbegehungs-gefahr für einen Wettbewerbsverstoß des Beklagten.

Das im Embryonenschutzgesetz geregelte Verbot der Eizellspende solle nicht nur dem Wohl der ungeborenen Kinder dienen, sondern stelle auch eine Marktverhaltensregelung im Interesse der potentiellen Eizellspenderinnen und Eizellempfängerinnen sowie der auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin tätigen Ärzte dar.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichtete Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des die Klage abweisenden Urteils erster Instanz. Dem Kläger steht gegenüber dem Beklagten wegen dessen beanstandeter Äußerung kein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch zu.

1. Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte, die auch in der Revisionsinstanz von Amts wegen zu prüfen ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 5. März 2015 I ZR 161/13, GRUR 2015, 1004 Rn. 9 = WRP 2015, 1219 IPS/ISP), ergibt sich im Streitfall jedenfalls aus Art. 24 Brüssel-I-VO (jetzt Art. 26 Abs. 1 Brüssel-Ia-VO). Der Beklagte hat sich auf das vorliegende Verfahren eingelassen, ohne das Fehlen der internationalen Zuständigkeit der deutschen Gerichte zu rügen.

2. Die danach zulässige Klage erweist sich in der Sache als unbegründet. Das Berufungsgericht hat bei seiner Prüfung der materiellen Rechtslage zwar im Ergebnis zutreffend vorausgesetzt, dass die Frage, ob die streitgegenständliche Äußerung des Beklagten als unzulässig anzusehen ist, nach deutschem Wettbewerbsrecht zu beurteilen ist (dazu unter II 2 a). Diese Äußerung stellt aber selbst dann, wenn der Beklagte sie – wie vom Kläger behauptet und vom Berufungsgericht auf der Grundlage der durchgeführten Beweisaufnahme angenommen – gemacht hätte, weder aus den vom Berufungsgericht angenommenen Gründen (dazu unter II 2 b) noch aus anderen Gründen ein

wettbewerbswidriges und deshalb vom Beklagten zu unterlassendes Verhalten dar (dazu unter II 2 c).

a) Das Berufungsgericht hat bei seinen zur Frage der Begründetheit der Klage angestellten Erwägungen zutreffend vorausgesetzt, dass das vom Kläger beanstandete Verhalten des Beklagten nach deutschem Wettbewerbsrecht zu beurteilen ist.

aa) Ein auf Begehungsgefahr gestützter und damit in die Zukunft gerichteter Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten im Zeitpunkt seiner Vornahme unzulässig war und auch noch im Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung verboten ist (st. Rspr.; vgl. zur für den Verletzungsunterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 UWG erforderlichen Wiederholungsgefahr nur BGH, Urteil vom 24. Juli 2014 I ZR 68/13, GRUR 2015, 283 Rn. 22 = WRP 2015, 344 Hörgeräteversorgung III; Urteil vom 6. November 2014 – I ZR 26/13, GRUR 2015, 504 Rn. 8 = WRP 2015, 565 – Kostenlose Zweitbrille, jeweils mwN; zur für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch gemäß § 8 Abs. 1 Satz 2 UWG erforderlichen Erstbegehungs-gefahr BGH, Urteil vom 12. Juli 2007 I ZR 18/04, BGHZ 173, 188 Rn. 18 Jugendgefährdende Medien bei eBay). Das letztere Erfordernis folgt daraus, dass ein nach der aktuellen Rechtslage zulässiges Verhalten nicht (mehr) für die Zukunft verboten werden kann, das erstere Erfordernis daraus, dass eine im Zeitpunkt ihrer Vornahme zulässige Handlung weder eine Wiederholungsgefahr noch eine Erstbegehungsgefahr für ein zukünftiges wettbewerbswidriges Verhalten begründet. Dieses gilt nicht nur für das materielle Recht im engeren Sinne, sondern auch für die Vorschriften, die bei Sachverhalten mit einer Verbindung zum Recht verschiedener Staaten das anzuwendende materielle Recht bestimmen (vgl. österr. OGH, GRUR Int. 2012, 468, 471).

bb) Nach der im Streitfall zeitlich noch anwendbaren Bestimmung des Art. 40 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterlagen Ansprüche aus unerlaubter Handlung grundsätzlich dem Recht des Staates, in dem der Ersatzpflichtige gehandelt hat. Als

Begehungsort in diesem Sinn war bei marktbezogenen Wettbewerbs-handlungen der Ort anzusehen, an dem die wettbewerblichen Interessen der Mitbewerber aufeinandertrafen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Mai 2004 I ZR 264/00, GRUR 2004, 1035, 1036 = WRP 2004, 1484 Rotpreis-Revolution; Urteil vom 30. März 2006 – I ZR 24/03, BGHZ 167, 91 Rn. 25 Arzneimittelwerbung im Internet; Urteil vom 11. Februar 2010 I ZR 85/08, BGHZ 185, 66 Rn. 10 Ausschreibung in Bulgarien). Bei Werbemaßnahmen im Hinblick auf ein abzuschließendes Geschäft war als Marktort grundsätzlich derjenige Ort anzusehen, an dem auf den Kunden eingewirkt werden sollte, selbst wenn das spätere Geschäft auf einem anderen Markt stattfinden sollte (vgl. BGH, GRUR 2004, 1035, 1036 Rotpreis-Revolution; BGHZ 185, 66 Rn. 10 – Ausschreibung in Bulgarien). Diese Regel galt allerdings nur in solchen Fällen uneingeschränkt, in denen die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Werbemaßnahme nicht davon abhing, ob das beworbene Absatzgeschäft wettbewerbsrechtlich zu beanstanden war. Konnte sich der Vorwurf der Unlauterkeit der Werbemaßnahme dagegen ausschließlich darauf gründen, dass das beworbene, im Ausland abzuschließende Geschäft unlauter war, konnte die Werbung im Inland nicht mit der Begründung untersagt werden, das beworbene Geschäft wäre im Falle seiner Vornahme im Inland wegen eines Gesetzesverstößes zu untersagen (vgl. BGH, GRUR 2004, 1035, 1036 – Rotpreis-Revolution).

Nach diesen Grundsätzen lag der Marktort im Streitfall in Deutschland. Der Kläger hat geltend gemacht, der Hinweis des Beklagten auf zur Vorbehandlung gewillte Ärzte in Deutschland könne Besucherinnen der Veranstaltung dazu verleiten, nach einer vorbereitenden Behandlung durch Ärzte in Deutschland Eizellspenden am IVF in Anspruch zu nehmen. In diesem Fall beteiligte sich der Beklagte gegebenenfalls in wettbewerbswidriger Weise an einer nach deutschem Recht strafbaren Eizellspende, auch wenn die Behandlung in der Tschechischen Republik nicht mit Strafe bedroht wäre (vgl. § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB). Der Unlauterkeitsvorwurf knüpft daher an

die Äußerung des Beklagten auf der Veranstaltung in Hamburg an, wo er auf die an einer Kinderwunschbehandlung interessierten Besucherinnen eingewirkt haben soll.

cc) Nach der nunmehr geltenden Bestimmung des Art. 6 Abs. 1 Rom-II-VO ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus unlauterem Wettbewerbsverhalten das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden. Danach ist der wettbewerbsrechtliche Unterlassungsanspruch ebenfalls nach dem jeweiligen Marktortrecht zu beurteilen (vgl. GmS-OGB, Beschluss vom 22. August 2012 GmS-OGB 1/10, BGHZ 194, 354 Rn. 15; österr. OGH, GRUR Int. 2015, 481, 483; MünchKomm.BGB/Drexl, 6. Aufl., Bd. 11, IntLautR Rn. 133 mwN [S. 1192 f.]). Maßgeblich ist daher auch nach gegenwärtig geltendem Recht der Ort der wettbewerbslichen Interessenkollision (MünchKomm.UWG/Mankowski, 2. Aufl., IntWettbR Rn. 157; MünchKomm.BGB/Drexl aaO IntLautR Rn. 133, jeweils mwN). Bei einer Werbemaßnahme ist entscheidend, auf welchen Markt die Maßnahme ausgerichtet ist (MünchKomm.UWG/Mankowski aaO IntWettbR Rn. 164 f.).

Im Streitfall war die Werbung an die Besucher der Informationsveranstaltung in Hamburg am 7. März 2008 gerichtet. Dort sollten Frauen in Deutschland für eine Eizellspende oder eine Kinderwunschbehandlung auf diesem Wege interessiert werden. Dementsprechend ist das Verhalten des Beklagten auch unter der Geltung der Rom-II-Verordnung lauterkeitsrechtlich nach deutschem Sachrecht zu beurteilen.

b) Dem Kläger steht wegen der beanstandeten Verhaltensweise kein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 8, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG gegen den Beklagten zu.

aa) Der Anwendung des § 4 Nr. 11 UWG steht im Streitfall allerdings nicht entgegen, dass die Richtlinie 2005/29/EG über

unlautere Geschäftspraktiken, die nach ihrem Artikel 4 im Anwendungsbereich dieser Richtlinie zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat, keinen dem § 4 Nr. 11 UWG vergleichbaren Unlauterkeitstatbestand kennt. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG macht sich strafbar, wer auf eine Frau eine fremde unbefruchtete Eizelle überträgt oder es unternimmt, eine Eizelle zu einem anderen Zweck künstlich zu befruchten, als eine Schwangerschaft der Frau herbeizuführen, von der die Eizelle stammt. Die insoweit bestehenden Verbote stehen in Einklang mit dem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK und dem Diskriminierungsverbot in Art. 14 EMRK (vgl. EGMR, Urteil vom 3. November 2011 – 57813/00, NJW 2012, 207 Rn. 98 bis 107 und 115). Als Regelungen hinsichtlich der guten Sitten im Sinne von Erwägungsgrund 7 Satz 3 der Richtlinie 2005/29/EG (vgl. dazu unten unter II 2 b bb (3)) fallen sie damit nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie (Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 4 Rn. 11.6n; GroßKomm.UWG/Metzger, 2. Aufl., § 4 Nr. 11 Rn. 9, jeweils mwN).

bb) Die Annahme des Berufungsgerichts, bei den in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG geregelten Straftatbeständen handele es sich um Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG, hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Keiner Entscheidung bedarf daher die Frage, ob die vom Kläger beanstandete Äußerung des Beklagten eine nach deutschem Recht gemäß § 9 Abs. 2 Satz 2 StGB strafbare Beihilfe zu einer von Kollegen des Beklagten vorgenommenen Eizellübertragung oder – bei einer von diesem selbst vorgenommenen Eizellübertragung – als erster Teilakt der täterschaftlichen Verwirklichung des Straftatbestands zu werten wäre, wenn eine Besucherin der Informationsveranstaltung nach einer Vorbehandlung durch einen Arzt in Deutschland eine Eizellspende am IVF in Anspruch nehmen sollte (vgl. dazu Magnus, NStZ 2015, 57 ff.).

(1) Eine Norm regelt das Marktverhalten im Interesse der Mitbewerber, Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer, wenn

sie einen Wettbewerbsbezug in der Form aufweist, dass sie die wettbewerblichen Belange der als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in Betracht kommenden Personen schützt (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juli 2003 – I ZR 211/01, BGHZ 155, 301, 305 – Telefonischer Auskunftsdienst; BGHZ 173, 188 Rn. 35 – Jugend-gefährdende Medien bei eBay). Eine Vorschrift, die dem Schutz von Rechten, Rechtsgütern oder sonstigen Interessen von Marktteilnehmern dient, ist eine Marktverhaltensregelung, wenn das geschützte Interesse gerade durch die Marktteilnahme (vgl. OLG Köln, GRUR-RR 2010, 34; OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2012, 396, 399; MünchKomm.UWG/Schaffert aaO § 4 Nr. 11 Rn. 60), also durch den Abschluss von Austauschverträgen und den nachfolgenden Verbrauch oder Gebrauch der erworbenen Ware oder in Anspruch genommenen Dienstleistung berührt wird (vgl. GroßKomm.UWG/Metzger aaO § 4 Nr. 11 Rn. 38; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.35d). Nicht erforderlich ist eine spezifisch wettbewerbsbezogene Schutzfunktion in dem Sinne, dass die Regelung die Marktteilnehmer speziell vor dem Risiko einer unlauteren Beeinflussung ihres Marktverhaltens schützt (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2009 – I ZR 189/07, GRUR 2010, 754 Rn. 20 ff. = WRP 2010, 869 – Golly Telly; Urteil vom 4. November 2010 – I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 Rn. 34 = WRP 2011, 858 – BIO TABAK; aA Ohly in Ohly/Sosnitza, UWG, 6. Aufl., § 4 Rn. 11/25; Gärtner/Heil, WRP 2005, 20, 22; Scherer, WRP 2006, 401, 404). Die Vorschrift muss jedoch – zumindest auch – den Schutz der wettbewerblichen Interessen der Marktteilnehmer bezwecken; lediglich reflexartige Auswirkungen zu deren Gunsten genügen daher nicht (BGH, Urteil vom 11. Mai 2000 I ZR 28/98, BGHZ 144, 255, 267 f. Abgasemissionen; Urteil vom 29. Juni 2006 I ZR 171/03, GRUR 2007, 162 Rn. 12 = WRP 2007, 177 Mengenausgleich in Selbstentsorgungsgemeinschaft; Urteil vom 2. Dezember 2009 I ZR 152/07, GRUR 2010, 654 Rn. 18 = WRP 2010, 876 Zweckbetrieb; MünchKomm.UWG/Schaffert aaO § 4 Nr. 11 Rn. 57; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.35a).

(2) Das Berufungsgericht ist im rechtlichen Ansatz zutreffend

davon ausgegangen, dass die in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG vorgesehenen Straftatbestände der Würde des menschlichen Lebens Rechnung tragen und insbesondere der Wahrung des Kindeswohls dienen. Das Verbot der Eizellspende soll die Entstehung einer sogenannten gespaltenen Mutterschaft verhindern, bei der die austragende Mutter mit der genetischen Mutter nicht identisch ist. Der Gesetzgeber hat befürchtet, dass für einen jungen Menschen, der sein Leben sowohl seiner genetischen Mutter als auch der austragenden Mutter verdankt, die eigene Identitätsfindung wesentlich erschwert und dadurch seine seelische Entwicklung beeinträchtigt wird (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Embryonenschutzgesetzes, BT-Drucks. 11/5460, S. 6 bis 8). Soweit der auf diesen ethischen Erwägungen beruhende Schutz des aus einer Eizellspende entstehenden Kindes in Rede steht, fehlt es an einer wettbewerbsrechtlichen Zielsetzung der Regelung und ist das ungeborene Kind zudem nicht als Marktteilnehmer anzusehen. Davon ist zutreffend auch das Berufungsgericht ausgegangen.

(3) Nach Ansicht des Berufungsgerichts bezweckt der Straftatbestand der Eizellspende allerdings auch den Schutz der Interessen der Eizellspenderin und der Eizellempfängerin als Nachfragerinnen einer solchen Behandlung. Die Verhinderung der gespaltenen Mutterschaft diene auch dazu, diese Frauen vor erheblichen seelischen Belastungen zu schützen, die dadurch ausgelöst werden könnten, dass die kinderlos gebliebene genetische Mutter Kontakt zu dem von der austragenden Mutter geborenen Kind aufnehme. Dieser Beurteilung kann nicht zugestimmt werden.

Der Gesetzgeber hat angenommen, nicht nur die besonderen Schwierigkeiten bei der Selbstfindung des Kindes in Fällen der gespaltenen Mutterschaft ließen negative Auswirkungen auf seine seelische Entwicklung befürchten. Hinzu komme, dass die Eizellspende vor allem dann zu einer erheblichen Belastung der betroffenen Personen führen könne, die insbesondere die seelische Entwicklung des Kindes beeinträchtige, wenn der

Eizellspenderin die Geburt eines Kindes versagt geblieben sei. Es lasse sich jedenfalls nicht ausschließen, dass eine solche Frau Anteil am Schicksal des von der Eizellempfängerin geborenen Kindes zu nehmen suche und damit erhebliche seelische Konflikte auslöse (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Embryonenschutzgesetzes, BT-Drucks. 11/5460, S. 7 f.).

Die Gesetzesbegründung lässt nicht den Schluss zu, dass das strafrechtliche Verbot der Eizellspende den wettbewerblichen Belangen der an einer Eizellspende beteiligten Spenderin oder Empfängerin zu dienen bestimmt ist. Die vom Gesetzgeber erwogenen seelischen Belastungen der Mütter werden nicht durch die marktrelevante Inanspruchnahme der Eizellspende selbst und damit durch ihre Stellung als am Markt agierende Verbraucherinnen ausgelöst. Sie können allenfalls dann eine indirekte Folgewirkung darstellen, wenn die Eizellspenderin kinderlos bleibt und am Schicksal des von der Eizellempfängerin geborenen Kindes Anteil nehmen möchte. Es fehlt daher an einem marktrelevanten unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Inanspruchnahme der Eizellspende und möglichen psychischen Belastungen der Spenderin oder der Empfängerin, wie dies die in § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 UWG enthaltenen Regelungen für die vom Lauterkeitsrecht erfassten Verhaltensweisen voraussetzen (vgl. BGH, GRUR 2010, 754 Rn. 21 – Golly Telly).

Der Gesetzgeber hat die psychischen Konflikte der kinderlos gebliebenen Eizellspenderin oder der Eizellempfängerin zudem nur insoweit als beachtlich angesehen, als sie die seelische Entwicklung des mit zwei Müttern konfrontierten Kindes beeinträchtigen können. Die Vermeidung von seelischen Belastungen der genetischen Mutter oder der insoweit eigenverantwortlich handelnden austragenden Mutter bildet daher keinen eigenständigen Schutzzweck des Verbots der Eizellspende, sondern steht im Dienst des – nicht wettbewerbsbezogenen – Gesetzesziels, das Kindeswohl zu wahren

(vgl. Keller in Keller/Günther/Kaiser, ESchG, 1992, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 1, 7; Taupitz in Günther/ Taupitz/Kaiser, ESchG, 2. Aufl., § 1 Abs. 1 Nr. 1 Rn. 5 f.; Müller-Terpitz in Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl., § 1 ESchG Rn. 6; Höfling in Prütting, Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 3. Aufl., § 1 ESchG Rn. 9; Makoski, GuP 2012, 29, 31; aA Pelchen/Häberle in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, 188. Lief. Januar 2012, § 1 Abs. 1 Nr. 1 ESchG Rn. 2; Haskamp, Embryonenschutz in vitro, 2012, S. 178 ff.).

(4) Das Berufungsgericht hat des Weiteren angenommen, der Straftatbestand der Eizellspende diene auch den Interessen der auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin tätigen Ärzte. Er solle ihre Betätigung dadurch rechtssicher gestalten, dass sie die Nachfrage nach Eizellspenden unter Verweis auf das geltende Recht ablehnen könnten. Das Verbot der Eizellspende begrenze damit das Dienstleistungsangebot der Reproduktionsmediziner und regule, indem es für ihre Betätigung gleiche rechtliche Voraussetzungen schaffe, ihren Wettbewerb untereinander. Mit dieser Begründung lässt sich die Einordnung der in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG enthaltenen Regelungen als Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG ebenfalls nicht bejahen.

Eine Regelung dient dem Interesse der Mitbewerber, wenn sie die Freiheit ihrer wettbewerblichen Entfaltung schützt. Das Interesse der Mitbewerber an einer Gleichbehandlung in dem Sinne, dass alle auf dem betreffenden Markt tätigen Unternehmer der Vorschrift unterliegen, reicht für sich allein nicht aus, weil die Schaffung gleicher Voraussetzungen für alle Mitbewerber in der Regel nicht Zweck, sondern Folge jeder gesetzlichen Regelung ist (vgl. Groß-Komm.UWG/Metzger aaO § 4 Rn. 37; Köhler in Köhler/Bornkamm aaO § 4 Rn. 11.35c). Die Norm muss daher unmittelbar die unternehmerische Betätigung und nicht nur reflexartig das Interesse an allgemeiner Gesetzestreue schützen (vgl. Ohly in Ohly/Sosnitza aaO § 4 Rn. 11/22). Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Herstellung

gleicher Wettbewerbsbedingungen zumindest auch den Zweck verfolgt, die Freiheit der wettbewerblichen Entfaltung der Mitbewerber zu schützen (BGH, GRUR 2010, 654 Rn. 18 – Zweckbetrieb; BGH, Urteil vom 10. Februar 2011 – I ZR 136/09, BGHZ 188, 326 Rn. 53 Flughafen Frankfurt-Hahn). Eine solche Zielrichtung weist das strafrechtliche Verbot der Eizellspende nicht auf.

Der Gesetzgeber ist beim Erlass des Embryonenschutzgesetzes davon ausgegangen, dass dem Umgang mit dem menschlichen Leben im Blick auf den verfassungsrechtlichen Schutz der Menschenwürde von seinem Beginn an klare Schranken gesetzt und deshalb die Grenzen des rechtlich Zulässigen festgelegt werden müssen. Eine solche Festlegung diene zugleich dem Schutz des verantwortungsbewussten Arztes, der künftig einem Ansinnen Dritter, problematische Manipulationen im Bereich der Fortpflanzungsmedizin vorzunehmen, schon durch Hinweis auf das geltende Recht begegnen könne (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des Embryonenschutzgesetzes, BT-Drucks. 11/5460, S. 6). Daraus lässt sich aber nicht herleiten, dass der Straftatbestand der Eizellspende darauf abzielt, gleiche Wettbewerbsbedingungen für die auf dem Gebiet der Reproduktionsmedizin tätigen Ärzte zu schaffen. Das Verbot einer Behandlung im Wege der Eizellspende begrenzt die Möglichkeiten zulässiger Kinderwunschbehandlungen für alle Reproduktionsmediziner gleichermaßen, ohne ansonsten vorhandene ungleiche Wettbewerbsbedingungen zu beseitigen. Soweit das Verbot den Arzt davor bewahren soll, sich mit dem Ansinnen Dritter nach Eizellspenden näher auseinandersetzen zu müssen, wird ihm durch den möglichen Verweis auf das geltende Recht zwar die Entscheidung über die ethische Vertretbarkeit einer Eizellspende abgenommen. Die dadurch bewirkte Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Ärzte dient allerdings nicht deren wettbewerblichen Interessen, sondern der Wahrung des Kindeswohls.

c) Die Entscheidung des Berufungsgerichts erweist sich nicht

aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die angebliche Äußerung des Beklagten, es gebe in Hamburg Ärzte, die Frauen für eine Eizellspende vorbehandelten, ist nicht unter dem Gesichtspunkt einer möglichen Anstiftung oder Beihilfe (§§ 26, 27 Abs. 1 StGB; § 830 Abs. 2 BGB) zu Verstößen von Ärzten gegen das Verbot der Eizellübertragung in der Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen oder in entsprechenden Regelungen in den Berufsordnungen der anderen Landesärztekammern als wettbewerbswidrig anzusehen (dazu unter II 2 c aa). Die Unlauterkeit eines solchen Hinweises ergibt sich ferner nicht aus der wettbewerbsrechtlichen Generalklausel des § 3 UWG (dazu unter II 2 c bb).

aa) Das in den ärztlichen Berufsordnungen verankerte Verbot der Mitwirkung an einer Eizellspende stellt entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung keine Marktverhaltensregelung nach § 4 Nr. 11 UWG dar.

(1) Die für das Verhalten der Ärzte in den einzelnen Berufsordnungen festgelegten Regeln stellen nicht von vornherein Marktverhaltensregelungen im Interesse der Marktteilnehmer dar. Vielmehr ist durch Auslegung der im jeweiligen Einzelfall in Rede stehenden Bestimmung zu ermitteln, ob diese nach ihrem Schutzzweck dazu bestimmt ist, die Interessen der Verbraucher zu wahren oder die Wettbewerbsgleichheit innerhalb der Ärzteschaft herzustellen (vgl. BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 I ZR 183/13, GRUR 2015, 1237 Rn. 17 f. = WRP 2016, 41 Erfolgspremie für Kundengewinnung).

(2) Nach Buchst. D Ziff. II Nr. 4 Satz 2 der Berufsordnung der Hamburger Ärzte und Ärztinnen ist die Verwendung fremder Eizellen (Eizellenspende) bei der In-vitro-Fertilisation und beim Embryotransfer verboten. Entsprechende Regelungen finden sich auch in den Berufsordnungen der anderen Landesärztekammern. Diese berufsrechtlichen Verbote der Eizellenspende sind jedoch ebenso wenig wie das in § 1 Abs. 1 Nr. 1 und 2 ESchG normierte Verbot der Eizellspende dazu bestimmt,

marktrelevante Interessen der an der Behandlung mitwirkenden Patientinnen oder Ärzte zu schützen. Vielmehr dienen sie ebenso wie dieses allein der Wahrung des Kindeswohls.

bb) Mit dem behaupteten Hinweis auf zur Vorbehandlung von Frauen für Eizellspenden bereite Ärzte in Hamburg hat der Beklagte schließlich – selbst wenn er sich damit in rechtswidriger Weise an Zuwiderhandlungen gegen das in Deutschland geltende Verbot der Eizellspende beteiligt hätte – nicht gegen das generelle Verbot unlauterer Wettbewerbshandlungen und unlauterer geschäftlicher Handlungen nach § 3 UWG 2004 und § 3 Abs. 1 UWG 2008 verstoßen.

Der Gesetzgeber hat mit dem Erlass des § 4 Nr. 11 UWG im Jahr 2004 zum Ausdruck gebracht, dass Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Rechtsnormen allein unter den besonderen Voraussetzungen dieser Vorschrift als unlauter anzusehen sind. Er hat sich dabei von der Erwägung leiten lassen, dass es nicht Aufgabe des Lauterkeitsrechts sein kann, alle nur denkbaren Gesetzesverstöße im Zusammenhang mit geschäftlichen Handlungen (auch) lauterkeitsrechtlich zu sanktionieren, sofern sie sich auf das Marktverhalten der Marktteilnehmer auswirken (vgl. Begründung zum Regierungsentwurf des UWG 2004, BT-Drucks. 15/1487, S. 19). Aus diesem Grund können Verstöße gegen außerwettbewerbsrechtliche Normen, die keine Marktverhaltensregelungen im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG sind, nicht allein wegen ihrer Gesetzeswidrigkeit nach § 3 UWG als unlauter angesehen werden (BGH, GRUR 2010, 654 Rn. 25 – Zweckbetrieb; BGH, Urteil vom 9. September 2010 I ZR 157/08, GRUR 2011, 431 Rn. 11 = WRP 2011, 444 – FSA-Kodex). Die Revisionserwiderung hat keine Gesichtspunkte aufgezeigt, die die behauptete Äußerung des Beklagten aus anderen Gründen als dem der Beteiligung an einer nach deutschem Recht verbotenen Eizellspende unlauter erscheinen lassen könnten.

3. Das angefochtene Urteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil das

Berufungsurteil nur wegen der Anwendung des Gesetzes auf den festgestellten Sachverhalt aufzuheben und die Sache nach diesem Sachverhalt zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Das die Klage abweisende Urteil erster Instanz ist wiederherzustellen.

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

*Vorinstanzen:*

*LG Berlin, Entscheidung vom 09.08.2011 – 15 O 474/10*

*KG Berlin, Entscheidung vom 08.11.2013 – 5 U 143/11*