

OLG Celle: Gutscheine für physiotherapeutische Leistungen?

Urt. v. 24.7.2008 - 13 U 14/08

Ein Verbot, physiotherapeutische Leistungen gegen Gutscheine anzubieten, ohne darauf hinzuweisen, dass für die Abgabe eine ärztliche Verordnung erforderlich ist, lässt sich nicht mit der Begründung erreichen, die Durchführung der Leistungen ohne ärztliche Verordnung führe zu einer mittelbaren Gesundheitsgefahr, weil ohne Einschaltung eines Arztes keine hinreichenden Diagnosen gestellt würden.

(LG Stade - 8 O 105/07)

Aus den Gründen:

I. Der Kläger ist der D. V. für P.-Zentralverband der P. (). Die Beklagten, Inhaber mehrerer Praxen für Physiotherapie/Ergotherapie, warben in einer Zeitungsanzeige wie folgt:

„Fit und beweglich durch den Winter!

6 x Physiotherapie (KG inkl. Massage)+6 x med. Gerätetraining
105 €

1 x Dorn-Breuß-Therapie+1 x Crainio-Sacrile-Therapie
55 €

Ayurvedische Ganzkörpermassage
52 €

Shiatsuanwendung im Gesicht, inkl. Ohrkerzenbehandlung
38 €

- Reha-Nachbehandlung
- Dorn-Breuß-Therapie
- Atemgymnastik
- Krankengymnastik (KG) (auf neurophysiologischer Basis)
- Ergotherapie
- Ayurvedische Massage
- KG im Schlingentisch
- Massagen
- Sportphysiotherapie
- KG nach Brügger
- Manuelle Lymphdrainage
- Naturkosmetik

- KG nach Bobath
- Marnitztherapie
- Kält- und Wärmebehandlung
- KG-Gerät
- Fußreflexzonentherapie
- Magnetfeldtherapie
- Cranio Sacrale Therapie
- Aromatherapie
- med. Fußpflege
- manuelle Therapie
- Ohrkerzenbehandlung
- Hot Stone

Außerdem sind alle Anwendungen auch als Gutscheine erhältlich (z.B. Nikolaus, Weihnachten, Geburtstag, f.d. Herrn u.v.m.)”

Der Kläger hat beantragt, es den Beklagten bei Meidung der üblichen Ordnungsmittel zu untersagen,

a) für physiotherapeutische Leistungen Gutscheine anzubieten ohne darauf hinzuweisen, dass für die Abgabe einer physiotherapeutischen Leistung das Vorliegen einer ärztlichen Verordnung erforderlich ist,

b) öffentlich außerhalb der Fachkreise Fußreflexzonentherapie anzubieten ohne darauf hinzuweisen, dass diese Tätigkeit auf Grund der fehlenden Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz bzw. der fehlenden ärztlichen Bestallung nur entweder bei Vorliegen einer Verordnung eines zur Heilbehandlung Berechtigten ausgeübt werden darf oder wenn zweifelsfrei eine entspannende, nicht aber heilende Wirkung erzielt werden soll,

c) in öffentlicher Werbung außerhalb der Fachkreise mit den Bezeichnungen „Dorn/Breuß-Therapie“, „Cranio sacrale Therapie“ und „Marnitztherapie“ zu werben, ohne diese im direkten Zusammenhang allgemein verständlich zu erklären.

Das LG hat die Beklagten antragsgemäß verurteilt. Es hat gemeint, dass die Beklagten gem. § 8 UWG zur Unterlassung verpflichtet seien, weil sie mit der beanstandeten Werbung gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 HeilprG (Verbot der Ausübung der Heilkunde ohne Erlaubnis) und § 11 Satz 1 Nr. 6 HWG (Verbot der Werbung mit Fachbezeichnungen) und gegen § 5 Abs. 2 Nr. 1 UWG (Verbot irreführender Werbung) verstießen. Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird Bezug genommen. Mit der Berufungsbegründung verfolgen die Beklagten ihren erstinstanzlichen Klageabweisungsantrag weiter. Sie machen im Wesentlichen geltend: Die Klage sei unbegründet, weil gemäß § 69 SGB V die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern ausschließlich nach den Vorschriften des SGB V und nicht nach dem UWG zu beurteilen seien. Bei den Klageanträgen zu a) und zu b) komme hinzu, dass die Behandlung nicht nur aufgrund einer ärztlichen Verordnung sondern auch aufgrund jedweder anderen Erklärung eines Arztes oder Heilpraktikers durchgeführt werden dürfe, welche aus der Tätigkeit des Therapeuten eine sog. unselbständige

Heilbehandlung mache. Die Abgabe ohne ärztliche Verordnung sei bezüglich aller in der Werbung genannter Therapien in Deutschland in einem solchen Maße üblich geworden, dass ein Verbot gegen die Beklagten ausgeschlossen erscheine. Im Übrigen seien nach der Rechtsprechung des BVerfG Einschränkungen der Werbung berufsrechtlich nur dann zulässig, wenn es einen nachvollziehbaren Grund im Sinne des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gebe. Ein solcher Grund liege bei einer Werbung ohne Hinweis auf die Notwendigkeit einer ärztlichen Verordnung nicht vor. Der Werbung sei zu entnehmen, dass es sich um spezielle Angebote für den Winter im Selbstzahlerbereich handele. Diese Angebote nähmen nur Kunden in Anspruch, die von

ihrer Krankenkasse keine Kostenerstattung zu erwarten hätten. Ein Verbot der im Klageantrag zu c) genannten Fachbegriffe käme einem Werbeverbot gleich. Denn eine verständliche Erläuterung dieser Begriffe sprengte den Raum jeder denkbaren Werbung. Im Übrigen würden die Fachbegriffe von vielen Therapeuten, auch in der Werbung, verwandt. Die Fachbegriffe seien zudem vielen Patienten bekannt.

Der Kläger beantragt, die Berufung mit der Klarstellung zurückzuweisen, dass die Klageanträge zu a) und zu b) hinsichtlich der Worte „ohne ärztliche Verordnung“ dahingehend zu verstehen und zu ergänzen seien, dass auch sonstige ärztliche Unbedenklichkeitserklärungen gemeint seien.

II. Die Berufung ist begründet. Die geltend gemachten Unterlassungsansprüche stehen dem Kläger nicht zu.

1. Verbot, für physiotherapeutische Leistungen Gutscheine anzubieten, ohne darauf hinzuweisen, dass für die Abgabe das Vorliegen einer ärztlichen Verordnung erforderlich ist

Die Werbung verstößt entgegen der vom LG vertretenen Auffassung weder gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 HeilprG noch gegen § 5 UWG.

a) Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG

aa) Bei § 1 Abs. 1 HeilprG handelt es sich zwar um eine Marktverhaltensregelung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG, weil die Vorschrift der Sicherheit der angebotenen Dienstleistungen im Gesundheitsbereich dient (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG, 26. Aufl., § 4 Rz. 11.49, 11.78; Link in Ullmann JurisPK-UWG, § 4 Nr. 11 Rz. 156).

bb) Auf Grund des Klagevortrags kann aber ein Verstoß gegen § 1 Abs. 1 HeilprG nicht festgestellt werden.

Nach § 1 Abs. 1 HeilprG bedarf der Erlaubnis, wer die Heilkunde ausüben will, ohne als Arzt bestellt zu sein. Nach § 1 Abs. 2 HeilprG ist Ausübung der Heilkunde jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen. Schon vom Wortlaut her nicht erfasst ist die Krankheitsvorbeugung beim gesunden Menschen (Pelchen in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, § 1 HeilprG Rz. 5). Zudem bedarf die weite Begriffsbestimmung in § 1 Abs. 2 HeilprG der Einschränkung, weil bei wörtlichem Verständnis auch zahlreiche heilkundliche Verrichtungen mehr handwerklicher oder technischer Art unter das Ausübungsverbot

fallen würden (BGH, WRP 2001, 1166 – Optometrische Leistungen II; NJW 1972, 1132 – Augenoptiker), und weil der mit der Erlaubnispflicht verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist, wenn er zur Erreichung des Zwecks, die Volksgesundheit zu schützen, geeignet und auch erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe auch die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt wird (BVerfG v. 17.7.2000 – 1 BvR 254/99, NJW 2000, 2736 – Betätigungsverbot für Augenoptiker). Eingriffe in die Berufsfreiheit sind nur unter engen Voraussetzungen zum Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft (BVerfG, NJW 2004, 2890). Deshalb ist eine Ausübung der Heilkunde i.S.d. § 1 Abs. 1 HeilprG nur bei solchen Behandlungen gegeben, die ärztliche Fachkenntnisse voraussetzen und die gesundheitliche Schäden verursachen können (BGH WRP 2001, 1166 – Optometrische Leistungen II; Nds. OVG, Urt. v. 20.7.2006 – 8 LC 185/04).

Um solche Behandlungen handelt es sich bei den beworbenen Leistungen nicht. Der Kläger hat in der Berufungsverhandlung klargestellt, es werde nicht behauptet, dass von den in Rede stehenden physiotherapeutischen Behandlungen unmittelbare Gesundheitsgefährdungen für die Patienten ausgehen könnten, wenn sie ohne ärztliche Verordnung durchgeführt würden; die Klage solle nur mit einer mittelbaren Gefährdung begründet werden, die dadurch entstehen könne, dass mangels Einschaltung eines Arztes keine hinreichende Diagnosen gestellt würden.

Damit hat der Kläger keinen Erfolg.

Zwar ist es anerkannt, dass für die Bejahung einer Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HeilprG auch nur mittelbare Gesundheitsgefährdungen ausreichen können, also Gesundheitsgefährdungen, die etwa dadurch eintreten, dass das frühzeitige Erkennen ernster Leiden durch einen Arzt verzögert wird (BGH WRP 2001, 1166 – Optometrische Leistungen II). An die Feststellung solcher mittelbarer Gefährdungen sind aber strenge Anforderungen zu stellen (vgl. BVerfG, NJW 2004, 2890; BVerfG v. 17.7.2000 – 1 BvR 254/99, NJW 2000, 2736). Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit, die nur mit mittelbaren Gefahren für die Gesundheit der Bevölkerung begründet werden, entfernen sich Verbot und Schutzgut soweit von einander, dass besondere Sorgfalt geboten ist. Insbesondere müssen die Gefahren hinreichend wahrscheinlich sein (BVerfG, NJW 2004, 2890).

Das ist hier nicht der Fall. Eine mittelbare Gesundheitsgefährdung durch die Vernachlässigung notwendiger ärztlicher Behandlung lässt sich mit letzter Sicherheit nie ausschließen, wenn Kranke nicht bei Ärzten sondern bei anderen Menschen Hilfe suchen. Allein die Möglichkeit, dass ein gebotener Arztbesuch unterbleibt, reicht zur Begründung einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung nicht aus (BVerfG v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, NJW-RR 2004, 705 – Geistheiler; BVerfG v. 17.7.2000 – 1 BvR 254/99, NJW 2000, 2736). Im Streitfall ist zu berücksichtigen, dass erkrankte Personen schon deshalb in aller Regel zunächst den Arzt aufsuchen werden, weil sie ohne ärztliche Verordnung die Behandlung durch den Physiotherapeuten selbst bezahlen müssen. Das vom Kläger beanstandete Angebot, für physiotherapeutische Leistungen einen Gutschein zu erwerben, wird vor allem von solchen Verbrauchern in Anspruch genommen werden, denen es um eine Verbesserung des allgemeinen Wohlbefindens (des mit dem Gutschein Beschenkten) geht („Fit und beweglich durch den Winter!“). Zu berücksichtigen ist ferner, dass Physiotherapeuten auf Grund ihrer

Ausbildung umfangreiche Kenntnisse in ihrem Tätigkeitsbereich besitzen, und zwar auch was die Diagnose anbetrifft (vgl. Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Physiotherapeuten vom 6.12.1994 (BGBl. I S. 3786; OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 21.11.2006 – 6 A 10271/06). Ergeben sich bei der Behandlung Anhaltspunkte für eine Erkrankung, die sich mit den Mitteln der Physiotherapie nicht beseitigen lässt, so kann ein Hinweis des Physiotherapeuten den erkrankten Kunden gerade erst veranlassen, einen Arzt aufzusuchen. Aus den genannten Gründen ist nicht ersichtlich, dass ein Verbot an die Beklagten, physiotherapeutische Leistungen wie in der beanstandeten Werbung auf Gutscheine anzubieten, zur Verbesserung der Volksgesundheit beitragen würde.

Keinesfalls würde eine etwaige mittelbare Gesundheitsgefährdung das beantragte generelle Verbot rechtfertigen, Gutscheine für physiotherapeutische Leistungen anzubieten, ohne auf die Notwendigkeit einer ärztlichen Verordnung hinzuweisen. Denn der Schutz der Gesundheit der Kunden ließe sich auch durch die weniger in die Berufsausübungsfreiheit eingreifende Verpflichtung an die Beklagten erreichen, vor Durchführung der Anwendungen die betreffenden Kunden – auch mündlich – darauf hinzuweisen, dass die Behandlung einen Arztbesuch nicht ersetzt (vgl. BVerfG v. 2.3.2004 – 1 BvR 784/03, NJW-RR 2004, 705 – Geistheiler; BVerfG v. 17.7.2000 – 1 BvR 254/99, NJW 2000, 2736; BGH, GRUR 2005, 607 – Optometrische Leistungen III).

b) Verstoß gegen § 5 UWG

Der Kläger macht geltend, die Beklagten verstießen gegen das Irreführungsverbot nach § 5 UWG, weil die Anzeige suggeriere, dass sie zur Ausübung der Heilkunde berechtigt seien, was nicht der Fall sei.

Auch damit hat der Kläger keinen Erfolg. Der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, macht sich keine Gedanken darüber, was „Ausübung der Heilkunde“ bedeutet und wer berechtigt ist, die Heilkunde auszuüben. Richtig ist nur, dass die Werbung bei den angesprochenen Verkehrskreisen die Vorstellung erweckt, die Beklagten seien berechtigt, die beworbenen Anwendungen ohne ärztliche Verordnung abzugeben („... auch als Gutscheine erhältlich“). Insoweit liegt aber keine Irreführung vor, weil die Beklagten, wie ausgeführt, die beworbenen Leistungen ohne ärztliche Verordnung abgeben dürfen.

2. Verbot, öffentlich außerhalb der Fachkreise Fußreflexzonen-therapie anzubieten ohne darauf hinzuweisen, dass diese Tätigkeit aufgrund der fehlenden Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz bzw. der fehlenden ärztlichen Bestallung nur entweder bei Vorliegen einer Verordnung eines zur Heilbehandlung Berechtigten ausgeübt werden darf oder wenn zweifelsfrei eine entspannende, nicht aber eine heilende Wirkung erzielt werden soll

Ein Unterlassungsanspruch wegen Verstoßes gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 HeilprG oder gegen § 5 UWG steht dem Kläger nicht zu.

Die Ausführungen zu II.1. geltend entsprechend. Der Kläger macht auch im Hinblick auf das Angebot der Fußreflexzonen-therapie nicht geltend, dass die beworbene Fußreflexzonen-therapie ohne ärztliche Verordnung mit einer unmittelbaren

Gesundheitsgefahr verbunden sei. Er behauptet nur, eine Gefährdung könne sich daraus ergeben, dass mangels Einschaltung eines Arztes keine hinreichende Diagnose gestellt werde. Dieser Vortrag einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung reicht aus den oben genannten Gründen nicht aus. Auch hier ist von Bedeutung, dass erkrankte Personen schon deshalb zunächst einen Arzt aufsuchen werden, weil sie ohne eine ärztliche Verordnung die Behandlungen selbst bezahlen müssen. Das Angebot der Beklagten werden deshalb im Wesentlichen solche Kunden in Anspruch nehmen, die sich bei der Behandlung entspannen wollen („Wellness“), oder die davon ausgehen müssen, eine weitere ärztliche Verordnung nicht zu erhalten, etwa weil nach den kassenärztlichen Regeln die vorgesehene Verordnungsmenge bereits erschöpft ist. In diesen Fällen scheidet eine mittelbare Gesundheitsgefährdung regelmäßig aus, und zwar deshalb, weil die Kunden entweder keine gesundheitlichen Beschwerden haben oder bei ihnen bereits eine ärztliche Untersuchung stattgefunden hat. Im Übrigen besitzen die Beklagten auf Grund ihrer Ausbildung auch medizinische Kenntnisse im Bereich der Reflexzonentherapie. Sie haben nach zweieinhalbjähriger Ausbildung die staatliche Prüfung als Masseur und medizinischer Bademeister abgelegt. In der Ausbildungs- und Prüfungsordnung für Masseure und medizinische Bademeister ist die Reflexzonentherapie mit 150 Stunden vorgesehen (Ziff. 15, Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 MB-APrV).

3. Verbot, in öffentlicher Werbung außerhalb der Fachkreise mit den Bezeichnungen „Dorn-Breuß-Therapie“, „Cranio Sacrale Therapie“ und „Marnitztherapie“ zu werben, ohne diese im direkten Zusammenhang allgemein verständlich zu erklären.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus § 11 Abs. 1 Nr. 6 HWG steht dem Kläger nicht zu.

Nach § 11 Abs. 1 Nr. 6 HWG, bei dem es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG handelt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rz. 11.132), darf außerhalb der Fachkreise u.a. für Verfahren und Behandlungen nicht geworben werden mit Fach- oder fremdsprachigen Bezeichnungen, soweit sie nicht in den allgemeinen deutschen Sprachgebrauch eingegangen sind.

Die in den Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes liegende Beschränkung der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 GG) ist durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, § 4 UWG Rz. 11.133). Das Heilmittelwerbegesetz muss allerdings verfassungskonform dahin ausgelegt werden, dass ein Verstoß nur dann anzunehmen ist, wenn die beanstandete Werbung zumindest zu einer mittelbaren Gesundheitsgefährdung führt (Hefermehl/Köhler/Bornkamm, a.a.O.; vgl. BGH v. 1.3.2007 – I ZR 51/04, BGHReport 2007, 1042 = GesR 2007, 478 = MDR 2007, 1273 = GRUR 2007, 809 – Krankenhauswerbung). Es ist abzuwägen, zwischen dem Recht des Werbenden, seine berufliche Tätigkeit darzustellen und dem Gesetzeszweck des § 11 Nr. 6 HWG, die Gesundheit der Bevölkerung zu schützen (vgl. zu § 10 Abs. 1 HWG BVerfG v. 30.4.2004 – 1 BvR 2334/03, GesR 2004, 539 = NJW 2004, 2660).

Im Streitfall fällt die Abwägung zugunsten der angegriffenen Werbung aus. Die in der Werbung verwendeten Fachbezeichnungen sind nicht zu beanstanden. Die Beklagten haben vorgetragen, dass es für die Therapien nur diese Bezeichnungen gebe. Dem ist der Kläger nicht entgegengetreten. Die Beklagten haben ferner geltend gemacht, eine beschreibende Darstellung der Behandlungsform in einer für

die angesprochenen Verkehrskreise verständlichen Weise sei für eine Werbung zu umfangreich. Ein Verbot, die Fachbegriffe zu verwenden, führe deshalb zum generellen Ausschluss der Werbung. Auch diesem Vorbringen hat der Kläger nichts Erhebliches entgegengesetzt. Zudem ist zu berücksichtigen, dass das Verbot des § 11 Abs. 1 Nr. 6 HWG auf der Vorstellung beruht, dass der Verbraucher mit hochtrabenden fremdsprachlich Bezeichnungen unsachlich beeinflusst und der Gefahr der Irreführung ausgesetzt wird (MünchKomm/UWG/Köber UWG-Anhang §§ 1 bis 7 E Rz. 68). Eine solche Gefahr ist hier nicht zu erkennen. Der Kläger hat nichts Greifbares dafür vorgetragen, woraus sich bei Verwendung der Fachbegriffe eine unsachliche Beeinflussung der Verbraucher und eine nennenswerte Gesundheitsgefahr ergeben könnte.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

Gründe für die Zulassung der Revision nach § 531 ZPO liegen nicht vor.