

# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 104/70

Verkündet am  
4. Februar 1972  
Spengler  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit  
des Facharztes für Augenkrankheiten Dr. med. Josef D a m m,  
Düsseldorf, Königsallee 33

Klägers und Revisionsklägers,

gegen

den Augentiker Leon H a u c k, Inhaber der Firma Brillen-Kaiser,  
Düsseldorf, Königsallee 20,

Beklagten und Revisionsbeklagten,

- Prozeßbevollmächtigte: Rechtsanwälte Prof. Dr. Möhring und Dr. Nirk -

-----

Der 1. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 4. Februar 1972  
unter Mitwirkung der Bundesrichter Alff, Dr. Sprenkman, Claßen, Dr. Schönberg und Dr. Frhr. v.  
Gamm

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 2. Zivilsenats des  
Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 17. Juli 1970  
wird auf Kosten des Klägers zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

## Tatbestand

Der Kläger ist Facharzt für Augenkrankheiten und Vorsitzender des Berufsverbandes der Augenärzte Deutschlands, der Beklagte Augenoptiker und Vorsitzender des Zentralverbandes der Augenoptiker. Die Praxis des Klägers und das Geschäft des Beklagten befinden sich in benachbarten Häusern in Düsseldorf.

Der Beklagte und die Mehrzahl der Augenoptiker bestimmen, wenn ihnen keine entsprechende ärztliche Verordnung vorgelegt wird, persönlich oder durch ihre Angestellten die Sehschärfe ihrer Kunden zum Zwecke der Brillenanpassung, daß heißt in der Fachsprache, sie stellen die Refraktion des Auges fest oder sie refraktionieren. Das geschieht entweder durch Einblick in das Auge mit Hilfe eines optischen Gerätes (Refraktometer) - objektive Methode - oder durch Vorhalten verschiedener Gläser vor das Auge und Auswahl des Glases, bei dem der Kunde angibt, am besten zu sehen - subjektive Methode. In gleicher Weise refraktioniert der Kläger und refraktionieren die Augenärzte im Rahmen ihrer ärztlichen Tätigkeit.

Praktische Bedeutung hat das Refraktionieren der Optiker nur bei etwa 5% aller Brillenverkäufe, weil im Rahmen der Sozialversicherung die Kosten einer Brille nur aufgrund von ärztlichen Verordnungen erstattet werden, in denen die Brillenstärken in der Regel angegeben sind. Beim Augenoptiker bildet das Refraktionieren eine unentgeltliche Nebenleistung zum Brillenverkauf, beim Augenarzt eine honorarpflichtige Tätigkeit.

Der Kläger hat vorgetragen, es bestehe zwischen ihm und dem Beklagten ein Wettbewerbsverhältnis. Der Beklagte verstoße gegen § 1 des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 GGBl I 251) und damit gegen die guten Sitten im Wettbewerb, wenn er bei einem Teil seiner Kunden die Sehschärfe selbst bestimme und danach die Brille anfertige. Zugleich stelle sein Verhalten eine Schutzgesetzverletzung im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB dar, die den Kläger ebenfalls dazu berechtige, die Unterlassung dieser Tätigkeit zu verlangen. Außerdem bestehe die Gefahr einer Irreführung der Kunden, weil diese aufgrund der Brillenglasbestimmung durch den Optiker und der Anpassung einer entsprechenden Brille annehmen könnten, ihre Augen seien gesund, obwohl das zuverlässig nur von einem Arzt beurteilt werden könne.

Der Kläger beantragt,

1. Den Beklagten zu verurteilen, es bei Meidung einer vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Geldstrafe von unbeschränkter Höhe oder Haftstrafe bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im Rahmen seines Gewerbebetriebes ohne vorherige ärztliche Verordnung oder die Verordnung eines Heilpraktikers die Sehschärfe zum Zweck der Brillenanpassung zu bestimmen (zu refraktionieren),

2. dem Kläger die Befugnis zuzusprechen, Ziff. 1 des Urteilstenors auf Kosten des Beklagten mit folgendem Text zu veröffentlichen:

"Der Optiker Leon Hauck, Inhaber der Firma Brillen-Kaiser, Düsseldorf, Königsallee 20, hat es zu unterlassen, im Rahmen seines Gewerbebetriebes ohne vorherige ärztliche Verordnung die Sehschärfe zum Zweck der Brillenanpassung zu bestimmen (zu refraktionieren)".

Der Beklagte ist den Rechtsausführungen des Klägers mit dem Ziel der Klageabweisung entgegengetreten und hat insbesondere verneint, daß das Refraktionieren der Augenoptiker Ausübung der Heilkunde sei. Es treffe auch nicht zu, daß die Gefahr einer Irreführung des Kunden bestehe.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Mit der Revision, um deren Zurückweisung der Beklagte bittet, verfolgt der Kläger die Klageanträge weiter.

## Entscheidungsgründe

I. Das Berufungsgericht führt aus, der Beklagte verstoße weder gegen die guten Sitten im Wettbewerb noch gegen ein Schutzgesetz, wenn er bei einem Teil seiner Kunden die Sehschärfe der Augen selbst bestimme und danach Brillen anfertige. **Dies folge daraus, daß die Brillenglasbestimmung durch Augenoptiker nicht Ausübung der Heilkunde im Sinne des § 1 Abs. 2 des Gesetzes über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17. Februar 1939 (RGBl I 251) sei.**

Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Das Berufungsgericht geht zutreffend davon aus, daß der Unterlassungsantrag des Klägers aus den rechtlichen Gesichtspunkten eines Verstoßes des Beklagten gegen § 1 UWG oder einer Schutzgesetzverletzung im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB, von den sonstigen Voraussetzungen abgesehen, nur begründet sein kann, wenn die Sehschärfebestimmung durch den Beklagten gegen die § 1, 5 HPG verstößt. Danach wird bestraft, wer die Heilkunde ohne Erlaubnis ausübt. Ausübung der Heilkunde ist nach § 1 Abs. 2 HPG jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, der Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden, auch wenn sie im Dienste eines anderen ausgeübt wird.

Unter diese Begriffsbestimmung fällt dem Wortlaut nach auch die Sehschärfebestimmung. Sie ist jedenfalls Feststellung eines Körperschadens, wie das Bundesgericht nicht verkennet. Ob sie darüber hinaus zur Linderung von Leiden oder Körperschäden beitragen kann, braucht nicht entschieden zu werden.

2. a) Das Berufungsgericht meint weiter, es sei nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, das Refraktionieren der Augenoptiker unter das Verbot der §§ 1, 5 HPG fallen zu lassen. Dies folge aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes, seiner Entstehungsgeschichte, dem zu weit gefaßten Wortlaut des § 1 Abs. 2 einerseits und den Ausnahmeregelungen in § 6 Abs. 1 und 2 andererseits sowie insbesondere aus der amtlichen Begründung zu § 5 Abs. 2. Diese lautet (Reichs- und Staatsanzeiger 1939 Nr. 50 S. 2): "Es ist weiter beabsichtigt, bestimmte heilkundige Verrichtungen mehr technischer und handwerklicher Art, wie Feststellung der Sehschärfe durch einen Optiker, Anfertigung orthopädischer Apparate usw., von den Bestimmungen dieses Gesetzes auszunehmen." Nach Meinung des Berufungsgerichts ergibt sich hieraus, daß bezüglich der heilkundlichen Verrichtungen der Optiker und Orthopäden kein Zweifel an der Notwendigkeit einer Ausnahme bestanden habe. Dem entspreche auch die Handhabung des Gesetzes bis 1945, die den Optikern das Refraktionieren weiterhin ungehindert ermöglicht habe.

b) Die Revision tritt diesen Ausführungen entgegen. Sie verweist insoweit auf die Optikerentscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE 23, 140, 142 = NJW 1966, 1187, 1188). Dies hat in der genannten Entscheidung Bedenken getragen, der Auffassung zu folgen, daß das Refraktionieren der Augenoptiker von Anfang an von den Vorschriften des Heilpraktikergesetzes habe ausgenommen werden sollen. Es hat diese Frage aber offengelassen und ausgeführt, mit dem Inkrafttreten des Grundgesetzes habe sich die Struktur des Heilpraktikergesetzes geändert; eine verfassungskonforme Auslegung ergebe, daß die Sehschärfebestimmung durch den Optiker heute jedenfalls nicht mehr Ausübung der Heilkunde im Sinne von § 1 Abs. 2 HPG und deshalb unerlaubt sei. Die Revision bekämpft diese weiteren, ihre ungünstigen Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts und beanstandet, daß es sowohl das Bundesverwaltungsgericht als auch das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft versäumt hätten, Beweis darüber zu erheben, daß nach heutiger medizinischer Erkenntnis die Sehschärfebestimmung durch Optiker, insbesondere wegen der damit verbundenen Versäumnisgefahren, als Ausübung der Heilkunde anzusehen sei.

c) dem Berufungsgericht ist zu folgen.

Der Begriff der berufsmäßigen Ausübung der Heilkunde reicht nach § 1 Abs. 2 HPG außerordentlich weit. Er erstreckt sich über die Feststellung oder Behandlung von Krankheiten oder Leiden hinaus auch auf die Feststellung, Heilung oder Linderung von Körperschäden. Auch bringt die genannte Begriffsbestimmung nicht zum Ausdruck, daß es sich um eine Tätigkeit handeln müsse, die ärztliches Fachwissen erfordere. Damit ist, jedenfalls dem Wortlaut nach, auf eine Einschränkung verzichtet worden, die nach der Rechtsprechung zu § 56 a Abs. 1 Nr. 1 GewO a. F., der - bis zum Inkrafttreten des Heilpraktikergesetzes - die Ausübung der Heilkunde im Umherziehen durch nicht approbierte Personen untersagte, allgemein für erforderlich gehalten wurde. Bei wörtlicher Anwendung des § 1 Abs. 2 HPG würden daher auch zahlreiche heilkundliche Verrichtungen mehr handwerklicher oder technischer Art unter das Ausübungsverbot fallen, wie etwa die Tätigkeiten der Krankenpfleger, Sanitäter, Masseure und Bademeister sowie die Anfertigung orthopädischer Hilfsmittel, was aber ersichtlich nicht der Sinn und Zweck des Gesetzes sein sollte (vgl. Bockelmann, Strafrecht des Arztes 1968 S. 3,4).

Der Gesetzgeber des Jahres 1939 hat es darum selbst für erforderlich gehalten, den Begriff der berufsmäßigen Ausübung der Heilkunde klarer abzugrenzen, als es in § 1 Abs. 2 HPG geschehen ist. Dies zeigen deutlich die Ausnahmeregelung bezüglich der Zahnheilkunde in § 6 Abs. 1 und die Ermächtigung an den Verordnungsgeber in § 6 Abs. 2 HPG, auch andere heilkundliche Verrichtungen von den Bestimmungen des Gesetzes auszunehmen. Allerdings ist es zu einer weiteren Abgrenzung und Klarstellung nicht mehr gekommen. Der Reichsminister des Inneren hat in einem Runderlaß vom 11. September 1939 (RMBliV 1939 Nr. 37 S. 1876) zum Ausdruck gebracht, daß die Regelung der Frage, welche heilkundlichen Verrichtungen im Sinne des § 6 Abs. 2 HPG Ausnahmen seien, einstweilen zurückgestellt werde. Dem kann aber für die hier zur Entscheidung stehende Frage, ob die Brillenglasbestimmung durch Optiker unter § 1 Abs. 2 HPG fällt, schon deshalb keine entscheidende Bedeutung zukommen, weil der Gesetzgeber insoweit jedenfalls in der amtlichen Begründung des Gesetzes klar zu erkennen gegeben hat, daß er diese Tätigkeit nicht unter das Ausübungsverbot der §§ 1,5 HPG fallen lassen wolle. Das Berufungsgericht sieht in dieser Willensäußerung des damaligen Gesetzgebers zu Recht eine Klarstellung und Begrenzung des gesetzlichen Verbots, nicht nur die Ankündigung einer geplanten Ausnahmeregelung. Die Bedenken, die das Bundesverwaltungsgericht in der Optikerentscheidung insoweit geäußert hat, ohne indessen zu verneinen, daß diese Auslegung möglich sei, erscheinen dem Senat nicht als durchgreifend.

Für die Auffassung des Berufungsgerichts spricht insbesondere noch, daß es dem Gesetzgeber als wenig sinnvoll erscheinen mußte, die hier in Rede stehende Tätigkeit der Optiker erst einmal zu verbieten, um sie später wieder zu erlauben. Dies gilt um so mehr, als es sich hier um eine Tätigkeit handelt, die mit dem Begriff der nach Meinung des Gesetzgebers zu bekämpfenden Kurpfuscherei nicht in Verbindung gebracht werden konnte, und daß die Augenoptiker ersichtlich auch nicht zu den "fachlich unfähigen" und "charakterlich minderwertigen" Personen gerechnet wurden, gegen die sich das Heilpraktikergesetz ausweislich der amtlichen Begründung richten sollte.

Das Berufungsgericht weist weiter zu Recht darauf hin, wie das Heilpraktikergesetz bis 1945 in der Praxis gehandhabt worden ist. Obwohl der Reichsminister des Innern, der zugleich oberste Polizeibehörde war, die Möglichkeit gehabt hätte, gegen das Refraktionieren der Augenoptiker einzuschreiten, hat er dies unstreitig nicht getan. Vielmehr wurden die Optiker im Kriege vermehrt zur Brillenglasbestimmung herangezogen, was ebenfalls den Schluß zuläßt, daß es insoweit bei dem Rechtszustand vor Erlass des Heilpraktikergesetzes bleiben, die Augenoptiker also nicht gehindert sein sollten, ihren Beruf in der althergebrachten Weise auszuüben (so auch Becker, Die medizinische Welt 1939, 676, 678).

Nach dem Kriege haben die Augenoptiker bei selbstzahlenden Kunden auf Wunsch im wesentlichen ungehindert weiter refraktioniert. Alle bekannt gewordenen Versuche, sie durch gerichtliche oder behördliche Maßnahmen daran zu hindern, sind letzten Endes gescheitert, wie das Berufungsgericht näher dargelegt hat und auch schon vor dem Bundesverwaltungsgericht in der Optikerentscheidung (aaO) ausgeführt worden ist. Das Berufungsgericht verweist in diesem Zusammenhang auch zu Recht auf die vom Bundesminister für Wirtschaft aufgrund des § 45 der Handwerksordnung erlassene Verordnung über das Berufsbild für das Augenoptiker-Handwerk vom 16. Oktober (BGBl 1969 I 1882). Diese Verordnung geht jedenfalls davon aus, daß das Refraktionieren weiterhin zum Tätigkeitsbereich der Augenoptiker gehören soll. Die Hinweise der Revision auf einzelne ältere Erlasse und behördliche Stellungnahmen gehen demgegenüber fehl, weil es sich dabei ersichtlich um Meinungen handelt, die sich nicht durchgesetzt haben. Muß aber nach den rechtlich nicht angreifbaren Feststellungen des Berufungsgerichts davon ausgegangen werden, daß es auch heute noch einer von den Gerichten und Verwaltungsbehörden anerkannten Übung entspricht, daß die Augenoptiker die Sehschärfe bestimmen dürfen, dann liegt darin eine weitere Bestätigung der Auffassung, daß das Refraktionieren der Augenoptiker nicht als Ausübung der Heilkunde im Sinne von § 1 Abs. 2 HPG angesehen werden kann.

Unter diesen Umständen kann es entgegen der Auffassung der Revision nicht mehr auf den vom Kläger angebotenen Sachverständigenbeweis ankommen. Selbst wenn es aus medizinischer Sicht geboten sein sollte, die Brillenglasbestimmung dem Arzt vorzubehalten oder doch der Verschreibungspflicht zu unterwerfen, ließe sich damit nicht die vom Kläger erstrebte Gesetzesauslegung rechtfertigen. **Vielmehr muß die Streitfrage als durch den Gesetzgeber dahin entschieden angesehen werden, daß die Augentoptiker die Sehschärfe bestimmen dürfen, ohne den Vorschriften des Heilpraktikergesetzes unterworfen zu sein.** Demgemäß muß es auch dem Gesetzgeber überlassen bleiben, ob er sich zu einer Untersagung oder Einschränkung der Refraktionsleistung der Augentoptiker entschließen und welche ihm als verfassungsgemäß erscheinende Abgrenzung er gegebenenfalls wählen will.

II. Nach der rechtsirrtumsfrei getroffenen Feststellung des Berufungsgerichts ist die Gefahr einer Irreführung des Verkehrs durch die mit der Klage angegriffene Tätigkeit des Beklagten nicht gegeben. Das beantragte Verbot konnte daher auch nicht nach § 3 UWG erlassen werden.

III. Das Revisionsgericht hat auch die sonstigen von der Revision erhobenen Verfahrensrügen geprüft, sie aber nicht für durchgreifend erachtet (Art. 1 Nr. 4 EntlG).

Die Revision war daher mit der Kostenfolge des 97 Abs. 1 ZPO zurückzuweisen.

Alff            Sprenkman    Claßen

Schünberg        v. Gamm