Oberlandesgericht Hamm, 4 U 113/07

Datum:	22.11.2007
Gericht:	Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper:	4. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	4 U 113/07
ECLI:	ECLI:DE:OLGHAM:2007:1122.4U113.07.00

Vorinstanz:	Landgericht Dortmund, 16 O 209/06

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 22. Februar 2007 verkündete Urteil der III. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Dortmund wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittelandrohnung der Verbotstenor wie folgt neu gefasst wird:

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Patienten in seinen Praxisräumen auf die Firma E hinzuweisen durch Plakatwerbung und/oder Fleyer und/oder Visitenkarten und/oder Gutscheine, wie geschehen mit dem Plakat, dem Fleyer, der Visitenkarte und dem Gutschein gemäß den Anlagen 1, 2, 4 zur Klageschrift.

Der Beklagte trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Dem Beklagten wird nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 35.000,-- Euro abzuwenden, falls nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in dieser Höhe leistet.

G r ü n d e 1

A. 2

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten, der als Augenarzt in I eine Augenarztpraxis betreibt, die Unterlassung der "Verweisung" seiner Patienten an die Fa. E, die von seiner Ehefrau im selben Gebäude betrieben wird. 3

Im Wartezimmer des Beklagten war ein großes Werbeplakat der Fa. E aufgehängt (Anl. 1), der Beklagte legte an seinem Empfang Werbebroschüren und Visitenkarten für diese aus (Anl. 2) und er übergab an Patienten Gutscheine für die Übernahme der Kosten von 65,- € für eine Sehnervuntersuchung beim dortigen Kauf einer Brille ab 350,- € (Anl. K 4). 4

Auf die vorgelegten Anlagen wird insoweit Bezug genommen. 5

Die Klägerin hat hierin einen Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 V BOÄ Westfalen-Lippe gesehen und – bei Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel – beantragt, den Beklagten zu verurteilen, 6

es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Patienten ohne hinreichenden Grund an die Fa. E zu verweisen, insbesondere wenn dies durch Plakatwerbung im Wartezimmer und/oder Auslegung von Werbeflyern und Visitenkarten am Empfang der Praxis und/oder Aushändigung von Gutscheinen geschieht, gegen deren Vorlage dem Patienten beim Kauf einer Brille ab 350,- € bei E 65,- € angerechnet werden, und 7

an die Klägerin (Abmahnkosten von) 189,- € (nebst bezeichneten Zinsen) zu zahlen. 8

Der Beklagte ist der Klage entgegengetreten. Er hat einen Verstoß gegen das hier relevante Verweisungsverbot in Abrede gestellt. Er hat für das beanstandete Verhalten sachliche Gründe ins Feld geführt, die dies seiner Meinung nach rechtfertigen, so die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegen bei alten und gehbehinderten Patienten, schlechte Erfahrungen mit anderen Anbietern und ein besseres Leistungsangebot der Fa. E durch die Exklusivbelieferung der Fa. U aus C mit Gebietsschutz für I und B. 9

Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt und zur Begründung ausgeführt, dass der Beklagte dadurch, dass er ohne hinreichenden Grund seine Patienten an die Fa. E verweise, wettbewerbswidrig i.S.d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 V BOÄ der Ärztekammer Wesfalen-Lippe handele. Die Qualität der Versorgung seiner Patienten mit entsprechenden Brillengläsern sowie die weiteren vom Beklagten angesprochenen Gesichtspunkte begründeten keinen sachlichen Grund dafür, seine Patienten an diesen einen Leistungserbringer zu verweisen. Vielmehr lege die Art der Werbung in Form von Werbeplakaten im Wartezimmer sowie von ausliegenden Werbebroschüren und Visitenkarten nahe, dass merkantile Gründe hierfür maßgeblich seien. Diese sollten durch die Verbotsvorschrift aber gerade vom Heilauftrag des Arztes getrennt werden. Die vom Beklagten gewählten Werbeträger wendeten sich an jeden Patienten, der diesen aufsuche, ohne dass erkennbar sei, dass auf einen medizinischen oder sachlichen Grund abgehoben werde. 10

Der Beklagte greift das Urteil mit seiner Berufung an. Er macht geltend, dass der Klageantrag nicht hinreichend bestimmt sei, weil offen sei, wann ein "hinreichender Grund" gegeben sei. Die Klage sei auch unbegründet, weil keine "Verweisung" an einen bestimmten Anbieter von gesundheitlichen Leistungen vorliege. Eine solche Verweisung unterscheide sich von einem 11

bloßen Hinweis, einer Empfehlung oder auch einer Vermittlung. Es fehle insofern an einer Verletzungshandlung. Durch die Plakatwerbung im Wartezimmer und/oder die Auslegung von Werbeflyern und Visitenkarten am Empfang und/oder die Aushändigung von Gutscheinen würden die Patienten lediglich auf eine bestimmte Möglichkeit hingewiesen, sie würden jedoch nicht an die Fa. E verwiesen. Den Patienten stehe völlig frei, ob sie den Hinweis aufgriffen oder nicht. Diese Hinweise auf das Optikergeschäft würden zudem nicht ohne hinreichende Gründe gegeben. Der Beklagte verweist insoweit auf die bestehende Gewissheit hinsichtlich der Qualität der Versorgung durch die Fa. E, auf die örtliche Vorteilhaftigkeit für ältere und gehbehinderte Patienten, auf eine optimale Abstimmung zwischen Arzt und Optiker und auf ein besseres wirtschaftliches Angebot aufgrund einer Vertriebspartnerschaft mit der Fa. U. Die Feststellung des Landgerichts, dass nur merkantile Gesichtspunkte maßgeblich seien, sei demgegenüber nicht nachvollziehbar. Es gehe ihm, dem Beklagten, nur um die Zufriedenheit seiner Patienten.

Der Beklagte beantragt, 12

das am 22.02.2007 verkündete Urteil des Landgerichts abzuändern und die Klage abzuweisen. 13

Die Klägerin beantragt, 14

die Berufung zurückzuweisen, jedoch mit der Maßgabe, dass es im Tenor des Urteils lauten muss, es zu unterlassen, im Wettbewerb handelnd Patienten in seinen Praxisräumen auf die Firma E hinzuweisen durch Plakatwerbung und/oder Fleyer und/oder Visitenkarten und/oder Gutscheine, wie geschehen mit dem Plakat, dem Fleyer, der Visitenkarte und dem Gutschein gemäß den Anlagen 1, 2, 4 zur Klageschrift. 15

Die Klägerin verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Sie meint, dass der Begriff der Verweisung nicht eng im Sinne etwa einer ärztlichen Überweisung oder einer massiven Ausnutzung der ärztlichen Autorität zu verstehen sie, die dem Patienten faktisch keine Auswahlmöglichkeit mehr lasse. Vielmehr genüge jede Art der Einwirkung auf die Freiheit der Auswahl des Patienten. Eine Empfehlung wie geschehen sei insoweit durchaus ausreichend. Eine unzulässige Einflussnahme liege jedenfalls dann vor, wenn der Arzt, wie hier der Beklagte, in seiner Praxis Informations- und Werbematerial eines bestimmten Anbieters auslege, um den Patienten von den Vorteilen dieses Anbieters zu überzeugen. In einem solchen Fall liege es fern, von einer bloßen werblichen Anpreisung, der jeder Aufforderungscharakter fehle, auszugehen. Ein sachlicher Grund für die Werbung in den Praxisräumen des Beklagten liege nicht vor. Vielmehr erfolgten die Verweisungen an die Fa. E in allen Fällen und unabhängig von den konkreten Bedürfnissen des einzelnen Patienten. Auch sei nicht ersichtlich, dass die Fa. E als einzige die erforderlichen Qualitätsanforderungen bei der Versorgung erfülle und auch ein wirtschaftlich besseres Angebot als ihre Mitbewerber aufweise. Im Vordergrund stünden die wirtschaftlichen Eigeninteressen des Beklagten. 16

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen. 17

B. 18

Die zulässige Berufung des Beklagten ist unbegründet. 19

20

Die Klägerin kann von ihm nach §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 14 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 V BO der Ärztekammer Westfalen-Lippe die Unterlassung der streitgegenständlichen Plakatwerbung, der Auslegung der Werbeflyer und Visitenkarten und der Aushändigung der beanstandeten Gutscheine verlangen, ferner gemäß § 12 I 2 UWG die Zahlung der geltend gemachten Abmahnkosten.

I. 21

Der neu gefasste Klageantrag, der dem Verbotsausspruch nunmehr zugrunde liegt und der sich auf die konkrete Verletzungsform bezieht, ist zunächst hinreichend bestimmt i.S.d. § 253 II Nr. 2 ZPO. Bei der Neufassung handelt es sich insoweit, da die verschiedenen Werbemedien auch zuvor bereits entsprechend beanstandet waren, um eine bloße Klarstellung, ohne dass damit eine Änderung des Streitgegenstandes verbunden ist. Diese wirkt sich auf die Kostenentscheidung insofern auch nicht aus. 22

II. 23

Die beanstandeten Werbemaßnahmen sind wettbewerbswidrig gemäß §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 V der BO der Ärztekammer Westfalen-Lippe. 24

1. 25

Bei der zuletzt genannten Regelung, die der Muster-BOÄ entspricht, handelt es sich um eine Marktverhaltensreglung i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG (vgl. zutr. OLG Koblenz MedR 2005, 723; und MMR 2006, 312; Köhler, in Hefermehl/Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 25. Aufl. 2007, § 4 Rn. 11.74 m.w.N.). 26

2. 27

Nach § 34 V der BO ist es einem Arzt nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Diese Regelung dient dem Patientenschutz durch Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit gegenüber Dritten (§ 30 I MBO). Merkantile Gesichtspunkte sollen vom Heilauftrag des Arztes getrennt sein. Der Patient soll darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von kommerziellen Interessen, sondern ausschließlich von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt (vgl. BGH GRUR 2005, 1240 – Diabetesstreifen). 28

a) 29

Eine Verweisung kann nach diesem Sinnzusammenhang nicht, wie der Beklagte es meint, nur in einem engen Sinne dahin verstanden werden, dass einem bestimmten Patienten die eigene Entscheidung dafür abgenommen wird, an welchen Anbieter von gesundheitlichen Leistungen er sich wendet. Vielmehr kann das besondere Vertrauen in den Arztberuf zur Verkaufsförderung auch dadurch missbraucht werden, dass Empfehlungen, Hinweise und Vorschläge mit Aufforderungscharakter getätigt werden, die zum einen mit der gebotenen Trennung zu merkantilen Gesichtspunkten nicht mehr vereinbar sind und die den Patienten aufgrund seines Vertrauens in die ärztliche Kompetenz dann faktisch doch aus nicht gerechtfertigten Gründen in seiner Auswahlentscheidung entsprechend beeinflussen können (s.a. OLG Koblenz MedR 2005, 723; MMR 2006, 312). Eine solche Empfehlung ist hier durch die Plakatwerbung, die Fleyer und damit im Zusammenhang die Visitenkarten wie auch durch den Gutschein, der dem Patienten unter bestimmten Voraussetzungen beim Kauf einer Brille bei der Fa. E zu einem bestimmten Wert die Kosten für eine HRT/RTA-Untersuchung beim 30

Arzt abnimmt, erfolgt. Dem einzelnen wie sämtlichen Patienten wird hierdurch unmissverständlich "verweisend" allein das Unternehmen der Ehefrau des Beklagten anempfohlen.

2. 31

Diese Verweisung durch die verschiedenen hier in Rede stehenden Medien ist von keinem sachlichen Grund im Sinne der Berufsordnung getragen. Ein solcher sachlicher Grund kann sich nicht bedürfnisunabhängig und hinsichtlich aller Patienten nur auf das eine als verbunden wirkende Anbieterunternehmen, nämlich die Fa. E, beziehen. Ein Grund für eine Verweisung hängt jeweils von den speziellen Bedürfnissen im Einzelfall ab und kann insbesondere auch nicht allein von einem Augenarzt für sich generell in Anspruch werden, zumal es etwa ebenso bei HNO-Ärzten oder Orthopäden zu entsprechenden Abstimmungen mit anderen Leistungsanbietern kommen kann und gegebenenfalls muss. Es wird dabei keineswegs verkannt, dass für eine Verweisung an einen bestimmten Anbieter nicht allein auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile, sondern etwa auch die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten sowie schlechte Erfahrungen mit betreffenden anderen Anbietern sprechen können (vgl. BGH WRP 2001, 151 – Augenarztschreiben; GRUR 2000, 1080 – Verkürzter Versorgungsweg; OLG Celle WRP 2007, 198). Indes – und hierauf hat das Landgericht zutreffend abgestellt – betreffen diese Gesichtspunkte im Kern eine potentielle Verweisung des Patienten im Einzelfall in Anlehnung an dessen medizinische oder sonstige entsprechend gewichtige Bedürfnisse. Ein sachlicher Grund für alle Fälle ist vorliegend aber nicht ersichtlich. Ansonsten würde, wenn man derartige allgemeine Verweisungen zuließe, die zugrunde liegende Reglung des § 34 V der BOÄ Westfalen Lippe praktisch auch leer laufen. 32

3. 33

Insofern kommt es auf die einzelnen, hier vom Beklagten angeführten Umstände, die als sachliche Gründe für seine Werbemaßnahmen angeführt werden, nicht mehr an. Diese rechtfertigen aber auch isoliert betrachtet keine andere Beurteilung. Soweit der Beklagte die Gewissheit hinsichtlich der Qualität der Vorsorgung durch die von seiner Frau geführten Fa. E ins Feld führt, so kann dies schon deshalb nicht durchgreifen, weil nicht ersichtlich ist, dass konkurrierende Optikunternehmen nicht die gleiche Qualität und die gleiche Zuverlässigkeit wie die Fa. E bieten können. Es liegt kein (Einzel-) Fall vor, dass wegen der besonderen Fähigkeiten des Anbieters ausnahmsweise konkret wie auch allgemein dieser vorgeschlagen werden müsste. Entsprechendes gilt für die Notwendigkeit einer Abstimmung zwischen dem Arzt und dem Optiker, die nämlich nicht notwendigerweise nur in diesem verquickt beruflich-persönlichen Verhältnis zwischen den beiden hier fraglichen Berufsträgern auch über den Einzelfall hinaus erfolgen kann. Derartige Abstimmungen sind keineswegs immer und bei allen Patienten geboten, so dass die hier mögliche Abstimmung im Einzelfall keine entsprechende generelle Verweisung rechtfertigt. Der Einholung eines – vom Beklagten beantragten – Sachverständigengutachtens bedarf es in diesem Zusammenhang nicht. Auch um gehbehinderten oder älteren Menschen einen weiteren oder beschwerlichen Weg zu ersparen, bedarf es dieser Art der Verweisung nicht, abgesehen auch davon, dass sich hieraus nicht erklärt, dass dem Patienten aus diesem Grunde eine entsprechende Gutschrift zugute kommen soll. Schließlich kann nicht festgestellt werden, dass die Fa. E über ein "wirtschaftlich besseres Angebot" verfügt, schon deshalb nicht, weil die Angebote der Fa. U im Verhältnis zu anderen Anbietern nach Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsmerkmalen nicht gegenüber gestellt sind und überprüft werden können. Die insoweit getroffenen Aussagen sind (wie es etwa § 6 II Nr. 2 UWG zur vergleichenden Werbung formuliert) nicht objektiv auf 34

eine oder mehrere wesentliche, relevante, nachprüfbare und typische Eigenschaften oder den Preis dieser Waren oder Dienstleistungen bezogen. Das auch im Termin zur mündlichen Verhandlung vom Beklagten wiederum hervorgehobene wirtschaftlich bessere und nach seiner Darstellung einzigartige Angebot der Fa. E mit dem von ihm geschilderten Abo-System im Hinblick auf etwaige neue Gläser kann dem als rechtfertigender Grund nicht zugrunde gelegt werden.

III. 35

Der Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten in Höhe von 189,- € nebst zugesprochener Zinsen folgt aus §§ 12 I 2 UWG, 286 BGB. 36

IV. 37

Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 708 Nr. 10, 713 und 97 I ZPO. 38

Die Zulassung der Revision ist nicht veranlasst, § 543 ZPO. 39

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE