Datum:	08.09.2015
Gericht:	Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper:	20. Zivilsenat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	I-20 U 236/13
ECLI:	ECLI:DE:OLGD:2015:0908.I20U236.13.00

Tenor:

Die Berufung des Beklagten gegen das am 16. Oktober 2013 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf wird zurückgewiesen.

Die Kosten der Berufung trägt der Beklagte.

Dieses und das angefochtene Urteil sind vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A)

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils in der Fassung des Tatbestandsberichtigungsbeschlusses vom 3. Dezember 2013 (Bl. 145 GA) Bezug genommen. Durch dieses hat das Landgericht dem Beklagten, einem Physiotherapeuten, unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel verboten, berufs- oder gewerbsmäßig die Ausübung der Osteopathie anzukündigen und/oder die Osteopathie auszuüben, es sei denn, der Beklagte ist ärztlich bestallt oder im Besitz einer Erlaubnis für die Ausübung der Heilkunde gemäß § 1 HeilPrG. Ferner hat das Landgericht die Erledigung der Hauptsache in Bezug auf das ursprünglich von dem klagenden Verband begehrte Verbot der Werbung mit bestimmten Fachausdrücken ohne nähere Erläuterung im Hinblick auf die am 6.10.2012 in Kraft getretene Gesetzesänderung festgestellt und die auf Rückzahlung der gezahlten Abmahnkosten gerichtete Widerklage des Beklagten abgewiesen. 1

2

Dagegen wendet sich der Beklagte mit seiner form- und fristgerecht eingelegten und innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist begründeten Berufung. Der Beklagte macht – wie schon in erster Instanz – geltend, dem Kläger fehle die Klagebefugnis. Es stünden nicht alle Heilpraktiker, die über ihre Verbände mittelbar dem Kläger angehören würden, zu ihm in einem Wettbewerbsverhältnis, vielmehr nur solche, die ihrerseits physiotherapeutische oder osteopathische Leistungen erbrächten. Er habe nicht uneingeschränkt mit Osteopathie geworben, insbesondere niemals behauptet, diese Leistungen selber zu erbringen. Wie auch physiotherapeutisch werde seine Praxis nur auf ärztliche Anordnung hin tätig und die besagten Leistungen würden durch seine Angestellte W. erbracht, die über eine umfassende Ausbildung für Osteopathie verfüge. Aufgrund des Umstandes, dass zum einen eine ärztliche Verordnung vorliegen müsse und zum anderen nur eine umfassend ausgebildete Mitarbeiterin die Behandlung durchführe, ergebe sich daraus kein Risiko für die Volksgesundheit. Im Übrigen sei die Osteopathie der physikalischen Therapie so ähnlich, dass bei der Anwendung durch einen Physiotherapeuten keine zusätzlichen Risiken bestünden. Der ursprüngliche Antrag sei nicht gerechtfertigt gewesen, weil er den Internetauftritt bereits gekündigt und für das vertragswidrige Aufrechterhalten nicht einzustehen habe, zudem seien die verwendeten Begriffe klar verständlich gewesen. Im Übrigen stehe dem Kläger kein Anspruch auf die Zahlung der Abmahnkosten für die viel zu weit gefasste Abmahnung zu, daher könne er die gezahlten Abmahnkosten zurückverlangen.

Der Beklagte beantragt, 3

das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen sowie den Kläger zu verurteilen, an ihn 152,32 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 24.05.2012 zu zahlen. 4

Der Kläger beantragt, 5

die Berufung zurückzuweisen. 6

Er verteidigt das erstinstanzliche Urteil unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Sachvortrages. 7

Der Senat hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugin W. Hinsichtlich der Beweisaufnahme wird auf das Protokoll vom 27.01.2015 Bezug genommen. Im Hinblick auf den in der Beweisaufnahme zu Tage getretenen Umstand, dass die Zeugin W. mittlerweile über eine Zulassung als Heilpraktikerin verfügt, hat der Kläger klargestellt, dass dieser Zustand keinen Verstoß gegen das ausgesprochene Verbot darstellen solle. Der Senat hat die abstrakte Gefährlichkeit osteopathischer Behandlungen mit den Parteien erörtert. 8

Hinsichtlich aller weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen Bezug genommen. 9

B)

Die zulässige Berufung des Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht und mit zutreffender Begründung, auf die der Senat zunächst Bezug nimmt, hat das Landgericht den Beklagten antragsgemäß verurteilt und seine Widerklage abgewiesen. 10

11

Zu Recht und mit in jeder Hinsicht zutreffender Begründung hat das Landgericht die Klagebefugnis des Klägers nach § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG festgestellt. Soweit der Beklagte weiter spekuliert, viele der vom Kläger angeführten Heilpraktiker seien nur nebenberuflich tätig, änderte dies – selbst wenn es zuträfe – nichts daran, dass sie zu ihm in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis stehen. Dieses besteht auch zu solchen Heilpraktikern, die weder physiotherapeutische noch osteopathische Behandlungen anbieten, weil – wie die Kammer zu Recht ausgeführt hat – der sachliche Markt weiter zu fassen ist; er umfasst im Zusammenhang mit der Osteopathie jedenfalls das gesamte Feld sogenannter alternativmedizinischer Behandlungen, wie sie eben typischerweise von Heilpraktikern erbracht werden. Dass der Kläger darüber hinaus über die erforderliche personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung verfügt, wird vom Beklagten nicht ernsthaft in Abrede gestellt und bei dem Kläger als seit langem als klagebefugt anerkannten Verband auch vermutet (BGH GRUR 2000, 1093, 1095 – Fachverband).

Zu Recht hat das Landgericht dem Beklagten verboten, berufs- oder gewerbsmäßig die Ausübung der Osteopathie anzukündigen und/oder die Osteopathie auszuüben, es sei denn, der Beklagte ist ärztlich bestallt oder im Besitz einer Erlaubnis für die Ausübung der Heilkunde gemäß § 1 HeilPrG. Dabei ist der Antrag so zu verstehen, dass das betreffende Verbot auch dann nicht greift, wenn nicht der Beklagte, wohl aber der für die Behandlung eingesetzte Mitarbeiter im Besitz einer Erlaubnis nach § 1 HeilPrG ist. Insoweit hat der Kläger in der Verhandlung vor dem Senat sein Unterlassungsbegehren in zulässiger Weise klargestellt. Dass dies von Anfang an sein Begehren war, ergibt sich auch daraus, dass er in erster Instanz das Vorbringen des Beklagten bezüglich der Leistungserbringung durch die Zeugin W. ausdrücklich bestritten hat. 12

Insofern ist zunächst festzuhalten, dass die Wiederholungsgefahr nicht dadurch entfallen ist, dass die Zeugin W. inzwischen über eine Heilpraktiker-Erlaubnis verfügt, denn der Beklagte hat für sich jedenfalls in Anspruch genommen, derartige Leistungen durch entsprechend ausgebildete Kräfte auf ärztliche Anordnung auch ohne eine solche Erlaubnis zu erbringen und insoweit liegt eine Wiederholungsgefahr vor, zum Beispiel wenn das Beschäftigungsverhältnis mit der Zeugin W. beendet werden sollte. 13

Der Beklagte hat auch uneingeschränkt die Osteopathie als gleichwertiges Leistungsangebot beworben. Zu Recht ist das Landgericht davon ausgegangen, dass der Beklagte hierfür, also für das Angebot einer osteopathischen Behandlung, auch dann einer Erlaubnis nach § 1 HeilPrG bedarf, wenn seine Praxis nur auf ärztliche Anordnung tätig wird und er die Leistung durch eine besonders ausgebildete Mitarbeiterin erbringt, wie es auch nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme der Fall ist. 14

Eine Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HeilPrG ist erforderlich, wenn die Heilkunde ausgeübt werden soll, ohne dass der Ausübende – wie hier unstreitig der Fall – als Arzt bestallt ist. Eine Ausübung der Heilkunde stellt gemäß § 1 Abs. 2 HeilPrG jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen dar, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt wird. Dabei ist der Begriff verfassungskonform dahin auszulegen, dass eine Ausübung der Heilkunde nur vorliegt, wenn von der Behandlung eine mittelbare oder unmittelbare Gesundheitsgefährdung ausgeht, denn nur dann ist der durch die Erlaubnispflicht begründete Eingriff in die Berufsfreiheit nach Art. 12 GG gerechtfertigt (BVerfG NJW-RR 2004, 705). 15

Die Osteopathie umfasst verschiedene sogenannte alternativmedizinische Krankheits- und Behandlungstechniken. Sie bezweckt die Diagnostik und Therapie (Schmerzlinderung, Muskelentspannung, Mobilisierung) von reversiblen funktionellen Störungen insbesondere 16

am Stütz- und Bewegungsapparat. Zur Behebung körperlicher Funktionsstörungen bedient sich die Osteopathie manueller Behandlungsmethoden, deren Zweck es ist, durch bestimmte Hand- und Massagegriffe Blockierungen insbesondere innerhalb des Gelenkapparates zu beseitigen. (vgl. Roche Lexikon Medizin, 5. Auflage 2003, Stichworte „Osteopathie“, „Chirotherapie“; Brockhaus Gesundheit, 8. Aufl. 2010, Stichwort: „Osteopathie (Therapie)“). Die Ausübung der Osteopathie stellt somit eine (berufs- bzw. gewerbsmäßig) vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen dar.

Liegen diese Voraussetzungen vor, wird Heilkunde dann ausgeübt, wenn die Tätigkeit nach allgemeiner Auffassung ärztliche bzw. medizinische Fachkenntnisse erfordert. Ob solche Fachkenntnisse im konkreten Einzelfall erforderlich sind, ist vom Ziel, von der Methodik und der Art der Tätigkeit abhängig, zum anderen kann aber auch die Beurteilung, ob die konkrete Behandlung begonnen werden darf, solche Fachkenntnisse erfordern. Entscheidend ist stets, ob die Tätigkeit ihrer Methode nach oder, weil ihre sachgerechte Anwendung eine hinreichende diagnostische Abklärung voraussetzt, in den Händen Unbefugter gesundheitliche Schäden bei Patientinnen und Patienten verursachen kann (vgl. Nr. 1.1 der Richtlinien zur Durchführung des Heilpraktikergesetzes des nordrhein-westfälischen Ministeriums für Frauen, Jugend, Familie und Gesundheit v. 18.5.1999). 17

Es ist – und auch das ist unstreitig – davon auszugehen, dass die Ausführung osteopathischer Behandlungsmethoden medizinische Fachkenntnisse voraussetzt und eine unsachgemäße Ausübung geeignet ist, gesundheitliche Schäden zu verursachen. Hierfür spricht schon, dass das Ausbildungs- und Prüfungscurriculum der BAO einen zeitlich sowie inhaltlich erheblichen Ausbildungsaufwand umfasst. Es ist – insoweit ist den Ausführungen im Urteil des VG Düsseldorf vom 08.12.2008, Az. 7 K 967/07 zuzustimmen – davon auszugehen, dass dies nicht einem bloßen Selbstzweck dient, sondern dieser Ausbildungsaufwand gerade dem Zweck dient, Schäden von Patienten und der Allgemeinheit abzuwenden, sodass es im Umkehrschluss naheliegend ist, davon auszugehen, dass die Ausübung osteopathischer Tätigkeit abstrakt mit gesundheitlichen Risiken verbunden ist. Es wird zudem im Allgemeinen davon ausgegangen, dass eine nicht risikolose Osteopathie sowohl Erfahrung als auch sorgfältige Indikationsstellung erfordert. Insbesondere morphologische Veränderungen, die mit einer Schwächung der Knochen- oder Bandstruktur einhergehen, Krankheiten wie rheumatoide Arthritis, Tumore und Traumen sowie Bandscheibenvorfälle, die nur mit medizinischem Fachwissen erkannt werden können, stellen ein erhebliches Risiko bei bzw. ein Hindernis für die Anwendung osteopathischer Behandlungsmethoden dar (vgl. Roche Lexikon Medizin, 5. Auflage 2003, Begriff „Osteopathie“, „Chirotherapie“ - Kontraindikation). 18

Daher unterliegt die Ausübung osteopathischer Behandlungen im Grundsatz der Erlaubnispflicht gemäß § 1 Abs. 1 HeilPrG. Eine die Osteopathie betreffende spezialgesetzliche Regelung besteht nicht. 19

Die Erlaubnis zur Ausübung der Physiotherapie gemäß § 1 Abs. 1 MPhG reicht entgegen der Auffassung des Beklagten dagegen nicht aus, um osteopathische Behandlungen vorzunehmen zu dürfen. Dies zeigt sich bereits daran, dass Osteopathie nicht Bestandteil des Ausbildungs- und Prüfungscurriculums für Physiotherapeuten ist (vgl. Anhänge zur Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Physiotherapeuten (PhysTh-APrV)). Da die Physiotherapeuten-Ausbildung Osteopathie somit nicht umfasst, kann sich auch die entsprechende Erlaubnis zur Ausübung der Physiotherapie nicht hierauf beziehen. 20

21

An dem Erfordernis der Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HeilPrG ändert es nichts, dass die Mitarbeiterin des Beklagten einen Nachweis über eine erfolgreich abgeschlossene Osteopathie-Ausbildung der BAO vorweisen kann. Eine derartige Ausbildung könnte allenfalls die Voraussetzung für die Erteilung einer Erlaubnis sein, würde diese jedoch in keinem Fall ersetzen. Gerade dies ergibt sich auch aus dem von dem Beklagten als Anlage vorgelegten Kriterienkatalog zur Erteilung der eingeschränkten Heilpraktikererlaubnis für den Bereich der Physiotherapie aufgestellt durch das Gesundheitsamts Düsseldorf und festgesetzt mit Erlass des Bundesministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter des Landes Nordrhein-Westfalen vom 21.11.2012 (Bl. 180 GA). Dort heiß es wörtlich:

„Die Heilpraktikererlaubnis im Bereich der Physiotherapie kann nach Aktenlage in folgenden Ausnahmefällen ohne Teilnahme an einer 60-stündigen Nachqualifikation erteilt werden: 22

- Es liegt eine erfolgreich abgeschlossene Osteopathie-Weiterbildung gemäß der Verordnung einer Weiterbildungs- und Prüfungsordnung im Bereich der Osteopathie (WPO-Osteo) des Landes Hessen vom 04.11.2008 (GVBL I 2008, Seite 949) in der jeweiligen Fassung oder eine andere gleichwertige Aus- oder Weiterbildung im Bereich der Osteopathie vor.“ 23

Auch dort wird demnach von der Erlaubnisbedürftigkeit der Tätigkeit ausdrücklich ausgegangen. Die genannte Osteopathieausbildung kann danach allenfalls vom Erfordernis der Nachqualifikation entbinden. Der Erlaubnisvorbehalt stellt in Anbetracht seines Zweckes, nämlich dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung, auch keinen unverhältnismäßigen Eingriff in die Berufsfreiheit dar. Es handelt sich vielmehr um eine den Anforderungen des § 12 Abs. 1 S. 2 GG genügende subjektive Berufszulassungshürde, die durch oder aufgrund eines Gesetzes zum Schutz wichtiger Rechtsgüter wie Leib und Leben (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) erfolgen kann. Sie dient der Sicherstellung eines funktionierenden, den Patienten vor Risiken der Behandlung durch nicht qualifizierte Personen schützenden Gesundheitswesens. 24

Zwar ist im hier zu entscheidenden Fall die Besonderheit zu beachten, dass der Beklagte nur auf ärztliche Anordnung tätig wurde. Damit ist zum einen sichergestellt, dass von dem Angebot keine mittelbare Gesundheitsgefahr ausgeht, weil Patienten nicht von einem Arztbesuch abgehalten werden. Zum anderen obliegt es auch dem Arzt, die grundsätzliche Eignung für eine osteopathische Behandlung festzustellen und etwaige Kontraindikationen auszuschließen. 25

Gleichwohl stellt die tatsächliche Behandlung – anders als bei einem Geistheiler – einen Eingriff dar, dessen fachgerechte Ausführung eben einer entsprechenden Ausbildung bedarf. Diese mag der manuellen Therapie zwar hochgradig ähnlich sein, sie unterscheidet sich aber insbesondere in der Zielsetzung von dieser. 26

Dass wegen der Ausbildung der Zeugin W. eine konkrete Gesundheitsgefahr nicht besteht, mag zutreffen. Es ist jedoch für die Rechtfertigung des Erlaubnisvorbehalts ohne Relevanz. Es kommt vielmehr auf die abstrakte Gefahr durch die entsprechende Behandlung an. Die Frage, ob die Ausbildung der Zeugin ausreicht, um eine Gesundheitsgefahr zu vermeiden, soll gerade durch die Erlaubnis beantwortet werden. Es unterliegt damit letztlich der Entscheidung der Gesundheitsbehörden, ob die Ausbildung ausreicht, um die bei abstrakt-genereller Betrachtung von einer osteopathischen Behandlung ausgehende Gefahr zu vermeiden. 27

Soweit der Beklagte sich gegen die Feststellung der Erledigung wendet, bleibt die Berufung ebenfalls ohne Erfolg. Insoweit kann auf die zutreffenden Gründe der angefochtenen Entscheidung Bezug genommen werden. 28

Der Beklagte hat die Werbung ursprünglich veranlasst und nach Kündigung des Vertrages jedenfalls nicht überprüft, ob die Seite tatsächlich nicht mehr aufrufbar war. Die Werbung richtete sich auch an die Allgemeinheit und nicht lediglich an bereits umfassen vom Arzt aufgeklärte Personen, so dass die Annahme des Landgerichts, die fremd- und fachsprachlichen Bezeichnungen seien zu erläutern gewesen, ebenfalls nicht zu beanstanden ist. 29

Die Widerklage hat das Landgericht zu Recht abgewiesen. Insoweit mag dahin stehen, ob die Annahme des Landgerichts zutrifft, dass die Abmahnung vollinhaltlich berechtigt war, denn jedenfalls in Bezug auf die Verwendung der fremd- beziehungsweise fachsprachlichen Begriffe war sie es. Bei der Abmahnung eines Verbandes ist die Kostenpauschale aber auch im Falle einer nur teilweise begründeten Abmahnung in vollem Umfang zu zahlen (BGH GRUR 2008, 2010 – Payback; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 33. Aufl., § 12 Rn. 1.99). Auch der Höhe nach ist der von dem Kläger berechnete Betrag nicht zu beanstanden, § 287 ZPO. Der Betrag ist ohne weiteres mit den von anderen Verbänden in Rechnung gestellten Aufwendungen vergleichbar, so dass dem Senat eine Schätzung möglich ist. Abgesehen davon wäre es Sache des bereicherungsrechtliche Rückabwicklung begehrenden Beklagten, darzulegen und zu beweisen, dass die Aufwendungen des Klägers geringer waren. 30

Der nachgelassene Schriftsatz vom 20.07.2015 erfordert keine Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung. 31

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91, § 97 Abs. 1 ZPO, die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO. 32

Es besteht keine Veranlassung, die Revision zuzulassen. Die hierfür in § 543 Abs. 2 ZPO niedergelegten Voraussetzungen sind nicht gegeben. Als reine Einzelfallentscheidung hat die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO, noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine revisionsgerichtliche Entscheidung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. 33

Streitwert: 10.152,32 € (entsprechend der von den Parteien nicht angegriffenen erstinstanzlichen Festsetzung) 34

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE