Oberlandesgericht Köln, 6 U 46/05

Datum: 04.11.2005
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 6. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 6 U 46/05

Vorinstanz: Landgericht Bonn, 16 O 9/04
Normen: UWG §§ 3, 4 Ziff. 1, 2, 10 und 11, 5; GG Art. 12 Abs. 1; (Muster-) Berufsordnung für Ärztinnen und Ärzte §§ 3 Abs. 3, 33 Abs. 1, 34 Abs. 5

Tenor:

1

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 9. Februar 2005 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Bonn - 16 O 9/04 - unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels teilweise abgeändert.

2.

Die Beklagte wird über die im angefochtenen Urteil ausgesprochene Verurteilung zur Unterlassung hinaus verurteilt, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen, gegenüber HNO-Ärzten - insbesondere mittels eines Verkaufsprospektes wie des als Anlage K 1 zur Klageschrift vom 27. Februar 2003 vorgelegten Verkaufsprospektes "C." (auch wenn dieser nicht den Hinweis enthält, dass die von der G. AG zu installierenden/installierten Hörgeräteläden in der Eigentümerschaft von HNO-Ärzten stehen würden/stehen) - für einen Erwerb von Aktien an der Beklagten zu werben mit der Angabe, dass es Ziel der Beklagten sei, die Abgabe von Hörgeräten in breitem Stil in den Besitz von Ärzten zu überführen und den HNO-Ärzten die Möglichkeit zu geben, vom Geschäft mit Hörgeräten zu profitieren, indem diese für ein einmaliges Investment von 20.000,00 EUR in eine Aktienbeteiligung an der Beklagten jährlich weit über 30.000,00 EUR erwirtschaften können, nämlich

a)

über ihre unmittelbare Einbindung in die von der Beklagten durchzuführende Hörgeräteabgabe, wofür sie bei im Mittel 200 Verordnungen im Jahr bis zu 27.500,00 EUR erhalten könnten, nämlich pro Ohr:

aa)

für die initiale Beratung ihres Patienten sowie die Abnahme eines Ohrabdrucks bei diesem: 100,00 EUR

oder

bb)

für die Tätigkeit zu aa) und die zur Verfügungstellung von Räumlichkeiten in ihrer Praxis, in denen ein Mitarbeiter der Beklagten die Versorgung durchführt: 125,00 EUR

oder

cc)

für die Durchführung der kompletten Hörgeräteversorgung in ihrer Praxis: 175,00 EUR

und

b)

über den auf ihre Aktienbeteiligung entfallenden Anteil am auf 10.000,00 EUR veranschlagten Gewinn der Beklagten, der beeinflusst wird dadurch, dass sie ihre eines Hörgerätes bedürftigen Patienten der Beklagten als Käufer zuweisen.

3.

Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

4.

Von den Kosten des Verfahrens erster Instanz tragen die Klägerin 2/3 und die Beklagte 1/3. Von den Kosten des Berufungsverfahrens tragen die Klägerin 4/5 und die Beklagte 1/5.

5.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

6.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Gründe

1

2

3

Die Klägerin macht gegen die Beklagte, eine im Jahr 2003 gegründete und in der Handwerksrolle der Handwerkskammer für N. und P. eingetragene

Aktiengesellschaft, deren Hauptzweck in der Gründung und Unterhaltung von Hörgeräteakustikbetrieben besteht, wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche im Zusammenhang mit einer Werbung der Beklagten geltend, mit der diese bei HNO-Ärzten für eine Aktienbeteiligung wirbt. In dieser Werbung heißt es, der investierende Arzt profitiere finanziell auf drei Ebenen: durch Mitwirkung bei der Hörgeräteabgabe, durch Ausschüttung von Gewinnen der AG und durch Wertsteigerung seiner Aktie. In diesem Zusammenhang ist ausgeführt, der Arzt werde von der Beklagten in die Hörgeräteabgabe unmittelbar eingebunden, indem er - gegen eine Vergütung von derzeit 100,00 EUR - die initiale Beratung des Patienten durchführe sowie einen Ohrdruck abnehme. Ärzte, die interessiert seien, weitere Anpassungsleistungen in ihrer Praxis zu erbringen, könnten insgesamt 175,00 EUR pro Hörgerät erhalten. Ferner wird damit geworben, als Anteilseigner und durch Zuweisungen bestimme der Arzt alleine den Erfolg und den Weg der Gesellschaft. Wegen der Einzelheiten der im Wesentlichen im Verkaufsprospekt der Beklagten vom 24. Oktober 2003 (Anl. B 18) formulierten Werbung und des ihr zugrunde liegenden Geschäftsmodells wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

Die Klägerin stützt ihre Ansprüche auf §§ 3, 4 Ziffern 1, 2, 10 und 11 UWG in Verbindung mit Vorschriften der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte und § 5 UWG. In ihrem inhaltlichen Kern gehen ihre Beanstandungen dahin, die Beklagte veranlasse durch die angegriffene Werbung und das beworbene Geschäftsmodell die geworbenen Ärzte dazu, gegen ihre Berufspflichten zu verstoßen, insbesondere zur Steigerung ihrer Gewinne Patienten an die Beklagte zu verweisen.

4

Das Landgericht hat die Klage, soweit ihr nicht wegen eines Teilanerkennnisses der Beklagten stattzugeben war, abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Die Klägerin wolle durch das vorliegende Verfahren der Beklagten letztlich in vollem Umfange die Ausführung des von ihr entwickelten Verkaufskonzeptes verbieten. Dieser Antrag sei schon deshalb unbegründet, weil er auf eine unzulässige Einschränkung der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) gerichtet sei. Das Verkaufskonzept der Beklagten sei - das wird im Einzelnen ausgeführt - unter Berücksichtigung der vom Bundesgerichtshof in seinen Urteilen vom 29. Juni 2000 (- I ZR 59/98, NJW 2000, 2745 ff.) und vom 15. November 2001 (- I ZR 275/99, NJW 2002, 962 ff.) für den verkürzten Versorgungsweg aufgestellten Grundsätze nicht zu beanstanden.

5

Dagegen wendet sich die Klägerin mit der Berufung, mit der sie im Wesentlichen geltend macht, das Landgericht habe zu Unrecht maßgeblich auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum sog. verkürzten Versorgungsweg verwiesen und die Klage abgewiesen. Das vorliegende Geschäftsmodell unterscheide sich ganz wesentlich von den Spielarten des verkürzten Versorgungsweges, mit denen sich der Bundesgerichtshof befasst habe. Das von der Klägerin erstrebte Verbot unlauteren Wettbewerbs genüge den Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Entgegen der Auffassung des Landgerichts verleite die Beklagte Ärzte mit ihrer Werbung dazu, gegen § 34 Abs. 5, § 33 Abs. 1, § 3 Abs. 2 und § 30 Abs. 3 MBO zu verstoßen. Sie verleite schließlich - was das Landgericht übersehen habe - die Ärzte auch zu unmittelbaren Verstößen gegen § 3 UWG. Ihr Geschäftsmodell führe dadurch, dass den Patienten die finanzielle Beteiligung der HNO-Ärzte an der Beklagten nicht bekannt gemacht werde, zu einer Irreführung des Verkehrs im Sinne des § 5 UWG und sei unlauter im Sinne des § 4 Nrn. 1, 2 und 10 UWG.

6

Die Klägerin beantragt,

7

das Urteil des Landgerichts Bonn vom 9. Februar 2005, soweit die Klage abgewiesen wurde, abzuändern und die Beklagte zu verurteilen, es bei

Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zur Höhe von 250.000,00 EUR, ersatzweise von Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zur Dauer von sechs Monaten zu unterlassen,	8
1. gegenüber HNO-Ärzten - insbesondere mittels eines Verkaufsprospektes wie des als Anlage K 1 zur Klageschrift vom 27. Februar 2003 vorgelegten Verkaufsprospektes "C. " (auch wenn dieser nicht den Hinweis enthält, dass die von der G. AG zu installierenden/installierten Hörgeräteleäden in der Eigentümerschaft von HNO-Ärzten stehen würden/stehe) - für einen Erwerb von Aktien an der Beklagten zu werben mit der Angabe, dass es Ziel der Beklagten sei, die Abgabe von Hörgeräten in breitem Stil in den Besitz von Ärzten zu überführen und den HNO-Ärzten die Möglichkeit zu geben, vom Geschäft mit Hörgeräten zu profitieren, indem diese für ein einmaliges Investment von 20.000,00 EUR in eine Aktienbeteiligung an der Beklagten jährlich weit über 30.000,00 EUR erwirtschaften können, nämlich	9
a. über ihre unmittelbare Einbindung in die von der Beklagten durchzuführende Hörgeräteabgabe, wofür sie bei im Mittel 200 Verordnungen im Jahr bis zu 27.500,00 EUR erhalten könnten, nämlich pro Ohr:	10
aa) für die initiale Beratung ihres Patienten sowie die Abnahme eines Ohrabdrucks bei diesem: 100,00 EUR	11
bb) für die Tätigkeit zu aa) und die zur Verfügungstellung von Räumlichkeiten in ihrer Praxis, in denen ein Mitarbeiter der Beklagten die Versorgung durchführt: 125,00 EUR	12
cc) für die Durchführung der kompletten Hörgeräteversorgung in ihrer Praxis: 175,00 EUR	13
und	14
b. über den auf ihre Aktienbeteiligung entfallenden Anteil am auf 10.000,00 EUR veranschlagten Gewinn der Beklagten, der beeinflusst wird dadurch, dass sie ihre eines Hörgerätes bedürftigen Patienten der Beklagten als Käufer zuweisen	15
und/oder	16
2. das unter 1. näher bezeichnete Geschäftsmodell durchzuführen, bei dem sich der HNO-Arzt durch Aktienerwerb als Aktionär an der Beklagten beteiligen kann und seinen finanziellen Aufwand kompensieren kann oder Gewinne erwirtschaften kann, indem er die im Klageantrag zu 1. a) und b) angeführten Möglichkeiten nutzt.	17
Die Beklagte beantragt,	18
die Berufung zurückzuweisen.	19
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils sowie die von den Parteien gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.	20
II.	21
	22
	23
	24
	25
	26
	27

- Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg. Sie ist unbegründet, soweit die Klägerin mit dem Berufungsantrag zu 2. die Unterlassung der Durchführung des Geschäftsmodells begehrt. Teilweise erfolgreich ist sie dagegen, soweit sie sich mit dem Berufungsantrag zu 1. gegen die Werbung der Beklagten richtet. 28
1. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht gemäß dem Berufungsantrag zu 2. die Unterlassung der Durchführung des Geschäftsmodells verlangen. 29
- a) Der Berufungsantrag zu 2. ist allerdings in der unter I. wiedergegebenen Formulierung, die ihm die Klägerin unter Präzisierung ihres ursprünglichen, nur aus dem ersten Halbsatz bestehenden Antrags in der mündlichen Verhandlung am 30. September 2005 gegeben hat, ausreichend bestimmt. Er genügt zwar, soweit er mit dem ersten Halbsatz zur Beschreibung des Geschäftsmodells auf den Berufungsantrag zu 1. verweist, nicht den Anforderungen an eine ausreichende Bestimmtheit, weil dem Berufungsantrag zu 1. mit den darin enthaltenen Werbeaussagen aus dem Prospekt und den Angaben der konkreten Preise in a) aa) bis cc) nicht zu entnehmen ist, welche konkreten Umstände die Klägerin zu dem nach ihrer Auffassung zu verbietenden Geschäftsmodell zählt. Dieser Mangel an Bestimmtheit des ersten Halbsatzes ist aber unschädlich, weil der zweite Halbsatz diejenigen Kriterien zum Ausdruck bringt, die das beanstandete Geschäftsmodell kennzeichnen. 30
- b) Dass der Klägerin - wie das Landgericht im Ergebnis zu Recht angenommen hat - gegen die Beklagte kein auf Unterlassung der Durchführung des auf diese Weise beschriebenen Geschäftsmodells zusteht, lässt sich auch nicht ohne Prüfung der für die geltend gemachten wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsansprüche in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen damit begründen, dass der von der Klägerin gestellte Antrag schon gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG unbegründet ist. Es ist zwar richtig, dass die Klägerin - wie sich aus der Formulierung des Unterlassungsantrags zu 2. und seiner Einleitung mit "und/oder" ergibt - der Beklagten letztlich in vollem Umfang die Ausführung des beworbenen Verkaufskonzepts verbieten lassen möchte. Richtig ist auch, dass der Bundesgerichtshof in dem zitierten Urteil vom 15. November 2001 (NJW 2002, 962, 964) ausgeführt hat, es sei mit der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) unvereinbar, dem HNO-Arzt uneingeschränkt zu verbieten, mit Drittanbietern bei der Versorgung von Patienten im verkürzten Versorgungsweg zusammenzuarbeiten. Abgesehen davon, dass man aber mit der Klägerin Zweifel daran haben kann, ob der vorliegende Klageantrag auf ein so weitgehendes Verbot hinausläuft, kommt Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG im Verhältnis zwischen Privaten keine unmittelbare, sondern nur mittelbare Geltung dergestalt zu, dass er bei der Auslegung und Anwendung privatrechtlicher Vorschriften zu beachten ist (Jarass in: Jarass/Pieroth, GG 7. Aufl. 2004 Art. 12 Rdn. 18 m.w.Nachw.). 31
- c) Es fehlt für das Begehren der Klägerin jedoch die Anspruchsgrundlage. 32
- aa) Ein Anspruch der Klägerin auf Unterlassung der Durchführung des beanstandeten Geschäftsmodells gemäß dem Berufungsantrag zu 2. folgt nicht unter dem Aspekt des "Rechtsbruchs" aus § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Vorschriften des ärztlichen Berufsrechts. 33
- Soweit die Klägerin Ansprüche aus § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit Vorschriften der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (im Folgenden: MBO) geltend macht, folgt das schon daraus, dass die MBO keine Rechtsqualität besitzt (dazu BGH NJW 2000, 2745, 2746) und ihre Regelungen dementsprechend keine "gesetzlichen Vorschriften" im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sind. In Betracht kommen allerdings Ansprüche aus § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den Berufsordnungen der einzelnen Ärztekammern. Da diese inhaltlich mit den Regelungen der MBO übereinstimmen, so dass von der Formulierungen der MBO 34

ausgegangen werden kann (BGH NJW 2000, 2745, 2746), werden im Folgenden - wie von der Klägerin - die jeweiligen Vorschriften der MBO zitiert. Bei den Vorschriften der Berufsordnungen für Ärzte handelt es sich um Normen, die im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (von Jagow in: Harte/Henning, UWG § 4 Rdn. 68).

Die Durchführung des beanstandeten Geschäftsmodells stellt sich jedoch nicht als 35
Zuwerhandlung der Beklagten gegen diese Vorschriften dar.

Die Beklagte, die selbst nicht Adressat der MBO ist, haftet als Anstifterin zum Rechtsbruch bzw. als Störerin, wenn durch ihr Handeln Ärzte zu einem Verstoß gegen die berufsrechtlichen Vorschriften verleitet werden (zur Störerhaftung BGH WRP 2003, 1350, 1352 - Ausschreibung von Vermessungsleistungen; BGH WRP 2005, 205, 206 - Ausschreibung von Ingenieurleistungen; inzident auch BGH NJW 2000, 2745, 2746). Daran fehlt es. Durch das beanstandete Geschäftsmodell werden HNO-Ärzte nicht zu berufsordnungswidrigem Verhalten verleitet. 36

(1) Das von der Klägerin beanstandete Geschäftsmodell steht, wie sich aus dem zweiten Halbsatz des Berufungsantrags zu 2. ergibt, auf zwei Standbeinen. 37
Charakteristisch ist zum Einen, dass sich der HNO-Arzt durch Aktienwerb als Aktionär an der Beklagten beteiligen kann, und zum Anderen, dass er seinen finanziellen Aufwand kompensieren oder Gewinne erwirtschaften kann, indem er die im Klageantrag zu 1. a) und b) angeführten Möglichkeiten der Erbringung von Leistungen gegen Entgelt und des Beitrags zum Gewinn der Aktiengesellschaft nutzt.

(2) Diese beiden Standbeine des Geschäftsmodells sind jeweils für sich 38
genommen berufsrechtlich nicht zu beanstanden.

(a) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat und auch die Klägerin nicht in 39
Abrede stellt, kann sich ein Arzt an einer Aktiengesellschaft beteiligen. Das gilt auch dann, wenn es sich bei der Aktiengesellschaft um einen Hersteller von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten handelt.

(b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist auch die Einbindung des HNO-Arzt in die Abgabe von Hörgeräten im sogenannten verkürzten 40
Versorgungsweg so, wie sie sich im konkreten Fall darstellt, mit dem ärztlichen Berufsrecht vereinbar.

(aa) Sie verstößt weder gegen das Verbot, Patientinnen und Patienten ohne 41
hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen, § 34 Abs. 5 MBO, noch gegen das Verbot, im Zusammenhang mit der Ausübung der ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter Mitwirkung des Arztes abgeben zu lassen sowie gewerbliche Dienstleistungen zu erbringen oder erbringen zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts oder die Dienstleistung wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie sind, § 3 Abs. 2 MBO, und ist mit § 30 Abs. 3 MBO vereinbar, der die Zusammenarbeit mit Angehörigen anderer Gesundheitsberufe nur erlaubt, wenn die Verantwortungsbereiche der Ärztin oder des Arztes und des Angehörigen des Gesundheitsberufs klar erkennbar voneinander getrennt bleiben.

Der Bundesgerichtshof hat mit seinem vom Landgericht zitierten Urteil vom 29. Juni 2000 (NJW 2000, 2745 ff.) in einem Fall, in dem die beklagte Hörgeräteherstellerin gegenüber HNO-Ärzten für ein Konzept warb, bei dem das Hörgerät im verkürzten Versorgungsweg abgegeben werden und der HNO-Arzt gegen Zahlung eines Honorars von 250 DM für jedes zu versorgende Ohr die erweiterte audiometrische Messung selbst durchführen, selbst den Ohrabdruck abnehmen und das Hörgerät nach Auswahl desselben, digitaler Programmierung

und Fertigung des Ohrspasstück durch die Beklagte individuell anpassen sollte, einen Wettbewerbsverstoß der Beklagten mit der Begründung verneint, die Art und Weise der beworbenen Zusammenarbeit zwischen HNO-Ärzten und der Beklagten sei nicht wettbewerbsrechtlich unlauter (BGH NJW 2000, 2745, 2746). Mit derselben Begründung hat er mit Urteil vom 15. November 2001 (NJW 2002, 962 ff.) in einem Fall vergleichbarer Zusammenarbeit zwischen HNO-Ärzten und Hörgeräteherstellern einen Wettbewerbsverstoß der dort verklagten HNO-Ärztin verneint (BGH NJW 2002, 962, 963). Zur Begründung der Verneinung eines Verstoßes gegen § 34 Abs. 5 MBO hat er in seiner Entscheidung vom 29. Juni 2000 ausgeführt, mit dem Angebot der dortigen Beklagten sei zwar der Wunsch verbunden, der Arzt möge Patienten zukünftig regelmäßig mit Hörgeräten der Beklagten versorgen; diesem Wunsch entspreche aber keine Bindung des Arztes. Dieser sei frei, ob er für den Patienten mit dessen Einwilligung die im Konzept der Beklagten vorgesehenen Leistungen erbringe und ob er dies tun wolle, um den Patienten gerade von der Beklagten versorgen zu lassen. Ferner hat er darauf hingewiesen, dass die Verweisung des Patienten an bestimmte Geschäfte oder Leistungserbringer nur untersagt ist, wenn dafür ein hinreichender Grund fehle. Würde schon der Vorschlag der Beklagten an die Ärzte, die näher bezeichneten Leistungen für den Patienten im Rahmen einer Zusammenarbeit mit der Beklagten zu erbringen, verboten, würde der Arzt an einer Verweisung des Patienten an die Beklagte auch dann gehindert, wenn sachliche Gründe, etwa die Qualität der Versorgung, die Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten, schlechte Erfahrungen mit den ortsansässigen Hörgeräteakustikern, ganz überwiegend für eine Verweisung an die Beklagte sprächen (BGH NJW 2000, 2745, 2747).

42

Danach sind auch im vorliegenden Fall Verstöße gegen § 34 Abs. 5 MBO, § 3 Abs. 2 MBO und § 30 Abs. 3 MBO durch die Einbindung des HNO-Arztes in die Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg zu verneinen. Der von der Beklagten vorgesehene Ablauf der Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg entspricht in den für die Entscheidung wesentlichen Punkten dem in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen vorgesehenen Ablauf. Das gilt - entgegen der Annahme der Klägerin - auch für die vorgesehenen extra vergüteten Leistungen des Arztes. Auch in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen waren über die initiale Beratung des Patienten und die Abnahme des Ohrabdrucks hinaus Leistungen des Arztes vorgesehen: so die Feinanpassung und ggf. Umprogrammierung. Auch in dem mit Urteil vom 29. Juni 2000 entschiedenen Fall war - für schwierige Versorgungsfälle - eine Betreuung durch einen Hörgeräteakustiker der Beklagten in der Arztpraxis vorgesehen. Der wesentliche Unterschied der Versorgung nach dem Geschäftsmodell der Beklagten gegenüber den entschiedenen Fällen liegt in der von der Beklagten vorgesehenen Staffelung der Vergütung für verschiedene Leistungen, die dem Arzt über die Entscheidung, ob er im konkreten Fall mit der Beklagten zusammenarbeitet, auch die Entscheidung ermöglicht, welche Leistungen er im Rahmen der Zusammenarbeit erbringt. Diese größere Flexibilität führt aber auch nicht zu einer Bindung des Arztes und nicht zu einer anderen Beurteilung.

43

(bb) Es lässt sich auch kein Verstoß gegen die Vorschrift des § 33 Abs. 1 MBO feststellen, nach der, soweit Ärztinnen und Ärzte Leistungen für die Hersteller von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln oder Medizinprodukten erbringen (z.B. bei der Entwicklung, Erprobung und Begutachtung), die hierfür bestimmte Vergütung der erbrachten Leistung entsprechen muss. Das Landgericht hat auf der Grundlage des Parteivortrags zu Recht die vorgesehenen Vergütungen für die nach dem Geschäftsmodell der Beklagten von den HNO-Ärzten zu erbringenden Leistungen als angemessen angesehen.

44

Die Frage der Angemessenheit dieser Vergütungen ist allerdings, wie die Klägerin

45

zu Recht betont, nicht schon durch die Urteile des Bundesgerichtshofs vom 29. Juni 2000 und 15. November 2001 entschieden. Dort heißt es jeweils lediglich, es sei weder festgestellt noch von der Revisionserwiderung mit Verfahrensrügen geltend gemacht, dass das vorgesehene Honorar unangemessen hoch gewesen sei (BGH NJW 2000, 2745, 2747 und BGH NJW 2002, 962, 964).

Dass die Vergütungen angemessen sind, ergibt sich aber aus dem Vortrag der Beklagten zu den Beträgen, mit denen entsprechende Leistungen auf dem Hörgerätemarkt vergütet werden. Entgegen der Auffassung der Klägerin, die bereits in erster Instanz und erneut in der Berufungsbegründung zur Begründung ihrer Behauptung, die von der Beklagten angebotenen Vergütungen seien übersetzt, Vergleichszahlen aus der Gebührenordnung für Ärzte (im Folgenden: GOÄ) angeführt hat, können Gebührensätze der GOÄ zur Beurteilung der Angemessenheit nicht herangezogen werden, weil es sich bei den fraglichen, vom HNO-Arzt im Rahmen der Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg zu erbringenden Leistungen nicht um klassische ärztliche Leistungen handelt, für die die GOÄ gilt, sondern um solche, die traditionell von Hörgeräteakustikern erbracht werden. Für diese Leistungen haben sich auf dem Markt im Laufe der Zeit Vergütungen herausgebildet. Es ist sachgerecht, diese vom Markt auf ihre Angemessenheit geprüften Vergütungen der Beurteilung der Angemessenheit der von der Beklagten angebotenen Vergütungen zugrunde zu legen. Die Beklagte hat zuletz in der Berufungserwiderung und im Schriftsatz vom 26. September 2005 zahlreiche Beispiele dafür genannt, dass auf dem Markt höhere als die von der Beklagten verlangten Vergütungen für entsprechende Leistungen genommen werden, und beispielhaft ausgeführt, dass Unternehmen, die lediglich 40, 50 oder 60 EUR für den Ohrabdruck versprechen, tatsächlich mit diesen Beträgen andere Leistungen als den Ohrabdruck vergüten. Diesen Vortrag hat die Klägerin weder schriftsätzlich noch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat, in der die Frage der Angemessenheit der Vergütung erörtert worden ist, bestritten. Weitere Beispielfälle dafür, dass Vergütungen in der von der Beklagten angebotenen Größenordnung auch sonst verlangt und bezahlt werden, sind im Übrigen die beiden vom Bundesgerichtshof 29. Juni 2000 und 15. November 2001 entschiedenen Fälle, in denen die dem HNO-Arzt für die ärztlichen Leistungen bei der Abgabe des Ohrabdrucks und der Anpassung des Hörgeräts zu zahlende Vergütung jeweils 250 DM für jedes zu versorgende Ohr betrug.

46

(3) Sind die beiden Standbeine des Geschäftsmodells der Beklagten, die finanzielle Beteiligung des Arztes an einer Aktiengesellschaft und seine Einbindung in die Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg, danach jeweils isoliert nicht zu beanstanden, wird das Geschäftsmodell auch nicht dadurch wettbewerbsrechtlich unzulässig, dass es diese beiden Standbeine verbindet.

47

Insbesondere führt auch diese Kombination nicht zu einer Bindung des Arztes, die das Geschäftsmodell der Beklagten als Verleitung zu einem Verstoß gegen § 34 Abs. 5 MBO erscheinen lassen würde. Dieser bleibt frei, ob er für den Patienten mit dessen Einwilligung die im Konzept der Beklagten vorgesehenen Leistungen erbringt und ob er dies tut, um den Patienten gerade von der Beklagten versorgen zu lassen. Die mit dem Aktienerwerb verbundenen Vermögensinteressen stellen zwar neben dem in den vom Bundesgerichtshof entschiedenen Fällen allein bestehenden (und durch die dafür erbrachte Arbeitsleistung ausgeglichenen) Erwerbsinteressen einen weiteren Anreiz dafür dar, Patienten bei der Beklagten versorgen zu lassen. Dieser ist aber marginal, weil die Praxis des einzelnen Arztes, Patienten bei der Beklagten versorgen zu lassen, den Kapitalerfolg der Beklagten tatsächlich kaum spürbar beeinflussen kann und deshalb eine Entscheidung für die Versorgung durch die Beklagte im Einzelfall aus finanziellen Gründen ebenso fern liegt wie die Verschreibung des Medikaments eines

48

bestimmten Pharmaunternehmens, an dem der Arzt - zulässigerweise - finanziell beteiligt ist, wegen dieser finanziellen Beteiligung.

bb) Der von der Klägerin geltend gemachte Unterlassungsanspruch folgt auch nicht aus den §§ 3, 4 Nrn. 1, 2 und 10 und § 5 UWG. 49

Das Geschäftsmodell ist nicht unlauter im Sinne des § 4 Nrn. 1 und 2 UWG. Dass das Konzept der Versorgung im verkürzten Versorgungsweg keinen Vertrauensmissbrauch gegenüber dem Patienten darstellt, hat der Bundesgerichtshof bereits entschieden (BGH NJW 2002, 962, 963). Dass der Arzt an der Beklagten finanziell beteiligt ist, führt auch insoweit nicht zu einer anderen Beurteilung. Entscheidend ist, dass der Arzt den Patienten über die verschiedenen Möglichkeiten der Hörgeräteversorgung aufklären muss. Im Hinblick darauf führt das Geschäftsmodell auch nicht zu einer Irreführung des Verkehrs im Sinne des § 5 UWG. Dem Sachverhalt des von der Klägerin zitierten Urteils des Bundesgerichtshofs vom 18.09.1997 (- I ZR 119/95, GRUR 1998, 475 f. - Erstcoloration) ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar. Eine gezielte Behinderung von Mitbewerbern im Sinne des § 4 Nr. 10 UWG liegt nicht vor.

Voraussetzung dafür ist eine individuelle Behinderung, also eine Wettbewerbsmaßnahme, die sich gezielt gegen einen oder mehrere Mitbewerber richtet (Köhler in: Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht 23. Aufl. § 4 UWG Rdn. 10.2). Daran fehlt es hier schon nach dem Vortrag der Klägerin, weil danach alle Mitbewerber einen ernst zu nehmenden neuen Konkurrenten bekommen. 50

2. Die Berufung der Klägerin hat dagegen in der Sache teilweise Erfolg, soweit sie sich mit dem Berufungsantrag zu 1. gegen die Werbung der Beklagten wendet. 51

a) Nicht zu beanstanden wäre allerdings für sich genommen eine Werbung mit den im Berufungsantrag zu 1. unter a) angeführten Aussagen, die dem umworbenen HNO-Arzt vor Augen führen, welche konkreten Vergütungen er für die Übernahme welcher Leistungen im Rahmen der Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg erhält. Da - wie oben ausgeführt - die Einbindung des Arztes in die Hörgeräteabgabe im verkürzten Versorgungsweg, wie die Beklagte sie praktiziert, berufsrechtlich zulässig ist und insbesondere die von der Beklagten angebotenen Vergütungen als angemessen anzusehen sind, wäre auch eine Werbung, in der diese Vergütungen zutreffend beworben werden, zulässig. 52

b) Einen Anspruch auf Unterlassung gemäß den §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG hat die Klägerin aber, soweit die Beklagte gegenüber HNO-Ärzten für einen Erwerb von Aktien an der Beklagten mit der Angabe wirbt, dass es Ziel der Beklagten sei, die Abgabe von Hörgeräten in breitem Stil in den Besitz von Ärzten zu überführen und den HNO-Ärzten die Möglichkeit zu geben, vom Geschäft mit Hörgeräten zu profitieren, indem diese für ein einmaliges Investment von 20.000,00 EUR in eine Aktienbeteiligung an der Beklagten mittels der Erbringung der unter 1. a) genannten Leistungen gegen Entgelt und über den durch die Zuweisungspraxis zu beeinflussenden Gewinn der Aktiengesellschaft jährlich weit über 30.000,00 EUR erwirtschaften können. 53

Diese Angabe hat die Beklagte in dem Verkaufsprospekt vom 24. Oktober 2003 gemacht, in dem sie wiederholt die Möglichkeit der HNO-Ärzte hervorgehoben hat, von dem Geschäft mit Hörgeräten zu profitieren (etwa Seite 7, 9, 16 des Prospekts), betont hat, dass der HNO-Arzt durch seine "aktive Mitarbeit" (so Seite 7 des Prospekts) bzw. "als Anteilseigner und durch Zuweisungen" (so Seite 9 des Prospekts) den Erfolg und den Weg der Gesellschaft bestimmt und für den Fall, dass der Arzt bestimmte Leistungen in der Praxis erbringt, eine Rendite von bis zu 33.000,00 EUR jährlich bei einem Investment von 20.000,00 EUR in Aussicht gestellt hat (Seite 9 des Prospekts). 54

Diese Werbung verleitet HNO-Ärzte zu einem Verstoß gegen das Berufsrecht, 55

indem sie einen unmittelbaren Bezug zwischen der Verweisung des Patienten durch den Arzt an die Beklagte und dem Gewinn des Arztes herstellt, die Lukrativität der Beteiligung an der Aktiengesellschaft als von der Zuweisungspraxis abhängig darstellt, und gerade die Beeinflussbarkeit des Gewinns durch die Zuweisungspraxis als maßgebliches Argument für die Anlage vorbringt. Diese Werbung zielt damit darauf, dass Ärzte entgegen § 34 Abs. 5 MBO und dem ärztlichen Berufsethos Zuweisungen nicht aus sachlichen, sondern aus finanziellen Gründen vornehmen.

- c) Da die sprachliche Fassung des Berufungsantrags zu 1. mit dem einleitenden, für a) und b) geltenden Obersatz und der "und"-Verknüpfung von a) und b) eine Aufspaltung der angegriffenen Werbung in zulässige und unzulässige Teile nicht erlaubt, ist die damit angegriffene und - wie ausgeführt - teilweise unzulässige Werbung insgesamt zu untersagen. Der Umstand, dass die angegriffene Werbung zulässige Teile enthält, hat aber bei der Kostenentscheidung in der Weise Berücksichtigung gefunden, dass die Klägerin die Kosten des Berufungsantrags zu 2. hälftig zu tragen hat. 56
- Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf § 92 Abs. 1, 708 Nr. 10, 713 ZPO. 57
- Anlass, gemäß § 543 Abs. 1 und Abs. 2 ZPO die Revision zuzulassen, besteht nicht. 58
- Von dem bereits auf 20.000 EUR festgesetzten Streitwert des Berufungsverfahrens entfallen 8.000 EUR auf den Berufungsantrag zu 1. und 12.000 EUR auf den Berufungsantrag zu 2. 59
-