



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

I ZR 275/99

Verkündet am:
15. November 2001
Walz
Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja
BGHZ : nein
BGHR : ja

Hörgeräteversorgung

UWG § 1

Es ist ohne Hinzutreten besonderer Umstände nicht wettbewerbsrechtlich unlauter, wenn ein HNO-Arzt seinen Patienten im Beratungsgespräch darauf hinweist, daß dessen Versorgung mit einem Hörgerät nicht nur durch einen örtlichen Hörgeräteakustiker durchgeführt werden kann, sondern auch - im sog. verkürzten Versorgungsweg - durch einen auswärtigen Hörgeräteakustiker. Dies gilt auch dann, wenn der Arzt für die ärztlichen Leistungen, die er im Rahmen seiner Mitwirkung an der Versorgung im verkürzten Versorgungsweg erbringt, eine gesonderte Vergütung erhält.

BGH, Urt. v. 15. November 2001 - I ZR 275/99 - OLG Frankfurt am Main in Kassel
LG Kassel

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofes hat auf die mündliche Verhandlung vom 15. November 2001 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Erdmann und die Richter Dr. v. Ungern-Sternberg, Pokrant, Dr. Büscher und Dr. Schaffert

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des 25. Zivilsenats in Kassel des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 29. Oktober 1999 aufgehoben.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Kassel vom 17. November 1998 abgeändert.

Die Klage wird abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden dem Kläger auferlegt.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Der Kläger übt in mehreren Geschäften in K. und Umgebung das Handwerk eines Hörgeräteakustikers aus.

Die Beklagte ist HNO-Ärztin. Bis zum Jahr 1996 wurden ihre Patienten durchweg auf dem herkömmlichen Weg mit Hörgeräten versorgt. Nach der Feststellung des Grades der Hörschädigung, insbesondere mittels eines Audiogramms, verordnete die Beklagte ein Hörgerät. Mit dem Rezept suchte der Patient das Geschäft eines ortsansässigen Hörgeräteakustikers auf. Dies war häufig ein Geschäft des Klägers, das sich in demselben Gebäudekomplex wie die Praxis der Beklagten befindet. Der Hörgeräteakustiker nahm nach erneuten audiometrischen Messungen und der Auswahl eines Hörgeräts einen Ohrabdruck ab. Danach wurde ein Ohrpaßstück gefertigt, mit dem Hörgerät verbunden und dem Patienten angepaßt. Nach Feineinstellung des Gerätes begab sich der Patient erneut in die Praxis der Beklagten. Diese überprüfte die Funktionstüchtigkeit der Hörhilfe und erteilte die Freizeichnung. Bei Patienten mit gesetzlicher Krankenversicherung rechnete der Hörgeräteakustiker aufgrund der Freizeichnung die Hörhilfe mit der Krankenkasse ab; der Patient hatte gegebenenfalls eine Zuzahlung zu leisten.

Ein Teil der Patienten der Beklagten wird nunmehr unter ihrer Mitwirkung auf dem sog. verkürzten Versorgungsweg von der a. GmbH & Co. KG (im folgenden: a.) versorgt. Diese hat dazu der Beklagten - wie auch den anderen an ihrem Versorgungssystem beteiligten HNO-Ärzten - einen Computer, der mit ihrem Betrieb verbunden werden kann, samt der erforderlichen Software zur Verfügung gestellt. Wenn die Beklagte festgestellt hat, daß

ein Patient eine Hörhilfe benötigt, erläutert sie ihm, daß er das Hörgerät bei einem ortsansässigen Hörgeräteakustiker oder - mit ihrer Mitwirkung - bei der a. beziehen könne. Entscheidet sich der Patient für eine Versorgung durch a. , nimmt die Beklagte den Ohrabdruck ab und übersendet diesen an a. . In deren Betrieb wird anhand des Ohrabdrucks das Ohrpaßstück gefertigt und - mit dem eingefügten Hörgerät - an die Beklagte zurückgesandt. Unter Mitwirkung eines - online zugeschalteten - Hörgeräteakustikers von a. nimmt die Beklagte nunmehr die Anpassung und Feinabstimmung des Hörgeräts mit Hilfe des Computers vor.

Für ihre Mitwirkung bei der Anpassung der Hörhilfe überweist a. der Beklagten für jedes versorgte Ohr 250 DM. Dabei handelt es sich um einen Teil des von den Krankenkassen an a. für jede Hörhilfe gezahlten Festbetrages.

Der Kläger ist der Ansicht, daß sich die Beklagte durch diese Art der Zusammenarbeit mit a. standeswidrig und deshalb wettbewerbswidrig verhält.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken folgende Handlungen vorzunehmen:
 - Vornahme audiometrischer Messungen zur Anpassung und Lieferung eines Hörgerätes,
 - Erstellen von Ohrabdrucken zur Anpassung und Lieferung eines Hörgerätes,
 - Anpassung (Feinanpassung) eines von der Firma a. GmbH & Co. KG, R. , gelieferten Hörgerätes,

- Übergabe und Einweisung von Patienten in den Gebrauch eines von der Firma a. GmbH & Co. KG, R. , gelieferten Hörgerätes und
 - Abgabe von Batterien, Hörgeräten sowie Auslage und Verteilung von Prospekten für die Firma a. GmbH & Co. KG, R. ,
 - für die Erbringung der genannten Leistungen ein Honorar oder eine sog. Vergütung, insbesondere in Höhe von mindestens 250 DM, von Krankenkassen und/oder der Firma a. GmbH & Co. KG entgegenzunehmen;
2. festzustellen, daß die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger den schon entstandenen und noch entstehenden Schaden durch die zu Ziffer 1 bezeichneten Handlungen zu ersetzen;
 3. die Beklagte zu verurteilen, dem Kläger Auskunft zu erteilen und Rechnung zu legen zu den unter Ziffer 1 bezeichneten Handlungen, und zwar insbesondere unter Angabe der Stückzahl und Herkunft der im eigenen oder fremden Namen verkauften bzw. angepaßten Hörgeräte, Hörgeräte-Batterien und sonstigem Zubehör, insbesondere der Firma a. GmbH & Co. KG, R. , der dabei erzielten Umsätze/Aufwandsentschädigungen sowie der betriebenen Werbung, insbesondere unter Angabe der ausgelegten Werbebroschüren der Firma a. GmbH & Co. KG, R. .

Die Beklagte hat ihr Vorgehen bei der Versorgung ihrer Patienten mit Hörgeräten als rechtmäßig und sachgerecht verteidigt.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben.

Das Berufungsgericht (OLG Frankfurt a.M. WRP 2000, 220) hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen; dabei hat es den Tenor des landgerichtlichen Urteils zum Zweck der Klarstellung wie folgt neu gefaßt:

Die Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in Zusammenarbeit mit der Firma a. GmbH & Co. KG, R. , folgende den Vertrieb der von dieser Firma hergestellten Hörhilfen fördernde Handlungen vorzunehmen:

- Audiometrische Messungen zur Anpassung und Lieferung eines Hörgerätes,
- Erstellen von Ohrabdrucken zum Anpassen und zur Lieferung eines Hörgerätes,
- Anpassung (Feinanpassung) eines Hörgerätes,
- Übergabe einer Einweisung der Patienten in den Gebrauch eines Hörgerätes und
- Abgabe von Batterien, Hörgeräten sowie Auslage und Verteilung von Prospekten der Firma a. GmbH & Co. KG, R. , sowie
- für die Erbringung der genannten Leistungen ein Honorar oder eine angemessene Vergütung, insbesondere in Höhe von mindestens 250 DM, von Krankenkassen und/oder der Firma a. GmbH & Co. KG entgegenzunehmen.

Mit ihrer Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

I. Das Berufungsgericht hat die mit der Klage beanstandete Zusammenarbeit der Beklagten mit der a. als wettbewerbswidrig im Sinne des § 1 UWG angesehen, weil die Beklagte ihr Vertrauensverhältnis zu den Patienten und ihre fachärztliche Autorität ausnutze, um den Vertrieb der von a. hergestellten Hörhilfen zu fördern und ihre eigenen Einnahmen zu steigern. Es bestehe kein Zweifel, daß sich Patienten der Beklagten auf deren Hinweis, sie könnten in

ihrer Praxis mit Hörhilfen von a. versorgt werden, für den verkürzten Versorgungsweg entschieden, weil sie aufgrund ihres Vertrauens zu der Beklagten als ihrer Ärztin glaubten, daß das dazu angebotene Hörgerät zu ihrer Versorgung besonders geeignet sei. Das Vorbringen der Beklagten, sie unterrichtete die Patienten über die verschiedenen Versorgungsmöglichkeiten und empfehle nicht die Versorgung mit Hörhilfen von a. , stehe der Annahme einer wettbewerbswidrigen Ausnutzung ihrer Vertrauens- und Autoritätsstellung nicht entgegen. Es könne nämlich nicht davon ausgegangen werden, daß die Patienten unter den dargestellten Möglichkeiten unbeeinflußt wählten. Selbst wenn ihnen gesagt werden sollte, daß ortsansässige Hörgeräteakustiker Hörhilfen von gleicher Qualität herstellen könnten wie a. , wähle ein nicht unerheblicher Teil - bei der Beklagten jährlich mehr als 50 Patienten - die Versorgung mit Hörhilfen von a. , weil die Beklagte daran mitwirke. Für die in aller Regel älteren Patienten könne dabei der Wegfall von Laufereien mitbestimmend sein.

Durch die Mitwirkung der Beklagten an ihrem Versorgungssystem erlange a. einen wettbewerbswidrigen Vorsprung vor den ortsansässigen Hörgeräteakustikern. Die Patienten würden sich in nicht unerheblicher Zahl wegen des Vertrauensverhältnisses zur Beklagten und wegen der Bequemlichkeit des "kurzen Weges" für die Versorgung mit Hörgeräten von a. entscheiden. Diese erspare sich die Unterhaltung eines örtlichen Geschäftslokals und entsprechende Personalkosten, weil sie ihre Tätigkeit in ihrem Betrieb konzentrieren könne. Sie sei so eher in der Lage, Hörhilfen ohne oder mit geringer Zuzahlung an Kassenpatienten oder zu günstigeren Preisen an Patienten mit privater Krankenversicherung abzugeben.

Die Beklagte erlange auch selbst einen wirtschaftlichen Vorteil. Entgegen ihrem Vorbringen zahle ihr a. , nicht die jeweilige Krankenkasse den Be-

trag von 250 DM für jedes mit einer Hörhilfe versorgte Ohr. Dies ergebe sich schon daraus, daß dieser Betrag aus dem Festbetrag bezahlt werde, den a. von der gesetzlichen Krankenkasse als Entgelt für die Hörhilfe erhalte (z.B. aufgrund ihres Vertrages vom 18. Dezember 1996 mit den Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen). Die zusätzlichen Leistungen der Beklagten bei einer Versorgung im verkürzten Versorgungsweg seien Arbeiten eines Hörgeräteakustikers, keine ärztlichen Leistungen, die nach ärztlichem Gebührenrecht abgerechnet werden könnten.

Die Mitwirkung der Beklagten an der Versorgung durch a. sei auch nicht durch geringere finanzielle Belastungen der Krankenkassen oder der Patienten gerechtfertigt. Die Beklagte, die insofern als Ärztin darlegungspflichtig sei, habe auch keine sonstigen Umstände vorbringen können, die ausnahmsweise die Empfehlung eines bestimmten Hilfsmittels rechtfertigen könnten.

Die Beklagte sei verpflichtet, dem Kläger den Schaden zu ersetzen, der durch ihre wettbewerbswidrigen Handlungen entstanden sei. Zur Vorbereitung des Schadensersatzanspruchs habe die Beklagte die verlangte Auskunft zu erteilen.

II. Die gegen diese Beurteilung gerichteten Revisionsangriffe haben Erfolg.

1. Das Berufungsgericht hat den Unterlassungsantrag dahin ausgelegt, daß der Kläger nicht ein unbedingtes Verbot der einzelnen in seinem Antrag aufgeführten Handlungen begehrt, sondern nur für den Fall, daß diese dazu dienen, den Vertrieb der Hörhilfen von a. im verkürzten Versorgungsweg zu

fördern, und von den Krankenkassen und/oder a. vergütet werden. Diese Auslegung ist, wie sich aus der Klagebegründung ergibt, zutreffend.

Dagegen hat das Berufungsgericht in seinem Urteilsausspruch zu 1 zu Unrecht die im Unterlassungsantrag des Klägers benutzte Wendung "eine sogenannte Vergütung" durch die unbestimmte Wendung "eine angemessene Vergütung" ersetzt.

2. Das mit dem Klageantrag zu 1 angegriffene Verhalten verstößt entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht gegen § 1 UWG, weil die beanstandete Art und Weise der Zusammenarbeit der beklagten HNO-Ärztin mit a. nicht wettbewerbsrechtlich unlauter ist.

a) Den HNO-Ärzten ist es nicht verboten, Leistungen, wie sie in dem Klageantrag zu 1 genannt sind, als solche gegenüber Patienten zu erbringen. Dies hat der Senat bereits in seinem Urteil "Verkürzter Versorgungsweg" (Urt. v. 29.6.2000 - I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1081 = WRP 2000, 1121), das beiden Parteien bekannt ist, dargelegt.

b) Entgegen der Beurteilung des Berufungsgerichts nutzt die Beklagte nicht bereits dadurch, daß sie mit a. zusammenarbeitet, ihr Vertrauensverhältnis zu ihren Patienten und ihre fachärztliche Autorität aus, auch wenn sie dadurch den Umsatz von a. mit Hörgeräten fördert und ihre eigenen Einnahmen vermehrt.

(1) Weder den Feststellungen des Berufungsgerichts noch dem unstrittigen Sachverhalt ist zu entnehmen, daß die Beklagte ihren Patienten ausdrücklich die Versorgung mit Hörgeräten von a. unter ihrer Mitwirkung emp-

fehlt. Es kommt hier deshalb nicht darauf an, daß auch ein solches Vorgehen nicht allgemein wettbewerbswidrig wäre (vgl. dazu auch BGH GRUR 2000, 1080, 1083 - Verkürzter Versorgungsweg). Nach dem Tatbestand des Berufungsurteils ist es unstreitig, daß die Beklagte Patienten, bei denen sie die Notwendigkeit der Versorgung mit einer Hörhilfe festgestellt hat, lediglich erläutert, daß die Hörhilfe bei einem ortsansässigen Hörgeräteakustiker oder mit ihrer Mitwirkung von a. bezogen werden könne. Die Annahme des Berufungsgerichts, bereits darin liege eine Ausnutzung des Vertrauens der Patienten in ihre fachärztliche Befähigung und Objektivität, die ein allgemeines Verbot der Zusammenarbeit mit a. rechtfertige, ist unbegründet.

Ein Vertrauensmißbrauch scheidet bei einem solchen Vorgehen von vornherein stets aus, wenn sich ein Patient unbeeinflußt von der Beklagten dafür entscheidet, sich mit einem Hörgerät von a. versorgen zu lassen. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist aber ohne Hinzutreten besonderer Umstände auch dann kein Vertrauensmißbrauch gegeben, wenn sich Patienten nach dem Beratungsgespräch für eine Hörhilfe von a. entscheiden und dies tun, weil sie der Beklagten vertrauen und glauben, besonders gut versorgt zu werden, wenn die Beklagte an der Hörgeräteversorgung mitwirkt.

Das Berufungsgericht berücksichtigt bei seiner anderen Beurteilung auch nicht, daß es nicht nur gerechtfertigt, sondern sogar dringend geboten sein kann, daß die Beklagte Patienten die Möglichkeit aufzeigt, sich durch sie selbst in Zusammenarbeit mit einem nicht ortsansässigen Hörgeräteakustiker versorgen zu lassen. Dies kann etwa der Fall sein bei einer besonderen Gehbehinderung des Patienten oder bei einem fachlich oder wirtschaftlich besseren Angebot des nicht ortsansässigen Hörgeräteakustikers (z.B. bei besserer Eignung des Hörgeräts oder günstigerem Preis). In diesem Sinn können auch

die Angebote von a. allgemein oder im Einzelfall den Angeboten ortsansässiger Hörgeräteakustiker vorzuziehen sein. Die Vorteile des verkürzten Versorgungsweges gegenüber der herkömmlichen Art und Weise der Versorgung (z.B. Wegfall der Wege zu einem ortsansässigen Hörgeräteakustiker, Einsparung der Kosten des Hörgeräteakustikers für einen Betrieb am Ort), sprechen zudem - anders als das Berufungsgericht gemeint hat - nicht gegen, sondern für die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit eines Hinweises auf diese Möglichkeit. Es ist nicht Aufgabe des Wettbewerbsrechts zu verhindern, daß Vorteile, die sich aus einer größeren Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungsweges oder aus Kostenvorteilen eines Anbieters ergeben, im Wettbewerb eingesetzt werden können. Ein Wettbewerbsvorsprung, der sich aus solchen Vorteilen ergibt, ist nicht nur wettbewerbsrechtlich unbedenklich, sondern vielmehr im Interesse der Entwicklung zu einer insgesamt besseren Versorgung der Patienten erwünscht.

(2) Entgegen der Annahme des Berufungsgerichts mißbraucht die Beklagte auch nicht deshalb das Vertrauen ihrer Patienten, weil sie für ihre Mitwirkung bei der Hörgeräteversorgung 250 DM für jedes versorgte Ohr erhält.

Einem Arzt ist es allerdings nicht gestattet, sich für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen oder gewähren zu lassen (vgl. § 31 der Berufsordnung der Ärztinnen und Ärzte in Hessen, HÄBl. 1998, Nr. 10 S. I). Ein solcher Fall ist hier jedoch nicht gegeben. Die Beklagte erhält die Vergütung für ihre zusätzlichen ärztlichen Tätigkeiten. Nach dem unstreitigen Tatbestand des Berufungsurteils überweist a. den Betrag von 250 DM für jedes versorgte Ohr für die Mitwirkung der Beklagten bei der Anpassung der Hörhilfe. Ohne die ärztlichen Tätigkeiten der Beklagten könnte a. Patienten im verkürzten Versorgungsweg auch nicht versorgen. Es ist weder festgestellt noch von der Re-

visionserwiderung mit Verfahrensrügen geltend gemacht, daß die Vergütung unangemessen sei. Unter diesen Umständen kommt es auf die Frage, ob die von a. ausgezahlte Vergütung wirtschaftlich von diesem Unternehmen getragen wird oder von den Krankenkassen, letztlich nicht an. Ebenso ist es für die Entscheidung unerheblich, ob die Beklagte bei der Erbringung ihrer ärztlichen Leistungen Vertragspartnerin von a. oder der Krankenkassen ist. In jedem Fall wird die Zahlung nicht als eine verdeckte Provision für die Beauftragung von a. geleistet, sondern als Entgelt für ärztliche Tätigkeiten.

Die Annahme des Berufungsgerichts, daß die Zahlung von 250 DM für jedes versorgte Ohr wirtschaftlich von a. geleistet werde, ist zudem nicht rechtsfehlerfrei begründet. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts spricht der Vertrag des Landesverbandes der Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen vom 18. Dezember 1996 dafür, daß die Vergütung der HNO-Ärzte, die mit a. zusammenarbeiten, letztlich von den Krankenkassen getragen wird. In § 12 Abs. 2 und 3 dieses Vertrages ist geregelt, daß sich a. als Leistungserbringer bei der medizinischen Ohrabdrucknahme und der Eingliederung des angepaßten Hörgerätes eines HNO-Arztes bedient. In einem solchen Fall wird nach dem Vertrag von der Krankenkasse ein Honorar für ärztlichen Aufwand in Höhe von grundsätzlich 250 DM für jedes versorgte Ohr gezahlt, das aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung über a. auszusahlen ist. Nach § 12 Abs. 4 des Vertrages ist a. weiterhin verpflichtet, den HNO-Ärzten ihrerseits keine Vergütungen oder sonstigen geldwerten Vorteile zukommen zu lassen.

Ein Patient, dem die Beklagte im Beratungsgespräch die Möglichkeit einer Versorgung im verkürzten Versorgungsweg unter ihrer Mitwirkung darstellt, kann auch nicht im Unklaren darüber sein, daß die Beklagte aufgrund dieser Wahl zusätzliche Leistungen (wie die Abnahme des Ohrabdrucks und erwei-

terte audiometrische Messungen) zu erbringen hat, die ihr dann - wie allgemein bekannt - auch gesondert zu vergüten sind. Ein mögliches Eigeninteresse der Beklagten bleibt dem Patienten daher nicht verborgen (vgl. BGH GRUR 2000, 1080, 1083 - Verkürzter Versorgungsweg).

c) Anderweitige Umstände, aus denen sich ergeben könnte, daß die Zusammenarbeit der Beklagten mit a. grundsätzlich wettbewerbswidrig ist, sind nicht festgestellt. Der Unterlassungsantrag stellt auf solche Umstände auch nicht ab. Es wäre zudem mit der Freiheit der Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG) unvereinbar, der Beklagten uneingeschränkt zu verbieten, mit a. bei der Versorgung von Patienten im verkürzten Versorgungsweg zusammenzuarbeiten - und dies selbst für Fälle, in denen Patienten eine solche Versorgung ausdrücklich wünschen. Die bloße Möglichkeit, daß die Beklagte Patienten im Beratungsgespräch in wettbewerbswidriger Weise zugunsten von a. beeinflußt, rechtfertigt ein allgemeines Verbot ebensowenig wie der Umstand, daß die Beklagte bei Einschaltung von a. eine sonst nicht gegebene Verdienstmöglichkeit hat (vgl. dazu auch BGH GRUR 2000, 1080, 1082 - Verkürzter Versorgungsweg).

Abweichend von der Ansicht des Berufungsgerichts ist es auch nicht Sache des Arztes, dem eine wettbewerbswidrige Empfehlung eines Hilfsmittelerbringers vorgeworfen wird, darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen, daß seine Empfehlung sachlich begründet war. Das gilt selbst dann, wenn der Arzt ein wirtschaftliches Eigeninteresse hat. Auch in einem solchen Fall liegt die Darlegungs- und Beweislast bei demjenigen, der wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend macht.

3. Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, daß nicht nur der geltend gemachte Unterlassungsantrag, sondern auch die Anträge auf Feststellung der Schadensersatzpflicht der Beklagten und auf ihre Verurteilung zur Auskunftserteilung unbegründet sind.

III. Auf die Revision der Beklagten war danach das Berufungsurteil aufzuheben und das landgerichtliche Urteil abzuändern. Die Klage war abzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO.

Erdmann

v. Ungern-Sternberg

Pokrant

Büscher

Schaffert