



Im Namen des Volkes!

Urteil

In dem Rechtsstreit

...

Kläger

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw. ...

gegen

...

Beklagter

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanw. ...

hat die 18. Zivilkammer des Landgerichts Hannover auf die mündliche Verhandlung vom 11.06.2013 durch

den Vorsitzenden Richter am Landgericht ...,
den Richter am Landgericht ... und
den Richter am Landgericht ...

für **R e c h t** erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten ärztlichen Untersuchung und Befundung einer Hörbeeinträchtigung eines Patienten diesem zur weiteren Versorgung mit Hörsystemen ohne hinreichenden Grund ein bestimmtes Hörgeräteakustikunternehmen von sich aus zu empfehlen, ohne vom Patienten konkret um eine solche Empfehlung gebeten worden zu sein,

wenn dies geschieht wie am 06.01.2012 gegenüber dem Testpatienten ..., als der Beklagte dem Patienten von sich aus für dessen Hörgeräte-Versorgung die Firma ... empfahl.
2. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 € und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, zur Ordnungshaft oder zur Ordnungshaft bis zu 6 Monaten angedroht.
3. Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 219,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.03.2012 zu zahlen.

4. Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.
5. Das Urteil ist wegen der Unterlassungsverpflichtung vorläufig vollstreckbar gegen Sicherheitsleistung von 5.000,00 €, im übrigen gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des jeweils zu vollstreckenden Betrages.

Tatbestand

Der Kläger ist die ..., der unter anderem sämtliche Ärzte- und Zahnärztekammern angehören. Zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Klägers gehört die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen. Der Beklagte ist in Niedersachsen approbierter Arzt und berechtigt, die Bezeichnung „Facharzt für Hals-, Nasen- und Ohrenheilkunde“ zu führen. Er ist Mitglied der Ärztekammer Niedersachsen. Am 08.12.2011 suchte der Testpatient ... erstmals die Praxis des Beklagten auf, weil er über Hörschwächen im Hochtonbereich klagte. Bei einem weiteren Termin am 15.12.2011 fand bei ihm ein Hörtest in der Praxis des Beklagten statt. Ein weiterer Beratungstermin erfolgte am 06.01.2012. Nach Abschluss des Beratungsgesprächs vom 06.01.2012 unterschrieb der Zeuge ... eine „Erklärung über die Wahlentscheidung zur privatärztlichen Hörgeräteversorgung“, wonach er eine Hörgeräteversorgung über den so genannten „verkürzten Versorgungsweg“ durch den Beklagten und die Firma ... wünscht (Anlag K 2, Bl. 18 d. A.). Mit Schreiben vom 09.03.2012 (Anlage K 3, Bl. 19 d. A.) mahnte der Kläger den Beklagten erfolglos ab.

Der Kläger behauptet, der Beklagte habe nach eingehender Bewertung der gemessenen Hörkurven unaufgefordert die aus seiner Sicht beim Zeugen ... angezeigte Hörgeräteversorgung angesprochen. Er habe ihm ein Hörgerät mit der Bezeichnung ... vorgestellt. Auf die Bemerkung des Zeugen ..., ihm sage dieser Name nichts, habe der Beklagte erläutert, Hörgeräte dieser Marke und dieses Typs würden von einer Firma ... direkt vertrieben, die er unbedingt empfehlen könne. Er arbeite mit dieser Firma bereits seit vielen Jahren zusammen.

Der Kläger hat im Wege der Klagerweiterung mit Schriftsatz vom 19.09.2012 (Bl. 82 d. A.) zunächst einen weiteren auf Unterlassung von Werbeanzeigen gerichteten Anspruch geltend gemacht. Mit Schriftsatz vom 12.04.2013 (Bl. 336 d. A.) hat der

Kläger die Klage insoweit zurückgenommen. Der Beklagte hat der Klagrücknahme zugestimmt (Bl. 338 d. A.).

Der Kläger beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten ärztlichen Untersuchung und Befundung einer Hörbeeinträchtigung eines Patienten diesem zur weiteren Versorgung mit Hörsystemen ohne hinreichen Grund ein bestimmtes Hörgeräte-Akustikunternehmen von sich aus zu empfehlen, ohne vom Patienten konkret um eine solche Empfehlung gebeten worden zu sein,

wenn dies geschieht wir am 23.06.2011 gegenüber dem Test-Patienten ... und/oder am 06.01.2012 gegenüber dem Test-Patienten ..., als der Beklagte beiden Patienten von sich aus für deren Hörgeräteversorgung die ... empfahl;

2. dem Beklagten für jeden Fall der Zuwiderhandlung die Verhängung eines Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, im Wiederholungsfall bis zu zwei Jahren, anzudrohen;
3. den Beklagten weiter zu verurteilen, an die Klägerin 219,35 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.03.2012 zu zahlen.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte bestreitet, dass er den Zeugen ... am 06.01.2012 unaufgefordert eine Hörgeräteversorgung über die Firma ... empfohlen habe. Er meint, der Einsatz der Testpatienten sei rechtsmissbräuchlich, da kein Beratungsbedarf für den Testpatienten bestanden habe. Er erhebt außerdem die Einrede der Verjährung.

Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Das Gericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 19.02.2013 (Bl. 269 d. A.) durch Vernehmung der Zeugen ... und Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 19.02.2013 (Bl. 269 d. A.) verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Klage ist begründet.

1. Der Kläger hat einen Anspruch auf die geltend gemachte Unterlassung aus §§ 8 Abs. 1, 3 Abs. 1, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 34 Abs. 5 der Berufsordnung der Ärztekammer Niedersachsen vom 22.03.2005.

Die Aktivlegitimation des Klägers ergibt sich aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG, da es sich um einen rechtsfähigen Verband zur Förderung gewerblicher oder selbstständiger beruflicher Interessen im Sinne dieser Vorschrift handelt. Die für die Entscheidung des vorliegenden Falls maßgebliche Vorschrift des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG (vgl. BGH NJW 2011, 2211 unter B. II. 1.)

Der Beklagte hat gegen § 34 Abs. 5 NdsBOÄ verstoßen, woraus sich die Wiederholungsgefahr für einen erneuten Verstoß ergibt. Nach dieser Vorschrift ist dem Arzt nicht gestattet, Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen. Eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs. 5 NdsBOÄ erfasst alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer, die der Arzt seinen Patienten von sich aus erteilt. Das Tatbestandsmerkmal der Verweisung im Sinne dieser Vorschrift ist erfüllt, wenn der Arzt einen bestimmten Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfiehlt, ohne vom Patienten darum gebeten worden zu sein (BGH, Urt. v. 13.01.2011 - Hörgeräteversorgung II - zitiert nach juris Rn 30, 34).

Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme steht zur Überzeugung der Kammer fest, dass der Beklagte dem Zeugen ... die Firma ... von sich aus empfohlen hat, ohne von dem Zeugen ... um eine solche Empfehlung gebeten worden zu sein.

a) Der Zeuge ... hat hierzu bekundet, er habe am 06.01.2012 die Praxis erneut aufgesucht. Der Beklagte habe ihn in Bezug auf den Hörtest vom 08.12.2011 beraten. Er habe ihm Hörgeräte empfohlen, deren Namen er noch nie gehört habe. Er habe dann nachgefragt und der Beklagte habe ihm erklärt, diese seien von der Firma ..., mit der er schon gute Erfahrungen gemacht habe. Er würde diese Geräte empfehlen. Er habe mit diesen Geräten gute Erfahrungen gemacht und könne ihm diese guten Gewissens empfehlen. Über andere Hörgerätehersteller sei eigentlich nicht gesprochen

worden. Er habe von sich aus gesagt, es gebe doch auch andere Hörgeräte-Hersteller. Darauf sei der Beklagte nicht eingegangen. Das Gespräch habe so begonnen, dass der Beklagte gesagt habe, der Hörtest liege vor. Er, der Zeuge ..., habe sinngemäß gefragt: „Was machen wir dann?“ Dann habe der Beklagte empfohlen, ein Hörgerät zu nehmen. Die Empfehlung sei dann so wie beschrieben erfolgt. Darüber hinaus hat der Zeuge bekundet, er könne nicht ausschließen, dass der Beklagte auch gesagt habe, er könne zu einem örtlichen Hörgeräteakustiker gehen.

Die Kammer hält die Angaben des auf Grund seines persönlichen Eindrucks in der mündlichen Verhandlung glaubwürdig erscheinenden Zeugen ... für glaubhaft. Dieser hat das Geschehen nachvollziehbar und detailliert geschildert. Darüber hinaus liegen weitere Realitätskennzeichen vor. So hat der Zeuge beispielsweise seine eigenen Gedankengänge geschildert bei dem Versuch, sich die Empfehlung der Firma ... zu erklären (Seite 6 des Protokolls, Bl. 274 d. A.: „Das war meine Erklärung für mich selber.“; „Ich habe gedacht, dass ist alles rechtens...“). Darüber hinaus ist eine Belastungstendenz in der Aussage des Zeugen gerade nicht erkennbar. So hat er beispielsweise zu der Frage, wer den Namen ... auf den Prospekt geschrieben habe, angegeben, dass er das nicht sicher bekunden könne, da es zu lange her sei. Diese Unsicherheit stellt seine Aussage aber nicht in Frage. Da es sich hierbei für den Zeugen um einen untergeordneten Umstand handelte, erscheint es ohne weiteres plausibel, dass seine Erinnerung hieran nicht besonders ausgeprägt ist.

Aus der Aussage des Zeugen ... ergibt sich, dass der Beklagte gerade nicht von dem Zeugen ... aufgefordert worden ist, ihm einen bestimmten Anbieter zu empfehlen, sondern er von sich aus allein die Firma ... empfohlen hat. Dem stehen die Angaben des Beklagten in seiner Anhörung nicht entgegen. Denn der Beklagte hat das Gegenteil, nämlich dass der Zeuge ... ihn um eine Empfehlung eines Hörgeräteanbieters gebeten habe, nicht geschildert. Hierbei ist ohne Belang, ob der Beklagte mit dem Zeugen ... auch über andere Versorgungsmöglichkeiten gesprochen hat. Denn hierdurch wird nicht in Frage gestellt, dass der Beklagte die Firma ... empfohlen hat und dass diese Empfehlung ungefragt erfolgt ist. Die Kenntnis des Beklagten von dem Einsatz von Testpatienten schließt dies im Übrigen auch nicht aus.

Im Übrigen hat die Kammer auch erhebliche Zweifel daran, dass der Beklagte eine eigene konkrete Erinnerung an die mit dem Zeugen geführten Gespräche hat. Eine detaillierte, konkrete Schilderung der Gespräche konnte der Beklagte nicht geben.

Seine Ausführungen zum Inhalt der Gespräche blieben blass und konturarm. Nähere Angaben dazu, wie es hier zur Empfehlung des verkürzten Versorgungswegs gekommen ist, machte er nicht, sondern er gab ausweichend lediglich an, es sei „im Einzelfall unterschiedlich“ gewesen und behauptete lediglich pauschal, nie den verkürzten Versorgungsweg direkt vorgeschlagen zu haben. Angesichts des Umstands, dass der Beklagte regelmäßig eine Vielzahl solcher Gespräche führt, liegt das Fehlen einer solchen konkreten Erinnerung auch nahe. Zudem spricht auch sein prozessuales Verhalten hierfür. Der Beklagte hat sich im Laufe des Verfahrens durchgängig damit begnügt, den Vortrag des Klägers zu bestreiten, ohne eine konkrete andere Darstellung des Gesprächsverlaufs abzugeben. Auch nach Hinweis der Kammer mit Beschluss vom 22.02.2013 (Bl. 316 d. A.), in dem ihm aufgegeben worden ist, konkret darzulegen, auf Grund welcher Befunde/Beratungen durch ihn oder andere Praxismitarbeiter es zur Unterzeichnung der Wahlentscheidung vom 06.01.2012 gekommen ist, hat er den Inhalt des Beratungsgesprächs vom 06.01.2012 nicht konkretisiert.

b) Der Einsatz der Testpatienten ist nicht zu beanstanden.

Es ist grundsätzlich zulässig, Testmaßnahmen durchzuführen (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG 29. Aufl., § 4 Rn 10. 161). Testmaßnahmen sind allerdings unlauter im Sinne von § 4 Nr. 10 UWG und auf sie gestützte Unterlassungsklagen rechtsmissbräuchlich, wenn der Tester lediglich die Absicht verfolgt, einen Mitbewerber „hereinzulegen“, oder mit verwerflichen Mitteln, insbesondere Straftaten oder sonstigen rechtswidrigen Handlungen oder „besonderen Verführungskünsten“ auf einen Wettbewerbsverstoß hinwirkt (Köhler/Bornkamm a. a. O. Rn 10. 162 m. w. N.). Ein solches unlauteres Verhalten liegt hier nicht vor. Allein der Umstand, dass der Zeuge ... von der Firma ... mit dem Testbesuch beauftragt wurde und hierfür ein relativ geringes Honorar von 50,00 € zzgl. Fahrtkostenersatz erhielt, lässt dieses Vorgehen nicht unlauter erscheinen. Auch dass dem Zeugen mitgeteilt worden ist, er solle sich bitte neutral verhalten und keine Frage stellen, stellt kein „Hereinlegen“ des Beklagten dar. Daraus ergibt sich lediglich, dass sich der Zeuge wie ein Patient verhalten sollte, der keine Empfehlung wünscht, um auf diese Weise zu prüfen, ob ungewünschte Empfehlungen durch den Beklagten ausgesprochen werden.

Da die im Antrag genannten Fälle nur beispielhaft genannt sind, war es nach der Feststellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens gegenüber einem Patienten nicht

erforderlich, aufzuklären, ob noch weitere, gleichartige Verstöße begangen worden sind.

2. Der Anspruch des Klägers ist nicht gemäß § 11 Abs. 1 UWG verjährt. Der Verstoß erfolgte erst am 06.01.2012, so dass bei Klagerhebung am 15.06.2012 die 6-monatige Verjährungsfrist noch nicht abgelaufen war.

3. Darüber hinaus hat die Klägerin Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die von ihr ausgesprochene Mahnung vom 09.03.2012 in Höhe von 219,35 €. Der Betrag war für die Abmahnung erforderlich. Der Zinsanspruch ergibt sich aus Verzug.

4. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 92 Abs. 1, 269 Abs. 3 S. 2, 709 S. 1 und 2 ZPO.