

Aktenzeichen:

4 U 813/04

7 HK.O 116/03

Landgericht Trier

Verkündet am: 22. Februar 2005

Niemüller, Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

AUSFERTIGUNG



Oberlandesgericht
Koblenz

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]

- Kläger und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:

Rechtsanwälte JR Dr. [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]

- Beklagter und Berufungsbeklagter -

Prozessbevollmächtigter:

Rechtsanwalt [REDACTED]
[REDACTED]

w e g e n Unterlassungsanspruchs u.a..

Der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Koblenz
hat durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dr. Bamberger,
den Richter am Oberlandesgericht Becht und die Richterin am Ober-
landesgericht Harsdorf-Gebhardt
auf die mündliche Verhandlung vom 1. Februar 2005

für R e c h t erkannt:

1. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil der
7. Zivilkammer - Kammer für Handelssachen - des
Landgerichts Trier vom 17. Juni 2004 abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, im
geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs
niedergelassenen Ärzten für das Ausfüllen des als
Anlage K 1 nachfolgenden Fragebogens eine Gebühr
von 17,49 EUR pro Patient anzukündigen und/oder aus-
zuzahlen, und/oder
Ärzten für die Erstellung eines sogenannten Endgut-
achtens, wie es als Anlage K 2 nachfolgend beige-
fügt ist, eine Gebühr von 335,50 EUR anzukündigen
und/oder auszusahlen.

2. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwider-
handlung gegen die Verpflichtung aus Ziffer 1 ein
Ordnungsgeld von bis zu 250.000 EUR, ersatzweise
Ordnungshaft, angedroht;
3. der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger
189,00 EUR zuzüglich 5 % Zinsen hieraus seit dem
11. Juni 2003 zu zahlen.
4. Der Beklagte hat die Kosten beider Rechtszüge zu
tragen.
5. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Der Be-
klagte kann die Vollstreckung durch Sicherheits-
leistung in Höhe von 10.000 EUR abwenden, wenn

nicht der Kläger Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

6. Die Revision wird nicht zugelassen.

Studie RSB ^{K1}

Patient
Mustermann
Rückenstr. 11

11111 Wirbelstadt

NUMMER:
Versorgung 11 11 1111 Datum: (12)
Name Patient Mustermann

Geburtsdatum 11.11.1111
KG Körpergewicht: 75kg
Körpergröße: 180cm
KUNDENNR
AD-GZ Anker

Qualitätsbewertung zur RSB Aktiv (Rückenstützbandage)

Frage:

	schlecht	geht so	gut	sehr gut
Paßgenauigkeit:	☐	☐	☒	☐
Empfindung des Patienten hinsichtlich:				
Stoffqualität:	☐	☐	☐	☒
Stützfunktion:	☐	☒	☐	☐
Trageeigenschaft bei Bewegung:	☐	☐	☒	☐
Trageeigenschaft in Ruhe:	☐	☐	☒	☐
Hat Ihnen das Produkt gefallen?:	☐	☐	☐	☒
Linderung der Beschwerden nach 3 Tagen:	☐	☐	☐	☒
Linderung der Beschwerden nach 7 Tagen:	☐	☐	☐	☒

Abschließende Meinung des Patienten:

Das Produkt überzeugt auf der ganzen Linie!
weiter so.

Therapeutische Beurteilung des behandelnden Arztes:

Schon nach 3 Tagen war eine deutliche Linderung des Schmerzes festzustellen, der nach weiteren 4 Tagen gänzlich verschwunden war.
Es ist bei einer rezidivierender Lumbago das Tragen einer RSB Aktiv dringend zu empfehlen!

VIELEN DANK FÜR IHRE MITARBEIT!
Bitte gehen Sie diese Fragen sorgfältig mit
Ihrem Patienten durch.

Arztadresse oder Stempel/Unterschrift

Beispiel eines Endgutachtens

Bsp. für ein Ärztliches Gutachten
für Produktanmeldung zur Aufnahme ins Hilfsmittelverzeichnis
über RSB-Aktivo

Produktbeschreibung

RSB-Aktivo ist eine funktionelle lumbale Stützorthese zur Stabilisierung der lumbalen Region. Im Kern besteht die Orthese aus einem dorsalen Gewebsanteil und einem breiten elastischen Gurtanteil, der nach ventral zu mit einem entsprechend breitem Klettverschluss geschlossen wird.

Dorsal innen wird per Klettverschluss eine Pelotte angebracht.

Produkteigenschaften

Diese neuartige Bandage bewirkt Kompression des Bauchraumes, stützt dadurch die Rückenmuskulatur und gibt sofort spürbare Erleichterung bei lumbalen Beschwerden. Die mit Noppen versehene Pelotte sorgt für durchblutungsfördernde Massage der Rückenmuskulatur. Die frotteeartige überzogene Pelotte ist hautfreundlich, so dass die Bandage sowohl auf der Haut, als auch über der Unterwäsche getragen werden kann. Durch anatomisch formgerechte Fertigung hat RSB-Aktivo einen angenehmen Tragekomfort.

Indikationen

Aufgrund der beschriebenen Eigenschaften ist RSB-Aktivo einsetzbar beim LWS-Syndrom, muskulären Dysbalancen, Ligamentosen, Reizzuständen der ISG-Region und bei vertebrealen Aufbaustörungen im lumbosacralen Übergang.

Beurteilung und Zusammenfassung

RSB-Aktivo ist aus medizinisch-chirurgischer Sicht ein modernes und zeitgemäßes Hilfsmittel für oben genannte Indikationen. Die Orthese erfüllt zudem alle Kriterien eines orthopädischen Hilfsmittels gemäß § 33 SGB V wie auch gemäß Mitteilung des BMG vom 9. Juni 1997 (AZ: 227-44014-7). Aus ärztlicher Sicht wird die Aufnahme in das Hilfsmittelverzeichnis/Produktgruppe Orthesen befürwortet.

G r ü n d e :

Der Beklagte betreibt ein Sanitätshaus, in dem er u.a. eine Lumbalbandage unter der Bezeichnung "RSB Aktivo" angeboten hat. Mit Schreiben vom 28. Juni 2002 beantragte der Beklagte die Aufnahme des Produktes in das Hilfsmittelverzeichnis der Spitzenverbände der Krankenkassen gemäß § 128 SGB V. Zum Nachweis der Funktions-/Gebrauchstauglichkeit, ggf. der Wirkungsweise und des therapeutischen Nutzens gemäß § 139 SGB V legte der Beklagte mit dem Antrag ein fachorthopädisches Gutachten des Dr. med. [REDACTED]

[REDACTED] vom 13. Mai 2002 vor und im weiteren Verlauf des Verfahrens ein Gutachten des Dr. med. [REDACTED] vom 28. Februar 2003. Mit Zwischenbescheid vom 11. Oktober 2002 teilte der für das Antragsverfahren zuständige IKK Bundesverband dem Beklagten mit, dass das vorgelegte Gutachten des niedergelassenen Orthopäden Dr. med. [REDACTED] zum Nachweis des therapeutischen Nutzens/der Funktionstauglichkeit des Produktes nicht herangezogen werden könne.

Während des laufenden Zulassungsverfahrens wandte sich der Beklagte an niedergelassene Ärzte, u.a. Anfang 2003 an den Dr. med. [REDACTED] in Senden. Er übersandte den Ärzten eine "Studieninformation" für eine "Studie RSB" sowie die Bandagen RSB Aktivo. Bei der "Studie RSB" handelt es sich um einen Fragebogen zur "Qualitätsbewertung zur RSB Aktivo (Rückenstützbandage)" in der im Multiple-choice-Verfahren Fragen nach der Passgenauigkeit sowie Empfindungen des Patienten hinsichtlich Stoffqualität, Stützfunktion, Trageeigenschaft und des Zeitpunkts einer eingetretenen Schmerzlinderung beantwortet werden sollten. Für das Ausfüllen dieses Fragebogens (Bl. 12) sollte der jeweilige Arzt dem Beklagten entsprechend einer Musterrechnung auf der Grundlage "GOÄ Ziffer 80, einfach" 17,49 EUR in Rechnung stellen. Weiter sollte der Arzt nach erfolgter Versorgung von 100 Patienten ein Abschlussgutachten erstellen, das er mit 335,15 EUR vom Beklagten honoriert bekommen sollte. Ein Beispiel für ein solches Gutachten wurde den angeschriebenen Ärzten ebenfalls vom Beklagten überlassen (Bl. 13). Zur vereinfachten Abwicklung war den Fragebögen zusätzlich eine Diskette beigelegt, auf der ein Formular des Fragebogens sowie der Rechnung und das Beispiel für ein Endgutachten

gespeichert waren. Nach Durchführung der Studie mit 100 Patienten konnte der jeweilige Arzt 2.104,26 EUR abrechnen.

Der Kläger, [REDACTED], hat dieses Vorgehen beanstandet und den Beklagten auf Unterlassung in Anspruch genommen. Er sieht darin eine Förderung bzw. ein Ausnutzen des Standesverstoßes der betroffenen Ärzte, deren Verhalten § 31 der Musterberufsordnung für Ärzte zuwiderlaufe, womit zugleich ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliege.

Der Kläger hat vorgetragen, der Beklagte verleite die Ärzte zu einer Verletzung ihrer Berufsordnung, die es ihnen verbiete, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln von dem Hersteller oder Händler eine Vergütung oder sonstige wirtschaftliche Vergünstigungen zu fordern und ohne hinreichenden Grund Patienten an bestimmte Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen (§§ 3 Abs. 2, 31, 34 Abs. 1 und Abs. 5 Musterberufsordnung und Berufsordnung der Ärzte Westfalen Lippe). Bei der Zahlung für die gutachterliche Tätigkeit des jeweiligen Arztes handele es sich tatsächlich um eine Prämienzahlung für die Zuweisung von Patienten. Die in der "Qualitätsstudie" aufgeworfenen Fragen seien derart banal und einfach zu beantworten, dass sie kaum geeignet seien, den Nachweis über den therapeutischen Nutzen der Bandage zu erbringen. Von einer Anwendungsstudie sei im Anschreiben des Beklagten auch keine Rede. Die Abrechnung nach Ziffer 80 und 85 GOÄ sei unzulässig, da deren Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Der Fragebogen umfasse nur wenige Fragen, die der Arzt ohnehin im Rahmen der Anamnese erheben müsse. Die Beantwortung der Fragen erfordere keinerlei ärztlichen Sachverstand. Die Gutachten seien als Textbaustein vorgegeben und stereotyp. Das Vorgehen des Beklagten diene ausschließlich dem Ziel, eine Vielzahl von Ärzten für die Zusammenarbeit mit seinem Sanitätshaus zu gewinnen. Für einen Verstoß gegen die ärztliche Berufsordnung sei es unerheblich, ob die Bandagen den Ärzten kostenlos oder gegen Entgelt überlassen würden. Bei einem Preis der Bandage von 130 EUR könne der Beklagte bei 100 verkauften Bandagen pro Arzt und 100 teilnehmenden Ärzten einen Umsatz von 1,3 Millionen Euro erzielen.

Der Kläger hat beantragt,

den Beklagten wie aus dem Urteilstenor ersichtlich zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat vorgetragen, mit Hilfe der beanstandeten ärztlichen Anwendungsstudien habe er - letztlich mit Erfolg - die Aufnahme der Rückenstütze in das sogenannte Hilfsmittelverzeichnis gemäß § 128 SGB V verfolgt, die Voraussetzung für die Kostenerstattung durch die Krankenkassen sei. Die Bandagen habe er zu diesem Zweck den Ärzten für ihre Studien kostenlos zur Verfügung gestellt. Von einer verdeckten Vertriebsförderung könne deshalb keine Rede sein. Die Vergütung für die Mitwirkung der Ärzte sei angemessen. Bei der Abrechnung mit den Ärzten sei er nicht an die GOÄ gebunden. Er - der Beklagte - sei Hersteller und Vertreiber. Die konkreten Anforderungen für die Eintragung in das Hilfsmittelverzeichnis seien ihm nicht bekannt gewesen. Der sogenannte "kurze Versorgungsweg" sei in der Rechtsprechung als zulässig anerkannt. Das richtige Anliegen der Stütze sei Bestandteil der ärztlichen Therapie.

Das Landgericht hat Beweis erhoben durch Einholung einer Auskunft des IKK Bundesverbandes sowie einer Stellungnahme der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz. Wegen der Ergebnisse der Beweiserhebung wird auf das Schreiben des IKK Bundesverbandes vom 17. November 2003 (Bl. 128/129) und die Stellungnahmen der Landesärztekammer Rheinland-Pfalz vom 5. Januar 2004 (Bl. 136, 137) sowie vom 2. April 2004 (Bl. 142-145 d.A.) Bezug genommen.

Mit Urteil vom 17. Juni 2004 hat das Landgericht die Klage abgewiesen (Bl. 159 f.). Zur Begründung hat es ausgeführt, es liege kein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs auf Seiten des Beklagten vor. Die Beteiligung der Ärzte sei im Rahmen des Eintragungsverfahrens in das Hilfsmittelverzeichnis erfolgt. Der Beklagte habe ein dringendes Interesse an diesen Anwendungsstudien gehabt. Da er ernsthaft die Zulassung betrieben habe, liege keine Umgehung der Bestimmungen der Berufsordnung für Ärzte

vor. Die Entgelthöhe sei kein Indiz für die Umgehungsabsicht. Die Mitwirkung bei der Studie sei keine ärztliche Leistung im Sinne der GOÄ. Unter betriebswirtschaftlicher Sicht sei das jeweilige Honorar keineswegs überhöht.

Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er seinen ursprünglichen Klageantrag weiterverfolgt. Er wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend im Wesentlichen vor:

Der Beklagte sei nur Vertreiber, nicht auch Hersteller. Daher liege sein Interesse lediglich in einer Steigerung des Umsatzes. Die sogenannten "Studien" seien für das Zulassungsverfahren völlig unbrauchbar, so dass von einem Scheinmanöver auszugehen sei. Dies belege auch der Umstand, dass das Zulassungsverfahren bezüglich der Bandage RSB Aktivo nicht mehr betrieben werde. Das Landgericht gehe verfahrensfehlerhaft davon aus, dass die kostenlose Abgabe der Bandage unstreitig oder erwiesen sei. Gegenteiliges habe er - der Kläger - im Falle Dr. [REDACTED] vorgetragen und der Beklagte habe es nicht bestritten. Selbst wenn man von einem kostenlosen Überlassen an die Ärzte ausgehe, stelle sich die "Vorbereitungshandlung" als Wettbewerbshandlung dar. Ein Teil der Krankenkassen übernehme die Kosten auch ohne eine Eintragung, nach dem eigenen Vortrag des Beklagten etwa 50 % der Kassen. Die Abrechnung nach der GOÄ sei nach dem Gutachten der Landesärztekammer nicht zulässig. Dass das Landgericht über eine höhere Sachkunde verfüge, sei nicht ersichtlich, zumindest habe ein entsprechender Hinweis darauf erteilt werden müssen. Die GOÄ sei anwendbar. Auch bei "betriebswirtschaftlicher Betrachtungsweise" sei eine Zahlung in Höhe von 2.104,26 EUR in Anbetracht des minimalen Aufwandes des Arztes nicht gerechtfertigt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts Trier vom 17. Juni 2004 abzuändern und nach den erstinstanzlichen Schlussanträgen zu erkennen (Bl. 178, 179).

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des Landgerichts für richtig, wiederholt und vertieft sein erstinstanzliches Vorbringen und trägt ergänzend im Wesentlichen vor:

Er sei als Gesellschafter der [REDACTED] und als deren Generalbevollmächtigter Hersteller der Bandagen und zur Durchführung des Zulassungsverfahrens bevollmächtigt. Die genauen Zulassungsvoraussetzungen seien ihm zunächst unbekannt gewesen. Bei dem jetzt zugelassenen Produkt RSB Aktivo Plus handele es sich um eine Weiterentwicklung von RSB Aktivo, da Ersteres mit Letzterem zu 99 % baugleich sei. Sein Vorgehen stelle keine Wettbewerbs-handlung dar. Ein messbarer wirtschaftlicher Erfolg sei erst nach der Eintragung in das Hilfsmittelverzeichnis denkbar. Die GOÄ sei in seinem Verhältnis zu den Ärzten nicht anwendbar. Sein Vorgehen habe ausschließlich den Zwecken des Eintragungsverfahrens in das Hilfsmittelverzeichnis gedient, die abweichende Auffassung des Klägers sei kaufmännisch nicht plausibel.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien im Berufungsverfahren und der in diesem gestellten Anträge wird auf die Berufungsbegründung vom 17. August 2004 (Bl. 178 f.), die Berufungserwiderung vom 29. November 2004 (Bl. 205 f.) sowie die Sitzungsniederschrift vom 1. Februar 2005 Bezug genommen.

Das Rechtsmittel hat Erfolg und führt zur Abänderung des angefochtenen Urteils.

Die Anträge 1) und 2) des Klägers sind begründet, da ihm ein Unterlassungsanspruch gegen den Beklagten, der die beteiligten Ärzte zu einem Verstoß gegen die Berufsordnung anstiftet, gemäß § 8 Abs. 1 i.V.m. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG (der seit 8. Juli 2004 geltenden Fassung) zusteht. Nach § 4 Nr. 11 UWG stellt die Verletzung von gesetzlichen Vorschriften, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln, unlauteren Wettbewerb dar.

Zu den wertbezogenen Normen gehören auch diejenigen Vorschriften, die dem Schutz der Volksgesundheit dienen und daher wegen ihrer gesundheitspolitischen Zielsetzung als sittlich-rechtlich fundiert anzusehen sind. Dies gilt auch für das ärztliche Standesrecht, das neben dem Schutz der Ärzteschaft bei deren Wettbewerb untereinander auch den Schutz der Bevölkerung vor unsachlicher Beeinflussung und die Abwehr langfristiger negativer Rückwirkungen auf die medizinische Versorgung bezweckt (OLG Schleswig, WRP 2004, 126-129 = GRUR 2004, 171-174 m.w.N.; Baumbach/Hefermehl, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl., § 4 UWG Rdnr. 11.74 m.w.N.). Das Verhalten der für den Beklagten tätig werdenden Ärzte stellt einen Verstoß gegen die §§ 3 Abs. 2, 34 Abs. 1 und 5 Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (vgl. NJW 1997, 3076 f.) sowie die entsprechenden gleichlautenden Berufsordnungen für die Ärzte in Rheinland-Pfalz bzw. der Ärztekammer Westfalen/Lippe dar.

Gemäß § 3 Abs. 2 Berufsordnung ist es Ärztinnen und Ärzten u.a. untersagt, im Zusammenhang mit der Ausübung ihrer ärztlichen Tätigkeit Waren und andere Gegenstände abzugeben oder unter ihrer Mitwirkung abgeben zu lassen, soweit nicht die Abgabe des Produkts wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist. Das Verbot beruht auf der traditionellen Trennung der Tätigkeit von Ärzten einerseits und Herstellern von medizinischen Hilfsmitteln oder sonstigen Medizinprodukten andererseits. Es hat die Trennung merkantiler Gesichtspunkte vom Heil- auftrag des Arztes zum Gegenstand und soll außerdem verhindern, dass das besondere Vertrauen in den Arztberuf zur Verkaufsförderung solcher Produkte mißbraucht wird, die der Patient nicht notwendigerweise in Zusammenhang mit seiner Betreuung benötigt. Dabei stellt die Berufsordnung nicht auf die Entgeltlichkeit ab, sondern untersagt sogar eine unentgeltliche Abgabe der betreffenden Produkte.

Nach § 34 Abs. 5 Berufsordnung ist es den Ärzten nicht gestattet, Patientinnen oder Patienten ohne hinreichenden Grund an bestimmte Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen zu verweisen, und insbesondere nicht gestattet, für die Verordnung von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln von dem Hersteller

oder Händler eine Vergütung oder sonstige wirtschaftliche Vergünstigung zu fordern oder anzunehmen (§ 34 Abs. 1).

Mit diesen Verboten steht die Abgabe der von dem Beklagten den einzelnen Ärzten überlassenen Rückenbandagen und die Zahlung der Vergütungen für das Ausfüllen der Fragebogen und die Erstellung der Endgutachten nicht in Einklang. Es bedarf keiner näheren Begründung, dass die von den Ärzten vorgenommene Überlassung der Bandagen an Patienten die Abgabe eines von den vorgenannten Vorschriften erfassten Produktes darstellt. Ein Verstoß wäre daher nur dann zu verneinen, wenn die Abgabe der Bandagen wegen ihrer Besonderheiten notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie wäre und die Zahlungen durch den Beklagten tatsächlich ausschließlich zum Zwecke der Durchführung des Eintragungsverfahrens in das Hilfsmittelverzeichnis erfolgt wären. Beides ist zu verneinen.

Die Abgabe durch den Arzt ist nur dann erlaubt, wenn die ärztliche Therapie es erfordert, dass das Produkt nicht durch einen Dritten, also etwa einen Mitarbeiter eines Sanitätshauses, sondern gerade durch den Arzt selbst dem Patienten verabreicht wird. Das ergibt sich aus Wortlaut und Sinn der Bestimmung des § 3 Abs. 2 sowie ihrem systematischen Zusammenhang in der Berufsordnung. Nach dem Wortlaut der Bestimmung reicht es nicht aus, dass das Produkt selbst notwendiger Bestandteil der ärztlichen Therapie ist, vielmehr ist erforderlich, dass gerade die Abgabe durch den Arzt medizinisch geboten ist. Auch nach dem Sinn der Bestimmung ergibt sich nichts anderes. Diese will im Grundsatz die traditionell geprägte Trennung der ärztlichen Tätigkeit einerseits und der Heilmittelveräußerung andererseits aufrechterhalten. Auch der systematische Zusammenhang steht einer anderen Auslegung der Vorschrift entgegen. Wenn nämlich - wie dies § 34 Abs.

5 Berufsordnung festschreibt - dem Arzt sogar schon der Verweis an einen bestimmten Anbieter von gesundheitlichen Leistungen untersagt ist, dann kann es ihm nicht auf der anderen Seite gestattet sein, die betreffenden Produkte sogar selbst zu vertreiben. Die Abgabe der Bandagen an die Patienten war somit den Ärzten untersagt, da sie nicht notwendiger Bestandteil der Therapie waren. Die Bandage kann zwanglos in Sanitätshäusern erworben und dort auch dem Patienten angepasst werden.

Die Abgabe der Bandagen unterfällt auch dem Verbot nach § 34 Abs. 5 Berufsordnung. Auch sie untersagt es dem Arzt, an Stelle von Apotheken und Sanitätshäusern die Bandagen abzugeben. Wenn nämlich der Arzt in die Freiheit der Auswahl durch den Patienten schon nicht durch den Hinweis auf ein bestimmtes Sanitätshaus eingreifen darf, dann darf er erst recht nicht selbst die Waren abgeben, weil er so durch die angebotene Bequemlichkeit einerseits und im Hinblick auf das ihm entgegengebrachte Vertrauen andererseits sogar in besonders massiver Weise in eben diese Auswahlfreiheit eingreift. Faktisch und insbesondere aus der Sicht der Patienten betreibt der jeweilige Arzt eine Art Außenstelle des Sanitätshauses des Beklagten, mit dem er zusammenarbeitet. Das Angebot auf Überlassung der Bandage stellt damit, auch wenn es so nicht ausdrücklich formuliert wird, aus sich heraus eine deutliche Empfehlung an die Patienten dar, die Bandagen über ihn zu beziehen.

Schließlich liegt auch ein Verstoß gegen § 34 Abs. 1 Berufsordnung durch die Entgegennahme der Zahlungen seitens des Beklagten vor. Diese stellen nämlich nach Überzeugung des Senats aufgrund der Gesamtumstände eine Vergütung für die Verordnung und den Vertrieb der Hilfsmittel dar und keine Vergütung für eine gutachterliche Tätigkeit im Rahmen des Eintragungsverfahrens in das Hilfsmittelverzeichnis. Für den letztgenannten Zweck waren sie nämlich untauglich, was dem Beklagten auch spätestens seit der Zwischenricht des IKK Bundesverbandes vom 22. Oktober 2002 bekannt war. Voraussetzung für einen Nachweis der Funktions-/Gebrauchstauglichkeit, gegebenenfalls der Wirkungsweise und des therapeutischen Nutzens gemäß § 139 SGB V waren nämlich bestimmte Studien, deren Voraussetzungen die vom Beklagten den Ärzten abverlangten gutachterlichen Äußerungen nicht gerecht werden konnten. In dem Fragebogen war im Wesentlichen die subjektive Einschätzung des Patienten abzufragen und die Schmerzlinderung als "therapeutische Beurteilung" des behandelnden Arztes auf der Basis der Angaben des Patienten zu wiederholen. Bei den sogenannten Endgutachten handelt es sich um Schreiben, in denen das Produkt allgemein beschrieben und verschiedene Indikationsbereiche benannt werden. Eine Beschreibung und Bewertung des konkreten Einsatzes unter Berücksichtigung des Verwendungszwecks und der vorgesehenen Nutzer-

gruppe findet nicht statt. Da den niedergelassenen Ärzten ein vorformuliertes Gutachten überlassen war, war davon auszugehen, dass den "Endgutachten" weitergehende Informationen nicht zu entnehmen sein würden. Da die Formulierungen mit dem Gutachten des fachorthopädischen Gutachtens des Dr. med. [REDACTED] vom 13. Mai 2002, das der Beklagte dem Antrag vom 28. Juni 2002 beigelegt hatte, wortgleich waren, stand spätestens mit dem Schreiben des IKK Bundesverbandes vom 22. Oktober 2002 fest, dass mit dieser Art Gutachten eine Eintragung in das Hilfsmittelverzeichnis nicht zu erreichen sein würde. Wenn der Beklagte gleichwohl in Kenntnis dieser Umstände bereit war, nicht unbeträchtliche Honorare an die entsprechenden niedergelassenen Ärzte zu zahlen, konnte dies nach Überzeugung des Senats nur zu dem Zweck erfolgen, um den Absatz der Rückenbandagen zu fördern. Dem steht nicht entgegen, dass die Bandagen in das Hilfsmittelverzeichnis noch nicht aufgenommen waren. Der Beklagte hat selbst vorgetragen, dass immerhin in 50 % der Fälle abgegebener Bandagen die Kosten seitens der Krankenkassen erstattet worden sind.

Der Kläger hat auch Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten in Höhe von 189 EUR aus den §§ 683, 670 BGB. Als Wettbewerbsverband kann er anteiligen Ersatz der Personal- und Sachkosten in Form einer Kostenpauschale verlangen, die er in zulässiger Weise auf 189 EUR beziffert hat. Der Anspruch auf Verzugszinsen besteht seit 11. Juni 2003, nachdem der Beklagte mit Schreiben seines Prozessbevollmächtigten vom 3. Juni 2003 die Abgabe einer Unterlassungserklärung und die Zahlung endgültig abgelehnt hat.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 543 Abs. 2 ZPO).

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf

15.189 EUR

festgesetzt.

Dr. Bamberger

Becht
Ausfertigt:
Neuville
Justizangestellte
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts
Harsdorf-Gebhardt