

Hörgeräteversorgung II: Wettbewerbswidrige Verweisungen ohne hinreichenden Grund im Gesundheitswesen

Amtlicher Leitsatz:

a) Vom Begriff der Verweisung in § 34 Abs. 5 MBO-Ä sind alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer erfasst, die der Arzt – ohne vom Patienten darum gebeten worden zu sein – von sich aus erteilt.

b) Die Qualität der Versorgung kann im Einzelfall einen hinreichenden Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 MBO-Ä darstellen, wenn die Verweisung an einen bestimmten Hilfsmittelanbieter aus Sicht des behandelnden Arztes aufgrund der speziellen Bedürfnisse des einzelnen Patienten besondere Vorteile in der Versorgungsqualität bietet. In langjähriger vertrauensvoller Zusammenarbeit gewonnene gute Erfahrungen oder die allgemein hohe fachliche Kompetenz eines Anbieters oder seiner Mitarbeiter reichen dafür nicht aus.

c) Das Verbot des § 31 MBO-Ä gilt nicht nur, wenn ein Arzt einem anderen Arzt Patienten überweist, sondern auch für Patientenzuführungen an die in § 34 Abs. 5 MBO-Ä genannten Apotheken, Geschäfte oder Anbieter gesundheitlicher Leistungen.

d) Der Begriff der Zuweisung in § 31 MBO-Ä umfasst alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen; entscheidend ist allein, dass der Arzt für die Patientenzuführung an einen anderen

Leistungserbringer einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt.

Bundesgerichtshof

Urteil vom 13.01.2011

Az.: I ZR 111/08

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 30. September 2010 durch die Richter ...

für **R e c h t** erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 29. Mai 2008 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als hinsichtlich des ersten Teils des vom Landgericht ausgesprochenen Unterlassungsgebots (Verweisung an die f. AG ohne hinreichenden sachlichen Grund), hinsichtlich der in der Berufungsinstanz hilfsweise gestellten weiteren Unterlassungsanträge sowie hinsichtlich der Feststellungs- und Auskunftsanträge, die sich auf diese noch zur Entscheidung anstehenden Unterlassungsanträge beziehen, zum Nachteil der Klägerin erkannt worden ist.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

Die Klägerin ist Hörgeräteakustikermeisterin mit Betrieben in Bremerhaven und Cuxhaven. Sie nimmt den Beklagten, einen in Cuxhaven niedergelassenen HNO-Arzt, mit der Behauptung auf Unterlassung, Auskunft und Schadensersatz in Anspruch, dieser

verweise regelmäßig Patienten mit Verordnungen zur Hörgeräteversorgung an die seit September 2004 bestehende Filiale der f. AG in Cuxhaven.

Der Beklagte hatte sich zunächst als Aktionär an der f. AG beteiligt. Zwischen den Parteien ist streitig, ob der Beklagte oder von ihm als Treuhänder eingeschaltete Dritte seit Ende 2004 noch Aktien dieses Unternehmens halten.

Die Klägerin macht geltend, der Beklagte verweise seine Patienten, soweit diese selbst keinen anderen Hörgeräteakustiker benennen, ausschließlich an die f. AG in Cuxhaven, ohne dass sachliche Gründe dafür vorlägen. Sie beruft sich dafür auf Aussagen über Testbesuche der Zeugen H. und M. B. am 29. Mai 2006 sowie der Zeuginnen S. und O. am 13. November 2006. Der Inhalt der dabei von den Zeugen mit dem Beklagten geführten Gespräche zur Hörgeräteversorgung ist zwischen den Parteien streitig.

Der Beklagte trägt vor, er informiere seine Patienten auf deren ausdrücklichen Wunsch über die Möglichkeiten einer Hörgeräteversorgung und nenne sachliche Gründe, um ihnen eine objektive Entscheidung zu ermöglichen. Er rate wegen der Wartung und Reparatur der Geräte immer zu einer wohnortnahen Versorgung und weise auf die jeweiligen Hörgeräteakustikbetriebe hin. Fragten Patienten nach den Kosten, teile er ihnen mit, dass gemäß seinen bisherigen Erfahrungen die Versorgung bei der f. AG durchschnittlich am günstigsten sei. Auch bezüglich der Qualität der Versorgung habe er mit der Filiale dieses Unternehmens in Cuxhaven gute Erfahrungen gemacht, die insbesondere auf die besondere Kompetenz des zuvor bei der Klägerin beschäftigten Hörgerätemeisters Sc. zurückzuführen seien. Für die Wahl des von ihm bevorzugten verkürzten Versorgungsweges, der in Cuxhaven nur von der Filiale der f. AG angeboten werde, sprächen auch medizinische Gründe. Bei dem dabei durch ihn vorzunehmenden Ohrenabdruck für die Herstellung des Hörgeräts erfolge eine gründliche Reinigung des Gehörgangs durch eine

Ohrspülung, die als medizinische Leistung nur einem Arzt möglich sei.

Die Klägerin hat beantragt,

1.a) den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der f. AG – insbesondere das Geschäft der f. AG in Cuxhaven – mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, solange er mittelbar oder unmittelbar Aktien oder andere gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an diesem Unternehmen hält;

1.b) hilfsweise: den Beklagten gemäß Antrag 1 a) mit den Beschränkungen zu verurteilen, "falls (die Verweisung) im Zusammenhang damit geschieht, dass er von den Patienten zuvor einen Ohrabdruck genommen hat und/oder den Patienten mitteilt, dass dieser Abdruck unmittelbar von ihm der Filiale der f. AG zugeleitet werde";

1.c) hilfsweise: den Beklagten gemäß Antrag 1 a) mit der Maßgabe zu verurteilen, dass die Verweisung erfolgt, solange der Beklagte Aktien oder sonstige gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an der f. AG hält, ohne die Patienten darauf hinzuweisen;

1.d) hilfsweise: den Beklagten nach den Anträgen 1 a) bis 1 c) mit der Maßgabe zur Unterlassung zu verurteilen, "solange er oder nahe Verwandte Aktien oder sonstige gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an der f. AG halten",

1.e) hilfsweise: den Beklagten unter Androhung näher bezeichneter Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der focus hören AG – insbesondere das Geschäft der f. AG in Cuxhaven – mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, sofern dafür kein hinreichend sachlicher Grund vorliegt und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker

in Cuxhaven erbracht werden kann,

1.f) hilfsweise: den Beklagten nach Maßgabe des Antrags 1 e) zur Unterlassung zu verurteilen, falls die Verweisung im Zusammenhang damit geschieht, dass der Beklagte den Patienten einen Ohrabdruck abnimmt und/oder mitteilt, dass dieser Abdruck unmittelbar der Filiale der f. AG zugeleitet werde.

Die Klägerin hat ferner die Feststellung der Verpflichtung des Beklagten zum Schadensersatz sowie Auskunft begehrt.

Das Landgericht hat den Beklagten nach dem Hilfsantrag zu 1 e) und den darauf bezogenen weiteren Anträgen verurteilt. Die weitergehende Klage hat es abgewiesen.

In der Berufungsinstanz hat der Beklagte seinen Antrag auf Abweisung der Klage weiterverfolgt. *Die Klägerin hat das Urteil des Landgerichts verteidigt und im Wege der Anschlussberufung hilfsweise beantragt,*

die Berufung mit der Maßgabe zurückzuweisen, den Beklagten zu verurteilen, es zu unterlassen, Patienten an Geschäfte der f. AG, insbesondere das Geschäft der f. AG in Cuxhaven, mit Verordnungen zur Versorgung mit Hörgeräten zu verweisen, sofern in jedem Einzelfall nicht ein hinreichend sachlicher Grund wie unmittelbar auf dem Gebiet der Medizin liegende Vorteile, die Qualität der Versorgung, schlechte Erfahrungen bei anderen Leistungserbringern, die Gründe der Wirtschaftlichkeit der Versorgung, Alter oder Behinderung von Patienten vorliegt und benannt wird und/oder die Patienten nicht darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in Cuxhaven erbracht werden kann,

weiter hilfsweise, den Beklagten nach dem ersten zweitinstanzlichen Hilfsantrag mit der Maßgabe zu verurteilen, dass einer der in jenem Antrag genannten Gründe tatsächlich vorliegt.

Weiter hilfsweise hat die Klägerin beantragt,

den Beklagten unter Abänderung der landgerichtlichen Entscheidung nach den in erster Instanz zuletzt gestellten Anträgen zu 1 a) bis 1 d) und 1 f) zu verurteilen.

Das Berufungsgericht hat die Klage insgesamt abgewiesen (OLG Celle, GesR 2008, 476). Dagegen wendet sich die Klägerin mit der vom Senat zugelassenen Revision.

Der Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Entscheidungsgründe:

A.

Das Berufungsgericht hat die Klageanträge teils als unzulässig angesehen und im Übrigen einen Verstoß des Beklagten gegen § 34 Abs. 5, § 31 NdsBOÄ sowie eine unangemessene unsachliche Einflussnahme verneint. Zur Begründung hat es ausgeführt:

Der vom Landgericht für begründet erachtete Unterlassungsantrag und der Hilfsantrag 1 f) seien unzulässig, weil sie durch die Verwendung des unbestimmten Begriffs "kein hinreichend sachlicher Grund" nicht den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügten. Dasselbe gelte für den ersten in zweiter Instanz gestellten Hilfsantrag, in dem konkrete sachliche Gründe lediglich beispielhaft, nicht aber abschließend benannt seien.

Der zweite in der Berufungsinstanz formulierte Hilfsantrag sei unbegründet, weil danach eine Verweisung nicht nur dann zu unterlassen sei, wenn einer der dort genannten sachlichen Gründe fehle, sondern auch dann, wenn ein solcher Grund zwar vorliege, aber nicht benannt werde. Für einen solchen Anspruch bestehe weder in § 34 Abs. 5 noch in § 31 NdsBOÄ oder §§ 3, 4 Nr. 1, 2 UWG eine Grundlage. Im Übrigen sei der Unterlassungsanspruch jedenfalls unbegründet, weil

hinsichtlich des Testbesuchs der Eheleute B. Verjährung eingetreten sei und der Beklagte den Zeuginnen S. und O. hinreichende Gründe für seine Empfehlung (Möglichkeit zum Erwerb eines zuzahlungsfreien Geräts und Kompetenz des Hörgeräteakustikermeisters Sc.) genannt habe. Schließlich könne schon die bloße Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungswegs ausreichender Grund für eine Verweisung sein.

Unbegründet seien auch die im Wege der Hilfsanschlussberufung verfolgten Klageanträge 1 a) bis 1 d), die sämtlich eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Beklagten oder eines nahen Verwandten an der f. AG voraussetzten. Eine solche Beteiligung sei nicht wettbewerbswidrig gemäß § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 34 Abs. 5, § 3 Abs. 2 oder § 31 NdsBOÄ. Bestehe ein hinreichender Grund für eine Verweisung an die f. AG, sei der Beklagte auch nicht dazu verpflichtet, auf eine Beteiligung hinzuweisen.

B.

Die Revision hat insoweit Erfolg, als das Berufungsgericht die Klage auch mit dem Hilfsantrag zu 1 e) in seiner ersten Variante (Verweisung ohne hinreichenden sachlichen Grund) abgewiesen hat. Sie hat ferner Erfolg, soweit das Berufungsgericht auch die hilfsweise gestellten Unterlassungsanträge sowie die auf diese Unterlassungsanträge bezogenen Anträge auf Feststellung der Schadensersatzpflicht und Auskunftserteilung abgewiesen hat. Insoweit führt die Revision zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. Das klagabweisende Berufungsurteil hat nur Bestand, soweit der vom Landgericht zugesprochene Antrag 1 e) den Beklagten kumulativ oder alternativ verpflichtet hat, über die Leistungserbringung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in Cuxhaven aufzuklären, und soweit sich Feststellungs- und Auskunftsanträge auf diesen Teil des Unterlassungsanspruchs beziehen.

I.

Die Anträge der Klägerin sind allerdings insgesamt nicht hinreichend bestimmt und daher unzulässig.

1. Nach § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO darf ein Verbotsantrag nicht derart undeutlich gefasst sein, dass Gegenstand und Umfang der Entscheidungsbefugnis des Gerichts (§ 308 Abs. 1 ZPO) nicht erkennbar abgegrenzt sind, sich der Beklagte deshalb nicht erschöpfend verteidigen kann und letztlich die Entscheidung darüber, was dem Beklagten verboten ist, dem Vollstreckungsgericht überlassen bliebe (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 17. Juli 2003 – I ZR 259/00, BGHZ 156, 1, 8 f. – Paperboy; Urteil vom 24. Februar 2005 – I ZR 128/02, GRUR 2005, 304, 305 = WRP 2005, 739 – Fördermittelberatung, jeweils mwN; Urteil vom 16. November 2006 – I ZR 191/03, GRUR 2007, 607 Rn. 16 = WRP 2007, 775 – Telefonwerbung für "Individualverträge"). Aus diesem Grund sind insbesondere Unterlassungsanträge, die lediglich den Wortlaut eines Gesetzes wiederholen, grundsätzlich als zu unbestimmt und damit unzulässig anzusehen (vgl. BGH, Urteil vom 24. November 1999 – I ZR 189/97, GRUR 2000, 438, 440 = WRP 2000, 389 – Gesetzeswiederholende Unterlassungsanträge; Urteil vom 12. Juli 2001 – I ZR 261/98, GRUR 2002, 77, 78 = WRP 2002, 85 – Rechenzentrum; GRUR 2007, 607 Rn. 16 – Telefonwerbung für "Individualverträge").

2. Allerdings bestehen danach, anders als es das Berufungsgericht angenommen hat, gegen den Antrag 1 e), den Antrag 1 f) und den ersten zweitinstanzlich gestellten Hilfsantrag keine Bedenken wegen der Verwendung des unbestimmten Begriffs "ohne hinreichend sachlichen Grund". Ein Unterlassungsantrag genügt trotz der den Wortlaut des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ wiederholenden Wörter "ohne hinreichenden Grund" den Bestimmtheitsanforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO, wenn er – soweit möglich – auf die konkrete Verletzungsform (hier: Verweisung von Patienten mit Verordnungen zur Versorgung von Hörgeräten an die f. AG, insbesondere das

Geschäft der f. AG in Cuxhaven) Bezug nimmt. Der auslegungsbedürftige Begriff "hinreichende Gründe" ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ausreihend konkretisiert. Eine weitere Konkretisierung ist der Klägerin nicht möglich und kann von ihr nicht verlangt werden, ohne ihr die Durchsetzung ihrer Rechte unzumutbar zu erschweren (vgl. BGH, Urteil vom 9. Juli 2009 – I ZR 13/07, GRUR 2009, 977 Rn. 20 ff. = WRP 2009, 1076 – Brillenversorgung I).

3. Nach sämtlichen Anträgen soll dem Beklagten aber verboten werden, unter näher bestimmten Voraussetzungen "Patienten ... zu verweisen". Der nicht näher konkretisierte Begriff des Verweisens ist auslegungsbedürftig. Nach allgemeinem Sprachgebrauch liegt es nahe, Verweisung im Sinne einer den Patienten bindenden Überweisung zu verstehen. Diese enge Auslegung wäre aber offensichtlich mit dem Wortlaut des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unvereinbar. Danach erfasst die Norm etwa auch "Verweisungen" durch Ärzte an bestimmte Apotheken. Ärzte können Patienten indes nicht verbindlich vorgeben, bei welcher Apotheke sie ihre Arzneimittel beziehen. Ferner nennt die Überschrift des § 34 NdsBOÄ ausdrücklich Empfehlungen, nicht jedoch Verweisungen. Das spricht ebenfalls dafür, dass jedenfalls bestimmte Fälle einer Empfehlung von dem Verbot des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ erfasst werden. Die Grenzziehung zwischen erlaubtem und verbotenem Verhalten ist damit nicht in dem für die Vollstreckung des Unterlassungstitels erforderlichen Maß deutlich. Fraglich ist insbesondere, ob der Begriff der Verweisung auch eine schlichte Benennung oder den Fall erfasst, dass der Beklagte nur auf Nachfrage des Patienten eine Hörgeräteversorgung bei der f. AG oder bei dieser und alternativ auch bei bestimmten anderen Hörgeräteakustikern empfiehlt.

Auch die Rechtsprechung hat den in den ärztlichen Berufsordnungen verwendeten Begriff des Verweisens bislang nicht ausreichend geklärt. Der Bundesgerichtshof hat sich dazu noch nicht geäußert. Aus der Rechtsprechung der

Oberlandesgerichte ergibt sich allein, dass Ärzten bestimmte Formen der Empfehlung von Apotheken, Geschäften oder Anbietern gesundheitlicher Leistungen untersagt sind (vgl. OLG Hamm, AZR 2008, 75, 76: Empfehlung nur eines Anbieters durch Plakate, Flyer, Visitenkarten und Gutscheine; OLG Koblenz, MMR 2006, 312: Empfehlung einer bestimmten Apotheke durch Rezeptaufdruck). Die Grenze zwischen einer verbotenen Verweisung und einem unbedenklichen Ratschlag ist damit aber auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung noch nicht hinreichend bestimmt.

Unter diesen Umständen muss ein auf die Verletzung des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ gestützter Unterlassungsantrag den im Tatbestand dieser Norm enthaltenen Begriff der Verweisung durch Beschreibung des beanstandeten Verhaltens hinreichend deutlich bestimmen. Das ist beispielsweise der Fall, wenn einem Augenarzt untersagt werden soll, Patienten im Zusammenhang mit einer von ihm durchgeführten Refraktion ohne hinreichenden Grund den Abschluss eines Liefervertrags über eine Brille mit einem bestimmten Optikgeschäft zu vermitteln (vgl. BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 19 f. – Brillenversorgung I). Eine solche Konkretisierung hat die Klägerin in ihren Anträgen jedoch nicht vorgenommen. Sie ergibt sich auch nicht aus ihrem zur Auslegung der Anträge heranzuziehenden Vortrag.

II.

Die Unbestimmtheit der Klageanträge führt jedoch nicht zur vollständigen Zurückweisung der Revision. Das Berufungsgericht hätte, wenn es die Unzulässigkeit der Anträge im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs der Verweisung erkannt hätte, die Klage nicht insgesamt als unzulässig abweisen dürfen, ohne zuvor gemäß § 139 ZPO auf diesen von den Parteien im Berufungsverfahren übersehenen rechtlichen Gesichtspunkt hinzuweisen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 1997 – I ZR 13/95, BGHZ 135, 1, 8 – Betreibervergütung). Soweit sich der in erster Instanz allein erfolgreiche Antrag 1 e) darauf beschränkt, dem Beklagten eine Verweisung an die f. AG, für

die kein hinreichender Grund besteht, zu untersagen, hätte das Berufungsgericht vielmehr der Klägerin Gelegenheit geben müssen, das mit der Klage verfolgte Begehren in Anträge zu fassen, die dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügen. Die Unbestimmtheit der Klageanträge führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. In diesem Umfang kann auf der Grundlage des festgestellten und des unstrittigen Sachverhalts nicht ausgeschlossen werden, dass der Klägerin ihrem Begehren entsprechende Ansprüche zustehen (vgl. BGHZ 156, 1, 10 – Paperboy).

1. Auf den in die Zukunft gerichteten Unterlassungsanspruch sind die Bestimmungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb in der zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Fassung anzuwenden. Der im Streitfall auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch besteht allerdings nur, wenn das beanstandete Verhalten auch schon zum Zeitpunkt seiner Begehung wettbewerbswidrig war (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – I ZR 96/02, GRUR 2005, 442 = WRP 2005, 474 – Direkt ab Werk; Urteil vom 28. Juni 2007 – I ZR 153/04, GRUR 2008, 186 Rn. 17 = WRP 2008, 220 – Telefonaktion). Das von der Klägerin beanstandete Verhalten des Beklagten fällt in die Zeit nach Inkrafttreten des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004 (BGBl. I S. 1414, im Folgenden: UWG 2004). Der Unterlassungsanspruch setzt daher voraus, dass das beanstandete Verhalten schon danach wettbewerbswidrig war.

Die für die Entscheidung des Streitfalls maßgebliche Vorschrift des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ ist eine Marktverhaltensregelung im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG. Diese Bestimmung hat durch die Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken keine Änderung erfahren und ist auf berufsrechtliche Bestimmungen, die – wie die Regelung in § 34 Abs. 5 NdsBOÄ – das Marktverhalten in gemeinschaftsrechtskonformer Weise regeln, weiterhin anzuwenden (BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 12 – Brillenversorgung I).

2. Das Berufungsgericht hat – von der Revision unangegriffen – rechtsfehlerfrei angenommen, dass ein etwaiger Wettbewerbsverstoß des Beklagten anlässlich des Testbesuchs vom 29. Mai 2006 (Eheleute B.) verjährt ist. Daher kann die Klägerin den Vorwurf einer unlauteren Wettbewerbshandlung nur auf den Testbesuch der Zeuginnen S. und O. vom 13. November 2006 stützen. Nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Beklagte bei diesem Testbesuch gegen § 34 Abs. 5 NdsBOÄ verstoßen hat.

a) Gemäß § 34 Abs. 5 NdsBOÄ ist eine Verweisung an bestimmte Hilfsmittelerbringer untersagt, wenn sie ohne hinreichenden Grund erfolgt. Es ist deshalb zunächst zu prüfen, ob eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs. 5 NdsBOÄ vorliegt.

Wie oben unter B I 3 ausgeführt, kann der Begriff der Verweisung in § 34 Abs. 5 NdsBOÄ nicht auf Fälle einer den Patienten bindenden Überweisung beschränkt werden. Schon nach Wortlaut und Überschrift erfasst die Norm grundsätzlich auch Empfehlungen. Dabei ist aber der Zweck des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ zu beachten. Die Vorschrift soll die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten in Bezug auf Apotheken, Geschäfte und Anbieter gesundheitlicher Leistungen gewährleisten. Diese Wahlfreiheit ist schon dann beeinträchtigt, wenn der Arzt dem Patienten von sich aus einen bestimmten Erbringer gesundheitlicher Leistungen nahelegt oder auch nur empfiehlt.

Anders verhält es sich aber, wenn der Patient – weil er keinen geeigneten Leistungserbringer kennt oder weil er eine Alternative sucht – den Arzt um eine Empfehlung bittet. Schon die mit dem Behandlungsvertrag übernommene Fürsorgepflicht spricht dafür, dass der Arzt auf der Grundlage seiner Erfahrungen die erbetene Empfehlung erteilen darf, wenn nicht erteilen muss. Es entspricht auch einem berechtigten Interesse der Patienten, von Ärzten ihres Vertrauens bei Bedarf Empfehlungen für Leistungserbringer zu erhalten. Erbittet der Patient die Empfehlung, ist es zudem seine eigene

Entscheidung, ob er sich bei der Ausübung seiner Wahlfreiheit beeinflussen lässt. Es entspricht dem Leitbild des selbstbestimmten Patienten (§ 7 Abs. 1 NdsBOÄ), dies dem Patienten zu ermöglichen. Unter diesen Umständen ist dem Arzt nicht zuzumuten, eine Empfehlung zu verweigern oder wider besseres Wissen außer dem seines Erachtens besten Anbieter weitere alternative Versorgungsmöglichkeiten anzugeben, die er für weniger geeignet hält.

Wünscht ein Patient ausdrücklich eine möglichst kostengünstige Versorgung, ist es einem Arzt auch nicht verwehrt, ihm den nach den – nachprüfbar und aussagekräftigen – Erfahrungen des Arztes preiswertesten Anbieter gesundheitlicher Leistungen zu empfehlen.

Vom Begriff der Verweisung in § 34 Abs. 5 BOÄ sind demgegenüber alle Empfehlungen für bestimmte Leistungserbringer erfasst, die der Arzt seinen Patienten von sich aus erteilt. Dazu zählt etwa die Empfehlung nur eines Anbieters durch Plakate, Flyer, Visitenkarten und Gutscheine (vgl. OLG Hamm, AZR 2008, 75, 76) oder die Empfehlung einer bestimmten Apotheke durch Rezeptaufdruck (OLG Koblenz, MMR 2006, 312).

b) Bei Beachtung dieser Grundsätze kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht ausgeschlossen werden, dass der Beklagte die Zeugin S. in unzulässiger Weise an die Filiale der f. AG in Cuxhaven verwiesen hat.

Die Klägerin hat unter Beweisantritt (Zeuginnen S. und O.) vorgetragen, der Beklagte habe die Zeugin S. gefragt, ob sie einen Hörgeräteakustiker in Cuxhaven kenne. Die Zeugin habe dies verneint, aber angegeben, das Geschäft eines Hörgeräteakustikers über der Praxis des Beklagten bemerkt zu haben. Der Beklagte habe daraufhin gesagt, er arbeite mit einem bestimmten Hörgeräteakustiker zusammen, bei dem die Zeugin in guten Händen sei. Nachdem die Zeugin angegeben habe,

nicht viel Geld ausgeben zu wollen, habe der Beklagte ihr eine Karte der f. AG überreicht, auf die er den Namen Sc. geschrieben habe. Der Beklagte habe erläutert, dies sei der Hörgeräteakustiker, mit dem er zusammenarbeite, und bei Herrn Sc. werde die Zeugin nicht über den Tisch gezogen. Es würden jetzt noch Ohrabdrücke gefertigt, die zusammen mit der Hörgeräteverordnung direkt an die f. AG geschickt würden. Der Beklagte habe der Zeugin auch den Weg zum Geschäft der f. AG beschrieben. Sodann seien die Abdrücke abgenommen worden, und eine Arzthelferin habe der Zeugin mitgeteilt, sie brauche sich um nichts mehr zu kümmern; sie werde von der f. AG wegen eines Beratungstermins angerufen. Nach der – wiederholten – Vernehmung der Zeugen durch das Landgericht am 8. Oktober 2007 hat die Klägerin in der Berufungserwiderung auf diesen Vortrag und das Ergebnis der Beweisaufnahme Bezug genommen. Ausweislich der Vernehmungsniederschrift, auf die das Berufungsgericht verwiesen hat, haben die Zeuginnen S. und O. den von der Klägerin geschilderten Ablauf bestätigt.

Der Beklagte hat demgegenüber geltend gemacht, er informiere Patienten auf ihren ausdrücklichen Wunsch über die Möglichkeiten einer Hörgeräteversorgung in Cuxhaven, wobei er ohne Wertung stets alle Anbieter benenne, die für die Versorgung des Patienten in Betracht kämen. Wünsche ein Patient weitere Informationen über die Hörgeräteversorgung oder die damit verbundenen Kosten, erteile der Beklagte aufgrund seiner Erfahrungen darüber Auskunft. Von Fall zu Fall weise er dann auch auf die besonders guten Erfahrungen hin, die er mit einem inzwischen bei der f. AG angestellten Hörgeräteakustiker gemacht habe.

Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der Beklagte – wie die Klägerin unter Bezug auf die Aussagen der Zeuginnen S. und O. behauptet – der Zeugin S. die Versorgung durch die f. AG von sich aus empfohlen hat oder ob er – wie er geltend macht – dies erst getan hat, nachdem er von einer oder beiden Zeuginnen gebeten worden war, eine

preiswerte Versorgungsmöglichkeit zu empfehlen. Trifft die Darstellung der Klägerin zu, liegt eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs. 5 NdsBOÄ vor. Dieses Tatbestandsmerkmal ist erfüllt, wenn der Arzt einen bestimmten Anbieter gesundheitlicher Leistungen empfiehlt, ohne vom Patienten konkret darum gebeten worden zu sein.

Dafür reicht es aus, dass der Arzt den Patienten von sich aus fragt, ob er einen geeigneten Leistungserbringer kennt und dann bei Verneinung dieser Frage nicht alle in Betracht kommenden Anbieter benennt, sondern nur einen bestimmten unter ihnen, obwohl der Patient den Arzt nicht ausdrücklich zu einer solchen Empfehlung aufgefordert hat. Dagegen ist es nach § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unbedenklich, wenn der Arzt eine Empfehlung ausspricht, nachdem der Patient die Frage, ob ihm ein geeigneter Leistungserbringer bekannt sei, verneint oder antwortet, die ihm bekannten Anbieter nicht beauftragen zu wollen, und den Arzt in diesem Zusammenhang um eine Empfehlung bittet. Diese Abgrenzung bewahrt den Patienten entsprechend der Zielsetzung des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ davor, dass ihm aufgrund der Autorität des Arztes ein Leistungserbringer aufgedrängt wird. Zugleich gestattet sie dem Arzt, dem berechtigten Informationsbedürfnis des Patienten zu entsprechen, auf Wunsch Empfehlungen seines Arztes einzuholen.

c) Ein Verstoß gegen § 34 Abs. 5 NdsBOÄ scheidet auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht deshalb aus, weil der Beklagte jedenfalls einen hinreichenden Grund dafür hatte, die Zeugin S. an die f. AG zu verweisen.

aa) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können sich hinreichende Gründe im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ auch aus der Qualität der Versorgung, aus der Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten und aus schlechten Erfahrungen ergeben, die Patienten bei anderen Anbietern gemacht haben (vgl. BGH, Urteil vom 29. Juni 2000 – I ZR 59/98, GRUR 2000, 1080, 1082 = WRP 2000, 1121 – Verkürzter Versorgungsweg;

Urteil vom 28. September 2000 – I ZR 141/98, GRUR 2001, 255, 256 = WRP 2001, 151 – Augenarztanschreiben). Eine generelle Verweisung an einen bestimmten Anbieter ist dagegen mit § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unvereinbar. Diese Bestimmung lässt die Verweisung an einen bestimmten Anbieter nur im Ausnahmefall zu. Im Regelfall soll dagegen die unbeeinflusste Wahlfreiheit des Patienten unter den Anbietern gesundheitlicher Hilfsmittel gewährleistet sein (BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 24 – Brillenversorgung I).

bb) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts reicht nach diesen Grundsätzen nicht bereits die größere Bequemlichkeit eines bestimmten Versorgungsweges allgemein und für sich allein als hinreichender Grund für eine Verweisung aus. Würde schon die bloße Möglichkeit, auch dem nicht gebrechlichen Patienten wegen des sogleich bei seinem Arzt vorgenommenen Ohrabdrucks einen weiteren Weg zu ersparen, für die Verweisung an einen bestimmten Hörgeräteakustiker genügen, wäre dieser Verweisungsgrund stets gegeben. Das ist mit dem Ausnahmecharakter des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unvereinbar. Es kommt hinzu, dass dem Patienteninteresse an größerer Bequemlichkeit der Versorgung grundsätzlich schon dann gedient ist, wenn die bequemere Bezugsmöglichkeit neben anderen empfohlen und dem Patienten so Gelegenheit gegeben wird, sich für das bequemere Angebot zu entscheiden. Der Empfehlung an nur einen bestimmten Leistungsanbieter bedarf es dann nicht. Die Vermeidung von Wegen bei gehbehinderten Patienten kann zwar als hinreichender Grund für eine Verweisung angesehen werden (vgl. BGH, GRUR 2000, 1080, 1082 – Verkürzter Versorgungsweg). Eine Gehbehinderung der Zeugin S. ist aber weder festgestellt noch vorgetragen.

cc) Das Berufungsgericht hat unter Bezugnahme auf das landgerichtliche Urteil und das Protokoll über die Zeugenvernehmung vom 8. Oktober 2007 festgestellt, dass der Beklagte der Zeugin S. im Hinblick auf deren finanziell begrenzte Möglichkeiten bei dem Besuch am 13. November 2006

ein zuzahlungsfreies Gerät empfohlen und sie deswegen an den bei f. AG tätigen Herrn Sc. verwiesen hat. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ergibt sich daraus aber kein hinreichender Grund für die Verweisung an die f. AG.

Die Klägerin hat geltend gemacht, eine zuzahlungsfreie Basisversorgung gebe es naturgemäß auch bei ihr. Das hat der Beklagte nicht bestritten, sondern vorgetragen, die Klägerin fordere ihre Angestellten auf, günstigere Geräte notfalls schlecht einzustellen, um Kunden möglichst eine Maximalversorgung zu verkaufen. Gegen diese Behauptung hat sich die Klägerin wiederum nachdrücklich verwahrt. Das Berufungsgericht hat hierzu keine Feststellungen getroffen. Der Vortrag der Klägerin, auch sie biete "naturgemäß" eine zuzahlungsfreie Basisversorgung an, enthielt aber zugleich die – vom Beklagten nicht bestrittene – Behauptung, diese zuzahlungsfreie Versorgung sei bei allen Hörgeräteakustikern erhältlich. Sind zuzahlungsfreie Hörgeräte allgemein erhältlich, besteht kein hinreichender Grund dafür, Patienten gerade und ausschließlich an die f. AG zu verweisen, wenn sie ein solches (zuzahlungsfreies) Gerät zu erwerben wünschen. Vielmehr wird dieses wirtschaftliche Patienteninteresse auch durch die Empfehlung des Arztes an den Patienten gewahrt, beim Hörgeräteakustiker ausdrücklich und unter Berufung auf den behandelnden Arzt ein zuzahlungsfreies Gerät zu verlangen. Dementsprechend hat der Beklagte der Zeugin S. geraten, Herrn Sc. bei der f. AG ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass sie ein zuzahlungsfreies Gerät wünsche.

Auf die von der Klägerin bestrittene Behauptung des Beklagten, die Versorgung über die f. AG sei durchschnittlich am günstigsten, kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Das Berufungsgericht konnte zu Recht offenlassen, ob sie zutrifft. Denn der Patientin ging es um die Vermeidung jeder Zuzahlung. Unter den zuzahlungsfreien Geräten gibt es jedenfalls aus der hier allein maßgeblichen Sicht keine relevanten Preisunterschiede, weil der Patient – abgesehen von einer

verhältnismäßig geringfügigen, gesetzlich einheitlich bestimmten Eigenleistung – jeweils keine eigenen Mittel für den Erwerb aufwenden muss.

dd) Die Zulässigkeit der Verweisung an die f. AG kann bei dem Testbesuch der Zeugin S. auch nicht mit der guten Qualität der Hörgeräteversorgung begründet werden. Das Berufungsgericht meint zwar, es reiche insoweit aus, dass sich der Beklagte auf gute Erfahrungen mit der f. AG berufen und dies auch mit der besonderen Kompetenz des dort tätigen Hörgerätemeisters Sc. sowie einer langjährigen vertrauensvollen Zusammenarbeit mit ihm begründet hat. Infolgedessen sei von einer guten Qualität der Hörgeräteversorgung bei f. AG in Cuxhaven und damit von einem sachlichen Grund für die Verweisung auszugehen. Dem kann indes nicht zugestimmt werden.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann zwar auch die Qualität der Versorgung im Einzelfall einen hinreichenden Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ darstellen (BGH, GRUR 2000, 1080, 1082 – Verkürzter Versorgungsweg; GRUR 2009, 977 Rn. 22 – Brillenversorgung I). Danach muss die Verweisung an einen bestimmten Hilfsmittelanbieter aus Sicht des behandelnden Arztes aufgrund der speziellen Bedürfnisse des einzelnen Patienten besondere Vorteile in der Versorgungsqualität bieten. Demgegenüber handelt es sich bei in langjähriger vertrauensvoller Zusammenarbeit gewonnenen guten Erfahrungen wie auch bei der allgemein hohen fachlichen Kompetenz eines Anbieters oder seiner Mitarbeiter um Umstände, die unabhängig von den Bedürfnissen des einzelnen Patienten generell vorliegen. Würden sie als hinreichender Grund im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ ausreichen, wäre die Verweisung von Patienten an den entsprechenden Leistungserbringer stets uneingeschränkt möglich. Das ist ebenfalls mit dem Charakter des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ als Ausnahmegesetz unvereinbar und ließe diese Vorschrift im Ergebnis weitgehend leerlaufen (BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 24 – Brillenversorgung I; vgl. auch OLG Hamm, AZR 2008, 75, 77).

ee) Es kann auch nicht angenommen werden, dass die Verweisung der Zeugin S. an die f. AG aus medizinischen Gründen veranlasst und damit zulässig war.

Das Berufungsgericht hat ausgeführt, medizinischer Grund der Präferenz für den in Cuxhaven nur von f. AG angebotenen verkürzten Versorgungsweg sei nach dem – von der Klägerin nicht substantiiert bestrittenen – Vortrag des Beklagten, dass eine gründliche Reinigung des Gehörgangs mittels einer Ohrspülung als medizinische Leistung nur einem Arzt möglich sei; im Gegensatz zu der vom Hörgeräteakustiker durchgeführten Reinigung des Gehörgangs mit Wattestäbchen bestehe dabei nicht die Gefahr einer Beschädigung des Trommelfells, einer Verletzung des Gehörgangshauses sowie der Verschiebung des Ohrenschmalzes in die Tiefe des Gehörgangs.

Anders als die Revision meint, hat der Beklagte damit allerdings nicht geltend gemacht, dass er aus medizinischen Gründen den Ohrabdruck selbst abnehmen müsse. Es ist deshalb unerheblich, ob der Ohrabdruck in der Praxis des Beklagten durch ihn selbst oder eine Mitarbeiterin abgenommen wird. Darauf, dass auch die Reinigung des Gehörgangs mittels der Ohrspülung nicht durch den Beklagten selbst erfolge, hat sich dagegen im Berufungsverfahren weder die Klägerin berufen, noch ergibt sich solches aus den Aussagen der Zeugen.

Auch wenn medizinische Gründe dafür sprechen mögen, dass die vor der Abnahme eines Ohrabdrucks erforderliche Ohrreinigung durch einen Arzt erfolgt, folgt daraus allein im Streitfall jedoch noch kein hinreichender Grund für eine gezielte Verweisung von Patienten allein an die f. AG. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Reinigung des Ohres durch den Arzt es erforderlich macht, dass auch der Ohrabdruck im verkürzten Versorgungsweg beim Arzt abgenommen wird. Nicht fernliegend erscheint, dass der Patient sich nach ärztlicher Reinigung des Ohres gleichwohl den Ohrabdruck ohne erneute Reinigung beim Hörgeräteakustiker abnehmen lassen kann, wenn dies zeitnah geschieht. Für die

grundsätzliche Trennbarkeit der Leistungen Ohrreinigung und Ohrabdruck spricht auch, dass die Nummern 1565, 1569 und 1570 der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) zwar Vergütungen für die Ohrreinigung durch den Arzt vorsehen, nicht dagegen für die Fertigung eines Ohrabdrucks (vgl. BGH, GRUR 2000, 1080, 1081 – Verkürzter Versorgungsweg). Der Arzt kann ferner grundsätzlich durch einen entsprechenden Vermerk auf der Hörgeräteverordnung sicherstellen, dass der Hörgeräteakustiker von einer erneuten Reinigung des Ohres mit Wattestäbchen absieht (vgl. BGH, GRUR 2009, 977 Rn. 24 – Brillenversorgung I). Es kommt hinzu, dass der vom Beklagten vorgetragene medizinische Grund eine generelle Zulässigkeit der Verweisung an die f. AG in Cuxhaven als derzeit einzigen dort ansässigen Anbieter des verkürzten Versorgungsweges bedeutete. Das ist wiederum mit § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unvereinbar, der eine Verweisung an bestimmte Anbieter nur ausnahmsweise zulässt (BGH ebd. Rn. 24).

Etwaige medizinische Vorteile, die damit verbunden sein könnten, Ohrreinigung und Ohrabdruck beim Arzt vorzunehmen, können danach eine Verweisung von Patienten auf den in Cuxhaven allein von der f. AG angebotenen verkürzten Versorgungsweg nicht rechtfertigen. Der Beklagte darf allerdings auf diese Vorteile von sich aus hinweisen, soweit er auch die anderen Versorgungsmöglichkeiten (Ohrreinigung bei ihm und Ohrabdruck beim Hörgeräteakustiker bzw. beide Leistungen bei Letzterem) zutreffend erläutert (vgl. BGH, GRUR 2002, 271, 272 – Hörgeräteversorgung). Dann fehlt es indes schon an der Verweisung an einen bestimmten Leistungserbringer.

Der Beklagte hat behauptet, er weise auf die wohnortnahen Hörgeräteakustikbetriebe hin, also nicht nur auf f. AG in Cuxhaven. Die Klage rin hat dagegen geltend gemacht, der Beklagte verweise seine Patienten, soweit sie nicht ausdrücklich selbst einen anderen Hörgeräteakustiker benennen, ausschließlich an die f. AG in Cuxhaven. Im Gegensatz zum Landgericht hat das Berufungsgericht hierzu keine

Feststellungen getroffen. Damit ist für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass der Beklagte nicht auf anderweitige Versorgungsmöglichkeiten hingewiesen hat. Daher vermögen etwaige mit Ohrreinigung und Ohrabdruck beim Arzt verbundene Vorteile eine Verweisung an die f. AG nicht zu begründen.

d) Da somit für eine Verweisung im Fall S. /0. kein hinreichender Grund festgestellt ist, hat die Aufhebung der erstinstanzlichen Verurteilung durch das Berufungsgericht keinen Bestand, soweit sie allein die Verweisung von Patienten ohne einen solchen Grund betrifft (erster Teil des Unterlassungsantrags 1 e) vor "und/oder").

III.

Im Ergebnis zutreffend erweist sich die Abweisung der Klage mit dem Antrag 1 e) durch das Berufungsgericht allerdings insoweit, als sie sich auf dessen zweiten Teil bezieht, der lautet:

und/oder die Patienten darüber aufgeklärt werden, dass dieselbe Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in Cuxhaven erbracht werden kann.

In der alternativen Antragsfassung hat das Berufungsgericht den zweiten, selbständigen Teil dieses Antrags (nach "oder") zwar zu Unrecht und ohne Begründung als unzulässig abgewiesen. Die vom Berufungsgericht – wie oben zu B I 2 ausgeführt zu Unrecht – als zu unbestimmt verworfene Formulierung "ohne hinreichend sachlichen Grund" wird in dieser Variante nicht verwendet. Der Antrag ist insoweit aber unbegründet. Der Beklagte müsste danach seine Patienten über von anderen Hörgeräteakustikern in Cuxhaven angebotene, gleiche Versorgungsleistungen auch dann informieren, wenn er im konkreten Fall einen hinreichenden Grund für eine Verweisung an die f. AG hat. Das kann von dem Beklagten nicht verlangt werden, weil in diesem Fall die Angebote der anderen Hörgeräteakustiker für den konkreten Patienten regelmäßig gerade nicht gleichwertig sind.

Soweit der Antrag 1 e) den ersten und zweiten Teil kumulativ umfasst ("und"-Verknüpfung), bestünde das Unterlassungsgebot nur dann, wenn kein hinreichender sachlicher Grund für eine Verweisung an die f. AG besteht und zusätzlich keine Aufklärung der Patienten über die Erbringung derselben Versorgungsleistung auch durch alle anderen Hörgeräteakustiker in Cuxhaven erfolgt. Diese Antragsalternative wird vollständig von dem selbständigen ersten Teil des Antrags 1 e) ("oder"-Verknüpfung) erfasst. Die Verweisung ist danach schon mangels hinreichenden Grundes unzulässig, ohne dass es auf eine fehlende Aufklärung der Patienten ankommt. Für den Antrag in kumulativer Verknüpfung fehlt damit das Rechtsschutzbedürfnis.

Damit hat das Berufungsurteil im Ergebnis Bestand, soweit es die beide Antragsteile einschließende Fassung des Antrags 1 e) und die zweite Antragsalternative (Aufklärung der Patienten über gleichwertige anderweitige Versorgung) zurückgewiesen hat.

IV.

Nach dem Vortrag der Klägerin und den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts könnte sich die Klage somit im ersten selbständigen Teil des nunmehrigen Hauptantrags 1 e) als begründet erweisen. Daher ist der Klägerin durch Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 ZPO) Gelegenheit zu geben, das mit der Klage insoweit verfolgte Begehren in Anträge zu fassen, die dem Bestimmtheitsgebot des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO genügen.

C.

Für die neue Verhandlung wird auf Folgendes hingewiesen:

I.

Es begegnet keinen Bedenken, dass das Berufungsgericht den Klageanträgen nicht unter dem Gesichtspunkt der §§ 3, 4 Nr. 1 oder 2 UWG stattgegeben hat (zu § 4 Nr. 1 UWG vgl. BGH, Urteil

vom 24. Juni 2010 – I ZR 182/08, GRUR 2010, 850 Rn. 13 = WRP 2010, 1139 – Brillenversorgung II).

Sollte das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangen, dass auch der erste Teil des Antrags 1 e) mangels nachgewiesener Verletzungshandlung unbegründet ist, weil der Beklagte die Zeugin S. nicht im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ an die f. AG verwiesen hat, werden voraussichtlich die in zweiter Instanz in erster Linie gestellten neuen Hilfsanträge sowie der erstinstanzliche Hilfsantrag 1 f) nicht mehr näher zu prüfen sein. Denn diese Anträge setzen eine gemäß § 34 Abs. 5 NdsBOÄ tatbestandsmäßige Verweisung an die f. AG voraus.

Die Frage, ob im Anwendungsbereich des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ dem Patienten der Verweisungsgrund offenzulegen ist, wäre dann im vorliegenden Verfahren nicht zu entscheiden. Allerdings legen das Leitbild des selbstbestimmten Patienten (vgl. § 7 Abs. 1 NdsBOÄ) sowie § 5a Abs. 2 UWG eine solche Informationspflicht des Arztes immerhin nahe. Es kann wohl nicht davon ausgegangen werden, dass einem Patienten im Hinblick auf eine durch seinen HNO-Arzt – berufsrechtlich zulässig – ausgesprochene Empfehlung für nur einen Hörgeräteakustiker von vornherein jede Entscheidungsfreiheit bei der Wahl seiner Versorgungsquelle fehlt, so dass die Information über den Verweisungsgrund aus Sicht des Patienten unwesentlich wäre.

Ob bei erneuter Abweisung des ersten Teils des Antrags 1 e) die nachgeordnet hilfsweise in der Berufungsinstanz weiterverfolgten erstinstanzlichen Anträge zu 1 a) bis 1 d) noch näherer Prüfung bedürfen, hängt davon ab, ob das in ihnen jeweils verwendete Verb "verweisen" im Sinne des § 34 Abs. 5 NdsBOÄ zu verstehen ist oder eine weitere Bedeutung hat, die insbesondere auch nach § 34 Abs. 5 BOÄ zulässige Empfehlungen auf Wunsch des Patienten umfasst.

III.

Sollte sich hingegen in der neuen Verhandlung der erste Teil des Antrags 1 e) als begründet erweisen, bedarf zunächst

näherer Prüfung, ob über die in zweiter Instanz erstmals gestellten Hilfsanträge zu entscheiden ist. Sie gehen inhaltlich über den in der Hauptsache verteidigten Antrag 1 e) hinaus, weil sie vom Beklagten für eine Verweisung neben dem Vorliegen auch die Benennung des hinreichenden Grundes verlangen. Andererseits sind sie ausdrücklich nur für den Fall der Erfolglosigkeit des in zweiter Instanz als Hauptantrag gestellten Antrags 1 e) gestellt. Der Hauptantrag wäre in dieser Alternative nur hinsichtlich seines zweiten Teils erfolglos (Aufklärung über gleiche Versorgungsmöglichkeit bei den anderen Hörgeräteakustikern), der in beide zweitinstanzlichen Hilfsanträge unverändert übernommen worden ist. Die zusätzliche Anforderung "und benannt" ist dann dem – hier unterstellt – erfolgreichen ersten Teil des Antrags 1 e) zuzuordnen.

Die Anträge 1 a) bis 1 d) beziehen sich anders als der – hier unterstellt – erfolgreiche erste Teil des Antrags 1 e) jedenfalls nicht ausdrücklich auf das Fehlen eines hinreichenden Grundes für eine Verweisung. Nicht deutlich ist daher, ob diese Anträge auch für den Fall gestellt werden sollten, dass (nur) der erste Teil des Antrags 1 e) erfolgreich ist. Dies wäre von der Klägerin klarzustellen.

IV.

Mit dem gegebenenfalls zu prüfenden Antrag 1 a) begehrt die Klägerin, dem Beklagten die Verweisung von Patienten an die f. AG zu verbieten, solange er unmittelbar oder mittelbar Aktien oder andere gesellschaftsrechtliche Beteiligungen an diesem Unternehmen hält. Das Berufungsgericht wird Feststellungen dazu zu treffen haben, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beklagte zum Zeitpunkt des Testbesuchs der Zeuginnen S. und O. im November 2006 an der f. AG beteiligt war. Sollte eine solche Beteiligung bestanden haben, wird Folgendes zu berücksichtigen sein.

1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Unterlassungsanträge 1 a) bis 1 d) nicht aus §§ 3, 4 Nr.

11 UWG in Verbindung mit § 34 Abs. 5 NdsBOÄ oder § 3 Abs. 2 NdsBOÄ begründet sein können. Die Tatbestände beider Vorschriften werden durch eine gesellschaftsrechtliche Beteiligung des Arztes an einem Unternehmen nicht erfüllt, das medizinische Hilfsmittel anbietet. Zudem kann ein hinreichender Grund für eine Verweisung im Sinne von § 34 Abs. 5 NdsBOÄ unabhängig davon bestehen, ob der Arzt an einem Hilfsmittelerbringer beteiligt ist.

2. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt jedoch in Betracht, dass eine derartige Beteiligung gegen § 31 NdsBOÄ verstößt. Diese als eigenständiges Verbot ausgestaltete Vorschrift untersagt Ärzten unter anderem, sich für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt oder andere Vorteile gewähren zu lassen.

a) Das Verbot des § 31 NdsBOÄ gilt nach seinem Sinn und Zweck nicht nur, wenn ein Arzt einem anderen Arzt Patienten überweist, sondern auch für Patientenzuführungen an die in § 34 Abs. 5 NdsBOÄ genannten Apotheken, Geschäfte oder Anbieter gesundheitlicher Leistungen (vgl. Berufungsgericht für Heilberufe beim VG Köln, Urteil vom 5. Juni 2009 – 35 K 563/09.T, Umdruck S. 9 f.).

Die Anwendbarkeit von § 31 NdsBOÄ kann nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, anders als bei der Zuweisung an einen konkreten Leistungserbringer bleibe den Patienten vorliegend die Entscheidung überlassen, ob sie entsprechend der Empfehlung des Beklagten eine Hörgeräteversorgung über die f. AG wünschen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 31 NdsBOÄ grundsätzlich anwendbar, wenn ein HNO-Arzt seine Patienten für den Bezug von Hörgeräten auf die Möglichkeit des verkürzten Versorgungsweges hinweist und für diese Verweisung ein Entgelt erhält (BGH, GRUR 2002, 271, 272 – Hörgeräteversorgung). In jenem Fall wurde die Anwendung des – gleichlautenden – § 31 HessBOÄ mit der Begründung verneint, dass die Vergütung nicht für die Verweisung, sondern in angemessenem Umfang für ärztliche Leistungen bei der

Hörgeräteversorgung gewährt wurde.

Die Vorschriften der §§ 31, 34 NdsBOÄ finden sich gleichermaßen in dem Abschnitt der Berufsordnung, der der Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten dient. Der Patient soll sich darauf verlassen können, dass der Arzt die gesamte Behandlung einschließlich etwaiger Empfehlungen anderer Leistungserbringer allein an medizinischen Erwägungen im Interesse des Patienten ausrichtet. Im Hinblick auf diesen auf das Patienteninteresse abstellenden Schutzzweck umfasst der Begriff der Zuweisung in § 31 NdsBOÄ alle Fälle der Überweisung, Verweisung und Empfehlung von Patienten an bestimmte andere Ärzte, an Apotheken, Geschäfte oder Anbieter von gesundheitlichen Leistungen. Entscheidend ist insoweit allein, dass der Arzt für eine erfolgreiche Patientenzuführung an einen anderen Leistungserbringer einen Vorteil erhält oder sich versprechen lässt. Ob in anderen Zusammenhängen die Begriffe Überweisung, Zuweisung und Verweisung eine unterschiedliche Bedeutung haben, die zu abweichenden Rechtsfolgen führt, kann hier dahinstehen.

b) Vorteile im Sinne von § 31 NdsBOÄ können auch Gewinne oder sonstige Einnahmen aus einer gesellschaftsrechtlichen Beteiligung sein. Ob ein gesellschaftsrechtlich an einem Hilfsmittellieferanten beteiligter Arzt gegen § 31 NdsBOÄ verstößt, wenn er Patienten an diesen Anbieter verweist, bestimmt sich danach, ob die Verweisung kausal für einen dem Arzt zufließenden Vorteil ist. Das dürfte jedenfalls der Fall sein, wenn die Gewinnbeteiligung oder sonstige Vorteile des Arztes unmittelbar von der Zahl seiner Verweisungen oder dem damit erzielten Umsatz abhängen.

Differenzierter zu beurteilen sind Fälle, in denen der Arzt nur mittelbar, insbesondere über allgemeine Gewinnausschüttungen, am Erfolg eines Unternehmens beteiligt ist. § 31 NdsBOÄ wird einer Beteiligung des Arztes etwa an einem größeren pharmazeutischen Unternehmen nicht

entgegenstehen, wenn bei objektiver Betrachtung ein spürbarer Einfluss der Patientenzuführungen des einzelnen Arztes auf seinen Ertrag aus der Beteiligung ausgeschlossen erscheint. Ob dies der Fall ist, hängt grundsätzlich vom Gesamtumsatz des Unternehmens, dem Anteil der Verweisungen des Arztes an diesem und der Höhe seiner Beteiligung ab. Die Unzulässigkeit der Beteiligung wird sich aber auch schon aus der Gesamthöhe der dem Arzt aus ihr zufließenden Vorteile ergeben können, sofern diese in spürbarer Weise von seinem eigenen Verweisungsverhalten beeinflusst wird (vgl. Berufungsgericht für Heilberufe beim VG Köln, Urteil vom 5. Juni 2009 – 35 K 563/09.T, Umdruck S. 12).

3. Dem Hilfsantrag 1 d) wird voraussichtlich keine selbständige Bedeutung mehr zukommen. Eine mittelbare Beteiligung des Beklagten an der f. AG ist bereits von den Anträgen 1 a) und 1 b) erfasst. Das gilt insbesondere für den Fall, dass Verwandte des Beklagten eine Beteiligung für ihn als Strohmann halten.

Allerdings bestehen gegen die Bestimmtheit des Begriffs "nahe Verwandte" in dem Hilfsantrag 1 d) keine Bedenken. Dieser Begriff kann durch Auslegung konkretisiert werden. Da es vorliegend um die Gewährleistung der Unparteilichkeit des Arztes bei medizinischer Behandlung geht, spricht viel dafür, die einem vergleichbaren Zweck dienenden Regeln zum Ausschluss von Richtern entsprechend anzuwenden. Danach wären nahe Verwandte im Sinne des Antrags Personen, die in gerader Linie oder in der Seitenlinie bis zum dritten Grad mit dem Beklagten verwandt sind (vgl. § 41 Nr. 3, § 383 Nr. 3 ZPO, Art. 51 EGBGB, § 1589 BGB).

Der Antrag 1 d) dürfte sich aber jedenfalls als unbegründet erweisen, soweit er über die Anträge 1 a) und 1 b) hinausgeht. § 31 NdsBOÄ richtet sich nicht gegen nahe Verwandte des Arztes. Die Beteiligung eines Verwandten erfüllt den Tatbestand deshalb nur, wenn sie der Verwandte als Treuhänder oder Strohmann zur Umgehung des § 31 NdsBOÄ für den Arzt hält.

In einem solchen Fall ist die Beteiligung des Arztes nicht anders als eine unmittelbare Beteiligung des Arztes selbst zu bewerten.

Vorinstanzen:

LG Stade, Entscheidung vom 29.10.2007 – 8 O 10/07 –

OLG Celle, Entscheidung vom 29.05.2008 – 13 U 202/07 –