

Landgericht Traunstein

Az.: 7 O 1412/22



IM NAMEN DES VOLKES

In dem Rechtsstreit

vertreten durch d.

und
- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte

gegen

, vertreten durch d. Geschäftsführer

- Beklagte -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwältin

wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften

erlässt das Landgericht Traunstein - 7. Zivilkammer - durch die Vorsitzende Richterin am Landgericht Dr. Winner als Einzelrichterin aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2023 folgendes

Endurteil

1. Die Beklagte wird verurteilt, unter Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu EUR 250.000,00 für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu zwei Jahren,

a) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr damit zu werben, digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt und ohne audiologische Messungen und Untersuchungen in persönlicher Gegen-

wart von Hörakustiker und Kunden durchzuführen, wenn dies geschieht wie entsprechend der Internetseite „www. de“ nachfolgend wiedergegeben:

„Seit 2013 bedienen wir den niederländischen Hörakustikmarkt über das Internet. [...] Wir haben unser Unternehmen gegründet, damit wir mit deutschen Hörakustikern in Deutschland Hörgeräte seit 2020 anbieten können. So geben wir alle Vorteile der kontaktfreien Arbeitsweise preisgünstig und online an unsere Kunden weiter. Mit der Online-Technologie können wir unseren Kunden schneller, effizienter und viel kostengünstiger helfen. ‘

und/oder

„Als Schwestergesellschaft der niederländischen .nl kann auf Jahrelange [sic!] Erfahrung im Bereich Online Anpassung zurückgreifen.‘

und/oder

„Wie funktioniert es, Hörgeräte bei zu kaufen?

1. Wir erhalten Ihren Hörtest

Zunächst benötigen wir das Ergebnis Ihres Hörtests. Machen Sie einen Scan oder ein Foto und senden Sie ihn an uns. Sie haben noch keinen Hörtest? Gar kein Problem. Kontaktieren Sie uns für alternative Möglichkeiten.

2. Wir senden Ihnen ein vorprogrammiertes Hörgerät

Wir programmieren die ausgewählten Hörgeräte basierend auf dem zugesandten Hörtest und senden sie Ihnen zu.

3. Wir führen eine Online Anpassung durch

Nachdem Sie Ihre Hörgeräte erhalten haben, führen wir mit Ihnen eine Live-Sitzung übers Internet durch. So feinjustieren wir Ihre Hörgeräte in Ihrer gewohnten Umgebung.

4. Wir vereinbaren einen Termin für Folgesitzungen

Sie vereinbaren dann Sitzungstermine für weitere online Feinadjustierungen. Sollten Sie zwischendurch bereits Hilfe benötigen, lassen Sie uns das gerne wissen. Modifikationen können auch kurzfristig durchgeführt werden. [...]‘

und/oder

„Das Hörgerät stellen wir vor Zusendung anhand eines von Ihnen zu übermittelnden Audiogramms für Ihre Gehörsituation ein. Nachdem Sie das Hörgerät erhalten haben, passen wir die Einstellungen des Hörgeräts innerhalb der Anprobefrist auf Wunsch kostenfrei an. Die Anpassung erfolgt online

über eine App des jeweiligen Herstellers, die Sie auf Ihrem Smartphone installieren und die per Bluetooth mit Ihrem Hörgerät verbunden werden kann.'

und/oder

„Ich habe kein Audiogramm. Kann ich trotzdem Hörgeräte bei kaufen?

[...] Zudem bieten wir die Möglichkeit eines online Hörtests. [...]

Ist ein online Hörtest gleichwertig mit einem HNO-Audiogramm?

Nein. [...] Wir haben jedoch eine sehr zuverlässige und validierte Messung, die eine gute Auskunft über Ihren [sic!] Hörverlust gibt. Mit diesem Ergebnis haben wir einen guten Ausgangspunkt, um Ihre Hörgeräte während der Online-Sitzungen weiter anzupassen. Ein online Hörtest eignet sich für die Anpassung von Hörsystemen. Wird jedoch von den deutschen Krankenkassen noch nicht anerkannt.“

und/oder

„Was, wenn ich die Hörgeräte nach der Anschaffung nachjustieren lassen möchte?

Sie können uns jederzeit kontaktieren, falls Sie eine Nachjustierung Ihrer Hörsysteme wünschen. Schreiben Sie einfach eine Mail an .de oder rufen Sie uns unter +49 an. Die Hörgeräte können wir dann in einer neuen Live-Sitzung nachjustieren oder wir schicken Ihnen neue Einstellungen über die App. Diese Einstellungen können Sie dann in die Hörgeräte einspielen.'

und/oder

„Kann jeder Hörgeräte bei kaufen?

Ja. Bei ist jeder herzlich willkommen. Ein gewisses Grundverständnis im Umgang mit Ihrem Smartphone und der Handhabung von Kleinteilen ist für die Wartung der Hörsysteme von Vorteil. Zudem wird eine stabile Internetverbindung benötigt um die Feinjustierung online durchführen zu können. Wenn das alles kein Problem ist, dann steht Ihrem Kauf bei nichts mehr im Weg.'

und/oder

„Wie ist es möglich, dass wir bei die Hörgeräte so günstig anbieten können?

 hat sich auf die Möglichkeiten der Online Anpassung spezialisiert. [...] Sie haben bei uns immer einen festen Ansprechpartner, der per Telefon oder per Videotelefonie mit Ihnen in Kontakt treten kann. Daher können wir Ihnen einen Vor-Ort-Online Service bieten und die Hörsysteme in Ihrer häuslichen Umgebung nachjustieren. Wir benötigen dadurch keine große Anzahl von Fachge-

schäften. [...]'

und/oder

„Kaufen bei lohnt sich: Wir sind bis zu 50 % günstiger als andere Hörgeräteanbieter. [...] Unsere Hörgeräte sind alle fernjustierbar, mit Apps verbunden und steuerbar. [...]

Nur online taugliche Hörsysteme

Wir verkaufen nur online justierbare Hörgeräte, sodass wir sie perfekt online einstellen und aus der Ferne anpassen können.

Keine teuren Geschäftsräume

Da wir fast alles aus der Ferne erledigen, brauchen wir keine teuren Geschäftsräume in Stadtzentren. [...]

und/oder

„ betreut sie deutschlandweit online.“;

b) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt zwischen Hörakustiker und Kunden durchzuführen oder durchführen zu lassen, wenn dabei die vom Hörakustiker selbst durchzuführenden audiologischen Messungen und Untersuchungen nicht auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Verordnung dokumentiert und/oder das Hörgerät nicht zusammen mit der gesetzlich vorgeschriebenen Erklärung zu den Anpassungsdaten abgegeben wird.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Kosten in Höhe von EUR 1.261,50 nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

3. Die Beklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

4. Das Urteil ist für die Klägerin gegen Sicherheitsleistung in Höhe von 30.000,00 € vorläufig vollstreckbar.

Tatbestand

Beide Parteien vertreiben Hörgeräte in Deutschland, wobei sie diese nicht nur zum Verkauf anbieten, sondern auch an die spezifischen Hördefizite des Kunden individuell anpassen. Die Klägerin betreibt 85 Niederlassungen in Bayern, Baden-Württemberg und Sachsen, die Beklagte derzeit insgesamt 5 Niederlassungen, wobei sie sich ausweislich ihres Internetauftritts unter www.de

[.de](http://www.de) auf die digitale Fernanpassung von Hörgeräten spezialisiert hat und Hörgeräte im Wesentlichen über ihren Online-Shop vertreibt. Dabei nimmt die Beklagte auf Basis einer vom Kunden übersandten ärztlichen Verordnung eine Vorprogrammierung des Hörgerätes vor, übersendet dieses an den Kunden und nimmt die individuellen Anpassungsleistungen dann im Rahmen einer Videokonferenz über eine Smartphone-App vor.

Mit Abmahnschreiben vom 15.03.2022 (Anlage K 3) forderte die Klägerin die Beklagte dazu auf, wegen Verletzung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften bis zum 25.03.2022 eine strafbewehrte Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung abzugeben, was die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 5.04.2022 (Anlage K 6) ablehnte.

Die Klägerin trägt vor, ein sachgerechtes Vorgehen setze eine physische Anpassung des Hörgeräts am Ohr des Kunden, insbesondere einen Hörtest mit dem eingestellten Gerät in einem akustisch hierfür vorgesehenen Raum und weitere individuelle Anpassungsleistungen voraus, die nur in physischer Präsenz von Kunde und Hörgeräteakustiker erbracht werden könnten. Eine digitale Fernanpassung berge demgegenüber Gesundheitsgefahren, die aus der unterlassenen Untersuchung des Ohrs bzw. Fehleinstellungen des Hörgeräts durch einen zu hohen Schallausgangsspegel resultieren könnten, zumal der Hörakustiker aus der Ferne nicht erkennen könne, welchem Umgebungslärmpegel der Kunde bereits ausgesetzt sei.

Sie ist der Auffassung, das auf der Internetseite der Beklagten beworbene Angebot einer digitalen Fernanpassung von Hörgeräten sei durch das HWG verboten. Der eng auszulegende Ausnahmetatbestand des § 9 S. 2 HWG finde auf die digitale Fernanpassung von Hörgeräten keine Anwendung. Da die Beklagte zudem nicht eine eigene Verordnung auf der Basis eigener audiologischer Messungen und Untersuchungen erstelle und nicht die Erklärung mit den weiteren Anpassungsdaten bei der Abgabe des Hörgeräts gegenüber dem Kunden aushändige, verstoße sie auch gegen § 9 I, II MPDG.

Die Klägerin beantragt zuletzt,

1. Die Beklagte wird verurteilt, unter Meidung eines Ordnungsgeldes in Höhe von bis zu EUR 250.000,00 für jeden Fall der Zuwiderhandlung, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu zwei Jahren,

a) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr damit zu werben, digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt und ohne audiologische Messungen und Untersuchungen in persönlicher Gegenwart von Hörakustiker und Kunden durchzuführen, wenn dies geschieht wie entsprechend der Internetseite „www. .de“ nachfolgend wiedergegeben:

„Seit 2013 bedienen wir den niederländischen Hörakustikmarkt über das Internet. [...] Wir haben unser Unternehmen gegründet, damit wir mit deutschen Hörakustikern in Deutschland Hörgeräte seit 2020 anbieten können. So geben wir alle Vorteile der kontaktfreien Arbeitsweise preisgünstig und online an unsere Kunden weiter. Mit der Online-Technologie können wir unseren Kunden schneller, effizienter und viel kostengünstiger helfen.“

und/oder

„Als Schwestergesellschaft der niederländischen .nl kann auf Jahrelange [sic!] Erfahrung im Bereich Online Anpassung zurückgreifen.“

und/oder

„Wie funktioniert es, Hörgeräte bei zu kaufen?“

1. Wir erhalten Ihren Hörtest

Zunächst benötigen wir das Ergebnis Ihres Hörtests. Machen Sie einen Scan oder ein Foto und senden Sie ihn an uns. Sie haben noch keinen Hörtest? Gar kein Problem. Kontaktieren Sie uns für alternative Möglichkeiten.

2. Wir senden Ihnen ein vorprogrammiertes Hörgerät

Wir programmieren die ausgewählten Hörgeräte basierend auf dem zugesandten Hörtest und senden sie Ihnen zu.

3. Wir führen eine Online Anpassung durch

Nachdem Sie Ihre Hörgeräte erhalten haben, führen wir mit Ihnen eine Live-Sitzung übers Internet durch. So feinjustieren wir Ihre Hörgeräte in Ihrer gewohnten Umgebung.

4. Wir vereinbaren einen Termin für Folgesitzungen

Sie vereinbaren dann Sitzungstermine für weitere online Feinanpassungen. Sollten Sie zwischendurch bereits Hilfe benötigen, lassen Sie uns das gerne wissen. Modifikationen können auch kurzfristig durchgeführt werden. [...]

und/oder

„Das Hörgerät stellen wir vor Zusendung anhand eines von Ihnen zu übermittelnden Audiogramms für Ihre Gehörsituation ein. Nachdem Sie das Hörgerät erhalten haben, passen wir die Einstellungen des Hörgeräts innerhalb der Anprobefrist auf Wunsch kostenfrei an. Die Anpassung erfolgt online über eine App des jeweiligen Herstellers, die Sie auf Ihrem Smartphone installieren und die per Bluetooth mit Ihrem Hörgerät verbunden werden kann.“

und/oder

„Ich habe kein Audiogramm. Kann ich trotzdem Hörgeräte bei kaufen?“

[...] Zudem bieten wir die Möglichkeit eines online Hörtests. [...]

Ist ein online Hörtest gleichwertig mit einem HNO-Audiogramm?

Nein. [...] Wir haben jedoch eine sehr zuverlässige und validierte Messung, die eine gute Auskunft über Ihrem [sic!] Hörverlust gibt. Mit diesem Ergebnis haben wir einen guten Ausgangspunkt, um Ihre Hörgeräte während der Online-Sitzungen weiter anzupassen. Ein online Hörtest eignet sich für die Anpassung von Hörsystemen. Wird jedoch von den deutschen Krankenkassen noch nicht anerkannt.“

und/oder

„Was, wenn ich die Hörgeräte nach der Anschaffung nachjustieren lassen möchte?“

Sie können uns jederzeit kontaktieren, falls Sie eine Nachjustierung Ihrer Hörsysteme wünschen. Schreiben Sie einfach eine Mail an .de oder rufen Sie uns unter +49 an. Die Hörgeräte können wir dann in einer neuen Live-Sitzung nachjustieren oder wir schicken Ihnen neue Einstellungen über die App. Diese Einstellungen können Sie dann in die Hörgeräte einspielen.“

und/oder

„Kann jeder Hörgeräte bei kaufen?“

Ja. Bei ist jeder herzlich willkommen. Ein gewisses Grundverständnis im Umgang mit Ihrem Smartphone und der Handhabung von Kleinteilen ist für die Wartung der Hörsysteme von Vorteil. Zudem wird eine stabile Internetverbindung benötigt um die Feinjustierung online durchführen zu

können. Wenn das alles kein Problem ist, dann steht Ihrem Kauf bei nichts mehr im Weg.'

und/oder

„Wie ist es möglich, dass wir bei die Hörgeräte so günstig anbieten können?

hat sich auf die Möglichkeiten der Online Anpassung spezialisiert. [...] Sie haben bei uns immer einen festen Ansprechpartner, der per Telefon oder per Videotelefonie mit Ihnen in Kontakt treten kann. Daher können wir Ihnen einen Vor-Ort-Online Service bieten und die Hörsysteme in Ihrer häuslichen Umgebung nachjustieren. Wir benötigen dadurch keine große Anzahl von Fachgeschäften. [...]

und/oder

„Kaufen bei lohnt sich: Wir sind bis zu 50 % günstiger als andere Hörgeräteanbieter. [...] Unsere Hörgeräte sind alle fernjustierbar, mit Apps verbunden und steuerbar. [...]

Nur online taugliche Hörsysteme

Wir verkaufen nur online justierbare Hörgeräte, sodass wir sie perfekt online einstellen und aus der Ferne anpassen können.

Keine teuren Geschäftsräume

Da wir fast alles aus der Ferne erledigen, brauchen wir keine teuren Geschäftsräume in Stadtzentren. [...]

und/oder

„betreut sie deutschlandweit online.“;

hilfsweise es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr damit zu werben, erstmalige digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also bei Neuerwerb eines Hörgeräts erstmalige Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt und ohne audiologische Messungen und Untersuchungen in persönlicher Gegenwart von Hörakustiker und Kunden durchzuführen, wenn dies geschieht wie zuvor im Hauptantrag zu Ziffer 1 a) entsprechend der Internetseite „www .de“ wiedergegeben;

b) es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt zwischen Hörakustiker und Kunden durchzuführen oder durchführen zu lassen, wenn dabei die vom Hörakustiker selbst durchzuführenden audiologischen Messungen

und Untersuchungen nicht auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Verordnung dokumentiert und/oder das Hörgerät nicht zusammen mit der gesetzlich vorgeschriebenen Erklärung zu den Anpassungsdaten abgegeben wird;

hilfsweise es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr erstmalige digitale Fernanpassungen von Hörgeräten, also bei Neuerwerb eines Hörgeräts erstmalige Anpassungen auf digitalem Weg via Smartphone-App ohne physisch-räumlichen Kontakt zwischen Hörakusiker und Kunden durchzuführen oder durchführen zu lassen, wenn dabei die vom Hörakustiker selbst durchzuführenden audiologischen Messungen und Untersuchungen nicht auch in der gesetzlich vorgeschriebenen Verordnung dokumentiert und/oder das Hörgerät nicht zusammen mit der gesetzlich vorgeschriebenen Erklärung zu den Anpassungsdaten abgegeben wird.

2. Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin vorgerichtliche Kosten in Höhe von EUR 1.261,50 nebst Zinsen in Höhe von 9 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte trägt vor, sie biete neben dem Online-Service mit Fernanpassung auch in ihren stationären Ladengeschäften die Hörversorgung an; letztere verfügten jeweils über einen präqualifizierten Raum, in dem die Anpassung der Hörgeräte erfolge. Die Teleaudiologie mit digitaler Fernanpassung oder dem sog. Remote-Care ohne Kundenkontakt stelle seit vielen Jahren den technischen und fachlichen Standard dar, insbesondere sei die Anwendung der Teleaudiologie auch in § 2 Nr. 5 HörgAkMStrV genannt. Die technische Ausführung der Fernanpassung funktioniere auf gleiche Weise wie bei der persönlichen Anwesenheit des Kunden im Geschäft; Hörschädigungen durch überhöhte Geräuschpegel seien nicht möglich. Es handele sich um zugelassene Medizinprodukte, die in ihrer online-fähigen Anwendung am Kunden sicher seien. Im übrigen werde der gesamte Kundenkontakt in der Verwaltungssoftware Aku-Win erfasst, wobei die ärztlichen Verordnungen, die Hörakustiktestungen und jeder Remotezugriff mit den Anpassungsdaten und Einstellungen in der Anpass-Software umfassend gespeichert würden (Anlage B 11); dem Kunden könne das gesamte Berichtswesen in schriftlicher Form übermittelt oder online zur Verfügung gestellt werden (KE S. 6, S. 11).

Die Beklagte ist der Ansicht, die Voraussetzungen des § 9 S.1 HWG seien nicht erfüllt; bei den Leistungen des Hörgeräteakustikers handele es sich um eine bloße mechanische bzw. apparative Behandlung nach ärztlicher Diagnostik; nach der Rechtsprechung des OLG München (GRUR 2020, 4619) sei indessen Voraussetzung für den Begriff der Fernbehandlung, dass eine Diagnose gestellt oder ein Behandlungsvorschlag erteilt werde, was hier nicht der Fall sei. Im übrigen sei jedenfalls die Ausnahmevorschrift des § 9 S.2 HWG einschlägig, zumal ein ärztlicher Kontakt schon vor Ausführung der Leistungen des Hörgeräteakustikers stattgefunden hätte; soweit § 630a BGB nicht anwendbar sei, sei der allgemein anerkannte fachliche Standard der praktischen und theoretischen Berufsausübung zu entnehmen. Falls man demgegenüber § 9 S. 2 HWG für nicht anwendbar halten sollte, handele es sich um eine planwidrige Regelungslücke. Zudem sei das Unterlassungsverlangen der Klägerin rechtsmissbräuchlich, da sie nicht nur Hörgeräteprodukte für den Einsatz in der Teleaudiologie, sondern auch selbst die digitale Fernanpassung anbiete (Anlagen B 4, 5).

Im Hinblick auf § 9 MPDG ist die Beklagte der Ansicht, dass § 9 MPDG keine Verpflichtung zur Erstellung einer eigenen Verordnung durch den Hörgeräteakustiker begründe, sondern lediglich eine Dokumentationsverpflichtung vorsehe.

Das Gericht hat am 7.02.2023 sowie am 10.10.2023 mündlich verhandelt, auf die Sitzungsprotokolle wird verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze sowie die Sitzungsniederschriften Bezug genommen.

Entscheidungsgründe

I.

Die zulässige Klage hat in der Sache Erfolg.

1. Der Klägerin steht wegen Verstoßes gegen §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 9 S. 1 HWG ein Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG zu.

Die Beklagte verstößt mit ihren werblichen Angaben auf ihrer Internetseite gegen das in § 9 HWG normierte Verbot der Werbung für Fernbehandlungen.

Dieses Werbeverbot basiert auf dem Grundgedanken, dass partielle Informationen, seien diese

auch wissenschaftlich objektivierbar, nie das gesamtheitliche Bild ersetzen können, das sich der Heilkundige bei persönlicher Wahrnehmung und Untersuchung des Patienten machen kann. Die Werbung für derartig verkürzte Behandlungsmethoden soll durch diesen abstrakten Gefährdungstatbestand unterbunden werden, unabhängig davon, ob die Fernbehandlung im Einzelfall erlaubt ist (vgl. KG, Urteil vom 3.12.2019, Az. 5 U 45/19; Gröning, Heilmittelwerberecht, Kommentar, Rn. 3 zu § 9; Braun MedR 2018, 563 (565) m.w.N.).

Im Einzelnen:

a) Die Beklagte hat für die von ihr angebotenen Leistungen, nämlich die digitale Fernanpassung von Hörgeräten, geworben. Unter *Werbung* ist zu verstehen jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerkes oder freien Berufes mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen zu fördern (vgl. Gröning, Heilmittelwerberecht, Kommentar, Rn. 14 zu § 11).

Die auf ihrer Internetseite www. .de verwendeten Formulierungen stellen Werbeaussagen dar, weil sie die Vorzüge der von der Beklagten angebotenen Leistungen darstellen und die Leistungen anpreisen mit dem subjektiven Ziel der Absatzförderung. Dies gilt insbesondere und lediglich beispielhaft für folgende Aussagen:

- *So geben wir alle Vorteile der kontaktfreien Arbeitsweise preisgünstig und online an unsere Kunden weiter. Mit der Online-Technologie können wir unseren Kunden schneller, effizienter und viel kostengünstiger helfen.*
- *Als Schwestergesellschaft der niederländischen .nl kann .nl auf jahrelange Erfahrung im Bereich Online Anpassung zurückgreifen.*
- *Sie haben bei uns immer einen festen Ansprechpartner, der per Telefon oder per Videotelefonie mit Ihnen in Kontakt treten kann. Daher können wir Ihnen einen Vor-Ort-Online Service bieten und die Hörsysteme in Ihrer häuslichen Umgebung nachjustieren. Wir benötigen dadurch keine große Anzahl von Fachgeschäften.*
- *Kaufen bei .nl lohnt sich: Wir sind bis zu 50% günstiger als andere Hörgeräteanbieter.*

Mit diesem Aussagen bringt die Beklagte zum Ausdruck, dass die digitale Anpassung durch Kosten- und Zeitersparnis und einen hohen Komfort erhebliche Vorteile mit sich bringt und macht damit Werbeaussagen.

b) Die Werbung muss nicht geeignet sein, das Laienpublikum unsachlich zu beeinflussen und dadurch zumindest eine mittelbare Gesundheitsgefährdung zu bewirken, da § 9 HWG einen abstrakten Gefährdungstatbestand darstellt (KG, Urteil vom 11.06.2010, 5 U 47/08). Auf die Frage, inwieweit von der digitalen Fernanpassung erhebliche Nachteile ausgehen bzw. inwieweit Hörschädigungen durch überhöhte Geräuschpegel zu befürchten sind, kommt es daher nicht streitentscheidend an, so dass dem Antrag auf Erholung eines Sachverständigengutachtens zu dieser Frage nicht nachzugehen war.

c) Gegenstand der angegriffenen Werbung ist eine *Fernbehandlung*, also die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht. Das Wesentliche einer Fernbehandlung ist mithin, dass sich der Behandelnde ohne eine eigene Wahrnehmung der zu behandelnden, kranken Person konkret und individuell zu dieser Person diagnostisch oder therapeutisch äußert. Der Begriff der Behandlung ist dabei weit zu verstehen (OLG Düsseldorf, BeckRS 2012, 8516, juris, Rn. 37; OLG Celle, GRUR-RR 2012, 262 f.).

Unter Zugrundelegung dieser Kriterien bietet die Beklagte hier eine Fernbehandlung an. Grundlage für die von der Beklagten vorgenommene digitale Fernanpassung von Hörgeräten ist zum einen der vom Kunden übermittelte schriftliche Hörtest des HNO-Arztes, zum anderen sind dies die im Rahmen der Live-Sitzungen über das Internet vermittelten Rückmeldungen des Kunden; eine persönliche Inaugenscheinnahme bei gleichzeitiger physischer Anwesenheit von Akustiker und Kunde erfolgt nicht. Nach Maßgabe dieser auf Distanz vermittelten Informationen wird seitens der Beklagten die Anpassung bzw. Justierung des Hörgeräts vorgenommen und damit auf das individuelle Hördefizit des Kunden mit dem Ziel der Linderung bzw. Heilung eingewirkt. Es handelt sich mithin um die Behandlung eines Leidens i.S.d. § 9 S.1 HWG (vgl. OLG Hamm, Az. I-4 U 5/19, juris, Rn. 27).

d) § 9 HWG verbietet schließlich nicht nur die Werbung für verbotene Fernbehandlungen, da der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift die Grundsatzentscheidung getroffen hat, dass die Werbung für die in Rede stehenden verkürzten Behandlungsmethoden grundsätzlich unterbunden werden soll, unabhängig davon, ob die Fernbehandlung im Einzelfall erlaubt ist (Spickhoff, Medizinrecht, § 9 HWG, Rn. 2). Daher führt allein der Umstand, dass für eine Fernbehandlung geworben wird, zur Unzulässigkeit der Maßnahme (LG München I, Urteil vom 1.03.2012, 17 HK O 20640/11).

Der Vortrag der Beklagtenseite, dass die digitale Fernanpassung seit vielen Jahren den technischen und fachlichen Standard darstelle - weshalb die Teleaudiologie auch in § 2 Nr. 5 HörgAkM-

strV als Ausbildungsinhalt genannt sei - kann daher als wahr unterstellt werden, da eine Akzessorietät zu berufsrechtlichen Regelungen gerade nicht besteht, es mithin auf die Zulässigkeit der Ausübung der Fernbehandlung gerade nicht ankommt (vgl. BGH, GRUR 2022, 399, juris Rn. 37 ff.).

Der mit dem Werbeverbot verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist im Hinblick auf Art. 2 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich gerechtfertigt, weil durch die Werbung mit einer Fernbehandlung nach der Wertung des Gesetzgebers allgemein Gefahren für die Gesundheit der betroffenen Patienten begründet werden können (vgl. BGH, GRUR 2022, 399, juris Rn. 44; OLG München, GRUR--RR 2020, 461, juris Rz. 45); auch vor dem Hintergrund des Art. 12 GG ist § 9 HWG somit nicht einschränkend auszulegen und anzuwenden.

e) Die in § 9 S. 2 HWG normierte Ausnahme vom grundsätzlichen Werbeverbot für Fernbehandlungen ist vorliegend nicht einschlägig. Danach gilt das Werbeverbot nur in solchen Fällen nicht, in denen nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen nicht erforderlich ist. Da in dieser Bestimmung auf die Entbehrlichkeit eines persönlichen ärztlichen Kontakts nach allgemein anerkannten fachlichen Standards abgestellt wird, gilt die Ausnahme nur für Fernbehandlungen durch Ärzte und nicht für andere Gesundheitsdienstleister (vgl. Spickhoff, Medizinrecht, § 9 HWG, Rn. 5; Rehmann/Tillmanns E-Health-Hdb/Tietjen, Kap. 2 Rn. 455, Kap. 3, Rn. 137), mithin auch nicht für die Leistungen des Hörgeräteakustikers.

(aa) Bereits dem Wortlaut nach ist die Regelung auf ärztliche Behandlungen beschränkt, wenn dort von einem „persönlichen ärztlichen Kontakt“ die Rede ist.

(bb) Auch die Entstehungsgeschichte dieser im Jahr 2018 in das Gesetz eingefügten Bestimmung spricht dafür, die Ausnahme auf ärztliche Behandlungen zu begrenzen. Denn der Gesetzgeber hat mit dieser Novellierung dem Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages Rechnung getragen, mit dem eine Anpassung des ärztlichen Berufsrechts im Hinblick auf Fernbehandlungen favorisiert wurde, die eine Neuregelung in § 7 IV MBO-Ä (entsprechend auch in § 7 IV BayBOÄ) zur Folge hatte, die da lautet: „Eine ausschließliche Beratung oder Behandlung über Kommunikationsmedien ist im Einzelfall erlaubt, wenn dies ärztlich vertretbar ist und die erforderliche ärztliche Sorgfalt insbesondere durch die Art und Weise der Befunderhebung, Beratung, Behandlung sowie Dokumentation gewahrt wird und die Patientin oder der Patient auch über die Besonderheiten der ausschließlichen Beratung und Behandlung über Kommunikationsmedien aufgeklärt wird.“ Vor diesem Hintergrund wurde mit dem Digitale-Versorgung-Gesetz § 9 HWG um einen

Satz 2 erweitert (vgl. Meier/von Czetztritz u.a., Pharmarecht, § 8, Rn. 126).

(cc) Schließlich spricht für diese Ansicht auch der Begriff der „allgemein anerkannten fachlichen Standards“, der wie in § 630a II BGB und die dazu mit Blick auf die vom Arzt zu erfüllenden Pflichten aus einem medizinischen Behandlungsvertrag entwickelten Grundsätze auszulegen ist, schon um eine vorhersehbare und rechtssichere Anwendung des Erlaubnistatbestands gem. § 9 S. 2 HWG zu gewährleisten (BGH, GRUR 2022, 399, Rn. 52 ff. mwN); die Bestimmung des § 630a II BGB findet aber gerade auf sonstige Gesundheitsdienstleister wie Hörakustiker keine Anwendung (vgl. OLG Frankfurt a.M., BeckRS 2020, 39609, Rn. 12 f., Grüneberg/Weidenkaff, Vorb. zu § 630a BGB, Rn. 3); auch sonstige fachliche Leitlinien für den hier beworbenen Bereich der Fernbehandlung, die den Anforderungen an einen anerkannten fachlichen Standard i.S.v. § 630a II BGB entsprechen würden, gibt es ersichtlich nicht. Wenngleich der Anwendungsbereich des Ausnahmetatbestands damit derzeit äußerst gering sein dürfte, ist dies angesichts des hohen Schutzguts, das dem grundsätzlichen Werbeverbot zugrunde liegt, sachlich gerechtfertigt (BGH, GRUR 2022, 399, juris, Rn. 56).

f) Für den vorliegenden Rechtsstreit kann es im Ergebnis auch dahinstehen, ob und inwieweit die Klägerin selbst mit vergleichbaren Fernanpassungs-Modellen Werbung betreibt. Denn die Inhalte des klägerischen Internetauftritts stehen vorliegend nicht zur Überprüfung; abgesehen davon gibt es - einen Rechtsverstoß der Klägerin unterstellt - keine Gleichheit im Unrecht, die eine Verurteilung der Beklagten verbieten würde.

g) Bei der Regelung gem. § 9 HWG handelt es sich um eine Marktverhaltensregelung i.S.v. § 3a UWG (vgl. OLG München, GRUR-RR 2012, 435). Da § 9 HWG dem Schutz der Gesundheit des Verbrauchers und der Volksgesundheit dient, ist die Verletzung dieser Bestimmung zudem auch geeignet, die Interessen der Verbraucher spürbar i.S.d. § 3 a UWG zu beeinträchtigen.

h) Durch die erfolgte Verletzungshandlung ist die für den geltend gemachten Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG erforderliche Wiederholungsgefahr indiziert. Eine die Wiederholungsgefahr ausräumende strafbewehrte Unterlassungserklärung hat die Beklagte nicht abgegeben.

Der unter Ziffer 1a) formulierte Hauptantrag erweist sich daher als begründet, so dass über den Hilfsantrag nicht mehr zu entscheiden war.

2. Der Klägerin steht zudem wegen Verstoßes gegen §§ 3, 3a UWG i.V.m. § 9 I, II MPDG ein Unterlassungsanspruch nach § 8 UWG zu.

Nach der Gesetzesbegründung zielt die Regelung in § 9 MPDG darauf ab, die Sicherheit und

Leistungsfähigkeit von personalisierten Medizinprodukten, die durch die Anpassung von serienmäßig hergestellten Medizinprodukten geschaffen werden, zu gewährleisten; um die Verantwortlichkeit für die Qualität der Anpassung zu regeln sowie ein Mindestmaß an Rückverfolgbarkeit dieser Produkte zu gewährleisten, müssen Anpasser die in Abs. 1 geregelten Dokumentationspflichten erfüllen.

Dass die Beklagte eine eigene Verordnung erstellen und in jedem Einzelfall dem Kunden bei Abgabe des angepassten Produktes eine Erklärung mit den geforderten Angaben aushändigen würden, behauptet sie selbst nicht. Vielmehr erklärt sie lediglich, die teleaudiologischen Leistungen in der Hörgerätesoftware und dem Verwaltungsprogramm Aku-Win präzise zu erfassen, wo auch die ärztlichen Verordnungen gespeichert seien. Dies bedeutet im Umkehrschluss, dass eine eigene Verordnung des Hörgeräteakustikers gerade nicht erstellt wird, zumal die Beklagte die Auffassung vertritt, hierzu durch § 9 Abs. 1 MPDG auch gar nicht verpflichtet zu sein. Indessen zählt auch die schriftliche Verordnung zu den Angaben, die nach § 9 Abs. 2 MPDG bei der Produktabgabe an den Kunden auszuhändigen sind, was zwangsläufig die vorherige Herstellung eines entsprechenden Dokuments voraussetzt, so dass die bloße interne Dokumentation in einer Verwaltungssoftware nicht ausreichend sein kann. Auch lässt sich aus der Gesetzesbegründung schließen, dass § 9 Abs. 1 Nr. 1 MPDG nicht die ärztliche Verordnung, sondern die schriftliche Verordnung eines Gesundheitshandwerkers anspricht, wenn es dort zu § 3 MPDG heißt: „Die Definition der schriftlichen Verordnung soll insbesondere den Status von Bescheinigungen, die von den berechtigten und qualifizierten Gesundheitshandwerkern ausgestellt werden, klarstellen. Ähnlich wie bei einer ärztlichen oder zahnärztlichen Verordnung einer Sonderanfertigung müssen die von Gesundheitshandwerkern in den ausgestellten schriftlichen Verordnungen enthaltenen erforderlichen Daten auf der Basis eigener Untersuchungen bzw. Messungen der individuellen Patientenbedürfnisse bzw. -charakteristika (z.B. Audiogramm oder Protokoll eines Sehtests etc.) beruhen und die wesentlichen Merkmale und Eigenschaften der Sonderanfertigung oder des finalen angepassten Produktes beschreiben (vgl. BT-Drs. 19/15620, S. 119).

Dementsprechend wird eine Erklärung mit den erforderlichen Angaben nach Maßgabe des § 9 Abs. 2 MPDG seitens der Beklagten auch nicht an den Kunden ausgehändigt. Ausweislich der eindeutigen Formulierung handelt es sich hierbei um eine zwingende gesetzliche Vorgabe („ist“) und nicht lediglich um eine „kann“ oder „soll“-Vorschrift, der die Beklagte schon nach eigenem Bekunden nicht gerecht wird, wenn sie erklärt, „dem Kunden *könne* das gesamte Berichtswesen in schriftlicher Form übermittelt oder online zur Verfügung gestellt werden“, weil dies eine entsprechende Anforderung durch den Kunden voraussetzt. Indessen dient die Aushändigung von Verordnung und Anpassungsdaten gerade im Kundeninteresse dazu, die notwendige Rückverfolg-

barkeit des Produktes zu gewährleisten und so im Schadensfall notwendige Untersuchungen bzw. Vorkommismeldungen zu ermöglichen (BT-Drs. 19/15620, S. 124). Es geht damit im Kern um die Vermeidung von Beweisschwierigkeiten für den Verbraucher, die im Ergebnis nur dann sichergestellt ist, wenn dem Kunden die geforderte Erklärung ausnahmslos bereits bei Abgabe des Produkts und nicht erst nachträglich und auf Anforderung ausgehändigt wird.

Die Vorschriften des § 9 Abs. 1 und 2 MPDG sind nach ihrer oben genannten Zweckrichtung Marktverhaltensregeln i.S.d. § 3a UWG; ein Verstoß ist geeignet, Verbraucherinteressen spürbar zu beeinträchtigen. Ein Unterlassungsanspruch ist daher auch insoweit gegeben.

3. Der Anspruch auf Erstattung der außergerichtlichen Kosten folgt aus § 13 Abs. 3 UWG. Die klägerseits erfolgte Abmahnung war nach den obigen Ausführungen berechtigt, so dass ein Anspruch auf Ersatz der dafür erforderlichen Aufwendungen besteht.

II.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

III.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 709 ZPO.

gez.

Dr. Winner
Vorsitzende Richterin am Landgericht

Verkündet am 26.10.2023

gez.
Warmedinger, JOSekr'in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Für die Richtigkeit der Abschrift
Traunstein, 26.10.2023

Warmedinger, JOSekr`in
Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle