

Kammergericht Berlin

Urteil vom 09. August 2013, 5 U 88/12

Gründe:

A

Die Klägerin ist die berufsständische Vertretung der Zahnärzte in einem Landesteil Nordrhein-

Westfalens.

Die Beklagte betreibt ein Internetportal unter www.g...de, auf dem sie so genannte „Deals“ anbietet. Nach teilweiser Klagerücknahme hat die Klägerin beantragt,

1. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken

eine Zahnreinigung

und/oder ein Bleaching

und/oder eine kieferorthopädische Zahnkorrektur

und/oder eine Implantatversorgung

und/oder prothetische Versorgung

und/oder eine Zahnfüllung zu bewerben, wenn dies geschieht, wie im Hilfsantrag ... wiedergegeben,

2. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit Zahnärzten Vereinbarungen zu treffen, wonach diese zur Erbringung einer Zahnreinigung und/oder eines Bleachings und/oder einer kieferorthopädischen Zahnkorrektur und/oder einer Implantatversorgung und/oder prophetischen Versorgung und/oder einer Zahnfüllung an einen bestimmten Patienten verpflichtet sind, ohne dass ihnen die Ablehnung der Leistungserbringung im Einzelfall möglich bleibt,

3. die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu

verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit Zahnärzten Vereinbarungen zu treffen, die vorsehen, dass Zahnärzte für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen und/oder gewähren.

Mit dem am 28.06.2012 verkündeten Urteil hat das Landgericht dem Klageantrag zu 1. stattgegeben und die Klage im Übrigen abgewiesen. Es wird insoweit auf das erstinstanzliche Urteil verwiesen, und zwar auch hinsichtlich des weiteren erstinstanzlichen Vorbringens der Parteien.

Die Beklagte wendet sich mit der Berufung gegen dieses Urteil. Sie wiederholt und vertieft ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Die Klägerin greift das erstinstanzliche Urteil teilweise mit der Anschlussberufung an.

Sie hat zunächst beantragt, das Urteil der Zivilkammer 52 des Landgerichts Berlin vom 28.06.2012 (52 O 231/12) zu ändern und die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit Zahnärzten Vereinbarungen zu treffen, die vorsehen, dass Zahnärzte für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen und/oder gewähren.

Die Klägerin beantragt nun,

das Urteil der Zivilkammer 52 des Landgerichts Berlin vom 28.06.2012 (52 O 231/12) zu ändern und die Beklagte unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel zu verurteilen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit Zahnärzten Vereinbarungen bezüglich einer Zahnreinigung und/oder eines Bleachings und/oder einer kieferorthopädischen Zahnkorrektur und/oder einer Implantatversorgung und/oder prothetischen Versorgung und/oder einer Zahnfüllung zu treffen, die vorsehen, dass Zahnärzte für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen und gewähren, wenn dies geschieht wie in der Kooperationsvereinbarung der Anlagen ... zur Klageschrift.

Im Übrigen hat die Klägerin die Anschlussberufung zurückgenommen.

B

Die Berufung der Beklagten ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken eine Zahnreinigung zu bewerben, wenn dies geschieht wie im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben. Dies folgt aus

§§ 8 I, III Nr. 2, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. den Bestimmungen der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ).

a) Die Werbung der Beklagten verstößt zumindest in zweifacher Hinsicht gegen die Bestimmungen der GOZ.

aa) Die von der Beklagten im Januar 2012 beworbene kosmetische Zahnreinigung für € 24,90 bei dem Zahnarzt Dr. W. S. unterschreitet die Mindestgebühren der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung. Die Höhe der einzelnen Gebühr bemisst sich nach dem Einfachen bis Dreieinhalbfachen des Gebührensatzes (§ 5 I S. 1 GOZ). Gebührensatz ist der Betrag, der sich ergibt, wenn die Punktzahl der einzelnen Leistung des Gebührenverzeichnisses mit dem Punktwert vervielfacht wird (§ 5 I S. 2 GOZ). Der Punktwert beträgt 5,62421 Cent (§ 5 I S. 3 GOZ).

Nach dem in sich schlüssigen Vorbringen der Klägerin fallen für eine professionelle Zahnreinigung Leistungen gemäß Nr. 0010 und Nr. 1040 des Gebührenverzeichnisses für zahnärztliche Leistungen an. Danach ergeben sich für die Behandlung von 28 Zähnen - wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 24.02.2012 zutreffend errechnet - Mindestgebühren in Höhe von € 49,58.

Die Beklagte hat diese Darstellung erstinstanzlich mit Nichtwissen bestritten. Dies greift nicht.

Bei der beanstandeten Werbung handelt es sich um eine Handlung der Beklagten, über die sie sich nach § 138 IV ZPO nicht mit Nichtwissen erklären kann.

Die Zuordnung der beworbenen zahnärztlichen Leistung zu den Positionen des Gebührenverzeichnisses ist eine rechtliche Bewertung. Im Übrigen handelt es sich bei der Darstellung der Beklagten im Wesentlichen um Rechenschritte, die durch die GOZ vorgegeben sind.

bb) Die Werbung der Beklagten widerspricht überdies den Vorschriften über grundsätzlich durchaus zulässige Vereinbarungen zwischen Zahnarzt und Zahlungspflichtigem über eine von der GOZ abweichende Gebührenhöhe. Da die Vereinbarung einer abweichenden Punktzahl oder eines abweichenden Punktwertes nach § 2 I S. 2 GOZ unzulässig ist, sind Pauschalpreisvereinbarungen nicht möglich (BGH NJW 2006, 1879; Pannke in: Spickhoff, Medizinrecht § 2 GOZ, Rdnr. 4).

Das Ziel der Erhöhung der Transparenz privatärztlicher Liquidationen im Interesse der zahlungspflichtigen Patienten (BVerfG NJW 1992, 737; BGH NJW 2006, 1879) rechtfertigt das Verbot der Vereinbarung einer abweichenden Punktzahl oder eines abweichenden Punktwertes in § 2 I S. 2 GOZ.

Man kann sich zwar die Frage stellen, ob dieses Argument wirklich greift, wenn es um eine zahnärztliche Behandlung geht, die lediglich Leistungen aus zwei Nummern des Gebührenverzeichnisses für zahnärztliche Leistungen erfasst.

Hier ist jedoch auch zu berücksichtigen, dass die in Nr. 1040 des Gebührenverzeichnisses für Zahnärzte für eine professionelle Zahnreinigung festgelegte Gebühr nicht neben Leistungen nach den Nummern 1020, 4050, 4055, 4060, 4070, 4075, 4090 und 4100 berechnungsfähig ist. Eine Abrechnung getreu nach den Vorgaben der GOZ erhöht die Prüfbarkeit der Rechnung für die Patienten daher beachtlich, indem sie z.B. die Kontrolle erlaubt, ob diese Bestimmung eingehalten worden ist.

cc) Ob dem Standpunkt des Landgerichts zu folgen ist, nach der die Werbung auch gegen § 5 II S. 1 GOZ verstößt, nach dem die Gebühren innerhalb des Gebührenrahmens unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen sind, kann angesichts der unter aa) und bb) festgestellten Verstöße offen bleiben.

Wird - wie hier geschehen - mit von vornherein festgelegten Pauschalpreisen für zahnärztliche Leistungen geworben, übt der Zahnarzt sein Ermessen zwar im konkreten Einzelfall nicht mehr aus, da er sich vorab gebunden hat.

Es ist aber grundsätzlich zu erwägen, ob der dem Zahnarzt bei der Bemessung seines Honorars eingeräumte Ermessensspielraum auch die Entscheidung deckt, für alltäglich und zahlreich anfallende, weitgehend gleichförmige Leistungen, die - wie hier - nur vergleichsweise geringe Gebühren auslösen, eine nach seiner Erfahrung angemessene Pauschale zu bilden, wenn die durch § 5 II S. 1 GOZ angestrebte Einzelfallgerechtigkeit und der Aufwand, den eine Ermessensentscheidung in jedem Einzelfall mit sich bringt nicht mehr in einem adäquaten Verhältnis zueinander stehen.

b) Bei den genannten Bestimmungen der GOZ handelt es sich um Marktverhaltensvorschriften i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG. (Senat GRUR-RR 2008, 24; OLG Köln WRP 2013, 372; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 4 UWG, Rdnr. 11.139).

Dem steht die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nicht entgegen, die in ihrem Anwendungsbereich zu einer vollständigen Harmonisierung des Lauterkeitsrechts geführt hat und die Unlauterkeit von Geschäftspraktiken im Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern abschließend regelt, so dass ein Verstoß gegen nationale Bestimmungen eine Unlauterkeit nach § 4 Nr. 11 UWG nur noch insoweit begründen kann, als diese ihre Grundlage im

Unionsrecht haben (BGH GRUR 2012,842 - Gallardo Spyder, Rdnr. 15). Die Richtlinie lässt Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf die Gesundheitsaspekte aber unberührt (Art. 3 III der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken). Hierzu gehören auch Vorschriften, die das Honorar für zahnärztliche Leistungen regeln. „Produkt“ im Sinne der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken ist jede Ware oder Dienstleistung (Art. 2 lit. c) der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken).

c) Es stellt sich danach die Frage, ob die Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ im vorliegenden Fall ausnahmsweise zulässig ist. Diese Frage ist zu verneinen.

Wenn § 2 I S. 1 GOZ die Festlegung einer von den Mindest- und Höchstsätzen der Verordnung abweichenden Gebührenhöhe durch Vereinbarung grundsätzlich erlaubt, erfasst dies sowohl Überschreitungen der Höchstsätze wie auch Unterschreitungen der Mindestsätze (BGHZ 183, 143, Rdnr. 18; Senat GRUR-RR 2008, 24).

§ 15 I der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer, dem z.B. § 9 I S. 1 der Berufsordnung der Zahnärztekammer Berlin und § 15 I der Berufsordnung der Zahnärztekammer Niedersachsen entsprechen, lässt mit der Bestimmung, die Honorarforderung des Zahnarztes müsse angemessen sein, ebenfalls Raum für abweichende Vereinbarungen in beide Richtungen (BGHZ 183, 143, Rdnr. 18).

§ 1 VIII der Berufsordnung der Zahnärztekammer Nordrhein untersagt Vereinbarungen über die Unterschreitung der Mindestsätze der Gebührenordnung allerdings ausdrücklich. Bei den Fragen, unter welchen Voraussetzungen Unterschreitungen der Mindestsätze ausnahmsweise zulässig sind und ob ein generelles Verbot von Unterschreitungen der Mindestsätze durch die Satzung einer Zahnärztekammer unter verfassungsrechtlichen Aspekten haltbar ist, ist zu berücksichtigen, dass das Grundrecht des Zahnarztes aus Art. 12 I GG auch die Freiheit umfasst, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder es mit denen, die hieran interessiert sind, auszuhandeln. Die durch die Anwendung der GOZ bewirkte Einschränkung der freien Honorarvereinbarung ist daher nur dann mit Art. 12 I GG vereinbar, wenn sie durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt wird und den Zahnarzt nicht übermäßig oder unzumutbar trifft, also dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt ist (BVerfG NJW 2005, 1036; BVerfG NJW 2011, 2636; BVerfG GRUR 2012, 72; BVerfG, Urt. v. 07.03.2012, 1 BvR 1209/11; BGH NJW 2006,1879; Senat GRUR-RR 2008, 24).

aa) Das vom Verordnungsgeber verfolgte Ziel, eine angemessene leistungsgerechte Vergütung ärztlicher Leistungen zu gewährleisten und im

Interesse eines funktionierenden Gesundheitssystems ruinösen Wettbewerb unter Zahnärzten zu vermeiden und gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber zu schaffen (BGH NJW 2006,1978; Senat GRUR-RR 2008, 24; OLG Köln WRP 2013, 372; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 4 UWG, Rdnr. 11.139), rechtfertigt die Mindestpreisvorschriften der GOZ grundsätzlich und auch das vom Landgericht im vorliegenden Fall ausgesprochene Verbot.

Auch unter Zahnärzten mag Preiswettbewerb, wie die Beklagte unter Berufung auf die Entscheidungen des BVerfG GRUR 2011, 530 und des BGH GRUR 2011, 343 einwendet, zulässig sein, dies aber nur in den Grenzen, die durch die oben genannten Gründe des Gemeinwohls und damit zumindest im Regelfall durch die Vorschriften der GOZ bestimmt werden. Die Grenzen zu einem ruinösen Preiswettbewerb werden indes überschritten, wenn eine professionelle Zahnreinigung zu einem Preis angeboten wird, der etwa die Hälfte der sich aus dem Gebührenverzeichnis für Zahnärzte ergebenden Mindestgebühren ausmacht. Diese Problematik verschärft sich noch, wenn man berücksichtigt, dass das Entgelt, das die Beklagte für ihre Tätigkeit erhält, 50 % des Angebotspreises ausmacht. Der mit der Beklagten kooperierende Zahnarzt erhält für seine Tätigkeit damit letztlich nur ein Entgelt in Höhe von ca. 25 % der Mindestgebühren.

Der Ermessensspielraum, der dem Zahnarzt durch § 5 I S. 1 GOZ eingeräumt wird, beruht aber auf der Erwägung, dass für eine Behandlung mit mittlerer Schwierigkeit und durchschnittlichem Zeitaufwand eine Gebühr innerhalb der Spanne vom Einfachen bis Dreieinhalbfachen des Gebührensatzes angemessen ist (BGH NJW-RR 2008, 436, zu § 5 GOA). In besonderen Fällen mag danach das Verbot eines Angebots, den Mindestsatz für zahnärztliche Leistungen mit mittlerer Schwierigkeit und durchschnittlichem Zeitaufwand zu unterschreiten, mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht zu vereinbaren sein (Senat GRUR-RR 2008, 24).

Ein derartiger Fall liegt hier nicht vor.

(1) Auf den gesundheitlichen Nutzen einer professionellen Zahnreinigung für den Einzelnen und gegebenenfalls langfristig für die Gemeinschaft der Krankenversicherten kann die Beklagte sich insoweit nicht berufen.

Die Absicht, eine positive Wirkung auf die Gesundheit des Patienten zu erzielen, ist einer zahnärztlichen Behandlung in aller Regel immanent. Es ist überdies zwar zu erwarten, dass von dem Angebot einer professionellen Zahnreinigung zu einem besonders günstigen Preis ein Anlockeffekt ausgeht und sich auch Personen dieser Behandlung unterziehen, die nicht bereit gewesen wären, einen höheren Preis zu zahlen. Die Beklagte leistet aber keinerlei Beitrag zur Aufklärung in

Gesundheitsfragen oder zur Förderung eines gesundheitsbewussten Verhaltens. Sie wirbt für die professionelle Zahnreinigung nicht im Interesse der Gesundheitsvorsorge oder Gesundheitsfürsorge, sondern - zumindest vornehmlich - unter kosmetischen Aspekten.

(2) Der Einwand der Beklagten, schon die Kürze der Werbekampagne verhindere einen ruinösen Preiswettbewerb, verfängt nicht.

Dem „Countdown“ in der Anlage ... ist zwar entnommen, dass der sogenannte „Deal“ zeitlich begrenzt war.

Das Geschäftsmodell der Beklagten ist jedoch offensichtlich darauf angelegt, die Anbieter der beworbenen Leistungen langfristig an sich zu binden und diese nicht nur zu verpflichten, das beworbene Angebot („Deal“) für einen erheblichen Zeitraum für eine unbestimmte Vielzahl von Fällen vorzuhalten, sondern darüber hinaus über die gesamte Vertragslaufzeit zumindest vergleichbare Angebote zu vergleichbaren Konditionen zu liefern.

Die sogenannten Kooperationsvereinbarungen, die die Beklagte z.B. mit Zahnärzten, den „Partnern“, schließt, haben regelmäßig eine Laufzeit von 24 Monaten (Nr. 5.1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten).

Während der Vertragslaufzeit „unterstützt“ die Beklagte den Partner, z.B. Zahnärzte, beim „Marketing im Internet“ dergestalt, dass sie online Gutscheine über die beworbenen Leistungen verkauft. Diese Gutscheine kann der Erwerber bei dem Vertragspartner der Beklagten vorlegen und dort die verbrieftete Leistung, hier die professionelle Zahnreinigung, in Anspruch nehmen. An die für die jeweils beworbenen Leistungen mit der Beklagten festgelegten Konditionen, hier also eine professionelle Zahnreinigung für einen Preis von € 24,90, ist der Zahnarzt mindestens einen Monat gebunden. Nr. 3.4 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten legt fest:

„Der Partner hat jeden Monat das Recht, die Leistungen bei gleichzeitiger Unterrichtung von GMB zu ändern“.

Weder in dem Formular der Kooperationsvereinbarung noch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sind Regelungen zu finden, die eine Maximalzahl von Gutscheinen, die die Beklagte während dieses Monats verkaufen darf, festlegen. Unter Nr. 1.3 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten heißt es vielmehr:

„Solange der Partner nicht jeweils von seinem Leistungsänderungsrecht nach Nr. 3.4 Gebrauch macht, steht G. das Recht zu, das jeweils zuletzt gültige Angebot des Partners im Rahmen weiterer Aktionen zu wiederholen und zu platzieren“.

Auch nach Ablauf eines Monats ist das sogenannte Leistungsänderungsrecht des Vertragspartners der Beklagten stark eingeschränkt. Nr. 3.4 S. 2 und 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten bestimmen:

„Der im Kooperationsvertrag ausgewiesene Rabatt darf jedoch weder prozentual noch betragsmäßig unterschritten werden. Dabei gehen beide Parteien davon aus, dass der Partner sich bemüht, auch unter Berücksichtigung des geänderten Leistungsangebots vergleichbare und für den Gutscheinerwerber attraktive Leistungen anzubieten wie im Kooperationsvertrag vorgesehen“.

Nr. 3.5 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten sieht zwar ein Recht zur außerordentlichen fristlosen Kündigung vor, wenn der Vertragspartner der Beklagten eine Leistungsänderung vornehmen will, die nicht die Zustimmung der Beklagten findet. Da in derartigen Fällen Schadensersatzansprüche der Beklagten wegen Vertragsverletzung im Raum stehen, ist damit eine Möglichkeit, sich einfach und kurzfristig von dem Kooperationsvertrag zu lösen, für den Vertragspartner der Beklagten nicht gegeben.

(3) Ohne konkrete gegenteilige Anhaltspunkte ist zwar grundsätzlich davon auszugehen, dass ein Zahnarzt schon aus Eigeninteresse Leistungen nur zu Preisen anbietet, die für ihn gewinnbringend sind (BVerfG GRUR 2011, 530). Hier liegen aber gegenteilige Anhaltspunkte vor.

Zum einen unterschreitet schon der angebotene Preis den nach den Mindestsätzen des Gebührenverzeichnisses für Zahnärzte zu berechnenden Betrag um fast die Hälfte, obwohl - wie bereits ausgeführt - der Ermessensspielraum, der dem Zahnarzt durch § 5 I S. 1 GOZ eingeräumt wird, auf der Erwägung beruht, dass für eine Behandlung mit mittlerer Schwierigkeit und durchschnittlichem Zeitaufwand eine Gebühr innerhalb der Spanne vom Einfachen bis Dreieinhalbfachen des Gebührensatzes angemessen ist (BGH NJW-RR 2008, 436, zu § 5 GOA). Von dem angebotenen Preis sind überdies 50 % als Entgelt für die Leistungen der Beklagten abzuziehen.

Zum anderen hat die Klägerin vorgetragen, dass einem Zahnarzt für eine professionelle Zahnreinigung Sach- und Personalkosten in Höhe von durchschnittlich € 185,14 entstehen. Demgegenüber legt die Beklagte nicht dar, aus welchen Gründen ein Zahnarzt Aussicht auf Gewinn haben soll, wenn er für eine professionelle Zahnreinigung nach Abzug des Entgelts der Beklagten nur € 12,45 erhält.

d) Die Beklagte haftet - wie das Landgericht zutreffend und von der Berufung unbeanstandet ausgeführt hat - als Teilnehmerin an Wettbewerbsverstößen der mit ihr kooperierenden Zahnärzte. Die Teilnehmerhaftung ist zu bejahen, obwohl

die Beklagte nicht selbst Adressatin der Gebührenvorschriften für Zahnärzte ist (BGH GRUR 2008, 810 - Kommunalversicherer, Rdnr. 14; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 8 UWG, Rdnr. 2.5.).

2. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken eine kieferorthopädische Zahnkorrektur zu bewerben, wenn dies geschieht im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben (§§ 8 I und III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. den Bestimmungen der GOZ).

a) Die Werbung verstößt gegen die Bestimmungen der GOZ.

aa) Die von der Beklagten im März 2011 beworbene kieferorthopädische Zahnkorrektur für € 1.950,- bei dem Zahnarzt Dr. P. V. unterschreitet sowohl die Mindestgebühren der GOZ in der bis zum 31.12.2011 gültigen Fassung wie auch die Mindestgebühren der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung. Nach dem Vorbringen der Klägerin fallen auf der Grundlage der GOZ a.F. für eine kieferorthopädische Zahnkorrektur durch Invisalign Leistungen gemäß den Positionen des Gebührenverzeichnisses für zahnärztliche Leistungen an, wie im Schriftsatz der Klägerin vom 24.02.2012 wiedergegeben. Danach ergibt sich für die Behandlung - wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 24.02.2012 zutreffend errechnet - ein Mindesthonorar in Höhe von € 739,81 nebst Praxismaterial und Auslagen, € 14,-, und Materialkosten in Höhe von € 2.000,-, insgesamt also eine Summe von mindestens € 2.753,81. Auf der Grundlage der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung ergibt sich nichts anderes.

Der bei der Gebührenberechnung anzusetzende Punktwert beträgt in alter und neuer Fassung der GOZ 5,62421 Cent (§ 5 I S. 3 GOZ a.F. und n.F.).

Die Punktzahlen für die in Rechnung zu stellenden Leistungen haben sich nicht verändert, lediglich die Nummern, unter denen die Leistungen im Gebührenverzeichnis geführt werden, haben sich geändert:

GOZ a.F.	GOZ n.F.
001	0001
600	6000
603	6030
606	6060
610	6100
611	6110

bb) Die Werbung der Beklagten mit einem Pauschalpreis widerspricht aus den oben genannten Gründen den Vorschriften über grundsätzlich zulässige Vereinbarungen zwischen Zahnarzt und Zahlungspflichtigem über eine von der GOZ abweichende Gebührenhöhe.

cc) Diese Werbung verstößt auch gegen § 5 II S. 1 GOZ nach dem die Gebühren innerhalb des Gebührenrahmens unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen sind.

Für die Erwägungen, die bei einer professionellen Zahnreinigung für die Zulässigkeit einer pauschalierten Ermessensentscheidung sprechen könnten, ist hier kein Raum.

b) Die Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ ist im vorliegenden Fall aus den oben genannten Gründen auch nicht ausnahmsweise zulässig.

Auf der Grundlage des hier zugrunde zu legenden Vortrages der Klägerin reicht der Angebotspreis von € 1.950,-- nicht einmal aus, um die Materialkosten zu decken, so dass der Zahnarzt, wenn ein Gutschein eingelöst wird, umsonst arbeiten müsste.

Die Darstellung der Klägerin zur Unangemessenheit des beworbenen Preises wird in diesem Punkt überdies durch die im Internet veröffentlichten (Werbe-)Aussagen des Herstellers der Kunststoffschiene „...“ unter www.i....de gestützt, nach denen sich die Kosten für eine kieferorthopädische Behandlung mit Invisalign durchschnittlich auf € 4.000,-- bis € 6.000,-- belaufen.

3. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken eine Implantatversorgung zu bewerben, wenn dies geschieht wie im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben (§§ 8 I, III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den Bestimmungen der GOZ).

a) Die Werbung verstößt gegen die Bestimmungen der GOZ.

aa) Die von der Beklagten beworbene Implantatversorgung für € 999,-- bei dem Zahnarzt Dr. W. S. unterschreitet sowohl die Mindestgebühren der GOZ in der bis zum 31.12.2011 gültigen Fassung wie auch die Mindestgebühren der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung. Nach dem Vorbringen der Klägerin fallen auf der Grundlage der GOZ a.F. für eine Implantatbehandlung mit Keramikkrone in

drei Sitzungen Leistungen gemäß den Positionen des Gebührenverzeichnisses für zahnärztliche Leistungen an, wie im Schriftsatz der Klägerin vom 24.02.2012 wiedergegeben. Danach ergibt sich für die Behandlung - wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 24.02.2012 zutreffend errechnet - ein Mindesthonorar in Höhe von € 235,10 nebst Praxismaterial und Auslagen, € 21,49, und Materialkosten in Höhe von € 850,10, insgesamt also eine Summe von mindestens € 1.106,69. Auf der Grundlage der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung ergibt sich ein höheres Mindesthonorar. Der bei der Gebührenberechnung anzusetzende Punktwert beträgt in alter und neuer Fassung der GOZ 5,62421 Cent (§ 5 I S. 3 GOZ a.F. und n.F.).

Die Punktzahlen für die hier in Rechnung zu stellenden Leistungen haben sich zum Teil verändert. Soweit dies geschehen ist, ist dies in der folgenden Tabelle durch die Gegenüberstellung der jeweiligen Mindestgebühren kenntlich gemacht. Überdies haben die Nummern, unter denen die Leistungen im Gebührenverzeichnis geführt werden, sich geändert

GOZ a.F.	Betrag in Euro	GOZ n.F.	Betrag in Euro
009		0090	
010		0100	
900	30,37	9000	49,73
901	27,--	9010	86,89
902	5,06	9020	28,96
903	27,--	entfallen	
904	18,--	9040	35,21
905	18,--	9050	Neben Nr. 9010 nicht berech- nungsfähig
221		2210	
517		5170	
227		2270	

bb) Die Werbung der Beklagten widerspricht aus den oben genannten Gründen den Vorschriften über grundsätzlich zulässige Vereinbarungen zwischen Zahnarzt

und Zahlungspflichtigem über eine von der GOZ abweichende Gebührenhöhe.

cc) Diese Werbung verstößt auch gegen § 5 II S. 1 GOZ, nach dem die Gebühren innerhalb des Gebührenrahmens unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen sind.

Für die Erwägungen, die bei einer professionellen Zahnreinigung für die Zulässigkeit einer pauschalierten Ermessensentscheidung sprechen könnten, ist hier ebenfalls kein Raum.

b) Die Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ ist im vorliegenden Fall aus den oben genannten Gründen auch nicht ausnahmsweise zulässig.

Der angebotene Preis unterschreitet die im Jahr der Veröffentlichung der Werbung gültige Mindestgebühr um fast 10 %.

c) Das Landgericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass jedenfalls der vom Zahnarzt Dr. W. S. angebotene „Deal“ nicht nur den Preis für das Material betrifft, sondern auch das Entgelt für die Behandlung enthält.

Es wird insoweit auf die zutreffenden Ausführungen des Landgerichts verwiesen. Während der über ein Zahnimplantat mit vollverblendeter Keramikkrone für € 79,- vorgelegte „Deal“ mit dem Hinweis „weitere Zuzahlung von € 850,-- erforderlich“ Raum für die Annahme lässt, dass damit die gesonderten Behandlungskosten gemeint sind, findet sich in dem „Deal“, der Gegenstand des Unterlassungsantrages ist, kein vergleichbarer Anhaltspunkt dafür, dass der Angebotspreis die Behandlungskosten nicht enthalten könnte.

4. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken eine Zahnfüllung zu bewerben, wenn dies geschieht wie im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben (§§ 8 I, III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den Bestimmungen der GOZ).

a) Die Werbung verstößt gegen die Bestimmungen der GOZ.

aa) Die von der Beklagten im Januar 2012 beworbene Composit-Füllung für € 14,90 bei dem Zahnarzt Dr. Z. unterschreitet die Mindestgebühren der GOZ in der seit dem 01.01.2012 gültigen Fassung.

Nach dem in sich schlüssigen Vorbringen der Klägerin fallen für eine einflächige Composit-Füllung Leistungen gemäß Nr. 2060 und Nr. 2197 des Gebührenverzeichnisses für zahnärztliche Leistungen an. Danach ergeben sich für die Behandlung - wie die Klägerin in ihrem Schriftsatz vom 24.02.2012 zutreffend errechnet - Mindestgebühren in Höhe von € 36,95.

bb) Die Werbung der Beklagten widerspricht aus den oben genannten Gründen den Vorschriften über grundsätzlich zulässige Vereinbarungen zwischen Zahnarzt und Zahlungspflichtigem über eine von der GOZ abweichende Gebührenhöhe.

cc) Ob die Werbung auch gegen § 5 II S. 1 GOZ verstößt, nach dem die Gebühren innerhalb des Gebührenrahmens unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen sind, kann dahingestellt bleiben. Auch hier kann man die Zulässigkeit einer pauschalierten Ermessensentscheidung erwägen.

b) Die Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ ist im vorliegenden Fall aus den oben genannten Gründen auch nicht ausnahmsweise zulässig.

Auf der Grundlage des hier zugrunde zu legenden Vortrages der Klägerin erreicht der Angebotspreis von € 14,90 nicht einmal die Hälfte der Mindestgebühr.

5. Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken eine prothetische Versorgung zu bewerben, wenn dies geschieht wie im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben (§§ 8 I und III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. den Bestimmungen der GOZ).

a) Nachdem die Klägerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat unwidersprochen vorgetragen hat, dass das Angebot eines Implantats mit Keramikkrone mit dem Einsatz der Keramikkrone zahnärztliche Leistungen enthält, die als prothetische Versorgung anzusehen sind, liegt die für einen Unterlassungsanspruch erforderliche Begehungsgefahr in Form der Wiederholungsgefahr vor.

b) Die Werbung verstößt aus den unter 3. genannten Gründen gegen die Bestimmungen der GOZ. Die Unterschreitung der Mindestsätze der GOZ ist im vorliegenden Fall aus den dort genannten Gründen auch nicht ausnahmsweise zulässig.

6. Die Klägerin hat gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Unterlassung, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken ein Bleaching zu bewerben, wenn dies geschieht wie im landgerichtlichen Urteil wiedergegeben.

a) Dies ergibt sich aus §§ 8 I und III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 15 der Berufsordnung der Zahnärztekammer Nordrhein und entsprechenden Bestimmungen in den Berufsordnungen der anderen Zahnärztekammern.

§ 15 I der Berufsordnung der Zahnärztekammer Nordrhein untersagt irreführende, reklamehafte und vergleichende Werbung.

Die Berufsordnungen der anderen Zahnärztekammern enthalten der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer folgend das Verbot berufswidriger Werbung, wobei als berufswidrig jeweils insbesondere eine anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung definiert wird:

Baden-Württemberg: § 21 I

Bayern: § 2 1

Berlin: § 19 I

Brandenburg: § 21 I

Bremen: § 22 I

Hamburg: § 21 II

Hessen: § 20 I

Mecklenburg-Vorpommern: § 20 II

Niedersachsen: § 21 I

Rheinland-Pfalz: § 21 I

Saarland: § 21 I

Sachsen: § 21 I

Sachsen-Anhalt: § 21 I

Schleswig-Holstein: § 21 II

Thüringen: § 18 I

Westfalen-Lippe: § 21 I.

Einschlägig sind hier die Verbote reklamehafter bzw. anpreisender Werbung. Das Vorliegen reklamehafter bzw. anpreisender Werbung lässt sich nicht mit der Argumentation begründen, bei der beanstandeten Aktion handele es sich um eine Werbemethode, die in der gewerblichen Wirtschaft üblich sei (BVerfG GRUR 2011, 838).

Bei der Auslegung der Vorschriften ist vielmehr zu berücksichtigen, dass einem Zahnarzt von Verfassungen wegen berufsbezogene und sachangemessene Werbung erlaubt ist (BVerfG GRUR 2011, 838). Für interessengerechte und sachangemessene, insbesondere das notwendige Vertrauensverhältnis zu Patienten nicht gefährdende Informationen des Zahnarztes, die keinen Irrtum erregen, muss daher im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben

(BVerfG GRUR 2012, 72; BVerfG, Urt. v. 07.03.2012 - 1 EWF? 1209/11).

aa) Das Landgericht hält die Werbung der Beklagten aufgrund der Gegenüberstellung des Angebotspreises zum üblichen Preis „69 statt 199 Euro“ für eine mit einem mehr als nur geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität verbundene Behandlung für unlauter. Ob dieser Aspekt ausreicht, das ausgesprochene Verbot zu begründen, erscheint jedoch zweifelhaft.

Die Unterstellung, ein Begünstigter werde von einem ihm kostenfrei eingeräumten Anspruch auf eine mit einem mehr als nur geringfügigen Eingriff in die körperliche Integrität verbundene zahnärztliche Behandlung allein wegen der Kostenfreiheit Gebrauch machen (BVerfG GRUR 2011, 838), kann man auf den vorliegenden Fall nicht ohne weiteres übertragen. Auch wenn die Preisgegenüberstellung, die einen Rabatt von 65 %/0 ergibt, einen nicht unerheblichen Anreiz darstellt, sich für die Durchführung eines Bleachings zu entscheiden, spricht einiges dafür, dass der nach der Herabsetzung noch zu zahlende Preis von € 69,-- für den verständigen und durchschnittlichen Verkehrsteilnehmer eine so hohe Hemmschwelle darstellt, dass nicht die Gefahr besteht, er werde aus reiner „Schnäppchengier“ zugreifen, ohne sich zuvor Gedanken über die Vor- und Nachteile einer derartigen Behandlung zu machen.

Im Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit müssten die Erheblichkeit und die Risiken des mit der beworbenen zahnärztlichen Leistung verbundenen Eingriffs in die körperliche Integrität daher schwerwiegender sein, um ein Verbot der Werbung zu rechtfertigen als im Fall einer Werbung mit einer kostenfreien Behandlung.

Der unwidersprochene Vortrag der Beklagten, es seien Mittel auf dem Markt, die es jedermann ermöglichen, ein Bleaching in Eigenbehandlung vorzunehmen, deutet darauf hin, dass Eingriff und Risiken eines Bleachings in zahnärztlicher Betreuung nicht so erheblich sind, dass sie das begehrte Verbot rechtfertigen.

Dieser Vortrag spricht weiter dafür, dass die Erwägung des Landgerichts, ein Bleaching diene lediglich kosmetischen Zwecken und fördere die Zahngesundheit nicht, hier nicht beachtlich ist. Angesichts der mit einem Bleaching nach Darstellung der Klägerin durchaus verbundenen Risiken erscheint es sowohl im Interesse des Einzelnen als auch aus Gründen des Gemeinwohls sinnvoller, wenn dieses unter zahnärztlicher Aufsicht und nicht in Eigenbehandlung durchgeführt wird.

bb) Das LG Hamburg (GRUR-RR 2012, 257) und das LG Köln (Urt. v. 21.06.2012 - 31 O 767/11) haben in vergleichbaren Fällen die Unlauterkeit der Werbung aufgrund des insgesamt anpreisenden Charakters der Werbung bejaht.

Auch im vorliegenden Fall enthält die Werbung mit Aussagen wie

- „Dein Bleaching in der Praxis...“
- „Strahlende Zähne und ein sauberes Lächeln...“
- „Mit einem strahlenden Gebiss die Welt erhellen“
- „Schenk Deinen Zähnen mehrere Nuancen mehr Leuchtkraft“
- „Für mehr Biss und Selbstsicherheit im Alltag und beim Flirt“

Elemente reklamehafter Anpreisung. Diese Aussagen sind unsachlich und haben für die umworbenen Patienten schlichtweg keinen Informationswert. Von einer sachangemessenen zahnärztlichen Information unterscheidet sich diese Darstellung schon deshalb, weil sie einseitig die optischen Vorteile des Bleachings hervorhebt, ohne Risiken oder Gefahren auch nur anzudeuten. Der Countdown („Angebot läuft noch: ...“) und die sachlich völlig unerhebliche Angabe der Zahl bereits verkaufter „Deals“, die offenbar eine Art „Lemming-Effekt“ auslösen soll, runden dieses Bild ab.

b) Da das Gebührenverzeichnis für Zahnärzte das Bleaching nicht enthält, kommt ein Verstoß gegen die Bestimmungen der GOZ nur im Hinblick auf § 5 II S. 1 GOZ in Betracht, weil der Zahnarzt sein Ermessen im konkreten Einzelfall nicht mehr ausübt, da er sich vorab gebunden hat.

Nach den Ausführungen unter a) kann dies aber dahingestellt bleiben.

Auch hier wäre zu erwägen, ob der dem Zahnarzt eingeräumte Ermessensspielraum die Entscheidung deckt, für alltäglich und zahlreich anfallende, weitgehend gleichförmige Leistungen, die nur vergleichsweise geringe Gebühren auslösen, eine Pauschale zu bilden, wenn die durch § 5 II S. 1 GOZ angestrebte Einzelfallgerechtigkeit und der Aufwand, den eine Ermessensentscheidung in jedem Einzelfall mit sich bringt, nicht mehr in einem adäquaten Verhältnis zueinander stehen.

c) Nach der Erörterung der Sach- und Rechtslage in der mündlichen Verhandlung am 09.08.2013 hat der Beklagtenvertreter zu bedenken gegeben, eine Aufrechterhaltung des ausgesprochenen Verbots mit anderer Begründung könne gegen das Verbot der reformatio in peius (§ 528 S. 2 ZPO) verstoßen.

Diese Bedenken verfangen im Ergebnis nicht.

Im Hinblick darauf, dass der Verbotstenor nicht nur auf die konkret formulierte Verletzungsform beschränkt ist, sondern auch Abwandlungen umfasst, wenn in ihnen das Charakteristische der titulierten Form zum Ausdruck kommt (BGH WRP

1989, 572 - Bioäquivalenz-Werbung; BGH GRUR 2010, 156 - EIFEL-ZEITUNG; BGH GRUR 2010, 855, Rdnr. 17 - Folienrollos; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 12 UWG, Rdnr. 6.4), kann eine andere Begründung des Verbots sich durchaus auf die Zwangsvollstreckungsmöglichkeiten auswirken. Ob das Handeln des Schuldners eine Zuwiderhandlung gegen ein Unterlassungsgebot darstellt, bestimmt sich nach der durch Auslegung zu ermittelnden Reichweite des Unterlassungstitels. Zur Auslegung einer Urteilsformel können auch Tatbestand und Entscheidungsgründe herangezogen werden (BGH GRUR 2010, 855, Rdnr. 17 - Folienrollos; OLG Stuttgart WRP 2005, 1191; Köhler in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 12 UWG, Rdnr. 6.4).

Mit der Änderung der rechtlichen Begründung des ausgesprochenen Verbots wird der Beklagten trotz allem nicht etwas genommen, was ihr die Vorinstanz zugesprochen hat, ihr Besitzstand wird nicht tangiert.

Die Klägerin hat den von ihr geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf eine konkrete Verletzungshandlung der Beklagten, den auf Seite 4 des landgerichtlichen Urteils wiedergegebenen „Deal“, gestützt. Sie hat damit einen Streitgegenstand in das Verfahren eingeführt, auch wenn sie den „Deal“ unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten beanstandet hat. Die rechtliche Würdigung der beanstandeten konkreten Verletzungshandlung ist Sache des Gerichts (BGH GRUR 2012, 184, Rdnr. 14 f. - Branchenbuch Berg).

c

Die Anschlussberufung ist zulässig und nach der in der mündlichen Verhandlung vorgenommenen Rückführung der früheren abstrakteren Antragsfassungen auf die konkrete Verletzungsform auch begründet. Die Klägerin kann von der Beklagten verlangen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken mit Zahnärzten Vereinbarungen bezüglich einer Zahnreinigung und/oder eines Bleachings und/oder einer kieferorthopädischen Zahnkorrektur und/oder einer Implantatversorgung und/oder einer prothetischen Versorgung und/oder einer Zahnfüllung zu treffen, die vorsehen, dass Zahnärzte für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt versprechen oder gewähren, wenn dies wie in der Kooperationsvereinbarung geschieht.

Anspruchsgrundlage sind §§ 8 I und III Nr. 2, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 V der Berufsordnung der Zahnärztekammer Nordrhein bzw. entsprechenden Vorschriften der anderen Zahnärztekammern.

Nach § 1 V der Berufsordnung der Zahnärztekammer Nordrhein soll der Zahnarzt keine Verpflichtung eingehen, die seine Unabhängigkeit bei der Berufsausübung beeinträchtigen kann. Die Berufsordnungen der anderen Zahnärztekammern

enthalten ebenfalls Regelungen, die die berufliche und fachliche Unabhängigkeit des Zahnarztes sicherstellen sollen:

Baden-Württemberg: § 2 I

Bayern: § 2 I

Berlin: § 1 II

Brandenburg: § 2 I

Bremen: § 2 I

Hamburg: § 2 I

Hessen: § 2 I

Mecklenburg-Vorpommern: § 2 I

Niedersachsen: § 2 I

Rheinland-Pfalz: § 2 I

Saarland: § 2 I

Sachsen: § 2 I

Sachsen-Anhalt § 2 I

Schleswig-Holstein: § 2

Thüringen: § 1 I

Westfalen-Lippe: § 2 I.

Das Eingehen einer Vereinbarung zu den oben genannten Bedingungen gefährdet die Unabhängigkeit des Zahnarztes.

So wird zur Begründung des § 49 b III S. 1 BRAO, der Rechtsanwälten die Abgabe und Entgegennahme eines Teils der Gebühren oder sonstiger Vorteile für die Vermittlung von Aufträgen untersagt, angeführt, dass derartige Vereinbarungen die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts gefährden können, weil so bei der Führung der Sache wirtschaftliche Erwägungen ausschlaggebend werden könnten (BT-Drucksache 1274993, 31).

So enthält die Musterberufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte in ihrem Abschnitt IV. 4. unter der Überschrift „Wahrung der ärztlichen Unabhängigkeit bei der Zusammenarbeit mit Dritten“ auch das Verbot, für die Zuweisung von Patienten ein Entgelt oder andere Vorteile zu fordern, sich oder Dritten versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren.

1. Das Landgericht ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass das von den Zahnärzten an die Beklagte zu zahlende Entgelt keine Gegenleistung für die Vermittlung von Aufträgen darstellt, sondern allein für die Zurverfügungstellung des Mediums für die Werbung geschuldet wird. In den Kooperationsvereinbarungen, die die Beklagte mit ihren Vertragspartnern schließt, ist festgelegt, dass die Beklagte eine „Erfolgsprämie für die Kundengewinnung“ in Höhe eines Prozentsatzes vom Angebotspreis zuzüglich Umsatzsteuer erhält.

Allein aus der Verwendung der Bezeichnung „Erfolgsprämie für die Kundengewinnung“ kann wohl nicht geschlossen werden, dass ein Entgelt für die Vermittlung von Aufträgen gezahlt wird. Falschbezeichnungen, die auch auf einem laienhaften Sprachgebrauch oder auf einer Fehleinschätzung der Rechtslage beruhen können, binden bei der Auslegung und rechtlichen Beurteilung einer vertraglichen Vereinbarung nicht.

Betrachtet man die getroffenen Vereinbarungen im Einzelnen, lässt sich das an die Beklagte zu zahlende Entgelt schwerlich als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung des Mediums für die Werbung bezeichnen.

Die Leistungen der Beklagten bestehen nach der Kooperationsvereinbarung darin: „G. platziert nach Maßgabe der Nr. 1 der AGB das Angebot des Partners unter den über www.g....de erreichbaren werblichen Angeboten der jeweiligen Stadt“.

Unter 1.1 der AGB der Beklagten ist festgelegt: „G. unterstützt den Partner beim Marketing im Internet, insbesondere durch den Online-Verkauf von Gutscheinen. G. verkauft als eigenständiger Vertragspartner Gutscheine an interessierte Endkunden („Gutscheinewerber“) und vermittelt dem Partner des Kooperationsvertrages diese Kunden für die im Kooperationsvertrag vorgesehenen Dienst- oder Sachleistungen („Leistungen“)..."

Unter 2.1 folgt: „Der Partner hat gegenüber G. einen Anspruch auf Zahlung des jeweiligen Gutscheinpreises (...) pro beim Partner eingelösten Gutschein abzüglich der im Kooperationsvertrag vereinbarten Netto-Erfolgsprämie (...) pro eingelösten Gutschein....“.

Die vertragliche Umsetzung des Werbekonzepts der Beklagten unterscheidet sich von dem Geschäftsmodell einer Internetauktionsplattform, die Gegenstand der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts NJW 2008, 1298 und GRUR 2011, 530, war, insoweit, als die Beklagte als eigenständiger Vertragspartner Gutscheine an Interessierte verkauft. Ihre Leistungen unterscheiden sich damit erheblich von den Leistungen herkömmlicher Werbemedien, denen das Bundesverfassungsgericht seinerzeit das Geschäftsmodell einer Internetauktionsplattform im Wesentlichen gleichgestellt hat.

Während derjenige, der anderen entgeltlich Raum in Werbemedien zur Verfügung stellt, dies im Interesse seines Auftraggebers tut, also zumindest überwiegend fremdnützig handelt, verlässt die Beklagte im Verhältnis zwischen ihrem Vertragspartner und dem umworbenen Verbraucher sogar die Rolle eines Vermittlers oder Maklers und schließt mit dem für den Zahnarzt gewonnenen Patienten einen Vertrag, der mittelbar die zahnärztliche Leistung zum Gegenstand hat.

2. Die vorliegenden Vertragsbedingungen begründen die Gefahr, dass der vertraglich mit der Beklagten verbundene Zahnarzt die Behandlung eines Gutscheinerwerbers nicht am Patientenwohl orientiert, sondern an eigenen wirtschaftlichen Interessen.

Wie bereits ausgeführt verkauft die Beklagte an den gewonnenen Kunden oder Patienten einen Gutschein über die beworbene zahnärztliche Leistung, sie erhält dementsprechend (vorab) den Geldbetrag, für den die zahnärztliche Leistung ausgeführt werden soll.

Da der Zahnarzt nach Nr. 3.3 S. 3 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten die Beklagte von allen etwaigen Ansprüchen der Gutscheinerwerber im Hinblick auf die darin verbrieft Leistung freizustellen hat, muss er auch dann für die Rückerstattung des vom Gutscheinerwerber gezahlten Betrages einstehen, wenn er die Behandlung aus medizinischen Gründen zu Recht ablehnt.

Die Beklagte hat zwar in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erklärt, das Risiko einer Rückerstattung des Preises für den Gutschein in dem Fall, dass ein Vertrag zwischen Zahnarzt und Gutscheinerwerber nicht zustande komme, trage sie.

Dies lässt sich mit dem unmissverständlichen Wortlaut der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, die Gegenstand des Verbotes sind, jedoch nicht in Einklang bringen. In Nr. 3.3 S. 3 heißt es unzweideutig: Der Partner stellt G. von allen etwaigen Ansprüchen der Gutscheinerwerber im Hinblick auf die verbrieft Leistung frei" und ist damit gerade nicht auf die Fälle einer Schlecht- oder Falschbehandlung des Gutscheinerwerbers beschränkt.

Berücksichtigt man weiter, dass die Kooperationsvereinbarungen eine Laufzeit von 24 Monaten haben (Nr. 5.1 S. 1 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten), dass das so genannte Leistungsänderungsrecht in Nr. 3.4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem Vertragspartner der Beklagten nur begrenzten Spielraum lässt und weder in dem Formular der Kooperationsvereinbarung noch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten Regelungen zu finden sind, die eine Maximalzahl an Gutscheinen

festlegen, die die Beklagte verkaufen darf, begründet das Eingehen der Kooperationsvereinbarung mit der Beklagten für den Zahnarzt ein so erhebliches finanzielles Risiko, dass die Gefahr besteht, er werde die Entscheidung über die Behandlung eines Gutscheinerwerbers vorrangig an seinen finanziellen Interessen ausrichten, also medizinische Bedenken zurückstellen, um der Verpflichtung, die Beklagte von Ansprüchen der Gutscheinerwerber freizustellen, zu entgehen.

3. Den mit dem Verbot verbundenen Eingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit haben die Beklagte und die Zahnärzte im Hinblick auf das vorrangige Patientenwohl hinzunehmen.

D

Die Revision ist nicht zuzulassen (§ 543 II S. 1 ZPO). Die Entscheidung folgt der höchstrichterlichen

Rechtsprechung und sie beruht auf den besonderen Umständen des vorliegenden Falles.