



# OBERLANDESGERICHT MÜNCHEN

Aktenzeichen: 29 U 3359/12  
37 O 28484/11 Landgericht München I

Verkündet am 07. März 2013  
Die Urkundsbeamtin:

.....  
Justizangestellte

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

In dem Rechtsstreit

- Klägerin und Berufungsbeklagte -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

gegen

- Beklagter und Berufungskläger -

Prozessbevollmächtigte:  
Rechtsanwälte

hat der 29. Zivilsenat des Oberlandesgerichts München durch Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht sowie Richter am Oberlandesgericht und Richterin am Oberlandesgericht auf Grund der mündlichen Verhandlung vom 07. März 2013

**für Recht erkannt:**

- I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 18.07.2012 wird zurückgewiesen.
- II. Der Beklagte hat die Kosten des Berufungsverfahrens zu tragen.
- III. Dieses Urteil und das Urteil des Landgerichts sind ohne Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

## **Gründe:**

### **I.**

Die Parteien streiten um die Zulässigkeit von Werbemaßnahmen des Beklagten.

Der Beklagte ist niedergelassener Zahnarzt mit eigener Praxis in

Der Kläger ist die Berufsvertretung der in der Stadt und im Landkreis . . . . . tätigen bzw. dort mit Hauptwohnung gemeldeten Zahnärzte. Seine Aufgabe ist es unter anderem, in seinem Bezirk im Rahmen der Gesetze die beruflichen Belange der Zahnärzte wahrzunehmen, die Erfüllung der zahnärztlichen Berufspflichten zu überwachen und an der öffentlichen Gesundheitspflege mitzuwirken.

Der Kläger hält die vom Beklagten am 01.09.2011 im Internet betriebene Werbung aus diversen Gründen für wettbewerbswidrig und hat eine entsprechende Unterlassungsklage erhoben.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

Mit Urteil vom 18.07.2012, auf dessen Tenor und tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, hat das Landgericht der Klage vollumfänglich stattgegeben.

Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner Berufung.

Er beantragt,

1. Das Urteil des LG München I vom 18.07.2012 – 37 O 28484/11 wird aufgehoben.
2. Die Klage wird abgewiesen.

Der Kläger verteidigt das angegriffene Urteil und beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Im Übrigen wird auf die im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 07.03.2013 Bezug genommen.

## II.

Die zulässige Berufung ist nicht begründet.

1. Die Klage ist zulässig. Sie ist insbesondere nicht wegen alternativer Klagehäufung gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO zu unbestimmt und damit unzulässig. Zwar ist eine alternative Klagehäufung, bei der der Kläger ein Klagebegehren aus mehreren Streitgegenständen herleitet und dem Gericht die Auswahl überlässt, auf welchen Klagegrund es die Verurteilung stützt, unzulässig (BGHZ 189, 56, Rn. 8 – *TÜV I*; BGH GRUR 2011, 1043 Rn. 37 – *TÜV II*). Jedoch stellen die verschiedenen Gründe, die nach Auffassung des Klägers jeweils einzeln den geltend gemachten Unterlassungsanspruch rechtfertigen, keine separaten Streitgegenstände dar. Der Streitgegenstand wird bestimmt durch die mit dem Klageantrag begehrte Rechtsfolge und den zu Grunde liegenden Lebenssachverhalt (Beck OK, ZPO, 7. Aufl. § 253 Rn. 51; BGH NJW 2010, 2210 Rn. 10). Bei wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsklagen, in denen sich die Klage gegen die konkrete Verletzungsform richtet, ist in dieser Verletzungsform der Lebenssachverhalt zu sehen, durch den der Streitgegenstand bestimmt wird (BGH, Urteil vom 13.09.2012, Az. I ZR 230/11 juris, dort Rn. 24 – *Biomineralwasser* m.w.N.). Der Streitgegenstand wird daher durch die vom Kläger dargelegten Verletzungshandlungen (Anlagen K4 und K5) bestimmt und nicht durch die verschiedenen rechtlichen Aspekte, auf die der Kläger sein Unterlassungsbegehren stützt.

2. Das Landgericht ist auch zutreffend von der Begründetheit der Klage ausgegangen.

Der geltend gemachte Unterlassungsanspruch ergibt sich jedenfalls aus folgenden Gesichtspunkten:

a) Der Kläger hat gemäß §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 i.V.m. § 15 ZHG, § 5 Abs. 2 GOZ einen Anspruch gegen den Beklagten auf Unterlassung der streitgegenständlichen Werbung.

Die §§ 1 ff. GOZ stellen Marktverhaltensregelungen (auch) im Interesse der Mitbewerber im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG dar, die als Mindestpreisvorschriften einen ruinösen Preiswettbewerb verhindern und gleichzeitig gleiche rechtliche Voraussetzungen für alle Wettbewerber auf dem Markt schaffen sollen (Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 4 Rn. 11.139, für die GOÄ auch Rn. 10.202 und OLG Köln WRP 2013, 372, 373 Tz. 13).

Gemäß § 5 Abs. 2 GOZ sind die zahnärztlichen Gebühren unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen.

Die ohne Rücksicht auf den Einzelfall angebotenen Pauschalpreise des Beklagten verstoßen gegen die in § 5 Abs. 2 GOZ für Zahnarztleistungen vorgeschriebenen Entgeltkriterien, da sie die individuellen Umstände der jeweiligen Behandlung nicht berücksichtigen (vgl. LG Köln BeckRS 2012, 16097; OLG Köln a.a.O. Tz. 14).

Die Bindung der Zahnärzte bei der Abrechnung an die GOZ verstößt nicht gegen die Kartellgesetze.

b) Der Unterlassungsanspruch ergibt sich auch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1 Nr. 2, 5a Abs. 2 UWG.

Der Beklagte wirbt mit einem Preis von 39 € statt 120 € und einer Ersparnis von 81 € für die professionelle Zahnreinigung und mit 99 € statt 520 € und einer Ersparnis von 421 € für Bleaching plus professionelle Zahnreinigung. Für den Adressaten der Werbung bleibt völlig unklar, um was es sich bei dem Preis, der zur Berechnung der Ersparnis zugrunde gelegt wird, handelt. Aus Sicht des potentiellen Patienten kann es sich um den durchschnittlichen Preis, den eine entsprechende Behandlung bei einem Zahnarzt kostet, handeln oder auch um den sich nach der Gebührenordnung voraussichtlich ergebenden Preis oder den früher von dem Beklagten verlangten Pauschalpreis. Die Grundlage der Berechnung der „Ersparnis“ erschließt sich nicht.

c) Soweit es sich bei dem dem Angebot gegenübergestellten Preis um den vom Beklagten zuvor verlangten Pauschalpreis handeln sollte und die angesprochenen Verkehrskreise dies auch so verstehen sollten (vgl. OLG Köln WRP 2013, 372, 374 Tz. 21), ergibt sich der Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1 S. 1 in Verbindung mit Abs. 4 UWG. Gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1 UWG wird vermutet, dass die Werbung mit der Herabsetzung des Preises irreführend ist, sofern der Preis nur für eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Die Darlegungslast, dass der dem Angebot gegenübergestellte Preis ausreichend lange vom Beklagten gefordert wurde, trifft gemäß § 5 Abs. 4 Satz 2 UWG den Beklagten (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. § 5 Rz. 7.80). Dieser Darlegungslast ist der Beklagte nicht nachgekommen.

d) Darüber hinaus ergibt sich der geltend gemachte Anspruch entsprechend den Ausführungen des Landgerichts auch aus §§ 8 Abs. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 21 Abs. 1 S. 2, 3 der Berufsordnung für die Bayerischen Zahnärzte (BOZ).

Gemäß § 21 Abs. 1 S. 2 BOZ ist dem Zahnarzt berufswidrige Werbung untersagt. Gemäß § 21 Abs. 1 S. 3 BOZ ist insbesondere anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung berufswidrig.

Da durch § 21 Abs. 1 BOZ das Werbe-Verhalten der Zahnärzte am Markt geregelt werden soll, handelt es sich um eine Marktverhaltensregel im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG.

Im Hinblick auf die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG und die Meinungsäußerungsfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 GG sind werbebeschränkende Vorschriften in ärztlichen Berufsordnungen nur verfassungsgemäß, sofern sie nicht jede, sondern – wie § 21 Abs. 1 BOZ - lediglich die berufswidrige Werbung untersagen. Für interessengerechte und sachangemessene, insbesondere das notwendige Vertrauensverhältnis zu Patienten nicht gefährdende Informationen, die keinen Irrtum erregen, muss dagegen im rechtlichen und geschäftlichen Verkehr Raum bleiben (BVerfG NJW 2011, 3147 Rz. 21 – *Zahnärztehaus*).

Die Grenze zwischen angemessener Information und berufswidriger Werbung ist dabei unter Berücksichtigung dessen zu bestimmen, dass die für Ärzte bestehende Beschränkung des Werberechts eine Verfälschung des ärztlichen Berufsbildes verhindern soll, die einträte, wenn der Arzt die in der Wirtschaft üblichen Werbemethoden verwendete (BGH GRUR 2004, 164, - *Arztwerbung im Internet*; BVerfGE 33, 125, 170; BVerfGE 85, 248, 260). Hinter diesem Zweck

steht das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung (BVerfGE 71,162, 174). Die ärztliche Berufsausübung soll sich nicht an ökonomischen Erfolgskriterien, sondern an medizinischen Notwendigkeiten orientieren. Das Verbot berufswidriger Werbung des § 21 Abs. 1 BOZ beugt damit einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufs vor (vgl. BGH GRUR 2004, 164, *Arztwerbung im Internet*; BVerfGE 85, 248, 260).

Die streitgegenständliche Werbung beschränkt sich nicht auf die angemessene Information des Adressaten, sondern stellt den Preis unangemessen in den Vordergrund. Der Adressat wird, bevor ihm überhaupt der Leistungsgegenstand mitgeteilt wird, auf die von ihm zu erzielenden Ersparnisse hingewiesen. Die Aufmerksamkeit des Adressaten soll nicht durch die angebotene Leistung, sondern durch den zu erzielenden Preisvorteil gewonnen werden. Der Werbeeffect soll in erster Linie über den Preis erfolgen, wobei durch die zeitliche Limitierung des Angebots zusätzlich unangemessener Druck auf die angesprochenen potentiellen Patienten ausgeübt wird. Die zahnärztliche Leistung wird damit vollständig kommerzialisiert. Die streitgegenständliche Werbung mit den Rabattangeboten ist unangemessen anpreisend und berufswidrig.

Ob sich der Unterlassungsanspruch auch noch aus weiteren Aspekten ergibt, kann – da es sich um denselben Lebenssachverhalt und damit nur um einen Streitgegenstand handelt - dahinstehen.

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund der bereits erfolgten Verletzungshandlungen vermutet.

### III.

Zu den Nebenentscheidungen:

1. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.
2. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 713 ZPO.

3. Die Revision war nicht zuzulassen, weil die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO) und auch die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO nicht vorliegen. Die Rechtssache erfordert, wie die Ausführungen unter II. zeigen lediglich die Anwendung gesicherter Rechtsprechungsgrundsätze auf den Einzelfall.

Vorsitzender Richter  
am Oberlandesgericht

Richterin  
am Oberlandesgericht

Richterin  
am Oberlandesgericht