
Datum: 09.06.2009
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 70/09
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2009:0609.4U70.09.00

Vorinstanz: Landgericht Essen, 41 O 5/09

Tenor:

Die Berufung des Antragstellers gegen das am 11. Februar 2009 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen wird zurückgewiesen.

Der Antragsteller trägt die Kosten der Berufung.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.

Der Antragsteller und der Antragsgegner zu 1) sind Zahnärzte, die überregional tätig sind. Die Antragsgegnerin zu 2) betreibt eine Zahnklinik in F, in welcher der Antragsgegner zu 1) als Zahnarzt tätig ist.

Die Antragsgegner werben in überregionalen Tageszeitungen bundesweit. Auf der vorgelegten Internetseite der Antragsgegnerin (*Internetadresse*) findet sich dabei für den Fall, dass die Behandlung eine oder mehrere Übernachtungen erforderlich macht, eine Empfehlung für die örtlichen Hotels "C1" und "T", die danach nur 5 Minuten von der Zahnklinik entfernt sind.

1

2

3

4

5

Außerdem findet sich eine Werbung der Antragsgegner auf dem Internetportal E1, welches von der Firma E und U GmbH betrieben wird. Bei dieser Firma handelt es sich um eine Dentalhandelsgesellschaft, deren Geschäftsführer und Gesellschafter zugleich an einer Firma J GmbH beteiligt sind. Geschäftsgegenstand der J GmbH ist die Erbringung von Leistungen im Gesundheitswesen. Die Firma erfüllt die Voraussetzungen des § 73 b SGB V, d. h. sie ist berechtigt, Versorgungsverträge i.S.v. § 73 c SGB V über ambulante ärztliche Versorgung mit Krankenkassen zu schließen. Dementsprechend hat die Firma J GmbH mit verschiedenen gesetzlichen Krankenkassen, überwiegend Betriebskrankenkassen, Verträge zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Individualprophylaxe geschlossen. Wegen des Inhalts dieser Verträge wird auf den Vertrag zwischen der C AG mit der J GmbH vom 06.08.2008 (Anl K 17) Bezug genommen.

In Ausführung der mit den Betriebskrankenkassen geschlossenen Verträge hat die Firma J GmbH wiederum Verträge mit der E und U GmbH und verschiedenen Zahnärzten, so auch dem Antragsgegner zu 1) sowie der Antragsgegnerin zu 2) geschlossen. Wegen des Inhalts dieser Verträge wird auf den vorgelegten "Vertrag zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Leistungen der Individualprophylaxe" (Anl. K 18) verwiesen. 6

In § 4 I dieses Vertrages heißt es insbesondere: 7

"1. Mit der Erbringung/Beschaffung der zahntechnischen Leistungen innerhalb dieses Vertrages wird der Zahnarzt ausschließlich die von der J GmbH genannten zahntechnischen Labore oder Dentalhandelsgesellschaften beauftragen. Bis auf weiteres ist ausschließlich die E und U GmbH (...) zu beauftragen. Es besteht gegenseitiges Einvernehmen, dass außerhalb dieses Vertrages der Zahnarzt bei allen kostenreduzierten Laborleistungen (ausländischer Zahnersatz) ausschließlich die von der J GmbH genannten zahntechnischen Labore oder Dentalhandelsgesellschaften beauftragt. Bis auf weiteres ist ausschließlich die E und U GmbH (...) zu beauftragen. 8

2. Mit der Teilnahmeerklärung hat der Versicherte sich verpflichtet, sämtliche zahntechnischen Leistungen über die von der J GmbH genannten zahntechnischen Leistungen über die von der J GmbH genannten zahntechnischen Labore und Dentalhandelsgesellschaft erbringen bzw. beschaffen zu lassen. Wünscht der Patient dennoch die Beauftragung eines anderen Labors oder einer anderen Dentalhandelsgesellschaft, so darf der Zahnarzt keine Behandlung im Rahmen dieses Vertrages vornehmen (...)." 9

Der Patient erklärt mit seiner diesbezüglichen Teilnahmeerklärung (Anl. 19) seine Verpflichtung zur Teilnahme an dieser Versorgung für mindestens ein Jahr. 10

Die Leistungen der E werden auf der Internetseite E1 (*Internetadresse*) umworben, wo im Rahmen einer Zahnarztsuche die angeschlossenen Zahnärzte im Einzelnen vorgestellt werden. Auf die der Antragsschrift beigefügten Internetausdrucke (Bl. 16 ff.) wird verwiesen. Die Beteiligung an der E1 Kooperation erfolgt für den Zahnarzt jedenfalls in Form der Zahlung entsprechender Verwaltungskosten – s. "Lastschriftinzugsverfahren – zur E1 Kooperation erforderlich" (Anl. 23) - entgeltlich. 11

Unter dem 05.01.2009 stellte der Antragsteller fest, dass die Antragsgegner umfassend im Internet für ihr Leistungsangebot werben bzw. werben lassen. Der Antragsteller hat die Werbung in zahlreichen Punkten für unzulässig gehalten, und zwar, soweit dies nunmehr für die Berufung des Antragstellers noch relevant ist, in folgenden Punkten: 12

Der Antragsteller hat gemeint, durch die Hotelempfehlungen auf der Internetseite *Internetadresse* verstießen die Antragsgegner gegen § 15 II der BO NW, wonach es dem Zahnarzt untersagt sei, seine zahnärztliche Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden oder ihre Verwendung für gewerbliche Zwecke zu gestatten.

Der Antragsgegner zu 1) verstoße sodann gegen das Gebot, den zahnärztlichen Beruf persönlich, eigenverantwortlich und fachlich weisungsunabhängig in Diagnose und Therapie auszuüben, weil er sich dazu verpflichtet habe, mit der Erbringung und/oder Beschaffung zahnärztlicher Leistungen ausschließlich ein bestimmtes Dentallabor zu beauftragen, und solchen Patienten, die ein anderes Zahnlabor wünschten, die zahnärztliche Weiterbehandlung zu verweigern. Ferner habe der Antragsgegner zu 1) sich dazu verpflichtet, bei Patienten keine professionelle Zahnreinigung durchzuführen, wenn zwischen zwei aufeinander folgenden professionellen Zahnreinigungen nicht mindestens ein Zeitraum von sechs Monaten liege. Diese Bindungen ergäben sich aus dem Vertrag, den der Antragsgegner zu 1) mit der J GmbH abgeschlossen habe. 14

Der Antragsteller hat einen Verstoß gegen § 8 V der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer darin gesehen, dass der Antragsgegner zu 1) die Werbung für sich auf der Internetseite E1 in Anspruch nimmt. Dies verstößt seiner Auffassung nach gegen den Grundsatz, dass es einem Zahnarzt nicht gestattet sei, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen. 15

Der Antragsteller hat es für unlauter gehalten, dass der Antragsgegner zu 1) sich im Rahmen des abgeschlossenen Vertrages mit der J GmbH auch dazu verpflichtet habe, umfangreiche Einschränkungen seines Honoraranspruchs in Kauf zu nehmen. So habe er sich verpflichtet, eine professionelle Zahnreinigung zu einem pauschalen Vertragspreis von 50,00 € zu erbringen. Im Bereich Zahnersatz müsse er sicherstellen, dass dem Patienten bei einem 30 %igen Bonus keinerlei Zuzahlungen entstehen. Implantatleistungen seien zu einem Pauschalpreis zu erbringen. Insgesamt habe der Antragsgegner zu 1) sein Honorar so zu gestalten, dass der Patient nach Maßgabe der festgelegten Bedingungen einen zuzahlungsfreien Zahnersatz erhalte. Dies alles stelle einen grundlegenden Verstoß gegen die Gebührenordnung für Zahnärzte dar. 16

Der Antragsteller hat, soweit dies in der Berufung noch streitgegenständlich ist, den Erlass einer einstweiligen Verfügung beantragt wie folgt: 17

1. 18

Die Antragsgegner haben es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen auf dem Gebiet der zahnmedizinischen Leistungserbringung, 19

a) im Internet gegenüber Verbrauchern in ihrer Eigenschaft als zahnärztliche Leistungserbringer die Übernachtung in bestimmten Hotels zu empfehlen und/oder empfehlen zu lassen, insbesondere wie nachstehend wiedergegeben: 20

- wie Abbildung Bl. 3 d.A. – 21

2. 22

23

Der Antragsgegner zu 1) hat es unter Androhung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu € 250.000,00 - ersatzweise Ordnungshaft - oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen, bei geschäftlichen Handlungen auf dem Gebiet der zahnmedizinischen Leistungserbringung

a) 24

sich Dritten gegenüber vertraglich dazu zu verpflichten und/oder verpflichten zu lassen, mit der Erbringung und/oder Beschaffung zahntechnischer Leistungen ausschließlich durch den Dritten benannte und/oder bestimmte zahntechnische Labore und/oder Zahntechniker und/oder Dentalhandelsgesellschaften zu beauftragen, insbesondere wie im als Anlage I beigefügten Vertrag zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Individualprophylaxe nach § 73 c SGB V zwischen dem Antragsgegner zu 1) und der J GmbH, Bonsiepen 6-8, #####1 F, geschehen;

b) 26

sich Dritten gegenüber vertraglich dazu zu verpflichten und/oder verpflichten zu lassen, Patienten, die sich - entgegen einer einmal erklärten Teilnahme zum Strukturvertrag Zahnersatz und/oder Implantatversorgung und/oder Professionelle Zahnreinigung - im Laufe einer zahnärztlichen Behandlung für die die Beauftragung eines von der E und U GmbH verschiedenen Labors oder einer von der E und U GmbH verschiedenen anderen Dentalhandelsgesellschaft entscheiden, die zahnärztliche Weiterbehandlung zu verweigern, insbesondere wie im als Anlage I beigefügten Vertrag zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Individualprophylaxe nach § 73 c SGB V zwischen dem Antragsgegner zu 1) und der J GmbH, C-Straße #-#, ##### F, geschehen;

c) 28

sich Dritten gegenüber vertraglich dazu zu verpflichten und/oder verpflichten zu lassen, bei Patienten keine professionelle Zahnreinigung durchzuführen und/oder durchführen zu lassen und/oder eine solche Patienten anzubieten und/oder anbieten zu lassen, wenn zwischen zwei aufeinander folgenden professionellen Zahnreinigungen nicht mindestens ein Zeitraum von sechs Monaten liegt, insbesondere wie im als Anlage I beigefügten Vertrag zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Individualprophylaxe nach § 73 c SGB V zwischen dem Antragsgegner zu 1) und der J GmbH, C-Straße #-#, ##### F, geschehen;

d) 30

sich gegen Entgelt und/oder in sonstiger Weise an dem Internetauftritt unter *Internetadresse* der E und U GmbH zu beteiligen, um sich dadurch die Möglichkeit zu verschaffen, einzelne, bei den in Anlage 2 näher bezeichneten Krankenkassen, gesetzlich Versicherte exklusiv zur zahnärztlichen Behandlung zugewiesen zu bekommen;

e) 32

sich Dritten gegenüber dazu zu verpflichten und/oder verpflichten zu lassen, den von gesetzlich Versicherten außerhalb der befundorientierten Festzuschüsse zu zahlenden Eigenanteil den Versicherten gegenüber höchstens mit dem 2,8fachen GOZ-Satz zu liquidieren;

f) sich Dritten gegenüber zu verpflichten und/oder verpflichten zu lassen, darauf zu achten, dass der von den gesetzlich Versicherten außerhalb der befundorientierten Festzuschüsse im

Rahmen der Teilnahme zum Strukturvertrag Zahnersatz und/oder Implantatversorgung und/oder Professionelle Zahnreinigung zu zahlende Eigenanteil die nach dem Vertrag zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Individualprophylaxe nach § 73 SGB V gewährten erhöhten Festzuschüsse nicht überschreitet;

g) 35

Empfehlung eines Dritten Folge zu leisten oder Folge leisten zu lassen, den von gesetzlich 36
Versicherten außerhalb der befundorientierten Festzuschüsse zu zahlenden Eigenanteil bei
komplizierten Versorgungsformen den Versicherten gegenüber höchstens mit dem 3,0fachen
GOZ-Satz zu liquidieren.

Die Antragsgegner haben beantragt, 37

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen. 38

Sie haben die Aktivlegitimation des Antragstellers bestritten mit der Begründung, es bestehe 39
zwischen den Parteien kein Wettbewerbsverhältnis. Sie sind der Auffassung gewesen, das
Gesetz über den unlauteren Wettbewerb sei nicht anzuwenden, weil die in Rede stehenden
Rechtsbeziehungen nach § 69 V SGB V durch das SGB abschließend geregelt seien. Die
fraglichen Verstöße haben die Antragsgegner im Einzelnen in Abrede gestellt. Im Übrigen
liege auch kein Eilfall vor.

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung in Bezug auf die ursprünglichen Anträge zu I 40
b) und II h) bis j) gemäß Antragsschrift vom 26.01.2009 erlassen. Auf den Tenor des
angefochtenen Urteils S. 2 bis 3 wird insoweit Bezug genommen. Diesbezüglich haben die
Antragsgegner später unter dem 23.03.2009 eine Abschlusserklärung abgegeben. Im
Übrigen hat das Landgericht den Verfügungsantrag zurückgewiesen.

Zur Begründung der Teilzurückweisung hat das Landgericht ausgeführt, dass es dem 41
Antragsgegner zu 1) nicht verboten sei, sich auf den Seiten der E und T GmbH als
approbierter Zahnarzt auflisten zu lassen. Hierbei handele es sich nämlich um eine
berufsbezogene Information. Es sei anerkannt, dass Eintragungen beim sog.
"Zahnartzsuchservice" nicht zu beanstanden seien. Dass der Antragsgegner für seine
Aufführung im Internet an die Firma E ein Entgelt bezahlt habe, sei nicht glaubhaft gemacht.

Soweit die Antragsgegner ihren Patienten eine Übernachtung in bestimmten Hotels 42
empfehlen, könne dahinstehen, ob es sich hierbei um einen Verstoß gegen § 15 II der
Berufsordnung für Zahnärzte handele. Nach dieser Vorschrift sei es Zahnärzten untersagt,
ihre Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden. Selbst wenn man den
Verstoß bejahe, sei nicht nachvollziehbar, warum hierdurch der Wettbewerb der Parteien
beeinträchtigt werde. Denn der Antragsteller habe keinen erkennbaren Nachteil dadurch,
dass im Internetauftritt der Antragsgegner bestimmte Hotels angesprochen würden. Es sei
auch nicht erkennbar, dass sich potentielle Patienten nur deshalb, weil dort zwei Hotelketten
genannt würden, eher zu einer Behandlung durch die Antragsgegner als zu einer solchen
durch den Antragsteller entscheiden könnten. Im Übrigen sprächen
Zweckmäßigkeitserwägungen dafür, dass diese beiden Hotels empfohlen würden, weil sie
sich in der Nähe zur Klinik der Antragsgegnerin zu 2) befänden und von dort aus gut mit
öffentlichen Verkehrsmitteln erreicht werden könnten.

Ein unlauteres Verhalten des Antragsgegners zu 1) sei auch im Übrigen nicht festzustellen. 43
Soweit er daran mitwirke, den im Sozialgesetzbuch vorgesehenen öffentlich-rechtlichen

Versorgungsauftrag gegenüber den Versicherten zu erfüllen, verhalte er sich gesetzeskonform. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (Urt. v. 23.02.2006, NJW-RR 2006, 1046) schließe § 69 SGB V auch wettbewerbsrechtliche Ansprüche aus, soweit der Betreffende in Erfüllung des Versorgungsauftrages der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber dem Versicherten handle. Der Gesetzgeber habe in § 73 c SGB V ausdrücklich vorgesehen, dass die Krankenkassen ihren Versicherten den Abschluss von Versorgungsverträgen anbieten könnten. Zur Umsetzung dieser Verträge könnten die Krankenkassen mit Trägern von bestimmten Einrichtungen Einzelverträge schließen. Die weitere Ausführung dieser Verträge bedinge es, dass die Träger der Einrichtungen sich vertraglich an Ärzte/Zahnärzte/

Laboreinrichtungen/Apotheken binden und diesen bestimmte Regeln sowohl in Bezug auf die Leistungserbringung als auch in Bezug auf die Abrechnung der Leistungen vorgeben. Akzeptiere ein Zahnarzt, wie der Antragsgegner zu 1), derartige Beschränkungen, so wirke er letztlich an der Ausführung des Gesetzes mit. Ohne diese Einschränkungen wären derartige Versorgungsverträge sinnvoll nicht durchführbar. Dann aber könne das Handeln eines "Vertragszahnarztes" selbst dann, wenn es möglicherweise gegen landesspezifische Verordnungen verstoßen sollte, nicht wettbewerbswidrig sein. Hinzu komme Folgendes: Letztlich zielten die vom Kläger gestellten Anträge, soweit sie den gem. § 73 c SGB V geschlossenen Vertrag beträfen, darauf ab, seinem Mitbewerber die Beteiligung an derartigen Versorgungsverträgen untersagen zu lassen und dadurch eine Umsetzung des Gesetzes zu unterbinden. Dies sei aber keine Problematik, die sich anhand der Regelungen des Gesetzes über den unlauteren Wettbewerb messen und beurteilen ließe, sondern eine solche, die die gesetzeskonforme Anwendung des § 73 c SGB V und dessen Verfassungsgemäßheit beträfe. 44

Der Antragsteller greift das Urteil hinsichtlich der zurückgewiesenen Anträge mit der von ihm eingelegten Berufung an, mit der er diese Anträge weiterverfolgt. Er meint: 45

Rechtsirrig gehe das Landgericht davon aus, es sei dem Antragsgegner zu 1) nicht verboten, sich auf den Seiten der E und T GmbH als approbierter Arzt auflisten zu lassen. Das Gericht verkenne dabei die Reichweite des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 18.10.2001, Az. I BvR 181/00, weil nicht nur eine einfache Zahnarztsuche gestattet werde. Vielmehr werde das Angebot der Zahnarztsuche mit umfangreichen und berufsrechtswidrigen Werbemaßnahmen "angefüttert". So werde die Zahnarztsuche unter dem Portal *Internetadresse*, an der sich der Antragsgegner zu 1) beteilige, in direktem Zusammenhang mit einer unzulässigen und anonymen Bewertungsplattform angeboten. Entsprechendes gelte für die hier stets zu findende Werbeaussage "Unser Angebot – Ihr Vorteil Zahnersatz ohne Eigenanteil!". Diese sei als plakative, schlagwortartige Werbeaussage berufsrechtlich unzulässig. Sie sei geeignet, Patienten dazu zu verleiten, sich aufgrund der ausgelobten "Kostenfreiheit" in die Behandlung der unter *Internetadresse* werbenden Zahnärzte zu begeben. Diese Werbeaussage sei zudem irreführend, weil der im Rahmen des E1 den Patienten zur Verfügung gestellte Zahnarzt nicht in jedem Fall mit dem von der Krankenkasse nach § 55 SGB V zu zahlenden Eigenteil bezahlt werden könne. Hinzu komme, dass die Zahnarztsuche mit den im Verfügungsurteil unter Ziff. 2 b) untersagten Werbeaussagen gekoppelt werde. 46

Zu Unrecht habe das Landgericht auch die durch die Antragsgegner vorgenommene Empfehlung, in bestimmten Hotels zu übernachten, nicht als wettbewerbswidrig angesehen. Es habe fehlerhaft nicht geprüft, ob hierin ein Verstoß gegen § 15 II der BO für Zahnärzte liege. Dieses Verbot, die Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden, umfasse 47

auch die Werbung für Dritte. Leite der Zahnarzt den Patienten an ein bestimmtes Hotel, so ermögliche er dem ausgewählten Hotelier, sich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient für gewerbliche Zwecke zu Nutze zu machen. Die Vorstellung, ein Arzt kenne sich aus und wisse, was gut sei, werde in diesem Sinne auf den hinter dem Angebot stehenden Hotelier übertragen. Auch die Hoteliers versprächen sich ihrerseits eine Steigerung dadurch, dass unter Ausnutzung des "good will" für sie geworben werde. Auch sachlich gebotene Gründe für die pauschale Empfehlung der Hotels gegenüber der Gesamtheit von Patienten seien nicht ersichtlich, da es in unmittelbarer Nähe der Klinik der Antragsgegnerin zu 2) zahlreiche weitere Übernachtungsmöglichkeiten gäbe. Vielmehr handele sich bei den durch die Antragsgegner in ihr Internetangebot aufgenommenen Hotels um sog. Luxushotels. Die Antragsgegner suchten so sich deren Image für die eigene zahnärztliche Tätigkeit nutzbar zu machen.

Soweit das Landgericht die Verfügungsanträge zu Ziff. 2 a) bis g) für ausgeschlossen erachte, verkenne es die Reichweite des § 69 SGB V und habe sich daher zu Unrecht mit der Wettbewerbswidrigkeit der einzelnen Handlungsweisen des Antragsgegners zu 1) nicht auseinandergesetzt. Der Ausschluss wettbewerbsrechtlicher Ansprüche könne sich nicht auf solche Ansprüche beziehen, die sich auf einen Verstoß gegen die Berufsordnung für Zahnärzte stützten. Hier sei entscheidend, dass der Bundesgesetzgeber im Bereich der Berufsordnung bereits keine Entscheidungskompetenz habe, die es ihm erlaube, die Berufsordnung der Landesärztekammern insoweit außer Kraft zu setzen. Es sei ausgeschlossen, dass der Bundesgesetzgeber die wettbewerbsrechtliche Verfolgung der durch den Antragsteller gerügten Verstöße gegen das zahnärztliche Berufsrecht gleichsam als Annex zu § 69 SGB V geregelt haben solle. Der Kompetenztitel für den Bereich der Sozialversicherung gem. Art. 74 I Nr. 12 GG erfasse dabei nicht etwa auch das "Vertragsarztrecht" schlechthin. Der Bundesgesetzgeber habe vielmehr den Vorrang des in die ausschließliche Gesetzgebung der Länder (Art. 70 I GG) fallenden allgemeinen Berufsrechts zu beachten. Ein Ausschluss des zahnärztlichen Berufsrechts im Rahmen von Direktverträgen sei auch nicht im Sinne von Art. 72 II GG erforderlich. Ebenso wenig ergebe sich eine solche Kompetenzerweiterung "kraft Sachzusammenhangs". Schlussendlich würde durch die vom Landgericht vorgenommene Auslegung der Reichweite des § 69 SGB V in Bezug auf die hier streitgegenständlichen Verstöße des Antragsgegners zu 1) die vom Bundesverfassungsgericht stetig hervorgehobenen Anforderungen der sog. Bundestreue missachtet. Alle vertragsärztlichen Regelungen hätten den Vorrang des in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder fallenden allgemeinen Berufsrechts zu respektieren. Ein Bundesgesetz, das sich Landesberufsrecht aneigne und damit als Teil des Bundesvertragsarztrechts dem Zugriff der Länder entziehe, lasse diesen Respekt vermissen und sei verfassungswidrig. Die Anwendung des Landesberufsrechts der Zahnärzte sei somit keineswegs durch die Bestimmung des § 69 SGB V verdrängt. Vorliegend mache er, der Antragsteller, überdies einzig und allein wettbewerbsliche Ansprüche geltend. Seine Ansprüche referierten in keiner Weise auf vermeintliche sozialrechtliche Verstöße gegen die Bestimmungen des SGB V. Auch sprächen europa- und kartellrechtliche Überlegungen dafür, vorliegend von einem unlauteren Verhalten im Sinne des § 3 UWG auszugehen und die Anwendbarkeit dieser Vorschrift zu verlangen.

48

Diese Erwägungen beanspruchten Geltung ebenso für eine wettbewerbsrechtliche Absicherung von Verstößen gegen die Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ). Die GOZ sei eine von der Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Rechtsverordnung. Sie könne auch nur auf diese Weise eine Änderung erfahren. Wollte man der Ansicht des Landgerichts folgen und den Verstoß gegen die Gebührenordnung gleichsam akzeptieren, verstieße dies gegen den Sinn und Zweck der bundeseinheitlichen

49

Gebührenregelung im Rahmen der ärztlichen Leistungserbringung überhaupt und ließe Landesgesetzzuständigkeiten wiederum vollkommen außer Betracht. Überdies sei der Anwendungsbereich des § 73 c SGB V auf derartige Versorgungsverträge beschränkt. Bei den hier geltend gemachten Verstößen handle es sich jedoch ausschließlich um Abweichungen von der GOZ, die der Antragsgegner zu 1) außerhalb seiner Verpflichtung aus dem Vertrag zur besonderen vertragsärztlichen Versorgung, also im durch die GKV gerade nicht geregelten Privatbereich erbringe. Im Rahmen dieser Leistungserbringung sei der Antragsgegner zu 1) jedoch Zahnarzt wie jeder andere und damit an die Bestimmungen der §§ 15 ZHG; 1 I, 4 I, 5 GOZ gebunden.

In berufsrechtlicher Hinsicht verstoße der Antragsgegner zu 1) gegen das ihn treffende Gebot des § 1 I 2 BO – NR, seinen zahnärztlichen Beruf fachlich weisungsunabhängig in Diagnose und Therapie auszuüben. Nach § 4 I des Vertrages zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Leistungen der Individualprophylaxe werde der an dem Vertrag teilnehmende Zahnarzt verpflichtet, ausschließlich die von der J GmbH genannten zahntechnischen Labore oder Dentalhandelsgesellschaften, bis auf weiteres die E, mit der Erbringung/Beschaffung der zahntechnischen Leistungen innerhalb des Vertrages zu beauftragen. Darüber hinaus werde festgestellt, dass der Zahnarzt außerhalb des Vertrages bei allen kostenreduzierenden Laborleistungen (ausländischer Zahnersatz) ausschließlich die von der J GmbH genannten zahntechnischen Labore oder Dentalhandelsgesellschaften beauftragen müsse, wobei dies wiederum bis auf weiteres die E sei. Folge der vom Antragsgegner zu 1) eingegangenen Verpflichtung sei, dass er seinen zahnärztlichen Beruf nicht mehr eigenverantwortlich und fachlich weisungsunabhängig in Diagnose und Therapie ausübe. Ein optimaler Behandlungserfolg für den Patienten hänge auch von der Auswahl des Zahntechnikers ab. Hier müsse der Zahnarzt frei sein zu entscheiden, welchen Zahntechniker er im Rahmen seiner Therapie beauftrage. Wenn ihm zwingend vorgegeben werde, nur ein bestimmtes Labor zu beauftragen, so habe er nicht mehr die Freiheit zu entscheiden, dass z.B. in einer besonders komplizierten Versorgungssituation ein anderes zahntechnisches Labor, aufgrund besonderer Spezialkenntnisse, besser als Vertragspartner geeignet sei. 50

Ein weiterer Verstoß des Antragsgegners zu 1) gegen die Wahrung seiner Therapiefreiheit liege darin, dass er sich gemäß § 4 II des Vertrages verpflichte, keine Behandlung in diesem Rahmen mehr vorzunehmen, wenn der Patient die Beauftragung eines anderen Labors oder einer anderen Dentalhandelsgesellschaft wünsche. Hiermit werde dem Antragsgegner zu 1) vorgegeben, dem Patienten eine zahnärztliche Behandlung zu verweigern, falls dieser nicht bereit sei, das Labor E zu akzeptieren. Hiermit unterwerfe der Zahnarzt sein Handeln den Vorgaben des Vertrages, anstatt fachlich frei zu entscheiden, ob eine Behandlungsmaßnahme durchgeführt werde oder nicht. Die Verweigerung einer Behandlungsmaßnahme mit Hinweis auf die Nichtbeauftragung eines bestimmten Labors führe dazu, dass der Patient die Leistungen privat zu zahlen hätte, da er auch bei anderen "E Zahnärzten" keine Behandlung bekommen würde. Der Patient habe sich entsprechend der von ihm abzugebenden Teilnahmeerklärung für mindestens ein Jahr an den Vertrag gebunden. Ein deutlicher Beleg dafür, dass der Antragsgegner zu 1) seinen zahnärztlichen Beruf mit der Unterschrift unter den Vertrag nicht mehr wie von der BO NW gefordert eigenverantwortlich und fachlich weisungsunabhängig in Diagnose und Therapie ausüben könne, sei auch der von der J2 GmbH herausgegebene "Leitfaden zur Abrechnung von E1-Leistungen" von Oktober 2008. Danach würden dem Antragsgegner zu 1) strikte Vorgaben für die Ausübung seines zahnärztlichen Berufes gemacht. 51

Da sich der Antragsgegner zu 1) zu umfangreichen Einschränkungen seines Honoraranspruchs verpflichte, werde gegen das Verbot der Zuweisung gegen Entgelt gemäß 52

§ 8 V MBO-Zahnärzte verstoßen. Die Unterzeichnung des "Versorgungsvertrages" habe zur Folge, dass der Antragsgegner zu 1) sein Honorar so gestalten müsse, dass der Patient nach Maßgabe der festgelegten Bedingungen zuzahlungsfreien Zahnersatz erhalte. Dies impliziere, dass der Antragsgegner zu 1) sein Honorar im Einzelnen zu reduzieren habe. Folge er diesen vertraglichen Verpflichtungen, um die Zuweisung von Patienten auch in der Zukunft sicherzustellen, verstoße er gegen das zahnärztliche Vergütungssystem. Die hierbei gemachten Zugeständnisse stellten die Gewährung eines Vorteils dar, der u.a. zum Ziel habe, an dem E1 Netzwerk zwecks Zuführung von Patienten teilnehmen zu können.

Im Rahmen der beruflichen Leistungen nach der GOZ sei dem Zahnarzt die Vereinbarung von Pauschalen – außer bei sog. Verlangensleistungen – nicht möglich. Der Zahnarzt sei gehalten, die Gebührenpositionen der GOZ anzusetzen. Die Höhe der Gebühr variere nach § 5 I GOZ über einen Steigerungsfaktor. Innerhalb des Gebührenrahmens seien die Gebühren unter Berücksichtigung der Schwierigkeit und des Zeitaufwandes der einzelnen Leistung sowie der Umstände bei der Ausführung nach billigem Ermessen zu bestimmen. Dem Zahnarzt sei es nur unter Beachtung dieser Kriterien möglich, den entsprechenden Steigerungssatz festzulegen. Eine andere Gebührenbemessung sei unzulässig. Zudem gäbe das Zahnheilkundengesetz Mindest- und Höchstgebühren vor. Eine vertragliche Unterschreitung der sich in Anwendung der Gebührenordnung für Zahnärzte ergebenden Vergütungen sei unzulässig. Im Rahmen des § 73 c I SGB V könne zwar grundsätzlich ein anderes Leistungsspektrum als im Leistungskatalog der GKV festgelegt und eine andere Vergütung bestimmt werden. Bei Leistungen, die nicht Gegenstand einer vertraglichen Abrede nach § 73 c SGB V seien, sei aber in jedem Fall weiterhin das Regelwerk der GOZ zu beachten und verbindlich. Dies betreffe z.B. den vom Patienten zu zahlenden Eigenanteil und alle Leistungen, die nach GOZ berechnet würden. Es würden bestimmte Leistungen unter der Geltung der GOZ erbracht. Im Rahmen des E1-Netzwerkes und auf Basis des abgeschlossenen "Versorgungsvertrages" verpflichte sich der Antragsgegner zu 1) zu einem Abrechnungsprocedere, das gegen das verbindliche Regelwerk der GOZ verstoße. Zudem verpflichte er sich entgegen der Regelung des § 1 I VIII BO-NR zu einer vertraglichen Unterschreitung der GOZ-Gebühren, da er bei Mehrleistungen maximal einen 2,8 fachen GOZ-Satz anzusetzen habe, auch wenn die Leistung nach § 5 GOZ höher zu bemessen wäre.

Der Antragsteller beantragt (s. Bl. 210 – 213 d.A.),
das landgerichtliche Urteil, soweit zu seinem Nachteil erkannt, abzuändern und die weiteren beantragten Verfügungsanordnungen zu erlassen.

Die Antragsgegner beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigen das Urteil mit näheren Ausführungen und meinen, der Antragsteller könne mit dem Anliegen, ihnen die Auflistung als Teilnehmer des Strukturvertrages auf den Informationsseiten E1 untersagen zu lassen, nicht durchdringen, weil der Antrag insoweit zu weit sei. Es werde dabei in unzulässiger Weise pauschal das eigentliche Ziel verfolgt, die Antragsgegner als Konkurrenten eines Strukturvertrages gemäß § 73 c SGB V auszuschalten und ihnen in diesem Kontext jegliche Außendarstellung zu verbieten. Auch würden sie nur über die Suchfunktion der Seite in Erscheinung treten und hiermit selbst keine berufswidrige Werbung betreiben. Hinsichtlich der Verwendung von Angaben zu Hotels auf der Homepage, die sich in Nähe der Zahnklinik befänden, erfolge schon gar keine gewerbliche Verknüpfung zwischen ihrer beruflichen Tätigkeit und einem vermeintlich gewerblichen Auftritt. Vor allem

trage der Antragsteller hierzu nach wie vor keinerlei greifbare Nachteile vor, die er durch diese Angaben angeblich erleiden würde. Hinsichtlich der weiterhin beanstandeten Verhaltensweisen habe das Landgericht eine Unlauterkeit des Handelns unter Beachtung der Rechtsprechung des BGH zu § 69 SGB V zu Recht nicht feststellen können. Die verfassungsrechtlichen Überlegungen des Antragstellers zur angeblich verfassungswidrigen Auslegung des § 69 SGB V gingen an der Sache vorbei. Diese Regelung schließe es aus, Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die in Erfüllung des öffentlichrechtlichen Versorgungsauftrags handelten, nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen. Sie nähmen gerade an diesem öffentlichrechtlichen Versorgungsauftrag teil. Die Frage, ob § 69 SGB V, wie vom Antragsteller postuliert, angeblich nicht mit Landesrecht vereinbar sei, könne letztlich insofern sogar dahinstehen. Denn der Antragsteller trage doch gerade vor, dass die aus § 73 c SGB V resultierenden Umstände, die immerhin zu konkreten Vereinbarungen der Antragsgegner mit Krankenkassen und Leistungserbringern geführt hätten, einen Verstoß gegen Wettbewerbsrecht darstellen würden. Mithin begehre er eine originäre Entscheidung über sozialrechtliche Normen bzw. deren vermeintlich wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen. Genau diese Konstellation sei aber vom BGH dahin beantwortet worden, dass eine wettbewerbsrechtliche Relevanz angesichts § 69 V SGB V nicht gegeben sei. Es sei unzutreffend, dass die lediglich aus dem Strukturvertrag folgenden Reflexwirkungen Verstöße gegen Berufsrecht oder die GOZ darstellen würden. Ebenso wenig sei zutreffend, dass der Antragsteller in diesem Kontext nur Verstöße geltend machen würde, die außerhalb der Verpflichtungen der Antragsgegner aus dem Strukturvertrag stünden. Seine Beanstandungen stünden vielmehr jeweils im unmittelbaren Zusammenhang des Strukturvertrages und somit des § 69 V SGB V. Überdies wenden die Antragsgegner schließlich ein, der Antragsteller selbst habe sich strukturvertraglich unterworfen. Seine Rechtsverfolgung sei deshalb rechtsmissbräuchlich. Eine Zuweisung gegen Entgelt sei seitens der Antragsgegner nicht gegeben, während dies bei dem vom Antragsteller eingegangenen Strukturvertrag durchaus der Fall sei.	
Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.	59
B.	60
Die zulässige Berufung des Antragstellers ist unbegründet.	61
Er kann von den Antragsgegnern nicht im Wege der einstweiligen Verfügung die begehrten Unterlassungen, soweit die darauf gerichteten Anträge in erster Instanz keinen Erfolg hatten, verlangen.	62
I.	63
Der nötige Verfügungsgrund ist zu bejahen. Die Dringlichkeit wird nach § 12 II UWG vermutet. Diese Vermutung ist nicht erschüttert. Die nach den Gesamtumständen zu betrachtende Monatsfrist ist eingehalten. Nach Feststellung der geltend gemachten Verstöße am 05.01.2009 und der Abmahnung vom 16.01.2009 wurde der Verfügungsantrag bereits am 27.01.2009 bei Gericht eingereicht. Ein zögerliches Verhalten bei der gerichtlichen Geltendmachung ist auch ansonsten nicht festzustellen. Soweit die Antragsgegner eingewandt haben, der Streit um Berechtigung und Teilnahme an einem Strukturvertrag nach § 73 c SGB V und die Informationen hierüber könne hinreichend in einem Hauptsacheverfahren geklärt werden, so mag hierfür sprechen, dass insbesondere die vom Antragsteller in Zweifel gezogene Verfassungsmäßigkeit der in Rede stehenden Regelungen	64

bzw. ihrer Auslegung schwerlich im vorliegenden wettbewerbsrechtlichen Verfügungsverfahren endgültig geklärt werden können. Jedoch wird die vermutete Eilbedürftigkeit der hier als Anknüpfung gewählten Wettbewerbsansprüche wegen vermeintlicher berufsrechtlicher und gebührenrechtlicher Verstöße hierdurch zunächst nicht ausgeschlossen.

II. 65

Die geltend gemachten Verfügungsansprüche aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den hier in Rede stehenden berufsrechtlichen und gebührenrechtlichen Bestimmungen sind nicht begründet. Auch kommt in Bezug auf die beanstandete Zahnarztsuche eine verbotswidrige Irreführung nach §§ 3; 5 UWG nicht in Betracht. 66

1. 67

Maßgeblich für die materielle Beurteilung ist neues Recht in der seit dem 30.12.2008 geltenden Fassung des UWG. Die hier beanstandeten Verstöße stammen sämtlich bereits aus Januar 2009. Die Vorschriften des UWG finden grundsätzlich auch auf die freien Berufe Anwendung. 68

2. 69

Der Antragsteller ist antragsbefugt. Die Parteien sind Mitbewerber i.S.v. §§ 2 Nr. 3, 8 III Nr. 1 UWG. Der Antragsteller wie auch beide Antragsgegner erbringen bundesweit Leistungen auf dem Gebiet der Zahnheilkunde. Damit sind insbesondere Patienten angesprochen, die sich im sachlichen und räumlichen Wirkungskreis beider Seiten aufhalten. 70

3. 71

Bei den in Rede stehenden Berufsordnungen der Landesärztekammern mit den betreffenden Werbeverboten und –beschränkungen und Berufsausübungsregelungen handelt es sich alsdann grundsätzlich auch um Marktverhaltensregelungen i.S.v. § 4 Nr. 11 UWG (vgl. Piper, in Piper/Ohly, UWG, 4. Aufl. 2006, § 4.11 Rn. 11/158; 11/186). Dies sind vorliegend § 15 I, II der BO NW (Verbot berufswidriger Werbung und Verwendung der zahnärztlichen Berufsausübung für gewerbliche Zwecke), § 1 I, V BO NW (Pflicht zur eigenverantwortlichen und fachlich weisungs-unabhängigen Berufsausübung) und § 8 V der MusterBO (Verbot der Zuweisung von Patienten gegen Entgelt). Auch die Vorschriften der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ), insbes. § 5 i.V.m. § 1 VIII BO NW, weisen grundsätzlich eine wettbewerbsbezogene Schutzfunktion auf dahin, dass ein unlauterer Wettbewerb um Patienten im Interesse eines funktionierenden Gesundheitswesens verhindert und gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber geschaffen werden sollen (vgl. KG NJW-RR 2008, 910). 72

III. 1. 73

Im Hinblick auf die Empfehlung der bezeichneten Hotels für den Fall einer längeren Behandlungsdauer liegt ein Verstoß nach § 15 II BO-NR nicht vor. 74

Nach dieser Regelung ist es dem Zahnarzt untersagt, seine zahnärztliche Berufsausübung für gewerbliche Zwecke zu verwenden oder ihre Verwendung für gewerbliche Zwecke zu gestatten. Dies wird vom Antragsteller zum einen daraus hergeleitet, dass es dem Hotelier gestattet werde, sich das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient nutzbar zu machen, zum anderen daraus, dass die Antragsgegner sich vermeintlich mit Luxushäusern schmücken 75

und diese insofern gewerblich für sich einsetzen würden. Das Verbot der berufswidrigen Werbung umfasst dabei auch vom Arzt gestattete Werbung durch Dritte.

Dafür, dass die Hotelempfehlung in diesem Sinne verbotswidrig sein könnte, könnte im Streitfall allenfalls sprechen, dass die fragliche Empfehlung für die eigentliche zahnärztliche Behandlung nicht erforderlich ist und Übernachtungsmöglichkeiten in örtlicher Nähe gerade auch durch Internetrecherchen auf andere Weise möglich sind. Indes ist zu beachten, dass die Werbung nicht vom Zahnarzt bzw. dem Antragsgegner zu 1) stammt, sondern – wie im Senatstermin im Einzelnen erörtert worden ist – von der Antragsgegnerin zu 2), die eine Zahnklinik betreibt. Für Kliniken und vergleichbare gewerbliche Unternehmen gelten, da diese infolge des höheren sachlichen und personellen Aufwandes und der laufenden Betriebskosten durch Werbebeschränkungen typischerweise stärker belastet sind als die Gruppe niedergelassener Ärzte, nicht dieselben Werbebeschränkungen wie für die Ärzte selbst (BVerfGE 71, 183, 194 ff.; BVerfG WRP 2003, 1099, 1101 – Klinikwerbung im Internet; Köhler, UWG, 27. Aufl. 2009, § 4 Rn. 11.114 m.w.N.). Kliniken und vergleichbare Unternehmen dürfen daher in sachangemessener Weise für ihre eigenen – wenngleich durch die dort beschäftigten Ärzte erbrachten – Leistungen in sachangemessener Weise werben. Verboten ist lediglich eine berufswidrige Werbung. Sachangemessen ist eine Werbung dann, wenn sie einem berechtigten Informationsbedürfnis des Patienten entspricht (BVerfG GRUR 2004, 68, 69 – Werbung einer Zahnarzt-GmbH; Köhler, a.a.O.).

76

Insofern trifft es zwar zu, dass die beanstandete Hotelempfehlung - naturgemäß – nicht selbst Gegenstand der angebotenen ärztlichen Leistung ist, ferner auch, dass es weitere entsprechende Hotels in der örtlichen Nähe der Antragsgegnerin zu 2) geben mag. Indes besteht für ortsfremde Patienten, die sich einer längeren ambulanten zahnärztlichen Behandlung unterziehen wollen oder müssen, durchaus ein gewisses Interesse an direkten Auskünften über örtliche Übernachtungsmöglichkeiten. Diese wissen dabei, dass die Hotels nicht aufgrund einer ärztlichen und fachbezogenen Kompetenz empfohlen werden. Die Hotels haben mit der Zahnbehandlung für jedermann offensichtlich nichts zu tun. Das besondere Vertrauensverhältnis mit dem Arzt, das sich auf die zahnmedizinische Behandlung bezieht, kommt insofern für die Auswahl einer bestimmten Übernachtungsmöglichkeit nicht zum Tragen. Insofern rechtfertigen das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung und das hierdurch veranlasste Werbeverbot zur Vermeidung einer gesundheitspolitisch unerwünschten Kommerzialisierung des Arztberufes nicht, die Empfehlung der Klinik, die sich gerade auch um ortsfremde Patienten bemüht und um den Bedarf an geeigneten Übernachtungsmöglichkeiten weiß, zu verbieten.

77

2. a)

78

Es kann im vorliegenden Rechtsstreit nicht festgestellt werden, dass die Verpflichtung, mit der Erbringung und/oder Beschaffung zahntechnischer Leistungen ausschließlich durch den Dritten benannte und/oder bestimmte zahntechnische Labore und/oder Zahntechniker und/oder Dentalhandelsgesellschaften zu beauftragen, wegen Verstoßes gegen das Gebot des § 1 I 2 BO NR wettbewerbswidrig ist.

79

Nach dieser Regelung hat der Zahnarzt seinen Beruf persönlich, eigenverantwortlich und fachlich weisungsunabhängig in Diagnose und Therapie auszuüben. Die so geregelte Therapiefreiheit des Zahnarztes umfasst die Entscheidung über das "Ob" und das "Wie" einer Therapiedurchführung wie auch das Weigerungsrecht hinsichtlich solcher Methoden, die dem Gewissen des Arztes widersprechen. Soweit nunmehr im Rahmen der Verträge zur Erbringung von Zahnersatzleistungen und Leistungen der Individualprophylaxe der teilnehmende Zahnarzt verpflichtet wird, ausschließlich die von der J GmbH genannten

80

zahntechnischen Labore oder Dentalhandelsgesellschaften mit der Erbringung/Beschaffung der zahntechnischen Leistungen zu beauftragen, so mag dies möglicherweise in Konflikt mit der zahnärztlichen Therapiefreiheit stehen. Diese Beurteilung ist dem Senat allerdings nach § 69 SGB V entzogen.

Nach § 69 S. 1 SGB V sind die Rechtsbeziehungen der gesetzlichen Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend im Vierten Kapitel des SGB V (Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern) und in §§ 63 und 64 SGB V geregelt. Dies gilt nach § 69 S. 4 SGB V auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind. Dabei handelt es sich um eine materiell-rechtliche Regelung. Sie legt fest, nach welchen Bestimmungen die Handlungen der Krankenkassen zu beurteilen sind, durch die sie - mittels ihrer Rechtsbeziehungen zu den Leistungserbringern - ihren öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrag erfüllen, den Versicherten die im Dritten Kapitel des SGB V geregelten Leistungen in Natur zur Verfügung zu stellen. Die Vorschrift des § 69 SGB V schließt es insofern aus, Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungserbringer, die der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten dienen sollen, nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb zu beurteilen. Diese Regelung ist auch keineswegs auf die Beurteilung der internen, insbesondere vertraglichen Rechtsbeziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern untereinander und - im Hinblick auf § 69 Satz 4 SGB V - auf die Auswirkungen dieser Rechtsbeziehungen auf Dritte beschränkt. Hiermit soll vielmehr gerade auch sichergestellt werden, dass Handlungen der gesetzlichen Krankenkassen und der für sie tätigen Leistungserbringer zur Erfüllung des Versorgungsauftrags gegenüber dem Versicherten nur nach dem öffentlichen Recht beurteilt werden (BGH NJW-RR 2006, 1046; NJW 2007, 1819). Der Gesetzgeber hat damit die Grenzen zwischen öffentlichem und bürgerlichen Recht im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (weg von einer möglichen Doppelnatur des Verwaltungshandelns) verschoben und die Rechtsbeziehungen zu den (potentiellen) Leistungserbringern pauschal dem öffentlichen Recht zugewiesen (Bornkamm, in Ahrens, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl. 2009, Kap. 15 Rn. 28, 30).

Vorliegend werden vom Antragsteller keineswegs nur wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend gemacht, so insbesondere aus den in Rede stehenden Berufs- und Gebührenordnungen. Vielmehr ist hier im Kern eine Angelegenheit der gesetzlichen Krankenversicherung Gegenstand der Streitigkeit. Denn das beanstandete Handeln des Antragsgegners bewegt sich gerade im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben des § 73 c SGB V, so dass in erster Linie die sozialrechtliche Ausgestaltung der Strukturverträge angegriffen wird, die es beinhaltet, dass nur bestimmte zahntechnische Labore und/oder Zahntechniker und/oder Dentalhandelsgesellschaften beauftragt werden sollen. Insofern begehrt der Antragsteller letztlich eine originäre Entscheidung über sozialrechtliche Normen – deren Verfassungsmäßigkeit er dabei explizit auch in Frage stellt – und deren wettbewerbsrechtliche Konsequenzen. Der Inhalt der Selektivverträge – in Bezug auf Inhalt, Umfang und Durchführung der Versorgungsaufträge, insbesondere die Ausgestaltung der Qualitätsanforderungen, sowie auch die Vergütung (s. § 73 c IV SGB V) - wurde vom Gesetzgeber den Vertragspartnern überlassen, da – so die Gesetzesbegründung - nur so ein qualitätsorientierter Wettbewerb entstehen könne (BT-Drucks. 16/3100, S. 114). Innerhalb dieses Spielraums können die Krankenkassen für die besonderen Versorgungsformen spezielle Vorgaben für Behandlung und Behandlungsmodalitäten ihrer Versicherten vorsehen. Dieser öffentlichrechtliche Regelungs- und Gestaltungsbereich ist letztlich aus dem "freien Spiel der Kräfte" herausgelöst und steht danach nicht mehr zur isolierten Beurteilung des Wettbewerbsrechts an. Es fehlen insofern der Marktbezug und streng genommen sogar

eine maßgebliche Wettbewerbshandlung.

Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang beanstandet, dass der Bundesgesetzgeber in das ausschließlich in die Gesetzgebungskompetenz der Länder fallende ärztliche Berufsrecht nicht eingreifen dürfe und dass ein solches Bundesgesetz, das sich das Landesrecht entsprechend aneigne, verfassungswidrig sei, so kann dies nicht im Zuge des Rechtsbruchstatbestandes nach § 4 Nr. 11 UWG gegenüber dem Konkurrenten und erst recht nicht in einem diesbezüglichen Verfügungsverfahren geltend gemacht werden. Erforderlich für die Annahme eines Verstoßes wäre zudem ein objektives und rechtswidriges Verhalten (vgl. Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 11.50). Wenn der teilnehmende Arzt aber im Einklang mit den Vorschriften des SGB V gehandelt hat, was der Senat nicht zu überprüfen hat, bestehen, auch wenn die sozialgesetzliche Regelung mit dem landesrechtlichen Berufsrecht der Zahnärzte in einem Konfliktbereich stehen mag, größte Zweifel, ob er in diesem Zusammenhang rechtswidrig gehandelt hat. Die Verfassungskonformität der gesetzlichen Regelungen zur sog. besonderen ambulanten Versorgung nach § 73 c SGB V kann im vorliegenden Verfügungsverfahren nicht geklärt werden.

83

Abgesehen davon bestehen Bedenken gegen einen Verstoß gegen die Therapiefreiheit auch deshalb, weil die Frage nach einer Behandlung eines Patienten gemäß dem Selektivvertrag eine der Behandlung zunächst nur vorgelagerte Frage ist. Erst wenn aufgrund der zahnärztlichen Beurteilung die Versorgung eines Patienten in diesem Rahmen möglich ist und die "besondere ambulante ärztliche Versorgung" vom Patienten auch gewünscht ist, wobei die Teilnahme nach § 73 c II SGB V freiwillig ist, wird nach Unterzeichnung der Teilnahmeerklärung die in Rede stehende vertragliche Handhabung bindend. Die ärztliche Therapiefreiheit findet bereits in diesem Stadium Berücksichtigung. Behandlungssituationen, die gerade auch spezialisierte Versorgungsformen oder die Tätigkeit anderer Labore bzw. Dentalhandelsgesellschaften erfordern, dürften danach schon nicht Gegenstand der sog. besonderen ambulanten Behandlung nach § 73 c SGB V.

84

b)

85

Gleiches gilt hinsichtlich der beanstandeten Verpflichtung, Patienten, die sich - entgegen einer einmal erklärten Teilnahme zum Strukturvertrag Zahnersatz und/oder Implantatversorgung und/oder Professionelle Zahnreinigung - im Laufe einer zahnärztlichen Behandlung für die Beauftragung eines von der E und U GmbH verschiedenen Labors oder einer von der E und U GmbH verschiedenen anderen Dentalhandelsgesellschaft entscheiden, die zahnärztliche Weiterbehandlung zu verweigern. Insofern handelt der Antragsgegner zu 1 wiederum auf Basis der gesetzlichen Grundlagen des SGB V, wonach sich der Versicherte schriftlich gegenüber der Krankenkasse verpflichtet, für die Erfüllung der in den Verträgen umschriebenen Versorgungsaufträge nur die vertraglich gebundenen Leistungserbringer und andere ärztlichen Leistungserbringer nur auf deren Überweisung in Anspruch zu nehmen (§ 73 c II SGB V). Dies bietet dem Versicherten die Möglichkeit, bestimmte Leistungen ohne Zuzahlung in Anspruch zu nehmen. Eine in wettbewerblicher Hinsicht relevante rechtswidrige Behandlungsverweigerung kann demnach nicht festgestellt werden. Das vermeintliche "Weiterbehandlungsverbot" ist Teil des sozialrechtlichen Versorgungsverträge und erfolgt damit allein im Rahmen der Abwicklung der kassenärztlichen Versorgung.

86

c)

87

Selbiges gilt im Hinblick auf die beanstandete vertragliche Verpflichtung, bei Patienten keine professionelle Zahnreinigung durchzuführen und/oder durchführen zu lassen und/oder eine

88

solche Patienten anzubieten und/oder anbieten zu lassen, wenn zwischen zwei aufeinander folgenden professionellen Zahnreinigungen nicht mindestens ein Zeitraum von sechs Monaten liegt. Diese Regelung hat ihren Grund darin, dass die teilnehmenden Krankenkassen nur bereit sind, die Kosten für eine professionelle Zahnreinigung je Kalenderjahr zu übernehmen. Diese Entscheidung, die letztlich auch nicht der Antragsgegner zu 1) zu verantworten hat, liegt wiederum im Rahmen des Entscheidungs- und Gestaltungsspielraums der Krankenkassen nach § 73 c SGB V.

d) 89

Die Beteiligung des Antragsgegners zu 1) an dem Internetauftritt unter *Internetadresse* der E und U GmbH verstößt nicht gegen § 8 V der Musterberufsordnung der Bundeszahnärztekammer. Danach ist es dem Zahnarzt nicht gestattet, für die Zuweisung von Patienten oder Untersuchungsmaterial ein Entgelt oder andere Vorteile sich versprechen oder gewähren zu lassen oder selbst zu versprechen oder zu gewähren. Dieses Zuweisungsverbot hat den Zweck zu verhindern, dass sich Zahnärzte durch Vorteilsgewährung ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber ihren Berufskollegen verschaffen. Ferner soll jede Art der Patientenvermittlung gegen Entgelt oder sonstige Vorteile, die ihren Grund nicht selbst in der Behandlung haben, verhindert werden. 90

Insofern ist, was zunächst offen bleiben kann, schon zweifelhaft, ob es sich nicht wiederum um eine allein im Zusammenhang mit der sozialrechtlichen Versorgung zu beurteilende Frage handelt, da die in Rede stehende Zahnarztsuchfunktion den rein kassenärztlichen Bereich betrifft. Aber auch bei Annahme eines Handelns außerhalb des Strukturvertrages wäre im Hinblick darauf, dass der Antragsgegner zu 1) unter seiner Mitwirkung in dem Internetauftritt der E als Partnerzahnarzt, der am E1 Netzwerk teilnimmt, gelistet ist, mit dem Landgericht anzunehmen, dass es sich weder um eine entgeltliche Zuweisung im oben bezeichneten Sinne handelt noch um eine nicht mehr berufsbezogene Information. Dass für die Aufführung im Internet zwecks konkreter Zuweisung von Patienten ein Entgelt, nämlich eine Art "Kopfgeld", bezahlt wird, ist nicht glaubhaft gemacht. 91

Ferner ist – auch im Hinblick auf § 15 I, II BO NW – anerkannt (s. BVerfG, Beschl. v. 18.10.2001, 1 BvR 881/00, NJW 2002, 1864 - Zahnarztsuchservice; Köhler, a.a.O., § 4 Rn. 11.107), dass interessengerechte und sachangemessene Informationen über Zahnärzte - auch im Internet - gestattet sind. Der einzelne Zahnarzt darf das Internet im Hinblick auf seine Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 I GG) zur Selbstdarstellung nutzen. Es sind auch keine Gemeinwohlbelange ersichtlich, die es rechtfertigen könnten, einem Zahnarzt zu verbieten, einen Zahnarztsuchservice einzurichten. Das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung, das insofern als Belang allein in Betracht kommt, und der hierdurch veranlasste Schutz des Vertrauens der Patienten in die Zahnärzte werden nicht berührt. Von den Zahnärzten eigenverantwortlich mitgeteilte Angaben über ihre Tätigkeit und fachliche Qualifikation können auch im Internet nicht generell verboten werden, sofern diese Angaben in sachlicher Form erfolgen und nicht irreführend sind. Dabei besteht auch ein sachlich begründetes Bedürfnis der Allgemeinheit, über solche Spezialisierungen und weitere Tätigkeitsgebiete sowie Praxisausstattung (z.B. behindertengerechte Praxiseinrichtung) informiert zu werden, was auch durch eine Datenbank geschehen kann. 92

Soweit der Antragsteller in diesem Zusammenhang beanstandet, dass das Angebot der Zahnarztsuche mit umfangreichen und berufsrechtswidrigen Werbemaßnahmen "angefüttert" worden sei, so mit einer unzulässigen und anonymen Bewertungsplattform und einer berufsrechtlich unzulässigen Werbeaussage "Unser Angebot – Ihr Vorteil Zahnersatz ohne Eigenanteil!", ist dies konkret nicht Gegenstand des Unterlassungsantrags, mit dem nämlich 93

insgesamt und uneingeschränkt die Unterlassung einer Beteiligung an dem Internetauftritt begehrt wird, welcher die Möglichkeit verschaffen soll, von den fraglichen Krankenkassen einzelne gesetzlich Versicherte zur zahnärztlichen Behandlung zuweisen zu lassen. Die beanstandeten Werbeaussagen, die hiermit gekoppelt sind, sind im Übrigen schon verboten gemäß stattgebendem Urteilstenor zu Ziff. 2 b) (s. Urteil des Landgerichts S. 2 f.). Auch soweit der Antragsteller sodann geltend macht, die Werbeaussagen seien irreführend, weil der im Rahmen des E1 den Patienten zur Verfügung gestellte Zahnarzt nicht in jedem Fall mit dem von der Krankenkasse nach § 55 SGB V zu zahlenden Eigenteil bezahlt werden könne, wird dies nicht zum Gegenstand des Verbotsantrags gemacht. Vielmehr soll nach dem Antrag die Beteiligung an dem Internetauftritt schlechthin verboten werden. Der angesprochene Irreführungsvorwurf findet sich hierin nicht.

e)

94

Mit den Verbotsanträgen zu 2 e) bis g), die die Gestaltung der Honoraransprüche betreffen, nämlich den Eigenanteil des Versicherten bis zur Höhe eines 2,8fachen GOZ-Satzes, die Vereinbarung von Pauschalen und den Eigenanteil bei komplizierten Versorgungsformen bis zur Höhe eines 3,0fachen GOZ-Satzes, werden Verstöße gegen § 8 V MBO-Zahnärzte und gegen das zahnärztliche Vergütungssystem nach der GOZ geltend gemacht, aber wiederum vor dem im Selektivvertrag begründeten Hintergrund, dass der Zahnarzt sein Honorar so gestalten muss, dass der Patient nach Maßgabe der festgelegten Bedingungen zuzahlungsfreien Zahnersatz erhält. Der Gesichtspunkt des Eigenanteils kann dabei keineswegs isoliert betrachtet werden, sondern ist wiederum Teil der öffentlichrechtlichen Regelungsgestaltung. Die Honorierung erfolgt grundsätzlich im Rahmen des § 73 c SGB V, wonach auch die Vergütung entsprechend geregelt werden kann. Auf Abs. 4 der genannten Vorschrift wird verwiesen. Das Zivilgericht kann und darf hier unter Wettbewerbsgesichtspunkten nicht die Frage beantworten, ob diese Gestaltung der Honorierung zulässig ist oder nicht. Dies ist Sache des Sozialrechts.

95

Ein Verstoß gegen § 8 V MBO-Zahnärzte wäre auch in der Sache nicht begründet. Die beanstandeten Abrechnungsmodalitäten stellen keineswegs die Gewährung eines Vorteils zur Zuführung von Patienten dar. Den Vorteil nämlich erhält der Patient, der hier eine zuzahlungsfreie Zahnersatzversorgung erhält. Dieser aber verschafft seinerseits nicht die inkriminierte Zuweisung.

96

Dass der Antragsgegner zu 1) unter Verstoß gegen die GOZ außerhalb der Vertragsvereinbarungen im Zusammenhang mit dem Strukturvertrag verbotswidrig abrechnet, ist nicht feststellbar. Kern des Vorwurfs bleiben die Festlegungen im Zusammenhang mit der Versorgungsleistung nach § 73 c SGB V, die insbesondere die Bemessungskriterien des § 5 I GOZ nicht berücksichtigen sollen. Der Umstand, dass der Antragsgegner zu 1) insofern auf der Basis des gesetzlich eröffneten Versorgungs- und Vergütungssystems handelt, kann ihm als verbotswidriges Verhalten im vorliegenden Wettbewerbsverfahren nicht vorgeworfen werden.

97

Der beanstandete Leitfaden der J GmbH beinhaltet im Übrigen keinen rechtsverbindlichen Charakter, den der Antragsgegner zu 1) im Rahmen seiner Gestaltung beachten muss. Insofern ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass der Antragsgegner zu 1) tatsächlich danach verfährt. Es handelt sich hierbei letztlich nur um eine Empfehlung, die selbst nicht Bestandteil der Versorgungsverträge ist. Der Antragsgegner zu 1) wäre weiterhin frei, nötigenfalls auch anderweitige Steigerungssätze anzusetzen.

98

IV.

99

