



# BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

## URTEIL

I ZR 60/22

Verkündet am:  
13. Juli 2023  
Hemminger  
Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin  
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja  
BGHZ: nein  
BGHR: ja

Eigenlaborgewinn

UWG § 5 Abs. 1 und 2; GOZ § 9 Abs. 1

Die Bestimmung des § 9 Abs. 1 GOZ, nach der neben den für die einzelnen zahnärztlichen Leistungen vorgesehenen Gebühren als Auslagen die dem Zahnarzt tatsächlich entstandenen angemessenen Kosten für zahntechnische Leistungen berechnet werden dürfen, verbietet dem Zahnarzt nicht, gegenüber privaten Krankenkassen einen angemessenen kalkulierten Gewinnanteil abzurechnen, wenn die zahntechnische Leistung (hier: Herstellung von Zahnersatz durch ein CAD/CAM-System) nicht durch ein externes Dentallabor, sondern durch sein eigenes Praxislabor erbracht wird.

BGH, Urteil vom 13. Juli 2023 - I ZR 60/22 - OLG Frankfurt am Main  
LG Darmstadt

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat auf die mündliche Verhandlung vom 13. Juli 2023 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. Koch, den Richter Dr. Löffler, die Richterin Dr. Schwonke, den Richter Feddersen und die Richterin Dr. Schmaltz

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 6. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main vom 17. März 2022 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Beklagte vertreibt ein CAD/CAM-gestütztes System mit dem Namen "XY", das von Zahnärzten für die Restauration von Zahndefekten angewendet werden kann. Das System umfasst eine Oralkamera, einen PC und eine CNC-Fräsmaschine. Es stellt für Zahnärzte eine Alternative zu der herkömmlichen Herstellung von Zahnersatz unter Einschaltung eines externen Dentallabors dar. Das CAD/CAM-System von XY dient ausschließlich zur Herstellung zahntechnischer Leistungen, die nicht Gegenstand der gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen abzurechnenden vertragszahnärztlichen Versorgung sind, sondern die gegenüber privaten Krankenkassen abgerechnet werden.
- 2 Die Beklagte warb im Jahr 2018 für ihr XY-System mit einer auf ihrer Internetseite frei zum Download abrufbaren Broschüre "Abrechnungs-Spicker für XY-Restaurationen", die mit der ergänzenden Überschrift "Information für

den autorisierten XY-Fachhändler" versehen ist. Im Vorwort der Broschüre heißt es:

Neben den zahnärztlichen Leistungen regelt § 9 der GOZ die individuelle Kalkulation der Laborkosten und erlaubt abweichend von dem BEL II oder der BEB eine eigene Kalkulation der tatsächlich entstandenen Laborkosten. Hier entstehen Zahnärzten Freiräume für patientenindividuelle Lösungen.

3 Die Broschüre enthält auf den Seiten 9 bis 71 Darstellungen von Praxisfällen und ein Beispiel für eine Laborpreiskalkulation. Dabei werden Material- und Laborkostenrechnungen, die Kosten für die mit dem XY-System erbrachten zahntechnischen Leistungen enthalten, jeweils den Rechnungen eines externen Dentallabors gegenübergestellt. Die Rechnungen, die mit dem XY-System erbrachte Leistungen beinhalten, sind jeweils höher als die Vergleichsrechnungen. Unter der Überschrift "Die Berechnung der zahntechnischen Leistungen in der GOZ" wird auf Seite 86 darauf hingewiesen, dass die Berechnung zahntechnischer Leistungen auf Grundlage einer praxis- oder laborindividuellen und betriebswirtschaftlichen Kalkulation erfolge.

4 Die Beklagte warb für ihr XY-System außerdem mit der Broschüre "Arbeitspapier für Steuerberater zwecks Investitionsplanung". Diese ebenfalls im Jahr 2018 auf der Internetseite der Beklagten frei zum Download abrufbare Broschüre richtet sich an Steuerberater, die Zahnärzte mit Blick auf eine mögliche Anschaffung des XY-Systems beraten. Auf Seite 2 dieser Broschüre heißt es:

Als Steuerberater leisten Sie mit der steuerlichen und betriebswirtschaftlichen Betrachtungsweise eines zahnärztlichen Investitionsvorhabens einen wesentlichen Beitrag zur Entscheidungsfindung des Zahnarztes. ...

Mit XY wandelt der Zahnarzt Fremdlaborkosten in Eigenlaborgewinn um.

5 Unter der Rubrik "Leasing" auf Seite 7 heißt es:

Die Berechnung der Wirtschaftlichkeit eines CAD/CAM-Systems scheint auf den ersten Blick einfach. Legt man eine Leasingrate für ein solches Gerät in Höhe von 1.543,40 € zugrunde und wird dem Patienten für die Krone 270 € Laborkostenanteil zusätzlich zum Honorar in Rechnung gestellt, so verbleiben nach Abzug des Ver-

brauchsmaterials von 25,50 € (inkl. Strom) 244,50 €. Bei dieser "Kalkulation" rechnet sich die Investition schon ab 6 Restaurationen. Die Wirklichkeit stellt sich komplexer dar.

Einzubeziehen ist, ob sich die Arbeitszeit des von Ihnen betreuten Zahnarztes durch den Einsatz von XY erhöht oder senkt und welche Kosten pro Behandlungsstunde er hat.

6 Die Klägerin, die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V., ist der Auffassung, die Beklagte erwecke mit den angegriffenen Werbeaussagen gegenüber Zahnärzten und deren Beratern den unzutreffenden Eindruck, sie könnten das XY-System zur Gewinnsteigerung nutzen. Nach § 9 Abs. 1 der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) dürfe der Zahnarzt für zahntechnische Leistungen jedoch nur die tatsächlich entstandenen Kosten abrechnen, also keine Gewinnmarge ansetzen.

7 Die Klägerin hat die Beklagte auf Unterlassung und Erstattung einer Abmahnkostenpauschale in Anspruch genommen.

8 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen (LG Darmstadt, ZMGR 2021, 260). Mit ihrer Berufung hat sich die Klägerin (nur) gegen die Abweisung ihrer Unterlassungsanträge gewendet. Damit hat sie beantragt, die Beklagte unter Androhung von Ordnungsmitteln zu verurteilen, es zu unterlassen, geschäftlich handelnd

für das XY-System mit der Behauptung zu werben und/oder werben zu lassen, durch die Abrechnung der mit dem XY-System erbrachten zahntechnischen Leistungen könne ein Gewinn erzielt werden, wenn dies geschieht wie in der Broschüre "Abrechnungs-Spicker für XY-Restaurationen" (Anlage K 3) und/oder in der Broschüre "Arbeitspapier für Steuerberater zwecks Investitionsplanung" (Anlage K 5);

9 hilfsweise

damit zu werben und/oder werben zu lassen, dass Zahnärzte bei unter Anwendung des XY-Systems selbst erbrachten zahntechnischen Leistungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 GOZ eine Gewinnmarge abrechnen dürfen, wenn dies geschieht wie in der Broschüre "Abrechnungs-Spicker für XY-Restaurationen" (Anlage K 3) und/oder in der Broschüre "Arbeitspapier für Steuerberater zwecks Investitionsplanung" (Anlage K 5).

10 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen (OLG Frankfurt, MedR 2022, 1019). Mit der vom Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Unterlassungshaupt- und Hilfsantrag weiter.

Entscheidungsgründe:

11 A. Das Berufungsgericht hat angenommen, der Klägerin stünden die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht zu. Zur Begründung hat es ausgeführt:

12 Der mit dem Hauptantrag angegriffene, durch die Broschüren hervorgerufene Eindruck, mit der Abrechnung von mit XY erbrachten Leistungen könne der Zahnarzt einen Gewinn erzielen, sei nicht unzutreffend. Auf die Frage, ob der Zahnarzt gemäß § 9 Abs. 1 GOZ für die zahntechnischen Leistungen auch eine Gewinnmarge abrechnen dürfe, komme es für den pauschal auf die Möglichkeit der Gewinnerzielung durch XY abstellenden Hauptantrag nicht an. Eine solche Gewinnerzielungsmöglichkeit lasse sich schon deshalb nicht in Abrede stellen, weil es - unabhängig von der gebührenrechtlichen Zulässigkeit der Abrechnung einer Gewinnmarge - nicht ausgeschlossen sei, dass der Zahnarzt mit dem durch XY erweiterten Leistungsangebot neue Patienten gewinnen und Effizienzvorteile erzielen könne, es damit zu einer Steigerung der Abrechnungsvorgänge kommen könne und damit der Praxisgesamtgewinn erhöht werde.

13 Auch der Hilfsantrag, mit dem die Klägerin den mit den Broschüren erzeugten Eindruck angreife, mit XY dürfe der Zahnarzt eine Gewinnmarge für selbst erbrachte zahntechnische Leistungen abrechnen, sei unbegründet. Ein solcher Eindruck werde zwar in den Broschüren erweckt. Dies sei aber nicht unzutreffend, so dass keine Fehlvorstellung des Verkehrs hervorgerufen werde.

Denn ein kalkulatorischer Gewinnanteil für Leistungen eines Praxislabors sei rechtlich zulässig und werde insbesondere nicht durch § 9 Abs. 1 GOZ ausgeschlossen. Dies ergebe sich aus einer den Wortlaut, die Systematik, die Entstehungsgeschichte sowie den Sinn und Zweck dieser Bestimmung berücksichtigenden Auslegung.

14 B. Die hiergegen gerichtete Revision der Klägerin hat keinen Erfolg. Die Klage ist zulässig (dazu B I), die Unterlassungsanträge sind aber unbegründet (dazu B II und III).

15 I. Die Klage ist zulässig. Die Klagebefugnis der Klägerin folgt aus § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG in der bis zum 1. Dezember 2021 geltenden Fassung (aF). Der Änderung der Vorschrift des § 8 Abs. 3 Nr. 2 UWG aF mit Wirkung zum 1. Dezember 2021 durch das Gesetz zur Stärkung des fairen Wettbewerbs vom 26. November 2020 (BGBl. I S. 2568) kommt im Streitfall wegen der Übergangsvorschrift des § 15a Abs. 1 UWG keine Relevanz zu (vgl. BGH, Urteil vom 19. Mai 2022 - I ZR 69/21, GRUR 2022, 1163 [juris Rn. 15] = WRP 2022, 977 - Grundpreisangabe im Internet; Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 111/22, GRUR 2023, 585 [juris Rn. 11] = WRP 2023, 1247 - Mitgliederstruktur).

16 II. Der Unterlassungshauptantrag, der auf das Verbot der Behauptung gerichtet ist, durch die Abrechnung der mit dem XY-System erbrachten zahn-technischen Leistungen könne ein Gewinn erzielt werden, ist unbegründet.

17 1. Das Berufungsgericht hat den auf den Gesichtspunkt der Irreführung gestützten Unterlassungshauptantrag ungeachtet der zwischen dem Zeitpunkt des beanstandeten Verhaltens und seiner Entscheidung erfolgten Änderung des § 5 UWG anhand der zutreffenden rechtlichen Maßstäbe einer irreführenden geschäftlichen Handlung geprüft.

- 18 a) Der auf Wiederholungsgefahr gestützte Unterlassungsanspruch ist nur begründet, wenn das beanstandete Verhalten sowohl nach dem zum Zeitpunkt seiner Vornahme geltenden Recht wettbewerbswidrig war als auch nach dem zur Zeit der Revisionsentscheidung geltenden Recht wettbewerbswidrig ist (st. Rspr.; vgl. BGH, Urteil vom 24. Februar 2022 - I ZR 128/21, GRUR 2022, 729 [juris Rn. 10] = WRP 2022, 727 - Zweitmarkt für Lebensversicherungen II, mwN).
- 19 b) Die unter anderem als irreführend gemäß § 5 Abs. 1 UWG beanstandeten Broschüren der Beklagten waren im Jahr 2018 auf der Internetseite der Beklagten abrufbar. Mit Wirkung zum 28. Mai 2022 ist die Vorschrift des § 5 UWG neu gefasst worden (vgl. Art. 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im Wettbewerbs- und Gewerberecht vom 10. August 2021, BGBl. I S. 3504; UWG nF). Eine für den Streitfall maßgebliche Änderung der Rechtslage folgt daraus nicht (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 2023 - I ZR 27/22, GRUR 2023, 343 [juris Rn. 17] = WRP 2023, 437 - Haftung für Affiliates). Die bisherige Bestimmung des § 5 Abs. 1 UWG aF ist wortgleich mit § 5 Abs. 1 und 2 UWG nF.
- 20 2. Nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG handelt unlauter, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die geeignet ist, den Verbraucher oder sonstigen Marktteilnehmer zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Eine geschäftliche Handlung ist gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 UWG aF bzw. § 5 Abs. 2 UWG nF irreführend, wenn sie unwahre Angaben (Fall 1) oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über - nachfolgend aufgezählte - Umstände enthält (Fall 2); hierzu rechnen gemäß Nr. 1 dieser Bestimmungen auch solche über wesentliche Merkmale der Ware, zu denen auch Vorteile der Ware gehören. Unter Vorteilen einer Ware sind positive Eigenschaften zu verstehen, die sich aus ihrer Gestaltung ergeben oder mit ihrer Verwendung einhergehen (Bornkamm/Feddersen in Köhler/Bornkamm/Feddersen,

UWG, 41. Aufl., § 5 Rn. 2.211 und 2.234). Dazu gehört das Inaussichtstellen der Möglichkeit, die Ware gewinnbringend einzusetzen.

21           3. Die vom Unterlassungshauptantrag umfasste Behauptung, durch die Abrechnung der mit dem XY-System erbrachten zahntechnischen Leistungen könne ein Gewinn erzielt werden, ist keine irreführende geschäftliche Handlung, weil sie keine Vorstellung des angesprochenen Verkehrs hervorruft, die mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt.

22           a) Eine Irreführung im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG liegt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn das Verständnis, das eine Angabe bei den Verkehrskreisen erweckt, an die sie sich richtet, mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt. Für die Beurteilung kommt es darauf an, welchen Gesamteindruck die geschäftliche Handlung bei den angesprochenen Verkehrskreisen hervorruft. Die Ermittlung der Verkehrsauffassung unterliegt nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung dahingehend, ob das Berufungsgericht den Tatsachenstoff verfahrensfehlerfrei ausgeschöpft hat und die Beurteilung mit den Denkgesetzen und den allgemeinen Erfahrungssätzen in Einklang steht (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Juni 2020 - I ZR 96/19, GRUR 2020, 1226 [juris Rn. 18] - LTE-Geschwindigkeit; Urteil vom 11. Februar 2021 - I ZR 126/19, GRUR 2021, 746 [juris Rn. 43] = WRP 2021, 604 - Dr. Z; Urteil vom 12. Mai 2022 - I ZR 203/20, GRUR 2022, 925 [juris Rn. 18] = WRP 2022, 856 - Webshop Awards, jeweils mwN).

23           b) Das Berufungsgericht hat angenommen, die mit dem Unterlassungshauptantrag angegriffene Angabe bestehe - im Unterschied zum Unterlassungshilfsantrag - nicht darin, dass der Eindruck erweckt werde, der Zahnarzt sei gebührenrechtlich befugt, für die zahntechnischen Leistungen auch eine Gewinnmarge abzurechnen. Beanstandet werde vielmehr pauschal das Versprechen, durch die Abrechnung der Leistungen von XY die Möglichkeit zu erlangen,

einen Gewinn zu erzielen. Der mit dem Unterlassungshauptantrag angegriffene, durch die Broschüren auch hervorgerufene Eindruck, mit der Abrechnung von mit XY erbrachten Leistungen könne der Zahnarzt einen Gewinn erzielen, sei aber nicht unzutreffend. Eine solche Gewinnerzielungsmöglichkeit lasse sich schon deshalb nicht in Abrede stellen, weil es - unabhängig von der gebührenrechtlichen Zulässigkeit der Abrechnung einer Gewinnmarge - nicht ausgeschlossen sei, dass der Zahnarzt mit dem durch XY erweiterten Leistungsangebot neue Patienten gewinnen und Effizienzvorteile erzielen könne, es damit zu einer Steigerung der Abrechnungsvorgänge kommen könne und damit der Praxisgesamtgewinn erhöht werde. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

24 c) Das Berufungsgericht hat den Unterlassungshauptantrag zutreffend ausgelegt. Es ist dabei mit Recht vom Wortlaut des Unterlassungshauptantrags ausgegangen und hat außerdem den Unterlassungshilfsantrag mit seinem abweichenden Wortlaut in den Blick genommen, um den von der Klägerin jeweils begehrten Verbotsinhalt zu bestimmen. Anders als der Unterlassungshilfsantrag ist der Unterlassungshauptantrag nicht auf das Verbot der Behauptung gerichtet, Zahnärzte "dürften" unter Anwendung des XY-Systems für selbst erbrachte zahntechnische Leistungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 GOZ eine Gewinnmarge abrechnen. Das Berufungsgericht ist in sachgerechter Auslegung vielmehr davon ausgegangen, dass der Unterlassungshauptantrag pauschal die Behauptung erfasst, mit XY einen Gewinn erzielen zu "können".

25 d) Mit Recht ist das Berufungsgericht außerdem davon ausgegangen, dass die Behauptung, mit XY einen Gewinn erzielen zu können, nicht unrichtig ist.

26 aa) Gegen die mit der Lebenserfahrung im Einklang stehende Feststellung des Berufungsgerichts, es sei nicht ausgeschlossen, dass der Zahnarzt durch

den Einsatz von XY neue Patienten gewinnen sowie Effizienzvorteile erzielen und damit den Praxisgesamtgewinn erhöhen könne, erhebt die Revision keine Rügen.

27           bb) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht nicht übersehen, dass auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein könne.

28           (1) Allerdings kann nach ständiger Rechtsprechung des Senats unter besonderen Voraussetzungen auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn sie beim Verkehr, an den sie sich richtet, gleichwohl zu einer Fehlvorstellung führt (vgl. BGH, Urteil vom 18. März 2010 - I ZR 172/08, GRUR 2010, 1024 [juris Rn. 25] = WRP 2010, 1390 - Master of Science Kieferorthopädie; Urteil vom 18. Oktober 2012 - I ZR 137/11, GRUR 2013, 409 [juris Rn. 29] = WRP 2013, 496 - Steuerbüro; Urteil vom 24. September 2013 - I ZR 219/12, GRUR 2013, 1252 [juris Rn. 17] = WRP 2013, 1582 - Medizinische Fußpflege; Urteil vom 24. Juli 2014 - I ZR 53/13, GRUR 2015, 286 [juris Rn. 20] - Spezialist für Familienrecht; Urteil vom 29. Juli 2021 - I ZR 114/20, GRUR 2021, 1315 [juris Rn. 31] = WRP 2021, 1444 - Kieferorthopädie).

29           (2) Einer Stattgabe der Klage unter dem Gesichtspunkt der Irreführung durch eine objektiv richtige Angabe steht hier jedoch bereits die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO entgegen, weil die Klage nicht auf diesen Irreführungsaspekt gestützt war (vgl. BGH, Urteil vom 11. Oktober 2017 - I ZR 78/16, GRUR 2018, 431 [juris Rn. 16] = WRP 2018, 413 - Tiegelgröße). Die Revision macht nicht geltend, dass die Klägerin vorgetragen habe, die mit dem Hauptantrag angegriffene Behauptung, durch die Abrechnung der mit dem XY-System erbrachten zahntechnischen Leistungen könne ein Gewinn erzielt werden, erwecke auch dann eine relevante Fehlvorstellung, wenn der angesprochene Verkehr die Be-

hauptung - wie vom Berufungsgericht angenommen - dahin verstehe, der Zahnarzt könne durch den Einsatz von XY neue Patienten gewinnen sowie Effizienzvorteile erzielen und damit den Praxisgesamtgewinn erhöhen.

30 III. Der Unterlassungshilfsantrag, der auf das Verbot der Behauptung gerichtet ist, dass Zahnärzte bei unter Anwendung des XY-Systems selbst erbrachten zahntechnischen Leistungen im Rahmen des § 9 Abs. 1 GOZ eine Gewinnmarge abrechnen dürften, ist ebenfalls unbegründet. Ein Unterlassungsanspruch wegen Irreführung gemäß § 5 UWG besteht nicht (dazu B III 1). Der Unterlassungshilfsantrag lässt sich außerdem nicht mit Erfolg auf einen Verstoß gegen das berufsrechtliche Gebot stützen, die ärztliche Entscheidung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Patientenwohls und der medizinischen Notwendigkeit zu treffen (dazu B III 2).

31 1. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der durch die angegriffenen Angaben erweckte Eindruck, der Zahnarzt dürfe beim Einsatz des XY-Systems eine Gewinnmarge für selbst erbrachte zahntechnische Leistungen abrechnen, nicht unzutreffend ist, so dass die Voraussetzungen einer irreführenden geschäftlichen Handlung gemäß § 5 UWG nicht vorliegen.

32 a) Das vom Berufungsgericht ermittelte Verkehrsverständnis der angegriffenen Angaben hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

33 Das Berufungsgericht hat angenommen, von den Werbebroschüren würden Fachhändler, Steuerberater und Zahnärzte angesprochen. Bei diesen Fachkreisen erweckten die beanstandeten Angaben den Eindruck, dass Zahnärzte, die mit dem XY-System selbst zahntechnische Leistungen erbrächten, bei ihrer Kalkulation nicht nur Spielräume bei einzelnen Kostenfaktoren, etwa Abschreibungen, hätten, sondern sie auch einen Gewinnanteil abrechnen dürften. Dieses Verständnis ergebe sich insbesondere aus der Aussage der Broschüren,

der Zahnarzt könne mit XY Fremdlaborkosten in Eigenlaborgewinn umwandeln. Dies könne nur so verstanden werden, dass der Zahnarzt die im Fall der Fremdbeauftragung dem Drittenbieter entstehenden Gewinne bei Anschaffung des XY-Systems selbst vereinnahmen dürfe. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht beanstandet und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

34            b) Auf der Grundlage dieses Verkehrsverständnisses ist das Berufungsgericht zu Recht davon ausgegangen, dass die angegriffenen Angaben nicht irreführend im Sinne von § 5 Abs. 1 UWG sind. Der von der Beklagten erweckte Eindruck ist nicht unzutreffend, weil - wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen hat - § 9 Abs. 1 GOZ die Abrechnung eines angemessen kalkulierten Gewinnanteils für vom Zahnarzt in seinem Praxislabor erbrachte zahntechnische Leistungen nicht ausschließt.

35            aa) Gemäß § 3 GOZ stehen dem Zahnarzt als Vergütungen Gebühren, Entschädigungen und Auslagen zu. Gebühren sind Vergütungen für die im Gebührenverzeichnis gemäß Anlage 1 GOZ genannten zahnärztlichen Leistungen (§ 4 Abs. 1 GOZ). Nach § 9 Abs. 1 GOZ können neben den für die einzelnen zahnärztlichen Leistungen vorgesehenen Gebühren als Auslagen die dem Zahnarzt tatsächlich entstandenen angemessenen Kosten für zahntechnische Leistungen berechnet werden, soweit diese Kosten nicht nach den Bestimmungen des Gebührenverzeichnisses mit den Gebühren abgegolten sind.

36            bb) Zu den gemäß § 9 Abs. 1 GOZ vom Zahnarzt abrechenbaren Auslagen gehören die Kosten, die der Zahnarzt aufwendet, weil er notwendige zahntechnische Leistungen durch ein externes Dentallabor erbringen lässt. Das Berufungsgericht ist mit Recht davon ausgegangen, dass der Zahnarzt allerdings nur die vom Drittenbieter abgerechneten Kosten - einschließlich dessen Gewinnanteils - in Ansatz bringen darf, nicht aber selbst eine zusätzliche Gewinnmarge

erheben darf. Eine solche doppelte Belastung des Patienten mit einem kalkulatorischen Gewinnanteil ist durch § 9 Abs. 1 GOZ ausgeschlossen (vgl. Droste, GRUR-Prax 2022, 363).

37 cc) Zahnärzten steht neben der Beauftragung eines externen Dentallabors aber die Möglichkeit offen, notwendige zahntechnische Leistungen durch ein eigenes Praxislabor zu erbringen. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der Zahnarzt in einem solchen Fall nach § 9 Abs. 1 GOZ für privat-zahnärztliche Behandlungen die tatsächlich entstandenen Kosten für das praxis-eigene Labor unter Einschluss eines angemessenen kalkulierten Gewinnanteils des Labors als Auslagen abrechnen darf (ebenso Hennings, ZMGR 2021, 263, 264; Droste, GRUR-Prax 2022, 363; ders., GRUR-Prax 2021, 293; Knüpper, GesR 2021, 416, 421 r. Sp. oben; aA Püschel, ZMGR 2015, 238, 239 f.; Detterbeck, GewArch Beilage WiVerw Nr. 03/20178, 153, 182; Schüßler in Perspektive Zahn-technik, Schriftenreihe zu Politik, Recht und Wirtschaft, Band 1, S. 79, 81 ff.). Dies ergibt sich aus einer den Wortlaut und den Sinn und Zweck in den Blick nehmenden Auslegung des § 9 Abs. 1 GOZ.

38 dd) Der Wortlaut dieser Bestimmung enthält kein ausdrückliches Verbot, bei der Abrechnung von durch das Praxislabor des Zahnarztes erbrachten zahntechnischen Leistungen einen angemessenen Gewinnanteil des Labors zu berücksichtigen.

39 Allerdings könnte der in § 9 Abs. 1 GOZ verwendete Begriff der "Kosten" gegen die Annahme sprechen, dass darunter auch ein Gewinnanteil gefasst werden darf. Ein solches Begriffsverständnis ist jedoch durch den Regelungszusammenhang der Bestimmung nicht nahegelegt. Gemäß § 1 Abs. 2 GOZ regelt die Gebührenordnung für Zahnärzte die Vergütung der Zahnärzte für Leistungen, die nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst für eine zahnmedizinisch notwendige

zahnärztliche Versorgung erforderlich sind. Zu den danach dem Zahnarzt zu vergütenden Leistungen gehören gemäß § 3 in Verbindung mit § 9 Abs. 1 GOZ auch zahntechnische Leistungen. Vor diesem vergütungsrechtlichen Hintergrund ist das Berufungsgericht mit Recht davon ausgegangen, dass der Begriff der Kosten auch dahin ausgelegt werden kann, dass dieser nicht nur die von einem beauftragten externen Dienstleister in Rechnung gestellte, einen Gewinnanteil umfassende Vergütung umfasst, sondern für den Fall, dass die zahntechnischen Leistungen durch ein auf eigenes wirtschaftliches Risiko betriebenes Praxislabor erbracht werden, auch die insoweit anfallenden Aufwendungen nebst eines dieses wirtschaftliche Risiko angemessen abgeltenden Gewinnanteils des Labors.

40           Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich aus dem Umstand, dass die Kosten gemäß § 9 Abs. 1 GOZ als "Auslagen" erstattungsfähig sind, nichts anderes. Aus dem Begriff "Auslagen" folgt bei sachgerechter Berücksichtigung des vergütungsrechtlichen Regelungszusammenhangs nicht das Erfordernis einer durch den Zahnarzt vorgenommenen "Verauslagung" im Sinne einer "Vorkasse". Vielmehr handelt es sich um einen vergütungsrechtlichen Begriff, den der Verordnungsgeber zur systematischen Unterscheidung der jeweils unter den allgemeinen Begriff der "Vergütung" fallenden Vergütungsarten, nämlich der Gebühren, Entschädigungen und Auslagen, verwendet hat (§ 3 GOZ).

41           ee) Der Sinn und Zweck des § 9 Abs. 1 GOZ spricht für die Abrechenbarkeit eines angemessenen Gewinnanteils des die zahntechnischen Leistungen erbringenden Praxislabors.

42           (1) Aus dem übergeordneten Zweck der Gebührenordnung für Zahnärzte, die Vergütung der Zahnärzte für Leistungen sicherzustellen, die nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst für eine zahnmedizinisch notwendige zahnärztliche Versorgung erforderlich sind (§ 1 Abs. 2 GOZ), sowie aus dem speziell für die Abrechenbarkeit von Kosten für zahntechnische Leistungen gemäß § 9 Abs. 1

GOZ geregelten Angemessenheitsmaßstab ergibt sich positiv, dass dem Zahnarzt für die von ihm erbrachten zahnmedizinisch notwendigen Leistungen eine angemessene Vergütung zusteht. Berücksichtigt man außerdem, dass es dem Zahnarzt nach den gesetzlichen Vorschriften freisteht, zu wählen, ob er zahntechnische Leistungen von einem externen Dentallabor zu einem von diesem einschließlich eines Gewinnanteils zu berechnenden Preis erbringen lässt, oder aber diese zahntechnische Leistung selbst auf eigenes betriebswirtschaftliches Risiko erbringt, ist nicht ersichtlich, warum der Zahnarzt bei der letztgenannten Option nicht die Möglichkeit haben soll, eine dieses Risiko angemessen kompensierende Gewinnmarge in seine Vergütung einzubeziehen (vgl. Hennings, ZMGR 2021, 263, 264; Droste, GRUR-Prax 2021, 293). Dementsprechend ist der Verordnungsgeber davon ausgegangen, dass der Zahnarzt auch für zahntechnische Leistungen, die im eigenen Praxislabor erbracht werden, die tatsächlich entstandenen Kosten unter Einschluss eines angemessenen kalkulatorischen Gewinnanteils als Auslagen abrechnen darf (Verordnung der Bundesregierung Gebührenordnung für Zahnärzte, GOZ, BR-Drucks. 276/87, S. 75).

43           (2) Entgegen der Ansicht der Revision ist nicht ersichtlich, dass § 9 Abs. 1 GOZ neben der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung zahnärztlicher Leistungen den Zweck hat zu verhindern, dass der Zahnarzt seine Tätigkeit nicht allein durch die medizinische Behandlungsnotwendigkeit des Patienten, sondern (auch) durch ein wirtschaftliches Eigeninteresse leiten lässt.

44           (a) Allerdings haben Ärzte ihre Therapieentscheidungen allein nach medizinischen Gesichtspunkten mit Blick auf das Patienteninteresse zu treffen und dürfen diese nicht davon abhängig machen, ob ihnen im Zusammenhang damit eine Gegenleistung zufließt. Die Einhaltung dieses Grundsatzes wird durch die den Arzt aus dem Behandlungsvertrag und dem ärztlichen Berufsrecht treffenden Pflichten sowie heilmittelwerberechtliche Verbote sichergestellt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2012 - I ZR 231/10, GRUR 2012, 1050 [juris Rn. 23 f.] = WRP

2012, 1226 - Dentallaborleistungen; Urteil vom 21. Mai 2015 - I ZR 183/13, GRUR 2015, 1237 [juris Rn. 17] = WRP 2016, 41 - Erfolgsprämie für die Kundengewinnung). Diese berufsrechtlichen Ge- und Verbote hat der Zahnarzt auch dann zu befolgen, wenn er im Rahmen seiner Praxis ein eigenes zahntechnisches Labor im Sinne des § 11 MBO Zahnärzte betreibt. Nichts anderes gilt, wenn er ein solches Labor auslagert und von einem Dritten betreiben lässt (BGH, GRUR 2012, 1050 [juris Rn. 25] - Dentallaborleistungen).

45 (b) Es fehlt jeder Anhaltspunkt für die Annahme, dass nicht nur diese berufsrechtlichen Ge- und Verbote, sondern auch die im Streitfall in Rede stehende Vergütungsbestimmung des § 9 Abs. 1 GOZ die Durchsetzung dieser Grundsätze bezweckt. Vielmehr steht jegliche zahnärztliche Vergütung und damit auch die Erstattungsfähigkeit der Auslagen für zahntechnische Leistungen gemäß § 9 Abs. 1 GOZ ohnehin unter dem Vorbehalt, dass die zu vergütende Leistung nach den Regeln der zahnärztlichen Kunst für eine zahnmedizinisch notwendige zahnärztliche Versorgung erforderlich ist (§ 1 Abs. 2 GOZ).

46 ff) Die Revision wendet außerdem ohne Erfolg ein, der Zulässigkeit der Abrechnung eines Gewinnanteils stehe entgegen, dass Praxislabore lediglich als unselbstständige Hilfsbetriebe im Sinne von § 3 Abs. 3 HwO anzusehen seien, die nicht gegenüber Dritten gewerblich tätig würden und damit denkbare Gewinne erwirtschaften dürften. Es ist angesichts der unterschiedlichen Regelungsmaterien und der vom Gesetzgeber jeweils verfolgten Zwecke nicht ersichtlich, warum aus der handwerksrechtlichen Einordnung eines zweifelsfrei von Zahnärzten in rechtlich zulässiger Form betreibbaren praxiseigenen Dentallabors ein rechtlich tragfähiges Argument gegen die vergütungsrechtliche Erstattungsfähigkeit eines angemessenen kalkulatorischen Gewinnanteils als Teil der Auslagen für zahntechnische Leistungen im Sinne von § 9 Abs. 1 GOZ gewonnen werden kann. Aus demselben Grund vermag die Revision nicht mit ihrem Einwand durchzudringen, dem Zahnarzt sei es gemäß § 21 Abs. 4 MBO

untersagt, seine zahnärztliche Berufsbezeichnung für gewerbliche Zwecke zu verwenden - was ihrer Ansicht nach der Fall sei, wenn ein Zahnarzt die in seinem eigenen, als selbständiges Gewerbe betriebenen Labor erbrachten zahntechnischen Leistungen Patienten anbiete.

47                    2. Die Revision macht geltend, auch unabhängig von der Frage, ob § 9 Abs. 1 GOZ als Verbotsgesetz einschlägig sei, stehe das berufsrechtliche Gebot, die ärztliche Entscheidung ausschließlich unter dem Gesichtspunkt des Patientenwohls und der medizinischen Notwendigkeit zu treffen und nicht wie ein Gewerbetreibender unter dem Gesichtspunkt der Gewinnmaximierung, der Zulässigkeit des Aufschlags einer Gewinnmarge für im Eigenlabor erbrachte zahntechnische Leistungen entgegen. Damit hat sie keinen Erfolg.

48                    a) Allerdings kann ein ärztliches Verhalten, mit dem die berufsrechtliche Pflicht zur unabhängigen Therapieentscheidung allein nach dem Patientenwohl verletzt wird, zum Gegenstand eines auf § 134 BGB oder § 3a UWG gestützten Verbotsantrags gemacht werden (vgl. beispielsweise BGH, GRUR 2012, 1050 [juris Rn. 20 ff.] - Dentallaborleistungen; GRUR 2015, 1237 [juris Rn. 17] - Erfolgsprämie für die Kundengewinnung).

49                    b) Der Begründetheit der Klage unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen ärztliches Berufsrecht steht jedoch wiederum die Vorschrift des § 308 Abs. 1 ZPO entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 5. Oktober 2017 - I ZR 184/16, GRUR 2018, 203 [juris Rn. 14 bis 21] = WRP 2018, 190 - Betriebspsychologe, mwN).

50                    aa) Bei der berufsrechtlichen Pflicht zur unabhängigen Therapieentscheidung nach dem Patientenwohl und bei dem gebührenrechtlichen Tatbestand gemäß § 9 Abs. 1 GOZ handelt es sich um unterschiedliche Lebenssachverhalte. Im zahnärztlichen Gebührenrecht geht es darum, die Interessen der Zahnärzte an einer angemessenen Vergütung ihrer medizinisch notwendigen Leistungen

mit dem Interesse der Gemeinschaft der privat Krankenversicherten in Ausgleich zu bringen, während das ärztliche Berufsrecht sicherstellen soll, dass die im Einzelfall getroffene ärztliche Therapieentscheidung ausschließlich mit Blick auf die Gesundheitsinteressen des Patienten erfolgt.

- 51           bb) Auf den Verstoß gegen Berufsrecht hat die Klägerin ihren Unterlassungshilfsantrag nicht gestützt, sondern diesen Gesichtspunkt erstmals in der Revisionsinstanz und damit verspätet geltend gemacht. Die Revision hat weder dargelegt noch ist sonst ersichtlich, dass sich die Klägerin zur Begründung ihrer Klageanträge nicht nur argumentativ im Rahmen des als Klagegrund geltend gemachten Verstoßes gegen § 9 Abs. 1 GOZ, sondern auch unabhängig hiervon selbständig tragend auf einen Verstoß gegen die berufsrechtliche Pflicht zur allein am Patientenwohl ausgerichteten Therapieentscheidung gestützt hat. Die Klägerin hat ihre Unterlassungsanträge vielmehr ausschließlich darauf gestützt, dass § 9 Abs. 1 GOZ einer Abrechnung unter Berücksichtigung eines kalkulatorischen Gewinnanteils entgegenstehe. Bei der Formulierung ihres Unterlassungshilfsantrags hat sie überdies ausdrücklich allein auf die Unzulässigkeit einer Abrechnung gemäß § 9 Abs. 1 GOZ abgestellt.

52 C. Danach ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung folgt aus § 97 Abs. 1 ZPO.

Koch

Löffler

Schwonke

Feddersen

Schmaltz

Vorinstanzen:

LG Darmstadt, Entscheidung vom 15.03.2021 - 18 O 33/20 -

OLG Frankfurt am Main, Entscheidung vom 17.03.2022 - 6 U 51/21 -