

OLG Hamm: Zu den wettbewerbsrechtlichen Grenzen einer Werbeanzeige (hier: „Praxis für medizinische Fußpflege“)

OLG Hamm, Urt. v. 03.02.11 (Az. I-4 U 160/10)

(...)

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 08. Juli 2010 verkündete Urteil der 4. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster abgeändert.

Die Beklagte wird bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000, EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, verurteilt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu werben mit „Praxis für medizinische Fußpflege“, wie dies in der Zeitschrift H1 (H1) in der Ausgabe vom 4. Februar 2010 auf Seite 19 geschehen ist, ohne die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 PodG zu erfüllen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Der Beklagten bleibt nachgelassen, die Zwangsvollstreckung der Klägerin durch Sicherheitsleistung in Höhe von 40.000, EUR abzuwenden, wenn nicht die Klägerin vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Die Revision wird zugelassen.

A.

Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Unterlassen einer Werbeanzeige in Anspruch. Die Klägerin ist Podologin und unterhält zusammen mit einer Tagesschönheitsfarm eine Praxis für Podologie in H. Die Beklagte mit Sitz in H-I ist als Fußpflegerin tätig. In der Ausgabe der Zeitschrift H1 vom 04.02.2010 warb die Beklagte

mit der Aussage "Praxis für medizinische Fußpflege B I ...".

Die Klägerin hat die Ansicht vertreten, diese Werbeaussage sei wettbewerbswidrig. Die Beklagte verstoße damit gegen die Vorschriften des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb, des Heilmittelwerbegesetzes und auch des Heilpraktikergesetzes. Bei den angesprochenen Verkehrskreisen werde mit der Anzeige der unzutreffende Eindruck erweckt, dass die Beklagte als medizinische Fußpflegerin tätig sei, also einen Titel trage, der nach dem Podologengesetz (PodG) erlaubnispflichtig sei. Es werde der Eindruck erweckt, die Beklagte verfüge in ihrer Person von Ausbildung und Fähigkeit her über den Qualitätsstandard, den das PodG für diejenigen Berufsangehörigen vorbehalten habe, die die entsprechende Ausbildung durchlaufen und eine staatliche Prüfung erfolgreich abgelegt hätten.

Die Klägerin hat beantragt, die Beklagte zu verurteilen, es bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft, oder von Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu werben mit "Praxis für medizinische Fußpflege", wie dies in der Zeitschrift H1 H1 in der Ausgabe vom 04. 02. 2010 auf Seite 19 geschehen ist, ohne eine der Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 PodG zu erfüllen.

Die Beklagten haben beantragt, die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat die Ansicht vertreten, mit ihrer Werbung sei eine Irreführung schon deshalb nicht verbunden, weil in den angesprochenen Verkehrskreisen nicht bekannt sei, welche Voraussetzungen an die Führung der Berufs-

bezeichnung eines Podologen oder medizinischen Fußpflegers geknüpft seien. Im Übrigen könne eine exakte Trennung zwischen kosmetischer und medizinischer Fußpflege auch nicht vorgenommen werden, da die vorsorgende kosmetische Fußpflege zugleich auch medizinisch sei.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Eine irreführende Werbung der Beklagten unter Verstoß gegen §§ 3, 4 Nr. 11, 5 UWG, § 1 Heilpraktikergesetz oder § 3 Heilmittelwerbegesetz sei nicht anzunehmen.

Der Zweck des PodG liege nicht darin, anderen Anbietern als Podologen Leistungen im Bereich der medizinischen Fußpflege zu untersagen. Geschützt sei lediglich die Führung des Titels "Podologe" oder medizinischer "Fußpfleger", nicht aber die Tätigkeit als solche. Die Beklagte verstoße damit nicht gegen ein gesetzliches Verbot.

Eine Irreführung der angesprochenen Patienten scheidet aus, weil innerhalb der angesprochenen Verkehrskreise schon der Begriff "Podologe" nicht bekannt sei. Auch sei die Tatsache nicht bekannt, dass die Führung der Berufsbezeichnung eines Podologen besondere Voraussetzungen habe (zweijährige Ausbildung und staatliche Prüfung).

Hinzu komme, dass der Beklagten die Werbung für eine erlaubte Tätigkeit auch aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht untersagt werden könne. Die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 GG beinhalte auch die Möglichkeit, für berufliche Tätigkeiten zu werben, deren Ausübung nicht gesetzlich beschränkt sei.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung der Klägerin, mit der sie ihre erstinstanzlichen Klageanträge weiterverfolgt.

Die Klägerin ist der Ansicht, dass die Beklagte nicht mit dem Begriff "Praxis für medizinische Fußpflege" werben dürfe. Da das PodG die Berufsbezeichnung von Personen, die derartige Leistungen erbringen würden, streng reguliere und an die Erfüllung definierter Voraus-

setzungen knüpfe, folge hieraus auch das Verbot der Werbung für die Erbringung solcher Dienstleistungen im Rahmen einer "Praxis für medizinische Fußpflege", wenn es sich beim Erbringer dieser angekündigten Leistungen eben nicht um einen medizinischen Fußpfleger im Sinne des PodG handele.

Im Übrigen müsse sich die Beklagte entgegenhalten lassen, dass sie die angesprochenen Verkehrskreise in die Irre führe, wenn sie medizinische Fußpflegedienstleistungen anbieten ohne selbst über die entsprechende Qualifikationen zu verfügen, und zwar unabhängig von der Frage, ob es ihr von Gesetzes wegen gestattet sei, derartige Leistungen zu erbringen oder nicht.

Die wettbewerbsrechtlichen Regelungen seien hier anwendbar. Bei der Streitgegenständlichen Werbung, der Kundgabe der betriebenen Tätigkeit als "medizinische Fußpflege", handele es sich um eine geschäftliche Tätigkeit, die geeignet sei, den eigenen Absatz zu Lasten eines Mitbewerbers zu fördern.

Die Regeln des UWG würden auch nicht durch diejenigen des HWG verdrängt; vielmehr stünden beide Gesetze nebeneinander. Dies begründe sich mit den unterschiedlichen Schutzrichtungen beider Gesetze. Das HWG diene dem Schutz der Volksgesundheit. Das UWG diene dem Schutzinteresse der Allgemeinheit und der Mitbewerber an der Lauterkeit des Wettbewerbs.

Mit ihrer Werbung verstoße die Beklagte gegen § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Ziffern 2 und 4 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG. Auch liege ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 PodG vor.

Die Werbung der Beklagten stelle sich als irreführend sowohl im Sinne von § 5 UWG als auch im Sinne von § 3 Nr. 3a und 3b HWG dar.

Entgegen der Auffassung des Landgerichts werde die Berufsausübungsfreiheit der Beklagten nach Art. 12 GG durch die wettbewerbsrechtliche Untersagung der Bezeichnung "Praxis für medizinische Fußpflege" nicht berührt.

Die Klägerin beantragt,

unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Münster vom 08.07.2010 es der Beklagten bei Meidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten zu verbieten,
im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu werben mit "Praxis für medizinische Fußpflege", wie dies in der Zeitschrift H1 H1 in der Ausgabe vom 4. Februar 2010 auf Seite 19 geschehen ist, ohne die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 PodG zu erfüllen.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil. Für das Begehren der Klägerin dahingehend, dass nur die Podologen die Definition medizinische Fußpflege für sich nutzen dürften, gebe es keine Rechtsgrundlage. Die Klägerin habe auch nicht umschrieben, welche Tätigkeit die medizinische Fußpflege beinhalte und wie diese Tätigkeit von der Fußpflege, die "einfache" Fußpfleger und Fußpflegerinnen ausübten, abzugrenzen sei.

Medizinische Fußpflege beziehe sich nicht ausschließlich auf das Tätigkeitsfeld des Podologen nach dem PodG. Allein die Tatsache, dass der Gesetzgeber im PodG auch die Berufsbezeichnung medizinischer Fußpfleger schütze, führe nicht schon zu dem Erfolg, dass nur die nach dem PodG ausgebildeten Fußpfleger ihre Tätigkeit medizinische Fußpflege nennen dürften, weil eine Abgrenzung der Tätigkeitsfelder nicht möglich und auch nicht vom Gesetzgeber gewollt sei.

Insbesondere aus der Sicht der Kunden/Patienten sei völlig unerheblich, wer denn mit welcher Berufsbezeichnung was tun dürfe oder lassen müsse. Soweit es um eine Therapie des erkrankten Fußes gehe, müsse ohnehin ein Arzt eingeschaltet werden. Dieser bestimme, wer behandle und wie behandelt werde.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

B.

Die Berufung ist begründet.

Die Klägerin hat gegen die Beklagte einen Anspruch auf die beantragte Unterlassung der Werbung mit der Formulierung "Praxis für medizinische Fußpflege" gemäß §§ 8 Abs. 1, 3, 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UWG.

1. Die Klägerin ist als Mitbewerberin nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert. Sie steht unzweifelhaft in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zur Beklagten. Beide bieten Dienstleistungen im Bereich der Fußpflege an. Da die Klägerin in H und die Beklagte in einem Stadtteil von H, I, tätig ist, besteht das Wettbewerbsverhältnis auch in räumlicher Hinsicht. Die Werbemaßnahme der Beklagten vom 04.02.2010 ist auch als eine geschäftliche Handlung i.S. d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG anzusehen.

2. Die Beklagte hat mit der Verwendung der Bezeichnung "Praxis für medizinische Fußpflege" eine irreführende geschäftliche Handlung vorgenommen. Unlauter im Sinne des § 5 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UWG handelt, wer eine irreführende geschäftliche Handlung vornimmt, die unwahre oder sonstige zur Täuschung geeignete Angaben über die Person des Unternehmers, wie z.B. seine Befähigung oder Zulassung, enthält. Es reicht insoweit schon die Gefahr der Irreführung.

a. Eine solche Irreführung liegt vor, wenn die angesprochenen Verkehrskreise sich aufgrund der Werbeaussage eine bestimmte Vorstellung machen, die nicht der Wirklichkeit entspricht und deshalb täuschen kann. Es ist also zu fragen, wer die angesprochenen Verkehrskreise sind, welche Vorstellung sie sich von der Bezeichnung "Praxis für medizinische Fußpflege" machen und ob diese

Vorstellung der Wirklichkeit entspricht. Ist das nicht der Fall, muss die Fehlvorstellung geeignet sein, auf eine Entscheidung der Verkehrskreise Einfluss zu nehmen, die Dienste der Beklagten in Anspruch zu nehmen.

b. Angesprochene Verkehrskreise sind Personen, die sich im weitesten Sinne einer Fußpflege-Behandlung unterziehen wollen oder müssen. Deren Vorstellung kann der Senat aufgrund eigener Sachkunde oder jedenfalls der Lebenserfahrung selbst beurteilen.

c. **Ein nicht unerheblicher Teil dieser Personen weiß jedenfalls heute, dass es auf dem Gebiet der Fußpflege erhebliche Unterschiede gibt und dass mit dem "Podologen" / "medizinischen Fußpfleger" ein Ausbildungsberuf geschaffen wurde, der sich einer qualifizierten medizinischen Fußpflege widmen soll.** Insoweit hat er nämlich von den auf dem Markt kursierenden unterschiedlichen Bezeichnungen "Podologe", "medizinischer Fußpfleger", "kosmetischer Fußpfleger" oder schlicht "Fußpfleger" Kenntnis erlangt. Dafür haben die seit Jahren erfolgten Hinweise der Berufsverbände der Fußpfleger, der Gesundheitsämter und der Interessenvertreter der vielen Diabeteserkrankten inzwischen gesorgt. Der Schutz der Berufsbezeichnungen "Podologe" und "Medizinischer Fußpfleger" besteht seit Anfang 2003 und immer mehr Fußpfleger haben eine Übergangszeit für eine staatliche Ergänzungsprüfung bis Ende 2006 genutzt, sich durch eine Anschlussausbildung zum Podologen weiterbilden zu lassen. Gerade weil den Betroffenen zur Zeit der Verabschiedung des PodG Ende 2001 nicht ersichtlich war, wer sich mit welcher Ausbildung hinter einem "Medizinischen Fußpfleger" verbarg, sollte der Schutz der Bezeichnungen "Podologe" und "Medizinischer Fußpfleger" erfolgen. Die geschützten Bezeichnungen und ihre Bedeutung sollten gerade durch die Zusammenarbeit der Gesundheitspolitiker, der Verbände und interessierter Ärzte so bald wie möglich etabliert werden, wie die Gesetzesbegründung vorsah. Es spricht nichts dagegen, dass die Etablie-

rung nach so langen Jahren jedenfalls soweit gelungen ist, dass ein maßgeblicher Teil der möglichen Pflegebedürftigen die Bezeichnungen und ihre Bedeutung kennt. Die faktischen Auswirkungen des Bezeichnungsverbots haben insoweit maßgeblich dazu beigetragen. Das gilt unabhängig davon, ob nicht durch die Kombination von Bezeichnungsschutz und korrespondierender Berufsausübung sogar rechtliche Tatsachen geschaffen worden sein könnten¹, die den nunmehr faktischen Tatsachen entsprechen. Dafür spricht auch, dass der bedeutende Verband A, der heute –anders als im Jahre 2003- mehrheitlich Podologen, aber auch noch Fußpfleger als Mitglieder hat, heute die Meinung vertritt, dass sich die neuen Berufsbezeichnungen auch bei den Behandlungsbedürftigen durchgesetzt haben. Wer sich im Internet über "Medizinische Fußpflege" informiert, wird gleichfalls auf die Podologen und deren geschützte Berufsbezeichnung hingewiesen. Diese Einschätzung zum heutigen Verbraucherverständnis, auf das es für den Senat ankommt, besagt nichts darüber, ob das OLG Naumburg nicht zum Zeitpunkt der Entscheidung im Februar 2004 und das OLG Frankfurt im Juni 2005 zu Recht eine andere Einschätzung vorgenommen haben. Diese trifft aus Sicht des Senats jedenfalls heute nicht mehr zu.

d. Die maßgeblichen Verkehrskreise, die das Berufsbild und die Aufgaben der Podologen und medizinischen Fußpfleger kennen, nehmen in einem erheblichen Anteil an, dass die von der Beklagten in ihrer Praxisbezeichnung ausschließlich und ohne Einschränkung erwähnte "medizinische Fußpflege" auch von einem "medizinischen Fußpfleger" der bekannten Art ausgeübt wird.

e. Diese Vorstellung ist aber unrichtig. Die Beklagte ist keine Podologin und hat auch die Zusatzausbildung nicht durchgeführt. Sie darf sich nicht "medizinische Fußpflegerin" nennen.

¹ vgl. BVerfG, 2 BvF 1/01 vom 24.10.2002, Absatz-Nr. (1 - 392), online unter >>>
http://www.bverfg.de/entscheidungen/fs20021024_2_bvf000101.html

Ob sie Zusatzausbildungen in Form von Kursen auch für den Umgang mit Diabetespatienten gemacht hat, ist dabei nicht entscheidend.

f. Eine solche Fehlvorstellung ist auch wettbewerbsrechtlich relevant. Sie kann dazu führen, dass an einer Fußpflege interessierte Personen die Dienste der Beklagten in Anspruch nehmen, weil sie mit der medizinischen Fußpflege durch einen Podologen eine besondere Qualitätsvorstellung in Bezug auf die Dienstleistung erwarten. Das reicht aus. Ob im Einzelfall besonders erfahrene langjährige Fußpfleger Leistungen derselben oder sogar einer besseren Qualität erbringen könnten, ist nicht entscheidend. Durch die Einführung des geschützten Heilberufs wollte der Gesetzgeber im Sinne des verbesserten Schutzes der Gesundheit der Bevölkerung einen Mindeststandard setzen, der allgemein nur von ausgebildeten Podologen erreicht wird. Dieser wird nicht zwingend erreicht, wenn sich der Verkehr in Praxen begibt, in denen Fußpfleger ohne die podologische Ausbildung tätig sind, die auch die für langjährig tätige Fußpfleger ermöglichte Zusatzausbildung nicht genutzt haben. Die Tatsache, dass heilbehandlungsbedürftige Patienten, insbesondere Diabetiker vom Arzt ohnehin an Podologen verwiesen werden, weil nur deren Behandlung von den Kassen bezahlt wird, steht der Relevanz nicht entgegen. Denn es ist nicht zwangsläufig so, dass behandlungsbedürftige Personen sich zunächst an einen Arzt wenden. Sie könnten auch zunächst zum Fußpfleger kommen. Dann ist es besonders wichtig und nach der Gesetzesbegründung gerade Zweck der speziellen Ausbildung der Podologen, die Behandlungsbedürftigkeit zu erkennen und den Patienten zum Zwecke der Grundlagenbehandlung zum Arzt zu schicken. Auch die Tatsache, dass bestimmte Tätigkeiten der vorsorgenden medizinischen Fußpflege auch von der Beklagten ausgeübt werden dürfen, steht der Relevanz gleichfalls nicht entgegen, weil sie andere heilkundliche Tätigkeiten aus dem Bereich der medizinischen Fußpflege gerade nicht ausüben darf. Die Fehlvorstellung

geht aber gerade dahin, dass der entsprechende Praxisbetreiber sämtliche Tätigkeiten im Bereich der medizinischen Fußpflege ausüben darf.

g. Die relevante Irreführung muss die Klägerin auch nicht im Hinblick darauf hinnehmen, dass sich die Beklagte als Werbende – ebenso wie die "einfachen Fußpfleger", die ihrer Tätigkeit teilweise schon bereits mehrere Jahrzehnte ausgeübt haben, unter dem Gesichtspunkt des Bestandschutzes - auf den Schutz des Grundrechts des Art. 12 GG berufen darf und ein Verbot deshalb als unverhältnismäßig erscheint. Zwar mag die Beklagte weiterhin bestimmte Tätigkeiten aus dem Bereich, der zur medizinischen Fußpflege gehört, ausüben dürfen, zumal die Abgrenzung der zulässigen Tätigkeiten recht schwierig ist und teilweise auch von deren Zweck abhängt. Sicherlich ist es weiter richtig, dass die Beklagte für Tätigkeiten auch werben dürfen muss, die sie zulässigerweise ausüben darf. Das ist der Beklagten aber mit dem begehrten Verbot nicht untersagt. Sie darf entsprechend werben, insbesondere darauf hinweisen, dass sie neben rein kosmetischen Pflégetätigkeiten auch gewisse vorsorgende Tätigkeiten insbesondere bei gesunden Personen ausführen darf, die zu dem Bereich der medizinischen Fußpflege gehören. Damit ist ihrem berufsrechtlichen Interesse Genüge getan. Es ist nicht erforderlich, der Beklagten eine irreführende Werbung zu gestatten, die ihrem tatsächlichen Tätigkeitsfeld nicht gerecht wird.

h. Noch deutlicher wird die Verhältnismäßigkeit des Verbotes, wenn man berücksichtigt, dass wegen der Täuschung über die Vorbildung im Rahmen einer Werbung mit einer heilkundlichen Behandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 HWG auch ein Verstoß gegen § 3 Nr. 3 b HWG vorliegt. Dieser Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG ist gleichfalls eine unlautere geschäftliche Handlung. Die Werbebeschränkungen des HWG

sind grundsätzlich verfassungsrechtlich zulässig, weil sie durch hinreichende Gründe des Allgemeinwohls gedeckt sind. Auch soweit verlangt wird, dass die Werbung zumindest mittelbar zu einer Gesundheitswerbung führen kann, ist das im Hinblick auf behandlungsbedürftige Personen, die getäuscht werden, tatsächlich der Fall. Dies ergibt sich ohne Weiteres aus der amtlichen Begründung im Zusammenhang mit der Schaffung des PodG.

3. Aufgrund der vorangegangenen Ausführungen kann dahingestellt bleiben, ob ein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 1 Abs. 1 PodG vorliegt.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit folgt aus §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

(...)

