

Wettbewerbsrecht

Katharina Eibl, Düsseldorf*

Ärztliche Qualifikationsbezeichnungen aus wettbewerbsrechtlicher Sicht und Hinweise zur prozessualen Vorgehensweise

I. Einleitung

Verstößt ein Arzt gegen seine Berufsordnung, birgt dies nicht nur die Gefahr eines berufsrechtlichen Konflikts mit den Kammern. Der Arzt läuft auch Gefahr wegen unlauteren Wettbewerbs von der Konkurrenz auf Beseitigung, Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden.

Insofern besteht im Bereich der ärztlichen Qualifikationsbezeichnung scheinbar eine gewisse Konkurrenz zwischen Berufsrecht und Wettbewerbsrecht.

Der Kollege *Dr. Kleine-Cosack*, bekannt aus dem Bereich des anwaltlichen Wettbewerbsrechts, behauptete kürzlich in der NJW sogar, das Berufsrecht der Freiberufler habe „zwischenzeitlich weitgehend an Bedeutung verloren“. Das Wettbewerbsrecht habe sich als völlig ausreichend erwiesen, um das Fehlverhalten von Freiberuflern im Bereich der Werbung zu ahnden. Indes würden – so *Kleine-Cosack* weiter – immer noch einige „uneinsichtige Kammern berufsrechtliche Restbestände“ mit „unverständlicher Vehemenz“ verteidigen.

Kleine-Cosack sieht sogar eine „nicht zu übersehende Legitimationskrise“ des Berufsrechts und wirft in diesem Zusammenhang die seiner Meinung nach bisher „völlig tabuisierte Frage nach der Rechtfertigung der Kammern sowie der Berufsgerichte“ auf.¹

Tatsächlich würde wohl niemand so weit gehen, die Kammern abzuschaffen, nur weil es Überschneidungen zwischen Berufs- und Wettbewerbsrecht gibt. Wer das vertritt, übersieht nicht nur die Tatsache, dass die Kammern neben der Wahrung der Berufsordnungen zahlreiche andere Aufgaben wahrnehmen.

Die Streitbeilegung außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit hat nicht zu unterschätzende Vorteile. Nicht zuletzt die Tatsache, dass man bei den Wettbewerbskammern der ordentlichen Ge-

* Rechtsanwältin und Fachanwältin für Medizinrecht *Katharina Eibl*, Rechtsanwältin Engel Heckmann & Partner, Elberfelder Straße 2, 40213 Düsseldorf.

¹ *Kleine-Cosack*, Freiberufsspezifische Werbeverbote vor dem Aus, NJW 2010, 1921 ff.

richte nicht selten über ein Jahr auf die mündliche Verhandlung der ersten Instanz wartet, macht deutlich, dass die Wahrung der Berufsordnung nicht ohne berufsrechtliche Sanktionen auskommt.

Allerdings müssen sich die Kammern bei ihren berufsrechtlichen Sanktionen an der liberalisierten Rechtsprechung des BGH orientieren. Aufgabe der ordentlichen Gerichte ist es, den Kammern klare Orientierungshilfen zu geben, um eine einheitliche Handhabung und Rechtssicherheit zu erreichen.

Unter dieser Voraussetzung können Berufsrecht und Wettbewerbsrecht sich gegenseitig sinnvoll ergänzen.

II. Anspruchsgrundlagen nach dem UWG §§ 3, 4 Nr. 11 i.V.m. Berufsordnung, § 5 UWG

Aus Sicht des Wettbewerbsrechtlers sind für die Werbung von Ärzten mit Qualifikationsbezeichnungen zwei Normen von zentraler Bedeutung.

Einerseits ist dies § 4 Nr. 11 UWG i.V.m. den Regelungen der Berufsordnung. Unlauter handelt, wer einer gesetzlichen Vorschrift zuwiderhandelt, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Zu diesen gesetzlichen Vorschriften zählen auch die in der Berufsordnung vorgesehenen Regelungen zu den Qualifikationsbezeichnungen.

Andererseits ist dies § 5 I Nr. 3 UWG, das allgemeine Irreführungsverbot.

Es sind also einerseits Qualifikationsbezeichnungen verboten, die irreführend sind und andererseits solche, die gegen die Vorschriften der Berufsordnung verstoßen. Die Überschneidungen zwischen beiden Vorschriften sind zahlreich, da auch die Berufsordnungen Bezeichnungen verbieten, die irreführend sind. Tatsächlich kann man die Frage stellen, ob § 4 Nr. 11 UWG bei verfassungskonformer Auslegung der Berufsordnung überhaupt ein über das allgemeine Irreführungsverbot hinausgehender Regelungsgehalt zukommt. Die Regelungen zu den Berufsbezeichnungen sollen verhindern, dass die Patienten in die Irre geführt werden. Bezeichnungen, die nicht geeignet sind, in die Irre zu führen, können aber bei verfassungskonformer Auslegung der Berufsordnung auch nicht unter Bezugnahme auf § 4 Nr. 11 UWG untersagt werden.

Die notwendige Abgrenzung zwischen erlaubter sachlicher Information und verbotener berufswidriger Werbung kann nicht generalisierend abstrakt erfolgen. Sie ist vielmehr im Einzelfall unter Berücksichtigung des Grundrechts der Berufsausübungsfreiheit auf der einen sowie des Informationsbedürfnisses der Patienten auf der anderen Seite, aufgrund einer Abwägung im Rahmen des gesamten Lebensvorgangs, vorzunehmen.

Wie schwierig trotz der vermeintlich klaren Regelungen der Berufs- und Weiterbildungsordnungen die wettbewerbsrechtliche Frage der Zulässigkeit ist, zeigt sich an folgendem Beispiel:

Das OLG Hamm² und das OLG Köln³ hatten im Bereich Plastische und Ästhetische Chirurgie einen nahezu identischen Lebenssachverhalt gegensätzlich bewertet.

In beiden Fällen ging es darum, dass die betroffenen Ärzte in den Gelben Seiten unter der Rubrik „Ärzte: Plastische Chirurgie“ inserierten, ohne Facharzt für Plastische und Ästhetische Chirurgie zu sein. Beide waren „nur“ Fachärzte für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie, hatten also sowohl ein Medizinstudium, als auch ein Zahnmedizinstudium sowie eine fünfjährige Weiterbildungszeit hinter sich gebracht. Hamm hielt diesen Eintrag unter der Rubrik „Ärzte: Plastische Chirurgie“ für unzulässig, Köln für zulässig.

Das Oberlandesgericht Hamm meinte, dass Verbraucher unter der Rubrik „Plastische Chirurgie“ in den Gelben Seiten einen entsprechend ausgebildeten Facharzt für plastische und ästhetische Chirurgie erwarten. Dass die Tätigkeit des Beklagten nicht den gesamten Bereich der plastischen Chirurgie, sondern nur Zähne, Mundhöhle, Kiefer und Gesicht abdecke, werde dem Verbraucher nicht klar. Die Eintragung sei daher irreführend und unzulässig.

Das OLG Köln hingegen meinte: Die Verbraucher, die in den Gelben Seiten die Rubrik „Ärzte: Plastische Chirurgie“ aufsuchen, gingen nicht davon aus, hier lediglich Fachärzte für plastische Chirurgie zu finden. Dies ergebe sich schon daraus, dass einige der dort inserierenden Ärzte die Facharztbezeichnung führten und einige nicht.⁴

Das OLG Köln sieht nebenbei bemerkt auch keinen Widerspruch zum Hammer Urteil. In der Rubrik, in der der vom OLG Hamm verurteilte Arzt inserierte, gab keiner der anderen Ärzte an, Facharzt zu sein. In den Kölner Gelben Seiten hatten manche Ärzte sich in dieser Rubrik als Fachärzte bezeichnet, andere nicht. Der Leser könne daher bei den Kölner Gelben Seiten ohne weiteres erkennen, dass sowohl Fachärzte, als auch „Nichtfachärzte“ in der Rubrik werben würden. Das sei bei dem Hammer Urteil anders gewesen.

Die Zulässigkeit eines Eintrages davon abhängig zu machen, ob die ebenfalls eingetragenen Kollegen gesondert auf den Fachanwalts-titel hinweisen, ist für den betroffenen Arzt schwerlich zumutbar. Die Zulässigkeit seines Inserats wird davon abhängig gemacht, wie die Kollegen werben. Dies kann er aber bei der Beauftragung der Gelben Seiten gar nicht wissen.

2 Ur. v. 3.6.2008, Az.: I-4 U 59/08, WRP 2008, 1597.

3 Ur. v. 15.8.2008, Az.: 6 U 20/08, WRP 2008, 1599.

4 Diese Argumentation verfolgt zuvor auch schon das Kammergericht in seinem Urteil vom 22.3.2002. Auch dieses stellt auf die konkrete Gestaltung des Telefonbuchs ab (Az.: 5 U 8811/00, NJW RR 2003, 64).

Im Ergebnis lässt sich festhalten: Die Gerichte sind sich uneinig darüber, was ein Verbraucher von einem Eintrag eines Arztes in den Gelben Seiten unter einer bestimmten Rubrik erwartet.

III. Insbesondere Zahnarztwerbung

Die sich bei den Zahnärzten stellenden Fragen weichen jedenfalls hinsichtlich der Irreführung nur unwesentlich von denen ab, die sich bei den Ärzten stellen. Nach § 21 I der Musterberufsordnung sind dem Zahnarzt sachliche Informationen über seine Berufstätigkeit gestattet. Untersagt ist ihm hingegen eine berufswidrige Werbung, wobei berufswidrig insbesondere eine anpreisende, irreführende, herabsetzende oder vergleichende Werbung ist.

Der größte Unterschied dürfte in der bei Ärzten im Vergleich zu Zahnärzten deutlich differenzierteren Untergliederung in Facharzt-, Schwerpunkt- und Zusatzbezeichnungen liegen. Gibt es bei den Ärzten alleine an die 50 Facharztbezeichnungen, existieren im gesamten Bundesgebiet bei Zahnärzten derzeit vier, und zwar auf dem Gebiet der Oralchirurgie, auf dem Gebiet der Kieferorthopädie, auf dem Gebiet der Parodontologie und im öffentlichen Gesundheitswesen.

Hinsichtlich dieser Berufsbezeichnungen gilt Folgendes:

1. Kieferorthopädie und andere Fachzahnärzte

Was den Bereich der anerkannten Fachzahnarztbezeichnung angeht, dreht sich die Rechtsprechung vor allen Dingen um den Bereich der Kieferorthopädie. Die hierzu entwickelten Grundsätze sind allerdings auf die übrigen Facharztbezeichnungen übertragbar.

Keine Verwechslungsgefahr sehen Gerichte bei der Angabe eines Tätigkeitsschwerpunktes, auch wenn dieser einer anerkannten Gebietsbezeichnung entspricht, also der Bezeichnung „Tätigkeitsschwerpunkt Kieferorthopädie“. Der Unterschied zwischen der Angabe „Tätigkeitsschwerpunkt“ und die Bezeichnung „Fachzahnarzt“ sei derart offenkundig, dass keine Verwechslungsgefahr bestehe. Dem kundigen Verbraucher dürften die unterschiedlichen Begrifflichkeiten bekannt sein.⁵

Ohne die Angabe „Tätigkeitsschwerpunkt“, also die bloße Bezeichnung „Arzt für Kieferorthopädie“ oder „Praxis für Kieferorthopädie“ wird hingegen als irreführend angesehen. Jedenfalls haben dies mehrfach das VG Münster⁶ und jüngst auch das OLG Karlsruhe⁷ so entschieden. Auch das OLG Bamberg⁸ hat so für die Anwaltschaft in Bezug auf den Rechtsanwalt für Bau- und Architektenrecht entschieden. Eine Verwechslungsgefahr bestehe jedenfalls dann, wenn der Text, mit dem geworben werde, mit der Bezeichnung für die Fachanwaltschaft übereinstimme.

Etwas weniger eindeutig ist der Stand der Diskussion zum Spezialisten. Bereits 2002 entschied das Bundesverfassungsgericht, dass

die Bezeichnung eines Arztes als „Spezialist“ grundsätzlich eine interessengerechte und sachgemessene Information darstelle.⁹ Es ging damals um zwei Orthopäden, die sich als „Spezialisten“ für Operationen an Knie und Wirbelsäule bezeichneten.

In seiner „Spezialisten-Entscheidung“ aus dem Jahr 2004¹⁰ entschied das Bundesverfassungsgericht zum anwaltlichen Bereich, dass die Bezeichnung „Spezialist im Verkehrsrecht“ zulässig sei, wenn ein Anwalt tatsächlich in diesem Bereich spezialisiert sei. Das Verfassungsgericht führte aus, dass es einen Unterschied zwischen einem Fachanwalt und einem Spezialisten gebe, den auch ein Laie verstehe. Während ein Fachanwalt mit dem Titel zeige, dass er auf einem bestimmten Gebiet eine geprüfte Kompetenz habe, wolle ein Rechtsanwalt, der sich als Spezialist bezeichne, andere Tätigkeiten ausschließen. Ein Spezialist sei mit einem Fachanwalt nicht vergleichbar.

Beide Entscheidungen betrafen allerdings Gebiete, auf denen es zum damaligen Zeitpunkt keinen Fachanwalt/Facharzt gab.

Das Landgericht München¹¹ hat für den anwaltlichen Bereich in diesem Jahr entschieden, dass Rechtsanwälte sich nicht als „Spezialist für Erbrecht“ bezeichnen dürfen. Das LG München sah aufgrund der semantischen Nähe des „Spezialist für...“ zum „Fachanwalt für...“ eine zu große Verwechslungsgefahr, die zu einer Irreführung der Mandanten führe und damit einen berufsrechtlichen Wettbewerbsverstoß darstelle. Die tatsächliche Spezialisierung und die Frage danach, ob der Anwalt möglicherweise sogar über eine höhere Qualifikation als der Fachanwalt verfüge, ließ das Gericht außen vor. Zulässig sei hingegen die Bezeichnung „Spezialisierung im Erbrecht“.

Offen lässt diese Frage die Entscheidung des OVG NRW.¹² Der Begriff des Spezialisten setze stets eine langjährige und umfassende Tätigkeit auf dem angegebenen Spezialgebiet mit diesbezüglichen Spezialkenntnissen theoretischer und praktischer Art voraus. In dem dort entschiedenen Fall fehlte es dem „Spezialist für Kieferorthopädie“ schon an der unabdingbaren langjährigen Tätigkeit auf dem Spezialgebiet, so dass es auf die Frage, ob eine formale Qualifikation notwendig gewesen wäre, nicht ankam.¹³

5 BVerwG, Beschl. v. 4.9.2003, Az.: 3 BN 1/03.

6 Beschl. v. 13.6.2006, Az.: 6 L 303/06 und Beschl. v. 6.7.2006, Az.: 6 L 429/06.

7 Urt. v. 9.7.2009, Az.: 4 U 169/07, MDR 2009, 1256; GesR 2010, 15; GRUR-RR 2010, 63.

8 Urt. v. 29.7.2009, Az.: 3 U 71/09.

9 Beschl. v. 8.1.2002, Az.: 1 BvR 1147/01, NJW 2002, 1331 ff.

10 Beschl. v. 28.7.2004, Az.: 1 BvR 159/04, NJW 2004, 2656 ff.

11 Entscheidung v. 9.2.2010, Az.: 33 O 427/09.

12 Beschl. v. 20.8.07, Az.: 13 B 503/07, GesR 2007, 538.

13 So auch LG Köln, Urt. v. 26.11.2009, Az.: 31 O 329/09.

Die „Spezialistenfrage“ scheint bislang nicht abschließend geklärt.¹⁴ Aus diesem Grund sollten Bezeichnungen, wie „Spezialist für Kieferorthopädie“ jedenfalls dann vermieden werden, wenn

- die Spezialistenbezeichnung mit der genauen Bezeichnung des Fachzahnarztes übereinstimmt, also „Spezialist für Kieferorthopädie“;
- die Spezialistenbezeichnung auf einem erkennbaren Teilgebiet der Fachzahnartzschaft verwendet wird („Spezialist für Kieferbruchbehandlung“, wenn der Zahnarzt nicht Fachzahnarzt für Oralchirurgie ist).

Betrachtet man allerdings Gebiete, in denen es keine Fachzahnarztbezeichnung gibt, dürfte die Bezeichnung Spezialist z.B. für Implantologie durchaus zulässig sein. Immer natürlich unter der Voraussetzung, dass der Zahnarzt auf diesem Gebiet über herausragende Kenntnisse und langjährige praktische Erfahrung verfügt.

Geklärt hingegen ist die Frage, ob ein Zahnarzt mit dem „Titel Master of Science Kieferorthopädie“ werben darf. Das OLG Düsseldorf¹⁵ hat, mittlerweile vom BGH bestätigt,¹⁶ einer Zahnärztin die Führung des Titels „Master of Science Kieferorthopädie“, die diese durch einen umfassenden Studiengang in Österreich erworben hatte, zugestanden. Das erstinstanzliche Gericht in Kleve¹⁷ hatte die Verwendung noch für unzulässig erachtet, da eine Verwechslungsgefahr mit der Facharztbezeichnung für Kieferorthopädie bestehe.

Nach der im Rahmen des § 5 UWG vorzunehmenden Interessenabwägung sei, so Düsseldorf, ein Wettbewerbsverstoß zu verneinen. Das Interesse der Klägerin an der Untersagung wiege nicht höher als das verfassungsrechtlich geschützte Recht der Zahnärztin, ihren rechtmäßig erlangten Titel im Berufsleben zu benutzen. Gefahren für die Zahngesundheit seien auch nicht ersichtlich, weil der Zahnärztin nicht etwa eine fachliche Qualifikation auf dem Gebiet der Kieferorthopädie fehle. Sie habe diese Qualifikation durch den Studiengang erworben, auch wenn dieser sich von der Weiterbildung der Kieferorthopäden unterscheide.

Das Gericht legt es dem Patienten auf, sich über die unterschiedlichen Bezeichnungen zu informieren. Durch die Vielzahl von Spezialisierungen sei im Bereich der Zahnmedizin eine gewisse Unübersichtlichkeit entstanden, und der Verbraucher müsse zusätzliche Informationen einholen, wenn er überhaupt Wert darauf lege zu wissen, was die mit den Bezeichnungen ausgedrückten Spezialisierungen im Einzelnen bedeuten sollen. Dass er sich diese Informationen verschaffe, um keinen Irrtümern zu unterliegen, müsse von ihm erwartet werden.

2. Implantologie und andere Gebiete ohne Fachzahnarztbezeichnung

Beliebt ist bei den Zahnärzten auch das Gebiet der Implantologie. Es existiert kein Fachzahnarzt für Implantologie, so dass sich die

Frage stellt, ob die Ausführungen zum Kieferorthopäden übertragbar sind.

Parallel zur Kieferorthopädie besteht auch hier Einigkeit, dass die Bezeichnung „Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie“ zulässig sei.¹⁸

Die Parallelen gehen aber noch weiter und betreffen auch die Bezeichnung „Zahnarzt für Implantologie“:

In einem Urteil aus dem Jahr 2005 hat das OVG NRW¹⁹ die Bezeichnung „Zahnarzt für Implantologie“ in einer Zeitungsanzeige als irreführend und daher berufswidrig angesehen.

Der Durchschnittspatient verbinde mit der Bezeichnung „Zahnarzt für Implantologie“ die Vorstellung einer von der Zahnärztekammer zugelassene Bezeichnung und einer besonderen Qualifikation des Zahnarztes in den bezeichneten Tätigkeitsgebieten. Dies gelte insbesondere auch deshalb, weil es nach der Weiterbildungsordnung der Zahnärztekammer keinen „Fachzahnarzt für Implantologie“ gebe. Das Vorbringen des Zahnarztes, mit der beanstandeten Bezeichnung weise er zulässigerweise auf einen Tätigkeitsschwerpunkt seiner Praxis hin, der ihm von der Zahnärztekammer zugestanden worden sei, führe nicht zu einer anderen Einschätzung. Nach der Berufsordnung der Zahnärztekammer müsse er einen Tätigkeitsschwerpunkt auch als einen solchen bezeichnen.

Dementsprechend untersagte das OVG NRW in einem Urteil aus dem Jahr 2008 auch die Bezeichnung „Praxis für Zahnheilkunde und Implantologie“.²⁰

Auch das OLG Karlsruhe folgte jüngst dieser Auffassung.²¹ Es untersagte dem beklagten Allgemein Zahnarzt, unter den Rubriken

14 Vgl. zum anwaltlichen Bereich *Remmert*, „Spezialist“ nach neuem Berufsrecht, NJW 2008, 266; *Offermann-Burckart*, Der Spezialist – ein besserer Fachanwalt?, NJW 2001, 2617.

15 OLG Düsseldorf, Ur. v. 23.9.2008, Az.: I 20 U 144/07, GRUR-RR 2009, 186; so auch LG Ingolstadt, Ur. v. 4.12.2007, Az.: I HK O 507/07, ZMGR 2008, 84.

16 BGH, Ur. v. 18.3.2010, Az.: I ZR 172/08.

17 LG Kleve, Ur. v. 10.8.2007, Az.: 8 O 2/07; GesR 2007, 480.

18 Beispielsweise Ur. des Schleswig-Holsteinischen OLG v. 5.12.2000, Az.: 6 U 64/00, NJW-RR 2001, 926.

19 OVG NRW Beschl. v. 14.6.2005, Az.: 13 B 667/05, NWVBI 2005, 472; ArztR 2006, 70; MedR 2006, 163. Immer wieder tritt das OVG NRW durch restriktive Entscheidungen im Bereich der zahnärztlichen Berufsbezeichnungen hervor. In NRW gibt es die Besonderheit, dass die Kammern befugt sind, Ordnungsverfügungen wegen Berufsrechtsverstößen durch Verwaltungsakt durchzusetzen. Dieser wird nicht vor den Zivilgerichten, sondern vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit überprüft.

20 OVG NRW, Beschl. v. 26.9.2008, Az.: 13 B 1165/08, ArztR 2009, 193; MedR 2009, 43.

21 OLG Karlsruhe, Ur. v. 10.12.2009, Az.: 4 U 33/09, MedR 10, 644 m. Anm. *Rumetsch*.

„Zahnärzte für Implantologie, Kieferorthopädie, Parodontologie oder Oralchirurgie“ zu werben, und zwar ausdrücklich auch für den Teilbereich Implantologie.

Die Werbung eines Zahnarztes mit einer Zuordnung zu Gebiets- und Tätigkeitsschwerpunkten kann auch bei Verwendung von Gebietsbezeichnungen, die keine durch förmliche Weiterbildung zu erwerbende Qualifikation betreffen, irreführend sein. Die bloße Zuordnung zu einer Rubrik „Zahnärzte für Implantologie“ sei unabhängig davon unzulässig, dass es eine solche Fachzahnarztweiterbildung nicht gebe.²²

3. Fazit

Zusammenfassend lässt sich zur neueren Rechtsprechung bei den zahnärztlichen Qualifikationsbezeichnungen feststellen, dass die Bezeichnungen „Tätigkeitsschwerpunkt ...“ oder „Master of Science“ dann zulässig sind, wenn die dargestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt sind, was der die Bezeichnung führende Zahnarzt im Zweifel nachweisen muss.

Die Bezeichnung „Spezialist“ sollte nur mit äußerster Zurückhaltung und unter Berücksichtigung des von der Rechtsprechung für den anwaltlichen Bereich aufgestellten Grundsätze genutzt werden

Gänzlich abzuraten ist von der Bezeichnung „Zahnarzt für ...“ oder „Praxis für ...“, egal um welches Spezialgebiet es sich handelt.

IV. Verfahren/Vorgehensweise

Kommt man zu der Auffassung, dass der Arzt gegen Wettbewerbsrecht verstoßen hat, gilt es, Folgendes zu beachten:

1. Anspruchsberechtigung § 8 III UWG

Zunächst einmal ist zu beachten, dass der Kreis derjenigen, die sich auf das Gesetz zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs berufen können, eingeschränkt ist. Die Voraussetzungen hierzu sind in § 8 III UWG geregelt. Nach dieser Vorschrift stehen die Unterlassungsansprüche jedem Mitbewerber zu, bestimmten rechtsfähigen Vereinen und sogenannten qualifizierten Einrichtungen.

a) Mitbewerber/ konkretes Wettbewerbsverhältnis § 8 III Nr. 1 UWG

Zunächst einmal hat der einzelne Arzt die Möglichkeit, gegen seinen Mitbewerber vorzugehen, wenn er der Auffassung ist, dessen Werbung sei wettbewerbswidrig.

Zu bedenken ist aber, dass ein konkretes Wettbewerbsverhältnis bestehen muss. Allerdings ist die Rechtsprechung hier recht groß-

zügig. Der BGH hat in Bezug auf zwei mittelgroße Anwaltskanzleien in Berlin und Hamburg entschieden, es bestehe ein Wettbewerbsverhältnis, da die Parteien versuchen würden, gleichartige Dienstleistungen innerhalb der gleichen Verkehrskreise abzusetzen.²³ Das LG Berlin²⁴ hat darauf gestützt noch weitergehend entschieden, dass ein Konkurrenzverhältnis bestehe zwischen einem Anwalt, der in einer kleinen Frankfurter Kanzlei mit Spezialisierung auf dem Gebiet des Familienrechts tätig sei und einer kleinen Kanzlei in Berlin, die keine Spezialisierung auf diesem Gebiet vorzuweisen habe. Aus sachlicher Sicht könne sich ein verständiger Mandant in einer familienrechtlichen Angelegenheit sowohl an den Frankfurter als auch an den Berliner Anwalt wenden. In räumlicher Hinsicht könnten sich die Gebiete, in denen die kleinen Kanzleien in Frankfurt oder Berlin Mandanten haben oder zu gewinnen suchen ebenso überschneiden, wie die von mittelgroßen Kanzleien mit Sitz in Berlin oder Hamburg.

Es wird also stets zu prüfen sein, ob die theoretische Möglichkeit des Wettbewerbs zwischen dem werbenden Arzt und dem Klagenbesten besteht. Bei Spezialisten, zu denen Patienten möglicherweise aus dem gesamten Bundesgebiet anreisen, dürfte dies unproblematisch sein. Ob ein niedergelassener Hausarzt in München gegen einen Gynäkologen in Hamburg vorgehen können wird, ist allerdings zweifelhaft.

b) Kammern § 8 III Nr. 2 UWG

Neben den Wettbewerbern sind entgegen weit verbreiteter anderer Auffassung auch die Kammern befugt, gegen Verstöße auf dem Zivilrechtsweg vorzugehen.

Gem. § 8 III Nr. 2 UWG sind juristischen Personen des öffentlichen Rechts, die als Ziel die Förderung gewerblicher und selbstständiger beruflichen Interessen ihrer Mitglieder haben, anspruchsberechtigt. Hierzu zählen auch die Kammern der freien Berufe. Kammern sind „Verbände zur Förderung selbstständiger beruflicher Interessen“, weil sie die beruflichen Belange ihrer Mitglieder zu wahren und zu fördern haben.

Der BGH²⁵ hat hierzu entschieden:

Eine Kammer freier Berufe (hier Zahnärztekammer) ist befugt, Wettbewerbsverstöße von Kammerangehörigen oder deren Wettbewerbern im Zivilrechtsweg zu verfolgen. Gegen Wettbewerbsverstöße von Kammerangehörigen kann sie in dieser Weise grundsätzlich auch dann vorgehen, wenn sie berechtigt ist, rechtlich gegen berufswidrige Zustände durch Erlass von Bescheiden einzuschreiten.

22 OLG Karlsruhe, a.a.O.; hierzu auch *Rumetsch*, WRP 2010, 691 ff.

23 Urt. v. 27.1.2005, Az.: I ZR 202/02, GRUR 2005, 520.

24 Urt. v. 12.12.2006, Az.: 15 O 587/06.

25 Urt. v. 6.4.2006, Az: I ZR 272/03, NJW 2006, 2481.

Im Hinblick auf das Grundrecht der Mitglieder aus Art. 12 I S. 2 GG ist Voraussetzung für ein wettbewerbsrechtliches Vorgehen gegen Mitglieder zwar, dass (1) die in dem jeweiligen Kammergesetz vorgesehenen berufsrechtlichen Eingriffsmöglichkeiten (z.B. Rüge, berufsgerichtliches Verfahren) keine abschließende Regelung darstellen, (2) der Wettbewerbsverstoß aus der berufsrechtlicher Verpflichtung folgt und (3) der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geachtet wird.

Diese Voraussetzungen sind aber praktisch immer erfüllt. Denn die Kammergesetze enthalten keine abschließende Regelung, der Wettbewerbsverstoß stellt stets auch einen Verstoß gegen das Berufsrecht dar und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist bei einem Vorgehen gegen einen Wettbewerbsverstoß gewahrt.

c) Wettbewerbsverein § 8 III Nr. 2 UWG

Zu den nach § 8 III Nr. 2 klagebefugten Vereinen gehört insbesondere die Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V. Durch die Mitgliedschaft der Ärztekammern bei der Wettbewerbszentrale sind auch die Kammerangehörigen mittelbar verbandszugehörig, woraus sich die Klagebefugnis der Wettbewerbszentrale bei wettbewerbswidrigem Handeln von Ärzten ergibt.

Die in den von der Wettbewerbszentrale geführten Auseinandersetzungen immer wieder von Beklagtenseite vorgebrachten Vorwürfe, das Einschalten der Zentrale beispielsweise durch die selbst prozessführungsbefugten Kammern sei unzulässig, wird von den Gerichten regelmäßig zurückgewiesen.

Nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Missbrauch nur dann vor, wenn der Anspruchsberechtigte nicht mehr im eigenen oder im Verbandsinteresse, sondern als „Werkzeug“ eines Dritten tätig wird. Dies ist allerdings nicht schon dann der Fall, wenn ein Verband auf Anregung und Prozeßkostenzusage eines Dritten hin tätig wird.²⁶

2. Abmahnung

Ist nun also der Mandant anspruchsberechtigt oder wird der eigene Mandant aus dem Kreis der Anspruchsberechtigten in Anspruch genommen, geschieht dies meist in Form einer Abmahnung.

Der Arzt wird aufgefordert, eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abzugeben und gleichzeitig seine Kostentragungspflicht anzuerkennen.

Wurde diese Pflicht, die Kosten des abmahnenen Anwalts zu erstatten, in früheren Zeiten aus schadensersatzrechtlichen Ansprüchen bzw. der Geschäftsführung ohne Auftrag hergeleitet, ist sie nun in § 12 UWG ausdrücklich geregelt. Erfolgt eine Abmahnung zu Recht, muss der Abgemahnte die Kosten des abmahnenen Anwalts ersetzen. Diese Kosten bestehen regelmäßig in einer Geschäftsgebühr bzw. im Falle von Abmahnvereinen in Höhe der tatsächlich entstehenden Kosten.

Besteht Unklarheit darüber, ob tatsächlich ein Wettbewerbsverstoß vorliegt, kann es ratsam sein, die Unterlassungserklärung abzugeben, soweit er nicht besonderen Wert auf den Gebrauch der Qualifikationsbezeichnung legt. Die Kostentragungspflicht sollte dann allerdings nicht anerkannt werden. Über diese könnte ein gesonderter Prozess mit überschaubarem Kostenrisiko geführt werden.

3. Einstweilige Verfügung

Wird, aus welchen Gründen auch immer, die Unterlassungserklärung nicht abgegeben, wäre der nächste Schritt der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung.

a) Eilbedürftigkeit

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung setzt als Verfügungsgrund ein Eilbedürfnis voraus. Dies ist eine Prozessvoraussetzung und von Amts wegen zu prüfen.

Grundsätzlich muss der Antragsteller die Dringlichkeit darlegen und glaubhaft machen. Jedoch begründet § 12 II UWG für den Bereich des Wettbewerbsrechts eine widerlegliche tatsächliche Vermutung der Dringlichkeit.

Widerlegt wird diese Vermutung meist durch Zeitablauf. Die Bemessung des Zeitraums für zulässiges Zuwarten ist allerdings sehr umstritten. Die Entscheidungen der verschiedenen Oberlandesgerichte bewegen sich zwischen einem Monat und zwei Monaten. Soweit keine besonderen Umstände vorliegen, sollte der Anwalt mithin stets darauf achten, die einstweilige Verfügung vor Ablauf von einem Monat ab Kenntnis vom Verstoß einzureichen.

b) Beschluss/Urteil

Üblicherweise wird beantragt, die einstweilige Verfügung aufgrund der Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung zu erlassen. In nicht ganz eindeutig gelagerten Fällen wird das Gericht allerdings eine mündliche Verhandlung anberaumen. Erst durch diese mündliche Verhandlung erlangt der Antragsgegner Kenntnis vom Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung. In vielen Fällen ist es daher ratsam, das Gericht zu bitten, eine solche mündliche Verhandlung nicht ohne Rücksprache mit den Antragstellern anzuberaumen. Häufig wird der Antragsteller kein Interesse daran haben, dass der Antragsgegner von dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung erfährt, sollte dieser Antrag nicht erfolgreich sein.

Das Gericht kann für den Fall, dass es nicht ohne mündliche Verhandlung entscheiden möchte, um telefonische Nachricht gebeten werden. Gegebenenfalls kann dann der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgenommen werden.

²⁶ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 28. Aufl., § 8 Rn 3.30 ff.

Zudem eröffnet dies – man mag davon halten was man will –, die Möglichkeit des sogenannten „Forum Shopping“. Das Auswählen des Gerichtsstandes nach dem Gesichtspunkt der größten Erfolgsaussichten ist grundsätzlich zulässig. Zulässig ist es auch, den Antrag, wenn das zunächst angerufene Gericht die einstweilige Verfügung nicht ohne mündliche Verhandlung erlassen will, zurückzunehmen und bei einem anderen Gericht zu stellen. Probleme können sich hier allerdings hinsichtlich der Eilbedürftigkeit ergeben.²⁷

c) Schutzschrift

Auf Seiten des Unterlassungsschuldners kann es hilfreich sein, eine Schutzschrift zu hinterlegen. Kommen mehrere Gerichte in Betracht, bei denen eine einstweilige Verfügung beantragt werden kann, muss diese Schutzschrift grundsätzlich bei mehreren Gerichten hinterlegt werden. Hilfreich ist insofern, dass mittlerweile ein zentrales Schutzschriftenregister existiert, bei dem für mehrere Gerichte eine Schutzschrift hinterlegt werden kann (www.schutzschriftenregister.de).

Das Hinterlegen einer solchen Schutzschrift hat meist zur Folge, dass das Gericht nicht ohne mündliche Verhandlung entscheidet.

d) Schadensersatzansprüche

Unbedingt zu beachten ist allerdings bei dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, dass eine solche einstweilige Verfügung auch zu Schadensersatzansprüchen führen kann. In Fällen, in denen die einstweilige Verfügung im Hauptsacheverfahren wieder aufgehoben wird, macht sich der Antragsteller ersatzpflichtig für den Schaden, der durch das vorläufige Verbot entsteht. Hierauf ist der Mandant hinzuweisen.

e) Zustellung

Eine weitere Haftungsquelle ist die Problematik der Zustellung einer einstweiligen Verfügung im Parteibetrieb.

Wie erläutert, wird der Antragsgegner bei Erlass einer einstweiligen Verfügung ohne mündliche Verhandlung nicht vom Gericht aus in das Verfahren mit einbezogen. Er erhält Kenntnis erst dann, wenn der Antragsteller die einstweilige Verfügung zustellen lässt. Unterlässt der Antragsteller diese sogenannte Vollziehung, gilt die einstweilige Verfügung als nicht existent. Zu beachten ist insofern, dass die Vollziehung binnen eines Monats ab Verkündung des Urteils oder Zustellung des Beschlusses bewirkt werden muss (§§ 936, 929 II ZPO).

Dies gilt allerdings nicht nur im Rahmen von Beschlussverfügungen, sondern auch bei Urteilsverfügungen. Bei einer Urteilsverfügung hat der Antragsgegner zwar schon Kenntnis von der Verfügung. Ihm wird das Urteil vom Gericht zugestellt. Trotzdem ist, und hierauf ist unter Haftungsgesichtspunkten besonderer Wert zu legen, der Antragsteller nicht von dem Erfordernis der Vollziehung befreit.

Vollzogen werden müssen auch Berufungsbeschlüsse oder Berufungsurteile, soweit diese einen Verbotsumfang haben, der über die erstinstanzliche Entscheidung hinausgeht.

Die Parteizustellung hat an den Gegner persönlich zu erfolgen. War der Gegner jedoch im Verfahren vertreten, so muss die Parteizustellung nach § 172 ZPO an seinen Prozessbevollmächtigten erfolgen.

Auch hier kann es sinnvoll sein, vorsichtshalber an beide zuzustellen.

Während bei Beschlussverfügungen eine Heilung von Zustellungsmängeln eintritt, wenn die Beschlussverfügung tatsächlich dem richtigen Zustellungsempfänger zugegangen ist (§ 198 ZPO), ist dies unstreitig bei Urteilsverfügungen nicht möglich.

f) Abschlussschreiben

Eine einstweilige Verfügung enthält nur eine vorläufige Regelung. Um sie ebenso effektiv und dauerhaft werden zu lassen, wie den Hauptsachetitel, hat die Praxis die sogenannte Abschlusserklärung des Schuldners entwickelt, der in der Regel das Abschlussschreiben des Gläubigers vorausgeht. Beide zusammen bilden das sogenannte Abschlussverfahren.

Das Abschlussschreiben enthält die Aufforderung zur Abgabe einer Abschlusserklärung. Damit kann der Gläubiger Klarheit gewinnen, ob er noch Hauptsacheklage erheben muss. Zugleich erhält der Schuldner die Möglichkeit durch fristgerechte Abgabe der Abschlusserklärung den Rechtsstreit endgültig zu beenden.

Die Kosten des Abschlussschreibens sind keine Kosten des Verfügungsverfahrens, wohl aber Vorbereitungskosten des Hauptsacheverfahrens. Kommt es nicht zum Hauptsacheverfahren, weil der Antragsgegner die geforderten Erklärungen abgibt, steht dem Antragsteller ein materiell-rechtlicher Kostenerstattungsanspruch zu. Dieser Anspruch auf Aufwendungsersatz ergibt sich aus einer Analogie zu § 12 I S. 2 UWG oder den Grundsätzen der Geschäftsführung ohne Auftrag. Der Anspruch ist allgemein anerkannt.²⁸ Da es sich bei solchen Schreiben in der Regel um Schreiben einfacher Art handelt, kann nur eine 0,3 Geschäftsgebühr in Rechnung gestellt werden. Allerdings ist dem Schuldner ausreichend Gelegenheit zu geben, diesem Abschlussschreiben durch eine unaufgeforderte Abschlusserklärung zuvorzukommen.

²⁷ OLG Hamburg, Urt. v. 6.12.2006, Az.: 5 U 67/06, NJW-RR 2007, 763.
²⁸ Zuletzt BGH, Urt. v. 4.2.2010, Az.: I ZR 30/08, WRP 2010, 1169.