
Datum: 25.11.2003
Gericht: Oberlandesgericht Düsseldorf
Spruchkörper: 20. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: I-20 U 63/03
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2003:1125.I20U63.03.00

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird unter Zurückweisung der Berufung der Klägerin das Urteil der 12. Zivilkammer des Landgerichts Düsseldorf vom 26. Februar 2003 teilweise abgeändert.

Die Klage wird insgesamt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits trägt die Klägerin.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 105 % des beizutreibenden Betrages abwenden, wenn nicht der Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in gleicher Höhe leistet.

Soweit der Senat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen hat, wird die Revision zugelassen.

-
- I. 1
- Der Beklagte ist Zahnarzt. Er gestaltet den Kopf seines Briefbogens wie aus der Anlage zum Urteil ersichtlich. Die Klägerin, die für den Beklagten zuständige Zahnärztekammer, beanstandet die Verwendung des Begriffs "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" sowie des Wort-Bild-Zeichens "die + Zahnärzte" als berufs- und wettbewerbswidrig. Der Begriff "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft", der lediglich auf eine gemeinsame Benutzung von Räumen und/oder Geräten bzw. gemeinsames Hilfspersonal hinweist, dürfe nach der Berufsordnung (BO) auf Briefbögen nicht geführt werden und sei wegen einer 2

Verwechslungsgefahr mit dem Begriff "Gemeinschaftspraxis" irreführend. Das Wort-Bild-Zeichen sei reißerisch und weise keinen Informationsgehalt auf. Sie hat daher beantragt,	3
den Beklagten zu verurteilen,	3
es bei Meidung eines für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,	4
im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in im Zusammenhang mit seiner Berufsausübung bestimmten Briefbögen folgende Zusätze zu führen:	5
a) "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft"	6
b) folgendes Wort-Bild-Zeichen	7
a. <i>Abbildung</i>	8
Der Beklagte hat beantragt,	9
die Klage zurückzuweisen.	10
Er hat die Auffassung vertreten, ein Verstoß gegen die Berufsordnung stelle noch keinen wettbewerbsrechtlichen Verstoß dar. Die Klägerin dürfe zudem gegen ihn nur auf Grund der Vorschriften des Heilberufsgesetzes des Landes Nordrhein-Westfalen vom 09. Mai 2000 (HeilBerG NRW) vorgehen. Die Verwendung der beanstandeten Begriffe bzw. Zeichen sei auch nicht berufswidrig.	11
Das Landgericht, auf dessen Feststellungen im Übrigen verwiesen wird, hat die Klagebefugnis der Klägerin bejaht und in der Sache die Klage hinsichtlich der Benutzung von "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" abgewiesen, die Verwendung des Wort-Bild-Zeichens demgegenüber untersagt. Das Logo weise keinen Informationsgehalt auf. Demgegenüber weise der Begriff- zutreffend - auf die Zusammenarbeit des Beklagten mit anderen Zahnärzten hin; soweit Patienten diesen Begriff mit dem einer "Gemeinschaftspraxis" verwechselten, sei dies irrelevant, weil für sie unerheblich sei, mit wem sie den Behandlungsvertrag abschließen.	12
Gegen diese Entscheidung richtet sich, soweit ihnen ungünstig, die Berufung beider Parteien.	13
Die Klägerin macht geltend, der Begriff "Praxisgemeinschaft" vermittele dem Patienten keine sachlichen Informationen. Er lasse nicht zwingend auf die Größe der Praxisräume, Anzahl der Mitarbeiter oder die Qualität der Leistungen schließen. Zudem führe er über die haftungsrechtlichen Zusammenhänge in die Irre. Sie beantragt daher,	14
unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils den Beklagten des Weiteren zu verurteilen,	15
es bei Meidung eines für jeden Fall der schuldhaften Zuwiderhandlung vom Gericht festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,00 Euro, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten, zu unterlassen,	16
im geschäftlichen Verkehr zu Wettbewerbszwecken in im Zusammenhang mit seiner Berufsausübung bestimmten Briefbögen den Zusatz "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" zu	17

führen, und zwar so, wie in der Anlage zum Urteil wiedergegeben.

Der Beklagte beantragt,	18
die Berufung der Klägerin zurückzuweisen und unter teilweiser Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage vollständig abzuweisen.	19
Unter Ergänzung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens macht er weiterhin geltend, die Klägerin als für ihn zuständige Kammer sei nicht befugt, wegen der angeblichen Berufswidrigkeit der beanstandeten Handlungen zivilgerichtlich gegen ihn vorzugehen. Vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs seien diese Handlungsweisen auch nicht als berufswidrig zu werten. Die Benutzung des Logos sei nicht reißerisch. Der Begriff "Praxisgemeinschaft" sei auch nicht irreführend, zumal ihn die Klägerin in ihren Richtlinien zu § 20a BO ausdrücklich zulasse.	20
Die Klägerin beantragt,	21
die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.	22
Insoweit verteidigt sie unter Ergänzung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens das angefochtene Urteil. Insbesondere bestünden keine Bedenken dagegen, dass sie neben den Möglichkeiten des HeilBerG auf zivilrechtlichem Wege gegen wettbewerbsrechtliche Handlungen ihrer Mitglieder vorgehe.	23
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die zum Berufungsverfahren eingereichten Schriftsätze der Parteien verwiesen.	24
Die Berufung der Klägerin hat keinen Erfolg, während die Berufung des Beklagten zur vollständigen Abweisung der Klage führt.	25
II.	26
Allerdings sind die Beanstandungen der Klägerin in der Sache teilweise berechtigt. Soweit sie geltend macht, die Führung des Zusatzes "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" sei in der konkreten Form gemäß Anlage K 1 zur Klageschrift (= Anlage zum vorliegenden Urteil) berufswidrig, trifft dies zu (dazu 1.). Demgegenüber ist die Benutzung des Logos - was insofern allein Gegenstand des Verfahrens ist - nicht berufswidrig (dazu 2.).	27
1.	28
Die Benutzung des Begriffs "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" ist in der Form, wie dies durch die Beklagte tatsächlich geschieht, irreführend.	29
a) Allerdings kann - wie das Landgericht zu Recht ausgeführt hat - die Verwendung von "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" auf Briefbögen nicht von vornherein als berufs- und wettbewerbswidrig beurteilt werden.	30
aa) Zwar dürfen bei wörtlichem Verständnis des § 19 BO auf Briefbögen lediglich die in § 18 Abs. 1 BO genannten Angaben aufgedruckt werden. Dazu zählt der Zusatz "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" nicht.	31
bb) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (NJW 2000, 2734 - Werbung für eine Zahnklinik; NJW 2000, 1635 - Sponsoring; NJW 2001, 1331 -	32

Implantologie; NJW 2002, 1331 - Spezialisten; NJW 2002, 3091 - Tierarztwerbung; NJW 2003, 2818 - Klinikwerbung; zuletzt Beschlüsse vom 26.08.2003 - 1 BvR 1003/02 - und vom 26.09.2003 - 1 BvR 1608/02) und des Bundesgerichtshofs (zuletzt GRUR 2003, 798) können jedoch lediglich berufswidrige Werbung, nicht jedoch interessengerechte und sachangemessene Informationen verboten werden, die keinen Irrtum erregen. Werbeverbote und -beschränkungen sollen eine Verfälschung des (zahn-)ärztlichen Berufsbildes verhindern, die einträte, wenn der Arzt Werbemethoden verwendete, wie sie in der gewerblichen Wirtschaft üblich sind (vgl. BVerfG NJW 2000, 2734 - Werbung für eine Zahnklinik; BVerfG NJW 2001, 2788 - Implantologie; BVerfG NJW 2002, 1331 - Spezialisten; BVerfG NJW 2002, 3091 - Tierarztwerbung), wobei allerdings aus dem benutzten Medium nicht von vornherein auf "gewerbliche Werbemethoden" geschlossen werden darf (vgl. BVerfG NJW 2002, 3091 - Tierarztwerbung; Beschluss vom 26.09.2003 - 1 BvR 1608/02; BGH GRUR 2003, 798 unter II.3.a)). Der Patient soll darauf vertrauen können, dass sich der Arzt nicht von wirtschaftlichen Interessen, sondern von medizinischen Notwendigkeiten leiten lässt.

cc) Danach ist nicht zu erkennen, gegen welche Gemeinwohlbelange die Verwendung des Begriffs auf Briefbögen - ohne Rücksicht auf die konkrete Benutzungsform (dazu b)) - verstoßen könnte. 33

Unter einer "Praxisgemeinschaft" wird die in § 33 Abs. 1 Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte und in § 14 BO angesprochene "gemeinsame Nutzung von Praxisräumen und Praxiseinrichtungen sowie die gemeinsame Beschäftigung von Hilfspersonal" bzw. die "gemeinschaftliche Nutzung von Praxisräumen, diagnostischen und therapeutischen Einrichtungen" verstanden. Im Gegensatz dazu steht der Begriff der "Gemeinschaftspraxis", welcher die "gemeinsame Ausübung" der Tätigkeit kennzeichnet (vgl. § 14 BO; § 33 Abs. 2 Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte; Abschnitt G. der Bedarfsplanungs-Richtlinien Zahnärzte). Auch wenn der Verkehr diese Definitionen möglicherweise nicht kennt, insbesondere nicht den Unterschied zwischen einer "Praxisgemeinschaft" und einer "Gemeinschaftspraxis", so entnimmt er der ersteren Angabe, dass der betreffende (Zahn-)Arzt mit einem oder mehreren anderen (Zahn-)Arzt/Ärzten zusammenarbeitet, wobei ihm der Umfang dieser Zusammenarbeit unklar sein mag. Jedenfalls erkennt der Verkehr, dass der (Zahn-)Arzt nicht allein tätig ist, sondern bestimmte Räume, möglicherweise auch Geräte, sowie Personal mit einem oder mehreren anderen (Zahn-)Arzt/Ärzten teilt. 34

Welcher Gemeinwohlbelang die Untersagung einer Information darüber auf Briefbögen rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich. Sie ist weder "marktschreierisch" (vgl. BVerfG NJW 2003, 2818 - Klinikwerbung) noch übermäßig anpreisend (vgl. BGH GRUR 2003, 798). Diese Angabe ist auch für die tatsächliche Abwicklung in der Praxis von Interesse; für den Patienten macht es beispielsweise einen Unterschied, ob das Wartezimmer und die Rezeption lediglich für einen einzigen oder für mehrere (Zahn-)Ärzte bestimmt ist. Gegen eine unzulässige Herausstellung spricht des Weiteren, dass Schreiben des (Zahn-)Arztes den Patienten erst dann erreichen, wenn er bereits einen Vertrag mit ihm abgeschlossen hat (z.B. Rechnung, Mitteilung über Befund) oder er zumindest in Kontakt mit ihm getreten ist (z.B. Kostenvoranschlag). In jedem Falle ist er hat er die Praxis des Beklagten bereits zuvor aufgesucht. 35

Als solcher führt der Begriff den Verkehr auch nicht in relevantem Umfange in die Irre. Kennt der Verkehr die zuvor angesprochenen Begrifflichkeiten, kann er von vornherein nicht getäuscht werden. Hat er lediglich die oben angesprochenen unklaren Vorstellungen, so verbindet er mit dem Begriff lediglich eine Zusammenarbeit mit einem oder mehreren 36

anderen (Zahn-)Ärzten; auch dieses Verständnis trifft zu. Da die Begriffe "Praxisgemeinschaft" und "Gemeinschaftspraxis" sprachlich nahe beieinander liegen, und dem Verkehr - insoweit anders als bei den Parallelbegriffen bei Rechtsanwälten "Sozietät" und "Bürogemeinschaft" - mangels einer langandauernden klaren Sprachpraxis die Unterschiede zwischen einer "Gemeinschaftspraxis" und einer "Praxisgemeinschaft" vielfach nicht klar sein werden, besteht bei bestimmten Personenkreisen die Gefahr, dass sie ein sich als "Praxisgemeinschaft" bezeichnendes "Gebilde" als "Gemeinschaftspraxis" werten und die Verwendung dann zu Fehlvorstellungen darüber führt, wer ihr Vertragspartner ist. Dies ist abstrakt hinzunehmen, weil der Zahnarzt lediglich die - sogar durch bestimmte Normen gedeckte - übliche Terminologie benutzt; zudem hat die Klägerin diesen Begriff ausdrücklich in ihrer Richtlinie gemäß § 20a BO für die Startseite einer Website eines Zahnarztes - und zwar ohne das Erfordernis weitergehender Erläuterungen, sogar mit deren Verbot - zugelassen. Hinsichtlich der Frage einer Irreführungsgefahr des Begriffs spielt es keine Rolle, ob er im Internet oder auf Briefbögen benutzt wird.

b) Jedoch wird der Begriff "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" in der konkreten Form, wie sie die Klägerin - im Gegensatz zum landgerichtlichen Verfahren - nunmehr zum Gegenstand des Verfahrens gemacht hat, irreführend benutzt. 37

Wie bereits unter a) ausgeführt, ist der Begriff aus sich heraus für den Verkehr "schillernd". Wird er dann aber in der Form "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft, Graf-Adolf-Straße 24, 40212 Düsseldorf" (Bl. 5 GA) geführt, so wird nicht lediglich darauf hingewiesen, dass der Zahnarzt in bestimmter Hinsicht mit anderen Zahnärzten intern zusammenarbeitet. Vielmehr wird dem Verkehr eine nach außen hin auftretende "Organisation" vorgespiegelt, die als solche Absender des Schreibens ist. Durch diese Art der Benutzung wird der Verkehr eine Organisationsform mit all ihren Konsequenzen annehmen, die richtigerweise nicht als "Praxisgemeinschaft", sondern als "Gemeinschaftspraxis" zu bezeichnen wäre. 38

Der Senat ist im Übrigen der Auffassung - die Klägerin hat dies allerdings nicht gerügt -, dass die Fehlvorstellungen des Verkehrs im konkreten Fall noch dadurch gesteigert werden, dass das Logo, welches an sich nicht zu beanstanden ist (vgl. unter 2.), den Wortbestandteil "die + zahnärzte" aufweist, wobei der Verkehr den Gebrauch des Plurals auf die Tatsache zurückführt, dass in der "Praxisgemeinschaft" mehrere Zahnärzte zusammenarbeiten. 39

Dieser Irrtum ist entgegen den Bedenken des Landgerichts relevant. Die Frage, wer Vertragspartner ist, mag für den Patienten gleichgültig sein. Dies ändert sich aber, wenn es zu Streit - etwa über die Berechtigung der Abrechnung oder die Haftung wegen angeblicher Schlechtbehandlung - kommt. Gerade auch für diese Fälle ist der Patient schutzbedürftig. Es mag sein, dass in einer allfälligen rechtlichen Auseinandersetzung dieser Schutz in bestimmten Fällen durch die Regeln über eine "Scheingesellschaft" letztlich doch gewährleistet wird. Dem Patienten ist aber bereits die Ungewissheit darüber, wer Vertragspartner ist und ob und inwieweit die angesprochenen rechtlichen Regeln eingreifen, nicht zuzumuten. Es ist vielmehr insoweit Sache des Zahnarztes, von vornherein klare Verhältnisse zu schaffen. 40

2. 41

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kann die Verwendung des Wort-Bild-Zeichens abstrakt - insoweit hat die Klägerin im Gegensatz zu 1. einen Antrag auf Untersagung der konkreten Benutzungsform nicht gestellt - nicht untersagt werden. 42

43

- a) Die Klage ist allerdings zulässig. Soweit sich der Senat im Verfahren 20 U 4/03 zwischen den Parteien mit dem Zeichen befasst hat, betraf es die Verwendung im Internet, nicht auf Briefbögen. Zudem handelte es sich lediglich um eine nicht in Rechtskraft erwachsende Vorfrage (vgl. BGH NJW 2003, 3058).
- b) Jedoch ist die Verwendung nicht berufs- und wettbewerbswidrig. 44
- aa) Allerdings trifft auch insoweit zu, was zuvor unter 1.a)aa) zu § 19, § 18 Abs. 1 BO für den Begriff "Praxisgemeinschaft" ausgeführt worden ist. 45
- bb) Ein Verbot lässt sich jedoch nicht durch Gemeinwohlbelange rechtfertigen. 46
- Allerdings trifft die Einschätzung des Landgerichts zu, das Zeichen weise für den Verkehr - wenn überhaupt - nur einen sehr geringen Informationsgehalt auf. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. Beschluss vom 26.08.2003 - 1 BvR 1003/02 unter II.2.b)bb)(1)(b)) und des Bundesgerichtshofs (GRUR 2003, 798 unter II.3.b)) verstehen das "Sachlichkeitsgebot" jedoch nicht in der Weise, dass nur "nüchterne Praxisdaten" mitgeteilt werden dürften oder dass Werbesprüche von vornherein unzulässig wären. Vielmehr ist auch dann in jedem Einzelfall zu prüfen, ob eine Untersagung vor dem Hintergrund einerseits des Grundrechts der Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und andererseits der mit der Werbebeschränkung verbundenen Gemeinwohlbelange andererseits sich rechtfertigen lässt. 47
- Auch (Zahn-)Ärzten kann die Verwendung von Logos nicht von vornherein untersagt werden. 48
Das Bundesverfassungsgericht (NJW 1997, 2510) hat bereits 1997 festgestellt, dass es "heute weithin üblich [sei], dass Verbände, öffentlich-rechtliche Körperschaften und nachgeordnete Behörden ihre Briefbögen graphisch und farblich gestalten oder mit einem Logo versehen. Es ist nur schwer vorstellbar, dass diese Gestaltung Zweifel an der verantwortlichen Aufgabenerfüllung durch die jeweiligen Verbände, Regierungen oder Körperschaften des öffentlichen Rechts zu wecken geeignet ist. Es träte dann ein Effekt ein, der mit Sicherheit vom Verwender dieser Logos nicht beabsichtigt ist. Gestaltungselemente, die im Rahmen der öffentlichkeitswirksamen Selbstdarstellung von Landesregierungen oder sonstigen Behörden verbreitet sind, können nur unter außergewöhnlichen Umständen Bedenken erregen". Die Verbreitung der Benutzung von Logos hat seitdem - wie allgemein bekannt - noch zugenommen und ist daher kein Kennzeichen einer gewerblichen Tätigkeit mehr. Auch die Klägerin selbst benutzt - zumindest in einzelnen Publikationen (Bl. 84 ff. GA) - ein eigenes Logo. Im Internet hat die Klägerin in ihrer "Richtlinie zu § 20a BO" die Verwendung eines Logos auf der Startseite der Website sogar ausdrücklich zugelassen. Die vom Landgericht herangezogenen Gesichtspunkte sind zwar nicht von der Hand zu weisen, sind aber jedem Logo, auch dem inzwischen von öffentlich-rechtlichen Körperschaften benutzten Logos, immanent.
- Das Logo kann auch nicht - unabhängig von der Platzierung usw. - als "marktschreierisch" 49
(vgl. BVerfG NJW 2003, 2818 - Klinikwerbung) oder "übermäßig anpreisend" (vgl. BGH GRUR 2003, 798) angesehen werden. Dass es auf die Werbung von Patienten ausgerichtet ist und vom Zahnarzt ein positives Bild zeichnet, ist als solches unschädlich (vgl. BVerfG Beschluss vom 26.09.2003 - 1 BvR 1608/02).
- Im Streitfall ist es auch - abstrakt - bei einer Verwendung durch den Beklagten nicht 50
irreführend. Es hat nicht den Inhalt, dass die fraglichen Zahnärzte eine Alleinstellung geltend machten. Ein Verständnis des Wortbestandteils "die Kinderzahnärzte" in dem Sinne, der Beklagte sei - gegebenenfalls nur im Düsseldorfer Raum - der einzige für Kinder geeignete oder besonders ausgestattete Zahnarzt, hat der Senat bereits in seiner Entscheidung vom

25.02.2003 (20 U 4/03) als fernliegend bezeichnet. Als solche weist die Benutzung des Plurals im angegriffenen Zeichen auch nicht darauf hin, dass der Beklagte mit anderen Zahnärzten in Form einer "Gemeinschaftspraxis" im oben genannten Sinne zusammenarbeitet. Der Verkehr achtet vielmehr in dieser Hinsicht auf den Briefkopf. Die konkrete Form der Benutzung, die durch die Kumulierung des Logos und der Absenderangabe "Zahnärztliche Praxisgemeinschaft" zu einer Irreführung über die Organisationsform führt (vgl. oben unter 1.b), ist nicht Gegenstand des Klageantrages.

III. 51

Auch soweit die Beanstandung der Klägerin nach dem unter II. Gesagten an sich berechtigt wäre, hat die Klage keinen Erfolg. Denn die Klägerin als zuständige Zahnärztekammer ist gegenüber dem Beklagten als ihrem Mitglied nicht als klagebefugt anzusehen. 52

1. 53

Der Bundesgerichtshof ist allerdings bisher in ständiger Rechtsprechung davon ausgegangen, dass die gesetzlich errichteten Kammern als "Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen" ihrer Mitglieder im Sinne des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG anzusehen seien und sie auch sonst grundsätzlich nicht gehindert seien, wettbewerbsrechtliche Ansprüche geltend zu machen (vgl. BGH NJW 1999, 3416 - Ärztlicher Hotelservice). 54

2. 55

Dagegen werden in der Literatur erhebliche Einwände erhoben (s. zuletzt Grunewald NJW 2002, 1369; s. auch die Nachweise in Kohler/Piper, UWG, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 13). Diese Stimmen gehen davon aus, dass das Verhältnis zwischen Kammer und ihren Kammerangehörigen in den jeweils maßgeblichen Rechtsvorschriften abschließend geregelt sei und dass das UWG nicht zur Füllung etwaiger Lücken dienen könne. 56

Der Bundesgerichtshof (NJW 2002, 2039 unter II.1. - Zweigstelle) hat - ersichtlich in Reaktion auf diese Literaturstimmen und das schwebende Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht (1 BvR 981/00) - auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verwiesen und es aus diesem Grunde zumindest für möglich gehalten, dass eine klagende Kammer in Fällen, in denen sie nach dem jeweils maßgeblichen Recht gegen ihre Angehörigen im Wege der Unterlassungsverfügung vorgehen könne, auf diesen öffentlich-rechtlichen Weg zu verweisen sei. 57

3. 58

Fraglich ist, ob nicht bereits kompetentielle Gründe eine Auslegung des § 13 Abs. 2 Nr. 2 UWG als bundesrechtlicher Vorschrift in dem Sinne verhindern, dass auf landesrechtlicher Grundlage gebildete Kammern wie die (Zahn-)Ärztekammern gegenüber ihren Mitgliedern als "Wettbewerbsverband" anzusehen sind. 59

a) Der Bundesgesetzgeber ist - anders als bei Rechtsanwälten (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG, s. der ausdrückliche Hinweis in BVerfG NJW 2003,41, 47 unter C.I.1.b)aa)) - nicht berechtigt, die öffentlich-rechtlichen Beziehungen zwischen der (Zahn-) Ärztekammer und ihren Angehörigen, soweit sie die allgemeinen Berufspflichten betreffen, zu regeln. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG eröffnet ihm - von den hier nicht maßgeblichen Vorschriften über die soziale Krankenversicherung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG) abgesehen - nur die Möglichkeit der Regelung der "Zulassung" zu den Heilberufen, nicht dagegen der Berufspflichten (zur 60

Abgrenzung ausführlich BVerfG NJW 2003, 41, 47 unter C.I.1.b) - Altenpflege).

b) In dieses Verhältnis griffe der Bundesgesetzgeber ein, wenn er statt eines öffentlich-rechtlichen Anspruchs der Kammer (zu dessen Regelung er unstreitig nicht befugt ist) dieser ausdrücklich einen von ihm als bürgerlich-rechtlich (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), genauer gesagt: wettbewerbsrechtlich definierten Anspruch zuwies. Ob der Bundesgesetzgeber durch eine bloße "Umqualifizierung" seine Kompetenzgrenzen erweitern kann, ist fraglich. Das Bundesverfassungsgericht hat - in anderem Zusammenhang - (NJW 2003, 41, 49 unter C.I.2.) ausgeführt, die "Entscheidung der Verfassung in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, dem Bund für das Gesundheitswesen nur eingeschränkte Gesetzgebungskompetenzen zuzuweisen, [dürfe] nicht durch eine erweiternde Auslegung anderer Kompetenztitel unterlaufen werden. Dies widerspräche der Entstehungsgeschichte der Norm sowie ihrem Zweck, Bundes- und Länderkompetenzen möglichst eindeutig voneinander abzugrenzen."

Es ist allgemein anerkannt, dass auch die Gerichte dem Bundesrecht nicht durch Auslegung Rechtssätze entnehmen dürfen, die dem Bundesgesetzgeber als explizite Regelung aus Kompetenzgründen verwehrt wäre.

c) Dementsprechend hat die Literatur in anderem Zusammenhang gegenüber der früheren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendung der Regeln über die Geschäftsführung eines Hoheitsträgers ohne Auftrag (BGHZ 40, 28; BGHZ 63, 167) eingewandt, dass eine derartige Auslegung - bei Fehlen eines anderen Kompetenztitels für den Bund - einen Eingriff in die Landesgesetzgebungskompetenz darstellen würde (Medicus, Bürgerliches Recht, 10. Aufl., Rdnr. 412 m.w.N.; Staudinger/Wittmann, BGB (1995), Vorbem. zu §§ 677 ff., Rdnr. 62).

4.

Jedenfalls scheidet ein Klagebefugnis der Klägerin daran, dass ihr das HeilBerG NRW in § 6 Abs. 1 Nr. 6 die Befugnis zubilligt, dem von ihr beanstandeten berufswidrigen Verhalten eines Kammermitgliedes durch Erlass einer Untersagungsverfügung ohne die Einschaltung von Gerichten selbst zu begegnen.

a) Die Frage, ob öffentlich-rechtlich organisierte Kammern gegen Kammerangehörige nicht nur auf Grund der jeweiligen Fachgesetze, sondern auch auf Grund allgemeiner bürgerlich- bzw. wettbewerbsrechtlicher Vorschriften vorgehen können, bedarf hier keiner Entscheidung.

aa) Der Bundesgerichtshof geht in seiner Rechtsprechung (NJW 2002, 2039 - Zweigstelle) grundsätzlich davon aus, dass das jeweilige Fachgesetz die Möglichkeiten für ein Einschreiten der Kammer gegen Kammerangehörige nicht abschließend regelt, sondern daneben die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften für ein zivilrechtliches Vorgehen treten.

bb) Diese Auffassung ist in der Literatur auf grundsätzlichen Widerspruch gestoßen, weil danach der Hoheitsträger die für ihn geltenden öffentlich-rechtlichen Begrenzungen durch ein Ausweichen auf bürgerlich-rechtliche Anspruchsnormen "überspielen" könne (vgl. 2.; für eine andere Fallgestaltung Medicus, a.a.O.; Staudinger/Wittmann, a.a.O., Vorbem. zu §§ 677 ff., Rdnrn. 35, 39, 62; Seiler in Münchener Kommentar, 3. Aufl., vor § 677 Rdnr. 23 ff., 31; unklar Palandt/Sprau, BGB, 62. Aufl., vor § 667, Rdnr. 16 einerseits, Rdnr. 17 andererseits). Hinzu kommt, dass die nach den allgemeinen Regeln des Verwaltungsprivatrechts (vgl. BGH NJW 2003, 888 m.w.N.) bei der Durchführung öffentlicher Aufgaben durch Hoheitsträger (hier des § 6 Abs. 1 Nr. 6 1. Hs. HeilBerG NRW) in zivilrechtlichen Formen an sich notwendige Prüfung, ob die Kammer ermessensfehlerfrei nach Form und Inhalt für ein

wettbewerbsrechtliches Vorgehen gegen ein Kammermitglied entschieden hat (§ 40 VwVfG, § 114 VwGO; zur Anwendung des § 40 VwVfG bei privatrechtlichem Handeln eines Verwaltungsträgers zur Verfolgung öffentlicher Zwecke s. Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl., § 40 Rdnr. 3), in der Praxis kaum stattfindet.

Diese Bedenken gelten um so mehr, wenn der Hoheitsträger bei Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften Kosten auf den Bürger "überwälzen" kann, während die einschlägigen öffentlich-rechtlichen Vorschriften derartige nicht vorsehen (vgl. Medicus, a.a.O.; Wittmann, a.a.O., Seiler, a.a.O.). In einem derartigen Falle könnte der Hoheitsträger durch sein "Ausweichen" auf bürgerlich-rechtliche Vorschriften die Begrenzungen öffentlich-rechtlicher Gebühren umgehen. Nach diesen Grundsätzen ist es allein Sache des Gesetzgebers zu entscheiden, ob in einem bestimmten Fall, und wenn ja, in welcher Höhe Gebühren zu erheben sind, oder ob - etwa aus sozialstaatlichen Gründen - davon ganz oder teilweise abgesehen wird; dabei bedarf es einer fallspezifischen klaren gesetzgeberischen Entscheidung auch zum Gebührenzweck (vgl. dazu näher BVerfG DVBl. 2003, 993). - Nach der ständigen Rechtsprechung und Praxis kann der klagebefugte Abmahnende von dem Verletzer den Ersatz seiner Abmahnkosten verlangen. Von dieser Möglichkeit hat die Klägerin im Streitfall in ihrem Abmahnschreiben vom 22. April 2002 (Bl. 6 - 10 GA) auch Gebrauch gemacht. Die einschlägige wettbewerbsrechtliche Rechtsprechung und die zugrunde gelegten bürgerlich-rechtlichen Rechtsvorschriften genügen den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Fixierung von Gebührentatbeständen nicht. Zudem sieht das HeilBerG im Streitfall gerade keine Gebühren vor; zumindest das Verwaltungsverfahren bis zum Erlass einer Untersagungsverfügung ist kostenfrei. Diese Schranke darf die Klägerin nicht durch die Wahl des zivilrechtlichen Weges "umgehen".

Schließlich führt ein Nebeneinander von bürgerlich-rechtlichem und öffentlich-rechtlichem Anspruch dazu, dass der Rechtsweg sich nach dem von der Kammer gewählten Weg richten würde.

b) Für ein klageweises Vorgehen der Klägerin vor den Zivilgerichten fehlt es jedenfalls an einem Rechtsschutzbedürfnis, zumindest ist das Vorgehen unverhältnismäßig und ermessensfehlerhaft.

aa) Das Heilberufsgesetz NRW vom 09. Mai 2000 - im Gegensatz etwa zum Heilberufsgesetz vom 30. Juli 1975 - zählt es in § 6 Abs. 1 Nr. 6 zu den Aufgaben der Kammern, "die Erfüllung der Berufspflichten der Kammerangehörigen zu überwachen sowie die notwendigen Maßnahmen zur Beseitigung berufsrechtswidriger Zustände zu treffen; hierzu können sie auch belastende Verwaltungsakte erlassen". Somit hätte die Klägerin - wie im Termin vom 21. Oktober 2003 erörtert - selbst eine mit Zwangsmitteln durchsetzbare Untersagungsverfügung erlassen können, und zwar ohne Anrufung eines Gerichts. Der Einwand der Klägerin, auf Grund dieser Vorschrift könne sie nur gegen berufsrechtswidrige Zustände vorgehen, sie könne damit jedoch nicht wettbewerbsrechtliche Ansprüche durchsetzen, trifft dann nicht zu, wenn - wie hier - die Wettbewerbswidrigkeit des Verhaltens des Kammerangehörigen gerade mit der Verletzung von Berufspflichten begründet wird.

bb) Diese Möglichkeit schließt ein zivilrechtliches Vorgehen aus.

(1) Der Bundesgerichtshof hat diese Frage noch nicht endgültig entschieden. Die Erörterungen in seiner Entscheidung NJW 2002, 2039 (unter II.1. - Zweigstelle) legen es jedoch nahe, dass die Kammer in den Fällen, in denen sie nach dem jeweils maßgeblichen Recht gegen ihre Angehörigen im Wege der Unterlassungsverfügung vorgehen kann, unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit auf diesen öffentlich-rechtlichen Weg zu

verweisen ist.

- (2) Das Ergebnis lässt sich mit dem Fehlen eines Rechtsschutzbedürfnisses begründen. 75
- Nach der verwaltungsrechtlichen Rechtsprechung und Literatur (vgl. Kopp/ Schenke, VwGO, 13. Aufl., Vorb. § 40 Rdnr. 50; Rennert in; Eyermann, VwGO, 10. Aufl., vor § 40 Rdnrn. 12, 13, jeweils m.w.N. auch zu den Ausnahmen) ist grundsätzlich die Leistungsklage eines Hoheitsträgers gegen einen Bürger mangels eines Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig, wenn ihm durch die Möglichkeit eines Verwaltungsakts ein einfacherer Weg zur Erlangung eines vollstreckungsfähigen Titels zur Verfügung steht. 76
- Diesem Gedankengang folgt auch die Zivilprozesslehre; danach kann z.B. der Gläubiger eines materiell-rechtlichen Kostenerstattungsanspruchs ihn nicht klageweise durchsetzen, wenn er den damit deckungsgleichen prozessrechtlichen Erstattungsanspruch einfacher im Wege der §§ 103 ff. ZPO festsetzen lassen kann (vgl. BGHZ 111, 168, 171; Thomas/Putzo, ZPO, 24. Aufl., Vorbem. § 91 Rdnr. 15). 77
- (3) Jedenfalls ist das Vorgehen der Klägerin unverhältnismäßig. Dieser Gesichtspunkt ist nach den Regeln des Verwaltungsprivatrechts (vgl. oben unter a)bb)) auch von den Zivilgerichten zu überprüfen. 78
- Der Erlass eines Verwaltungsaktes hätte den Beklagten weniger belastet. 79
- Die Geltendmachung des bürgerlich-rechtlichen Anspruchs - anstelle des Erlasses eines Verwaltungsakts - durch die Klägerin führt dazu, dass das erheblich kostengünstigere Widerspruchsverfahren (§§ 68 ff. VwGO, §§ 79, 80 VwVfG NRW) entfällt und zugunsten der Klägerin ein Aufwendungsersatzanspruch nach den Grundsätzen der Geschäftsführung entsteht. Die Klägerin trägt keine Gründe dazu vor, warum diese Nachteile für das Kammermitglied zur Erreichung des angestrebten Zwecks unabdingbar sind. 80
- (4) Geht man zugunsten der Klägerin davon aus, dass sie grundsätzlich zivilrechtlich gegen den Beklagten vorgehen kann, ist ihr Vorgehen jedenfalls ermessensfehlerhaft. Auch dies ist vom Zivilgericht zu überprüfen (vgl. oben unter a)bb)). 81
- Die Begründung der Klägerin lässt nicht erkennen, auf Grund welcher Erwägungen - abgesehen davon, dass sie das Verhalten des Beklagten für berufswidrig hält - sie gegen den Beklagten eingeschritten ist, sie also ihr sogenanntes Entschließungsermessen ausgeübt hat. 82
- Das Gleiche gilt hinsichtlich ihrer Entscheidung, auf welchem Wege sie gegen den Beklagten vorgehen wollte (sogenanntes Auswahlermessen). Nach der ständigen Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte stellt es bereits einen Ermessensfehler dar, der zur Rechtswidrigkeit des Handelns des Hoheitsträgers führt, wenn er sich gar nicht bewusst war, dass er auf einem anderen Wege gegen den Betroffenen hätte vorgehen können und dass ihm bei der Wahl des Mittels ein Ermessen zustand (vgl. Kopp/Ramsauer, a.a.O., § 40 Rdnr. 59 m.w.N.). Der Klägerin war im Streitfall - soweit ersichtlich - nicht bewusst, dass sie eine Unterlassungsverfügung hätte erlassen können, da sie selbst im Rahmen des vorliegenden Verfahrens als Alternative nur eine Rüge und ein berufsgerichtliches Verfahren anspricht und sogar nach Erörterung des Problems den Erlass eines Verwaltungsakts unzutreffenderweise (vgl. unter (3) aus Rechtsgründen ausschließt. 83
- IV. 84
- 85

Die Nebenentscheidungen beruhen auf § 91 Abs. 1 S. 1, § 97 Abs. 1, § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

Soweit der Senat die Klage allein im Hinblick auf die fehlende Klagebefugnis der Klägerin abgewiesen hat, ist die Revision wegen grundsätzlicher Bedeutung dieser Rechtsfrage zuzulassen (§ 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO). Im Übrigen sind Gründe für die Zulassung der Revision angesichts der zitierten Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs nicht ersichtlich, § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ZPO. 86

Berufungsstreitwert: 25.000,00 Euro 87

a. Sch. F. 88