
Datum: 03.06.2008
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 4. Zivilsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 4 U 59/04
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2008:0603.4U59.04.00

Vorinstanz: Landgericht Münster, 25 O 170/07

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird unter teilweiser Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels das am 8. Januar 2008 verkündete Urteil der 5. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Münster teilweise abgeändert.

Dem Beklagten wird untersagt, im Wettbewerb handelnd in Telefonbüchern unter der Rubrik "Plastische und Ästhetische Chirurgie" zu werben, wenn dies geschieht wie in dem Telefonbuch "Gelbe Seiten" Ausgabe ##### (vgl. Bl. 8 d.A.).

Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monaten angedroht.

Die weitergehende Klage bleibt abgewiesen.

Die Kosten des Rechtsstreits werden gegeneinander aufgehoben.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

1

A.

2

Hinsichtlich des Sachverhalts wird zunächst auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils S. 3 f. und die angegriffenen Einträge in dem "Das Örtliche" (Bl. 6 d.A.) und in den "Gelben Seiten" (Bl. 8 d.A.) verwiesen.

3

Der Beklagte ist approbierter Arzt und Zahnarzt. Er ist Facharzt für Mund- Kiefer- und Gesichtschirurgie und verfügt über die Zusatzqualifikation "Plastische Operationen". Er ist demgegenüber nicht Facharzt für Plastische und Ästhetische Chirurgie und darf diese Facharztbezeichnung als solche nicht führen.

4

Die Klägerin beanstandet die Bewerbung in den Telefonbüchern unter der Rubrik "Plastische Chirurgie" bzw. "Plastische und Ästhetische Chirurgie", mit der Begründung, dieses Verhalten sei gemäß §§ 3, 5 UWG irreführend, weil der Verbraucher dort Fachärzte für plastische bzw. ästhetische Chirurgie erwarte, und stelle im Sinne von §§ 4 Nr. 11 UWG, 27 der Berufsordnung der Ärztekammer NW ein unzulässiges Führen der betreffenden Facharztbezeichnung dar. Sie begehrt die Unterlassung,

5

im Wettbewerb handelnd in Telefonbüchern unter der Rubrik "Plastische Chirurgie" "Plastische und/oder ästhetische Chirurgie" zu werben.

6

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen, weil der Beklagte durch die angegriffenen Einträge dem Rechtsverkehr keinen unrichtigen Eindruck vermittele. Es würde, was näher ausgeführt wird, nicht erwartet, dass hier ausschließlich Fachärzte eingetragen seien. Auch komme im Sinne der Berufsordnung eine Verwechselungsgefahr nicht in Betracht.

7

Die Klägerin greift das Urteil an und verfolgt ihren Klageantrag mit der von ihr eingelegten Berufung – mit dem Zusatz "wenn dies geschieht, wie in den angegriffenen Telefonbucheinträgen geschehen" – unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags weiter.

8

Der Beklagte verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen.

9

B.

10

Die zulässige Berufung der Klägerin ist teilweise begründet. Sie kann von dem Beklagten aus §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 5 UWG die Unterlassung der Bewerbung in Telefonbüchern unter der Rubrik "Plastische und Ästhetische Chirurgie" verlangen, wenn dies geschieht wie in dem Telefonbuch "Gelbe Seiten" Ausgabe ##### (Bl. 8 d.A.). Dort findet sich der beanstandete Eintrag ohne nähere Angaben zum Tätigkeitsfeld des Beklagten. Demgegenüber hat die Berufung – auch aus §§ 8 I, III Nr. 2; 3; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 27 der Berufsordnung der Ärztekammer NW – keinen Erfolg, soweit allgemein die Unterlassung der Bewerbung in Telefonbüchern unter der Rubrik "Plastische Chirurgie" begehrt wird, so nämlich in Bezug auf den zweiten beanstandeten Eintrag in dem "Örtlichen" (Bl. 6 d.A.).

11

I.

12

Soweit die Antragsfassung im Senatstermin zunächst im Hinblick auf § 253 II Nr. 2 ZPO um die konkrete Verletzungsform "wie geschehen mit ..." ergänzt worden ist, handelt es sich insoweit lediglich um bloße Klarstellung, die den Streitgegenstand gemäß der Klageschrift

13

nicht berührt und als solche auch kostenunschädlich ist. Soweit nunmehr hinsichtlich der Kosten eine Kostenaufhebung erfolgt ist, beruht diese allein darauf, dass die Klägerin mit einem Teil des Antrags, wie unten ausgeführt wird, entsprechend unterlegen ist.

II. 14

Irreführend und verbotswidrig ist vorliegend nur die Eintragung in den "Gelben Seiten" Ausgabe ##### (Bl. 8 d.A.). 15

1. 16

Eine Angabe ist dann irreführend, wenn sie den angesprochenen Verkehrskreisen einen unrichtigen Eindruck vermittelt. Dabei genügt es, dass die Werbung zur Irreführung geeignet ist. Auf eine tatsächliche Irreführung kommt es nach der Rechtsprechung des BGH nicht an. Maßstab dabei ist, ob der durchschnittlich informierte und verständige Verbraucher, der der Werbung die der Situation angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt, irre geführt wird, weil dieser nämlich annimmt, der Beklagte sei – insoweit unzutreffend – Facharzt für plastische bzw. ästhetische Chirurgie. Dies ist in Bezug auf die beiden angegriffenen Telefonbucheinträge unterschiedlich zu beurteilen. 17

2. 18

Bei der Anzeige Bl. 8 d.A. ist festzustellen, dass der Beklagte dort unter der Rubrik "Plastische und Ästhetische Chirurgie" nur mit dem Namen, der Anschrift und der Rufnummer verzeichnet ist. Der maßgebliche Verbraucher, jedenfalls ein erheblicher Teil aus dem Kreis des angesprochenen Verkehrs, was ausreicht, nimmt mangels weiterer Konkretisierungen und mangels klarstellendem Hinweis über die Facharztausrichtung an, dass sich dahinter tatsächlich mit entsprechend umfangreicher Facharztausbildung eben auch ein solcher Facharzt verbirgt. Ihm wird nicht einschränkend mitgeteilt und klargemacht, dass es sich abweichend hiervon "nur" um einen Facharzt für Mund-Kiefer-Gesichtschirurgie handelt, dessen Zusatzausbildung "Plastische Operationen" in Ergänzung hierzu die konstruktiven und rekonstruktiven plastischen operativen Eingriffe zur Wiederherstellung und Verbesserung der Form, Funktion und Ästhetik in der Kopf-Hals-Region beinhaltet. Der Interessent oder Patient wird – auch unabhängig davon, ob sich die Fernsprechbücher konkret an den berufsrechtlichen Facharztqualifikationen orientieren oder nicht – annehmen, dass das Schwerpunktgebiet des Beklagten allgemein die Plastische Chirurgie ist, die in dieser Form aber eine eigene Qualifikation voraussetzt, über die der Beklagte nicht verfügt. Die insoweit möglicherweise großzügigere Beurteilung des KG – abgedruckt in NJW-RR 2003, 64 – vermag jedenfalls bezogen auf den vorliegenden Streitfall nicht zu überzeugen. Das Tätigkeitsspektrum des Beklagten umfasst eben nicht den gesamten Bereich der plastischen und ästhetischen Chirurgie. Auch ein Interessent, der einen Arzt nicht speziell für den Bereich der Kopf-Hals-Region sucht, sondern für jedweden anderen plastischen oder ästhetischen Eingriff, wird sich infolge der – irreführenden – Eintragung an den Beklagten wenden. Selbst jemand, der eine entsprechende Operation im Kopf-Hals-Bereich erwägt und der sich näher informieren will, ist im Unklaren darüber, ob der Beklagte über die Facharztqualifikation Plastische oder Ästhetische Chirurgie verfügt. Je nach Art der Beeinträchtigung, des Grundes eines beabsichtigten Eingriffs oder auch der Motivation des Patienten bei der Arztwahl - wobei diese Umstände näher nicht zu beurteilen sind und wobei hiermit auch nichts über die tatsächliche Qualifikation auf der einen oder anderen Seite gesagt werden kann oder soll – kann die genaue Facharztbezeichnung, die nicht mit angegeben ist, bereits im Vorfeld von maßgeblicher Bedeutung für dessen Entscheidungsfinden sein. Von dem Beklagten wird insofern – auch im Sinne seiner Berufsausübungsfreiheit und im Hinblick auf BverfG NJW 19

2001, 2788 (zu 2 c) und NJW 2006, 282 – lediglich verlangt, zutreffend auf seine Qualifikationen hinzuweisen. Irreführende Angaben sind auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht zulässig.

3. 20

Die Besonderheit der Anzeige Bl. 6 d.A. ist demgegenüber, dass dort unmissverständlich und unübersehbar das folgende "Praxisschild" eingebunden ist: 21

"Dr. med. Dr. med. dent. B, Facharzt f. Mund- Kiefer – Gesichtschirurgie, Plastische Operationen, Fachzahnarzt f. Oralchirurgie (Tätigkeitsschwerpunkt Implantologie, Ambulante Operationen (...)" 22

Der informierte Verbraucher erkennt zum einen die richtige Facharztbezeichnung des Beklagten und zum anderen konkret auch, dass dieser in diesen speziellen Bereichen plastisch operativ tätig ist. Jemand, der etwa eine plastisch-rekonstruktive oder ästhetisch-kosmetische Operation in anderen Bereichen, sei es Hand, Brust oder eine andere nicht mehr abgedeckte Region, erwägt, wird sich dort lebensnah nicht melden. Von daher ist eine Irreführung durch diesen Telefonbucheintrag mit den insofern klarstellenden Hinweisen zu verneinen. Insofern liegt der Fall – ausgehend lediglich von dem vorgelegten Protokoll-Hinweis vom 19.07.2001 (Bl. 20) – offenkundig auch anders als der vom OLG München zu beurteilende Fall (in der Sache 29 U 2793/01), da es dort wiederum allgemein um den Eindruck ging, dass sich die dortigen Beklagten mit dem "gesamten" Gebiet der plastischen Chirurgie befassen würden. Allein der Umstand, dass der Beklagte – erkennbar – in der potentiell falschen Rubrik steht, ist unter Berücksichtigung des Umstandes, dass seine Tätigkeit in seinem Teilbereich gerade auch plastische Operationen umfasst, wettbewerbsrechtlich nicht mehr relevant. 23

III. 24

Entsprechendes gilt für den geltend gemachten Verstoß gegen die Regelung des § 27 der Berufsordnung der Ärztekammer NW, bei der es sich als Eingangsvoraussetzung um eine das Marktverhalten regelnde Vorschrift im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG handelt. 25

Nach § 27 IV 1 Nr. 1 der genannten BO können Ärzte nach der Weiterbildungsordnung erworbene Bezeichnungen ankündigen. Dabei dürfen diese Bezeichnungen nach § 27 IV S. 2, 4 nur in der nach der Weiterbildungsordnung zulässigen Form geführt werden (...). Andere Qualifikationen und Tätigkeitsschwerpunkte dürfen nur angekündigt werden, wenn diese Angaben nicht mit solchen nach geregelter Weiterbildungsrecht erworbenen Qualifikationen verwechselt werden können. Diese Regelung – so § 27 I der BO – bezweckt im Interesse der Marktteilnehmer, dass der Patientenschutz durch sachgerechte und angemessene Information gewährleistet und eine dem ärztlichen Selbstverständnis zuwiderlaufende Kommerzialisierung vermieden wird. 26

Hinsichtlich der Anzeige Bl. 6 d.A., die das "Praxisschild" beinhaltet, liegt wiederum keine Mitteilung einer falschen Qualifikation vor, da die Facharztbezeichnungen explizit aufgenommen sind und sich hieraus auch die richtige Zusatzausbildung "Plastische Operationen" ergibt. Ebenso wenig ist eine Verwechselungsgefahr begründet. Allein die Einordnung unter die Rubrik "Plastische Chirurgie" lässt in diesem Zusammenhang keine andere Beurteilung zu. Es kann in dieser konkreten Konstellation nicht – insoweit abweichend von dem Urteil des VG Berlin vom 04.09.2007, Az. 90 A 6.05 - formal darauf abgestellt werden, dass die Eintragungen im Branchenfernsprechbuch nach den weiterbildungsrechtlich 27

normierten Bezeichnungen benannt sein könnten. Dies kann dahin stehen. Da der Beklagte aufgrund seiner Zusatzqualifikation "plastische Operationen" durchführen darf und er hier im Übrigen auch unmissverständlich auf seine sonstige Fachrichtung hingewiesen hat, kann er – in dieser "Mischzone" – nicht pauschal und einschränkungslos, wie die Klägerin meint, lediglich auf die Rubrik Mund-Kiefer-Gesichtschirurgie bzw. Zahnarzt verwiesen werden, zumal es sich bei den fraglichen Rubriken aus Sicht des Senats jedenfalls für den Leser in erster Linie um Orientierungshilfen handelt, zumal diese teilweise auch facharztfremde Bezeichnungen beinhalten. Ein Verbot in diesem Fall würde überdies dann wohl auch die grundrechtlich abgesicherte Position des Beklagten auf Selbstdarstellung im Rahmen seiner Berufsausübung unzulässig einschränken. Die Werbung ist nach dem Gesamtkontext stets grundrechtsfreundlich auszulegen (BverfG NJW 2006, 282). Der Beklagte erbringt nämlich unstreitig zulässig ebenfalls hierunter fassbare ärztliche Leistungen, wenn auch eingeschränkt auf den Bereich der operativen Eingriffe im Bereich der Mund-Kiefer-Gesichtschirurgie. Dies aber ist wahrheitsgemäß mitgeteilt. Der Beklagte bleibt damit auch in dem von der Weiterbildungsordnung vorgegebenen Rahmen, wonach – gemäß § 3 III – die Zusatzbezeichnung nur zusammen mit der Facharztbezeichnung geführt werden darf. Dies ist erfolgt. Die Facharztbezeichnung wie auch die Zusatzbezeichnung sind genannt. Eine falsche Facharztbezeichnung wird nicht geführt. Der Eintrag in dem "Örtlichen" (Bl. 6 d.A.) stellt sich von daher nicht als verbotswidrig dar.

IV.	28
Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 97 I, 92 I, 708 Nr. 10 ZPO.	29
Die Zulassung der Revision war nicht veranlasst, § 543 I ZPO.	30