

Abgabe einer Unterlassungserklärung begründet keine Kostentragungspflicht

Eigener Leitsatz:

Unterzeichnet der Schuldner infolge einer Abmahnung eine strafbewehrte Unterlassungserklärung, begründet dies nicht automatisch die Verpflichtung, dem Gegner die vorgerichtlich entstandenen Rechtsanwaltskosten zu erstatten. Selbst wenn es zur Unterzeichnung kommt, kann dies nicht dahingehend verstanden werden, dass der Abgemahnte die Abmahnung auch für berechtigt hält und eine Kostentragungspflicht anerkennt. Eine Unterzeichnung kann auch erfolgen, obwohl sich der Schuldner sicher ist, sich rechtmäßig verhalten zu haben. Im vorliegenden Fall war bereits die Abmahnung unberechtigt, weshalb der Anspruch auf Erstattung der angefallenen Anwaltskosten von vornherein entfällt.

Oberlandesgericht Celle

Urteil vom 15.11.2012

Az.: 13 U 57/12

Tenor

1. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil der Zivilkammer 24 (4. KfH) des Landgerichts Hannover vom 21. Februar 2012 aufgehoben. Auf den Einspruch der Beklagten werden das Versäumnisurteil vom 28. Oktober 2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens beider Instanzen, mit Ausnahme

der durch die Säumnis der Beklagten entstandenen Kosten, die der Beklagten auferlegt werden, hat die Klägerin zu tragen.

3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar. Die Klägerin kann die Vollstreckung durch Sicherheitsleistung in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags abwenden, wenn nicht die Beklagte vor der Vollstreckung Sicherheit in Höhe von 110 % des zu vollstreckenden Betrags leistet.

4. Die Revision wird zugelassen.

5. Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren auf 603,93 € festgesetzt.

Entscheidungsgründe

I.

Die Klägerin betreibt in Hannover Praxen für Kosmetik und Podologie. Den Kunden werden Leistungen der medizinischen Fußpflege erbracht. Die Beklagte ist Fußpflegerin mit Praxis in Hannover und darf die Bezeichnung „Podologin/Medizinische Fußpflegerin“ mangels Ausbildung und staatlicher Prüfung, wie sie das Gesetz über den Beruf der Podologin und des Podologen (Podologengesetz – PodG) vorschreibt, nicht führen. Im örtlichen Telefonbuch und im Internetverzeichnis H. warb die Beklagte mit dem Tätigkeitszusatz „medizinische Fußpflege“. Die Klägerin hält dies für irreführend und sieht in der Werbung ferner einen Verstoß nach § 4 Nr. 11 UWG. Sie mahnte die Beklagte mit anwaltlichem Schreiben ab. Daraufhin gab die Beklagte eine modifizierte strafbewehrte Unterlassungserklärung ab, die die Klägerin annahm. Die vorgerichtlich entstandenen Anwaltskosten zahlte die Beklagte indessen nicht.

Die Klägerin nimmt die Beklagte nunmehr auf Freistellung von den ihr in Rechnung gestellten Kosten der vorgerichtlichen Vertretung in Anspruch.

Im Übrigen wird auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

Das Landgericht hat der auf Freistellung von den Kosten der Abmahnung gerichteten Klage nach §§ 257 BGB, 12 Abs. 1 S. 2 UWG stattgegeben. Mit Abgabe der strafbewehrten und vorbehaltlosen Unterlassungserklärung habe die Beklagte die Abmahnung als rechtmäßig anerkannt. Bei Eingang der Klage bei dem Landgericht am 21. September 2011 sei der Anspruch auch noch nicht verjährt gewesen. Die sechsmonatige Verjährungsfrist des § 11 Abs. 1 UWG habe am 25. März zu laufen begonnen. Durch die alsbaldige Zustellung der Klage gemäß § 167 ZPO an die Klägerin persönlich sei die Verjährung rechtzeitig gehemmt worden. Einer Zustellung an den jetzigen Prozessbevollmächtigten und damaligen Vertreter der Beklagten gemäß § 172 ZPO habe es mangels Kenntnis des Gerichts von dessen Bestellung nicht bedurft. Eine Rechtspflicht der Klägerin, dem Gericht die ihr gegenüber bekanntgegebene Prozessvollmacht der Prozessbevollmächtigten der Beklagten mitzuteilen, habe nicht bestanden. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Klägerin die Bestellung des Rechtsanwalts dem Gericht nicht mitgeteilt habe, um der Beklagten Nachteile zuzufügen.

Hiergegen wendet sich die Beklagte, die ihr erstinstanzliches Vorbringen wiederholt und vertieft.

Sie beantragt,

unter Abänderung des erstinstanzlichen Urteils die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angefochtene Urteil. Ihrer Meinung nach sei der Beklagten der Einwand, es fehle an einer wettbewerbswidrigen Irreführung, abgeschnitten. Denn die

Beklagte habe die Unterlassungserklärung ohne jeglichen Vorbehalt abgegeben. Abgesehen davon liege eine Irreführung vor. Denn die Beklagte erwecke den Eindruck, sie sei medizinische Fußpflegerin.

II.

Die nach § 511 Abs. 2 Nr. 1 ZPO statthafte und auch im Übrigen (§§ 517, 519, 520 Abs. 1 bis 3 ZPO) zulässige Berufung ist begründet.

Die Klage war unter Aufhebung des Versäumnisurteils abzuweisen. Denn die Klägerin hat gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Freistellung von den durch die Abmahnung entstandenen Kosten nach §§ 257 Satz 1 BGB, 12 Abs. 1 Satz 1 UWG.

Weder liegt eine wettbewerbsrelevante Irreführung nach § 5 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UWG oder ein Verstoß gegen eine Marktverhaltensregel nach § 4 Nr. 11 UWG iVm. § 1 Abs. 1 PodG vor, noch ist die Beklagte gehindert, sich auf die Unrechtmäßigkeit der Abmahnung zu berufen.

1. Ob der Anspruch auf Freistellung verjährt ist, erscheint zwar zweifelhaft, kann aber dahinstehen.

Denn die Klägerin hat mangels berechtigter Abmahnung gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Freistellung von den durch Beauftragung des Rechtsanwalts entstandenen Kosten nach §§ 257 S. 1 BGB, 12 Abs. 1 S. 2 UWG.

a) Der Anspruch ergibt sich nicht bereits aus einem konstitutiven oder deklaratorischen Schuldanerkenntnis (§ 781 BGB) der Beklagten. Das mit Schreiben vom 18. April 2011 abgegebene Angebot (§ 150 Abs. 2 BGB) der Beklagten auf Abschluss eines Unterlassungsvertrags konnte von der Klägerin nicht auch als Anerkennung der Berechtigung der Abmahnung und damit einer Kostentragungspflicht verstanden werden (§§ 133, 157 BGB).

aa) Unterlassungsverträge sind nach den auch sonst für die Vertragsauslegung geltenden Grundsätzen auszulegen. Maßgebend ist demnach der wirkliche Wille der Vertragsparteien (§§ 133, 157 BGB), bei dessen Ermittlung neben dem Erklärungswortlaut die beiderseits bekannten Umstände, wie insbesondere die Art und Weise des Zustandekommens der Vereinbarung, deren Zweck, die Wettbewerbsbeziehung zwischen den Vertragsparteien sowie deren Interessenlage heranzuziehen sind (BGH, Urteil vom 17. Juli 2008 – I ZR 168/05, GRUR 2009, 181, 183 Rn. 32).

bb) Ob im Fall einer – wie hier – ohne entsprechenden Vorbehalt abgegebenen strafbewehrten Unterlassungserklärung der Schuldner gegenüber dem Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten einwenden kann, das streitrelevante Verhalten sei nicht wettbewerbswidrig gewesen und die Abmahnung daher zu Unrecht erfolgt, wird unterschiedlich beurteilt.

(1) Nach einer Auffassung erkennt der sich Unterwerfende auch seine Kostenerstattungspflicht an (KG, Urteil vom 16. August 1977 – 5 U 2942/76, juris Rn. 28; AG Charlottenburg, Urteil vom 9. September 2002 – 213 C 167/02, juris Rn. 4; Burchert, WRP 1977, 795 f.). Auch für den Fall eines Abschlussschreibens sei anerkannt, dass mit der Abgabe der auf Unterlassung in Anspruch genommene Gegner jedenfalls ausdrücklich zu erkennen gegeben habe, der Vorwurf des Wettbewerbsverstoßes sei zu Recht erfolgt; dadurch habe der Anspruchsteller eine gesicherte Rechtsposition erlangt (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27. Mai 2008 – 4 U 14/08, juris Rn. 3).

(2) Nach anderer Ansicht liegt in der Unterwerfung regelmäßig nicht einmal die Anerkennung, sich wettbewerbswidrig verhalten zu haben (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Aufl., § 12 Rn. 1.111; Hess in Ullmann, jurisPK- UWG, 2. Aufl., § 12 Rn. 27; ders. WRP 2003, 353). Der Schuldner könne davon überzeugt sein, dass sein Verhalten rechtmäßig war und trotzdem eine Unterlassungserklärung abgeben, weil er an der Wiederholung der beanstandeten Werbemaßnahme kein besonderes Interesse hat, die Kosten einer gerichtlichen

Auseinandersetzung aber scheut (vgl. Bornkamm in Köhler/ders., aa0).

cc) Der Senat hält die letztgenannte Auffassung für vorzugswürdig.

Zwar ist die als Folge einer, wenn auch nur vermeintlichen Verletzungshandlung abgegebene Unterwerfungserklärung, die eine zur Beseitigung der Wiederholungsgefahr geeignete Vertragsstrafebewehrung einschließt, regelmäßig als abstraktes Schuldversprechen oder Schuldanerkennntnis einzuordnen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 – I ZR 176/93, juris Rn. 17; Urteil vom 5. März 1998 – I ZR 202/95, juris Rn. 24; Hess in Ullmann, jurisPK-UWG, aa0 Rn. 52). Ein solches wird im Regelfall an Erfüllung statt gegeben; der gesetzliche Unterlassungsanspruch geht infolge des Wegfalls der Wiederholungsgefahr unter (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 1995 – I ZR 176/93, aa0). So gesehen war die Frage, ob ein Wettbewerbsverstoß vorlag, allerdings nur eine – obendrein nicht ausdrücklich beantwortete – Vorfrage. Zweck der Unterwerfungserklärung ist es, ein gerichtliches Verfahren, bei dem es um die Frage der Feststellung des wettbewerbswidrigen Verhaltens geht, zu vermeiden (vgl. Fezer/Büscher, Lauterkeitsrecht, 2010, § 8 UWG Rn. 66; MünchKomm-UWG/Ottotfülling, 2006, § 12 UWG Rn. 174). Mit der unbedingten Unterwerfung macht der Schuldner deutlich, dass er den geltend gemachten Unterlassungsanspruch auf der Grundlage seines wettbewerbswidrigen Verhaltens anerkennt (vgl. MünchKomm-UWG/Ottotfülling, aa0 Rn. 175 f.). Dem Schuldner einer Unterwerfungserklärung wird im Streit um die verwirkte Vertragsstrafe regelmäßig die auf die Rechtmäßigkeit gestützte Kondiktion des Anerkenntnisses abgeschnitten sein. Geht es aber den Parteien gerade um die Beendigung des Streits über die Frage der Wettbewerbswidrigkeit, könnte von dem Schuldner auch klargestellt werden, dass er sich mit Rechtsbindungswillen aber ohne Anerkennung einer Rechtspflicht unterwirft (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm, aa0, Hess, WRP

2003, 353).

Selbst wenn es an einer solchen Einschränkung fehlt, muss – wie hier – nach dem Empfängerhorizont indessen nicht davon ausgegangen werden, dass der Erklärende den Wettbewerbsverstoß einräumt.

Zweck der Unterwerfungserklärung ist es in erster Linie, ein drohendes gerichtliches Verfahren über die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit des abgemahnten Verhaltens zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 – I ZR 45/11, juris Rn. 29). Gegen eine Erstreckung der Unterwerfungserklärung auf den Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten, in dem das Vorliegen wettbewerbswidrigen Verhaltens zum Zeitpunkt der Abmahnung Vorfrage ist, sprechen auch prozessökonomische Gründe. Der Beklagte kann an der Frage, ob er zur Unterlassung verpflichtet ist, nur geringes Interesse haben, etwa weil er das beanstandete Verhalten ohnehin nicht fortsetzen will, oder ihm kann das Prozesskostenrisiko im Hinblick auf eine Fortführung des Prozesses über das Unterlassungsbegehren in der Rechtsmittelinstanz zu hoch erscheinen, während er allein die Abwehr des Anspruchs auf Ersatz der Abmahnkosten weiterverfolgen will (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 2012 – I ZR 45/11, aaO Rn. 38, zur Reichweite der Rechtskraft nach § 322 Abs. 1 ZPO). Gründe für die Abgabe der Erklärung können auch eine unklare Rechtslage, das Ende der Kampagne einer als irreführend angegriffene Werbemaßnahme sowie die bessere finanzielle Ausstattung des Gegners sein (Schwippert, in Gloy/Loschelder/Erdmann, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2010, § 84 Rn. 40).

Einer Klarstellung der Reichweite der Erklärung bedarf es grundsätzlich nicht. Denn Schweigen begründet im Regelfall keine Rechtspflichten (Hess, WRP 2003, 353, 354). Das von der Beklagten übersandte Angebot einer Unterwerfungserklärung (§ 150 Abs. 2 BGB) enthält keinerlei Aussagen zu der Berechtigung der Abmahnung oder einer Kostentragungspflicht. Die

Unterwerfungserklärung ist vielmehr auf die Zukunft gerichtet. Sie enthält nicht zwingend auch die verbindliche Klärung der zwischen den Parteien bestehenden Rechtsbeziehungen für die Vergangenheit.

b) Der Anspruch nach § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG besteht mangels berechtigter Abmahnung nicht. Das von der Klägerin beanstandete Verhalten ist nicht wettbewerbswidrig.

aa) Die Unlauterkeit folgt nicht aus § 4 Nr. 11 UWG. Die Beklagte hat keinen Rechtsbruch begangen.

Das setzt voraus, dass die Beklagte einer Vorschrift zuwider gehandelt hätte, die zumindest auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Dieser Zweck muss nicht der einzige und nicht einmal der primäre sein. Ob ein entsprechender Zweck vorliegt, ist durch Auslegung zu klären (vgl. Köhler in ders./Bornkamm, aaO § 4 Rn. 11.33).

(1) Um eine solche Marktverhaltensregelung handelt es sich zwar bei § 1 Abs. 1 des Gesetzes über den Beruf der Podologin und des Podologen (Podologengesetz – PodG). Denn anhand der amtlichen Begründung des PodG (Entwurf eines Gesetzes über den Beruf der Podologin und des Podologen, BT-Drucks.14/5593) wird deutlich, dass durch den Titelschutz sowohl für den Patienten als auch den die Behandlung anordnenden Arzt deutlich erkennbar werden soll, welche Personen die dem Gesetz entsprechende Ausbildung durchlaufen haben (vgl. Gesetzentwurf, aaO S. 9). Der Gesetzgeber untermauert diese Intention zusätzlich durch das Verbot, die Bezeichnung „Medizinische/r Fußpfleger/in“ zu führen, wenn es sich um Personen handelt, die nicht über die vorgeschriebene Qualifikation verfügen (Gesetzentwurf, aaO). Damit stellt § 1 PodG Anforderungen für den Auftritt mit einer bestimmten Berufsbezeichnung am Markt auf, über die der Anbieter von Fußpflegeleistungen auf die Kunden einwirkt. Die Regelung zum Führen einer Berufsbezeichnung dient auch den Interessen der

potenziellen Kunden, die mit diesem Marktverhalten in Berührung kommen. Diese sollen bereits aus der Berufsbezeichnung ersehen können, dass eine bestimmte Qualifikation des Marktteilnehmers vorliegt. Durch die Regelung des § 1 PodG sollen sie in ihrem Vertrauen darauf geschützt werden.

(2) Die Verabreichung von Behandlungen aus dem Bereich sowohl der einfachen als auch der medizinischen Fußpflege durch die Beklagte verstößt, solange die Beklagte hierbei nicht unter der Berufsbezeichnung „Podologe/in“ und/oder „Medizinische/r Fußpfleger/in“ aufträte, indessen nicht gegen § 1 PodG (vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 24. Mai 2005 – 26 K 2768/04, juris Rn. 11).

§ 1 PodG bewirkt lediglich ein entsprechendes Bezeichnungsverbot. Der Gesetzgeber hat beim Erlass des Podologengesetzes das bisherige Berufsfeld der medizinischen Fußpflege nicht gänzlich geschlossen. Diejenigen, die – wie hier – bisher in diesem Berufsfeld tätig waren, dürfen in ihrer bisherigen Berufstätigkeit fortfahren, allerdings die Berufsbezeichnung nicht mehr führen (OVG Münster, Beschluss vom 21. März 2003 – 13 B 290/03, juris Rn. 17). Die Bewerbung von Leistungen der „medizinischen Fußpflege“ untersagt § 1 Abs. 1 PodG indessen nicht. Die Norm schützt nicht die Tätigkeit auf dem Gebiet der medizinischen Fußpflege (vgl. Gesetzentwurf, BT-Drucks. 14/5593, S. 11). Danach sollen andere Personen, die nicht über die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung verfügen, weiterhin fußpflegerische Leistungen im Rahmen der allgemeinen rechtlichen Regelungen anbieten können (Gesetzentwurf, aaO).

Unter diesen Umständen wäre es zudem im Hinblick auf den vom Grundgesetz garantierten Schutz der erlaubten beruflichen Betätigung unverhältnismäßig, der Beklagten die Werbung für ihre Tätigkeit unter der Bezeichnung medizinische Fußpflege zu verbieten (dazu nachfolgend bb)). Das gilt ebenso für § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 3 Nr. 1 oder Nr. 3 HWG. Denn auch

die Beschränkungen, die im Zusammenhang mit dem Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG wettbewerbsrechtliche Bedeutung erlangen können, müssen unter Beachtung des Grundrechts aus Art. 12 GG ausgelegt werden.

bb) Eine unerlaubte Irreführung im Sinne § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG scheidet aus.

Eine Täuschungseignung liegt dann vor, wenn das bei den angesprochenen Verkehrskreisen erzeugte Verständnis mit den tatsächlichen Verhältnissen nicht übereinstimmt (vgl. BGH, Urteil vom 20. Januar 2005 – I ZR 96/02, juris Rn. 15 mwN). Ausreichend ist hierbei allein die Eignung zur Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise; eine Irreführung muss nicht auch tatsächlich eingetreten sein (Bornkamm in Köhler/ders., aaO, § 5 Rn. 2.65). Maßgeblich ist hier das Verständnis des durchschnittlich informierten, verständigen und in der konkreten Situation angemessen aufmerksamen Verbrauchers. Zu diesem Verkehrskreis gehören auch die Mitglieder des erkennenden Senats.

(1) Der Hinweis enthält zunächst keine unwahren Aussagen. Die Beklagte bezeichnet sich nicht als „medizinische Fußpflegerin“ oder „Podologin“ sondern bewirbt allein die Tätigkeit, die sie auch tatsächlich ausübt, und nicht eine vermeintliche berufliche Qualifikation.

(2) Die Werbung mit dem Hinweis auf „medizinische Fußpflege“ erzeugt zwar den Eindruck einer besonderen Qualifikation im Sinne eines allgemein anerkannten Ausbildungsganges mit einer entsprechenden medizinischen Abschlussprüfung (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 3. Februar 2011 – 4 U 160/10, juris Rn. 33 ff.; Bornkamm in Köhler/ders., aaO § 5 Rn. 5.154; aA OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Juni 2005 – 14 U 198/04, juris Rn. 27 ff.; OLG Naumburg, Urteil vom 4. März 2004 – 7 U (Hs) 58/03, juris Rn. 13). Denn in Anbetracht der Vielzahl von allgemeinen Regelungen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens liegt es nahe, dass die angesprochenen Verkehrskreise davon ausgehen, wer

eine bestimmte Behandlungsweise anbiete – hier die medizinische Fußpflege – werde das nur aufgrund der einschlägigen Vorschriften tun und habe auch die nach diesen Vorschriften geregelte Berufsausbildung durchlaufen, wobei es für die Anwendung des § 3 UWG unerheblich ist, ob der Verkehr den Inhalt der Vorschrift im einzelnen kennt (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 1990 – I ZR 239/87, juris Rn. 22). Da das Publikum seit langem an das Bestehen von das Gesundheitswesen regelnden Vorschriften gewöhnt ist, hängt das Entstehen einer Irreführungsgefahr auch nicht davon ab, dass sich zunächst bei dem Publikum das Bewusstsein einer durch Erlaubnispflicht qualifizierten Berufsbezeichnung durchgesetzt hat (BGH, Urteil vom 8. März 1990 – I ZR 239/87, aaO). Angesprochene Verkehrskreise sind Personen, die sich einer Fußpflege-Behandlung unterziehen wollen; deren Vorstellung kann der Senat aufgrund eigener Sachkunde oder jedenfalls der Lebenserfahrung selbst beurteilen. Die maßgeblichen Verkehrskreise 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“ ausgeübt wird. Die Werbung mit dem Angebot der Fußpflege unter dem Zusatz „medizinisch“ vermittelt bei den angesprochenen Verkehrskreisen den Eindruck, gerade medizinisch indizierte Behandlungen in der erforderlichen Qualität durchführen zu können. Hinzu kommt, dass durch die zunehmende Zahl behandlungsbedürftiger Fußerkrankungen (vgl. Entwurf eines Gesetzes über den Beruf der Podologin und des Podologen, BT-Drucks. 14/5593, S. 8) dem Zusatz „medizinisch“ eine besondere Wirkung zukommt. Es kann (und soll) der Eindruck entstehen, dass weitergehende Leistungen als nur kosmetische Fußpflege erbracht werden und hierfür eine besondere qualifizierte Ausbildung abgeleistet wurde (vgl. auch BayVGh, Urteil vom 24. August 2011 – 7 B 10.2678, juris Rn. 20). Diese Qualifikation ist hier diejenige einer Ausbildung nach Maßgabe des § 3 PodG. Diese Vorstellung ist aber unrichtig; eine solche Ausbildung hat die Beklagte nicht durchlaufen Die Beklagte ist keine

Podologin und hat auch die Zusatzausbildung nicht durchgeführt. Sie darf sich nicht „medizinische Fußpflegerin“ nennen. Die Befähigung zur Durchführung einer therapeutischen Maßstäben genügenden fußpflegerischen Behandlung ist allein durch die Bezeichnung als „Podologe/in“ beziehungsweise „Medizinische/r Fußpfleger/in“ verlässlich nachzuweisen (vgl. BT-Drucks. 14/5593, S. 9). Die Erlaubnis zur Führung dieser Bezeichnung setzt das erfolgreiche Ableisten der entsprechenden Ausbildung voraus, § 2 Abs. 1 Nr. 1 PodG. Diese soll dazu befähigen, medizinisch indizierte podologische Behandlungen durchzuführen (vgl. § 3 PodG).

(3) Ein völliges Verbot, jeglichen Hinweis auf die Durchführung medizinischer Fußpflege schlechthin, ist mit Blick auf die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) jedoch unverhältnismäßig, wenn die Beklagte die mit „medizinischer Fußpflege“ bezeichnete Tätigkeit tatsächlich ausüben darf (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 7. Juni 2005 – 14 U 198/04, juris Rn. 31; aA OLG Hamm, Urteil vom 3. Februar 2011 – 4 U 160/10, juris Rn. 39).

Die nach §§ 3, 5 UWG zulässigen Beschränkungen der freien Berufsausübung (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Februar 1972 – 1 BvR 170/71, juris Rn. 19; BGH, Urteil vom 4. Juli 1985 – I ZR 147/83, juris Rn. 14) dürfen nicht außer Verhältnis zu den damit angestrebten Zwecken stehen (vgl. BVerfG, Entscheidung vom 16. März 1971 – 1 BvR 52/66, juris Rn. 60 f.). Daher ist zur Begründung eines wettbewerbsrechtlichen Verbots nicht allein auf die Irreführungsgefahr abzustellen. Vielmehr ist neben der Breite der Irreführungsgefahr und deren Bedeutung für die relevanten Verkehrskreise in die Abwägungen einzustellen, ob und in welchem Umfang beim angesprochenen Publikum ein beachtliches Interesse daran besteht, dass die Beklagte jeden Hinweis auf ihre Tätigkeit unterlassen muss, obwohl sie diese ausüben darf. Dabei ist ferner einzubeziehen, ob es der Beklagten zumutbar wäre, sonstige Angaben zu machen, um Fehlvorstellungen zu vermeiden (vgl. BGH, Urteil vom 8.

März 1990 – I ZR 239/87, aaO Rn. 24).

Die Erbringung von Leistungen der medizinischen Fußpflege ist der Beklagten nicht verboten. Das PodG regelt die Erbringung derartiger Leistungen nicht abschließend. Ihre Erbringung setzt nicht die Ausbildung zum Podologen voraus (s.o. b] aa] [2]). Das PodG schützt allein die konkrete Bezeichnung als „Podologe/in“/„Medizinische/r Fußpfleger/in“. Das Gesetz bezweckt eine verlässliche Feststellung des Patienten von der Ausbildung des Behandelnden. Mit dem Begriff des Podologen soll für den Patienten erkennbar sein, über welche Ausbildung der Fußpfleger verfügt, um daraus auf die Qualität seiner Behandlung schließen zu können (Entwurf eines Gesetzes über den Beruf der Podologin und des Podologen, BT-Drucks. 14/5593, S. 10). Dem Patienten soll eine verlässliche Feststellung medizinischer Qualifikation bloß aufgrund einer bestimmten Berufsbezeichnung ermöglicht werden. Er soll hingegen nicht davor geschützt werden, dass er bei Personen, die die Bezeichnung „Podologe/in“ nicht führen dürfen, nicht anhand einer bloßen Bezeichnung einer Tätigkeit Rückschlüsse auf eine bestimmte Ausbildung ziehen kann. Dem Patienten soll lediglich eine zusätzliche Erkenntnismöglichkeit verschafft und er nicht vor jeder Ungewissheit geschützt werden.

Die Abwägung fällt auch nicht mit Blick auf die Möglichkeit eines klarstellenden Hinweises zu Lasten der Beklagten aus. Denn nach den Vorstellungen des Gesetzgebers sollte eine Bezeichnung der Behandlung als medizinische Fußpflege – z.B. auf Praxisschildern – nicht ausgeschlossen sein (vgl. Gesetzentwurf, aaO S. 9).

3. Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91 Abs. 1, 344, 708 Nr. 10 S. 1, 711 ZPO.

Die Revision war gemäß § 543 Abs. 1 ZPO zuzulassen. Die zu klärenden Fragen sind bereits in einer Vielzahl von Fällen aufgetreten. Ihr Auftreten ist auch in Zukunft in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten. Die Frage,

inwieweit die Werbung für Leistungen der medizinischen Fußpflege trotz fehlender Ausbildung zum „Podologen“/„Medizinischen Fußpfleger“ zulässig ist, wird zudem obergerichtlich unterschiedlich beurteilt (für die Zulässigkeit: OLG Frankfurt a.M, Urteil vom 7. Juni 2005 – 14 U 198/04; OLG Naumburg, Urteil vom 4. März 2004 – 7 U (Hs) 58/03; dagegen: OLG Hamm, Urteil vom 3. Februar 2011 – 4 U 160/10).

Darüber hinaus weicht der Senat mit seiner Entscheidung von dem Kammergericht (Urteil vom 16. August 1977 – 5 U 2942/76) ab. Zwar kommt es für die Frage der Anerkenntniswirkung auf die Auslegung der Erklärung im Einzelfall an. Da der beiden Entscheidungen zu Grunde liegende Sachverhalt jedoch im Kern gleich zu sein scheint, besteht tatsächlich eine Divergenz.