

# Kein Anerkenntnis durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung

Bundesgerichtshof

Urteil vom 24.09.2013

Az.: I ZR 219/12

Der I. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat im schriftlichen Verfahren, in dem bis zum 12. September 2013 Schriftsätze eingereicht werden konnten, durch die Richter ...

für Recht erkannt:

Die Revision gegen das Urteil des 13. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Celle vom 15. November 2012 wird auf Kosten der Klägerin zurückgewiesen.

Von Rechts wegen

## Tatbestand

Die Klägerin betreibt Praxen für Kosmetik und Podologie, in denen auch Leistungen der medizinischen Fußpflege erbracht werden. Die Beklagte betreibt eine Praxis für Fußpflege. Sie darf die Bezeichnung „Podologin/Medizinische Fußpflegerin“ gemäß dem „Gesetz über den Beruf der Podologin und des Podologen“ (nachfolgend: PodG) nicht führen, weil sie die nach dem Gesetz zur Führung dieser Bezeichnung berechtigende Ausbildung und staatliche Prüfung nicht absolviert hat. Die Beklagte warb im örtlichen Telefonbuch sowie auf der Internetseite „Hotfrog“ mit ihrem Namen und dem Zusatz „medizinische Fußpflege“.

Die Klägerin hat dies als wettbewerbswidrig beanstandet. Nach

ihrer Ansicht ist die Werbung irreführend und verstößt zudem gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 PodG. Nachdem sie von der Klägerin mit Rechtsanwaltsschreiben vom 24. März 2011 abgemahnt worden war, verpflichtete sich die Beklagte durch Schreiben ihres Rechtsanwalts vom 18. April 2011 strafbewehrt, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs mit der Bezeichnung „medizinische Fußpflege“ im örtlichen Telefonbuch zu werben – wobei klargestellt wird, dass sich bereits erfolgte Einträge in Printmedien dem Einfluss der Schuldnerin entziehen und diese alles Erforderliche und Zumutbare unternehmen wird, um entsprechende online-Einträge zu löschen -, ohne die Voraussetzungen nach § 1 Abs. 1 Podologengesetz zu erfüllen.

Die Klägerin nahm diese Erklärung an. Die Beklagte bezahlte die vorgerichtlichen Anwaltskosten der Klägerin nicht. Die Klägerin hat die Beklagte deshalb auf Freistellung von ihren Verbindlichkeiten gegenüber ihrem Rechtsanwalt aus der Abmahnung vom 24. März 2011 in Höhe von 603,93 € in Anspruch genommen.

Das Landgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Freistellung verurteilt. Die Berufung der Beklagten hat zur Abweisung der Klage geführt (OLG Celle, WRP 2013, 208). Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

## **Entscheidungsgründe**

### **I.**

Das Berufungsgericht hat angenommen, die Klägerin könne einen Anspruch auf Freistellung von den geltend gemachten Abmahnkosten nicht unter dem Gesichtspunkt des Anerkenntnisses aus der Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 18. April 2011 herleiten. Ihr stehe auch kein Anspruch aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG zu, weil das Verhalten der Beklagten weder wegen Rechtsbruch noch wegen Irreführung wettbewerbswidrig sei.

Hierzu hat es ausgeführt:

Die Unterlassungsverpflichtungserklärung vom 18. April 2011 könne nicht als Anerkennung der Berechtigung der Abmahnung und damit einer Kostentragungspflicht verstanden werden. Ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 PodG liege nicht vor, weil dort lediglich das Verbot geregelt sei, die Berufsbezeichnung „Podologin“ und „Medizinische Fußpflegerin“ zu führen. Die Beklagte habe keine solche Bezeichnung geführt, sondern allein für die ihr erlaubte Tätigkeit „medizinische Fußpflege“ geworben. Auch eine Irreführung gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG liege nicht vor. Zwar werde ein erheblicher Teil des maßgeblichen Verkehrskreises der angegriffenen Werbung entnehmen, dass die von der Beklagten ausschließlich und ohne Einschränkung erwähnte „medizinische Fußpflege“ auch von einem durch einen entsprechenden Ausbildungsgang qualifizierten „medizinischen Fußpfleger“ ausgeübt werde. Diese Vorstellung sei auch unrichtig, weil die Beklagte eine solche Qualifikation nicht erworben habe. Diese Irreführung sei aber nicht unerlaubt. Die Beklagte dürfe die Tätigkeit der medizinischen Fußpflege ausüben. Ein völliges Verbot, auf diese erlaubte Tätigkeit hinzuweisen, sei deshalb mit Blick auf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG unverhältnismäßig.

## **II.**

Die dagegen gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

1. Der Klägerin steht kein vertraglicher Anspruch auf Zahlung der außergerichtlichen Rechtsanwaltskosten der Klägerin zu.

Das Berufungsgericht hat angenommen, die mit Schreiben vom 18. April 2011 abgegebene Unterlassungsverpflichtungserklärung habe von der Klägerin nicht auch als Anerkennung der Berechtigung der Abmahnung und damit einer Kostentragungspflicht verstanden werden können. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision ohne Erfolg.

a) Sofern der Abgemahnte den Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten nicht förmlich anerkennt oder sonst ausdrücklich zu erkennen gibt, dass der Vorwurf des Abmahnenden zu Recht erfolgt ist, sondern lediglich eine strafbewehrte Unterlassungserklärung abgibt, kann darin nicht das Anerkenntnis des zugrundeliegenden gesetzlichen Unterlassungsanspruchs und der Pflicht zur Übernahme der Abmahnkosten gesehen werden (Ahrens/Scharen, Der Wettbewerbsprozess, 6. Aufl., Kap. 11 Rn. 39; Hess in Ullmann, juris-PK-UWG, 3. Aufl., § 12 Rn. 31; ders., WRP 2003, 353; Bornkamm in Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl., § 12 Rn. 1.111; aA KG, WRP 1977, 793). Die Unterlassungserklärung hat die Funktion, mit Wirkung für die Zukunft die Wiederholungsgefahr zu beseitigen und so den Streit zwischen den Parteien beizulegen. Dabei ist es für die Wirksamkeit der Unterlassungserklärung unerheblich, ob der Abgemahnte der Ansicht ist, die Abmahnung sei berechtigt gewesen, oder ob er sich unterwirft, weil er zukünftig am angegriffenen Wettbewerbsverhalten kein Interesse mehr hat oder lediglich Kostenrisiken und Prozessaufwand vermeiden möchte. Dies gilt – entgegen der Ansicht der Revision – auch dann, wenn der Abgemahnte die Unterlassungserklärung abgibt, ohne zugleich zu erklären, dass dies ohne Anerkennung einer Rechtspflicht, aber gleichwohl rechtsverbindlich erfolgt. Da in der strafbewehrten Unterlassungserklärung selbst keine Anerkennung der Berechtigung der Abmahnung liegt, hat ein solcher Zusatz eine allein klarstellende Funktion (Hess in Ullmann aaO § 12 Rn. 31; ders., WRP 2003, 353; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 12 Rn. 1.111).

b) Im Streitfall hat sich die Beklagte lediglich strafbewehrt zur Unterlassung des angegriffenen Verhaltens verpflichtet, ohne zugleich den Anspruch auf Zahlung der Abmahnkosten förmlich anzuerkennen oder sonst ausdrücklich zu erkennen zu geben, dass die Klägerin sie zu Recht abgemahnt hat. Damit scheidet ein vertraglicher Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten aus.

2. Zu Recht hat das Berufungsgericht auch einen Anspruch der Klägerin auf Erstattung der Abmahnkosten aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG abgelehnt. Die Abmahnung der Klägerin war nicht berechtigt im Sinne dieser Vorschrift.

a) Das Berufungsgericht hat einen Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 PodG verneint. Es hat angenommen, dass in § 1 Abs. 1 PodG das Verbot geregelt sei, die Berufsbezeichnung „Podologin“ und „Medizinische Fußpflegerin“ zu führen. Die Beklagte habe aber keine solche Bezeichnung geführt, sondern lediglich für die ihr erlaubte Tätigkeit der medizinischen Fußpflege geworben. Die Bewerbung von rechtlich erlaubten Leistungen der medizinischen Fußpflege durch diejenigen, die – wie im Streitfall – in diesem Berufsfeld tätig seien, untersage § 1 Abs. 1 PodG nicht. Gegen diese Beurteilung, die Rechtsfehler nicht erkennen lässt, wendet sich die Revision nicht.

b) Das Berufungsgericht hat auch einen Verstoß gegen § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 UWG verneint. Die dagegen erhobenen Rügen der Revision bleiben erfolglos.

aa) Das Berufungsgericht hat allerdings eine Irreführungsfahr bejaht. Es hat ausgeführt, ein erheblicher Teil des maßgeblichen Verkehrskreises werde der angegriffenen Werbung entnehmen, dass die von der Beklagten ausschließlich und ohne Einschränkung beworbene „medizinische Fußpflege“ auch von einem durch einen entsprechenden Ausbildungsgang qualifizierten „medizinischen Fußpfleger“ ausgeübt werde. Denn die Werbung mit dem Angebot der Fußpflege unter dem Zusatz „medizinisch“ vermittele dem Verkehr den Eindruck, dass der Werbende gerade medizinisch indizierte Behandlungen in der erforderlichen Qualität durchführen könne. Es könne und solle der Eindruck entstehen, dass weitergehende als nur kosmetische Fußpflege erbracht werde und hierfür die erforderliche qualifizierte Ausbildung vorliege. Diese versprochene Qualifikation entspreche der Ausbildung nach Maßgabe des Podologengesetzes. Die Vorstellung sei unrichtig, weil die

Beklagte eine solche Qualifikation nicht erworben habe. Gegen diese für ihren Rechtsstandpunkt günstige Beurteilung wendet sich die Revision nicht.

bb) Das Berufungsgericht hat gleichwohl einen Unterlassungsanspruch gemäß § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1 UWG verneint. Es hat angenommen, ein von der Klägerin verlangtes uneingeschränktes Gebot, jeglichen Hinweis auf die Durchführung medizinischer Fußpflege schlechthin zu unterlassen, sei mit Blick auf die Berufsausübungsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 GG unverhältnismäßig, weil die Beklagte die mit „medizinische Fußpflege“ bezeichnete Tätigkeit tatsächlich ausüben dürfe. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision vergeblich.

(1) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats, an denen sich durch die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken nichts geändert hat, kann auch eine objektiv richtige Angabe irreführend sein, wenn sie beim Verkehr, an den sie sich richtet, gleichwohl zu einer Fehlvorstellung führt, die geeignet ist, das Kaufverhalten oder die Entscheidung für die Inanspruchnahme einer Dienstleistung durch die angesprochenen Verkehrskreise zu beeinflussen. In einem solchen Fall, in dem die Täuschung des Verkehrs lediglich auf dem Verständnis einer an sich zutreffenden Angabe beruht, ist für die Anwendung des § 5 UWG grundsätzlich eine höhere Irreführungsquote als im Fall einer Täuschung mit objektiv unrichtigen Angaben erforderlich; außerdem ist eine Interessenabwägung vorzunehmen (BGH, Urteil vom 22. April 1999 – I ZR 108/97, GRUR 2000, 73, 75 = WRP 1999, 1195 – Tierheilpraktiker; Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 172/08, GRUR 2010, 1024 Rn. 25 = WRP 2010, 1024 – Master of Science Kieferorthopädie; Beschluss vom 16. August 2012 – I ZR 200/11, WRP 2012, 1526 Rn. 3 – Über 400 Jahre Brautradition). Bei der Abwägung der maßgebenden Umstände, insbesondere der von einer Werbung mit objektiv richtigen Angaben ausgehenden Auswirkungen, der Bedeutung der Irreführung sowie dem Gewicht

etwaiger Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit oder des Werbenden selbst sind auch Wertungen des Gesetzgebers (BGH, GRUR 2000, 73, 75 – Tierheilpraktiker) sowie das verfassungsrechtliche und auch in Erwägungsgrund 6 der Richtlinie 2005/29/EG zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsgebot zu beachten (vgl. Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 2.212 mwN). Mit Blick auf die Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG kann deshalb ein uneingeschränktes Verbot unverhältnismäßig sein, das auf die Untersagung eines Hinweises auf eine rechtlich erlaubte berufliche Tätigkeit gerichtet ist (vgl. BGH, Urteil vom 8. März 1990 – I ZR 239/87, GRUR 1990, 1032, 1034 = WRP 1990, 688 – Krankengymnastik; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 7. Juni 2005 – 14 U 198/04, juris Rn. 31; Bornkamm in Köhler/Bornkamm aaO § 5 Rn. 5.154; Lindacher in GK-UWG, 2. Aufl., § 5 Rn. 883; Dreyer in Harte/Henning, UWG, 3. Aufl. § 5 Rn. B 204).

(2) Von diesen Grundsätzen ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Es hat zutreffend angenommen, dass der Beklagten die Erbringung von Leistungen der medizinischen Fußpflege erlaubt ist. Insbesondere ist dafür eine Ausbildung zum Podologen oder Medizinischen Fußpfleger im Sinne von § 1 PodG nicht erforderlich. Das Podologengesetz schützt allein die Berufsbezeichnung „Podologin/Podologe“ und „Medizinische Fußpflegerin/-pfleger“. Damit soll für den Patienten ersichtlich werden, über welche Ausbildung ein unter diesen Bezeichnungen tätiger Fußpfleger verfügt, um daraus auf die Qualität seiner Behandlung schließen zu können (Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 14/5593, S. 10). Durch die in § 1 PodG geregelte Erlaubnispflicht wird lediglich entsprechend der Systematik der übrigen Gesundheitsfachberufe das Führen der Berufsbezeichnung geschützt, nicht aber die Tätigkeit auf dem Gebiet der medizinischen Fußpflege und die Werbung für diese Tätigkeit eingeschränkt. Deshalb dürfen Personen, die nicht über die Erlaubnis zum Führen der geschützten Berufsbezeichnung verfügen, weiterhin fußpflegerische Leistungen im Rahmen der allgemeinen rechtlichen Regelungen

(insbesondere § 1 HeilprG) anbieten und auch ihre Tätigkeit als „medizinische Fußpflege“ bezeichnen (Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 14/5593, S. 9, 11). Diese gesetzgeberische Wertung ist auch im Rahmen des Irreführungstatbestandes zu beachten.

(3) Überwiegende Interessen der Verbraucher und der Allgemeinheit, die den von der Klägerin in der Abmahnung geltend gemachten Unterlassungsanspruch trotz der entgegenstehenden gesetzgeberischen Wertung und den verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Beklagten rechtfertigen könnten, sind nicht ersichtlich.

Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Beklagten sei es nicht erlaubt, sämtliche Leistungen der medizinischen Fußpflege zu erbringen, weil diese Leistungen in weiten Teilen als Heilkunde im Sinne des § 1 Abs. 2 HeilprG anzusehen seien. Dieser Gesichtspunkt ist für den im Streitfall klageweise geltend gemachten Anspruch auf Freistellung von Abmahnkosten unerheblich. Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Klägerin der Beklagten in der Abmahnung zur Last gelegt hat, nach dem Heilpraktikergesetz teilweise unzulässige Leistungen anzubieten. Dies macht auch die Revision nicht geltend.

Die Revision meint ferner, bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit des von der Klägerin begehrten Verbots sei die großzügige Übergangsvorschrift des § 10 Abs. 4 PodG zu beachten, wonach die Beklagte unter erleichterten Bedingungen die Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Podologin“ im Sinne von § 1 Satz 1 PodG erhalten könne, sofern sie bei Inkrafttreten des Podologengesetzes eine mindestens zehnjährige Tätigkeit auf dem Gebiet der medizinischen Fußpflege nachweisen könne. Auch damit dringt die Revision nicht durch. Wie dargelegt wurde, kommt es im Streitfall nicht auf die Berechtigung zur Führung der Berufsbezeichnung „Podologin“ oder „Medizinische Fußpflegerin“ an. Die Klägerin begehrt vielmehr Freistellung von den Kosten einer Abmahnung,

mit der sie die Werbung der Beklagten für die dieser erlaubten Tätigkeit der medizinischen Fußpflege beanstandet hat.

### **III.**

Danach ist die Revision der Klägerin zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.