

# TE OGH 2003/9/23 4Ob125/03s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.09.2003

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei K\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr. Wolfgang Gewolf und Dr. Gernot Murko, Rechtsanwälte in Klagenfurt, gegen die beklagte Partei Alois M\*\*\*\*\*, vertreten durch Gradischnig & Gradischnig, Rechtsanwälte GmbH in Villach, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung, über die außerordentliche Revision des Beklagten gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Graz als Berufungsgericht vom 20. März 2003, GZ 6 R 45/03i-12, mit dem das Urteil des Landesgerichts Klagenfurt vom 19. Dezember 2002, GZ 24 Cg 121/02d-8, abgeändert wurde, in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Der Revision wird Folge gegeben.

Das angefochtene Urteil wird aufgehoben und die Rechtssache wird an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Die Kosten des Revisionsverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist ein Organ der Ärztekammer für Kärnten; ihr obliegt es, die gemeinsamen beruflichen, wirtschaftlichen und sozialen Interessen der Zahnärzte wahrzunehmen und zu fördern. Dazu gehört auch die Bekämpfung wettbewerbswidriger Praktiken. Der Beklagte führt als Dentist eine Kassenpraxis. In der Zeit vom 1. 4. 2001 bis 31. 5. 2002 hat der Beklagte in seiner Ordination einen Zahnarzt als "Dentistenassistenten" beschäftigt.

Der Beklagte musste sich 2001 einer Operation unterziehen; er befand sich vom 10. 1. 2001 bis 26. 1. 2001, vom 1. 5. 2001 bis 11. 5. 2001 und vom 1. 6. 2001 bis 22. 6. 2001 in stationärer Behandlung. Damit „die Ordination nicht ganz pleite geht“, bemühte sich der Beklagte um eine Vertretung. Er erhielt von der Dentistenkammer die Auskunft, dass eine Vertretung nur 14 Tage ohne Bewilligung eingesetzt werden darf, dass es bei einer Vertretungsdauer von bis zu drei Monaten der Bewilligung von Krankenkasse und Kammer bedarf und dass sich der Vertretene bei einer darüber hinausgehenden Vertretungsdauer im Falle eines Einspruchs rechtfertigen muss. Der Präsident der Dentistenkammer wies den Beklagten auf die Möglichkeit hin, einen Dentistenassistenten zu beschäftigen. Damit erspare sich der Beklagte das ständige An- und Abmelden, da vorauszusehen sei, dass er teilweise werde arbeiten können.

Mit Schreiben vom 14. 3. 2001 erteilte die Dentistenkammer ihre Zustimmung zur Anstellung des Zahnarztes Dr. Alessandro B\*\*\*\*\* "im Sinne von § 4 Abs 1 Z 4 Dentistengesetz als Dentistenassistent". Sie hielt fest, dass der Zahnarzt „eine mit der Ausbildung der Dentisten gleichwertige zahnmedizinische Ausbildung an der Universität Wien absolviert und mit dem Titel 'Dr. med. univ.' bzw Facharzt für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde abgeschlossen" habe. Damit liege die Gleichwertigkeit mit der staatlichen Dentistenprüfung vor. Da die übrigen Voraussetzungen des § 4 DentG ebenfalls erfüllt seien, werde die Genehmigung erteilt. Mit Schreiben vom 14. 3. 2001 erteilte die Dentistenkammer ihre Zustimmung zur Anstellung des Zahnarztes Dr. Alessandro B\*\*\*\*\* "im Sinne von Paragraph 4, Absatz eins, Ziffer 4, Dentistengesetz als Dentistenassistent". Sie hielt fest, dass der Zahnarzt „eine mit der Ausbildung der Dentisten gleichwertige zahnmedizinische Ausbildung an der Universität Wien absolviert und mit dem Titel 'Dr. med. univ.' bzw Facharzt für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde abgeschlossen" habe. Damit liege die Gleichwertigkeit mit der staatlichen Dentistenprüfung vor. Da die übrigen Voraussetzungen des Paragraph 4, DentG ebenfalls erfüllt seien, werde die Genehmigung erteilt.

Der Zahnarzt war bei der Gebietskrankenkasse als beim Beklagten beschäftigt gemeldet. Er war halbtags beim Beklagten beschäftigt und arbeitete teils allein, teils nach Anweisung des Beklagten. Als der Beklagte wieder arbeiten konnte, kündigte er dem Zahnarzt. Der Zahnarzt hat die Dentistenprüfung nicht abgelegt.

Der Beklagte beabsichtigt nicht, wieder einen Dentistenassistenten anzustellen. Er steht vor einer weiteren Operation und hat die Absicht, die Praxis zu verkaufen. Es war das erste Mal, dass er einen Dentistenassistenten beschäftigte. Hätte er keinen Vertreter gehabt, hätte er die Praxis sperren müssen. Die Beschäftigung des Zahnarztes als Dentistenassistent hat zu keiner Umsatzsteigerung geführt.

Die Klägerin begehrt, den Beklagten schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, die Erbringung von zahnärztlichen Leistungen, soweit sie nach dem Ärzte- und Zahnärztegesetz Zahnärzten vorbehalten sind, durch Dritte, insbesondere Dr. Alessandro B\*\*\*\*\*, erbringen zu lassen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 6 Abs 5 DentG und/oder des § 10 des Gesamtvertrags zwischen der Österreichischen Dentistenkammer und dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger vorliegen. Die Klägerin begehrt darüber hinaus, sie zur Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Beklagten in der Tageszeitung "Kleine Zeitung" zu ermächtigen. Der beim Beklagten beschäftigte Zahnarzt sei nicht in die Ärzteliste bei der Ärztekammer für Kärnten eingetragen. Er übe die ärztliche Tätigkeit damit unbefugt aus. Der Beklagte ermögliche dem Zahnarzt die gesetzwidrige Tätigkeit. Er verstoße darüber hinaus gegen § 6 Abs 5 DentG idF BGBl 1999/45. Danach habe der Dentist seinen Beruf persönlich auszuüben. Das Gleiche gelte nach § 10 des Gesamtvertrags zwischen der Österreichischen Dentistenkammer und dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger. Es sei unzulässig, einen Arzt zum Zweck der Erfüllung des Einzelvertrags anzustellen. Ein Einzelvertrag könne nur abgeschlossen werden, wenn eine Planstelle frei sei. Seit 1975 würden keine Dentisten mehr ausgebildet; es könnten daher auch keine Dentistenassistenten beschäftigt werden. Die Rechtsansicht des Beklagten sei unvertretbar. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass der Beklagte in Zukunft wieder einen Dentistenassistenten beschäftigen werde. Die Wiederholungsgefahr sei schon deshalb nicht weggefallen, weil der Beklagte die Auffassung vertrete, nicht gesetzwidrig gehandelt zu haben. Durch seine Gesetzesverstöße verschaffe sich der Beklagte einen Wettbewerbsvorteil vor gesetzestreuen Mitbewerbern. Durch die Beschäftigung eines Dritten könne er mehr Patienten behandeln als ihm allein möglich wäre. Die Klägerin begehrt, den Beklagten schuldig zu erkennen, es im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs zu unterlassen, die Erbringung von zahnärztlichen Leistungen, soweit sie nach dem Ärzte- und Zahnärztegesetz Zahnärzten vorbehalten sind, durch Dritte, insbesondere Dr. Alessandro B\*\*\*\*\*, erbringen zu lassen, sofern nicht die Voraussetzungen des Paragraph 6, Absatz 5, DentG und/oder des Paragraph 10, des Gesamtvertrags zwischen der Österreichischen Dentistenkammer und dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger vorliegen. Die Klägerin begehrt darüber hinaus, sie zur Veröffentlichung des Urteils auf Kosten des Beklagten in der Tageszeitung "Kleine Zeitung" zu ermächtigen. Der beim Beklagten beschäftigte Zahnarzt sei nicht in die Ärzteliste bei der Ärztekammer für Kärnten eingetragen. Er übe die ärztliche Tätigkeit damit unbefugt aus. Der Beklagte ermögliche dem Zahnarzt die gesetzwidrige Tätigkeit. Er verstoße darüber hinaus gegen Paragraph 6, Absatz 5, DentG in der Fassung BGBl 1999/45. Danach habe der Dentist seinen Beruf persönlich auszuüben. Das Gleiche gelte nach Paragraph 10, des Gesamtvertrags zwischen der Österreichischen Dentistenkammer und dem Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger. Es sei unzulässig, einen Arzt zum Zweck der Erfüllung des Einzelvertrags anzustellen. Ein Einzelvertrag könne nur abgeschlossen werden, wenn eine Planstelle frei sei. Seit

1975 würden keine Dentisten mehr ausgebildet; es könnten daher auch keine Dentistenassistenten beschäftigt werden. Die Rechtsansicht des Beklagten sei unvertretbar. Es sei nicht unwahrscheinlich, dass der Beklagte in Zukunft wieder einen Dentistenassistenten beschäftigen werde. Die Wiederholungsgefahr sei schon deshalb nicht weggefallen, weil der Beklagte die Auffassung vertrete, nicht gesetzwidrig gehandelt zu haben. Durch seine Gesetzesverstöße verschaffe sich der Beklagte einen Wettbewerbsvorteil vor gesetzestreuen Mitbewerbern. Durch die Beschäftigung eines Dritten könne er mehr Patienten behandeln als ihm allein möglich wäre.

Der Beklagte beantragt, das Klagebegehren abzuweisen. Er habe dem Zahnarzt ausschließlich aufgrund der ihm erteilten Genehmigung die Möglichkeit geboten, das Dentistenassistentenjahr in seiner Praxis abzudienen. Ihm sei bewusst, dass er verpflichtet sei, alle Dentistenleistungen selbst zu erbringen. Er habe aber ohnehin sämtliche Leistungen des Zahnarztes kontrolliert. Nach Ablauf eines Jahres habe er das Beschäftigungsverhältnis von sich aus beendet. Die Rechtsauffassung der Österreichischen Dentistenkammer sei mit gutem Grund vertretbar. Er erkläre ausdrücklich, dass er im Hinblick auf die ihm erteilte Rechtsbelehrung in Zukunft keinen Dentistenassistenten oder Zahnarzt in seiner Praxis beschäftigen werde.

Das Erstgericht wies das Klagebegehren ab. Zusätzlich zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt stellte es fest, der Präsident der Österreichischen Dentistenkammer sei der Meinung gewesen, dass "der Begriff des Dentistenassistenten zum damaligen Zeitpunkt noch existent war". Ohne eine derartige Genehmigung wäre es nicht möglich gewesen, einen Dentistenassistenten anzustellen. Die Dentistenkammer sei die einzige Stelle, die die Genehmigung erteilen könne. Der als Dentistenassistent beschäftigte Zahnarzt sei zwischenzeitig Mitglied der Österreichischen Dentistenkammer. Rechtlich meinte es, der Beklagte bestreite nicht mehr, dass er nicht berechtigt sei, einen Dentistenassistenten zu beschäftigen. Zu prüfen sei daher nur die Frage der Wiederholungsgefahr. Es könne gerade noch argumentiert werden, dass der Beklagte den Wegfall der Wiederholungsgefahr bewiesen habe. Er habe ursprünglich keinen Dentistenassistenten beschäftigen wollen, sondern nur einen Vertreter gesucht. Erst die Dentistenkammer habe ihn auf diese Idee gebracht. Dem Beklagten sei klar, dass er einen Dentistenassistenten nur mit Genehmigung der Dentistenkammer beschäftigen könne. Der Präsident der Dentistenkammer werde keine derartige Genehmigung mehr erteilen. Damit sei "doppelt abgesichert", dass der Beklagte sich in Zukunft gesetzeskonform verhalten werde.

Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Beklagte könne seine Auffassung, einen Dentistenassistenten beschäftigen zu dürfen, nicht mit guten Gründen vertreten. Seit 1975 würden keine Dentisten mehr ausgebildet; damit gebe es auch keinen Dentistenassistenten mehr. Mit der Novelle zum DentG, BGBl I 1999/45 seien die Bestimmungen über die Dentistenausbildung (§§ 13 bis 15) ersatzlos gestrichen worden. Die Bestimmungen über Dentistenassistenten, Dentistenpraktikanten und zahntechnische Laboranten seien durch eine dem Ärztesgesetz nachgebildete Regelung über Hilfspersonal (§§ 8 und 9) ersetzt worden. Zahnärzte seien jedenfalls keine Hilfspersonen im Sinne des § 8 DentG. Ein Tätigwerden als Dentistenassistent sei damit nicht mehr vorgesehen. Angesichts der klaren und eindeutigen Regelung sei der Gesetzesverstoß dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbar. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil der Beklagte auf der Rechtmäßigkeit seines Handelns beharre. Es sei nicht notwendig, auf die Mängel- und Beweistrübe der Klägerin weiter einzugehen. Das Berufungsgericht gab dem Klagebegehren statt und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision nicht zulässig sei. Der Beklagte könne seine Auffassung, einen Dentistenassistenten beschäftigen zu dürfen, nicht mit guten Gründen vertreten. Seit 1975 würden keine Dentisten mehr ausgebildet; damit gebe es auch keinen Dentistenassistenten mehr. Mit der Novelle zum DentG, BGBl römisch eins 1999/45 seien die Bestimmungen über die Dentistenausbildung (Paragraphen 13 bis 15) ersatzlos gestrichen worden. Die Bestimmungen über Dentistenassistenten, Dentistenpraktikanten und zahntechnische Laboranten seien durch eine dem Ärztesgesetz nachgebildete Regelung über Hilfspersonal (Paragraphen 8 und 9) ersetzt worden. Zahnärzte seien jedenfalls keine Hilfspersonen im Sinne des Paragraph 8, DentG. Ein Tätigwerden als Dentistenassistent sei damit nicht mehr vorgesehen. Angesichts der klaren und eindeutigen Regelung sei der Gesetzesverstoß dem Beklagten auch subjektiv vorwerfbar. Die Wiederholungsgefahr sei nicht weggefallen, weil der Beklagte auf der Rechtmäßigkeit seines Handelns beharre. Es sei nicht notwendig, auf die Mängel- und Beweistrübe der Klägerin weiter einzugehen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil gerichtete Revision des Beklagten ist zulässig und berechtigt.

Die Wiederholungsgefahr ist nach ständiger Rechtsprechung schon bei einem bloß einmaligen Wettbewerbsverstoß anzunehmen (4 Ob 67/94 = ÖBI 1995, 42 - Gebäudereinigung mwN). Ihre Vermutung wird nur entkräftet, wenn der Beklagte besondere Umstände darlegt, die eine Wiederholung seiner Handlung als ausgeschlossen oder zumindest als äußerst unwahrscheinlich erscheinen lassen. In diesem Sinn stellt die Rechtsprechung darauf ab, ob dem Verhalten des Verletzers in seiner Gesamtheit gewichtige Anhaltspunkte dafür entnommen werden können, dass er ernstlich gewillt ist, von künftigen Störungen Abstand zu nehmen (4 Ob 67/94 = ÖBI 1995, 42 - Gebäudereinigung; 4 Ob 283/00x = ÖBI 2001, 105 - Reisebedarf, jeweils mwN). Dabei kommt es nicht nur auf die Art der Verletzungshandlung, sondern auch auf die Willensrichtung des Täters an, für die insbesondere sein Verhalten nach der Beanstandung oder während des Rechtsstreits aussagekräftig sein kann (4 Ob 330/65 = SZ 38/86; 4 Ob 309/80 = ÖBI 1981, 48 - References to the Beatles; 4 Ob 283/00x = ÖBI 2001, 105 - Reisebedarf ua). Bei einem irrtümlichen Gesetzesverstoß kann es für den Wegfall der Wiederholungsgefahr genügen, dass der Beklagte von sich aus eine Handlung vornimmt, die seine Sinnesänderung nach außen hin klar erkennen lässt. Das kann etwa dann der Fall sein, wenn sich der Beklagte sofort nach dem Bekanntwerden des Verstoßes von diesem distanziert sowie Maßnahmen zur Berichtigung eines allfälligen Irrtums und zur Verhinderung künftiger gleichartiger Vorfälle ergreift oder aber die als gesetzwidrig erkannte Tätigkeit unverzüglich einstellt (4 Ob 20/97p = ÖBI 1998, 33 - Ungarischer Zahnarzt mwN).

In die für die Beurteilung der Wiederholungsgefahr maßgebende Gesamtbetrachtung ist demnach sowohl die Art der Verletzungshandlung als auch das nachfolgende Verhalten des Beklagten einzubeziehen. Im vorliegenden Fall besteht die Verletzungshandlung darin, dass der Beklagte in seiner Ordination einen Zahnarzt als "Dentistenassistenten" beschäftigt hat, obwohl seit 1975 keine Dentisten mehr ausgebildet werden und es daher seit diesem Zeitpunkt auch keine (inländischen) Anwärter für die Beschäftigung als Dentistenassistenten mehr gibt. Als Dentistenassistenten wurden nach dem DentG BGBl 1949/90 Personen beschäftigt, die die staatliche Dentistenprüfung oder die Abschlussprüfung über den Lehrgang des Lehrinstituts für Dentisten mit Erfolg abgelegt hatten und zum Zwecke des Erwerbs der Berufsberechtigung als Dentist ein Jahr unter Aufsicht und Verantwortung von zur selbstständigen Berufsausübung berechtigten Dentisten tätig waren. Eine Beschäftigung als Dentistenassistent war daher nur solange sinnvoll und notwendig, als die Möglichkeit bestand, die Berufsberechtigung als Dentist zu erwerben.

Der Beklagte hat dennoch von der Dentistenkammer die Genehmigung erhalten, einen Zahnarzt als Dentistenassistenten zu beschäftigen. Das Beschäftigungsverhältnis hat erst nach Erhalt dieser Genehmigung begonnen und es hat zu einem Zeitpunkt geendet, als die vorliegende Klage noch nicht eingebracht war.

Nach den vom Erstgericht getroffenen, aber insoweit von der Klägerin in der Berufung bekämpften Feststellungen ist der Präsident der Dentistenkammer davon ausgegangen, dass die Dentistenkammer berechtigt sei, die Beschäftigung eines Dentistenassistenten zu genehmigen. Die Klägerin hat demgegenüber behauptet, dass ein Tätigwerden als Dentistenassistent nicht mehr in Betracht gekommen sei und dass dies dem Beklagten auch klar gewesen sei. Sie hat sich zum Beweis ihres Vorbringens auch auf den als Dentistenassistent beschäftigten Zahnarzt als Zeugen berufen, den das Erstgericht jedoch - ohne dies zu begründen - nicht vernommen hat. In der Berufung hat die Klägerin die Feststellung über die Auffassung des Präsidenten der Dentistenkammer genügt gerügt wie die Feststellung, dass der Zahnarzt nunmehr Mitglied der Dentistenkammer sei. Die Klägerin hat auch gerügt, dass das Erstgericht den Zahnarzt nicht als Zeugen vernommen hat, und geltend gemacht, dass das Erstgericht, hätte es den Zeugen vernommen, zum Ergebnis gekommen wäre, dass dem Beklagten die Unzulässigkeit der Beschäftigung des Zahnarztes als Dentistenassistent bewusst gewesen sei und dass er sich zu dieser gesetzwidrigen Vorgangsweise nur entschlossen habe, "um seinen wirtschaftlichen Vorteil aufrecht zu erhalten".

Das Berufungsgericht hat die Beweis- und Mängelrüge unerledigt gelassen, weil es der Auffassung war, dass die Wiederholungsgefahr auch aufgrund des festgestellten Sachverhalts zu bejahen sei. Begründet hat es seine Auffassung damit, dass die Prozessführung des Beklagten eine ernstliche Willensänderung nicht in ausreichender Weise erkennen lasse. Das Berufungsgericht hat dabei verkannt, dass das Prozessvorbringen des Beklagten der von ihm behaupteten Sinnesänderung nicht entgegensteht.

Der Beklagte hat sich auf die ihm erteilte Genehmigung berufen und geltend gemacht, dass die Auffassung der Dentistenkammer wie auch seine Auffassung mit guten Gründen vertretbar gewesen sei. Er hat aber die Rechtsmeinung der Klägerin, wonach ein Dentist die Dentistenleistungen selbst erbringen muss und nach geltender Rechtslage keinen Dentistenassistenten beschäftigen kann, nie in Zweifel gezogen, sondern ausdrücklich erklärt, im Hinblick auf die ihm zuteil gewordene Rechtsbelehrung künftig keinen Dentistenassistenten oder Zahnarzt in seiner

Praxis beschäftigen zu wollen.

Das Prozessvorbringen des Beklagten spricht daher nicht gegen die von ihm behauptete Sinnesänderung. Seine Erklärung ist vielmehr - im Zusammenhalt mit dem Beginn des Beschäftigungsverhältnisses erst nach Erhalt der Genehmigung und seiner Beendigung noch vor der gegenständlichen Klage - als Indiz dafür zu werten, dass der Beklagte sich in Zukunft tatsächlich gesetzeskonform verhalten wird. Das setzt allerdings voraus, dass der Beklagte tatsächlich, wie von ihm behauptet und vom Erstgericht auch angenommen, im Vertrauen auf die ihm erteilte Genehmigung gehandelt hat und ihm nicht bewusst war, dass die Beschäftigung des Zahnarztes als Dentistenassistent keinesfalls zulässig ist, so dass der Gesetzesverstoß letztlich auf einen Irrtum zurückzuführen ist. Hat der Beklagte hingegen im Zusammenwirken mit der Dentistenkammer bewusst gesetzwidrig gehandelt, so ist es jedenfalls nicht gänzlich unwahrscheinlich, dass der Beklagte auch in Zukunft versuchen werde, berufsrechtliche Vorschriften zu umgehen, um seine Ordination trotz allenfalls eingeschränkter Arbeitsfähigkeit weiter betreiben zu können.

Das Berufungsgericht wird die Beweis- und Mängelrüge der Klägerin zu erledigen und nach Überprüfung der erstgerichtlichen Feststellungen zu beurteilen haben, ob dem Beklagten der Nachweis der von ihm behaupteten Sinnesänderung gelungen ist.

Der Revision war Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 52 Abs 1 ZPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 52, Absatz eins, ZPO.

**Textnummer**

E70966

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2003:0040OB00125.03S.0923.000

**Im RIS seit**

23.10.2003

**Zuletzt aktualisiert am**

17.09.2012

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)