

TE OGH 2019/3/26 4Ob211/18k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.03.2019

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten Dr.

Vogel als Vorsitzenden und die Hofräte Dr. Schwarzenbacher, Hon.-Prof. Dr. Brenn, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der Klägerin Österreichische Zahnärztekammer, *****, vertreten durch Dr. Friedrich Schulz, Rechtsanwalt in Wien, gegen die Beklagten 1. Dr. G***** S*****, 2. S***** GmbH, *****, beide vertreten durch Schima Mayer Starlinger Rechtsanwälte GmbH in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Provisorialverfahren 31.000 EUR), über den Revisionsrekurs der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 4. September 2018, GZ 5 R 130/18d-19, womit die einstweilige Verfügung des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 20. Juli 2018, GZ 39 Cg 62/18v-14, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Der Revisionsrekurs wird zurückgewiesen, soweit er sich gegen die Punkte a) und b) der einstweiligen Verfügung richtet.

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben, soweit er sich gegen Punkt c) der einstweiligen Verfügung richtet.

Die Beklagten sind zur ungeteilten Hand schuldig, der Klägerin die mit 2.157,76 EUR (darin 359,63 EUR USt) bestimmten Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Text

Begründung:

Der Erstbeklagte ist Zahnarzt und Allgemeinmediziner sowie Geschäftsführer und Gesellschafter der Zweitbeklagten, die Kosmetikleistungen, darunter Zahnbleaching ohne Peroxyd, anbietet.

Die Beklagten schalteten im Februar 2018 in einer Zeitschrift ein ganzseitiges Inserat mit dem Titel „Medical meets Beauty“, mit dem gleichzeitig für Zahnbehandlungen und kosmetische Behandlungen geworben wurde.

Die klagende Zahnärztekammer begehrte die Erlassung der mit ihrer Klage inhaltsgleichen einstweiligen Verfügung, den Beklagten möge aufgetragen werden, zu unterlassen

a) für zahnärztliche Leistungen Anzeigen, welche ein Viertel einer Seite des jeweiligen Printmediums überschreiten, insbesondere ganzseitige Anzeigen, zu veröffentlichen und/oder veröffentlichen zu lassen;

b) öffentliche Ankündigungen, in denen nur oder auch die Zahnpraxis des Erstbeklagten beworben wird, zB in Zeitungsinseraten und/oder auf Webseiten im Internet, mit Ankündigungen nicht zahnmedizinischer Leistungen wie zB

Haarentfernung, Tattoo-Entfernung, Entfernung von Alters- und Pigmentflecken, Korrektur von Permanent Make-Up, Faltenbehandlungen, Augenlidstraffungen, Anti-Aging Gesichts-behandlungen, Bodyforming, Botulinumtoxin und Hyaluronsäure-Behandlungen, CRYO 4S Kälte-plattenbehandlungen und Micro Needling und/oder mit sinngemäß gleichen Ankündigungen zu versehen und/oder versehen zu lassen;

c) zahnärztliche Tätigkeiten wie Bleaching, sei es auch als „kosmetisches Zahnbleaching“ oder durch sinngemäß gleiche Bezeichnungen, durch die zweitbeklagte Partei anzukündigen und/oder durch die zweitbeklagte Partei auszuführen.

Das Erstgericht erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Nach Art 5 lit c der auf Grundlage von § 35 Abs 5 ZÄG erlassenen Werbe-RL dürfe eine Anzeige für zahnärztliche Leistungen in Printmedien maximal ein Viertel einer Seite des jeweiligen Printmediums betragen. Das klagsgegenständliche Inserat bewerbe Leistungen beider Beklagter gemeinsam über eine ganze Seite. Selbst wenn man aufgrund der farblichen Gestaltung eine räumliche Trennung der Leistungen des Erstbeklagten und der Zweitbeklagten vornähme, verstieße der Erstbeklagte gegen das Verbot des Art 5 lit c Werbe-RL, weil er dann mit einer halben Seiten für seine zahnärztlichen Leistungen werben würde.

Außerdem verstoße der Erstbeklagte gegen Art 1 und Art 2 Werbe-RL, wonach Angehörigen des zahnärztlichen Berufs eine unsachliche Werbung verboten sei, die nach Art 2 lit a Werbe-RL unter anderem darin bestehen könne, mit den zahnärztlichen Leistungen zugleich Leistungen anzukündigen, die in keinem Zusammenhang mit der angebotenen zahnmedizinischen Leistung stünden. Letzteres treffe auf die im Inserat angekündigten und angebotenen Gesichts- und Körperbehandlungen zu. Dass der Erstbeklagte als Allgemeinmediziner auch den Standesregeln der Humanmediziner, unter anderem der Verordnung der Österreichischen Ärztekammer über die Art und Form zulässiger ärztlicher Informationen in der Öffentlichkeit (Arzt und Öffentlichkeit 2014) unterliege, die offensichtlich großzügigere Werbevorschriften enthalte, ändere nichts daran, dass er sich als Zahnarzt an die strengeren, für Zahnärzte maßgeblichen Rechtsvorschriften zu halten habe. Sobald er (auch) für zahnärztliche Leistungen werbe, habe er sich an die Werbe-RL zu halten und könne deren Vorschriften nicht mit dem Argument umgehen, er sei auch Allgemeinmediziner.

Nach § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG umfasse der den Angehörigen des zahnärztlichen Berufs vorbehaltene Tätigkeitsbereich insbesondere auch die Vornahme von kosmetischen und ästhetischen Eingriffen an den Zähnen, sofern diese eine zahnärztliche Untersuchung und Diagnose erforderten. Aus dem bescheinigten Sachverhalt ergebe sich, dass bei dem hier angewendeten kosmetischen Bleaching ohne Peroxyd eine photochemische Reaktion im Bereich des Dentins zum Bleicheffekt führe. Damit liege ein Eingriff vor, der eine zahnärztliche Untersuchung und Diagnose erfordere; außerdem sei die Herbeiführung der photochemischen Reaktion am Dentin an sich schon ein Eingriff nach § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG. Die Zweitbeklagte verstoße daher durch das Anbieten dieser zahnärztlichen Leistung gegen den Zahnärztevorbethalt des § 4 ZÄG. Der Erstbeklagte werbe gemeinsam mit der Zweitbeklagten für diese gegen den Zahnärztevorbethalt verstoßene Tätigkeit und trage daher zum Verstoß bei. Nachdem sämtliche Verstöße geeignet seien, sich spürbar auf den Markt auszuwirken, indem sie den Beklagten gegenüber korrekt handelnden Mitbewerbern einen Vorteil verschafften, seien sie als Verstöße gegen § 1 UWG zu qualifizieren.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands je Sicherungsbegehren 5.000 EUR, nicht aber 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei, weil zur Auslegung der hier relevanten Bestimmungen der Werbe-RL (gemeinsame Werbung eines Zahnarztes und eines Drittunternehmens in Printmedien bzw Ankündigung von in keinem Zusammenhang mit zahnärztlichen Leistungen stehenden Leistungen Dritter/eigenen Leistungen durch einen Zahnarzt), sowie zur Frage, ob bzw unter welchen Voraussetzungen Zahnbleaching von einem Zahnarzt bzw unter dessen ständiger Anleitung durchgeführt werden muss (Zahnärztevorbethalt) gesicherte Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs fehle.

Die Beklagten beantragen mit ihrem – von der Klägerin beantworteten –Revisionsrekurs, das Sicherungsbegehren in allen Punkten abzuweisen.

Die Klägerin beantragt mit ihrer Revisionsrekursbeantwortung, den Revisionsrekurs zurückzuweisen bzw ihm nicht Folge zu geben.

Rechtliche Beurteilung

Die Unterlassungsansprüche sind hinsichtlich der einzelnen Spruchpunkte nicht im Sinn des§ 55 JN

zusammenzurechnen. Daher ist die Zulässigkeit der Revision für jeden geltend gemachten Verstoß gesondert zu prüfen (vgl. RIS-Justiz RS0130936). Dies führt zur Beurteilung des Revisionsrekurses als in Ermangelung von erheblichen Rechtsfragen iSv § 528 Abs 1 ZPO unzulässig, soweit er sich gegen die Punkte a) und b) der einstweiligen Verfügung richtet, und als zulässig, aber nicht berechtigt, soweit er sich gegen Punkt c) der einstweiligen Verfügung richtet.

1. Printwerbung im Ausmaß von über einer Viertelseite (Spruchpunkt a.):

1.1. Die Beklagten bekämpfen das Verbot, Anzeigen in einem Printmedium von mehr als einer Viertelseite zu schalten, mit der Behauptung, Art 5 lit c Werbe-RL sei unionsrechtswidrig. Damit zeigen sie keine erhebliche Rechtsfrage auf.

1.2. Der Senat hat bereits wiederholt ausgesprochen, dass gegen Werbebeschränkungen für (Zahn-)Ärzte allgemein (4 Ob 176/11b [4.4]; 4 Ob 58/16g, Zahnarztwerbung VI; 4 Ob 66/17k, Augenzentrum [3.6]) und insbesondere gegen Art 5 lit c Werbe-RL (4 Ob 122/12p, Zahnarztwerbung III; 4 Ob 130/12i, Ungarische Zahnärztin) keine unionsrechtlichen Bedenken bestehen. Solche zeigen die Revisionsrekurswerber auch mit ihrem Verweis auf die Entscheidung des EuGH C-339/15, *Luc Vanderborght*, nicht auf. Sie übergehen zum einen, dass diese Entscheidung generelle Werbeverbote für Ärzte betraf. Ein solches steht hier nicht zur Prüfung. Zum anderen übersehen sie, dass der EuGH sogar solche absoluten Verbote als mit der RL 2005/29/EG (RL-UGP) vereinbar beurteilte (Rn 30). Bedenken entstanden ihm nur hinsichtlich der RL 2000/31/EG (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr) und der Freiheit des Dienstleistungsverkehrs nach Art 56 AEUV [Rn 50, 76]. Da sich sowohl das Klagebegehren als auch Art 5 lit c Werbe-RL ausdrücklich auf die Werbung in Printmedien beziehen und ein transnationales Element (vgl. EuGH C-339/15, *Luc Vanderborght* [Rn 60]) nicht zu erkennen ist, geht der Revisionsrekurs auch aus diesem Grund fehl. Nicht zielführend ist auch der Verweis des Revisionsrekurses auf die Entscheidung EuGH C-475/11, *Kostas Konstantinides*; Werbeverbote waren dort nicht Entscheidungsgegenstand.

1.3. Aufgrund der klaren Rechtslage ist auch der Anregung der Beklagten auf Einholung einer Vorabentscheidung durch den EuGH nicht nachzukommen.

2. Gemeinsame Werbung mit und für Kosmetikdienstleistungen (Spruchpunkt b.):

2.1. Die Beklagten stehen auf dem Standpunkt, sie hätten auf der Homepage des Erstbeklagten nicht zugleich mit zahnärztlichen Leistungen auch Kosmetikangebote beworben, sondern darüber nur gleichzeitig informiert. Eine unsachliche, gegen Art 2 lit a Werbe-RL verstoßende Verquickung liege nicht vor.

2.2. Auch damit zeigen die Beklagten keine erhebliche Rechtsfrage auf. Denn mit ihrer (nur) auf die Website des Erstbeklagten gestützten Argumentation gehen sie nicht vom gesamten im Beschluss des Erstgerichts festgestellten Sachverhalt aus (vgl. RIS-Justiz RS0043312). Danach schalteten sie eine mit „Medical meets Beauty“ übertitelte Anzeige „by [Erstbeklagter] und [Zweitbeklagte]“, in der mit dem Slogan „Wohlbefinden statt Angst“ die „Kombination aus Exklusivität, Atmosphäre und Professionalität“ einheitlich bei einer Reihe von zahnärztlichen und kosmetischen Behandlungen angepriesen wurde. Wieso bei objektiver Betrachtung dabei nicht die Absatzförderung der beworbenen Leistungen, sondern bloß eine sachliche Information im Vordergrund stehen soll (vgl. 4 Ob 66/17k, *Augenzentrum* [5.4]; 4 Ob 118/17g [4]), erklärt der Revisionsrekurs nicht; solches ist auch nicht erkennbar.

2.3. Ebenso unzutreffend ist, dass Rechtsprechung zur gemeinsamen Bewerbung eigener zahnärztlicher und eigener oder dritter sachfremder Dienstleistungen fehle (vgl. etwa 4 Ob 241/16g, *Zahnarztwerbung VII* [4.4]; 4 Ob 118/17g [6]). Die Beurteilung des Rekursgerichts, durch die zitierten Formulierungen hätten die Beklagten nach dem maßgeblichen Gesamteindruck des Inserats (vgl. RIS-Justiz RS0078524; RS0078470; RS0078352; 4 Ob 66/17k, *Augenzentrum* [6]) eine derart unsachliche und damit verpönte Verquickung vorgenommen, hält sich im Rahmen dieser Judikatur und ist im Einzelfall nicht zu beanstanden. Eine erhebliche Rechtsfrage dazu zeigt der Revisionsrekurs nicht auf.

3. Bleaching durch die Zweitbeklagte (Spruchpunkt c.):

3.1. Bleaching unterfällt nach ständiger Rechtsprechung auch dann dem Zahnärztervorbehalt des § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG, wenn in dem dafür verwendeten Zahngel kein Wasserstoffperoxid enthalten ist; die im Rechtsmittel zitierte VO 1223/2009/EU steht dem nicht entgegen (4 Ob 166/13k; 4 Ob 142/14g; 4 Ob 204/15a). Der im Übrigen unzulässige (vgl. RIS-Justiz RS0077771 [T92]; zuletzt 4 Ob 222/17a) Einwand, die Beklagten hätten aufgrund dieser VO vertretbar von der Unionsrechtswidrigkeit des § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG ausgehen können, ist insofern unzutreffend. Auch kann es die

Beklagten nicht entlasten, dass vor Durchführung der Behandlung eine ärztliche Eingangsuntersuchung stattfindet. Eine dem klaren Gesetzeswortlaut des § 24 Abs 2 ZÄG entsprechende Erbringung der Leistung unter ständiger Aufsicht des Zahnarztes (vgl 4 Ob 87/12s, Zahntechnikermeister [5]) liegt damit weder vor, noch wurde sie behauptet.

3.2. Der „in eventu“ erhobene Einwand, das Unterlassungsbegehren sei überschießend, weil der Zweitbeklagte das Anbieten und Durchführen von „Bleaching“ nur insoweit untersagt werden dürfe, als der Erstbeklagte es nicht selbst oder unter seiner Aufsicht betreibe, ist ebenso unbegründet. Entgegen der Darstellung der Revision wurde diese Frage zu 4 Ob 166/13k nicht gegenteilig beantwortet, sondern die Klärung ihrer rechtlichen Relevanz einem allfälligen Oppositionsverfahren vorbehalten. Das Anbieten und Durchführen von dem Zahnärztevorbelt unterfallenden Leistungen durch einen Nichtzahnarzt verstößt gegen § 4 ZÄG.

3.3. Die Zweitbeklagte ist eine GmbH mit dem Geschäftszweig Kosmetikdienstleistungen. Sie ist daher nicht befugt, zahnärztliche Leistungen anzubieten und durchzuführen. Die Erbringung von zahnärztlichen Dienstleistungen in der Rechtsform einer GmbH wird vom Gesetzgeber nur unter engen Voraussetzungen zugelassen, nämlich im Fall einer Gruppenpraxis nach den §§ 26 ff ZÄG. Nicht erlaubt sind „Ein-Personen-GmbHs“ oder Gesellschaften, denen standesfremde Personen als Gesellschafter angehören. Auch hat sich die Geschäftstätigkeit einer Zahnarzt-GmbH auf Tätigkeiten im Rahmen der Berufsbefugnis der Zahnärzte (einschließlich Hilfstätigkeiten) und allenfalls mit der Berufsbefugnis in direktem Zusammenhang stehende Tätigkeiten von Angehörigen anderer Gesundheitsberufe zu beschränken (§ 26 Abs 3 Z 4 ZÄG; dazu Fantur, Die neue Ärzte-GmbH aus Sicht des Vertragsrichters, GES 2010, 155 [158 f]; Schenk/Linder, Die neue Ärzte-GmbH, RdW 2010, 703 [704]; Sieh/Lumsden, Die Ärzte-GmbH, ecolex 2010, 1120; Karollus, Ausgewählte gesellschaftsrechtliche Fragen zur ärztlichen und zahnärztlichen „Gruppenpraxis neu“, RdM 2011, 192 [193 f]; Wiedenbauer/Kanduth-Kristen/Grün/Hofer, Die Ärzte-GmbH [2015] Rz 111, 118 ff).

3.4. Aus dem offenen Firmenbuch ergibt sich, dass neben dem erstbeklagten Zahnarzt als Mehrheitsgesellschafter und Geschäftsführer zwei weitere natürliche Personen Minderheitsgesellschafter der Zweitbeklagten sind. Ein Eingriff in den Zahnärztevorbelt wäre unter diesen Umständen daher auch dann zu bejahen, wenn die Zweitbeklagte mit ihr geschlossene Behandlungsverträge durch den erstbeklagten Zahnarzt (oder unter seiner ständigen Aufsicht) durchführen ließe, erfüllt sie doch die Voraussetzungen der §§ 26 ff ZÄG nicht: Weder gehören der Zweitbeklagten nur Zahnärzte als Gesellschafter an, noch beschränkt sich ihre Tätigkeit auf Leistungen in direktem Zusammenhang mit der Berufsbefugnis von Zahnärzten (so bietet sie unter anderem Permanent-Make-up, Haarentfernung, Faltenbehandlung usw an). Durch das Anbieten und Durchführen von dem Zahnärztevorbelt unterfallenden Leistungen über diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion verschaffen sich die Beklagten daher unter den gegebenen Umständen einen unlauteren Vorteil vor rechtstreuen Mitbewerbern, denen beispielsweise die Haftungserleichterungen einer GmbH für Behandlungsfehler nicht offenstehen.

Das Sicherungsbegehren zu Spruchpunkt c) ist daher berechtigt. Dem Revisionsrekurs ist insoweit nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 41, 50 ZPO.

Schlagworte

Bleaching,

Textnummer

E124709

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2019:0040OB00211.18K.0326.000

Im RIS seit

24.04.2019

Zuletzt aktualisiert am

08.10.2019

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