

## Gericht

OGH

## Entscheidungsdatum

20.06.2006

## Geschäftszahl

4Ob88/06d

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Hon. Prof. Dr. Griß als Vorsitzende und durch die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schenk sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel, Dr. Jensik und Dr. Musger als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Bundesarbeitskammer, \*\*\*\*\*, vertreten durch Kosesnik-Wehrle & Langer Rechtsanwälte KEG in Wien, wider die beklagten Parteien 1. Z\*\*\*\*\* KG, \*\*\*\*\*, vertreten durch Hauser Milchrahm & Stadlmann Rechtsanwälte GmbH in Wien, 2. DDr. Wolfgang P\*\*\*\*\*, vertreten durch Mag. Britta Schönhart, Rechtsanwältin in Wien, wegen Unterlassung (Streitwert 30.000 EUR) und Urteilsveröffentlichung (Streitwert 6.000 EUR), infolge Revision der erstbeklagten Partei und der zweitbeklagten Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 18. Jänner 2006, GZ 2 R 234/05d-17, mit dem infolge Berufung der beklagten Parteien das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 14. Juni 2005, GZ 41 Cg 6/05y-7, bestätigt wurde, in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Beiden Revisionen wird nicht Folge gegeben.

Die beklagten Parteien sind schuldig, der klagenden Partei die mit je 1.754,82 EUR (darin 292,47 EUR USt) bestimmten Kosten der Revisionsbeantwortungen binnen 14 Tagen zu ersetzen. Der Antrag der zweitbeklagten Partei, ein Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 140 Abs 1 B-VG betreffend § 53 Abs 1 ÄrzteG einzuleiten und das Verfahren bis zu dessen Erledigung gem § 190 ZPO zu unterbrechen, wird zurückgewiesen.

## Text

### Entscheidungsgründe:

Die Klägerin ist gem § 14 Abs 1 UWG zur Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche befugt. Die Erstbeklagte betreibt österreichweit eine Diskontkette unter der Bezeichnung „P\*\*\*\*\*“. Der Zweitbeklagte ist Arzt auf dem Gebiet der ästhetischen Chirurgie und führt Eingriffe der ästhetischen Gesichtschirurgie und Implantologie im Rahmen einer 1997 gegründeten „F\*\*\*\*\* Tageschirurgie“ durch. Am 12. 12. 2004 erschien im Auftrag der Erstbeklagten ein Inserat in der „Kronen Zeitung“, das neben deren eigenen Produkten auch Dienstleistungen des Zweitbeklagten bewarb (Abbildung in Anhang 1). Auf der Homepage der Erstbeklagten war am 16. 12. 2004 unter der Überschrift „Angebote - Botoxbehandlung“ ein bebildeter Text abrufbar, der Dienstleistungen des Zweitbeklagten bewarb (Abbildung in Anhang 2).

Die Klägerin begehrt, die Beklagten schuldig zu erkennen, es zu unterlassen, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs kosmetische bzw ästhetische ärztliche Behandlungen, wie insbesondere „Botox-Behandlungen“, unter Sonderangeboten für Handelsware wie etwa für einen Massivholzsekretär und eine Weinbar oder Bananen und Paradeiser mit verharmlosenden Werbeanpreisungen wie insbesondere „Die Sensation für P\*\*\*\*\*-Kunden: Holen Sie sich jetzt bei P\*\*\*\*\* weitere Informationen und erhalten Sie bei Herrn DDr. Wolfgang P\*\*\*\*\*, einem führenden Gesichtschirurgen, eine Original-Botox-Behandlung um nur 149 EUR - und das mit fantastischem Ausblick auf den Stephansdom“ und mit nennenswerten Rabatten, etwa Rabatten von rund 40 %, unter der Anforderung einer umgehenden Terminvereinbarung mit dem die kosmetische bzw ästhetische ärztliche Behandlung durchführenden Arzt zu bewerben, insbesondere unter dem Slogan „Wer schön sein will muss laufen! Botox-Behandlung zum Sensationspreis für die ersten 100!“ oder sinngleichen Werbeanpreisungen, wenn Voraussetzung für die Inanspruchnahme des angekündigten Rabattes ist, dass man unter den ersten einhundert Patienten ist, die mit dem die Behandlung durchführenden Arzt einen Behandlungstermin vereinbaren. Die Klägerin begehrt weiters die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung in einem Printmedium und auf der Website der Erstbeklagten. Die Ankündigungen erfolgten durch die Beklagten

im bewussten und gewollten Zusammenwirken zu Zwecken des Wettbewerbs. Sie seien marktschreierisch und verstießen gegen die Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“ (in der Folge: Werberichtlinie) in der geltenden Fassung. Es sei mit dem Anstandsgefühl der billig und gerecht Denkenden unvereinbar, durch aufdringliche und reißerische Werbung für medizinische Behandlungen von den Fragen der Notwendigkeit und den damit verbundenen Gefahren völlig abzulenken; eine derartige Verharmlosung medizinischer Behandlungen und ärztlicher Eingriffe und Kommerzialisierung der Gesundheit sei sittenwidrig iSd § 1 UWG.

Die Beklagten beantragen die Abweisung des Klagebegehrens. Die Erstbeklagte wendet ein, Botox-Behandlungen gehörten zur Wellness-Medizin, seien niemals medizinisch indiziert und ein Luxusangebot. Die beanstandete Ankündigung halte sich im Rahmen einer marktüblichen und allgemein akzeptierten Werbung und folge einem allgemeinen Trend. Es sei sichergestellt, dass sich die Interessenten zunächst mit dem Zweitbeklagten in Verbindung setzten, vor Durchführung einer Behandlung ein Beratungsgespräch mit einem Facharzt führten und die gebotene Aufklärung und Einwilligung individuell erfolge. Die Werbung sei nicht marktschreierisch. Die Erstbeklagte unterliege nicht der Werberichtlinie.

Der Zweitbeklagte wendet ein, es widerspreche dem Zeitgeist und dem Gemeinschaftsrecht, die beanstandete Ankündigung als marktschreierisch zu beurteilen. Das Inserat enthalte keine unwahren oder übertriebenen Versprechungen; eine Überrumpelung der Umworbene sei ausgeschlossen. Die Werbung richte sich nur an Personen, die ästhetische Korrekturen an ihrem Körper für notwendig hielten und sich in dieser Frage bereits im Vorfeld entschieden hätten. Der Zweitbeklagte informiere sachangemessen und wahrheitsgemäß über seine Person, seine Ordinationsräumlichkeiten und den Preis der von ihm durchgeführten Behandlung.

Das Erstgericht gab dem Klagebegehren statt. Die Werberichtlinie gelte für jede von einem Arzt angebotene und durchgeführte Behandlung, wobei es unerheblich sei, ob der Eingriff medizinisch indiziert sei oder lediglich vom Patienten aus kosmetischen Motiven gewünscht werde. Sie untersage dem Arzt jede unsachliche, unwahre oder das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende Information, insbesondere durch Selbstanpreisung der eigenen Person oder Leistung durch aufdringliche und marktschreierische Darstellung. Nach ihrem Gesamteindruck werde die beanstandete Ankündigung dem Sachlichkeitserfordernis nicht gerecht; sie hebe einen „Sensationspreis“ für die ersten 100 Patienten hervor, lenke damit bewusst von den Risiken der Behandlung ab und bewerbe die angebotene Leistung auf marktschreierische Weise. Jeder, der für Ärzte werbend auftrete, demnach auch die Erstbeklagte, habe sich einer gegen das Ärztegesetz verstoßenden Ankündigung zu enthalten. Unbeachtlich sei, ob die Werbung marktüblich sei, weil missbräuchliche Verkehrssitten und Branchenübungen ein sittenwidriges Verhalten nicht rechtfertigen könnten.

Das Berufungsgericht bestätigte dieses Urteil und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 20.000 EUR übersteige und die ordentliche Revision zulässig sei. § 53 ÄrzteG verfolge die Absicht, unsachliche, unwahre oder das Standesanssehen beeinträchtigende Informationen im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufsausübung zu unterbinden; die Interessenten sollten sachlich richtig informiert werden und es sollten bei ihnen keine ungerechtfertigten, sachlich unbegründeten Erwartungen geweckt werden. Eine Information sei auch dann unsachlich, wenn sie - wie bei den beanstandeten Ankündigungen - in keinem Zusammenhang mit Eigenschaften der angebotenen Leistung stehe. Der Slogan „Wer schön sein will muss laufen“ und die Ankündigung eines Sensationspreises für die ersten 100 Patienten sei aufdringlich und marktschreierisch; die gegenteilige Auffassung könne nicht mit gutem Grund vertreten werden. § 53 Abs 1 ÄrzteG sei ausreichend bestimmt und nicht verfassungswidrig, weil die Bestimmung dem Klarheitsgebot des Art 7 EMRK entspreche. In der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs sei anerkannt, dass der Gesetzgeber in zentralen Bereichen der Rechtsordnung angesichts der Vielfalt der zu erfassenden Sachverhalte von jeher unbestimmte Rechtsbegriffe verwende, die auf gesellschaftliche Verhaltensmuster und -regeln zurückgriffen. Im Disziplinarrecht sei die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe durch den Gesetzgeber zulässig. Maßgebend sei, dass der Rechtsunterworfenen sein Verhalten danach einrichten könne und die Anordnung der unbestimmten Rechtsbegriffe durch die Behörde auf ihre Übereinstimmung mit dem Gesetz überprüft werden könne; dies sei für den Inhalt des Begriffs der Standespflichten bejaht worden. Zum Begriff „marktschreierisch“ komme es im Anwendungsbereich des § 53 ÄrzteG nicht darauf an, welchen Tatsachenkern Patienten der Werbebehauptung entnehmen, sondern ob durch Übertreibungen Aufmerksamkeit erregt werden solle. Letzteres treffe auf die beanstandeten Ankündigungen zu. Auch dem Zweitbeklagten sei der Wettbewerbsverstoß subjektiv vorwerfbar.

## **Rechtliche Beurteilung**

Beide Revisionen sind mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“ in der geltenden Fassung zulässig; die Rechtsmittel sind aber nicht berechtigt.

1. Der Zweitbeklagte hält die in § 53a Abs 1 ÄrzteG angeordnete Werbebeschränkung, deren Verletzung auch disziplinarbehördlich strafbar ist, für verfassungsrechtlich nicht ausreichend bestimmt. Das Verbot von das Standesanssehen beeinträchtigenden Informationen sei völlig unbestimmt und verstoße gegen das Bestimmtheits- und Klarheitsgebot des Art 7 EMRK für gesetzliche Straftatbestände. Auch die Werberichtlinie schaffe insoweit keine Abhilfe, weil die darin verwendeten Begriffe wie „aufdringlich“ und „marktschreierisch“ wertend seien und keinen klar fassbaren Tatsachenkern enthielten. Beantragt wird, ein Gesetzesprüfungsverfahren gem Art 140

Abs 1 B-VG betreffend § 53 Abs 1 ÄrzteG einzuleiten und das Verfahren bis zu dessen Erledigung gem § 190 ZPO zu unterbrechen.

2. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine Partei im Zivilverfahren nicht befugt zu begehren, dass der Oberste Gerichtshof beim Verfassungsgerichtshof den Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes wegen Verfassungswidrigkeit stelle; ein solcher Antrag ist daher zurückzuweisen (RIS-Justiz RS0058452 [T3]).

3. § 53 Abs 1 ÄrzteG lautet: „Der Arzt hat sich jeder unsachlichen, unwahren oder das Standesansehen beeinträchtigenden Information im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufes zu enthalten.“

Die gem § 53 Abs 4 ÄrzteG von der Vollversammlung der Österreichischen Ärztekammer am 12. 12. 2003 beschlossene, nach Veröffentlichung in der Österreichischen Ärztezeitung Nr. 5/2004 mit 10. 3. 2004 in Kraft getretene Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“ lautet auszugsweise:

„Dem Arzt ist jede unsachliche, unwahre oder das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende Information untersagt (Art 1). Unsachlich ist eine medizinische Information, wenn sie wissenschaftlichen Erkenntnissen oder medizinischen Erfahrungen widerspricht. Unwahr ist eine Information, wenn sie den Tatsachen nicht entspricht (Art 2). Eine das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende Information liegt vor bei [...] c) Selbstanpreisung der eigenen Person oder Leistungen durch aufdringliche bzw marktschreierische Darstellung [...] (Art 3).“

Der - wegen Verhängung von Disziplinarstrafen angerufene - Verfassungsgerichtshof hat wiederholt ausgesprochen, gegen den Tatbestand des § 53 Abs 1 ÄrzteG aus verfassungsrechtlicher Sicht keine Bedenken zu haben (Erkenntnisse B 1142/01; B 114/02). Das Verbot der Selbstanpreisung der eigenen Person oder Darstellung der eigenen ärztlichen Tätigkeit durch reklamehaftes Herausstellen in aufdringlicher, marktschreierischer Weise sei verhältnismäßig und auch vom Gesetzesvorbehalt des Art 10 Abs 2 EMRK gedeckt (Erkenntnis V 56/00).

Zur vergleichbaren Bestimmung des § 1 Abs 1 Disziplinarstatut für Rechtsanwälte („Ein Rechtsanwalt, der schuldhaft die Pflichten seines Berufes verletzt oder inner- oder außerhalb seines Berufes durch sein Verhalten die Ehre oder das Ansehen des Standes beeinträchtigt, begeht ein Disziplinarvergehen“) vertritt der VfGH die Auffassung, dass ein auf diese Bestimmung gegründeter Bescheid mit dem aus Art 7 EMRK erfließenden Klarheitsgebot im Einklang steht, wenn sich die belangte Behörde bei der Beurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers im Rahmen dessen gehalten hat, was bei vernünftiger Interpretation der Begriffe "Ehre und Ansehen des Standes" für den Beschwerdeführer erkennbar sein musste (Erkenntnis B 1519/04; B 771/05 ua).

Nach der Rechtsprechung des EGMR erfüllen relativ unbestimmte Begriffe, die im Allgemeinen zu unbestimmt sein mögen, etwa als Bestandteile von Straftatbeständen im Disziplinarrecht für bestimmte Berufsgruppen noch die Bestimmtheitserfordernisse; dies umso mehr, wenn von den Betroffenen erwartet werden kann, dass sie sich rechtlichen Sachverstands bedienen und besondere Sorgfalt aufbringen, um die Folgen ihres Verhaltens abschätzen zu können (Urteil 15. 11. 1996, Cantoni = EuGRZ 1999, 193, Z 35, zitiert bei Grabenwarter, Europäische Menschenrechtskonvention<sup>2</sup>, 342).

Im Lichte dieser Rechtsprechung hält der Senat das in § 53 Abs 1 ÄrzteG iVm der Werberichtlinie angeordnete Verhalten bei vernünftiger Interpretation für ausreichend bestimmt und für die angesprochene Berufsgruppe bei gehöriger Sorgfalt ausreichend bestimmbar und sieht für eine amtswegige Antragstellung beim Verfassungsgerichtshof keinen Anlass.

4. Der Zweitbeklagte macht geltend, die beanstandete Werbung sei nicht unsachlich, weil sie keine medizinischen Informationen enthalte, die wissenschaftlichen Erkenntnissen oder Erfahrungen widerspreche.

Diese Argumentation übersieht, dass nach Art 1 der Werberichtlinie dem Arzt - wie schon bisher nach Art 1 der Werberichtlinie in der zuvor geltenden Fassung - jede unsachliche Information verboten ist. Eine Änderung der Rechtslage ist demnach nur insoweit eingetreten, als nunmehr Art 2 Werberichtlinie näher definiert, unter welchen Umständen eine medizinische Information unsachlich ist. Es ist daher die bisherige Rechtsprechung des Senats aufrecht zu erhalten, wonach eine Information (auch dann) unsachlich ist, wenn sie in keinem Zusammenhang mit Eigenschaften der angebotenen Leistung steht (4 Ob 258/04a = MR 2005, 392 [Korn] - Zahnarztwerbung unter Hinweis auf die Materialien). Nach diesem Grundsatz ist aber die Information, dass der Zweitbeklagte seine Dienstleistungen „mit fantastischem Ausblick auf den Stephansdom“ erbringt, unsachlich, weil damit keine Erkenntnisse über Qualität und Inhalt der beworbenen ärztlichen Leistungen vermittelt werden.

5. Durch die Neufassung der Werberichtlinie hat sich am Verbot aufdringlicher, marktschreierischer Anpreisung der eigenen Person oder Leistungen nichts geändert (bisher Art 3 lit 3 Werberichtlinie idF 25. 3. 1998). Diese Art der Werbung ist mit dem Standesansehen eines Arztes unvereinbar (RIS-Justiz RS0089509 [T1]). Ankündigungen sind marktschreierisch, wenn sie von den angesprochenen Verkehrskreisen nicht wörtlich genommen, sondern sogleich als nicht ernst gemeinte Übertreibung aufgefasst werden. Im Wettbewerb zwischen Unternehmern ist marktschreierische Werbung nur dann wettbewerbswidrig, wenn ihr nachprüfbarer Tatsachenkern zur Irreführung geeignet ist; bei der Werbung von Ärzten kommt es darauf nicht an. Ihnen ist marktschreierische Werbung untersagt, weil es mit dem Standesansehen unvereinbar ist, wenn der Arzt durch Übertreibungen die Aufmerksamkeit auf seine Ordination lenken will (4 Ob 2228/96t = ÖBI 1997, 129 - Zahnschmerzen enden am Grazer Hauptbahnhof ua).

Gemessen an diesen Vorgaben haben die Vorinstanzen die beanstandeten Ankündigungen zutreffend auch als aufdringliche und marktschreierische Darstellung beurteilt, die das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigt (Art 1 Werberichtlinie iVm Art 3 lit c Werberichtlinie). Die angesprochenen Verkehrskreise werden in einem Inserat, das auch Werbung eines Großmarkts enthält, unter dem Slogan „Wer schön sein will muss laufen“ über ein auf Kunden des Großmarkts eingeschränktes Angebot für eine medizinische Behandlung durch einen Gesichtschirurgen zu einem „Sensations-Preis“ informiert, der zeitlich befristet für die ersten 100 Interessenten gilt. Diese Form der Anpreisung verknüpft in engem räumlichem Zusammenhang Werbung für Konsumgüter mit Informationen über medizinische Dienstleistungen, bedient sich dabei einer reklamehaft übertreibenden Sprache („Sensations-Preis“; „Die Sensation für P\*\*\*\*\*-Kunden“) und setzt die Interessenten - vergleichbar mit günstigen Sonderangeboten anlässlich von Geschäftseröffnungen - ohne jeden sachlichen Grund unter Zeitdruck, weil nur den ersten 100 Interessenten ein nicht unbeträchtlicher Rabatt gewährt wird. Damit wird einerseits Gesundheit wie jede andere Ware und ärztliche Leistung als Dienstleistung wie andere auch dargestellt, obwohl die Tätigkeit des Arztes vornehmlich nicht auf die Erzielung wirtschaftlichen Gewinns ausgerichtet sein kann; es geht dabei vielmehr in erster Linie um die Erfüllung der hohen ethischen Pflicht, die sich aus der Ergreifung dieses Berufs ergibt (dazu Stellamor/Steiner, Handbuch des österreichischen Arztrechts I 67f). Andererseits sind nach Sprache und Inhalt der zu beurteilenden Werbung - wie aufgezeigt - die Grenzen seriöser, sachlicher Information überschritten.

6. Entgegen der in den Rechtsmitteln vertretenen Auffassung ist der Verstoß gegen die Werberichtlinie auch subjektiv vorwerfbar. Dass Aussagen über die Aussicht aus den Ordinationsräumlichkeiten keine Erkenntnisse über Qualität und Inhalt der beworbenen ärztlichen Leistungen vermitteln, dass kein sachlicher Grund dafür besteht, den schnellsten 100 Interessenten nach Erscheinen der Werbung einen Rabatt zu gewähren, und dass die Bewerbung von ärztlichen Leistungen in reklamehaft übertreibender Sprache und in engstem räumlichem und sachlichem Zusammenhang mit der Anpreisung von Konsumgütern das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigt, wäre bei gehöriger Sorgfalt und Befassung mit der bisherigen Rechtsprechung zum ärztlichen Werbeverbot leicht zu erkennen gewesen.

7. Die Erstbeklagte macht geltend, soweit das Unterlassungsgebot die Bewerbung ärztlicher Behandlungen unter „Sonderangeboten für Handelsware“ verbiete, weiche es vom Sachverhalt ab, weil der Großmarkt reguläre Angebote anpreise. Dem ist entgegenzuhalten, dass die beworbenen Waren des Großmarkts offenbar nicht jederzeit und unbeschränkt erhältlich waren, sondern das Angebot nur „ab 13. 12. 2004 solange Vorrat reicht“ Gültigkeit besaß (siehe Überschrift des Inserats). Dieser Umstand rechtfertigt es, von Sonderangeboten zu sprechen. Ob der Preisnachlass den ersten 100 Patienten oder Interessenten angeboten wird, ändert an der rechtlichen Beurteilung nichts, weil es sich in beiden Fällen um einen begrenzten Personenkreis handelt und die Ankündigung damit geeignet ist, die umworbenen Verkehrskreise unter Zeitdruck zu setzen.

8. Unterlassungsgeboten darf eine weitere Fassung gegeben werden, um Umgehungen nicht allzu leicht zu machen (stRsp 4 Ob 17/91 = ÖBl 1991, 105 - Hundertwasser-Pickerln II; 4 Ob 182/03y; RIS-Justiz RS0037607 und RS0037733), sie müssen aber das verbotene Verhalten so deutlich umschreiben, dass sie dem Beklagten als Richtschnur für sein zukünftiges Verhalten dienen können (4 Ob 258/04a). Das Verbot einer Werbung für ärztliche Leistungen, das neben anderen Voraussetzungen auch „verharmlosende Werbeanpreisungen“ und „nennenswerte Rabatte“ als Tatbestandselemente aufzählt, entspricht diesem Erfordernis - entgegen der Argumentation im Rechtsmittel der Erstbeklagten - noch hinreichend: Würde das Unterlassungsgebot auf einen Preisnachlass in bestimmter Höhe oder auf auf eine bestimmte Formulierung einer verharmlosenden Werbeanpreisung beschränkt, wäre eine Umgehung des Titels allzu leicht möglich.

Beiden Revisionen kann daher kein Erfolg beschieden sein. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 41 Abs 1, 50 Abs 1 ZPO.