

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

15.06.2000

Geschäftszahl

4Ob150/00p

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Kodek als Vorsitzenden sowie durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Graf, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Griß und Dr. Schenk und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Vogel als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei S***** Gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Gerald Ruhri, Rechtsanwalt in Graz, wider die beklagte Partei H*****gesellschaft mbH, *****, vertreten durch Dr. Alfred Haslinger und andere Rechtsanwälte in Linz, wegen Unterlassung (Streitwert 350.000 S), infolge Revisionsrekurses der Beklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Graz als Rekursgericht vom 22. März 2000, GZ 6 R 273/99k-17, mit dem der Beschluss des Landesgerichts für Zivilrechtssachen Graz vom 11. November 1999, GZ 10 Cg 72/99w-13, bestätigt wurde, den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die Klägerin hat die Kosten ihrer Revisionsrekursbeantwortung vorläufig selbst zu tragen; die Beklagten hat die Kosten ihres Revisionsrekurses endgültig selbst zu tragen.

Text**Begründung:**

Die Klägerin übt das Gewerbe der Hörgeräteakustiker aus und betreibt österreichweit 31 "N***** Hörgeräte Fachinstitute", in denen sie neben Hörgeräten auch einen maßgefertigten Wasserschutz für Ohren (Schwimmotoplastik) vertreibt.

Die Beklagte übt das Handelsgewerbe und auch das Gewerbe der Hörgeräteakustiker aus. Sie bietet in ihren Filialen (ua) Hörgeräte und Schwimmotoplastiken an. Während die Hörgeräte nur in zwei Niederlassungen angepasst und vertrieben werden, sind Schwimmotoplastiken in den Optikabteilungen aller Filialen erhältlich, in denen jeweils auch die dazu notwendigen Ohrabdrucke durchgeführt werden. Als Betriebsstätten für die Ausübung des Gewerbes der Hörgeräteakustiker hat die Beklagte in der Steiermark nur jene zwei Niederlassungen angezeigt, in denen sie Hörgeräte anpasst und vertreibt.

Bei der Herstellung einer Schwimmotoplastik muss, ebenso wie bei der Herstellung einer Otoplastik für ein Hörgerät, ein Abdruck des äußeren Gehörganges angefertigt werden, der jedoch nur bis zu einer Tiefe von 0,5 cm vorgenommen wird, während der Abdruck bei einer Otoplastik für ein Hörgerät bis zirka 0,5 cm vom Trommelfell entfernt reichen muss. Der äußere Gehörgang ist durchschnittlich 2,5 cm lang.

Während bei der Klägerin die Anweisung besteht, dass ein Abdruck für die Anfertigung einer Schwimmtopplastik nur unter Aufsicht eines ausgebildeten Hörgeräteakustikers vorgenommen werden darf, nehmen in den Filialen der Beklagten Mitarbeiter der Optikabteilungen den Abdruck vor. Angefertigt wird der Ohrschutz im Zentrallabor der Beklagten in der A*****straße in G*****; von dort wird er in die jeweilige Filiale geliefert und dem Kunden ausgefolgt.

Bevor ein Abdruck vorgenommen wird, müssen der Gehörgang und das äußere Ohr mittels Otoskop untersucht werden. Vor dem Einbringen der Silikonmasse muss das Ohr tamponiert werden, um die Eindringtiefe zu begrenzen; erst danach wird die Abdruckmasse eingespritzt. Diese Tätigkeiten setzen medizinische, anatomische und physiologische Kenntnisse und entsprechende technische Fähigkeiten voraus. Bei mangelnder Fachkenntnis und Praxis kann es zu Schädigungen des Ohrs, nämlich zu Verletzungen des Gehörganges, des Trommelfells und der Gehörknöchelchenkette, kommen. Ursache können ungeschicktes Hantieren, Überfüllung mit der Abdruckmasse und mangelnde Belüftung bei der Entnahme der Abformung sein. Die Anfertigung eines qualitativ hochwertigen Abdrucks setzt die Auswahl des richtigen Materials, die richtige Positionierung des Kopfes und des Ohrs des Kunden sowie die richtige Spritzenführung voraus. Das Abdrucknehmen einschließlich der hierfür erforderlichen Vorarbeiten bildet einen wichtigen Teil der praktischen Prüfung im Rahmen der Meisterprüfung für Hörgeräteakustiker. Die Bundesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker der Wirtschaftskammer Österreich vertritt die Auffassung, dass die zur Herstellung einer Schwimmtopplastik erforderliche Abdrucknahme von Gehörgängen die Berechtigung zur Ausübung des Handwerks eines Hörgeräteakustikers voraussetzt.

Die Klägerin begehrt zur Sicherung ihres inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs, der Beklagten mit einstweiliger Verfügung aufzutragen, ab sofort im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs den Verkauf von maßgefertigten Schwimmtopplastiken (Wasserohrschutz) und die zur Herstellung von Schwimmtopplastiken erforderliche Abdrucknahme mittels Ohrabdruckmasse in Filialen, in denen die gewerberechtlichen Voraussetzungen für die Ausübung des Handwerks eines Hörgeräteakustikers gemäß § 94 Z 33 GewO nicht gegeben sind, zu unterlassen. Das Verkaufen und insbesondere die dazu erforderliche Vornahme eines Abdrucks von Gehörgängen setze die Berechtigung zur Ausübung des Handwerks eines Hörgeräteakustikers voraus. Durch die unbefugte Gewerbeausübung verschaffe sich die Beklagte in mehrfacher Hinsicht Wettbewerbsvorteile gegenüber der Klägerin, welche die gewerberechtlichen Voraussetzungen zur Gänze erfülle.

Die Beklagte beantragt, den Sicherungsantrag abzuweisen. Der Verkauf von Schwimmtopplastiken sei durch die Berechtigung zur Ausübung des Handelsgewerbes gedeckt. Die Beklagte habe sich vor Aufnahme des Vertriebs von Schwimmtopplastiken erkundigt, welche Personen den Abdruck vornehmen dürfen. Sie habe von einem Vertreter der Innung der Hörgeräteakustiker die Auskunft erhalten, dass es genüge, wenn eingeschulte Personen den Abdruck vornehmen. Auch bei der Klägerin würden dafür nicht nur Hörgeräteakustiker, sondern auch eingeschulte Mitarbeiter eingesetzt. Es handle sich dabei um eine "einfache" Tätigkeit im Sinne des § 31 GewO, welche die Beklagte aufgrund ihrer Handelstätigkeit gemäß § 34 Abs 1 Z 10 GewO ausüben dürfe. Die Anpassung und der Verkauf von Schwimmtopplastiken seien auch durch § 35 GewO gedeckt. Danach sei der Händler berechtigt, Maß für die Anfertigung von Waren zu nehmen, die er durch befugte Erzeuger herstellen lasse. Die Rechtsauffassung der Beklagten sei jedenfalls vertretbar.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Nach Heranziehung der Stellungnahme der Bundesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker und nach sorgfältiger Prüfung des Herstellungsvorgangs gelange das Gericht zur Auffassung, dass die Abdrucknahme zur Anfertigung einer Schwimmtopplastik einen dem Gewerbe der Hörgeräteakustiker eigentümlichen Vorgang bilde und daher die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes der Hörgeräteakustik voraussetze. Die Abdrucknahme sei zwar nur ein Teil der Arbeiten des Hörgeräteakustikers; sie sei aber die Grundlage seiner Arbeit und damit eine Kerntätigkeit. Es handle sich dabei um keine einfache Tätigkeit im Sinne des § 31 GewO, weil sowohl die Vorgangsweise als auch die dabei zu berücksichtigenden Umstände komplex seien. Den Kunden träfen erhebliche gesundheitliche Risiken, wenn die Arbeit unsachgemäß ausgeführt werde. Ein schlichtes "Maßnehmen" im Sinne des § 35 GewO liege nicht vor. Die Beklagte habe sich erhebliche Kosten dadurch erspart, dass sie das Gewerbe der Hörgeräteakustiker nicht auch für ihre anderen Betriebsstätten angemeldet habe. Sie hätte sich an die Wirtschaftskammer und die Gewerbeabteilung der Bezirksverwaltungsbehörde um Auskunft wenden müssen; die Beklagte könne sich daher nicht darauf berufen, dass ihre Gesetzesauslegung mit gutem Grund vertretbar sei.

Das Rekursgericht bestätigte diese Entscheidung und sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 260.000 S übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs zulässig sei. Der Begriff des Hörgeräteakustikers sei an mehreren Stellen der Rechtsordnung umschrieben und konkretisiert. Nach den Ausbildungs-, Prüfungs- und Übungsvorschriften für Hörgeräteakustiker sei die Abnahme von Ohrabdrucken ein wichtiger Teilbereich ihrer Ausbildung und Tätigkeit. Sie könne nicht als "einfache Tätigkeit" bezeichnet werden. Dabei sei auch in

Betracht zu ziehen, dass mit einer unsachgemäßen Ausführung erhebliche gesundheitliche Risiken verbunden seien. Darüber hinaus liege eine inhaltlich eindeutige Stellungnahme der Wirtschaftskammer vor. Dies alles lasse die Gesetzesauslegung der Beklagten als unvertretbar erscheinen.

Rechtliche Beurteilung

Der gegen diese Entscheidung gerichtete Revisionsrekurs der Beklagten ist nicht berechtigt.

Sittenwidrig im Sinne des § 1 UWG handelt, wer bewusst in den gesetzlichen Vorbehaltsbereich einer fremden Gewerbeberechtigung eingegriffen hat, um so im Wettbewerb einen Vorsprung vor gesetzestreuem Mitbewerbern zu erlangen. Bewusst handelt, wessen Auffassung über den Umfang seiner Befugnisse durch das Gesetz nicht so weit gedeckt ist, dass sie mit gutem Grund vertreten werden kann. Ob ein Verstoß gegen § 1 UWG vorliegt, hängt daher davon ab, ob die Rechtsauffassung des Beklagten im Gegensatz zu einem klaren Gesetzeswortlaut, zur offenkundigen Absicht des Gesetzgebers oder allenfalls zu einer höchstgerichtlichen Rechtsprechung steht (ÖBl 1994, 213 - Haushaltsübliche Reinigungsarbeiten mwN).

Die Beklagte macht geltend, dass ihrer Rechtsauffassung - die Abdrucknahme zur Anfertigung einer Schwimmtopplastik sei keine den Hörgeräteakustikern vorbehaltene Tätigkeit - weder eine höchstgerichtliche Rechtsprechung noch der klare Gesetzeswortlaut entgegenstehe. Sie verweist darauf, dass die Gewerbeordnung den Tätigkeitsbereich des Hörgeräteakustikers nicht näher festlegt; das gebundene Gewerbe der Hörgeräteakustiker (§ 103 Abs 1 lit b Z 28 GewO 1973) wurde durch die Gewerbeordnung 1994 zum Handwerk (§ 94 Z 33 GewO; 635 BldNR 18. GP 88). Eine nähere Abgrenzung des Tätigkeitsbereichs ist jedoch, wie das Rekursgericht zutreffend ausführt, den Ausbildungs-, Prüfungs- und Ausübungsvorschriften zu entnehmen. Danach entfallen auf "Theorie und Praxis der Audiometrie (Hörverlustmessung mit und ohne Hörgerät; Anpassen von Hörgeräten nach Audiogramm), Otoplastiktechnik" 20 von insgesamt 120 Wochenstunden des Lehrgangs für Hörgeräteakustiker (Anlage zu § 1 Z 2 der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 30. 1. 1976, BGBl 1976/71, über den Befähigungsnachweis für das gebundene Gewerbe der Hörgeräteakustiker). Die Verordnung des Bundesministers für wirtschaftliche Angelegenheiten über die Berufsausbildung im Lehrberuf Hörgeräteakustiker auf Grund der §§ 7, 8 und 24 des Berufsausbildungsgesetzes BGBl 1995/609 bestimmt, dass das Verfahren für die Abnahme von Ohrabdrucken Gegenstand sowohl der theoretischen als auch der praktischen Prüfung zu sein hat. Nach der Verordnung des Bundesministers für Handel, Gewerbe und Industrie vom 30. 1. 1976, BGBl 1976/72, muss die Betriebsstätte des Hörgeräteakustikers einen Anpassraum aufweisen, der mit einem Tonaudiometer, einem Sprachaudiometer, elektrischen Messgeräten für die Prüfung von Stromquellen, einem Heißluftgerät, einer Einrichtung zur Nachbearbeitung von Ohrplastiken, einer elektrischen Ringleitung oder einer gleichwertigen technischen Einrichtung zur Überprüfung der induktiven Übertragungseinrichtungen und auch mit einer Einrichtung zur Abnahme von Ohrplastiken ausgestattet sein muss.

Die Ausbildungsvorschriften sind, ebenso wie die Ausübungsvorschriften, eine jener Quellen, die bei der Beurteilung des Umfangs einer Gewerbeberechtigung berücksichtigt werden können. In erster Linie maßgebend sind der Wortlaut des Gewerbescheins und bei Gewerben, deren Ausübung an den Nachweis einer Bewilligung gebunden ist, des Bewilligungsbescheides im Zusammenhalt mit den einschlägigen Rechtsvorschriften. Im Zweifelsfall sind die den einzelnen Gewerben eigentümlichen Arbeitsvorgänge, die verwendeten Roh- und Hilfsstoffe sowie Werkzeuge und Maschinen, die historische Entwicklung und die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfangs der Gewerbeberechtigung heranzuziehen (§ 29 GewO; ÖBl 1994, 213 - Haushaltsübliche Reinigungsarbeiten mwN).

Der Inhalt der Gewerbeberechtigung eines Hörgeräteakustikers ist im vorliegenden Fall insoweit von Bedeutung, als danach zu beurteilen ist, ob das Abnehmen von Ohrabdrucken eine Kerntätigkeit dieses Gewerbes und damit den Hörgeräteakustikern vorbehalten ist. Nach § 31 Abs 1 GewO 1994 sind nämlich einfache Tätigkeiten von Handwerken oder gebundenen Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, den betreffenden Gewerben nicht vorbehalten. Als einfache Tätigkeit gelten jedenfalls nicht die für ein Gewerbe typischen Kerntätigkeiten, welche die für die Gewerbeausübung erforderlichen Kenntnisse, Fähigkeiten und Erfahrungen voraussetzen. Demnach bleiben alle Tätigkeiten, die nach den charakteristischen Merkmalen der dabei verrichteten Arbeit integrierender Bestandteil eines an einen Befähigungsnachweis gebundenen Gewerbes sind, diesem Gewerbe vorbehalten (ÖBl 1981, 100 - Türen- und Fensterfachwerkstätte mwN). Unter den Anwendungsbereich des § 31 Abs 1 GewO fallen vor allem Tätigkeiten, die ohne das Erfordernis der menschlichen Fertigkeit, also zB durch einen Automaten, ausgeübt werden (395 BldNR 13. GP 132; s auch Kinscher/Sedlak, Die Gewerbeordnung 6 Anm 1 zu § 31).

Nach der Absicht des historischen Gesetzgebers sollten demnach nur solche Teiltätigkeiten eines handwerksmäßigen Gewerbes als freie Gewerbe ausgeübt werden können, die keinerlei spezifische

Fachkenntnisse des betreffenden Gewerbes voraussetzen. Das trifft für die Abnahme von Ohrabdrucken für die Anfertigung von Schwimmtoplastiken nicht zu: Wer einen Ohrabdruck - und sei es auch nur bis zu einer Tiefe von 0,5 cm des durchschnittlich 2,5 cm langen äußeren Gehörgangs - abnimmt, muss über medizinische, anatomische und physiologische Kenntnisse und über entsprechende technische Fähigkeiten verfügen, wie sie einem Hörgeräteakustiker in seiner Ausbildung vermittelt werden. Die Abnahme eines Ohrabdrucks ist ein integrierender Bestandteil dieses Gewerbes, ist es doch Aufgabe des Hörgeräteakustikers, das Hörgerät den individuellen Bedürfnissen des Kunden anzupassen. Dazu gehört - naturgemäß - auch das Anpassen der äußeren Form des Hörgeräts an das Ohr des Kunden, was wiederum voraussetzt, dass ein Ohrabdruck abgenommen wird. Die Abnahme von Ohrabdrucken ist daher eine Tätigkeit, die der Hörgeräteakustiker vornehmen muss und auf die demnach sowohl in den Ausbildungs- und Prüfungs- als auch in den Ausübungsvorschriften Bedacht genommen wird.

Daraus folgt im Sinne der oben wiedergegebenen Rechtsprechung, dass es sich dabei um eine Kerntätigkeit dieses Gewerbes handelt, die nicht unter § 31 Abs 1 GewO fällt. Die gegenteilige Auffassung der Beklagten kann nicht mit gutem Grund vertreten werden, weil sie sowohl der Rechtsprechung zu § 31 GewO als auch der offenkundigen Absicht des Gesetzgebers widerspricht, wie sie sich aus den Materialien ergibt. Dass auch die Bundesinnung der Augenoptiker, Orthopädietechniker, Bandagisten und Hörgeräteakustiker diese Auffassung vertritt, ist bei dieser Sachlage nicht mehr entscheidend.

Die Beklagte kann sich auch nicht auf § 35 GewO berufen. Danach ist sie als Händler zwar berechtigt, Waren auf Bestellung durch befugte selbständige Erzeuger herstellen zu lassen und zu diesem Zweck Maß zu nehmen; die Abnahme eines Ohrabdrucks ist aber kein bloßes Maßnehmen. Sie setzt - wie oben ausgeführt - besondere Kenntnisse und Fähigkeiten voraus, weil sie mit einem Eingriff in die körperliche Integrität des Kunden verbunden ist. Die Auffassung, dass die Abnahme von Ohrabdrucken durch § 35 GewO gedeckt wäre, kann demnach schon deshalb nicht mit gutem Grund vertreten werden, weil die Abnahme eines Ohrabdrucks kein Maßnehmen im Sinne dieser Bestimmung ist.

Der Revisionsrekurs musste erfolglos bleiben.

Die Entscheidung über die Kosten der Klägerin beruht auf § 393 Abs 1 EO; jene über die Kosten der Beklagten auf §§ 78, 402 Abs 4 EO iVm §§ 40, 50 ZPO.