Der Oberste Gerichtshof hat durch die Senatspräsidentin Dr. Schenk als Vorsitzende und durch die Hofräte Dr. Vogel, Dr. Jensik, Dr. Musger und Dr. Schwarzenbacher als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Österreichische Zahnärztekammer, Wien 1, Kohlmarkt 11/6, vertreten durch Dr. Friedrich Schulz, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagten Parteien 1. Dr. H***** G*****, 2. Dr. G***** W*****, beide vertreten durch Dr. Johannes Eckschlager, Rechtsanwalt in Salzburg, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Streitwert im Sicherungsverfahren 31.000 EUR), infolge Revisionsrekurses der erstbeklagten Partei gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Innsbruck als Rekursgericht vom 25. Oktober 2011, GZ 2 R 188/11f-26, womit infolge Rekurses der klagenden Partei der Beschluss des Landesgerichts Innsbruck vom 23. August 2011, GZ 59 Cg 121/11m-12, abgeändert wurde, folgenden

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Revisionsrekurs wird Folge gegeben.

Der angefochtene Beschluss wird dahin abgeändert, dass - unter Einschluss des in Rechtskraft

erwachsenen Teils - die Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird.

Die klagende Partei ist schuldig, der erstbeklagten Partei die mit 1.751,04 EUR (darin 291,84 EUR USt) bestimmten Kosten des Rechtsmittelverfahrens binnen 14 Tagen zu ersetzen.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien und aufgrund des Gesetzes dazu berufen, die gemeinsamen beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange der Kammermitglieder, nämlich aller Zahnärzte und Dentisten in Österreich, wahrzunehmen und zu fördern sowie für die Wahrung des Berufs- und Standesansehens und der Berufs- und Standespflichten des zahnärztlichen Berufes zu sorgen.

Die vom Bundesausschuss der Österreichischen Zahnärztekammer beschlossenen Werberichtlinien gemäß § 35 Abs 5 Zahnärztegesetz idF der Novelle vom 4. 12. 2009 lautet auszugsweise:

> „Artikel 5
> d) Angehörige des zahnärztlichen Berufes dürfen lediglich einmal pro Kalendervierteljahr Anzeigen in einem einzigen Printmedium veröffentlichen.“

Die Beklagten sind Zahnärzte. Der Erstbeklagte betreibt seit 2000 eine Zahnarztordination in St. Johann in Tirol, seit dem 1. 8. 2010 eine weitere Zahnarztordination in St. Johann im Pongau. Die Zweitbeklagte ist seit 22. 2. 2011 in die Zahnärzteliste eingetragen. Mit 1. 3. 2011 hat sie eine Zusammenarbeit mit dem Erstbeklagten aufgenommen. Beide

Beklagten waren in den beiden Ordinationen des Erstbeklagten in Salzburg und in Tirol tätig.

In der „Kronen Zeitung“ (Sonntagsbeilage „Tirol Panorama“) erschien in den Ausgaben vom 13. 2. 2011, 27. 3. 2011 und 8. 5. 2011 jeweils eine ¼-seitige Anzeige unter der Überschrift „Implantate, Kronen und Zahnersatz“, worin geworben wurde für „Die Zahnärztepraxis Dr. G***** und Kollegen, St. Johann in Tirol [Adresse und Telefonnummer], St. Johann im Pongau [Adresse und Telefonnummer]“.

Im Kitzbühler Anzeiger vom 13. 1. 2011, 27. 1. 2011, 10. 2. 2011, 24. 2. 2011 und 24. 3. 2011 sowie im Bezirksblatt Kitzbühel in den Ausgaben 12. 1. 2011, 26. 1. 2011, 9. 2. 2011, 23. 2. 2011 und 23. 3. 2011 erschien jeweils eine Kleinanzeige mit dem Wortlaut „ZAHNARZTANGST“ unter Beifügung einer Telefonnummer und einer Internetadresse der top level „eu“.

Die Inserate in der Kronen Zeitung hat der Erstbeklagte ohne vorherige Absprache mit der Zweitbeklagten in Auftrag gegeben und sie allein bezahlt; die Zweitbeklagte hatte von ihnen keine Kenntnis. Die Beklagten hatten das Thema Werbemaßnahmen (wer erteilt welche Aufträge, wer zahlt) nicht besprochen. Auftraggeber der Inserate im Kitzbühler Anzeiger und im Bezirksblatt Kitzbühel war der Verein GSI, dessen Obmann der Erstbeklagte ist. Nicht festgestellt wurde, dass in diesen Anzeigen des Vereins die Ordinationen der Beklagten oder eine konkrete Zusammenarbeit zwischen diesem Verein und den Beklagten als Zahnärzte (etwa derart, dass Personen, die die genannte Website aufrufen oder die genannte Telefonnummer kontaktieren, automatisch an die Beklagten

weitervermittelt werden) beworben wird. Der Zweitbeklagten waren diese Inserate des Vereins unbekannt.

Zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruchs beantragte die Klägerin, den Beklagten mit einstweiliger Verfügung bis zur Rechtskraft des über die Klage ergehenden Urteils zu verbieten, mehr als eine Anzeige pro Kalendervierteljahr in Printmedien zu veröffentlichen. Die Werbeeinschaltungen in der Kronen Zeitung, im Kitzbühler Anzeiger und im Bezirksblatt Kitzbühel seien Werbung für die Zahnarztpraxen der Beklagten. Die Werberichtlinien untersagten Zahnärzten mehr als eine Werbeeinschaltung pro Quartal. Der Verstoß der Beklagten gegen diese Norm sei geeignet, den Beklagten einen Vorsprung vor gesetzestreuen Mitbewerbern zu verschaffen und damit unlauter iSd § 1 UWG.

Die Beklagten beantragten die Abweisung des Sicherungsantrags. Der Erstbeklagte habe die Inseratenaufträge an die Kronen Zeitung im guten Glauben erteilt, nicht gegen die Werberichtlinie zu verstoßen: Die Beklagten seien zwei Zahnärzte, die an zwei Praxisstandorten tätig seien; jeder der Beklagten dürfe im Quartal eine Anzeige veröffentlichen. Die Anzeigen im Kitzbühler Anzeiger sowie im Bezirksblatt Kitzbühel seien den Beklagten nicht zuzurechnen, weder aus dem Inseratentext noch der darin genannten Internetseite ergebe sich ein Hinweis auf die Ordinationen des Erstbeklagten. Die Werbebeschränkung des Art 5 lit d Werberichtlinien sei sachlich nicht gerechtfertigt.

Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Der Zweitbeklagten sei die Schaltung der Inserate nicht zuzurechnen. Der Erstbeklagte habe im ersten Quartal 2011 einerseits zwei Zahnarztordinationen an verschiedenen Standorten betrieben, andererseits die Zweitbeklagte als

Partnerin in den beiden Ordinationen beschäftigt. Die angeblich verletzte Bestimmung der Werberichtlinien könne zwar nach ihrem Wortlaut so verstanden werden, dass jeder Zahnarzt persönlich nur einmal pro Kalendervierteljahr eine Anzeige in einem einzigen Printmedium veröffentlichen dürfe. Eine derartige Auslegung benachteilige allerdings Zahnärzte mit mehreren Ordinationsstandorten, weil dadurch Standesmitglieder trotz sachlich unterschiedlicher Ausgangslage pauschal gleich behandelt würden; der Auslegung der Klägerin sei deshalb nicht zu folgen und ein Verstoß der Beklagten gegen die Werberichtlinien durch Inserate in der Kronen Zeitung zu verneinen. Die Inserate in den anderen Printmedien seien keine Anzeige im Sinne der Werberichtlinien und stammten nicht von den Beklagten.

Diese Entscheidung ist gegenüber der Zweitbeklagten in Rechtskraft erwachsen.

Das Rekursgericht änderte diesen Beschluss dahin ab, dass es dem Sicherungsantrag hinsichtlich des Erstbeklagten stattgab; es sprach aus, dass der Wert des Entscheidungsgegenstands 30.000 EUR übersteige und der ordentliche Revisionsrekurs mangels höchstgerichtlicher Rechtsprechung zur Frage, ob sich die Werbebeschränkung des Art 5 lit d Werberichtlinien an der Person des werbenden Angehörigen des zahnärztlichen Berufes oder an der Anzahl der von ihm betriebenen Ordinationen orientiere, zulässig sei. Nach dem klaren Wortlaut der auszulegenden Bestimmung orientiere sich das Verbot einer Mehrfachbewerbung an der Person des beworbenen Zahnarztes und nicht an der Anzahl der von ihm betriebenen Zahnarztordinationen; beworben werde die Person des Zahnarztes und die von ihm erbrachte zahnärztliche Leistung, nicht jedoch der oder die Orte der Leistungserbringung. Dem Bedürfnis des Erstbeklagten, seine

zahnärztliche Tätigkeit an beiden Standorten werberichtlinienkonform zu bewerben, könne dadurch Rechnung getragen werden, dass in einem Inserat auf beide Standorte hingewiesen werde. Die Eignung des Verstoßes, den Wettbewerb zum Nachteil von anderen Standesangehörigen, die sich an die Werberichtlinien hielten, zu beeinflussen, liege auf der Hand. Angesichts des klaren Wortlauts der übertretenen Bestimmung könne sich der Erstbeklagte auch nicht auf die Vertretbarkeit seiner Rechtsansicht berufen. Angesichts des durch die Inserate in der Kronen Zeitung verwirklichten Verstoßes sei die im Rekurs weiters angesprochene Frage unerheblich, inwieweit auch die Inserate im Kitzbühler Anzeiger und im Bezirksblatt Kitzbühel dem Erstbeklagten zuzurechnen seien.

Der Revisionsrekurs ist zulässig und berechtigt.

Der Erstbeklagte verweist auf den bescheinigten Sachverhalt, dass er im ersten Quartal 2011 in Zusammenarbeit mit der zweitbeklagten Zahnärztin zwei Zahnarztordinationen betrieben habe, wobei beide Ärzte an beiden Standorten tätig gewesen seien. Berücksichtige man, dass mit den Anzeigen in der Kronen Zeitung beide Ordinationsstandorte beworben worden seien und jede der beiden Anzeigen einem der Beklagten zuzurechnen sei (die zweite Quartalsanzeige sei in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit dem Beginn der Zusammenarbeit mit der Zweitbeklagten geschaltet worden), liege kein Verstoß gegen Art 5 lit d Werberichtlinien vor. Die gegenteilige beschränkende Auslegung des Rekursgerichts benachteilige selbständige Zahnärzte in Kooperation, die sich Praxisräumlichkeiten teilten, führe zu deren - sachlich nicht gerechtfertigter - Ungleichbehandlung gegenüber einzeln tätigen Zahnärzten und verletze das Recht der Beklagten auf

Freiheit der Erwerbsausübung. Der Erstbeklagte habe die Bestimmung in vertretbarer Weise ausgelegt. Art 5 lit d Werberichtlinien regle nicht, unter welchen näheren Umständen (Auftritt unter gemeinsamem Namen, Nutzung gemeinsamer Räume oder einer gemeinsamen Telefonnummer) kooperierende Zahnärzte ihres Rechts auf ein Quartalsinserat verlustig gingen.

1. In der Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“ ist nur die Vertretbarkeit, nicht die Richtigkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsauffassung zu prüfen.

2.1. Nach ständiger Rechtsprechung ist ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinne zuzuordnende generelle Norm als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSv § 1 Abs 1 Z 1 UWG zu werten, wenn die Norm nicht auch mit guten Gründen in einer Weise ausgelegt werden kann, dass sie dem beanstandeten Verhalten nicht entgegensteht (RIS-Justiz RS0123239).

2.2. Der neue Gesetzeswortlaut von § 1 UWG idF der UWG-Novelle 2007 zwingt nicht zur Aufgabe der bisherigen Rechtsprechung zur vertretbaren Rechtsauffassung beim Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch (RIS-Justiz RS0077771 [T71]). Maßgebend für die Beurteilung der Vertretbarkeit einer Rechtsauffassung sind der eindeutige Wortlaut und Zweck der angeblich übertretenen Norm sowie gegebenenfalls die Rechtsprechung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und eine beständige Praxis von Verwaltungsbehörden (4 Ob 67/11y mwN; RIS-Justiz RS0077771 [T76]).

3.1. Die klagende Kammer stützt ihren Vorwurf lauterkeitswidrigen Verhaltens auf einen Verstoß gegen die

Werbebeschränkung des Art 5 lit d Werberichtlinien gemäß § 35 Abs 5 Zahnärztegesetz. Der Wortlaut dieser Bestimmung verbietet Angehörigen des zahnärztlichen Berufes mehr als eine Anzeige pro Quartal in einem Printmedium.

3.2. Art 5 lit d Werberichtlinien stellt bei der darin verfügten Werbebeschränkung personenbezogen auf einen Angehörigen des zahnärztlichen Berufes ab. Weder dieser Artikel noch andere Bestimmungen der Werberichtlinien enthalten aber Sondervorschriften betreffend die Werbung für gesetzlich zulässige Ordinations- und Apparategemeinschaften etwa in Form der gemeinsamen Nutzung von Ordinationsräumen (vgl § 25 Abs 1 Z 1 ZahnärzteG). Dem Wortlaut der auszulegenden Bestimmung kann daher als allgemeine und nicht näher spezifierte Grundregel allein entnommen werden, dass ein Zahnarzt pro Quartal nur mit einem Inserat werben darf.

3.3. Berücksichtigt man die sehr allgemeine Textfassung von Art 5 lit d Werberichtlinien sowie weiters den Umstand, dass die beiden Beklagten im ersten Quartal 2011 eine Zusammenarbeit eingegangen sind und jeweils an zwei Ordinationsstandorten tätig waren, und zieht man weiters den Inseratentext ins Kalkül, der in der Kronen Zeitung die „Zahnarztpraxis Dr. Gürtler und Kollegen“ an den beiden Standorten bewirbt, ist die Auffassung des Erstbeklagten bei Auslegung des Art 5 lit d Werberichtlinien nicht unvertretbar, er habe deshalb nicht gegen diese Bestimmung verstoßen, weil im Fall einer Zusammenarbeit von zwei Zahnärzten jedem von beiden ein Inserat pro Quartal erlaubt sei. Eine solche Auslegung liegt schon aus Gründen der gebotenen Gleichbehandlung aller Standesangehörigen nahe.

3.4. Die Textierung der Inserate in der Kronen Zeitung erlaubt eine eindeutige Zuordnung der Werbung zu bestimmten Zahnärzten: Der Erstbeklagte wird dort namentlich genannt, während mit dem Begriff „und Kollegen“ nur die Zweitbeklagte gemeint sein kann, die im fraglichen Zeitraum - abgesehen vom Erstbeklagten - allein als weitere Zahnärztin an den genannten Ordinationsstandorten tätig war. Wer die Inserate in Auftrag gegeben und wer sie bezahlt hat, ist hingegen im hier gegebenen Zusammenhang ohne Bedeutung.

3.5. An einer solchen erkennbaren Zuordnung zwischen Werbung und einem bestimmten Angehörigen des zahnärztlichen Standes fehlt es hingegen bei den Inseraten, die unter dem Schlagwort „Zahnarztangst“ im Kitzbühler Anzeiger und im Bezirksblatt Kitzbühel erschienen sind. Deren Auftraggeber war ein Verein, beworben wird kein bestimmter Zahnarzt, und es steht auch nicht fest, dass Personen, die die im Inserat genannte Website aufrufen oder die genannte Telefonnummer kontaktieren, automatisch an die Beklagten weitervermittelt worden wären. Damit können diese Inserate auch nicht dem Erstbeklagten bei Ermittlung der nach Art 5 lit d Werberichtlinien erlaubten Inseratenzahl angerechnet werden.

4. Die dem beanstandeten Verhalten zugrundeliegende Rechtsansicht des Erstbeklagten ist daher vertretbar. Ob sie auch richtig ist, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Der Revisionsrekurs des Erstbeklagten ist daher berechtigt.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 393 Abs 1 EO iVm §§ 41, 50 Abs 1 ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 28. Februar 2012
Dr. S c h e n k
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: