



TEILURTEIL

IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat als Revisionsgericht durch den Senatspräsidenten Dr. Vogel als Vorsitzenden sowie die Hofräte Dr. Jensik, Dr. Schwarzenbacher, Dr. Rassi und MMag. Matzka als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei U***** G*****, vertreten durch Prof. Dr. Johannes Hintermayr und andere Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagten Parteien 1. Dr. P***** G*****, 2. Dr. C***** F*****, 3. Dr. G***** – Dr. F***** OG, *****, 4. G***** GmbH, *****, 5. M***** B*****, und 6. Mag. B***** G*****, alle vertreten durch MMag. Dr. Susanne Binder-Novak, Rechtsanwältin in Sankt Pölten, wegen Unterlassung, Urteilsveröffentlichung, Beseitigung, 1.000 EUR sA sowie Rechnungslegung und Zahlung (Art XLII EGZPO), über die Revision der klagenden Partei gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Wien als Berufungsgericht vom 30. Jänner 2017, GZ 4 R 99/16g-54 (ergänzt mit Beschluss vom 31. Juli 2017, GZ 4 R 99/16g-61), womit der Berufung der klagenden Partei gegen das Urteil des Handelsgerichts Wien vom 24. Mai 2016, GZ 11 Cg 47/14w-46 nicht Folge gegeben wurde, in nichtöffentlicher Sitzung beschlossen und zu Recht erkannt:

Der Revision wird teilweise Folge gegeben.

I. Die Urteile der Vorinstanzen, welche in Ansehung der seinerzeitigen zweitklagenden Partei W***** (Spruchpunkte 11. bis 17. des erstgerichtlichen Urteils) als unangefochten von dieser Entscheidung unberührt bleiben, werden teils – mit der Maßgabe – bestätigt und teils abgeändert, sodass sie als Teilurteil in Ansehung der (erst-)klagenden Partei U***** G***** wie folgt lauten:

„1. Die beklagten Parteien sind schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort

zu unterlassen, Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** zu machen, und zwar

- die erst- bis drittbeklagten Parteien durch Werbung mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern;

- die erst- bis viertbeklagten Parteien und die sechstbeklagte Partei durch Klebefolien auf Kraftfahrzeugen, die viert- und die sechstbeklagten Parteien insoweit, als auf demselben Fahrzeug auf gleiche Weise für die Ordination der drittbeklagten Partei geworben wird;

- die erst- bis drittbeklagten Parteien mit Plakaten und/oder Schaukästen in der Ordination;

- die erst- bis drittbeklagten Parteien sowie die fünftbeklagte Partei im Zusammenwirken mit diesen durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten.

2. Die zu Pkt 1. genannten beklagten Parteien sind binnen 14 Tagen schuldig, alle vom Unterlassungsbegehren zu Pkt 1. erfassten wirtschaftlichen und/oder organisatorischen Hinweise und/oder Zusammenhänge und/oder Werbemaßnahmen der Ordination der drittbeklagten Partei mit/zu dem Augenoptikbetrieb der fünftbeklagten Partei auf ihre Kosten zu beseitigen, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird.

3. Hingegen werden folgende Mehrbegehren der klagenden Partei U***** G***** abgewiesen:

3.1.1. das Klagebegehren, die erst- bis viertbeklagten Parteien und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, durch Werbung auf der Website *www.az*****.at* und/oder durch die gemeinsame Beschilderung für Ordination und Optikstudio und/oder durch Empfehlungen von Ordinationsmitarbeitern, dass Sehhilfen bei der fünftbeklagten Partei erwerbbar wären, Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** zu machen;

3.1.2. das Klagebegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern zu machen;

3.1.3. das Klagebegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** durch Plakate und/oder Schaukästen in der Ordination und/oder durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten zu machen;

3.2.1. das Eventualbegehren, die erst- bis viertbeklagten Parteien und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, den Wettbewerb unter den Augenoptikern in den Bezirksteilen ***** dadurch zu behindern, dass sie Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** machen, insbesondere durch Werbung auf der Website *www.az*****.at* und/oder durch die gemeinsame Beschilderung für Ordination und Optikstudio und/oder durch Empfehlungen von Ordinationsmitarbeitern, dass Sehhilfen bei der fünftbeklagten Partei erwerbbar wären;

3.2.2. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, den Wettbewerb unter den Augenoptikern in den Bezirksteilen ***** dadurch zu behindern, dass sie Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern machen;

3.2.3. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, den Wettbewerb unter den Augenoptikern in den Bezirksteilen ***** dadurch zu behindern, dass sie Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** durch Plakate und/oder Schaukästen in der Ordination und/oder

durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten machen;

3.3.1. das Eventualbegehren, die erst- bis viertbeklagten Parteien und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Patienten beim Kauf einer Sehhilfe durch Werbung für den Augentoptikbetrieb M***** B***** zu beeinflussen, insbesondere durch Werbung auf der Website *www.az*****.at* und/oder durch die gemeinsame Beschilderung für Ordination und Optikstudio und/oder durch Empfehlungen von Ordinationsmitarbeitern, dass Sehhilfen bei der fünftbeklagten Partei erwerbbar wären;

3.3.2. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Patienten beim Kauf einer Sehhilfe durch Werbung mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern für den Augentoptikbetrieb M***** B***** zu beeinflussen;

3.3.3. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Patienten beim Kauf einer Sehhilfe durch Werbung für den Augentoptikbetrieb M***** B***** insbesondere durch Plakate und/oder Schaukästen in der

Ordination und/oder durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten zu beeinflussen;

3.4.1. das Eventualbegehren, die erst- bis viertbeklagten Parteien und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, die Marktteilnehmer durch Werbung der Beklagten für den Augenoptikbetrieb M***** B***** irrezuführen, insbesondere durch Werbung auf der Website *www.az*****.at* und/oder durch die gemeinsame Beschilderung für Ordination und Optikstudio und/oder durch Empfehlungen von Ordinationsmitarbeitern, dass Sehhilfen bei der fünftbeklagten Partei erwerbbar wären;

3.4.2. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, sowie die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit diesen beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, die Marktteilnehmer durch Werbung mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern für den Augenoptikbetrieb M***** B***** irrezuführen;

3.4.3. das Eventualbegehren, die viert- und die sechstbeklagte Partei seien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, die Marktteilnehmer durch Werbung für den Augenoptikbetrieb M***** B***** irrezuführen, insbesondere durch Plakate

und/oder Schaukästen in der Ordination und/oder durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten;

3.5. das Klagebegehren, die beklagten Parteien seien schuldig, der klagenden Partei 1.000 EUR samt 4 % Zinsen seit Klagstag zu zahlen;

3.6. das Klagebegehren, die erst- bis drittbeklagten Parteien seien schuldig, über die durch die erst- bis drittbeklagten Parteien ausgestellten Verordnungsscheine für Sehbehelfe ab 1. 4. 2011 Rechnung zu legen sowie diese Rechnungslegung auf ihre Kosten durch einen Buch-SV prüfen zu lassen;

3.7. das Klagebegehren, die beklagten Parteien seien schuldig, der klagenden Partei Schadenersatz einschließlich des ihr entgangenen Gewinnes zu zahlen, wobei die Festsetzung der Höhe dieses Betrages dem Ergebnis der Rechnungslegung gemäß Urteilsbegehren 5. [= Pkt 3.6.] vorbehalten bleibe;

3.8. das Klagebegehren, die beklagten Parteien seien schuldig, alle von den Unterlassungsbegehren zu Pkt 3.1.1. bis 3.4.3. erfassten wirtschaftlichen und/oder organisatorischen Hinweise und/oder Zusammenhänge und/oder Werbemaßnahmen der Ordination der drittbeklagten Partei mit/zu dem Augentoptikbetrieb der fünftbeklagten Partei auf ihre Kosten zu beseitigen, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen wird.

4. Die Kostenentscheidung bleibt der Endentscheidung vorbehalten.“

II. Im Übrigen werden die Urteile der Vorinstanzen in Ansehung der (erst-)klagenden Partei U***** G***** aufgehoben, und zwar in den Aussprüchen über

1. das Klagebegehren, die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit den beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, insbesondere durch Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und/oder mit Plakaten und/oder Schaukästen in der Ordination Werbung für den Augentoptikbetrieb M***** B***** zu machen;

2. das Eventualbegehren, die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit den beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, den Wettbewerb unter den Augentoptikern in den Bezirksteilen ***** dadurch zu behindern, dass sie insbesondere durch Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und/oder mit Plakaten und/oder Schaukästen in der Ordination Werbung für den Augentoptikbetrieb M***** B***** mache;

3. das Eventualbegehren, die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit den beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, Patienten beim Kauf einer Sehhilfe insbesondere durch Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und/oder mit Plakaten und/oder Schaukästen in der Ordination für den Augentoptikbetrieb M***** B***** zu beeinflussen;

4. das Eventualbegehren, die fünftbeklagte Partei sei im Zusammenwirken mit den beklagten Parteien schuldig, es im geschäftlichen Verkehr ab sofort zu unterlassen, die Marktteilnehmer durch Werbung insbesondere mit Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und/oder mit Plakaten und/oder

Schaukästen in der Ordination für den Augentoptikbetrieb M***** B***** irrezuführen;

5. das Klagebegehren, die klagende Partei werde ermächtigt, den Spruch dieses Urteils in den Punkten Unterlassung und Urteilsveröffentlichung auf Kosten der beklagten Parteien, die hiefür zur ungeteilten Hand haften würden, binnen zwölf Monaten ab Rechtskraft des Urteils, mit Fettdruckumrandung und Fettdrucküberschrift sowie gesperrt und fettgeschriebenen Prozessparteien und Parteienvertretern, sonst in normalen Lettern und mit normalem Zeilenabstand im redaktionellen Textteil von Samstagsausgaben von HEUTE, Kronen Zeitung und KURIER, Erscheinungsort Wien, Ausgaben für Wien und NÖ, von Ausgaben der Bezirksblätter Floridsdorf und der NÖN für den Bezirk Korneuburg sowie der Österreichischen Ärztezeitung, Wien, sowie für die Dauer von dreißig Tagen auf der Startseite der unter www.az*****.at abrufbaren Internetseite, in der Größe einer halben Bildschirmoberfläche und für den EDV-User gut lesbar, veröffentlichen zu lassen;

6. das Klagebegehren, die fünftbeklagte Partei sei im Umfang des von der Aufhebung zu II.1. betroffenen Unterlassungsbegehrens schuldig, alle wirtschaftlichen und/oder organisatorischen Hinweise und/oder Zusammenhänge und/oder Werbemaßnahmen der Ordination der Drittbeklagten mit/zu dem Augentoptikbetrieb der fünftbeklagten Partei auf ihre Kosten zu beseitigen, soweit dadurch nicht in dingliche Rechte Dritter eingegriffen werde.

Die Rechtssache wird in diesem Umfang zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. Die auf diesen Teil des Verfahrens entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens sind weitere Verfahrenskosten.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :

Erstbeklagter und Zweitbeklagte sind Fachärzte für Augenheilkunde und Optometrie; der Erstbeklagte ist auch Kontaktlinsenoptiker. Sie sind die einzigen persönlich haftenden Gesellschafter der Drittbeklagten, die unter der Bezeichnung „Augenzentrum *****“ bzw. „AZ*****“ eine Ordination betreibt, in welcher Erstbeklagter und Zweitbeklagte als Ärzte arbeiten. Die Drittbeklagte ist Untermieterin der Ordinationsräumlichkeiten, die viertbeklagte GmbH ist Hauptmieterin. Der Erstbeklagte und dessen Ehefrau, die Sechstbeklagte, sind Gesellschafter (der Erstbeklagte zu 70 % und die Sechstbeklagte zu 30 %) und Geschäftsführer der Viertbeklagten (die Sechstbeklagte selbständig, der Erstbeklagte kollektiv vertretungsbefugt). Der Fünftbeklagte ist Optikermeister und betreibt sein Geschäft an derselben Adresse wie die Ordination der Drittbeklagten (bis 2012 sogar in deren Räumlichkeiten).

Die (im Revisionsverfahren allein verbliebene, vormalige Erst-)Klägerin ist Augen- und Kontaktlinsenoptikerin und betreibt ihr Unternehmen in unmittelbarer Nähe zur Ordination der Drittbeklagten und dem Geschäftslokal des Fünftbeklagten.

Verfahrensgegenständlich sind noch folgende von der Klägerin behauptete unlautere Handlungen der Beklagten:

1. Der Erstbeklagte ist Inhaber der Domain *www.az*****.at*. Unter dieser Internetadresse befindet sich die Website mit dem werblichen Auftritt der Drittbeklagten. Im Impressum der Website scheint die s***** GmbH als verantwortlich auf, die den Kontaktlinsenhandel betreibt und dieselbe Geschäftsadresse wie Erstbeklagter und Zweitbeklagte hat; diese beiden sowie die Sechstbeklagte sind

Gesellschafter (der Erstbeklagte zu 45 %, die Sechstbeklagte zu 30 % und die Zweitbeklagte zu 25 %) und Geschäftsführer der s***** GmbH (die Sechstbeklagte selbständig, der Erst- und die Zweitbeklagte jeweils kollektiv vertretungsbefugt). Von der Startseite der Website *www.az*****.at* führte ein Anklicken des Menüpunkts „Optiker“ auf eine Unterseite, auf welcher der Betrieb des Fünftbeklagten beworben wurde.

2. Auf Fenstern der Ordination der Drittbeklagten befanden sich von außen sichtbare Werbekleber des Fünftbeklagten, die dieser angebracht hatte, als er die Räume noch in Bestand hatte, und die von den Beklagten seither nicht entfernt worden waren. Auf das Entfernen der Werbung wurde vergessen. Wäre der Erstbeklagte der Meinung gewesen, dass diese Werbung gegen Standesrichtlinien verstoßen könnte, hätte er keine Optikerwerbung auf den Fenstern anbringen lassen. Er war jedoch der Ansicht, dass das erlaubt sei, weil ja nicht er als Augenarzt das Objekt untervermietet hatte, sondern eine GmbH, die nach Ansicht des Erstbeklagten nicht an Standesregeln von Ärzten gebunden war.

3. Die Drittbeklagte war Zulassungsbesitzerin eines Kraftfahrzeugs, auf dem mit Klebefolien Werbung affiziert war. Auf einer Fahrzeugseite wurde das „Augenzentrum *****“ beworben, auf der anderen Seite der Optikerbetrieb des Fünftbeklagten. Auch die Viertbeklagte war Zulassungsbesitzerin eines Kraftfahrzeugs, auf dem eine ähnliche Art Werbung angebracht war.

4. In der Ordination der Drittbeklagten hing im Warteraum ein Plakat, auf dem brillentragende Menschen abgebildet waren, darüber befand sich ein Logo des Fünftbeklagten. Neben diesem Plakat war ein Schaukasten mit Brillen ausgestellt.

5. Der Fünftbeklagte hatte in der Ordination der Drittbeklagten, toleriert von den (Erst- bis Dritt-)Beklagten, am Infodesk Werbefolder zur Entnahme abgelegt. Zumindest fallweise kam es dazu, dass diese Folder von Mitarbeitern der Drittbeklagten in die gefalteten augenärztlichen Rezepte eingelegt wurden.

6. Die Drittbeklagte und der Fünftbeklagte hatten im Haus gemeinsam Schilder angebracht oder anbringen lassen, die sowohl auf die Gruppenpraxis der Drittbeklagten als auch den Optikerbetrieb des Fünftbeklagten im Haus hinwiesen, wobei letzterer als „Optikermeister im Augenzentrum *****“ bezeichnet wurde. Die Dritt- und der Fünftbeklagte verwendeten auch ein gemeinsames Hausbrieffach. Der Erstbeklagte gestattete dies, weil für den Fünftbeklagten kein eigenes Hausbrieffach zur Verfügung stand.

7. Es steht nicht fest, dass die Beklagten oder deren Mitarbeiter die Patienten regelmäßig und planmäßig auf den Optikerbetrieb des Fünftbeklagten mündlich hingewiesen haben. Es steht aber fest, dass ein im Auftrag der Kläger vorsprechender Ermittler einen Mitarbeiter der Drittbeklagten auf eine bestimmte Brillenfassung angesprochen und die Auskunft erhalten hat, dass derartige Brillen auch vom Fünftbeklagten vertrieben werden.

Die Klägerin beehrte von Erst- bis Viertbeklagten und Sechstbeklagter sowie vom Fünftbeklagten „im Zusammenwirken“ mit den anderen Beklagten, es zu unterlassen, Werbung für den Augenoptikbetrieb des Fünftbeklagten zu machen, und zwar insbesondere

1. durch Werbung auf der Website www.az*****.at und/oder

2. mit Klebefolien auf den Ordinationsfenstern und/oder
3. mit Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und/oder
4. mit Plakaten und/oder Schaukästen in der Ordination und/oder
5. durch die Aushändigung von Werbezetteln durch Ordinationsmitarbeiter an Patienten und/oder
6. durch die gemeinsame Beschilderung für Ordination und Optikstudio und/oder
7. durch Empfehlungen von Ordinationsmitarbeitern, dass Sehhilfen beim Fünftbeklagten erwerbbar wären.

Hierzu stellte die Klägerin drei Eventualbegehren und beehrte die Ermächtigung zur Urteilsveröffentlichung. Weiters beehrte die Klägerin, die Beklagten zu verpflichten, alle wirtschaftlichen und/oder organisatorischen Hinweise und/oder Zusammenhänge und/oder Werbemaßnahmen der Ordination der Drittbeklagten mit/zu dem Augenoptikbetrieb des Fünftbeklagten zu beseitigen, sowie ihr 1.000 EUR sA Schadenersatz – Umsatzentgang durch den Wegfall der Verordnungsscheine – zu leisten. Erst- bis Drittbeklagte sollten verpflichtet werden, über die von ihnen ausgestellten Verordnungsscheine für Sehbehelfe ab 1. April 2011 Rechnung zu legen und diese auf ihre Kosten durch einen Buchsachverständigen prüfen zu lassen; alle sechs Beklagten sollten verpflichtet werden, der Klägerin nach dem Ergebnis dieser Rechnungslegung noch zu bestimmenden Schadenersatz zu leisten.

Alle Beklagten hätten sich als gemeinsame Täter der rechts- und lauterkeitswidrigen Werbung für und/oder durch den Fünftbeklagten verschrieben und würden gemeinsam nach außen auftreten; der Fünftbeklagte hafte

wegen seiner Beteiligung und/oder Bestimmungstäterschaft. Die Beklagten betrieben auch unzulässigen Behinderungswettbewerb und Wettbewerbsverzerrung und führten das Publikum in die Irre. Es handle sich um Werbung und nicht um eine allenfalls nunmehr erlaubte Information über die Zusammenarbeit mit anderen Gesundheitsberufen. Erst-, Zweit- und Drittbeklagte verstießen gegen den Ärztlichen Verhaltenskodex bei der Zusammenarbeit mit der Pharma- und Medizinprodukteindustrie der Österreichischen Ärztekammer sowie gegen die am 12. Dezember 2003 beschlossenen Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“, gemäß § 53 Abs 4 ÄrzteG eine Verordnung, insbesondere gegen deren Art 3, sowie gegen das Werbeverbot nach den §§ 102 bis 109 MPG. Dies sei ein Rechtsbruch und eine unlautere Geschäftspraktik gemäß §§ 1, 1a und 2 UWG 2007; das beanstandete Verhalten sei irreführend und/oder aggressiv gemäß der schwarzen Liste/Anhang. Bei den österreichischen Augenfachärzten bestehe eine verpflichtende ärztliche Standesregel (Code of Conduct), die unmittelbare Auswirkung auf den lautereren Wettbewerb dahin habe, dass bei der Verordnung von Sehhilfen jede Form von Zuweisung oder Empfehlung und jede Werbung an/für einen bestimmten Augenoptikbetrieb oder Kontaktlinsenoptiker verboten sei, sowie dass jede Werbung für einen bestimmten Augenoptiker eine verbotene Zuweisung oder Empfehlung bedeute. Diesbezüglich bestünden auch festgeschriebene Branchenusancen.

Die Beklagten brachten vor, Werbeauftritt und Website seien zulässig und würden zudem nur von der Viertbeklagten verantwortet; Erstbeklagter sowie Zweit-, Dritt- und Sechstbeklagte hätten keine Werbung für den Fünftbeklagten gemacht. Die Richtlinie schaffe Standesregeln

für Ärzte; die Klägerin sei aber Optikerin. Das Werbeverbot sei aufgeweicht; überdies sei die Einrichtung einer eigenen oder die Beteiligung an einer fremden Homepage nach der mit 1. Juli 2014 in Kraft getretenen und am 15. Dezember 2015 geänderten Nachfolgeverordnung der Österreichischen Ärztekammer ebenso erlaubt wie sachliche und wahre Informationen über Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige Medizinprodukte sowie über deren Hersteller und Vertreiber. Ein Verbot könne nur dann erlassen werden, wenn das inkriminierte Verhalten vor wie nach einer Änderung der Verbotsnorm rechtswidrig (gewesen) sei, was hier nicht der Fall sei. Der freie Marktzugang sei nicht behindert, die Erheblichkeitsschwelle nicht erreicht.

Das Erstgericht wies das gesamte Klagebegehren mangels unvertretbarer Rechtsansicht der Beklagten ab.

Das Berufungsgericht bestätigte die Klagsabweisung. Ein Verstoß gegen Standesregeln sei nur dann unlauter, wenn er auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruhe; maßgebend dafür seien der Wortlaut der jeweiligen Bestimmung und die Praxis der für deren Auslegung primär zuständigen Organe. Die Beurteilung, ob ein Verhalten von Ärzten gegen ein standesrechtliches Werbeverbot verstoße, habe nunmehr nach der Verordnung der Österreichischen Ärztekammer über die Art und Form zulässiger ärztlicher Informationen in der Öffentlichkeit (Arzt und Öffentlichkeit 2014) idF der 1. Änderung 2015 (WerbeVO 2014) zu erfolgen. Demnach sei die Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber unzulässig. Zulässig sei aber die sachliche, wahre und das Ansehen der Ärzteschaft nicht beeinträchtigende Information über Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige Medizinprodukte sowie über deren

Hersteller und Vertreiber in Ausübung des ärztlichen Berufs (§ 3 WerbeV 2014). Im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufs sei dem Arzt, sofern die Inhalte dieser Verordnung entsprechen, insbesondere die Information über gewerbliche Leistungen oder Gewerbebetriebe, sofern sie im Zusammenhang mit der eigenen Leistung stünden, gestattet (§ 4 Z 5 WerbeV 2014). Diese Bestimmungen wichen von der Vorgängerregelung insofern ab, als es keine Ausnahme in Bezug auf eine bloße Information der Patienten gegeben habe. Nunmehr dürfe der Arzt jedenfalls Betriebe und deren Leistungen nennen. Die Grenze zur jedenfalls unzulässigen „Werbung“ werde erst bei einem ungefragten Empfehlen bestimmter Betriebe oder bei sachfremden Motiven – insbesondere bei einem finanziellen Interesse – überschritten. Schutzzweck des Werbeverbots sei die Entscheidungsfreiheit des Patienten, die durch keine der inkriminierten Handlungen beeinträchtigt werde. Die Beklagten hätten vertretbar davon ausgehen dürfen, dass sie über den Betrieb des Fünftbeklagten sachlich und damit zulässig informierten. Für das Rechnungslegungsbegehren bestehe keine materiellrechtliche Grundlage. Das Begehren auf Zahlung von 1.000 EUR sei zudem nicht hinreichend individualisiert und wäre auch im Sinne des § 273 Abs 2 ZPO abzuweisen.

Das Berufungsgericht bewertete den Entscheidungsgegenstand in der Sache jeder Klägerin als jeweils insgesamt 30.000 EUR übersteigend und – nachträglich – in der Sache jeder Klägerin gegenüber jedem Beklagten in Ansehung eines jeden geltend gemachten Wettbewerbsverstoßes als jeweils 5.000 EUR übersteigend.

Die ordentliche Revision ließ das Berufungsgericht zu, weil zur Auslegung und Vertretbarkeit

einer unrichtigen Auslegung der neuen, in der WerbeV 2014 festgelegten ärztlichen Standesregeln in Beurteilung lauterkeitsrechtlicher (Unterlassungs-)Ansprüche noch keine gesicherte Rechtsprechung vorliege.

In der Revision der Klägerin wird Klagsstattgebung beantragt, hilfsweise wird ein Aufhebungs- und Zurückverweisungsantrag gestellt.

Die Beklagten beantragen, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise ihr nicht Folge zu geben.

Die Revision ist zur Klarstellung der Rechtslage zulässig; sie ist teilweise auch berechtigt.

Die Klägerin macht geltend, das beanstandete Verhalten betreffe unzulässige, rechtswidrige Werbemaßnahmen für einen bestimmten Optiker; die gegenteilige Auffassung der Beklagten sei unvertretbar.

Dazu wurde erwogen:

1. Ein Verstoß gegen eine nicht dem Lauterkeitsrecht im engeren Sinn zuzuordnende generelle Norm ist als unlautere Geschäftspraktik oder als sonstige unlautere Handlung iSd § 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. Der Unterlassungsanspruch setzt ferner voraus, dass das beanstandete Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen. Maßgebend für die 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 (RIS-Justiz RS0123239; RS0077771 [T76]; 4 Ob 225/07b, *Wiener Stadtrundfahrten*; 4 Ob 58/14d,

Automatik-Startfunktion; 4 Ob 20/13i, *Vertretungsvorbehalt der Rechtsanwälte*; 3 Ob 115/13b, *Ö3 Eurowuchteln*; 4 Ob 166/13k, *Bleaching*).

Die Eignung eines Rechtsbruchs zur spürbaren Beeinflussung des Wettbewerbs kann sich – ausgehend vom Regelungszweck der verletzten Norm und von den typischen Auswirkungen des Rechtsbruchs – schon aus dem (Wiederholungsgefahr indizierenden) Normverstoß als solchem ergeben. Ob es darüber hinaus – insbesondere bei der Verletzung wettbewerbsneutraler Normen – noch weiterer Sachverhaltselemente bedarf, aus denen die Eignung zur Beeinflussung des Wettbewerbs geschlossen werden kann, und die vom Kläger zu behaupten und zu beweisen wären, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab; eine allgemeine Regel lässt sich dafür nicht aufstellen (RIS-Justiz RS0123243).

2. Die Missachtung einer einheitlich befolgten, gefestigten Standesauffassung, die auf der allgemeinen Überzeugung der Standesgenossen des jeweiligen Gewerbezweigs oder freien Berufs beruht, ist wie eine Gesetzesverletzung zu werten (RIS-Justiz RS0078057). Auch Ärzte haben ihr Standesrecht zu kennen; verbindlich sind die Standesregeln auch dann, wenn die Standesauffassung nicht in allen Punkten völlig einheitlich ist. Maßgebend ist die Auffassung eines mit anerkannten Werten verbundenen Arztes, wie sie in der Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“ zum Ausdruck kommt (RIS-Justiz RS0078057 [T4]). Ist das dem Beklagten vorwerfbare standeswidrige Verhalten geeignet, dem Beklagten einen sachlich nicht gerechtfertigten Vorsprung vor seinen Mitbewerbern zu verschaffen, so begründet es einen Verstoß gegen § 1 UWG (RIS-Justiz RS0089508).

Auch eine Verletzung standesrechtlicher

Werberegeln ist nur dann unlauter, wenn sie auf einer unvertretbaren Rechtsansicht beruht (4 Ob 254/15d, *Zahnarztwerbung V*). Für die Beurteilung dieser Frage sind der Wortlaut der jeweiligen Bestimmung und die Praxis der für deren Auslegung primär zuständigen Organe maßgebend, wobei die Marktteilnehmer auch im Zusammenhang mit standesrechtlichen Werberegungen ihr Verhalten nicht von vornherein an der strengsten Auslegung der maßgebenden Regelungen orientieren müssen (RIS-Justiz RS0130682 [insb T1]).

3.1. Nach § 53 ÄrzteG, BGBl I 1998/169 („Werbebeschränkung und Provisionsverbot“), hat sich der Arzt jeder unsachlichen, unwahren oder das Standesansehen beeinträchtigenden Information im Zusammenhang mit der Ausübung seines Berufs zu enthalten (Abs 1). Der Arzt darf keine Vergütungen für die Zuweisung von Kranken an ihn oder durch ihn sich oder einem anderen versprechen, geben, nehmen oder zusichern lassen. Rechtsgeschäfte, die gegen dieses Verbot verstoßen, sind nichtig. Leistungen aus solchen Rechtsgeschäften können zurückgefordert werden (Abs 2). Die Vornahme der verbotenen Tätigkeiten ist auch Gruppenpraxen (§ 52a) und sonstigen physischen und juristischen Personen untersagt (Abs 3). Die Österreichische Ärztekammer (ÖÄK) kann nähere Vorschriften über die Art und Form der im Abs 1 genannten Informationen erlassen (Abs 4).

3.2. Gemäß der aufgrund von § 53 Abs 4 Ärztegesetz 1998 am 12. Dezember 2003 beschlossenen Richtlinie „Arzt und Öffentlichkeit“ der ÖÄK, welche bis 30. Juni 2014 in Geltung stand (in der Folge: „WerbeRL 2004“), war dem Arzt jede unsachliche, unwahre oder das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende

Information untersagt (Art 1). Unsachlich war eine medizinische Information, wenn sie wissenschaftlichen Erkenntnissen oder medizinischen Erfahrungen widerspricht, unwahr eine Information, wenn sie den Tatsachen nicht entspricht (Art 2). Eine das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende Information lag unter anderem vor bei Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber (Art 3 lit d). Im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufs waren dem Arzt – unter Beachtung der Art 1 bis 3 – insbesondere gestattet (Art 4) die Information über die eigenen medizinischen Tätigkeitsgebiete, die der Arzt aufgrund seiner Aus- und Fortbildung beherrscht (lit a) sowie die Einrichtung einer eigenen Homepage oder die Beteiligung an einer fremden Homepage (lit d).

3.3. Die am 1. Juli 2014 in Kraft getretene, die WerbeRL 2004 ersetzende Verordnung der ÖÄK über die Art und Form zulässiger ärztlicher Informationen in der Öffentlichkeit (Arzt und Öffentlichkeit 2014; in der Folge: „WerbeV 2014“) übernahm die Art 1 bis 3 WerbeRL 2004 wortgleich in ihre §§ 1 bis 3, sah jedoch in § 4 vor, dass dem Arzt im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufs, sofern die Inhalte dieser Verordnung entsprechen, unter anderem zusätzlich auch die Information über die Zusammenarbeit mit anderen Gesundheitsberufen (Z 4), die Information über gewerbliche Leistungen oder Gewerbebetriebe, sofern sie im Zusammenhang mit der eigenen Leistung stehen (Z 5), die Einrichtung einer eigenen Homepage oder die Beteiligung an einer fremden Homepage (Z 6) sowie die Information mittels elektronischer Medien oder gedruckter Medien (insbesondere Broschüren, Aushänge) in der Ordination oder im Wartezimmerbereich (Z 7) gestattet

ist.

Am 21. Dezember 2015 wurde § 3 WerbeV 2014 dahin geändert, dass die Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber unzulässig ist; ausdrücklich zulässig ist seitdem jedoch die sachliche, wahre und das Ansehen der Ärzteschaft nicht beeinträchtigende Information über Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige Medizinprodukte sowie über deren Hersteller und Vertreiber in Ausübung des ärztlichen Berufs.

3.4. Die ÖÄK hat WerbeRL 2004 und WerbeV 2014 aufgrund und im Rahmen der ihr eingeräumten Verordnungsermächtigung erlassen; sie konkretisieren die durch § 53 ÄrzteG verfügten Werbebeschränkungen. Die darin enthaltenen Vorschriften sind, da sie sich nur an Ärzte und an Personen wenden, die im Interesse von Ärzten Informationen verbreiten, auch hinlänglich zugänglich (vgl. RIS-Justiz RS0108833).

3.5. Der Senat hat im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der UWG-Nov 2007 mehrfach ausgesprochen, dass ein in die Zukunft wirkendes Verbot nur dann erlassen oder bestätigt werden kann, wenn das beanstandete Verhalten im Zeitpunkt der Entscheidung auch nach der neuen Rechtslage unlauter ist (RIS-Justiz RS0123158). Nichts anderes gilt nach der Rechtsprechung, wenn sich zwar nicht die lauterkeitsrechtliche Bestimmung, wohl aber die dem Rechtsbruchtatbestand zugrunde liegende Norm geändert hat; auch hier ist ein Verbot nur möglich, wenn das beanstandete Verhalten auch nach neuer Rechtslage unzulässig ist (RIS-Justiz RS0123158 [T6, T7]).

3.6. Der erkennende Senat hat ebenfalls bereits mehrfach ausgesprochen, dass weder verfassungs- noch

unionsrechtliche Bedenken gegen Werbeverbote für Ärzte bestehen. Die Werbebeschränkung für Ärzte liegt nicht nur in deren wirtschaftlichen Interesse, sondern vor allem im Interesse der Allgemeinheit, sich bei der Inanspruchnahme ärztlicher Leistungen von sachlichen Erwägungen leiten zu lassen (4 Ob 58/16g, *Zahnarztwerbung VI* mwN).

4.1. Zu Art 3 lit d WerbeRL 2004 hat der Senat in 4 Ob 34/14z, *Shop in Ordination* (krit *Appl* in ÖBl 2014, 269 f) vertreten, dass eine – auf Anfrage des Patienten erstattete – Empfehlung eines Optikers durch einen Augenarzt eine standeswidrige Werbung ist.

4.2. Bereits zu § 3 WerbeV 2014 idgF führte der Senat in 4 Ob 133/16m, *Augenoptiker*, aus, dass das Werbeverbot in vertretbarer Weise dahin ausgelegt werden kann, dass es dem Arzt nicht untersagt ist, auf Frage eines Patienten einen bestimmten Anbieter der von ihm verordneten Produkte zu empfehlen; anders wäre nur dann zu entscheiden, wenn die Empfehlung auf sachfremden Motiven, insbesondere auf einem damit verbundenen Vorteil für den Arzt, beruhte (RIS-Justiz RS0130952). Zu begründen ist dies mit dem geänderten Wortlaut und der Überlegung, dass der Schutzzweck der Bestimmung in der Entscheidungsfreiheit des Patienten liegt. Der Arzt befindet sich diesem gegenüber regelmäßig in einer Autoritätsposition, die er nicht ausnutzen soll, um ihm bestimmte Gewerbetreibende oder Freiberufler zu empfehlen, die von ihm verordneten Produkte anbieten. Wünscht der Patient allerdings ausdrücklich eine solche Empfehlung, so besteht kein Anlass, jede diesbezügliche Auskunft von vornherein als standeswidrig anzusehen. Vielmehr legt es das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt und dem Patienten nahe, dass auf diesbezügliche Fragen eine entsprechende Antwort gegeben wird. Die Grenze zur

jedenfalls unzulässigen „Werbung“ wird erst bei einem ungefragten Empfehlen bestimmter Betriebe oder bei sachfremden Motiven – insbesondere bei einem finanziellen Interesse – überschritten sein.

4.3. Die zuerst genannte Einschränkung wurde im Schrifttum geteilt aufgenommen. So führt *Blum* (RdM 2017, 27) aus, es könne nicht ausschließlich darauf ankommen, von wem die Initiative ausgehe. Eine sachliche und wahre Empfehlung sei vielmehr auch dann nicht zu beanstanden, wenn sie ungefragt erteilt werde. *Hofmarcher* (ÖBl 2017, 32) zeigt sich zwar mit dem Ergebnis einverstanden, meint jedoch, diese Auslegung wäre auch schon zur WerbeRL 2004 angezeigt gewesen. *Zemann* (ecolex 2017, 52) vertritt die Auffassung, die Entscheidung lasse eine weitergehende Abgrenzung zwischen (verbotener) Werbung und (zulässiger) „sachlicher Information“ offen.

4.4. Eine nähere Umschreibung der Begriffe „Werbung“, „Empfehlung“ und „sachliche Information“ erscheint angesichts des hier zu beurteilenden Sachverhalts zweckmäßig.

5.1. Was „Werbung“ ist, definiert die WerbeV 2014 nicht.

5.1.1. § 1 Abs 4 Z 2 UWG definiert als „Geschäftspraktik“ jede Handlung, Unterlassung, Verhaltensweise oder Erklärung, kommerzielle Mitteilung einschließlich Werbung und Marketing eines Unternehmens, die unmittelbar mit der Absatzförderung, dem Verkauf oder der Lieferung eines Produkts zusammenhängt. Auch § 2 Abs 5 UWG bezeichnet Werbung und Marketing als Teil der kommerziellen Kommunikation.

§ 2 Abs 3 Z 1 UWG nennt im Zusammenhang mit irreführenden Geschäftspraktiken als eine Voraussetzung, dass

solche Praktiken jegliche Vermarktung eines Produkts einschließlich vergleichender Werbung enthalten.

Z 11 des Anh zum UWG nennt „als Information getarnte Werbung“ und definiert dies so: „Redaktionelle Inhalte werden in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzt und das Unternehmen hat diese Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies aus dem Inhalt oder aus für den Verbraucher klar erkennbaren Bildern und Tönen eindeutig hervorgehen würde“.

5.1.2. Nach Art 2 lit a der Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über irreführende und vergleichende Werbung, ABl L 376/21 (vgl § 45 Z 2 UWG), ist „Werbung“ jede Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen, zu fördern (ebenso schon Art 2 Z 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl L 250/17).

Der Europäische Gerichtshof hat hierzu festgehalten, dass es angesichts dieser besonders weiten Definition sehr unterschiedliche Formen von Werbung geben kann und diese daher in keiner Weise auf die Formen klassischer Werbung beschränkt ist (EuGH 11. Juli 2013, C-657/11, *Belgian Electronic Sorting Technology NV/Peelaers ua*, wbl 2013/181, 512 [*Thiele*] Rn 35 mwN).

5.1.3. Damit steht die allgemeine Aussage von 4 Ob 133/16m zum Schutzzweck der Bestimmung der WerbeV 2014 in Einklang. Werbung zielt vor diesem

Hintergrund auf die Absatzförderung von (fremden) Produkten und nicht auf die Aufklärung des Patienten. Das Element der Absatzförderung darf folglich das Ziel, eine sachgerechte Information zu erteilen, bei objektiver Betrachtung nicht überwiegen (vgl 4 Ob 45/17x). Nach der Rechtsprechung zu Art 10 MRK darf kommerzielle Werbung schärferen Einschränkungen unterworfen werden als (zum Beispiel) der Ausdruck politischer Ideen. Die Untersagung unsachlicher, unwahrer und das ärztliche Standesansehen beeinträchtigender Informationen (§ 53 Abs 1 ÄrzteG; jeweils Art 1 WerbeRL 2004 und WerbeV 2014) liegt nicht nur im Interesse der Ärzte, sondern vor allem im Interesse der Allgemeinheit, sich bei der Inanspruchnahme von ärztlichen Leistungen von sachlichen Erwägungen leiten zu lassen (RIS-Justiz RS0108834). Dem entspricht der von der Rechtsprechung entwickelte Grundsatz, dass zwar marktschreierische Reklame im Wettbewerb zwischen Wirtschaftstreibenden grundsätzlich nur dann unlauter ist, wenn ihr nachprüfbarer Tatsachenkern zur Irreführung geeignet ist, sie aber beispielsweise Ärzten allein schon deshalb untersagt, weil diese Art der Werbung mit dem Standesansehen eines Arztes unvereinbar ist. Es kommt daher nicht darauf an, welchen Tatsachenkern Patienten der Werbebehauptung entnehmen, sondern es ist entscheidend, ob ein Arzt durch Übertreibungen (hier: modernste physikalische Apparate, größtmögliche Flexibilität) die Aufmerksamkeit auf seine Ordination lenken will (RIS-Justiz RS0089509).

5.2. Eine „Empfehlung“ bedeutet nach gewöhnlichem Sprachgebrauch, dass sich der Äußernde zusätzlich persönlich mit dem Empfohlenen identifiziert und dieses nach eigener Prüfung als gut, vorteilhaft, vertrauenswürdig, nachahmenswert etc befindet und bekundet.

4 Ob 133/16m erging zwar zu einem Fall der persönlichen Empfehlung, es ist daraus aber nicht abzuleiten, dass „Werbung“ nur im Fall einer solchen Empfehlung anzunehmen ist. Eine solche Empfehlung liegt etwa dann bei einer Werbung nicht vor, wenn bloß Reklameflächen zur Verfügung gestellt oder das Auslegen von Werbeprospekten geduldet wird (vgl. *Köhler* in *Köhler/Bornkamm*, UWG³⁵ § 3a Rn 2.51 mwN). Verboten ist Ärzten nach Art 3 WerbeV 2014 aber bereits Werbung, ohne dass zugleich auch der Aspekt einer persönlichen Empfehlung vorliegen müsste.

Dementsprechend vertritt *Karollus* (Grenzen bei der Beratung über Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte, RdM 2006/2, 4), dass eine Information auch durch Werbematerial des Vertreibers (etwa Prospekte) erteilt werden könne, bei derartigen Flyern jedoch die Sachlichkeit kritisch zu hinterfragen sei. Zur Sicherung der Objektivität sei es angezeigt, Werbematerial mehrerer Anbieter auszulegen. Problematisch seien auch Werbeplakate in der Ordination, weil darin eine Identifikation des Arztes mit dem beworbenen Unternehmen liegen könne, auch wenn er in diesem Fall nicht selbst als Werbeträger auftrete. Bedenklich sei ganz allgemein jegliche Form der reklamehaften Anpreisung. Diese Erwägungen gelten nach *Marko/Hofmarcher* (Werben im Internet – Ärzte ohne Grenzen? RdM 2011/62, 85 [88]) auch für Arztwebsites.

5.3. Nach Art 1 f WerbeV 2014 ist dem Arzt jede unsachliche Information verboten (RIS-Justiz RS0120925). Damit sind Äußerungen untersagt, die ungerechtfertigte Erwartungen erwecken, in keinem Zusammenhang mit Eigenschaften der angebotenen Leistung stehen oder keine Erkenntnisse über Qualität und Inhalt der Leistung vermitteln (4 Ob 258/04a; 4 Ob 88/06d; vgl. jüngst 4 Ob 241/16v mwH).

5.4. Zulässige sachliche Information kann demnach im hier interessierenden Zusammenhang umschrieben werden als eine nicht als ungefragte Empfehlung abgegebene, auf die Aufklärung des Patienten gerichtete und dessen Entscheidungsfreiheit wahrende, nicht von sachfremden (etwa dem eigenen Vorteil dienenden) Interessen des Arztes geleitete sowie wahre und wissenschaftlichen Erkenntnissen oder medizinischen Erfahrungen nicht widersprechende Information über eine Leistung (oder deren Erbringer), die im Zusammenhang mit Eigenschaften dieser Leistung (oder ihres Erbringers) steht oder Erkenntnisse über deren Qualität und Inhalt vermittelt, die jedoch keine ungerechtfertigten Erwartungen erweckt und keine marktschreierische, reklamehafte Anpreisung oder Werbung – im Sinne einer bei objektiver Betrachtung im Vordergrund stehenden Absatzförderung von (fremden) Produkten – ist.

6. Geht man von diesen Grundsätzen aus und würdigt die hier zu beurteilenden Sachverhalte in ihrer Gesamtheit (RIS-Justiz RS0078524; RS0078470; RS0078352), ist zu den einzelnen geltend gemachten Verstößen das Folgende auszuführen:

6.1. Zur inkriminierten Internet-Werbung ist von § 4 Z 6 WerbeV 2014 auszugehen, wonach die Einrichtung einer eigenen Homepage oder die Beteiligung an einer fremden Homepage grundsätzlich gestattet sind (vgl auch 4 Ob 254/15d, *Zahnarztwerbung V*). Eine solche Gemeinschaftshomepage liegt hier vor, wobei keine unsachliche oder reklamehafte Anpreisung der Leistungen der Ärzte und des Optikers feststeht. Haupt- und Eventualbegehren gegen alle Beklagten zu diesem behaupteten Verstoß wurden daher von den Vorinstanzen zu Recht abgewiesen.

6.2. Bei den Klebefolien an den Fenstern der Ordination der Drittbeklagten handelt es sich um reine Werbung für den Fünftbeklagten, die außer dem Firmenlogo, dem Namen und den Initialen des Fünftbeklagten sowie dem Wort „Optik“ gar keine Informationen über den Betrieb des Fünftbeklagten vermittelt. In Ansehung von Erst- bis Drittbeklagten ist damit nicht vom Vorliegen des Erlaubnistatbestands des § 4 Z 5 WerbeV 2014 (Information über Leistungen Dritter im Zusammenhang mit der eigenen Leistung) auszugehen.

In Ansehung von Viert- bis Sechstbeklagten war zu erwägen, dass der Unterlassungsanspruch sich auch gegen diejenigen richtet, der einen anderen zu einem wettbewerbswidrigen Verhalten veranlasst, dieses bewusst fördert oder für sich ausnützt (RIS-Justiz RS0079462 [T15]; RS0079765 [T20, T24]), und auf dessen maßgeblichen Willen sie beruht (RIS-Justiz RS0079539). Für die Haftung reicht eine bloß adäquate Verursachung nicht aus, auch der Gehilfe muss sich rechtswidrig verhalten. Er muss daher den Sachverhalt kennen, der den Vorwurf gesetzwidrigen Verhaltens begründet (RIS-Justiz RS0026577; vgl RS0077158, RS0079462) oder zumindest eine diesbezügliche Prüfpflicht verletzen (RIS-Justiz RS0078656; 4 Ob 117/12b).

Wer in diesem Sinne für Ärzte werbend auftritt, hat sich einer gegen das Standesrecht der Ärzte verstoßenden Information zu enthalten und muss die Konkretisierung der im ÄrzteG enthaltenen Begriffe durch die von der ÖÄK erlassene WerbeV 2014 beachten (vgl RIS-Justiz RS0106099). Dass der Werbende es allenfalls unterlassen hat, sich über die maßgeblichen Rechtsvorschriften zu unterrichten, kann ihn nicht entlasten (4 Ob 319/97h). Damit wird der ÖÄK nicht das Recht zugestanden, für jedermann ärztliche

Standesvorschriften zu erlassen, sondern nur sichergestellt, dass die Werbebeschränkungen für Ärzte nicht dadurch umgangen werden, dass Dritte für den Arzt werben (4 Ob 122/12p, *Zahnarztwerbung III* mwN).

Der Fünftbeklagte ist weder Arzt noch hat er für einen solchen geworben. Ein Wettbewerbsverstoß kann ihm daher nur dann angelastet werden, wenn er als Anstifter oder Gehilfe im oben dargestellten Sinn an den Wettbewerbsverstößen von Erst- bis Drittbeklagten teilgenommen hat. Nach den Feststellungen wurde aber nach seinem Auszug auf die Entfernung der ursprünglich zum Geschäft des Fünftbeklagten gehörenden Werbefolien vergessen.

Auch bei der Viert- und der Sechstbeklagten ist nicht ersichtlich, wie sie bei diesem Verstoß werblich tätig geworden sein können, zumal die bloße Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten dafür nicht hinreicht (vgl 4 Ob 14/17p; 4 Ob 34/17d).

In Ansehung von Viert- bis Sechstbeklagten war die Abweisung von Haupt- und Eventualbegehren zu bestätigen; gegenüber Erst- bis Drittbeklagten ist hingegen das Unterlassungsbegehren berechtigt, sodass die Urteile der Vorinstanzen in diesem Umfang im dem Hauptbegehren stattgebenden Sinne abzuändern waren.

6.3. Grundsätzlich das Gleiche gilt für die Werbung durch Klebefolien auf den Autos der Dritt- und der Viertbeklagten. Die Drittbeklagte machte auf ihrem Fahrzeug bloße Werbung ohne sachliche Information sowohl für ihre eigene Ordination als auch für das Geschäft des Fünftbeklagten. Die Viertbeklagte als Zulassungsbesitzerin eines der als Werbeträger dienenden Fahrzeuge und die Sechstbeklagte als geschäftsführende Gesellschafterin der

Viertbeklagten sind zumindest auch für die Ordination von Erst- bis Drittbeklagten und für den Fünftbeklagten werblich tätig geworden, zumal zu den Folien kein über bloße Werbung hinausgehender Inhalt festgestellt wurde. In Bezug auf diese Beklagten ist das Unterlassungsbegehren berechtigt, sodass die Urteile der Vorinstanzen in diesem Umfang im dem Hauptbegehren stattgebenden Sinne abzuändern waren. Zur Verdeutlichung war bei Viert- und Sechstbeklagter klarzustellen, dass die Werbung nur insofern verpönt ist, als sie gemeinsam mit der Werbung für die Ordination der Drittbeklagten erfolgt, womit eine Verknüpfung zwischen deren Werbeangebot und dem des Fünftbeklagten hergestellt wird; soweit Viert- und Sechstbeklagte bloß für den Fünftbeklagten werbend tätig geworden wären, wären sie nicht als Beitragstäter zum Verstoß gegen ärztliche Werbeeinschränkungen anzusehen. Diese Verdeutlichung war im Spruch (Pkt 1, zweiter Anstrich) zum Ausdruck zu bringen.

In Ansehung des Fünftbeklagten fehlen jedoch Feststellungen, inwieweit er an diesen Werbemaßnahmen beteiligt war oder überhaupt davon wusste. Insofern waren die klagsabweisenden Urteile der Vorinstanzen aufzuheben; das Erstgericht wird Feststellungen nachzutragen haben, aufgrund welcher beurteilt werden kann, ob der Fünftbeklagte im oben zu Pkt 6.2. dargestellten Sinne als Beitragstäter an den Wettbewerbsverstößen der anderen Beklagten anzusehen ist.

6.4. Die Anbringung eines Plakats mit Logo des Fünftbeklagten und eines Schaukastens mit Brillen vermittelt keine sachliche Information, sondern ist als reklamehafte Anpreisung und damit bloße Werbung zugunsten des Fünftbeklagten zu beurteilen, die auch aufgrund ihrer örtlichen Lage eine Identifikation des Arztes mit dem beworbenen Unternehmen nahelegt, auch wenn er in diesem

Fall nicht selbst als Werbeträger auftritt (vgl. *Karollus*, RdM 2006/2, 4 [bei FN 31]). Bedenken im Hinblick auf Art 10 EMRK hegt der erkennende Senat nicht (vgl. 4 Ob 58/16g, *Zahnarztwerbung VI*).

Auch hier (vgl. oben Pkt 6.2.) ist bei der Viert- und der Sechstbeklagten nicht ersichtlich, wie sie bei diesem Verstoß werblich tätig geworden sein können, zumal die bloße Vermietung von Geschäftsräumlichkeiten dafür nicht hinreicht (vgl. 4 Ob 14/17p; 4 Ob 34/17d).

In Ansehung von Viert- und Sechstbeklagter war die Abweisung von Haupt- und Eventualbegehren zu bestätigen; gegenüber Erst- bis Drittbeklagten ist hingegen das Unterlassungsbegehren berechtigt, sodass die Urteile der Vorinstanzen in diesem Umfang im dem Hauptbegehren stattgebenden Sinne abzuändern waren.

In Ansehung des Fünftbeklagten fehlen aber auch hier Feststellungen, inwieweit er an diesen Werbemaßnahmen beteiligt war oder überhaupt davon wusste. Insofern waren die klagsabweisenden Urteile der Vorinstanzen aufzuheben; das Erstgericht wird Feststellungen nachzutragen haben, aufgrund welcher beurteilt werden kann, ob der Fünftbeklagte im oben zu Pkt 6.2. dargestellten Sinne als Beitragstäter an den Wettbewerbsverstößen von Erst- bis Drittbeklagten anzusehen ist.

6.5. In Bezug auf die Werbefolder eines einzigen Optikers – dass Werbefolder anderer Optiker aufgelegt wären, wurde nicht festgestellt – liegt sowohl im Auslegen und Anbieten, als auch im ungefragten Einlegen derartiger Werbemittel für das Unternehmen des Fünftbeklagten in Rezepten eine verpönte Werbung, die im Lichte der Entscheidung 4 Ob 133/16m zudem Empfehlungscharakter aufweist.

Der Fünftbeklagte war nach den Feststellungen an dieser verpönten Werbung als Beitragstäter beteiligt, indem er die Werbeflyer auslegte und damit in Kooperation mit Ärzten Werbung betrieb, ersichtlich ohne sich selbst darüber zu informieren, ob diesen eine solche Werbung überhaupt erlaubt ist.

Auch hier (vgl oben Pkt 6.2.) ist bei der Viert- und der Sechstbeklagten als bloßen Vermietern (vgl 4 Ob 14/17p; 4 Ob 34/17d) nicht nachvollziehbar, wie sie bei diesem Verstoß werblich tätig geworden sein können.

In Ansehung von Viert- und Sechstbeklagter war die Abweisung von Haupt- und Eventualbegehren zu bestätigen; gegenüber Erst- bis Dritt- sowie Fünftbeklagten ist hingegen das Unterlassungsbegehren berechtigt, sodass die Urteile der Vorinstanzen in diesem Umfang im dem Hauptbegehren stattgebenden Sinne abzuändern waren.

6.6. Warum das Anbringen von Schildern im Haus durch die Drittbeklagte und den Fünftbeklagten, die zugleich auf die Gruppenpraxis der Drittbeklagten und den Optikerbetrieb des Fünftbeklagten („Optikermeister im Augenzentrum *****“) im Haus hinweisen und damit der Orientierung im Haus dienen, eine unlautere Werbung sein soll, vermag die Revision nicht nachvollziehbar darzulegen. Das im Rechtsmittel erstmals erstattete Vorbringen zu einem Verstoß gegen die – überdies nur Ordinationsschilder im Sinne des § 56 Abs 1 Z 3 ÄrzteG („Art und Form der äußeren Bezeichnung der ärztlichen Ordinationsstätten“) betreffende – Schilderordnung verstößt gegen das Neuerungsverbot; auf diese Rechtsgrundlage hat sich die Klägerin in erster Instanz nicht gestützt (RIS-Justiz RS0129497).

Welcher werbliche Charakter der Beschriftung eines Hausbrieffachs zukommen soll, ist nicht

nachvollziehbar. Haupt- und Eventualbegehren gegen alle Beklagten zu diesem behaupteten Verstoß wurden von den Vorinstanzen zu Recht abgewiesen.

6.7. Dass die Beklagten verpönte Empfehlungen abgegeben hätten, ist dem festgestellten Sachverhalt nicht zu entnehmen. Auch zu diesem behaupteten Verstoß wurden Haupt- und Eventualbegehren gegen alle Beklagten von den Vorinstanzen zu Recht abgewiesen.

7. Nicht ersichtlich ist, warum die beanstandeten Handlungen aggressive Geschäftspraktiken iSd § 1a UWG sein sollen. Es liegen keine Umstände vor, welche die Rationalität oder Freiheit der Entscheidung der Verbraucher vollständig in den Hintergrund treten ließen (RIS-Justiz RS0130684).

8. Wegen der Aufhebung der Entscheidungen betreffend einen Teil des Unterlassungsbegehrens kann über das Veröffentlichungsbegehren nicht abschließend entschieden werden. Ein Teilurteil ist hier nicht zweckmäßig, weil mit einer weiteren Veröffentlichung nach Vorliegen des Endurteils zusätzliche Kosten verbunden wären, die bei einer gemeinsamen Veröffentlichung nicht anfallen (4 Ob 30/17s, 4 Ob 162/16a). Das Erstgericht wird daher im fortgesetzten Verfahren über das gesamte Veröffentlichungsbegehren zu entscheiden haben.

8. Gegen die Abweisung des Zahlungsbegehrens und des Rechnungslegungsbegehrens, welche nach den Begründungen der Vorinstanzen nicht allein wegen Vertretbarkeit der Rechtsauffassung der Beklagten erfolgte, führt die Revision inhaltlich nichts ins Treffen, sodass darauf nicht mehr einzugehen war. Der Grundsatz, dass bei Bekämpfung der rechtlichen Beurteilung die Gesetzmäßigkeit des Urteils nach allen Richtungen zu prüfen ist, gilt dann

nicht mehr, wenn ein Tatbestand von mehreren selbständigen rechtserzeugenden Tatsachen abgeleitet wird und sich die Rechtsausführungen nur auf eine dieser Tatsachen, nicht aber auch auf die anderen beziehen; die rechtliche Überprüfung einer Entscheidung durch das Rechtsmittelgericht erfolgt nur insoweit, als im Rahmen einer Rechtsrüge Rechtsfragen zu (selbstständigen) Ansprüchen und Einwendungen ausgeführt worden sind (RIS-Justiz RS0043338 [insb T20]).

9. Zusammengefasst waren daher die Entscheidungen der Vorinstanzen in Ansehung der Verstöße 2 bis 5 (Klebefolien auf Ordinationsfenstern, Klebefolien auf Kraftfahrzeugen, Plakate und/oder Schaukästen in der Ordination, Werbeflyer) betreffend Erst- bis Drittbeklagte im Sinne eines klagsstattgebenden Teilurteils abzuändern, in Ansehung des Verstoßes 3 (Klebefolien auf Kraftfahrzeugen) auch betreffend Viert- und Sechstbeklagte, in Ansehung des Verstoßes 5 (Werbeflyer) auch betreffend den Fünftbeklagten. Letzteren betreffend waren die Entscheidungen über die Verstöße 3 und 4 (Klebefolien auf Kraftfahrzeugen und Plakate und/oder Schaukästen in der Ordination) aufzuheben. Im Übrigen waren die klagsabweisenden Entscheidungen der Vorinstanzen zu bestätigen.

10. Der Kostenvorbehalt in Ansehung des Teilurteils gründet in § 392 Abs 2 iVm § 52 Abs 4 ZPO, im Übrigen in § 52 Abs 1 letzter Satz ZPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 24. August 2017
Dr. V o g e l
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: