

insbesondere bei einem finanziellen Interesse – überschritten sein.

1.4. Der Hinweis auf eine einschlägige deutsche Entscheidung (I ZR 111/08, Hörgeräteversorgung II, GRUR 2011, 345) hilft der Klägerin nicht weiter.

Zwar hat der BGH dort aufgrund eines generellen Verbots des „Verweisens“ von Patienten an Gewerbetreibende das (aktive) Empfehlen von bestimmten Hörgeräteakustikern als unlauter angesehen. Dabei ist aber zunächst zu beachten, dass es nach deutschem Recht beim Rechtsbruchtatbestand nicht auf die Vertretbarkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht ankommt, sondern auf deren Richtigkeit (Köhler/Bornkamm, UWG34 [2016] § 3a Rz 1.44 mwN). Dies führt im Regelfall zu einer strengeren Beurteilung des beanstandeten Verhaltens. Zudem stellte der BGH auch in dieser Entscheidung klar, dass Empfehlungen aufgrund von Fragen der Patienten zulässig seien, und zwar auch solche zum Preis-Leistungs-Verhältnis (Rz 32 f). Frage der Patient um eine Empfehlung, sei es seine eigene Entscheidung, sich bei der Ausübung seiner Wahlfreiheit beeinflussen

zu lassen. Dann sei es dem Arzt nicht zuzumuten, eine Empfehlung zu verweigern oder wider besseren Wissens außer dem seines Erachtens besten Anbieter weitere alternative Versorgungsmöglichkeiten anzugeben, die er für weniger geeignet halte.

Gleiches gilt im österreichischen Recht. Ein solches Verhalten kann umso weniger als unvertretbarer Verstoß gegen das Verbot ärztlicher Werbung für Dritte angesehen werden.

1.5. Im konkreten Fall antwortete der Beklagte auf Fragen seiner Patienten, er zog aus seinen Empfehlungen keinen Vorteil, andere sachfremde Motive wurden weder konkret behauptet, noch stehen sie fest. Der Beklagte konnte sein Verhalten daher in vertretbarer Weise als nach § 4 Z 5 WerbeVO 2014 zulässige Information ansehen. Das Hauptbegehren muss daher scheitern.

2. Auch die Eventualbegehren sind nicht berechtigt.

Eine Pflicht zur Gleichbehandlung der im Ort ansässigen Optiker kann aus dem allgemeinen Lauterkeitsrecht nicht abgeleitet

werden. Vielmehr muss es dem Arzt freistehen, auf Fragen seiner Patienten eine seiner ärztlichen Überzeugung entsprechende Antwort zu geben. Darin liegt weder eine Behinderung der Klägerin noch eine unzulässige Beeinflussung der nach einem Rat fragenden Patienten. Ein konkretes Vorbringen zur Irreführung der Patienten hat die Klägerin nicht erstattet.

3. Aus diesen Gründen hat die Revision des Beklagten Erfolg. Das angefochtene Urteil ist dahin abzuändern, dass die zur Gänze abweisende Entscheidung des Erstgerichts wiederhergestellt wird. Die diese Entscheidung tragenden Erwägungen können wie folgt zusammengefasst werden:

Das Werbeverbot in § 3 der Verordnung Arzt und Öffentlichkeit 2014 kann in vertretbarer Weise dahin ausgelegt werden, 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, beruhen würde.“ ▶

Quelle: OGH GZ 40b133/16m



FOTO: K. TRUMMER

## „Erleichterung bei den Augenärzten“

Von Dr. Gabriela Seher

**W**ichtig am OGH-Urteil zum „Shop in der Ordi“ ist: Die gemeinsame Nutzung von Räumlichkeiten ist erlaubt und erfüllt nicht den Tatbestand des widerrechtlichen Wettbewerbs. Auch bei den aufliegenden Gutscheinen sah der Oberste Gerichtshof keine Wettbewerbsverzerrung – voraus-

gesetzt auch anderen Augenoptikern wäre nicht verboten gewesen dort Gutscheine aufzulegen – auch wenn dies gar nicht versucht wurde.

Aber Achtung: Vorsicht bei Gutscheinen. Wenn dies auch nicht ausjudiziert ist, ist die persönliche Übergabe von Gutscheinen durch Arzt oder Mitarbeiter, als sehr bedenklich einzustufen.

Das OGH-Urteil zu Empfehlungen eines bestimmten Optikers durch den Augenarzt legt klar fest: Der Augenfacharzt darf auf Nachfrage des Patienten nach seinem besten Wissen und Gewissen und seiner Erfahrung einen Augenoptiker empfehlen – vorausgesetzt er zieht daraus keinen wirtschaftlichen Vorteil.

Vorsicht ist jedenfalls geboten bei ungefragten Empfehlungen! Und besondere Vorsicht ist geboten bei Empfehlungen zu einem Augenoptiker, der in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis zum Augenarzt steht. Geht man streng nach der Richtlinie „Öffentlichkeit und Arzt“ vor, ist die Information über die Zusammenarbeit

mit Gewerbeberufen zulässig. Der Augenarzt darf also den Patienten darüber informieren, dass er mit dem Augenoptiker im Haus, an dem er gegebenenfalls beteiligt ist, zusammenarbeitet. Explizit ausgesprochene Empfehlungen – und schon gar nicht ungefragte – sind definitiv zu vermeiden. Ein absolutes „no go“ ist ein Schlechtmachen der Leistungen anderer Augenoptiker im Vergleich.

Diese Entscheidung hat bei den Augenärzten für große Erleichterung gesorgt. So oft werden wir von den Patienten gefragt: „Frau Doktor, ich kenn mich ja net aus: Wohin soll ich denn gehen?“ Auf diese Fragen, nicht antworten zu dürfen, hätte bei den Patienten Befremden ausgelöst. Diese beiden OGH-Urteile sind zugunsten der beklagten Augenärzte ausgefallen. Dies lässt uns hoffen, dass die Klagsfreudigkeit der Augenoptiker nun entscheidend nachlässt. Unerfreulich für uns Augenärzte ist auch die Tatsache, dass die Wirtschaftskammer diese Klagen zumindest teilweise unterstützt und wir als Kontaktlinsenoptiker daher diese Klagen gegen uns auch noch mitfinanzieren durften. ▶

# „Im Namen der Republik“ – NUMMER 2

## OGH-Urteil zur räumlichen Nähe

Die gemeinsame Nutzung von Räumlichkeiten und Refraktionseinheit durch Augenfacharzt und Augenoptiker war den benachbarten Optikern ein Dorn im Auge. Sie sahen darin den Tatbestand des widerrechtlichen Wettbewerbs. Weiters wurde geklagt wegen aufliegenden Gutscheinen in der Einheit des Augenarztes für den angeschlossenen Optiker sowie wegen einer Empfehlung der Ordinationsassistentin, eben diesen Augenoptiker aufzusuchen. Eine Einkaufsgemeinschaft der Augenoptiker klagte den betreffenden Augenfacharzt. Nach jahrelangem Instanzenzug folgte das für die Augenfachärzte erleichternde OGH-Urteil.

Auch die Tatsache, dass den Augenfachärzten von den Augenoptikern und deren politischen Vertretern Detektive in die Ordinationen geschickt wurden (und werden?) ist nicht unbedingt vertrauensfördernd. (Und das zusätzlich zu den Detektiven der Krankenkassen im Zuge des „Mystery shoppings“!) Die Grenze des Erträglichen ist ohnehin schon längst überschritten.

Ein Prozess, der den beiden vorigen ähnlich ist, läuft noch in Wien. Das erstinstanzliche Urteil wurde bereits zu Gunsten des Augenfacharztes ausgesprochen. Aus Erfahrung wissen wir aber, dass erst nach der Obersten Instanz Rechtssicherheit besteht. Schön wäre es, wenn auf einen weiteren nervenaufreibenden Instanzenzug von Seiten des Augenoptikers und der Augenoptikerinnung verzichtet wird.

Auf dass Augenärzte und Augenoptiker wieder friedlich und gemeinsam im Interesse der Patienten zusammenarbeiten können! Einzelne Signale aus der Innung sind positiv und die Sterne stehen somit günstig! ▶

### Auszüge aus der Rechtlichen Beurteilung

1.2. In der Entscheidung 4 Ob 352/76 (ÖBl 1977, 35) wurde die Kooperation eines Augenarztes mit einem im selben Haus tätigen Optiker in der Weise, dass Patientenrezepte über Rohrpost diesem Optiker zugeleitet wurden, als unlauter beurteilt.

Der hier gegebene Sachverhalt ist jedoch anders gelagert. Hier leitet die Klägerin aus der „Ausnahmesituation“ der Patienten des Erstbeklagten sowie aus dem mit ihm bestehenden Vertrauensverhältnis im Zusammenhang mit den räumlichen Verhältnissen das Vorliegen von besonderen Umständen ab, die zum unlauteren Behinderungswettbewerb führen.

Weder das eine noch das andere behindert jedoch die Patienten in ihrer Entscheidungsfreiheit hinsichtlich der Wahl des Optikers. Es ist ja nicht der Regelfall, dass unmittelbar nach Verlassen der Arztordination die unaufschiebbare Notwendigkeit oder der nicht zu beherrschende Drang besteht, sofort eine Brille oder einen sonstigen Sehbehelf kaufen bzw. bestellen zu müssen. Eine lauterkeitsrechtlich relevante Beschränkung der Entscheidungsfreiheit der Patienten des Erstbeklagten kann daher dem klagsgegenständlichen Sachverhalt nicht entnommen werden (vgl auch 4 Ob 158/12g – Apotheken-Sammelbestellung für Seniorenheimbewohner).

1.3. Auch ein „Abfangen“ von Kunden kann durch die räumliche Nahebeziehung der Beklagten nicht erblickt werden, zumal die Patienten des Erstbeklagten nicht daran gehindert werden, andere Optiker-geschäfte als jenes des Zweitbeklagten aufzusuchen (vgl 4 Ob 1/13w – Zulässigkeit von Werbung in unmittelbarer Nähe des Geschäfts eines Mitbewerbers, soweit kein gezieltes Abfangen von Kunden vorliegt).

1.5. Dass aus der bloßen Patientenstellung und aus dem Vertrauensverhältnis zum Erstbeklagten grundsätzlich keine Einschränkung der Entscheidungsfreiheit der Patienten resultiert, wurde bereits ausgeführt.

Auch der Umstand der im Wartebereich des Erstbeklagten angebrachten Videokamera (welche den Verkaufsraum des Zweitbeklagten nicht im Blickfeld hat) kann eine solche nicht begründen, sind doch heutzutage derartige Kameras (besonders im öffentlichen Raum) nahezu allgegenwärtig und werden im Allgemeinen nicht als die Entscheidungs- oder Verhaltensfreiheit einschränkend empfunden. Die Vorinstanzen haben daher zutreffend auch das Vorliegen einer aggressiven Geschäftspraktik gemäß § 1a UWG verneint.

2.3. Der Beurteilung des Berufungsgerichts, dass die hier gegebene räumliche Nähe zwischen Arzt und Optiker keine Werbemaßnahme des Erstbeklagten für den Zweitbeklagten darstelle, ist beizutreten. Die festgestellte Raumsituation (getrennte Eingänge, die in ihrer Beschriftung auf Zugänge zu verschiedenen Unternehmen hinweisen, samt Durchgangsmöglichkeit aus dem Optikerraum in den Wartebereich der Ordination, gemeinsame Nutzung der Refraktionseinheit) stellt noch keine Propaganda des Arztes für den Optiker dar. Wenn sich Patienten der Einfachheit halber (um sich einen weiteren Weg zu ersparen) nach der Behandlung oder Kontrolle durch den Erstbeklagten zwecks Anschaffung eines Sehbehelfs zum Zweitbeklagten begeben, liegt dies naturgemäß in den räumlichen Verhältnissen an sich, nicht aber in einer „Werbung“ des Erstklägers. Die beschriebene Raumsituation lässt es auch nicht zu, von einer „gemeinsamen Praxis“ der Beklagten aus Sicht der Kunden/Patienten zu sprechen, zumal etwa ein gemeinsamer Empfang/Sekretariat oder ein gemeinsamer Außenauftritt fehlt.

3.1. Anders ist jedoch der von der Klägerin behauptete Sachverhalt zu beurteilen, wonach die Ordinationshilfe des Erstklägers Patienten hinsichtlich weiterer Fragen bei Sehhilfen an den Zweitbeklagten (und nicht an irgendeinen Optiker) verweise. Darin wäre zweifellos eine gegen die genannte Richtlinie verstößende Werbung des Erstbeklagten für den Zweitbeklagten zu sehen. ▶

Quelle: OGH GZ 40b34/14z