



Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Lektor für IT-Law an der Fachhochschule des bfi Wien. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern. Mag. Streit ist Vizepräsident der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit.

## *Empfehlung durch Augenarzt gegenüber Patienten zulässig?*

- 1. Ein Arzt darf nach der VO Arzt und Öffentlichkeit 2014 der ÖÄK Patienten jedenfalls Betriebe und deren Leistungen nennen. Es ist dem Arzt auch nicht verboten, diese Leistungen im Fall einer darauf gerichteten Frage zu bewerten. Die Grenze zur jedenfalls unzulässigen Werbung wird erst bei Empfehlung bestimmter Betriebe ohne darauf bezogene Frage des Patienten oder bei sachfremden Motiven – insbesondere bei einem finanziellen Interesse – überschritten.**
- 2. Eine Pflicht zur Gleichbehandlung aller im Ort ansässigen Optiker durch einen Augenarzt besteht nicht. Es steht ihm frei, auf Fragen seiner Patienten eine seiner ärztlichen Überzeugung entsprechende Antwort zu geben. Darin liegt weder eine Behinderung der nicht vom Arzt genannten Optiker, noch eine unzulässige Beeinflussung der nach einem Rat fragenden Patienten.**

OGH, 30.08.2016, 4 Ob133/16m - *Optikerempfehlung*

Rechtsgrundlagen: § 3 der Verordnung Arzt und Öffentlichkeit 2014, WerbeVO 2014 der Österreichischen Ärztekammer; § 1 UWG

### **Au dem Sachverhalt:**

Die Klägerin ist Optikerin, der Beklagte ist Facharzt für Augenheilkunde. Fragen ihn Patienten nach einem Optiker für die von ihm verordneten Brillen, empfiehlt er nicht die Klägerin, sondern in der Regel einen anderen Optiker im Ort. Hat er den Eindruck, dass die Patienten nur begrenzte Mittel für eine neue Brille ausgeben wollen oder können, rät er ihnen, zu einem „billigeren Optiker“ zu gehen, was die Patienten meist auf eine bestimmte Optikerkette beziehen.

Der Augenarzt äußerte sich nie negativ über die Klägerin. Seine Empfehlungen waren meistens sachlich bedingt, etwa durch die Produktvielfalt oder bestimmte

Leistungen, die nur der andere Optiker anbot. Motiv seiner Empfehlungen war immer das Patientenwohl; der Beklagte meinte, dass der andere Optiker eine größere Auswahl habe und die Brillen besser einschleife. Er bezog keinen Vorteil aus seinen Empfehlungen.

Wenn Patienten ihre Brillen dennoch von der Klägerin bezogen und dem Beklagten dann erzählten, dass sie mit deren Leistung nicht zufrieden seien, ärgerte ihn das zwar, er ließ das die Patienten aber höchstens durch einen Ausdruck der Verwunderung merken. Er behandelte sie deswegen nicht schlechter und machte ihnen auch keine Vorwürfe.

Die Klägerin beantragte, dem Beklagten zu verbieten, im Zusammenhang mit der Verordnung von Sehhilfen gegenüber Patienten Empfehlungen für einen bestimmten Augenoptikbetrieb, Mitbewerber abzugeben, hilfsweise den Wettbewerb unter den Augenoptikern in bestimmten politischen Bezirken dadurch zu behindern, dass er Werbung für einen bestimmten Augenoptikbetrieb, insbesondere für bestimmte Mitbewerber betreibt, hilfsweise Patienten beim Kauf einer Sehhilfe durch Werbung für einen bestimmten Augenoptikbetrieb, insbesondere bestimmte Mitbewerber zu beeinflussen, hilfsweise schließlich die Marktteilnehmer durch eine Werbung für einen bestimmten Augenoptikbetrieb, insbesondere für bestimmte Mitbewerber irreführen.

Der Beklagte sei verpflichtet, alle örtlichen Optiker gleich zu behandeln; durch die Empfehlung behindere er die Klägerin und nutze eine „Machtposition“ gegenüber seinen Patienten aus. Bei den Empfehlungen des Beklagten handle es sich um Werbung, nicht um bloße Information. Die Klägerin stützt sich unter Hinweis auf die Entscheidung 4 Ob 34/14z auf einen Verstoß des Beklagten gegen das standesrechtliche Verbot der Werbung für Dritte (Rechtsbruch), hilfsweise auf Behinderungswettbewerb, „unzulässige Beeinflussung“ und Irreführung.

Der Beklagte erwiderte, er lasse sich ausschließlich vom Patienteninteresse leiten. Einen bestimmten Op-

tiker nenne er nur auf diesbezügliche Fragen. Standesrechtlich sei nur die Werbung für Dritte verboten, nicht eine sachliche Information.

Das Erstgericht wies das Haupt- und die Eventualbegehren ab. Es sei vertretbar, das beanstandete Verhalten nicht als Werbung, sondern als zulässige Beratung (Information) der Patienten zu werten. Konkrete Behauptungen zu einer Irreführung lägen nicht vor; eine aggressive Geschäftspraktik sei nicht erkennbar.

Das Berufungsgericht hingegen gab der Klägerin Recht. Nach der von der Ärztekammer erlassenen VO „Arzt und Öffentlichkeit 2014“ (idF WerbeVO 2014) sei die „Werbung“ für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber untersagt. Hingegen sei die „Information“ über gewerbliche Leistungen oder Gewerbebetriebe, sofern sie im Zusammenhang mit der eigenen Leistung stehen, gestattet. Damit wäre das Nennen möglicher Bezugsquellen für Sehhilfen an sich zulässig; eine unzulässige Werbung läge nur bei anderen als sachlich-fachlichen Motiven vor. Der Oberste Gerichtshof habe jedoch zu 4 Ob 34/14z entschieden, dass schon das Verweisen von Patienten an einen bestimmten Optiker eine standesrechtlich unzulässige Werbung sei. Auf dieser Grundlage sei das Hauptbegehren berechtigt, weil der Beklagte regelmäßig solche Empfehlungen ausspreche.

#### Aus der rechtlichen Beurteilung:

Die Rechtslage bedarf wegen der Änderung der dem Begehren zugrunde liegenden standesrechtlichen Bestimmungen einer Klarstellung.

Die Klägerin stützt sich auf einen Verstoß des Beklagten gegen ein (standesrechtliches) Werbeverbot. Ein solcher Verstoß ist – wie auch sonst die Verletzung genereller Normen (4 Ob 225/07b, *Wiener Stadtrundfahrten*) – nur dann unlauter, wenn er auf einer unververtretbaren Rechtsansicht beruht; maßgebend für die Beurteilung dieser Frage sind der Wortlaut der jeweiligen Bestimmung und die Praxis der für deren Auslegung primär zuständigen Organe (4 Ob 254/15d, *Zahnarztwerbung I*). Zu prüfen ist daher nicht die Richtigkeit, sondern die Vertretbarkeit der dem beanstandeten Verhalten zugrunde liegenden Rechtsansicht.

Die für das vorliegende Verfahren relevanten Bestimmungen 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) lauten wie folgt:

§ 3. *Unzulässig ist die Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber. Zulässig ist 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 Berufes.*

§ 4. *Im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufs sind der Ärztin (dem Arzt), sofern die Inhalte dieser Verordnung entsprechen, insbesondere gestattet [...]*

5. *die Information über gewerbliche Leistungen oder Gewerbebetriebe, sofern sie im Zusammenhang mit der eigenen Leistung stehen [...].*

Diese Bestimmungen weichen von der Vorgängerregelung in der WerbeRL 2004 ab, die der Entscheidung 4 Ob 34/14z (*Shop in Ordination*) – ob zutreffend oder nicht – zugrunde lag. Nach deren Art 1 war dem Arzt eine „das Ansehen der Ärzteschaft beeinträchtigende Information“ untersagt; darunter war nach Art 3 lit d WerbeRL 2004 insbesondere eine „Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber“ zu verstehen. Eine Ausnahme in Bezug auf eine bloße „Information“ der Patienten gab es dabei nicht. Daraus war ein weiter Werbebegriff abzuleiten, der jedes Empfehlen eines bestimmten Optikers erfasste.

Die WerbeVO 2014 schränkt diesen Werbebegriff erkennbar ein. Der unzulässigen „Werbung“ steht jetzt die zulässige „Information“ (auch) über Gewerbebetriebe, die Heilmittel anbieten, gegenüber. Damit darf der Arzt jedenfalls Betriebe und deren Leistungen nennen. Weiters ist der Bestimmung nicht zu entnehmen, dass der Arzt diese Leistungen im Fall einer darauf gerichteten Frage nicht auch bewerten dürfte. Schutzzweck des Werbeverbots ist in erster Linie die Entscheidungsfreiheit des Patienten: 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 – vorbehaltlich anderslautender Entscheidungen der für die Auslegung der WerbeVO primär zuständigen Organe – kein Anlass, jede diesbezügliche Auskunft von vornherein als standeswidrig anzusehen. Vielmehr legt es das Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und Patient 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.

Der Hinweis auf eine einschlägige deutsche Entscheidung (I ZR 111/08, *Hörgeräteversorgung II*) 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*, UWG<sup>34</sup> [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 besseres Wissen 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.

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.

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 erstatet.

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, beruhte.**

#### Anmerkung:

Dieser Fall bot dem OGH Gelegenheit, seine Rechtsprechung zur Verordnung „Arzt und Öffentlichkeit“ der Österreichischen Ärztekammer nach dem Inkrafttreten der Änderungen durch die WerbeVO 2014 anzupassen. Hatte der OGH noch in seiner Entscheidung vom 17.7.2014 (4 Ob 34/14z – *Shop in Ordination*) ausgesprochen, dass auch die Empfehlung (einer Mitarbeiterin) eines Augenarztes an einen Patienten, sich für weitere Fragen in Bezug auf eine Brille an den Optiker zu wenden, eine standesrechtlich unzulässige und damit auch nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) unlautere Werbung des Augenarztes wäre, ergab sich nun durch die Änderung der Verordnung „Arzt und Öffentlichkeit“ die Gelegenheit zur (notwendigen) Klarstellung dieser Rechtsprechung. War bis 30.6.2014 Ärzten nach ihren standesrechtlichen Vorschriften „*Werbung für Arzneimittel, Heilbehelfe und sonstige medizinische Produkte sowie für deren Hersteller und Vertreiber*“ verboten, so gestattet die VO Arzt und Öffentlichkeit in der Fassung der WerbeVO 2014 Ärzten nun im Zusammenhang mit der Ausübung ihres Berufs explizit „*die Information über gewerbliche Leistungen oder Gewerbebetriebe, sofern sie im Zusammenhang mit der eigenen Leistung stehen*“.

Die Annahme eines weiten Begriffes des Wortes „Werbung“, der auch Empfehlungen von Ärzten (oder Ordinationsmitarbeitern) auf Patientenfragen hin umfasste, ist demnach nicht mehr aufrecht zu erhalten. Das bedeutet freilich nicht, dass es Ärzten oder deren Mitarbeitern offen stünde, ungefragt Empfehlungen über Produkte und/oder Dienstleistungen von Gewerbetreibenden abzugeben. Werden sie jedoch gefragt, dürfen sie entsprechend antworten. Auch dabei ist aber eine Grenze zu beachten: sachfremde Motive, in erster Linie ist dabei an finanzielle oder sonstige Vorteile für den Arzt zu denken, dürfen für die Empfehlung nicht ausschlaggebend sein – was sich aber von selbst versteht.

Der OGH sprach allerdings nicht über die Richtigkeit der Rechtsansicht des hier beklagten Augenarztes ab, sondern bloß darüber, ob er die für ihn geltenden standesrechtlichen Vorschriften in einer Weise verstanden hat oder verstehen durfte, die vertretbar ist. Über die Richtigkeit dieser Auffassung sagt die Entscheidung des OGH daher auch nichts aus. Dieser weist vielmehr darauf hin, dass seine Entscheidung „*vorbehaltlich anderslautender Entscheidungen der für die Auslegung der WerbeVO primär zuständigen Organe*“, also der Standesvertretung der Ärzte ergangen ist. Liegt einschlägige standesrechtliche Rechtsprechung vor, kommt die Berufung auf eine davon abweichende vertretbare Rechtsansicht nach ständiger Rechtsprechung des OGH nicht mehr in Betracht (z.B. 4 Ob 101/09w).

Sollte die Standesvertretung in einem allfälligen Verfahren nach dem Standesrecht die Sache anders beurteilen, fiel daher auch die Annahme der Vertretbarkeit der hier beanstandeten Handlung weg. Nach dem geschilderten Sachverhalt ist jedoch nicht anzunehmen, dass ein Verfahren nach dem ärztlichen Standesrecht ein anderes Ergebnis brächte. Bei ähnlich gelagerten Fällen wird es daher sehr entscheidend auf Sachverhaltsdetails ankommen.

Unverändert gilt weiterhin, dass sich ein Arzt in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht jedenfalls auch Handlungen der für ihn tätigen Personen zurechnen lassen müsste. Handeln diese wettbewerbswidrig und gäben diese etwa standesrechtlich (und damit wettbewerbsrechtlich) unzulässige Empfehlungen ab, müsste der sie beschäftigende Arzt dafür haften (OGH 4 Ob 34/14z). Und das gilt nicht nur für Äußerungen, die während des Ordinationsbetriebes abgegeben werden, sondern auch außerhalb desselben (daher etwa auch bei „privaten“ Äußerungen über Social Media).



978-3-7083-1027-5,  
384 Seiten, broschiert,  
€ 26,80

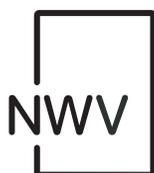
**Hansjörg Hofer (Hg.)**

## **Alltag mit Behinderung** **Ein Wegweiser für alle Lebensbereiche** **10., aktualisierte Auflage**

Dieses Buch soll Menschen mit Behinderungen, ihren Angehörigen, Freunden und Bekannten sowie allen weiteren Interessierten einen Überblick über die Rechte, Begünstigungen, Möglichkeiten und Ansprüche behinderter Menschen bieten.

ExpertInnen geben Hilfestellungen zu folgenden Themen: Kindheit | Ausbildung | Arbeit | Steuern und Gebühren | Mobilität | hindernisfreies Bauen | Wohnen | Soziale Sicherheit | Pflegevorsorge | Sachwalterschaft, Unterbringung, Bewohnerrechte | Diskriminierungsschutz | UN-Behindertenkonvention

Das Werk enthält überdies einen umfangreichen, aktualisierten Serviceteil mit Adressen, Telefonnummern, E-Mail-Adressen und Webpages einschlägiger Organisationen und Einrichtungen.



**Neuer Wissenschaftlicher Verlag – NWV**

Faradaygasse 6, 1030 Wien

**Bestellungen:** Tel.: +43 2236 63535 246, Fax: +43 2236 63535 243,  
E-Mail: [gabriela.atlas@medien-logistik.at](mailto:gabriela.atlas@medien-logistik.at) oder unter [www.nwv.at](http://www.nwv.at)