



© WILKE, Wien

Mag. Georg Streit

ist Partner bei Höhne, In der Maur & Partner Rechtsanwälte, Wien. Er ist Vortragender an der Universität Wien sowie Vorstandsmitglied der österreichischen Liga für Kinder- und Jugendgesundheit. Er publiziert regelmäßig in Fachzeitschriften und juristischen Büchern.

Aktuelles in Kürze

Bleaching von Zähnen nur bei Zahnärzten!

OGH 26.3.2019, 4 Ob 211/18k

Ein Kosmetikinstitut bot verschiedene Kosmetikdienstleistungen, darunter auch Zahnbleaching – ohne Peroxyd – an. Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter des Kosmetikinstituts ist ein Zahnarzt, der auch praktischer Arzt ist. Dieser und das Kosmetikinstitut schalteten ein ganzseitiges Inserat in einer Zeitschrift, in dem Zahnbehandlungen durch den Arzt und kosmetische Behandlungen wie Haarentfernung, Tattoo-Entfernung, die Entfernung von Alters- und Pigmentflecken, Anti-Aging Gesichtsbearbeitungen und Zahnbleaching durch das Kosmetikinstitut unter dem durchaus programmatischen Titel „Medical meets Beauty“ beworben wurden.

Der Arzt und das Kosmetikinstitut verstießen damit nach Ansicht der Zahnärztekammer gegen eine ganze Reihe von Standesregeln für Zahnärzte. Nach den Werberichtlinien für Zahnärzte¹ dürfen diese ihre Leistungen in Printmedien maximal im Ausmaß einer Viertel-seite bewerben. Zahnärztliche Leistungen dürfen auch nicht gemeinsam mit Leistungen, die in keinem Zusammenhang mit zahnmedizinischer Behandlung stehen, beworben werden. Diesbezüglich sind die Werberichtlinien der Zahnärztekammer strenger als jene der Ärztekammer. Der Hauptvorwurf war aber das Anbieten einer nach § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG Zahnärzten vorbehaltenen Tätigkeit, nämlich eines kosmetischen und ästhetischen Eingriffs an den Zähnen, des Bleaching's des Zähne. Dieses erfordert nämlich eine zahnärztliche Untersuchung und Diagnose. Diese Leistung wurde aber laut Inserat nicht vom (mitbeklagten) Zahnarzt, sondern vom Kosmetikinstitut angeboten. Indem der Arzt dies (auch als Geschäftsführer des Kosmetikinstituts) ermöglichte, wurde er als Mittäter neben dem Kosmetikinstitut mit auf Unterlassung gerichteter Klage in Anspruch genommen.

Der OGH setzte sich mit sich aus diesem Sachverhalt ergebenden Rechtsfragen auch unter Verweis auf die zu ähnlichen Sachverhalten ergangene Rechtsprechung ausführlich auseinander. Er bestätigte, dass Werbebeschränkungen für Ärzte oder Zahnärzte grundsätzlich, auch unter Berücksichtigung des europäischen Unionsrechts, zulässig sind. Auch wenn es sich hier um kein absolutes Werbeverbot für Zahnärzte handelte, sondern nur um Beschränkungen, verwies der OGH darauf, dass nach dem EuGH selbst absolute Werbeverbote – zumindest in Printmedien – zulässig sind. In der von der beklagten Partei angeführten Entscheidung vom 4.5.2017, C-339/15 – *Luc Vanderborght* hatte der EuGH tatsächlich ausgesprochen, dass ein generelles Verbot für Werbung für zahnärztliche Leistungen grundsätzlich zulässig sein kann. Es bleibt daher bei der unionsrechtlichen Unbedenklichkeit der Werbebeschränkungen in den Werbe-RL für Zahnärzte.

Schon angesichts des Titels der Anzeige „Medical meets Beauty“ ließ sich der OGH auch nicht davon überzeugen, dass die Dienstleistung des Kosmetikinstituts und jene des Arztes nicht gemeinsam beworben worden wären, sondern nur eine gleichzeitige Information erfolgt wäre. Die Slogans „Wohlbefinden statt Angst“ und „Kombination aus Exklusivität, Atmosphäre und Professionalität“ für die zahnärztliche und kosmetischen Behandlungen erachtete der OGH zu Recht als nicht bloß sachliche Information, sondern Werbung (mit dem Ziel der Absatzförderung). Auch hier verwies der OGH auf die ständige Rechtsprechung.

Die wesentlichsten Ausführungen traf der OGH zum Zahnärztevorbehalt im Zusammenhang mit Bleaching. Er bestätigte, dass die Kosmetik-Verordnung der EU-Kommission² dem Zahnärztevorbehalt nach § 4 Abs 3 Z 4a ZÄG nicht entgegensteht, selbst wenn in dem für das Bleaching verwendeten Zahngel kein Wasserstoffperoxyd enthalten ist³. Der OGH stellte aber auch klar, dass selbst dann in den Zahnärztevorbehalt eingegriffen wird, wenn vor Durchführung der Blea-

1 Erlassen auf Grundlage von § 35 Abs 4 ZÄG
2 VO Nr. 1223/2009 vom 30.11.2009 über kosmetische Mittel

3 Siehe dazu zB OGH 4 Ob 166/13k, 4 Ob 142/14g und 4 Ob 204/15a

chingbehandlung durch das Kosmetikinstitut eine ärztliche Untersuchung stattfindet. Denn auch in diesem Fall liegt keine ständige Aufsicht des Zahnarztes vor, was gemäß § 24 Abs 2 ZÄG den „Einsatz von Hilfspersonen“ im Rahmen der zahnärztlichen Berufsausübung ermöglichen würde⁴.

Dem Kosmetikinstitut half selbst der Umstand, dass ihr Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter ein Zahnarzt ist, nichts. Denn da die Gesellschaft auch andere Gesellschafter aufweist, die nicht Zahnärzte sind, kann auch keine Gruppenpraxis nach § 26 ZÄG vorliegen. Und darüber hinaus bietet das Kosmetikinstitut auch andere Leistungen als zahnärztliche Tätigkeiten an. Sie handelte somit rechtswidrig und verschaffte sich dadurch einen möglichen Vorteil im Wettbewerb gegenüber Zahnärzten, weshalb das Unterlassungsbegehren zu Recht erging.

Mit dieser Entscheidung bestätigte der OGH seine strenge Linie zum Zahnärztervorbehalt und zum zahnärztlichen Standesrecht, insbesondere in Bezug auf Werbung. Die Entscheidung bringt insofern nichts Neues, schafft aber bei möglichen in den vorangegangenen Entscheidungen noch offen gebliebenen Fragen Klarheit.

Ärztbewertungsportal und Datenschutz

Datenschutzbehörde 15.1.2019, DSB-D123.527/004-DSB/2018

Auf einer Ärztesuch- und Bewertungsplattform im Internet war auch ein Arzt für Allgemeinmedizin angeführt, der die Betreiberin der Plattform zur Löschung seiner sämtlichen Daten aufforderte. Diese verweigerte die Datenlöschung. Der Arzt erachtete sich dadurch in schutzwürdigen Interessen verletzt, sah sein Recht auf Datenschutz beeinträchtigt und, da sich die Bewertungen auf der Plattform unmittelbar auf seinen Wettbewerb mit anderen Ärzten auswirken könnten, zumindest potenziell in seiner beruflichen Existenz gefährdet. Durch die Namensnennung sei überdies sein Persönlichkeitsrecht nach § 16 ABGB verletzt.

Auf der Plattform können Patienten in Form einer Bewertungsskala von Ärzten mit Punkten von 1 für die geringste bis 5 für die höchste Zufriedenheit bewerten.

Auch eine Detailbewertung in Hinblick auf Service, Praxisausstattung, Einfühlungsvermögen, Wartezeit etc. ist möglich. Auch Erfahrungsberichte können angeführt werden. Um unsachlichen Erfahrungsberichten entgegenzuwirken, bestehen bestimmte Mechanismen. Ärzte haben die Möglichkeit, auf der Plattform zu werben, das Suchergebnis kann gegen Entgelt im Sinne einer Vorreihung auf der Trefferliste beeinflusst werden.

Die Plattformbetreiberin rechtfertigte sich damit, dass sie öffentlich zugängliche Daten aus der Ärzteliste gemäß § 27 ÄrzteG veröffentlichen würde. Sie gäbe Patienten die Möglichkeit, Erfahrungen zu den auf der Plattform gelisteten Ärzten zu lesen, zu veröffentlichen und darüber hinaus würde die Veröffentlichung der Ärztedaten die Arztsuche erleichtern. Ärzten sei darüber hinaus die Möglichkeit gegeben, sich zu präsentieren, Feedback zu erhalten aber auch Erfahrungsberichte zu kommentieren.

Da die Plattformbetreiberin der Aufforderung des Arztes auf Löschung seiner Daten nicht nachkam, beschwerte sich dieser bei der Datenschutzbehörde. Diese hielt zunächst fest, dass die in der Ärzteliste gemäß § 27 ÄrzteG angeführten Daten keine schutzwürdigen Daten im Sinne § 1 Abs 1 DSGVO sind. Ihre Veröffentlichung ist darüber hinaus durch die explizite Genehmigung in Abs 1 lit e DSGVO berechtigt. Verpflichtend zu veröffentlichende Daten können keine Schutzwürdigkeit entfalten, ein Anspruch auf Löschung dieser Daten besteht nicht. Damit folgt die Datenschutzbehörde nicht nur der bisher von ihr vertretenen Richtlinie, sondern auch der Rechtsprechung des OGH⁵.

Die Plattform veröffentlicht aber nicht bloß die in der Ärzteliste gemäß § 27 ÄrzteG enthaltenen Daten, sondern verknüpfte diese mit Bewertungen und Erfahrungsberichten von Patienten. Es handelt sich somit nicht um eine bloße Reproduktion zulässiger Weise veröffentlichter Daten.

Die Plattformbetreiberin schafft damit neue Datensätze, die sie verarbeitet. Dies wiederum ist nur aufgrund eines Erlaubnistatbestandes nach der DSGVO zulässig. Ein solcher ist gegeben, wenn die Verarbeitung der Daten zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern diese Interessen jene der betroffenen Person, die den Schutz ihrer personenbezogenen Daten in Anspruch nimmt, überwiegen. Die Datenlöschung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn die Datenverarbei-

4 Vgl dazu OGH 4 Ob 57/12s vom 18.9.2012. In dieser Entscheidung wurde ein Zahntechnikermeister zur Unterlassung von zahnärztlichen Tätigkeiten, wie zum Beispiel dem Abdruck nehmen und dem Anpassen von Zahnersatzstücken und Gebis-

sen verpflichtet, weil diese nicht unter ständiger Aufsicht eines Zahnarztes durchgeführt wurde.

5 OGH 27.6.2016, 6 Ob 48/16a

tung zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information erforderlich ist.

Daher hatte die Datenschutzbehörde eine Interessenabwägung vorzunehmen. Die DSB berücksichtigte dabei, dass „*negative Bewertungen und Erfahrungsberichte* [auf der Plattform] *tatsächlich die Arztwahl von potentiellen Patienten beeinflussen können*“. Sie meinte aber, dass der Beschwerdeführer dadurch „*nicht an seiner ungestörten Berufsausübung gehindert wird*“. Denn er habe es „*selbst in der Hand, durch sein Leistungsangebot entsprechende Bewertungen auf der Plattform zu erhalten*“. Die Datenschutzbehörde legte ihrer Interessenabwägung zugrunde, dass es sich bei den Erfahrungsberichten von Patienten um „*persönliche Wahrnehmungen*“ handelt. Fachspezifische Bewertungsmöglichkeiten könnten von den Patienten gar nicht abgegeben werden.

Unter Verweis auf eine Entscheidung des deutschen BGH⁶ führt die DSB aus, dass sich der Arzt, der auf einer solchen Plattform gelistet ist, „*von vornherein auf die Beobachtung seines Verhaltens durch die breite Öffent-*

lichkeit und auf Kritik an seinen Leistungen einstellen“ muss. Durch das Such- und Bewertungsportal erhalten Patienten auf Arztsuche die Möglichkeit, sich einfach und effizient auszutauschen und dies als Informationsquelle bei der Arztwahl heranzuziehen, so die Behörde. Damit trägt die Plattform aber nach Ansicht der DSB dazu bei, die Öffentlichkeit mit „*wertvollen Informationen und Meinungen*“ kostenfrei zu versorgen. Dadurch werde ein „*gesellschaftlicher Mehrwert geschaffen*“.

Die Abgabe und der Empfang von Bewertungen bzw. Erfahrungsberichten auf dem Ärztesuchportal ist daher nach Ansicht der DSB auch durch das Recht auf Freiheit der Meinungsäußerung nach der Grundrechtecharta der Europäischen Union (Art 11) und der EMRK (Art 10) geschützt. Im Ergebnis führte die Interessenabwägung dazu, dass die berechtigten Interessen der Portalbenutzer, also der Patienten auf Arztsuche gegenüber den Beeinträchtigungen der Interessen des beschwerdeführenden Arztes überwiegen, daher wies die Datenschutzbehörde den Lösungsanspruch des Arztes ab.