

# TE OGH 1992/9/15 40b72/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 15.09.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Prof. Dr.Friedl als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr.Gamerith, Dr.Kodek, Dr.Niederreiter und Dr.Schalich als weitere Richter in der Rechtssache der klagenden Partei Ärztekammer für Oberösterreich, \*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Heinz Oppitz und Dr.Heinrich Neumayr, Rechtsanwälte in Linz, wider die beklagte Partei Gerhard R\*\*\*\*\*, vertreten durch Dr.Norbert Gugerbauer und Dr.Gerhard Schatzlmayr, Rechtsanwälte in Schwanenstadt, wegen Unterlassung (Streitwert S 300.000), infolge Revisionsrekurses der beklagten Partei gegen den Beschluß des Oberlandesgerichtes Linz als Rekursgericht vom 25.Mai 1992, GZ 1 R 110/92-7, womit der Beschluß des Kreisgerichtes Wels vom 17. April 1992, GZ 6 Cg 94/92s-3, teilweise abgeändert wurde, folgenden

Beschluß

gefaßt:

## Spruch

Dem Revisionsrekurs wird nicht Folge gegeben.

Die klagende Partei hat die Kosten des Revisionsrekursverfahrens vorläufig, die beklagte Partei hingegen endgültig selbst zu tragen.

## Text

Begründung:

Die Klägerin ist die gesetzliche Interessenvertreterin der praktischen Ärzte und Fachärzte in Oberösterreich; gemäß § 38 ÄrzteG ist sie ua dazu berufen, die gemeinsamen beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange ihrer Mitglieder wahrzunehmen und zu fördern.

Der Beklagte bezeichnet sich gelegentlich als "Heilpraktiker"; er behandelt in seinem Wohnhaus Personen gegen verschiedenen Schmerzzustände, wie Kreuzschmerzen, Nervenentzündungen oder Rheumatismus. Zur Behandlung solcher Zustände führt er vor allem Massagebehandlungen, gelegentlich auch - mit Hilfe seiner Ehefrau - Streckbehandlungen durch, wobei er auch Einreibungen mit flüssigen Stoffen und Salben vornimmt. Der Beklagte verlangt für seine Tätigkeit nicht ausdrücklich ein Honorar, nimmt jedoch das ihm dafür gebotene Entgelt entgegen und versteuert es als Einkommen.

Der Beklagte ist nicht Arzt. Er hat im Rahmen des Sanitätshilfsdienstes die Befähigung zur Ausübung des Berufes eines "Heilbademeisters und Heilmasseurs" erworben (§ 49 iVm § 44 lit h KrankenpflegeG) und ist auf Grund dieses Zeugnisses berechtigt, Tätigkeiten im Bereich der Thermo-, Hydro- und Balneotherapie sowie der einfachen Heilmassagen im Dienste einer Krankenanstalt oder im Dienste sonstiger unter ärztlicher Leitung oder ärztlicher Aufsicht stehender Einrichtungen, auszuüben, die der Vorbeugung, Feststellung oder Heilung von Krankheiten oder

der Betreuung pflegebedürftiger Personen sowie der unmittelbaren Unterstützung von freiberuflichen Ärzten (§ 52 Abs 1 KrankenpflegeG) dienen, auszuüben. Außerdem hat der Beklagte einen Grund- und einen Fortbildungskurs in der Reflexzonentherapie mit Schwerpunkt Reflexzonen am Fuß absolviert. Eine Gewerbeberechtigung für das gebundene Gewerbe der Masseur besitzt der Beklagte nicht.

In der Zeit vom 1.1.1980 bis 31.5.1980 war der Beklagte im Krankenhaus Zell am See als Praktikant für Physiotherapie tätig. Nach dem Abschluß dieser Praxis bot ihm der Vorstand der Abteilung für Anästhesiologie und Intensivmedizin, Prim.Dr.Kendi-Finaly, an, für seine weitere Tätigkeit als Heilmasseur die ärztliche Aufsicht zu übernehmen.

Mit Schreiben vom 24.1.1990 hat die Klägerin den Beklagten aufgefordert, die - freiberuflich ausgeübte - Tätigkeit als Heilmasseur unverzüglich einzustellen.

Mit der am 3.4.1992 beim Erstgericht eingelangten Klage verband die Klägerin zur Sicherung eines inhaltsgleichen Unterlassungsanspruches den Antrag, dem Beklagten ab sofort zu verbieten, Tätigkeiten auszuführen, die gemäß § 2 Abs 1 ÄrzteG den zur Berufsausübung berechtigten praktischen Ärzten und Fachärzten vorbehalten sind, insbesondere bei Kunden Diagnosen zu erstellen, Massage- und Streckbehandlungen auszuführen, Einreibungen mit Salben und sonstigen Heilmitteln zu verabreichen und Salben und Heilmittel an Kunden auszufolgen. Der Beklagte habe in seinem Wohnhaus einen Warteraum und zwei Behandlungsräume eingerichtet und führe dort gewerbsmäßig die Behandlung von "Patienten" durch. Er behandle seine Kunden gegen Schmerzen jeder Art, erstelle Diagnose und führe Massagen und Einreibungen durch. Auch versorge er seine Kunden mit Salben und "Wässerchen". Die Untersuchung auf das Vorliegen von Krankheiten und die Behandlung solcher Zustände sei gemäß § 2 Abs 1 iVm § 1 Abs 2 ÄrzteG ausschließlich den praktischen Ärzten und den Fachärzten vorbehalten. Mit seiner Tätigkeit verstoße der Beklagte gegen diesen Berufsvorbehalt und damit auch gegen § 1 UWG.

Der Beklagte beantragt die Abweisung des Sicherungsantrages. Eine - die Ausübung des ärztlichen Berufes voraussetzende - auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Tätigkeit führe er nicht aus. Die von dem beantragten Verbot erfaßten Tätigkeiten seien den Ärzten nicht vorbehalten. Zwischen ihm und den Ärzten bestehe daher auch kein Wettbewerbsverhältnis. Der Beklagte bezeichne sich auch nicht als "Heilpraktiker"; er habe in seinem Wohnhaus nur einen Massagesalon eingerichtet und übe den Beruf eines "Heilbademeisters und Heilmasseurs" aus. Die von ihm behandelten Menschen würden regelmäßig von Mitgliedern der Klägerin zu ihm gesandt. Darüber hinaus habe der freiberuflich tätige Arzt Prim. Dr.Kendi-Finaly die Aufsicht über seine Tätigkeit übernommen. Der Beklagte erstelle keine "Diagnosen", sondern nur einen sogenannten "Sicht- und Tastbefund". Er verwende für die Massagen zwar Salben, Heilmittel verabreiche er jedoch nicht. Im übrigen fehlten auch die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, sei doch der Klägerin seine Tätigkeit als Heilmasseur schon seit Jahren bekannt. Außerdem mangle es der Klägerin an der Legitimation, die beanstandeten, nicht den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten zu verfolgen.

Das Erstgericht erließ die einstweilige Verfügung. Als gesetzliche Interessenvertretung der freiberuflich tätigen Ärzte sei die Klägerin berechtigt, Verstöße gegen deren Berufsvorbehalt zu verfolgen. Der Beklagte greife durch die Art seiner Tätigkeit in die den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten ein. Mit dem Verstoß gegen das ÄrzteG sei auch ein Verstoß gegen § 1 UWG verbunden. Daß er lediglich unter der Aufsicht eines Arztes tätig sei, habe der Beklagte nicht bescheinigt.

Das Rekursgericht änderte die einstweilige Verfügung des Erstgerichtes nur insoweit ab, als es der Klägerin den Erlag einer Sicherheitsleistung von S 500.000 auftrag; weiters sprach es aus, daß der Wert des Entscheidungsgegenstandes S 50.000 übersteige und der Revisionsrekurs zulässig sei. Als gesetzliche Interessenvertreterin der freiberuflich tätigen Ärzte sei die Klägerin berechtigt, Unterlassungsansprüche nach dem UWG geltend zu machen, soweit dadurch die Interessen der Ärzte gewahrt oder gefördert werden. Auch das Wettbewerbsverhältnis zwischen den Streitteilen sei zu bejahen, weil sich der Beklagte mit seiner Tätigkeit an denselben Kundenkreis wende wie die Mitglieder der Klägerin; auch erbringe er Leistungen, die ihrer Art nach mit den Leistungen der Ärzte in Konkurrenz träten. Der Beklagte sei nicht berechtigt, freiberuflich den Beruf eines Heilbademeisters und Heilmasseurs auszuüben. Mit dem festgestellten Angebot von Primarius Dr.Kendi-Finaly habe er auch nicht bescheinigt, daß er die beanstandeten Tätigkeiten tatsächlich unter der Aufsicht eines Arztes ausübe; eine dem Gesetz entsprechende Beaufsichtigung seiner in Sattledt ausgeübten Tätigkeiten durch einen in Zell am See ansässigen Arzt sei außerdem kaum vorstellbar. Schließlich verfüge der Beklagte auch nicht über die für die Ausübung des Masseurgewerbes erforderliche Berechtigung. Dieses Gewerbe

dürfe auch nicht zu medizinischen Zwecken ausgeübt werden. Schon durch das selbständige Ausüben des Massagegewerbes ohne entsprechende Berechtigung verstoße der Beklagte gegen § 1 UWG. Darüber hinaus aber übe er damit auch die Behandlung bestimmter Krankheitsbilder aus, welche nur den Ärzten vorbehalten sei.

Die Klägerin habe wegen des Zuwartens mit der Klageführung den Anspruch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach dem UWG nicht verwirkt. Eine besondere Voraussetzung in der Art der in der Bundesrepublik Deutschland in Lehre und Rechtsprechung für die Erlassung einstweiliger Verfügungen nach dem dUWG geforderten "Dringlichkeit" oder "Eilbedürftigkeit" bestehe nach österreichischem Recht nicht. Da das Verbot seiner beruflichen Tätigkeit tief in die Interessen des Beklagten eingreife, sei jedoch der Vollzug der einstweiligen Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung von S 500.000 abhängig zu machen gewesen.

Gegen diesen Beschluß richtet sich der Revisionsrekurs des Beklagten mit dem Antrag, die Entscheidung im Sinne der Abweisung des Sicherungsantrages abzuändern; hilfsweise wird auch ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die Klägerin beantragt, den Revisionsrekurs als unzulässig zurückzuweisen oder ihm nicht Folge zu geben.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Revisionsrekurs ist zulässig, weil eine Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes zur Abgrenzung der den Ärzten vorbehaltenen Aufgaben vom gebundenen Gewerbe der Masseur und vom Beruf der "Heilbademeister und Heilmasseur" nicht vorliegt; er ist jedoch nicht berechtigt.

Der Beklagte bekämpft in erster Linie die Annahme eines Wettbewerbsverhältnisses zwischen ihm und den freiberuflich tätigen Ärzten; er geht dabei allerdings von der nicht durch Feststellungen gedeckten Voraussetzung aus, daß er lediglich - allerdings selbständig und nicht in einer unter ärztlicher Leitung oder Aufsicht stehenden Einrichtung - den Beruf eines "Heilbademeisters und Heilmasseurs" ausübe. Tatsächlich behandelt der Beklagte jedoch im Rahmen der von ihm eingerichteten "Praxis" Kranke gegen Schmerzzustände wie Kreuzschmerzen, Nervenentzündungen oder Rheumatismus mit Massagen, Streckbehandlungen; dafür verwendet er auch Heilmittel. Damit übt der Beklagte aber Tätigkeiten aus, die den selbständigen Ärzten vorbehalten sind, nämlich die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen körperlicher Krankheiten sowie deren Behandlung (§ 1 Abs 2 Z 1 und 3 ÄrzteG iVm § 2 Abs 1 ÄrzteG). Daß er dabei unter ärztlicher Aufsicht steht, wurde nicht als bescheinigt angenommen. § 52 Abs 1 KrankenpflegeG fordert allerdings, daß "Heilbademeister und Heilmasseur" nur in einer Einrichtung der oben beschriebenen Art tätig sein dürfen (Beran-Fritz-Haslinger, Krankenpflegerecht<sup>3</sup>, 81 FN 5 zu § 44 KrankenpflegeG). Eine selbständige Tätigkeit dieser Art bloß unter ärztlicher Aufsicht ist in diesem Gesetz für diesen Beruf daher nicht vorgesehen. Da sich aber die Tätigkeit des Beklagten nicht auf die den "Heilbademeistern und Heilmasseuren" zugewiesenen Befugnisse beschränkt, bedarf es auch keiner Prüfung, ob die Bestimmungen, die das freiberufliche Ausüben dieser Tätigkeit einschränken, dem Grundrecht auf Erwerbsfreiheit widersprechen.

Der Sicherungsantrag ist auch nicht darauf gerichtet, dem Beklagten das Ausüben des gebundenen Gewerbes der Masseur (§ 103 Abs 1 lit b Z 34 GewO) zu untersagen. Das Rekursgericht hat zwar auch das Fehlen der dafür erforderlichen Gewerbeberechtigung als einen die Sittenwidrigkeit des Handelns des Beklagten begründenden Umstand angesehen. Der Beklagte übt jedoch auch nicht bloß das Gewerbe der Masseur ohne entsprechende Gewerbeberechtigung aus; er wird vielmehr auf dem den freiberuflichen Ärzten vorbehaltenen Gebieten tätig. Die vom Revisionsrekurs aufgeworfene Frage, ob die gesetzliche Interessenvertretung von Ärzten legitimiert ist, Verstöße gegen die Gewerbeordnung mit Unterlassungsklagen gemäß §§ 1, 14 UWG zu ahnden, stellt sich daher hier nicht.

Nach nunmehr ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (MR 1988, 102; MR 1991, 120; ÖBl 1989, 122; ÖBl 1990, 7; EvBl 1989/100) verstößt, wer sich schuldhaft über ein Gesetz hinwegsetzt, um im Wettbewerb einen Vorsprung gegenüber gesetzestreuen Mitbewerbern zu erlangen, gegen § 1 UWG, ohne daß es darauf ankäme, ob die übertretene Norm wettbewerbsregelnden Charakter hat.

Die weiteren Ausführungen im Revisionsrekurs richten sich gegen die Annahme des Rekursgerichtes, daß die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Sinne des § 24 UWG gegeben seien. Bei gleicher Rechtslage wie in der Bundesrepublik Deutschland müsse auch für den österreichischen Rechtsbereich die "Dringlichkeit" einer Provisorialmaßnahme nach dem UWG gefordert werden. Die geforderte Provisorialmaßnahme sei aber nicht dringlich, weil die Klägerin das beanstandete Verhalten des Beklagten schon lange Zeit gekannt habe und dagegen dennoch nicht vorgegangen sei. Auch diesen Ausführungen kann kein Erfolg beschieden sein.

Richtig ist zwar, daß die den § 24 UWG weitgehend inhaltsgleiche Bestimmung des § 25 dUWG ("Zur Sicherung der in diesem Gesetze bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen erlassen werden, auch wenn die in den §§ 935, 940 der Zivilprozeßordnung bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen") von der herrschenden Lehre und Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland dahin verstanden wird, daß der Antragsteller damit von der sonst notwendigen Glaubhaftmachung des sogenannten "Verfügungsgrundes" (also der "Dringlichkeit" oder "Eilbedürftigkeit" der beanstandeten Sicherungsmaßnahme) befreit wird; die in § 935 dZPO geforderte Besorgnis einer Vereitelung oder wesentlichen Erschwerung des zu sichernden Anspruches "durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes" (vgl § 381 Z 1 öEO) wird danach ebenso vermutet wie das in § 940 dZPO normierte Erfordernis, daß die beantragte Regelung "zur Abwendung wesentlicher Nachteile oder zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus anderen Gründen" (vgl § 381 Z 2 öEO) nötig erscheint (Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht<sup>16</sup>, 1310 Rz 9 zu § 25 dUWG);

Spätgens in Gloy, Handbuch des Wettbewerbsrechts 1034 f Rz 22, 26 f;

Pastor, Der Wettbewerbsprozeß<sup>3</sup>, 240 f; Teplizky, Wettbewerbsrechtliche Ansprüche<sup>5</sup>, 360 Rz 18; v.Gamm, Vermutung der Dringlichkeit in Wettbewerbssachen, WRP 1968, 312 ff; Krieger, Zur Dringlichkeit von einstweiligen Verfügung im Wettbewerbsrecht, GRUR 1975, 168 ff). Diese aus § 25 dUWG abgeleitete "Dringlichkeitsvermutung" kann jedoch nach einhelliger Auffassung widerlegt werden, und zwar nicht nur auf Grund eines Vorbringens des Antragsgegners, sondern auch durch solche Umstände, die sich aus dem Verhalten oder aus dem eigenen Vorbringen des Antragstellers ergeben (Baumbach-Hefermehl aaO Rz 11 zu § 25 dUWG; Pastor aaO 247 f).

Dazu hat der Oberste Gerichtshof bereits ausgesprochen, daß es zumindest zweifelhaft sei, ob diese Grundsätze ganz oder teilweise auf das österreichische Recht übertragen werden können; der Wortlaut des § 24 UWG, wonach zur Sicherung der in diesem Gesetz bezeichneten Unterlassungsansprüche einstweilige Verfügungen auch dann erlassen werden können, "wenn die in § 381 EO bezeichneten Voraussetzungen nicht zutreffen", scheint jedoch für die Annahme einer bloßen Vermutung, die den Antragsteller zwar seiner Pflicht zur Bescheinigung der in § 381 EO genannten Umstände enthebt, auf Grund besonderer Umstände aber im Einzelfall widerlegt werden könnte, jedenfalls keinen Raum zu lassen (ÖBl 1984, 161 = JBl 1985, 430).

Diese Frage kann aber auch diesmal auf sich beruhen: Die von Lehre und Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland angenommene Dringlichkeitsvermutung entfällt nach dort herrschender Ansicht nicht schon schlechthin dadurch, daß ein Wettbewerbsverstoß längere Zeit nicht beanstandet wurde; gefordert wird vielmehr auch die positive Kenntnis von diesem Verstoß. Nur wer in Kenntnis der maßgebenden Umstände und der ihm drohenden Nachteile längere Zeit untätig geblieben ist, muß gegen sich gelten lassen, daß die Sache für ihn nicht so eilig ist (Baumbach-Hefermehl aaO Rz 12 f zu § 25 dUWG; Teplizky aaO 364 Rz 28). Zur Widerlegung der Dringlichkeitsvermutung wird es daher für notwendig gehalten, daß der Antragsgegner ein sachlich nicht zu rechtfertigendes Untätigbleiben bescheinigt (Spätgens aaO 1036 f Rz 33).

Im vorliegenden Fall hat der Beklagte lediglich vorgetragen, daß die Klägerin die Voraussetzungen des § 381 EO nicht bescheinigt habe; sie versuche bereits seit Jahren, ihn in seiner Tätigkeit als "freiberuflicher Heilmasseur" zu behindern. Dazu hat er sich aber nur auf das Schreiben der Klägerin vom 24.1.1990 berufen, aus welchem lediglich hervorgeht, daß die Klägerin damals die Tätigkeit des Beklagten als Heilmasseur deshalb beanstandet hat, weil er dabei freiberuflich, also nicht im Dienste einer Einrichtung im Sinne des § 52 KrankenpflegeG tätig war. In der Klage beanstandet aber die Klägerin nunmehr Tätigkeiten des Beklagten, die den Ärzten vorbehalten sind, nämlich die Erstellung von Diagnosen, die Behandlung von Schmerzzuständen durch Massage und Streckbehandlungen und das Verabreichen von Heilmitteln (Salben und Flüssigkeiten). Daß der Klägerin auch diese Tätigkeiten schon längere Zeit hindurch bekannt gewesen seien, hat der Beklagte nicht einmal behauptet. Auch bei Anwendung der in der Bundesrepublik Deutschland zu § 25 dUWG vertretenen Grundsätzen wäre daher dem Beklagten mit seinem Vorbringen die Widerlegung der "Dringlichkeitsvermutung" nicht gelungen.

Dem Revisionsrekurs war somit ein Erfolg zu versagen.

Die Entscheidung über die Kosten des Revisionsrekursverfahrens gründet sich in Ansehung der Klägerin auf § 393 Abs 1 EO, in Ansehung des Beklagten auf §§ 78, 402 EO, §§ 40, 50, 52 Abs 1 ZPO.

#### **Anmerkung**

E30098

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:0040OB00072.92.0915.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19920915\_OGH0002\_0040OB00072\_9200000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)