

Kundmachungen	
Steiermark: V der Steiermärkischen Landesregierung über die Festsetzung der Ambulanzgebühren der Landeskrankenanstalten (Steiermärkische Ambulanzgebührenverordnung 2023)	K unter LGBl 2023/48 vom 5. 6. 2023.
Steiermark: V der Steiermärkischen Landesregierung über die Festsetzung des Eurowertes je LKF-Punkt sowie der Pflegegebühren der Allgemeinen Gebührenklasse für Fondskrankenanstalten, ausgenommen Landeskrankenanstalten ab dem Jahr 2023	K unter LGBl 2023/49 vom 5. 6. 2023.
Steiermark: G, mit dem das G über die Schaffung von Ehrenzeichen für Verdienste auf dem Gebiet des Feuerwehr- und Rettungswesens und das G über die Schaffung einer Steirischen Katastrophenhilfe-Medaille geändert werden	K unter LGBl 2023/57 vom 27. 6. 2023.
Wien: V der Wiener Landesregierung, mit der § 5 Abs 10 und § 42 der Satzung der Ärztekammer für Wien in der Fassung der 17. Satzungs-Novelle 2023 aufgehoben werden	K unter LGBl 2023/15 vom 20. 6. 2023.

## Rechtsprechung

### Beginn der Verjährungsfrist und Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten

§ 1489 ABGB; § 58a ÄrzteG

- ▶ 1. Kann eine Geschädigte die für die erfolversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen, gilt die Kenntnisnahme als in dem Zeitpunkt erlangt, in dem sie ihr bei angemessener Erkundigung zuteilgeworden wäre. Welche Erkundigungen zumutbar sind, hängt vom Einzelfall ab.
- ▶ 2. Ist einer Kl klar, dass die Operation nicht wie erwartet verlaufen ist, und hat sie das Vertrauen in den Operateur verloren und immer noch erhebliche Beschwerden, dann bestehen zu diesem Zeitpunkt ausreichende Anhaltspunkte für einen Pflichtenverstoß des Arztes, aufgrund

derer sie zumutbare Erkundigungen über die Zusammenhänge hätte anstellen müssen. Hätte sich eine Kl bei anderen Fachärzten [hier: für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie] über die relevanten Zusammenhänge betrie Operation erkundigen können, beginnt die Verjährungsfrist mit diesem Zeitpunkt zu laufen. Auf die Zumutbarkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens kommt es nicht an.

#### Arzthaftung

OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 78/22x

Verjährungsfrist

RdM 2023/33

Bearbeitet von ALINE LEISCHNER-LENZHOFFER, CHRISTIAN KOPETZKI

#### Sachverhalt

[1] Die ErstBekl ist die Rechtsträgerin einer Krankenanstalt, an der sich die Kl am 16. 12. 2014 einer Operation unterzog; die ZweitBekl ist ihr Haftpflichtversicherer. Die nach der Operation bestehenden Beschwerden, die weiteren Behandlungen und die von der Kl angestellten Erkundigungen wurden im Einzelnen festgestellt.

[2] Die Vorinstanzen wiesen das Klagebegehren wegen Verjährung ab.

[3] Das BerG ließ die Rev nicht zu.

[4] Rechtlich erörterte es, da für die Kl im Sommer 2015 klar gewesen sei, dass die Operation nicht so verlaufen war wie erwartet, sie das Vertrauen in den Operateur verloren und immer noch erhebliche Beschwerden gehabt habe, seien zu diesem Zeitpunkt deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinn konkreter Verdachtsmomente, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten worden seien, vorgelegen. Diese Umstände

hätten eine Erkundigungspflicht der Kl ausgelöst. Die Kl hätte bei entsprechenden Erkundigungen bei anderen Fachärzten im Jahr 2016 Kenntnis der relevanten Umstände erlangt, weshalb mit diesem Zeitpunkt der Beginn der Verjährungsfrist anzusetzen sei. Ausgehend davon bejahte das BerG – ungeachtet der Verjährungshemmung gem § 58a ÄrzteG v 9. 1. 2018 bis 11. 2. 2019, auf die es nicht ausdrücklich Bezug nahm – die Verjährung der Ansprüche vor der Klageeinbringung am 29. 3. 2021.

**Der OGH präzisiert die Voraussetzungen für den Beginn der Verjährungsfrist im Arzthaftungsprozess.**

#### Aus den Entscheidungsgründen

[5] Die aoRev der Kl ist nicht zulässig.

[6] 1. Wenn der Geschädigte die für die erfolgversprechende Anspruchsverfolgung notwendigen Voraussetzungen ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen kann, gilt die Kenntnisnahme schon als in dem Zeitpunkt erlangt, in welchem sie ihm bei angemessener Erkundigung zuteil geworden wäre (RS0034335; RS0034327 [T 1]). Die Erkundigungsobliegenheit des Geschädigten darf aber nicht überspannt werden (RS0034327 [T 6, T 27]). Welche Erkundigungsmaßnahmen ihm zumutbar sind, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab (RS0113916; RS0034327 [T 20, T 27]; zur Einholung eines Sachverständigengutachtens vgl auch [T 3, T 7, T 10, T 39]; RS0034603 [T 8]). Auch die Beurteilung, wann im Einzelfall die Erkundigungsobliegenheit entsteht, hängt von den konkreten Umständen ab (RS0034327 [T 45]).

[7] Diese Grundsätze gelten auch in Fällen behaupteter medizinischer Fehlbehandlungen oder Aufklärungsfehler (vgl bloß 4 Ob 96/20a; 5 Ob 22/15v; 4 Ob 144/11x).

[8] In der E 4 Ob 144/11x wurde zu dem Zeitpunkt, zu dem der dortige Kl die subjektive Überzeugung vom Vorliegen eines Sorgfaltsverstößes gewonnen hatte, der Beginn einer Obliegenheit angenommen, Schritte zur Objektivierung dieser bis dahin bloß auf Mutmaßungen beruhenden „Überzeugung“ zu setzen (ErwGr 3.2.; vgl 5 Ob 22/15v [ErwGr 4]).

[9] 2. Die Beurteilung des BerG, angesichts der Nachbehandlungen und Beschwerden der Kl hätte diese ab dem Sommer 2015 ausreichende Anhaltspunkte für einen Pflichtverstoß des behandelnden Arztes gehabt, aufgrund derer sie zumutbare Erkundigungen über die Zusammenhänge anstellen hätte müssen, hält sich im Rahmen der dargestellten Rsp. Die aoRev zeigt nicht auf, dass die berufungsgerichtliche Beurteilung des Entstehens einer Erkundigungsobliegenheit der Kl unvertretbar wäre.

[10] 3. Im vorliegenden Fall steht fest, dass die Kl, so sie sich spätestens ab Anfang des Jahres 2016 bei anderen Fachärzten aus dem Gebiet der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie entsprechend erkundigt hätte, im Laufe des Jahres 2016 Kenntnis über die relevanten Zusammenhänge betreffend die Operation erlangt hätte, konkret davon, ob diese allenfalls nicht lege artis erfolgt oder die Kl nicht ausreichend aufgeklärt worden sei.

[11] In der aoRev wird in diesem Zusammenhang eine – eine Rechtsfrage von erheblicher Bedeutung iSd § 502 Abs 1 ZPO bildende – unrichtige Beurteilung des Inhalts der Erkundigungsobliegenheit der Kl gerügt. Die Kl sei nicht gehalten gewesen, andere Fachärzte zu konsultieren, weil nach der E 6 Ob 273/98k nur ein Sachverständigengutachten Klarheit über ein Verschulden des Operateurs bringen könne.

[12] Diese Beurteilung betraf jedoch nur den konkret zu 6 Ob 273/98k entschiedenen Fall. In der Rsp ist vielmehr anerkannt, dass in unterschiedlichen Fallkonstellationen unterschiedliche Erkundigungen zumutbar sein können, was von den Umständen des Einzelfalls abhängt (vgl RS0113916; RS0034327 [T 20, T 27]). So kann eine geeignete Maßnahme etwa auch darin bestehen, dass sich der Patient zur Durchsetzung seiner Ansprüche an die Patientenvertretung wendet (4 Ob 144/11x; 5 Ob 22/15v), wie es die Kl – wenn auch ohne Ergebnis – getan hat. Im hier vorliegenden Fall hätten nach den Feststellungen allerdings Erkundigungen bei anderen Fachärzten die Zusammenhänge aufklären können. Auf die Zumutbarkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens kommt es daher nicht an.

[13] 4. Es trifft zwar zu, dass die Beweislast für eine Verletzung von Erkundigungspflichten den Schädiger trifft (4 Ob 96/20a; RS0034456 [T 5]). Aufgrund der von den Vorinstanzen positiv getroffenen Feststellungen zur Möglichkeit zielführender Erkun-

digungen kommt es auf die Beweislastverteilung allerdings hier nicht an (vgl RS0039939 [T 26]).

[14] 5. Dass die mit Ende des Jahres 2016 in Gang gesetzte Verjährungsfrist auch unter Berücksichtigung der Fortlaufshemmung (vgl RS0121579) gem § 58a ÄrzteG bei Klageeinbringung abgelaufen war, wird in der aoRev nicht in Zweifel gezogen.

### Anmerkung



Prof. Dr. GERHARD W. HUBER, LL.M., PM.ME, ist Rechtsanwalt in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig.

Dr. JAKOB DIETRICH ist Rechtsanwalt in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig.

Die E OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 78/22x, ist trotz ihrer Kürze bemerkenswert. Lange konnten Schadenersatzansprüche von Patienten infolge behaupteter Behandlungs- und Aufklärungsfehler kaum verjähren. In jüngster Zeit ist jedoch zu beobachten, dass die Rsp spät eingebrachten Patientenklagen zunehmend kritisch(er) gegenübersteht. Der vorliegende Beschluss reiht sich an einige va jüngere E, die dem Kl eine erhöhte Erkundigungsobliegenheit auferlegen und geht über die bisherigen E hinaus.

Die dreijährige Verjährungsfrist gem § 1489 ABGB beginnt (grundsätzlich erst) ab Kenntnis von „Schade und Person des Schädigers“ zu laufen; zusätzlich müssen Kausalität und in Fällen der Verschuldenshaftung auch jene Umstände bekannt sein, aus denen sich das Verschulden des Schädigers ergibt (RS0034524 [T 27, T 29]; RS0034374 [T 13]; RS0034951 [T 5, T 7]). Nach der Rsp (jüngst OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, s aber auch die E vom 22. 9. 2020, 4 Ob 96/20a, und 22. 11. 2011, 4 Ob 144/11x) muss der anspruchsbegründende Sachverhalt dem Geschädigten zwar nicht in allen Einzelheiten, aber doch soweit bekannt sein, dass er in der Lage ist, das zur Begründung seines Anspruchs erforderliche Sachvorbringen konkret zu erstatten (RS0034524 [T 24, T 25]). *Bloße Mutmaßungen über die angeführten Umstände können nicht mit der tatsächlichen Kenntnis der relevanten Umstände gleichgesetzt werden und genügen daher nicht* (RS0034524 [T 6, T 18]). Auch die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen vermag ihre Kenntnis nicht zu ersetzen (RS0034459). Maßgeblich ist, ob dem Geschädigten *objektiv alle für das Entstehen des Anspruchs maßgebenden Tatumstände bekannt waren* (RS0034547 [T 7]).“

Die Rsp erlegt dem Kl aber eine Erkundigungsobliegenheit auf, die im Fall ihrer Verletzung den Lauf der Verjährungsfrist ebenfalls beginnen lässt. Dazu folgende mit gewissen Abwandlungen immer wiederkehrende Rechtssatzkette (jüngst OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, s aber auch die E vom 25. 10. 2017, 3 Ob 65/17f, und 22. 11. 2011, 4 Ob 144/11x; Hervorhebungen durch die Verfasser): Die bloße Möglichkeit der Ermittlung einschlägiger Tatsachen vermag ihre Kenntnis nicht zu ersetzen (RS0034459). Der Geschädigte darf sich aber auch nicht rein passiv verhalten und es darauf ankommen lassen, dass er von die Ersatzpflicht begründenden Umständen eines Tages zufällig Kenntnis erhält (RS0065360 [T 3]; RS0034459 [T 2]). Die Kenntnis gilt schon in dem Zeitpunkt als erlangt, in dem sie dem Geschädigten bei angemessener Erkundigung zuteilgeworden wäre, wenn er sie ohne nennenswerte Mühe in Erfahrung bringen hätte können (RS0034327 [T 1]). Die Erkundigungsobliegenheit darf jedoch nicht überspannt werden (RS0034327 [T 6]). Sie setzt

deutliche Anhaltspunkte für einen Schadenseintritt im Sinn konkreter Verdachtsmomente voraus, aus denen der Anspruchsberechtigte schließen kann, dass Verhaltenspflichten nicht eingehalten wurden (RS0034327 [T 42]). Ist der Geschädigte Laie und setzt die Kenntnis des Kausalzusammenhangs und der Umstände, die das Verschulden begründen, Fachwissen voraus, so beginnt die Verjährungsfrist regelmäßig erst zu laufen, wenn er durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat (RS0034603 [T 2, T 4, T 23]; RS0113727). Im Regelfall ist ein Laie nicht verpflichtet, ein Privatgutachten einzuholen (RS0034327 [T 2]).

Die vorliegende E zeigt den Unterschied zwischen Beginn der Verjährungsfrist infolge tatsächlicher Kenntnis und infolge beginnender Erkundigungsobliegenheit eindrücklich auf: Während im ersten Fall bloße Mutmaßungen über Schaden, Schädiger usw nicht ausreichen, um die Verjährungsfrist in Gang zu setzen, führt im zweiten Fall bereits „die subjektive Überzeugung vom Vorliegen eines Sorgfaltsverstößes“ dazu, dass der Kl „Schritte zur Objektivierung dieser bis dahin bloß auf Mutmaßungen beruhenden Überzeugung zu setzen“ hat. Nach der bisherigen Rsp (zuletzt noch OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, s zB auch die E vom 22. 11. 2011, 4 Ob 144/11x; 23. 11. 2010, 1 Ob 162/10w und 29. 4. 2003 10 Ob 1/03z) beginnt die Verjährungsfrist regelmäßig erst zu laufen, wenn der Patient durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat. Und damit sind förmliche (Privat-)Sachverständigengutachten gemeint (s RIS-Justiz RS0113727; OGH 23. 11. 2010, 1 Ob 162/10w, und die E v 29. 10. 1998, 6 Ob 273/98k; 30. 8. 1994, 5 Ob 562/93). In eine ähnliche Richtung geht jene Rsp, die dem Kl, der einen Behandlungsfehler usw vermutet, die Obliegenheit auferlegt, ein (kostenloses) Schlichtungsverfahren zu initiieren (OGH 22. 11. 2011, 4 Ob 144/11x; 24. 2. 2015, 5 Ob 22/15v; OLG Linz 7. 1. 2021, 6 R 154/20i). Dahinter steht der Gedanke, dass in einem Schlichtungsverfahren die Möglichkeit besteht, mit Einverständnis des Gegners ein – förmliches – Sachverständigengutachten einzuholen. Zudem leitet eine Kommission aus versierten Juristen (zumeist Richter) und Mediziner (Sachverständige) das Schlichtungsverfahren, was idR zu einem Erkenntnisgewinn führt (Leitner in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht<sup>3</sup> Kap VIII Rz 62).

Noch niederschwelliger setzen zwei jüngste E, darunter die besprochene, die Erkundigungsobliegenheit des Kl an. Sie lassen es für den Beginn der Verjährungsfrist bereits genügen, dass der einen Behandlungsfehler vermutende Kl andere Ärzte konsultiert, um herauszufinden, ob die von ihm vermuteten Haftungsgrundlagen vorliegen. In der E OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, hatte der Kl in der Meinung, im Krankenhaus der Bekl sei ein Fehler passiert und seine Schmerzen stammten von der dort entstandenen Entzündung, mehrere Ärzte aufgesucht, die ihm bestätigten, dass der für seine Beschwerden kausale Behandlungsfehler vorliege. Bemerkenswert ist an dieser E (auch), dass sie zwar auf jene bisherige stRsp verweist, der zufolge die Verjährungsfrist regelmäßig erst zu laufen beginnt, wenn der Kl durch ein Sachverständigengutachten Einblick in die Zusammenhänge erlangt hat. Ein solches hatte der Kl nach Konsultation mehrerer Ärzte sogar eingeholt und laut diesem konnte „kein eindeutiger Behandlungsfehler“ festgestellt werden. Dennoch begann die Verjährungsfrist bereits mit der Konsultation mehrerer Ärzte, nach welcher der Kl „eine objektive Grundlage für die Annahme eines Behandlungsfehlers“ gehabt habe.

In der besprochenen E OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 78/22x, stand fest, dass der Kl klar war, dass die Operation nicht wie erwartet verlaufen war, sie das Vertrauen in den Operateur verloren und

immer noch erhebliche Beschwerden hatte. Dies wurde als „konkrete Verdachtsmomente“ für einen Behandlungsfehler gewertet und festgestellt. Im Unterschied zur E OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, begann die Verjährungsfrist hier aber nicht zu laufen, nachdem und weil der Kl andere Fachärzte bestätigt hatten, dass die vermuteten Haftungsgrundlagen vorlagen; vielmehr genügte es dafür bereits, dass – ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens – feststand, dass die Kl bei entsprechenden Erkundigungen bei anderen Fachärzten Kenntnis erlangt hätte, ob die Operation „allenfalls nicht lege artis erfolgt oder die Kl nicht ausreichend aufgeklärt worden sei“. Dabei ist hervorzuheben, dass der OGH den Einwand der Kl, nach der bisherigen Rsp könne nur ein Sachverständigengutachten Klarheit über ein Verschulden des Operateurs bringen, ausdrücklich verwarf, was als gewisse Abkehr von der oa bisherigen stRsp gewertet werden kann (Hervorhebung durch die Verfasser): „Im hier vorliegenden Fall hätten nach den Feststellungen allerdings Erkundigungen bei anderen Fachärzten die Zusammenhänge aufklären können. Auf die Zumutbarkeit der Einholung eines Sachverständigengutachtens kommt es daher nicht an.“ Bemerkenswert ist weiters, dass die Kl zwar auch hier infolge des vermuteten Behandlungsfehlers Schritte setzte, mit der sie is der bisherigen Rsp ihrer Erkundigungsobliegenheit entsprochen hätte (Schlichtungsverfahren, was aus der E nur mittelbar durch den Verweis auf § 58a ÄrzteG hervorgeht); dies mit der Konsequenz, dass damit grundsätzlich der Beginn der Verjährungsfrist vermieden worden wäre (OGH 22. 11. 2011, 4 Ob 144/11x). Allerdings hätten ihr bereits zwei Jahre vor Einleitung des Schlichtungsverfahrens andere Fachärzte den vermuteten Behandlungsfehler bestätigt, so wie dies zwei Monate vor dem Schlichtungsverfahren tatsächlich ein Facharzt tat (von diesem Umstand schloss das ErstG darauf, dass die Kl dieselbe Auskunft von anderen Fachärzten auch schon früher erhalten hätte). Während also in der E OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, ein eingeholtes (und einen Behandlungsfehler nicht bestätigendes) Sachverständigengutachten nicht dazu führte, dass eine bereits davor bestehende „objektive Grundlage für die Annahme eines Behandlungsfehlers“ die Verjährungsfrist zu laufen beginnen ließ, verhinderte dies in der besprochenen E auch ein eingeleitetes Schlichtungsverfahren nicht. In den Worten des OGH (19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g): „Daran, dass mit der objektiv vertretbaren Annahme eines Behandlungsfehlers die Verjährung in Gang gesetzt worden ist (vgl RS0034387), ändert auch der Umstand nichts, dass die Ergebnisse des Schlichtungsverfahrens und des ersten Privatgutachtens nicht für oder sogar gegen den Prozessstandpunkt des Kl sprachen.“

Die besprochene E OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 78/22x ist, wie die E OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, zu begrüßen. Mit den Verjährungsvorschriften soll, worauf Harrer-Hörzinger (Arzthaftung und Verjährung, in FS Neumayr [2023; in Druck]) in ihrer eingehenden Analyse der Verjährungsjudikatur in Arzthaftungssachen verweist, insb die Beweislage gesichert werden, die mit dem zeitlichen Abstand zwischen vermeintlichem Behandlungs-/Aufklärungsfehler und Schadenersatzprozess immer schlechter wird. Zwar haben Ärzte (§ 51 ÄrzteG 1998) und Krankenanstalten (§ 10 KAKuG) umfassende Dokumentations- und Aufbewahrungspflichten, doch kommt es im Arzthaftungsprozess zu einem nicht unwesentlichen Teil auch auf die Aussagen der Kl und behandelnden Ärzte an (mündliche Aufklärungspflicht; Dokumentation oft nur von positiven Wahrnehmungen, nicht aber von vermeintlich unauffälligen Befunden; Dokumentation aus Kapazitätsgründen oft auf das Notwendigste beschränkt usw). Es soll daher vermieden werden, dass Beweis-

schwierigkeiten aufgrund zu langen Zuwartens der KI bis zur Prozessführung entstehen. Zwar fehlt Patienten idR das Fachwissen, um medizinische Zusammenhänge vollständig nachzuvollziehen. Sie haben aber auch eine Selbstbestimmung (§ 16 ABGB), die nicht nur zu zahlreichen Rechten führt (s nur das jüngst beschlossene StVfG, aber auch das ÄsthOpG, das neue Erwachsenenschutzrecht im ABGB, das neue UbG und das HeimAufG), sondern auch dazu, dass sie bei vermuteten ärztlichen Fehlern ihre Patientenautonomie wahrnehmen und zumutbare Erkundigungen anstellen (s zur Patientenaufklärung jüngst BGH 20. 12. 2022, VI ZR 375/21, der zufolge der Patient grundsätzlich dazu berufen ist, von seinem Selbstbestimmungsrecht aktiv Ge-

brauch zu machen). Um durch Erkundigungen einen Wissensstand zu erlangen, der die Einbringung einer Klage ermöglicht (Substantiierungspflicht; s dazu ebenfalls *Harrer-Hörzinger*, Arzthaftung und Verjährung, in FS Neumayr [2023; in Druck]) braucht es kein förmliches und mitunter kostspieliges Sachverständigengutachten. Vielmehr haben idR auch – sachverständige iSd § 1299 ABGB – Nachbehandler jene Informationen, die ein Gutachter für sein Gutachten benötigt (Anamnese, Vorbefunde oder zumindest einen von ihnen festgestellten medizinischen Status). Insofern ist der E OGH 17. 2. 2023, 6 Ob 78/22x, aber auch der E OGH 19. 7. 2022, 5 Ob 21/22g, vollinhaltlich zuzustimmen und zu hoffen, dass sich diese Rsp verfestigt.

## Irreführende Werbung durch Apothekerkammer

§ 2 UWG; § 3 Abs 4 ÄrzteG; § 5 ApG. Eine Werbung der Österreichischen Apothekerkammer, in der die Rolle und Aufgaben des Arztes nicht nur nicht hervorgehoben, sondern relativiert werden, ist irreführend iSd § 2 UWG. Patienten könnten im Laufe der Zeit nach Auftreten von schweren Krankheiten [hier: Herzinfarkt und Schlaganfall] ihre (Nach-)Behandlung zu Lasten der Rolle des behandelnden Arztes in Verkennung tatsächlicher (ärztlicher) Behandlungserfordernisse auf pharmazeutische Beratungsleistungen reduzieren, zumal ein klarstellender Hinweis darauf fehlt, dass den Apotheken nur das Medikationsmanagement

obliegt. Patienten könnte suggeriert werden, dass die in den Videos angesprochenen Probleme [hier: Sonnenstich, Husten, Erkältung, Fieber] ohne ärztliche Diagnose und Behandlung primär durch einen Gang in die Apotheke gelöst würden.

### Berufsrecht

OGH 28. 3. 2023, 4 Ob 15/23v

Werbung; Arztvorbehalt; Apothekenrecht

RdM 2023/34

Bearbeitet von VERENA CHRISTINE BLUM, CHRISTIAN KOPETZKI

### Aus den Entscheidungsgründen

[1] 1.1. Eine Geschäftspraktik gilt nach § 2 Abs 1 UWG als irreführend, wenn sie unrichtige Angaben enthält oder sonst geeignet ist, einen Marktteilnehmer in Bezug auf das Produkt über einen oder mehrere der in § 2 Abs 1 Z 1 bis 7 UWG genannten Punkte (Z 6: die Person, die Eigenschaften oder die Rechte des Unternehmers oder seines Vertreters wie Identität und Vermögen, seine Befähigungen, sein Status, seine Zulassung, Mitgliedschaften oder Beziehungen sowie gewerbliche oder kommerzielle Eigentumsrechte oder Rechte an geistigem Eigentum oder seine Auszeichnungen und Ehrungen) derart zu täuschen, dass dieser veranlasst wird, eine geschäftliche Entscheidung zu treffen, die er andernfalls nicht getroffen hätte. Jedenfalls als irreführend gelten nach § 2 Abs 2 UWG die im Anhang zum UWG angeführten Geschäftspraktiken.

[2] § 2 UWG konkretisiert die Generalklausel des § 1 Abs 1 Z 2 UWG für den Fall irreführender Geschäftspraktiken. Ist der Tatbestand des § 2 UWG erfüllt, so werden zumindest im Regelfall eine Verletzung der beruflichen Sorgfalt und eine wesentliche Beeinflussung eines Durchschnittsverbrauchers iSv § 1 Abs 1 Z 2 UWG vorliegen (vgl 4 Ob 42/08t; RS0129125); es kommt nicht auf die Erkennbarkeit der Unrichtigkeit der eigenen Aussage für denwerbenden an, sondern nur auf deren objektive Unrichtigkeit (vgl RS0129125 [T 1]).

[3] 1.2. Wer im geschäftlichen Verkehr eine unlautere Geschäftspraktik anwendet, die den Erfordernissen der beruflichen Sorgfalt widerspricht und in Bezug auf das jeweilige Produkt geeignet ist, das wirtschaftliche Verhalten des Durchschnittsverbrauchers, den sie erreicht oder an den sie sich richtet, wesentlich zu beeinflussen, kann nach § 1 Abs 1 Z 2 UWG auf Unterlassung

und bei Verschulden auf Schadenersatz iSd § 16 UWG in Anspruch genommen werden.

[4] 1.3. Beim Irreführungstatbestand des § 2 UWG ist allgemein zu prüfen, wie ein Durchschnittsadressat die strittige Ankündigung versteht, ob dieses Verständnis den Tatsachen entspricht und ob eine nach diesem Kriterium unrichtige Angabe geeignet ist, ihn zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte (RS0123292). Der Bedeutungsinhalt der Äußerungen richtet sich nach dem Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck, den ein redlicher Mitteilungsempfänger gewinnt; der Gesamteindruck einer Ankündigung ist aber nach stRsp nicht gleichbedeutend mit ihrem Gesamtinhalt (RS0078542), sondern kann insb durch einzelne Teile, die als Blickfang besonders herausgestellt sind und auch für sich allein nicht irreführend iSd § 2 UWG sein dürfen, entscheidend geprägt werden (4 Ob 61/22g mwN).

[5] Lässt eine Ankündigung mehrere Deutungen zu, muss derwerbende nach stRsp die für ihn ungünstigste Auslegung gegen sich gelten lassen (RS0078428). Gesundheitswerbung ist generell nach strengen Maßstäben zu beurteilen (vgl 4 Ob 44/13v mwN).

[6] 1.4. Allgemein hängt die Frage, wie angesprochene Kreise eine Werbeaussage verstehen und ob sie demnach zur Irreführung geeignet ist, von den Umständen des Einzelfalls ab und begründet daher in der Regel ebenso wenig eine Rechtsfrage erheblicher Bedeutung (RS0107771; RS0043000; RS0053112; zum Gesamtzusammenhang und dem dadurch vermittelten Gesamteindruck RS0031883 [T 28]) wie die Frage, ob eine andere Beurteilung vertretbar ist (vgl RS0107768).

[7] 2. Die Bekl betreibt auf der von ihr betriebenen Website „www.\*.at“ Werbung für den Berufsstand der Apothekerschaft,