

OGH 25.01.2024, 4 Ob 20/23d

Vorlagefragen zur Zulässigkeit grenzüberschreitender telemedizinischer Behandlung

§§ 24ff, 36 ZÄG; Art 56 ff AEUV

Dany Boyadjijyska

Inhaltsverzeichnis

- | | |
|------------------|-----------------------------------|
| I. Vorlagefragen | III. Begründung der Vorlagefragen |
| II. Sachverhalt | IV. Kommentar |

I. Vorlagefragen

Dem Gerichtshof der Europäischen Union werden gemäß Art 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1.1. Erstreckt sich der Anwendungsbereich des Art 3 lit d der Richtlinie 2011/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. März 2011 über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (Patientenmobilitätsrichtlinie), wonach im Fall der Telemedizin die Gesundheitsversorgung als in dem Mitgliedstaat erbracht gilt, in dem der Gesundheitsdienstleister ansässig ist, nur auf Zwecke des Kostenersatzes im Sinne ihres Art 7?

1.2. Für den Fall, dass Frage 1.1. verneint wird, ordnet Art 3 lit d der Patientenmobilitätsrichtlinie, RL 2011/24/EU, ein allgemeines Herkunftslandprinzip für telemedizinische Leistungen an?

1.3. Ordnet die Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (E-Commerce-Richtlinie) ein Herkunftslandprinzip für telemedizinische Leistungen an?

2.1. Bezieht sich die „Gesundheitsversorgung im Fall der Telemedizin“ im Sinne des Art 3 lit d der Patientenmobilitätsrichtlinie, RL 2011/24/EU, ausschließlich auf medizinische Einzelleistungen, die (grenzüberschreitend) mit Unterstützung von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) durchgeführt werden, oder auf einen gesamten Behandlungsvertrag,

der ebenso körperliche Untersuchungen im Wohnsitzstaat des Patienten umfassen kann?

2.2. Falls körperliche Untersuchungen umfasst sein können, müssen IKT-unterstützte Leistungen überwiegen, damit eine „Gesundheitsversorgung im Fall der Telemedizin“ vorliegt, und bejahendenfalls nach welchen Kriterien ist das Überwiegen zu beurteilen?

2.3. Ist eine medizinische Behandlung insgesamt als grenzüberschreitende Gesundheitsdienstleistung im Sinne des Art 3 lit d und e der Patientenmobilitätsrichtlinie, RL 2011/24/EU, zu sehen, wenn der aus Sicht des Patienten im anderen Mitgliedstaat ansässige Gesundheitsdienstleister, mit dem der Patient einen Behandlungsvertrag abgeschlossen hat (hier: Zahnklinik), einen Teil der Gesamtbehandlung IKT-gestützt erbringt, der andere Teil der Gesamtleistung hingegen von einem im selben Mitgliedstaat wie der Patient ansässigen Gesundheitsdienstleister (niedergelassener Zahnarzt) erbracht wird?

3.1. Ist Art 2 lit n in Verbindung mit Art 3 lit d und Art 4 lit a der Patientenmobilitätsrichtlinie, RL 2011/24/EU, und in Verbindung mit Art 5 Abs 3 der Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen (Berufsqualifikationsrichtlinie) dahingehend auszulegen, dass eine in Deutschland ansässige Zahnklinik in Fällen von „Gesundheitsversorgung durch Telemedizin“ in Österreich die dort geltenden nationalen berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln (insbesondere §§ 24, 26, 31 des österreichischen Zahnärztegesetzes) einzuhalten hat?

3.2. Ist Art 5 Abs 3 der Berufsqualifikationsrichtlinie, RL 2005/36/EG, dahin auszulegen, dass sich ein Gesundheitsdienstleister in einen anderen Mitgliedstaat begibt, wenn er rein IKT-unterstützte medizinische Leistungen erbringt? Verneinendenfalls, liegt ein Begeben in einen anderen Mitgliedstaat vor, wenn er durch Erfüllungsgehilfen im Wohnsitzstaat des Patienten körperliche Untersuchungen oder Behandlungen durchführen lässt?

4. Steht die Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art 56 ff AEUV den Vorgaben des österreichischen Zahnärztegesetzes entgegen, das in den §§ 24 ff ZÄG primär eine unmittelbare und persönliche Berufsausübung vorsieht und einen freien Dienstleistungsverkehr nur im Rahmen des § 31 ZÄG „vorübergehend“ für „EWR-Staatsangehörige“, und zwar für Konstellationen wie die vorliegende, in der ein ausländischer Zahnarzt – grundsätzlich dauerhaft – im Rahmen eines einheitlichen Behandlungsvertrags Leistungen teils IKT-unterstützt aus dem Ausland (im Sinne einer grenzüberschreitenden Korrespondenzdienstleistung) und teils im Inland durch Beziehung eines berufsberechtigten österreichischen Zahnarztes als Erfüllungsgehilfen erbringt.

OGH 25.01.2024, 4 Ob 20/23d

2. Sachverhalt

[1] Die Klägerin, eine Körperschaft öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien, ist gesetzlich zur Wahrnehmung der Interessen der Österreichischen Zahnärzte und Dentisten berufen. Die Beklagte ist eine in Österreich ansässige Zahnärztin, die unstrittig befugt ist, Patienten im Inland im Rahmen eines von ihr mit diesen geschlossenen Behandlungsvertrags zahnärztlich zu untersuchen und zu behandeln.

[2] Die beiden Nebenintervenientinnen sind Teile eines weltweit tätigen Dentalunternehmens. Die Erstnebenintervenientin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in Deutschland und dem Unternehmensgegenstand „Erbringung von Dienstleistungen im Bereich von lifestyle-Produkten für Endkunden“. Sie bewirbt ein zahnmedizinisches Kieferregulierungsverfahren mittels transparenter Mundzahnschienen, das unter der Marke „DrS*“ vertrieben wird. Über ihre Internetseite www.drS*.at können (potentielle) Kunden einen Wunschstandort in Österreich wählen und bei dem entsprechenden sogenannten „Partnerzahnarzt“ (wie der Beklagten) einen Termin anfragen. Die Beklagte führt bei Zustandekommen eines derartigen Termins in der eigenen Ordination eine Anamnese durch, ein Aufklärungsgespräch sowie einen 3D-Scan des Gebisses und die für die Zahnschientherapie allenfalls erforderlichen Vorbehandlungen. In der Folge übermittelt die Beklagte das Bildmaterial sowie eine Empfehlung hinsichtlich des Kieferregulierungsverfahrens an die Zweitnebenintervenientin. Bei dieser handelt es sich ebenfalls um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Sitz in Deutschland. Die Gesellschafter der

Nebenintervenientinnen sind keine Zahnärzte. Allerdings verfügt die Zweitnebenintervenientin über eine Zulassung und die sonstigen notwendigen Genehmigungen nach deutschem Krankenanstaltenrecht, um an einem Standort in Deutschland ein zahnmedizinisches Versorgungszentrum zu betreiben („Zahnklinik“).

[3] Für den vorliegenden Fall ist davon auszugehen, dass (nur) die Zweitnebenintervenientin mit den Patienten einen Behandlungsvertrag abschließt, der alle Leistungen im Zusammenhang mit einer „DrS*-Zahnregulierung umfasst. Die Zahnschienen bezieht sie über die Erstnebenintervenientin, die diese wiederum bei Dritten in Auftrag gibt. Die weitere Betreuung erfolgt mittels App der Zweitnebenintervenientin, indem die Patienten regelmäßig Bilder ihrer Zähne an sie übermitteln. Weiters steht die Zweitnebenintervenientin in einer Vertragsbeziehung mit der Beklagten und vergütet ihr deren Leistungen, die sie im Rahmen der „DrS*-Behandlung“ für die jeweiligen Patienten erbringt.

[4] Die Klägerin macht einen Unterlassungsanspruch nach dem Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Fallgruppe Rechtsbruch, geltend. Sie will (soweit im Provisorialverfahren in dritter Instanz noch von Relevanz), der Beklagten mit einstweiliger Verfügung bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden Urteils verbieten lassen, an zahnärztlichen Tätigkeiten, die in Österreich durch ausländische Gesellschaften erbracht werden, welche weder eine Befugnis zur Ausübung des zahnärztlichen Berufs nach dem Zahnärztegesetz in Österreich noch eine krankenanstaltsrechtliche Betriebsbewilligung nach österreichischem Recht haben, unmittelbar oder mittelbar mitzuwirken, beispielsweise dadurch, dass sie Abdrücke bei Zahnfehlstellungen, sei es auch auf digitale Weise durch einen Intraoralscanner, für die Erst- oder Zweitnebenintervenientin vornimmt.

[5] Die Beklagte wendete ein, die Zweitnebenintervenientin, mit der sie kooperiere, sei eine nach deutschem Recht zugelassene private Krankenanstalt, deren Tätigkeiten unter telemedizinischen Aspekten in Österreich zulässig seien. Gleiches gelte für die arbeitsteilige Zusammenarbeit mit der Beklagten im Rahmen der kieferorthopädischen Behandlung. Die Beklagte führe ihre Tätigkeiten unmittelbar und persönlich sowie weisungsunabhängig durch.

[6] Das Erstgericht wies den Sicherungsantrag ab. Die Beklagte wirke nicht an zahnärztlichen Tätigkeiten der Nebenintervenientinnen mit. Es lägen zwei getrennt voneinander zu betrachtende Behandlungsverträge vor, weswegen die Beklagte nicht als Erfüllungsgehilfin zu qualifizieren sei und daher auch nicht an fremden zahnärztlichen Tätigkeiten im Inland mitwirke.

[7] Das Rekursgericht gab dem Sicherungsantrag im Wesentlichen – mit Ausnahme der beispielsweise Nennung der Mitwirkung an zahnärztlichen Tätigkeiten der Erstnebenintervenientin – statt. Die Beklagte agiere als Erfüllungsgehilfin der Zweitnebenintervenientin im Rahmen der zwischen dieser und den Patienten ge-

schlossenen Behandlungsverträge. Die Zweitnebenintervenientin verfüge über keine Berechtigung für die Erbringung zahnärztlicher Leistungen in Österreich. Ihre durch die Beklagte als Erfüllungsgehilfin in Österreich erbrachten Behandlungsleistungen würden unmittelbar und ohne Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnik bzw. -technologie ausgeführt. Die Beklagte wirke daher an zahnärztlichen Tätigkeiten mit, die durch eine ausländische Gesellschaft im Inland erbracht würden, ohne dass diese eine Befugnis zur Ausübung des zahnärztlichen Berufs nach dem Zahnärztegesetz (ZÄG) oder eine Krankenanstaltenrechtliche Betriebsbewilligung nach österreichischem Recht hätte. Damit verstoße sie einerseits gegen die Regelungen zur Zusammenarbeit nach § 24 ZÄG und beteilige sich andererseits als Gehilfin an einem Verstoß einer ausländischen GmbH gegen den Berufsvorbehalt nach §§ 3, 4 Abs 3 ZÄG und sohin einem Lauterkeitsverstoß im Sinne des § 1 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG). Auf eine Vertretbarkeit der Rechtsansicht könne sich die Beklagte im Hinblick auf die Entscheidung 4 Ob 158/20v nicht berufen.

3. Begründung der Vorlagefragen

[42] 1. Zunächst ist zu klären, ob die Beklagte überhaupt im Sinne des Klagebegehrens an zahnärztlichen Tätigkeiten mitwirkt, die in Österreich durch ausländische Gesellschaften erbracht werden.

[43] 1.1. Aufgrund des vom Rekursgericht als bescheinigt erachteten Sachverhalts ist davon auszugehen, dass ein einheitlicher Behandlungsvertrag vorliegt und die Beklagte lediglich im Rahmen ihrer Vertragsbeziehung zur Zweitnebenintervenientin als deren Erfüllungsgehilfin tätig wird, Leistungserbringer gegenüber dem Patienten im Rechtssinne sohin die Zweitnebenintervenientin ist.

[44] 1.2. Aus Sicht des vorliegenden Gerichts stellt sich daher zunächst die Frage, wo die zahnärztlichen Leistungen in rechtlicher Hinsicht „erbracht“ werden, insbesondere, ob das Herkunftslandprinzip gilt und Leistungsort daher Deutschland ist, wo die Zweitnebenintervenientin zulässiger Weise eine Zahnklinik betreibt.

[45] 1.3. Daher wird einleitend gefragt, (1) ob sich der Anwendungsbereich des Art 3 lit d der Patientenmobilitätsrichtlinie, RL 2011/24/EU, wonach im Fall der Telemedizin die Gesundheitsversorgung als in dem Mitgliedstaat erbracht gilt, in dem der Gesundheitsdienstleister ansässig ist, nur auf Zwecke des Kostenersatzes im Sinne ihres Art 7 erstreckt, oder ein allgemeines Herkunftslandprinzip für telemedizinische Leistungen anordnet, bzw ob dieses aus der E-Commerce-Richtlinie ableitbar ist.

[46] 2.1. Zur Klärung der Anwendung der Patientenmobilitätsrichtlinie auf den vorliegenden Fall bedarf es auch der Beantwortung der Frage (2), ob sich die „Gesundheitsversorgung im Fall der Telemedizin“ im Sinne des Art 3 lit d der Patientenmobilitätsrichtlinie ausschließlich auf medizinische Einzelleistungen be-

zieht, die (grenzüberschreitend) mit Unterstützung von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) durchgeführt werden, oder auf einen gesamten Behandlungsvertrag, der ebenso körperliche Untersuchungen im Wohnsitzstaat des Patienten umfassen kann, sowie, ob die IKT-unterstützten Leistungen überwiegen müssen, damit eine „Gesundheitsversorgung im Fall der Telemedizin“ vorliegt. Bei einer Verbindung zwischen diesen beiden Leistungsarten (wie im vorliegenden Fall) bedarf es der Klärung, ob hier insgesamt von einer grenzüberschreitenden Gesundheitsdienstleistung im Sinne des Art 3 lit d und e der Patientenmobilitätsrichtlinie auszugehen ist.

[47] 2.2. Der Gerichtshof der Europäischen Union hat etwa bereits festgehalten, dass ein Vermittlungsdienst als „Dienst der Informationsgesellschaft“ qualifiziert werden kann, aber etwas anderes zu gelten hat, wenn dieser offensichtlich integraler Bestandteil einer Dienstleistung ist, die rechtlich anders einzustufen ist (C-390/18, Airbnb Ireland, Rn 50).

[48] 3.1. Zur Frage des auf „Telemedizin“ anwendbaren Rechts ist im vorliegenden Fall auch das Zusammenspiel der Patientenmobilitätsrichtlinie mit der Berufsqualifikationsrichtlinie von entscheidender Bedeutung, insbesondere (in Bezug auf „Telemedizin“) das Verhältnis zwischen Art 2 lit n, Art 3 lit d und Art 4 lit a der Patientenmobilitätsrichtlinie einerseits und Art 5 Abs 3 der Berufsqualifikationsrichtlinie, wonach ein Dienstleister, der sich in einen anderen Mitgliedstaat „begibt“, im Aufnahmemitgliedstaat den berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln unterliegt, andererseits, sowie auch das Verhältnis zwischen der E-Commerce-Richtlinie – und zwar insbesondere deren Art 2 lit a, lit ii und Erwägungsgrund 18 – und der Berufsqualifikationsrichtlinie, insbesondere deren Art 5 und Erwägungsgrund 4, und den Art 2 lit n, Art 3 lit d, und Art 4 lit a der Patientenmobilitätsrichtlinie.

[49] 3.2. In anderem Zusammenhang hat der Gerichtshof der Europäischen Union bereits ausgesprochen, dass die geschäftsmäßige Hilfe in Steuersachen, die grenzüberschreitend geleistet wird, ohne dass sich die handelnden Personen in den anderen Mitgliedstaat begeben, nicht unter Art 5 der Berufsqualifikationsrichtlinie, RL 2005/36/EG falle, weil dieser nur für den Fall gelte, dass sich der Dienstleister in den Aufnahmemitgliedstaat begibt (C-342/14, X-Steuerberatungsgesellschaft/FA, Rn 34 f).

[50] 3.3. Gerade bei Gesundheitsdienstleistungen könnte man aber zum Schutz der Patienten argumentieren, dass auch bei reinen (grenzüberschreitenden) Korrespondenzdienstleistungen und ungeachtet des Herkunftslandsprinzips zusätzlich Berufsregeln des Wohnsitzstaats des Patienten eingehalten werden müssen.

[51] 4.1. Geht man davon aus, dass die von der Beklagten durchgeführten zahnärztlichen Leistungen nicht nur in faktischer, sondern auch in rechtlicher Hinsicht in Österreich „erbracht“ werden, wird in der

Folge zu beurteilen sein, ob die Beklagte, indem sie nicht aufgrund eines eigenen Behandlungsvertrags, sondern nur als Gehilfin der Zweitnebenintervenientin tätig wird, an einem Lauterkeitsverstoß im Sinne eines Rechtsbruchs durch Verstoß gegen den Zahnärztevorbehalt mitwirkt.

[52] 4.2. Die Zweitnebenintervenientin verfügt zwar über eine Zulassung als Privatklinik in Deutschland, in Österreich aber über keine krankenanstaltsrechtliche Betriebsbewilligung oder eine Berechtigung nach dem ZÄG. Auch ihre Gesellschafterstruktur widerspricht den Vorgaben des ZÄG.

[53] 4.3. Insofern stellt sich die Frage, ob die Regelungen des österreichischen Zahnärztegesetzes, die in den §§ 24 ff ZÄG primär eine unmittelbare und persönliche Berufsausübung vorsehen und einen freien Dienstleistungsverkehr nur im Rahmen des § 31 ZÄG „vorübergehend“ für „EWR-Staatsangehörige“ (nach der Rechtsprechung natürliche Personen), mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art 56 ff AEUV in Einklang zu bringen sind, und zwar für Konstellationen wie die vorliegende, in der ein ausländischer Zahnarzt – grundsätzlich dauerhaft – im Rahmen eines einheitlichen Behandlungsvertrags Leistungen teils IKT-unterstützt aus dem Ausland (im Sinne einer grenzüberschreitenden Korrespondenzdienstleistung) und teils im Inland durch Beiziehung eines berufsberechtigten österreichischen Zahnarztes als Erfüllungsgehilfen erbringt.

[54] 4.4. Bezogen auf die Zweitnebenintervenientin ist weiters fraglich, ob auch eine (analoge) Anwendung der Regelungen zu Gruppenpraxen in § 26 ZÄG, wonach Gesellschafter nur Zahnärzte sein dürfen, gegen die Dienstleistungsfreiheit verstößt.

[55] Dies ist angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (C-158/96, Rn 51), wonach es den Mitgliedstaaten nur erlaubt ist, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder selbst das Überleben ihrer Bevölkerung erforderlich ist (vgl auch C-385/99) zweifelhaft, zumal nicht zwingend ist, dass natürliche Personen ein höheres Niveau gewährleisten können als juristische Personen.

4. Kommentar

Der OGH leitet sein Vorabentscheidungsersuchen mit Grundsatzfragen zur Telemedizin ein, insbesondere wann eine solche begrifflich vorliegt, wo der Behandlungsort in ihrem Fall gelegen und nach welchem Recht sie zu beurteilen ist. Erst im Anschluss daran hinterfragt der OGH, ob die §§ 24 ff und 31 ZÄG, welche der in Rede stehenden grenzüberschreitenden telemedizinischen Tätigkeit nach Ansicht der zweiten Instanz entgegenstehen, mit der Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art 56 ff AEUV vereinbar sind.

Nach Ansicht der Glossatorin ist allerdings vordergründig diese vierte und letzte Frage des OGH nach der Vereinbarkeit der §§ 24 ff und 31 ZÄG mit der Dienstleistungsfreiheit durch den EuGH zu beantworten, ehe man sich mit den Fragen zur Telemedizin im Detail beschäftigt. Der hier zugrundeliegende Sachverhalt erinnert nämlich stark an das vom OGH in seiner Begründung zwar angesprochene, in diesem Kontext aber nicht näher beleuchtete Urteil des EuGH C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft/FA*, ECLI:EU:C:2015:827. Im dortigen Ausgangsrechtsstreit ging es um eine rechtmäßig im Königreich der Niederlande niedergelassene Steuerberatungsgesellschaft, die mehrere in Deutschland ansässige Klienten in steuerlichen Angelegenheiten beriet und in steuerlichen Verwaltungsverfahren vertrat, wobei lediglich die Dienstleistung die Grenze überschritt. Das deutsche Finanzamt wies die Steuerberatungsgesellschaft als Bevollmächtigte nach der deutschen Abgabenordnung mit der Begründung zurück, dass sie nicht befugt sei, geschäftsmäßig Hilfe in Steuersachen zu leisten. Nach deutschem Recht hätte die fragliche Tätigkeit nur dann von einer Steuerberatungsgesellschaft ausgeübt werden können, wenn diese national anerkannt wurde. Eine Anerkennung hätte hingegen vorausgesetzt, dass die Leitungsorgane der Gesellschaft als Steuerberater bestellt worden seien und somit die Prüfung als Steuerberater bestanden haben. Diese Voraussetzungen erfüllte die niederländische Steuerberatungsgesellschaft jedoch nicht. Diese die Dienstleistungsfreiheit beschränkende nationale Regelung war nach Ansicht des EuGH mangels ausreichender Rechtfertigung mit Art 56 AEUV nicht vereinbar.

Nach denselben Erwägungen ist nach Ansicht der Glossatorin auch die vorliegende Tätigkeit zu beurteilen. Entscheidend ist, dass es sich bei der Zweitnebenintervenientin, mit welcher die Patientinnen und Patienten den Behandlungsvertrag abschließen, um eine in Deutschland rechtmäßig niedergelassene GmbH handelt, die über eine Zulassung und die sonstigen notwendigen Genehmigungen nach deutschem Krankenanstaltenrecht zum Betrieb eines zahnmedizinischen Versorgungszentrums verfügt. Die zweite Instanz und zuletzt implizit auch der OGH halten dem Angebot ihrer zahnärztlichen Leistungen, wobei nur diese die Grenze überschreiten, jedoch entgegen, dass nach österreichischem Recht ein Zusammenschluss zum Zweck der Erbringung zahnärztlicher Leistungen gemäß § 26 Abs 1 Z 2 ZÄG zwar in der Rechtsform einer GmbH zwar möglich ist, jedoch ausnahmslos voraussetzt, dass alle Gesellschafter zur selbständigen Berufsausübung berechtigte Angehörige des zahnärztlichen Berufs sind (§ 26 Abs 3 Z 1 ZÄG). Ein strengerer Blick auf § 26 Abs 1 Z 2 ZÄG ließe sogar schließen, dass nach dem Wortlaut eine Gruppenpraxis überhaupt nur in der Rechtsform einer GmbH im Sinne des GmbHG möglich ist (§ 26 Abs 1 Z 2 ZÄG: „Die Zusammenarbeit von freiberuflich tätigen Angehörigen des zahnärztlichen Berufs ... kann weiters auch als selbständig berufsbefugte Gruppenpraxis in der Rechtsform einer ... Gesellschaft mit

beschränkter Haftung (GmbH) im Sinne des GmbH-Gesetzes (GmbHG), RGBl. Nr. 58/1906, erfolgen.“)

Art. 56 AEUV verlangt nach ständiger Rechtsprechung des EuGH nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit oder des Umstands, dass er in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist als dem, in dem die Dienstleistung erbracht werden soll, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen – selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten –, sofern sie geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassen ist und dort rechtmäßig vergleichbare Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen (vgl. EuGH, C-577/10, *Kommission/Belgien*, ECLI:EU:C:2012:814, Rn 38; EuGH C-475/11, *Konstantinides*, ECLI:EU:C:2013:542, Rn 44).

Die österreichische Regelung gilt zwar unterschiedslos für sämtliche zahnärztliche Gesellschaften, stellt aber gleichzeitig eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, da sie es ausschließt, dass eine nach den Rechtsvorschriften eines anderen Mitgliedstaats gegründete Gesellschaft mit Sitz in diesem Mitgliedstaat, in Österreich ihre Dienstleistungen rechtmäßig anzubieten, solange sie nicht den Vorgaben des § 26 ZÄG entsprechen. Dazu gehört insbesondere auch, dass den Gesellschaftern ausschließlich zur selbstständigen Ausübung des zahnärztlichen Berufs Berechtigte (gemäß § 6 ZÄG) angehören müssen, was beispielsweise eine Eintragung in die Zahnärzteliste (§ 6 Abs 1 Z 6 ZÄG) voraussetzt, worüber im Übrigen die im vorliegenden Fall klagende österreichische Zahnärztekammer entscheidet (§ 12f ZÄG).

Nach gefestigter Rechtsprechung müssen nationale Maßnahmen, die geeignet sind, die Ausübung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, durch ein im Allgemeininteresse liegendes Ziel gerechtfertigt sein, sofern diese Maßnahmen geeignet sind, dessen Erreichung zu gewährleisten, und wenn sie nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung des verfolgten Ziels erforderlich ist (vgl. EuGH C-475/11, *Konstantinides*, ECLI:EU:C:2013:542, Rn 50).

Am Ende der Begründung seiner Vorlagefragen zweifelt der OGH durch die §§ 24 ff und 31 ZÄG geschaffenen Einschränkungen an. Er führt treffend aus, dass angesichts der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH C-158/96, *Kohl*, ECLI:

EU:C:1998:171, Rn 51 und C-385/99, *Müller-Fauré*, ECLI:EU:C:2003:270), wonach es den Mitgliedstaaten nur erlaubt ist, den freien Dienstleistungsverkehr im Bereich der ärztlichen und klinischen Versorgung einzuschränken, soweit die Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland für die Gesundheit oder selbst das Überleben ihrer Bevölkerung erforderlich ist (vgl. auch) zweifelhaft ist, dass natürliche Personen ein höheres Niveau gewährleisten können als juristische Personen.

Weiterführend ist darauf hinzuweisen, dass nationale Behörden dafür Sorge zu tragen haben, dass die in anderen Mitgliedstaaten erworbene Qualifikation ihrem Wert entsprechend anerkannt und angemessen berücksichtigt wird (EuGH C-342/14, *X-Steuerberatungsgesellschaft/FA*, ECLI:EU:C:2015:827, Rn 54 und die dort genannte Rechtsprechung). Im vorliegenden Fall erlauben es die §§ 24 ff und 31 ZÄG nicht, bei einer ärztlichen Dienstleistung ohne physischen Grenzübertritt des Gesundheitsdiensteanbieters ihre Qualifikation zur Ausübung des ärztlichen Berufs, die der Gesundheitsdienst der Anbieter im anderen Mitgliedstaat erworben hat, ihrem Wert entsprechend anzuerkennen und angemessen zu berücksichtigen. Auf § 31 ZÄG, die den „freien Dienstleistungsverkehr“ regelt, können sich lediglich „EWR-Staatsangehörige“ (nach der Rechtsprechung natürliche Personen) berufen, dies jedoch auch nur im Rahmen einer zeitlich „vorübergehenden“ Tätigkeit (§ 31 Abs 1 ZÄG) und bei vorübergehendem Aufenthalt im Bundesgebiet (§ 31 Abs 2 ZÄG).

Es ist daher damit zu rechnen, dass der EuGH die vierte Vorlagefrage dahingehend beantworten wird, dass die §§ 24 ff und 31 ZÄG der Dienstleistungsfreiheit gemäß den Art 54ff AEUV entgegenstehen.

Mit Spannung bleibt die Beantwortung der drei ersten Vorlagefragen zu erwarten, welche insbesondere für die Wahl des anzuwendenden Rechts im Fall der grenzüberschreitenden Telemedizin ausschlaggebend sind.

Mitzubedenken ist im Übrigen der vom OGH in seiner Begründung und in den Vorlagefragen nicht behandelte krankenanstaltenrechtlich Aspekt, welcher allerdings in dieser Glosse nicht näher erörtert wird.

Mag^a Dany Boyadjyska ist Rechtsanwältin für lawpoint Hütthaler-Brandauer & Akyürek Rechtsanwältinnen GmbH in Wien (Beklagtenvertreterin im vorliegenden Fall).