



REPUBLIK ÖSTERREICH
Oberlandesgericht Wien

5 R 22/22z

Das Oberlandesgericht Wien hat als Rekursgericht durch die Senatspräsidentin des Oberlandesgerichts Dr. Schrott-Mader als Vorsitzende sowie die Richterin des Oberlandesgerichts Mag. Waldstätten und den Kommerzialrat Mag. Krenn in der Rechtssache der klagenden Partei **Österreichische Zahnärztekammer**, Kohlmarkt 11/6, 1010 Wien, vertreten durch Dr. Friedrich Schulz, Rechtsanwalt in Wien, gegen die beklagte Partei [REDACTED], [REDACTED], [REDACTED] Wien, vertreten durch [REDACTED]

in Wien, wegen Unterlassung und Urteilsveröffentlichung (Gesamtstreitwert EUR 34.000,-), über den Rekurs der beklagten Partei (Rekursinteresse im Provisorialverfahren EUR 31.000,-) gegen den Beschluss des Handelsgerichts Wien vom 12.1.2022, 53 Cg 39/21p-11, in nichtöffentlicher Sitzung den

B e s c h l u s s

gefasst:

Dem Rekurs wird **nicht Folge** gegeben.

Der erstinstanzliche Beschluss wird mit der **Maßgabe** bestätigt, dass Punkt 1. zu lauten hat:

„Zur Sicherung des Anspruchs der klagenden und gefährdeten Partei wider den Beklagten und Gegner der gefährdeten Partei auf Unterlassung von Wettbewerbsverstößen wird dem Beklagten ab sofort bis zur Rechtskraft des über die Unterlassungsklage ergehenden

Urteils verboten, an zahnärztlichen Tätigkeiten, die in Österreich durch ausländische Gesellschaften erbracht werden, welche weder eine Befugnis zur Ausübung des zahnärztlichen Berufes nach dem Zahnärztegesetz in Österreich noch eine krankenanstaltenrechtliche Betriebsbewilligung nach österreichischem Recht haben, unmittelbar oder mittelbar mitzuwirken, beispielsweise dadurch, dass er Abdrücke bei Zahnfehlstellungen, sei es auch auf digitale Weise durch einen Intraoralscanner, für die U[REDACTED] T[REDACTED] GmbH oder die D[REDACTED] D[REDACTED] Z[REDACTED] GmbH vornimmt."

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

Der Wert des Entscheidungsgegenstands übersteigt EUR 30.000,-.

Der ordentliche Revisionsrekurs ist zulässig.

B e g r ü n d u n g :

Die Klägerin ist eine Körperschaft öffentlichen Rechts mit Sitz in Wien und aufgrund des ZÄKG dazu berufen, die gemeinsamen beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen Belange aller Zahnärzte und Dentisten in Österreich wahrzunehmen und zu fördern sowie für die Wahrung des Berufs- und Standesansehens und der Berufs- und Standesplichten zu sorgen (vgl § 18 ZÄKG).

Der Beklagte ist Zahnarzt und Fachzahnarzt für Kieferorthopädie und betreibt in [REDACTED] Wien, [REDACTED] [REDACTED], eine Ordination.

Mit ihrer Klage, verbunden mit einem deckungsgleichen Sicherungsantrag, begehrte die **Klägerin** den Beklagten zur Unterlassung zu verpflichten wie aus

dem Spruch ersichtlich, jedoch ohne (ausdrückliche) räumliche Einschränkung auf Österreich.

Der Beklagte wirke als Mittäter und Gehilfe bewusst an einem Verstoß der U [REDACTED] T [REDACTED] GmbH und/oder der D [REDACTED] D [REDACTED] Z [REDACTED] GmbH gegen den Zahnärztevorbehalt nach §§ 3, 4 ZÄG mit und damit an einem wettbewerbswidrigen Verhalten nach § 1 UWG iSd Fallgruppe „Wettbewerbsvorsprung durch Rechtsbruch“.

Zahnärzte mit Sitz im Ausland dürften nur unter den engen Voraussetzungen der §§ 3, 30 f ZÄG im Inland tätig werden, wobei derartige Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit laut EuGH zum Schutz der Patientengesundheit zulässig seien.

Unternehmensgegenstand der in Deutschland ansässigen und im Handelsregister des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragenen U [REDACTED] T [REDACTED] GmbH (idF U [REDACTED] GmbH) sei die „Erbringung von Dienstleistungen im Bereich von Lifestyle-Produkten für Endkunden“. Sie sei Inhaberin der Marke D [REDACTED] ua für Zahnsparren, Zahn-Aligner (Kunststoffschielen) und zahnärztliche Leistungen, biete in Deutschland und Österreich die kieferorthopädische Behandlung mittels selbst angefertigter Zahnschielen an und erbringe vom Ärztevorbehalt umfasste Leistungen auch an „D [REDACTED]-Partnerstandorten“ in Österreich. Dafür betreibe sie ua die Website [www.d\[REDACTED\].at](http://www.d[REDACTED].at) und bewerbe ihr Angebot im Inland auf Plakaten, in Zeitungsinseraten und mittels Flugblättern. Da die Gesellschafter und Geschäftsführer der U [REDACTED] GmbH aber keine Zahnärzte seien und sie damit nicht die Voraussetzungen der §§ 26 ff, 30 f ZÄG erfülle, was auch nicht dadurch erreicht werde, dass gewisse Leistungen durch in Österreich ansässige selbständige „Partnerzahnärzte“ als Erfüllungsgehilfen

erbracht werden, habe die Klägerin bereits wettbewerbsrechtliche Verfahren ua wegen eines Verstoßes gegen den Zahnärztevorbehalt eingeleitet.

Der Beklagte sei ein derartiger Partnerzahnarzt, der zwar selbstständig tätig werde, aber nicht aufgrund eines Behandlungsvertrags mit den Patienten, sondern aufgrund einer Kooperationsvereinbarung mit der U■■■■ GmbH. Über die Website der U■■■■ GmbH (oder deren Telefonanschluss) könne sich ein Interessent einen Partnerstandort und einen Termin aussuchen, so auch beim Beklagten. Gebe man zudem auf Google „d■■■■ ■■■■ Wien“ ein, werde eine entgeltliche Anzeige eingeblendet, in der die Ordination des Beklagten ausdrücklich als Partnerpraxis beworben werde. Dadurch, dass der Beklagte für die U■■■■ GmbH in deren Namen Behandlungsleistungen an deren Patienten durchführe, wie insbesondere einen Oralscan, wirke er an deren Verstoß gegen das ZÄG mit, wobei eine gegenteilige Rechtsansicht spätestens seit der Entscheidung 4 Ob 158/20v unvertretbar wäre. Da er sein Verhalten trotz Abmahnung fortsetze, sei von einem Bewusstsein der Rechtswidrigkeit und einer Wiederholungsgefahr auszugehen. Der Wettbewerbsvorsprung sei evident, weil die U■■■■ GmbH in ihren Ankündigungen suggeriere, dass sie (mithilfe ihrer Partnerzahnärzte) bessere Leistungen zu günstigeren Preise anbiete als in Österreich zur Berufsausübung Berechtigte. Der Beklagte erhalte aus diesem Geschäftsmodell unzulässige Provisionen.

Im Übrigen hafte der Beklagte unmittelbar als Störer, wenn er einem Nicht-Zahnarzt eine Zahnärzten vorbehaltene Tätigkeit ermögliche, weil er damit gegen seine eigenen Berufspflichten verstoße und gegen § 1 Abs 1 Z 2 UWG. Da der Beklagte lediglich eine Untersuchung

vornehme, die weitere Behandlung aber an Nichtberechtigte auslagere, die auch nicht unter seiner Aufsicht stünden, verletze er zudem seine Pflicht nach § 24 ZÄG, seinen Beruf persönlich und unmittelbar auszuüben.

In einem Parallelverfahren habe die U■■■■ GmbH zwischenzeitig vorgebracht, dass die Behandlungsverträge mit den Patienten nicht mit ihr, sondern der D■■ D■■■■ Z■■■■ GmbH (idF D■■ GmbH) geschlossen würden, einer privaten Krankenanstalt nach deutschem Recht, die in Düsseldorf ein zahnmedizinisches Zentrum betreibe. Beide Gesellschaften seien daher im Begehren beispielhaft genannt. Nach dem Außenauftritt komme der Behandlungsvertrag aus Sicht eines verständigen Erklärungsempfängers jedoch sehr wohl mit der U■■■■ GmbH zustande. Eine andere Vertragskonstruktion würde allerdings auch nichts an der Rechtswidrigkeit ändern, weil die D■■ GmbH lediglich eine standortbezogene Betriebsbewilligung in Deutschland habe und ebensowenig die Voraussetzungen des österreichischen KAKuG und der §§ 26, 30 f ZÄG erfülle. Zudem erbringe die D■■ GmbH keine telemedizinischen Leistungen, weil Behandlungsschritte eben nicht nur im Wege der Telekommunikation, sondern auch unmittelbar in Inland durch Partnerzahnärzte als Erfüllungsgehilfen durchgeführt würden.

Einer Sicherheitsleistung bedürfe es nicht, weil der Sachverhalt und die Ansprüche ausreichend bescheinigt seien, und der Beklagte mit dem begehrten Verbot nicht an der Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit gehindert werde und sogar D■■■■ Zahnschienen anbieten dürfe, solange er die zahnärztlichen Leistungen persönlich und aufgrund eines Behandlungsvertrags mit den Patienten erbringe.

Der **Beklagte** beantragte den Sicherungsantrag abzuweisen, in eventuelle diesen vom Erlag einer Sicherheitsleistung von EUR 305.000,- abhängig zu machen.

Er stellte sich im Wesentlichen auf den Standpunkt, dass Vertragspartner der Patienten die D■■■ GmbH sei, die die Schienentherapie durch angestellte Zahnärzte anbiete und durchführe. Der Vertragsabschluss erfolge erst, nachdem die Patienten einen Behandlungsplan von der D■■■ GmbH erhalten hätten. Die U■■■■ GmbH biete hingegen weder selbst zahnärztliche Leistungen an, noch erbringe sie solche, vielmehr sei diese lediglich Markeninhaberin und Produzentin der Zahnschienen und sei als Dienstleister für die D■■■ GmbH tätig, insbesondere bei der Vermarktung.

Die Tätigkeit der D■■■ GmbH sei sehr wohl zulässig, weil ein Fall der Telemedizin vorliege, indem deren Ärzte von Deutschland aus mittels E-Mail und App mit den Patienten in Österreich kommunizieren würden. Auch würden die Schienen direkt an die Patienten versendet. Mit dem EU-Patientenmobilitätsgesetz BGBl I Nr 32/2104 sei die Richtlinie 2011/24/EU für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung (idF PatientenmobilitätsRL) umgesetzt worden. Laut deren Art 3 lit d gelte die Gesundheitsversorgung im Falle der Telemedizin als in jenem Mitgliedstaat erbracht, in dem der Gesundheitsdienstleister ansässig sei, sodass die zahnärztlichen Behandlungsleistungen daher am bewilligten Standort in Deutschland erbracht würden. Eine gesonderte Bewilligung wie im Sicherungsbegehren gefordert sei nach diesem Herkunftslandprinzip daher nicht erforderlich. Dem Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 24 ZÄG werde dadurch entsprochen, dass sich der Patient bei Bedarf bzw über

Anordnung der D■■ GmbH in eine Partnerordination begeben könne. Der Oralscan und allenfalls erforderliche Vorbereitungshandlungen wie etwa eine Schmelzreduktion würden jedenfalls von einem zugelassenen Zahnarzt in dessen Ordination durchgeführt. Würde man von der Telemedizin verlangen, dass diese einerseits ausschließlich durch Telekommunikationsmittel durchgeführt werden dürfe, andererseits aber die Gefahrenbeherrschung durch persönliche Behandlung sicherstellen müsse, würde man diese faktisch verbieten und die Dienstleistungsfreiheit und die PatientenmobilitätsRL aushebeln. Jedenfalls sei diese Rechtsansicht vertretbar iSd § 1 UWG.

In seiner Replik brachte der Beklagte sodann vor, dass ein Behandlungsvertrag zwischen ihm und den Patienten über die durch ihn zu erbringenden Leistungen zustandekomme (ON 10 S 3, 5).

Weiters verwies er darauf, dass die Bewilligung einer einstweiligen Verfügung bei nicht ausreichender Anspruchsbescheinigung oder bei tiefgreifenden Eingriffen in das Interesse des Gegners der gefährdeten Partei gemäß § 390 EO vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig gemacht werden könne. Eine Stattgabe des Sicherungsantrags bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens, mit dem bei gewöhnlichem Lauf der Dinge erst in rund zwei Jahren gerechnet werden könne, komme einem partiellen Berufsverbot gleich. Ausgehend von einem durchschnittlichen monatlichen Umsatz von rund EUR 12.700,- und zu erwartenden Schadenersatzansprüchen in diesem Ausmaß sei jedenfalls eine Sicherheitsleistung von EUR 305.000,- notwendig.

Mit dem angefochtenen Beschluss erließ das

Erstgericht die begehrte einstweilige Verfügung antragsgemäß und ohne eine Sicherheitsleistung aufzutragen. Nach Einsicht in die vorgelegten Urkunden und eidesstättigen Erklärungen ging es von dem auf den S 2 bis 11 als bescheinigt festgestellten Sachverhalt aus, von dem folgende Passagen als entscheidungserheblich hervorzuheben sind:

Für die Korrektur von Zahnfehlstellungen bietet der Beklagte die Behandlung mit verschiedenen Zahnspangen an, darunter auch mit transparenten Schienen, die man Aligner nennt. In seine Ordination kommen auch Patienten, die über D■■■■ einen Termin reserviert haben. In diesem Fall bekommen die Patienten die Aligner über D■■■■. Dem Beklagten ist bekannt, dass die Terminvereinbarungen für die Abdrucknahmen in seiner Ordination über die U■■■■ GmbH erfolgen, und dass er sohin einer ausländischen GmbH bei der Erfüllung ihrer Leistungen zur Hand geht (./8).

Tatsächlich bietet die U■■■■ GmbH Zahnbehandlungen an, nämlich die kieferorthopädische Behandlung mittels Zahnschienen (./D ff, ./F ff).

Die Terminvereinbarung mit den Partnerzahnärzten findet über die Website der U■■■■ GmbH statt (./O). Dabei sucht sich der Kunde den Standort aus und hat gleich auf der Webseite die Gelegenheit, einen Termin zu buchen (./O, Blatt 2). Durchgängig - auf der Startseite wie auf allen Unterseiten - enthält die Webseite die Aufforderung, sich in einer unserer (der U■■■■ GmbH) Partner-Ordinationen in Österreich beraten zu lassen (./H, Blatt 7, ./I, Blatt 9, usw).

Der Beklagte hat einen Vertrag mit der D■■■ GmbH abgeschlossen. In seiner Ordination steht ein Oralscan, den er von der D■■■ GmbH erhalten hat. Am Anfang sind zwei

Damen von der D■■ GmbH in seine Ordination gekommen und haben ihm und seinem Ordinationsteam vor Ort eine Schulung gegeben. Sie haben zB gezeigt, wie der Oralscan bedient wird, aber auch, wie man Patienten, die über D■■ kommen, verwaltet (zB müssen diese Patienten einen speziellen Anamnesebogen auf einem Tablet ausfüllen). In seiner Ordination wird der Scan durchgeführt. Der Beklagte bzw seine Mitarbeiter schicken dann alles an die D■■ GmbH. Bei manchen Patienten ist es notwendig, eine ASR-Behandlung (Approximale Schmelzreduktion) zu machen oder Attachments zu setzen, was er dann in seiner Ordination durchführt. Der Beklagte entscheidet nicht darüber, ob zum Beispiel eine ASR-Behandlung gemacht wird, sondern das beurteilen die Zahnärzte der D■■ GmbH anhand des von ihm übermittelten Bildmaterials. Wenn er der Meinung ist, dies wäre nicht möglich, führt er diese auch nicht durch. Nachdem er Erfahrung mit Alignern hat, weiß er, dass das eine übliche Vorbereitung auf eine solche Therapie ist. Bei Fragen oder Problemen steht er seinen Patienten auch immer zur Verfügung. Mit Patienten, welche Aligner über D■■ erhalten, rechnet er seine Leistung nicht direkt ab, sondern er bekommt sein Honorar von der D■■ GmbH. Die Höhe der Vergütung der Einzelleistungen ist vorab im Vertrag mit der D■■ GmbH festgelegt. Einen Vertrag mit der U■■ GmbH hat er nicht (./9).

Die D■■ GmbH arbeitet auch mit weiteren Zahnärzten in Österreich zusammen. Hierzu schließt sie eine Kooperationsvereinbarung ab. Dabei wird vereinbart, dass die Zahnärzte Patienten, die Interesse an den durchsichtigen Alignern der Marke D■■ haben, in der Ordination empfangen und auch das Bildmaterial

anfertigen. Das geschieht mithilfe eines von der D■■ GmbH zur Verfügung gestellten Intraoralscanners. Der Beklagte ist einer jener Zahnärzte in Österreich, mit dem die D■■ GmbH eine Kooperationsvereinbarung geschlossen hat.

Die D■■ GmbH stellt die Aligner nicht selbst her, sondern bestellt diese bei ihrer Partnerin U■■ GmbH. Die U■■ GmbH ist genauso wie die D■■ GmbH Teil der S■■-Gruppe, die wiederum ein international tätiges und führendes Unternehmen im Bereich der Zahntechnik ist.

Die Bilder, so auch die vom Beklagten in seiner Ordination angefertigten, werden gemeinsam mit den Anamnesebefunden an die U■■ GmbH übermittelt, die im Labor eine 3D-Simulation und einen Behandlungsvorschlag in Auftrag gibt, der von den Zahnärzten der D■■ GmbH anschließend geprüft und erforderlichenfalls modifiziert wird. Der Patient bekommt den finalen Behandlungsvorschlag per E-Mail zugeschickt, der auch die Kosten enthält. Hier heißt es gleich zu Beginn „D■■“ und in der Folge „Dein D■■-Team“. Mit einigem Abstand darunter findet sich dann „D■■ D■■ Z■■ GmbH“. In der Folge heißt es aber immer wieder „D■■-STORIES“, D■■ (. / 3). Ist der Patient einverstanden, gibt er dies online bekannt, indem er „zahlungspflichtig bestellt“. Die Aligner werden sodann zur Herstellung durch die U■■ GmbH in Auftrag gegeben.

Die Zahnärzte der D■■ GmbH sind über eine App oder den Customer Service für die Patienten erreichbar. Unabhängig davon können sich Patienten jederzeit an den jeweiligen Partnerzahnarzt vor Ort wenden.

Die Rechnung für die D■■-Aligner und für die Behandlung bekommen die Patienten von der D■■ GmbH, wobei am Rechnungspapier eine H■■ C■■ AG bzw H■■ AG

aufscheint, die sich nach eigenen Ausführungen als externer Partner um die Rechnungen kümmert (./4). Die Patienten bezahlen die Leistungen beim behandelnden Zahnarzt vor Ort nicht gesondert, sondern die D■■■ GmbH vergütet diesen für seine Leistungen (./9, ./8).

Die U■■■ GmbH bietet auf ihrer Webseite Interessenten die Möglichkeit, Behandlungstermine in einer D■■■ Partner-Praxis zu buchen. Die U■■■ GmbH ist in Österreich nicht befugt, zahnärztliche Tätigkeiten zu erbringen.

Entscheidet sich der Interessent für einen Standort und einen Termin, so bekommt er von der U■■■ GmbH eine Benachrichtigung mit den Termindetails, nämlich dem Namen des Zahnarztes, Datum und Uhrzeit sowie der Ordinationsadresse (./V).

Der Beklagte ist als Partnerzahnarzt für die U■■■ GmbH tätig (./V, W).

Der Beklagte wird zwar auf der Webseite der U■■■ GmbH (www.d■■■.at) nicht namentlich genannt. Trotzdem ist er über die Eingabe des gewünschten Standortes und des Terminwunsches auf Grund der folgenden Benachrichtigung mit Termindetails bestimmbar (./V).

Der Beklagte wird zudem in der Suchmaschine Google als D■■■-Zahnarzt beworben.

Die U■■■ GmbH betreibt über ihre Websites Endkunden- bzw Patientenmarketing und vermittelt den Terminwunsch der Kunden an den örtlichen Partnerzahnarzt. Weiters ist die U■■■ GmbH in die Buchungsabwicklung für die Terminvereinbarung involviert.

Zwischen der U■■■ GmbH und dem Beklagten besteht kein Vertragsverhältnis. Ein solches besteht nur zwischen dem Beklagten und der D■■■ GmbH. Der Behandlungsvertrag

Rechtsauffassung sei Hinblick auf diese Entscheidung unvertretbar. Indem der Beklagte Leistungen wie Oralscans erbringe und sich als Partnerzahnarzt für die Terminfindung auf der Webseite zur Verfügung stelle, ermögliche er als Gehilfe iSd § 14 UWG die Verstöße der D■■ GmbH und der U■■ GmbH gegen den Zahnärztevorbehalt und damit gegen § 1 UWG.

Auf das Vorbringen zur Sicherheitsleistung ging das Erstgericht nicht ein.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der **Rekurs des Beklagten** wegen einer Mangelhaftigkeit des Verfahrens, unrichtigen Tatsachenfeststellungen aufgrund unrichtiger Beweiswürdigung sowie einer unrichtigen rechtlichen Beurteilung mit dem Antrag, den Beschluss in eine Antragsabweisung abzuändern; hilfsweise wird ein Aufhebungsantrag gestellt.

Die **Klägerin** beantragt, dem Rekurs nicht Folge zu geben.

Der Rekurs ist **nicht berechtigt**.

1. Zur Mängelrüge:

Als Verfahrensmangel releviert der Beklagte lediglich die Nichtbehandlung seines Antrags auf Erlag einer Sicherheitsleistung, weswegen zunächst auf die Berechtigung des Unterlassungsanspruchs eingegangen wird.

2. Zur Beweisrüge:

2.1 Einleitend ist vorzuschicken, dass im Sicherungsverfahren die Überprüfung der Beweiswürdigung des erkennenden Richters durch das Rekursgericht nur insoweit ausgeschlossen ist, als dieser den Sachverhalt auf Grund vor ihm abgelegter Zeugen- oder Parteiaussagen als bescheinigt angenommen hat (vgl. RIS-Justiz RSJ012391). Das Rekursgericht ist daher

berechtigt, von den tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichts abzugehen, wenn dieses ohne mündliche Verhandlung entschieden und seine Feststellungen nur auf Grund von Urkunden oder mittelbar aufgenommenen Beweisen getroffen hat (vgl RS0044018). Zudem kann im Rechtsmittelverfahren auch der unstrittige Inhalt von Urkunden ergänzend verwertet werden (vgl RS0121557, RS0040083 [T1]).

Eidesstättige Erklärungen von Auskunftspersonen oder Sachverständigen sind im Provisorialverfahren geeignete Bescheinigungsmittel, nicht jedoch solche von Parteien bzw ihrer Organe (vgl RS0005298, insb [T1, T3, T7]).

In concreto führte die Verwertung der eidesstättigen Erklärung des Beklagten Beilage ./8 jedoch nicht zu einem wesentlichen Verfahrensmangel, weil die daraus abgeleiteten Feststellungen ebenso durch andere Beweismittel gedeckt sind oder unstrittige (oder unerhebliche) Umstände betreffen, wie nachfolgend aufgezeigt wird.

2.2 Der Beklagte wendet sich hinsichtlich der U [REDACTED] GmbH gegen die Feststellungen:

„Tatsächlich bietet die U [REDACTED] T [REDACTED] GmbH Zahnbehandlungen an, nämlich die kieferorthopädische Behandlung mittels Zahnschienen (./D ff, ./F ff)“ und

„Sie bewirbt ihre Leistungen in Österreich auf Plakaten (./D), in Zeitungsinseraten (./E) und mittels Flugblättern, welche Zeitschriften beigelegt werden (./F), in denen sie ihre Webseite www.d [REDACTED].at (./G) bekanntmacht.“

Sie begehrt sinngemäß die Ersatzfeststellungen, dass die U [REDACTED] GmbH keine Zahnbehandlungen anbiete und lediglich ihre Zahnschienen bewerbe.

Weiters bekämpft er die Feststellung, dass er über „verschiedene zahnärztliche Werkzeuge und Hilfsmittel sowie Produkte der D■■ GmbH“ verfüge, „welche er für die Betreuung der D■■■■ Patienten nach Vorgaben und unter Anleitung der D■■ GmbH“ verwende.

Vielmehr wäre lediglich festzustellen gewesen, dass er aufgrund eines Vertrages mit der D■■ GmbH über einen Intraoralscanner verfüge, welchen er für die Betreuung der D■■■■-Patienten entsprechend einer Einschulung durch die D■■ GmbH verwende. Daraus würde sich ergeben, dass er nicht nach Anweisungen oder Vorgaben der D■■ GmbH tätig werde und daher nicht in deren Organisation eingegliedert wäre.

2.3 Dem Beklagten muss beipflichtet werden, dass die Feststellungen zur Vertragsgestaltung und den jeweiligen Tätigkeiten zum Teil widersprüchlich sind und deren Begründung nicht durchgehend nachvollziehbar ist. Hinzu kommt, dass die Fragen, ob die U■■ GmbH Leistungen iSd § 1 GewO und § 1 UWG anbietet und erbringt, und wer wessen Vertragspartner wird, in Wahrheit rechtliche Beurteilungen sind.

Daher erscheint es erforderlich, zunächst die tatsächlichen Umstände herauszuarbeiten, die der rechtlichen Beurteilung des Rekursgerichts zugrunde gelegt werden:

Soweit es die Rolle des Beklagten anbelangt, wird davon ausgegangen, dass er zwar als „D■■■■ Partnerarzt“ auftritt und derart beworben und vermittelt wird (Beilage ./O, ./V, ./W), er aber in keiner vertraglichen Beziehung mit der U■■ GmbH steht, sondern (ausschließlich) eine Kooperationsvereinbarung mit der D■■ GmbH abgeschlossen hat; widersprechende Beweisergebnisse zur eidesstättigen

Erklärung des Zeugen U [REDACTED] (Beilage ./9) liegen insoweit nicht vor.

Die weitere „Feststellung“: *„Der Behandlungsvertrag über die ärztlichen Leistungen kommt zwischen dem Patienten und dem Arzt zustande“* (S 10) wird nicht übernommen, weil es es dabei um eine rechtliche Beurteilung handelt (weswegen auch nicht maßgeblich ist, dass diese nicht explizit angefochten wurde, und das Rekursvorbringen dazu widersprüchlich ist, vgl ON 12 S 4, 10). Weder aus dem Zusammenhang, noch aus den als Beleg zitierten Beilagen ./8 und ./9 lassen sich dafür zudem entsprechende Umstände im Tatsachenbereich ableiten. Unstrittig ist vielmehr, dass die Terminbuchung bzw der Kontakt zwischen den Patienten und dem Beklagten über die von der U [REDACTED] GmbH zur Verfügung gestellte D [REDACTED]-Website und -Telefonnummer erfolgt, der Behandlungsplan (Beilage ./3) nicht vom Beklagten erstellt und übermittelt wird und er für Untersuchungen und Eingriffe im Zusammenhang mit einer D [REDACTED]-Zahnschiene auch kein Entgelt von den Patienten erhält, sondern lediglich von der D [REDACTED] GmbH (Beilage ./5, ./9; vgl auch Beilage ./H, ./J:, *„kostenloser“* Scan und Informationstermin sowie: *„Sollte ein behandelnder Zahnart im Rahmen Deiner Zahnbegradigung weitergehende ärztliche Handlungen vornehmen müssen, können diese gemäß der üblichen Abrechnungsvorschriften und nur nach Rücksprache direkt mit Dir verrechnet werden.“*). Weiters wurde festgestellt, dass Patienten, die einen Termin über D [REDACTED] reserviert haben, auch *„die Aligner über D [REDACTED] bekommen“* (S 2), und in der Kooperationsvereinbarung festgehalten ist, dass die Partnerärzte Patienten, die Interesse an D [REDACTED]-Alignern haben, in ihrer Ordination empfangen und

auch das Bildmaterial anfertigen (S 7).

Die bekämpfte Feststellung, wonach der Beklagte „*verschiedene zahnärztliche Werkzeuge und Hilfsmittel sowie Produkte der D■■ GmbH*“ verwende, wird - abgesehen vom Oralscanner - mangels Deckung durch Vorbringen und Beweismittel nicht übernommen.

Hinsichtlich der Frage, inwieweit der Beklagte „*nach Vorgaben und unter Anleitung der D■■ GmbH*“ tätig wird, wird davon ausgegangen, dass er den Oralscan sowie die Anamnese mit den Hilfsmitteln und nach den Vorgaben der D■■ GmbH durchführt und keine Entscheidungen hinsichtlich der einzelnen Behandlungsschritte trifft, sondern solche lediglich ablehnen würde, wenn sie aus seiner Sicht nicht durchführbar wären; Gegenteiliges ergibt sich nicht einmal aus seiner eidesstättigen Erklärung Beilage ./8. Des Weiteren steht fest, dass er „*bei Fragen oder Problemen seinen Patienten auch immer zur Verfügung steht*“ (S 6) und sich D■■-Patienten sowohl an die D■■ GmbH (über eine App oder den Customer Service) als auch an den jeweiligen Partnerzahnarzt vor Ort wenden können (S 7).

Die D■■ GmbH, die die Kooperationsverträge schließt und die Partnerzahnärzte bezahlt (Beilage ./5, ./9), ist nach den Feststellungen auf dem Behandlungsplan genannt, der per E-Mail direkt von D■■ an den Patienten übermittelt wird und online „kostenpflichtig bestellt“ werden kann (Beilage ./2, ./3), sowie auf der Rechnung über die Behandlung (Beilage ./4). Sie verfügt - unstrittig - über eine Bewilligung zum Betrieb einer zahnärztlichen Privat-Krankenanstalt an einem Standort in Düsseldorf (Beilage ./AD).

Hinsichtlich der U■■ GmbH werden die angefochtenen

Feststellungen, wonach sie „*tatsächlich Zahnbehandlungen anbiete, nämlich die kieferorthopädische Behandlung mittels Zahnschienen*“, und „*ihre Leistungen*“ bewerbe, ebenfalls nicht übernommen, weil insoweit wieder eine rechtliche Beurteilung vorliegt.

Vielmehr wird unterstellt, dass die U■■■■ GmbH die Scans vom Beklagten übermittelt erhält und im Labor eine 3D-Simulation und einen Behandlungsvorschlag in Auftrag gibt sowie die Alinger herstellt (Beilage ./9), aber unstrittig weder in Österreich noch in Deutschland befugt ist zahnärztliche Leistungen am Patienten zu erbringen. Sie ist zudem Inhaberin der Marke D■■■■ (Beilage ./C), im Impressum der Website d■■■■.at genannt (Beilage ./G) und Verwenderin der AGB Beilage ./AC. Weiters wird sie vereinzelt in der Werbung namentlich genannt (Beilage ./E). Im Text der Website und den „Buchungsunterlagen“ ist ansonsten lediglich von „D■■■■“ die Rede. In Punkt 7.1 der AGB Beilage ./AC heißt es: *„Wir übernehmen für die über die Internetseiten vermittelten Verträge oder Termine keine Garantie und keine Sach- und Rechtsmängelhaftung. Bitte wenden Sie sich in Garantie- und Haftungsfällen an unseren Partner, die D■■■■ Z■■■■ GmbH, ■■■■, ■■■■ Berlin.“* Im Behandlungsplan Beilage ./3 findet sich in einer Fußnote unter dem Preis der Vermerk: *„Der Kaufpreis beinhaltet Fremdlaborleistungen der U■■■■ T■■■■ GmbH iHv [...]“*.

3. Zur Rechtsrüge:

3.1 Gemäß § 3 ZÄG darf der zahnärztliche Beruf nur nach Maßgabe dieses Bundesgesetzes ausgeübt werden. § 4 Abs 3 ZÄG normiert weiters, dass bestimmte Tätigkeiten den Angehörigen des zahnärztlichen Berufs vorbehalten sind, zu denen ua die Untersuchung des Patienten gehört,

die Diagnostik und die Behandlung (grundsätzlich auch bloß kosmetischer und ästhetischer Natur) sowie ua die Verordnung von Heilmitteln und Heilbehelfen.

Gemäß § 24 ZÄG haben Zahnärzte ihren Beruf zudem persönlich und unmittelbar auszuüben, allenfalls in Zusammenarbeit mit anderen Zahnärzten oder Angehörigen anderer Gesundheitsberufe, insbesondere in Form von Ordinations- und Apparategemeinschaften (§ 25 ZÄG) oder Gruppenpraxen (§ 26 ZÄG). Weiters dürfen sie sich im Rahmen ihrer Berufsausübung der Mithilfe von Hilfspersonen bedienen, wenn diese nach ihren genauen Anordnungen und unter ihrer ständigen Aufsicht handeln.

Auch GmbHs dürfen zahnärztliche Leistungen erbringen, allerdings nur in Form einer Gruppenpraxis, für die ua vorgeschrieben ist, dass alle Gesellschafter zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Angehörige des zahnärztlichen Berufs sein müssen (§ 26 ZÄG).

3.2 Ein Verstoß gegen diese Bestimmungen löst nicht nur verwaltungsrechtliche Sanktionen aus. Vielmehr handelt nach stRsp derjenige sittenwidrig iSd § 1 UWG, der als Mitbewerber in den gesetzlichen Vorbehaltsbereich einer fremden Gewerbeberechnigung oder eines Berufes (zB Ärzte, Zahnärzte, Rechtsanwälte, Ziviltechniker) eingreift, wenn sein Verhalten geeignet ist, den Wettbewerb zum Nachteil von rechtstreuen Mitbewerbern nicht bloß unerheblich zu beeinflussen (vgl RS0077985 [T14], RS0123239). Eine Sittenwidrigkeit ist allerdings zu verneinen, wenn die Auffassung über den Umfang der Befugnisse durch das Gesetz so weit gedeckt ist, dass sie mit gutem Grund vertreten werden kann (vgl RS0077771, RS0123239; zur eingeschränkten Anwendbarkeit dieses Maßstabes bei unionsrechtlichem Sekundärrecht

s 4 Ob 36/18z).

Weiters macht es im Wettbewerbsrecht einen Unterschied, ob eine Tätigkeit tatsächlich ohne die dafür erforderlichen Voraussetzungen ausgeübt, oder „nur“ ein irreführender Eindruck vermittelt wird (der nach § 2 UWG relevant sein könnte). Auch wenn in § 1 Abs 4 GewO das Anbieten der Ausübung des Gewerbes gleichgehalten wird, setzt ein Verstoß gegen § 1 UWG in der Fallgruppe „Rechtsbruch“ nach stRsp grundsätzlich voraus, dass die bewilligungspflichtige Tätigkeit tatsächlich ausgeübt wird (vgl 4 Ob 130/17x, 4 Ob 27/89; RS0115774, RS0060016).

3.3.1 Ausgehend von diesen Grundsätzen ist daher zunächst zu fragen, wer die unter § 4 Abs 3 ZÄG fallenden zahnärztlichen Leistungen, die der Beklagte in seiner Ordination in Österreich faktisch durchführt, im Rechtssinne erbringt, wofür wiederum zu klären ist, wer Vertragspartner des Patienten wird und wer dessen Erfüllungsgehilfe.

Ob und inwieweit der Beklagte in die Organisation der U■■■■ GmbH und/oder der D■■■ GmbH eingegliedert ist, spielt dabei aber nur eine untergeordnete Rolle, sodass auf die Rekursausführungen dazu nicht näher eingegangen werden muss. Für die Zurechnung selbständiger Unternehmer ist nämlich die Auslegung des Vertrags von entscheidender Bedeutung (vgl RS0028729 [T7]; 4 Ob 158/20v).

3.3.2 Wenn diese Leistungen vom Beklagten aufgrund eines eigenen Behandlungsvertrags mit dem Patienten erbracht werden, läge kein Verstoß gegen den Zahnärztevorbehalt vor, sondern allenfalls gegen den Unmittelbarkeitsgrundsatz des § 24 ZÄG. Da das Klage- und Sicherungsbegehren jedoch nicht auf die unzulässige

Beziehung Dritter zu einer eigenen Tätigkeit, sondern auf eine „Mitwirkung an zahnärztlichen Tätigkeiten durch ausländische Gesellschaften“ abstellt, wäre es diesfalls abzuweisen.

Ausgehend vom Vorbringen und Bescheinigungsanbot des Beklagten sowie den in Punkt 2.3 herausgearbeiteten tatsächlichen Umständen kann dem Erstgericht aber nicht gefolgt werden, dass „der Behandlungsvertrag über die ärztlichen Leistungen zwischen dem Patienten und dem Arzt zustandekommt“. Zwar muss ein solcher nicht entgeltlich sein und kann auch konkludent geschlossen werden, nach dem objektiven Erklärungswert des Außenauftritts sowie der internen Kooperationsvereinbarung sind jedoch alle Leistungen, die für eine D■■■■-Behandlung standardmäßig erforderlich sind, insbesondere der Oralscan, die Anamnese sowie die Erstellung und Überwachung eines Behandlungsplans, aber auch eine allfällige Schmelzreduktion, Teil eines einheitlichen Vertrags, der von „D■■■■“ zu einem Pauschalpreis angeboten und mit der dahinterstehenden Gesellschaft abgeschlossen wird. In einer derartigen Konstellation würde es für das Zustandekommen eines eigenen Behandlungsvertrags mit dem Partnerarzt (anderes als bei allgemeinen Arztbesuchen, s dazu 7 Ob 136/06k, 4 Ob 210/07x) daher eines speziellen Erklärungsaktes bedürfen, dass und welche Leistungen vom Beklagten in eigenem Namen (und in eigener Verantwortlichkeit) erbracht werden.

3.3.3 Wenn man davon ausgeht, dass die Patienten einen einheitlichen Behandlungsvertrag bloß mit der D■■■■ GmbH oder der U■■■■ GmbH schließen und der Beklagte jedenfalls beim Oralscan, der Anamnese sowie einer allfälligen Schmelzreduktion als deren Erfüllungsgehilfe

tätig wird, dann werden aber - wie in der E 4 Ob 158/20v - grundsätzlich zahnärztliche Leistungen im Inland von einer ausländischen Gesellschaft erbracht, die über keine entsprechenden Berechtigungen in Österreich verfügt und angesichts ihrer Gesellschafterstruktur auch nicht den Vorgaben des § 26 ZÄG genügt.

Sobald ein Angehöriger eines freien Berufs mit Sitz im Ausland auch im Inland tätig wird, hat er zusätzlich die hier geltenden Berufs- und Standesregeln einzuhalten (vgl RS0051613 [T2]). Das ZÄG kennt zwar in §§ 30, 31 Regelungen für die Berufsausübung durch Zahnärzte mit ausländischem Berufssitz oder Dienstort sowie zum freien Dienstleistungsverkehr, unstrittig werden die dort genannten Voraussetzungen von der D■■ GmbH und der U■■ GmbH aber nicht erfüllt, zumal § 31 ZÄG nur auf berufsberechtigte natürliche Personen abstellt (vgl 4 Ob 158/20v Rz 41; vgl auch 4 Ob 211/18k).

3.4.1 Während die U■■ GmbH auch in Deutschland lediglich befugt ist, Zahnschienen herzustellen, nicht aber zahnärztliche Leistungen am Patienten durchzuführen, stützt sich der Beklagte darauf, dass hier - anders als in der E 4 Ob 158/20v - die D■■ GmbH als Zahnklinik über die erforderlichen Bewilligungen verfüge, um entsprechende Leistungen an ihrem Standort zu erbringen, und dies im Wege der Telemedizin und unter Berücksichtigung der europarechtlichen Dienstleistungsfreiheit und des Herkunftslandprinzips nach der PatientenmobilitätsRL ohne weitere Voraussetzungen auch in Österreich dürfe.

3.4.2 Die PatientenmobilitätsRL (RL 2011/24/EU für die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung) „enthält

Bestimmungen zur Erleichterung des Zugangs zu einer sicheren und hochwertigen grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung und fördert die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten im Bereich der Gesundheitsversorgung, wobei die nationalen Zuständigkeiten bei der Organisation und Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen uneingeschränkt geachtet werden. Diese Richtlinie zielt ferner darauf ab, ihr Verhältnis zum bestehenden Rechtsrahmen für die Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit, Verordnung (EG) Nr. 883/2004, im Hinblick auf die Ausübung der Patientenrechte zu klären" (Art 1 Abs 1).

Gemäß Art 2 lit n wird die RL 2005/36/EG über die Anerkennung von Berufsqualifikationen davon ausdrücklich nicht berührt. Dort wird in Art 5 Abs 3 sinngemäß normiert, dass auch dann, wenn sich ein Dienstleister in einen anderen Mitgliedstaat begibt, er den dortigen berufsständischen, gesetzlichen oder verwaltungsrechtlichen Berufsregeln unterliegt.

In Art 4 der PatientenmobilitätsRL über „Zuständigkeiten des Behandlungsmitgliedstaats“ heißt es: „Leistungen der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung werden [...] in Einklang mit folgenden Regelungen erbracht: lit a) Rechtsvorschriften des Behandlungsmitgliedstaats [...]“. Im Falle der „Telemedizin“ gilt laut den „Begriffsbestimmungen“ die Gesundheitsversorgung allerdings in dem Mitgliedstaat als erbracht, in dem der „Gesundheitsdienstleister“ ansässig ist (Art 3 lit d; s zum Herkunftslandprinzip auch die RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr).

3.4.3 Was unter „Telemedizin“ zu verstehen ist sowie deren Zulässigkeit wird in der PatientenmobilitätsRL aber

nicht geregelt. Vielmehr betreffen ErwGr 26 und Art 7 Abs 7 lediglich Fragen der sozialversicherungsrechtlichen Kostenerstattung, etwa für „elektronische Gesundheitsdienstleistungen (e-Health)“ bzw eine „Gesundheitsversorgung mit Mitteln der Telemedizin“.

In ErwGr 56 heißt es zudem: „Die technischen Entwicklungen bei der grenzüberschreitenden Erbringung von Gesundheitsdienstleistungen mit Hilfe der IKT [Anm: Informations- und Kommunikationstechnik bzw -technologie] können dazu führen, dass die Ausübung der Überwachungsaufgaben durch die Mitgliedstaaten unklar wird, und können dadurch die Freizügigkeit von Gesundheitsdienstleistungen behindern und zusätzliche Risiken für den Gesundheitsschutz schaffen. Sehr unterschiedliche und inkompatible Formate und Normen gelten für die IKT-gestützte Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen in der Union, was sowohl Hindernisse für diese Art der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung als auch mögliche Risiken für den Gesundheitsschutz schafft. Daher ist es notwendig, dass die Mitgliedstaaten die Interoperabilität der IKT-Systeme anstreben. Der Einsatz von IKT-Systemen im Gesundheitswesen fällt jedoch vollständig in nationale Zuständigkeit. Deshalb sollte in dieser Richtlinie die Bedeutung der Weiterverfolgung der Interoperabilität anerkannt und die Verteilung der Zuständigkeiten geachtet werden, indem Bestimmungen festgelegt werden, nach denen die Kommission und die Mitgliedstaaten gemeinsam die Entwicklung von Maßnahmen vorantreiben sollen, die rechtlich nicht verbindlich sind, jedoch den Mitgliedstaaten zusätzliche Werkzeuge zur Förderung der Interoperabilität der IKT-Systeme im Bereich der

Gesundheitsversorgung zur Verfügung stellen und den Zugang der Patienten zu elektronischen Gesundheitsanwendungen erleichtern, sofern die Mitgliedstaaten beschließen, diese einzuführen."

In Art 14 sind dementsprechend zu „Elektronischen Gesundheitsdiensten“ lediglich Bestimmungen zu einem freiwilligen Netzwerk vorgesehen.

3.4.4 Im österreichischen Umsetzungsgesetz, dem EU-Patientenmobilitätsgesetz (EU-PMG, BGBl I Nr 32/2014), sowie der Regierungsvorlage dazu (33 dB XXV GP) finden sich ebensowenig Regelungen oder Ausführungen zu telemedizinischen Leistungen wie im ZÄG.

Der Beklagte argumentiert in seinem Rekurs damit, dass laut österreichischem Sozialministerium unter „Telemedizin“ *„die Bereitstellung oder Unterstützung von Leistungen des Gesundheitswesens mit Hilfe von Informations- und Kommunikationstechnologien (IKT) [zu verstehen sei], wobei Patientin bzw Patient und Gesundheitsdiensteanbieter oder zwei GDA nicht am selben Ort anwesend sind“*, und dies hier deswegen verwirklicht sei, weil die Ärzte der D■■ GmbH mit den Patienten über E-Mail und App kommunizieren würden.

Weiters beruft er sich auf Wallner (in Resch/Wallner, Handbuch Medizinrecht³ [2020] Europäisches Gesundheitsrecht Rz 109b), der das Verhältnis zwischen der PatientenmobilitätsRL und der BerufsqualifikationsRL dahin lösen will, dass für Vorgaben zum erlaubten Leistungsumfang, aber auch für die Vorschriften, die die ärztliche Leistungserbringung selbst regeln, im Falle der Telemedizin die Regelungen des Staates gelten sollen, in dem der sich der Patient befindet (so auch für die Frage der Geltung und der Reichweite des

Unmittelbarkeitsgebotes bei ärztlichen Behandlungen), und ansonsten, etwa zu Bewilligungen und Werbemaßnahmen, jene des Sitzstaates des Gesundheitsdienstleisters.

Damit lässt der Beklagte aber völlig offen, warum er berechtigt darauf vertrauen dürfte, dass die von ihm durchgeführten Tätigkeiten, die er als Erfüllungsgehilfe einer deutschen GmbH unmittelbar und ohne Einsatz von IKT am Patienten vornimmt (und auch ohne dass Ärzte der D■ GmbH mittels IKT zugeschaltet wären), nämlich insbesondere der Oralscan, die Anamnese und eine allfällige Schmelzreduktion, als telemedizinische Leistungen zu qualifizieren und in Österreich zulässig wären.

Selbst wenn man die Leistungen der D■ GmbH, die im Wege der IKT erfolgte, aufgrund Art 3 lit d der PatientenmobilitätsRL als in Deutschland erbracht ansieht und diese im Einklang mit den dortigen Regelungen zur Telemedizin stünden (s dazu § 7 Abs 4 der „[Muster-]Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte“, das „Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde“ sowie diverse „eHealth“-Gesetze), kennt weder das europäische, noch das nationale Recht ein „Überwiegensprinzip“. Vielmehr ist für jede Einzelleistung innerhalb eines Behandlungsvertrags gesondert zu fragen, ob es sich um eine „telemedizinische“ Leistung handelt.

3.4.5 Da die PatientenmobilitätsRL nicht die Zulässigkeit „der Telemedizin“ regelt, sondern deren rechtliche Ausgestaltung, wie unter Punkt 3.4.3 näher dargestellt wurde, allein in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt, besteht auch kein Anlass, dem EuGH die vom Beklagten vorformulierte Frage um

Vorabentscheidung vorzulegen: „Stellt eine medizinische Behandlung eine grenzüberschreitende Gesundheitsdienstleistung im Sinne des Art 3 lit e und in weiterer Folge im Sinne der Telemedizin im Sinne des Art 3 lit d der Richtlinie 2011/24/EU über die Ausübung der Patientenrechte in der grenzüberschreitenden Gesundheitsversorgung dar, wenn der in einem Mitgliedstaat ansässige Zahnarzt den Patienten untersucht, die Ergebnisse dieser Behandlung jedoch der in einem anderen Mitgliedstaat befindlichen Krankenanstalt übermittelt, welche auf Grundlage dieser Ergebnisse einen Behandlungsvorschlag trifft und diesen Vorschlag dem Patienten im Telekommunikationsweg mitteilt und der Patient in weiterer Folge auf dieser Grundlage eine Entscheidung trifft?“

Weiters ist in Erwägungsgrund 18 der RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (E-Commerce-RL) festgehalten, dass Tätigkeiten wie die Erbringung von Offline-Diensten und etwa „ärztlicher Rat mit einer erforderlichen körperlichen Untersuchung eines Patienten“ keine Dienste der Informationsgesellschaft sind; der koordinierte Bereich umfasst gemäß Art 2 lit ii keine Dienste, die nicht auf elektronischem Wege erbracht werden. Ein „Dienst der Informationsgesellschaft“ ist gemäß Art 2 lit a iVm Art 1 Nr 2 der RL 98/34/EG idF der RL 98/48/EG eine „Dienstleistung der Informationsgesellschaft, dh jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Im Sinne dieser Definition bezeichnet der Ausdruck ‚im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung‘ eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien

erbracht wird."

Auch wenn ein Vorabentscheidungsersuchen im Provisorialverfahren nicht ausgeschlossen ist (vgl. RS0107063), erscheint die Anrufung des EuGH daher derzeit weder notwendig noch zweckmäßig.

3.5 Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass der Beklagte in Österreich als Erfüllungsgehilfe zahnärztliche Tätigkeiten durchführt, die mangels Einsatz von IKT nicht als „telemedizinische Leistungen“ qualifiziert werden können, und dadurch an zahnärztlichen Tätigkeiten mitwirkt, die durch ausländische Gesellschaften im Inland erbracht werden, ohne dass diese eine Befugnis zur Ausübung des zahnärztlichen Berufes nach dem ZÄG oder eine krankenanstaltenrechtliche Betriebsbewilligung nach österreichischem Recht hätten.

Damit verstößt er einerseits gegen die Regelungen zur Zusammenarbeit nach § 24 ZÄG und beteiligt sich andererseits iSd E 4 Ob 158/20v als Gehilfe an einem Verstoß einer ausländischen GmbH gegen den Berufsvorbehalt nach §§ 3, 4 Abs 3 ZÄG und sohin einem Wettbewerbsverstoß nach § 1 UWG.

Für die wettbewerbsrechtliche Gehilfenhaftung ist zudem erforderlich, dass der Gehilfe – der auch ein selbständiger Unternehmer sein kann – die Tatumstände kennt, die die Rechtswidrigkeit seines Verhaltens begründen. Dem Kennen dieser Umstände ist das vorwerfbare Nichtkennen gleichzuhalten (vgl. RS0079765 [T28], RS0031329).

Spätestens seit der Abmahnung vom 9.11.2020 (Beilage ./Z) und der E 4 Ob 158/20v, veröffentlicht am 20.11.2020, muss jedoch von einem entsprechenden Bewusstsein, einer Unvertretbarkeit einer anderen

Rechtsansicht sowie einer Wiederholungsgefahr ausgegangen werden. Wie ausgeführt kann der Beklagte insbesondere keine europäischen oder nationalen Vorschriften ins Treffen führen, die für die Zulässigkeit seiner Untersuchungen im Rahmen einer von Deutschland aus erbrachten telemedizinischen Behandlung sprächen.

3.6.1 Beim konkreten Verbot, „an zahnärztlichen Tätigkeiten durch ausländische Gesellschaften [mitzuwirken], welche weder eine Befugnis zur Ausübung des zahnärztlichen Berufes nach dem Zahnärztegesetz in Österreich noch eine krankenanstaltenrechtliche Betriebsbewilligung nach österreichischem Recht haben“, ist im Sinne des Beklagten, auch wenn Rechtfertigungsgründe und Ausnahmen grundsätzlich nicht in den Spruch aufgenommen werden müssen (vgl. RS0114017), allerdings in örtlicher und umfänglicher Hinsicht zu differenzieren.

Zutreffend ist, dass ihm keine Tätigkeit „in Österreich“ verboten werden kann, wenn es sich dabei tatsächlich um eine Mitwirkung an einer zulässiger Weise in Deutschland erbrachten telemedizinischen Leistung der D■■ GmbH handeln würde.

Daher ist das Begehren auf „zahnärztliche Tätigkeiten, die in Österreich durch ausländische Gesellschaften erbracht werden“ zu konkretisieren, wodurch auch der von der Klägerin primär relevierte Verstoß gegen den Zahnärztevorbehalt zum Ausdruck gebracht wird. Insofern ist daher auch nicht mit einer Teilabweisung vorzugehen, sondern dem Begehren nur eine klarere und deutlichere, dem tatsächlichen Rechtsschutzziel und Vorbringen des Klägers entsprechende Fassung zu geben (vgl. RS0039357, 4 Ob 206/19a) und die

angefochtene Entscheidung mit einer dahingehenden Maßgabe zu bestätigen.

3.6.2 Im Übrigen bezieht sich der auf Rechtsbruch gestützte Unterlassungsanspruch zutreffend auf den Zahnärztevorbehalt nach §§ 3, 4 Abs 3 iVm §§ 26, 30 f ZÄG als übertretene Norm, die auch bloß verbal umschrieben werden kann (vgl 4 Ob 206/19a, RS0133055, RS0129497), sowie den dem Beklagten vorzuwerfenden Tatbeitrag (vgl RS0126742). Die weite die Formulierung *„unmittelbar oder mittelbar mitzuwirken, beispielsweise dadurch, dass er Abdrücke bei Zahnfehlstellungen [...] vornimmt“* ist unter dem Aspekt, dass Umgehungen durch ein zu eng formuliertes Verbot nicht zu leicht gemacht werden sollen (vgl RS0037733, RS0037607), ebenfalls zulässig.

3.6.3 Aus dem selben Grund muss auch nicht näher untersucht werden, ob der Beklagte diese Tätigkeiten als Erfüllungsgehilfe für die U■■■■ GmbH oder die D■■ GmbH erbringt und mit welcher dieser Gesellschaften der Behandlungsvertrag mit dem Patienten zustande kommt. Beide Gesellschaften werden nämlich nur konkretisierend angeführt, indem es heißt: *„durch ausländische Gesellschaften [...], beispielsweise dadurch, dass er Abdrücke bei Zahnfehlstellungen [...] für die U■■■■ T■■■■ GmbH oder die D■■ D■■■■ Z■■■■ GmbH vornimmt.“* Da der Titel nicht dadurch umgangen werden soll, dass die Zuständigkeit für die Behandlungs- und Kooperationsverträge beliebig zwischen der U■■■■ GmbH und der D■■ GmbH „Hin- und Herverschoben“ (oder im Unklaren gelassen) wird, ist die Nennung beider im Spruch gerechtfertigt.

4. Ausgehend von diesen tatsächlichen und rechtlichen Erwägungen besteht aber kein Grund, die

einstweilige Verfügung vom Erlag einer Sicherheitsleistung abhängig zu machen, weswegen in diesem Zusammenhang auch weder ein (relevanter) Verfahrensmangel, noch ein (sekundärer) Feststellungsmangel vorliegt.

In der E 4 Ob 271/16f (vgl auch 4 Ob 206/19a) arbeitete der OGH umfassend heraus, dass in Sachen des gewerblichen Rechtsschutzes eine Sicherheit vor allem dann angebracht sei, wenn der maßgebende Sachverhalt mit den Mitteln des Sicherungsverfahrens nicht verlässlich geklärt werden könne und daher eine abweichende Entscheidung im Hauptverfahren bei realistischer Betrachtung möglich erscheine. Bei geklärter Sachlage und eindeutiger oder bereits in Parallelverfahren geklärter Rechtslage sei die Auferlegung einer Sicherheit regelmäßig auszuschließen. Selbst bei unsicherer Rechtslage und schwerwiegenden Eingriffen in die Sphäre des Gegners iSd § 390 Abs 2 EO sei eine Sicherheitsleistung im Hinblick auf die typische Parallelität von Sicherungs- und Hauptverfahren sowie die Möglichkeiten, einem Rechtsmittel aufschiebende Wirkung zuzuerkennen und eine Exekution aufzuschieben, nicht zwingend geboten.

Hier ist die Sach- und Rechtslage aber ausreichend eindeutig, und es ist der Klägerin beizupflichten, dass die wirtschaftlichen und beruflichen Interessen des Beklagten durch das konkrete Verbot nicht erheblich beeinträchtigt werden (s dazu RS0005711, RS0005595), ist es ihm doch (mit einer anderen Vertragskonstruktion) nach wie vor erlaubt, eine Behandlung mit D■■■■-Alingern anzubieten und durchzuführen. Selbst wenn der Beklagten obsiegen sollte, ist zudem nicht ersichtlich, warum sein

Ersatzanspruch gegen die klagende Kammer, der mit der Sicherheitsleistung abgedeckt werden soll (vgl 17 Ob 36/09g) einer besonderen Sicherstellung bedürfte. Schließlich soll nicht die an sich berechtigte Interessenwahrungstätigkeit der Klägerin dadurch verunmöglicht werden, dass ihr in jedem einzelnen Sicherungsverfahren erhebliche Kautionen auferlegt werden (vgl RS0005706).

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 393 Abs 1 EO. Da die Einschränkung auf „in Österreich erbrachte Tätigkeiten“ nicht als Teilabweisung, sondern als bloße Präzisierung zu verstehen ist, ist sie kostenrechtlich unbeachtlich.

6. Der Ausspruch über den Wert des Entscheidungsgegenstands ergibt sich aus §§ 78, 402 Abs 4, EO iVm §§ 526 Abs 3, 500 Abs 2 Z 1 ZPO und orientiert sich in an der Bewertung der Klägerin sowie am vom Beklagten behaupteten Schaden.

7. Auch wenn die Rechtsansicht des Beklagten als unvertretbar qualifiziert wurde, ist der ordentliche Revisionsrekurs im Hinblick auf die zahlreichen Parallelverfahren und den vom OGH noch nicht behandelten Aspekt der grenzüberschreitenden „Telemedizin“ zuzulassen.

Oberlandesgericht Wien
1011 Wien, Schmerlingplatz 11
Abt. 5, am 28. Februar 2022

Dr. Maria Schrott-Mader

Elektronische Ausfertigung
gemäß § 79 GOG