

Mag. Werner Jarec, LL.M. (WU)

Richter des Landesgerichtes Korneuburg

Korneuburg, am 24.7.2020

An

Sozialministerium (veterinaerlegistik@sozialministerium.at)

Präsidium des Nationalrats (begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

Frau Präsidentin des Landesgerichtes Korneuburg
(lgkorneuburg.praesidium@justiz.gv.at)

Betrifft: Tierärztegesetz; Tierärztekammergesetz, Änderung – 27/ME XXVII. GP

Zum Entwurf gebe ich folgende **Stellungnahme** ab:

[1] Erklärtes Ziel des Entwurfes ist die Umsetzung des Urteiles des Europäischen Gerichtshofes vom 29. Juli 2019 in der Rechtssache C-209/18 *Kommission/Österreich*. Österreich wurde unter anderem verurteilt, entgegen der Dienstleistungsrichtlinie (RL 2006/123/EG) Anforderungen an die Rechtsform und die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen für Tierärztegesellschaften aufrecht erhalten zu haben. Insbesondere führte der EuGH aus, dass die legitime Verfolgung der Ziele des Gesundheitsschutzes und der Unabhängigkeit der Tierärzte nicht rechtfertigen kann, dass Wirtschaftsteilnehmern, die keine Tierärzte sind, die Beteiligung am Vermögen von Tierärztekammern völlig unmöglich gemacht wird, da nicht ausgeschlossen ist, dass die Tierärzte über diese Gesellschaft auch dann eine wirksame Kontrolle ausüben können, wenn sie nicht das gesamte Gesellschaftsvermögen halten würden, denn die Beteiligung von Personen, die keine Tierärzte sind, an einem begrenzten Teil dieses Vermögens wird eine solche Kontrolle nicht mag zwangsläufig behindern (Rn 104).

[2] Der Entwurf schlägt die Zulassung von Praxisgemeinschaften (§ 17) und Gemeinschaftspraxen und anderen Tierärztegesellschaften (§ 18) vor. Diesen Bestimmungen kann nämlich nicht entnommen werden, inwieweit diese Zusammenschlüsse unter Verwendung bereits bestehender Rechtsformen des Gesellschaftsrechtes, die im vorgeschlagenen Text nicht genannt sind, zustande kommen sollen oder ob der Entwurf nicht vielmehr neue Gesellschaftsformen etablieren möchte.

[2.1] Die Praxisgemeinschaft wird als Zusammenarbeit von freiberuflich selbstständig tätigen Tierärztinnen und Tierärzte im Rahmen von Praxisgemeinschaften zum Zweck fachlicher Zusammenarbeit, gegenseitiger Vertretung, gemeinsamen Nutzung von Praxiseinrichtungen und Instrumenten, gemeinsamen Einkaufs, gemeinsamer Beschäftigung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie Hilfspersonal definiert. Der Entwurf lässt offen, in welcher gesellschaftsrechtlichen Form dies zu geschehen hat und führt aus, es handelt sich bloß um eine Präzisierung, aber auch Abgrenzung gegenüber anderen, auch im Außenverhältnis wirksamen Formen der Zusammenarbeit (ErlME, 7). Offenbar ist diese Art des Zusammenschlusses nur im Innenverhältnis von Bedeutung. Insbesondere fehlt jeder Hinweis auf die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 1175 ff ABGB).

[2.2] Neu geschaffen wird die Gemeinschaftspraxis, die einerseits als freiberuflich selbstständige, nach außen rechtlich und wirtschaftlich eine Einheit darstellende Gesellschaft definiert wird; andererseits können juristische Personen des Privatrechts Tierärztegesellschaften darstellen. Nur § 18 Abs. 2 des Entwurfes verwendet somit existierende gesellschaftsrechtliche Formen; offenbar geht der Entwurf von Kapitalgesellschaften aus. Wenn § 18 Abs. 1 des Entwurfes die Gemeinschaftspraxis als rechtlich und wirtschaftlich eine Einheit definiert (ErlME, 7), bleibt völlig offen, welche bisher im Gesellschaftsrecht vorhandenen Typen das gemeint ist oder ob vielmehr ein weiterer Gesellschaftstypus geschaffen werden soll. Die Konstruktion dieses Gesellschaftstypus bleibt zur Gänze ungeklärt. Die seit Jahrzehnten gefestigte Literatur und Judikatur zu den Fragen der inneren Verfassung, der Geschäftsführung, der Vertretung, der Begründung und Beendigung von Gesellschaften, der Kapitalaufbringung und -erhaltung und vieler anderer Fragen (siehe nur die Kapitelüberschriften jedes gängigen Lehrbuches des Gesellschaftsrechtes) finden im Entwurf keinerlei Berücksichtigung. All diese Fragen bleiben für die Tierärztegesellschaft ungelöst.

[2.3] Die Entwicklung einer eigenen Gesellschaftsform für einen Bereich der Freien Berufe ist singulär: Für die Humanmedizin besteht die Lösung darin, dass Ordinations- und Apparategemeinschaften in der Rechtsform der OG (§ 52 Abs 3 ÄrzteG), die Gruppenpraxen darüber hinaus in der Rechtsform der GmbH (§ 52a ÄrzteG) begründet werden dürfen; dasselbe gilt für die Gruppenpraxen von freiberuflich tätigen Angehörigen des zahnärztlichen Berufes (§ 26 ZÄG). Für die Ausübung des Hebammenberufes und die selbständige Ausübung der Psychotherapie sind keine Regelungen vorgesehen (§ 10 HebG; § 11 PsychotherapieG). Der Apothekenbetrieb ist als OG zulässig, die rechtlicher und wirtschaftliche Verfügungsmacht des Konzessionsinhabers muss sichergestellt sein (§ 12 ApothekenG). Rechtsanwälten stehen die Personen- und Kapitalgesellschaften (mit Ausnahme der AG) offen (§ 1a RAO); Notaren nur die Personengesellschaften (§ 22 NO). Wirtschaftstreuhandberufe können durch Personen- und Kapitalgesellschaften, die in das Firmenbuch eingetragen werden können, ausgeübt werden (§ 54 WTBG), Geschäftsführung und Vertretung muss mehrheitlich Berufsberechtigten zukommen (§ 52 WTBG). Bei den übrigen Freien Berufen besteht nach dem Urteil des EuGH Anpassungsbedarf. Jede der standesrechtlichen Regelungen, soweit sie Beschränkungen vorsehen, regeln präzise, welche Gesellschaftstypen zugelassen werden; keine Regelung setzt sich der Gefahr einer Interpretation aus, neue Gesellschaftstypen zu schaffen.

[3] Wie der Entwurf selbst bei der Erläuterung der Strafbestimmungen des §§ 41 erkennt (ErlME, 8), besteht Regelungsbedarf, wenn sich eine Tierärztegesellschaft nicht an die gesetzlichen Verpflichtungen hält.

[3.1] Der Entwurf beschränkt sich auf die Verhängung von Geldstrafen gegen Tierärztegesellschaften mit einer Höhe bis zu € 10.000. Das massive Regelungsdefizit lässt sich darauf zurückführen, dass Tierärztegesellschaften - wie der Entwurf (ErlME, 8) zutreffend ausführt - nicht dem Standesrecht unterliegen. Allfällige Gesetzesverstöße, insbesondere gegen die Regelungen über die Mehrheit der Gesetze der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte, werden daher erst im Nachhinein durch die Bezirksverwaltungsbehörde geahndet werden können.

[3.2] Die vorgeschlagene Regelung ist daher massiv ineffizient. Ob eine Tierärztegesellschaft die für sie gesetzlich vorgesehenen Organisationsvoraussetzungen erfüllt oder nicht, soll nicht im Nachhinein, sondern bei der Errichtung der Gesellschaft geprüft werden und gegebenenfalls das Entstehen der Gesellschaft verhindert werden. Gerade im Hinblick auf die Prüfung

von Gesellschaftsanteilen und Stimmrechten ist es naheliegend, diese Prüfung nicht *ex post* der Bezirksverwaltungsbehörde, sondern *ex ante* dem Firmenbuchgericht zu überantworten. Vorbild einer solchen Regelung könnten etwa die Bestimmungen der Rechtsanwaltsordnung sein, die zusammengefasst vorsehen, dass die beabsichtigte Errichtung einer Gesellschaft bei Rechtsanwaltskammer anzumelden ist (§ 1a RAO), die Eintragung einer Rechtsanwaltsgesellschaft wird von der Vorlage einer Erklärung der zuständigen Rechtsanwaltskammer abhängig gemacht, dass gegen diese Eintragung kein Einwand besteht (§ 1 Abs. 5 iVm § 1a Abs. 5 RAO), die Aufnahme in die Liste der berufsberechtigten Rechtsanwaltsgesellschaften ist nur nach Eintragung der Gesellschaft in das Firmenbuch zulässig (§ 1a Abs. 1 RAO). Damit wird im Ergebnis eine lückenlose *ex ante* Kontrolle sowohl der berufsrechtlichen Voraussetzungen durch die Rechtsanwaltskammer als auch der gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen durch das Firmenbuchgericht sichergestellt. Diese Vorgangsweise erscheint wesentlich effizienter als die bloße *ex post* Kontrolle durch die Bezirksverwaltungsbehörde, die der Entwurf vorschlägt. Bei der RAO handelt es sich um die strengste Kontrolle unter den Freien Berufen. Andere Freie Berufen begnügen sich mit einer kammerinternen Aufsicht. Die vorgeschlagene Lösung über eine Verwaltungsstrafbestimmung findet sich in keinem der Organisationsgesetze.

[3.3] Wählen Tierärzte eine Gesellschaftsform, die im Firmenbuch einzutragen ist, kommt ohnedies die materielle Prüfpflicht des Firmenbuchgerichtes zum Tragen. Verstößt ein Gesellschaftsvertrag gegen den vorgeschlagenen § 18, führt dies zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 879 ABGB, das Firmenbuchgericht dürfte die Gesellschaft nicht eintragen. Der Tierärztekammer kommen im Firmenbuchverfahren Anzeige-, Anhörungs- und Antragsrechte sowie eine Rechtsmittelbefugnis zu (§§ 13 Abs. 1, 14 Abs. 1 bis 3 FBG). Der Vorschlag, Zusammenschlüsse neben der ins Firmenbuch einzutragenden Rechtsträger zu schaffen, führt daher zu einem Rechtsschutzdefizit, ebenso die Abwicklung von Verwaltungsstrafverfahren.

[4] Im Detail wäre noch zu erwägen:

[4.1] § 18 Abs. 1 des Entwurfes verlangt das Vorliegen eines schriftlichen Vertrages, obwohl einige im Gesellschaftsrecht seit Jahrzehnten verankerte Gesellschaften auch durch mündlichen Vertrag begründet werden können. Das zusätzliche Erfordernis eines schriftlichen Vertrages bedürfte einer näheren

Begründung.

[4.2] § 18 Abs. 2 Z. 1 des Entwurfes verlangt, dass die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und der Stimmrechte berufsberechtigten Tierärztinnen und Tierärzten zuzustehen hat. Der Entwurf lässt die Möglichkeit außer Acht, dass der offenbar angestrebte Zweck der Beherrschung der Gesellschaft nicht nur durch die numerische Zahl von Anteilen oder Stimmrechten sichergestellt werden kann, sondern auch durch Stimmbindungsverträge/Syndikate.

[4.3] Gleiches gilt für § 18 Abs. 2 Z. 2 des Entwurfes, der im Übrigen unklar lässt, wie ein solches Gremium vor dem Hintergrund der im Gesellschaftsrecht vorgesehenen Organe geschaffen werden kann. Zu denken ist etwa an der für Kapitalgesellschaften vorgesehene Aufsichtsrat, der aber wiederum gesellschaftsrechtlich nicht dafür kompetent ist, die sich aus dem geltenden Berufsrecht ergebenden sonstigen besondere Rechte und Pflichten der Tierärztinnen und Tierärzte wahrzunehmen. Welche anderen Organe die Funktion des im Entwurf genannten Gremiums erfüllen sollen, ist im Entwurf nicht zu entnehmen.

[4.4] Die in § 18 Abs. 3 vorgesehene Weisungsfreiheit kollidiert mit der grundsätzlichen Weisungsgebundenheit des Geschäftsführers einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 20 Abs 1 GbmHG).

[4.5] Gänzlich ungelöst ist die Frage der mittelbaren Beherrschung einer Tierärztegesellschaft durch eine Muttergesellschaft. Die aktuelle Diskussion über die Bewertung der mittelbaren Beherrschung im Bereich von Wohnbaugenossenschaften mit der in der österreichischen Rechtstradition sehr seltenen authentische Interpretation nach § 8 ABGB durch die Einführung des § 10a Abs 1a WGG, der eine Klarstellung des § 10a Abs 1 WGG bewirken soll, zeigt, dass mit den derzeitigen Mitteln des Gesellschaftsrechtes mittelbare Beherrschung kaum zu verhindern sind. Der Entwurf versucht nicht einmal, sich mit dem Problem auseinanderzusetzen.

[5] Zusammengefasst wird angeregt, den Entwurf dahin zu überdenken, ob nicht mit den bewährten Formen des Gesellschaftsrechts das Auslangen gefunden werden kann, und ob nicht die Lösungen, die gesetzlich für andere Freie Berufe gefunden und unionsrechtlich nicht beanstandet werden, Vorbild für die Neuregelung auch für die Tierärzte sein sollen.