

RECHT **RdM** DER MEDIZIN

mit Beilage
Ökonomie &
Gesundheit

Schriftleitung Christian Kopetzki

Redaktion Gerhard Aigner, Erwin Bernat, Daniel Ennöckl, Meinhild Hausreither,
Thomas Holzgruber, Dietmar Jahnel, Matthias Neumayr, Magdalena Pöschl,
Reinhard Resch, Hannes Schütz, Lukas Stärker, Karl Stöger,
Felix Wallner, Johannes Zahrl

Dezember 2018

06

265 – 304

Beiträge

Organisationsvorschriften für Primärversorgungseinheiten

Felix Wallner ➔ 268

Das dritte Geschlecht *Angela Dengg und Jennifer Schranz* ➔ 272

Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehalts
Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich ➔ 280

System der privaten Krankenversicherung in Wien
Thomas Holzgruber ➔ 286

Tabelle

Rechtsprechungsübersicht **Arzthaftung**
Aline Leischner-Lenzhofer ➔ 287

Ökonomie & Gesundheit

Praktische Erfahrungen mit dem Rechtsmittelverfahren
in Angelegenheiten des EKO *Mathis Fister* ➔ Ö&G 22

Arzneimittelhaftung und Versicherungspflicht für pharmazeutische
Unternehmer (?) *Stefanie Liebenwein und Antonia Bittermann* ➔ Ö&G 25

Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehalts

RdM 2018/141

§§ 2, 3
Ärztegesetz

VwGH
26. 4. 2018,
Ro 2017/11/0018

Arztvorbehalt

Der Beitrag nimmt das jüngste Erk des VwGH zum Arztvorbehalt zum Anlass, um die historische Entwicklung der Bestimmung aufzuarbeiten. Die dabei erzielten Ergebnisse liefern neue Aspekte für die Diskussion zum Arztvorbehalt und Kritikpunkte für die erwähnte Entscheidung. Im Anschluss daran findet eine Abgrenzung ärztlicher Tätigkeiten vom freien Gewerbe der „Humanenergetik“ statt.

Von Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

Inhaltsübersicht:

- A. Das Erkenntnis VwGH 26. 4. 2018, Ro 2017/11/0018
- B. Kritische Auseinandersetzung
 1. Ausgangslage – Funktion des § 2 ÄrzteG 1998
 2. Die Problematik
 3. Entstehungsgeschichte des Arztvorbehalts
 4. Bewertung der historischen Rechtslage
 5. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf das Erk VwGH 26. 4. 2018, Ro 2017/11/0018
- C. Abgrenzung ärztlicher Tätigkeiten vom freien Gewerbe der „Humanenergetik“
- D. Zusammenfassung der Ergebnisse
- E. Ausblick

A. Das Erkenntnis VwGH 26. 4. 2018, Ro 2017/11/0018

Jüngst hatte sich der VwGH¹⁾ mit der Reichweite des Arztvorbehalts auseinandersetzen. Die Entscheidung ist bemerkenswert, weil hier – soweit ersichtlich – erstmalig der Arztvorbehalt ausschließlich nach §§ 2 und 3 ÄrzteG 1998²⁾ beurteilt wurde, während in der bisherigen höchstgerichtlichen Rsp der Arztvorbehalt stets iVm dem UWG³⁾ oder dem StGB⁴⁾ eine Auseinandersetzung fand.⁵⁾

Dem Revisionswerber wurde Folgendes zur Last gelegt: Zu Beginn der „Behandlung“ führte er ein ausführliches Gespräch mit Frau B., welche an Krebs er-

krankt war. Dann musste sich diese auf eine Liege sowohl auf den Bauch als auch auf den Rücken legen, worauf er mit seinen Händen beginnend bei den Füßen hinauf zum Kopf fuhr. Während dieser „Therapie“ betete er und erklärte Frau B., dass er mit seinem Handeln „Energie spenden würde, um den Körper auf Selbstheilung anzuregen“. Sich selbst bezeichnete er als „Wunderheiler“ bzw. „Geistheiler“ und versprach Frau B. die Heilung. Nach der beschriebenen Behandlung wurde wiederum ein ausführliches Gespräch mit Frau B. geführt. Frau B. war wenige Zeit später verstorben.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol folgte der stRsp des OGH zur Kurpfuscherei (§ 184 StGB) und sah im geschilderten Verhalten einen Verstoß gegen den Arztvorbehalt. Es führte weiter aus, dass die Ausübung des ärztlichen Berufs nach § 2 Abs 2 ÄrzteG 1998 ua die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von Krankheiten oder Störungen sowie

1) VwGH 26. 4. 2018, Ro 2017/11/0018.

2) Nach § 2 Abs 2 ÄrzteG 1998 BGBl I 1998/169 umfasst die Ausübung des ärztlichen Berufs jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, wie insb die Untersuchung, Diagnose und Behandlung Kranker; gem § 3 Abs 1 ÄrzteG BGBl I 2014/82 ist die selbstständige Ausübung des ärztlichen Berufs ausschließlich Ärzten für Allgemeinmedizin und approbierten Ärzten sowie Fachärzten vorbehalten.

3) Insb Rechtsbruch nach § 1 Abs 1 Z 1 UWG BGBl I 2007/79.

4) Kurpfuscherei nach § 184 StGB BGBl 1974/60.

5) Zur Darstellung des Judikaturwandels Wallner in Neumayr/Resch/Wallner (Hrsg), Gmundner Kommentar (2016) § 3 Rz 21.

die Beurteilung und Behandlung solcher Zustände umfasse. Eben solche Tätigkeiten habe der Beschuldigte entfaltet, wenn er durch das Handauflegen und die dadurch erfolgte „Energieübertragung“ eine „Behandlung“ zur Linderung oder Beseitigung der Krankheit vorgenommen habe. „Dass er dabei – entgegen dem Wortlaut des § 2 Abs 2 erster Satz ÄrzteG 1998 – nicht nach ‚medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen‘ vorging“, vermöge daran nichts zu ändern.

Der VfGH hob das Erk nach Darstellung der bisherigen Lehre und Rsp mit insb folgender Begründung auf:

„Die Abgrenzung des ärztlichen Vorbehaltsbereichs ist grundsätzlich nur nach objektiven Kriterien vorzunehmen. Maßgebend für die Zugehörigkeit einer Tätigkeit zum ärztlichen Vorbehaltsbereich ist demnach, ob die angewendete Methode ein gewisses Mindestmaß an Rationalität aufweist und für die Durchführung das typischerweise durch ein Medizinstudium vermittelte umfassende Wissen erforderlich ist.

Die in der älteren strafgerichtlichen Judikatur zu § 184 StGB vertretene Auffassung, die schon dem ÄrzteG 1949 eigentümliche und (nunmehr) in § 2 Abs 2 ÄrzteG 1998 enthaltene Wendung ‚auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete‘ sei für die Abgrenzung des ärztlichen Vorbehaltsbereichs irrelevant, weil sie nur eine Standespflicht normiere, ist mit dem Wortlaut schlicht unvereinbar. [...]

Auch die Gesetzesmaterialien zum ÄrzteG 1949 (insbesondere zur Novelle BGBl 1964/50) sowie zum ÄrzteG 1998 bieten keinen Hinweis darauf, dass die genannte Wendung für die Legaldefinition der ärztlichen Tätigkeit – und damit für den sich aus der Summe der ärztlichen Tätigkeiten ergebenden ärztlichen Vorbehaltsbereich – ohne Belang wäre.“

B. Kritische Auseinandersetzung

Insb der zuletzt genannte Aspekt soll zum Anlass genommen werden, die gegenständliche Entscheidung kritisch zu hinterfragen und eine weitere Perspektive in die Diskussion zum Arztvorbehalt einzubringen.

1. Ausgangslage – Funktion des § 2 ÄrzteG 1998

Gem § 2 Abs 2 ÄrzteG 1998 (BGBl I 1998/169) umfasst die Ausübung des ärztlichen Berufs jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insb die Diagnose, Behandlung und Vorbeugung von Krankheiten. § 3 Abs 1 leg cit behält die selbstständige Ausübung des ärztlichen Berufs den Ärzten vor.

Der (heutige) § 2 Abs 2 ÄrzteG bestimmt seit jeher nicht nur den Arztvorbehalt, sondern legt auch durch Beschreibung des ärztlichen Berufs den Anwendungsbereich des ÄrzteG fest.⁶⁾ Letzteres hat zur Konsequenz, dass nicht jede von einem Arzt durchgeführte Tätigkeit unter den Begriff der „Ausübung des ärztlichen Berufs“ zu subsumieren ist und etwa die von Ärzten im Rahmen eines Gewerbes rechtmäßig ausgeüb-

ten Tätigkeiten nicht dem Anwendungsbereich des ÄrzteG unterliegen.⁷⁾

Festzuhalten ist weiters, dass sich Anwendungsbereich des ÄrzteG und Reichweite des Arztvorbehalts decken. Anders formuliert: Es existiert keine Unterscheidung zwischen ärztlich vorbehaltenen Tätigkeiten und Tätigkeiten, die zwar vom ärztlichen Berufsbild umfasst sind, jedoch nicht unter Vorbehalt stehen.⁸⁾

Das auf diese Weise außerordentlich weit gezogene ärztliche Tätigkeitsfeld („Arztvorbehalt“) führt zu einer Vielzahl an Spezialregelungen, die definitionsgemäß zum ärztlichen Berufsbild zählende Tätigkeiten wie jene der Gesundheits- und Krankenpflegeberufe auch anderen Gesundheitsberufen (zB Physiotherapeuten, Hebammen) zuordnen.⁹⁾ Auch außerhalb der Gesundheitsberufe existieren Spezialregelungen, wie etwa in der GewO 1994, welche im Rahmen bestimmter Gewerbe zB das Stechen von Ohrfläppchen, Piercen und Tätowieren erlauben, obwohl diese Tätigkeiten unter den Wortlaut des Arztvorbehalts fielen.¹⁰⁾

Ebenso ist die Behandlung der eigenen Familienmitglieder und seiner selbst, worauf Wallner¹¹⁾ treffend hinweist, wegen § 137 ABGB (elterliche Beistandspflicht) und des Selbstbestimmungsrechts bzw Art 8 EMRK zulässig.

Es besteht daher kein Anlass dafür, eine vom Gesetz nicht vorgesehene Unterscheidung zwischen Anwendungs- und Vorbehaltsbereich des ÄrzteG zu schaffen, um eine Kriminalisierung von Selbstbehandlungen zu verhindern.¹²⁾

2. Die Problematik

Durch den Gleichlauf von Anwendungsbereich und Arztvorbehalt ergab sich jedenfalls bis zur Schaffung des heutigen § 204 ÄrzteG,¹³⁾ welcher anordnet, dass die den gewerberechtlichen Vorschriften bzw dem GuKG, MTD-G, MMHmG usw unterliegenden Tätigkeiten durch das ÄrzteG nicht berührt werden, folgendes Dilemma: Es gab stets Tätigkeiten, welche zwar der menschlichen Gesundheit dienten,¹⁴⁾ die aber nie als „ärztliche Tätigkeit“ im eigentlichen Sinn betrachtet wurden, sondern den Gegenstand eines Gewerbes bildeten.¹⁵⁾ Um diese Tätigkeiten vom Arztvorbehalt aus-

6) VfGH 23. 9. 2003, B 761/03; s auch bereits die Materialien zu § 1 AO 1937 (196/GE der Beilagen – Haus der Bundesgesetzgebung S 7) und § 1 ÄrzteG 1949 (ErläutRV 784 BlgNR 5. GP 17).

7) VfGH 23. 9. 2003, B 761/03.

8) Skiczuk, Berufs- und Tätigkeitsschutz der österreichischen Gesundheitsberufe (2006) 156.

9) Aigner in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht für die Praxis (26. Lfg) III/15.

10) Es handelt sich hierbei um operative Eingriffe iSd § 2 Abs 2 Z 4 ÄrzteG 1998, jüngst Holzer, Zur Frage der Abgrenzung zwischen ÄsthOpG und GewO 1994, ZfG 2018, 4.

11) Wallner, Der Arztvorbehalt und seine Grenzen, RdM 2011, 145 (147).

12) So aber Mazal, Krankheitsbegriff und Risikobegrenzung (1992) 247 f, 253.

13) Eingeführt als § 1 a Abs 6 mit BGBl 1964/50.

14) Zweifellos tut dies auch ein Augenoptiker, Hörgeräteakustiker, Bandagist, Orthopädietechniker, Orthopädienschuhmacher, Zahntechniker, Masseur oder Fußpfleger (s die Auflistung in § 69 GewO 1994); diese dürfen ihr Gewerbe aber aufgrund der Bestimmungen in der GewO ausüben.

15) Siehe Mayer, Bemerkungen zum Berufsumfang des Apothekers, in Apotheke und Recht, FS Feigl (1993) 28.

zunehmen, war es notwendig, gleichzeitig den Anwendungsbereich des ÄrzteG einzuschränken.

Dies mit der Konsequenz, dass sich Ärzte bei der Ausübung von Tätigkeiten, die nicht der „Ausübung des ärztlichen Berufs“ entsprechen, an die Berufs- und Standesregeln des ÄrzteG nicht zu halten hätten.¹⁶⁾

Vor diesem Hintergrund wird nun die Entstehungsgeschichte des heutigen § 2 ÄrzteG beleuchtet. Sie ist geprägt durch die Schwierigkeiten, eine klare und präzise Umschreibung dessen zu finden, was man als „Ausübung der Medizin“ bezeichnen könnte.¹⁷⁾

3. Entstehungsgeschichte des Arztvorbehalts

Die eben angeführte Problematik war in der ÄrzteO 1937¹⁸⁾ verschärft, weil dort der ärztliche Beruf „die Heilbehandlung von Kranken, die Diagnostik, die Begutachtung, die Heilfürsorge, die Prophylaxe sowie die Verschreibung von Arzneimitteln zu therapeutischen, diagnostischen und prophylaktischen Zwecken und zur Behebung körperlicher Beschwerden“ umfasste.

Aufgrund der außerordentlich weiten Definition, welche zweifellos das ärztliche Tätigkeitsspektrum (Anwendungsbereich) widerspiegeln sollte, sah sich der damalige Gesetzgeber veranlasst, in den Materialien¹⁹⁾ festzuhalten, dass unter die Ausübung des ärztlichen Berufs „nicht die einschlägige gewerbliche Betätigung von Nichtärzten, wie zum Beispiel die Sportmassage u. dgl. m.“ fällt.

Ähnlich weit war zunächst der Entwurf des § 1 ÄrzteG 1949, welcher in der Regierungsvorlage zum ÄrzteG 1949²⁰⁾ noch folgenden Wortlaut hatte:

„Der ärztliche Beruf [...] umfasst jede der Erhaltung der Gesundheit sowie der Vermeidung und Behandlung von Krankheiten des Menschen dienende Tätigkeit. Im besonderen fällt in den ärztlichen Aufgabenkreis die Erkennung und Feststellung krankhafter Zustände (Diagnostik mit allen Hilfsmitteln), die Überwachung des Krankheitsverlaufes, die Verordnung von Heilmitteln im weitesten Sinne (Medikamente, diätetische und mechanische Hilfsmittel, physikalische Heilmittel usw.), die Durchführung chirurgischer und die Verordnung und Überwachung physikalischer Heilbehandlungen (physikalische Therapie) aller Art, insbesondere auch Röntgen- und Radiumtherapie sowie Psychotherapie; ferner die Ausstellung von ärztlichen Zeugnissen und Gutachten.“²¹⁾

In der Regierungsvorlage hieß es weiter: „§ 1 umgrenzt den Anwendungsbereich des Gesetzes durch eine Legaldefinition des ärztlichen Berufes. Im Anschluß daran werden einige wichtige Tätigkeiten, die nur vom Arzt ausgeführt werden dürfen, besonders hervorgehoben. Dabei handelt es sich jedoch nicht um eine erschöpfende Aufzählung aller ärztlichen Tätigkeiten, sondern nur um eine demonstrative Hervorhebung.“²²⁾

Demgegenüber findet sich im Ausschussbericht²³⁾ zum ÄrzteG 1949 die letztlich auch kundgemachte Definition des Arztberufs, welche (im Wesentlichen) bis heute besteht (s B.1.). S 1 lautete nunmehr: „Der Beruf des Arztes [...] umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründete Tätigkeit, die der Behandlung und Vorbeugung von Krankheiten des Menschen dient.“ Der Rest der Bestimmung, beinhal-

tend die demonstrative Aufzählung verschiedener den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten, blieb gleich.

Ebenso unverändert blieben die erläuternden Bemerkungen im Ausschussbericht mit der Ausnahme, dass folgender Satz hinzugefügt wurde: „Es wurde bei den Beratungen im Ausschuss jedoch ausdrücklich festgestellt, dass eine mit der Gesundheitspflege zusammenhängende Tätigkeit am menschlichen Körper, für welche die Gewerbeordnung oder andere Rechtsvorschriften Regelungen treffen, wie beispielsweise die Tätigkeit von Masseuren in Bädern, von den Bestimmungen dieses Gesetzes nicht getroffen wird.“

4. Bewertung der historischen Rechtslage

Aus den angeführten Materialien zu § 1 ÄrzteG als wesentliche Vorgängerbestimmung des aktuellen § 2 ÄrzteG ergeben sich für die geltende Rechtslage vier Schlüsse:

a. § 1 definiert nach der Absicht des Gesetzgebers Anwendungsbereich und Arztvorbehalt zugleich (s bereits oben B.1.).

b. Die damals demonstrativ angeführten Tätigkeiten sollten, weil sie neben der Umformulierung des § 1 Satz 1 ÄrzteG unverändert geblieben sind, vom Anwendungsbereich des ÄrzteG und vom Arztvorbehalt erfasst sein, und zwar unabhängig davon, ob sie auf „medizinisch wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründet“ waren. Anders formuliert: Weil die Tätigkeiten bereits in jenem Gesetzesentwurf angeführt waren, in welchem von „medizinisch-wissenschaftlich“ noch keine Rede war, ist davon auszugehen, dass sie nach der Absicht des Gesetzgebers nicht zwingend wissenschaftlich sein mussten, um (dennoch) den Ärzten vorbehalten zu sein.

Bei den demonstrativ aufgezählten Tätigkeiten ging es dem Gesetzgeber sichtlich darum, dass jedenfalls diese und solche, die ihnen ähneln, vom Anwendungsbereich des ÄrzteG und vom Arztvorbehalt erfasst sein sollten. Auf die hauptsächlich für Rechtsunsicherheit und Klarstellungsbedarf²⁴⁾ sorgende Generalklausel konnte er sich offenbar nicht verlassen.

Diese Ansicht deckt sich auch mit den Materialien²⁵⁾ zu § 1 ÄrzteG idF BGBl 1964/50. Dort heißt es, dass „als wesentliches Merkmal dafür, ob es sich bei der Tätigkeit eines Arztes um eine Tätigkeit in Ausübung der Heilkunde handelt, [...] zu gelten haben wird, daß der Arzt im Interesse der Gesunderhaltung, Verhütung, Besserung oder Heilung von Menschen unmittelbar oder mittelbar tätig ist“. Vom im Gesetzeswortlaut enthaltenen Wissenschaftlichkeitskriterium ist keine Rede; viel wichtiger scheinen die demonstrativ aufgezählten Tätigkeiten.

16) Siehe VfGH 23. 9. 2003, B 761/03.

17) Mayer, Berufsumfang des Apothekers 29.

18) BGBl 1937/430.

19) 196/GE der Beilagen – Haus der Bundesgesetzgebung 7.

20) ErläutRV 784 BlgNR 5. GP 1.

21) Abs 2 leg cit behält die Ausübung des ärztlichen Berufs „ausschließlich den hierzu gesetzlich berechtigten Personen“ vor.

22) ErläutRV 784 BlgNR 5. GP 3.

23) AB 838 BlgNR 5. GP 8.

24) Siehe B.3.

25) ErläutRV 362 BlgNR 10. GP 26.

Auch der VwGH ging in seiner Entscheidung v 10. 11. 1999 (98/04/0026) zum Heilkundebegriff der GewO²⁶⁾ davon aus, dass § 1 Abs 3 Ärztegesetz 1949 idF vor Inkrafttreten der GewO 1973²⁷⁾ als „Ausübung der Heilkunde“ ua die Untersuchung auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen von körperlichen Krankheiten, usw und deren Behandlung [...] definiert habe. Derartige Tätigkeiten seien somit unabhängig davon, ob sie der Anwendende auf der Grundlage von medizinisch-wissenschaftlichen Erfahrungen ausübte, von der GewO 1973 ausgenommen gewesen. Diese Ausführungen lassen sich unmittelbar auf den Arztvorbehalt übertragen.

Angesichts der Tatsache, dass zwischen § 1 idF BGBl 1949/92 und BGBl 1964/50 sowie § 2 idGF inhaltlich keine Unterschiede bestehen, ist davon auszugehen, dass sich an der eben genannten Bedeutung der aufgezählten (und heute erweiterten) Tätigkeiten insb für den Arztvorbehalt nichts geändert hat.

Zwar muss sich der Gesetzgeber seit der ÄrzteG-Novelle 1964 nicht mehr der Generalklausel bedienen, um den Arztvorbehalt und Anwendungsbereich des ÄrzteG zugunsten anderer Gesundheitsberufe einzuschränken, weil dafür eine Ausnahmebestimmung geschaffen wurde, welche anordnet, dass bestimmte Berufsrechte vom ÄrzteG unberührt bleiben.²⁸⁾ Dass damit die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers, die ausdrücklich angeführten Tätigkeiten (insb Diagnose, Behandlung und Vorbeugung von Krankheiten) auch dann zu erfassen, wenn sie nicht auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gründen, verworfen werden sollte, ist nicht ersichtlich.

Es wird daher ein Eingriff in den Arztvorbehalt schon immer dann anzunehmen sein, wenn von einem Nichtarzt eine Tätigkeit vorgenommen wird, die einer der demonstrativ angeführten Tätigkeiten entspricht.²⁹⁾

c. Die Erläuterungen zum Ausschussbericht legen nahe, dass das Kriterium der „medizinisch wissenschaftlichen Erkenntnisse“ nur die ohnehin anerkannte, aber im ÄrzteG bisher nicht vorgesehene Nichterfassung von anderen gesetzlich geregelten Berufen der Gesundheitspflege durch den Arztvorbehalt klarstellen sollte. Dies scheint legislativ erforderlich gewesen zu sein, weil eine umfassende Ausnahmebestimmung noch nicht³⁰⁾ bestand.

Eine Abgrenzung zwischen ärztlicher und nicht-ärztlicher Tätigkeit anhand des Kriteriums „medizinisch“ findet sich auch in den Materialien³¹⁾ zu § 1 Abs 3 lit b ÄrzteG idF BGBl 1964/50, wo als ärztliche Tätigkeit die Beurteilung von Krankheiten bei Verwendung medizinisch-diagnostischer Hilfsmittel angeführt wurde. Dort wurde vom Ausschuss festgestellt, dass unter „medizinisch-diagnostische Hilfsmittel“ solche Mittel wie EKG, Röntgen usw fallen, deren Anwendung den Arzt in die Lage versetzt, das Vorliegen oder Nichtvorliegen krankhafter Zustände zu erkennen. Dem wurde die technische Anpassungsaudiometrie gegenübergestellt, welche bloß Sprachfrequenzen erfasse und der Anpassung von Hörgeräten diene sowie die Bestimmung der Brechkraft des Auges mit dem Refraktometer. Diese Geräte seien nicht als medizinisch-diagnostische Hilfsmittel zu sehen.

Aus einem Umkehrschluss zu den Erläut zu § 1 ÄrzteG idF BGBl 1949/92 lässt sich aber auch ableiten, dass nur solche Tätigkeiten nicht von den Bestimmungen des ÄrzteG und somit vom Arztvorbehalt erfasst sein sollten, welche gesetzlich geregelt waren (zB Masseur in Bädern).³²⁾ Dies ist konsequent, dient doch der Arztvorbehalt in allererster Linie dem Schutz der Gesundheit der Patienten³³⁾ und kann dieser Schutz nur durch gesetzliche Vorgaben (ob im ÄrzteG oder anderen Berufsrechten) umgesetzt werden.

d. Es ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber des ÄrzteG 1949 mit der Einführung der „medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse“ den Anwendungsbereich des ÄrzteG bescheiden und Ärzten bei der Ausübung von nicht wissenschaftlichen, aber nicht minder gefährlichen Tätigkeiten Narrenfreiheit geben wollte. In dieselbe Richtung gehen bereits die Materialien³⁴⁾ zur ÄrzteO 1937, denen zufolge auch die Verschreibung sonstiger Mittel ohne Heilwirkung unter die dem Arzt vorbehaltene Verschreibung von Arzneimitteln³⁵⁾ fällt.

Dasselbe ergibt sich, worauf Wallner³⁶⁾ bereits hingewiesen hat, aus dem bereits angeführten Schutzzweck des Arztvorbehalts, welcher es verbietet, dass Nichtärzte Kranke dann behandeln dürfen, wenn die Methode nur „verrückt genug“ ist und deshalb das Wissenschaftlichkeitskriterium nicht erfüllt.

Zutreffend ist uE der Hinweis Wallners³⁷⁾ auf medizinethische Überlegungen: Von den vier tragenden medizinethischen Prinzipien der Autonomie, des

26) Gem § 2 Abs 1 Z 11 BGBl I 2017/107 ist die GewO auf die „Ausübung der Heilkunde“ nicht anzuwenden; der Begriff lehnt sich an eine frühere Fassung des § 1 ÄrzteG (BGBl 1964/50) an, nach welcher der Beruf des Arztes in der Ausübung der Heilkunde bestand; heute heißt es in der entsprechenden Bestimmung, dass der Arzt zur Ausübung der Medizin berufen ist (§ 2 Abs 1 idF BGBl I 1998/169); eine inhaltliche Änderung kann darin jedoch nicht gesehen werden.

27) § 1 idF BGBl 1964/50.

28) Auf diese Weise können Tätigkeiten, die unter den Wortlaut des § 2 Abs 1 ÄrzteG 1998 fallen, durch – vom ÄrzteG unberührte – Ausnahmebestimmungen rechtmäßig ausgeübt werden, s oben B.1.

29) Siehe auch Kallab, Abgrenzung zwischen (tier)ärztlichen und nicht (tier)ärztlichen Tätigkeiten, RdM 2015, 139 (140); ebenso VwGH 22. 2. 2007, 2005/11/0139, wenn auch iZm der Beitragspflicht für den Wohlfahrtsfonds, welche auf die Ausübung einer ärztlichen Tätigkeit abstellt; sowie die Rsp des OGH zum Kurpfuschereitbestand, insb OGH 28. 6. 1983, 11 Os 99/83; 29. 4. 2003, 11 Os 42/03.

30) Siehe aber § 204 ÄrzteG 1998 idF BGBl I 2016/9 sowie die Stammfassung § 1 a Abs 6 ÄrzteG idF ÄrzteG-Novelle 1964 BGBl 1964/50.

31) AB 378 BlgNR 10. GP 1.

32) Diese entsprechen wohl dem heutigen „Medizinischen Masseur“ bzw früheren „Heilbademeister und Heilmasseur“ (§ 80 Abs 1 MMHmG BGBl I 2002/169); deren Ausbildung und Berufsausübung war bis zur Erlassung des Krankenpflegegesetzes 1949 (BGBl 1949/93) durch die „Heilmasseurverordnung“ des Reichsstatthalters in Wien geregelt und wurde durch das KrankenpflegeG aufgehoben; danach war auf den Beruf ebendieses Gesetz anwendbar; s auch Hausreither in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer, Handbuch Medizinrecht für die Praxis (6. Lfg) III/406f.

33) Wallner, RdM 2011, 145 (147); ebenso Wallner, Ärztliches Berufsrecht (2011) 10.

34) 196/GE der Beilagen – Haus der Bundesgesetzgebung 6.

35) § 1 Abs 1 ÄrzteO 1937 idF BGBl 1937/430: „Der ärztliche Beruf [...] umfaßt [...] die Verschreibung von Arzneimitteln zu therapeutischen, diagnostischen und prophylaktischen Zwecken und zur Behebung körperlicher Beschwerden.“

36) Wallner, RdM 2011, 145 (146, 147); Wallner in GrundKomm § 3 Rz 21.

37) Wallner, RdM 2011, 145 (148).

Nicht-Schadens, Wohltuns und der Gerechtigkeit³⁸⁾ ist hier in erster Linie das Prinzip des Nicht-Schadens angesprochen. In der Sprache *Kants* handelt es sich bei dem Prinzip des Nicht-Schadens um eine negative Pflicht (hier: pseudowissenschaftliche Methoden hintanzuhalten). Anderen keinen Schaden durch irrationale Behandlungsmethoden zuzufügen bedeutet, den Menschen als Selbstzweck zu betrachten und seine Rechte zu wahren. Daher beruht das Prinzip des Nicht-Schadens letztlich auf der Anerkennung der Grundrechte des anderen.

5. Anwendung der bisherigen Ergebnisse auf das Erk VwGH 26. 4. 2018, Ro 2017/11/0018

Im vorliegenden Fall ging es um die „Therapie“ einer krebserkrankten Frau durch Handauflegen und Beten, wodurch die Krankheit gelindert oder beseitigt werden sollte. Diese Tätigkeit ist, worauf bereits das LVwG Tirol hingewiesen hatte, jedenfalls als Behandlung einer Krankheit iSd § 2 Abs 2 Z 3 iVm Z 1 einzustufen und fällt somit unter den Arztvorbehalt. Dasselbe gilt für die zu Beginn der „Therapie“ geführten Gespräche, sofern es dem Revisionswerber dabei um die Erhebung des Krankheitsbilds ging (§ 2 Abs 2 Z 1 ÄrzteG).³⁹⁾

Da die Tätigkeit unter keine gesetzliche Ausnahmebestimmung vom Arztvorbehalt und auch nicht unter das freie Gewerbe „Hilfestellung zur Erreichung einer körperlichen bzw energetischen Ausgewogenheit“⁴⁰⁾ („Humanenergetiker“) fällt (dazu sogleich unten), wäre das Erk der LVwG zu bestätigen und über den Revisionswerber eine Strafe zu verhängen gewesen.

C. Abgrenzung ärztlicher Tätigkeiten vom freien Gewerbe der „Humanenergetik“⁴¹⁾

Einer Vielzahl der höchstgerichtlichen Erks⁴²⁾ zum Arztvorbehalt lagen Tätigkeiten zugrunde, welche die jeweiligen Beklagten/Beschwerdeführer im Rahmen des freien Gewerbes „Hilfestellung zur Erreichung einer körperlichen bzw energetischen Ausgewogenheit“ ausübten, bzw ähnelten sie diesen.

Die Tätigkeit des Humanenergetikers umfasst laut der Berufsbeschreibung der WKO „alle Tätigkeiten die Energetische Ebene betreffend, wie das Erkennen und Erfassen dieses Energiefeldes, das Lenken und Leiten des Energieflusses, das Erkennen und Ausbalancieren von Störungen und Blockaden des Energieflusses, sowie das Erkennen und Beheben von energetischen Mangel- oder Füllzuständen.“⁴³⁾

Eine solche „Hilfestellung“ kann bspw durch die Auswahl von Düften, Lichtquellen, Edelsteinen, Verarbeiten von energetischen Essenzen („Bach-Blüten“), mittels Interpretation der Aura, Magnetfeldanwendung oder durch sanfte Berührung des Körpers bzw gezieltes Auflegen der Hände an bestimmten Körperstellen erfolgen.⁴⁴⁾

Vergleicht man die eben angeführten Tätigkeiten mit jenen des ÄrzteG, ähneln sich diese jedenfalls begrifflich: Das „Erkennen“ eines Humanenergetikers

kann mit einer Untersuchung/Diagnose durch einen Arzt (§ 2 Abs 2 Z 1 ÄrzteG 1998) verglichen werden, das „Beheben“ verschiedener Zustände mit einer Behandlung iSd ÄrzteG (Z 3) und die Empfehlung von „Bach-Blüten“ mit der Verordnung von Medikamenten (Z 7).⁴⁵⁾

Der wesentliche Unterschied besteht jedoch darin, dass die Tätigkeiten nach ÄrzteG überwiegend⁴⁶⁾ auf das Vorliegen einer Krankheit abstellen, welche untersucht, beurteilt, behandelt und welcher vorgebeugt werden soll.⁴⁷⁾ Und das ist der springende Punkt: Der Arztberuf ist seit jeher untrennbar mit der Krankheit der Menschen verbunden.⁴⁸⁾ Kranke sind hilfsbedürftig und ihre Behandlung ist per se gefährlich.⁴⁹⁾ Als ausschlaggebendes Abgrenzungskriterium hat daher zu gelten, dass sich die Tätigkeit auf die Krankheit eines Menschen bezieht, wobei hier ein medizinischer Maßstab anzulegen ist.⁵⁰⁾

Wohlweislich ist daher im Rahmen der „Humanenergetik“ nur die energetische Ausgewogenheit, nicht aber die Krankheit Ansatzpunkt der verschiedenen Methoden.⁵¹⁾ Dies mit dem Ergebnis, dass dann, wenn mit den genannten Methoden ein Kranker behandelt wird, eine „Ausübung der Heilkunde“ iSd § 2 Abs 1

38) *Maio*, Mittelpunkt Mensch – Lehrbuch der Ethik in der Medizin 157.

39) Dafür bietet der Sachverhalt allerdings keine Anhaltspunkte.

40) Siehe zum Berufsbild „Humanenergetik“ die Broschüre der WKO, abrufbar unter: [https://www.wko.at/branchen/ooe/gewerbe-handwerk/persoene-dienstleister/humanenergetiker/Berufsbild-Humanenergetik-\(Stand-1.9.2016\).pdf](https://www.wko.at/branchen/ooe/gewerbe-handwerk/persoene-dienstleister/humanenergetiker/Berufsbild-Humanenergetik-(Stand-1.9.2016).pdf) (abgerufen am 16. 11. 2018).

41) Zur Abgrenzung zu den reglementierten Gewerben, insb zum Gewerbe „Augenoptiker“ *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz 39f, sowie *Binder*, Abgrenzung ärztlicher und gewerblicher Berufsbezeichnungen (am Beispiel der Refraktionsbestimmung durch Optiker) (1982).

42) OGH 18. 1. 2000, 4 Ob 14/00p („Auspendeln“); OGH 22. 3. 2001, 4 Ob 50/01h (Bestrahlung mit „Mineralienlampen“, Magnetfeldanwendungen, Bachblüten, Entspannung unter Musik); OGH 29. 3. 2004, 4 Ob 166/03w („Aurainterpretation“); s auch VfGH 23. 9. 2003, B 761/03 („Handauflegen“).

43) Siehe S 5 der Broschüre (FN 37).

44) Siehe S 1 der Broschüre (FN 37).

45) Siehe auch *Skiczuk*, Berufs- und Tätigkeitsschutz 45.

46) Mit Ausnahme der Z 6 und 8, die Geburtshilfe und Leichenöffnungen zum Gegenstand haben.

47) Siehe auch § 1 ÄrzteG idF BGBl 1949/92: „Der Beruf des Arztes [...] umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründete Tätigkeit, die der Behandlung und Vorbeugung von Krankheiten des Menschen dient.“

48) Siehe bereits den hippokratischen Eid, welcher mehrmals auf den „Kranken“ abstellt: „Die Verordnungen werde ich treffen zum Nutzen der Kranken nach meinem Vermögen und Urteil“; „Ich werde niemals Kranke schneiden, die an Blasenstein leiden“; „In welches Haus immer ich eintrete, eintreten werde ich zum Nutzen des Kranken“.

49) *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht 12.

50) Im deutschen Heilpraktikergesetz, welches ebenfalls auf das Vorliegen einer Krankheit abstellt, wird in Anlehnung an BGH 21. 3. 1958, 2 StR 393/57, ein weiter Krankheitsbegriff verwendet, welcher jede, auch nur unerhebliche oder vorübergehende Störung der normalen Beschaffenheit oder Tätigkeit des Körpers, die geheilt oder gelindert werden kann, erfasst; *Schelling in Spickhoff*, Medizinrecht² (2014) § 1 HeilprG Rz 8; *Pelchen/Häberle in Erbs/Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze 217. EL 2017 HeilprG § 1 Rz 3; die in der Definition enthaltene Einschränkung, dass es sich um einen heilbaren Zustand handeln muss, kann im gegenständlichen Zusammenhang nicht befolgt werden: Sie wurde wohl nur deshalb geschaffen, weil die der BGH-Entscheidung aus 1958 zugrunde liegende Arzneimittelverordnung eine Bestimmung enthielt, die „solche störende[n] Erscheinungen, Zustände oder sonstige Normabweichungen, die nicht oder nicht mehr geheilt, dh beseitigt oder gelindert werden können“, vom Krankheitsbegriff explizit ausschloss.

51) Siehe auch S 14 der Broschüre (FN 37), der zufolge die Tätigkeit des Humanenergetikers keine Heilbehandlung iSd einer Krankheitsbehandlung („Heilkunde“) darstellt.

Z 11 GewO vorliegt,⁵²⁾ sie nicht unter den Anwendungsbereich der GewO fallen und damit von Nicht-ärzten nicht gewerblich ausgeübt werden dürfen.⁵³⁾

Aus diesem Grund greift auch nicht die Ausnahmebestimmung des § 204 Z 8 HS 2 ÄrzteG 1998, welche die den gewerberechtigten Vorschriften unterliegenden Tätigkeiten nur dann vom ÄrzteG – und somit dem Arztvorbehalt – unberührt lässt, wenn sie sich innerhalb der Berufsbefugnis bewegen. Gerade bei Freien Gewerben kommt es in der Praxis immer wieder zu solchen Überschreitungen.⁵⁴⁾

D. Zusammenfassung der Ergebnisse

→ „Pseudowissenschaftliche Methoden“⁵⁵⁾ fallen jedenfalls dann unter den Arztvorbehalt, wenn sie den in § 2 Abs 2 ÄrzteG angeführten Tätigkeiten entsprechen, sich also auf eine Krankheit beziehen.⁵⁶⁾ Richten sie sich lediglich an Gesunde und das allgemeine Wohlbefinden iSd „*energetischen Ausgewogenheit*“, hat das mit der Ausübung des Arztberufs nichts zu tun und fällt nicht unter den Vorbehalt.⁵⁷⁾

→ Die in den letzten 15 Jahren vom Wettbewerbsrecht geprägte Judikatur des OGH stützt sich ausschließlich auf die „medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnisse“ und leitet daraus ab, dass eine Tätigkeit ein „*Mindestmaß an Rationalität*“ aufweisen bzw dafür ein umfassendes Wissen erforderlich sein muss, damit sie unter den Arztvorbehalt fällt.⁵⁸⁾

Ihr ist nicht zu folgen. Sie mag zwar ein für das Wettbewerbsrecht rechtspolitisch gewünschtes Ergebnis liefern, indem sie Krankenbehandlungen durch Geistheiler & Co, welche zweifellos in einer anderen „Liga“⁵⁹⁾ als Ärzte spielen, wettbewerbsrechtlichen Klagen entzieht; sie lässt sich jedoch mit der Entstehungsgeschichte des Arztvorbehalts und der Absicht des Gesetzgebers nicht vereinbaren.⁶⁰⁾

→ Der strafrechtlichen Rsp des OGH, welche nicht auf das Wissenschaftlichkeitserfordernis abstellt,⁶¹⁾ ist dagegen zuzustimmen. Der Kurpfuschereitbestand (§ 184 StGB) wurde „*nicht so sehr zum Schutz des ärztlichen Berufsstandes als zum Schutz der Bevölkerung vor gesundheitlichen Nachteilen*“ eingeführt.⁶²⁾ Dieser Schutz wird immer dann erforderlich, wenn eine kranke Person behandelt wird oder

einer Krankheit vorgebeugt werden soll (s § 2 Abs 2 Z 1 – 8 ÄrzteG 1998). Liegt aber keine Krankheit vor, sondern ist die Methode nur auf die „*energetische Ausgewogenheit*“ gerichtet, kann von einer Gefahr für die Bevölkerung nicht gesprochen werden. Hier würde tatsächlich der Wettbewerbsschutz im Vordergrund stehen, was von § 184 StGB nicht beabsichtigt ist.⁶³⁾

E. Ausblick

Im Zuge der Drucklegung dieses Artikels wurde der Begutachtungsentwurf zur Ärztegesetznovelle 2018 veröffentlicht (Ende der Begutachtungsfrist: 8. 11. 2018). In dieser Ärztegesetznovelle 2018 sollen die § 2 Abs 2 und § 199 Abs 1 ÄrzteG geändert werden, um Tätigkeiten durch Nichtärzte, die nicht ein Mindestmaß an Rationalität aufweisen, zu sanktionieren. Konkret sollen im (neuen) § 2 Abs 2 ÄrzteG auch komplementär- und alternativmedizinische Heilverfahren aufgenommen werden (die uE ohnedies bereits bisher mitumfasst gewesen sind); ferner soll im § 199 Abs 1 ÄrzteG die nicht auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhende Ausübung der in § 2 Abs 2 Z 1 bis 8 angeführten, den Ärzten vorbehaltenen Tätigkeiten durch Nichtärzte sanktioniert werden. Es bleibt abzuwarten, ob das Ärztegesetz iS dieses Entwurfs geändert wird und ob dadurch der vom Gesetzgeber beabsichtigte Zweck erreicht werden kann.

52) VwGH 10. 11. 1999, 98/04/0026.

53) Ebenso Skiczuk, Berufs- und Tätigkeitsschutz 46.

54) Siehe Wallner in Emberger/Wallner, ÄrzteG 1998 (2004) § 204 Erl 1.

55) OGH 8. 6. 2010, 4 Ob 62/10 m.

56) Ebenso Wallner in GmundKomm § 3 Rz 21.

57) Siehe auch BMWA 19. 5. 2000 (zitiert nach Grabler/Stolzlechner/Wendl, GewO³ § 2 Rz 37).

58) RIS-Justiz RS0119587, zuletzt OGH 30. 3. 2016, 4 Ob 252/15k; ebenso Aigner in Aigner/Kierein/Kopetzki, ÄrzteG³ (2007) § 2 Anm 11.

59) Das Bundesverfassungsgericht (2. 3. 2004, 1 BvR 784/03) spricht von einem „*dritten Weg*“.

60) Sie geht darüber hinaus, worauf Wallner (RdM 2011, 145 [146]; Ärztliches Berufsrecht 11) zutreffend hingewiesen hat, auf eine missverständliche Interpretation des von Mazal aus den „*medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen*“ abgeleiteten „*Mindestmaßes an Rationalität*“ durch Hellegger zurück.

61) RIS-Justiz RS0094970.

62) AB 959 BlgNR 13. GP 29.

63) Siehe auch OLG Graz 1. 3. 2006, 9 Bs 254/05 d.

→ In Kürze

Die Reichweite des Arztvorbehalts entspricht den in § 2 Abs 2 Z 1 bis 8 und Abs 3 ÄrzteG demonstrativ angeführten Tätigkeiten. Es kommt dabei nicht darauf an, ob diese „auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründet“ sind. Die Zuordnung von Tätigkeiten unter den Arztvorbehalt, die in der Aufzählung nicht enthalten sind, erfolgt anhand eines Ähnlichkeitsvergleichs mit der demonstrativen Aufzählung. Hier ist besonders zu berücksichtigen, dass sich die aufgezählten Tätigkeiten speziell auf kranke Personen beziehen. Wenn also die Tätigkeit eines Nichtarztes in der Behandlung von Krankheiten, nicht aber in der bloßen Wiederherstellung des Wohlbefindens besteht, greift er in den Arztvorbehalt ein.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Gerhard W. Huber, LL. M., ist Rechtsanwalt der Pitzl & Huber Anwaltspartnerschaft.

Mag. Jakob Dietrich ist dort als Rechtsanwaltsanwärter tätig.

