

RdM

Recht der Medizin

Beiträge

Privatbegräbnisstätten in Wien und ihre Abgrenzung von Bestattungsanlagen

Anna Obereder

Eine berufsrechtliche Einordnung „patientennaher Tests“ iSd IVDR

Thomas Wagner, Christoph Buchta, Andrea Griesmacher, Christian Schweiger und Karl Stöger

Finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen (II)

Gerhard W. Huber und Jakob Dietrich

Rechtsprechung

Nasentropfen – Arzneimittel oder Medizinprodukte?

Claudia Steinböck

Zum Verhältnis von täglicher und wöchentlicher Ruhezeit

Lukas Stärker

Ersatzanspruch nach dem EpiG bei Aufhebung einer von mehreren anwendbaren V

Lilo Martini

Finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen (II)

Der Beitrag schnell gelesen

Die finanzielle Teilhabe an Gesundheitsleistungen durch Berufsfremde ist überall dort möglich, wo keine berufsrechtlichen Verbote bestehen. Dies trifft auf einige praxisrelevante Kooperationsformen zu.⁵⁹

Berufsrecht

§§ 52, 53 ÄrzteG; § 3 KAKuK; § 25 ZÄG

RdM 2023/21



Dr. GERHARD W. HUBER, LL.M., ist Rechtsanwalt in Linz.
Dr. JAKOB DIETRICH ist Rechtsanwalt in Linz.

Inhaltsübersicht:

- C. Finanzielle Teilhabe unter Gesundheitsberufen und (auch) Berufsfremden
 1. Beteiligung an Ordinations- und Apparategemeinschaften mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe
 2. Beteiligung an den Einnahmen von Ordinationen/Praxen
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe
 3. Beteiligung an bettenführenden Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien
 - a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis
 - b) Grenzen finanzieller Teilhabe
 4. Anstellung von Gesundheitsberufen und Vereinnahmung des Behandlungshonorars
 5. Vermietung von Ordinationsräumlichkeiten
 6. Kooperationen ohne Gesellschaftsvertrag
- D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

C. Finanzielle Teilhabe unter Gesundheitsberufen und (auch) Berufsfremden

Personen, die keinem Gesundheitsberuf angehören, können vielfältig an den Einnahmen von Gesundheitsberufen teilhaben, wenngleich teilweise unter hohen rechtlichen Anforderungen. Zur Verfügung stehen insb⁶⁰ Beteiligung/Teilhabe an Ordinations- und Apparategemeinschaften mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen, Ordinationen/Praxen, bettenführenden Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien, die Anstellung von Gesundheitsberufen und Vereinnahmung des von ihnen erzielten Behandlungshonorars, Vermietung von Ordinationsräumlichkeiten und Kooperationen ohne Gesellschaftsvertrag.

1. Beteiligung an Ordinations- und Apparategemeinschaften mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Das Berufsrecht der nichtärztlichen Gesundheitsberufe enthält keine Regelungen, die mit § 52 ÄrzteG und § 25 ZÄG vergleichbar sind. Die Vergesellschaftung der nichtärztlichen Gesundheitsberufe untereinander sowie mit sonstigen berufsfremden Personen wie zB Familienangehörigen ist daher zulässig.⁶¹ Zu be-

rücksichtigen ist jedoch, dass die an Ordinations- und Apparategemeinschaften beteiligten Gesundheitsberufe zur freiberuflichen Tätigkeit berechtigt sein müssen, was nicht durchgängig der Fall ist.⁶²

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

Da bei den in Rede stehenden Kooperationsformen der jeweilige freiberufliche Gesundheitsdienstleister den Behandlungsvertrag mit dem Patienten abschließt, besteht kein Konflikt mit dem in den Berufsgesetzen enthaltenen Gebot der persönlichen Berufsausübung. Sofern die Berufsgesetze jedoch ein Provisionsverbot enthalten,⁶³ gelten die unter B.1.b) (Teil I, RdM 2023/10, 43) gemachten Ausführungen sinngemäß.

2. Beteiligung an den Einnahmen von Ordinationen/Praxen

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Ordinations- und Apparategemeinschaften sowie Gruppenpraxen sind gesetzlich geregelt. Demgegenüber enthalten weder das ÄrzteG noch das ZÄG und auch nicht die übrigen Gesundheits-Berufsgesetze Bestimmungen, die eine darüber hinausgehende Zusammenarbeit zwischen Gesundheitsberufen und berufsfremden Personen regeln.⁶⁴ Können daher Familienangehörige an einer Ordination/Praxis beteiligt werden oder lässt sich mit einem Investment durch einen Berufskollegen bzw eine berufsfremde Person gegen Einräumung einer Gewinnbeteiligung das wirtschaftliche Risiko (zB hohe Kosten für die Aufnahme und Aufrechterhaltung des Ordinationsbetriebs) senken? Dass es neben den unter B. angeführten weitere zulässige Kooperationen gibt, geht aus § 52 Abs 1 ÄrzteG und § 25 Abs 1 ZÄG hervor, denen zufolge die Zusammenarbeit „auch“ in der gemeinsamen Nutzung von Ordinationsräumen (Ordinationsgemeinschaft)

⁵⁹ Siehe auch Teil I in RdM 2023/10, 43.

⁶⁰ Nicht Gegenstand dieses Beitrags sind für berufsfremde Personen mögliche Beteiligungen an Arbeitsmedizinischen Zentren (§§ 80ff ASchG) und Apotheken (§ 12 ApG).

⁶¹ Schneider in Aigner ua, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.6.3.2.

⁶² Siehe die Auflistung von zur freiberuflichen Tätigkeit berechtigten Gesundheitsberufen bei Schneider in Aigner ua, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.1.1: Ärzte mit ius practicandi, Zahnärzte, Dentisten, Hebammen, Gehobener Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege, Musiktherapeuten, Psychologen, Psychotherapeuten, medizinisch-technische Dienste, Heilmasseur.

⁶³ Dentisten (§ 35 Abs 3 iVm § 57 ZÄG), Musiktherapeuten (§ 33 Abs 2 MuthG), Psychologen (§ 38 Abs 2 PsychologenG 2013), Psychotherapeuten (§ 16 Abs 3 PsychotherapieG) und Heilmasseur (§ 32 Abs 2 MMHmG); s Dietrich, RdM 2021, 4.

⁶⁴ Siehe aber § 21c Z 2 RAO.

und/oder von medizinischen Geräten (Apparategemeinschaft) bestehen kann.⁶⁵ Aus dem Umstand, dass weiter gehende Kooperationsformen offensichtlich erlaubt, aber nicht geregelt sind, folgt zunächst, dass *keine Einschränkungen* hinsichtlich der teilnahmeberechtigten Personen bestehen.

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

Mit der nicht vorhandenen Einschränkung teilnahmeberechtigter Personen geht die Gefahr einher, dass Berufsfremde mit finanziellen Interessen Einfluss auf die ärztliche Unabhängigkeit nehmen und letztendlich die Gesundheit der Patienten gefährden. Diese Unabhängigkeit ist in § 3 Abs 2 ÄrzteG (aber auch zB in § 35 Abs 1 GuKG; § 2 MTD-G; 29 MMHmG) verankert, wo es heißt, dass die selbständige Ausübung des ärztlichen Berufes in der *eigenverantwortlichen* Ausführung ärztlicher Tätigkeiten besteht, gleichgültig, ob diese freiberuflich oder im Rahmen eines Dienstverhältnisses ausgeübt werden.⁶⁶ Mit Eigenverantwortlichkeit ist in diesem Zusammenhang eine fachliche Weisungsfreiheit des zur selbständigen Berufsausübung berechtigten niedergelassenen oder angestellten Arztes gemeint.⁶⁷ Für Beteiligungen Berufsfremder an (zahn-)ärztlichen Ordinationen und Praxen der zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Gesundheitsberufe bedeutet dies, dass Behandlungsgemeinschaften problematisch sind. Dagegen sind Wirtschaftsgemeinschaften, die nicht die Berufsausübung, sondern etwa die Verwaltung des Gesellschaftsvermögens der Ordination/Praxis zum Gegenstand haben, unproblematisch, sofern die fachliche Unabhängigkeit/Eigenverantwortlichkeit des Behandlers gewahrt bleibt.⁶⁸ Als Gesellschaftsform eignet sich daher besonders die stille Gesellschaft (§§ 179ff UGB), also die Beteiligung eines stillen Gesellschafters an einem Unternehmen eines anderen mit einer Vermögenseinlage gegen Gewinnbeteiligung.⁶⁹ Da die stille Gesellschaft eine reine Innengesellschaft ist, tritt nach außen nur der Inhaber des Unternehmens (Arzt usw) auf, außerdem hat sie keine Rechtspersönlichkeit und dem Unternehmer obliegt die Geschäftsführung und Vertretung.⁷⁰ Sofern keine vertraglichen Regelungen bestehen, die die Berufsausübung des Unternehmers (wenn auch nur mittelbar) zum Nachteil der Patienten beeinflussen, bestehen aus berufsrechtlicher Sicht keine Bedenken gegen diese Beteiligungsform. Ohne auf sämtliche weitere Gesellschaftsformen näher einzugehen, ist zu bedenken, dass berufsfernden Gesellschaftern etwa einer OG oder GmbH von Gesetzes wegen erheblich mehr Einfluss auf die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft zukommt (zB unbeschränkte und unbeschränkbare organschaftliche Vertretung des OG-Gesellschafters gem § 126 Abs 2 UGB;⁷¹ Weisungsrecht der Generalversammlung gegenüber der Geschäftsführung⁷²). Auch wenn nur eine Wirtschaftsgemeinschaft vorliegt, ist somit der potentielle Einfluss berufsfernder Gesellschafter auf die Berufsausübung des Gesundheitsberufs höher. Daraus folgt, dass eine Beteiligung Berufsfremder an Ordinationen und Praxen, die als OG oder GmbH betrieben werden, eher mit dem Gebot der eigenverantwortlichen Berufsausübung konfligiert. Durch entsprechende gesellschaftsvertragliche Regeln kann dies jedoch entschärft werden.

3. Beteiligung an bettenführenden Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien

a) Teilnahmeberechtigter Personenkreis

Weitgehende Freiheit, was die potentiellen Gesellschafter betrifft, bietet die Beteiligung an bettenführenden Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien iSd KAKuG (und der neun Landesgesetze), weil Rechtsträger einer Krankenanstalt grundsätzlich jede physische oder juristische Person sein kann. Träger einer öf-

fentlichen Krankenanstalt muss eine juristische Person sein.⁷³ Es besteht daher insb die Möglichkeit der Beteiligung von Personen ohne einschlägige Berufsbefugnis oder von Gesundheitsberufen, die nicht freiberuflich tätig sein dürfen.⁷⁴

b) Grenzen finanzieller Teilhabe

So weit der Kreis teilnahmeberechtigter Personen für Krankenanstalten ist, so hoch sind die Anforderungen, was die Aufnahme (§§ 3f KAKuG⁷⁵) und Aufrechterhaltung (§ 5b KAKuG⁷⁶) ihres Betriebes betrifft. Dies beschränkt die Möglichkeiten finanzieller Teilhabe erheblich, denn wenn die Anforderungen nicht erfüllt werden, sind die Errichtung und der Betrieb von Krankenanstalten als Voraussetzung für Einnahmen daraus gar nicht erst möglich. Zu nennen ist in diesem Zusammenhang insb eine aufwendige Bedarfsprüfung, sofern nicht *ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen* (zB medizinisch nicht indizierte Schönheitsbehandlungen) erbracht werden. Da diese Ausnahme ein Genehmigungsverfahren wesentlich erleichtert, ist näher auf sie einzugehen. *Krauskopf*⁷⁷ scheint davon auszugehen, dass die Pflicht zur Durchführung einer Bedarfsprüfung schon dann bestehe, wenn auch nur eine (potentiell) sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistung angeboten werde. Dies hätte zur Folge, dass auch dann eine Bedarfsprüfung durchzuführen wäre, wenn eine Krankenanstalt etwa ausschließlich medizinisch nicht indizierte Schönheitsbehandlungen wie Behandlungen mit Botulinumtoxin oder Fillerbehandlungen erbringt, weil die beiden Leistungen auch einen medizinisch indizierten Anwendungsbereich haben: Botulinumtoxin kann zur Migränetherapie eingesetzt werden und mit Fillern können Gesichtssymmetrien nach Unfällen behandelt werden.⁷⁸ Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass die Regierungsvorlage⁷⁹ zu BGBl I 2010/61 (Schaffung einer Ausnahme von der Bedarfsprüfung bei ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähigen Leistungen) ausdrücklich auf den Bereich der Schönheitschirurgie verweist. Dort wird als Beispiel für ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen die Schönheitschirurgie im Allgemeinen angeführt und nicht bloß die „Lifestyle“-Medizin, die lediglich aus Gründen des subjektivi-

⁶⁵ *Schneider*, Ordinationen 78; im Ergebnis auch *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 88; auch wenn man davon ausgeht, dass sich das „auch“ auf § 49 Abs 2 bezieht (s FN 9), ergibt sich daraus keine Einschränkung für weitere Zusammenarbeitsformen, weil die Wendung „Die Zusammenarbeit [...] kann [...] auch in [...] bestehen“ nicht als abschließende Aufzählung zulässiger Zusammenarbeitsformen (neben Gruppenpraxen) verstanden werden kann.

⁶⁶ Für Ordinations- und Apparategemeinschaften schreiben § 52 Abs 2 ÄrzteG und § 25 Abs 1 ZÄG die „Wahrung der Eigenverantwortlichkeit eines jeden Arztes“ ausdrücklich vor.

⁶⁷ *Wallner* in *GmundKomm*² § 3 Rz 3.

⁶⁸ So auch *Schneider*, Ordinationen 78.

⁶⁹ *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁵ (2019) 217.

⁷⁰ *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁵ 218.

⁷¹ *Rieder/Huemer*, Gesellschaftsrecht⁵ 144; *Krejci*, ZAS 2010, 250.

⁷² *Krejci*, ZAS 2010, 251.

⁷³ *Füszl* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.1.5.4 (Stand 1. 5. 2019, rdb.at).

⁷⁴ *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.7.2.4.

⁷⁵ Siehe den instruktiven Leitfaden der Stadt Wien „Bewilligung von privaten Krankenanstalten nach dem Wiener Krankenanstaltengesetz“ (www.wien.gv.at/gesundheitsstrukturen/gesundheitsrecht/ahs-info/pdf/kag-leitfaden.pdf [abgerufen am 16. 2. 2023]).

⁷⁶ Siehe *Schneider* in *Aigner ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV 2.7.2.3.

⁷⁷ Zulassungsvoraussetzungen von Wahlarztgruppenpraxen, RdM 2011, 198 (201).

⁷⁸ So die Stellungnahme der ÄK eines österreichischen Bundeslandes in einem Krankenanstaltengenehmigungsverfahren, an dem die Verfasser beteiligt sind.

⁷⁹ ErläutRV 779 BlgNR 24. GP 5, 21.

von Wohlbefindens vorgenommen wird und damit sozialversicherungsrechtlich tatsächlich nicht erstattungsfähig ist.⁸⁰ Dies ist ein wichtiger Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber den Anwendungsbereich der Ausnahme von der Bedarfsprüfung weiter verstanden wissen wollte, als er von *Krauskopf*⁸¹ („bleibt wenig Raum“) angenommen werden dürfte. Außerdem ist zu beachten, dass der jeweilige Antrag auf Erteilung einer Errichtungsbewilligung für eine Krankenanstalt den Bewilligungsgegenstand bildet. Liegen dem Antrag ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen zugrunde, kommt es auf den Umstand, dass diese Leistungen in manchen Fällen, also abstrakt, medizinisch indiziert sein können, nicht an, weil solche Leistungen von der konkreten Krankenanstalt eben nicht erbracht werden. Sollte dies im laufenden Anstaltsbetrieb, also nach erfolgter Betriebsbewilligung, nicht eingehalten werden, stünden den Gesundheitsbehörden entsprechende Maßnahmen zur Verfügung. Behandlungsverträge über sozialversicherungsrechtlich erstattungsfähige Leistungen wären darüber hinaus nichtig (§ 62b KAKuG), von Patienten bezahltes Honorar daher rückforderbar.

Ob ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden, richtet sich nach dem konkreten – und nicht potentiellen – Leistungsangebot.

Da Krankenanstalten in einem beträchtlichen Ausmaß auf Zuweisungen aus dem niedergelassenen Bereich angewiesen sind, haben sie ein wirtschaftliches Interesse daran, Zuweisungen an sie zu fördern. Erfolgt dies mit Vergütungen an die Zuweiser, kommen wieder die bereits mehrfach erwähnten Provisionsverbote ins Spiel, die ihren Anwendungsbereich auf „sonstige physische und juristische Personen“ und somit ihrem Wortlaut nach auch auf Krankenanstalten erstrecken (zB § 53 Abs 3 ÄrzteG). Aus kompetenzrechtlicher Sicht ist jedoch fraglich, ob die Provisionsverbote der Gesundheitsberufe auf Krankenanstalten anwendbar sind, zumal das Recht der Gesundheitsberufe unter Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG und das Krankenanstaltenrecht unter Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG fällt. Dieselbe Frage stellte sich in der Vergangenheit zu den thematisch sehr ähnlichen Werbebeschränkungen der Gesundheitsberufe⁸² und des ÄsthOpG (§ 8 Abs 3).⁸³ Auf die diffizile kompetenzrechtliche Zuordnung der Provisionsverbote kann hier in der gebotenen Tiefe nicht eingegangen werden, weshalb nur die wichtigsten Punkte dargestellt werden: Werbebeschränkungen und Provisionsverbote, die insb auch Empfehlungen erfassen,⁸⁴ sind thematisch eng miteinander verwandt und kompetenzrechtlich kaum auseinanderzuhalten. Von Krankenanstalten, die sich Zuweisungen „erkaufen“, geht (wie von Werbungen) eine spezifische gesundheitliche Gefahr für Patienten aus, die es rechtfertigt, ein Provisionsverbot für Krankenanstalten vom Kompetenztatbestand „Gesundheitswesen“ herauszunehmen und den „Heil- und Pflgeanstalten“ nach Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG zuzuordnen. Dies hat zur Folge, dass die Provisionsverbote der Gesundheitsberufe kompetenzkonform dahin auszulegen sind, dass sie nicht auf Krankenanstalten anzuwenden sind. Krankenanstalten, die Zuweisungen „erkaufen“, haben daher keine Verwaltungsstrafen nach den auf Art 10 Abs 1 Z 12 B-VG beruhenden Berufsgesetzen zu befürchten.⁸⁵ Da ein auf Art 12 Abs 1 Z 1 B-VG (Krankenanstaltenwesen) beruhendes Provisionsverbot weder im KAKuG noch in den Ausführungsgesetzen der Länder besteht, drohen überhaupt *keine Verwaltungsstrafen*. Anders verhält es sich mit dem Provisionsverbot nach § 8

Abs 3 ÄsthOpG. Es regelt die speziell mit ästhetischen Behandlungen und Operationen verbundenen Gefahren, sodass nicht die diese Leistungen erbringende Person/Organisation, sondern die *Leistungen* im Vordergrund stehen, egal, wo sie erbracht werden. Daraus folgt, dass bezahlte Zuweisungen, die ästhetische Behandlungen und Operationen zum Gegenstand haben, auch dann verwaltungsstrafrechtlich geahndet werden können, wenn Krankenanstalten an ihnen beteiligt sind.⁸⁶

4. Anstellung von Gesundheitsberufen und Vereinnahmung des Behandlungshonorars

Eine weitere Möglichkeit, an Gesundheitsdienstleistungen, die von anderen Personen erbracht werden, finanziell teilzuhaben, ist deren Anstellung und Vereinnahmung des von ihnen erzielten Behandlungshonorars. Bis zur ÄrzteG-Nov BGI I 2019/20 war strittig, ob niedergelassene freiberufliche Ärzte andere zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte anstellen dürfen.⁸⁷ Seit der Novelle dürfen zum Zweck der Erbringung ärztlicher Leistungen zur selbständigen Berufsausübung berechnigte Ärzte 1. in Ordinationsstätten einschließlich Lehrpraxen höchstens im Umfang eines einzigen Vollzeitäquivalents oder 2. in Gruppenpraxen einschließlich Lehrgruppenpraxen im Umfang der Anzahl der Gesellschafter-Vollzeitäquivalente, höchstens aber von insgesamt zwei Vollzeitäquivalenten angestellt werden. Einem Vollzeitäquivalent entsprechen 40 Wochenstunden. Ein Vollzeitäquivalent berechnigt zur Anstellung von höchstens zwei Ärzten.⁸⁸

Nach wie vor heftig umstritten ist die Frage, ob Angehörige von Gesundheitsberufen durch Unternehmen/Personen angestellt werden dürfen, die keine Gesundheitseinrichtungen bzw -berufe sind. Der Meinungsstand stellt sich wie folgt dar: *Wallner*⁸⁹ vertritt die Auffassung, dass in Österreich ein Betriebsformvorbehalt für die Erbringung medizinischer Leistungen bestehe. Dieser stelle sicher, dass medizinische Leistungen nur in einer Struktur erbracht werden, die über die nötigen Personal- und Sachressourcen verfüge bzw Vorgaben an die Qualitätssicherung der Leistungserbringung unterworfen sei.⁹⁰ Demzufolge lehnt er die Anstellung von Ärzten und anderen Gesundheitsberufen bei anderen als (gesetzlich vorgesehenen) Gesundheitsbetrieben ab. Er begründet dies zunächst damit, dass gewisse Gesundheitsberufe⁹¹ nur unselbständig, und zwar in einem Dienstverhältnis zu bestimmten Gesundheitseinrichtungen (ua Krankenanstalten) bzw Ärzten, ausgeübt werden dürfen. Daraus leitet er ab, dass der Gesetzgeber offenbar davon ausgehe, dass die Berufe, die zur Aufsicht der genannten nichtärztlichen Gesundheitsberufe

⁸⁰ StRsp; s nur OGH 26. 4. 1994, 10 Obs 112/94.

⁸¹ FN 77.

⁸² Siehe die Auflistung unter FN 112 sinngemäß.

⁸³ Siehe *Schneider*, Ordinationen 266f; *ders*, Zur Anwendbarkeit ärztlicher Werbebeschränkungen in Krankenanstalten, RdM 2002, 116; *Stöger*, Anm zu VfGH 29. 2. 2016, G 384/2015, RdM 2016, 148; *Holzer*, Die Krankenanstalt als Endpunkt der Werbebeschränkungen nach dem ÄsthOpG? ZfG 2019, 73.

⁸⁴ Siehe B.2.b) und die E OGH 3. 9. 2020, 5 Ob 25/20t.

⁸⁵ Mit demselben Ergebnis zur Werbebeschränkung des ÄrzteG VfGH 1. 10. 2001, V 11/00 ua; OGH 17. 12. 2001, 4 Ob 278/01p; OGH 15. 2. 2011, 4 Ob 4/11h.

⁸⁶ Zur Werbebeschränkung des ÄsthOpG VfGH 29. 2. 2016, G 384/2015 mwN.

⁸⁷ *Wallner*, Ärztliches Berufsrecht² 86.

⁸⁸ Zur neuen Rechtslage iZm dem Vertragspartnerrecht *Grillberger*, Anstellung von Ärzten und Vertragspartnerrecht, ZAS 2020/5.

⁸⁹ *Wallner*, Medizinrecht 118; Zur Zulässigkeit des Leibarztes – wer darf Ärzte anstellen? RdM 2018, 214; zuletzt Berufsrechtliche Vorgaben und Haftungsprobleme bei COVID-19-Testungen und -Impfungen, RdM 2022, 239.

⁹⁰ *Wallner*, RdM 2022, 244.

⁹¹ Assistenzberufe nach dem MABG, Medizinische Masseurin nach dem MMHMG, Pflegeassistenten nach dem GuKG.

in Betracht kämen, also etwa Ärzte, nur in (Gesundheits-)Einrichtungen tätig seien, weshalb nur in diesen Einrichtungen die gesetzlich vorgesehene Aufsicht sichergestellt sei. Daraus zieht er wiederum den Schluss, dass der Gesetzgeber die Vorstellung habe, dass Ärzte, aber auch diplomierte Krankenpflegeberufe nicht bei jedem beliebigen Dienstgeber beschäftigt sein können, sondern nur bei Einrichtungen, die zur Erbringung von medizinischen Leistungen berechtigt seien. Gegen diese auf den ersten Blick nicht unschlüssige Einschätzung lässt sich jedoch einwenden, dass zahlreiche andere Berufsgesetze (insb ÄrzteG, ZÄG, GuKG) eben gerade nicht vorschreiben, mit welchen Dienstgebern ein Dienstverhältnis eingegangen werden kann.⁹² Dementsprechend ist anderen Berufsgesetzen *kein Verbot* der Anstellung von dort geregelten Gesundheitsberufen bei Nicht-Gesundheits-einrichtungen zu entnehmen, weshalb diese Praxis nicht rechtswidrig ist. Dieses Argument wiegt besonders schwer, wenn man berücksichtigt, dass nach der Rsp⁹³ eine (straf-)rechtliche Sanktion nur wegen einer Tat verhängt werden darf, die unter eine ausdrückliche gesetzliche Strafdrohung fällt und schon zur Zeit ihrer Begehung mit Strafe bedroht war (§ 1 Abs 1 StGB; § 1 Abs 1 VStG; vgl auch Art 7 Abs 1 EMRK). Ausdruck des Prinzips *nulum crimen sine lege* ist daher vor allem das Analogieverbot, jener des Prinzips *nulla poena sine lege* das Rückwirkungsverbot. Eine Verhaltensweise, die zur Zeit ihrer Setzung nicht ausdrücklich unter eine gesetzliche Strafsanktion fiel, darf daher keine Strafe zur Folge haben. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die von Wallner angeführten Assistenzberufe⁹⁴ von Gesetzes wegen auf die Anleitung und Aufsicht höher qualifizierter Gesundheitsberufe angewiesen sind, was die ausschließliche Beschäftigung durch Gesundheitseinrichtungen rechtfertigt/begründet.⁹⁵ Auf Ärzte und andere Gesundheitsberufe wie Physiotherapeuten, die nach erfolgter ärztlicher Anordnung/Zuweisung eigenverantwortlich arbeiten (§ 2 MTD-G), trifft dies aber nicht zu.

Es gibt kein Verbot, zur eigenverantwortlichen Berufsausübung berechtigte Gesundheitsberufe außerhalb von Gesundheitsbetrieben anzustellen.

Als weiteres Argument für den Betriebsformvorbehalt führt Wallner ins Treffen, dass im GuKG zwar mit der Nov BGBl I 2016/75 die Beschränkung bestimmter für die Anstellung von DGKP infrage kommender Dienstgeber aufgehoben worden sei. § 35 Abs 2 GuKG, der bereits vor der angeführten Nov in Kraft gewesen sei und die Beschäftigung von DGKP bei Arbeitskräfteüberlassern („Pooldienste“) ausdrücklich erlaubt habe, bestehe jedoch unverändert weiter. Wären DGKP berechtigt, ein Arbeitsverhältnis mit jedem beliebigen Arbeitgeber einzugehen, wäre § 35 Abs 2 GuKG nach Wallner überflüssig.⁹⁶ Auch dieser systematischen Interpretation, hinter der wohl das Postulat steht, dass Gesetze idR so auszulegen sind, dass sie ihren Anwendungsbereich nicht vollständig verlieren,⁹⁷ ist das im Verwaltungsstraf- und Disziplinarrecht verankerte Analogieverbot⁹⁸ entgegenzuhalten. Außerdem erlaubt § 35 Abs 2 GuKG nicht nur die Beschäftigung von DGKP durch Arbeitskräfteüberlasser, sondern regelt darüber hinaus, *unter welchen Voraussetzungen* diese Beschäftigung zulässig ist. Diese (sinnvollen) Voraussetzungen machen § 35 Abs 2 GuKG auch dann erforderlich, wenn eine Beschäftigung durch Arbeitskräfteüberlasser aufgrund der Nov BGBl I 2016/75 auch ohne den ersten Teilsatz dieser Bestimmung⁹⁹ zulässig wäre. In diesem Sinn erachten auch Weiss/Lust¹⁰⁰ eine Be-

schäftigung durch Schulen, Kindergärten und Hotels für zulässig, sofern die berufsrechtlichen Vorgaben erfüllt werden.

Wenn Wallner¹⁰¹ als Argument für den Betriebsformvorbehalt zudem jene Bestimmungen ins Treffen führt, die aus Gründen des Patientenschutzes berechtigterweise hohe qualitative Anforderungen an den Betrieb einer Ordination stellen, erklärt dies nicht, an welcher Stelle die einschlägigen Gesetze (ÄrzteG; ZÄG) die Ordination als einzige Betriebsform unterhalb der Organisationsdichte einer Krankenanstalt vorschreiben.¹⁰² § 45 Abs 3 ÄrzteG, auf welche Bestimmung sich Wallner in diesem Zusammenhang bezieht, regelt jedenfalls nur die (Nicht-)Anrechnung ärztlicher Tätigkeiten in bestimmten Einrichtungen auf die Zahl der Berufssitze freiberuflicher Ärzte und ist keine ausdrückliche Ausnahme davon, dass ärztliche Leistungen in der Betriebsform einer Ordination zu erbringen sind.¹⁰³ Keinesfalls kann diese Bestimmung als abschließende Aufzählung zulässiger Betriebsformen gesehen werden, auf die eine Verwaltungs-/ Disziplinarstrafe oder gar ein Wettbewerbsverstoß, der erst im Fall einer unvertretbaren Rechtsansicht vorliegt,¹⁰⁴ gestützt werden könnte. Schließlich stimmt die vereinzelt gebliebene E OGH 11. 10. 2016, 10 ObS 109/16 a, der Auffassung Wallners zwar auf den ersten Blick zu. Sie tut dies aber nur in einem für die E nicht entscheidenden Nebensatz, dem zufolge eine Erbringung ärztlicher Leistungen außerhalb von Ordinationen oder Krankenanstalten nur infrage komme, wenn dies gesetzlich ausdrücklich gestattet sei. Außerdem ging es dort nicht um die Frage, von wem Ärzte beschäftigt werden dürfen, sondern um einen Arzt, der ohne Niederlassungsberechtigung freiberuflich eine Operation durchführte. Die E ist daher für die Anstellung von Gesundheitsberufen bei Berufsfremden *nicht einschlägig*.

Als Ergebnis kann somit festgehalten werden, dass es keine Bestimmung gibt, die die Anstellung von Ärzten und anderen Gesundheitsberufen (abgesehen von FN 91) durch Nicht-Gesundheitsbetriebe verbietet. Es können somit keine Verwaltungsstrafen und Disziplinarstrafen verhängt oder darauf Wettbewerbsklagen erfolgreich gestützt werden. Sollten die für die Erbringung einer Gesundheitsdienstleistung erforderlichen Standards durch einen Nicht-Gesundheitsbetrieb nicht eingehalten werden und würde ein Patient dadurch geschädigt, käme auch kein reduzierter Sorgfaltsmaßstab zur Anwendung, sondern jener, den ein sorgfältiger durchschnittlicher und berechtigter Leistungserbringer als Geschäftsherr schulden würde.¹⁰⁵ Auch die unter C.2.b) thematisierte Eigenverantwortlichkeit der Gesundheitsberufe steht ihrer Anstellung durch Berufsfremde nicht per

⁹² So auch Kopetzki, Wer darf Ärzte anstellen? RdM 2018, 81; zum ZÄG Krauskopf in GmundKomm² § 26 ZÄG Rz 8.

⁹³ Siehe nur VwGH 16. 12. 1997, 96/09/0149.

⁹⁴ Nach dem MABG (Ordinationsassistent, Operationsassistent, Desinfektionsassistent, Gipsassistent, Laborassistent, Obduktionsassistent, Röntgenassistent, medizinische Fachassistent); medizinischer Masseur, Pflegeassistent; s Wallner, RdM 2018, 214 (217).

⁹⁵ So auch Resch, Anstellung eines Arztes mit ius practicandi in einer Einzelordination, RdM 2018, 84 (86).

⁹⁶ Wallner, RdM 2018, 214 (219, 222).

⁹⁷ Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON¹⁻⁰² § 6 Rz 11.

⁹⁸ Huber/Dietrich, Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten, RdM 2022, 99 (104).

⁹⁹ „Eine Berufsausübung im gehobenen Dienst für Gesundheits- und Krankenpflege ist auch im Wege der Arbeitskräfteüberlassung [...] zulässig“.

¹⁰⁰ Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 35 Anm 1.2.

¹⁰¹ Wallner, RdM 2018, 214 (219).

¹⁰² Siehe auch Kopetzki, RdM 2018, 81; zum ZÄG Krauskopf in GmundKomm² § 26 ZÄG Rz 8.

¹⁰³ Kopetzki, RdM 2018, 81.

¹⁰⁴ OGH 18. 10. 2012, 4 Ob 158/12 g.

¹⁰⁵ So auch Kopetzki, RdM 2018, 81.

se entgegen, weil nach hA sowohl der freiberufliche als auch der angestellte Gesundheitsberuf grundsätzlich¹⁰⁶ eigenverantwortlich, also weisungsfrei ist.¹⁰⁷

5. Vermietung von Ordinationsräumlichkeiten

Eine weitere Möglichkeit, insb für beruhsfremde Personen, von Gesundheitsdienstleistungen zumindest mittelbar zu profitieren, ist die Vermietung von Ordinations-/Praxisräumlichkeiten (sog. Ärzthäuser oÄ) und sonstiger Infrastruktur (insb Belegskrankenhaus). Berufsrechtlich bestehen abgesehen von Bestimmungen, die die Beschaffenheit von Ordinationen im Hinblick auf einzuhaltende Sicherheits- und Hygienestandards regeln (insb § 56 ÄrzteG; HygieneVO der ÖÄK; QualitätssicherungsVO der ÖÄK¹⁰⁸) und die (nur) den Arzt als Ordinationsinhaber adressieren, keine wesentlichen Einschränkungen. Es bietet sich daher an, Ärzten und anderen Gesundheitsberufen eine möglichst große Infrastruktur bis hin zu Personal (Sekretariat, Reinigung), Terminverwaltung und Außenauftritt/Patientenbeschaffung zu vermieten und damit die Höhe der Mieteinnahmen zu steuern. Je umfassender freilich die zur Verfügung gestellte Infrastruktur und Eingliederung der Mieter in die Organisation des Vermieters, desto geringer deren Selbständigkeit. Damit steigt die Gefahr, dass vermeintlich selbständige/freiberufliche Mieter vom Sozialversicherungsträger als *unselbständig* qualifiziert werden, was erhebliche Nachzahlungen von Sozialversicherungsbeiträgen zur Folge haben kann.¹⁰⁹ Solange der Vermieter lediglich Infrastruktur bereitstellt und keine ärztliche/medizinische Tätigkeit ausübt, bestehen selbst bei einer umfassenden Organisation keine Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer (genehmigungspflichtigen) Krankenanstalt.¹¹⁰

6. Kooperationen ohne Gesellschaftsvertrag

Abgesehen von Ordinations- und Apparategemeinschaften ist ohne gesellschaftsvertragliche Grundlage eine Beteiligung von

Gesundheitsberufen, aber auch Berufsfremder an den Einnahmen anderer Gesundheitsberufe im Rahmen von Zuweisungs-/Empfehlungsmodellen denkbar.¹¹¹ Ihnen ist gemeinsam, dass ein zuweisender/empfehlender Teilnehmer als Gegenleistung diverse Vergütungen erhält, die der andere Teilnehmer aus der Behandlung der zugewiesenen/empfohlenen Patienten lukriert. In dieser Form verstößt eine Zusammenarbeit in aller Regel gegen die Provisionsverbote der Gesundheitsberufe,¹¹² wobei aber auch zulässige Kooperationen denkbar sind.

D. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

Kooperationen mit Gesundheitsberufen als Voraussetzung für eine finanzielle Teilhabe sind teilweise auf bestimmte Gesundheitsberufe, insb Ärzte, beschränkt. Zahlreiche Kooperationen mit Gesundheitsberufen stehen Berufsfremden jedoch zur Verfügung, wengleich mit gewissen Einschränkungen. Dies stellt sich überblicksmäßig wie folgt dar:¹¹³

¹⁰⁶ Dh abgesehen von FN 91.

¹⁰⁷ Wallner in GmundKomm² § 3 ÄrzteG Rz 3.

¹⁰⁸ Wallner in GmundKomm² § 56 ÄrzteG Rz 3 sowie Ärztliches Berufsrecht² 38f.

¹⁰⁹ Instrukтив zur Beurteilung einer (un)selbständigen Tätigkeit VwGH

24. 1. 2006, 2004/08/0101, *Aerobic-Trainerin*; 15. 5. 2013, 2013/08/0051, *Forstwart*; 15. 7. 2013, 2013/08/0124, *Fitnesstrainer*; 4. 9. 2013, 2012/08/0310, *Physiotherapeut*.

¹¹⁰ Stöger in GmundKomm² § 1 KAKuG Rz 4.

¹¹¹ Schneider in Aigner *ua*, Handbuch Medizinrecht Kap IV.2.2.

¹¹² Ärzte (§ 53 Abs 2 ÄrzteG), Zahnärzte (§ 35 Abs 3 ZÄG), Dentisten (§ 35 Abs 3 iVm § 57 ZÄG), Musiktherapeuten (§ 33 Abs 2 MuthG), Psychologen (§ 38 Abs 2 PsychologenG 2013), Psychotherapeuten (§ 16 Abs 3 PsychotherapieG) und Heilmasseure (§ 32 Abs 2 MMHmG).

¹¹³ Die angeführten Einschränkungen sind in erster Linie solche, die sich besonders auf den finanziellen Aspekt einer Zusammenarbeit beziehen. Weiter gehende Einschränkungen/Voraussetzungen für Kooperationen, die die Berufsgesetze enthalten (zB Verschwiegenheitspflichten), werden nicht gesondert dargestellt.

	Teilnahmeberechtigter Personenkreis		Berufs-fremde	Grenzen
	Gesundheitsberufe			
Ordinations- und Apparategemeinschaften mit Ärzten	X	nur freiberufliche Ärzte		Provisionsverbote bei Einnahmenpooling
Ordinations- und Apparategemeinschaften mit Zahnärzten	X	alle Gesundheitsberufe außer Ärzte		Provisionsverbote bei Einnahmenpooling
Gruppenpraxen	X	nur freiberufliche (Zahn-)Ärzte; keine GP zwischen Ärzten und Zahnärzten		Gründung aufwendig (Provisionsverbote); Verbot multicolorer GP durch manche Gesamtverträge
Primärversorgungseinheiten als Gruppenpraxen	X	nur Ärzte		Gründung aufwendig; unterschiedliche Honorarmodelle mit Gesundheitskassen
Primärversorgungseinheiten als Ambulatorien	X	nur gemeinnützige Anbieter gesundheitlicher oder sozialer Dienste, gesetzliche Krankenversicherungsträger, Gebietskörperschaften bzw von Gebietskörperschaften eingerichtete Körperschaften und Fonds		Gründung sehr aufwendig; unterschiedliche Honorarmodelle mit Gesundheitskassen
Beteiligung an Ordinations- und Apparategemeinschaften mit nichtärztlichen Gesundheitsberufen	X	keine Ärzte; nur zur freiberuflichen Tätigkeit berechnigte Gesundheitsberufe	X	Provisionsverbote bei Einnahmenpooling

	Teilnahmeberechtigter Personenkreis		Berufs-fremde	Grenzen
	Gesundheitsberufe			
Beteiligung an den Einnahmen von Ordinationen/Praxen	X		X	Eigenverantwortlichkeit/fachliche Unabhängigkeit des Gesundheitsberufs
Beteiligung an bettenführenden Krankenanstalten und selbständigen Ambulatorien	X	nur juristische Personen bei öffentlicher Krankenanstalt	X	Gründung sehr aufwendig, wenn nicht ausschließlich sozialversicherungsrechtlich nicht erstattungsfähige Leistungen erbracht werden; aufwendige Struktur
Anstellung von Gesundheitsberufen und Vereinnahmung des Behandlungshonorars	X	Keine Assistenzberufe (MABG), Medizinische Masseur (MMHmG), Pflegeassistenten (GuKG)	X	Abgrenzung zur Krankenanstalt ab bestimmter Anzahl/Organisationsdichte
Vermietung von Ordinationsräumen	X	X		Sicherheits- und Hygienestandards; Abgrenzung zur unselbständigen Tätigkeit
Kooperationen ohne Gesellschaftsvertrag	X		X	Provisionsverbote

Tabelle

Plus

ÜBER DIE AUTOREN

Dr. Gerhard W. Huber, LL.M. und Dr. Jakob Dietrich sind Rechtsanwälte in Linz und vorwiegend im Medizinrecht tätig.
 Kontaktadresse: Rudolfstraße 4, 4040 Linz
 E-Mail: office@medizinrecht.at

VON DENSELBEN AUTOREN ERSCIENEN

Hebammengesetz in GmundKomm² (2022); Blutsicherheitsgesetz in GmundKomm² (2022); Laienmedizin ohne Arztbeteiligung, RdM

2022/296; Arzneimittelabgabe durch Apothekenautomaten, RdM 2022/131; Entscheidungsanmerkung OGH 27. 5. 2021, 5 Ob 28/21 k, RdM 2021/330 – Aufklärung in Bezug auf Oversizing und/oder Innenrotation der Tibiakomponente?; Entscheidungsanmerkung OGH 24. 9. 2020, 1 Ob 153/20m, Psychiatrische Unterbringung – Amtshaftung bei Absehen von der Unterbringung, RdM 2021/107; Provisionsverbote und Kooperationen der Heilberufe, RdM 2021/2; Blutsicherheitsgesetz in Handbuch Medizinrecht³ (2020) sowie Berufsrecht der Hebammen in Handbuch Medizinrecht³ (2020); Reglungsdichte des Landesvertragsbedienstetenrechts – alles oder nichts? JAS 2019/1; Geistheiler und Energetiker im Lichte des Arztvorbehaltes, RdM 2018/141 ua.