

Univ.-Prof. MMag. Dr. Michaela Windischgrätz

Universitätsprofessorin für Arbeits- und Sozialrecht

1010 Wien, Börsegasse 10

Michaela.windischgraetz@univie.ac.at

Rechtsgutachten zur Frage der Schaffung eines neuen Gesundheitsberufs der „Osteopath*innen“

1. Ausgangspunkt

Die Österreichische Gesellschaft für Osteopathie setzt sich aktuell für die gesetzliche Verankerung eines neuen Gesundheitsberufs „Osteopathie“ ein. In diesem Zusammenhang liegt ein von der Interessenvertretung der PhysiotherapeutInnen „PhysioAustria“ in Auftrag gegebenes Gutachten „zum Bedarf der Etablierung eines Gesundheitsberufes Osteopathie in Österreich“ von Univ.-Prof. Wilhelm Frank vor. In diesem Gutachten werden rechtliche Behauptungen aufgestellt, die die Rechtslage missverständlich wiedergeben.

Mit dem vorliegenden Gutachten wird aus rechtswissenschaftlicher Sicht die Frage beantwortet, ob die gesetzliche Implementierung eines neuen Gesundheitsberufes Osteopathie rechtlich zulässig ist. Ob der Gesetzgeber auch tatsächlich einen neuen Gesundheitsberuf schaffen will, ist – wie im Gutachten *Frank* richtigerweise festgehalten wird – eine rechtspolitische Frage.

2. Fragestellung

Die Gutachterin wurde von der Auftraggeberin ersucht, im Kern folgende Fragen zu beantworten (meine Zusammenfassung):

- Wie ist die aktuelle (berufs)rechtliche Situation der in Österreich tätigen Osteopath*innen?
- Ist es rechtlich zulässig, einen eigenständigen Gesundheitsberuf Osteopathie gesetzlich zu verankern?
- Welche rechtlichen Probleme könnte die Schaffung eines neuen Gesundheitsberufes Osteopathie mit sich bringen bzw wie kann man sie vermeiden?

3. Rechtliche Beurteilung

3.1. Aktuelle (berufs)rechtliche Situation der in Österreich tätigen Osteopath*innen

Für die Frage, welche Rechtsgrundlagen aktuell für in Österreich tätige Osteopath*innen gelten, ist vom Tätigkeitsbild der Osteopathie auszugehen. Nach den der Gutachterin zur Verfügung gestellten Unterlagen, wird Osteopathie folgendermaßen definiert:

„Osteopathie ist eine patientenzentrierte, manuelle Therapieform, bei der Bewegungseinschränkungen in allen Körperstrukturen behandelt werden, die für eine verminderte biomechanische, neurovaskuläre und physiologische Funktion verantwortlich sind. Dabei kommen osteopathische Prinzipien und Behandlungskonzepte zum Einsatz, die einen wissenschaftlichen, prozessorientierten Zugang zum Patienten gewährleisten.“

Das Ziel der Osteopathie besteht darin, alle Aspekte der Gesundheit und der gesunden Entwicklung zu verbessern und zu unterstützen. Die osteopathische Behandlung darf präventiv, kurativ, palliativ oder adjuvant sein.“

Der österreichische Gesetzgeber hat verschiedene Gesundheitsberufe durch eigene **Berufsgesetze** geschaffen. Diese Gesetze sind nach folgendem **Grundkonzept** aufgebaut: Für die im einzelnen definierten Berufe werden eine Ausbildung und Berufspflichten normiert. In allen Berufsgesetzen wird ein Titelschutz normiert, der es für Nichtberechtigte unter Strafe stellt, die entsprechende Berufsbezeichnung zu führen. Die meisten Berufsgesetze sehen

darüber hinaus einen **Berufsschutz** oder einen **Tätigkeitsschutz** vor, der es Nichtberechtigten unter Strafandrohung verbietet, die im Gesetz definierten Tätigkeiten beruflich oder im Einzelfall auszuüben.

Nach der derzeitigen Rechtslage sind für in Österreich tätige Osteopath*innen folgende Berufsgesetze relevant:

Ärztegesetz: Die weit gefasste Definition des ärztlichen Berufes in § 2 Abs 2 ÄrzteG („Die Ausübung des ärztlichen Berufes umfasst jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird, insbesondere ...“ die Diagnostik, Behandlung und Prävention von Krankheiten) bedeutet, dass die Ausübung der Osteopathie im Sinn der oben wiedergegebenen Definition von der Definition ärztlicher Tätigkeit gem § 2 Abs 2 ÄrzteG mitumfasst ist.

§ 3 ÄrzteG normiert die ärztliche Tätigkeit als **Vorbehaltstätigkeit**, wodurch die selbstständige Ausübung des ärztlichen Berufes ausschließlich Ärzt*innen vorbehalten ist. Gem § 3 Abs 4 ist Nichtärzt*innen jede Ausübung des ärztlichen Berufes verboten. § 43 ÄrzteG normiert einen Titelschutz.

§ 204 ÄrzteG regelt das Verhältnis zu anderen Bestimmungen: Gem § 204 Z 5 ÄrzteG wird das MTD-G nicht berührt. Damit ist der Ärztevorbehalt nicht in Bezug auf Tätigkeiten anzuwenden, die nach dem MTD-G berufsberechtigte Personen ausüben.

MTD-Gesetz:

§ 2 Abs 1 MTD-G definiert die Physiotherapie: „Der physiotherapeutische Dienst umfasst die eigenverantwortliche Anwendung aller physiotherapeutischen Maßnahmen nach ärztlicher Anordnung im intra- und extramuralen Bereich, unter besonderer Berücksichtigung funktioneller Zusammenhänge auf den Gebieten der Gesundheitserziehung, Prophylaxe, Therapie und Rehabilitation. Hierzu gehören **insbesondere mechanotherapeutische Maßnahmen**, wie alle Arten von Bewegungstherapie, Perzeption, manuelle Therapie der Gelenke, Atemtherapie, alle Arten von Heilmassagen, Reflexzonentherapien, Lymphdrainagen, Ultraschalltherapie, weiters alle elektro-, thermo-, photo-, hydro- und balneotherapeutischen

Maßnahmen sowie berufsspezifische Befundungsverfahren und die Mitwirkung bei elektrodiagnostischen Untersuchungen.

Insb der Verweis auf mechanotherapeutische Maßnahmen bedeutet, dass nach aktueller Gesetzeslage die Osteopathie von dieser Definition mitumfasst ist.

§ 33 MTD-Gesetz normiert einen **Tätigkeitsschutz** und einen Titelschutz. Gem § 33 Z 1 MTD-G ist strafbar, wer eine Tätigkeit in den gehobenen medizinisch-technischen Diensten im Bereich der Humanmedizin ausübt, ohne hiezu berechtigt zu sein.

§ 1b MTD-G regelt das Verhältnis zu anderen gesetzlichen Bestimmungen. Insb wird das Ärztegesetz durch das MTD-G nicht berührt. Das bedeutet, dass Ärzt*innen, die als Osteopath*innen arbeiten, vom MTD-G nicht erfasst sind und daher den Tätigkeitsschutz des MTD-G nicht verletzen.

In Zusammenschau der Bestimmungen des Ärztegesetzes und des MTD-Gesetzes bedeutet dies, dass die Ausübung der Osteopathie sowohl vom Geltungsbereich des MTD-G als auch des ÄrzteG erfasst ist. Personen, die *aktuell* in Österreich osteopathische Tätigkeiten durchführen müssen daher die Berufsberechtigung nach einem der beiden Gesetze erworben haben, damit sie in Österreich Osteopathie legal ausüben dürfen.

3.2. Ist es rechtlich zulässig, einen eigenständigen Gesundheitsberuf Osteopathie gesetzlich zu verankern und wie können dadurch entstehende rechtliche Probleme vermieden werden?

Wie bereits oben festgehalten, ist es die rechtspolitische Entscheidung des Gesetzgebers, einen weiteren Gesundheitsberuf gesetzlich zu verankern.

Rechtliche Grenzen könnten sich nur aus höherrangigem Recht ergeben, das heißt aus **verfassungsrechtlichen** oder **unionsrechtlichen** Schranken. Beides ist nicht ersichtlich. Vielmehr zeigt die Geschichte der rechtlichen Verankerung der Gesundheitsberufe in Österreich, dass immer wieder neue Gesundheitsberufe normiert werden, indem ihre Tätigkeitsbereiche aus schon bestehenden Gesundheitsberufen herausgelöst und verselbständigt werden. So wurde etwa die Psychotherapie im 1990 als gesetzlicher Beruf

definiert und dem Ärztevorbekalt entzogen: So normiert § 24 Abs 1 PThG ausdrücklich, dass „die Ausübung der Psychotherapie keine nach den Bestimmungen des Ärztegesetzes 1984, BGBl. Nr. 373, ausschließlich Ärzten vorbehaltene Tätigkeit, ist“.

Aus **verfassungsrechtlicher** Sicht bestehen bei der Schaffung neuer Berufe keine Probleme, solange dadurch zu keinen Einschränkungen der **Erwerbsfreiheit** kommt. Dies ist nicht der Fall, wenn bei der gesetzlichen Verankerung eines neuen Gesundheitsberufs Osteopathie bisher nach dem ÄrzteG oder dem MTD-G berechtigte Osteopath*innen nicht im Zugang zu ihrer Berufstätigkeit beschränkt werden. Dem kann durch entsprechende Verweise im Gesetz (zB: „durch das OsteopathieG werden das ÄrzteG und das MTD-G nicht berührt“) sowie durch Übergangsbestimmungen begegnet werden.

Das **Recht der Europäischen Union** enthält keine Vorgaben, welche Gesundheitsberufe die Mitgliedstaaten einrichten dürfen oder müssen. Gem Art 168 AEUV ergänzt die Tätigkeit der Union lediglich die Gesundheitspolitik der Mitgliedstaaten. Gem § 168 Abs 7 AEUV wird die Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Festlegung ihrer Gesundheitspolitik sowie für die Organisation des Gesundheitswesens und die medizinische Versorgung gewahrt.

Wie in den anderen in Österreich erlassenen Gesundheitsberufsgesetzen müssten auch jene **Richtlinien**, die von den Mitgliedstaaten zu beachten sind, umgesetzt werden, allen voran die Berufsanerkennungsrichtlinie 2005/36/EG. Dass Ausbildungen in anderen Mitgliedstaaten anders als in Österreich geregelt sind, ist aus rechtlicher Sicht unproblematisch. Das Beispiel des EWR-Psychologengesetzes zeigt, wie eine Umsetzung der Berufsanerkennungsrichtlinie erfolgen kann, je nachdem, ob in dem anderen Mitgliedstaat ein reglementierter Beruf eines Gesundheitspsychologen oder eines klinischen Psychologen besteht oder nicht. Eventuell müssen Anpassungslehrgänge und Eignungsprüfungen vorgesehen werden.

Auf **einfachgesetzlicher Ebene** ergeben sich – anders als im Gutachten *Frank* unter Punkt 4.8. behauptet - keine rechtlichen Probleme, sofern in das neue Osteopathiegesetz Regelungen zur Koordinierung mit den anderen Gesundheitsberufsgesetzen aufgenommen werden. Damit Osteopath*innen nach dem neuen OsteopathieG nicht die Regelungen über den Tätigkeitsschutz gem § 3 ÄrzteG und § 33 MTD-G verletzen, ist die Verankerung einer Regelung wie in § 54 des Entwurfes zu einem OsteopathieG aus dem Jahr 2014 vorzusehen:

„Die Ausübung der Osteopathie ist keine nach den Bestimmungen des Ärztegesetzes 1984, BGBl.Nr. 373, ausschließlich Ärzten und Ärztinnen vorbehaltene Tätigkeit. Durch dieses Bundesgesetz wird der durch das Ärztegesetz 1998, BGBl. I Nr. 169/1998, geregelte Berechtigungsumfang nicht berührt.“

Eine entsprechende Regelung wäre in Bezug auf das MTD-G zu formulieren, sodass die Strafbestimmung des § 33 MTD-G für nach dem neuen OsteopathieG berufsberechtigte Osteopath*innen nicht anzuwenden ist.

Anders als im Gutachten *Frank* behauptet, stellen sich auch keine **wettbewerbsrechtlichen** Probleme, sobald Osteopath*innen ihren Beruf aufgrund eines neuen OsteopathieG ausüben. Eine Verletzung von § 1 UWG liegt nur dann vor, wenn in den Tätigkeitsvorbehalt eines Berufsgesetzes *ohne entsprechende Befugnis* eingegriffen wird. Unter der Voraussetzung, dass das neue OsteopathieG eine Berufsberechtigung für die Ausübung der Osteopathie schafft und gleichzeitig normiert, dass die Osteopathie keine nach den Bestimmungen des MTD-G ausschließlich Physiotherapeut*innen vorbehaltene Tätigkeit und kein ausschließlich Arzt*innen vorbehaltener Beruf ist, liegt kein Wettbewerbsverstoß durch die Ausübung von Osteopathie nach dem neuen OsteopathieG vor.

Kein unmittelbarer rechtlicher Zusammenhang besteht zwischen der gesetzlichen Implementierung eines neuen Berufsgesetzes und der Frage, ob Leistungen, die diese neue Berufsgruppe erbringt, auch Leistungen der Krankenbehandlung gem § 133 ASVG und damit **Sozialversicherungsleistungen** sind. Gem § 135 ASVG werden Leistungen der Krankenbehandlung primär durch Arzt*innen erbracht. Der ärztlichen Hilfe werden aber bestimmte Leistungen durch Angehörige anderer Gesundheitsberufe gleichgestellt. So ist etwa gem § 135 Abs 1 Z 1 lit a ASVG eine auf Grund ärztlicher Verschreibung erforderliche physiotherapeutische Behandlung durch gem § 7 berufsberechtigte Physiotherapeut*innen gleichgestellt und damit durch die Krankenkasse erstattungsfähig. Eingeschränkter ist die Erstattungsfähigkeit dagegen von Leistungen klinischer Psycholog*innen. Gem § 135 Abs 1 Z 2 ASVG ist nur eine auf Grund ärztlicher Verschreibung oder psychotherapeutischer Zuweisung erforderliche *diagnostische* Leistung eines klinischen Psychologen oder einer klinischen Psychologin nach § 29 Abs. 1 des Psychologengesetzes 2013 erstattungsfähig, nicht dagegen Leistungen der klinisch-psychologischen Beratung oder Behandlung. Leistungen von

Gesundheitspsycholog*innen können mangels gesetzlicher Regelung im ASVG nie über die Krankenkassen abgerechnet werden. Diese Beispiele sollen zeigen, dass die gesetzliche Implementierung eines neuen Gesundheitsberufes noch nicht bedeutet, dass die Leistungen dieses neuen Gesundheitsberufes automatisch auch Sozialversicherungsleistungen sind. Der sozialversicherungsrechtliche Gesetzgeber hat seinerseits zu entscheiden, ob und unter welchen Bedingungen (ärztliche Zuweisung etc) Leistungen einer neuen Berufsgruppe der ärztlichen Hilfe gleichgestellt werden.

4. Ergebnisse

Aus rechtlicher Sicht bestehen keine Hindernisse, dass der Gesetzgeber einen neuen Gesundheitsberuf – Osteopathie – gesetzlich regelt.

Der Entwurf eines OsteopathieG aus 2014 müsste überarbeitet werden, enthält aber im Übrigen bereits alle notwendigen Klauseln, um Probleme der Koordination mit anderen Berufsgesetzen sowie Verletzungen der Erwerbsfreiheit bereits berufstätiger Osteopath*innen (Übergangsbestimmungen) zu vermeiden.

Inwieweit Leistungen der Osteopath*innen als Leistungen der Krankenbehandlung gem § 133 iVm 135 ASVG anerkannt werden, ist eine von der Schaffung des Berufsgesetzes unabhängige, zweite gesetzgeberische Entscheidung.

Wien, am 23.8.2023



Michaela Windischgrätz

