

Rechtsfragen zur ärztlichen Anordnungskompetenz gegenüber nichtärztlichen Gesundheitsberufen

Der Beitrag schnell gelesen

Am 4. 7. 2024 wurden im Nationalrat eine vollständige Neufassung des MTDG und eine umfassende Novellierung des GuKG beschlossen. Der Beitrag befasst sich mit den Auswirkungen der Neuregelung auf die ärztliche Delegation medizinischer Leistungen und die haftungsrechtlichen Konsequenzen.

Medizinrecht; Haftungsrecht

RdM 2025/51



Dr. FELIX WALLNER ist Hon.-Prof. für Medizinrecht am Institut für Recht der sozialen Daseinsvorsorge und Medizinrecht (JKU Linz) sowie ehemaliger Kammeramtsdirektor der Ärztekammer für Oberösterreich.

Inhaltsübersicht:

- A. Gesundheitsberufe als reglementierte Berufe
- B. Novelle zum GuKG und neues MTDG
- C. Delegation ärztlicher Leistungen
- D. Zivilrechtliche Zulässigkeit der Delegation
- E. Zulässigkeit genereller Delegationen
- F. Verzicht auf eine ärztliche Anordnung
- G. Notwendiger Detailgrad der ärztlichen Anordnung
- H. Auswahlverschulden des anordnenden Arztes
- I. Delegierungsfähige Leistungen
- J. Haftungsrechtliche Konsequenzen
- K. Zusammenfassung

A. Gesundheitsberufe als reglementierte Berufe

Mazal hat zu Recht schon vor fast 30 Jahren festgestellt, dass die Geschichte der Medizin in rechtlicher Hinsicht auch eine Geschichte der Ausdifferenzierung medizinischer Berufe ist.¹

Alle Gesundheitsberufe sind in Österreich als reglementierte Berufe ausgestaltet. Gesundheitsberufe können daher nur von Personen ausgeübt werden, die eine gesetzlich geregelte Ausbildung absolviert haben. Konsequenterweise ist mit der Anforderung einer gesetzlich vorgegebenen speziellen Ausbildung auch ein gesetzlich beschriebener Tätigkeitsvorbehalt verbunden. Jedem Gesundheitsberuf werden in Korrelation zu seiner Ausbildung bestimmte Kompetenzen zugeordnet. Wer die gesetzlich vorgesehene Ausbildung nicht absolviert hat, ist daher ungeachtet seiner persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht befugt, diese Vorbehaltstätigkeiten auszuführen.²

Die äußerst rasante Entwicklung des medizinischen Fortschritts und die damit verbundene Spezialisierung führt laufend zur Etablierung neuer Berufsbilder, die – um dem Konzept des reglementierten Berufs gerecht zu werden – auch immer einer gesetzlichen Grundlage bedürfen, deren Kern darin besteht, die Ausbildung zu regeln und entsprechend dieser Ausbildung Vorbehaltskompetenzen für den jeweiligen Gesundheitsberuf festzulegen. So wurden auch in der jüngeren Vergangenheit immer wieder völlig neue Gesundheitsberufe geschaffen, wie etwa

2022 die Operationstechnische Assistenz³ (geregelt in den §§ 26a ff MABG) oder 2008 der Beruf des Musiktherapeuten (geregelt in einem eigenen MuthG⁴). Vor allem aber werden laufend in den bestehenden Berufsgesetzen Ausbildung und Tätigkeitsbeschreibung der medizinischen Entwicklung angepasst.

Anzumerken ist allerdings, dass dieses Prinzip, Gesundheitsberufe ausnahmslos als reglementierte Berufe einzurichten, zwar aus Gründen des Patientenschutzes eine hohe Plausibilität hat, jedoch rechtspolitisch betrachtet nicht zwingend ist. Die meisten europäischen Staaten kennen zwar ähnliche Systeme, prominente Ausnahme ist aber Deutschland, wo das Heilberufsgesetz die Ausübung der Heilkunde prinzipiell jedermann freistellt, der das gesetzliche Mindestalter erreicht und die erforderliche Vertrauenswürdigkeit und Gesundheit für die Berufsausübung nachweisen kann. Der sonst für die Interpretation des österr Rechts oft fruchtbare Weg, das wesentlich umfangreichere Material an deutscher rechtswissenschaftlicher Literatur und an deutscher Judikatur zur Interpretation des üblicherweise ähnlichen österr Rechts heranzuziehen, ist daher im gegebenen Zusammenhang nur mit einiger Vorsicht möglich.

Konsequenterweise ist mit der Charakterisierung einer Tätigkeit als reglementierter Beruf das Gebot verbunden, die Tätigkeit persönlich auszuüben. Es würde keinen Sinn ergeben, zur Ausübung von Heilberufen ausschließlich Personen zuzulassen, die eine gesetzlich vorgegebene Ausbildung absolviert haben, und gleichzeitig dann diesen Personen zu gestatten, ihre Leistung an beliebige Dritte zu delegieren, obwohl diese gar nicht über die erforderliche Ausbildung verfügen. Die Pflicht zur persönlichen Berufsausübung ist daher in den Berufsgesetzen aller Gesundheitsberufe ausdrücklich verankert. Nach völlig herrschender Auffassung bedeutet die Pflicht zur persönlichen Berufsausübung iS seiner Zielsetzung zwar kein Verbot, sich durch gleich qualifizierte Berufskollegen vertreten zu lassen. Sie beinhaltet aber ein grundsätzliches Verbot, in die eigene Kompetenz fallende Gesundheitsleistungen beliebig an andere zu delegieren. Alle Berufsgesetze enthalten daher Regelungen, unter welchen Bedin-

¹ Mazal, Heranziehung von Hilfspersonen durch die Ärzte – berufsrechtliche Aspekte, RdM 1996, 35 (35).

² Wallner, Medizinrecht² (2022) Rz 36f.

³ BGBl I 2022/15.

⁴ BGBl I 2008/93.

gungen und an wen die Übertragung von in den eigenen Kompetenzbereich fallenden Leistungen an Personen zulässig ist, die die vom Delegierenden erworbene Ausbildung nicht absolviert haben.⁵

B. Novelle zum GuKG und neues MTDG

Anlass für die hier angestellten Überlegungen sind zwei verhältnismäßig aktuelle berufsrechtliche Neuregelungen, die noch kurzfristig vor Ende der letzten Legislaturperiode des Nationalrats im Juli 2024, jeweils mittels Initiativantrags, beschlossen wurden. Das betrifft zum einen eine tief greifende Novelle des GuKG, die mit einer ausgesprochen kurzen Begutachtungsfrist (der Entwurf wurde am 13. 6. 2024 mit einer Frist bis 20. 6. 2024 dem Begutachtungsverfahren zugeleitet) aufgrund eines Abänderungsantrags zu einem bereits eingebrachten Initiativantrag, der zunächst nur marginale Änderungen des GuKG vorsah, in zweiter Lesung vom Nationalrat am 4. 7. 2024 beschlossen wurde.⁶ Mit etwas längerer Vorbereitungszeit, allerdings ebenfalls mit Initiativantrag, wurde vom Nationalrat am 4. 7. 2024 eine völlige Neufassung des MTD-Gesetzes beschlossen, bezeichnet als MTD-Gesetz (MTDG) 2024.

Die Neufassung des GuKG fußt ausweislich der Materialien einerseits auf einer im Herbst 2023 abgeschlossenen Evaluierung der GuKG-Nov 2016, die von der GÖG im Auftrag des Gesundheitsministeriums durchgeführt wurde und die vollständige Tertiärisierung der DGKP-Ausbildung iS des Bologna-Prozesses, eine Weiterentwicklung der professionellen Handlungsspielräume, eine weitere Professionalisierung, die Schaffung neuer Rollen für den gehobenen Dienst in allen Settings, eine kritische Prüfung der Vorbehaltstätigkeiten sowie die Stärkung der interprofessionellen und interdisziplinären Zusammenarbeit empfahl.⁷ Die Novelle bezieht sich ferner auf die im Dezember 2023 vom Nationalrat beschlossene Gliedstaatsvereinbarung über die Organisation und Finanzierung des Gesundheitswesens, die in Art 8 die Anpassung berufsrechtlicher Regelungen des Gesundheitspersonals mit dem Ziel vorsah, flexiblere und erweiterte Formen der Arbeitsteilung und Delegation von Aufgaben zwischen ärztlichen und anderen Gesundheitsberufen, multiprofessionelle, teambasierte und interdisziplinäre Zusammenarbeitsformen zu schaffen, die Vorbehaltsbereiche zwischen und innerhalb der Gesundheitsberufe zu öffnen, verstärkte Kompetenzorientierung unter Berücksichtigung der erworbenen Ausbildungen und Spezialisierungen zu erreichen und die inter- und intraprofessionelle Zusammenarbeit zu verbessern.⁸

Die Materialien stellen fest, dass die bis dahin bestehenden Regelungen in folgenden Punkten nicht ausreichend zukunftsorientiert bzw. den obigen Zielvorgaben noch nicht Rechnung tragend seien:

- ▶ § 15 GuKG regle die Kompetenzen der diplomierten Pflege im Bereich der medizinischen Diagnostik und Therapie tätigkeitsorientiert, durch die umfangreiche demonstrative Aufzählung ergebe sich eine Kleinteiligkeit und Kasuistik, die der neuen Rolle des gehobenen Diensts für Gesundheits- und Krankenpflege nicht Rechnung trage;
- ▶ es bestünde Rechtsunsicherheit in Bezug auf nicht vom demonstrativen Katalog erfasste Tätigkeiten bzw. Maßnahmen;
- ▶ die alte Regelung bringe Rechtsunsicherheit hinsichtlich des möglichen Umfangs der ärztlichen Anordnung;
- ▶ der berufsrechtliche Grundsatz der schriftlichen ärztlichen Anordnung bringe einen hohen bürokratischen Aufwand mit sich, der den Bedürfnissen der Praxis nicht Rechnung tra-

ge und unverhältnismäßige Zeitressourcen in Anspruch nehme.⁹

Kernstück der Novelle¹⁰ ist die Neuregelung des § 15 GuKG, welcher die berufsrechtlichen Kompetenzen der diplomierten Pflege bei medizinischer Diagnostik und Therapie beschreibt. Während in der alten Fassung des § 15 Abs 4 GuKG die Kompetenzen bei medizinischer Diagnostik und Therapie demonstrativ in 21 Ziffern aufgezählt wurden, geht die Novelle einen radikal neuen Weg der Definition der Kompetenzen. In § 15 Abs 2 GuKG sind nunmehr keinerlei einzelne Leistungen mehr aufgezählt, sondern ist lediglich festgehalten, dass sich die Kompetenz der Berufsangehörigen der diplomierten Pflege aus den in Weiterbildungen und gegebenenfalls im Rahmen von Höherqualifizierungen erworbenen Kenntnissen und Fertigkeiten ergibt. Nach § 15 Abs 3 GuKG sind von der Delegationsmöglichkeit allerdings jene medizinischen Maßnahmen ausgeschlossen, die nicht vom Berufsbild der Gesundheits- und Krankenpflege bzw. gegebenenfalls vorliegender Höherqualifizierungen erfasst sind oder für deren fachgerechte Durchführung das Vorliegen einer ärztlichen Qualifikation bzw. eine berufsspezifische Qualifikation in einem anderen Gesundheitsberuf Voraussetzung ist.

Die Materialien schränken ein, dass dieser regulatorische Paradigmenwechsel nicht bedeute, dass damit eine grundlegende Erweiterung der Kompetenzen des gehobenen Diensts für Gesundheits- und Krankenpflege im Bereich der medizinischen Diagnostik und Therapie verbunden sei. Die Kompetenzen würden sich in der Praxis zunächst wohl an dem vor der Novelle in § 15 Abs 4 GuKG demonstrativ umschriebenen Katalog orientieren. Die kompetenzorientierte Umschreibung solle sowohl fachlichen Weiterentwicklungen als auch der persönlichen Erweiterung der Kompetenzen durch Höherqualifizierung bzw. Weiterbildungen der Berufsangehörigen des gehobenen Diensts für Gesundheits- und Krankenpflege Rechnung tragen. Die dynamische Regelung solle für die Praxis einen erweiterten Gestaltungsspielraum für den Einsatz der diplomierten Pflege in den verschiedenen Settings und Einrichtungen bieten und die individuellen Bildungs- und Karrierewege sowohl für die Berufsangehörigen als auch für die Organisation besser nutzbar machen. Dementsprechend würden sich auch die Möglichkeiten für die Organisation und die Rolle der Pflegedienstleitung erweitern, indem die konkrete Umsetzung der in § 15 GuKG eingeräumten berufsrechtlichen Ermächtigung in Zusammenspiel mit der ärztlichen Leitung hinsichtlich Prozedere, Delegation und Zusammenarbeit einrichtungsspezifisch festgelegt werden könne. Ausgehend von der in § 4 Abs 1 und 2 GuKG festgelegten allgemeinen Verpflichtung zur lege-artis-Berufsausübung sei für die Übernahme und Durchführung von Maßnahmen entscheidend, dass der/die jeweilige Berufsangehörige über die entsprechenden Kompetenzen verfüge, und zwar unabhängig davon, ob diese im Rahmen der Ausbildung, von Fort- oder Weiterbildungen, von Höherqualifizierungen oder durch informelles Lernen erworben worden sind. Aufgrund der in § 15 Abs 3 GuKG gezogenen Grenze der Delegierbarkeit medizinischer Maßnahmen sollen allerdings weiterhin Maßnahmen, deren fachgerechte Durchfüh-

⁵ Wallner, Medizinrecht² (2022) Rz 107f.

⁶ Siehe dazu Hausreither/Lust, GuKG-Novelle 2024, ÖZPR 2024/63, 133.

⁷ AA-411, 27. GP 9, 14.

⁸ AA-411, 27. GP 14.

⁹ AA-411, 27. GP 15.

¹⁰ Zur Novelle allgemein Kerschbaumer/K. Leitner, Die GuKG-Novelle 2024 – ein Paradigmenwechsel in der Kompetenz des gehobenen Gesundheits- und Krankenpflegedienstes, ZfG 2024, 82.

zung einer Qualifikation als Arzt/Ärztin bedarf, wie bspw die medizinische Anamnese, Diagnose und Aufklärung, sowie nicht vom Berufsbild des gehobenen Dienstes für Gesundheits- und Krankenpflege umfasste medizinische Maßnahmen nicht an die diplomierte Pflege delegiert werden können. Ebenso können Maßnahmen, für deren fachgerechte Durchführung die berufsspezifische Qualifikation in einem anderen Gesundheitsberuf erforderlich ist (genannt werden MTD-Berufe, Hebammen, Psychotherapeut:innen, klinische Psycholog:innen), nicht an die diplomierte Pflege delegiert werden. Klargestellt wird aber auch, dass eine Zusammenarbeit durch die diplomierte Pflege im Rahmen ihrer Kompetenzen in diesem Bereich nicht ausgeschlossen sei, sondern sich die Regelung über die Grenzen der Delegierbarkeit nur auf die eigenverantwortliche Durchführung und damit die Übernahme der gesamten Maßnahme bezieht.¹¹

Durch die Novelle weggefallen ist das Erfordernis der Schriftlichkeit für die ärztliche Anordnung einer delegierten Maßnahme. Die Materialien begründen dies mit einer Entbürokratisierung und einem zielgerichteten Ressourceneinsatz, weisen allerdings darauf hin, dass die Rechtssicherheit und Nachvollziehbarkeit durch die weiterhin bestehende Dokumentationspflichtung sowohl der Ärzteschaft als auch der Pflege gewährleistet sei.¹²

Einschneidend ist schließlich die Regelung des § 15 Abs 1 Satz 2 GuKG. Bisher erlaubte der klare Gesetzeswortlaut nur eine im Einzelfall auf einen jeweiligen konkreten Patienten bezogene ärztliche Anordnung, damit die Angehörigen der Krankenpflege im Rahmen der Mitwirkung bei medizinisch-diagnostischen und medizinisch-therapeutischen Maßnahmen tätig werden können. Dementsprechend sieht auch die korrespondierende Bestimmung im ÄrzteG, nämlich § 49 Abs 3 ÄrzteG, vor, dass der Arzt nur im Einzelfall an Angehörige anderer Gesundheitsberufe oder in Ausbildung zu einem Gesundheitsberuf stehende Personen ärztliche Tätigkeiten übertragen könne, sofern diese vom Tätigkeitsbereich des entsprechenden Gesundheitsberufes umfasst seien. Demgegenüber gestattet die Neuregelung ausnahmsweise eine generelle ärztliche Anordnung für die Durchführung standardisierter diagnostischer Maßnahmen durch die diplomierte Pflege als Vorbereitung des medizinischen Behandlungspfades oder als Überwachungsmaßnahme einer medizinischen Behandlung. Die Materialien begründen dies damit, dass es bereits derzeit gelebte Praxis sei, dass die diplomierte Pflege, etwa durch Harnstreifentests oder Blutzuckerkontrollen, in einem reibungslosen Procedere ohne ausdrückliche vorhergehende ärztliche Anordnung tätig werde. Diese bewährte Vorgangsweise, die ohne Qualitätsverlust den Behandlungsablauf erleichtere und beschleunige, solle nunmehr auch zur Rechtssicherheit berufsrechtlich abgebildet werden. Den nunmehr auftretenden Widerspruch zur (durch die Novelle nicht veränderten) Bestimmung des § 49 Abs 3 ÄrzteG, wo weiterhin nur von einer Delegation im Einzelfall die Rede ist, erklären die Materialien damit, dass die Regelung im GuKG als *lex specialis* zu § 49 Abs 3 ÄrzteG aufzufassen sei.¹³

Eine wesentliche Neuregelung ergibt sich ferner aus der Neueinführung des § 15 b GuKG. Durch die mit der GuKG-Nov 2016 eingeführte Bestimmung des § 15 a GuKG wurde der diplomierten Pflege bereits zugestanden, Medizinprodukte in bestimmten Bereichen weiter zu verordnen, bzw durch die GuKG-Nov 2023 auch Erstverordnungen gestattet. Mit der neuen Bestimmung des § 15 b GuKG erhält die diplomierte Pflege nunmehr auch die Kompetenz zur Verordnung von Arzneimitteln in den Bereichen Nahrungsaufnahme, Körperpflege sowie Pflegeintervention und

-prophylaxe. Voraussetzung für diese erst mit 1. 9. 2025 in Kraft tretende Bestimmung ist allerdings noch eine bislang ausstehende Verordnung des Gesundheitsministers, in der festzulegen ist, welche Arzneimittel nach ärztlicher Anordnung von der diplomierten Pflege weiterverordnet werden dürfen bzw welche Arzneimittel überhaupt ohne ärztliche Anordnung von der diplomierten Pflege verordnet werden können.

Das im Juli 2024 beschlossene Gesetzespaket enthält eine noch weitergehende Neuregelung für die MTD-Berufe. Die Materialien verweisen darauf, dass das alte MTD-G in seiner Stammfassung aus dem Jahr 1992 stammt und, weil überholt, durch eine komplette Neufassung des MTDG ersetzt werden müsse. Schwerpunkt der Neufassung solle sein:

- ▶ die Berufsbilder zu aktualisieren und praxisadäquater zu gestalten bzw die Rahmenbedingungen für die interdisziplinäre und interprofessionelle Zusammenarbeit (insb mit der Ärzteschaft und weiteren Gesundheitsberufen) versorgungswirksam zu verbessern;
- ▶ die Berufspflichten in Orientierung an die Entwicklung in anderen Berufsgesetzen von Gesundheitsberufen zu aktualisieren;
- ▶ die Sonderausbildungen in den tertiären Bereich entsprechend der Bologna-Studienarchitektur zu überführen, nachdem die Einbindung der MTD-Ausbildungen in den FH-Bereich bereits längst und vollständig vollzogen wurde;
- ▶ die Versorgung der Patientinnen/Patienten mit MTD-Leistungen zu verbessern, den Stellenwert der Angehörigen der MTD-Berufe ihrer Qualifikation entsprechend aufzuwerten und insgesamt mehr Rechtssicherheit und Rechtsklarheit zu schaffen.¹⁴

Eine grundsätzliche Änderung, die gleichsam programmatischer Natur ist, ergibt sich schon daraus, dass zwar die Kurzbezeichnung MTDG beibehalten wurde, dass darunter aber nicht mehr medizinisch-technische Dienste zu verstehen sind. Der Langtitel des Gesetzes lautet nunmehr Bundesgesetz über die gehobenen medizinisch-therapeutisch-diagnostischen Gesundheitsberufe.

So wie bisher regelt das Gesetz sieben MTD-Berufe, konkret biomedizinische:r Analytiker:in, Diätolog:in, Ergotherapeut:in, Logopäd:in, Orthoptist:in, Physiotherapeut:in, Radiologietechnolog:in.

So wie bisher wird für jeden der MTD-Berufe festgehalten, dass er eigenverantwortlich, allerdings nach ärztlicher oder zahnärztlicher Anordnung tätig wird. Neu sind allerdings die Ausnahmen vom ärztlichen/zahnärztlichen Anordnungsbedürfnis. Nach der alten Rechtslage konnten einige MTD-Berufe, konkret die Diätologen, Ergotherapeuten und Physiotherapeuten, ohne ärztliche Anordnung tätig werden, wenn es um die Betreuung von gesunden Personen ging. Nach der Neuregelung können Diätologen, Ergotherapeuten, Logopäden, Orthoptisten und Physiotherapeuten in intra- und extramuralen Settings im Bereich der Gesundheitsförderung und der Primär- und Sekundärprävention ohne ärztliche Anordnung eigenverantwortlich tätig werden. Was als Primär- und Sekundärprävention zu verstehen ist, wird im MTDG nicht näher geklärt. Die Materialien verweisen diesbezüglich auf die Definitionen des Öffentlichen Gesund-

¹¹ AA-411, 27. GP 15 f.

¹² AA-411, 27. GP 16.

¹³ AA-411, 27. GP 16.

¹⁴ IA 4095/A 27. GP 31 f.

heitsportals Österreichs¹⁵ und der Österreichischen Plattform Gesundheitskompetenz.^{16, 17}

Der Begriff der Anordnung wird zwar so wie in der alten Rechtslage weiterverwendet und, wie die Materialien erläutern, von der ursprünglich angedachten Verwendung des Begriffes „Zuweisung“ wieder abgegangen. In den Materialien wird allerdings festgehalten, dass eine Anordnung sowohl das „Ob“ als auch das „Wie“ der Durchführung beinhalten, aber auch allgemeiner Natur sein, zB lediglich auf „Logopädie“, „Physiotherapie“, „Ergotherapie“ lauten könne. Anordnungen allgemeiner Natur fänden in der Praxis insb bei den therapeutischen MTD-Berufen in großem Umfang statt. Vor einer Anordnung müsse der Arzt/die Ärztin bzw der Zahnarzt/die Zahnärztin prüfen, ob eine Übertragung einer ärztlichen Tätigkeit möglich sei. Würde die Delegationsmöglichkeit bejaht, so seien die medizinisch-wissenschaftlichen Erfordernisse und somit eine lege-artis-Berufsausübung der Maßstab für die Detailliertheit der Anordnung.¹⁸

Neu ist auch, dass seitens der MTD-Berufsangehörigen auf Grundlage der ärztlichen Diagnose eine berufsspezifische Diagnose zu erstellen ist. Im Gesetz ungeklärt bleibt aber, wie bei unklaren, widersprüchlichen oder aus Sicht des/der MTD-Berufsangehörigen falschen ärztlichen Anordnung vorzugehen ist. Die Materialien sprechen nur davon, dass diesfalls eine Rückkopplung mit dem/der anordnenden Ärzt:in stattfinden solle, ohne darüber Auskunft zu geben, was im Falle eines weiterhin bestehenden Dissenses gelten solle.¹⁹

Neu ist schließlich, dass ab 1. 9. 2025 für alle MTD-Berufe grundsätzlich die Möglichkeit zur Verordnung bzw Weiterverordnung von Arzneimitteln und Medizinprodukten vorgesehen ist. Konkret muss allerdings noch durch eine Verordnung des Gesundheitsministers festgelegt werden in welchen medizinischen Bereichen welcher MTD-Beruf welche Arzneimittel und Medizinprodukte ohne oder aufgrund ärztlicher oder zahnärztlicher Anordnung verordnen bzw weiter verordnen bzw verabreichen darf.

C. Delegation ärztlicher Leistungen

Wie zuvor ausgeführt, verpflichtet das Berufsrecht aller Gesundheitsberufe dazu, den Beruf persönlich auszuüben. Die Delegation von Tätigkeiten, die in den Kompetenzbereich eines Gesundheitsberufes fallen, setzt daher eine ausdrückliche Gestattungsnorm im Berufsrecht voraus. Derartige Delegierungsmöglichkeiten finden sich im Berufsrecht aller akademischen Gesundheitsberufe.

Der Umfang der Delegierungsmöglichkeiten, aber auch das Ausmaß der beim Delegierenden verbleibenden Pflicht zur Überwachung der Durchführung der delegierten Leistung ist konsequenterweise von der Dauer der Ausbildung des Berufes abhängig, an den delegiert werden soll.

Die universitären Gesundheitsberufe (Ärzte, Zahnärzte, Apotheker, klinische Psychologen, Psychotherapeuten, Musiktherapeuten) arbeiten typischerweise in ihrem Kompetenzbereich völlig selbstständig und bedürfen weder einer Anordnung noch einer Aufsicht durch einen anderen Gesundheitsberuf. Einschränkungen ergeben sich nur insofern, als etwa Apotheker rezeptpflichtige Arzneimittel nur über Verordnung durch einen dazu befugten Gesundheitsberuf dispensieren dürfen oder aus der sozialversicherungsrechtlichen Vorschrift, dass die Kostenübernahme von Leistungen der klinischen Psychologen von einer ärztlichen Zuweisung abhängt bzw die Verrechnung von psychotherapeutischen Leistungen mit der Sozialversicherung eine

ärztliche Untersuchung spätestens vor der zweiten Behandlung (zur Beurteilung einer allfälligen ärztlichen Behandlungsbedürftigkeit) voraussetzt.

Bei den Gesundheitsberufen, deren Ausübung an den Abschluss einer Fachhochschulausbildung geknüpft ist, besteht hingegen eingeschränkte Autonomie. Für die diplomierte Pflege gilt, dass zwar Pflegeleistungen in den autonomen Entscheidungsbereich des Berufsstandes fallen, aber Tätigkeiten im Bereich der medizinischen Diagnostik und Therapie grundsätzlich nur über ärztliche Anordnung durchgeführt werden dürfen. Hebammen sind berechtigt, autonom Schwangere, Gebärende, Wöchnerinnen und Säuglinge zu betreuen. Bei Auftreten von regelwidrigen Zuständen während der Schwangerschaft, der Geburt oder des Wochenbetts müssen sie aber einen Arzt beiziehen und sind an dessen Anordnungen gebunden. Auch MTD-Berufe bedürfen in der Regel einer ärztlichen/zahnärztlichen Anordnung. Ausgenommen sind nur für einige, dafür infrage kommende MTD-Berufe Leistungen im Rahmen der Gesundheitsförderung sowie der Primär- und Sekundärprävention.

Generell gilt aber für die an Fachhochschulen erlernten Gesundheitsberufe, dass auch bei Leistungen, die eine ärztliche/zahnärztliche Anordnung voraussetzen, lediglich die Anordnungsverantwortung beim Arzt/Zahnarzt verbleibt, während die Verantwortung für die Durchführung der Leistung übergeht und daher für die Leistungserbringung auch keine ärztliche/zahnärztliche Aufsicht erforderlich ist.

Hingegen gilt für die dritte Gruppe von Gesundheitsberufen, nämlich jene, bei denen die Ausbildung im Rahmen von Schulen oder Lehrgängen, aber nicht im akademischen Bereich erfolgt, in der Regel, dass deren Leistungserbringung sowohl einer Anordnung durch einen höher qualifizierten Gesundheitsberuf als auch der Aufsicht durch einen solchen bedarf. Ausnahmen bestehen nur für Sanitäter, die überwiegend ihre Tätigkeit auch ohne ärztliche Anordnung und Überwachung ausführen dürfen, was in der Natur der von ihnen erbrachten Leistungen liegt. Ausnahmen bestehen ferner für die Pflegefachassistenten und den Heilmasseur, die zwar immer der Anordnung der Leistung durch einen höherqualifizierten Gesundheitsberuf bedürfen, aber in der Durchführung aufsichtsfrei gestellt sind.

Dieses Konzept, dass der Gesetzgeber für Gesundheitsberufe die persönliche Leistungserbringung vorschreibt und sich die Entscheidung vorbehält, unter welchen Bedingungen die Leistung an andere Gesundheitsberufe oder gar an Laien delegiert werden kann, ist plausibel, aber nicht zwingend. In Deutschland wird ein anderer Weg gegangen. Auch dort geht man zwar davon aus, dass Ärzte ihre Leistung persönlich zu erbringen haben, was daraus abgeleitet wird, dass sowohl die BÄO als auch die ärztlichen Berufsordnungen den Arztberuf als freien Beruf definieren, woraus Literatur und Rsp ableiten, dass die ärztliche Leistung höchstpersönlich und in eigener Verantwortung zu erbringen ist. Dazu kommt, dass der Arzt nach der zivilrechtlichen Bestimmung des § 613 Satz 1 BGB aufgrund des Behandlungsvertrags im Zweifel zur persönlichen Dienstleistung verpflichtet ist. Delegierungsregeln wie in Österreich kennt die deutsche Rechtsordnung hingegen nicht.²⁰ Literatur und Judikatur aner-

¹⁵ <https://www.gesundheit.gv.at/index.html> (abgerufen am 25. 7. 2025).

¹⁶ <https://oeapgk.at> (abgerufen am 25. 7. 2025).

¹⁷ IA 4095/A 27. GP 35.

¹⁸ IA 4095/A 27. GP 34f.

¹⁹ IA 4095/A 27. GP 35.

²⁰ Kern in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts³ (2019) § 49 Die Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistung Rz 10.

kennen trotzdem, dass der Arzt ärztliche Maßnahmen an nicht-ärztliche Mitarbeiter delegieren kann. Er habe persönlich zu entscheiden, ob angesichts der konkreten Umstände des Einzelfalls eine Delegierung an einen nichtärztlichen Mitarbeiter medizinisch vertretbar ist, sowie sicherzustellen, dass dieser Mitarbeiter die für die Durchführung der konkreten Maßnahme erforderliche Qualifikation besitzt. Der delegierende Arzt ist außerdem verpflichtet, das nichtärztliche Personal, an das Leistungen delegiert werden, zu überwachen und es ist schließlich ausgeschlossen, Leistungen zu delegieren, die dem ureigenen ärztlichen Kompetenzbereich unterliegen oder zu einer Gefährdung für die Gesundheit des Patienten führen.²¹

D. Zivilrechtliche Zulässigkeit der Delegation

Zunächst verdient schon der Begriff der Delegation eine genauere Erörterung. In der Literatur, aber auch in der Judikatur wird einigermaßen unreflektiert immer der Begriff der Delegation verwendet, wenn es um die Übertragung ärztlicher Leistungen von Ärzten an nicht-ärztliche Gesundheitsberufe geht. § 49 ÄrzteG unterscheidet zwischen der *Zusammenarbeit* von Ärzten mit anderen Ärzten oder Vertretern eines anderen Berufs (§ 49 Abs 2 Satz 1 ÄrzteG), der *Übertragung* ärztlicher Tätigkeiten an Angehörige anderer Gesundheitsberufe oder in Ausbildung zu einem Gesundheitsberuf stehende Personen (§ 49 Abs 3 ÄrzteG) und der *Mithilfe* durch Hilfspersonen (§ 49 Abs 2 Satz 2 ÄrzteG).

Hier soll uns die „Übertragung“ von ärztlichen Leistungen an nichtärztliche Gesundheitsberufe beschäftigen, die allgemein als Delegation ärztlicher Leistungen bezeichnet wird. Tatsächlich ist der Begriff der Delegation unglücklich gewählt.

Festzuhalten ist zunächst, dass sich aus der berufsrechtlichen Bestimmung des § 49 Abs 3 ÄrzteG keinerlei Verpflichtung eines nicht-ärztlichen Berufes ergibt, eine ärztlich angeordnete Leistung auch tatsächlich durchzuführen. In der Literatur ist unbestritten, dass die Frage, ob ein Angehöriger eines Gesundheitsberufes, an den eine ärztliche Leistung übertragen wurde, zur Leistungsübernahme verpflichtet ist, nur aus anderen Bestimmungen geklärt werden kann. Eine derartige Verpflichtung ergibt sich nicht aus dem Berufsrecht, sondern ist allenfalls dienst- bzw arbeitsrechtlicher Natur, wenn es sich bei dem nicht-ärztlichen Gesundheitsberufe um einen Dienstnehmer in einer Ordination oder Krankenanstalt handelt. Eine derartige Verpflichtung könnte sich auch aus kassenrechtlichen Bestimmungen ergeben, etwa bei der Überweisung eines Patienten an einen Angehörigen eines MTD-Berufes mit Kassenvertrag.²²

Die berufsrechtlichen Bestimmungen sagen aber auch nichts darüber aus, inwieweit der Arzt gegenüber dem Patienten berechtigt ist, seine Leistung zu delegieren. Da es sich in der Regel bei Behandlungsverträgen, sowohl solchen, die mit den Rechtsträgern von Krankenanstalten abgeschlossen werden, als auch solchen, die mit einem Ordinationsinhaber vereinbart werden, um privatrechtliche Vereinbarungen handelt, ergibt sich die Frage der Zulässigkeit der Delegation aus dem Zivilrecht.

Die deutsche Literatur, die die Frage der Delegation weniger als berufs- als vielmehr als zivilrechtliche Fragestellung ansieht, unterscheidet sehr deutlich zwischen Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen und dies auch im Verhältnis zwischen Ärzten und nicht-ärztlichen Gesundheitsberufen. Als Substitution wird die vollständige Übertragung des Verantwortungsgebietes aufgefasst, während unter Delegation die Übertragung von Leistungen nach Anordnung verstanden wird.²³ Delegation bedeutete nach deutschem Literaturverständnis die Übertragung

des „Wie“ einer heilkundlichen Leistung auf nicht ärztliches Personal, Substitution die Übertragung des „Ob“ auf Angehörige anderer (Heil)Berufe.²⁴

Auch für das österr Recht wurde schon darauf hingewiesen, dass es zwei zivilrechtliche Möglichkeiten der „Delegation“ von Leistungen gibt, also der Möglichkeit, übernommene Vertragspflichten nicht in eigener Person erfüllen zu müssen, nämlich Gehilfeneinsatz oder Substitution. Zu Recht verweisen Riss/Kepplinger²⁵ darauf, dass das Berufsrecht nicht in diese zivilrechtlichen Kategorien eingreift und grundsätzlich beide Formen der Delegation gestattet. Mit welchem Instrument die Delegation erfolgt, hat allerdings erhebliche haftungsrechtliche Konsequenzen. Liegt eine zulässige Substitution vor, wird nur für Auswahlverschulden haftet, während beim Einsatz eines Erfüllungsgehilfen der Geschäftsherr für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen nach § 1313a ABGB haftet.²⁶ In beiden Fällen besteht allerdings bei unzulässiger Delegation eine noch weitergehende Haftung für jeden Schaden, der aus der schuldhaften Pflichtendelegation resultiert, also auch dann, wenn der Pflichtenempfänger (Gehilfe/Substitution) nicht sorgfaltswidrig handelt, sofern dem Delegierenden nicht der Entlastungsbeweis gelingt, dass der Schaden auch ohne Delegation eingetreten wäre.²⁷

Ob eine Delegation, sei es in Form einer Substitution oder einer Leistungsübertragung an einen Erfüllungsgehilfen, zulässig ist, bestimmt sich, wie erwähnt, nach dem Behandlungsvertrag. Dabei ist zu beachten, dass der Behandlungsvertrag mit den Rechtsträgern einer Krankenanstalt prinzipiell keine Zusage enthält, durch bestimmte Ärzte oder durch bestimmte nicht ärztliche Berufsangehörige behandelt zu werden. Ausgenommen davon sind sogenannte Belegspitäler, bei denen in der Regel der behandelnde Arzt die Zusage erteilt, im Belegspital die Behandlungsleistung selbst zu erbringen. Dasselbe gilt grundsätzlich für ärztliche Leistungen in einer Ordination, wo wegen des sogar typenspezifischen Patientenrechts auf freie Arztwahl ein Anspruch auf Behandlung durch den gewählten Arzt besteht.

Die Frage der zivilrechtlichen Zulässigkeit der Delegation stellt sich daher nur in Belegspitälern und Ordinationen. In diesen Fällen ist es eine Frage der Interpretation des Behandlungsvertrages, inwieweit Delegationen zulässig sind. Da der Behandlungsvertrag gewöhnlich nur konkludent abgeschlossen wird, ergeben sich große Interpretationsspielräume. Im Belegspital wird wohl davon auszugehen sein, dass zwar unterstützende Leistungen (zB Anästhesieleistungen, Operationsassistenten) nach Entscheidung des Arztes delegierbar sind, eine Substitution der eigenen Leistung aber nur dann erlaubt ist, wenn die persönliche Leistungserbringung, etwa wegen einer nicht zu vertretenden Verhinderung (zB Krankheit), nicht möglich ist. Dasselbe gilt auch für den mit einem Ordinationsinhaber abgeschlossenen Behandlungsvertrag.

²¹ Peikert, Persönliche Leistungserbringungspflicht, MedR 2000, 352 (352ff).

²² Vgl. auch Stärker, Ärztliche Anordnungsbefugnisse nach dem Gesundheits- und Krankenpflegegesetz, RdM 1998, 3 (5).

²³ Hasenberg, Problemstellungen bei der Übertragung von Heilkunde auf Pflegefachpersonen, RDG 2024, 246 (246f).

²⁴ Steinhilper in Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts⁵ (2019) § 30 Pflicht des Arztes zur persönlichen Leistungserbringung Rz 61.

²⁵ Riss/Kepplinger, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nichtärzte“, RdM 2016/134, 220f.

²⁶ Riss/Kepplinger, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nichtärzte“, RdM 2016/134, 218.

²⁷ Riss/Kepplinger, Haftungsfragen bei Delegation ärztlicher Tätigkeiten an „Nichtärzte“, RdM 2016/134, 224.

Die zivilrechtliche Delegierbarkeit findet allerdings klarerweise ihre Grenze im Berufsrecht, weshalb auch bei zivilrechtlicher Zulässigkeit der Leistungsübertragung nur an Personen delegiert werden kann, die zur Leistungserbringung berufsrechtlich kompetent sind.

Die „Übertragung“ von ärztlichen Leistungen an Angehörige anderer Gesundheitsberufe ist daher genau besehen eine „Ermächtigung“, ärztliche Leistungen zu erbringen. Insofern ist der im ÄrzteG neutral gewählte Begriff der „Übertragung“ treffender als der in den Berufsgesetzen der nicht-ärztlichen Gesundheitsberufe verwendete Begriff der „Anordnung“. Dieser Begriff täuscht darüber hinweg, dass sich die Frage der Berechtigung zur Delegation nicht aus dem Berufsrecht, sondern aus dem Zivilrecht, genauer aus der Interpretation des Behandlungsvertrags, ergibt, während sich die Frage der Verpflichtung zur Durchführung der „Anordnung“ aus arbeits- oder dienstrechtlichen Grundlagen, allenfalls aus dem Kassenrecht, erschließt.

E. Zulässigkeit genereller Delegationen

Nach § 49 Abs 3 ÄrzteG ist die Übertragung ärztlicher Leistungen an einen nicht-ärztlichen Gesundheitsberuf nur „im Einzelfall“ möglich. Daraus hat die Judikatur abgeleitet, dass eine „generelle Delegation“ nicht ausreicht.²⁸ Auch die Literatur ist sich einig, dass eine von einem konkreten Patienten losgelöste generell-abstrakte Übertragung für bestimmte Fallgruppen damit ausgeschlossen und die Anordnung individuumspezifisch zu treffen ist.²⁹

Daran hat wohl auch die Neufassung des MTDG nichts geändert. Sowohl in dem durch die Neufassung abgelösten MTD-G 1992 als auch im neuen MTDG ist zwar nicht von einer Anordnung im Einzelfall, sondern nur vom Erfordernis einer „ärztlichen Anordnung“ die Rede. Daraus wurde aber auch in der Vergangenheit niemals abgeleitet, dass damit dem § 49 Abs 3 ÄrzteG derogiert würde. Anders verhält es sich allerdings mit dem novelierten § 15 GuKG. In § 15 GuKG Abs 1 Satz 2 GuKG ist nunmehr ausdrücklich festgehalten, dass für die Durchführung standardisierter diagnostischer Maßnahmen als Vorbereitung des medizinischen Behandlungspfads oder als Überwachungsmaßnahme einer medizinischen Behandlung eine generelle ärztliche Anordnung ausreicht. Dass es dabei nicht nur darum geht, den Inhalt der Anordnung nicht einzeln präzisieren zu müssen, sondern dass damit auch ein Abgehen vom Erfordernis der individuumspezifischen Anordnung gemeint ist, belegen die Materialien. Die Materialien zur Novelle verweisen darauf, dass die angesprochenen Maßnahmen bereits derzeit in der Praxis iS eines reibungslosen Procederes ohne ausdrückliche vorhergehende ärztliche Anordnung im Einzelfall durchgeführt werden. Eine generelle Anordnung solle daher aus Gründen der Rechtssicherheit ausdrücklich gestattet werden. Dass damit § 49 Abs 3 ÄrzteG widersprochen wird, war dem Gesetzgeber bewusst. In den Materialien findet sich daher der Hinweis, dass die Neuregelung als *lex specialis* zu § 49 Abs 3 ÄrzteG aufzufassen sei.³⁰

Damit ist aber im Umkehrschluss auch klargestellt, dass die Formulierung „nach ärztlicher Anordnung“, die in § 15 Abs 1 Satz 1 GuKG genauso wie im MTDG verwendet wird, § 49 Abs 3 ÄrzteG eben gerade nicht derogiert und abgesehen von den im GuKG genannten Ausnahmen eine ärztliche Anordnung im Einzelfall erforderlich ist. Etwas rätselhaft sind daher die weiteren Ausführungen in den Materialien. Demnach seien selbstredend ärztliche Anordnungen, die in Form von Standard Operating Procedures (SOP) erteilt werden, weiterhin für alle in Frage kom-

menden Delegationsprozesse von medizinisch-diagnostischen und medizinisch-therapeutischen Maßnahmen grundsätzlich möglich,³¹ also nicht nur in den eingeschränkten Fällen, die in Satz 2 des § 15 Abs 1 GuKG neu angeführt sind. Damit wird auf die alte Fassung des § 15 GuKG Bezug genommen, die einen demonstrativen Katalog von übertragbaren Leistungen enthielt und in § 15 Abs 4 Z 19 sowie Z 20 GuKG die Durchführung standardisierter diagnostischer Programme sowie die Durchführung medizinisch-therapeutischer Interventionen, insb nach SOP vorsah. Das bedeutete aber nur, dass die Anordnung sich inhaltlich auf SOP beziehen konnte, nicht aber, dass dadurch die Entscheidung ersetzt werden sollte, an welchen Patienten die Maßnahme durchgeführt werden muss.³² Ob Behandlungsbedarf vorliegt, sollte eben nach § 15 GuKG nur von einem Arzt entschieden werden. Würde man auch die Entscheidung, an welchen Patienten bestimmte Maßnahmen zu erbringen sind, über SOP ablaufen lassen, würde dieses Ziel vollständig unterlaufen werden. Für diese weiterhin enge Auslegung spricht – trotz der unklaren Materialien – auch die Neufassung des § 15 Abs 1 GuKG, weil es des zweiten Satzes gar nicht bedurft hätte, wenn ohnehin alle standardisierten Methoden einer generellen ärztlichen Anordnung zugänglich wären. Eine ärztliche Anordnung unter Zugrundelegung von SOP ist daher zweifellos weiterhin möglich, sie muss sich aber auf bestimmte Patienten beziehen, sofern es sich nicht um die in Satz 2 des § 15 Abs 1 GuKG genannten standardisierten diagnostischen Maßnahmen handelt.

F. Verzicht auf eine ärztliche Anordnung

Im Unterschied zu bisher ist bei einigen MTD-Berufen ein Verzicht auf das Erfordernis einer ärztlichen Anordnung nicht nur bei der Betreuung von Gesunden vorgesehen, sondern allgemein in den Bereichen der Gesundheitsförderung sowie der Primär- und Sekundärprävention und zwar sowohl im intra- als auch im extramuralen Setting. Dies gilt für DiätologInnen, ErgotherapeutInnen, LogopädistInnen, OrthoptistInnen und Physiotherapeutinnen.

Derzeit existiert keine gesetzliche Definition, was als Gesundheitsförderung, Primär- und Sekundärprävention aufzufassen ist. Die Gesetzesmaterialien verweisen dazu auf die Definitionen des „Öffentlichen Gesundheitsportals Österreichs“³³ und der „Österreichischen Plattform Gesundheitskompetenz“.³⁴

Dort wird einleitend festgehalten, dass *Prävention* das Ziel habe, durch vorbeugende Maßnahmen eine Erkrankung zu verhindern oder zu verzögern bzw Krankheitsfolgen zu vermeiden. Zu unterscheiden sei je nach Zeitpunkt der Maßnahmen und Gesundheitszustand zwischen *Primärprävention* (gezielte Förde-

²⁸ OGH 9 Ob A 75/22 b; 10 Ob 2348/96 h; VwGH Ra 2023/11/0117.

²⁹ Wallner in GmundKomm² § 49 ÄrzteG Rz 43 mit Hinw auf Aigner, Vornahme ärztlicher Tätigkeiten durch diplomiertes Pflegepersonal und Angehörige des medizinisch-technischen Dienstes, ÖKZ 1986, 484 (484); Schneider, Ordinationen und selbständige Ambulatorien (2001) 206; vgl auch Erlass des BMG 17. 1. 2027, 92251/0055-II/A/2/2016 zit bei Hausreither/Lust, Aktuelles und Wichtiges aus dem Berufsrecht, ÖZPR 2017/40, 68; Müller/Falch in GmundKomm² § 15 GuKG Rz 2; Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 15 Rz 2; Stöger in Stöger/Zahl (Hrsg), ÄrzteG (2023) § 49 Rz 18.

³⁰ AA-411 27. GP 16.

³¹ AA-411 27. GP 16.

³² Anders als die Notfallkompetenz von Notfallsanitätern bei der Verabreichung spezieller Arzneimittel, die naturgemäß zu einer abstrakten Kompetenzerweiterung führt, vgl Halmich, Medizinische Kompetenzen für DGKP nach Standard Operating Procedures (SOP) am Beispiel der Medikation, ÖZPR 2022/52, 91.

³³ <https://www.gesundheit.gv.at/index.html> (abgefragt am 25. 7. 2025).

³⁴ <https://oepegk.at> (abgefragt am 25. 7. 2025).

rung der Gesundheit, um bestimmte Krankheiten zu vermeiden), *Sekundärprävention* (Früherkennung) und *Tertiärprävention* (Rehabilitation). Im Unterschied zur Prävention befasste sich die *Gesundheitsförderung* nicht mit konkreten Krankheitsrisiken, sondern mit den allgemeinen Voraussetzungen für die Erhaltung der Gesundheit.

Ziel der *Gesundheitsförderung* sei es, für alle Menschen einen Zustand von körperlichem, seelischem und sozialem Wohlbefinden erreichbar zu machen. *Gesundheitsförderung* finde in Lebenswelten (Settings) statt, das sind Orte oder soziale Gruppen, in denen sich der Alltag von Menschen abspielt und die einen wichtigen Einfluss auf ihre Gesundheit haben. Dazu zählen Arbeitsplatz, Wohnumfeld, Schule oder Freizeiteinrichtungen. Im Mittelpunkt stünden persönliche, soziale, wirtschaftliche oder umweltbedingte Faktoren, die den Gesundheitszustand bedingen. Maßnahmen der *Gesundheitsförderung* zielten auf eine Veränderung des individuellen Verhaltens (zB durch Bewegungsprogramme oder Ernährungsberatung) oder der Lebensverhältnisse (zB der Arbeitswelt durch betriebliche Gesundheitsförderung) ab.

Die *Primärprävention* wende sich vorwiegend an gesunde Menschen und habe die Vermeidung von Krankheitsursachen und somit die Erhaltung und Verbesserung der Gesundheit zum Ziel. Im Mittelpunkt stünde, Risikofaktoren von bestimmten Krankheiten zu erkennen und die gesundheitsschädigenden Einflüsse zu vermeiden. Dazu zählen Maßnahmen wie Schutzimpfungen, gezielte Bewegung oder gesunde Ernährung.

Unter *Sekundärprävention* seien Maßnahmen zur Früherkennung, Vermeidung und Frühbehandlung einer Krankheit zu verstehen. Bereits vorhandene, aber noch keine Beschwerden verursachende Krankheiten sollen in einem Frühstadium oder Vorstadium entdeckt und durch Präventionsmaßnahmen oder eine frühzeitig einsetzende Therapie verhindert bzw verzögert werden. Dadurch solle verhindert werden, dass Krankheiten in einem Frühstadium weiter fortschreiten. Beispiele für *Sekundärprävention* seien Früherkennungsuntersuchungen wie die Vorsorgeuntersuchung Neu oder der Mutter-Kind-Pass sowie die frühzeitige Beratung oder Therapie.

Während die Freistellung von der ärztlichen Anordnung im Rahmen der Gesundheitsförderung und Primärprävention sich auf die Beratung und Betreuung von gesunden Menschen bezieht und wohl im Wesentlichen nichts an der alten Rechtslage ändert, verbirgt sich hinter der Erstreckung der Anordnungsfreiheit auf die Sekundärprävention möglicherweise schon ein entscheidender Systemwandel. Früherkennung und Frühbehandlung von Krankheiten greifen sowohl in den ärztlichen Diagnosevorbehalt als auch in den ärztlichen Vorbehalt der Therapieauswahl ein. Umso unerfreulicher ist, dass sich der Gesetzgeber selbst um die Definition der Sekundärprävention drückt und stattdessen die Begriffsbildung der Medizin überlässt. Vor allen Dingen aber sind Abgrenzungsprobleme vorprogrammiert. Genau genommen, müsste die Grenze dort verlaufen, wo der Patient einschlägige Beschwerden äußert, weil es dann nicht mehr um Früherkennung von Erkrankungen geht. Es ist aber schwer vorstellbar, wie diese Abgrenzung in der Praxis nachvollziehbar gestaltet werden könnte, sodass wohl Kompetenzstreitigkeiten Tür und Tor geöffnet sein werden.

G. Notwendiger Detailgrad der ärztlichen Anordnung

Eine weitere in der Vergangenheit umstrittene Frage, die durch die Neuregelung angesprochen wird, ist, wie detailliert die An-

ordnung zu erfolgen hat. Dahinter steckt der auch in der älteren Literatur diskutierte Widerspruch, dass den gehobenen nicht-ärztlichen Gesundheitsberufen die Kompetenz eingeräumt wird, „eigenverantwortlich“ tätig zu werden. Unter eigenverantwortlicher Tätigkeit ist nicht die Selbstverständlichkeit zu verstehen, dass jedermann für die Rechtmäßigkeit seiner Tätigkeit verantwortlich ist, sondern dass gehobene Gesundheitsberufe ihre Tätigkeit weisungsfrei ausüben dürfen.³⁵ Das steht im Widerspruch dazu, dass nicht-ärztliche Gesundheitsberufe vielfach ihre Tätigkeiten nur über ärztliche Anordnung durchführen dürfen.³⁶

Die Judikatur war diesbezüglich immer klar und verlangte vom Arzt, nicht nur das „Ob“, sondern auch das „Wie“ der auszuführenden Maßnahme zu bestimmen.³⁷ Die Literatur und wohl auch die gelebte Praxis sah das nicht so eng und hielt, zumindest was MTD-Berufe betraf, eine Anordnung allgemeiner Natur bis hin quasi zur Zuweisung für möglich, etwa der bloßen Anordnung „Logopädie“ oder „Ergotherapie“.³⁸

Dieser weiten Auslegung hat die Neufassung des MTDG Nachdruck verliehen. Dies zwar nicht, was im Interesse der Rechtssicherheit wünschenswert gewesen wäre, durch eine explizite Klarstellung im Gesetz selbst, sondern durch in diesem Punkt sehr ausführliche Materialien. Diese halten ausdrücklich fest, dass eine Anordnung auch allgemeiner Natur sein könne, zB lediglich „Logopädie“, „Physiotherapie“ oder „Ergotherapie“. Anordnungen allgemeiner Natur fänden in der Praxis insb bei den therapeutischen MTD-Berufen in großem Umfang statt. Vor einer Anordnung müsse der Arzt/die Ärztin bzw der Zahnarzt/die Zahnärztin prüfen, ob eine Übertragung einer ärztlichen Tätigkeit möglich sei. Würde die Delegationsmöglichkeit bejaht, so seien die medizinisch-wissenschaftlichen Erfordernisse und somit eine lege-artis-Berufsausübung der Maßstab für die Detailliertheit der Anordnung.³⁹ Damit ist wohl für die MTD-Berufe klargestellt, dass eine Anordnung inhaltlich allgemeiner Natur zulässig ist.

Dies gilt aber wohl weiterhin nicht für die Delegation ärztlicher Leistungen nach dem GuKG. Bisher bestand jedenfalls Einigkeit, dass der Inhalt der an die diplomierte Pflege delegierten ärztlichen Leistungen beschrieben werden muss.⁴⁰ So nahm das Gesundheitsministerium etwa zur Frage der Bedarfsmedikation eine vorsichtige Haltung ein. Für zulässig wurde zwar erachtet, dass Anordnungen erteilt werden können, die sich auf nicht objektiv messbare Parameter stützen, aber zumindest klare Vorgaben gefordert, die eindeutig, zweifelsfrei und nachvollziehbar sind, wie etwa Äußerungen des Patienten über Kopfschmerzen oder Einschlafschwierigkeiten.⁴¹ Eine bloß allgemeine Anordnung wurde niemals für zulässig gehalten, was wohl auch durch die Neufassung des § 15 Abs 1 GuKG bestätigt wird. Selbst für den in § 15 Abs 1 Satz 2 GuKG nunmehr angeführten Sonderfall bestimmter diagnostischer Maßnahmen wird eingeschränkt, dass sie nur für den Fall eines festgelegten medizinischen Stan-

³⁵ Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 14 Rz 2.

³⁶ Klimscha/Klimscha, Der eigenverantwortliche Tätigkeitsbereich der gehobenen medizinisch-technischen Dienste, RdM 2000, 115 (115).

³⁷ OGH 9 Ob A 75/22b; 10 Ob 2348/96h.

³⁸ Hausreither/Lust, Aktuelles und Wichtiges aus dem Berufsrecht, ÖZPR 2017/40, 67f; Klimscha, Wie weit reicht die „Anordnungsbefugnis“ des Arztes? Anmerkung zu OGH 3. 9. 1996, 10 Ob 2348/96h, RdM 1997, 127; Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 15 Rz 2.

³⁹ IA 4095/A 27. GP 34f.

⁴⁰ Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 15 Rz 2; Hausreither/Lust, Aktuelles und Wichtiges aus dem Berufsrecht, ÖZPR 2017/40, 68.

⁴¹ Erlass des BMG v 14. 2. 2001, 21.251/5-VIII/D/13/00, zitiert bei Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 15 Rz 6.

dards möglich ist, also inhaltlich auch genau vordeterminiert ist und damit nicht inhaltlich der Entscheidung der diplomierten Pflege obliegt.

Im Unterschied etwa zur Delegation ärztlicher Leistungen an die nicht gehobenen nichtärztlichen Gesundheitsberufe und natürlich auch im Unterschied zur Delegation ärztlicher Leistungen an Laien ist trotzdem festzuhalten, dass die Anordnung an die gehobenen nichtärztlichen Gesundheitsberufe der diplomierten Pflege oder der MTDs zwar grundsätzlich das „Ob“ der Leistungserbringung zu enthalten hat, das aber beim „Wie“ ein Spielraum besteht, der bei den MTD-Berufe, wie ausgeführt, sogar so weit geht, dass überhaupt keine inhaltliche Festlegung getroffen werden muss. Umgekehrt bestehen aber auch keine Einschränkungen, was die Detailliertheit der ärztlichen Anordnung anlangt, dies auch gegenüber MTD-Berufen. Diese hohe Flexibilität der inhaltlichen Festlegung löst, zumindest aufs Erste, auch den Widerspruch zwischen Eigenverantwortlichkeit und damit verbundener inhaltlich-sachlicher Weisungsfreiheit der gehobenen nichtärztlichen Gesundheitsberufe und dem Erfordernis einer ärztlichen Anordnung auf. Die Anordnungsnotwendigkeit geht gewissermaßen der Eigenverantwortlichkeit voraus (was auch berechtigterweise zur Unterscheidung zwischen Anordnungsverantwortung und Durchführungsverantwortung führt). Für die gehobenen nichtärztlichen Gesundheitsberufe besteht zwar genauso wie für die universitären Gesundheitsberufe, etwa Ärzte und Zahnärzte, Weisungsfreiheit und damit Entscheidungsautonomie in inhaltlich-sachlicher Hinsicht, aber eben aufgrund der genannten berufsrechtlichen Einschränkungen nur innerhalb des Rahmens, den die Anordnung vorgibt. Dieser Rahmen kann wegen der Flexibilität der Anordnung auch sehr stark eingeschränkt sein. Dies ist allerdings dann keine Weisung, die in Hinblick auf die Eigenverantwortlichkeit des gehobenen nichtärztlichen Gesundheitsberufes unzulässig wäre, sondern bloß eine berufsrechtlich zulässige Kompetenzbegrenzung.

Daraus ergibt sich aber wieder das Problem, wie vorzugehen ist, wenn die Anordnung nach Auffassung des Gesundheitsberufes, an den delegiert wurde, fachlich nicht korrekt ist. Dieser Konflikt wird im neuen MTDG noch deutlicher, weil dieses ausdrücklich für bestimmte MTD-Berufe das Stellen einer fachspezifischen Diagnose vorsieht.

Die Literatur anerkennt jedenfalls eine Verpflichtung des MTD-Berufsangehörigen, im Falle eines Zweifels an der fachlichen Richtigkeit der Anordnung Rücksprache mit dem anordnenden Arzt zu halten.⁴² Allerdings dürfe der MTD-Berufsangehörige ohne Rücksprache mit dem Arzt die angeordnete Therapie nicht verändern, weil sonst eben keine wirksame „ärztliche Anordnung“ als Grundlage für die Leistungsdurchführung mehr vorliege.⁴³ Auch die Materialien zum MTDG stellen fest, dass sich MTD-Berufsangehörige grundsätzlich an die Vorgabe der ärztlichen bzw. zahnärztlichen Anordnung zu halten haben, dass allerdings unklare, widersprüchliche oder aus Sicht des/der MTD-Berufsangehörigen falsche Anordnungen eine Rückkopplung mit dem/der anordnenden Arzt:in bzw. Zahnarzt:in erfordern.

Die Materialien äußern sich aber nicht dazu, was gelten soll, wenn die Rücksprache mit dem anordnenden Arzt bzw. Zahnarzt zu keinem Konsens führt. Meines Erachtens gilt weiterhin, dass der MTD-Berufsangehörige nicht von der ärztlichen Anordnung abweichen darf, weil er sonst eben die berufsrechtliche Grundlage verlässt. Umgekehrt muss er wohl die Durchführung einer Anordnung dann verweigern, wenn sie klar den fachlichen An-

forderungen widerspricht. IS des Vertrauensgrundsatzes gilt dies allerdings nur dann, wenn es für einen ordnungsgemäß agierenden MTD-Berufsangehörigen völlig evident sein muss, dass die Durchführung der Maßnahme fachlichen Standards widerspricht.

H. Auswahlverschulden des anordnenden Arztes

Weiters stellt sich die Frage, inwieweit der delegierende Arzt/Zahnarzt bei der Auswahl des nichtärztlichen Gesundheitsberufes, an den er/sie Leistungen delegiert, die individuellen Fähigkeiten zu prüfen hat. Klar ist, dass er/sie für die Richtigkeit der Anordnung einzustehen hat (Anordnungsverantwortung), nicht so klar ist allerdings, inwieweit eine Auswahlverantwortung besteht.

Tatsächlich sieht die Rechtslage eine abgestufte Form der Verantwortung des Delegierenden vor. Auszugehen ist zunächst davon, dass § 49 Abs 3 ÄrzteG eine Übertragung ärztlicher Leistungen an Angehörige anderer Gesundheitsberufe nur unter der Bedingung zulässt, dass diese vom Tätigkeitsbereich des entsprechenden Gesundheitsberufes umfasst sind. Es liegt also jedenfalls in der Verantwortung des Arztes, zu prüfen, ob die übertragene Tätigkeit in den gesetzlichen Kompetenzbereich desjenigen, an den übertragen wird, fällt. Damit ist aber gleichzeitig auch eine Einschränkung der Auswahlverantwortung verbunden: Fällt die Tätigkeit in den gesetzlichen Kompetenzbereich des jeweiligen nichtärztlichen Gesundheitsberufes, ist eine weitere Kompetenzprüfung nicht erforderlich. Mit anderen Worten kann also der delegierende Arzt/Zahnarzt davon ausgehen, dass der Berufsangehörige, an den delegiert wird, aufgrund seiner Ausbildung über die für die Durchführung der in seinen Kompetenzbereich fallenden Leistungen erforderliche Qualifikation verfügt. Der delegierende Arzt/Zahnarzt ist daher zunächst einmal nicht verpflichtet, die individuellen Fähigkeiten des Berufsangehörigen, an den delegiert wird, zu überprüfen.

Anderes ergibt sich nach § 49 Abs 3 Satz 3 ÄrzteG allerdings in Verbindung mit den jeweiligen Berufsgesetzen dann, wenn den Arzt hinsichtlich der Durchführung der angeordneten Leistung noch Aufsichtspflichten treffen. Dies gilt vor allem für die medizinischen Assistenzberufe nach dem MABG sowie für die Pflegeassistenten. Diese sind nach ihrem Berufsrecht von einem Arzt oder einem höher qualifizierten nichtärztlichen Gesundheitsberuf zu beaufsichtigen. Die geforderte Aufsicht umfasst auch die Prüfung, ob der jeweilige Berufsangehörige über die für die Durchführung der Leistung erforderliche individuelle Qualifikation verfügt, sowie die intervallmäßig zu erfolgende Nachprüfung, ob die angeordneten Leistungen auch fachgerecht durchgeführt werden. Im Unterschied zu den höher qualifizierten nichtärztlichen Gesundheitsberufen hat sich daher der Arzt/Zahnarzt von den individuellen Fähigkeiten zu überzeugen und kann sich nicht bloß auf die absolvierte Ausbildung verlassen.

Dieses bislang klare und strukturierte Konzept gefährdet der Gesetzgeber durch die Novellierung des § 15 GuKG. Würde tatsächlich, wie in den Materialien angedeutet, die Neuregelung dazu führen, dass die Kompetenz der diplomierten Pflege nicht nur von der absolvierten gesetzlich geregelten Aus- und Weiterbil-

⁴² Radner, Die Ausübung medizinischer Tätigkeiten durch MTD, MTF, SHD und Hilfspersonen iS des ÄrzteG (Teil I), RdM 1998, 137 (142).

⁴³ Wallner in Resch/Wallner (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht³ (2020) Kap XXI, Rz 187.

dung sowie allfälliger Höherqualifizierung abhängt, sondern jede Form der persönlichen Weiterbildung zu einer Erweiterung der Kompetenz führt, hätte dies konsequenterweise zur Folge, dass bei der Übertragung ärztlicher Leistungen an die diplomierte Pflege sehr wohl immer die individuellen Fähigkeiten geprüft werden müssten. Dies mag im Rahmen einer Ordination noch praktikabel sein. In einer Krankenanstalt, in der zumindest in größeren Abteilungen eine hohe Anzahl anordnungsberechtigter Ärzte mit einer noch viel höheren Anzahl von Angehörigen der diplomierten Pflege zusammenarbeitet, wäre es schon aus praktischen Gründen schwer vorstellbar, wie der Übertragung ärztlicher Leistungen an die diplomierte Pflege eine individuelle Kompetenzprüfung vorausgehen soll. Vor allen Dingen aber verlangt das Berufsrecht nur, dass der anordnende Arzt festlegt, welcher Gesundheitsberuf die angeordnete Leistung durchführen soll. Es erfordert aber keine Übertragung an eine bestimmte Einzelperson. Tatsächlich kann schon aus organisatorischen Gründen (auch im Hinblick auf den Dienstwechsel) der anordnende Arzt in der Praxis gar nicht vorhersehen, welche konkrete Person die übertragene Tätigkeit tatsächlich durchführen wird, was eine individuelle Prüfung faktisch völlig unmöglich macht. Wie allerdings später zu zeigen sein wird, geht die durch die Neuregelung geschaffene Dynamik des Kompetenzumfangs gar nicht so weit, sodass sich diese Problematik bei korrekter Interpretation nicht stellt.

I. Delegierungsfähige Leistungen

Die Kompetenzen der nicht-ärztlichen Gesundheitsberufe und damit auch der Rahmen für die Übertragbarkeit ärztlicher Leistungen sind in den jeweiligen Berufsgesetzen festgelegt. Bei den weniger qualifizierten Gesundheitsberufen finden sich zum Teil taxative Aufzählungen (vgl. etwa § 83 GuKG für die Pflegeassistenten, § 83 a GuKG für die Pflegefachassistenten). Für die höherqualifizierten nichtärztlichen Gesundheitsberufe war schon immer typisch, dass die übertragungsfähigen Leistungen nur demonstrativ im Berufsrecht aufgezählt wurden.

Das neue MTDG führt diesen Weg fort und enthält neben einer allgemeinen Umschreibung des Kompetenzbereiches einen demonstrativen Katalog von konkreten Leistungen.

Bei der Novellierung des GuKG ist der Gesetzgeber aber von der bisherigen Vorgangsweise abgegangen. Während § 15 Abs 1 GuKG aF nichtssagend den Kompetenzbereich mit der eigenverantwortlichen Durchführung medizinisch-diagnostischer und medizinisch-therapeutischer Maßnahmen und Tätigkeiten nach ärztlicher Anordnung umschrieb, enthielt § 15 Abs 4 GuKG aF einen umfangreichen konkreten Leistungskatalog. Dieser wurde allerdings im Gesetz ausdrücklich als demonstrativ bezeichnet, weshalb die hM berechtigterweise davon ausging, dass Leistungen mit einem vergleichbaren Schwierigkeitsgrad ebenfalls vom Berufsbild erfasst sind. Genauer gesagt wurden dem Kompetenzbereich der diplomierten Pflege auch weitere Leistungen zugerechnet, für die die entsprechenden Kenntnisse und Fertigkeiten im Rahmen der Grundausbildung vermittelt bzw. durch entsprechende Fortbildungen erworben werden. Vorausgesetzt wurde außerdem, dass diese Tätigkeiten nicht in den „Kernbereich“ des Berufsbildes eines anderen nichtärztlichen Gesundheitsberufes bzw. unter die Spezialisierungen gem §§ 17 ff GuKG fallen.⁴⁴ Diese Auslegung fand nunmehr explizit Eingang in die Neufassung der Bestimmungen des § 15 Abs 2 und 3 GuKG. Nach § 15 Abs 2 GuKG ergibt sich der Umfang der Kompetenzen der diplomierten Pflege

aus den im Rahmen der Ausbildung, in Weiterbildungen und gegebenenfalls im Rahmen von Höherqualifizierungen erworbenen Kenntnissen und Fertigkeiten. Nach § 15 Abs 3 GuKG nicht delegierbar sind zum einen nicht vom Berufsbild der Gesundheits- und Krankenpflege erfasste sowie von einer Höherqualifizierung nach dem GuKG abhängige Leistungen, und zum anderen Leistungen, für deren fachgerechte Durchführung das Vorliegen einer ärztlichen Qualifikation bzw. einer berufsspezifischen Qualifikation in einem anderen Gesundheitsberuf Voraussetzung ist.

Die Materialien sprechen in diesem Zusammenhang von einem regulatorischen Paradigmenwechsel. Sie gehen allerdings davon aus, dass damit keine grundlegende Erweiterung der Kompetenzen der diplomierten Pflege verbunden ist und sich die Kompetenzen in der Praxis wohl an dem vor der Novelle demonstrativ umschriebenen Katalog orientieren werden. Im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut ist in den Materialien davon die Rede, dass die neue kompetenzorientierte Umschreibung der persönlichen Erweiterung der Kompetenzen durch Höherqualifizierung bzw. Weiterbildungen Rechnung trägt. Etwas irritierend ist allerdings, dass die Materialien an späterer Stelle festhalten, dass für die Übernahme und Durchführung von Maßnahmen entscheidend sei, ob der jeweilige Berufsangehörige über die entsprechenden Kompetenzen verfügt, unabhängig davon, ob diese im Rahmen der Ausbildung, von Fort- oder Weiterbildungen, von Höherqualifizierungen oder durch *informelles Lernen* erworben wurden.⁴⁵

Worin liegt aber jetzt die Grenze, ab der eine Übertragung ärztlicher Leistungen an die diplomierte Pflege nicht mehr gestattet ist?

Zunächst ist festzuhalten, dass die Grenzziehung in § 15 Abs 3 GuKG wenig ergiebig ist und sich in Leerformeln erschöpft. Das gilt nicht so sehr für den in Z 2 enthaltenen Hinweis, dass Leistungen, die eine berufsspezifische Qualifikation in einem anderen (nichtärztlichen) Gesundheitsberuf erfordern, nicht zum Berufsbild der diplomierten Pflege gehören. Da der Leistungskatalog der anderen nicht-ärztlichen Gesundheitsberufe relativ genau beschrieben ist, ergibt sich daraus im Umkehrschluss eine nachvollziehbare Grenze für den Kompetenzbereich der diplomierten Pflege. Unergiebig ist hingegen der Hinweis auf das Erfordernis einer ärztlichen Qualifikation als Grenzziehung. Dies deshalb, weil der ärztliche Kompetenzbereich sehr allgemein umschrieben ist und nach § 2 Abs 2 ÄrzteG alle Tätigkeiten umfasst, die auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen. Streng gesehen würden somit gar keine ärztlichen Leistungen delegierbar sein, was natürlich die Bestimmung des § 15 GuKG ad absurdum führen würde. Man könnte daher meinen, dass wohl eher Leistungen gemeint sind, für deren fachgerechte Durchführung eine vollständige ärztliche Ausbildung notwendig ist. Es wird aber wohl für die wenigsten ärztlichen Leistungen zutreffen, dass ihre fachgerechte Durchführung den gesamten Inhalt des Medizinstudiums voraussetzt. Wenn man hingegen so weit gehen würde, dass jede beliebige Form des Lernens medizinischer Fertigkeiten zur Kompetenzerweiterung der diplomierten Pflege führt, blieben umgekehrt kaum noch Leistungen übrig, die an der „Kernbereichs-Hürde“ des § 15 Abs 3 Z 2 GuKG scheitern würden.

⁴⁴ Weiss/Lust, GuKG⁹ (2021) § 15 Rz 5; Gepart, Maßnahmen des mitverantwortlichen Tätigkeitsbereichs, ÖZPR 2010/5, 7.

⁴⁵ AA-411, 27. GP 15.

Erst recht erweist sich als bloße Leerformel, mehr noch als Zirkelschluss die Grenze, die in § 15 Abs 3 Z 1 GuKG gesetzt wird. Nach dieser Bestimmung sind medizinische Maßnahmen nicht delegierbar, wenn sie nicht vom Berufsbild der diplomierten Pflege erfasst sind. Da aber Abs 3 gerade erst die Grenze des Berufsbildes festlegen will, erweist sich diese Formulierung als bloß sinnleerer Rückverweis.

Wenn man daher nicht wie in Deutschland die Delegierbarkeit ärztlicher Leistungen völlig in das Ermessen des Delegierenden stellen möchte, muss man den Blick auf die Bestimmung des § 15 Abs 2 GuKG lenken. § 15 Abs 2 GuKG hält in vergleichsweise erfreulicher Klarheit fest, dass der Umfang der medizinisch-diagnostischen sowie medizinisch-therapeutischen Kompetenzen der diplomierten Pflege sich aus dem in der Ausbildung, in Weiterbildungen und gegebenenfalls im Rahmen von Höherqualifizierungen erworbenen Kenntnissen und Fertigkeiten ergibt. Damit betreten wir insofern wieder sicheren Boden, als diese Qualifizierungen tatsächlich rechtlich geregelt sind. Der Inhalt der Ausbildung zur diplomierten Pflege und ihren Spezialisierungen ist im GuKG bzw in den entsprechenden Ausbildungsverordnungen festgelegt. So wie bisher deutet die allgemeine und nicht auf die einzelnen Berufsangehörigen zugeschnittene Formulierung darauf hin, dass es nicht auf das konkrete Curriculum ankommt, das zum Zeitpunkt der ursprünglichen Ausbildung des jeweiligen Berufsangehörigen gegolten hat, sondern auf die aktuellen Regelungen. Die jeweils aktuellen Ausbildungsvorschriften bestimmen daher weiterhin, nicht anders als bei den anderen Gesundheitsberufen (insb bei den Ärzten), die Delegierbarkeit ärztlicher Leistungen an die diplomierte Pflege. Die Bestimmung des § 15 Abs 3 GuKG bringt dagegen über § 15 Abs 2 GuKG hinaus wenig Erkenntnisgewinn.

Für diese mit dem Gesetzeswortlaut des § 15 Abs 2 GuKG übereinstimmende engere Interpretation spricht auch ein weiteres Argument. Fertigkeiten, die dazu befähigen, medizinische Leistungen durchzuführen, können nur bei der praktischen Betreuung von Patienten erlernt werden. Das Erlernen solcher medizinisch-diagnostischer oder medizinisch-therapeutischer Fertigkeiten durch die praktische Anwendung am Patienten, die über die für diplomierte Pflegeberufe vorgesehene Ausbildung hinausgehen, können nur von Turnusärzten und damit von Personen, die ein Medizinstudium absolviert haben, ausgeübt und damit erlernt werden (§ 3 Abs 3 ÄrzteG). Diplomierte Pflegeberufe können daher außerhalb ihrer gesetzlichen Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten schon mangels Zugangs zur praktischen Anwendung am Patienten keine ärztlichen Fertigkeiten erwerben, die dann delegierungsfähig würden.

J. Haftungsrechtliche Konsequenzen

Schließlich stellt sich bei der Frage der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und nichtärztlichen Gesundheitsberufen immer auch die Frage der Aufteilung der Verantwortung und damit die Frage, wer bei einer schuldhaften Schädigung des Patienten schadenersatzrechtlich haftet.

Die Aufteilung der Verantwortung ist in Zusammenhang mit dem Vertrauensgrundsatz zu sehen, der zwar nur im Straßenverkehrsrecht ausdrücklich verankert ist (§ 3 StVO), aber nach vollkommen einheitlicher Auffassung der Judikatur und Lehre auf alle Fälle der arbeitsteiligen Zusammenarbeit ausgeweitet wird. Gerade im medizinischen Bereich, wo es sehr häufig zur Zusammenarbeit im Team kommt, spielt der Vertrauensgrundsatz daher eine besondere Rolle.⁴⁶

Der Vertrauensgrundsatz führt dazu, dass die Sorgfaltsanforderungen an jeden Einzelnen im Team grundsätzlich nur jenes Maß erreichen, dass unter Partnern erforderlich ist, wenn sich alle anderen an der gemeinsamen Arbeit Mitwirkenden ebenfalls sorgfaltsgemäß verhalten. Der Vertrauensgrundsatz findet allerdings dort seine Grenze, wo das sorgfaltswidrige Verhalten des anderen Teammitglieds eindeutig erkennbar ist oder doch aufgrund konkreter Umstände naheliegt.⁴⁷

Lehre und Judikatur stimmen außerdem darin überein, dass der Vertrauensgrundsatz nicht nur zwischen Ärzten gilt, sondern auch bei der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und anderen Gesundheitsberufen.⁴⁸

Auf dogmatischer Ebene wird zwischen vertikaler und horizontaler Zusammenarbeit unterschieden. Unter horizontaler Zusammenarbeit wird die Zusammenarbeit von eigenverantwortlich tätigen Gesundheitsberufen verstanden, und zwar unabhängig davon, ob zwischen den Beteiligten Anordnungsbe fugnisse bestehen (wie zwischen Arzt und diplomierter Krankenpflege oder Arzt und MTD-Berufsangehörigen) oder ob es eine Zusammenarbeit ohne Anordnungshierarchie gibt (wie zwischen Operateur und Anästhesist oder zwischen Arzt und Apotheker). Unter vertikaler Zusammenarbeit wird die Zusammenarbeit zwischen Gesundheitsberufen verstanden, bei denen den anordnenden Gesundheitsberuf Aufsichtspflichten gegenüber demjenigen treffen, dem die Durchführung einer Leistung übertragen wurde (wie bei der Zusammenarbeit zwischen Arzt und medizinischen Assistenzberufen, zB Ordinationsassistent, oder bei der Zusammenarbeit zwischen Arzt/diplomierter Pflege/MTD-Beruf und Pflegeassistent oder medizinischen Assistenzberufen oder bei der Zusammenarbeit zwischen Ausbilder und praktisch Auszubildenden in einem Gesundheitsberuf).⁴⁹

Was die Fälle der horizontalen Zusammenarbeit anlangt, hat der OGH die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes nicht nur für Ärzte untereinander, sondern auch in der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und diplomierter Pflege sowie zwischen Ärzten und Apothekern bestätigt. Aber auch bei vertikaler Zusammenarbeit gilt grundsätzlich der Vertrauensgrundsatz, zumindest so lange, als vom Gesetzgeber nicht eine ständige Beaufsichtigung durch den Anordnenden gefordert wird. Tatsächlich sieht die Rechtsordnung für die Aufsicht über nichtärztliche Assistenzberufe (nach dem MABG sowie für die Pflegeassistent nach dem GuKG) keine ständige Aufsicht vor, ebenso wie für die Aufsicht über in Ausbildung stehende Berufsangehörige, zB Turnusärzte. Gefordert ist lediglich eine Intervallaufsicht in der Form, dass sich der Anordnende vor Leistungserbringung überzeugt, dass der zur Durchführung herangezogene Berufsangehörige über die für die Durchführung der Leistung notwendigen Fähigkeiten verfügt, sowie in regelmäßigen Abständen kontrolliert, ob diese Einschätzung berechtigt war und die Durchführung der Leistung fachgerecht erfolgt. Werden diese Aufsichtserfordernisse erfüllt,

⁴⁶ Wallner, Vertrauensgrundsatz gilt auch zwischen Arzt und diplomierter Pflegeperson, JAS 2023, 72 (77) mwN.

⁴⁷ Brandstetter/Zahl, Die strafrechtliche Haftung des Arztes, RdM 1994, 17 (21); Neuper/Sigl, Der Vertrauensgrundsatz in der medizinischen Behandlung, JSt 2015, 301; Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar² § 80 StGB Rz 60 (Stand 22. 11. 2017, rdb.at).

⁴⁸ OGH 31. 8. 2022, 9 Ob A 75/22 b; Wallner, Vertrauensgrundsatz gilt auch zwischen Arzt und diplomierter Pflegeperson, JAS 2023, 72 (78); Burgstaller/Schütz in Höpfel/Ratz (Hrsg), Wiener Kommentar² § 80 StGB Rz 60 (Stand 22. 11. 2017, rdb.at); Hausreither in Aigner/Kletečka/Kletečka-Pulker/Memmer (Hrsg), Handbuch Medizinrecht III 549f.

⁴⁹ Vgl Wallner, Medizinrecht² (2022) Rz 116ff.

greift im darüber hinausgehenden aufsichtsfreien Raum auch bei vertikaler Kooperation der Vertrauensgrundsatz. Keinen Platz mehr hat die Anwendung des Vertrauensgrundsatzes nur dort, wo der Anordnende die ordnungsgemäße Durchführung der Leistung ständig überwachen muss, was vor allem für die Heranziehung von Hilfspersonen nach § 49 Abs 2 Satz 2 ÄrzteG gilt, also für die sogenannte Laiendelegation.

Bei der Zusammenarbeit zwischen Ärzten und diplomierter Pflege und gleichermaßen bei der Zusammenarbeit zwischen Arzt und MTD-Beruf trifft den Arzt daher nur die Verantwortung für die Richtigkeit der angeordneten medizinischen Maßnahme. Hingegen kommt ein Auswahlverschulden nach dem zuvor Gesagten nur ausnahmsweise in Betracht. Da der Arzt sich grundsätzlich darauf verlassen kann, dass diplomierte Pflegekräfte über die im jeweils aktuellen Ausbildungscurriculum vorgesehenen Kenntnisse und Fertigkeiten verfügen, trifft ihn ein Auswahlverschulden nur dann, wenn ihm Tatsachen bekannt sind, die auf eine individuelle Unfähigkeit zur Durchführung der angeordneten Leistung hinweisen. Ein Beaufsichtigungsmangel schließlich kann dem Arzt nur bei vertikaler Kooperation angelastet werden, also etwa wenn mit einem Assistenzberuf nach dem MABG oder der Pflegeassistentin zusammengearbeitet wird.

Davon unabhängig ist die Frage zu beurteilen, inwieweit den Anordnenden eine Erfüllungsgehilfenhaftung, also eine Haftung für fremdes Verschulden nach § 1313a ABGB, trifft. Eine solche entsteht nur dann, wenn der Anordnende gleichzeitig Partner des Behandlungsvertrags ist, also insb als Inhaber einer Arzt-/Zahnarztordination. Der Ordinationsinhaber haftet aufgrund des abgeschlossenen Behandlungsvertrags für das Verschulden seiner Mitarbeiter. Nach hL ist für die Anwendung der Erfüllungsgehilfenhaftung nach § 1313a ABGB nicht erforderlich, dass der Geschäftsherr dem Erfüllungsgehilfen gegenüber weisungsberechtigt ist.⁵⁰ Daher haftet der Ordinationsinhaber unabhängig davon, ob der rechtswidrig handelnde Mitarbeiter eigenverantwortlich tätig werden darf, wie etwa ein angestellter Arzt, eine diplomierte Pflegekraft oder ein Angehöriger eines MTD-Berufes, oder ob den Arzt Aufsichtspflichten treffen.

K. Zusammenfassung

- ▶ Gesundheitsberufe sind in Österreich (im Unterschied zu Deutschland) ausnahmslos als reglementierte Berufe konzipiert, was dazu führt, dass ihre Ausbildung gesetzlich geregelt ist und jedem Gesundheitsberuf eine mit dieser Ausbildung korrelierende Kompetenz vorbehalten bleibt.
- ▶ Als Konsequenz des gesetzlichen Tätigkeitsvorbehalts ergibt sich die Pflicht zur persönlichen Berufsausübung, weshalb die Weiterdelegation von in den Berufsvorbehalt fallenden Leistungen einer gesetzlichen Erlaubnis bedarf.
- ▶ Die an Fachhochschulen ausgebildeten Gesundheitsberufe der diplomierten Pflege und der medizinisch-therapeutischen Dienste bedürfen zwar idR einer ärztlichen Anordnung zur Erbringung medizinisch-diagnostischer oder medizinisch-therapeutischer Leistungen, sind aber bei der Durchführung der Leistung (im Unterschied zu den medizinischen Assistenzberufen) eigenverantwortlich und bedürfen keiner Aufsicht.
- ▶ Die berufsrechtliche Zulässigkeit einer Delegation sagt nichts über die zivilrechtliche Zulässigkeit aus, die aus dem Behandlungsvertrag mit dem Patienten geklärt werden muss. Ebenso ergibt sich aus den berufsrechtlichen Anordnungsvorschriften noch nicht, ob der/die Gesundheitsberufsangehörige, an den/

die delegiert wurde, zur Übernahme der Leistung verpflichtet ist. Eine Verpflichtung zur Übernahme der übertragenen Leistung ergibt sich vielmehr erst aus dienst- oder arbeitsrechtlichen, allenfalls kassenrechtlichen Vorschriften. Die berufsrechtliche „Anordnung“ ist daher genau genommen nur eine berufsrechtliche „Ermächtigung“, medizinische Leistungen zu erbringen.

- ▶ Die Übertragung ärztlicher Leistungen an nichtärztliche Gesundheitsberufe ist nur bezogen auf „einen Einzelfall“, also bezogen auf einen konkreten Patienten, möglich. Davon macht die neue Bestimmung des § 15 Abs 1 GuKG insofern eine Ausnahme, als für die Durchführung standardisierter diagnostischer Maßnahmen als Vorbereitung des medizinischen Behandlungspfades oder als Überwachungsmaßnahme einer medizinischen Behandlung eine generelle, nicht auf einen einzelnen Patienten bezogene Anordnung möglich ist. Sonstige ärztliche Anordnungen, die auf Standard Operating Procedures (SOP) verweisen, müssen sich aber weiterhin auf konkrete PatientInnen beziehen.
- ▶ Im Unterschied zur alten Rechtslage dürfen die Angehörigen therapeutischer MTD-Berufe nunmehr (systemwidrigerweise) ohne ärztliche Anordnung auch an bereits Erkrankten im Rahmen der Sekundärprävention (Früherkennung und Frühbehandlung von Erkrankungen) medizinische Leistungen erbringen. Durch die vage Kompetenzzuordnung wird es zu erheblichen und systemstörenden Abgrenzungsproblemen kommen.
- ▶ Im Gegensatz zur bisherigen Judikatur, die für die ärztliche Anordnung nicht nur die Entscheidung über das „Ob“ der delegierten Maßnahme, sondern auch über das „Wie“ verlangte, geht der Gesetzgeber ausweislich der Materialien davon aus, dass auch allgemeine Anordnungen zulässig sind. Das gilt aber wohl nur für die Angehörigen der MTD-Berufe, nicht aber für die diplomierte Pflege, wo es keine Anzeichen gibt, dass der Gesetzgeber eine Änderung des bisherigen Meinungsstandes erreichen wollte.
- ▶ Eine detaillierte ärztliche Anordnung ist von der diplomierten Pflege, aber auch von Angehörigen der MTD-Berufe jedenfalls zu befolgen. Dadurch entsteht auch kein Widerspruch zur Eigenverantwortlichkeit und damit Weisungsfreiheit der diplomierten Pflege und der MTD-Berufe, wie in der Vergangenheit mitunter diskutiert. Bei der ärztlichen Anordnung handelt es sich nicht um eine mit der Eigenverantwortlichkeit kollidierende inhaltliche Weisung, sondern geht es nur darum, die Ermächtigung für die Durchführung der medizinischen Leistung mehr oder weniger eng auszugestalten. Da die Ermächtigung aber weiterhin Voraussetzung für die Erbringung medizinischer Leistungen ist, kann der nichtärztliche Gesundheitsberuf, an den delegiert wurde, die Anordnung weiterhin nicht selbstständig ändern, sondern kann nur, falls sie für fachlich falsch empfunden wird und eine Rückkopplung mit dem Anordnenden keine Änderung ergeben hat, die Durchführung abgelehnt werden.
- ▶ Der anordnende Arzt kann sich bei der Zusammenarbeit mit Berufsangehörigen der diplomierten Pflege und der MTD-Berufe genauso wie bei der Zusammenarbeit mit Berufskollegen oder sonstigen universitär ausgebildeten Gesundheitsberufen darauf verlassen, dass die Fähigkeiten vor-

⁵⁰ Schacherreiter in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.09} § 1313a (Stand 1. 1. 2023, rdb.at) mwN.

liegen, die dem gesetzlichen Kompetenzumfang entsprechen, sofern nicht konkrete Hinweise darauf bestehen, dass diese Kompetenzen individuell nicht vorliegen (im Unterschied zu den medizinischen Assistenzberufen, bei denen die Pflicht zur Beaufsichtigung die Verpflichtung des Anordnenden mit einschließt, sich von den individuellen Fähigkeiten der Person vorweg zu überzeugen, an die Leistungen übertragen werden).

- Nach der gegenüber § 49 Abs 2 Satz 2 ÄrzteG hinsichtlich der Instruktions- und Aufsichtsnotwendigkeit wesentlich großzügigeren Bestimmung des § 49 Abs 3 ÄrzteG sind lediglich Leistungen delegierbar, die vom Kompetenzumfang des jeweiligen Gesundheitsberufes erfasst sind. Dieses Konzept geht daher davon aus, dass jedem Gesundheitsberuf ein definierter und klar erkennbarer Kompetenzumfang zugeordnet ist. Tatsächlich trägt das MTDG durch die wenn auch demonstrative Aufzählung von zum Kompetenzumfang zählenden Leistungen zur Rechtssicherheit bei. Aus Gründen der Rechtssicherheit unerfreulich ist hingegen, dass bei der Novellierung des § 15 GuKG genau der umgekehrte Weg gegangen und auf die bisherige Anführung eines zumindest demonstrativen Leis-

tungskatalogs verzichtet wurde. Ungeachtet der etwas unglücklichen Formulierung in den Gesetzesmaterialien wird weiterhin systemkonform davon auszugehen sein, dass sich der Kompetenzumfang der diplomierten Pflege nicht nach den jeweiligen in welcher Weise auch immer erworbenen individuellen Fähigkeiten bestimmt, sondern sich so wie bisher und bei allen anderen Gesundheitsberufen aus den jeweils aktuellen Ausbildungsvorschriften (einschließlich den Ausbildungsvorschriften für die gesetzlich vorgesehenen Höherqualifizierungen und Sonderausbildungen) ableitet.

- Haftungsrechtlich gilt weiterhin, dass die anordnenden Ärzte die Anordnungsverantwortung, also die Verantwortung für die Richtigkeit der Anordnung, trifft, die diplomierte Pflege oder den MTD-Berufsangehörigen hingegen die Durchführungsverantwortung.

Plus

ÜBER DEN AUTOR

E-Mail: felix.wallner@ligforschung.at

Weichenstellungen im Gesundheitswesen

- Überblick über das Vereinbarungsumsetzungsgesetz 2024
- Änderungen im ärztlichen Vertragspartnerrecht, in der Strukturplanung und im Krankenanstaltenrecht
- Zentrale Auswirkungen

Mosler (Hrsg)
**Die Gesundheitsreform 2024 –
Rechtsfragen des VUG**

2025. XXII, 120 Seiten. Geb.
ISBN 978-3-214-26444-4

36,00 EUR

inkl. MwSt.



shop.manz.at

MANZ 