Univ.-Prof. Dr. Karl Stöger, MJur

21.11.2018

An die Ärztekammer für Wien
z.H. Mag. Claus Penz, Leiter der Stabsstelle Recht

Sehr geehrter Herr Mag. Penz!

Der Verwaltungsausschuss der Ärztekammer für Wien hat mich im Zusammenhang mit der Auslegung der Bestimmung des § 109 ÄrzteG mit der Klärung folgender Fragen beauftragt:

1. Der Gutachter möge klären, ob Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder auf Basis des Ärztegesetzes Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit darstellen und es daher auf Grundlage der aktuellen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Gestaltungsbereich der Vollzugsbehörde „Verwaltungsausschuss" liegt, diese in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds einzubeziehen.

2. Der Gutachter möge des Weiteren klären, ob die Einbeziehung von Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgeldern durch die Schaffung einer eigenen Bestimmung in der Beitragsordnung des Wohlfahrtsfonds durch die Erweiterte Vollversammlung der Ärztekammer für Wien ärztegesetzlich gedeckt wäre.

3. Sollte der Gutachter zum Ergebnis kommen, dass Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder (überwiegend) nicht Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit sind, möge der Gutachter Überlegungen anstellen, welche gesetzlichen Änderungen erforderlich wären, um eine Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage zu ermöglichen.

Ich erstatte dazu nachstehendes

R E C H T S G U T A C H T E N

I. Allgemeines zur Auslegung des § 109 ÄrzteG

Bevor die gestellten Fragen beantwortet werden können, ist auf die grundsätzliche Fragestellung der Auslegung des § 109 ÄrzteG einzugehen. Dazu sind dessen erste Absätze zu beachten (Hervorhebungen durch mich):

(1) Die Kammerangehörigen sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verpflichtet, Beiträge zum Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer zu leisten, in deren Bereich sie zuerst den ***ärztlichen oder zahnärztlichen Beruf*** *aufgenommen haben, solange* ***diese Tätigkeit*** *aufrecht ist. Übt ein Kammerangehöriger* ***seinen Beruf*** *im Bereich mehrerer Ärztekammern aus, so bleibt er Mitglied im Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer, in deren Bereich er zuerst die Berufstätigkeit aufgenommen hat, solange diese Tätigkeit in dem betreffenden Bundesland aufrecht ist. Eine Unterbrechung dieser Tätigkeit für weniger als sechs Monate sowie eine* ***ärztliche Tätigkeit*** *im Bereich einer anderen Ärztekammer oder im Ausland auf Grund dienstrechtlicher Vorschriften (§ 68 Abs. 4 letzter Satz) gilt diesbezüglich als ununterbrochene Berufsausübung. Nimmt er seine* ***ärztliche Tätigkeit*** *gleichzeitig im Bereich mehrerer Ärztekammern auf, so obliegt ihm die Wahl, zu welchem Wohlfahrtsfonds er seine Beiträge leistet.*

(2) Bei der Festsetzung der Höhe der für den Wohlfahrtsfonds bestimmten Beiträge ist auf die

1. Leistungsansprüche,

2. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit anhand der Einnahmen (Umsätze) und/oder Einkünfte sowie

3. Art der Berufsausübung

der beitragspflichtigen Kammerangehörigen Bedacht zu nehmen. ***Die Höhe der Beiträge kann betragsmäßig oder in Relation zu einer Bemessungsgrundlage festgesetzt werden.*** *Bei Beteiligung eines Arztes oder Zahnarztes an einer Gruppenpraxis kann bei der Bemessungsgrundlage ein dem Geschäftsanteil an der Gruppenpraxis entsprechender Anteil am Umsatz (Umsatzanteil) oder ein entsprechender Anteil am Bilanzgewinn – unabhängig von dessen Ausschüttung – berücksichtigt werden.* ***Näheres ist in der Beitragsordnung zu regeln.*** *Für den Fall einer verspäteten Entrichtung der Beiträge durch Kammerangehörige kann die Beitragsordnung die Vorschreibung von angemessenen Mahnspesen vorsehen.*

(3) Die Höhe der Beiträge zum Wohlfahrtsfonds darf 18 vH der jährlichen Einnahmen aus ***ärztlicher und/oder zahnärztlicher Tätigkeit einschließlich der Umsatzanteile an Gruppenpraxen*** *nicht übersteigen.*

Ebenfalls von Interesse für das vorliegende Gutachten ist der Abs 4 des § 109, welcher lautet:

(4) Die Satzung kann vorsehen, daß ein Kammerangehöriger durch Übernahme der Verpflichtung zur Leistung von höheren als in der ***Beitragsordnung*** *oder im* ***Abs. 3*** *vorgesehenen Beiträgen den Anspruch auf entsprechend höhere Leistungen erwerben kann.*

Aus § 109 ÄrzteG lassen sich daher bereits wesentliche Erkenntnisse für die Beantwortung der an den Gutachter gestellten Fragen ableiten. Dazu ist vorauszuschicken, dass die Beitragsordnung des Wohlfahrtsfonds der Ärztekammer für Wien die Höhe der Beitrage in Relation zu einer Bemessungsgrundlage festgesetzt hat (§ 109 Abs 2 ÄrzteG). Diese Bemessungsgrundlage für den Wohlfahrtsfonds sind die Einnahmen aus „ärztlicher Tätigkeit" bzw aus dem „ärztlichen Beruf". Zu solchen Einnahmen zählen auch die Umsatzanteile aus einer Gruppenpraxis. Die Höhe der Beiträge bemisst sich nach der Beitragsordnung, mangels Regelung in dieser unmittelbar nach § 109 Abs 3 (18% der Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit).

Ein Kammerangehöriger kann, wenn die Satzung das vorsieht, auch höhere Beiträge als in der Beitragsordnung vorgesehen (bzw mangels einer Regelung in der Beitragsordnung höhere als die in § 109 Abs 3 vorgesehenen 18%) leisten. Allerdings kann auch dies sich nur, wie sich aus dem Zusammenhang der Abs 4, 3 und 2 des § 109 ergibt, auf Beiträge auf Grundlage der Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit bzw ärztlichem Beruf beziehen. § 109 Abs 4 ÄrzteG bietet somit **keine Möglichkeit**, Beiträge aus anderer als ärztlicher Tätigkeit in die Bemessungsgrundlage mit einzubeziehen.

§ 110 Abs 1 ÄrzteG erlaubt schließlich noch die Einbeziehung außerordentlicher Kammerangehöriger in das System des Wohlfahrtsfonds, ohne dabei die Vorgaben des § 109 ÄrzteG abzuändern. Auch bei diesen Personen können daher nur Einnahmen aus „ärztlicher Tätigkeit" berücksichtigt werden.

Für die Beantwortung der dem Gutachter gestellten Fragen ist daher in einem ersten Schritt die Bedeutung des Begriffs „ärztliche Tätigkeit" bzw „ärztlicher Beruf" im Ärztegesetz zu klären.

Die Begriffe „ärztlicher Beruf" bzw „ärztliche Tätigkeit" beziehen sich in diesem Rechtsgutachten in der Folge auch auf die **Ausübung des zahnärztlichen Berufs.** Das ZahnärzteG enthält in § 4 (insb Abs 2) eine Legaldefinition des Zahnarztberufes, die für die hier interessierende Frage der des § 2 ÄrzteG weitgehend vergleichbar ist. Wo dies erforderlich ist, wird auf die Bestimmungen des ZahnärzteG bzw ZahnärztekammerG gesondert hingewiesen.

II. Die Rechtsprechung zu § 109 ÄrzteG

Für das Verständnis der Begriffe „ärztliche Tätigkeit" bzw „ärztlicher Beruf" im ÄrzteG ist – auch in der noch darzustellenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (fortan: **VwGH**) zu § 109 ÄrzteG – die Bestimmung des § 2 ÄrzteG zentral. Die Überschrift zu § 2 lautet „Der Beruf des Arztes". Nach dessen Abs 2 umfasst die ärztliche Tätigkeit „jede auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit, die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird". Abs 3 der Bestimmung hebt noch gesondert die Ausstellung ärztlicher Zeugnisse und die Erstattung ärztlicher Gutachten hervor. Im ZahnärzteG finden sich die korrespondierenden Bestimmungen in den Abs 2 bis 4 des § 4.

Die Annahme des VwGH, dass § 2 Abs 2 und Abs 3 ÄrzteG auch für die Auslegung des Begriffs „ärztliche Tätigkeit" in § 109 ÄrzteG heranzuziehen sind, ist aus systematischer Sicht völlig überzeugend. Zu beachten ist weiters, dass § 109 Abs 3 ÄrzteG ausdrücklich feststellt, dass auch Umsatzanteile an Gruppenpraxen Einkünfte aus ärztlicher Tätigkeit sind. Dies ist freilich nur eine Klarstellung, da eine Gruppenpraxis ebenso wie eine Ordination der Ausübung einer ärztlichen Tätigkeit dient und ihre Gesellschafter gem § 52a Abs 3 Z 1 ÄrzteG (§ 26 Abs 3 Z 1 ZahnärzteG) zwingend zur selbstständigen Berufsausübung berechtigte Ärzte sein müssen.

Die für dieses Gutachten zu beachtende ständige Rechtsprechung des VwGH[1] ist bei der Annahme des Vorliegens einer ärztlichen Tätigkeit sehr großzügig. So lassen sich insb[2] folgende Leitlinien der Judikatur[3] erkennen:

---

1 Der **Verfassungsgerichtshof** hatte im Erk VfSlg 16.908/2003 über die Frage zu befinden, ob es verfassungsrechtlich problematisch sei, dass Einkommen aus Funktionärstätigkeit für die Ärztekammer für Wien nicht in die Bemessungsgrundlage für die **Kammerumlage** einbezogen wurden. Auch bei dieser stellt § 91 Abs 3 ÄrzteG auf eine „**ärztliche Tätigkeit**" ab. Der VfGH hielt dazu nur fest, dass die diesbezügliche Auslegung des Begriffs „ärztliche Tätigkeit" in der Umlagenordnung, die Funktionärstätigkeiten nicht berücksichtige, keine verfassungsrechtlichen Probleme aufwerfe. Auch sei die Interpretation des Begriffs „ärztliche Tätigkeit" durch die Ärztekammer im Einzelfall keine verfassungsrechtliche Frage und die gewählte Auslegung nicht denkunmöglich. Aus dieser Entscheidung lässt sich jedenfalls ableiten, dass der Verfassungsgerichtshof jedenfalls nicht davon ausgeht, dass die Tätigkeit als Kammerfunktionär zwingend als „ärztliche Tätigkeit" im Sinne des ÄrzteG anzusehen ist (sondern vielmehr das Gegenteil der Fall ist).

2 Weitere Beispiele der (auch älteren) Rechtsprechung bei *Wallner* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) §§ 108 – 110a ÄrzteG Rz 11 und 12.

3 Zitiert wird im folgenden Rechtsprechung, die sich auf § 2 ÄrzteG bezieht. Darunter fällt Rechtsprechung, die sich einerseits auf Wohlfahrtsfondsbeiträge nach § 109 ÄrzteG, andererseits auf Kammerumlagen und den dort in § 91 ÄrzteG verwendeten Begriff der „ärztlichen Tätigkeit" bezieht. Für beide Fragen ist nicht nur dieselbe gesetzliche Formulierung entscheidend, sondern auch derselbe Senat des VwGH zuständig. Vgl resümierend neben der in der Folge zitierten Rechtsprechung auch zB VwGH 6. 7. 2004, 2003/11/0275; 9. 11. 2016, Ro 2014/11/0092.

- Darf eine bestimmte Tätigkeit nicht nur von Ärzten, sondern auch von anderen Gesundheitsberufen ausgeübt werden, ist sie bei Ausübung durch einen Arzt jedenfalls ärztliche Tätigkeit[4].
- Die Bewilligung von Medikamentenverschreibungen ist ebenso wie die Überwachung ihrer Verschreibung eine ärztliche Tätigkeit, wenn sie für einen Sozialversicherungsträger ausgeübt wird. Auch hier wird Tätigkeit mittelbar für den Menschen erbracht, da es um die Sicherstellung der Gesundheitsversorgung geht[5]. Auch die medizinische Beratung eines Pharmaunternehmens einschließlich gutachterlicher Tätigkeit erfolgt mittelbar für den Menschen, da es um zur Heilung von Menschen bestimmte Pharmaprodukte geht[6]. Ebenso ist die medizinische Begutachtung von Anträgen von potenziellen Versicherungsnehmern vor Abschluss eines Lebensversicherungsvertrages als Erstattung eines ärztlichen Gutachtens ärztliche Tätigkeit, auch wenn dies nicht zwingend durch einen Arzt erfolgen müsste[7].
- Zur ärztlichen Tätigkeit zählen auch damit zusammenhängende organisatorische und wirtschaftliche Tätigkeiten, daher etwa auch die Geschäftsführung einer Trägergesellschaft eines selbständigen Ambulatoriums durch einen Arzt[8]. Auch wenn ein Arzt in einer Gesellschaft nur solche – die ärztliche Tätigkeit im Ambulatorium somit ermöglichende – Tätigkeiten durchführt und selbst unmittelbar keine Patienten behandelt, handelt es sich um ärztliche Tätigkeiten[9]. Auch die Tätigkeit als Leiter einer Universitätsklinik ist zur Gänze ärztliche Tätigkeit[10] und damit zur Gänze beitragspflichtig, es sei denn, bestimmte abgrenzbare Gehaltsbestandteile wären klar als solche aus nicht-ärztlicher Tätigkeit erkennbar[11].
- Die Verwaltung des Gesundheitsmanagements im Unternehmen durch einen Arzt, wozu auch der Aufbau der arbeitsmedizinischen EDV gehört, ist ärztliche Tätigkeit[12].
- Auch medizinische Lehrtätigkeit ist ärztliche Tätigkeit. Nur dann, wenn ein Arzt an einer Universität in nichtklinischen Fächern unterrichtet (wofür es keiner medizinischen Ausbildung bedarf)[13] oder wenn er an einer Schule für Osteopathie nichtklinische

---

4 ZB VwGH 21. 4. 2016, Ro 2015/11/0004; 15. 12. 2016, Ra 2016/11/0128 (jeweils Psychotherapie).
5 VwGH 20. 11. 2014, 2012/11/0212; ähnlich VwGH 2. 10. 2015, Ra 2015/11/0071.
6 VwGH 26. 3. 2015, Ra 2015/11/0010.
7 VwGH 18. 12. 2006, 2003/11/0292.
8 VwGH 18. 9.2012, 2011/11/0101; weiters 18. 12. 2006, 2003/11/0097.
9 VwGH 20. 2. 2013, 2013/11/0039.
10 VwGH 24.2.2005, 2002/11/0080 (unter Verweis auf ältere Rechtsprechung).
11 VwGH 24. 2. 2005, 2003/11/0313.
12 VwGH 29. 1. 2008, 2006/11/0059.
13 VwGH 22. 2. 2007, 2005/11/0139.

Fächer unterrichtet[14], liegt keine ärztliche Tätigkeit mehr vor. Einkünfte aus medizinisch-literarischer Tätigkeit werden von den **Verwaltungsgerichten** ebenfalls als ärztliche Einkünfte gewertet, eine Ausnahme wird nur bei rein redaktioneller Tätigkeit (dh kein Verfassen eigener Artikel; kein medizinisches Redaktionswissen ausschlaggebend) angenommen[15].

Angesichts dieser weiten Auslegung des § 2 Abs 2 ÄrzteG ist zu fragen, ob die Tätigkeit als Funktionär einer Ärztekammer (bzw einer Zahnärztekammer) nicht auch als ärztliche Tätigkeit angesehen werden muss. Dies hätte zur Folge, dass für diese Tätigkeit gebührende Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder ebenfalls in die Bemessungsgrundlage für die Beiträge zum Wohlfahrtsfonds einbezogen werden müssten. Dies erfolgt in der Praxis des Wohlfahrtsfonds der Ärztekammer für Wien bislang nicht, es liegt zu dieser Frage auch keine Rechtsprechung vor[16].

Grundsätzlich ist anzumerken, dass sich aus dem Wortlaut des ÄrzteG keine völlig eindeutige Antwort auf diese Frage geben lässt. Im Zweifelsfall würde die Frage somit vom VwGH zu entscheiden sein. Dennoch lässt sich aus der Systematik und dem verfassungsrechtlichen Hintergrund des ÄrzteG ableiten, dass deutliche Argumente (jedenfalls bei einem Großteil der Funktionäre) **gegen** die Annahme einer ärztlichen Tätigkeit sprechen.

Diesbezüglich ist zuallererst zu bedenken, dass eine ärztliche Tätigkeit dann vorliegt, wenn der Arzt

- eine auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen begründete Tätigkeit ausübt,
- die unmittelbar am Menschen oder mittelbar für den Menschen ausgeführt wird.

Es müssen somit beide Voraussetzungen **kumulativ** vorliegen, damit von „ärztlicher Tätigkeit" iSd ÄrzteG gesprochen werden kann. Zusammenfassend liegt eine ärztliche Tätigkeit dann vor, wenn diese Tätigkeit nach medizinisch-wissenschaftlichen Methoden erfolgt und letztlich als Hauptziel hat, die Gesundheit (einschließlich Zahngesundheit) von Menschen zu erhalten

---

14 VwGH 30. 9. 2011, 2011/11/0074.

15 VwG Wien 5.3.2015, VGW-162/027/11754/2014; VGW-162/027/10289/2014. Für eine eingehende Analyse der jüngeren Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Wien zu Wohlfahrtsfondsbeiträgen vgl *Huber/Mihova/Singer/Penz,* Aktuelle Entscheidungen zum Begriff der ärztlichen Tätigkeit der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts, RdM 2018, 15.

16 Auch die bereits erwähnte Entscheidung VfSlg 16.908/2003 des Verfassungsgerichtshofs enthält keine abschließende Aussage, sondern deutet höchstens tendenziell in Richtung einer Verneinung einer ärztlichen Tätigkeit.

(Vorbeugung) oder wiederherzustellen. Dazu zählt auch eine diesbezügliche Ausbildungstätigkeit.

III. Tätigkeit als Ärztekammerfunktionär grundsätzlich keine ärztliche Tätigkeit

Im Folgenden wird der Schluss zu ziehen sein, dass es bei der Tätigkeit als Funktionär der Ärztekammer regelmäßig nicht um ärztliche Tätigkeit im dargestellten Sinne handelt; dies aus folgenden systematischen Überlegungen:

Bei den Ärztekammern und Zahnärztekammern handelt es sich um **nicht-territoriale Selbstverwaltungskörper.** Diese verfügen über einen eigenen und einen übertragenen Wirkungsbereich. Zum **eigenen Wirkungsbereich** bestimmt bereits auf Verfassungsebene Art 120a Abs 1 B-VG (Hervorhebung durch mich): „Personen können zur selbständigen Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, **die in ihrem ausschließlichen oder überwiegenden gemeinsamen Interesse gelegen** und geeignet sind, durch sie gemeinsam besorgt zu werden, durch Gesetz zu Selbstverwaltungskörpern zusammengefasst werden". Auf einfachgesetzlicher Ebene präzisiert dies § 66 ÄrzteG für die Ärztekammern in den Ländern: „Die Ärztekammern in den Bundesländern sind berufen, 1. die gemeinsamen beruflichen, sozialen und wirtschaftlichen **Interessen der Ärzte** einschließlich Gruppen von Ärzten sowie von Gruppenpraxen wahrzunehmen und zu fördern sowie 2. für die **Wahrung des ärztlichen Berufs- und Standesansehens und der ärztlichen Berufs- und Standespflichten** zu sorgen". Für die Österreichische Zahnärztekammer vgl die korrespondierende Bestimmung des § 18 ZahnärztekammerG sowie ergänzend § 35 leg cit für die Landeszahnärztekammern.

Die Tätigkeit der Ärztekammern (und Zahnärztekammern) im eigenen Wirkungsbereich erfolgt daher aus verfassungsrechtlicher und einfachgesetzlicher Sicht im ausschließlichen oder überwiegenden **Interesse der Ärzte als Berufsstand.** Dabei wird nicht verkannt, dass die Tätigkeit der Ärztekammern für die Patienten von großer Bedeutung ist, da der ärztliche Berufsstand gewissermaßen „organisiert" wird. Dennoch ist die Funktion der Ärztekammern jedenfalls im eigenen Wirkungsbereich primär auf den **Ärztestand** ausgerichtet; dies gilt ebenso für die Zahnärztekammern. Insoweit erfolgt die Tätigkeit der Ärztekammern im eigenen Wirkungsbereich nicht „unmittelbar oder mittelbar für den Menschen", verstanden im Sinne eines Patienten.

Im **übertragenen Wirkungsbereich** (welchen das ÄrzteG nur für die Österreichische Ärztekammer, nicht für die Landeskammern vorsieht[17]; ebenso das ZahnärztekammerG[18]) hingegen werden den Ärztekammern Aufgaben der staatlichen Verwaltung übertragen. In diesem Bereich werden sie somit nicht im überwiegenden Interesse des Ärztestandes tätig, so dass in solchen Fällen näher zu prüfen ist, ob die Tätigkeit letztlich im Interesse aktueller oder potenzieller Patienten erfolgt und damit ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG darstellen könnte. Da, wie erwähnt, die Ärztekammer für Wien vom ÄrzteG nur Aufgaben des eigenen Wirkungsbereichs zugewiesen erhalten hat, ist hier auf dieses Thema nur entsprechend kürzer einzugehen (siehe die Überlegungen zur ärztlichen Qualitätskontrolle unten).

Festzuhalten ist daher, dass die Tätigkeit der Ärztekammern im eigenen Wirkungsbereich bereits auf Grund der (verfassungs-)gesetzlichen Vorgaben als Tätigkeit „im Interesse des Ärztestandes" definiert ist. Sie erfolgt daher im Zweifel **nicht unmittelbar oder mittelbar** für den Menschen, auch wenn Patienten Nutznießer der „Organisation" der Ärzteschaft durch die Ärztekammern sind.

Wichtig ist, dass dies somit auch auf Tätigkeiten zutreffen kann, die für sich genommen „medizinisch-wissenschaftlich" im Sinne der Rechtsprechung des VwGH sind. Wenn etwa eine ärztliche Begutachtung von Publikationen im Auftrag einer Pharmafirma erfolgt, so geht es dabei um Tätigkeiten im Zusammenhang mit einem Produkt, das der Heilung von Menschen dient – das ist auch der Geschäftsgegenstand einer Pharmafirma; es liegt daher „ärztliche Tätigkeit" vor. Wenn hingegen ein Referent für Arzneimittel zur Vorbereitung einer kammerinternen Information an die Standesmitglieder eine vergleichbare Auswertung von Publikationen vornimmt, erfolgt dies im Interesse des Ärztestandes. Hier erfolgt die Tätigkeit daher, weil von einem Ärztekammerfunktionär vorgenommen, nicht „unmittelbar oder mittelbar für den Menschen", sondern im Interesse des Ärztestandes. Sie stellt daher keine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG dar. Weitere Funktionärstätigkeiten, bei denen aus den dargestellten Gründen eine ärztliche Tätigkeit zu verneinen ist, sind all jene, in denen Funktionäre für **bestimmte Fachgebiete** bestellt sind und in dieser Funktion einerseits andere **Standesangehörige beraten** und andererseits im Namen der Ärztekammern **Öffentlichkeitsarbeit** betreiben. Beispiele für solche Funktionen in der Ärztekammer für Wien sind etwa Impfreferenten, Referenten für Public Health, Referenten für Patientensicherheit oder auch Referenten für nicht-ärztliche Gesundheitsberufe. Bei Ausübung (zumindest eines Teils)

---

17 Zu den Gründen *Wallner* in *Resch/Wallner* (Hrsg) Handbuch Medizinrecht[2] (2015) Kap XXI. Berufsrecht der Ärzte Rz 424.

18 § 20 ZahnärztekammerG.

ihrer Tätigkeit wenden diese Funktionäre, wie bereits erwähnt, jedenfalls medizinisch-wissenschaftliche Erkenntnisse an, dennoch sind sie für die Kammerangehörigen, dh den Ärztestand, und nicht „(un-)mittelbar für den Menschen", dh den Patienten, tätig. Dies ergibt sich für die Ärztekammer für Wien auch klar aus der Satzung, die die Präsidialreferenten ausdrücklich als „zur Unterstützung des Präsidenten und des Präsidiums" zuständige Funktionen einrichtet (§ 8 Abs 1). Nochmals festzuhalten ist, dass dann, wenn derartige beratende Tätigkeiten nicht für Standesorganisation, sondern für „Gesundheitsdienstleiter" im weiteren Sinne (zB Krankenanstalten, Pharmafirmen) erfolgen, diese nach der Rechtsprechung des VwGH als „ärztliche Tätigkeit" einzustufen sind, weil sie zumindest mittelbar für Patienten erfolgen. Sofern freilich der eigene Stand im Rahmen der beruflichen Selbstverwaltung beraten wird, geht es um das „ausschließliche oder überwiegende gemeinsame Interesse" der Ärzte.

Weiters ist zu beachten, dass Ärztekammerfunktionäre regelmäßig auch Aufgaben wahrnehmen werden, die keine auf „medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründete Tätigkeit" im Sinne des § 2 ÄrzteG darstellen. Bei einer Tätigkeit etwa im Bereich repräsentativer nichtwissenschaftlicher Veranstaltungen (zB Ärzteball) liegt der fehlende Bezug zu medizinischen Erkenntnissen auf der Hand. Auch die Verhandlung von Kollektivverträgen durch die Ärztekammer stellt keine medizinische Tätigkeit dar: Zwar sind hier ärztliche Kenntnisse sicherlich hilfreich, dennoch geht es hier darum, **Interessen von Ärzten als Arbeitnehmer** zu vertreten. Dies gilt dann auch für die Verhandlung von Gesamtverträgen mit der Sozialversicherung: Hier geht es nicht um die Anwendung medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse, sondern um die **Vertretung der Interessen der Ärzte als Vertragspartner** der Sozialversicherung. Medizinische Kenntnisse sind dafür, insb auch bei der Verhandlung einer Honorarordnung, äußerst wichtig, als Anwendung medizinisch-wissenschaftlicher Erkenntnisse kann dies dennoch nicht bezeichnet werden – der Hauptgegenstand dieser Tätigkeit ist ein ganz anderer. Dagegen spricht auch nicht die Rechtsprechung des VwGH, nach der organisatorische und wirtschaftliche Tätigkeiten, die die Entfaltung einer unmittelbaren ärztlichen Tätigkeit ermöglichen sollen, ebenfalls ärztliche Tätigkeiten sind: Dort handelt es sich gewissermaßen um „dienende Funktionen" der ärztlichen Berufsausübung, während die Verhandlung von Kollektivverträgen oder Gesamtverträgen eine eigenständige und in sich abgeschlossene Aufgabe der Ärztekammern ist.

Zumindest zweifelhaft ist die Bejahung einer medizinischen Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG auch bei gesundheitspolitischem Tätigwerden von Funktionären der Ärztekammer. Auch hier werden diese nicht als medizinische Experten oder Gutachter tätig, sondern jedenfalls **auch** als

Vertreter der Interessen der Ärzteschaft als handelnder Akteur im Gesundheitssystem. Zwar benötigen sie dafür medizinische Kenntnisse, sie wenden diese aber nicht nach wissenschaftlichen Methoden – also im Sinne eines Versuchs, in „methodischer, systematischer und nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse" [betreffend den gesundheitlichen Zustand von Menschen] zu gewinnen"[19] – an, sondern zur Erzielung (standespolitischer) Resultate in einem politischen Prozess. Meines Erachtens ist daher bei gesundheitspolitischer Tätigkeit schon das erste Definitionselement der ärztlichen Tätigkeit zu verneinen. Jedenfalls zu verneinen ist aber hier das Tätigwerden unmittelbar oder mittelbar für den Menschen, da es sich bei der Standespolitik im Gesundheitsbereich um eine Kernaufgabe der selbstverwalteten Standesvertretung durch die Ärztekammern handelt.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass Tätigkeiten von Ärztekammerfunktionären regelmäßig keine ärztlichen Tätigkeiten im Sinne des § 2 ÄrzteG darstellen. Zum einen deshalb, weil diverse Tätigkeiten schon für sich keine auf „medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gegründete Tätigkeit" darstellen werden, sondern Interessenvertretung. Zum anderen deshalb, weil ganz regelmäßig – auch dort, wo die Tätigkeit auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen gründet – die Tätigkeit der Ärztekammern (im eigenen Wirkungsbereich) im ausschließlichen oder überwiegenden Interesse der Ärzteschaft erfolgt und somit nicht „unmittelbar oder mittelbar für den Menschen".

Auch aus der inneren Systematik des ÄrzteG geht klar hervor, dass dieses keinesfalls jegliche Tätigkeit als Funktionär einer Ärztekammer als „Ausübung des ärztlichen Berufs" ansieht. Dies erkennt man aus dem die Verschwiegenheitspflicht in den Ärztekammern regelnden § 89 ÄrzteG (bzw der Parallelbestimmung in § 4 ZahnärztekammerG). Der erste Satz der Bestimmung lautet: „Die Organe und Referenten sowie das gesamte Personal der Ärztekammer sind, soweit sie nicht schon nach anderen gesetzlichen Vorschriften zur Verschwiegenheit verpflichtet sind, zur Verschwiegenheit über alle ihnen aus ihrer amtlichen Tätigkeit bekannt gewordenen Tatsachen verpflichtet, deren Geheimhaltung im Interesse der Kammer, einer Gebietskörperschaft oder der Parteien geboten ist; dies gilt insbesondere für Schriftstücke, die für vertraulich erklärt wurden". Es wird somit (unter anderem) für die Organe eine Schweigepflicht vorgesehen, die über sonstige gesetzliche Verschwiegenheitspflichten hinausgeht. Die in § 73 ÄrzteG geregelten Organe bestehen allesamt aus Kammerangehörigen, dh Ärzten, welche bereits der ärztlichen Schweigepflicht nach § 54 ÄrzteG unterliegen (für die

19 *Rebhahn,* Weisungen im Universitätsbereich (1982) 24.

Zahnärztekammern folgt dies wiederum aus den §§ 22ff bzw § 36ff ZahnärztekammerG, jeweils in Verbindung mit § 21 ZahnärzteG). Diese erstreckt sich auf Geheimisse, die ihnen „in Ausübung ihres Berufs" (dh des ärztlichen) bekannt oder anvertraut wurden. Die ausdrückliche Erwähnung der Organe (und Referenten) der Ärztekammern in § 89 ÄrzteG (§ 4 ZahnärztekammerG) kann somit nur den Zweck haben, diese auch dort zu verpflichten, wo nicht bereits die ärztliche Verschwiegenheitspflicht des § 54 ÄrzteG (§ 21 ZahnärzteG) greift. **Daraus ist klar erkennbar, dass auch der Gesetzgeber des ÄrzteG die Tätigkeit eines Arztes in seiner Kammervertretung im Regelfall nicht bzw nicht zur Gänze als Ausübung des ärztlichen Berufs im Sinne des § 2 ÄrzteG einstuft.**

IV. Ausnahmefälle, in denen Funktionärstätigkeiten bzw Tätigkeiten im Auftrag der Ärztekammern als „ärztliche Tätigkeit" iSd § 109 ÄrzteG anzusehen sind

Von diesem Grundsatz gibt es aber (nur) dort Ausnahmen, wo eine medizinisch-wissenschaftliche Tätigkeit zwar im überwiegenden oder ausschließlichen Interesse der Ärzteschaft erfolgt, aber dennoch eine **Begutachtung bzw Behandlung** eines **bestimmten Patienten** umfasst. Dies trifft etwa auf **Vertrauensärzte des Verwaltungsausschusses** zu, die einen möglichen Leistungsberechtigten untersuchen bzw begutachten. Auch wenn diese Untersuchung im Interesse der Standesvertretung erfolgt, erfüllt sie dennoch ganz klar das Kriterium des § 2 Abs 3 ÄrzteG bzw § 4 Abs 3 Z 7 ZahnärzteG (ärztliches Zeugnis/ärztliches Gutachten). Auch Ärzte, die von der Patientenschiedsstelle als „ärztliche Sachverständige" zur **Beurteilung von Einzelfällen** beigezogen werden, sind ärztlich tätig. Zwar liegt das Handeln der Schiedsstelle primär im Interesse der Ärzteschaft (Verhinderung von Rechtsstreitigkeiten durch außergerichtliche Beilegung), aber die Begutachtung/Befundung einer bestimmten Person ist nach § 2 Abs 3 ÄrzteG bzw § 4 Abs 3 Z 7 ZahnärzteG jedenfalls ärztliche Tätigkeit. Soweit Funktionäre der Ärztekammer hingegen dann auf Grundlage dieser erhobenen Gutachten/Befunde Entscheidungen treffen bzw abwickeln (Zuerkennung von Leistungen des Wohlfahrtsfonds; Zuerkennung einer Patientenentschädigung), werden sie im Interesse der Standesvertretung tätig, womit sie keine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG bzw § 4 ZahnärzteG mehr ausüben. Ebenfalls als ärztliches Handeln anzusehen ist nach den mir vorliegenden Informationen die Tätigkeit der ärztlichen Leiter (einschließlich Stellvertreter) des Ärztefunkdienstes. Hier organisiert die Kammer nicht nur von sich aus die Bereitstellung medizinischer Leistungen **für bestimmte Patienten**, sondern der ärztliche Leiter ist im Zweifelfall auch zur **Abgabe ärztlicher Expertisen** berufen.

Als besonders schwierig erweist sich die Abgrenzung in zwei Bereichen, nämlich der ärztlichen Qualitätssicherung einerseits und der ärztlichen Fortbildung andererseits.

Im Bereich der ärztlichen **Qualitätssicherung** besteht kein Zweifel, dass es um die Anwendung medizinisch-wissenschaftlicher Kenntnisse geht. Erneut ist danach zu fragen, ob die Tätigkeit zuständiger Funktionäre primär im Standesinteresse liegt, also in der Beratung von Kammerangehörigen bzw der Vertretung ihrer Interessen oder aber vielmehr die Interessen der Patienten im Vordergrund stehen. Ersteres ist bei Qualitätssicherungsmaßnahmen nach § 66a Abs 1 Z 18 ÄrzteG der Fall, da diese Bestimmung das „überwiegende Interesse der Ärzte des jeweiligen Bundeslandes" ausdrücklich hervorhebt und eine Vollziehung im eigenen Wirkungsbereich anordnet. Dies gilt ebenso für Qualitätssicherungsmaßnahmen der Österreichischen Ärztekammer nach § 117b Abs 1 Z 22 ÄrzteG, die ebenfalls ausdrücklich als „im überwiegenden Interesse der Ärzte gelegen" bezeichnet (und im eigenen Wirkungsbereich vollzogen) werden. Letzteres ist wiederum dort der Fall, wo Kammerfunktionäre im Bereich der **Qualitätskontrolle iwS** tätig sind. Dass es hier nicht mehr überwiegend um Standesinteressen geht, erkennt man bereits daran, dass § 117c Abs 1 Z 4 ÄrzteG die bundesweite Qualitätssicherung der ärztlichen Berufsausübung der Österreichischen Ärztekammer als Aufgabe im übertragenen Wirkungsbereich zuweist und dies sogar ausdrücklich mit „überwiegenden Interessen der Allgemeinheit" begründet. In diesem Fall ist das Tätigwerden der Funktionäre insoweit „ärztliche Tätigkeit" im Sinne des ÄrzteG. Zusammenfassend bedeutet dies: Die für **Qualitätssicherungsmaßnahmen** zuständigen Referenten der Ärztekammern in den Ländern und der Österreichischen Ärztekammer üben keine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG aus, anders sieht es im Bereich der **Qualitätskontrolle** durch die Österreichische Ärztekammer aus.

Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass Disziplinarverfahren – auch wegen Qualitätsmängeln – ein wesentliches Element des eigenen Wirkungsbereichs der freien Berufe sind. Die Ausübung von Funktionen der standeseigenen Disziplinargewalt ist daher auch beim Vorwurf mangelhafter Qualitätssicherung gegenüber einem Standesangehörigen keine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG.

Bei der Österreichischen Zahnärztekammer ist hingegen zu beachten, dass § 19 Abs 1 Z 3 ZahnärztekammerG die „Errichtung, Beteiligung bzw. Beauftragung einer Einrichtung für zahnärztliche Qualitätssicherung und Mitwirkung bei der Kontrolle von Qualitätssicherungsmaßnahmen" ausdrücklich als **Aufgaben des eigenen Wirkungsbereichs** festlegt und damit als im Standesinteresse liegend definiert; einzig die Erlassung einer

Qualitätssicherungsverordnung wird von § 20 Abs 4 Z 2 ZahnärztekammerG dem übertragenen Wirkungsbereich zugewiesen.

Tätigkeit in der ärztlichen Fortbildung wird von der Rechtsprechung des VwG Wien und des VwGH als ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG angesehen. Wenn solche Leistungen von einem kommerziellen Anbieter erbracht werden, gelten nicht nur die Tätigkeit des Vortragenden, sondern grundsätzlich auch die durch einen Arzt erfolgende Organisation eines Vortragsprogramms als „ärztliche Tätigkeit". Erfolgt die Fortbildung durch eine Ärztekammer, ist mE zu differenzieren. Soweit Fortbildungsveranstaltungen durch Funktionäre der Ärztekammern bzw der Bundeskammer approbiert, akkreditiert oder organisiert werden, erfolgt diese Tätigkeit erneut im überwiegenden Interesse des Ärztestandes (was auch daran erkennbar ist, dass diese Tätigkeiten von § 66a Abs 1 Z 17 und § 117b Abs 1 Z 21 ÄrzteG dem eigenen Wirkungsbereich zugewiesen werden. Auch im Zahnärzterecht ist zahnärztliche Fortbildung gem § 35 Abs 2 Z 8 bzw § 19 Abs 1 Z 4 und Abs 2 Z 1 ZahnärztekammerG eine Aufgabe des eigenen Wirkungsbereichs). Die oder der **Vortragende** bei einer solchen Veranstaltung übt hingegen auch dann, wenn sie oder er Funktionär/in der Ärztekammer ist, eine „ärztliche Tätigkeit" im Sinne des § 2 ÄrzteG aus. Dies deshalb, weil der Vortrag vor bestimmten Ärzten erfolgt und gezielt deren Fortbildung dient. Die Vortragstätigkeit erfolgt somit im Gegensatz zur Organisation und Überwachung der Fortbildungsveranstaltungen nicht mehr im (potenziellen) Interesse des gesamten Ärztestandes, sondern für bestimmte Angehörige der Ärzteschaft und damit mittelbar für deren Patienten.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten: Eine Tätigkeit als Funktionär einer Ärztekammer stellt jedenfalls bei Aufgaben im eigenen Wirkungsbereich – was auf die Aufgaben der Ärztekammer für Wien nach dem ÄrzteG sowie der Landeszahnärztekammern nach dem ZahnärztekammerG zutrifft – im Regelfall keine ärztliche Tätigkeit dar.

Ausnahmen bestehen nur für folgende Bereiche:

- **Untersuchung bzw Begutachtung von Personen bzw von deren medizinischen Unterlagen zum Zwecke der Erstellung eines ärztlichen Gutachtens/Befundes**
- **Organisation und Betreuung von Patienten im Rahmen eines von der Kammer organisierten Funk- oder Notdienstes**
- **Tätigkeit als Vortragender bei Fortbildungsveranstaltungen der Kammer**

Hier liegt jeweils ärztliche Tätigkeit vor.

V. Beurteilung von Funktionärstätigkeiten im übertragenen Wirkungsbereich

Im Bereich der Österreichischen Ärztekammer sieht das ÄrzteG auch einen übertragenen Wirkungsbereich vor, hier nimmt die Österreichischen Ärztekammer „Aufgaben staatlicher Verwaltung" wahr (Art 120b Abs 2 B-VG). Zu klären ist, inwieweit die Tätigkeit von Funktionären hier als „ärztliche Tätigkeit" anzusehen ist.

Grundsätzlich gilt auch hier, dass alle Aufgaben des übertragenen Wirkungsbereichs, die nicht auf medizinisch-wissenschaftlichen Erkenntnissen beruhen, keine „ärztlichen Tätigkeiten" darstellen. Dies trifft insb auf Fragen der Führung der Ärzteliste zu, die erst auf Grund eines umstrittenen Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofs vom Gesetzgeber dem übertragenen Wirkungsbereich zugeordnet wurden[20]. Dennoch handelt es sich hier (§ 117c Abs 1 Z 2, Z 3 und Z 6 ÄrzteG) letztlich um Aufgaben, die standespolitischer Natur bzw echte „Verwaltungsaufgaben" sind. Auch die Erlassung von Verordnungen (§ 117c Abs 2 ÄrzteG) ist als hoheitliche Aufgabe der Rechtssetzung im materiellen Sinn und damit nicht als „ärztliche Tätigkeit" anzusehen. Und schließlich ist die Organisation und Durchführung einer Deutschprüfung, auch wenn dabei Fachkenntnisse abgeprüft werden, im Gegensatz zu medizinischem Unterricht meines Erachtens keine „ärztliche Tätigkeit".

Um „ärztliche Tätigkeiten" handelt es sich aber dort, wo medizinisch-wissenschaftliche Kenntnisse benötigt werden und diese im Interesse der Patientinnen und Patienten zum Einsatz kommen. Dies ist überall dort der Fall, wo im übertragenen Wirkungsbereich Funktionäre der Ärztekammer medizinische Behandlungseinrichtungen bzw andere Ärzte zu „überprüfen" haben, also zum einen in den bereits angesprochenen Fragen der **Qualitätskontrolle iwS** (§ 117c Abs 1 Z 4 ÄrzteG) und zum anderen bei der **Anerkennung bzw Überwachung von ärztlichen Ausbildungsstätten und Lehrambulatorien** (§ 117c Abs 1 Z 1 ÄrzteG) bzw bei der **Anerkennung von Ärzten nach § 4 Abs 3 ÄsthOpG** (§ 117c Abs 1 Z 5 ÄrzteG). Soweit Funktionäre der Ärztekammer zur Erfüllung ihrer Aufgaben in diesen Bereichen medizinische Expertise zum Einsatz bringen müssen, ist ihre Tätigkeit als im Interesse der Patientinnen und Patienten bzw der öffentlichen Gesundheitsversorgung anzusehen und stellt daher ärztliche Tätigkeit iSd § 2 und des § 109 ÄrzteG dar.

---

[20] Dazu mwN *Wallner* in *Neumayr/Resch/Wallner* (Hrsg) Gmundner Kommentar zum Gesundheitsrecht (2016) §§ 117 – 117e ÄrzteG Rz 5.

Als Ergebnis ist daher festzuhalten, dass Tätigkeiten von Funktionären der Österreichischen Ärztekammer im übertragenen Wirkungsbereich dort als „ärztliche Tätigkeit" iSd § 2 ÄrzteG anzusehen sind, wo diese im über- bzw nachprüfenden Einsatz von medizinischer Expertise besteht.

Für den eigenen Wirkungsbereich der Österreichischen Ärztekammer ist auf die oben angestellten Überlegungen zu verweisen.

Hinsichtlich der **Österreichischen Zahnärztekammer** gilt sinngemäß, dass zahnärztliche Tätigkeit nach § 109 ÄrzteG in Verbindung mit § 4 Abs 2 ZahnärzteG in den Angelegenheiten des § 20 Abs 1 ZahnärztekammerG (übertragener Wirkungsbereich der Österreichischen Zahnärztekammer) dann vorliegt, wenn Funktionäre zahnmedizinische Expertise über- bzw nachprüfend zum Einsatz bringen.

VI. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die klare Regelung des ÄrzteG

Dies bedeutet, dass die Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder von Funktionären der Ärztekammer grundsätzlich nicht in die Bemessungsgrundlage für Beiträge zum Wohlfahrtsfonds einzubeziehen sind. Dies ergibt sich, wie dargestellt, bereits aus einer Auslegung des ÄrzteG, ist somit bereits **gesetzlich festgelegt.** Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist diese Entscheidung des Gesetzgebers meines Erachtens nicht zu beanstanden: Das System der Wohlfahrtsfonds dient der solidarischen Versorgung und Unterstützung der Kammerangehörigen (dh des Ärztestands) und deren Angehörigen. Zu diesem Zweck haben grundsätzlich alle Kammerangehörigen Beiträge aus ihrem Einkommen aus ärztlicher Tätigkeit zu leisten (zu Ermäßigung und Befreiung von der Beitragspflicht vgl § 111 und § 112 ÄrzteG). Abgesehen von der Grundleistung sind die individuellen Beiträge bei der Bemessung der Leistungsansprüche zu berücksichtigen (§ 98 Abs 5 ÄrzteG). Wenn nunmehr Ärztekammerfunktionäre hinsichtlich ihres aus dieser Tätigkeit erzielten Einkommensanteils nicht beitragspflichtig sind, so kann dies damit begründet werden, dass diese ihre Tätigkeit als Kammerfunktionär selbst einen solidarischen Beitrag zur Funktion des Ärztestandes darstellt. Daher ist es nicht unsachlich, diese Einkommensteile nicht zu belasten – zugleich bedeutet dies ja auch, dass die individuellen Leistungen aus dem Wohlfahrtsfonds entsprechend niedriger ausfallen könnten, da weniger eingezahlt wurde.

Meines Erachtens wäre es aber auch nicht verfassungswidrig, wenn der Gesetzgeber auch die Einnahmen aus ärztlicher Funktionärstätigkeit in die Bemessungsgrundlage mit einbezieht: Damit würde insgesamt mehr Geld in den Wohlfahrtsfonds fließen und auch den Funktionären

individuell eine höhere Leistungen zukommen können. Dafür würden aber die ausbezahlten Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder mit den Beiträgen zum Wohlfahrtsfonds belastet. Dieser „Kürzung" stünde dann aber eben die individuell höhere Leistung gegenüber. Insoweit würden die Funktionäre auch mit ihrem Funktionärseinkommen zur solidarischen Unterstützung verpflichtet, dem stünde aber auch eine gewisse Gegenleistung gegenüber.

Insoweit ist festzuhalten, dass verfassungsrechtlich keine zwingenden Argumente **für** oder **gegen** eine Einbeziehung von Funktionsgebühren, Auslagenersätzen und Sitzungsgeldern in die Bemessungsgrundlage für den Wohlfahrtsfonds sprechen. Dem Gesetzgeber des Ärztegesetzes kommt insoweit ein entsprechender Spielraum zu[21].

Derzeit hat er den Spielraum dahingehend genützt, dass er Einnahmen aus Funktionärstätigkeit nicht in die Bemessungsgrundlage einbeziehen lässt: Einzubeziehen sind gem § 109 ÄrzteG nur Einnahmen aus „ärztlicher Tätigkeit" im Sinne des § 2 ÄrzteG bzw § 4 ZahnärzteG, wozu die Einnahmen aus Funktionärstätigkeit, wie oben dargestellt, überwiegend nicht zählen.

Die Nichteinbeziehung der Einnahmen aus Funktionärstätigkeit in die Bemessungsgrundlage ergibt sich somit bereits unmittelbar aus dem Gesetz. Wie oben dargelegt, ergibt nämlich eine Auslegung des ÄrzteG diesbezüglich ein sehr klares Ergebnis (auch wenn eine verbindliche Entscheidung im Einzelfall letztlich nur der VwGH als zuständiges Höchstgericht vornehmen kann). Daraus folgen zwei für die Beantwortung der dem Gutachter gestellten Fragen wesentliche Einsichten:

1) Nach Art 120b Abs 1 B-VG können Selbstverwaltungskörper wie die Ärztekammer für Wien durch ihre Organe „Satzungen im Rahmen der Gesetze" erlassen. Unter den Begriff Satzungen fallen Verordnungen, die Rechte und Pflichten der Mitglieder der Selbstverwaltungskörper, insb finanzieller Natur, regeln[22]. Daher fällt auch die Beitragsordnung des Wohlfahrtsfonds unter diesen Begriff. Aus der Formulierung „im Rahmen der Gesetze" leitet nunmehr die völlig herrschende Ansicht ab[23], dass das Satzungsrecht

---

21 Vgl auch allgemein zum gesetzgeberischen Spielraum bei der Festlegung von Kammerumlagen VfSlg 14.072/1995 (Wirtschaftskammer), bestätigend VfSlg 16.908/2003 (Ärztekammer).

22 Vgl dazu mwN aus der Rsp *Mayer/Muzak,* B-VG[5] (2015) Art 120b B-VG I.2.

23 Vgl zB *Mayer/Muzak,* B-VG[5] (2015) Art 120b B-VG I.2; *Öhlinger/Eberhard,* Verfassungsrecht[11] (2016) Rz 614; *Berka,* Verfassungsrecht[6] (2016) Rz 766 iVm Rz 668; *Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger,* Bundesverfassungsrecht[11] (2015) Rz 920/1 mwN. Der VfGH hat sich zu dieser Frage noch nicht eindeutig positioniert: Kurz nach der Neuerlassung des Art 120b B-VG legte er die Satzungsautonomie in VfSlg 18.637 eher restriktiv aus. Auch bei der vom Wortlaut der Verfassung vergleichbaren Satzungsautonomie der Universitäten hat er sich in VfSlg 19.775 zwar eher zurückhaltend gezeigt, bei genauer Betrachtung sind seine Ausführungen

gesetzesergänzend ist, dh Selbstverwaltungskörper im Rahmen der Satzung Fragen regeln dürfen, die das Gesetz nicht abschließend beantwortet. *Stolzlechner* formuliert dies wie folgt: „Die satzungsgemäße Regelung interner Rechtsverhältnisse ist also insoweit erlaubt, als der Gesetzgeber dazu einen Freiraum gelassen hat“[24]. Wenn somit, wie im folgenden Fall, das ÄrzteG – konkret eine systematische Auslegung der §§ 2, 89 und 109[25] – eine klare Antwort auf die Frage nach der Einbeziehung von „Funktionärseinkommen“ in die Bemessungsgrundlage für den Wohlfahrtsfonds gibt, bleibt für eine abweichende Satzungsregelung (in der Beitragsordnung) kein Raum. Eine von den Vorgaben des ÄrzteG abweichende Beitragsordnung wäre vielmehr gesetzwidrig iSd Art 139 B-VG. Daraus folgt, dass im vorliegenden Fall eine Einbeziehung von „Funktionärseinkommen“ im Wege einer Änderung der Beitragsordnung zum Wohlfahrtsfonds unzulässig ist.

2) Auf Grund einer klaren Antwort des ÄrzteG auf die Frage nach der Einbeziehung von Funktionärseinkommen und keiner Möglichkeit einer ergänzenden Regelung durch die Beitragsordnung hat auch der Verwaltungsausschuss als Organ der Ärztekammer für Wien bei der Vollziehung des § 109 ÄrzteG keinen Spielraum. Vielmehr hat er insoweit „auf Grund des Gesetzes“ zu entscheiden. Er hat daher bei der Erstellung von Vorschreibungen für den Wohlfahrtsfonds Einkommen aus Funktionärstätigkeit grundsätzlich nicht für die Bemessungsgrundlage zu berücksichtigen, es sei denn, es liegt eine der dargestellten Ausnahmen vor. In diesen Fällen wiederum liegen Einnahmen aus „ärztlicher Tätigkeit“ vor, so dass eine Berücksichtigung zu erfolgen hat.

VII. Beantwortung der Fragen 1 und 2

Auf Grund der bislang angestellten Überlegungen ist somit auf die dem Gutachter gestellten Fragen 1 und 2 wie folgt zu antworten:

Frage 1. Der Gutachter möge klären, ob Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder auf Basis des Ärztegesetzes Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit darstellen und es daher auf Grundlage der aktuellen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts im Gestaltungsbereich der Vollzugsbehörde „Verwaltungsausschuss“ liegt, diese in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds einzubeziehen.

---

keine grundsätzliche Ablehnung eines Spielraums der Universitäten: vgl nur *Zußner,* Verfassungsrechtliche Grenzen universitärer Autonomie, JBl 2014, 750 (767ff).

[24] *Stolzlechner,* Art 120b B VG Rz 19, in *Kneihs/Lienbacher* (Hrsg) Rill Schäffer-Kommentar (2010).

[25] Bzw eine Zusammenschau der § 4 ZahnärzteG und § 4 ZahnärztekammerG mit § 109 ÄrzteG.

Antwort auf Frage 1: Die Tätigkeit als Funktionär einer Ärztekammer (Zahnärztekammer) stellt, wie eine systematische Auslegung des ÄrzteG zeigt, grundsätzlich keine ärztliche Tätigkeit im Sinne des § 2 ÄrzteG (§ 4 ZahnärzteG) und damit auch des § 109 ÄrzteG dar. Auf Grund einer Funktionärstätigkeit gebührende Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder sind daher vom Verwaltungsausschuss nicht in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds einzubeziehen.

Eine Ausnahme besteht nur für nachfolgende Tätigkeiten. Diese sind auch dann ärztliche Tätigkeiten im Sinne des § 109 ÄrzteG, wenn sie von Funktionären der Ärztekammern bzw Zahnärztekammern im eigenen Wirkungsbereich ausgeübt werden:

- Untersuchung bzw Begutachtung von Personen bzw von deren medizinischen Unterlagen zum Zwecke der Erstellung eines ärztlichen Gutachtens/Befundes
- Organisation und Betreuung von Patienten im Rahmen eines von der Kammer organisierten Funk- oder Notdienstes
- Tätigkeit als Vortragender bei Fortbildungsveranstaltungen der Kammer
- Im übertragenen Wirkungsbereich der Österreichischen Ärztekammer: Einsatz medizinischer Expertise bei der Qualitätskontrolle (§ 117c Abs 1 Z 4 ÄrzteG), der Anerkennung bzw Überwachung von ärztlichen Ausbildungsstätten und Lehrambulatorien (§ 117c Abs 1 Z 1 ÄrzteG) bzw bei der Anerkennung von Ärzten nach § 4 Abs 3 ÄsthOpG (§ 117c Abs 1 Z 5).
- Im übertragenen Wirkungsbereich der Österreichischen Zahnärztekammer: überprüfender bzw nachprüfender Einsatz zahnmedizinischer Expertise durch Funktionäre in den Aufgabenbereichen des § 20 Abs 1 ZahnärztekammerG.

Entgelte für derartige Tätigkeiten sind vom Verwaltungsausschuss in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds einzubeziehen.

Frage 2. Der Gutachter möge des Weiteren klären, ob die Einbeziehung von Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgeldern durch die Schaffung einer eigenen Bestimmung in der Beitragsordnung des Wohlfahrtsfonds durch die Erweiterte Vollversammlung der Ärztekammer für Wien ärztegesetzlich gedeckt wäre.

Antwort auf Frage 2: Eine Einbeziehung von Funktionsgebühren, Auslagenersätzen und Sitzungsgelder in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds über das in der Antwort auf Frage 1 geschilderte Ausmaß hinaus würde den geltenden Regelungen des ÄrzteG widersprechen. Da die Beitragsordnung des Wohlfahrtsfonds als Verordnung der Ärztekammer

nur „im Rahmen der Gesetze" erlassen werden darf (Satzungsautonomie der beruflichen Selbstverwaltung), darf sie diesen – und somit auch dem ÄrzteG – nicht widersprechen. Aus diesem Grund ist es der Erweiterten Vollversammlung verwehrt, durch eine Änderung der Beitragsordnung Funktionsgebühren, Auslagenersätzen und Sitzungsgelder in die Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds einzubeziehen. Eine solche Änderung wäre wegen Widerspruchs zum ÄrzteG rechtswidrig.

VIII. Beantwortung der Frage 3

Auf Grund der bisherigen Antworten ist somit auch noch Frage 3 zu beantworten. Diese lautet: **3. Sollte der Gutachter zum Ergebnis kommen, dass Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder (überwiegend) nicht Einnahmen aus ärztlicher Tätigkeit sind, möge der Gutachter Überlegungen anstellen, welche gesetzlichen Änderungen erforderlich wären, um eine Einbeziehung in die Bemessungsgrundlage zu ermöglichen.**

Jedenfalls nicht zweckmäßig wäre eine Änderung der Definition des ärztlichen Berufs in § 2 ÄrzteG. Statt dessen sollte **in § 109 ÄrzteG klargestellt werden**, dass neben Einnahmen aus ärztlicher bzw zahnärztlicher Tätigkeit im bislang bestehenden Sinne auch „Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder aus der Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragte der Ärztekammern" (dieses ist die in § 80 Z 7 ÄrzteG enthaltene Definition der Personen, für die die Diäten- und Reisegebührenordnung der Vollversammlung gilt) in die Bemessungsgrundlage für den Wohlfahrtsfonds miteinzubeziehen sind.

Wie bereits ausgeführt, liegt eine solche Einbeziehung auch im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers des ÄrzteG und begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Zu beachten ist, dass eine Erweiterung der Bemessungsgrundlage des Wohlfahrtsfonds es nicht erforderlich macht, Funktionsgebühren, Auslagenersätze und Sitzungsgelder auch in die Bemessungsgrundlage für die Kammerumlage mit einzubeziehen. Diesfalls würde nämlich die Kammer ihren Funktionären zuerst Gelder auszahlen, um dann einen Teil derselben „für sich selbst" als Umlage zurückzufordern. Damit würde das Geld „von einer Tasche in die andere wandern". Im Fall des § 109 ÄrzteG verhält sich dies insoweit anders, als ein Teil der Funktionärsgelder (mit Ursprung im allgemeinem Kammerbudget) in den Wohlfahrtsfonds (als Sondervermögen) gelangen würde.

Unter Beachtung dieser Rahmenbedingungen wären folgende **fett hervorgehobene** Ergänzungen des § 109 ÄrzteG zweckmäßig. Dabei sollte freilich zuvor standespolitische Einigkeit darüber erzielt werden, ob nur Funktionärseinkommen der Ärztekammern in den Ländern oder auch solche der Österreichischen Ärztekammer in die Bemessungsgrundlage einbezogen werden sollen[26] (dies gilt ebenso für die Zahnärztekammern):

§ 109. (1) Die Kammerangehörigen sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verpflichtet, Beiträge zum Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer zu leisten, in deren Bereich sie zuerst den ärztlichen oder zahnärztlichen Beruf aufgenommen haben, solange diese Tätigkeit **oder eine Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer)** aufrecht ist. Übt ein Kammerangehöriger seinen Beruf **oder sonstige, im vorherigen Satz genannte Tätigkeiten** im Bereich mehrerer Ärztekammern aus, so bleibt er Mitglied im Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer, in deren Bereich er zuerst die Berufstätigkeit aufgenommen hat, solange diese Tätigkeit in dem betreffenden Bundesland aufrecht ist. Eine Unterbrechung dieser Tätigkeit für weniger als sechs Monate sowie eine ärztliche Tätigkeit im Bereich einer anderen Ärztekammer oder im Ausland auf Grund dienstrechtlicher Vorschriften (§ 68 Abs. 4 letzter Satz) gilt diesbezüglich als ununterbrochene Berufsausübung. Nimmt er seine ärztliche Tätigkeit gleichzeitig im Bereich mehrerer Ärztekammern auf, so obliegt ihm die Wahl, zu welchem Wohlfahrtsfonds er seine Beiträge leistet.
(2) keine Änderung erforderlich
(3) Die Höhe der Beiträge zum Wohlfahrtsfonds darf 18 vH der jährlichen Einnahmen **der Summe** aus ärztlicher und/oder zahnärztlicher Tätigkeit einschließlich der Umsatzanteile an Gruppenpraxen **und einer allfälligen Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer)** nicht übersteigen.
(4) bis (7) keine Änderung erforderlich
(7a) Es sollte ein neuer Abs 7a geschaffen werden, der nach dem Vorbild der Abs 5 und 7 näher regelt, wann und wie die Ärztekammer die jeweiligen Anteile aus der Entlohnung für eine Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer) einbehält.

Sollte hingegen die Einbeziehung nur durch Beschluss der Erweiterten Vollversammlung der Ärztekammer für Wien (mittels Änderung der Beitragsordnung) erfolgen, müssten folgende Anpassungen vorgenommen werden:

§ 109. (1) Die Kammerangehörigen sind nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen verpflichtet, Beiträge zum Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer zu leisten, in deren Bereich sie zuerst den ärztlichen oder zahnärztlichen Beruf aufgenommen haben, solange diese Tätigkeit aufrecht ist. Übt ein Kammerangehöriger seinen Beruf im Bereich mehrerer Ärztekammern aus, so bleibt er Mitglied im Wohlfahrtsfonds jener Ärztekammer, in deren Bereich er zuerst die Berufstätigkeit aufgenommen hat, solange diese Tätigkeit in dem betreffenden Bundesland aufrecht ist. Eine Unterbrechung dieser Tätigkeit für weniger als sechs Monate sowie eine ärztliche Tätigkeit im Bereich einer anderen Ärztekammer oder im Ausland auf Grund dienstrechtlicher Vorschriften (§ 68 Abs. 4 letzter Satz) gilt diesbezüglich als ununterbrochene

[26] Freilich ist darauf hinzuweisen, dass eine Einbeziehung von „Funktionärseinkommen" nur der Ärztekammern in den Ländern und nicht auch der Österreichischen Ärztekammer einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung bedürfen würde.

Berufsausübung. Nimmt er seine ärztliche Tätigkeit gleichzeitig im Bereich mehrerer Ärztekammern auf, so obliegt ihm die Wahl, zu welchem Wohlfahrtsfonds er seine Beiträge leistet. **In der Satzung kann bestimmt werden, dass auch eine Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer) eine Beitragspflicht zum Wohlfahrtsfonds begründet. Diesfalls sind die Regelungen des § 109 über die Ausübung des ärztlichen bzw zahnärztlichen Berufs sinngemäß auch auf diese Tätigkeit anzuwenden.**

(2) keine Änderung erforderlich

(3) Die Höhe der Beiträge zum Wohlfahrtsfonds darf 18 vH der jährlichen Einnahmen aus ärztlicher und/oder zahnärztlicher Tätigkeit einschließlich der Umsatzanteile an Gruppenpraxen nicht übersteigen. **Ist in der Satzung bestimmt worden, dass eine Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer) ebenfalls eine Beitragspflicht begründet, so sind auch diese Einnahmen bei der Berechnung der Höchstgrenze von 18vH der jährlichen Einnahmen zu berücksichtigen.**

(4) bis (7) keine Änderung erforderlich

(7a) Es sollte ein neuer Abs 7a geschaffen werden, der nach dem Vorbild der Abs 5 und 7 näher regelt, wann und wie die Ärztekammer die jeweiligen Anteile aus der Entlohnung für eine Tätigkeit als Funktionär, Referent oder sonstiger Beauftragter einer Ärztekammer (Zahnärztekammer) einbehält.