

H U B E R - M E D E K
U N D . P A R T N E R
R E C H T S A N W Á L T E
O G
· · · · ·
· · · · ·
· · · · ·
· · · · ·

E-MAIL VORAUS
EINSCHREIBEN

1. Präsidentin des Nationalrates

Mag.^a Barbara PRAMMER
Dr. Karl Renner-Ring 3
A-1010 Wien
barbara.prammer@parlament.gv.at

2. Bundesministerium für Gesundheit (BMG - II/A/3)

zH Frau Dr.ⁱⁿ Susanne WEISS
Radetzkystraße 2
A-1031 Wien
susanne.weiss@brng.gv.at

24.04.2012 Sz StBWolf/005
T +43 1 513 50 05-20 F +43 1 513 50 05-50
w.schwartz@s-hm.at



Stellungnahme zum ÄsthOpG-Entwurf (BMG-92100/0131-II/A/3/2011)

Sehr geehrte Frau Präsidentin Mag.^a Prammer!

Sehr geehrte Frau Dr.ⁱⁿ Weiss!

In der oben rubrizierten Angelegenheit dürfen wir bekannt geben, dass wir die „Österreichische Gesellschaft für dermatologische Kosmetologie und Altersforschung der Haut“ und die „Austrian Academie of Cosmetic Surgery and Ästhetic Medicine“ rechtsfreundlich vertreten.

Unsere Mandanten haben uns den Ministerialentwurf zu einem „Bundesgesetz, mit dem das Bundesgesetz über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen (Schönheitsoperationen) (ÄsthOpG) erlassen und das Ärztegesetz 1998 geändert wird“ (kurz: „ÄsthOpG-E“), zur Prüfung übermittelt. Diese Prüfung hat schwerwiegende inhaltliche und verfassungsrechtliche Bedenken ergeben, die wir Ihnen namens und auftrags unserer Mandanten nachstehend zur Kenntnis bringen dürfen. Im Einzelnen:

- Allgemeines:** Das ÄsthOpG-E bezweckt ausweislich seiner Erläuternden Bemerkungen die „Schaffung von Regelungen über die Durchführung von ästhetischen Behandlungen und Operationen zum Schutz von Patientinnen und Patienten und zur Qualitätsicherung“. Warum dazu eine *lex fugitiva* erforderlich ist, kann nicht nachvollzogen werden. Gerade im – bislang erfreulicherweise weitgehend einheitlich geregelten – Bereich des Arztrechts sollte eine Inkorporation von allenfalls für notwendig erachteten Regelungen in der grundlegenden Kodifikation des Ärztegesetz 1998 angestrebt werden.

2. **Ärztevorbehalt:** § 1 Abs 2 ÄsthOpG-E bestimmt, dass „[ä]sthetische Behandlungen und Operationen ohne medizinische Indikation ... ärztliche Tätigkeiten im Sinne des Ärztegesetzes 1998“ sind. Warum Handlungsweisen, die medizinisch gerade nicht indiziert sind, den Ärzten vorbehalten bleiben sollen, ist nicht nachvollziehbar. Die Sachlichkeit (Art 7 B-VG, Art 2 StGG) eines solchen „Ärztevorbehalts“ ist fraglich.
3. **Unklare Regelung:** Die Bestimmung des § 1 Abs 2 ÄsthOpG-E steht überdies in einem inhaltlichen Widerspruch zu § 1 Abs 4 ÄsthOpG-E, wonach die „gewerberechtlichen Vorschriften unterliegenden Tätigkeiten“ unberührt bleiben sollen (vgl auch § 1 Abs 5 ÄsthOpG-E); welche das sind, wird nicht gesagt. In Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG wäre eine Legistik wünschenswert, die dem Rechtsunterworfenen die Denksportaufgabe erspart, den Anwendungsbereich des ÄsthOpG mühsam selbst entschlüsseln zu müssen.
4. **Weite der Begriffsbestimmung:** Die Begriffsbestimmung des § 3 Abs 1 ÄsthOpG-E ist – liest man sie in Zusammenhang mit der (bloß demonstrativen!) Methodenaufzählung des § 4 Abs 1 bis Abs 3 ÄsthOpG-E – uferlos: Dem ÄsthOpG-E unterlägen als „ästhetische Operation“ bzw „ästhetische Behandlung“ nicht nur operativ-chirurgische Behandlungen, sondern auch Behandlungen „mit anderen als operativ-chirurgischen Methoden“, solange sie „einer subjektiv wahrgenommenen Verbesserung des optischen Aussehens oder der Verschönerung des menschlichen Körpers oder der ästhetischen Veränderung des körperlichen Aussehens einschließlich der Behandlung altersbedingter äußerlicher Veränderungen des Körpers ohne medizinische Indikation“ dienen.

Da der verwendete Behandlungsbegriff – mangels Legaldefinition – unklar ist, eine medizinische Indikation nicht verlangt wird und eine lediglich „subjektive“ (sic!) Verbesserung ausreicht, kann nahezu jede Handlung (Friseur? Kosmetische Gesichtsbehandlung? Maniküre und Pediküre? Dentalhygiene und Bleaching? Personal Training?) dem Anwendungsbereich des ÄsthOpG-E unterworfen sein. Dies ist überschießend und mithin unsachlich (Art 7 B-VG, Art 2 StGG).

5. **Monopolisierung:** Alle unter die uferlos weite Begriffsbestimmung des § 3 Abs 1 ÄsthOpG-E fallenden (Be-)Handlungen werden durch § 4 Abs 3 ÄsthOpG-E gesetzlich den zur selbständigen Berufsausübung berechtigten Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie vorbehalten. Diese Regelung ist in mehrfacher Hinsicht verfassungswidrig:

- Zunächst greift eine solche Monopolisierung in verfassungswidriger Weise in die Ausübungsrechte anderer Berufsgruppen (zB Kosmetiker, Fußpfleger, Tätowierer, Piercing-Anbieter, Personal Trainer) ein. Dieser Eingriff ist dort, wo eine Gesundheitsgefährdung mit der nunmehr monopolisierten Regelung nicht verbunden ist, insofern verfassungswidrig, als sie eine gesundheitsungefährliche Handlung nur Ärzten vorbehält. Dies ist unsachlich (Art 7 B-VG, Art 2 StGG) und greift in das Grundrecht auf Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) ein.

Sofern eine Monopolisierung aufgrund potentieller Gesundheitsgefährdungen frei-lich gerechtfertigt werden könnte, ist die Regelung insofern verfassungswidrig, als sie ohne Übergangsfristen erlassen wurde. Dies ist gleichheitswidrig (Art 7 B-VG, Art 2 StGG) und verletzt das Grundrecht auf Eigentum (Art 5 StGG, Art 1 1. ZProtMRK).

- b. Die hier in Rede stehende Regelung greift aber nicht nur in die Ausübungsberechte anderer Berufsgruppen, sondern auch in die von Ärzten ein: Wird das ÄsthOpG so erlassen, wie es nun im Entwurf vorgesehen ist, dann dürfen Fachärzte für Augen-heilkunde und Optometrie zB keine Lidoperationen, Fachärzte für Hals-, Nasen- und Ohrenkrankheiten zB keine Nasenkorrekturen, Fachärzte für Haut- und Ge-schlechtskrankheiten zB keine operative Abtragung von Warzen bzw keine opera-tiven Fettabsaugungen unter Lokalanästhesie, Fachärzte für Kinder- und Jugend-chirurgie zB keine Beschneidungen, Fachärzte für Mund-, Kiefer- und Gesichtschi-rurgie zB keine Oberlippennarbenkorrekturen nach Verschluss von Hasenscharten, Fachärzte für Orthopädie und Orthopädische Chirurgie zB keine Behandlungen von Überbeinen und Klumpfüßen, Fachärzte für Urologie zB keine Korrekturen an den Geschlechtsteilen, Zahnärzte keine kosmetisch indizierten Zahnektaktionen mehr vornehmen.

Die Auswirkungen wären dramatisch: Vielen Fachärzten würden Tätigkeitsbereiche wegfallen, in denen sie ausgebildet worden und auf die sie sich jahrelang speziali-siert haben. Für viele würde dies eine Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz bedeuten. Beispiellohaft sei die Ordination eines Dermatologen angeführt, dem durch das geplante Gesetz jährlich ca EUR 300.000,00 bis EUR 400.000,00 – und mithin: ca 40% des Gesamtumsatzes – entgehen würden. Uns ist weiters der Fall einer Klinik mit mehreren multidisziplinären Ärzten bekannt, die einen Einnahmenverlust von ca EUR 1,9 Mio – und mithin: ca 80% des Gesamtumsatzes – erleiden würde.

Sachliche Gründe dafür, den Tätigkeitsumfang dieser Fachärzte einzuschränken, sind nicht ersichtlich. Dies umso weniger, als es gerade die Fachärzte sind, die ei-ne organspezifische Ausbildung erhalten haben und daher das ästhetisch zu be-handelnde Organ genauestens kennen. Warum man diesen Spezialisten die Be-handlung untersagt, ist sachlich nicht nachvollziehbar. Die in § 4 Abs 3 ÄsthOpG-E normierte Monopolisierung verletzt daher die genannten Fachärzte bzw Facharzt-gruppen in deren Grundrechten auf Gleichheit vor dem Gesetz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG), Unverletzlichkeit des Eigentums (Art 5 StGG, Art 1 1. ZProtMRK) und Frei-heit der Erwerbstätigkeit (Art 6 StGG).

- c. Sachlich nicht nachvollziehbar ist es weiters, die ästhetischen Behandlungen bei den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie zu mono-polisieren. Dies zum einen deshalb, weil es diesen Fachärzten – wie bereits aus-geführt (Pkt 5.c.) – am notwendigen organspezifischen Wissen mangelt. Zum an-

deren gibt es eine Fülle an anerkannten ästhetischen Behandlungen, die nicht operativ-chirurgisch sind (zB Peelings, Unterspritzungen, Botox und Abtragungslaser) und auch nicht unter Vollnarkose durchgeführt werden; auch hier fehlt den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie in Regelfall das fachspezifische Wissen. Die Monopolisierung aller ästhetischen Behandlungen bei den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie verletzt mithin das Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes (Art 7 B-VG, Art 2 StGG); es beruht – in den Worten des Verfassungsgerichtshofs – auf keinem vernünftigen Grund.

d. Besonders deutlich wird die Unsachlichkeit dieser Monopolisierung im Verhältnis der Fachärzte für Haut- und Geschlechtskrankheiten einerseits und der Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie andererseits: Die meisten kosmetischen Behandlungen betreffen die Haut; dieses Organ hat den wesentlichen Einfluss darauf, ob man einen Menschen subjektiv als „schön“, „gesund“ bzw „jung“ wahrnimmt. Aus eben diesem Grund waren die Dermatologen seit jeher die Wegbereiter ästhetischer Behandlungsmethoden: So wurde die sicherste Methode der „Fettabsaugung in Tumeszenzlokalanästhesie“ vom Dermatologen *Jeffrey Klein*, das „Laserresurfacing“ vom Dermatologen *David J. Goldberg*, die Haartransplantation vom Dermatologen *Norman Orentreich*, das chemische Peeling vom den beiden Dermatologen *Brody* und *Ruby* entwickelt. Die Liste ließe sich endlos fortsetzen. Sie zeigt die besondere Fachkompetenz und Forschungsaktivität der Fachärzte für Haut- und Geschlechtskrankheiten im Bereich der ästhetischen Behandlungsmethoden.

Es gibt keinen sachlichen Grund dafür, die ästhetischen Behandlungen den Dermatologen zu entziehen und allein den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie zu übertragen. Ganz im Gegenteil: Internationale Studien zeigen, wo die konkreten Gefährdungen liegen. Die aus dem Jahr 2007 stammende „Florida-Studie“ belegt, dass die Fachärzte für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie 45% aller Komplikationen bei ästhetischen Behandlungen zu verantworten hatten; bei den Dermatologen waren es lediglich 1,3% (vgl *Coldiron/Healy/Bene, Office Surgery Incidents: What Seven Years of Florida Data Show Us* (© 2007 bei *American Society for Dermatologic Surgery Inc.*). Der – erst kürzlich veröffentlichten – „Florida/Alabama-Studie“ ist zu entnehmen, dass die Fachärzte für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie 42,3% aller Komplikationen bei ästhetischen Behandlungen zu verantworten hatten; bei den Dermatologen waren es lediglich 1,9% (vgl *Starling/Thosani/Coldiron, Determining the Safety of Office-Based Surgery: What 10 Years of Florida Data an 6 Years of Alabama Data Reveal* (© 2011 bei *American Society for Dermatologic Surgery Inc.*). Auch der einzige in Österreich bislang bekannt gewordene Todesfall im Zug einer ästhetischen Behandlung betraf einen Facharzt für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie (und nicht: einen Dermatologen).

6. Formalgesetzliche Delegation: Diesen – erheblichen – Bedenken gegen die geplante Monopolisierung der ästhetischen Behandlungen den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie kann nun nicht entgegengehalten werden, dass es § 4 Abs 5 Z 2 ÄsthOpG-E zulässt, dass die Österreichische Ärztekammer durch Verordnung weitere Fachärzte bestimmen darf, die zur Durchführung bestimmter ästhetischer Behandlungen und Operationen berechtigt sind.

Dies deshalb nicht, weil es sich bei dieser Bestimmung – nähere Determinanten, wann welche Fachärzte warum zuzulassen sind, fehlen – ganz offensichtlich um eine formalgesetzliche Delegation handelt, die das verfassungsrechtliche Bestimmtheitsgebot des Art 18 Abs 1 B-VG verletzt. Während die Fachärzte für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie *ex lege* zur Durchführung ästhetischer Behandlungen berechtigt sind, sind die anderen Facharztgruppen auf die Gnade der Österreichischen Ärztekammer angewiesen, in deren undeterminiertem Ermessen es steht, ob sie eine Vielzahl jener Tätigkeiten, zu denen sie ausgebildet wurden, auch tatsächlich (weiter) ausüben dürfen. Dies ist inakzeptabel.

7. Wertungswiderspruch: § 4 Abs 4 ÄsthOpG-E lässt zu, dass – neben den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie – auch bestimmte Turnusärzte zur Durchführung der ästhetischen Behandlungen und Operationen berechtigt sind. Warum zwar auszubildende Ärzte, nicht aber fertig ausgebildete Fachärzte solche Behandlungen durchführen dürfen, ist unerklärlich. Der diesbezügliche Wertungswiderspruch ist evident und belastet die Regelung mit Verfassungswidrigkeit infolge mangelnder Sachrelevanz (Art 7 B-VG, Art 2 StGG).

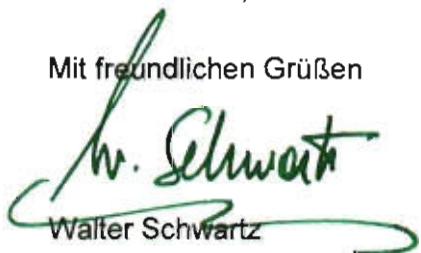
8. Unsachliche Werbebeschränkungen: In § 8 Abs 2 Z 1 und Z 2 ÄsthOpG-E wird es untersagt, mit vergleichenden Vorher-Nachher-Fotos bzw mit Gutachten, Zeugnissen, wissenschaftlichen oder fachlichen Veröffentlichungen sowie mit Hinweisen darauf zu werben. Es ist nicht einzusehen, warum diese Werbemittel – solange sie nicht ge- oder verfälscht sind – nicht für Werbung und Information des Patienten verwendet werden dürfen. Dies umso weniger, als zB Vergleichsfotos den Patienten vor Augen führen würden, war sie zu erwarten haben bzw wo ihre Erwartungen nicht zutreffen. Mangels sachlicher Rechtfertigung greift ein derart rigides Werbeverbot in die Erwerbsfreiheit (Art 6 StGG) von Ärzten ein.

Die Monopolisierung der ästhetischen Behandlungen bei den Fachärzten für Plastische, Ästhetische und Rekonstruktive Chirurgie ist erkennbar unsachlich und verletzt sowohl nicht-ärztliche als auch ärztliche Berufsgruppen in verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten. Sie widerspricht nationalen und internationalen Erfahrungswerten und führt daher zu nichts weniger als zu einer zusätzlichen Gefährdung der Patienten.

Namens und auftrags unserer Mandanten warnen wir eindringlich vor den mit dem ÄsthOpG-E einhergehenden Gefahren und dürfen dazu auffordern, den Entwurf entspre-

chend abzuändern. In der derzeit vorliegenden Fassung wird das geplante Gesetz seine Zwecke, nämlich den „Schutz von Patientinnen und Patienten und die Qualitätssicherung“ nicht erreichen, sondern das genaue Gegenteil bewirken.

Mit freundlichen Grüßen



Walter Schwartz