

<https://doi.org/10.1007/s00350-023-6607-5>

Ein Arzt ist ein Arzt ist ein Arzt – Begriff, Status und Tätigkeit eines Heilberufs

Erik Hahn

I. Einleitung

§ 42 Abs. 5 S. 1 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien verlangt, dass „Gesetzentwürfe [...] sprachlich richtig und möglichst für jedermann verständlich gefasst sein“ müssen. Das Handbuch der Rechtsförmlichkeit (HdR) ergänzt diese Aussage unter Verweis auf den ÖVfGH¹ um den Hinweis, „nur eine klare Gesetzessprache schafft Normenklarheit. Gesetze, die sich nur ‚mit subtiler Sachkenntnis, außerordentlichen methodischen Fähigkeiten und einer gewissen Lust zum Lösen von Denksport-Aufgaben‘ erschließen, erfüllen diese Ansprüche nicht“². Die zentrale Herausforderung der „Rechtssprache [...] besteht darin, Begriffe der Umgangssprache terminologisch präzise [zu] fassen“³. Das gilt vor allem für die Entscheidung des Normgebers für oder gegen die Verwendung bestimmter Tatbestandsmerkmale in einem Rechtssatz. Sie bildet die maßgebliche Grundlage für die spätere Subsumierbarkeit konkreter Fallgestaltungen bei der praktischen Anwendung der Vorschrift. Das HdR führt dazu aus: „Begriffe sind auf Bedeutungsunterschiede und auf ihre richtige Verwendung gründlich zu überprüfen. Die Verständlichkeit wird beeinträchtigt, wenn Begriffe verschieden gebraucht werden, auch wenn das jeweilige Wort aus sich heraus leicht verständlich ist.“⁴ Der vorliegende Beitrag verdeutlicht am Beispiel der Begriffe „Arzt“ und „ärztlich“, dass der Gesetzgeber diesem Anspruch in medizinrechtlichen Regelungen nicht immer gerecht wird.

II. Was ist ein „Arzt“?

1. Einfachgesetzliche Perspektive

Nach § 2 Abs. 5 BÄO ist der Begriff „Arzt“ eine Berufsbezeichnung. Wird unter dessen Verwendung die Heilkunde (i. S. v. § 1 Abs. 2 HeilprG) ausgeübt, handelt es sich nach § 2 Abs. 5 BÄO um eine „Ausübung des ärztlichen Berufs“. Demnach liegt im Umkehrschluss keine „Ausübung des ärztlichen Berufs“ vor, wenn ein Arzt – selbst unter Verwendung seiner Berufsbezeichnung – einer anderen Tätigkeit nachgeht, also z. B. den Beruf eines Fernsehmoderators⁵ oder hauptamtlichen Politikers ausübt. Er kann dann zwar immer noch Arzt im statusrechtlichen Sinne sein, übt den ärztlichen Beruf aber gerade nicht aus. Denkbar bleibt indes in den Grenzen von § 3 Abs. 1 S. 1 MBO-Ä eine parallele Ausübung beider Tätigkeiten⁶. Diese Trennung von Status und Handlung verdeutlicht auch § 6 Abs. 3 BÄO zu den Folgen des Ruhens der Approbation. Danach darf ein „Arzt [– es handelt sich demnach noch immer um einen solchen –], dessen Approbation ruht, [...] den ärztlichen Beruf

nicht ausüben.“ Darüber hinaus darf die zuständige Behörde „zulassen, daß die Praxis eines Arztes[!], dessen Approbation ruht, für einen von ihr zu bestimmenden Zeitraum durch einen anderen[!] Arzt weitergeführt werden kann.“

Die Voraussetzungen für eine berechtigte Führung der Berufsbezeichnung „Arzt“ sind in § 2a BÄO geregelt. Der Standardfall ist dort die „Approbation als Arzt“ i. S. v. § 3 BÄO, bei der es sich dem Wortursprung „approbare“ nach um die Erteilung einer Erlaubnis handelt⁷. Konkret betrifft das hier – ausweislich des in § 40 i. V. mit Anlage 14 ÄApprO geregelten Inhalts der Approbationsurkunde – die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung „Arzt“. Dabei wird im ersten Schritt die Approbation als Arzt bzw. Ärztin erteilt, die dann im zweiten Schritt nach § 2 Abs. 1 BÄO zur Ausübung des ärztlichen Berufs berechtigt. Begrifflich zur Verwechslung mit der Approbation geeignet, hinsichtlich ihrer Rechtswirkung jedoch anders ausgestaltet, ist das Innehaben einer Erlaubnis nach § 2 Abs. 2 BÄO zur „vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs“, die gem. § 10 Abs. 2 S. 1 BÄO „auf bestimmte Tätigkeiten und Beschäftigungsstellen beschränkt werden“ kann⁸. Für die weiteren „Arztvarianten“ neben der Approbation (Erlaubnisinhaber nach § 2 Abs. 2 BÄO, privilegierte EU-Dienstleister i. S. v. § 2 Abs. 3 BÄO und Berufstätige im Grenzgebiet aufgrund zwischenstaatlicher Verträge i. S. v. § 2 Abs. 4 BÄO) hat der Gesetzgeber in § 2a BÄO dagegen den umgekehrten Begründungsweg gewählt. Danach ist vorgesehen, dass auch eine andere Person, die „nach § 2 Abs. 2, 3 oder 4 zur Ausübung des ärztlichen Berufs befugt ist“, „die Berufsbezeichnung ‚Arzt‘ oder ‚Ärztin‘ [...] führen“ darf. Hier legitimiert demnach die Berufsausübungsberechtigung die Führung der zugehörigen Bezeichnung. In Kombination mit § 2 Abs. 5 BÄO wirkt diese Regelungstechnik allerdings zirkulär, schließlich darf nach § 2a BÄO „die Berufsbezeichnung ‚Arzt‘ oder ‚Ärztin‘ [...] nur führen, wer [...] zur Ausübung des ärztlichen Berufs [also nach § 2 Abs. 5 BÄO zur Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung ‚Arzt‘ oder ‚Ärztin‘] befugt ist“.

Festhalten lässt sich bis zu diesem Punkt aber, dass es zumindest nicht allein auf die ausgeübte Tätigkeit ankommt.

1) ÖVfGH, Erkenntnis v. 29. 6. 1990 – G 81/82/90.

2) BReg., Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2008, Rdnr. 54.

3) Eichenhofer, Über das Recht reden, 2016, S. 18.

4) BReg., Handbuch der Rechtsförmlichkeit, 2008, Rdnr. 60.

5) Vgl. Jessen/Drechsler/Rybarczyk, „TV-Arzt ohne Zulassung“, Hamburger Abendblatt v. 26. 9. 2022, 11.

6) Vgl. dazu grundsätzlich Scholz, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 3 MBO-Ä, Rdnrn. 2f.; Wollersheim, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 6, Rdnrn. 98 ff.; BVerfG, Beschl. v. 15. 2. 1967 – 1 BvR 569, 589/62, NJW 1967, 1317 f.

7) Schelling, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 1 BÄO, Rdnr. 2.

8) Für detaillierte Ausführungen zu den Unterschieden beider Legitimationsarten vgl. Reiborn, in: Laufs/Kern/Reiborn (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 8; Frohn/Schmidt, in: Clausen/Schroeder-Printzen (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, 3. Aufl. 2020, § 16, Rdnrn. 49 ff.

Nicht die Handlung, sondern die Berufsbezeichnung bzw. die Berechtigung, diese zu führen, charakterisiert demnach den Arzt⁹. Die BÄO statuiert daher keinen Arztvorbehalt für den Bereich der Heilkunde, sondern begründet neben der nicht exklusiven Tätigkeitserlaubnis in erster Linie einen Bezeichnungsschutz bzw. durch die Kombination von Tätigkeit und Bezeichnung einen „Berufsschutz“¹⁰. Das wird in § 1 Abs. 1 HeilPrG deutlich, nach dem Heilkunde auch von Personen ausgeübt werden kann, die nicht „als Arzt bestellt“ sind. Diese benötigen dann allerdings eine besondere Erlaubnis. Deren Inhaber wird dadurch jedoch nicht zum Arzt und der Arzt ist umgekehrt auch kein Heilpraktiker¹¹. Im erstgenannten Fall ist nach § 1 Abs. 3 Halbs. 2 HeilPrG stattdessen die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker“ zu führen. Aus demselben Grund darf auch von den nach § 105d AufenthG zur vorübergehenden Ausübung der Heilkunde ermächtigten¹² Personen, die in einer Aufnahmeeinrichtung wohnen und über eine abgeschlossene Ausbildung als Arzt verfügen, nach § 105d Abs. 2 Nr. 1 AufenthG „die Berufsbezeichnung ‚Ärztin‘ oder ‚Arzt‘ [...] nicht geführt werden“¹³.

Der Arzt i. S. v. § 2 und 2a BÄO ist auch kein Tierarzt, da er dazu wiederum nach § 3 BTÄO „als Tierarzt approbiert oder nach § 2 Abs. 2, 3 oder 4 [BTÄO] zur vorübergehenden Ausübung des tierärztlichen Berufs befugt“ sein müsste. Umgekehrt ist ein Tierarzt – abgesehen von etwaigen Doppelqualifikationen – auch kein Arzt. Wie die BÄO begründet auch § 2 BTÄO keinen Tierarztvorbehalt für die Ausübung der Tierheilkunde, sondern legt die Approbation nur als Voraussetzung für die Ausübung des „tierärztlichen Berufs“ fest. Im Gegensatz zu § 2 Abs. 5 BÄO fehlt der BTÄO allerdings eine vergleichbare Definition des „tierärztlichen Berufs“. In der Gesamtschau mit § 3 BTÄO ist aber davon auszugehen, dass es sich dabei um die Ausübung der in § 1 Abs. 1 BTÄO genannten Tätigkeiten („Berufsbild des Tierarztes“¹⁴) unter der Berufsbezeichnung „Tierarzt“ handelt. Anders als im Bereich der Humanheilkunde existiert für den Bereich der Tierheilkunde zudem auch kein mit § 1 Abs. 1 HeilPrG vergleichbarer Erlaubnisvorbehalt, sodass auch andere Personen und somit auch Ärzte i. S. v. § 2a BÄO – aber z. B. auch die nicht speziell reglementierten, sogenannten „Tierheilpraktiker“¹⁵ Tierheilkunde (mit Ausnahme der unter Tierarztvorbehalt stehenden Tätigkeiten)¹⁶ ausüben können. Die Bezeichnung „Tierarzt“ dürfen sie dabei jedoch wegen § 3 BTÄO nicht verwenden. Ein besonderer Tierarztvorbehalt, der z. B. auch einer Operationsbeteiligung von Ärzten i. S. d. BÄO Grenzen setzen kann, findet sich in § 6 Abs. 1 S. 3 TSchG für besondere Eingriffe nach tierärztlicher Indikation¹⁷.

Ähnliches gilt – dort allerdings mit Einschränkungen – auch für den Bereich der Zahnheilkunde. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 ZHG ist zu deren Ausübung eine „Approbation als Zahnarzt“ erforderlich, die dann nach § 1 Abs. 1 S. 2 ZHG wiederum „zur Führung der Bezeichnung ‚Zahnarzt‘ oder ‚Zahnärztin‘“ berechtigt. Im Gegensatz zur BÄO und BTÄO begründet das ZHG damit aber nicht „nur“ einen Bezeichnungsschutz (nicht „Ausübung“... „unter der Bezeichnung“), sondern einen Zahnarztvorbehalt, der i. V. mit § 6 Abs. 1 HeilPrG das gesamte Gebiet der Zahnheilkunde für andere Personen sperrt. Die Ursprungsfassung von § 1 Abs. 1 S. 1 ZHG aus dem Jahr 1952 sah mit der alternativen „Bestellung als Zahnarzt [...] oder als Arzt“¹⁸ noch zwei Gruppen vor, denen die Ausübung der Zahnheilkunde eröffnet war. Im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchens des BVerwG, das eigentlich nicht primär das Recht zur Ausübung der Zahnheilkunde, sondern die Befugnis zur Führung der Berufsbezeichnung „Zahnarzt betraf“¹⁹, hatte der EuGH im Jahr 2003 jedoch entschieden, dass die RL „78/687/EWG [...] – Vorläufer der RL 2005/36/EG („Berufsqualifikationsrichtlinie“) – für die Tätigkeiten des Zahnarztes [...] dahin auszulegen [ist], dass sie einer nationa-

len Regelung entgegensteht, die Ärzten, die nicht die nach Artikel 1 der Richtlinie erforderliche Ausbildung absolviert haben, generell die Ausübung der Tätigkeiten des Zahnarztes gestattet; dies gilt unabhängig davon, unter welcher Bezeichnung die Tätigkeiten ausgeübt werden.“²⁰ In Umsetzung dieser Entscheidung hat der deutsche Gesetzgeber im Jahr 2004 den Zusatz „oder als Arzt“ aus § 1 Abs. 1 S. 1 ZHG gestrichen²¹ und damit Ärzte i. S. v. § 2a BÄO aus dem Bereich der Zahnheilkunde ausgeschlossen: „Die generelle Ausübung des zahnärztlichen Berufs ist somit ausdrücklich Ärzten [...] nicht mehr gestattet.“²² Umgekehrt ist ein Zahnarzt aber auch kein „Arzt für Zahnmedizin“²³.

Eine Durchbrechung der strikten Trennung zwischen Ärzten und Zahnärzten findet sich allerdings noch immer in § 10a Abs. 1 und 2 BÄO für bestimmte Fachzahnärzte für Kieferchirurgie und Fachzahnärzte für eine theoretisch-experimentelle Fachrichtung, die bereits nach DDR-Recht autorisiert waren, auf ihrem Fachgebiet auch alle ärztlichen Tätigkeiten auszuüben. Diese Personen erhielten auf Antrag eine unbefristete Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs auf dem Gebiet der Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie bzw. auf dem betreffenden Fachgebiet und haben nach § 10a Abs. 4 i. V. mit § 10 Abs. 6 BÄO „im übrigen die Rechte und Pflichten eines Arztes“. Obwohl dieses allein anhand des Gesetzestextes nicht sofort deutlich wird, sollte auch die ärztliche Berufsausübungsberechtigung nach § 10a Abs. 1 und 2 BÄO mit dem „Recht zur Führung der Berufsbezeichnung ‚Arzt‘ oder ‚Ärztin‘“²⁴ verbunden sein. Zu erkennen ist das zum einen an der zu diesem Zweck erfolgten Streichung des Wortes „vorübergehenden“ vor „Er-

- 9) Ungenau ist daher z. B. die folgende Aussage: „Nach geltendem Recht sind die Ausübung von Heilkunde[!] und das Führen der Berufsbezeichnung ‚Ärztin‘ oder ‚Arzt‘ an die ärztliche Approbation oder die vorübergehende Erlaubnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs geknüpft“ (BT-Dr. 20/3717, S. 46).
- 10) BT-Dr. 16/6339, S. 57.
- 11) Zum Nichtbestehen des Anspruchs eines Arztes auf zusätzliche Erteilung einer Heilpraktikererlaubnis vgl. *Schelling*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 1 HeilPrG, Rdnrn. 2 ff.; BVerwG, Urt. v. 2.3.1967 – I C 52/64 –, BVerwGE 26, 254; OVG Münster, Urt. v. 13.8.1998 – 13 A 1781/96 –, MedR 1999, 187; VGH München, Urt. v. 20.11.1996 – 7 B 95.3013 –, NVwZ-RR 1998, 113, 114; VG Augsburg, Urt. v. 30.3.2005 – Au 4 K 04.1676 –, BeckRS 2005, 37119; zur Frage des Widerrufs einer bereits vor Approbationserteilungen verliehenen Heilpraktikererlaubnis vgl. VGH Kassel, Urt. v. 24.11.1991 – 11 UE 851/90 –, MedR 1993, 240 = NVwZ-RR 1993, 183, 184.
- 12) Zur Rechtsnatur der „Ermächtigung“ vgl. *Beiderbeck*, in: *Decker/Bader/Kothe* (Hrsg.), *BeckOK Migrations- und Integrationsrecht*, 15. Ed. v. 15.4.2023, § 105d AufenthG, Rdnr. 7.
- 13) Zu den mit der Ermächtigung verbundenen haftungsrechtlichen Fragen vgl. *Keßler*, in: *Hofmann* (Hrsg.), *Ausländerrecht*, 3. Aufl. 2023, § 105d AufenthG, Rdnr. 11.
- 14) BT-Dr. 04/2294, S. 5.
- 15) Vgl. dazu BT-Dr. 13/2824; BVerfG, Beschl. v. 24.1.2022 – 1 BvR 2380/21, 1 BvR 2449/21 –, BVerfGE 160, 164 ff.; BGH, Urt. v. 22.4.1999 – I ZR 108/97 –, NJW 2000, 870 ff.
- 16) BT-Dr. 04/2294, S. 5.
- 17) OVG Lüneburg, Beschl. v. 17.3.2015 – 11 LA 131/14 –, DÖV 2015, 535 (Ls.) = NdsVBl 2015, 231 f.; vgl. dazu auch § 50 Abs. 2 TAMG.
- 18) BGBl. I S. 221.
- 19) BVerwG, Beschl. v. 8.11.2001 – 3 C 40.01VG3 E 1356/00 (1) –, BeckRS 2001, 31351706; allgemein zur Ausübung von Zahnheilkunde durch Ärzte vgl. *Haage*, *MedR* 2002, 395 ff.
- 20) EuGH, Beschl. v. 17.10.2003 – C-35/02 –, BeckRS 2004, 76637; nachfolgend BVerwG, Urt. v. 29.1.2004 – 3 C 39.03, 3 C 39.03 – und BVerfG, Beschl. v. 21.4.2004 – 1 BvR 582/04.
- 21) BGBl. I S. 1776, 1782; BT-Dr. 824/03, S. 14.
- 22) BT-Dr. 824/03, S. 51.
- 23) AG Tuttlingen, Urt. v. 22.5.2017 – 1 Cs 10 Js 9907/16 –, zit. in BZÄK, Kommentar zur MBO-Z, 4. Aufl. 2023, S. 106.
- 24) BT-Dr. 12/1524, S. 18.

laubnis“ in § 2a BAO²⁵. Zum anderen führt § 10a BAO zur Berechtigung zur „Ausübung des ärztlichen Berufs“ (vgl. § 2 Abs. 5 BAO). Möchte dagegen ein Zahnarzt, der von diesen Sonderregelungen nicht erfasst ist, dennoch die (volle) Heilkunde ausüben, so benötigt er dazu zusätzlich eine Erlaubnis nach dem HeilprG²⁶. Zum Arzt wird er dadurch allerdings nicht, weil ihm dann immer noch das Recht zur Führung der Berufsbezeichnung nach § 2a BAO fehlt. Eine weitere Durchbrechung findet sich in § 19 ZHG für Personen, die vor dem Inkrafttreten des ZHG im Jahr 1952 und der damit verbundenen Beseitigung²⁷ der zahnheilkundlichen Kurierfreiheit nach § 23 ZHG Zahnheilkunde ausgeübt haben. Diese – durch Zeitablauf²⁸ inzwischen (wohl) nicht mehr relevante Vorschrift – stellte zumindest insoweit ärztlich und zahnärztlich bestellte Personen gleich.

Noch etwas unschärfer verläuft die Grenze zum Bereich der Psychotherapie²⁹. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 PsychThG „bedarf der Approbation als ‚Psychotherapeutin‘ oder ‚Psychotherapeut‘“, „wer die Psychotherapie unter der Berufsbezeichnung ‚Psychotherapeutin‘ oder ‚Psychotherapeut‘ ausüben will“. Ein Psychotherapeut ist demnach grundsätzlich kein Arzt, da er dazu nach den oben genannten Vorschriften eine Approbation als „Arzt“ und nicht als „Psychotherapeut“ benötigen würde. Allerdings können nach § 1 Abs. 1 S. 4 PsychThG auch Ärzte die Berufsbezeichnung „Psychotherapeut“ führen. Dabei sind sie nach § 1 Abs. 1 S. 5 PsychThG berechtigt, aber nicht verpflichtet, „den Zusatz ‚ärztliche‘ oder ‚ärztlicher‘“ beizufügen.

In einem Psychotherapeuten kann demnach auch ein Arzt stecken und Zahnärzte können manchmal auch den ärztlichen Beruf bzw. Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ ausüben. Unabhängig von diesen Ausnahmen gilt jedoch das Prinzip der Trennung der unterschiedlichen Berufsfelder. Das wird zugunsten des Arztberufs auch nicht allein dadurch durchbrochen, dass andere Personen ausgewählte ärztliche Tätigkeiten vornehmen dürfen. Zu nennen ist etwa die Durchführung von Schutzimpfungen gegen das Coronavirus SARS-CoV-2 durch Zahnärzte, Tierärzte sowie Apotheker nach § 20b Abs. 1 IfSG a.F.³⁰ bzw. nunmehr durch Apotheker nach § 20c Abs. 1 IfSG oder die erlaubnisfreie Herstellung von Arzneimitteln nach § 13 Abs. 2b S. 1 AMG durch Personen, die zur Ausübung der Heil- oder Zahnheilkunde bei Menschen berechtigt sind. In keinem dieser Fälle führt die spezielle Handlungsbefugnis auch zur Verleihung der Berufsbezeichnung „Arzt“.

2. Verfassungsrechtliche und historische Perspektive

Nicht nur aufgrund der Normenhierarchie, sondern auch wegen seiner Formulierung, kommt Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, der dem Bund die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz für die Zulassung zu „ärztlichen und anderen Heilberufen“ zuweist, eine besondere Bedeutung für das Verständnis des „Arztbegriffs“ zu. Die Zuständigkeitsregelung spricht schließlich nicht von „Ärzten“, sondern von „ärztlichen und anderen Heilberufen“. Das wirft die Frage auf, ob es sich dabei nur um eine abweichende Formulierung handelt, oder ob nach der Vorstellung des Verfassungsgebers neben dem Arzt noch weitere „ärztliche Heilberufe“ existieren sollten. Das BVerfG hat diesen Punkt bereits in seinem ersten Facharztbeschluss aus dem Jahr 1972 aufgegriffen und klargestellt, dass „ärztliche Berufe“ i. S. des Art. 74 Nr. 19 GG [...] die Berufe des Arztes, Zahnarztes und Tierarztes³¹ sind. Zur Begründung verwies es darauf, dass der Verfassungsgeber bei der Formulierung das bereits vorkonstitutionell einfachgesetzlich geregelte³² Approbationswesen im Blick hatte und daher unter den Begriff der „ärztlichen Berufe“ „die Berufe, für die nach jener Bestimmung eine besondere wissenschaftliche Ausbildung mit anschließender Approbation vorgesehen war, also den Arzt, den Zahnarzt und den Tierarzt“³³, erfassen wollte. Dagegen sahen sowohl der Chiem-

seer Entwurf³⁴ als auch der Entwurf³⁵ der Fachausschüsse des Parlamentarischen Rats in Art. 36 Nr. 12 GG-E sogar nur die Formulierung „die Zulassung zu ärztlichen Berufen“ vor, die im weiteren Diskussionsverlauf zu „die Zulassung zu ärztlichen Berufen, zu Heilberufen und zum Heilgewerbe“³⁶ weiterentwickelt wurde. Die dann später in die finale Fassung von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG übernommene³⁷ und noch heute geltende Formulierung „Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen“³⁸ geht auf eine Stellungnahme des Allgemeinen Redaktionsausschusses zurück.

Werden beide Regelungsebenen übereinandergelegt, wird deutlich, dass Tierarzt und Zahnarzt – und seit 1999 auch der Psychotherapeut³⁹ zwar aus verfassungsrechtlicher Perspektive ebenfalls zu den „ärztlichen Berufen“ i. S. d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG zählen sollten, einfachgesetzlich aber zwischen dem statusrechtlichen Arzt i. S. d. BAO und anderen approbierten Heilberufen zu unterscheiden ist⁴⁰. Vor diesem Hintergrund ist es auch folgerichtig, dass die BAO zwischen dem „ärztlichen Beruf“ einerseits und dessen Ausübung unter der Berufsbezeichnung „Arzt oder Ärztin“ andererseits differenziert, schließlich grenzt nach traditionellem Verständnis erst diese Bezeichnung den Arzt von anderen Heilberufen ab. Besonders deutlich wird das mit Blick auf die vom Verfassungsgeber vorgefundene vorkonstitutionelle Rechtslage. Ausgehend von einer weitgehenden Kurierfreiheit in den deutschen Partikularstaaten hatte sich spätestens bis zum Ende des 18. Jahrhunderts eine rechtliche Trennung zwischen innerer und äußerer Medizin etabliert, wobei die innere Medizin den (an einer medizinischen Fakultät promovierten bzw. später durch ein staatliches Examen ausgewiesenen) „Ärzten erster Klasse“⁴¹ vorbehalten war⁴². Dieser Zustand wurde durch das Inkrafttreten der GewO des Norddeutschen Bundes wieder beseitigt⁴³, nach dessen § 29 Abs. 1 S. 1 „einer Approbation, welche auf Grund eines Nachweises

25) Vgl. dazu BT-Dr. 12/1524, S. 4, 17; zur Ursprungsfassung vgl. BGBl. I 1970, S. 237.

26) Schelling, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, § 1 HeilprG, Rdnr. 19; OVG Münster, Urt. v. 13.8.1998 – 13 A 1781/96 –, MedR 1999, 187 = DVBl. 1999, 1052.

27) Haage, MedR 2002, 395, 396.

28) Haage, Zahnheilkundengesetz, 2. Aufl. 2017, § 19, Rdnr. 1.

29) Die Ausführungen zu Psychotherapeuten gelten entsprechend für Psychologische Psychotherapeuten sowie Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten i. S. v. § 26 PsychThG.

30) BGBl. I 2021, S. 5162, 5166.

31) BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 –, NJW 1972, 1504, 1505.

32) Vgl. dazu die „Prüfungsordnung für Ärzte“ auf der Grundlage von § 29 RGewO (RGBl. I 1893, S. 177 ff.) nach Bekanntmachung v. 28.5.1901.

33) BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 –, NJW 1972, 1504, 1505.

34) Verfassungsausschuss der Ministerpräsidenten-Konferenz der westlichen Besatzungszonen, Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23.8.1948, 1948, S. 18.

35) Parlamentarischer Rat (Entwürfe), Dr. 203, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, 1995, S. 11.

36) Parlamentarischer Rat (Entwürfe), Dr. 279, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, 1995, S. 49.

37) BGBl. I 1949, S. 1, 9.

38) Parlamentarischer Rat (Entwürfe), Dr. 535 und 543, in: Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948–1949 – Akten und Protokolle, 1995, S. 230.

39) BGBl. I 1998, S. 1311.

40) Anders wohl Igl/Welti, Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2022, § 12, Rdnr. 3: „Zu den Ärzten gehören der Arzt, der Zahnarzt und der Tierarzt“.

41) Heidel, Dresdner Hefte 1/2013, 12.

42) Hahn, Die Regulierung der Medizinalberufe im albertinischen Kursachsen (1547–1806), 2022, S. 126 ff.

43) Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl. 2013, Einleitung, Rdnr. 4.

der Befähigung erteilt wird, [... nur] diejenigen Personen [bedürfen], welche sich als Ärzte (Wundärzte, Augenärzte, Geburtshelfer, Zahnärzte und Thierärzte) oder mit gleichbedeutenden⁴⁴⁾ Titeln bezeichnen oder Seitens des Staats oder einer Gemeinde als solche anerkannt oder mit amtlichen Funktionen betraut werden sollen⁴⁵⁾. Die ursprünglich als Gegenentwurf zu einer mit dem medizinischen Doktorgrad verbundenen Berufsausübungsberechtigung entwickelte⁴⁶⁾ Approbation avancierte damit zu einem Instrument des Schutzes der Berufsbezeichnung „Arzt“, bei der – wie § 29 Abs. 1 S. 1 GewO des Norddeutschen Bundes verdeutlicht – noch immer begrifflich nicht scharf zwischen „den Arztberufen“ unterschieden wurde. Strafbar war daher nach § 147 Abs. 1 Nr. 3 der GewO des Norddeutschen Bundes die Verwendung der Bezeichnung „Arzt (Wundarzt, Augenarzt, Geburtshelfer, Zahnarzt, Thierarzt)“⁴⁷⁾ ohne die hierzu erforderliche Approbation. Für alle anderen (nichtärztlich) heilkundlich tätigen Personen bestand fortan (wieder) Kurierfreiheit, da „das Publikum die Freiheit haben soll[t]e, sich heilen zu lassen, von wem es wolle“⁴⁸⁾. Bereits im Jahr 1984 hatte das RG dazu klargestellt, dass die Ausübung der Heilkunde damit jedermann „ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Erfahrung, Geschick, Verleihung etc. offen steht“⁴⁹⁾ und die „Approbation“ [...] daher nur die Befugnis [gewährt], den Titel ‚Arzt‘ u. dgl. zu führen, und eine gewisse Qualifikation, amtliche Funktionen anvertraut zu erhalten: bezüglich der Berufsrechte und Berufspflichten unterscheidet sich im Übrigen der approbierte Arzt in nichts vom nichtapprobierten Arzte⁵⁰⁾. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass auch das RG mit Blick auf die nach § 29 Abs. 2 S. 1 RGGewO⁵¹⁾ erlassene Prüfungsordnung für Zahnärzte bereits eine begriffliche und kompetenzielle Trennung von Ärzten und Zahnärzten angenommen hat: „Damit ist die Titelführung Zahnarzt oder die Führung eines ähnlichen Titels, durch den der Glaube erweckt wird, dessen Inhaber sei ein geprüfter Zahnarzt, demjenigen untersagt, der nicht die Approbation als Zahnarzt hat, also auch dem approbierten Arzte, der solche nicht besitzt: insofern greift die zahnärztliche Approbation über die ärztliche hinaus.“⁵²⁾

Geht man dagegen – wie noch heute bei Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG – von einem traditionell einheitlichen Arztbegriff aus, erklärt sich die Formulierung des vorkonstitutionellen § 1 Abs. 1 HeilprG. Nach dieser aus dem Jahr 1939 stammenden Vorschrift⁵³⁾, mit der die Kurierfreiheit wieder abgeschafft werden sollte⁵⁴⁾, benötigt eine Person, „die Heilkunde, ohne als Arzt bestellt zu sein, ausüben will“, eine Erlaubnis. § 1 Abs. 1 HeilprG geht demnach von einem umfassenden Arztbegriff aus und erfasst damit eigentlich auch die zum Zeitpunkt seines Inkrafttretens noch nicht abgetrennte Psychotherapie⁵⁵⁾. Zumindest insoweit wird die Verbotsnorm nun aber durch ein spezielleres und zudem jüngeres Erlaubnisgesetz verdrängt. Einem ähnlich weiten Verständnis folgend erklärte § 1 Abs. 1 RÄO⁵⁶⁾ im Jahr 1936 (ebenso wie noch heute der § 1 Abs. 2 BÄO), dass „der ärztliche Beruf [...] kein Gewerbe“ ist. Die Vorschrift galt zunächst auch bei Inkrafttreten des GG für den gesamten „ärztlichen Beruf“⁵⁷⁾. Die später hinzugetretene Parallelvorschrift in § 1 Abs. 4 ZHG aus dem Jahr 1952⁵⁸⁾ wiederholt diesen Grundsatz für Zahnärzte und verdrängt nach § 23 ZHG zugleich § 29 GewO aus dem Bereich der Zahnheilkunde. Für den Tierarzt erfolgte diese gewerberechtliche Klarstellung dagegen bereits durch § 1 Abs. 2 der RTÄO⁵⁹⁾ von 1936.

Eine zumindest auf der Ebene des einfachgesetzlichen Rechts erfolgte Annäherung des Begriffs des „ärztlichen Berufs“ an die Tätigkeit des Arztes im statusrechtlichen Sinne belegt der Gesetzgebungsprozess zu § 2 Abs. 5 BÄO: Während § 2 Abs. 1 RAO aus dem Jahr 1935 unter dem „ärztlichen Beruf“ noch allgemein gefasst die „Ausübung der Heilkunde“ unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ verstand, sah der aus dem Jahr 1961 stammende Entwurf zu § 2

Abs. 4 BÄO a.F. (heute Abs. 5) zunächst eine begriffliche Einschränkung auf die „Ausübung der Heilkunde am Menschen“⁶⁰⁾ vor. Im weiteren Gesetzgebungsverfahren wurde dieser Zusatz dann jedoch als „überflüssig“⁶¹⁾ wieder gestrichen. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass das PsychThG bis heute keine mit § 1 Abs. 2 BAO, § 1 Abs. 4 ZHG und § 1 Abs. 2 BTÄO vergleichbare Aussage zum Status des Psychotherapeuten als „freier Beruf“ enthält. Vielmehr findet sich die Abgrenzung zum Gewerbe dort erst in den berufsrechtlichen Vorschriften (§ 1 Abs. 4 MBO-PsychTh). Grund dafür dürfte der Umstand sein, dass die Psychotherapie infolge ihrer Kodifizierung in einem eigenen Berufsgesetz zwar inzwischen einen selbstständigen Bereich der Heilkunde bildet, zugleich aber immer noch auch „Teil der ärztlichen Behandlung [geblieben] ist“⁶²⁾. Es handelt sich also weiterhin um die Tätigkeit eines „ärztlichen Heilberufs“ im traditionellen und verfassungsrechtlichen Verständnis, aber nicht mehr zwingend um die Tätigkeit eines statusrechtlichen Arztes i. S. d. §§ 2 und 2a BÄO. Deutlich wird das auch im Krankenversicherungsrecht. Der Versicherte hat schließlich nach § 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V *expressis verbis* einen Anspruch auf „ärztliche Behandlung einschließlich[!] Psychotherapie als ärztliche und psychotherapeutische Behandlung“. Psychotherapie ist zudem nach § 92 Abs. 6a S. 1 i. V. mit Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V i. V. mit der Psychotherapie-Richtlinie ein Teil der „vertragsärztlichen Versorgung“. Zu diesem Zweck werden Psychotherapeuten nach § 95c SGB V in das Arztregister(!) eingetragen.

Diese Entwicklung und die daraus folgende Verbindung von Psychotherapie und „ärztlicher Tätigkeit“ übergeht jedoch z. B. ein Gutachten der Wissenschaftlichen Dienste des Bundestages zu „Berufsverböten für Ärzte und Heilberufe“⁶³⁾ aus dem Jahr 2012. Darin werden Psychotherapeuten trotz des Approbationserfordernisses – gemeinsam mit Heilpraktikern – als „sonstige Heilberufe“⁶⁴⁾, bezeichnet, während Apotheker zu den „ärztlichen Heilberufen“⁶⁵⁾ zählen sollen. Das ist doppelt problematisch. Wie bereits dargestellt, fasste das BVerfG unter den kompetenzrechtlichen⁶⁶⁾ Begriff „ärztlicher Heilberuf“ im Jahr 1972 Ärzte, Zahnärzte und Tierärzte, nicht jedoch Apotheker und – erwartungsgemäß – auch nicht die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht als

44) Vgl. dazu RG, Urt. v. 24. 5. 1898 – 1806/98, RGSt 31, 164f.

45) BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245, 252f.

46) Hahn, Die Regulierung der Medizinalberufe im albertinischen Kursachsen (1547–1806), 2022, S. 104f., 119.

47) BGBl. des Norddeutschen Bundes 1869, S. 245, 279.

48) RG, Urt. v. 26. 2. 1909 – III 220/08 –, RGZ 70, 339, 341.

49) RG, Urt. v. 31. 5. 1894 – 1406/94 –, RGSt. 25, 375, 379.

50) RG, Urt. v. 31. 5. 1894 – 1406/94 –, RGSt. 25, 375, 380.

51) RGL. I 1983, S. 177ff.

52) RG, Datum unbekannt – II 384/06 –, zit. n. Hahn, Aertzliche Sachverständigen-Zeitung 1907, 426, 427.

53) RGL. I 1937, S. 457.

54) Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl. 2013, Einleitung, Rdnr. 1.

55) Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl. 2013, § 1, Rdnr. 2.

56) RGL. I 1935, S. 1433.

57) Soweit in einigen „deutschen“ Ländern die Zahnheilkunde als Teil der ärztlichen Tätigkeit verstanden wurde (vgl. dazu Taupitz, Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 314), dürfte von einer Anwendbarkeit des § 1 Abs. 1 RAO auch im Bereich der Zahnheilkunde auszugehen sein.

58) BGBl. I 1952, S. 221, damals jedoch noch in Abs. 3.

59) RGL. I 1936, S. 347.

60) BT-Dr. 3/2745, S. 2.

61) BT-Dr. 3/2810, S. 1.

62) BT-Dr. 12/5890, S. 20.

63) WD 9 – 3000-094/12.

64) WD 9 – 3000-094/12, S. 9.

65) WD 9 – 3000-094/12, S. 8.

66) Darum geht es auch in dem Gutachten: vgl. WD 9 – 3000-094/12.

approbationsfähige Berufsgruppe geregelten Psychotherapeuten⁶⁷. Dabei kam es dem BVerfG – anders als es die Aufzählung nahelegt – auch nicht darauf an, dass ein ärztlicher Heilberuf nur vorliegen kann, wenn der Begriff „Arzt“ auch in der Berufsbezeichnung enthalten ist („Tier ...“ und „Zahn ...“). Entscheidend war vielmehr die Erforderlichkeit einer – nunmehr auch in § 1 Abs. 1 S. 1 PsychThG vorgesehenen – Approbation. Psychotherapeuten müssen daher nach modernem Verständnis zu den ärztlichen Heilberufen i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gezählt werden⁶⁸. Eine im Schrifttum⁶⁹ für die Gegenauffassung herangezogene Entscheidung des BVerfG aus dem Jahr 1988, nach der „akademisch ausgebildete Psychotherapeuten“⁷⁰ „nichtärztliche[...] Heilberufe“⁷¹ seien, betrifft ausschließlich den Rechtszustand vor Inkrafttreten des PsychThG im Jahr 1999, bei dem nur die Anwendbarkeit des HeilprG eröffnet war. Apotheker sind dagegen zumindest keine „ärztlichen“ Heilberufe. Diese werden und wurden zwar nach § 2 Abs. 1 BApO ebenfalls approbiert bzw. nach § 2 Abs. 1 S. 1 RApO „bestallt“⁷², ihr Fehlen in der Aufzählung des BVerfG aus dem Jahr 1972⁷³ spricht aber dafür, dass sie schon überhaupt nicht zur Gruppe der Heilberufe gezählt werden sollten⁷⁴, sodass es auf das Merkmal des „ärztlichen“ auch nicht ankam. Einfachgesetzlich wird der Apotheker jedoch zumindest in § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB explizit zu den Heilberufen gezählt. Beruflich bewegen sich Apotheker – auch traditionell –⁷⁵ zwischen Heiltätigkeit und Handel sowie zwischen freiem Beruf und gewerblichem Charakter⁷⁶. Dieses spiegelte sich auch in der verfassungsrechtlichen Debatte um die kompetenzielle Verankerung der Apotheker entweder als „anderer Heilberuf“⁷⁷ i. S. v. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG oder im Rahmen des „Rechts der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG⁷⁸ wider, die sich durch die Ergänzung der Formulierung „Recht des Apothekenwesens“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG im Rahmen der Föderalismusreform⁷⁹ erledigt hat. Zumindest statusrechtliche Ärzte im Sinne der § 2 und 2a BÄO sind aber weder Apotheker noch Psychotherapeuten.

III. Sammelbegriff zur Vermeidung von Aufzählungsketten

1. Grundlagen

Alle genannten Tätigkeiten – mit Ausnahme des Heilpraktikers – verbinden, neben einer Vielzahl tatsächlicher Berührungspunkte wie etwa das zumindest ambulante Vorhalten einer Praxis, der „Kittel“ als zumindest stereotyp zutreffende Berufskleidung und die zumindest aus Laiensicht⁸⁰ häufig angenommene Gleichstellung von akademischem Doktorgrad und Berufsbezeichnung, auch eine Vielzahl rechtlicher Gemeinsamkeiten. Dazu zählen etwa der Schutz des durch die Berufsträger in Anspruch genommenen Vertrauens durch Schweigepflicht und Zeugnisverweigerungsrechte, die zumeist⁸¹ auf der Landesebene angesiedelte Selbstverwaltung in Kammern und die damit verbundene Pflicht zur Beachtung berufsrechtlicher Satzungen sowie das Recht zum unmittelbaren Patientenzugriff ohne⁸² vorherige Verordnung eines Dritten. Gelten identische Grundsätze für verschiedene Personengruppen, bietet sich zur Vermeidung von Aufzählungsketten und der damit verbundenen Lesbarkeit von Vorschriften die sprachliche Nutzung von Sammel- bzw. Oberbegriffen an. Ungeachtet der immerwährenden Tendenz zur Gesetzeshypertrophie⁸³ liegt schließlich auch bei Gesetzen „in der Kürze die Würze“. In diesem Sinne bemerkt das HdR treffend, „wer genau weiß, was er vermitteln will, kann sich kurz und verständlich ausdrücken“.

2. Ärzte und andere Heilberufe

Eine längere Aufzählungskette enthält z. B. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der bei der strafrechtlichen Sanktionierung

der Verletzung von Privatgeheimnissen vom „Arzt, Zahnarzt, Tierarzt, Apotheker oder Angehörigen eines anderen Heilberufs“ spricht. Das sichert immerhin Vollständigkeit. Ähnliches gilt für die in § 4 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KKG enthaltene Regelung zur Beratung und Übermittlung von Informationen durch Geheimnisträger bei Kindeswohlgefährdung. Diese zählt „Ärztinnen oder Ärzte[...], Zahnärztinnen oder Zahnärzte[,] Hebammen oder Entbindungspfleger[...] oder Angehörige[...] eines anderen Heilberufes“ auf. Trotz ihrer Länge nennen beide Normen Psychotherapeuten i. S. d. PsychThG – im Gegensatz etwa zu § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO – nicht explizit. Kommt es dagegen nicht auf eine (erlaubte oder vorbehaltene) Tätigkeit, sondern – wie z. B. bei § 132a Abs. 1 Nr. 2 StGB – gerade auf den Schutz einer Bezeichnung an, zählt der Gesetzgeber die geschützten Begriffe explizit auf und nennt so z. B. auch den „Psychotherapeuten“. Deutlich kryptischer formuliert, dafür aber in der Sache auch großzügiger⁸⁴, gewährt § 383 Abs. 1 Nr. 6 ZPO allen Personen, „denen kraft ihres Amtes,

67) BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 –, NJW 1972, 1504, 1505.

68) Ebenso Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 8, Rdnr. 1.

69) Vgl. Kment, in: *Jarass/Pieroth* (Hrsg.), GG, 17. Aufl. 2022, Art. 74, Rdnr. 51.

70) BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – 1 BvR 482/84, 1166/85 –, NJW 1988, 2290, 2291.

71) BVerfG, Beschl. v. 10.5.1988 – 1 BvR 482/84, 1166/85 –, NJW 1988, 2290, 2291.

72) RGBL I 1937, S. 457.

73) BVerfG, Beschl. v. 9.5.1972 – 1 BvR 518/62 u. 308/64 –, NJW 1972, 1504, 1505.

74) So auch Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 8, Rdnr. 1, Fn. 5.

75) „Breslauer Handschrift“ um 1335/1350, zit. n. *Adlung*, Vergleichende Zusammenstellung der ältesten deutschen Apothekenordnungen, 1931, S. 17: „ouch sal kein kunstnarczt noch wundarczt apthekerye vbin“. Zuvor bereits Tit. 46 des „Edikts von Salerno“ um 1240/1241, zit. n. *Adlung*, Vergleichende Zusammenstellung der ältesten deutschen Apothekenordnungen, 1931, S. 9: „non contrahat societatem cum confectionariis nec recipiat aliquem sub cura sua ad expensas pro certa pretii quantitate, nec ipse etiam habebit propriam stationem.“

76) Marks, in: *Landmann/Rohmer* (Hrsg.), GewO, 89. EL August 2022, § 14, Rdnr. 27; Rehborn, in: *Laufs/Kern/Rehborn* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 8, Rdnr. 1, Fn. 8; BVerfG, Urt. v. 30.5.1956 – 1 BvF 3/53 –, NJW 1956, 1025 f.

77) BVerwG, Urt. v. 12.7.1956 – I C 107.53 –, BVerwGE 4, 51.

78) BVerfG, Urt. v. 30.5.1956 – 1 BvF 3/53 –, NJW 1956, 1025 f. und zumindest hilfsweise bei BVerwG, Urt. v. 12.7.1956 – I C 107.53 –, BVerwGE 4, 51.

79) BGBI. 2006 I, S. 2034, 2035; BT-Dr. 16/813, S. 13.

80) Gelegentlich kommen solche Vermischungen auch innerhalb der Profession selbst vor. Vgl. dazu *Ärztliches BerufsG Nds.*, Nds. ÄBl. 1983, 674, zit. nach *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 28, Fn. 8 und Wissenschaftsrat, Empfehlungen zu forschungs- und lehrförderlichen Strukturen in der Universitätsmedizin, Dr. 5913-04, S. 97. Die Verbindung von akademischem Grad und Berufsbezeichnung ist darauf zurückzuführen, dass die Tätigkeitsberechtigung historisch zunächst aus der medizinischen Promotion und erst später aus einer absolvierten staatlichen Prüfung folgte. Vgl. dazu exemplarisch Hahn, Die Regulierung der Medizinalberufe im albertinischen Kursachsen (1547–1806), 2022, S. 116 ff.

81) Eine Ausnahmen bilden z. B. die Ostdeutsche Psychotherapeutenkammer für die Länder Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt und Thüringen und die Existenz von zwei Ärztekammern in Nordrhein-Westfalen. Ihre gesetzliche Grundlage finden sie dennoch in Landesheilberufe(kammer)gesetzen.

82) BVerwG, Urt. v. 26.8.2009 – 3 C 19/08, MedR 2010, 334, 335 = NVwZ-RR 2010, 111, 112.

83) Vgl. dazu *Reimer*, Der Rechtsstaat, eine rechtsvergleichende Perspektive, 2023, S. 104.

84) *Damrau/Weinland*, in: *MüKo/ZPO*, 6. Aufl. 2020, § 383, Rdnr. 31.

Standes oder Gewerbes Tatsachen anvertraut sind, deren Geheimhaltung durch ihre Natur oder durch gesetzliche Vorschrift geboten ist, in Betreff der Tatsachen, auf welche die Verpflichtung zur Verschwiegenheit sich bezieht“, ein Zeugnisverweigerungsrecht. Wesentlich knapper gefasst ist dagegen z. B. die in § 100 Abs. 1 S. 1 SGB X geregelte Auskunftspflicht gegenüber Leistungsträgern, die den „Arzt oder Angehörige eines anderen Heilberufs“ trifft⁸⁵. Nochmals kürzer wird es z. B. in § 47 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 AMG, der die Abgabe von Mustern eines Fertigarzneimittels an Ausbildungsstätten für „humanmedizinische Heilberufe“ gestattet und der bis zur Auslagerung tierarzneimittelrechtlicher Belange in das TAMG sogar nur die Formulierung „Heilberufe“⁸⁶ enthielt⁸⁷.

Die letztgenannte Vorschrift wirft die Frage nach dem Verhältnis des „Arztbegriffs“ zum Sammelbegriff des „Heilberufs“ auf. Hier kommt sowohl ein weites (einschließlich Gesundheitsfachberufe) als auch ein enges (nur Approbierte) Begriffsverständnis des „Heilberufs“ in Betracht. Die Gesetzeslage ist insoweit uneindeutig und z. T. auch widersprüchlich. Zu verweisen ist einerseits auf § 4 Nr. 14 UstG, der von einer heilberuflichen Tätigkeit von Ärzten und Zahnärzten sowie auch von Physiotherapeuten spricht, und andererseits auf die „Heilberufesetze“ der Länder, die dort (wie z. B. nach § 2 Abs. 1 HBKG-BW, § 2 Abs. 1 SächsHKaG oder § 1 Abs. 1 S. 1 ThürHeilBG) „nur“ Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker und Psychotherapeuten erfassen. Der Blick auf § 1 S. 1 HeilBerG-NRW, das auch Pflegekammern vorsieht und daher konsequenterweise auch Pflegefachpersonen nennt, verdeutlicht die kammerrechtliche Orientierung dieser Gesetze, deren Anwendungsbereich eigentlich auf „kammerfähige Heilberufe“ abstellt. Auf verfassungsrechtlicher Ebene spricht Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG insoweit ergebnisoffen von „ärztlichen und anderen Heilberufen“. Wenn aber mit dem BVerfG – wie oben erläutert – von einem weiten Begriff des „ärztlichen Heilberufs“ auszugehen ist, der bereits Ärzte, Zahn- und Tierärzte (sowie eigentlich auch Psychotherapeuten) umfasst, muss der Begriff der „anderen Heilberufe“ deutlich weitgehender zu verstehen sein. In seiner „Altenpflegeentscheidung“ aus dem Jahr 2002 hat das BVerfG darauf hingewiesen, dass „bei der Bestimmung der einzelnen Materien, die Art. 74 GG aufzählt, [...] der Grundsatz des Art. 30 GG und der historische Zusammenhang in der deutschen Gesetzgebung besondere Aufmerksamkeit [verdienen]; dem Merkmal des ‚Traditionellen‘ oder ‚Herkömmlichen‘ kommt dabei wesentliche Bedeutung zu“⁸⁸. Aus diesem Grund müsse das bei der Erarbeitung des GG bereits existente HeilPrG und der dort enthaltene „Heilkundebegriff“ bei der Interpretation des Begriffs der „anderen Heilberufe“ herangezogen werden⁸⁹. Dieser erfasst neben den zur selbständigen Heilkundenausübung berechtigten Berufsträgern auch die sogenannten Gesundheitsfachberufe⁹⁰.

Deutlich funktionaler fällt die Begriffsbestimmung des „Heilberufs“ dagegen mit Blick auf die Erforderlichkeit einer Erlaubnis nach § 1 Abs. 1 HeilPrG aus. Das BVerwG differenziert insoweit zwischen „Heilberufen [...] einerseits“ und den Heilhilfsberufen oder Gesundheitsfachberufen⁹¹ andererseits. Heilberufe sind nach diesem Schema jene, „die eigenverantwortlich körperliche oder seelische Leiden behandeln dürfen (Arzt, Zahnarzt, Psychotherapeut, Heilpraktiker)“⁹² und deren „Zulassung der Berufsausübung im Wege der Approbation“⁹³ erfolgt. Dagegen sind Heilhilfsberufe oder Gesundheitsfachberufe „zur Krankenbehandlung grundsätzlich nur auf Grund ärztlicher Verordnung“⁹⁴ befugt. Zum einen dürfte dieses Konzept jedoch mit zunehmender Akademisierung der Gesundheitsfachberufe⁹⁵ und dem damit verbundenen Ruf nach einer zumindest partiellen Übertragung der unmittelbaren Heilkundenausübungsberechtigung an seine Grenzen geraten. Zum anderen ist bemerkenswert, dass bei der Anwendung von § 1

Abs. 1 HeilPrG ein anderes Heilberufsverständnis vertreten wird, als im Rahmen von Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, dessen Interpretation jedoch gerade im Lichte des vom Verfassungsgeber vorgefundenen HeilPrG⁹⁶ erfolgen sollte. Festhalten lässt sich jedoch zumindest, dass Ärzte i. S. v. § 2a BÄO sowohl nach engem als auch nach weitem Verständnis zur Gruppe der Heilberufe zählen, aber nicht jeder Angehörige eines Heilberufs zugleich auch statusrechtlich Arzt ist.

3. Behandelnde

Nach den bisherigen Ausführungen zum Gebrauch des Arztbegriffs und den Verschränkungen mit angrenzenden Tätigkeitsgebieten verwundert es nicht, dass auch in gesetzlichen Vorschriften die Begriffe „Arzt“ oder „ärztlich“ nicht nur dort verwendet werden, wo es um das Handeln von Ärzten i. S. v. § 2a BÄO geht. Der Gesetzgeber des aus dem Jahr 2013⁹⁷ stammenden Patientenrechtegesetzes war jedoch ersichtlich bemüht, solche Unschärfen zu vermeiden. In der Absicht, auch die Leistungen anderer Gesundheitsberufe zu erfassen⁹⁸, wählte der Entwurf den Terminus des „Behandelnden“ anstelle des Arztes. Mit derselben Intention trat die BReg. auch dem Vorschlag des Bundesrates entgegen, in § 630a Abs. 1 BGB die „medizinische Behandlung“ durch die „ärztliche Behandlung“ zu ersetzen, um „das Kerngebiet der Vorschriften, nämlich [...] den] Arztvertrag, in den Vordergrund“⁹⁹ zu stellen. Nach der Gegenäußerung der BReg. sollten „die Regelungen zum Behandlungsvertrag [...] nicht nur ärztliche Behandlungen im Bereich der Humanmedizin erfassen, sondern [...] auch für Behandlungen durch Angehörige anderer Heilberufe wie psychologische Psychotherapeuten, Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten, Angehörige solcher Heilberufe, deren Ausbildung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG durch Bundesgesetz geregelt wird (Hebammen, Masseur und medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopä-

85) Eine ähnliche Formulierung nutzt z. B. auch § 6 Abs. 1 S. 2 Halbs. 2 Alt. 1 GewO für den Ausschluss der Anwendbarkeit.

86) BGBl. I 2005, S. 3394, 3433.

87) BGBl. I 2021, S. 4530, 4577.

88) BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 42.

89) BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 42.

90) BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 45; BVerwG, Urt. v. 10. 10. 2019 – 3 C 16.17 –, BeckRS 2019, 37907; so etwa auch der Gesetzgeber zu § 6 Abs. 1 S. 2 GewO: „Durch die aus Artikel 74 Nr. 19 Grundgesetz übernommenen Worte ‚ärztliche und andere Heilberufe‘ wird klargestellt, daß die Gewerbeordnung auf die ärztlichen sowie auf die nichtärztlichen [...] Heilhilfsberufe nur dann Anwendung findet, wenn die Gewerbeordnung dies ausdrücklich bestimmt“ (BT-Dr. 8/1863, S. 13) und zu § 630a Abs. 1 BGB: „Angehörige solcher Heilberufe, deren Ausbildung nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG durch Bundesgesetz geregelt wird (Hebammen, Masseur und medizinische Bademeister, Ergotherapeuten, Logopäden, Physiotherapeuten u. a.)“ (BT-Dr. 17/10488, S. 52).

91) BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08 –, MedR 2010, 334, 335 = NVwZ-RR 2010, 111, 112.

92) BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08, MedR 2010, 334, 335 = NVwZ-RR 2010, 111, 112.

93) BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08, MedR 2010, 334, 335 = NVwZ-RR 2010, 111, 112.

94) BVerwG, Urt. v. 26. 8. 2009 – 3 C 19/08, MedR 2010, 334, 335 = NVwZ-RR 2010, 111, 112.

95) BGBl. I 2017, S. 2581 ff.; Eckpunkte der Bund-Länder-Arbeitsgruppe „Gesamtkonzept Gesundheitsfachberufe“, 2020, S. 6f.; zum Begriff vgl. *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, 4. Aufl. 2022, § 12, Rdnr. 2.

96) BVerfG, Urt. v. 24. 10. 2002 – 2 BvF 1/01 –, NJW 2003, 41, 42.

97) BGBl. I 2023, S. 277 ff.

98) BT-Dr. 17/10488, S. 11, 18.

99) BT-Dr. 17/10488, S. 37.

den, Physiotherapeuten u. a.), sowie für Heilpraktiker¹⁰⁰ gelten. Vollständig ist es dem Gesetzgeber dabei allerdings nicht gelungen, sich von einer ärztlich zentrierten Vorstellung vom Behandlungsverhältnis zu lösen. Nach § 630f Abs. 2 S. 2 BGB müssen schließlich explizit nur „Arztbriefe“ (ebenso in § 349 Abs. 1 S. 1 SGB V) in die Patientenakte aufgenommen werden, obwohl eigentlich auch andere „Transferdokumente, die der Kommunikation zwischen [...] oder mit anderen Behandler*innen dienen, und Auskunft über den Gesundheitszustand des Patienten geben, in die Patientenakte“¹⁰¹ gehören. Von einer auch in dieser Vorschrift sachlich nicht¹⁰² gerechtfertigten Identität zwischen Behandlung und ärztlicher Tätigkeit geht zudem noch immer die in § 617 BGB geregelte Pflicht zur Krankenfürsorge des Dienstberechtigten („ärztliche Behandlung“) aus. Zumindest lässt sich den Ausführungen des Gesetzgebers zu § 630a BGB aber entnehmen, dass das Wort „ärztlich“ – zumindest künftig – nicht mehr als Generalbegriff für jeglichen Therapeuten erhalten kann¹⁰³.

IV. Weitere Beispiele für eine Verwendung von „Arzt“/„ärztlich“ anstelle von „Behandler“/„Heilberuf“

1. „Heilkundeausübung, ohne als Arzt bestellt zu sein“ (§ 1 HeilprG)

Im Sinne der Vollständigkeit ist hier der bereits mehrfach angesprochene § 1 Abs. 1 HeilprG zu nennen. Aufgrund der in § 1 Abs. 2 HeilprG enthaltenen Einschränkung auf Krankheiten, Leiden oder Körperschäden „bei Menschen“ ist zumindest keine Ergänzung des Tierarztes erforderlich. Obwohl dieses nicht bereits anhand des Heilkundebegriffs nach § 1 Abs. 2 HeilprG ersichtlich ist, gilt Gleiches für den Zahnarzt, da dessen Tätigkeitsbereich nach § 6 Abs. 1 HeilprG vollständig aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen wurde. Ergänzungsbedarf besteht allerdings im Hinblick auf Psychotherapeuten¹⁰⁴ nach dem PsychThG. Die Neureglung müsste dabei allerdings berücksichtigen, dass Psychotherapeuten nach § 1 Abs. 1 S. 1 PsychThG durch ihre Approbation „nur“ die Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde auf dem Gebiet der Psychotherapie erhalten, während der Erlaubnisvorbehalt darüber hinaus weiterhin erforderlich wäre.

2. Ärztliche Eingriffe, ärztliche Maßnahmen, ärztliche Aufklärung (§§ 1358, 1820, 1827–1832 BGB)

Eine Vielzahl medizinrechtlicher Vorschriften – von denen hier exemplarisch solche aus dem BGB herausgegriffen werden – verwendet die Begriffe „ärztlicher Eingriff“, „ärztliche Maßnahme“ und „ärztliche Aufklärung“. § 1832 BGB führt den Terminus „ärztliche Zwangsmaßnahme“ nicht nur in seiner amtlichen Überschrift, sondern enthält in seinem Abs. 1 Satz 1 sogar eine Legaldefinition, nach der es sich um eine(n) dem natürlichen Willen des Betreuten widersprechende(n) „Untersuchung des Gesundheitszustands, [...] Heilbehandlung oder [...] ärztliche[n] Eingriff“ handelt. Jede Untersuchung oder Heilbehandlung wird damit zur ärztlichen Maßnahme deklariert. Eingriffe scheinen zudem *per definitionem* nur erfasst zu sein, wenn sie „ärztlich“ sind. Mit Blick auf die oben genannten approbierten Berufsgruppen sind zwar psychotherapeutische Zwangsmaßnahmen kaum vorstellbar, zahnärztliche Zwangsbehandlungen kommen aber nicht nur theoretisch in Betracht, sondern waren sogar bereits Gegenstand einer obergerichtlichen Entscheidung. Im Jahr 2020 hatte sich der BGH mit der Genehmigungsfähigkeit einer „zahnärztlichen Zwangsbehandlung (Gebissanierung unter Vollnarkose)“ auseinandergesetzt und diese ohne vertiefte Diskussion unter den Begriff „ärztlicher Zwangsmaß-

nahmen“ nach § 1906a Abs. 1 S. 1 BGB a. F. subsumiert¹⁰⁵. Exakter wäre daher (ebenso in § 1820 Abs. 2 Nr. 3 BGB) eine Verwendung des weitergehenden und an § 630a Abs. 1 BGB angelehnten Begriffs der „medizinischen“¹⁰⁶ Zwangsmaßnahme. Gleiches gilt für die freiheitsentziehende Unterbringung zur Durchführung eines Eingriffs nach § 1831 Abs. 1 Nr. 2 BGB, bei dem es sich ebenfalls um einen „medizinischen“ handeln sollte, und für die Genehmigungsbefähigung der Durchführung oder des Unterlassens medizinischer Maßnahmen nach § 1829 BGB. Zwar dürften zahnärztliche Fälle im Rahmen von § 1829 BGB nur selten auftreten, ausgeschlossen sind diese jedoch – mit Blick etwa auf das Operationsrisiko (nicht nur hochaltriger Patienten) oder z. B. die Gefahr einer Sepsis als Folge unbehandelter Zahninfektionen – nicht. Ebenso werden zahnärztliche Eingriffe auch von den Regelungen zur Patientenverfügung und zum Umgang mit Behandlungswünschen oder dem mutmaßlichen Willen (§ 1827 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 S. 1 BGB) erfasst, sodass auch dort keine begriffliche Verengung auf „ärztliche Eingriffe“ erfolgen sollte. Das naheliegende Gegenargument, eine Anpassung sei nicht erforderlich, da die zahnärztliche Versorgung ohnehin von der in allen genannten Vorschriften ebenfalls vorgesehenen und zumindest teilweise überschneidenden Alternative der „Heilbehandlung“ erfasst wäre, überzeugt nicht, schließlich müsste dieses sonst für den (echten) ärztlichen Bereich gleichermaßen gelten.

Fortgesetzt hat sich die Verengung auf „ärztliche“ Eingriffe auch in dem 2023 neu geschaffenen Notvertretungsrecht unter Ehegatten in Angelegenheiten der Gesundheitsvorsorge nach § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Zusätzlich darf der vertretende Ehegatte *expressis verbis* nach § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB auch nur „ärztliche“ Aufklärungen entgegennehmen¹⁰⁷. Aufklärungspflichtig sind nach § 630e Abs. 1 BGB aber alle Behandelnden i. S. v. § 630a Abs. 1 BGB und nicht nur Ärzte. Die in § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB enthaltene Regelung zum Aufklärungsempfänger mag daher zu akzeptieren sein, soweit diese für den ärztlichen Bereich den nach § 630e Abs. 4 BGB ohnehin¹⁰⁸ bestehenden Grundsatz „klarstellt“¹⁰⁹ (bzw. redundant wiederholt), als Einschränkung hinsichtlich anderer Behandler bleibt sie dagegen in den Gesetzesmaterialien¹¹⁰ unberührt und ist in der Sache auch nicht gerechtfertigt¹¹¹. Nochmals kritischer er-

100) BT-Dr. 17/10488, S. 52.

101) BT-Dr. 17/10488, S. 26.

102) Vgl. dazu Baumgärtner, in: *Hau/Poseck* (Hrsg.), BeckOK-BGB, 66. Ed. v. 1.5.2023, § 617, Rdnrn. 8f.; a. A. wohl Hensler, in: *MüKo/BGB*, 9. Aufl. 2023, § 617, Rdnr. 17 und Jousen, in: *Rofls/Giesen/Mießling/Udsching* (Hrsg.), BeckOK-Arbeitsrecht, 68. Ed. v. 1.6.2023, § 617 BGB, Rdnr. 15.

103) Vgl. BT-Dr. 17/10488, S. 52. Zur vergleichbaren Diskussion um eine strafbare Nutzung der „Bezeichnung als Arzt“ durch die Ausstellung „ärztlicher Zeugnisse“ vgl. RG, Urt. v. 28.6.1904 – 2227/04 –, RGSt 37, 220f.

104) Haage, Heilpraktikergesetz, 2. Aufl. 2013, § 1, Rdnr. 2.

105) BGH, Beschl. v. 29.7.2020 – XII ZB 173/18 –, BtPrax 2021, 36ff.

106) So auch überzeugend bei Lugani, MedR 2022, 91, 96 zu § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB.

107) Trautmann, in: *Bauer/Klie/Lütgens/Schwedler* (Hrsg.), HK Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 142. EL 2023, § 1358 BGB, Rdnr. 20.

108) Brosey, in: *Jürgens* (Hrsg.), Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, § 1358 BGB, Rdnr. 4; Dutta, FamRZ 2020, 1881, 1882; Spickhoff, FamRZ 2022, 1897, 1901; Trautmann, in: *Bauer/Klie/Lütgens/Schwedler* (Hrsg.), HK Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 142. EL 2023, § 1358 BGB, Rdnr. 20.

109) Lugani, MedR 2022, 91, 96; BR-Dr. 564/20, S. 231.

110) Vgl. BR-Dr. 564/20, S. 196ff., 230f.

111) Dutta, FamRZ 2020, 1881, 1882. Für eine Erweiterung nach dem „Sinn der Norm“ (Analogie?) auf andere medizinische Berufsausübungen: Roth, in: *MüKo/BGB*, 9. Aufl. 2022, § 1358, Rdnr. 8.

scheint die Verengung im Bereich von § 1358 Abs. 2 S. 1 BGB, nach dem die „behandelnde[n] Ärzte gegenüber dem vertretenden Ehegatten von ihrer Schweigepflicht entbunden“ sind. Für andere Behandelnde i. S. d. § 630a Abs. 1 BGB und die ebenfalls von der strafbewehrten Schweigepflicht nach § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB erfassten Apotheker gilt die Befugnisnorm dagegen nicht¹¹². Die Verwendung des Substantivs „Arzt“ anstelle von „ärztlich“ erschwert dabei auch einen möglichen argumentativen Ausweg durch Verweis auf das verfassungsrechtliche Verständnis des „Ärztlichen“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG. Angesichts fehlender Auseinandersetzung des Gesetzgebers¹¹³ mit kritischen Stimmen zu dieser Regelung, die bereits im Gesetzgebungsprozess erhoben wurden¹¹⁴, ist zwar davon auszugehen, „dass die [...] Entscheidung [...] in dieser Frage nicht] reflektiert erfolgt ist“¹¹⁵. Die mehrfache Verwendung der Begriffe „Arzt“ bzw. „ärztlich“ in der Vorschrift und der zum Arztbegriff in § 1358 Abs. 4 BGB in den Gesetzesmaterialien zu findende Verweis auf die Bundesärztekammer¹¹⁶ verdeutlichen aber ein zwar undurchdachtes, aber keinesfalls undoloses Handeln des Gesetzgebers, das sich problemlos durch Analogie oder „eine weite Auslegung“¹¹⁷ überwinden ließe¹¹⁸.

3. Ärztliche Kunst und ärztliche Person (§§ 1631d und 1631e BGB)

Der Begriff „ärztlich“ wird im BGB auch noch in § 1631d Abs. 1 S. 1¹¹⁹ verwendet, der die Personensorge auf solche Beschneidungen männlicher Kinder beschränkt, die nach den Regeln der „ärztlichen Kunst“ durchgeführt werden. Ungeachtet der berechtigten Kritik an der Verwendung des von der Terminologie des § 630a Abs. 2 BGB („allgemein anerkannte[...] fachliche[...] Standards“) abweichenden Kunstbegriffs¹²⁰ ist die Beschränkung auf den „ärztlichen“ Standard¹²¹ zumindest an dieser Stelle überzeugend. Wird an die Zirkumzision die Anforderung gestellt, dass dabei zumindest die „objektiv-typisierte Sorgfalt, bezogen auf den ärztlichen Standard, also der sog. Facharztstandard einzuhalten ist“¹²², so kann es sich – mit Blick auf die oben erläuterten Berufsgruppen – nur um einen an ärztlicher Tätigkeit i. S. d. BÄO ausgerichteten Kontrollmaßstab handeln. Ähnliches gilt für § 1631e BGB¹²³, der die Behandlung von Kindern mit Varianten der Geschlechtsentwicklung regelt. Zum einen verdeutlicht bereits die Nennung der weiteren Personen(gruppen) in § 1631e Abs. 4 S. 1 BGB, dass es sich bei der „ärztlichen Person“ nach § 1631e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 BGB tatsächlich um einen Arzt i. S. v. § 2a BÄO handeln sollte. Zum anderen ist es die Aufgabe der „weitere[n] ärztliche[n] Person“, die nicht zugleich Behandelnder nach § 1631e Abs. 4 S. 1 BGB sein darf, „einen Blick ‚von außen‘ [...] zu ermöglichen“¹²⁴ und damit letztlich eine aus ärztlicher Sicht begründete Zweitmeinung sicherzustellen. Das ist aber nur möglich, wenn es sich auch bei dieser Person um einen Arzt i. S. d. BÄO handelt.

4. Ärztlicher Kontakt (§ 9 HWG)

Eine unberechtigte Konzentration auf die „ärztliche“ Tätigkeit außerhalb des BGB findet sich dagegen z. B. in dem 2019 eingeführten¹²⁵ § 9 S. 2 HWG. Dieser enthält eine Rückausnahme zu § 9 S. 1 HWG, nach dem „eine Werbung für die Erkennung oder Behandlung von Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhaften Beschwerden, die nicht auf eigener Wahrnehmung an dem zu behandelnden Menschen oder Tier beruht (Fernbehandlung)“¹²⁶ unzulässig ist. Infolge der Änderung des ärztlichen Berufsrechts im Jahr 2018 (§ 7 Abs. 4 S. 3 MBO-Ä)¹²⁷ und der damit verbundenen Freigabe der ausschließlichen Fernbehandlung verfolgte der Gesetzgeber mit § 9 S. 2 HWG das Ziel, diese Änderung auch im Heilmittelwerberecht nachzuvoll-

ziehen¹²⁸. Danach gilt das Verbot nicht mehr für eine „Werbung für Fernbehandlungen, die unter Verwendung von Kommunikationsmedien erfolgen, wenn nach allgemein anerkannten fachlichen Standards ein persönlicher ärztlicher[!] Kontakt mit dem zu behandelnden Menschen[!] nicht erforderlich ist“. Die Rückausnahme lässt jedoch außer Acht, dass sich das Verbot aus § 9 S. 1 HWG nicht nur auf Ärzte i. S. v. § 2a BÄO, sondern auf alle anderen heilkundlich tätigen Personen (Heilberufe und Heilhilfs- bzw. Gesundheitsfachberufe) bezieht. Soweit diese jedoch nach ZHG, BTÄO, PsychThG oder HeilPrG zur Ausübung der Heilkunde ohne vorherige ärztliche Verordnung berechtigt sind, kommt es auf die Frage der Entbehrlichkeit des „persönlichen ärztlichen Kontakts“ speziell im Kontext einer Fernbehandlung überhaupt nicht an. Zwar könnte die begriffliche Einschränkung gerechtfertigt sein, wenn der Gesetzgeber tatsächlich nur eine Öffnungsklausel für Ärzte i. S. v. § 2a BÄO schaffen, im Übrigen aber an einem strengen Werbeverbot festhalten wollte.¹²⁹ Die Gesetzesmaterialien zu § 9 S. 2 HWG verdeutlichen aber, dass der Gesetzgeber trotz Änderung des ärztlichen Berufsrechts auch deshalb auf eine – als konsequente Reaktion ebenso denkbare – vollständige Abschaffung von § 9 S. 1 HWG verzichtet hat, weil „Fernbehandlungen [...] auch] durch Personen angeboten werden, bei denen weder die Fernbehandlung noch das Bewerben [...] durch eine rechtlich verbindliche Berufsordnung geregelt werden.“¹³⁰ Es dürfte sich daher erneut entweder um ein korrekturbedürftiges Redaktionsversehen oder um eine zwar bewusste, aber nicht vollständig reflektierte Entscheidung des Gesetzge-

112) *Lugani*, MedR 2022, 91, 97; *Spickhoff*, FamRZ 2022, 1897, 1904.

113) Vgl. BT-Dr. 19/27287.

114) Vgl. DKG, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts v. 2. 12. 2020, S. 2.

115) *Spickhoff*, FamRZ 2022, 1897, 1904.

116) BR-Drs. 564/20, S. 6.

117) *Trautmann*, in: *Bauer/Klie/Lütgens/Schwedler* (Hrsg.), HK Betreuungs- und Unterbringungsrecht, 142. EL 2023, § 1358 BGB, Rdnr. 43.

118) *Spickhoff*, FamRZ 2022, 1897, 1902, schlägt eine Lösung im Wege einer („mit der notwendigen Vorsicht“ genutzten) mutmaßlichen Einwilligung des Betroffenen vor.

119) Allgemein zu dieser Vorschrift vgl. *Hahn*, MedR 2013, 215 ff.; *Höfling*, GesR 2013, 463 ff.; *Hörnle/Huster*, JZ 2013, 328 ff.; *Krüger*, JR 2019, 427 ff.; *Putzke*, MedR 2012, 621 ff.; *Peschel-Gutzeit*, NJW 2013, 3617 ff.; *Spickhoff*, FamRZ 2013, 337 ff.; *Walter*, JZ 2012, 1110 ff.; BR-Dr. 597/12.

120) Vgl. dazu ausführlich und überzeugend bei *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 1631d BGB, Rdnr. 7; grundsätzliche Kritik am Begriff bei *Katzenmeier*, *Arzthaftung*, 2002, S. 273 ff.

121) *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 1631d BGB, Rdnr. 8.

122) *Spickhoff*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 1631d BGB, Rdnr. 8.

123) Vgl. dazu *Coester-Waltjen/Henn*, FamRZ 2021, 1589 ff.; *Hahn*, JAmt 2022, 68 ff.

124) BT-Dr. 19/24686, S. 31.

125) BGBl. I 2019, S. 2562, 2583.

126) Zur Kritik an dieser Vorschrift vgl. *Hahn*, MedR 2018, 384, 388 ff.; *Braun*, MedR 2018, 563, 565 ff.

127) Vgl. dazu ausführlich *Katzenmeier*, NJW 2019, 1769 ff.; *Katzenmeier*, MedR 2019, 259, 266 ff.; *Hahn*, *Telemedizin*, 2019, S. 3 ff.; *Herkenrath*, *Ärztliche Fernbehandlung*, 2022, S. 43 ff.; *Siglmüller*, *Rechtsfragen der Fernbehandlung*, 2020, S. 47 ff.; zum vorherigen Rechtszustand vgl. *Hahn*, MedR 2018, 384 ff.; *Dierks*, MedR 2016, 405 ff.

128) Vgl. BT-Dr. 19/13438, S. 78.

129) So zumindest im Ergebnis bei *Fritzche*, in: *Spickhoff* (Hrsg.), *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2022, § 9 HWG, Rdnr. 5.

130) BT-Dr. 19/13438, S. 77.

bers handeln. Dabei ist auch zu bedenken, dass die Einschränkung vor allem gegenüber Behandelnden, für die sogar die in den Gesetzesmaterialien zu § 9 S. 2 HWG angesprochenen berufsrechtlichen Parallelregelungen existieren (vgl. § 12 Abs. 7 MBO-TÄ und § 5 Abs. 5 MBO-Psych), verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen ist. Das gilt in besonderem Maße für Tierärzte nach der BTÄO, deren Tätigkeit vom Verbot des § 9 S. 1 HWG erfasst wird¹³¹, jedoch aus der Rückausnahme des § 9 S. 2 HWG gleich doppelt ausgeschlossen ist („ärztlicher Kontakt“ und „mit dem zu behandelnden Menschen“), sodass die Vorschrift Tieren im Kontext von Fernbehandlungen ein höheres Schutzniveau¹³² sichert als Menschen.

V. Fazit

Der Beitrag hat verdeutlicht, dass die Begriffe „Arzt“ und „ärztlich“ durch den Gesetzgeber innerhalb der Rechtsordnung mit unterschiedlichem Inhalt verwendet werden. Der in § 630a Abs. 1 BGB genutzte und stärker sachgebiets- als akteurszentrierte Begriff der „medizinischen Behandlung“, der über die ärztliche Tätigkeit i. S. d. BÄO hinausgeht, hat sich noch nicht vollständig durchgesetzt. Selbst in jüngeren medizinrechtlichen Vorschriften wie z. B. § 9 S. 2 HWG und § 1358 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist der Gesetzgeber der Versuchung erlegen, die dort regulierten Handlungen – wohl ausgehend von einer Idee des Arztes als medizinischer Leitberuf – als „ärztlich“ zu charakterisieren. Obwohl das „Arztrecht [... noch immer den] Kern des Medizinrechts“¹³³ bildet, sollte der Gesetzgeber daher im Rahmen eines sich ankündigenden Patientenrechtegesetzes 2.0¹³⁴ nicht nur auf eine Optimierung der §§ 630a ff.

BGB, sondern auch auf eine sprachliche Vereinheitlichung im sonstigen Medizinrecht hinwirken.

Open Access. Dieser Artikel wird unter der Creative Commons Namensnennung 4.0 International Lizenz veröffentlicht, welche die Nutzung, Vervielfältigung, Bearbeitung, Verbreitung und Wiedergabe in jeglichem Medium und Format erlaubt, sofern Sie den/die ursprünglichen Autor(en) und die Quelle ordnungsgemäß nennen, einen Link zur Creative Commons Lizenz beifügen und angeben, ob Änderungen vorgenommen wurden.

Die in diesem Artikel enthaltenen Bilder und sonstiges Drittmaterial unterliegen ebenfalls der genannten Creative Commons Lizenz, sofern sich aus der Abbildungslegende nichts anderes ergibt. Sofern das betreffende Material nicht unter der genannten Creative Commons Lizenz steht und die betreffende Handlung nicht nach gesetzlichen Vorschriften erlaubt ist, ist für die oben aufgeführten Weiterverwendungen des Materials die Einwilligung des jeweiligen Rechteinhabers einzuholen.

Weitere Details zur Lizenz entnehmen Sie bitte der Lizenzinformation auf <http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>.

Open Access funding enabled and organized by Projekt DEAL.

131) Braun, MedR 2021, 159, 161; Siglmüller, Rechtsfragen der Fernbehandlung, 2020, S. 211.

132) Hahn, MedR 2022, 645, 653.

133) Laufs/Katzenmeier, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp (Hrsg.), Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. I, Rdnr. 31; vgl. dazu auch Spickhoff, in: Spickhoff (Hrsg.), Medizinrecht, 4. Aufl. 2022, Einleitung, Rdnr. 2; Zuck, in: Quaas/Zuck/Clemens/Gokel, Medizinrecht, 4. Aufl. 2018, § 1, Rdnrn. 3f.

134) Vgl. dazu grundsätzlich bei Katzenmeier, MedR 2023, 93 und vertiefend die gesamte MedR 2/2023.

Krankenhausaufnahmeverträge und Wahlleistungsvereinbarungen – Teil 1: schuldrechtliche Einordnung

Hannes Hasselbach, Wolf-Amelung Böhm und Tim Reinhold

A) Ausgangspunkt

In Deutschland wurden vor Ausbruch der Corona-Pandemie jährlich knapp 20 Mio. Krankenhausaufnahmen statistisch erfasst¹. Etwa dieser Größenordnung entspricht die Zahl der zum Zwecke der Behandlung zwischen den Krankenhausträgern und den Patienten abgeschlossenen Krankenhausaufnahmeverträge.

Die ca. 10 % privat versicherten Patienten vereinbaren häufig über die Regelversorgung hinausgehende Zusatzleistungen durch Wahlleistungsvereinbarungen. Hinzu kommen gesetzlich versicherte Patienten, die Zusatzversicherungen für diese Leistungen abgeschlossen haben.

Bei einer Vielzahl an Krankenhausbehandlungen treten bisweilen Leistungsstörungen auf. Neben Behandlungsfehlern kommt es insbesondere zu Pflichtverletzungen im Zusammenhang mit der Zusatzverpflichtung aus den Wahlleistungsvereinbarungen. Ausgewählte Problemstellungen, wie bspw. die Zulässigkeit der Vertretung von Wahlärzten oder der Kreis potenzieller Wahlärzte, konnten bereits höchstrichterlich geklärt werden. Andere Fragestellungen sind offen. So fehlt bislang eine grundlegende dogmatische Einordnung der Wahlleistungsvereinbarung. Diese ist von Bedeutung, um das einschlägige Regelungsregime im Falle von Leistungsstörungen sowie etwaige Wechselwirkungen zwischen Krankenhausaufnahmevertrag und Wahlleistungsvereinbarungen bestimmen zu können.

Der erste Teil des Beitrags nimmt – unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Krankenhausesgeltrechts (dazu unter B) – zunächst eine schuldrechtliche Einordnung von Krankenhausaufnahmeverträgen vor (dazu unter C), auf deren Grundlage eine dogmatische Verortung

Rechtsanwalt Hannes Hasselbach, LL.M.,
Preißler Ohlmann & Partner mbB Rechtsanwälte,
Alexanderstr. 26, 90762 Fürth, Deutschland

Regierungsrat Dr. iur. Wolf-Amelung Böhm,
Bayerisches Staatsministerium der Justiz,
Prielmayerstr. 7, 80335 München, Deutschland

Studentischer Mitarbeiter Tim Reinhold,
Preißler Ohlmann & Partner mbB Rechtsanwälte,
Alexanderstraße 26, 90762 Fürth, Deutschland

1) Vgl. <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/157058/umfrage/fallzahlen-in-deutschen-krankenhaeusern-seit-1998/>, zuletzt abgerufen am 22. 4. 2023.