

Udo H. Cramer und Markus P. Henkel

## Standesordnung und Wettbewerb – Plädoyer für Einheit von Norm und Vollzug

### I. Paradigma Scheinpartnerschaft

Die kürzlichen Verhaftungen von Vertragsärzten<sup>1</sup> wegen Abrechnungsbetrugs werfen mit der strafrechtlichen Beurteilung die Frage nach dem Zustand der ärztlichen Selbstverwaltung auf. Beiden Ärzten wird vor allem zum Vorwurf gemacht, die gesetzliche Krankenversicherung durch die Beschäftigung von Scheinpartnern in ihren Gemeinschaftspraxen (§ 33 Ärzte-ZV) geschädigt zu haben. Wenn gleich es sich bei den angesprochenen Verfahren um außergewöhnliche Einzelfälle handelt, hat die Berichterstattung in den Medien zu erheblicher Unruhe in der Ärzteschaft geführt. Es herrscht wohl einige Unkenntnis hinsichtlich Voraussetzungen und Grenzen der ärztlichen freiberuflichen Tätigkeit, vor allem in größeren Gemeinschaftspraxen, auch werden die einschlägigen Vorschriften meist nicht so recht ernst genommen. Die Verfahren haben nun aber wohl zu einer nachdenklicheren Haltung geführt, was angesichts der dramatischen Begleitumstände nicht verwundern kann. Warnungen, die früher unter Verweis auf die vielen Kollegen, die „es doch auch so machen“, oft fruchtlos blieben, finden jetzt eher Gehör.

Ursache dieses mangelnden Problembewußtseins ist vor allem die Selbstverwaltungspraxis. Einerseits nehmen Zulassungsausschüsse, nicht fachjuristisch besetzt, für sich in Anspruch, „pragmatisch“ zu entscheiden, und lehnen es ausdrücklich ab, jeden Gemeinschaftspraxisvertrag zu überprüfen. Es wird auch schon mal weggeschaut und ein Auge zugedrückt, wenn die Umstände es erfordern oder nahelegen. Man kann darauf vertrauen, rechtlich Unhaltbares genehmigt zu bekommen, allerdings angesichts der hohen in Frage kommenden Schadensbeträge (Falschabrechnung) mit dem Risiko gravierender Folgen im Falle nachträglicher Überprüfung. Andere Zulassungsausschüsse stellen ohne nähere Begründung rechtlich nicht fundierte Maximalforderungen an die Zulassung, die nur standespolitische Motive haben können. Unabhängig von der Berechtigung dieser Forderungen kommt dabei dieser Praxis eine andere Eigenart des Rechtsbereichs der gesetzlichen Krankenversicherung „zugute“: Derjenige Arzt, der sich weigert, den Forderungen des Zulassungsausschusses nachzugeben, muß sich angesichts der Verfahrensdauer vor den Sozialgerichten auf einen jahrelangen Rechtsstreit einrichten, zudem infolge der zunehmend konstatierten Nähe dieses Gerichtszweigs zur Exekutive<sup>2</sup> mit offenem Ausgang. Welcher niederlassungswillige Arzt kann sich das schon leisten?

Zu vermissen ist die Bereitschaft der Selbstverwaltung, sich mit dem Thema „Freiberuflichkeit“ einmal grundsätzlich auseinander zu setzen, und zwar ohne berufspolitische Scheingefechte zu führen, allein auf der Grundlage geltenden verfassungskonformen positiven Rechts. Auf eine Umfrage bei allen Kassenärztlichen Vereinigungen zur Beurteilung der Problematik der Scheinpartnerschaft aufgrund einer „aufsichtsrechtlichen Belehrung“ des Sozialministeriums Mecklenburg-Vorpommern<sup>3</sup> gegenüber der Landes-KV haben nur zwei KVen in der Sache Stellung genom-

men<sup>4</sup>. Alle anderen haben entweder gar nicht geantwortet oder explizit erklärt, man wolle sich dazu nicht äußern – angesichts der Tatsache, daß man gleichsam „auf einem Pulverfaß sitzt“, ein bemerkenswertes Ergebnis<sup>5</sup>. Ziel der vorliegenden Abhandlung soll der Versuch sein zu verdeutlichen, daß die Umgehung von standesrechtlichen Vorschriften wie bei der Problematik der Scheinpartnerschaft kein Zufallsbefund ist, sondern Zeiterscheinung, die auch für andere Bereiche gilt und die begünstigt wird durch die bekannt schwierige Lage der deutschen Ärzteschaft und des gesetzlichen Krankenversicherungssystems. Dabei geht es auch um die Frage, wie dadurch der Wettbewerb der Ärzteschaft beeinflußt wird.

Es nimmt nicht Wunder, daß dieses Thema die methodendefinierten Fächer besonders exponiert. Hier zeigt sich der medizintechnische Fortschritt mit allen Einflüssen auf die ärztliche Tätigkeit und die Standesordnung besonders deutlich. Die hohe Kapitalintensität erhöht den ökonomischen Druck; vor allem aber: Das in erster Linie für die großen klinischen Fächer gestaltete Ständerecht erfaßt die Besonderheiten der Leistungserbringung in den methodendefinierten Fächern nur ungenügend. Andererseits sind diese Fächer in manchen Bereichen zu einer Vorreiterrolle prädestiniert, so daß mehrere der bestehenden Probleme früher oder später auch die anderen Fächer erreichen werden.

### II. Normsetzung und Normenvollzug im ärztlichen Ständerecht

Das deutsche Kassenarztrecht ist zunehmend geprägt durch eine Normenfülle unterschiedlichster Rechtsmaterien, die vom betroffenen Arzt nicht mehr zu überschauen ist und für die zunehmend die Einsichtsfähigkeit schwindet. Die Regelungswut ist angesichts der angeblich unvermeidbaren Ausgabendeckelung in der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>6</sup> ungebrochen, der Gesetzgeber sieht sein Heil in im-

---

Rechtsanwälte *Udo H. Cramer* und *Markus P. Henkel*,  
Gottfried-Keller-Straße 20, D-81245 München

---

- 1) „Fall Koblenz“, ÄZ v. 2. 11. 1999; auch „Fall Schottendorf“, ÄZ v. 10. 11. 1999.
- 2) Vgl. dazu auch Mitteilungen der KV Berlin 2000, 34, zu den turnusmäßigen Treffen der ehrenamtlichen (ärztlichen) Richter, die i. d. R. verwaltungsnah sind, mit Mitgliedern des Kassenarztsenats des BSG.
- 3) Schreiben des Staatsministeriums Mecklenburg-Vorpommern v. 29. 9. 1999.
- 4) Stellungnahmen der KV Koblenz v. 8. 9. 1999 und der KV Sachsen v. 2. 12. 1999.
- 5) Ebenso bemerkenswert ist auch die Haltung der KV des Laborarztes, die jahrelang von der Beschäftigung von Scheinpartnern in dessen Praxis nichts gewußt haben will.
- 6) Allerdings gewinnt die Diskussion zum notwendigen Umfang der Risikoversicherung langsam an Fahrt. Dabei wird die Paralleldiskussion in der Rentenversicherung dienlich sein.

mer neuen Gesundheitsreformen in immer kürzeren Abständen. Es ist der Fluch der bösen Tat, daß jede Neuregelung weitere – meist kompliziertere – nach sich ziehen muß, ein geradezu zwingendes Gesetz aus der Verwaltungsforschung<sup>7</sup>. Dabei ist der Gesetzgeber allein auf sein Ziel der Kostendämpfung fixiert; welche Auswirkungen sein Dirigismus auf den Arzt in der Praxis hat, der zum Lückensucher und Abrechnungskünstler degeneriert, interessiert nicht. Marktwirtschaftliche Ansätze werden zwar zunehmend gefordert<sup>8</sup>, nicht aber entschlossen umgesetzt.

Daneben steht je nach Rechtsmaterie parallel oder ergänzend – wer kann das im Einzelfall, ohne Arztrechtler zu sein, beurteilen? – das Berufsrecht, in weiten Bereichen ohne inhaltliche Abstimmung mit dem Kassenarztrecht<sup>9</sup>. Mit seinen Wurzeln aus der Zeit einer stillschweigend anerkannten, weitgehend unkodifizierten Standesethik ist es durch Generalklauseln geprägt, weitgehend bewußt, um Handlungs- und Auslegungsspielräume in der Regelungsmaterie – es geht zumindest systematisch um einen freien Beruf – zu wahren. Inzwischen wird diese Richtschnur von vielen Ärzten augenzwinkernd oft nicht mehr recht ernst genommen, denkt man beispielsweise an die persönliche Leistungserbringung, das Niederlassungsgebot oder die freiberufliche Tätigkeit, zunehmend mit Unterstützung der Rechtsprechung, wie z. B. die Tendenz zur Liberalität in den Werbemöglichkeiten zeigt.

Die Selbstverwaltung begegnet dieser inhomogenen Normenfülle oft mit einer aus ihrer Sicht „pragmatischen“ Verwaltungspraxis, um das unzumutbare Korsett erträglicher zu machen. Gefördert wird dies durch die (quasi-)demokratischen Strukturen und das System der kollegialen Aufsicht, die zu rigiden Sanktionen des Wählers und Arztkollegen bzw. dessen Koalitionen (Verbänden) entgegenstehen<sup>10</sup>. Der Normenvollzug wird dadurch zunehmend intransparent, inkonsequent und zufällig mit einer gravierenden Folge: Er wird für die Betroffenen inakzeptabel. Klare, durch transparente Verwaltungspraxis vorgegebene Handlungsvorgaben fehlen. Werden aber dann stillschweigende Arrangements oder bewußt in Kauf genommene Spielräume aufgedeckt, steht der (Vertrags-)Arzt allein. Dann handelt die KV oder Kammer hoheitsrechtlich und nicht beratend. Der Arzt bekommt die Konsequenzen seines zwangsweisen Unterwerfungsverhältnisses zu spüren.

### III. Verschärfung des ärztlichen Wettbewerbs

Diese Bestandsaufnahme fällt in Zeiten zunehmenden Wettbewerbsdrucks in der Ärzteschaft. In der Schere notwendiger Einkunftssicherung und Kostendeckung bei trotz Bedarfsplanung weiter steigenden Arzttzahlen und nicht mehr kalkulierbarer Honorarentwicklung wächst die Notwendigkeit, neue Wege zu gehen und unternehmerischen Einfallsreichtum zu beweisen, um den eigenen Markt zu sichern und zukunftsweisend zu gestalten. Das gebietet schlicht der Selbsterhaltungstrieb. Diese unternehmerischen Notwendigkeiten treffen auf das eher defensive standesrechtliche Normensystem. Darin ist der Widerstreit zwischen Marktwirtschaft und öffentlichem Gesundheitswesen angelegt, der sich im Zeichen des zunehmenden Wettbewerbs verschärft: Was früher nolens volens als nicht änderbar akzeptiert wurde, wird angesichts des zunehmenden Drucks in Frage gestellt. Dabei findet die Liberalisierung des Wirtschaftslebens, auch durch die EG-Harmonisierung und vor allem die „Entzopfung“ des freiberuflichen Standesrechts<sup>11</sup> allgemein nur allmählich Eingang in das Arztrecht<sup>12</sup>. Auf längere Sicht werden aber unweigerlich auch die lange weitgehend akzeptierten Grenzen der ärztlichen Standesordnung getestet werden. Dabei liegt es in der Natur der Sache, daß dies gerade für die Normen gilt, die besondere Wettbewerbsrelevanz haben. In diesem Umfeld

wächst die Verantwortung der Selbstverwaltung, für gleiche Rechte und Chancen zu sorgen. Es geht nicht an, daß die einen in Kenntnis systembedingter Freiräume und Vollzugsdefizite Rechtsnormen überstrapazieren oder sich gar ganz darüber hinwegsetzen, während die anderen sich rechtstreu verhalten. Eine solche Diskrepanz führt gerade im Zeichen scharfen Wettbewerbs zu ungleichen beruflichen Tätigkeitsbedingungen: Diese können von der Rechtsordnung nicht gewollt sein, benachteiligen sie doch gerade diejenigen, auf die das System angewiesen ist und die zu seiner Funktionsfähigkeit beitragen. Mit zunehmendem Wettbewerb wird die Drittwirkung des Standesrechts, also die mittelbare Auswirkung auf außerhalb des Rechtsverhältnisses Arzt/Körperschaft Stehende, immer wichtiger, die freilich nicht sein ureigenster Regelungsgegenstand ist<sup>13</sup>.

### IV. Wettbewerbsrelevante Normen<sup>14</sup>

#### 1. Niederlassung und Freiberuflichkeit

Die Tätigkeit des Arztes – und zwar sowohl des Vertragsarztes als auch des Privatarztes – ist standesrechtlich geprägt durch die freiberufliche Tätigkeit in eigener niedergelassener Praxis (§§ 24, 32 Ärzte-ZV, § 18 BO). Dabei ist die Einzelpraxis die Regel, die Gruppenpraxis die Ausnahme, wie die zusätzlichen Genehmigungs- und Anzeigepflichten (§ 33 Abs. 2 Ärzte-ZV, § 22 i.V. mit Kap. D Nrn. 7–11 [Muster-]BO) neben der Zulassung bzw. Approbation zeigen<sup>15</sup>. Bis auf die gesetzlichen – auslegungsfähigen – Begriffe gibt es keine Vorgaben über Inhalt und Grenzen der „Niederlassung“ und der Tätigkeit in „eigener Praxis“, insbes. in Gruppenpraxen und hier vor allem in der Gemeinschaftspraxis. Die Bundesärztekammer hat dies bereits 1990 zum Anlaß genommen, Auslegungshilfen zur Abgrenzung der ärztlichen Gemeinschaftspraxis von Arbeitsverhältnissen zu geben<sup>16</sup>. Diese geben eine Auslegungshilfe für die Rechtspraxis, die aber schon per definitionem die Ausge-

7) Vgl. zur früheren Großgerätebedarfsplanung *Preißler/Cramer*, MedR 1995, 217 ff.

8) Bekanntlich jetzt auch vom früheren Bundesgesundheitsminister: *Seehofer*, Gesellschaftspolitische Kommentare März 2000, S. 3ff.

9) Vgl. dazu z. B. für den Bereich der Qualitätssicherung *Schirmer*, MedR 1997, 431 ff.

10) Bei der Honorarverteilung (§ 85 SGB V) zeigt sich inzwischen eine mehr oder weniger unverblühte Verfolgung der Interessen der eigenen Arztgruppe, die das Manko des Fehlens eines verfassungsrechtlich gebotenen Minderheitenschutzes offenkundig macht, dazu auch *Link/deWall*, Rechtsgutachten über die Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über die vertragsärztliche Honorarfestsetzung, Sept. 1998.

11) Man denke an die zunehmende Liberalisierung des Werberechts der freien Berufe, der Rechtsformen, der Kooperationsmöglichkeiten etc. (z. B. zur Situation in der Anwaltschaft NJW 1999, 3017).

12) Das betrifft seit den Entscheidungen des EuGH i. S. *Kohll* und *Decker* (Urt. v. 28. 4. 1998 – C 158/96 und C 120/95) – zunehmend auch das sozialversicherungsrechtliche Leistungs- und Vergütungsrecht.

13) Vgl. die Rechtsprechung des BSG zur Drittwirkung der Ermächtigungsnormen, zuletzt Urt. v. 29. 9. 1999 – B 6 KA 29/98 R –; zur (früheren) Großgerätebedarfsplanung BSG, Urt. v. 9. 5. 1990 – 6 RKA 27/88 –.

14) Offensichtlich haben auch Honorierungsnormen wettbewerbsbeeinflussenden Charakter, vgl. z. B. Stützungsregelungen in Honorarverteilungsmaßstäben für kleine Praxen, besondere Leistungsbereiche innerhalb und zwischen Arztgruppen etc. Dieser Bereich soll hier jedoch bewußt nicht einbezogen werden.

15) Auch hier zeigt sich der Anachronismus dieser Zulassungssystematik, wenn man an die ökonomischen Bedingungen vor allem in den Methodenfächern denkt, die eine Einzelpraxis gar nicht mehr tragen, vgl. *Walz/Cramer*, Geburtshilfe und Frauenheilkunde – zur Veröffentlichung vorgesehen –.

16) DÄBl. 1990, 1388 ff.

staltung des Einzelfalles offenläßt – in einer freiheitlichen Rechtsordnung, wie wir meinen, eine vernünftige Lösung. Auch Rechtsprechung und Literatur haben Stellung genommen<sup>17</sup>. Leider kann man in der Praxis nicht konstatieren, daß dies hinreichend von den Zulassungsinstanzen beachtet würde. Dies gilt sowohl für die Grenzen als auch für die Spielräume<sup>18</sup>. So wird von Zulassungsausschüssen<sup>19</sup> bzw. KVn zwingend

- die im Innen- und Außenverhältnis gleichberechtigte Partnerschaft
  - mit zwingender Vermögensbeteiligung sowohl am Sachwert als auch am ideellen Wert der Praxis
- gefordert, ohne daß dies rechtlich ausreichend begründet würde. Kürzlich hat Möller<sup>20</sup> mit überzeugenden Gründen nachgewiesen, daß diese Forderungen aus gesellschaftsrechtlicher Sicht unbegründet sind: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) läßt hinsichtlich der Ausgestaltung weite Spielräume<sup>21</sup>. Der BGB-Gesellschafter kann sogar ohne jedwede Beteiligung am Gesamthandsvermögen Gesellschafter sein, auch ein in seiner Gesellschafterstellung auf die bloße Beitragsleistung eigener Tätigkeit beschränkter Partner ist Gesellschafter i. S. des BGB<sup>22</sup>.

Eine andere Frage ist allerdings, ob nicht die Standesordnung der freien Berufe, in diesem Fall das Kassenarztrecht und das ärztliche Berufsrecht, im Hinblick auf die Freiberuflichkeit des Arztes weitergehende Anforderungen an den Gesellschafterstatus stellen kann. Die Musterberufsordnung der Ärzte nimmt jedoch, ohne weitere Anforderungen aufzustellen, auf die BGB-Gesellschaft Bezug<sup>23</sup>. Auch daß stillschweigend von einem besonderen – engen – Gesellschafterbegriff auszugehen ist, und deshalb eine zusätzliche Festlegung obsolet war, liegt fern. Zwar ist die Gesamtverfassung der freien Berufe geprägt durch die freie eigenverantwortliche Tätigkeit, die es erforderlich erscheinen lassen könnte, daß der Arzt in seiner beruflichen Stellung nur dann frei in diesem Sinne ist, wenn er auch über die – ggf. anteiligen – Vermögensgrundlagen verfügt. Damit unterscheidet er sich von einem anderen Gesellschafter. Der Vergleich zu den Standesordnungen anderer freier Berufe, z. B. der Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer, zeigt aber, daß ohne weiteres auch andere Freiberufler als Gesellschafter ohne Vermögensbeteiligung tätig sind und ohne Standesrechtsverstoß tätig sein können. Damit läßt sich ein von der weiten Bandbreite der Gesellschafterstellung des BGB abweichender besonderer „Freiberufsgesellschafter“ insbesondere für das ärztliche Berufs- und Standesrecht nicht begründen.

Unabhängig davon können gesellschaftsrechtlich durchaus ärztlicher und wirtschaftlicher Bereich getrennt werden. Es bedarf keiner näheren Erwähnung, daß der Arzt gesellschaftsrechtlich in seiner ärztlichen Tätigkeit frei und nur sich selbst verantwortlich sein muß, wie dies die (Muster-)BO vorschreibt<sup>24</sup>. Dies heißt jedoch nicht, daß dazu zwingend eine Eigentümerstellung – gesellschaftsrechtlich also Beteiligung am Gesamthandsvermögen – erforderlich ist. Vielmehr läßt sich durch entsprechende vertragliche Gestaltung gewährleisten, daß dem Arzt die wirtschaftlichen Grundlagen der Praxis in der Weise zur Verfügung gestellt werden, daß diese Voraussetzungen erfüllt sind. Dies geschieht gesellschaftsrechtlich durch Einräumung eines Nutzungsrechts des „Nullbeteiligungspartners“<sup>25</sup> am Sonderbetriebsvermögen des oder der anderen Partner. Ärztlicher und wirtschaftlicher (vermögens- und nutzungsrechtlicher) Teil der Tätigkeit lassen sich trennen, wobei es ratsam und für die Fragestellung unschädlich ist, wenn Rücksichtnahmen beider Bereiche aufeinander zusätzlich geregelt werden.

De lege lata kann man darüber hinaus durchaus die Meinung vertreten, daß das Erfordernis der freiberuflichen Tätigkeit und damit der zwingenden Gesellschafterstellung des Vertragsarztes unzeitgemäß sei<sup>26</sup>. Die aktuelle Entwick-

lung im Zulassungsrecht zeigt, daß der Umfang der angestellten Tätigkeit unter Aufsicht und Weisung des Vertragsarztes immer wieder erweitert worden ist<sup>27</sup>. Sicherlich hat der Verordnungsgeber damit nicht eine Verschlechterung der kassenärztlichen Versorgung im Auge gehabt. Man denke auch an den stationären Bereich: Keiner ist bisher auf die Idee gekommen zu behaupten, Krankenhausärzte – auch Chefärzte – arbeiteten deshalb schlechter, weil sie Angestellte und nicht Freiberufler sind.

Bleibt als Motiv der Wettbewerb: Standesvertreter in den Zulassungsausschüssen besorgen eine Übermacht größerer „kapitalorientierter“ Praxen mit zahlreichen „Nullbeteiligungspartnern“ über die klassischen „Einzelkämpferpraxen“ oder herkömmliche Gemeinschaftspraxen<sup>28</sup>.

Diese Unklarheiten sind auf Dauer nicht hinzunehmen, Rechtssicherheit ist geboten. Wenn schon der Verordnungsgeber keine ausreichende Festlegung trifft, wäre es Aufgabe der Selbstverwaltung, durch Beratung, Richtlinien und klares Verwaltungshandeln einen eindeutigen Verwaltungsvollzug zu gewährleisten.

## 2. Persönliche Leistungserbringung

Neben dem Niederlassungsgebot ist die persönliche Leistungserbringung tragender Bestandteil der freien Berufe, auch des (Vertrags-) Arztes (§ 19 [Muster-]BO, § 15 SGB V, § 32 Ärzte-ZV, § 15 Abs. 1 BMV-Ä, § 14 Abs. 1 AEKV, § 613 BGB, § 4 Abs. 2 GOÄ). Noch eher als zur Niederlassung (oben, sub 1.) ist hier ein erheblicher Graubereich zu konstatieren<sup>29</sup>, sicherlich auch wegen der Abstraktheit des Begriffes, der zudem viele Ausnahmen zuläßt. Dies ist zwar nichts Neues und Streitpunkt, solange es diesen Grundsatz gibt<sup>30</sup>. Die Situation verschärft sich jedoch im Zuge zunehmenden Wettbewerbs und sinkender Honorierung ärztlicher Leistungen. Mit anderen Worten: Erhält der Arzt immer weniger für seine Tätigkeit, steigt die Versuchung, durch Delegation die Leistungsmenge insgesamt zu erhöhen – auch dies ein Aspekt des Hamsterradeffekts. Augenscheinlich wird das Phänomen in Wirtschaftlichkeitsprüfungen: Tagesprofile ergeben physiologisch/rechnerisch nicht zu rechtfertigende Tätigkeitszeiten. Soweit es nicht um die gemeinsame Leistungserbringung mit gleich qualifizierten Ärzten wie in der Gruppenpraxis geht, sondern

17) Insb. BSGE 35, 247; Ahrens, MedR 1992, 141 m.w.N.

18) S. dazu oben, sub I.

19) Die Kassenvertreter in vielen Zulassungsausschüssen zeichnen sich auch zu diesem Thema durch merkwürdige Indifferenz aus, nutzen nicht die ihnen gesetzlich eingeräumten Mitentscheidungsrechte und überlassen den ärztlichen Standespolitikern das Feld.

20) Möller, MedR 1999, 493.

21) Cramer, MedR 1994, 237; Möller, MedR 1999, 493.

22) BGH, NJW 1987, 3124, 3125; BGH, WM 1989, 1850, 1851.

23) Kap. D Nr. 8 (Muster-)BO.

24) Kap. D Nr. 8 Abs. 1 S. 1 (Muster-)BO.

25) Zum Begriff vgl. Cramer, MedR 1994, 237; Möller, MedR 1999, 493.

26) Insbes. wenn man berücksichtigt, daß gerade im Kassenarztrecht vom kodifizierten freien Beruf nicht viel verblieben ist (s. oben, sub II.).

27) § 32a Ärzte-ZV inkl. angestellter Arzt gem. Angestellte-Ärzte-Richtlinie gem. § 95 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 SGB V i. V. mit § 101 Abs. 1 Nr. 5 SGB V.

28) Vgl. auch BSG, MedR 1996, 86, 88: Bei der Zulässigkeit der Niederlassung am Krankenhaus ist der Wettbewerbsschutz für Dritte kein Prüfungsaspekt.

29) Auch im stationären Bereich, vgl. die im Ergebnis sehr unterschiedliche Rechtsprechung zur Delegationsfähigkeit bei ärztlicher Wahlleistung im Krankenhaus: zuletzt BGH, NJW 2000, 841; Jansen, MedR 1999, 555 m.w.N.

30) Die letzte Stellungnahme der Vertragspartner auf Bundesebene zur persönlichen Leistungserbringung datiert aus dem Jahre 1988 (DÄBl. 1988, A-2197ff.).

um die Delegation an nichtärztliches Hilfspersonal, Weiterbildungsassistenten, AIPs und sonstige, bedarf es keiner näheren Erwähnung, daß die persönliche Leistungserbringung ein unverzichtbarer Grundsatz der Qualitätssicherung ist. Insofern ist die Überprüfung der Einhaltung dieses Grundsatzes ureigenste Aufgabe der Selbstverwaltung. Um Besonderheiten Rechnung zu tragen, haben die Vertragspartner für die gesetzliche Krankenversicherung die Leistungserbringungsgemeinschaft (§ 15 Abs. 3 BMV-Ä) geschaffen, die für „gerätebezogene Untersuchungsleistungen“ im vertragsärztlichen Bereich eine Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung darstellt<sup>31</sup>.

Auch auf die Fortschritte in der Medizin ist flexibel zu antworten. So eröffnet die Telemedizin schon jetzt zahlreiche Freiräume und Möglichkeiten zum Wohle des Patienten: Entfernungen können ohne Beschwernisse für den Patienten überbrückt werden, vor allem im Notfall, das ärztliche Konsil mit – ggf. weit entfernten – Kollegen und Referenzzentren wird erleichtert usw. Andererseits muß jeder Arzt wissen, wann und in welchem Umfang er diese Instrumente auch rechtlich abgesichert verwenden darf. Es ist deshalb Aufgabe der Selbstverwaltung, zügig und sachgerecht auf diese Umwälzungen zu reagieren. Sicherlich sind mit entsprechenden Öffnungen zahlreiche berufspolitische Implikationen verbunden<sup>32</sup>, deren Konsequenzen nicht absehbar sind, so daß gerade dies vielen schwerfällt. Auch hier gilt jedoch wie so oft: Handelt man nicht, so wird man behandelt. Zudem kommt es bei Regelungsdefiziten schnell zu rechtsunklaren Räumen mit allen Folgen der vorbeschriebenen Art für den Wettbewerb, wenn ein „innovationsfreudiger“ Kollege Nutzen aus einem solchen rechtlich ungeklärten Bereich zieht, noch zudem, ohne größere Sanktionen besorgen zu müssen. Auch hier zeigt sich die Wichtigkeit der Einheit von Norm und Vollzug: Regelt der Gesetzgeber im Zusammenwirken mit den Vertragspartnern schon einmal das Leistungserbringungsrecht, hat er dies aktuell anzupassen und für eine wirksame Umsetzung Sorge zu tragen.

Es liegt in der Natur der Sache, daß wegen der technischen Möglichkeiten die Teleradiologie schon vergleichsweise weit fortgeschritten ist. Während die Selbstverwaltung über Vorüberlegungen nicht hinausgekommen ist<sup>33</sup>, novelliert der Gesetzgeber im Zuge EG-rechtlicher Vorgaben derzeit die Röntgenverordnung (RöV). Im neuen § 24a RöV wird es voraussichtlich eine definitive Regelung zur Teleradiologie geben, die das echte Leistungssplittling (Trennung von Anordnungsbefugnis zur Anwendung von Röntgenstrahlen gem. § 24 der geltenden RöV mit technischer Leistungsdurchführung einerseits, Darstellung und Auswertung der diagnostisch wichtigen Bildinformationen, Befundauswertung, Befundbericht und Archivierung<sup>34</sup> andererseits) erstmals normativ regelt. Dies ist in seiner Bedeutung für die persönliche Leistungserbringung als Rechtsgrundsatz (wenn auch nicht medizinisch) in etwa vergleichbar mit der Trennung von Befunderhebung und therapeutischer Maßnahme in der sonstigen Medizin. Die Regelung in der neuen RöV betrifft nur den (staatlichen) Strahlenschutzbereich, dürfte jedoch, ohne daß dies größere prognostische Fähigkeiten erforderte, im Sinne der bisher unteilbaren Leistung<sup>35</sup> auch Auswirkungen auf das Leistungserbringungsrecht haben. Dabei spielt die Radiologie wegen ihres technischen Vorsprungs und des diagnostischen Bezugs nur den Vorreiter, andere Fächer werden sich früher oder später dem gleichen Problem stellen müssen.

### 3. Residenzpflicht (Tätigkeit am Praxissitz)

Auch die Vorschriften, wonach der Arzt seine Praxis am Ort der Niederlassung auszuüben hat (§ 24 Ärzte-ZV, § 18 [Muster-]BO), bezeichnen einen tragenden Grundsatz des Arztrechts. Als vorrangig berufsrechtlich geregelter Grund-

satz bestehen Ausnahmen in Bezug auf die Zweigstelle und den ausgelagerten Praxisteil (§ 18 Abs. 2 [Muster-]BO). Es ist nicht zu bezweifeln, daß auch dieses Institut – vernünftig angewandt – zur ärztlichen Qualitätssicherung, namentlich zur Sicherung des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung, beiträgt: Wer seine Leistung persönlich zu erbringen hat, kann sich auch räumlich nicht teilen<sup>36</sup>.

Betrachtet man die Sache jedoch systematisch im Umfeld anderer Rechtsnormen, treten die Disparitäten deutlich zu Tage. Schwachpunkt der gesetzlichen Regelungen ist nämlich, daß sie nicht genügend differenzieren: Während für den Hausarzt der Grundsatz unmittelbar einleuchtet, beurteilt sich die Frage für Pathologen, Anästhesisten, Laborärzte und Radiologen fundamental anders. Im Zuge gesetzlich immer vehementer geforderter Verzahnungslösungen macht es keinen Sinn, den Anästhesisten, der seine ärztliche Leistung in mehreren Praxen von chirurgischen und anderen operativ tätigen Kollegen erbringt, in gleicher Weise an die Niederlassung zu binden wie einen Hausarzt. Ähnliches gilt auch für den Laborarzt, dessen Untersuchungsmaterial dem bundesweiten und teilweise sogar landesübergreifenden Versand-Tourismus unterliegt. In der Radiologie wurde schon rechtzeitig durch die staatliche Großgerätebedarfsplanung die Ausnahme zur Regel: Aufgrund der Bescheide der gesetzlich vorgesehenen Großgeräteausschüsse waren Großgeräte (insbesondere CT und MRT) von Niedergelassenen systematisch an Krankenhäusern aufzustellen und dort – also außerhalb der Niederlassung – zu betreiben, andernfalls wurde die Standortgenehmigung versagt. Diese Vorgaben haben nie Eingang in die Vorschriften zur Niederlassung gefunden. Dies ist um so erstaunlicher, als es sich hierbei um staatliche Zwangsregeln mit systematischem Charakter handelte. Nachdem die Genehmigung für einen Praxisbetrieb an mehreren Standorten (Zweigpraxis) nur ausgesprochen werden kann, wenn die Sicherstellung dies erfordert, ist in Zeiten der fast flächendeckenden Überversorgung die überörtliche ärztliche Tätigkeit eigentlich ausgeschlossen. Die Praxis hat sich mit einer großzügigen Handhabung des Instruments der ausgelagerten Praxisräume beholfen und verzichtet zunehmend auf das Erfordernis der „räumlichen Nähe“ auch im Vollzug<sup>37</sup>.

31) Vgl. Möller, MedR 1998, 60 ff.; Cramer/Walz, RADIOLOGE 1998, M 25 ff.; zum Aspekt des Niederlassungsgebots und der Leistungserbringungsgemeinschaft s. unten, sub IV. 3.

32) Vgl. zur Delegation an nichtärztliche Hilfskräfte: LSG Nordrh.-Westf., MedR 1997, 94 ff., und das Ausgangsurteil SG Dortmund, MedR 1996, 338 m. Anm. Steinhilper. Das LSG wörtlich: „Der Arztvorbehalt bewirkt im Ergebnis zu Gunsten der Kläger den Ausschluß anderer Heilberufe von der selbständigen Behandlung innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung ... Wenn bei Röntgenleistungen die persönliche Anwesenheit des Arztes nicht mehr erforderlich ist, handelt es sich nicht mehr um eine ärztliche Leistung. Ärztliche Sachkunde wäre dann entbehrlich und diese Tätigkeiten könnten zukünftig preisgünstiger unmittelbar von einer qualifizierten MTA erbracht und abgerechnet werden.“ Dagegen kennen die Gebührenordnungen durchaus die kollegiale Arbeitsteilung, setzen aber eine jeweils eigene vollständige Leistung voraus.

33) Seit längerem ist eine Umfrage der Bundesärztekammer bei den ärztlichen Berufsverbänden geplant, die bisher aussteht. Vgl. auch die Einbecker Empfehlungen der DGMR, MedR 1999, 557, die praktisch nicht umsetzbar sind.

34) Ähnlich beschreiben die Leitlinien der BÄK (DÄBl. 1995, A-2272) die Leistungsteilschritte.

35) Vgl. LSG Nordrh.-Westf., MedR 1997, 94.

36) Der Geltungsumfang der Leistungserbringungsgemeinschaft nach § 15 Abs. 3 BMV-Ä ist insoweit bisher nicht geklärt, vgl. Cramer/Walz, RADIOLOGE 1998, M 25 ff.

37) Vgl. dazu die Aussage der KVB-Rechtsabteilung im Verfahren des Laborarztes (oben, Fn. 1), die Residenz- und Präsenzpflicht eines Kassenarztes habe sich in bestimmten Arztgruppen relativiert: ÄZ v. 16. 6. 2000, S. 4.

Eine Vielzahl derartiger durch die Verwaltung „abgesegener“ oder doch geduldeter ausgelagerter Praxisräume findet sich für den Betrieb radiologischer Großgeräte, die in der „Hauptpraxis“ nicht vorgehalten werden. Daß dabei auch andere Vorgaben der Ärzte-ZV nicht buchstabengetreu eingehalten werden, nämlich daß eine Anmeldung zur Untersuchung nur über die Hauptpraxis zu erfolgen habe, nimmt nicht Wunder. Die Erschwernisse der Praxisführung an zwei Standorten sind schon genug, auch stehen die Patienten einer solchen verbraucherunfreundlichen Regelung verständnislos gegenüber.

Im Zuge freizügigerer Lokalisation des radiologischen Gerätebedarfs nach Abschaffung der Großgerätebedarfsplanung läßt sich dieser Kompromiß in der Umsetzung ohne Verankerung im Niederlassungsrecht nicht länger aufrecht erhalten. Die wirtschaftlichen Zwänge werden größer, der Zug zur größeren Einheit gerade in der Radiologie mit ihren hohen Auslastungsnotwendigkeiten wächst beständig, so daß inzwischen zunehmend mehrere gleiche Geräte betrieben werden. Nach der Normensystematik wäre dies nur in einer Zweigpraxis zulässig, für deren Genehmigung die Voraussetzungen aber meist fehlen. Wird dies dann – z. B. durch betroffene Wettbewerber – moniert, verweigert die Selbstverwaltung unter Hinweis auf den Zeitgeist, nämlich das Erfordernis engerer Verzahnung, den gesetzlichen Auftrag der Vernetzung u. a. m.<sup>38</sup>, das Einschreiten.

Die Folge ist: Der betroffene Arzt ist in seiner unternehmerischen Entscheidung ohne klare Vorgabe: Handelt er ohne Rücksicht auf das Standesrecht, hat er gute Chancen, unbehelligt zu bleiben. Ist er eher rechtstreu, liegt sein Wettbewerbsnachteil deutlich auf der Hand: Andere schaffen Fakten und präjudizieren die Handlungsalternativen. Der Wettlauf „Wer besetzt den Markt zuerst und nutzt die Spielräume am rigorosesten?“ beginnt<sup>39</sup>.

Ähnliches entwickelt sich im Bereich der wirtschaftlichen Verflechtung von Arztpraxen<sup>40</sup>. Grund ist gerade in den methodendefinierten Fächern, daß es die ökonomischen Bedingungen immer dringlicher machen, die Ressourcen optimal auszulasten. So ist es insbesondere in Balungräumen durchaus sinnvoll, nicht an jedem Praxisstandort alle Leistungen vorzuhalten, sondern sie vielmehr mit Kollegen zu teilen. Dies erkennend, lag dem diesjährigen Deutschen Ärztetag eine Beschlußvorlage zur Einführung der überörtlichen Gemeinschaftspraxis vor, die in letzter Minute vom Plenum abgelehnt wurde<sup>41</sup>. Ähnlich wie zur Frage des Sinngehalts der freiberuflichen Tätigkeit (s. oben, sub 1.), stellt sich hier die Frage des zulässigen Gestaltungsumfangs in der Berufsordnung. Wird die ärztliche Tätigkeit an sich nicht berührt, muß es möglich sein, mehrere Praxisstandorte zumindest wirtschaftlich zusammenzuführen<sup>42</sup>.

In die gleiche Richtung gehen Unklarheiten im Zuge der gesetzlich immer deutlicheren Verzahnungspostulate: Der diesjährige Deutsche Ärztetag mußte in die Praxisverbundregelung (Kap. D II Nr. 11 [Muster-JBO] nun auch Krankenhäuser aufnehmen, nachdem es vordringliches Anliegen des Gesetzgebers war, gerade den ambulanten und den stationären Bereich enger zusammenzuführen<sup>43</sup>. Damit konnte eine offenkundige Diskrepanz zwischen staatlichem Krankenversicherungsrecht und ärztlichem Selbstverwaltungsrecht mit den dann unweigerlichen Diskussionen zum Geltungsumfang des jeweiligen Bereichs verhindert werden.

Die Ausnahmevorschrift des § 15 Abs. 3 BMV-Ä<sup>44</sup> konnte soweit ersichtlich seit Einführung keine größere Bedeutung gewinnen. Dies dürfte sich jedoch angesichts der immer drängender werdenden Rationalisierungserfordernisse zukünftig ändern. Aus unserer Sicht ist Ursache für diese zögerliche Aufnahme auch die eher halbherzige Verankerung im Vertragsarztrecht, die viele Fragen offenläßt, insbesondere zur Frage der gesellschaftsrechtlichen Ausformung<sup>45</sup>. Aus sachlicher Sicht<sup>46</sup> unverständlich ist auch,

warum bisher diese Vorschrift für die private Krankenversicherung nicht umgesetzt wurde, nachdem die Berufsordnung insgesamt einen freieren Handlungsrahmen vorgibt als die GKV. Auch dies erleichtert nicht die Umsetzung dieses Rechtsinstituts<sup>47</sup>.

#### 4. Qualitätssicherung

Während man den Eindruck hat, daß die freiwillige Qualitätssicherung (Ärztezirkel, -stammtische etc.) vielfach noch oft „heiße Luft“ beinhaltet, kann konstatiert werden, daß zumindest normtechnisch die Fachkundenachweise gem. § 135 SGB V inzwischen ein wirksames Instrument der ärztlichen Qualitätssicherung darstellen. Aber auch die Umsetzung ist im vertragsärztlichen Bereich praeter propter effektiv, ähnlich wie in der Fachgebietsbeschränkung<sup>48</sup>. Dies liegt an der vergleichsweise leichten praktischen Umsetzung: Die Abrechnungs-EDV, versehen mit den notwendigen Daten über vorliegende Qualifikationen, gleicht die angeforderten Leistungen mit den damit verbundenen Abrechnungserfordernissen ab. Ergeben sich Diskrepanzen, werden diese Leistungen aus den abrechnungsfähigen Honorarsummen gestrichen.

Rechtssicherheit hat insoweit auch die Rechtsprechung gebracht. So hat das BSG klargestellt, daß auch vertragsärztliche Vertreter im Besitze der entsprechenden Qualifikation sein müssen<sup>49</sup>. Allerdings ist offenkundig, daß die Überprüfung der Einhaltung dieser Voraussetzungen zumindest dann schwierig ist, wenn kein Abgleich der Meldefristen für Vertretungen<sup>50</sup> und der Vertreterqualifikation erfolgt.

Nach wie vor fehlt eine vergleichbar stringente Qualitätssicherung im privatärztlichen Bereich, vor allem in der Überprüfung. Vorgaben folgen lediglich aus Leitlinien<sup>51</sup>, die nur im Haftungsfall größere Bedeutung erlangen, da sie nicht wie in der gesetzlichen Krankenversicherung zu Abrechnungsausschlüssen und sonstigen Sanktionen führen<sup>52</sup>. Gerade in Bezug auf ärztliche Leistungen, die anerkanntermaßen einen hohen Qualitätsstandard erfordern, ist der Privatpatient nach wie vor ein „Verbraucher zweiter Klasse“. Das ärztliche Gebührenrecht bestraft ihn sogar noch mit einer deutlich höheren Zahllast, zusammenfaßbar mit dem Schlagwort: „Doppeltes Geld für halbe Leistung“.

38) Vgl. Kap. D II Nr. 11 (Muster-)BO, Praxisnetze; §§ 140a ff. SGB V, Integrierte Versorgung.

39) Erkenntlich auch an der steigenden Zahl von Wettbewerbsverfahren mit diesem Streitgegenstand.

40) Vgl. dazu allgemein und teilweise auch für die Radiologie und das Labor: Dahm, MedR 1998, 70 ff.; Dahm/Burkhardt, MedR 1999, 485 ff.

41) DÄBl. 2000, 1350 ff.

42) Zu den damit verbundenen steuerlichen Problemen vgl. Dahm/Burkhardt, MedR 1999, 485, 487.

43) Begründung des Entwurfs des Gesundheitsreformgesetzes 2000, BT-Dr. 14/1245, sub A. II.

44) Vgl. oben, sub 2.

45) Vgl. Möller, MedR 1999, 493, 497.

46) Praktisch erklärbar mit der hier konstatierten Diskrepanz der Rechtskreise „Gesetzliches Krankenversicherungsrecht“ und „ärztliches Berufsrecht“.

47) An „Kunstgriffen“, diese Lücke zu schließen, fehlt es nicht: Danach soll mittels Dauervertretung und Delegation eine solche Leistungsverchiebung auch privatärztlich zulässig sein – ein klarer Verstoß gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung.

48) Dazu unten, sub 7.

49) BSG, Urt. v. 28. 1. 1998 – B 6 KA 93/96 R –.

50) Nach § 32 Abs. 2 Ärzte-ZV hat der Arzt Vertretungen über eine Woche anzuzeigen.

51) Es gibt Leitlinien zur Computertomographie (vgl. oben, Fn. 34), ein entsprechendes Pendant für die MRT harret allerdings derzeit seiner Verabschiedung.

52) Insoweit wird auch hier überwiegend auf die Standesethik abgestellt (vgl. oben, sub II.).

### 5. Zuweisung gegen Entgelt (§ 31 BO), Betreibergesellschaften

Diese Vorschrift betrifft naturgemäß in erster Linie die zuweisungsgebundenen Fächer. Daß entsprechende Verstöße nur schwer geahndet werden können, ergibt sich auch aus einem Vergleich mit den anderen angesprochenen Rechtsnormen. U. E. werden jedoch oft Ärzte vorschnell angeschwärzt, da sich Kollegen deren (relativen oder absoluten) ärztlichen und/oder wirtschaftlichen Erfolg nicht anders erklären können. Es fällt oft schwer, diesen Erfolg wertfrei zu akzeptieren. Hat ein Arzt es wirklich nötig, andere durch finanzielle Zuwendungen von seiner Leistung zu überzeugen, spricht dies für sich. Es sei die Behauptung gewagt, daß zumindest dauerhafte Verstöße nicht von langer Dauer sein werden. Klar auf der Hand liegt allerdings, daß eine solche Praxis gravierende Wettbewerbsverzerrungen zur Folge haben kann.

Ein weiteres – insbesondere auch rechtssystematisch wichtiges – Thema stellen die sog. Betreibergesellschaften dar. Mit diesem Euphemismus werden in der Praxis auch Kapitalbeteiligungen zuweisender Ärzte an – meist investitionsintensiven – Vorhaben ihrer Zuweisungsempfänger bezeichnet. Hier fragt sich, wo die – auch gesetzes- bzw. verfassungskonforme – Grenze zwischen zulässigem Verbot, vor allem i. S. der Verhältnismäßigkeit, und übermäßiger Einschränkung der Handlungs- und Vertragsfreiheit oder Überschreitung der Ermächtigungsnorm liegt: Einerseits ist nicht zu verhehlen, daß eine Kapitalbeteiligung eines Zuweisers sein Überweisungsverhalten beeinflussen kann. Andererseits ist es auch einem Arzt bisher zumindest nicht ausdrücklich verboten, sich an solchen Vorhaben genauso wie z. B. an einem Immobilienprojekt o. ä. zu beteiligen, wenn er dies für aussichtsreich hält und der Zuweisungsempfänger dies i. S. einer Risikostreuung begrüßt. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sprechen klare Fakten dafür, einen solchen Investor für die durch ihn geleistete Fixkostendeckung an den Einkünften der Gesellschaft zu beteiligen, da sich dadurch eine höhere Rentabilität ergibt<sup>53</sup>. Eine solche Beteiligung ist deshalb grundlegend anders zu beurteilen als das „Handgeld“. Die Grenze dürfte dann überschritten sein, wenn die Gewinnbeteiligung des Investors/Zuweisers untersuchungszahlabhängig und nicht nur nach der Höhe seines Kapitalanteils erfolgt<sup>54</sup>. Abgesehen davon, wie letztlich solche Betreibergesellschaften ausgestaltet sind, ist auch hier der Einfluß auf den Wettbewerb offenkundig: Die konzeptbedingt höhere Rentabilität begünstigt derart strukturierte Einheiten gegenüber herkömmlichen Praxen, mit allen Folgen für die Bestandsfähigkeit, Investitionskraft etc.

Angesichts dieser Gesamtlage will man sich mit derartig feinen juristischen Abgrenzungen nicht aufhalten und ruft nach dem Gesetzgeber<sup>55</sup>. Propagiert wird insoweit ein gesetzliches Beteiligungsverbot ähnlich wie in § 8 ApoG, der die Beteiligung von Berufsfremden an Apotheken untersagt. Unabhängig davon, wie man zu einem solchen weiteren staatlichen Regelungsrecht inhaltlich steht, hätte es jedenfalls den Vorteil, klare Verhältnisse i. S. der hier geforderten Wettbewerbsgleichheit zu schaffen.

### 6. Werbeverbot

Auch das Werbeverbot ist, je weniger die Selbstverwaltung bereit ist, neuere Entwicklungen in anderen Bereichen mitzugehen, schlagendes Beispiel für die fehlende Akzeptanz sowohl in der Ärzteschaft als auch beim Verbraucher. Jeder kennt die Situation: Praxisschilder werden per Zentimetermaß nachgemessen, andererseits können Bezeichnungen wie „Gemeinschaftspraxis am Hauptbahnhof“ oder „Operationszentrum am X.-Platz“ beanstandungslos über Jahre geführt werden, obwohl die Berufsordnung dies untersagt. Man hat auch Zeit dafür, höchstrichterlich über die Frage zu streiten, ob Schlaglinien, Äskulapstab oder

bunte Farben auf Briefbögen dem Standesrecht entsprechen. Patienten fragen bei Berufsverbänden an, welche Ärzte spezielle Untersuchungsverfahren durchführen, da es diesen untersagt ist, bis auf Fachgebiets- und Zusatzbezeichnungen andere Tätigkeitsschwerpunkte zu führen, die aber für die Patienten von entscheidender Bedeutung sind. Auch hier behilft sich die Praxis, nachdem für diese entscheidende Frage sogar das BVerfG bemüht werden mußte und die Angabe solcher Bezeichnungen dann für zulässig erachtet hat, wenn diese aus organisatorischen Gründen erforderlich sind<sup>56</sup>, mit der Zuordnung von besonderen Telefonnummern zu einzelnen Verfahren. Da nimmt es nicht Wunder, daß ärztliche Suchdienste Konjunktur haben – mit Billigung der Rechtsprechung. Konsequenz: Der Selbstverwaltung entgeht ein wesentlicher Bereich ihrer Regelungskompetenz, Dritte übernehmen diese Aufgaben, ohne daß die Ärzteschaft darauf mit den vergleichsweise engen Regeln des Standesrechts Einfluß nehmen könnte.

Insofern hätte die vorgesehene Änderung des Werbeverbots in der Berufsordnung durch den 103. Deutschen Ärztetag ein positives Beispiel für die Reformbereitschaft der ärztlichen Selbstverwaltung geben können. Die Bundesärztekammer hat den Handlungsbedarf vor allem bei der Internetwerbung erkannt, nachdem die regionalen Standesvertretungen vor den Auswüchsen kapitulierte hatten<sup>57</sup>. Auch wird wohl grundsätzlich das Informationsbedürfnis der Patienten anerkannt, das es erfordert, nicht nur in den engen Grenzen der bisherigen Berufs- und Weiterbildungsordnung Qualifikationen ankündigungsfähig zu machen. Die euphorisch angekündigte Reform bleibt allerdings hinter den Erwartungen zurück<sup>58</sup> und geht im Ergebnis nicht wesentlich weiter, als dies in den Interpretationsbeschlüssen einzelner Landesärztekammern schon vorher angedeutet war<sup>59</sup>. Es kann im Sinne eines neuzeitlichen Verbraucherrechts nicht sinnvoll sein, von den Ärztekammern verliehene Bezeichnungen führungsfähig zu machen, nicht aber vertragsärztliche.

Letztlich wird sich die Selbstverwaltung aber auch hier daran messen lassen müssen, ob sie mit der geänderten Berufsordnung auch ein Instrument geschaffen hat, das praktisch umsetzbar ist und den Anforderungen einer modernen Gesellschaft entspricht. Andererseits müssen aber auch Verstöße gegen ein so eingegrenztes Werberecht verfolgt und geahndet werden, was dann nach allgemeinem Konsens über die Sinnhaftigkeit um so leichter fallen dürfte. Jedenfalls ist es auch hier untragbar, Normsetzungsdefizite mit laxem Vollzug ausgleichen zu wollen.

### 7. Fachgebietsbeschränkung

Ähnlich wie zu den vertragsarztrechtlichen Sonderqualifikationen gemäß § 135 SGB V (oben, sub 4.) ist zu konstatieren, daß die Beachtung der Fachgebietsgrenzen im Verwaltungsvollzug vergleichsweise effizient erfolgt. Im vertragsärztlichen Bereich wird dies ebenso wie oben zur

53) Henkel, RADIOLOGE 1998, M 16 (Zusammenfassung von Cramer/Ratzel, Rechtliche Rahmenbedingungen von MRT-Kooperationen); Cramer/Preifler, BVDRN-Info 11/95, 17; Dahm/Burkhardt, MedR 1999, 485 ff.; Dahm, MedR 1998, 70 ff.; Ratzel/Lippert, Kommentar zur Musterberufsordnung der Deutschen Ärzte, 2. Aufl. 1998, § 31, Rdnr. 33.

54) Cramer/Preifler, BVDRN-Info 11/95, 17; Dahm/Burkhardt, MedR 1999, 485; Ratzel/Lippert (Fn. 53), § 31, Rdnr. 2.

55) Fischer, RÖFO 170, 5 (1999), M87, M89.

56) BVerfG, Urt. v. 21. 4. 1993 – 1 BvR 166/89 –.

57) Ärzte-Werbung im Internet – Der Klick in die Grauzone, Die Welt v. 20. 1. 2000.

58) Cramer, RADIOLOGE 2000, M117.

59) Z. B. Darstellungsmöglichkeiten des Arztes in Computer-Kommunikationsnetzen nach dem Beschluß des 50. Bayerischen Ärztetages zur BO für die Ärzte Bayerns.

Qualitätssicherung ausgeführt durch die EDV-mäßige Abgleichung der Abrechnungsziffern mit dem Fachgebiet des Arztes erreicht. Bekanntlich hat sich in der Praxis dazu in Umsetzung des Facharztbeschlusses des BVerfG<sup>60</sup> eine Toleranzgrenze von 5 % fachfremder Leistungen herausgebildet, die auch als fachfremde abgerechnet werden.

In der privaten Krankenversicherung ist eine solche direkte Überprüfungsmöglichkeit auf Grund der Tatsache, daß Kostenschuldner (Patient) und Körperschaft bzw. Kostenträger (mit Prüffunktion) (Kammer) im Gegensatz zur gesetzlichen Krankenversicherung nicht identisch ist, nicht gegeben<sup>61</sup>. Deshalb mag hier die Toleranzbreite größer sein<sup>62</sup>. Bei dauerhaften Verstößen kann dies Wettbewerber auf den Plan rufen mit der Folge einer zivilrechtlichen Wettbewerbsstreitigkeit. Die Fachgebietsüberschreitung ist Berufsordnungsverstoß und damit Wettbewerbsverstoß i. S. von § 1 UWG<sup>63</sup>.

Insoweit unbefriedigend ist jedoch die Rechtssetzung durch die Bundesärztekammer als Arbeitsgemeinschaft der Landesärztekammern. Bekanntlich wird vom Deutschen Ärztetag die Musterweiterbildungsordnung als rechtlich unverbindlicher Vorschlag für die Landesärztekammern beschlossen, die diese in praxi allerdings weitgehend gleichlautend umsetzen. Im schon definitionsgemäß unmöglichen Spagat zwischen einer Weiterbildungsordnung als Ausbildungsordnung zum einheitlichen Arztberuf einerseits und justiziablen Fachgebietsabgrenzungsregelungen andererseits bleibt die Rechtssicherheit zusehends auf der Strecke<sup>64</sup>. Im Sinne der rechtsstaatlich gebotenen Normenklarheit versagen dann Gebietsdefinitionen<sup>65</sup>, die bewußt weit gestaltet sind<sup>66</sup>. Zudem wird teilweise die Geltung des Weiterbildungsinhalts und der Richtlinien, die in erster Linie dafür geschaffen sind, dem weiterzubildenden Arzt aufzuzeigen, welche Voraussetzungen er für die Gebietsanerkennung erwerben muß, für die Festlegung des Gebietsinhaltes negiert<sup>67</sup>. Dies führt zu unverantwortlichen Rechtsunklarheiten, mit denen der Normenvollzug belastet wird.

Trotz dieser Sachlage ist die sozialgerichtliche Rechtsprechung weitgehend konsistent<sup>68</sup>. Vergleichsweise nahe an den überkommenen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts konnte insbes. das BSG immer wieder unter Heranziehung der gesamten Weiterbildungsordnung, also Gebietsdefinition, Inhalt und Ziel der Weiterbildung sowie der Richtlinien, klare Entscheidungen treffen, ohne daß Veranlassung zur verfassungsrechtlichen Überprüfung des allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsatzes der Normenklarheit bestand<sup>69</sup>.

Zusammenfassend würde man sich in Bezug auf die Normsetzung eine deutlicher und klarer abgrenzende Regelung zu den Fachgebietsdefinitionen wünschen. Berufspolitisch ist dies aber u. E. nicht realistisch. Dies dürfte schon darin begründet sein, daß die Weiterbildungsordnung Domäne der im Deutschen Ärztetag mehrheitlich vertretenen Krankenhausärzte ist, die deshalb die Aspekte der Weiterbildungsordnung als Katalog der Weiterbildungsziele dominieren. Damit ziehen Forderungen aus dem vertragsärztlichen Bereich im vorgenannten Sinne immer wieder den Kürzeren, obwohl doch auch in der gesamten Ärzteschaft, also auch im Bereich der Privatärzte und der nicht ermächtigten Krankenhausärzte, Interesse an einer klaren Regelung der Gebietsgrenzen bestehen müßte.

### 8. Selbstzuweisung

Eine klare, vom ärztlichen Standesrecht sogar geförderte, weil in der Weiterbildungsordnung geregelte Wettbewerbsbeeinflussung stellt die Institution der fachbezogenen Diagnostik, also das gebietsbezogene Labor, Röntgen und die Nuklearmedizin dar. Es bedarf keiner näheren Darlegung, daß hier die überweisungsgebundenen Fächer in direktem Wettbewerb zu den Organfächern stehen<sup>70</sup> mit deutlich schlechterer Ausgangslage, da letztere ihre Bean-

spruchung selbst steuern, während die Methodenfächer auf Überweisung beschränkt sind<sup>71</sup>.

### 9. Kooperationsformen

Neben dem personellen und wirtschaftlichen Aspekt (vgl. oben, sub 1. – Freiberuflichkeit – und sub 5. – Zuweisung gegen Entgelt) geht es bei der Frage, wie Ärzte zusammenarbeiten können, auch um die Gesellschaftsform. Bekanntlich ist die ärztliche Zusammenarbeit seit der (Muster-)BO von 1997 neben der gängigen Rechtsform der BGB-Gesellschaft auch in der Partnerschaftsgesellschaft (PartG)<sup>72</sup> zulässig. Die Systematik der (Muster-)BO trennt die Formen der Zusammenarbeit nach der Leistungserbringung (Gemeinschaftspraxis und Partnerschaftsgesellschaft als Berufsausübungsgemeinschaft, also mit gemeinsamer Leistungserbringung; Praxisgemeinschaft und Apparategemeinschaft als Organisationsgemeinschaft, also getrennter Leistungserbringung, aber Kostenteilung). Dabei beruhte die Einführung der PartG nicht etwa auf einer Eigeninitiative der Ärzteschaft, sondern auf der Umsetzung der Partnerschaftsgesellschaft für die freien Berufe durch den Gesetzgeber mit dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz (PartGG) auch für die Ärzteschaft. Gleichzeitig wurde der Personenkreis, mit dem Ärzte Kooperationen eingehen können, mit Schaffung der medizinischen Kooperationsgemeinschaft auf andere Heilberufe ausgedehnt<sup>73</sup>. Seit der Entscheidung des BGH zur Heilkunde-GmbH<sup>74</sup> für Zahnärzte wird diese Rechtsform auch in den Kammerbezirken zulässig sein, in deren Berufsordnungen<sup>75</sup> das Verbot der Rechtsform juristischer Personen des Privatrechts nicht ausdrücklich aufgenommen ist<sup>76</sup>. Allerdings konnten die neuen Kooperations-

60) BVerfG, NJW 1972, 1504.

61) In der Praxis ist weitgehende Unkenntnis des ärztlichen Weiterbildungsrechts – und damit der Fachgebietsgrenzen – bei den privaten Krankenversicherungen zu konstatieren.

62) Dagegen verfolgen Ärztekammern in der Fachgebietsüberschreitung liegende Berufsrechtsverstöße nach Erfahrungen der Verfasser nur bei klarer Rechtslage und/oder dauerhaftem Verstoß.

63) Vgl. das Wettbewerbsverfahren zur MRT vor dem LG Flensburg – 6 O 75/97 – und OLG Schleswig-Holstein – 6 U 48/98 – mit Besprechung von Cramer/Henkel, MedR 1998, 559.

64) Vgl. die Diskussionen im Vorfeld des diesjährigen Deutschen Ärztetages, vor allem die Kritik des Internistenverbandes und der GFB (Gemeinschaft fachärztlicher Berufsverbände).

65) Vgl. auch die Rechtsprechung des SG München zur Fachgebietsabgrenzung der Sonographie und nuklearmedizinischen in-vitro-Diagnostik – S 33 KA 676/89 und S 31 KA 1384/89 –.

66) Oft auch deshalb, weil man sich nicht anders einigen kann und die Klärung dann der Rechtsprechung überläßt.

67) So die Judikate in dem o. a. Wettbewerbsverfahren (vgl. Fn. 63) und im Anschluß daran Peikert, MedR 2000, 123, 125, entgegen BVerfG, MedR 1984, 190, 191; LSG Bad.-Württ., MedR 1985, 243, 244; BSG, MedR 2000, 278, 280; Cramer/Henkel, MedR 1998, 559; Till, MedR 1985, 267; Ratzel, MedR 1994, 4; ausführlich dazu neuerdings VG des Saarlandes v. 22. 5. 2000 – 1 K 89/98 –. Der Beschluß des BVerfG, MedR 1984, 190, wird insoweit des öfteren falsch interpretiert. Es wird übersehen, daß in diesem Fall die Gebietsabgrenzung mit der Gebietsdefinition möglich war, so daß ein Rückgriff auf „Inhalt und Ziel der Weiterbildung“ oder die Richtlinien nicht notwendig war.

68) Dagegen verkennt die ordentliche Gerichtsbarkeit die standesrechtlichen Implikationen, z. B. MRT-Verfahren bis zum BGH (vgl. oben, Fn. 63).

69) Vgl. Übersicht bei Cramer/Henkel, MedR 1998, 559; Wigge, RÖFO 169, 5 (1998), M 84.

70) Aber noch negiert vom LG Flensburg (Fn. 63).

71) Vgl. § 13 Abs. 4 BMV-Ä, § 7 Abs. 4 AEK-V.

72) Kap. D II Nr. 8 der (Muster-)BO.

73) Kap. D II Nr. 9 (Muster-)BO.

74) BGH, MedR 1994, 152 m. Anm. Taupitz.

75) So etwa BO für die Ärzte Bayerns 1997 § 22 i. V. mit D II Nr. 9.

76) Ratzel/Lippert (Fn. 53), § 22, Rdnr. 14.

möglichkeiten bisher keine nennenswerte Bedeutung erlangen, weil ihre Vorteilhaftigkeit in der Praxis nicht auf der Hand liegt.

Dagegen ist mangels kodifizierter Rechtsformzuordnung im stationären Bereich die Kapitalgesellschaft als Rechtsform zulässig. Die darin liegende Benachteiligung für den ambulanten Bereich, die sich besonders auch in den ungleich besseren Werbemöglichkeiten niederschlägt, wurde von der Rechtsprechung mit dem Argument gebilligt, daß der stationäre Bereich auf die Auslastung seiner Bettenkapazitäten angewiesen sei. Dies ist unter Gleichheitsgesichtspunkten und dem Aspekt gleicher Wettbewerbsbedingungen nicht zu rechtfertigen<sup>77</sup>. Dennoch hat dieser *numerus clausus* der Kooperationsformen bisher rechtlichen Bestand.

Die eigentlichen Probleme liegen ohnehin anderswo, nämlich in dem Eindringen Dritter, also nichtärztlicher oder „arztverwandter“ (natürlicher oder juristischer) Personen. Dies zeigte insbes. die deutsche Wiedervereinigung mit Gründung zahlreicher Ärzthäuser unter einheitlicher wirtschaftlicher Führung, meist in Nachfolge der früheren Polikliniken. Aber auch sonst greifen „kapitalistische“ Modelle, nämlich der Betrieb ganzer Gesundheitseinheiten durch Nichtärzte, die diese an Ärzte in welcher Form auch immer zur Nutzung überlassen, um sich. Hier geht es um die Frage der wirtschaftlichen Unabhängigkeit der Ärzte, der Weisungsfreiheit, etc.<sup>78</sup>. Das besondere Problem liegt darin, daß es verfassungsrechtlich keine Handhabe gibt, den wirtschaftlichen Einfluß Dritter auf die ärztliche Tätigkeit wirksam zu begrenzen, andererseits aber dadurch mittelbar der Wettbewerb beeinflusst wird. Großkapitalgeber konkurrieren mit Einzelpersonen oder kleinen Gruppen. Eine weitere Folge ist, daß zu deutliche Restriktionen im berufsrechtlichen Bereich, also innerhalb der Ärzteschaft diesen Prozeß begünstigen, weil die Berufsfremden in Lücken eindringen, die das Berufsrecht den Berufsträgern verwehrt. Hier sei insbes. das Verbot der Beteiligung an mehr als einer Berufsausübungs- oder Kooperationsgemeinschaft<sup>79</sup> erwähnt.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, daß der Eingriff des Selbstverwaltungs-Normgebers in die Freiheit der Gesellschaftsformen bisher im großen und ganzen von der Ärzteschaft akzeptiert worden ist und auch zu keinen nennenswerten Verzerrungen im Wettbewerb geführt hat, klammert man einmal Grenzbereiche wie z. B. die in Konkurrenz zu stationären Einrichtungen stehenden ambulanten Operateure aus.

Dies dürfte sich spätestens dann ändern, wenn, wie in einigen Bereichen bereits in Ansätzen erkennbar, Großinvestoren auf den Plan treten und vor Ort nach geltendem Recht gestaltete Gruppen- oder Einzelpraxen mit diesen Rechtsformen konkurrieren müssen.

#### 10. Fazit

An zahlreichen Standesnormen ist ersichtlich, wie schwer sich die Selbstverwaltung angesichts der ständig neuen Reformen mit einer effizienten, aktuellen und rechtsstaatlichen Erfordernissen entsprechenden Normsetzung und deren Vollzug tut – und dabei auch damit, den wettbewerblichen Reflex zu berücksichtigen.

### V. Ursachen der Vollzugsdefizite

Folgende Phänomene des ärztlichen Selbstverwaltungssystems begünstigen Vollzugsdefizite:

- Hohe Regelungsdichte und Inkompatibilitäten führen zu Unübersichtlichkeit und fehlender Akzeptanz.
- Akzeptanzdefizite bei den verfaßten Mitgliedern ergeben sich ferner aus der Doppelfunktion der KVen und Ärztekammern mit hoheitlichen und Mitgliederberatungsaufgaben.

- Zwar fördert die Selbstverwaltung grundsätzlich Sachnähe. Kollegen entscheiden ärztliche Belange für Kollegen, was grundsätzlich positiv zu beurteilen ist. Einher gehen damit allerdings auch rechtlich nicht abgesicherte Politikdominanz, Laienhaftes und manchmal auch Freundschaftsdienste, wenn sachfremde Erwägungen überwiegen. Da in diesem System die Ärzte gegenüber den Verwaltungsfachleuten oft das Sagen haben, können selbstverständliche rechtsstaatliche Grundsätze wie Selbstbindung und Gleichförmigkeit der Verwaltung Schaden leiden. Zielkonflikte werden nicht erkannt. Die Verfolgung eigener Interessen kann die Überhand gewinnen. Vermeintlicher „Pragmatismus“ und Kollegialität können u. U. zu Ungleichbehandlung führen.

- In diesem Umfeld kann das Demokratieprinzip ohne ausreichenden Minderheitenschutz zu rechtsstaatlichen Defiziten im Vollzug führen<sup>80</sup>.

- Nur mühsam paßt sich die Selbstverwaltung oft aktuellen Anforderungen an. Die frühere „Kollegialverwaltung“ mit dem vorrangigen Ziel, vor allem Einzelauswüchse zu verhindern, muß nun allzuständig zunehmend von Dritten auferlegte Regelungsmassen bewältigen. Gleichzeitig steigen die Anforderungen an die Gerichtsfestigkeit der Entscheidungen.

### VI. Konsequenz

Das Arztrecht muß rechtsstaatlicher werden. Vor allem im vertragsarztrechtlichen Selbstverwaltungssystem und dessen Grundlagen (Vertragslösung) sind zunehmend gesetzliche Ermächtigungsdefizite zu beklagen, der Verfassungsrahmen ist auch in diesem Bereich stärker als bisher zu beachten. Die gesetzliche Krankenversicherung bildet keinen besonderen Rechtskreis mit minderen Anforderungen an Rechtsstaatlichkeit<sup>81</sup>.

Der Ruf nach immer neuen, spezielleren Vorgaben durch den Gesetzgeber wird allzu oft gerade dort laut, wo die rechtlichen Grundlagen längst ausreichen oder sogar im Übermaß vorhanden sind und eigentlich nur Mängel in der Umsetzung und Anwendung der entsprechenden Vorschriften offenbar werden. Zu einer rechtsstaatlichen Selbstverwaltung gehört genauso auch der rechtsstaatliche Normenvollzug. Nur dann kann diese ihre Aufgabe erfüllen und wie geboten rechtsstaatlich und sachnah, durchaus pragmatisch orientiert gestaltet werden. Normsetzung und Normvollzug sind eine Einheit.

Dies bedeutet: Gleicher, durchgängiger, transparenter und aktiver Verwaltungsvollzug tut Not. Im einzelnen:

- Die (Vertrags-)Ärzte müssen beraten und aufgeklärt werden. Die Verwaltung muß ihre Kompetenzen wahrnehmen, dies auch vorbeugend.
- Normen sind ohne Ansehen der Person anzuwenden.
- Normen sind durchgängig in allen Fällen und gleichmäßig anzuwenden.
- Dies gilt, solange sie bestehen, auch bei geplanten Änderungen. Allerdings können „Auflösungserscheinungen“ wichtiger Anlaß zu Änderungen sein.
- Diese sind dann zügig umzusetzen und der Normenvollzug darauf abzustellen.

77) Rieger, MedR 1995, 468, 472.

78) Vgl. z. B. Ahrens, MedR 1992, 1141.

79) Kap. D II Nr. 8 Abs. 1 S. 4 und Abs. 4 (Muster-)BO.

80) Isensee, VSSR 1995, 321 zur Honorargestaltung, mit Bespr. Cramer, RADIOLOGE 1999, M 55 u. M 140.

81) So auch für die Honorarsituation: Wimmer, MedR 1998, 533, nach Isensee, VSSR 1995, 321.

## VII. Ausblick

Die Fundamentalkritik an der ärztlichen Selbstverwaltung ist allgegenwärtig. Es gibt auch Tendenzen, daß die Grenzen des Allheilmittels „Norm“ erkannt werden; vgl. die Durchbrechung des Sicherstellungsmonopols der Selbstverwaltung im Gesundheitsreformgesetz 2000 mit dem Institut der Integrierten Versorgung (§§ 140a ff. SGB V). Wettbewerb ist dadurch vorprogrammiert. Vielleicht besteht die Chance, daß auf längere Sicht die verkrusteten Strukturen

im Kassenarztrecht aufgebrochen werden und die Ärzte nicht nur Objekt sind, sondern wieder auch (Handlungs-) Subjekt werden. Dies bedeutet für viele aber ein grundlegendes Umdenken: Wo jetzt die Selbstverwaltung handelt, sind eigene Ideen gefragt, das Risiko steigt. Es könnte sich dann aber wieder schöpferischer Unternehmergeist entfalten und die diesem entgegenstehenden Beeinflussungen des Wettbewerbs zurückgedrängt werden. Dazu muß auch die Selbstverwaltung effektiv und schöpferischer werden – dann kann sie die Akzeptanz ihrer Mitglieder zurückgewinnen.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Lebensschutz am Lebensende. Das Grundrecht auf Leben und die Hirntodkonzeption. Zugleich ein Beitrag zur Autonomie rechtlicher Begriffsbildung.** Von *Stephan Rixen* (Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 795). Verlag Duncker & Humblot, Berlin 1999, 471 S., kart., DM 128,-

Noch *Friedrich Carl v. Savigny* sah keinen Anlaß, sich um die rechtlichen Grenzen am Ende des Lebens Gedanken zu machen; „Der Tod ... ist ein so einfaches Naturereignis, daß derselbe nicht ... eine genauere Feststellung seiner Elemente nötig macht“ (System des heutigen Römischen Rechts, Zweyter Band, 1840, S. 17). In dem am 1. 12. 1997 in Kraft getretenen Gesetz über die Spende, Entnahme und Übertragung von Organen, kurz Transplantationsgesetz, wird in § 3 Abs. 2 Nr. 2 der endgültige, nicht behebbare Ausfall der Gesamtfunktion des Großhirns, des Kleinhirns und des Hirnstamms, der sogenannte Hirntod, als unabdingbares Entnahmekriterium festgeschrieben. Gleichwohl konnte der Gesetzgeber sich nicht dazu durchringen, den Tod des Menschen zu normieren. Er überläßt dies – verfassungsrechtlich bedenklich – dem „Stand der Erkenntnisse der medizinischen Wissenschaft“ (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 TPG, anders der Autor [S. 382 ff.]).

Das Gesetzgebungsverfahren bot Anlaß für Kritik an der lange Zeit unangefochtenen Todesdefinition der „herrschenden Meinung“ (S. 147 ff.). Der Autor war zusammen mit seinem Lehrer *Wolfgang Höfling* von Anfang an im Zentrum der juristischen Auseinandersetzung aktiv (vgl. nur *Höfling*, Um Leben und Tod: Transplantationsgesetzgebung und Grundrecht auf Leben, JZ 1995, 26–33; *Rixen*, Todesbegriff, Lebensgrundrecht und Transplantationsgesetz, ZRP 1995, 461–466). In seinem umfang- und zitatenreichen Werk, das von der Justus-Liebig-Universität Gießen im Sommersemester 1998 als Dissertation angenommen wurde, arbeitet er die facettenreiche Diskussion um das Hirntodkonzept umfassend rechtsdogmatisch und systematisch auf. Minutiös zeichnet er die „Rezeption des Hirntodkonzepts“ in Straf- und Grundrechtslehre nach und unterteilt sie in drei entscheidende Phasen: die Phase des „nichtproblematisierten Todes“ (1817 bis zum Ende der 60er Jahre, S. 73 ff.), die Phase des „unproblematischen Hirntodes“ (Ende der 60er Jahre bis zum Beginn der 90er Jahre, S. 79 ff.) und die Phase des „problematischen Hirntodes“ (seit den Ereignissen um das „Erlanger Baby“, S. 145 ff.).

Unter Verweis auf das Bundesverfassungsgericht arbeitet *Rixen* treffend heraus, „daß der Lebensbegriff des Grundgesetzes keine dynamische Verweisung auf außerrechtliche Sollens- und Seinsvorstellungen, sondern ein eigenständiger grundrechtlicher, verfassungsrechtlicher Begriff ist“ (S. 281). Bei der Frage nach dem Hirntod gehe es im Kern nicht um eine medizinische Frage. Es gehe um ein normatives, genauerhin: rechtsnormatives Problem. In dessen spezifisch normativer Perspektive seien die medizinisch feststellbaren Daten nur empirische Grundlage juristischen Bewertens und Beurteilens (S. 28). Letztlich nur das Rechtssystem selbst könne klären, ob die Rede vom Hirntod als dem Tod des Menschen, gemessen an den Normen des Rechts, insbesondere aus Grundrechtsgründen, bedenklich sei (*Rixen*, ZRP 1995, 461, 462).

Der Verfasser verdeutlicht, daß sich die Begründung des Hirntodes im wesentlichen auf zwei Ansätze stützt: Mit dem Verlust ihres anatomischen Trägers, des Gehirns, als Spezifikum des Menschseins, gehe die „Geistigkeit“ verloren. Der Mensch sei kein (lebendiger) Mensch mehr, wenn er gehirnvermittelte kognitive, psychische und emotionale Leistungen nicht mehr erbringen könne (Geistigkeitstheorie). Zudem breche der menschliche Organismus unwiderruflich zusammen und der Mensch sei als biologisches Lebewesen tot, wenn das

Gehirn als Steuerungs- oder Koordinationszentrum des Organismus unumkehrbar ausgefallen sei (S. 20 f., S. 216 ff., S. 247).

Hier setzt *Rixen* sein Hauptanliegen und das Kernstück der Arbeit an, die grundrechtliche Kritik an der Hirntodkonzeption (S. 247 ff.) und die Frage nach der Reichweite des Art. 2 Abs. 2 S. 1 Var. 1 GG. Auf dem Wege eingehender Verfassungsinterpretation kommt er zu dem Schluß, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG liege ein „offenes Menschenbild“ (*Höfling*, Offene Grundrechtsinterpretation, 1987, S. 116–118) zugrunde, das den Ausschluß bestimmter Menschengruppen von rechtlicher Schutzwürdigkeit verhindern soll (S. 291). Dies folge auch aus dem Bekenntnis des Verfassungsgebers zur unbedingten Achtung menschlichen Lebens als der grundlegenden Voraussetzung „individueller (...) Existenz des Menschen“ (BVerfGE 45, 187, 228) (S. 287). Der Wertung des Verfassungsgebers werde man nur gerecht, wenn man bei der Bestimmung von „Leben“ auf das pure Vorhandensein eines im biologischen Sinne lebendigen Menschen abstelle (S. 296). Der Mensch büße seine Schutzwürdigkeit nicht ein, wenn er spezifischen kognitiven oder psychischen Leistungskriterien nicht (mehr) entspreche. Eine Definition menschlichen Lebens, die sich am Maßstab der „Geistigkeit“ orientiert, sei deshalb von Grundrechts wegen unhaltbar (S. 297).

Auch die biologisch-zerebrale Theorie, die mit einem gehirnzentrierten Organismus-Verständnis arbeite, sei beachtlichen Zweifeln ausgesetzt (S. 302 ff.). Insbesondere fehle es an einer Begründung für die vorausgesetzte herausragende Stellung des Gehirns unter den anderen lebenswichtigen Organen. Aufgabe des Verfassungsrechts ist es nun, „die Situation der faktischen Ungewißheit in eine Situation normativer Eindeutigkeit (zu) überführen“ (S. 309). Dies müsse unter Rückgriff auf die Wertungen des – dem Lebensgrundrecht zugrundeliegenden – offenen Menschenbildes geschehen. „Der Hirntote lebt“ (Schlußwort, S. 397). „Maßgebliches Todeskriterium (primäres Todeszeichen) ist der irreversible Stillstand der Herz-Kreislauf-Funktion“ (S. 352).

Die wichtige Frage nach dem Tod des Menschen vermag auf eindrucksvolle Weise zu verdeutlichen, wie wichtig es ist, unser Rechtssystem als Ganzes zu begreifen und etwa die Wertungsentscheidungen unserer Verfassung auch im Bereich des Strafrechts ernst zu nehmen (S. 322 ff.). Der kritische Leser wird sich der Stringenz der Ausführungen kaum entziehen können, wenn er bereit ist, sich auf die verfassungsrechtliche Argumentation einzulassen. Weniger überzeugend bleibt der Versuch, die Organentnahme beim toten Spender mittels verfassungskonformer Auslegung aus dem Anwendungsbereich der §§ 212, 216 StGB auszuklammern (S. 358 ff., 377). Hier wäre eine – verfassungsrechtlich denkbare – Klarstellung des § 216 StGB vorzuziehen.

Den Blick auf die Transplantationsproblematik möglichst zu vermeiden (S. 54), ist *Rixen* nicht gelungen, konnte nicht gelingen. Hier hat die Diskussion ihren Ausgang genommen und hier erlangt das Hirntodkonzept seine zentrale Bedeutung. Der grundsätzlichen Relevanz seiner Ausarbeitung steht dies jedoch in keiner Weise entgegen. Lediglich die „rechtsmethodologischen Begleitfragen“ erschweren es dem Leser mitunter, sich auf den Gang der Untersuchung zu konzentrieren, und wirken zuweilen überflüssig. Weniger wäre hier mehr gewesen. Das vorliegende Buch ist gegenwärtig wohl die aktuellste umfassende rechtswissenschaftliche Darstellung zum Problem des Todeszeitpunkts und für die weitere Diskussion von zentraler Bedeutung, wenn auch seine Kritik am Hirntodkonzept noch keine allgemeine Anerkennung gefunden haben mag (S. 397).

Wiss. Mitarb. Referendar *Ralf Clement*, Heidelberg