

Die jüngere Entwicklung des Arztberufs im Spiegel des Rechts

Adolf Laufs

I. Literarische Erinnerung

„Freuet Euch, Ihr Patienten, der Arzt ist Euch ins Bett gelegt“. Diese Spruchweisheit findet sich in der Erzählung „Ein Landarzt“ von *Franz Kafka*, dessen wir in diesem, seinem 125. Geburtsjahr gedenken.¹ Des Dichters Lieblingsonkel Dr. Siegfried Löwy war hochangesehener Landarzt im Mährischen und der Intellektuelle in der jüdischen Familie. Er nahm sich 1942 zu Prag das Leben in der Nacht vor seiner Deportation² in eine der Mordfabriken, an denen deutsche Ärzte mitwirkten. Noch einige Sätze aus der Erzählung, die dem Vortragenden, der als Sohn eines auch chirurgisch tätigen Landarztes aufwuchs, vertraut klingen: „Ich bin kein Weltverbesserer ... Ich ... tue meine Pflicht bis zum Rand, bis dorthin, wo es fast zuviel wird. Schlecht bezahlt, bin ich doch freigebig und hilfsbereit gegenüber den Armen ... Rezepte schreiben ist leicht, aber im übrigen sich mit den Leuten verständigen, ist schwer ... Nun, hier wäre also mein Besuch zu Ende, man hat mich wieder einmal unnötig bemüht, daran bin ich gewöhnt, mit Hilfe meiner Nachtglocke martert mich der gesamte Bezirk ... So sind die Leute in meiner Gegend. Immer das Unmögliche vom Arzt verlangen. Den alten Glauben haben sie verloren; ... aber der Arzt soll alles leisten mit seiner zarten chirurgischen Hand“. – Mancher niedergelassene Arzt mag sich auch heute noch in diesen Sätzen wiederfinden. Im eigentlich Kafkaesken der Erzählung, das hier nicht vorgezeigt werden kann, in den luzid gegenständlich beschriebenen, alpträumenhaften und aussichtslosen Szenen lassen sich Fingerzeige erkennen: Voraussetzungen unserer glänzenden medizinischen Welt mit ihren beklemmenden Kehrseiten und Vergeblichkeiten.

II. Überreguliert und unterfinanziert

Lastet nicht auf vielen Ärzten der Albtraum eines rechtlichen Netzwerks, das – beengend geknüpft, hoch veränderlich und wenig durchsichtig – alle Bewegungen umspannt? Recht gehört zu den Lebensbedingungen des Alltags, auch des beruflichen Alltags. Sein Bestand an Vorschriften hat sich, wie die Berufswelt selbst, differenziert und verdichtet. Es folgt den Fortschritten der naturwissenschaftlich-technischen Realisation wie dem gesellschaftlichen Wandel, und es gibt manchen Entwicklungen selbst die Richtung vor. Dabei geht das Recht in politischer Bewe-

¹ Sämtliche Werke, Suhrkamp 2008, S. 844, 847 f.

² *Wagenbach*, FAZ v. 2.8.2008 (Kafkas Sätze).

gung auf, weil absolute Maßstäbe für Gerechtigkeit, eine Metaphysik des Rechts nicht mehr allgemein anerkannt sind. Die politische Bewegung erzeugt nur vorübergehende Regelfestsetzung. Die Politik findet darin ihr Genüge, weil ihr das ganze Feld des Rechts nach Willkür zu Gebote steht. Ihre Gestalt gewinnt die Willkür durch parlamentarische Mehrheiten.³ Ein Beispiel dafür bietet das Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, das die ärztliche Tätigkeit wie kaum ein anderes legislatives Werk beherrscht. Seit der Einfügung der GKV in das SGB V durch das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen des Jahres 1988 und der Erstreckung der Sozialversicherung auf das Gebiet der DDR 1991 sind nicht weniger als zehn teils tief einschneidende und umfängliche Novellen ergangen. So brachte das GKV-Reformgesetz 2000 die integrierte Versorgung, ein neues Vergütungssystem für stationäre Leistungen, eine verstärkte Qualitätssicherung und die Deckelung der Gesamtvergütung. Das Modernisierungsgesetz von 2003 baute die hausarztzentrierte und integrierte Versorgung und damit das Feld selektiver Verträge aus; es verstärkte die Kontrolle von Wirtschaftlichkeit und Qualität; es nahm nicht verschreibungspflichtige Arzneimittel aus dem Leistungskatalog heraus und führte die Praxisgebühr ein.⁴

Diese der Unterfinanziertheit des Gesundheitssystems entsprungenen Reformen haben, so urteilt der jüngste Tätigkeitsbericht der Bundesärztekammer, die Kultur der ärztlichen Freiberuflichkeit und der freien Arztwahl der Patienten beschädigt. Die Individualität der Krankenversorgung werde durch die Vorgaben der Politik konterkariert. Der ärztliche Alltag werde inzwischen bestimmt durch schlechte Arbeitsbedingungen, knappe Ressourcen, verdeckte Rationierung und eine durch Bürokratie und Dokumentation verursachte drückende Zeitnot.

III. Gespaltene Ärzteschaft?

Dabei hat sich die Arztdichte in Deutschland kontinuierlich stark erhöht. Kamen 1955 noch 832 Einwohner auf einen berufstätigen Arzt, so 1990 nur noch 335 und 2007 gar 261. Die Zahl der berufstätigen Ärzte erhöhte sich von 237.750 im Jahr 1990 auf 314.912 anno 2007, wobei die Zahl der stationär Tätigen die der ambulanten Praktizierenden stets überwog. Zugleich vermehrten und veränderten sich die Tätigkeitsfelder.⁵ Angesichts dieser Bewandnisse erscheint die Annahme eines einheitlichen Berufsstandes zweifelhaft. Von der gemeinsamen Prägung hängt indes viel ab. *Hans Thomas*⁶ vertritt die Ansicht, dass ein konsistentes gemeinschaft-

³ Naucke, Rechtsphilosophische Grundbegriffe, 4. Aufl. 2000, S. 150.

⁴ Übersicht von *Orlowski/Wasem*, Gesundheitsreform 2007 (GKV-WSG), 2007. *Kingreen*, Die Entwicklung des Gesundheitsrechts 2007/2008, NJW 2008, 3393. Der Autor bezieht das am 1.1.2009 in Kraft tretende GKV-OrgWG mit ein. „Man darf vermuten, dass jede Gesundheitsreform hunderte von juristischen Arbeitsplätzen sichert“ (3399).

⁵ Die Daten in dem inhaltsreichen, überaus informativen „Tätigkeitsbericht 2007 der Bundesärztekammer“, 2008, 439.

⁶ *Thomas*, Standesethos oder Pluralismus der Wertvorstellungen? Der ethische Relativismus unterwirft die Ärzte der Politik, in: *ders.* (Hrsg.), Ärztliche Freiheit und Berufsethos, 2005, S. 183-204, 183.

liches Berufsethos die Ärzteschaft noch am besten zu schützen vermöchte „gegen politische Vereinnahmung, öffentliche Kontrolle und Bürokratisierung, gegen den Druck gesellschaftlicher Modewünsche und sonst berufsfremde Einmischungen“.

Doch die ideellen Gemeinsamkeiten haben sich verringert wie im weltanschaulich zerklüfteten Publikum, das sich mit einigen seiner Charakterzüge auch in der Ärzteschaft abbildet. Die Gespaltenheit zeigt sich beim Lebensschutz, insbesondere beim Schwangerschaftsabbruch.⁷ Hier ist die ärztliche Berufsordnung vom Hippokratischen Eid – unter Freiheitsvorbehalt – durch Rückzug hinter das allgemeine Strafrecht abgerückt. Das nach jahrzehntelangen Konflikten gesetzlich etablierte strafrechtliche Beratungs- und Fristensystem räumt den Ärzten die Befugnis zur Vornahme rechtswidriger Schwangerschaftsabbrüche ein. Dem Beratungskonzept „ist unausweichlich die Zumutung an einen Teil der Ärzteschaft immanent, etwas zu tun und zu verantworten, was das BVerfG selbst als Unrecht missbilligt und deshalb auch nicht für verantwortbar halten kann. Darin liegt eine Aufforderung zur Unrechtsteilnahme, die selbst Beteiligung am Unrecht ist.“⁸ Nicht wenige sehen darin keine Zumutung. Gespalten zeigt sich die Ärzteschaft – wie die Gesellschaft – auch im Hinblick auf die Embryonen verbrauchende künstliche Reproduktion: die In-vitro-Fertilisation (mit Freistellungsklausel),⁹ die in Deutschland unzulässige Präimplantationsdiagnostik¹⁰ und die begrenzt mögliche Stammzellenforschung.¹¹ Noch besteht unter Ärzten und ihren Vertretungen weit hin Einigkeit über die Grenzen der Sterbehilfe;¹² doch auch hier zeigt das Meinungsbild erste Risse.

Die Biomedizin¹³ verändert das Bild des Arztes, und neues umstrittenes Recht beglaubigt es, doch nicht für alle. In der Biomedizin geht es um Forschung, Lehre, therapeutische Konzepte und Forschungsmethoden der Humanmedizin, die – ausgehend von den Erkenntnissen und Anwendungen der Humanbiologie – dem Beginn und Ende des menschlichen Lebens gelten. Das Recht der Biomedizin ist in hohem Maße instabil. Die erhöhte Instabilität des Rechts der Biomedizin resultiert aus der weltweiten Wirksamkeit der Naturwissenschaften, deren Fortschritte unablässig Veränderungen der Medizin anstoßen und damit auch je und je die Rechtspolitik und den Gesetzgeber anregen.

⁷ § 14 Abs. 1 MBO. Vgl. dazu den Kommentar zur Musterberufsordnung von *Ratzel/Lippert*, 4. Aufl. 2006, S. 176 ff. Siehe ferner *Schumann* (Hrsg.), *Verantwortungsbewusste Konfliktlösungen bei embryopathischem Befund*, 2008.

⁸ *Kühl* (ehedem *Lackner*), StGB, 26. Aufl. 2007, vor § 218 Rdnr. 14.

⁹ MuBO D Nr. 15, Kommentar wie Note 7, S. 437 ff.

¹⁰ Heiß umstritten, die Literatur kaum noch zu überblicken; vgl. nur *Neidert* zum Single-Embryo-Transfer, MedR 2007, 279-286; *Hillgruber/Goos* zum Grundrechtsschutz für den menschlichen Embryo, ZfL 2008, 43-49.

¹¹ Gesetz zur Änderung des Stammzellgesetzes v. 14. August 2008, BGBl. I, S. 1708.

¹² Aus der reichen Literatur wenigstens drei Buchtitel: *Duttge et al.*, *Preis der Freiheit. Zum Abschlußbericht der Arbeitsgruppe „Patientenautonomie am Lebensende“*, 2004; *Schumann*, *Dignitas-Voluntas-Vita. Überlegungen zur Sterbehilfe aus rechtshistorischer, interdisziplinärer und rechtsvergleichender Sicht*, 2006; *Kettler/Simon/Ansehn/Lipp/Duttge* (Hrsg.), *Selbstbestimmung am Lebensende*, 2006.

¹³ *Zuck*, in: *Quaas/Zuck*, *Medizinrecht*, 2. Aufl. 2008, S. 833 ff.

Die Rechtsregeln zur modernen Medizin kommen, so will es scheinen, immer weniger zur Deckung mit dem überlieferten, einenden Berufsethos, und durch das sich verdichtende Netz spezieller Vorschriften leuchten die alten hippokratischen Maximen einer korporativ verfassten Ärzteschaft kaum mehr durch. Eine der Maximen hat das Staatslexikon noch 1957 wie folgt gefasst: „Die Ausformungen des Arztrechts in Vertrag und Gesetz müssen von dem Grundsatz bestimmt sein, daß das Arztrecht von der Liebe her gestaltetes Recht ist. Das rechtliche Versprechen ungemessener Dienste vom ganzen Menschen an den anderen in dessen Sein und Leiden gehört daher zum Liebesrecht“.¹⁴

Mögen diese Sätze je und je uneingelöst geblieben sein, so wurden sie doch oft zitiert und bewusst gehalten. In den überfüllten Wartezimmern unserer Gegenwart aber finden sie kaum noch Platz. Professionelle Arbeitsteilung, Gerätemedizin und Effizienzdenken sind über sie hinweggegangen. Das nach den nationalsozialistischen Verirrungen¹⁵ in der Nachkriegszeit entfaltete, die Grundrechte der Verfassung aufnehmende Arztrecht mit seinem Koordinatensystem Indikation, informed consent, Verfahren *lege artis*¹⁶ reicht nicht mehr aus. Der gesellschaftliche Wandel und die neuen apparativen Verfahren haben einen Medizinbetrieb hervorgebracht, der ein Medizinrecht erfordert, dessen Begriff und Inhalt noch nicht festgelegt, dessen philosophische Fundamente noch ungeklärt und ungefestigt sind, so wenig wie neue Kriterien des Arztberufs.

IV. Paradigmenwechsel

Die Umbrüche reichen tief. Es lässt sich durchaus sprechen vom Paradigmenwechsel in der postmodernen Medizin, der in den Gesetz- und Verordnungsblättern wie in der juristischen Literatur seine Spuren hinterließ.

Im Zuge des technisch-naturwissenschaftlichen, des ökonomischen, des gesellschaftlichen und demographischen Wandels hat sich das Berufsbild des Arztes – auch im Spiegel des Rechts¹⁷ – in jüngster Zeit tief verändert.¹⁸ Auf einem durch ungleiche Gesundheitschancen¹⁹ gekennzeichneten Gesundheitsmarkt²⁰ betätigen

¹⁴ *Küchenhoff*, Arztrecht, in: Staatslexikon Bd. 1, 6. Aufl. 1957, Sp. 601-612.

¹⁵ Über die Medizin im „Dritten Reich“ geben viele Forschungen Auskunft. Wenigstens ein Buchtitel sei angeführt: *Siß*, „Der ‚Volkskörper‘ im Krieg“. Gesundheitspolitik, Gesundheitsverhältnisse und Krankenmord im nationalsozialistischen Deutschland 1939-1945, 2003.

¹⁶ *Laufs*, Arzt und Recht im Wandel der Zeit, MedR 1986, 163.

¹⁷ *Laufs*, Zur Entwicklung des Arztberufes im Spiegel des Rechts, in: Festschrift für *Jayme*, 2004, Bd. 2, S. 1501; *ders.*, Arzt zwischen Heilberuf, Forschung und Dienstleistung, in: *Thomas* (Hrsg.), Ärztliche Freiheit und Berufsethos, 2005, S. 77.

¹⁸ *Duttge* (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, 2007.

¹⁹ *Siegrist*, Ungleiche Gesundheitschancen in modernen Gesellschaften, 2007; *Lauterbach*, Der Zweiklassenstaat. Wie die Privilegierten Deutschland ruinieren, 2. Aufl. 2007; *Brink/Eurich/Hädrich/Langer/Schröder* (Hrsg.), Gerechtigkeit im Gesundheitswesen, 2006; *Schimmelpfeng-Schütte*, Soziale Gerechtigkeit und Gesundheitswesen, ZRP 2006, 180.

sich die Ärzte als an das Gewerbe angenäherte²¹ „Dienstleister neuer Prägung“²² im Zeichen des Mediziner-Marketings.²³ Die Effizienzgebote einer ökonomisierten Gesellschaft treiben die Spezialisten zur Kooperation in unterschiedlichen Gesellschaftsformen²⁴ und in die entsprechenden Steuermodelle.²⁵ Zur herkömmlichen Gemeinschaftspraxis²⁶ kamen die Ärztesgesellschaft mbH unter Einschluss auch anderer „Leistungserbringer“²⁷ und die medizinischen Versorgungszentren.²⁸ Das Ertragsfeld weitete sich aus nicht nur durch die Teilnahme am Vertrieb von Gesundheitsprodukten,²⁹ sondern viel mehr noch durch die wunscherfüllende Medizin, das Enhancement, das jenseits ärztlicher Indikation dem Begehren, nicht mehr der Bedürftigkeit folgt.³⁰ Ungewohnt die Beteiligung Dritter an den wirtschaftlichen Ergebnissen ärztlicher Tätigkeit.³¹

Die chronische Unterfinanziertheit des deutschen Gesundheitssystems führt zunehmend zu Bedrängnissen in Krankenhäusern³² und Praxen. Unablässig dreht die Legislative an den Stellschrauben der Gesetzlichen Krankenversicherung,³³ ohne

²⁰ Preusker (Hrsg.), Vom Gesundheitswesen zum Gesundheitsmarkt. Das Gesundheitssystem der Bundesrepublik Deutschland, 2007; Oberender, Gesundheitspolitik: zwischen Solidarität und Markt, 2003.

²¹ Gesellensetter, Die Annäherung des Freien Arztberufes an das Gewerbe. Eine verfassungs-, sozial- und berufsrechtliche Untersuchung, 2007.

²² Ratzel/Lippert, Das Berufsrecht der Ärzte nach den Beschlüssen des 107. Deutschen Ärztetages in Bremen, MedR 2004, 525.

²³ Barth, Mediziner-Marketing: Vom Werbeverbot zur Patienteninformation, 1999.

²⁴ Krahe, Ärztliche Kooperationsformen in den USA und in Deutschland, MedR 2005, 691.

²⁵ Braun/Richter, Gesellschaftsrechtliche und steuerrechtliche Grundfragen der Ärzte-GmbH, MedR 2005, 685.

²⁶ Zu den Beteiligungsfragen Haack, MedR 2005, 631.

²⁷ Häußermann/Dollmann, MedR 2005, 255. Vgl. auch Koller, Ärztliche Kooperationsformen unter haftungs- und berufsrechtlichen Gesichtspunkten. Von der Einzelpraxis zum Unternehmensnetzwerk, 2007; Katzenmeier, MedR 2004, 34.

²⁸ Nach dem GKV-Modernisierungsgesetz 2003: Ambulante Versorgung durch interdisziplinäre Zusammenarbeit von ärztlichen und nichtärztlichen Heilberufen. Vgl. Wigge, MedR 2004, 123. Siehe ferner Dahm, Vertragsgestaltung bei Integrierter Versorgung am Beispiel „Prosper - Gesund im Verbund“, MedR 2005, 121; eingehend Quaas/Zuck, Medizinrecht, 2. Aufl. 2008, S. 389 ff.; neuerdings auch Reichert, Das medizinische Versorgungszentrum in Form einer GmbH, 2008. Zu den Anforderungen an eine Integrierte - verschiedene Leistungssektoren übergreifende - Versorgung im Krankenhaus BSG, MedR 2009, 110.

²⁹ Thünken, MedR 2007, 578.

³⁰ Eberbach, in: Festschrift für Hirsch, 2008, S. 365; Nitschmann, Chirurgie für die Seele. Eine Fallstudie zu Gegenstand und Grenzen der Sittenwidrigkeitsklausel, ZStW 119, 2007, 547; Beck, Enhancement – die fehlende rechtliche Debatte einer gesellschaftlichen Entwicklung, MedR 2006, 95.

³¹ Gummert/Meier, MedR 2007, 75.

³² Eindrucksvoll Vogd, Die Organisation Krankenhaus im Wandel. Eine dokumentarische Evaluation aus Sicht der ärztlichen Akteure, 2006.

³³ Vgl. neuerdings etwa Orłowski/Wasem, Gesundheitsreform 2007 (GKV-WSG). Änderungen und Auswirkungen auf einen Blick, 2007; Kingreen, NJW 2008, 3393.

durchgreifende Abhilfe zu schaffen. Das Übermaß an Regulierung droht Freiberuflichkeit wie Therapiefreiheit zu ersticken. Der Gemeinsame Bundesausschuss, juristische Person des öffentlichen Rechts, steht als „zentrale korporative Superorganisation“³⁴ mit demokratisch fragwürdig legitimer Normsetzungskompetenz für kollektive Bindungen.³⁵ Vor dem Hintergrund begrenzter finanzieller Ressourcen stellt sich die dramatische Frage nach den Grenzen ärztlicher Behandlungspflicht.³⁶ Es drohen ärztliche Behandlungsfehler durch wirtschaftlich motiviertes Unterlassen.³⁷ Kassenarztrecht und Haftpflichtrecht gerieten in ein Spannungsverhältnis.³⁸ Das alte Problem der Triage³⁹ wird ein alltägliches der Rationierung,⁴⁰ die den Arzt überfordert.

Das Bild des Arztes gewinnt neuartige Züge nicht zuletzt durch die Möglichkeiten der Hochtechnologiemedizin⁴¹ mit ihren erfinderischen Verfahren bis hin zur Telemedizin,⁴² am meisten wohl durch die am Menschen forschende, ethisch heikle Biomedizin mit ihren fließenden Grenzen.⁴³ Die Grenze zwischen Personen und Sachen droht sich aufzulösen. „Leben wird nach Art vorhandener Dinge begriffen, und damit auch unser eigenes Leben.“⁴⁴ Mögliches Herstellen tritt an die Stelle spontanen Werdens, in der Gynäkologie Erzeugen an die Stelle von Zeugen. In der Intensivmedizin⁴⁵ kann sich das Leben des todgeweihten Patienten zu einer Apparatur verdinglichen. In der Forschung werden der Embryo und der einwilli-

³⁴ Fischer, MedR 2006, 509.

³⁵ Zum GBA Hase, MedR 2005, 391; Hess, MedR 2005, 385; Kingreen, MedR 2007, 457; Pitschas, MedR 2006, 451; Plagemann, MedR 2005, 401; Schimmelpfeng-Schütte, MedR 2006, 519; Schrinner, MedR 2005, 397; Ziermann, Inhaltsbestimmung und Abgrenzung der Normsetzungskompetenzen des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Bewertungsausschüsse im Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, 2007. Vgl. auch Sawicki, Aufgaben und Arbeit des Instituts für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen, MedR 2005, 389.

³⁶ Ulsenheimer, in: Festschrift für Kohlmann, 2003, 319.

³⁷ Kreße, MedR 2007, 393. Vgl. auch Lesinski-Schiedat, Sparzwang contra Heilaufrag aus ärztlicher Sicht, MedR 2007, 345. Kluth, Ärztliche Berufsfreiheit unter Wirtschaftlichkeitsvorbehalt? Eine Analyse der Auswirkungen des Gesundheitsmodernisierungsgesetzes auf die ärztliche Berufsfreiheit und die wirtschaftliche Risikoverteilung im Gesundheitswesen, MedR 2005, 65.

³⁸ Kern, MedR 2004, 300; ders. ZaeFQ 2004, 222. Zur Kontrolle medizinischer Standards durch die Sozialgerichtsbarkeit Engelmann, MedR 2006, 245.

³⁹ Brech, Triage und Recht. Patientenauswahl beim Massenansturm Hilfsbedürftiger in der Katastrophenmedizin, 2008.

⁴⁰ Huster/Strech/Marckmann/Freyer/Börchers/Neumann/Wasem/Held, Implizite Rationierung als Rechtsproblem. Ergebnisse einer qualitativen Interviewstudie zur Situation in deutschen Krankenhäusern, MedR 2007, 703.

⁴¹ Niederlag/Lemke/Nefiodow/Grönemeyer (Hrsg.), Hochtechnologiemedizin im Spannungsfeld zwischen Ökonomie, Politik, Recht und Ethik, 2005.

⁴² Niederlag/Dierks/Rienhoff/Lemke (Hrsg.), Rechtliche Aspekte der Telemedizin, 2006.

⁴³ Zuck, Biomedizin als Rechtsgebiet, MedR 2008, 57.

⁴⁴ Fuchs, „Lebenswissenschaften“ und Lebenswelt, Scheidewege 34, 2004, 127, 128 f.

⁴⁵ Lindemann, Die Grenze des Sozialen. Zur sozio-technischen Konstruktion von Leben und Tod in der Intensivmedizin, 2002.

gungsunfähige Proband zum Objekt. „Die Biotechniken zerlegen das kontinuierliche Werden des Lebens in feststellbare Einzelzustände. So produzieren sie hybride Existenzformen wie den kryokonservierten Embryo und den hirntoten Menschen, die sich in unsere lebensweltliche Erfahrung nicht mehr einordnen lassen“.⁴⁶ Auch die Neurowissenschaften stellen die lebensweltliche Selbsterfahrung in Frage und erklären das personale Handeln zu einer Abfolge physiologisch-neuronaler Ereignisse.⁴⁷ Die postmodernen Fragen, die diese Gegenstände aufwerfen, beschäftigen nicht nur Mediziner und Juristen in einem interdisziplinären Dialog,⁴⁸ sondern in ungewöhnlichem Maß auch eine breite Öffentlichkeit.

Im verrechtlichten Gesundheitssystem verändert sich auch die Rolle des Patienten. Es treffen ihn wachsende Pflichten und Lasten,⁴⁹ andererseits erhält er neuerdings wieder mehr Rechte in der Sozialversicherung.⁵⁰ Eine durch die Gesundheitsreform 2007 gestärkte Kompetenz vermehrt den Schutz des Patienten, auch wenn gewisse Defizite bleiben: Zur Verbesserung tragen bei „insbesondere der Ausbau der – mediatisierten – Patientenbeteiligung an Leistungsentscheidungen auf den Ebenen der »Systemverantwortung« einerseits und die Stärkung der »individuellen Gesundheitsverantwortung« andererseits“.⁵¹

Zum neuen Bild gehören eine heftige Medizinkritik⁵² und schon fast alltäglich gewordene Strafprozesse gegen Ärzte.⁵³ Viel schwerer lasten auf den Ärzten die Bürokratie mit einem Zuviel an Papierarbeit und das steuernde und bis zur Undurchschaubarkeit komplizierte sozialversicherungsrechtliche Abrechnungssys-

⁴⁶ Wie Note 44, 129.

⁴⁷ Geyer (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit. Zur Deutung der neuesten Experimente*, 2004; Gestrich/Wabel (Hrsg.), *Freier oder unfreier Wille? Handlungsfreiheit und Schulfähigkeit im Dialog der Wissenschaften*, 2005.

⁴⁸ Man sehe etwa die reichhaltigen Bände des „Jahrbuchs für Wissenschaft und Ethik“, zuletzt Bd. 13, 2008.

⁴⁹ Engst, *Patientenpflichten und -lasten. Eine rechtsdogmatische und systematische Untersuchung zur Mitwirkungsverantwortung eines Patienten im Rahmen der medizinischen Behandlung*, 2008; Michna/Oberender/Schultze/Wolf (Hrsg.), „... und ein langes gesundes Leben“. Prävention auf dem Prüfstand: Wieviel organisierte Gesundheit – wieviel Eigenverantwortung?, 2006. Zum Vorschlag einer E4-Richtlinie über die Ausübung der Patientenrechte Rübke, *MedR* 2009, 79. Zeh, *Corpus Delicti*, 2009 (Science-Fiction-Szenario einer Gesundheitsdiktatur).

⁵⁰ Pitschas, *Zur Rolle des „Patienten“ im Wandel des Gesundheitssystems. Stärkt die Gesundheitsreform 2007 die verfassungsverbürgte Patientenkompetenz?*, *VSSR* 2007, 319.

⁵¹ Pitschas, wie vorstehende Note, 334.

⁵² Beispiele: Bartens, *Das Ärztehasserbuch. Ein Insider packt aus*, 2007. Weiss, *Korrupte Medizin. Ärzte als Komplizen der Konzerne*, 3. Aufl. 2008.

⁵³ Badle, *Betrug und Korruption im Gesundheitswesen. Ein Erfahrungsbericht aus der staatsanwaltlichen Praxis*, *NJW* 2008, 1028; Ellbogen, *Die Anzeigepflicht der Kassenärztlichen Vereinigungen nach § 81a IV SGB V und die Voraussetzungen der Strafvereitelung gemäß § 258 I StGB*, *MedR* 2006, 457; Ellbogen/Wichmann, *Zu Problemen des ärztlichen Abrechnungsbetruges, insbesondere der Schadensberechnung*, *MedR* 2007, 10; Verrel, *Überkriminalisierung oder Übertreibung? Die neue Furcht vor der Korruptionsstrafbarkeit in der Medizin*, *MedR* 2003, 319; Tag/Tröger/Taupitz (Hrsg.), *Drittmittelwerbung – Strafbare Dienstpflicht?*, 2004.

tem. Die Kassenärztlichen Vereinigungen befinden sich ihrerseits in einem „partiellen Systemwandel“⁵⁴. Je mehr Einzel- und Gruppenverträge die Kassen entgegen dem Prinzip des Kollektivabschlusses und im Widerspruch zum herkömmlichen Sicherstellungsauftrag abschließen, umso mehr stellt sich die Frage, welche substanziellen Aufgaben außerhalb des Wettbewerbsfeldes den Kassenärztlichen Vereinigungen noch bleiben, um die Selbstverwaltung, die demokratische Partizipation und die gesetzliche Pflichtmitgliedschaft verfassungsrechtlich legitim erscheinen zu lassen.

Die Monographie von *Catrin Gesellensetter* aus dem Jahr 2007 über „Die Annäherung des Freien Arztberufes an das Gewerbe. Eine verfassungs-, sozial- und berufsrechtliche Untersuchung“ ist ein wohlbegründetes Plädoyer gegen den Dirigismus im Gesundheitswesen und für die ärztliche Berufsfreiheit. Die Autorin sieht qualitative Einschränkungen der Freiberuflichkeit bei der vertragsärztlichen Tätigkeit deutlich hervortreten. „Budgetierungen und Honorarverteilungsmechanismen gefährden die Freiheit der Entscheidung über die ärztliche Therapie und damit ein Kernelement der ärztlichen Freiberuflichkeit.“ Die Streichung von Leistungen aus dem oder die Nicht-Aufnahme in den Katalog der Gesetzlichen Krankenkassen bedeuteten erhebliche Einschnitte in die ärztliche Behandlungsfreiheit. Jede Rationierung stehe in diametralem Widerspruch zum ärztlich-deontologischen Selbstverständnis und beschneide die ärztliche Berufsfreiheit „in einem nicht hinzunehmenden Maß“. Sozialrechtliche Einschränkungen setzten die Therapiefreiheit unter Druck. Diene das Instrument der Qualitätssicherung als Mittel zur Verwaltung verminderter Ressourcen, gehe diese Art der Drittkontrolle zu Lasten elementarer Merkmale freier Berufsausübung. Die Entscheidung über das Leistungsspektrum einer Praxis müsse beim einzelnen Arzt bleiben. Der „Markt für medizinische Dienstleistungen“ habe „in weiten Teilen einen Zustand erreicht, der Marketing und Werbung notwendig macht“. Die Zunahme von Selektivkontrakten berge die Gefahr unausgewogener Verhandlungsmacht, verschärfe das ökonomische Diktat und gehe zu Lasten der Freiberuflichkeit. Auch in den Gestaltungsformen der Integrierten Versorgung vermöchten ökonomische Zwänge langfristig die Leistungserbringung zu überlagern und die freie Berufsausübung der Ärzte zu beeinträchtigen.

V. Vieles im Fluss

Die Bundesärzteordnung von 1961, ein in den letzten beiden Dezennien nicht weniger als vierzehnmal geändertes Gesetz,⁵⁵ hält über alle Novellen hinweg am freiberuflichen Berufsbild fest. Und die Musterberufsordnung, ihrerseits in den „unheilvollen Strudel der Verrechtlichung hineingeraten“, wie ihre Kommentatoren

⁵⁴ Kluth, Kassenärztliche Vereinigungen – Körperschaften des öffentlichen Rechts, MedR 2003, 123.

⁵⁵ BÄO v. 2. Oktober 1961, zuletzt geändert durch Gesetz v. 2. Dezember 2007, bei Thürk (Hrsg.), Recht im Gesundheitswesen, Textsammlung, 126. Lieferung.

Ratzel und *Lippert* urteilen,⁵⁶ bestätigt dieses Bundesrecht: „Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus.“ § 70 Abs. 2 SGB V gemahnt seinerseits an das humane Erbe: „Die Krankenkassen und die Leistungserbringer haben durch geeignete Maßnahmen auf eine humane Krankenbehandlung ihrer Versicherten hinzuwirken“.

Das Berufsbild erscheint also rechtlich stabil verankert. Halten diese Anker fest am Grunde, so sind ihre Ketten aber doch gelockert oder gar gelöst: das Berufsbild ist im Fluss. Der Prolog zu den vom 111. Deutschen Ärztetag 2008 in Ulm beschlossenen gesundheitspolitischen Leitsätzen sucht diesen Fluss zu dämmen, mit der Erinnerung daran, „dass das Gesundheitswesen keine Gesundheitswirtschaft oder Industrie ist, dass Ärzte keine Kaufleute und Patienten keine Kunden sind, dass Gesundheit und Krankheit keine Waren und Wettbewerb und Marktwirtschaft keine Heilmittel zur Lösung der Probleme des Gesundheitswesens sind, dass Diagnose und Therapie nicht zum Geschäftsgegenstand werden dürfen“.

Seit Jahren nimmt die Macht der Kassen zu und der Einfluss der Ärzte im Gesundheitssystem ab. In der partnerschaftlichen Selbstverwaltung verschieben sich die Gewichte. Medizinische Standards sollen allgemein im Zeichen der Ökonomie von Rechts wegen des Konsenses mit den Krankenkassen als Vertretern der Versichertengemeinschaft bedürfen. Die Therapiefreiheit⁵⁷ stößt sich zunehmend an den Vorgaben des Sozialversicherungsrechts. Die ärztliche Internalisierung des Wirtschaftlichkeitsgebots führt zu einer schleichenden ökonomischen Infiltration des medizinischen Standards. Kritiker sehen den Vertragsarzt oder Leistungserbringer längst auf dem Weg zum Kassenbeamten.

Eine Veränderung des Berufsbildes bewirkten andererseits die Gesetze des Marktes und des Wettbewerbs, denen die Berufsregeln folgten, indem sie einen Dienstleister neuer Prägung schufen. Die überlieferte Freiberuflichkeit verliert ihre Konturen: eine höchstpersönliche und selbständige Berufstätigkeit mit spezifischer eigenschöpferischer Gestaltungskraft und eigener Einstands- oder Haftpflicht.

Zwischen freiem Beruf und Kapitalgesellschaft besteht ein fundamentaler rechtlicher Gegensatz. Dennoch gilt das Verbot, ambulante ärztliche Heilkunde in der Form einer Kapitalgesellschaft auszuüben, nicht in allen Bundesländern; es ist auf dem Rückzug. Nach § 23a der Musterberufsordnung⁵⁸ nämlich sollen Ärztinnen und Ärzte auch in der Form einer juristischen Person des Privatrechts, also in einer GmbH oder AG, tätig werden können. Dann ist Vertragspartner des Patienten nicht mehr der niedergelassene Arzt, sondern die GmbH oder AG. Dies scheint einem in der Ärzteschaft weit verbreiteten Grundbedürfnis nach Beschränkung der persönlichen Haftpflicht zu entsprechen. Aber die persönliche, Freiheit gewährn-

⁵⁶ Im Vorwort zu ihrem Kommentar, vgl. Note 7. Siehe ferner den Aufsatz der Autoren in *MedR* 2004, 525.

⁵⁷ *Deutsch/Spickhoff*, *Medizinrecht*, 6. Aufl. 2008, S. 14 f.; *Laufs*, in: *Laufs/Kern* (Hrsg.), *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2009, 1. Kap. § 3.

⁵⁸ Dazu instruktiv der Kommentar v. *Ratzel/Lippert* (Note 7), S. 286 ff.

de Einstandspflicht bei Verstößen gegen die professionelle Sorgfalt gehört seit alters zu den Kennzeichen der Freiberuflichkeit.⁵⁹

Ärzte dürfen nicht nur in kapitalgesellschaftlich verfassten Krankenhäusern und nun auch Gemeinschaften wirken, sondern selbst Kliniken und Sanatorien betreiben, obwohl es sich dabei um gewerbliche, auf Gewinn ausgerichtete Unternehmen handelt. Für sie galt von vornherein das Verbot der Selbstanpreisung nicht. Inzwischen haben die Gerichte, allen voran das BVerfG, und ihnen folgend die Kammersatzungen das Werbeverbot, das für jeden Arzt galt, stark eingeschränkt. Die Werbung gibt dem Berufsstand einen weiteren Zug ins Gewerbliche, das ihm nach seiner Grundordnung doch fern liegen soll.

Zurückhaltung und Unaufdringlichkeit kennzeichneten den ärztlichen Dienst. Werbung ließ sich schwerlich damit vereinbaren. Andererseits verlangte das Publikumsinteresse in einer durch verdichtete Kommunikation geprägten Gesellschaft nach Hinweisen und Aufschlüssen. In einem sich verschärfenden Wettbewerb um Patienten gewann das Bedürfnis nach sachdienlichen Informationen zusätzliches Gewicht. Der Leistungswettbewerb erforderte die Transparenz der Angebote, vor allem bei hochspezialisierten und kostenintensiven Diensten. Der betriebswirtschaftliche Aufwand und der innovative Antrieb des Spezialisten drängten an die Öffentlichkeit, um potentiell vorhandene Nachfragen zu wecken und zu finden. Kurzum: Verboten bleibt am Ende nur noch die berufswidrige Werbung.⁶⁰ Was als berufswidrig zu gelten hat, entscheiden die Gerichte, und diese urteilen, wie sich oft zeigt, nicht kleinlich. Der Ton macht die Musik, und die klingt allzu oft schrill. Das Werbeverbot wollte eine Verfälschung des Berufsbildes durch den Gebrauch von Werbemethoden, wie ihn die gewerbliche Wirtschaft übt, verhindern. Diese Intention scheint obsolet. Wir haben zu konstatieren: Durch die inzwischen gängige Werbepraxis hat sich das Bild der Ärzte in der Öffentlichkeit verändert. Der Arzt erscheint als Teilnehmer an einem Markt für Gesundheitsdienstleistungen.

VI. Gesamtbild

Das Berufsbild, das die Ärzte selbst in sich tragen und das sie der Öffentlichkeit bieten, stellt sich schon wegen der angestiegenen Zahl unterschiedlichster medizinischer Tätigkeitsfelder überaus vielgestaltig dar. Eine Minderheit der Ärzte hat sich der Biomedizin, eine andere der Wunschmedizin verschrieben, und beide vermitteln dem Beruf ein zukunftsweisendes, oft sensationell anmutendes Ansehen. Für die große Mehrheit der Krankenhilfe Leistenden fallen nach den angeführten rechtlichen Manifestationen drei seit den sechziger Jahren zunehmend wirkmächtige Tendenzen der Veränderung ins Auge, die sich – knapp zusammengefasst – mit den Stichworten Regulierung, Vergesellschaftung und Ökonomisie-

⁵⁹ Freiberufler wie Ärzte, Anwälte, Wirtschaftsprüfer „müssen zur Sicherung ihrer Handlungs- und Entscheidungsfreiheit von Haftung frei sein, wenn sie den Anforderungen ihres Berufes entsprechend die erforderliche Sorgfalt beobachtet haben“: von Caemmerer, *Rabels Zeitschrift* 42 (1978), 24.

⁶⁰ Rieger, Werbeverbot, in: *Rieger/Dahm/Steinhilper* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar. Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht*, Nr. 5530.

nung überschreiben lassen. Dabei hat sich bei allem Wandel ein verbindender hippokratischer Kern erhalten.

1. Legislative, Satzungsgeber und die Justiz haben den ärztlichen Dienst stark reguliert. Die oft als Fesselungen empfundenen Bindungen umfassen die gesamte berufliche Tätigkeit von den angespannten zivilgerichtlichen Aufklärungs- und Dokumentationspflichten im Verhältnis zum eigenwilligen und mitunter auch maßlos gewordenen Patienten über die medizinischen Richt- und Leitlinien bis zu den wechselhaften sozial- und kammerrechtlichen Vorgaben.
2. Vergesellschaftet ist der Arzt im Verhältnis zum sozialversicherten Patienten durch die verstärkte rechtliche Bindung an das vordem eindeutig sekundäre Gemeinwohl in der Rolle als zuteilender und auch einschränkender Leistungserbringer neben den Leistungserbringern anderer Gesundheitsberufe, mit denen er sich die begrenzten Mittel teilt.
3. Bei aller Kassenplanwirtschaft agiert der Arzt als konkurrierender und werbender Teilnehmer auf einem kapitalistischen Markt für Gesundheitsleistungen. Angesichts gestiegener apparativer und personeller Kosten gewinnt das ökonomische Kalkül bei der Zulassungs- und gesellschaftsrechtlichen Etablierung und bei der Ausübung ärztlicher Tätigkeit eine vordem nicht gekannte Bedeutung.

Trotz seines vergleichsweise noch immer hohen, demoskopisch beglaubigten Ansehens hat der Arzt doch in der Konkurrenz mit anderen Heilberufen, in einer generell anspruchsvollen arbeitsteiligen Welt, im Angesicht selbstbewusst fordernder Patienten, nicht zuletzt als Teilnehmer des Ringens um Einkommen an Leuchtkraft und auch an Respekt eingebüßt. Die durch die Rechtspolitik in der Demokratie begünstigte gesellschaftliche Einebnung erreichte auch die Ärzte. Wie lesen wir bei Franz Kafka? „S ist nur ein Arzt. 'S ist nur ein Arzt“.⁶¹

⁶¹ Wie Note 1.

Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert
Katzenmeier, C.; Bergdolt, K. (Hrsg.)
2009, VIII, 194 S. 1 Abb., Hardcover
ISBN: 978-3-540-70531-4