

Inhaltsverzeichnis

| | |
|---|----|
| Vorwort | 17 |
| A. Problemaufriss und Gang der Untersuchung | 18 |
| B. Einführung in das ärztliche Berufsrecht | 20 |
| I. Berufs- und Standesrecht als Rechtsbegriff | 20 |
| II. Ärztliches Berufsrecht als Regelungsgebiet | 25 |
| III. Die Ärztekammern im Staatsgefüge: Funktionale Selbstverwaltung | 28 |
| 1. Funktionale Selbstverwaltung als mittelbare Staatsverwaltung | 30 |
| 2. Abgrenzung zur Kondominialverwaltung | 32 |
| 3. Abgrenzung zur Figur der ministerialfreien Räume | 33 |
| 4. Abgrenzung zum Begriff der Autonomie | 34 |
| IV. Abzugrenzende Bereiche der Selbstverwaltung und Normgebung | 39 |
| 1. Andere Formen der Selbstverwaltung | 39 |
| 2. Unterscheidung des Berufsrechts von der Rechtsetzung im Rahmen des TPG | 42 |
| a) Richtlinien der Bundesärztekammer nach § 16 TPG | 44 |
| b) Richtlinien der Bundesärztekammer nach § 16b TPG | 50 |
| c) Übertragung der Diskussion nur eingeschränkt möglich | 52 |
| V. Zwischenergebnis | 52 |
| C. Bedeutung des Berufsrechts: Wirkungsebenen des Berufsrechts | 54 |
| I. Haftung bei Verstößen: Berufsgerichtsbarkeit | 54 |
| II. Berufsrecht und das Recht des unlauteren Wettbewerbs | 57 |
| III. Wirkung des Berufsrechts als Verbotsgesetz | 59 |
| IV. Berufsrecht als Maßstab bei Beurteilung der Sittenwidrigkeit | 60 |
| V. Haftungsrechtliche Bedeutung des Berufsrechts | 62 |

| | | |
|-------|---|-----|
| VI. | Bedeutung des ärztlichen Berufsrechts im Rahmen von § 299a StGB | 64 |
| VII. | Berufsrecht als Normierung von strafbewehrten Erfolgsabwendungspflichten | 66 |
| VIII. | Steuerrechtliche Bedeutung des ärztlichen Berufsrechts | 67 |
| IX. | Rechtsgestaltende Wirkung durch höherrangige Bezugnahme | 68 |
| X. | Zusammenfassung | 69 |
| D. | Exemplarische Betrachtung berufsrechtlicher Regelungen | 71 |
| I. | Schweigepflicht, § 9 MBO | 71 |
| 1. | Regelungen des § 9 MBO im Vergleich zu höherrangigem Recht | 72 |
| 2. | Umsetzung durch die Landesärztekammern | 74 |
| II. | (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion | 74 |
| 1. | Bisherige Rechlage: (Muster-) Richtlinie zur Durchführung der assistierten Reproduktion | 76 |
| a) | Regelungen durch die (Muster-) Richtlinie | 76 |
| b) | Regelung der Fortpflanzungsmedizin durch höherrangiges Recht | 79 |
| c) | Exkurs: Intensivierung des Zugangshindernisses durch Arztvorbehalt | 82 |
| d) | Bisherige Kritik an der (Muster-) Richtlinie | 84 |
| e) | Exkurs: Kritik an der Regelungsform | 89 |
| 2. | Neue Richtlinie | 90 |
| 3. | Umsetzung der (Muster-) Richtlinie durch die Landesärztekammern | 93 |
| III. | Suizidhilfe, § 16 MBO | 95 |
| 1. | Regelungen des Berufsrechts | 95 |
| 2. | Regelungen durch höherrangiges Recht | 98 |
| 3. | Gegenwärtiger Stand der Diskussion | 104 |
| 4. | Umsetzung durch die Landesärztekammern | 110 |
| IV. | Werbeverbot, § 27 MBO | 111 |
| 1. | Entwicklung des berufsrechtlichen Werbeverbots und aktueller Diskussionsstand | 112 |
| 2. | Regelungen des berufsrechtlichen Werbeverbots | 117 |

| | |
|--|------------|
| 3. Gesetzlicher Rahmen: Regelungen zum unlauteren Wettbewerb und HWG | 119 |
| 4. Umsetzung durch die Landesärztekammern | 121 |
| V. Zusammenfassung | 121 |
| | |
| E. Ermittlung von Regelungsgrenzen | 123 |
| I. Das Erfordernis der demokratischen Legitimation | 124 |
| 1. Das Erfordernis der Legitimation bei der hierarchischen Verwaltung | 126 |
| 2. Demokratische Legitimation der funktionellen Selbstverwaltung | 132 |
| 3. Lösungswege von Rechtsprechung und Literatur | 135 |
| a) Konzepte mit pluralistischem Verständnis | 136 |
| aa) Einführung: Monistische und pluralistische Demokratieverständnisse | 136 |
| bb) Darstellung der auf einem pluralistischen Verständnis aufbauenden Ansichten | 140 |
| (1) Autonome Legitimation | 140 |
| (2) Output-Legitimation | 146 |
| cc) Kritik | 149 |
| (1) Kritik am pluralistischen Demokratieverständnis | 149 |
| (2) Kritik an den einzelnen pluralistischen Legitimationsmodellen | 161 |
| (a) Kritik am Konzept der autonomen Legitimation | 161 |
| (b) Kritik am Konzept der Output-Legitimation | 165 |
| dd) Zwischenfazit | 170 |
| b) Konzepte mit monistischem Verständnis und ihre jeweiligen Schwächen | 170 |
| aa) Abstrakt-generelle Berufung: Modell der kollektiven personellen Legitimation | 170 |
| (1) Herleitung und Begründung | 171 |
| (2) Kritik | 174 |
| bb) Totalsubstitution der personellen Legitimation | 180 |
| cc) Rechtfertigung eines Legitimationsdefizits | 182 |
| (1) Herleitung | 183 |
| (2) Kritik | 185 |
| dd) Grundrechtliche Legitimation | 189 |

| | |
|--|-----|
| ee) Teilvolklegitimation | 192 |
| (1) Herleitung | 193 |
| (2) Kritik durch die Literatur | 196 |
| ff) Bestehendes Legitimationsdefizit | 201 |
| gg) Zwischenfazit | 202 |
| c) Demokratische Legitimation der Selbstverwaltung nach der Rechtsprechung | 202 |
| aa) Einführung: Wasserverbände als Teil der funktionalen Selbstverwaltung | 203 |
| bb) Ansichten des OVG NRW und des BVerwG | 204 |
| cc) Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts | 209 |
| dd) Bewertung und Einordnung des Urteils | 212 |
| (1) Einordnung der Entscheidung in bisherige Legitimationsmodelle | 212 |
| (2) Weitere Kritik | 218 |
| (3) Ärzliches Berufsrecht und das Problem der Drittregelungskompetenz | 222 |
| (4) Ergebnis: Keine überzeugende Lösung durch das Bundesverfassungsgericht | 228 |
| d) Eigene Ansicht | 228 |
| aa) Bisherige Ergebnisse | 229 |
| bb) Teilvolklegitimation bei begrenztem Aufgabenfeld | 230 |
| (1) Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG und die Vereinbarkeit mit der Teilvolklegitimation | 231 |
| (2) Teilvolklegitimation als Schlüssel zu pluralistischem Verwaltungsaufbau | 236 |
| (3) Teilvolklegitimation ohne Drittregelungskompetenz vor dem Hintergrund der Kritik | 239 |
| (a) Entgegenstehen von Partikular- und Popularwillen | 239 |
| (b) Vereinbarkeit mit dem Aspekt der demokratischen Gleichheit | 240 |
| (aa) Demokratische Gleichheit und individuelle Selbstbestimmung | 241 |
| (bb) Exkurs: Reduktion der demokratischen Gleichheit zugunsten der Selbstverwaltung? | 242 |
| (cc) Ergebnis zum Aspekt der demokratischen Gleichheit | 243 |

| | |
|--|------------|
| (c) Die Kritik am Vergleich zur kommunalen Selbstverwaltung | 243 |
| (d) Vereinbarkeit der Teilvolklegitimation mit der Einrichtung der Staatsaufsicht | 245 |
| (e) Abgrenzung zum Modell der autonomen Legitimation | 246 |
| (f) Ergebnis der Betrachtung der Kritik am Modell der Teilvolklegitimation | 248 |
| cc) Nochmal: Begrenzung des Aufgabenbereichs und mittelbare Geltungserstreckung | 248 |
| 4. Gesamtergebnis: Regelungsgrenze durch Betrachtung der Legitimation | 255 |
| II. Parlamentsvorbehalt und Wesentlichkeitstheorie | 255 |
| 1. Begriffsbestimmung und Grundlagen | 257 |
| a) Die Begriffe des allgemeinen Gesetzesvorbehalts und Parlamentsvorbehalts | 258 |
| b) Wesentlichkeitstheorie | 260 |
| c) Verhältnis von Gesetzesvorbehalt und Parlamentsvorbehalt | 265 |
| 2. Dogmatische Herleitung | 268 |
| a) Herleitung durch Rechtsprechung und Literatur | 270 |
| aa) Herleitung aus dem Demokratieprinzip | 271 |
| (1) Die Vorteile des Gesetzgebungsverfahrens als Herleitung | 272 |
| (2) Das Argument der höheren demokratischen Legitimation | 275 |
| (3) Der Vergleich zu Art. 80 GG | 277 |
| bb) Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip | 278 |
| b) Stellungnahme | 283 |
| aa) Sonderstellung des Parlaments durch verfassungsrechtliche Normen | 283 |
| bb) Transparenz als Schlüssel zum Verständnis des allgemeinen Parlamentsvorbehalts | 284 |
| (1) Herleitung aus dem Verfassungsprinzip Transparenz | 285 |
| (2) Parlamentsvorbehalt als Transparenzsicherung | 291 |
| (a) Das parlamentarische Verfahren als das transparentere Rechtsetzungsverfahren | 291 |

| | |
|--|-----|
| (b) Transparenz als Verwirklichung des Rechtsstaats- und Demokratieprinzips | 294 |
| (aa) Transparenz und Demokratieprinzip | 295 |
| (bb) Transparenz und Rechtsstaatsgebot | 297 |
| (cc) Zwischenergebnis | 301 |
| (c) Delegationsverbot als Sicherung der Transparenz parlamentarischer Entscheidungen | 301 |
| cc) Folgen der Herleitung des Parlamentsvorbehalts | 302 |
| c) Zusammenfassung | 304 |
| 3. Kriterien der Wesentlichkeit | 305 |
| a) Das Politische Kontroverse | 306 |
| b) Bedeutung für die Grundrechte | 308 |
| aa) Grundrechtsrelevanz | 309 |
| bb) Intensität der Grundrechtsberührungen | 312 |
| cc) Bedeutung des Grundrechts | 314 |
| dd) Mehrdimensionale Grundrechtsverhältnisse | 315 |
| c) Tragweite und Gewicht der Regelung für die Allgemeinheit | 317 |
| d) Größe des betroffenen Personenkreises | 319 |
| e) Vergleich mit geltendem Recht | 320 |
| f) Finanzielle Auswirkungen | 322 |
| g) Richtigkeit der Entscheidung | 323 |
| h) Dauer der Maßnahmen | 324 |
| i) Flexibilität und Normierungsfähigkeit | 325 |
| j) Besonderheiten der funktionalen Selbstverwaltung | 328 |
| k) Ergebnis | 330 |
| 4. Rechtsfolgen der Annahme des allgemeinen Parlamentsvorbehalts | 330 |
| 5. Schlussbemerkung: Abgrenzung zum Erfordernis der personellen Legitimation | 336 |
| 6. Gesamtergebnis: Regelungsgrenze durch den allgemeinen Parlamentsvorbehalt | 337 |
| III. Art. 80 GG | 338 |
| IV. Anwendung des Art. 103 Abs. 2 GG auf das ärztliche Berufsrecht | 341 |
| V. Gesetzesvorbehalt und Ermächtigungsgrundlagen durch den Landesgesetzgeber | 345 |
| VI. Gesetzesvorrang: Höherrangiges Recht als Regelungsgrenze | 346 |

| | | |
|-------|---|-----|
| VII. | Grundrechte und europäische Menschenrechtskonvention | 347 |
| VIII. | Ergebnis der Ermittlung der Regelungsgrenzen | 353 |
| F. | Übertragung der Regelungsgrenzen auf beispielhafte Regelungen des ärztlichen Berufsrechts | 355 |
| I. | Die stark umstrittenen berufsrechtlichen Regelungen | 355 |
| 1. | Assistierte Reproduktion | 355 |
| a) | Gesetzesvorbehalt | 356 |
| b) | Parlamentsvorbehalt | 357 |
| aa) | Bedeutung für die Grundrechte | 358 |
| (1) | Grundrechte der Ärzte | 358 |
| (2) | Grundrechte auf Patientenseite | 359 |
| (a) | Grundrecht auf freie Reproduktion | 360 |
| (aa) | Herleitung zumindest aus allgemeiner Handlungsfreiheit | 360 |
| (bb) | Spezielles Grundrecht auf freie Reproduktion | 362 |
| (cc) | Persönlicher und sachlicher Schutzbereich | 368 |
| (dd) | Bestätigung durch Rechtsprechung des EGMR | 371 |
| (ee) | Ergebnis | 373 |
| (b) | Recht auf körperliche Unversehrtheit | 374 |
| (c) | Gleichheitssatz | 378 |
| (3) | Ergebnis zum Aspekt der Bedeutung für die Grundrechte | 379 |
| bb) | Komplexität der Grundrechtsphären | 380 |
| cc) | Tragweite und Gewicht der Regelung für die Allgemeinheit | 381 |
| dd) | Aspekte, die gegen Parlamentsvorbehalt sprechen | 382 |
| ee) | Ergebnis: Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt | 383 |
| c) | Das Erfordernis der hinreichenden Legitimation | 384 |
| aa) | Zugrundelegung der Rechtsprechung | 385 |
| bb) | Zugrundelegung der eigenen Ansicht | 386 |
| cc) | Ergebnis: Keine hinreichende Legitimation der Ärztekammern | 387 |

| | |
|--|-----|
| d) Grundrechte | 387 |
| aa) Eingriffsrechtlfertigung in Bezug auf Freiheitsgrundrechte | 388 |
| (1) Rechtfertigung des Verbots zum Schutz des späteren Kindeswohls | 389 |
| (a) Vorüberlegung: Schutz des Kindeswohls vor Zeugung des Kindes | 389 |
| (aa) Vorwirkende Schutzpflicht und das Problem der Nichtidentität | 390 |
| (bb) Maßstab der Kindeswohlgefährdung | 400 |
| (b) Fehlen der andersgeschlechtlichen Rolle als Gefahr für das Kindeswohl | 404 |
| (c) Sonstige Begründungen mit dem Schutz des Kindeswohls | 407 |
| (2) Sonstige Rechtfertigungsgründe | 408 |
| (3) Ergebnis zu Freiheitsrechten | 410 |
| bb) Eingriffsrechtlfertigung in Bezug auf den Gleichheitssatz | 410 |
| cc) Hoheitliche Indikationsstellung als grundrechtsgebundene Tätigkeit | 413 |
| dd) Ergebnis: Verstoß gegen Grundrechte | 415 |
| e) Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG | 416 |
| f) Gesamtergebnis zu den Richtlinien zur Durchführung der assistierten Reproduktion | 417 |
| g) Exkurs: Neue Richtlinie auf Basis des § 16b TPG | 419 |
| aa) Legitimation der Bundesärztekammer | 420 |
| bb) Zugangsbeschränkende Indikationsstellung | 425 |
| cc) Ergebnis des Exkurses: Neue Richtlinie ebenfalls unzureichend | 426 |
| 2. Suizidhilfe | 427 |
| a) Gesetzesvorbehalt | 427 |
| b) Parlamentsvorbehalt | 428 |
| aa) Bedeutung für die Grundrechte | 429 |
| (1) Grundrechte der Ärztinnen und Ärzte | 429 |
| (2) Grundrechte auf Patientenseite | 431 |
| (a) Negatives Abwehrrecht des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG | 434 |
| (b) Herleitung aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht | 441 |
| (c) Ergebnis | 446 |

| | |
|---|-----|
| (3) Ergebnis zum Aspekt der Bedeutung für die Grundrechte | 446 |
| bb) Komplexität der Grundrechtssphären | 447 |
| cc) Tragweite und Gewicht der Regelung für die Allgemeinheit | 448 |
| dd) Aspekte, die gegen Parlamentsvorbehalt sprechen | 449 |
| ee) Ergebnis: Verstoß gegen den Parlamentsvorbehalt | 449 |
| c) Legitimation | 450 |
| aa) Zugrundelegung der Rechtsprechung | 451 |
| bb) Zugrundelegung der eigenen Ansicht | 452 |
| d) Grundrechte | 453 |
| e) Bestimmtheitsgebot des Art. 103 GG | 458 |
| f) Gesamtergebnis zu § 16 S. 3 MBO | 458 |
| 3. Ergebnis: Berechtigte Kritik durch die Literatur | 459 |
| II. Die weniger stark umstrittenen Regelungen des ärztlichen Berufsrechts | 459 |
| 1. Schweigepflicht, § 9 MBO | 460 |
| a) Gesetzesvorbehalt | 460 |
| b) Parlamentsvorbehalt | 460 |
| c) Das Erfordernis der hinreichenden Legitimation | 462 |
| aa) Zugrundelegung der Rechtsprechung | 463 |
| bb) Zugrundelegung der eigenen Ansicht | 464 |
| d) Grundrechte | 465 |
| e) Ergebnis | 465 |
| 2. Werbeverbot, § 27 MBO | 465 |
| a) Gesetzesvorbehalt | 466 |
| b) Parlamentsvorbehalt | 466 |
| aa) Kritik an der Ansicht von Wiedemann und Kretschmer | 467 |
| bb) Eigene Überprüfung | 468 |
| cc) Ergebnis | 471 |
| c) Das Erfordernis der hinreichenden Legitimation | 471 |
| aa) Zugrundelegung der Rechtsprechung | 471 |
| bb) Zugrundelegung der eigenen Ansicht | 472 |
| cc) Ergebnis | 472 |
| d) Grundrechte | 473 |
| e) Ergebnis zum Werbeverbot des § 27 MBO | 475 |

| | |
|--|-----|
| G. Gesamtergebnis und Auswirkungen der Betrachtungen | 477 |
| 1. Weitreichende Bedeutung des Berufsrechts | 477 |
| 2. Gesamtergebnis hinsichtlich der Regelungsgrenzen | 477 |
| a) Auswirkungen des allgemeinen Parlamentsvorbehalts | 478 |
| b) Das Erfordernis der demokratischen Legitimation und die praktischen Auswirkungen | 479 |
| c) Beachtung der Grundrechte | 479 |
| d) Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG | 480 |
| 3. Gesamtergebnis in Bezug auf die untersuchten Regelungen | 481 |
| 4. Ausblick: Auswirkungen auf zukünftige Regelungen durch die Ärztekammern | 481 |
| Literaturverzeichnis | 483 |