



Professor Dr. Gregor Thüsing, LL.M. · Adenauerallee 8a · 53113 Bonn

**Institut für Arbeitsrecht und
Recht der Sozialen
Sicherheit**

**Direktor: Professor
Dr. Gregor Thüsing, LL.M. (Harvard),
Attorney-at-Law (NY)**

Adenauerallee 8a
53113 Bonn
Sekretariat:
Sabine Neßhöver-Uessem
Tel.: 0228/73-7961
Fax: 0228/73-7962
sekretariat.thuesing@jura.uni-
bonn.de
<http://www.jura.uni-bonn.de>

Bonn, den 05.12.2023

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Gelegenheit der Stellungnahme danke ich herzlich – und bitte um Verzeihung für die verspätete Übersendung meiner Gedanken. Ich will allein zur geplanten Änderung des § 29 Heilberufsgesetz NRW Stellung nehmen:

I. Aktueller Befund

Ich teile den Befund der Gesetzesbegründung: „Im Gesundheitswesen ist seit einigen Jahren ein Trend zur „Vergewerblichung“ auszumachen. Gewerbliche Einrichtungen stoßen in den Gesundheitsmarkt und bieten ärztliche, psychotherapeutische und zahnärztliche Leistungen an. Dieser Trend birgt für Patientinnen und Patienten grundlegende Gefahren, weil gewerbliche Investitionen regelmäßig primär an Gewinnmaximierung und nicht am Wohl der Patientinnen und Patienten ausgerichtet sind.“

Diese Risiken steigen, wenn keine Regelung getroffen wird, ob und unter welchen Bedingungen eine juristische Person Träger der Berufsausübung sein kann, und insb. welchen Einfluss die (Fremd-)Eigentümer haben sollen und wohin der Gewinn fließt. Entsprechende Initiativen auf Bundesebene gehen in die gleiche Richtung – anders als etwa bei den Anwälten, bei denen sich der Koalitionsvertrag auf eine Überprüfung des Fremdbesitzverbots geeinigt hat.

II. Was neu ist: Konkretisierungen durch den Gesetzgeber selbst zur Wahrung des Wesentlichkeitsvorbehalts

1. Ausgangspunkt der Neuregelung

Ausgangspunkt der gesetzlichen Neuerungen ist das Urteil des Landesberufsgericht für Heilberufe beim Oberverwaltungsgericht für das Land

Nordrhein-Westfalen vom 20.03.2023, das die bisher geltenden Regelungen der Kammern nicht für hinreichend verfassungsrechtlich legitimiert hielt. Dessen Obersätze waren zweifellos richtig: Als Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit bedürfen die Regelungen zur Berufsausübung nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG einer hinreichenden gesetzlichen Grundlage. Rechtsstaatsprinzip und Demokratiegebot verpflichten den Gesetzgeber dazu, die insoweit für die Grundrechtsverwirklichung maßgeblichen Regelungen selbst zu treffen. Was wesentlich ist, ergibt sich aus den tragenden Prinzipien des Grundgesetzes, insbesondere aus den dort verbürgten Grundrechten. Wie weit der Gesetzgeber die für den jeweils geschützten Lebensbereich wesentlichen Leitlinien selbst bestimmen muss, lässt sich dabei nur im Blick auf den Sachbereich und die Eigenart des Regelungsgegenstandes beurteilen. Speziell in Bezug auf das Verhältnis von gesetzlichen Bestimmungen und Regelungen der Berufsordnungen, also Satzungsrecht der Ärztekammern als autonomer Berufsverbände, hat das Bundesverfassungsgericht Folgendes vorgegeben: Art. 12 Abs. 1 GG gebiete nicht, dass Regelungen, die die Berufsfreiheit beschränken, ausschließlich durch den staatlichen Gesetzgeber oder durch die vom Gesetzgeber ermächtigte staatliche Exekutive getroffen werden müssten. Vielmehr seien solche Regelungen innerhalb bestimmter Grenzen auch in Gestalt von Satzungen zulässig, die von einer mit Autonomie begabten Körperschaft erlassen werden. Die grundgesetzliche Ordnung setze der Verleihung und Ausübung von Satzungsgewalt jedoch Grenzen. Der Rang des Grundrechts der Berufsfreiheit gebiete, dass die freie Selbstbestimmung des Einzelnen nur so weit eingeschränkt werden dürfe, wie es die Interessen der Allgemeinheit erfordern. Die Berücksichtigung dieses Allgemeininteresses entsprechend den Bedürfnissen des sozialen Rechtsstaats sicherzustellen, sei der Zweck des Regelungsvorbehalts in Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG. Indem das Grundgesetz diese Regelungsbefugnis in die Form des Gesetzesvorbehalts kleidet, übertrage es in erster Linie dem Gesetzgeber die Entscheidung darüber, welche Gemeinschaftsinteressen so gewichtig seien, dass das Freiheitsrecht des Einzelnen zurücktreten müsse. Vor allem das Parlament sei dazu berufen, im öffentlichen Willensbildungsprozess unter Abwägung der verschiedenen, unter Umständen widerstreitenden Interessen über die von der Verfassung offengelassenen Fragen des Zusammenlebens zu entscheiden. Ob hiernach ein Berufsverband zu berufsregelnder Rechtsetzung ermächtigt werden dürfe und welche Anforderungen im Einzelfall an die Ermächtigung zu stellen seien, hänge von der jeweiligen Intensität des Eingriffs ab. Handele es sich um Berufsregelungen, die lediglich in die Freiheit der Berufsausübung eingreifen, bestünden keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, einen Berufsverband zur Normgebung zu ermächtigen. Aber auch hier müsse das zulässige Maß des Eingriffs in den Grundrechtsbereich umso deutlicher in der gesetzlichen Ermächtigung bestimmt werden, je empfindlicher die freie berufliche Betätigung beeinträchtigt werde. Einschneidende, das Gesamtbild der beruflichen Betätigung wesentlich prägende Vorschriften über die Ausübung des Berufs seien auch hier dem Gesetzgeber zumindest in den Grundzügen vorzubehalten. BVerfG, Beschlüsse vom 9. Mai 1972 1 BvR 518/62 (Facharztbeschluss), BVerfGE 33, 125 = juris Rn. 101 ff., vom 14. Juli 1987 1 BvR 537/81, BVerfGE 76, 171 = juris Rn. 45, und vom 25. März 1992 1 BvR 298/86, BVerfGE 86, 28 = juris Rn. 46).

Die Subsumtion des Gerichts mag freilich angreifbar sein: Geregelt wird ja nur die Frage, in welcher Rechtsform der ärztliche Beruf ausgeübt werden darf. Die

Tätigkeit selbst bleibt unberührt. Das dürfte *keine* eine wesentliche Leitlinie im vorgenannten Sinne sein. Zumindest gibt es für ein solches Verständnis keine Präjudizien in der bisherigen Rechtsprechung. Im Gegenteil: Der Facharztbeschluss des BVerfG, auf den sich das Gericht maßgeblich beruft, hat eben eine inhaltliche Frage der Berufsausübung zum Gegenstand. Das OLG Zweibrücken (3 W 136/15), das ja auch zitiert wird, hustet dieses Wesentlichkeitsargument gleichsam als letztes „Ad on“ seiner unzulässigen Vorlage ohne weitere Begründung im vorletzten Absatz daher. Das kann nicht überzeugen.

Dennoch: Verfassungsrechtliche Zweifel sind in der Welt – und es ist gut, wenn sie nun ausgeräumt werden. Man mag die Unterscheidung, dass jedenfalls die Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit des Führens einer Praxis in der Rechtsform einer juristischen Person des privaten Rechts vom Gesetzgeber selbst zu regeln ist, und es der Satzungsautonomie der Kammern überlassen bleiben kann, deren Voraussetzungen konkret auszugestalten, als ein salomonisches Urteil auf halber Strecke zwischen zwei Extrempunkten begreifen. Eben diesen Weg geht nun das Gesetz. Und das ist gut so.

2. Die Regelungen der Kammern werden Gesetz

Neu ist, dass die gemeinsame Führung einer Praxis und die Führung von Praxen in der Rechtsform einer juristischen Person des Privatrechts zur Verbesserung der Übersichtlichkeit und der Rechtsklarheit und –bestimmtheit fortan im Gesetz selbst geregelt werden. Nicht neu ist dabei das Verbot gewerblicher Ausübung der Heilbehandlung. § 1 der Berufsordnung für die nordrheinischen Ärztinnen und Ärzte stellt bereits heute klar: „Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“ Das Steuer- und das Gewerberecht denken ebenso. Die Heilberufe gehören zu den Katalogberufen nach § 18 Abs. 1 EstG uns für die Ausübung der ärztlichen und anderen Heilberufe und den Verkauf von Arzneimitteln gilt die Gewerbeordnung (GewO) gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 GewO grundsätzlich nicht, auch nicht entsprechend. Nur bei ausdrücklicher Anordnung in Normen der GewO sind einzelne Vorschriften der GewO auf diese Berufe anwendbar.

Inhaltlich sind die Regelungen nicht angreifbar. Weitgehend unbestritten ist, dass aus Gründen des Gemeinwohls die normierten Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit auch erforderlich sind, um potentielle Gefahren für Patientinnen und Patienten auszuschließen, die mit einer fortschreitenden Kommerzialisierung heilkundlicher Tätigkeit verbunden sein können. Man orientiert sich an den bisherigen Regelungen der Kammern. Auch bisher galt, dass die heilberufliche Tätigkeit nur eigenverantwortlich, unabhängig und nicht gewerblich ausgeübt werden durfte, sofern die Kammern in ihren Berufsordnungen Anforderungen festgelegt haben, die dies gewährleisten sollten. Alles in allem handelt es sich also um eine Regelung, die den bisherigen Status quo möglichst rechtsicher festschreibt. Gut so.

Mit freundlichen Grüßen

Gregor Thüsing