

GRUNDLAGEN DES ARBEITS- UND SOZIALRECHTS

FESTSCHRIFT FÜR
ULRICH PREIS
ZUM 65. GEBURTSTAG

Herausgegeben von

Wiebke Brose	Stefan Greiner
Christian Rolfs	Adam Sagan
Angie Schneider	Markus Stoffels
Felipe Temming	Daniel Ulber

2021



Zitervorschlag:
FS Preis

www.beck.de

ISBN 978 3 406 77060 9

© 2021 Verlag C.H. Beck oHG
Wilhelmstraße 9, 80801 München
Druck und Bindung: Beltz Grafische Betriebe GmbH,
Am Fliegerhorst 8, 99947 Bad Langensalza
Satz: Jung Crossmedia, Lahnau
Umschlagsatz: Druckerei C.H. Beck Nördlingen



chbeck.de/nachhaltig

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem Papier
(hergestellt aus chlorfrei gebleichtem Zellstoff)

CHRISTIAN KATZENMEIER

Ärzte als Arbeitnehmer – Zum schleichenden Wandel eines „Freien Berufs“

I. Ärzte im Anstellungsverhältnis

Die Berufswelt der Ärzte ist im Wandel.¹ Kontinuierlich wächst die Zahl der nicht in eigener Praxis niedergelassenen, sondern in einem Anstellungsverhältnis tätigen Mediziner. Mehr als die Hälfte aller Ärzte ist heute im Krankenhaus beschäftigt. In jüngerer Zeit steigt zudem die Zahl der im ambulanten Bereich angestellten Ärzte stark an, sie hat sich in der letzten Dekade mehr als verdreifacht, in den letzten zwei Jahrzehnten fast versechsfacht.²

Immer mehr junge Mediziner scheuen die Gründung oder Übernahme einer Arztpraxis. Sie legen gesteigerten Wert auf hinreichend Freizeit, „work-life-balance“ ist ihnen wichtig.³ Von organisatorischen Aufgaben, die ohnehin kaum Gegenstand der Ausbildung sind, wollen die Nachwuchskräfte weitestgehend entlastet sein, sie wollen keine betriebswirtschaftlichen Überlegungen anstellen, keine Investitionsrisiken eingehen, keine Personalverantwortung übernehmen, sich nicht um Abrechnungsfragen und anderes mehr kümmern müssen.⁴

Dass die Niederlassung in eigener Praxis an Attraktivität eingebüßt hat, liegt nicht zuletzt an einer ausgreifenden Sozialgesetzgebung, diese belastet die Berufsausübung. Zahlreiche von Einsparungsbemühungen geprägte Gesundheitsreformen höhlen die Freiberuflichkeit des Vertragsarztes sukzessive aus. Die immer weiter reichenden, immer detaillierteren staatlichen Regulierungen und Reglementierungen werden von Medizinerinnen beklagt und auch von Juristen vielfach kritisiert,⁵ Ulrich Preis hat die Nöte der Ärzteschaft eindrücklich geschildert.⁶ Die Folgen des aktuellen Wandels der Berufswelt der Ärzte für die Gesundheitsversorgung in unserem Land sind in der Rechtswissenschaft bislang aber noch nicht näher thematisiert worden, weder im Arbeits- und Sozialrecht, noch im Medizin- und Gesundheitsrecht.

¹ Vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp/Laufs/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. I Rn. 1ff.; näher die Beiträge in Katzenmeier/Bergdolt, *Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert*, 2009.

² Zum 1.1.2020 waren von 402.119 berufstätigen Ärzten 206.964 stationär tätig (51,5%), die Zahl der im ambulanten Bereich angestellten Ärzte stieg von 7.300 im Jahr 1999 über 14.348 im Jahr 2009 auf 43.516 im Jahr 2019. Ergebnisse der jährlichen Ärztestatistik abrufbar unter www.bundesaerztekammer.de (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021); auch in der Gesundheitsberichterstattung des Bundes www.gbe-bund.de unter Gesundheitsversorgung.

³ Ergebnisse einer empirischen Bedarfsanalyse zur Verbesserung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf bei Ärztinnen und Ärzten von Jerg-Bretzke et al., *Gesundheitswesen* 2018, 20ff.

⁴ Steinhilper *MedR* 2018, 639 (640); krit. Albrecht, *Die Zeit* Nr. 46/2015: „Aus Berufenen sind immer mehr durchschnittliche Arbeitnehmer geworden. Sich aufopfern für die Patienten, etwas für die Kranken wagen und dann die Verantwortung tragen, hat in diesem Lebenskonzept klare Grenzen.“

⁵ S. nur etwa Quaa *MedR* 2001, 34ff.; Steiner *MedR* 2003, 1ff.; Steinhilper *GesR* 2009, 337ff.; Hufen *NJW* 2004, 14ff.; Steinhilper *MedR* 2018, 639ff.; Ziegler *MedR* 2018, 645ff.; Rixen *MedR* 2018, 667ff.

⁶ Preis *MedR* 2010, 139ff. mit der Feststellung „unter dem SGB V ist der Arztberuf der staatlich am stärksten gebundene Beruf unter den nichtstaatlichen Berufen“.

II. Der Arztberuf als „Freier Beruf“

Der Arzt gehört traditionell zur Gruppe der „Freien Berufe“. Diese entwickelten sich aus den „artes liberales“. Eine eigenständige (sehr heterogene) Berufsgruppe entstand im frühliberalen Staat, da die Forderung nach „Freiheit vom Staatszwang“ erhoben wurde als Reaktion auf die teilweise bis in das 19. Jahrhundert hineinreichende gesteigerte staatliche Inpflichtnahme einiger noch heute als freiberuflich geltender Professionen. Die für Ärzte grundlegende Aussage enthält § 1 Abs. 2 BÄO, der bestimmt: „Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe; er ist seiner Natur nach ein freier Beruf.“⁷ § 2 Abs. 1 MBO-Ä lautet bestätigend: „Ärztinnen und Ärzte üben ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit aus. Sie dürfen keine Grundsätze anerkennen und keine Vorschriften oder Anweisungen beachten, die mit ihren Aufgaben nicht vereinbar sind oder deren Befolgung sie nicht verantworten können.“⁸

Eine gesetzliche Definition des Begriffs „Freier Beruf“ gibt es nicht. Der Gesetzgeber hat es stets vermieden, eine Legaldefinition mit einer einheitlichen und abschließenden Begriffsbestimmung im Sinne der klassischen Definitionslehre zu formulieren. Immerhin aber ist im Partnerschaftsgesellschaftsgesetz eine allgemeine Umschreibung des Begriffs vorangestellt, § 1 Abs. 2 S. 1 PartGG bestimmt: „Die Freien Berufe haben im Allgemeinen auf der Grundlage besonderer beruflicher Qualifikation oder schöpferischer Begabung die persönliche, eigenverantwortliche und fachlich unabhängige Erbringung von Dienstleistungen höherer Art im Interesse der Auftraggeber und der Allgemeinheit zum Inhalt.“ Diese Merkmale prägen auch die berufsrechtliche Stellung des Arztes, die gekennzeichnet ist durch das Erfordernis einer qualifizierten Ausbildung, einen persönlichen und eigenverantwortlichen Einsatz bei der Berufsausübung und die Erwartung altruistischer Berufseinstellung.⁹

Dem tradierten, allgemein anerkannten Bild des freiberuflich niedergelassenen Kassenarztes entspricht die Tätigkeit in eigener Person (Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung).¹⁰ Demgemäß galt die Anstellung eines Arztes im System der kassenärztlichen Versorgung über Jahrzehnte hinweg als Fremdkörper.¹¹ Doch die Rechtslage hat sich geändert. Nach und nach wurde die Anstellung von Ärzten erlaubt. Seit dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz bestehen erweiterte Möglichkeiten in niedergelassener Praxis.¹² Dabei wurde der

⁷ Bundesärzteordnung vom 2. 10. 1961, zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. 8. 2019, BGBl. I 1307.

⁸ (Muster-)Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte – MBO-Ä 1997 – in der Fassung der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018. Rechtswirkung entfaltet die Berufsordnung, wenn sie durch die Kammerversammlung der jeweiligen Landesärztekammer beschlossen und von der Aufsichtsbehörde genehmigt wurde.

⁹ Quaaß/Zuck/Clemens/Quaaß, *Medizinrecht*, 4. Aufl. 2018, § 13 Rn. 9ff.; Sodan/Sodan, *Handbuch des Krankenversicherungsrechts*, 3. Aufl. 2018, § 13 Rn. 26ff.; Spickhoff/Scholz, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, MBO-Ä, § 1 Rn. 1.

¹⁰ S. auch § 32 Abs. 1 S. 1 Ärzte-ZV. Näher zur persönlichen Leistungserbringung *Achterfeld*, *Aufgabenverteilung im Gesundheitswesen*, 2014, S. 34ff.; HK-AKM/*Steinhilper*, 53. Lfg. 2014, Nr. 4060.

¹¹ Vgl. *Steinhilper* MedR 1993, 292ff.; Halbe/*Steinhilper*, *Handbuch Kooperationen im Gesundheitswesen*, 2018, A 1300 Rn. 1; Laufs/Kern/Rehborn/*Steinhilper*, *Handbuch des Arztrechts*, 5. Aufl. 2019, § 35 Rn. 77ff.; allg. zur Entwicklung *Vogt*, *Ärztliche Selbstverwaltung im Wandel*, 1988, S. 466ff.

¹² VÄndG vom 22. 12. 2006, BGBl. I 3439; dazu *Dahm/Ratzel* MedR 2006, 555, 563ff. Seither kann der Vertragsarzt Ärzte nach Maßgabe des § 95 Abs. 9 und 9a SGB V anstellen; damit korrespondiert die Vorschrift des § 32b Abs. 1 S. 1 Ärzte-ZV; systematisch handelt es sich dabei um eine Ausnahme von dem Gebot der persönlichen Leistungserbringung, § 32 Abs. 1 Ärzte-ZV. Bei einer Delegation der gesamten ärztlichen Tätigkeit unter Beschränkung auf die reine Organisation der Arbeitskräfte handelt es sich nicht mehr um freiberufliche, sondern eine gewerbliche Tätigkeit, s. etwa BFH, MedR 2015, 471f. zu § 18 Abs. 1 Nr. 1 S. 3 EStG.

angestellte Arzt in der ambulanten Versorgung insbesondere durch das Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung dem Vertragsarzt weitgehend gleichgestellt.¹³ Er ist zwar nicht wie der Vertragsarzt „Freiberufler“, gilt aber nach dem Berufsrecht und dem Vertragsarztrecht trotz des Anstellungsverhältnisses als „Angehöriger eines freien Berufs“.

III. Angestellte Ärzte als Arbeitnehmer

Eigenverantwortung und fachliche Unabhängigkeit des Arztes werfen die „(Uralt-)Frage“¹⁴ auf, ob angestellte Ärzte als Arbeitnehmer qualifiziert werden können. Arbeitnehmer ist, wer aufgrund eines privatrechtlichen Vertrages „im Dienste eines anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet“ ist, § 611a Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁵ Angesichts der fachlichen Unabhängigkeit hat *Hans Carl Nipperdey*¹⁶ die Ansicht vertreten, jedenfalls der Chefarzt eines Krankenhauses könne niemals Arbeitnehmer sein.¹⁷ Indessen schließt die Weisungsfreiheit des Arztes hinsichtlich seiner fachlichen Tätigkeit, dh bei der Behandlung der Patienten, das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht aus. Der Grad der persönlichen Abhängigkeit richtet sich nach der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit, § 611a Abs. 1 S. 4 BGB. Bei einem Arzt ist von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, wenn er im Übrigen im Wesentlichen weisungsgebunden und damit vom Krankenhausträger oder Praxisinhaber persönlich abhängig ist.¹⁸ Es reicht die Eingliederung in die fremde sachliche Arbeitsorganisation. In solchen Fällen ist die Dienstleistung fremdbestimmt, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebs erhält, in deren Dienst die Arbeit verrichtet wird.¹⁹ Dafür spricht die Vorgabe von Zeit und Ort der Tätigkeit, Einbindung des Arztes in die vorhandene Infrastruktur (Operationsräume, ärztliches und nichtärztliches Hilfspersonal), Bindung an Dienstpläne, festgelegte Arbeitszeiten und Erholungsurlaub, Pflicht zur Behandlung aller Patienten der Klinik oder Praxis.²⁰ Soweit der angestellte Arzt als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist, unterliegt der Anstellungsvertrag selbstverständlich sämtlichen einschlägigen arbeitsrechtlichen Bestimmungen.²¹

¹³ GKV-VSG vom 16.7.2015, BGBl. I 1211; dazu *Bäume/Dahm/Flasbarth* MedR 2016, 4ff.

¹⁴ *Lieb*, Arbeitsrecht, 8. Aufl. 2003, Rn. 2.

¹⁵ Vorschrift eingefügt durch Gesetz vom 21.2.2017, BGBl. I 258; Definition im Anschluss an die st. Rspr. des BAG, vgl. BT-Drs. 18/9232, 4, 18, 41; BT-Drs. 18/10064, 4; aus der Rspr. s. etwa BAGE 93, 310 = NJW 2000, 1438 = NZA 2000, 385; näher *ErfK/Preis*, 20. Aufl. 2020, BGB § 611a Rn. 8ff. mwN; s. auch *Jauernig/Mansel*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 611a Rn. 3ff.

¹⁶ Zu *Nipperdey* als „mythische Leitfigur des herrschenden deutschen Arbeitsrechts“ *Preis* *ArbuR* 2016, 177.

¹⁷ *Nipperdey*, Chefarzt und Krankenhaus, Rechtsgutachten, Sonderdruck in: *Der Krankenhausarzt* 1949, 4, 17ff.; auch noch *Zöllner/Loritz/Hergenröder*, Arbeitsrecht, 7. Aufl. 2015, § 5 Rn. 30.

¹⁸ BAGE 11, 225 = NJW 1961, 2085 (Chefarzt); BAG, NZA 2017, 581 (584) Rn. 19 (Ärztl. Direktor); *ErfK/Preis*, 20. Aufl. 2020, BGB § 611a Rn. 65; *Preis/Temming*, Arbeitsrecht, 6. Aufl. 2020, Rz. 186; *MHdB ArbR/Schneider* 4. Aufl. 2018, § 19 Rn. 48; monographisch *Peris*, Die Rechtsbeziehung zwischen angestelltem Chefarzt und Krankenhausträger, 2002, S. 59ff.

¹⁹ Die Weisungsgebundenheit verfeinert sich in solchen Fällen „zur funktionsgerechten, dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“, BSG, MedR 2020, 773 (777) mwN zur Statusbestimmung nach § 7 Abs. 1 SGB IV.

²⁰ Das Kriterium der Eingliederung ist maßgeblich, auch wenn es in der Definition des Arbeitsvertrages in § 611a BGB nicht mehr genannt wird, vgl. *Wank* *AuR* 2017, 140 (143f.); *Preis* *NZA* 2018, 817 (821): „Für den in fachlicher Hinsicht weitestgehend eigenständig entscheidenden Chefarzt muss § 611a BGB eine definitorische Heimstatt bleiben.“

²¹ Einzelheiten bei *Weth/Thomae/Reichold/Wern*, Arbeitsrecht im Krankenhaus, 2. Aufl. 2011, Teil 3; s. auch *Huster/Kaltenborn/Ricken*, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 38ff.

Festzuhalten bleibt: Der Krankenhausträger oder Praxisbetreiber hat gegenüber dem bei ihm angestellten Arzt das allgemeine Direktionsrecht des Arbeitgebers, aber keine Weisungsbefugnis im Hinblick auf die ärztliche Tätigkeit im eigentlichen Sinne. Die verantwortliche Freiheit des Entscheidens bleibt immer als Voraussetzung jedes ärztlichen Handelns verbindliches Berufsprinzip, gleichviel in welcher Position der Arzt seinen Dienst verrichtet. Indem § 1 Abs. 2 BÄO bestimmt, dass der ärztliche Beruf „seiner Natur nach ein freier Beruf“ ist, stellt das Gesetz klar, dass die Freiheit ärztlichen Tuns unabhängig davon gewährleistet sein muss, in welcher Form der Beruf ausgeübt wird.²² Auf die wirtschaftliche Selbständigkeit kommt es nicht an.²³

IV. Die Weisungsfreiheit des Arztes

Sachliche Weisungsfreiheit und persönliche Ausübung kennzeichnen den Arztberuf als einen „Freien Beruf“. Beim ärztlichen Dienst steht „die Gewissensentscheidung des einzelnen Berufsangehörigen im Zentrum der Arbeit“.²⁴ Die Entscheidung für eine spezifische Form der Diagnose und mehr noch für ein bestimmtes therapeutisches Verfahren ist jeweils gekennzeichnet durch die Abwägung von Chancen und Risiken im Einzelfall unter Berücksichtigung vielfältiger physischer, psychischer und sozialer Aspekte. Sie verlangt zudem häufig eine Einschätzung künftiger Entwicklungen, deren Verlauf oftmals von dem ungewissen Eintritt zahlreicher anderer Ereignisse abhängig ist und aufgrund von Erfahrungen als möglich oder wahrscheinlich, jedoch nicht als sicher angesehen werden kann. Derartige außerrechtliche und prognostische Elemente sind normativ kaum fassbar, sie rechtfertigen die Annahme eines Beurteilungs- und Entscheidungsspielraumes auf Seiten des Behandelnden.²⁵

Die Freiheit begründeter Methodenwahl im Einzelfall, also die Kompetenz auch zur wissenschaftlich nicht erwiesenen oder geklärten, doch nach der empirischen Erkenntnis durchaus erfolgversprechenden Therapie, ist unerlässliche Voraussetzung für eine sachverständige, wagnisbereite und verantwortungsbewusste ärztliche Berufsausübung.²⁶ Die gesetzlich und kammersatzungsrechtlich garantierte Therapiefreiheit²⁷ umfasst drei Elemente: Der Arzt hat darüber zu entscheiden, ob überhaupt eine Behandlung stattfinden soll, kein Arzt darf zu einer seinem Gewissen widersprechenden Methode oder zu einer bestimmten Arzneimitteltherapie gezwungen werden, schließlich bleibt es stets seine Aufgabe, die ihm geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Methode auszuwählen.²⁸

Für die Freiheit begründeter Methodenwahl sprechen im Besonderen der medizinische Fortschritt, die Besonderheiten des Einzelfalls und der Wille des Kranken.²⁹ Therapiefreiheit

²² § 23 MBO-Ä verdeutlicht den Geltungsanspruch des Berufsrechts auch gegenüber unselbständig tätigen Ärzten, dazu *Scholz MedR* 2015, 635 ff.

²³ Vgl. BT-Drs. 3/2810, 1; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. II Rn. 3 f.

²⁴ BVerwGE 27, 303 (305) = NJW 1968, 218 (219); Laufs/Katzenmeier/Lipp/Laufs/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. I Rn. 14.

²⁵ St. Rspr., s. nur BGH NJW 2020, 1358 (1359) = *MedR* 2020, 379 (380 f.); v. *Pentz MedR* 2018, 283; *Steffen FS Deutsch*, 2009, 799 (807); Laufs/Kern/Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 14 ff.; zum sozialrechtlichen Rahmen *Wälti GesR* 2006, 1 ff.

²⁶ *Wieland*, *Strukturwandel der Medizin und ärztliche Ethik*, 1986, S. 75: „Verantwortliches Handeln ist nur unter der Bedingung derartiger Freiräume möglich.“

²⁷ Zu § 1 Abs. 2 BÄO und § 2 Abs. 1 MBO-Ä s. HK-AKM/Dahm, 2001, *Therapiefreiheit*, Nr. 5090 Rn. 1.

²⁸ *Zuck NJW* 1991, 2933 ff.; *Buchborn MedR* 1993, 328 (330); *Laufs ZaeFQ* 1997, 586; Laufs/Kern/Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 14.

²⁹ Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X Rn. 89 ff.

ist kein Privileg des Arztes, sondern ein fremdnütziges Recht.³⁰ Sie ermöglicht dem Arzt, nach pflichtgemäßem und gewissenhaftem Ermessen im Einzelfall in Absprache mit dem Kranken³¹ diejenigen therapeutischen Maßnahmen zu wählen, die nach seiner begründeten Überzeugung unter den gegebenen Umständen den größtmöglichen Nutzen für seinen Patienten erwarten lassen.

V. Der schleichende Wandel des „Freien Berufs“ des Arztes

1. Streben nach Sicherheit statt nach Freiheit

Generationen von Ärzten strebten nach Unabhängigkeit, nach Freiheit und nach Eigenverantwortung. Die Standesvertretungen betonen immer wieder Bedeutung und Stellenwert des solchermaßen charakterisierten „Freien Berufs“.³² Wenn in den letzten Jahren aber die Zahl der nicht in eigener Praxis niedergelassenen, sondern in einem Anstellungsverhältnis tätigen Mediziner immer weiter anwächst, dann ist dies auch ein Zeichen, dass vielen Berufsangehörigen Selbständigkeit, Unabhängigkeit und Eigenverantwortung nicht mehr zentral wichtig ist. Das Streben nach Freiheit scheint zunehmend einem Bedürfnis nach Sicherheit zu weichen.

Junge Ärztinnen³³ und Ärzte legen gesteigerten Wert auf geregelte Arbeitszeiten und ein sicheres Einkommen. Immer mehr üben ihre Tätigkeit in Teilzeit aus.³⁴ Nicht nur bei der Berufswahl, auch bei der Berufsausübung greift Sicherheitsdenken zunehmend Platz. Richtlinien, Leitlinien und die sonstigen Regelwerke werden von manchen weniger als Einengung ihrer Therapiefreiheit begriffen,³⁵ denn als willkommene Handlungsanleitung, deren Befolgung gegen Vorwürfe der Verfehlung von beruflichen Pflichten absichert. Defensive Medizin bezeichnet eine Haltung, die neben den medizinischen Chancen und Risiken für den Patienten auch die eigenen forensischen Gefahren bedenkt und als indizierende wie kontraindizierende Faktoren mit ins Kalkül zieht, somit entweder zu wenig tut, weil sie nichts mehr wagt, oder zu viel unternimmt, etwa an diagnostischen Maßnahmen, um sich für alle Fälle zu feien.³⁶ Die Gefahr der Inanspruchnahme wegen eines Behandlungsfehlers oder einer Aufklärungspflichtverletzung ist deutlich gewachsen, Arzthaftung hat Konjunktur.³⁷ Dem angestellten Arzt steht im Falle eines gegen ihn aus Delikt geltend gemachten Schadensersatzanspruchs ein Freistellungsanspruch gegen seinen Arbeitgeber nach den

³⁰ Laufs FS *Deutsch*, 1999, 625 (626); Laufs/Kern/Laufs, *Handbuch des Arztrechts*, 4. Aufl. 2010, § 3 Rn. 14; Katzenmeier, *Arzthaftung*, 2002, S. 304 ff., 308 f.; Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X Rn. 93.

³¹ Zum Erfordernis einer Einwilligung nach Aufklärung (informed consent) Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. V Rn. 1 ff.

³² S. etwa die Entschließung des 112. DÄT 2009, TOP III „In Freiheit und Verantwortung für eine gute ärztliche Versorgung in Deutschland“; s. auch BÄK, Positionspapier zur Bundestagswahl 2017.

³³ Der Anteil der Ärztinnen unter den berufstätigen Ärztinnen und Ärzten stieg zwischen 1991 und 2019 von 33,6% auf 47,6%, vgl. www.bundesaerztekammer.de/ueber-uns/aerzttestatistik/aerzttestatistik-2019 (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021).

³⁴ Die Teilzeitquote unter den angestellten Ärzten stieg zwischen 1991 und 2019 von 18,5% auf 38,6%, vgl. www.bundesaerztekammer.de/ueber-uns/aerzttestatistik/aerzttestatistik-2019 (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021).

³⁵ Vgl. dazu Laufs/Katzenmeier/Lipp/Katzenmeier, *Arztrecht*, 8. Aufl. 2021, Kap. X Rn. 10f. mwN.

³⁶ Vgl. nur *Ulsenheimer MedR* 2015, 757 (761 ff.) mwN.

³⁷ Zur krisenhaften Entwicklung der Arzthaftpflcht, Perspektiven und Alternativen vgl. *Katzenmeier MedR* 2011, 201 ff.; Lorenz/*Katzenmeier*, *Karlsruher Forum* 2013, 7 ff.; *Püster*, *Entwicklungen der Arzthaftpflchtversicherung*, 2013.

Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs bei betrieblich veranlasster Tätigkeit zu.³⁸

2. Transformation der Medizin

Dass sich immer mehr Ärzte in ein Anstellungsverhältnis begeben, ist auch vor dem Hintergrund eines grundlegenden Transformationsprozesses der Medizin mit Auswirkungen auf die ärztliche Identität zu verstehen.³⁹ Die klassische, von Fürsorge bestimmte Arzt-Patient-Beziehung wird zunehmend von einer an den Kundenwünschen orientierten Dienstleister-Kunden-Beziehung abgelöst.⁴⁰ Der Mediziner trifft dabei auf Erwartungen einer immer anspruchsvoller werdenden Patientenschaft. Gesundheit wird zunehmend als käufliches Gut betrachtet, das der Arzt als vertragliche Leistung schuldet. Auch auf dem Sektor der Medizin spiegelt sich in der Konsumhaltung des Bürgers ein Wesensmerkmal der postindustriellen Gesellschaft.⁴¹ Die Digitalisierung ermöglicht durch den Einsatz Künstlicher Intelligenz algorithmengesteuerte Therapieentscheidungen⁴² und leistet berufsrechtlich nunmehr zulässiger ausschließlicher Fernbehandlung⁴³ Vorschub. Telemedizinische Primärversorger werden das Feld bestellen, erbringen ihre Dienste durch angestellte Ärzte.⁴⁴

Unübersehbar verschlechtern sich die Rahmenbedingungen ärztlicher Berufsausübung. Neben der immer weitergehenden Regulierung, Reglementierung und Bürokratisierung ist eine zunehmende Ökonomisierung der Medizin zu konstatieren. Im Ausgangspunkt leisten gesundheitsökonomische Überlegungen wichtige Hilfe bei dem Bestreben, die vorhandenen Ressourcen optimiert, das heißt mit maximalem Nutzen für die Gesundheit aller zu verwenden.⁴⁵ Fragen nach Prioritäten und Präferenzen, Nutzen-Risiko-Abwägungen und Kosten-Nutzen-Relationen sowie nach dem Bedarf einzelner Gesundheitsmaßnahmen gewinnen an Bedeutung.⁴⁶ Ökonomische Analysen zeigen freilich immer nur Wege auf, wie mit verfügbaren Mitteln mehr oder wie das Gleiche mit weniger Mitteln zu erreichen ist, niemals sind ihre Ergebnisse selbst Entscheidungen hinsichtlich des geschuldeten Aufwandes bei Diagnose oder Therapie. Aus ethischer Sicht ist das simplifizierende Vorteil-

³⁸ Allg. BAGE 70, 337 = NJW 1993, 1732; BAGE 78, 56 = NJW 1995, 210; BGH (GmS-OGB) NJW 1994, 856; Übersicht bei ErfK/*Preis*, 20. Aufl. 2020, BGB § 619a Rn. 9ff.; monographisch *Otto/Schwarze/Krause*, Die Haftung des Arbeitnehmers, 4. Aufl. 2014; zum Abschied vom Erfordernis der Gefährdetheit der Arbeit *Hanau/Rolfs* NJW 1994, 1439ff.

³⁹ Katzenmeier/Bergdolt/Maio, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, S. 21ff.; Maio DÄBl. 2012, A-804ff.; Maio, Geschäftsmodell Gesundheit, 2015.

⁴⁰ Vgl. die Beiträge von Hoppe, Laufs, Maio, Nagel, Höffe, Quante, Woopen in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009.

⁴¹ Zu den Veränderungen der Arzt-Patient-Beziehung s. Katzenmeier, Arzthaftung, 2002, S. 10ff.

⁴² Zu den Chancen und Risiken der Digitalisierung der Medizin Katzenmeier, Rechtsfragen der Digitalisierung des Gesundheitswesens, 2019; Katzenmeier MedR 2019, 259ff., zu ADM durch KI auf S. 268ff.; Spindler FS Hart, 2020, 581ff.

⁴³ Vgl. § 7 Abs. 4 MBO-Ä, reformiert durch Beschluss des 121. Deutschen Ärztetages 2018; dazu Katzenmeier NJW 2019, 1769ff.

⁴⁴ Katzenmeier MedR 2019, 266f.; beachtliche Kritik üben Steinhilper/Schiller FS Plagemann, 2020, 579ff.

⁴⁵ Die Gesundheitsausgaben stiegen nach Angaben des Statistischen Bundesamtes erstmalig im Jahre 2017 auf über 1 Mrd. EUR pro Tag (insgesamt 375 Mrd. EUR; entspricht 11,5% des BIP); 2016 wurde in der GKV die Grenze von 200 Mrd. EUR überschritten; vgl. Statistisches Jahrbuch 2019, abrufbar über www.destatis.de, Rubrik Gesundheit (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021).

⁴⁶ Wenner GesR 2009, 169ff.; Welti MedR 2010, 379ff.; Huster DVBl 2010, 1069ff.; Heyers MedR 2016, 857ff.; Beiträge der DFG-FOR 655 in Schmitz-Luhn/Bohmeier, Priorisierung in der Medizin – Kriterien im Dialog; monographisch Schmitz-Luhn, Priorisierung in der Medizin, 2015.

Nachteil-Kalkül nur bedingt verwertbar, ökonomische Evaluierungen können keine Entscheidungspriorität haben, da mit der Forderung nach Gesundheit die Effektivität einer Heilmaßnahme das maßgebende Kriterium sein und bleiben muss.⁴⁷

3. Kommerzialisierung des Gesundheitswesens

Währenddessen wird die Logik der Ökonomie schon lange nicht mehr nur auf Strukturen und Handlungsbedingungen der Gesundheitsversorgung angewendet, sondern auf den Inhalt der Medizin selbst.⁴⁸ Unser Gesundheitswesen wandelt sich zum Gesundheitsmarkt, zur Gesundheitswirtschaft.⁴⁹ Die Qualität ärztlichen Handelns leidet unter einer zunehmenden Kommerzialisierung, bei der die Dienstleistung nicht mehr ganz am Wohlergehen des Patienten ausgerichtet ist, sondern als eine den eigenen Gewinn maximierende Tätigkeit betrachtet wird.⁵⁰ Mitmenschlichkeit, Fürsorge und Zuwendung weichen auf dem Gesundheitsmarkt betriebswirtschaftlichem Effizienzdenken und Gewinnstreben.

Der ärztliche Alltag wird immer stärker durch Anforderungen betriebswirtschaftlicher Rationalität geprägt. Dies gilt gerade auch für die vielen in Kliniken tätigen Ärzte.⁵¹ Der gesamte Krankenhaussektor ist mit Wettbewerbs- und Marktmechanismen überzogen, er wird heute davon beherrscht, die Rede ist von einer „Industrialisierung des Krankenhauses“. ⁵² Waren früher die Kirchen oder Kommunen Träger, so drängen seit geraumer Zeit zunehmend private Unternehmen auf den Markt.⁵³ Diese sind auf Gewinnerzielung ausgerichtet, an den Betrieb der Kliniken knüpfen Renditeerwartungen. Zusätzlich vorangetrieben wird die Kommerzialisierung durch das mit dem Gesundheitsstrukturgesetz⁵⁴ eingeführte Diagnosis Related Groups (DRG)-System.⁵⁵ Die prospektive Fallpauschalenvergütung bedingt nicht nur einen administrativen Mehraufwand (Einstellung von Kodierfachkräften, Etablierung von Medizincontrolling), sondern führt auch zu erheblichen Fehlanrei-

⁴⁷ Hart MedR 1996, 60 (61f.); Steffen FS Geiß, 2000, 487 (497f.); Giesen ZVersWiss 2004, 557ff.; s. auch *Deutscher Ethikrat*, Nutzen und Kosten im Gesundheitswesen, Stellungnahme, 2011; *Deutscher Ethikrat*, Patientenwohl als ethischer Maßstab für das Krankenhaus, Stellungnahme, 2016; *Nationale Akademie der Wissenschaften Leopoldina*, Zum Verhältnis von Medizin und Ökonomie im deutschen Gesundheitssystem, 2016; *AWMF* Medizin und Ökonomie, 2018. Zur Verteilung der medizinischen Ressourcen in der Corona-Krise s. die Beiträge von *Buyx/Lipp, Lübke, Taupitz* und die ad-hoc-Empfehlung des *Deutschen Ethikrats* in MedR 2020, 433ff.

⁴⁸ *Maio* DÄBl. 2012, A-804, A-805 kritisiert, dass heute „die Ökonomie nicht mehr der Medizin, sondern vielmehr die Medizin der Ökonomie dient“.

⁴⁹ Mit Formen, Ursachen und Folgen beschäftigt sich etwa die Arbeitsgruppe Ökonomisierung in der Akademie für Ethik in der Medizin www.ag-oekonomisierung.de. Scharfe Kritik übt *Unschuld*, *Ware Gesundheit*, 2014; *Unschuld* DÄBl. 2017, A-2264ff.

⁵⁰ *Fred Hirsch*, der mit seinem Werk *Social limits to growth*, 1976, den Begriff des Kommerzialisierungseffekts prägte, führt ärztliches Handeln als Beispiel an. Als möglichen Grund für den Einfluss auf die Qualität des Handelns nennt *Michael J. Sandel*, *Journal of Economic Perspectives* 27 (2013), 121ff. den Korruptionseffekt, demzufolge extrinsische Motivation über monetäre Anreize und Gewinnstreben intrinsische Motivation verdrängt. Vor einer Kommerzialisierung der „Freien Berufe“ warnte bereits *Feuchtwanger*, *Die freien Berufe*, 1922, S. 20; in jüngerer Zeit s. etwa *Henssler AnwBl* 2008, 721ff.

⁵¹ Zahlenangaben in Fn. 2.

⁵² *Vera*, *Das Gesundheitswesen* 71 (2009), 10ff.; s. auch *Richter/Hurrelmann/Wilkesmann*, *Soziologie von Gesundheit und Krankheit*, 2016, 353ff. mwN.

⁵³ In den Jahren von 1991 bis 2018 ist der Anteil öffentlicher Anstalten von 46% auf 28,7% gesunken, der Anteil der Einrichtungen in privater Trägerschaft ist von 14,8% auf 37,6% gestiegen, vgl. Statistisches Bundesamt, www.destatis.de, Fachserie 12 Reihe 6.1.1. (Gesundheit, Grunddaten der Krankenhäuser) 2018, S. 7.

⁵⁴ GSG vom 21.12.1992, BGBl. I 2266.

⁵⁵ Dazu *Krauskopf/Knittel*, *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung*, 106. EL März 2020, SGB V, §§ 107ff. Vorbem. Rn. 10ff.

zen („Upcoding“, „wirtschaftliche Indikationen“, „Fallsplitting“, „blutige Entlassungen“ uam). Der ökonomische Druck auf die im Krankenhaus angestellten Ärzte und Pflegekräfte nimmt zu durch kontinuierliches Benchmarking und permanente Zielvorgaben, Kosteneinsparungen, Personalabbau und Arbeitsverdichtung.

Im ambulanten Sektor ist den niedergelassenen Ärzten durch das Aufkommen Medizinischer Versorgungszentren (MVZ) neue Konkurrenz erwachsen.⁵⁶ Bei MVZ handelt es sich um Einrichtungen, in denen Ärzte als Angestellte oder als Vertragsärzte tätig sein können und die an der vertragsärztlichen (ambulanten) Versorgung teilnehmen (§ 95 Abs. 1 S. 1 SGB V). MVZ wurden geschaffen, um eine bessere Verzahnung verschiedener oder gleicher Fachgebiete zu ermöglichen und eine medizinische „Versorgung aus einer Hand“ anbieten zu können.⁵⁷ Die vom Gesetzgeber geforderte ärztliche Leitung soll sicherstellen, dass die zu erbringenden Leistungen den vertragsarztrechtlichen Anforderungen genügen. In der Praxis wählen insbesondere Krankenhäuser dieses Instrument, das ihnen die attraktive Möglichkeit bietet, sich einen regulären Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung und damit zum ambulanten Gesundheitsmarkt zu verschaffen.⁵⁸

Immer mehr MVZ geraten in die Hand von versorgungsfremden Kapitalinvestoren, die Kliniken und Praxen aufkaufen.⁵⁹ Sogenannte Private-Equity-Gesellschaften wollen die Wachstumschancen in der Gesundheitsbranche nutzen, die sich aus der Demografie, dem anhaltenden Kostendruck und der eingesetzten Konsolidierung ergeben. Nun ist eine Profitorientierung der gesundheitlichen Versorgung nicht erst durch die Zulassung von MVZ ermöglicht worden, aber mit der Erweiterung des Trägerkreises über Ärzte und öffentliche oder frei-gemeinnützige Krankenhausträger hinaus auf börsennotierte Gesundheitskonzerne oder andere Unternehmen in der Gesundheitsbranche erfolgte die Ausrichtung der ambulanten Versorgung auf die Regeln des Marktes.⁶⁰ Für diese Investoren sind ethische Verpflichtung und Gemeinwohlaufrag Fremdwörter, was für sie zählt, ist die Gewinnmaximierung und Erzielung höchstmöglicher Rendite.⁶¹ Befürchtet wird eine Verdrängung

⁵⁶ Eingeführt durch das GMG vom 14.11.2003, BGBl. I 2190; umfassend *Dahm/Möller/Ratzel*, Rechtshandbuch Medizinische Versorgungszentren, 2005; zu den Änderungen durch das GKV-VStG vom 22.12.2011, BGBl. I 2983 *Bäume/Dahm/Flasbarth* MedR 2012, 77 (78ff.); zu den Änderungen durch das GKV-VSG vom 16.7.2015, BGBl. I 1211 *Bäume/Dahm/Flasbarth* MedR 2016, 4 (6f.); *Möller* FS Dahm, 2017, 307ff.; zu den Änderungen durch das TSVG vom 6.5.2019, BGBl. I 646 *Ladurner* MedR 2019, 519ff.

⁵⁷ www.bundesgesundheitsministerium.de/themen/krankenversicherung/ambulante-versorgung/medizinische-versorgungszentren.html (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021). Das frühere Kriterium „fachübergreifend“ ist mit Inkrafttreten des GKV-VSG zum 23.7.2015 entfallen, seither sind auch „fachgleiche“ MVZ zulässig.

⁵⁸ Ende des Jahres 2018 gab es 3.173 MVZ (ggü. 2.821 Ende 2017, Anstieg um 12,5%) mit insgesamt 19.740 tätigen Ärzten, davon 1.638 Vertragsärzte und 18.101 angestellte Ärzte, in 42% waren Krankenhäuser an der Trägerschaft beteiligt, s. MVZ-Survey der KBV, abrufbar unter https://www.bmvz.de/wp-content/uploads/2019/12/mvz_aktuell-2018.pdf (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021).

⁵⁹ Anschaulich *Wenner* FS Dahm, 2017, 517 (527ff.). Nach BSGE 121, 143 = MedR 2016, 1006 können MVZ Vertragsarztsitze nicht mehr aufkaufen und so die Nachbesetzung durch die KV umgehen, vielmehr muss der Arzt mindestens drei Jahre lang im MVZ als Angestellter arbeiten, bevor sein Arbeitgeber über die Stelle verfügen kann; krit. Anm von *Willaschek* MedR 2016, 1011ff.; krit. zur arbeitsrechtlichen Umsetzbarkeit *Preis* GesR 2018, 75ff.; dazu *Wenner* FS Preis, 2021, 1457ff.; grds. zu Koordinationskonflikten zwischen Arbeits- und Sozialrecht *Preis* NZA 2000, 914ff.

⁶⁰ *Wenner* FS Dahm, 2017, 517 (530f.). Fremdinvestoren gehören zwar nicht zum Kreis der Gründungsberechtigten, können sich aber über den Umweg des Kaufs einer Klinik oder Dialyseinrichtung, die ihrerseits unter den Kreis der gemäß § 95 Abs. 1 a SGB V Gründungsberechtigten fallen, zum MVZ-Betreiber aufschwingen.

⁶¹ So die Kritik ua des BZÄK-Präsidenten *Peter Engel* im Jahr 2018, Pressemitteilung BZÄK, KZBV und DGZMK vom 9.11.2018, abrufbar unter www.kzbv.de/pressemitteilung-vom-9-11-

niedergelassener Facharztpraxen infolge des „Eindringens“ von Managementgesellschaften, privaten Klinikträgern und Krankenhäusern in den ambulanten Versorgungsmarkt. MVZ werden von Finanzinvestoren vor allem in Großstädten und Ballungsgebieten eingerichtet, also in der Regel in einkommenstarken Regionen. Das führe zu einer Unterversorgung in ländlichen und strukturschwachen Gebieten und gefährde die Sicherstellung der flächendeckenden und wohnortnahen Versorgung und das Recht auf freie Arztwahl der Patienten.⁶²

4. Logik der Ökonomie versus ärztliche Logik

Vor diesem Hintergrund lassen sich die Probleme des aktuellen Wandels in der Ärzteschaft erahnen. Zwar ist die Freiheit der Berufsausübung in einem abhängigen Anstellungsverhältnis nicht per se eingeschränkt, sondern von Rechts wegen ebenso wie dem selbständigen Arzt garantiert, „aber wenn wir natürlich nur noch angestellte Strukturen haben, dann kann man sich schon vorstellen, dass hier Einflussnahmen stattfinden, die in einem heterogenen System mit vielen individuell tätigen Kollegen nicht der Fall sind“.⁶³ Die Wahrnehmung und verantwortungsbewusste Ausübung der Therapiefreiheit ganz im Interesse des Patienten kann für den angestellten Arzt schwierig werden, der im Dienste eines Arbeitgebers steht, dem es um die Maximierung von Gewinnen und die Erzielung höchster Rendite geht.⁶⁴ Die oftmals wichtige zeit- und personalintensive Beziehungsarbeit lohnt sich nicht für Investoren. Medizin aber ist soziale Praxis, ist Daseinsvorsorge, kein Betrieb.⁶⁵ Medizin kann und darf nicht ausschließlich gewinnorientiert sein, deshalb ist die Kommerzialisierung des Gesundheitswesens eine verhängnisvolle Entwicklung. Gewarnt wird: „Viele Ärzte, vor allem Ärzte in Leitungsfunktionen merken schon nicht mehr, wie sehr sie durch das System umprogrammiert worden sind. Sie geben dem wirtschaftlichen Druck nach und machen „Zug um Zug die eigentlich fremde Logik der Ökonomie zu ihrer eigenen Logik“. Dabei glauben viele, zum Wohle ihrer Klinik so handeln zu müssen.“⁶⁶ Doch darf nicht die betriebliche Logik ständiger Produktivitätssteigerung das Handeln von Ärzten bestimmen, sie müssen von der „Sorgelogik“ geleitet sein.⁶⁷ „In dem Augenblick, in dem Fürsorge dem Profit dient, hat sie die wahre Fürsorge verloren.“⁶⁸

2018.1260.de.html (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021). *Knieps/Amelung* G+S 2010, 17 (20) bezeichnen solche Kritik aus den Reihen der (Zahn-)Ärzeschaft als interessengeleitet, es gehe um Besitzstandswahrung, die ärztliche Einzelpraxis stehe unter ebenso großem Wirtschaftlichkeitsdruck.

⁶² So die Kritik ua des Vorstandsvorsitzenden der KZBV *Wolfgang Eßer* im Jahr 2018, Pressemitteilung BZÄK, KZBV und DGZMK vom 9.11.2018, abrufbar unter www.kzbv.de/pressemitteilung-vom-9-11-2018.1260.de.html (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021); s. auch KZBV-Justitiar *Zimmermann* MedR 2018, 662 (666). Kettenartig dimensionierte MVZ sucht BSG NZS 2019, 101 mAnm *Chandna-Hoppe* = MedR 2019, 325 mAnm *Hoßbach* zu verhindern, indem es entschied, dass MVZ keine weiteren MVZ gründen dürfen, da der Gesetzgeber die möglichen Gründe in § 95 Abs. 1 a S. 1 SGB V abschließend festgelegt hat.

⁶³ So der Vorstandsvorsitzende der KBV *Andreas Gassen*, zit. nach *aerzteblatt* vom 19.3.2015, abrufbar unter www.aerzteblatt.de/nachrichten/62213/Warum-die-aerztliche-Freiberuflichkeit-so-wichtig-ist (zuletzt aufgerufen am 24.1.2021).

⁶⁴ *Gassen*, zit. nach *aerzteblatt* vom 19.3.2015: „Wir sehen die Freiberuflichkeit gefährdet, wenn es Veränderungen hin zu einem eher gelenkten System gibt, weil die individuelle Therapieentscheidung dann stark eingeschränkt werden kann“; s. auch *Spickhoff/Scholz*, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, § 23 MBO-Ä Rn. 1.

⁶⁵ *Igl FS Hart*, 2020, 247 (251), spricht von einer oft verkannten Eindeutigkeit, dass dem Staat, nicht dem Marktgeschehen, die Sorge um den Gesundheitsschutz der Bevölkerung und der Patienten obliegt.

⁶⁶ *Maio*, *Geschäftsmodell Gesundheit*, 2014, S. 26 ff.

⁶⁷ *Maio*, zit. nach *ÄrzteZeitung* vom 6.11.2019.

⁶⁸ *Bernard Lown*, *The Lost Art of Healing*, 1996; dt. Übersetzung: *Die verlorene Kunst des Heilens*. Anstiftung zum Umdenken, Vorwort, VIII; zust. etwa *Wolfgang Huber*, *Der Mensch im Mit-*

VI. Fazit

Das wettbewerbsorientierte Gesundheitswesen der Bundesrepublik ist in der Vergangenheit viel gelobt und gepriesen worden. Immer wieder wird betont, die medizinische Versorgung durch freiberufliche Ärzte sei effizienter und leistungsfähiger als in staatlichen Gesundheitssystemen mit angestellten Medizinerinnen. Die Überlegenheit des auf Freiberuflichkeit gründenden Systems wird aber zweifelhaft, wenn immer mehr Ärzte bei versorgungsfremden, gewinnorientierten Investoren angestellt sind, wenn Unabhängigkeit, Eigenverantwortung und Altruismus der Berufstätigen schwinden.

Der Gesetzgeber ist aufgerufen, die Berufsausübung als Vertragsarzt in eigener Praxis nicht weiter zu erschweren, sondern die Rahmenbedingungen freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit zu verbessern. In diesem Sinne hat der 122. Deutsche Ärztetag im Mai 2019 die Bundesregierung aufgefordert, konkrete Gesetzesmaßnahmen zu ergreifen, um die zunehmende Kommerzialisierung im Gesundheitswesen zu stoppen.⁶⁹ Der Verlust von Angebotsvielfalt sowohl im ambulanten als auch im stationären Sektor schränke die freie Arzt- und Krankenhauswahl zu Ungunsten der Patienten ein. Der vielfach geforderte und angestrebte faire Wettbewerb mit dem Vergleich von Qualität, Preisen und Leistungen könne somit nicht mehr stattfinden. „Das schadet allen: Patienten, Ärzten und Kostenträgern“, so der Ärztetag.⁷⁰ Die Abgeordneten haben ihre Kritik an der fortschreitenden Übernahme ambulanter Versorgungsstrukturen durch Fremdinvestoren bekräftigt. Diese Entwicklung gefährde ärztliche Unabhängigkeit und damit die Patientensicherheit.⁷¹ Die mit dem Terminservice- und Versorgungsgesetz vorgenommenen Neuregelungen in diesem Bereich⁷² reichen nach Auffassung des Arztparlaments nicht aus, um die freiberuflichen Strukturen gegen eine zunehmende Kommerzialisierung zu verteidigen. Notwendig sei es, Regeln für juristische Personen des Privatrechts in der ambulanten ärztlichen Versorgung zu schaffen, „die ordnenden Charakter haben“.⁷³ Es gelte, die Trennung von freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeit zu erhalten. Der Ärztetag fordert, dass die selbstständige oder angestellte ärztliche Tätigkeit in juristischen Personen des Privatrechts nur zulässig sein darf, wenn Gegenstand des Unternehmens die ausschließliche Wahrnehmung heilkundlicher Tätigkeiten ist und die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte Ärzten zustehen, die in der Patientenversorgung tätig sind. Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge sind zu untersagen.⁷⁴

Es geht darum, den Schutz der ärztlichen Freiberuflichkeit im Interesse des Gemeinwohls nachhaltiger als bisher einzufordern. Auch wenn sich aus dem soziologischen Begriff keine

telpunkt, *Med Klin Intensivmed Notfmed* 2012 (107), 464 (467); *Maio*, Geschäftsmodell Gesundheit, 2014.

⁶⁹ 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 84.

⁷⁰ 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 32.

⁷¹ 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 48.

⁷² Nach dem TSVG vom 6.5.2019, BGBl. I 646, ist die Gründungsbefugnis von Krankenhäusern für zahnmedizinische Versorgungszentren (Z-MVZ) abhängig von der Wahrung bestimmter Versorgungsanteile, die durch die von einem Krankenhaus gegründeten oder betriebenen MVZ noch maximal erreicht werden dürfen. Diese Anteile richten sich prozentual gestaffelt nach dem Versorgungsgrad des jeweiligen Planungsbereichs.

⁷³ 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 48. *Kämmerer/Kleiner MedR* 2020, 531 ff. schlagen punktuelle Verbesserungen vor „statt das Anschieben eines einzigen großen Rads“.

⁷⁴ 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 48. Zuvor wurde in einem Grundsatzbeschluss gefordert, zu prüfen, die Größe und den Versorgungsumfang von MVZ zu begrenzen und die MVZ-Gründung durch Krankenhäuser an einen fachlichen und räumlichen Bezug zum Versorgungsauftrag zu koppeln. Auch sollten Anträge auf Zulassung sowie auf Anstellung eines Arztes dann abgelehnt werden, wenn das MVZ eine marktbeherrschende Stellung erlangt.

normativen Vorgaben gewinnen lassen, so gilt es zu bedenken, dass „Freie Berufe“ individuelle Freiheiten oftmals stellvertretend für andere in Anspruch nehmen, weshalb man sie als „Statthalter der Freiheit“ bezeichnet und den Umfang des ihnen gewährten Freiraumes als Gradmesser der rechtsstaatlichen, die Menschenrechte des Individuums anerkennenden Politik und Verfassung eines Staates angesehen hat.⁷⁵ Selbständigkeitsverluste sind gesellschaftlich dysfunktional, das freiheitliche Gesundheitswesen der Bundesrepublik kann sich vielmehr in der EU nur behaupten und den Freiheitsschutz des Bürgers garantieren, wenn und soweit der Freie Beruf des Arztes in seiner Gesamtfunktion nachhaltig gestärkt wird.⁷⁶

Bessere Rahmenbedingungen freiberuflicher ärztlicher Tätigkeit verbürgen allerdings noch nicht die qualitativ hochwertige Gesundheitsversorgung, dazu bedarf es vielmehr auch Ärzte, die bereit sind, die ihnen gewährte Freiheit verantwortungsbewusst im Dienste ihrer Patienten auszufüllen, statt in Sicherheitsdenken defensiv zu agieren,⁷⁷ die nicht nach Prestige und Profit streben,⁷⁸ sondern von naturwissenschaftlicher Erkenntnis und Nächstenliebe geleitet sich vertrauensvoll und uneingeschränkt ihren Patienten zuwenden, die ihren Beruf nach ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit ausüben.

Wenn Politik und Ärzteschaft sich gewahr sind, „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“,⁷⁹ dann steht möglicherweise „der Freiberuflichkeit des Arztes ein zweiter Frühling bevor“.⁸⁰

⁷⁵ Deneke, Die freien Berufe, 1956, S. 345ff.; Fleischmann, Freie Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 174f.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 1, mit Verweis auf BT-Plenarprotokoll 8/220, S. 17778 (D), sowie Beschlussempfehlung BT-Drs. 8/4154, 2f. Nr. I 2 und 7.

⁷⁶ Pitschas FS Boujong, 1996, 611 (632); für den freien Beruf des Rechtsanwalts s. Henssler AnwBl 2008, 721 ff.; Stürner/Bormann NJW 2004, 1481 ff.

⁷⁷ S. sub V. 1. und IV.: Therapiefreiheit als „fremdnütziges“ Recht.

⁷⁸ § 1 Abs. 2 BÄO bestimmt, dass der ärztliche Beruf „kein Gewerbe“, das heißt nicht ausschließlich gewinnorientierte Tätigkeit ist. Das schließt eine unternehmerische Zielsetzung des „Freiberuflers“ nicht aus, ja setzt sie geradezu voraus, ordnet aber den normativen Vorrang der Berufspflicht des § 1 Abs. 1 BÄO an, vgl. Laufs/Katzenmeier/Lipp/Lipp, Arztrecht, 8. Aufl. 2021, Kap. II Rn. 4; eingehend Voigt, Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL) im Rechtsverhältnis von Arzt und Patient, 2013.

⁷⁹ Gesundheitspolitische Leitsätze der deutschen Ärzteschaft, niedergelegt im „Ulmer Papier“, Beschluss des 111. Deutschen Ärztetages 2008, Prolog; seither mehrfach wiederholt, s. etwa 122. Deutscher Ärztetag 2019, Beschlussprotokoll TOP I b – 33; wiederholt mahnend Laufs, s. Katzenmeier MedR 2015, 753 (755); nachdrücklich auch Katzenmeier/Bergdolt/Maio, Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, 2009, 21 ff.; Maio, Geschäftsmodell Gesundheit, 2014.

⁸⁰ Preis MedR 2010, 139 (149).