

Sebastian Krekeler

# Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung

Verfassungsrechtliche Grenzen  
des ärztlichen Berufsrechts



**Nomos**

**Schriften zum Bio-, Gesundheits- und Medizinrecht**

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Marion Albers  
Prof. Dr. Ivo Appel  
Prof. Dr. Ulrich M. Gassner  
Prof. Dr. Henning Rosenau

**Band 46**

Sebastian Krekeler

# Berufsordnungen im Rahmen der Verfassung

Verfassungsrechtliche Grenzen  
des ärztlichen Berufsrechts



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Münster, Univ., Diss., 2021

ISBN 978-3-8487-8306-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2696-2 (ePDF)

## **D 6**

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Für Carolin*



## 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 Kondominalverwaltung	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

*Inhaltsverzeichnis*

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 Rechtslage: (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

*Inhaltsverzeichnis*

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) Ärztliches 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 Teilvervolklegitimation mit der Einrichtung der Staatsaufsicht	245
(e)	Abgrenzung zum Modell der autonomen Legitimation	246
(f)	Ergebnis der Betrachtung der Kritik am Modell der Teilvervolklegitimation	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

*Inhaltsverzeichnis*

(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 Grundrechtsberührung	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 Grundrechtssphären	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

*Inhaltsverzeichnis*

d) Grundrechte	387
aa) Eingriffsrechtfertigung 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) Eingriffsrechtfertigung 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

*Inhaltsverzeichnis*

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



## Vorwort

Die vorliegende Arbeit entstand im Zeitraum vom Mai 2018 bis zum Juli 2020 und damit in einer Zeit, in der die Normierungsgeschwindigkeit innerhalb des ärztlichen Berufsrechts deutlich an Geschwindigkeit aufgenommen hat. Die in diesen Zeitraum fallenden Änderungen wurden berücksichtigt. Spätere Entwicklungen und Veröffentlichungen konnten dagegen nur noch in Teilen Berücksichtigung finden.

Mein herzlicher Dank gilt meinem Betreuer, Herrn Prof. Dr. Gutmann, der durch seine fachübergreifenden Vorlesungen und Seminare mein Interesse am Medizinrecht endgültig geweckt hat und mich auch über die Betreuung dieser Arbeit hinaus gefördert hat. Ferner möchte ich Herrn Professor Dr. Sydow für die Übernahme und rasche Durchführung der Zweitbegutachtung danken. Auch allen weiteren Personen, die zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen haben, möchte ich danken. Mein Dank gilt insbesondere Jana Becker, Nicholas Otto und Tom Lüxmann, die mich ab dem ersten Tag des Studiums begleiteten und durch anregende Diskussionen und unermüdliches Korrekturlesen zu dieser Arbeit beigetragen haben. Meinen Eltern Dr. Elisabeth Nadler-Krekeler und Markus Krekeler möchte ich für die stetige Unterstützung danken, ohne die diese Promotion nicht möglich gewesen wäre. Auch meiner Schwester Anna Krekeler und meinen Schwiegereltern Volker und Sabine Schneider gilt meine Dankbarkeit für die wertvollen Korrekturen und Gespräche.

Zu guter Letzt gilt mein Dank meiner Frau, Dr. Carolin Krekeler, die mich – nicht nur - bei diesem Projekt auf vielfache Art begleitet, unterstützt und motiviert hat. Ihr soll diese Arbeit daher gewidmet sein.

Münster, im April 2021

*Sebastian Krekeler*