

Falltraining

Spickhoff / Deuring (Hrsg.)

# Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht



C.F. Müller

CFM

Jura auf den  gebracht

# **Fälle zum Medizin- und Gesundheitsrecht**

von

**Andreas Spickhoff**

und

**Silvia Deuring**



**C.F. Müller**

[www.cfmueller.de](http://www.cfmueller.de)

## **Autoren**

*Prof. Dr. Andreas Spickhoff*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht, Leiter der Forschungsstelle für Medizinrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

*Dr. Silvia Deuring*, akad. Rätin a. Z., Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Medizinrecht, Forschungsstelle für Medizinrecht, Juristische Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München

# Impressum

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

ISBN 978-3-8114-8739-0

E-Mail: [kundenservice@cfmueller.de](mailto:kundenservice@cfmueller.de)

Telefon: +49 6221 1859 599

Telefax: +49 6221 1859 598

[www.cfmueller.de](http://www.cfmueller.de)

© 2022 C.F. Müller GmbH, Waldhofer Straße 100, 69123 Heidelberg

## **Hinweis des Verlages zum Urheberrecht und Digitalen Rechtemanagement (DRM)**

Dieses Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Der Verlag räumt Ihnen mit dem Kauf des e-Books das Recht ein, die Inhalte im Rahmen des geltenden Urheberrechts zu nutzen.

Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für

Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Der Verlag schützt seine e-Books vor Missbrauch des Urheberrechts durch ein digitales Rechtemanagement. Angaben zu diesem DRM finden Sie auf den Seiten der jeweiligen Anbieter.

# **Vorwort**

Nach der Introduktion des Schwerpunktstudiums in die juristische Ausbildung und das Staatsexamen ist aus dem Kreis der Studierenden vielfach der Wunsch nach einer Sammlung von Fällen und Lösungen im Medizinrecht zur Vorbereitung auf schriftliche oder mündliche Prüfungen geäußert worden. Die Zahl der Fakultäten mit entsprechend ausgerichteten Schwer- oder Unterschwerpunkten steigt beständig (derzeit u.W.: Augsburg, Bayreuth, Bremen, Düsseldorf, Göttingen, Greifswald, Halle a. S., Hannover, Heidelberg, Kiel, Köln, Mannheim, Marburg, München, Regensburg). Hinzu tritt, dass sich nicht selten auch in Klausuren und mündlichen Prüfungen im Zivil-, Straf- und Öffentlichen Recht der Ersten Juristischen Staatsprüfung Bezüge zum Medizinrecht finden.

Die hier vorgelegte Sammlung von Fällen zum Medizinrecht soll diesem Anliegen Rechnung tragen. Sie richtet sich in erster Linie an Studierende der Rechtswissenschaften zur Vorbereitung auf Prüfungen im Schwerpunktstudium und Staatsexamen, gern aber auch an Leser, die an der Exemplifizierung des Medizinrechts im konkreten Sachverhalt interessiert sind. Die ausgewählten Fälle und Lösungen weisen regelmäßig Bezüge zum klassischen Staatsexamens-Pflichtstoff auf, dienen doch auch die Schwerpunktbereiche der Ergänzung des Studiums und der Vertiefung der mit ihnen zusammenhängenden Pflichtfächer (§ 5 Abs. 2 S. 4 DRiG). Gerade das Medizinrecht, das alle großen und examensrelevanten Rechtsgebiete erfasst, erscheint als besonders geeignet für eine Art besonderes „Zwischenrepetitorium“ vor der Staatsprüfung in den Pflichtfächern im 5. bis 7. Semester des

rechtswissenschaftlichen Studiums. Darüber hinaus werden natürlich auch Rechtsgebiete angesprochen, die über den herkömmlichen Pflichtstoff in Juristischen Staatsprüfungen hinausreichen, also im engeren Sinne dem Schwerpunktstudium zuzurechnen sind. Die Beherrschung solcher besonderen Materien des Medizinrechts kann je nach Ausrichtung der Schwerpunkte zwar in entsprechenden Prüfungen, nicht aber im engeren Pflichtstoff-Staatsexamen erwartet werden. Im Bereich der staatlichen Pflichtfachprüfung wären ggf. die einschlägigen speziellen Normen in der Aufgabenstellung zu benennen, weil insoweit nicht mehr (aber auch nicht weniger) als eine methodisch generell fundierte Rechtsanwendung erwartet werden darf (z. B. § 11 Abs. 1 S. 2 JAG NRW, § 18 Abs. 1 S. 2 Bay JAPO). Über all dem steht ohnedies der Grundsatz, dass die Juristischen Prüfungen auf eine Erfassung und Anwendung des Rechts „mit Verständnis“ auszurichten sind (z. B. § 2 Abs. 2 JAG NRW, § 16 Abs. 1 S. 3 Bay JAPO).

Die Fälle und Lösungen speisen sich in der Regel aus Entscheidungen der Rechtsprechung, die im rege nachgefragten Schwerpunktbereichsstudium Medizinrecht an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität teils als fünfstündige Schwerpunkt-Examensklausuren gestellt, teils als Fälle in Tutorien, Übungen oder Examinatorien zum Medizinrecht besprochen worden sind. Das Medizinrecht als Querschnittsmaterie überschreitet die herkömmlichen Grenzen der „Säulen“ von Zivil-, Straf- und Öffentlichem Recht und berührt obendrein nicht selten das (private wie gesetzliche) Krankenversicherungs- und Sozialversicherungsrecht. Diesem Charakter tragen die Fälle Rechnung. Wie in der Rechtswirklichkeit und dementsprechend auch im

(Münchener) Schwerpunktexamens berühren sie typischerweise mehr als ein Rechtsgebiet, oft in Form von Verzahnungen. Den wissenschaftlichen Schwerpunkten der Herausgeber und der Examenspraxis in München ist freilich ein gewisser Akzent im Zivilrecht geschuldet. Auch deshalb ist die Fallsammlung als solche dem „Medizinrecht“ und (bei aller Undeutlichkeit der Abgrenzung) nicht dem – vielleicht eher öffentlichen – Gesundheitsrecht gewidmet, obgleich wir auch Sachverhalte und Fragestellungen mit primärem Bezug zum öffentlichen (Biomedizin-) Recht und dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherungsrecht aufgenommen haben.

Unser Dank gilt allen am Münchener Schwerpunkt Medizinrecht beteiligten Kolleginnen und Kollegen, nicht zuletzt auch denen, die (wie Jens *Kersten* und Matthias *Krüger*) zugunsten unserer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter auf eine förmliche Nennung als Autoren im Bearbeiterverzeichnis (S. VII) verzichtet haben. Anregungen, Ergänzungs- und Verbesserungsvorschläge aus dem Kreis der Leser nehmen wir dankbar und gern entgegen.

München, im September 2021

*Andreas Spickhoff*

*Silvia Deuring*

# Bearbeiterverzeichnis

Fall 1 -	Ärztliche Werbung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 2 -	Ärztliche Approbation	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 3 -	Der Scheinkassenpatient	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall 4 -	Wahlleistungsvereinbarung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 5 -	Einwilligung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall 6 -	Übernahmeverschulden	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall 7 -	Aufklärung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 8 -	Folgenschwere Akupunktur	Dr. Jonas Siglmüller
Fall 9 -	Die minderjährige Patientin	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall	Die Schönheitsoperation	Überarbeitet von Dr.

10 -		Silvia Deuring
Fall 11 -	Apothekerhaftung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall 12 -	Arzneimittelhaftung	Kristin Ullrich/Dr. Jonas Siglmüller/Dr. Silvia Deuring
Fall 13 -	Medizinproduktehaftung	Dr. Silvia Deuring/Benedikt Kart
Fall 14 -	Die Lebendnierenspende	Prof. Dr. Andreas Spickhoff/Dr. Jonas Siglmüller Frage 3: Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)
Fall 15 -	Ärztlicher Ersthelfer	Dr. Jonas Siglmüller/Prof. Dr. Andreas Spickhoff/Dr. Silvia Deuring
Fall 16 -	„Wrongful life“	Dr. Silvia Deuring/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 17 -	Ärztliches Handeln am Lebensende	Dr. Silvia Deuring/Dr. Jonas Siglmüller
Fall 18 -	Ärztliche Sterbebegleitung	Prof. Dr. Frank Saliger
Fall 19 -	Homologe In-vitro-Fertilisation	Prof. Dr. Andreas Spickhoff/Dr. Silvia

		Deuring
Fall 20 -	Klonierung	Prof. Dr. Andreas Spickhoff/Dr. Silvia Deuring
Fall 21 -	Novellierung des Stammzellgesetzes	Überarbeitet von Dr. Silvia Deuring
Fall 22 -	Abrechnungsbetrug	Prof. Dr. Andreas Spickhoff/Amelie Ebner

# **Inhaltsverzeichnis**

*Vorwort*

*Bearbeiterverzeichnis*

**Fall 1 Ärztliche Werbung**

Lösung zu Fall 1 - Ärztliche Werbung

**Fall 2 Ärztliche Approbation**

Lösung zu Fall 2 - Ärztliche Approbation

**Fall 3 Der Scheinkassenpatient**

Lösung zu Fall 3 - Der Scheinkassenpatient

**Fall 4 Wahlleistungsvereinbarung**

Lösung zu Fall 4 - Wahlleistungsvereinbarung

**Fall 5 Einwilligung**

Lösung zu Fall 5 - Einwilligung

**Fall 6 Übernahmeverschulden**

Lösung zu Fall 6 - Übernahmeverschulden

**Fall 7 Aufklärung**

Lösung zu Fall 7 - Aufklärung

**Fall 8 Folgenschwere Akupunktur**

Lösung zu Fall 8 - Folgenschwere Akupunktur

**Fall 9 Die minderjährige Patientin**

Lösung zu Fall 9 - Die minderjährige Patientin

**Fall 10 Die Schönheitsoperation**

Lösung zu Fall 10 - Die Schönheitsoperation

**Fall 11 Apothekerhaftung**

Lösung zu Fall 11 - Apothekerhaftung

**Fall 12 Arzneimittelhaftung**

Lösung zu Fall 12 - Arzneimittelhaftung

**Fall 13 Medizinproduktehaftung**

Lösung zu Fall 13 – Medizinproduktehaftung

[\*\*Fall 14 Die Lebendnierenspende\*\*](#)

Lösung zu Fall 14 – Die Lebendnierenspende

[\*\*Fall 15 Ärztlicher Ersthelfer\*\*](#)

Lösung zu Fall 15 – Ärztlicher Ersthelfer

[\*\*Fall 16 „Wrongful life“\*\*](#)

Lösung zu Fall 16 – „Wrongful life“

[\*\*Fall 17 Ärztliches Handeln am Lebensende\*\*](#)

Lösung zu Fall 17 – Ärztliches Handeln am Lebensende

[\*\*Fall 18 Ärztliche Sterbebegleitung\*\*](#)

Lösung zu Fall 18 – Ärztliche Sterbebegleitung

[\*\*Fall 19 Homologe In-vitro-Fertilisation\*\*](#)

Lösung zu Fall 19 – Homologe In-vitro-Fertilisation

[\*\*Fall 20 Klonierung\*\*](#)

Lösung zu Fall 20 – Klonierung

[\*\*Fall 21 Novellierung des Stammzellgesetzes\*\*](#)

Lösung zu Fall 21 – Novellierung des Stammzellgesetzes

[\*\*Fall 22 Abrechnungsbetrug\*\*](#)

Lösung zu Fall 22 – Abrechnungsbetrug

[\*\*Stichwortverzeichnis\*\*](#)

# Fall 1 Ärztliche Werbung

(BVerfG (3. Kammer des Ersten Senats), Beschl. v. 13.7.2005 – 1 BvR 191/05)

Der Facharzt für Orthopädie A betreibt in einer auf Wirbelsäulenorthopädie spezialisierten Privatklinik in München eine Einzelpraxis ohne Kassenzulassung. Er verfügt hierbei über Belegbetten in jener Klinik. Ferner ist er Gesellschafter und Geschäftsführer der Klinik.

Im November 2015 erscheinen in der Tagespresse zwei Werbeanzeigen über die ärztliche Tätigkeit des A sowie ein Interview mit ihm. Im Interview beschreibt er in erster Linie eine von ihm neu eingeführte, minimalinvasive Operationsmethode bei Wirbelsäulenleiden und deren Erfolge. Auch gibt das Interview u.a. folgende Aussage des Orthopäden wieder: „Oft sind die Patienten bereits im Rollstuhl [...], haben lange Leidenswege hinter sich. Wenn sie dann am Tag nach der OP gesund und munter auf ihren Beinen stehen, mich glücklich anstrahlen und mit der Assistentin ein Tänzchen wagen, dann sind das bewegende Momente.“ Des Weiteren wird A als „die unangefochtene Nr. 1 für Bandscheibenvorfälle [...] mit einer sensationellen Erfolgsquote“ und seine Operationsmethode als „die sanfteste Bandscheibenoperation der Welt“ bezeichnet. Das veröffentlichte Interview wurde dabei zuvor von einer eigens für Werbefragen eingestellten Mitarbeiterin des A gegengelesen und freigegeben. Die Werbeanzeigen wurden durch eine Werbeagentur erstellt.

Das zuständige Berufsgericht für die *Heilberufe* erblickt in den drei Darstellungen einen zumindest fahrlässigen Verstoß gegen das Werbeverbot nach § 27 Abs. 3 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BO)<sup>[1]</sup>, der auf Art. 19

Nr. 7 des Bayerischen Heilberufe-Kammergegesetzes (BayHKaG)<sup>[2]</sup> beruht. Es folgt die Verurteilung des A zur Zahlung einer Geldbuße in Höhe von 10 000 EUR.

Gegen diese Entscheidung des Berufsgerichts für die Heilberufe bei dem Oberlandesgericht München legt A Berufung beim Bayerischen Landesberufsgericht für die Heilberufe ein. Das Landesberufsgericht hält die Berufung jedoch für unbegründet, da Art. 27 Abs. 3 BO dem Arzt jede berufswidrige Werbung verbiete. Alle drei Veröffentlichungen verstießen – in den genannten Passagen – gegen dieses Verbot. Dahinstehen könne, ob es sich hierbei um Werbung für die Klinik oder A selbst handele, da auch eine Klinik die Leistungen der für sie tätigen Ärzte nicht anpreisend bewerben dürfe.

A sieht sich insbesondere durch die letztgenannte Entscheidung in seinen Grundrechten verletzt. Die in Frage stehenden Texte seien nicht als seine eigene berufliche Werbung, sondern als Klinikwerbung zu qualifizieren. Selbst wenn man davon ausgeinge, er habe selbst als Arzt Werbung betrieben, so sei die erfolgte Sanktion nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Die vermeintliche Werbung sei nicht selbstanpreisend oder gar marktschreierisch, vielmehr stehe in den fraglichen Veröffentlichungen die Information bezüglich einer neuen, von A betriebenen Operationsmethode im Vordergrund. Die Gesamtaussage der Veröffentlichungen entspreche somit – ungeachtet der durch Gerichte herausgegriffenen Passagen – dem Grundsatz der Sachlichkeit. Ferner ließen sich emotional gefärbte Aussagen als bloße „Sympathiewerbung“ verstehen.

A erhebt vor diesem Hintergrund frist- und formgerecht Verfassungsbeschwerde beim Bundesverfassungsgericht.

## **Hat das Vorgehen des A Aussicht auf Erfolg?**

(Zu prüfen ist allein am Maßstab des Art. 12 GG. Von der Verfassungsmäßigkeit von Art. 19 Nr. 7 BayHKaG ist auszugehen.)

## **§ 27 Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (BO):**

(1) Zweck der nachstehenden Vorschriften der Berufsordnung ist die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer dem Selbstverständnis des Arztes zuwiderlaufenden Kommerzialisierung des Arztberufs.

(2) Auf dieser Grundlage sind dem Arzt sachliche berufsbezogene Informationen gestattet.

(3) Berufswidrige Werbung ist dem Arzt untersagt. Berufswidrig ist insbesondere eine nach Inhalt oder Form anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Der Arzt darf eine solche Werbung durch andere weder veranlassen noch dulden. Eine Werbung für eigene oder fremde gewerbliche Tätigkeiten oder Produkte in Zusammenhang mit der ärztlichen Tätigkeit ist unzulässig. Werbeverbote aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen bleiben unberührt.

[...]

## **Art. 19 Nr. 7 BayHKaG:**

Die Berufsordnung kann weitere Vorschriften über Berufspflichten im Rahmen des Art. 17 enthalten, insbesondere über [...]

7. das Ausmaß des Verbots oder der Beschränkung der

Werbung [...]

## **Lösung zu Fall 1 - Ärztliche Werbung**

<b>A. Zulässigkeit</b>		
	I.	Zuständigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 BVerfGG
	II.	Beteiligtenfähigkeit
	III.	Beschwerdegegenstand
	IV.	Beschwerdebefugnis
	V.	Rechtswegerschöpfung
	VI.	Subsidiarität
	VII.	Form und Frist
	VIII.	Zwischenergebnis
<b>B. Begründetheit</b>		
	I.	Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG
	1.	Persönlicher Schutzbereich
	2.	Sachlicher Schutzbereich
	II.	Eingriff
	III.	Rechtfertigung

			1.	Schranke
			2.	Schranken-Schranke
			a)	Verfassungsmäßigkeit der einschränkenden Regelung
			aa)	Legitimer Zweck
			bb)	Geeignetheit
			cc)	Erforderlichkeit
			dd)	Verhältnismäßigkeit
			(1)	Anpreisende Werbung
			(2)	Irreführende Werbung
			(3)	Vergleichende Werbung
			ee)	Zwischenergebnis
			b)	Verfassungsmäßigkeit der auf der Regelung beruhenden Einzelmaßnahme
<b>C.</b>	<b>Ergebnis</b>			

Die Verfassungsbeschwerde des A hat Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

## **A. Zulässigkeit**

### **I. Zuständigkeit, Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 BVerfGG**

Das Bundesverfassungsgericht ist gem. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, §§ 13 Nr. 8a, 90 BVerfGG für Verfassungsbeschwerden zuständig.

## **II. Beteiligtenfähigkeit**

Beteiligtenfähig im Verfassungsbeschwerdeverfahren ist ausweislich Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG „jedermann“, also jeder Träger eines Grundrechts oder grundrechtsgleichen Rechts. Als natürliche Person ist A Träger von Grundrechten, mithin beschwerdefähig i.S.d. Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 BVerfGG.

## **III. Beschwerdegegenstand**

Beschwerdegegenstand kann nach Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 Abs. 1 GG jeder Akt öffentlicher Gewalt sein. Dies umfasst Akte der Exekutive, der Judikative und der Legislative. Tauglicher Beschwerdegegenstand sind die Entscheidung des Berufsgerichts für die Heilberufe und die Berufungsentscheidung. Bei einer Mehrheit möglicher judikativer Beschwerdegegenstände muss der Beschwerdeführer zumindest auch gegen die letztinstanzliche Entscheidung vorgehen. Darüber hinaus räumt das Bundesverfassungsgericht dem Beschwerdeführer die Möglichkeit ein, auch gegen vorinstanzliche Entscheidungen vorzugehen.<sup>[3]</sup> A sieht sich insbesondere durch die letztgenannte Entscheidung in seinen Grundrechten verletzt, machte insoweit von seinem Wahlrecht Gebrauch, sodass nur die Berufungsentscheidung Beschwerdegegenstand im Verfahren ist.

## **IV. Beschwerdebefugnis**

Beschwerdebefugt ist, wer hinreichend substantiiert behauptet, in eigenen Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten verletzt zu sein.<sup>[4]</sup> Ein ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit des A erscheint auf den ersten Blick zumindest möglich.

Ferner muss sich aus dem Vortrag des Beschwerdeführers die Möglichkeit einer eigenen, unmittelbaren und gegenwärtigen Betroffenheit ergeben.<sup>[5]</sup> Als Adressat der letztinstanzlichen Entscheidung ist A selbst betroffen. Die Entscheidung bedarf zur rechtlichen Wirksamkeit keines weiteren Umsetzungsakts, wirkt also unmittelbar. Auch hat die Beeinträchtigung schon begonnen bzw. steht unmittelbar bevor, ist also auch gegenwärtig.

A ist beschwerdebefugt.

## **V. Rechtswegerschöpfung**

Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden, § 90 Abs. 2 BVerfGG. Der Rechtsweg ist erschöpft, wenn der Beschwerdeführer von allen statthaften, nicht offensichtlich unzulässigen Rechtsbehelfen erfolglos Gebrauch gemacht hat.<sup>[6]</sup> A legte die gem. Art. 90 Abs. 1 BayHKG statthafte Berufung gegen die Entscheidung des Berufsgerichts für Heilberufe ein. Eine Revisionsinstanz sieht das BayHKG nicht vor. Der Rechtsweg ist erschöpft.

## **VI. Subsidiarität**

Über das in Art. 90 Abs. 2 S. 1 BVerfGG normierte Rechtswegerschöpfungsgebot hinaus entwickelte das Bundesverfassungsgericht das Subsidiaritätskriterium, wonach nicht nur ordnungsgemäß, sondern auch erfolglos

von allen gesetzlich geregelten Möglichkeiten des fachgerichtlichen Rechtsschutzes Gebrauch gemacht werden muss.<sup>[7]</sup> Es ist nicht ersichtlich, wie A sein Anliegen neben der Berufung weiterverfolgen hätte können. Das Kriterium der Subsidiarität ist erfüllt.

## **VII. Form und Frist**

Die Verfassungsbeschwerde müsste schriftlich, § 23 Abs. 1 S. 1 BVerfGG und begründet, § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG binnen eines Monats nach Zustellung der Entscheidung, § 93 Abs. 1 BVerfGG, eingereicht worden sein. Beide Erfordernisse sind hier erfüllt.

## **VIII. Zwischenergebnis**

Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig.

### **B. Begründetheit**

Die Verfassungsbeschwerde ist begründet, wenn der Beschwerdeführer durch das letztinstanzliche Urteil in einem seiner Grundrechte verletzt ist. In Betracht kommt ein nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Schutzbereich der Berufsfreiheit, Art. 12 GG.

Bei Urteilsverfassungsbeschwerden besteht jedoch ein eingeschränkter Prüfungsumfang.<sup>[8]</sup> Denn durch die Bindung von Richtern an Recht und Gesetz, Art. 20 Abs. 3 GG, liegt in jedem rechtswidrigen Urteil mit dem Gesetzes- auch ein Verfassungsverstoß vor. Wäre bereits dadurch eine Verfassungsbeschwerde begründet, würde das Bundesverfassungsgericht zur Superrevisionsinstanz. In ständiger Rechtsprechung nimmt das Bundesverfassungsgericht seinen Prüfungsumfang auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts zurück.<sup>[9]</sup>

Spezifisches Verfassungsrecht ist aber nicht schon dann verletzt, wenn eine Entscheidung, am einfachen Recht gemessen, objektiv fehlerhaft ist: Die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung der Gesetze und ihre Anwendung auf den einzelnen Fall sind allein Sache der dafür allgemein zuständigen Gerichte.<sup>[10]</sup> Der Fehler muss gerade in der Nichtbeachtung von Grundrechten liegen.<sup>[11]</sup> Das BVerfG prüft insbesondere, ob der Richter bei Auslegung und Anwendung der Normen die Grundrechte ausreichend beachtet hat,<sup>[12]</sup> d.h. ob entweder den Einfluss von Grundrechten gar nicht erkannt wurde<sup>[13]</sup> oder ob die Auslegung oder Anwendung des Rechts auf einer „grundsätzlich unrichtigen Anschauung von der Bedeutung eines Grundrechts insbesondere vom Umfang seines Schutzbereichs“ beruht.<sup>[14]</sup>

Hier könnte möglicherweise Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nicht oder nicht ausreichend gewürdigt worden sein.

## **I. Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG**

Zunächst müsste somit sowohl der persönliche als auch der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG eröffnet sein.

### **1. Persönlicher Schutzbereich**

Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG begrenzt den persönlichen Schutzbereich der Berufsfreiheit auf Deutsche. Deutscher im Sinne des Grundgesetzes ist u.a., wer die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, Art. 116 Abs. 1 GG. A ist als Deutscher vom Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG erfasst.

## 2. Sachlicher Schutzbereich

Als Beruf i.S.v. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG ist jede auf Dauer angelegte, der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung anzusehen, die nicht schlechthin gemeinschädlich ist.<sup>[15]</sup> Der Betrieb einer Privatklinik ist auf gewisse Dauer angelegt und dient der Erhaltung der Lebensgrundlage des A. Gemeinschädlich sind Tätigkeiten, die „schon ihrem Wesen nach als verboten anzusehen sind, weil sie aufgrund ihrer Sozial- und Gemeinschaftsschädlichkeit schlechthin nicht am Schutz durch das Grundrecht der Berufsfreiheit teilhaben können“<sup>[16]</sup>. Der Betrieb einer Privatklinik fällt nicht darunter.

Der einheitliche Schutzbereich der Berufsfreiheit erfasst die Gewährleistungsdimensionen Berufsausbildung, Berufs- und Arbeitsplatzwahl sowie Berufsausübung;<sup>[17]</sup> so stellt die Berufswahl den Beginn der beruflichen Tätigkeit und die Berufsausübung die (fortlaufende) Bestätigung der Berufswahl dar. Die Freiheit der Berufsausübung schließt im Weiteren jede Tätigkeit ein, die mit ihr zusammenhängt, soweit sie auf die Förderung des beruflichen Erfolges gerichtet ist.<sup>[18]</sup> Die vorliegenden Werbeanzeigen und das Interview sollten als Werbemaßnahmen den Betrieb der Privatklinik fördern. Die hierin liegende berufliche Außendarstellung unterfällt somit als berufsbezogene Tätigkeit dem Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.

## II. Eingriff

In den Schutzbereich des A müsste eingegriffen worden sein. Unter einem Eingriff wird nach dem modernen Eingriffsbegriß jedes staatliche Verhalten gefasst, das es

dem Einzelnen unmöglich macht oder jedenfalls nicht unerheblich erschwert, ein grundrechtlich geschütztes Verhalten auszuüben. Die Entscheidung des Berufungsgerichts macht es dem A unmöglich, sich in gewünschter Weise nach außen darzustellen. Damit liegt nach dem modernen Eingriffsbegriiff ein Eingriff in den Schutzbereich vor.

## **III. Rechtfertigung**

Der Eingriff könnte jedoch gerechtfertigt sein. Dies ist der Fall, wenn sich der Eingriff auf eine verfassungsmäßige Grundlage stützen kann, die auch im Einzelfall in verfassungsmäßiger Weise angewendet wurde.

### **1. Schranke**

Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sieht eine Einschränkungsmöglichkeit der Berufsfreiheit „durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes“ vor und stellt einen einfachen Gesetzesvorbehalt für das gesamte Grundrecht dar.[\[19\]](#) Eingriffe müssen jedenfalls auf ein (verfassungskonformes) formelles Gesetz rückführbar sein.

Vorliegend könnte das Verbot berufswidriger Werbung in § 27 Abs. 3 BO eine taugliche Schrankenregelung darstellen. Die Landesberufsordnungen der Ärzte werden auf Grundlage des Heilberufe-Kammergegesetzes von den Landesärztekammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung in funktionaler Selbstverwaltung erlassen.[\[20\]](#) Damit § 27 Abs. 3 BO als Eingriffsgrundlage in Betracht kommt, müsste aber dessen Grundlage, Art. 19 Nr. 7 BayHKaG, selbst verfassungskonform sein und insbesondere in zulässiger Weise den Ärztekammern einen entsprechenden

Normierungsauftrag erteilen. Das Bundesverfassungsgericht leitet aus dem Rechtsstaatsgebot und dem Demokratieprinzip ab, dass der Gesetzgeber jedenfalls die wesentlichen Entscheidungen zur Berufsausübung durch förmliches Gesetz selbst treffen muss.<sup>[21]</sup> Im Ergebnis regelt Art. 19 Nr. 7 BayHKaG<sup>[22]</sup> auf dieser Grundlage das Werbeverbot für Ärzte, indem der Landesgesetzgeber die weitere Ausgestaltung der Ärztekammer überlässt, in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise:<sup>[23]</sup> Im Einzelnen hängt die Frage, ob Berufsausübungsregelungen in Gestalt von Satzungen autonomer Berufsverbände durch Ermächtigung durch den Gesetzgeber zulässig sind, von der Intensität des damit verbundenen Grundrechtseingriffs ab. Der Gesetzgeber muss dabei „das zulässige Maß des Eingriffs in seiner Ermächtigung umso deutlicher selbst bestimmen, je empfindlicher [unter sinngemäßer Anwendung der zu Art. 12 GG entwickelten Stufentheorie] der Berufsangehörige in seiner freien beruflichen Tätigkeit beeinträchtigt wird und je stärker das Interesse der Allgemeinheit an der Art und Weise der Tätigkeit berührt wird.“<sup>[24]</sup> Das allgemeine Werbeverbot für Ärzte betrifft dabei lediglich die Art und Weise der Berufsausübung und ist damit bloße Folge der Entscheidung für den Arztberuf. Der Eingriff bewegt sich folglich auf der untersten Eingriffsstufe des Art. 12 Abs. 1 GG und somit handelt es sich um eine herkömmliche Beschränkung, die für eine eigenverantwortliche Ordnung durch Berufsverbände durchaus geeignet erscheint, zumal dem Arzt bestimmte Ankündigungen mit werbendem Charakter erlaubt bleiben. <sup>[25]</sup> Von dieser Ermächtigung machte die bayerische Ärztekammer in § 27 Abs. 3 BO Gebrauch, der im Ergebnis eine taugliche Schranke darstellt.

## **2. Schranken-Schranke**

### **a) Verfassungsmäßigkeit der einschränkenden Regelung**

Die Norm, auf die die Beschränkung des Schutzbereichs gestützt wird, muss selbst verfassungskonform sein.

#### **aa) Legitimer Zweck**

Die Norm muss einen legitimen Zweck verfolgen. Gem. § 27 Abs. 1 BO ist Zweck der Vorschriften über erlaubte sachliche Information und berufswidrige Werbung, insbesondere des § 27 Abs. 3 BO, die Gewährleistung des Patientenschutzes durch sachgerechte und angemessene Information und die Vermeidung einer Kommerzialisierung des Arztberufs. Das Vertrauen der Patienten darin, dass der Arzt aus medizinischer Notwendigkeit und nicht aus Gewinnstreben Untersuchungen vornimmt und Behandlungen vorsieht, soll erhalten bleiben.[\[26\]](#) Die Förderung dieses beruflichen Verantwortungsgefühls und des Vertrauens in den Berufsstand der Ärzte stellt einen legitimen Zweck dar.[\[27\]](#)

#### **bb) Geeignetheit**

Das Verbot anpreisender, irreführender oder vergleichender Werbung müsste auch geeignet sein, diesen Zweck zu erreichen. Geeignetheit ist gegeben, wenn die Maßnahme – das Werbeverbot – zur Erreichung des Zwecks zumindest beitragen kann. Bestimmte Formen von Werbung können tendenziell als unsachlich oder Streben nach Gewinn aufgenommen werden. Indem dies gänzlich verboten wird, kann das Vertrauen in die Ärzteschaft als Ganzes gesteigert werden.

## **cc) Erforderlichkeit**

Ferner müsste der verfolgte Zweck nicht durch ein anderes, den Grundrechtsträger weniger stark belastendes Mittel erreicht werden können. Der Eingriff müsste mithin erforderlich sein.

Grundsätzlich ist seit dem Apothekenurteil nach der Drei-Stufen-Lehre insoweit zwischen einer Beeinträchtigung der Berufsausübung einerseits und der Berufswahl andererseits zu differenzieren.[\[28\]](#) Während eine Berufsausübungsbeeinträchtigung lediglich einzelne Aspekte eines Berufs verbietet, also das „Wie“ betrifft, richtet sich eine Maßnahme gegen die Berufswahl gegen den Zugang zu dem Beruf, mithin das „Ob“ der Ausübung. Grundsätzlich ist auch ohne Werbetätigkeit die Ausübung des Arztberufs möglich, denn lange Zeit war Ärzten das Werben gänzlich verboten. Es liegt ein Fall einer Berufsausübungsbeschränkung vor. Diese ist im Gegensatz zu objektiver und subjektiver Berufswahlbeschränkung bereits das mildeste Mittel. Die Maßnahme ist folglich erforderlich.

## **dd) Verhältnismäßigkeit**

Schließlich muss der Eingriff im Verhältnis zum verfolgten Zweck stehen.[\[29\]](#) Die Drei-Stufen-Lehre verlangt für die vorliegende Berufsausübungsbeschränkung „Gesichtspunkte der Zweckmäßigkeit“[\[30\]](#) im Sinne vernünftiger Erwägungen des Allgemeinwohls. § 27 Abs. 3 BO verbietet insbesondere anpreisende, irreführende oder vergleichende Werbung. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind diese Formen getrennt zu beleuchten.

## **(1) Anpreisende Werbung**

Anpreisend ist eine besonders nachdrückliche Form der Werbung, insbesondere mit reißerischen bzw. marktschreierischen Mitteln, etwa Übertreibungen und besonders wirkungsvollen Herausstellungen eigener Leistungen.<sup>[31]</sup> Zwar ist eine gewisse Überzeichnung charakteristisch für Werbung, zumal eine überspitzte Darstellung dem Empfänger eher im Gedächtnis bleibt und so der Werbezweck gefördert wird. Ärzten ist aufgrund ihrer Kredibilität in der Gesellschaft aber ein gesteigertes Sachlichkeitsgebot aufzuerlegen. Diese Einschränkung anpreisender Werbung, durch die der Eindruck erweckt wird, der Arzt verfolge in erster Linie ein wirtschaftliches Gewinninteresse, trifft alle Ärzte gleichermaßen. Das primäre Verfolgen eines wirtschaftlichen Gewinninteresses kann in Konflikt zur obersten ärztlichen Pflicht treten, der Gesundheit seines Patienten und der Bevölkerung zu dienen (§ 1 Abs. 1 BO), bzw. den Eindruck erwecken, dass eben jene Pflicht in den Hintergrund rückt bis gar vernachlässigt wird. Somit ist das Verbot anpreisender Werbung als verhältnismäßig anzusehen.

## **(2) Irreführende Werbung**

In Anlehnung an § 5 Abs. 1 S. 2 UWG wird irreführende Werbung über die Eignung definiert, bei einem erheblichen Teil des angesprochenen Verkehrskreises unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls einen unrichtigen Eindruck zu vermitteln. Ärzten wird aufgrund ihrer geachteten Ausbildung, beruflicher Erfahrung und ihres Gesellschaftsstandes großes Vertrauen seitens ihrer Patienten entgegengebracht sowie im Allgemeinen ein hohes Maß an Glaubwürdigkeit zugeschrieben. Umso höher

sind daher die Voraussetzungen, die an die Klarheit und Richtigkeit der ärztlicherseits vermittelten Informationen zu stellen sind. Ein Verbot von irreführender Werbung ist mithin bei Ärzten – § 5 Abs. 1 S. 2 UWG e contrario – erst recht angemessen.

### **(3) Vergleichende Werbung**

Vergleichende Werbung ist in Anlehnung an § 6 Abs. 1 UWG Werbung, die unmittelbar oder mittelbar einen anderen Arzt oder die von ihm angebotenen Dienstleistungen erkennbar macht.<sup>[32]</sup> Zwar ist Werbung auf Kundenakquise angelegt und daher stets in gewissem Maße vergleichend.<sup>[33]</sup> Im individuellen Arzt-Patienten-Verhältnis ist ein objektiver Vergleich konkreter ärztlicher Tätigkeit aber schlicht nicht möglich, sodass vergleichende Werbung stets irreführend und ihr Verbot angemessen ist.

### **ee) Zwischenergebnis**

§ 27 Abs. 3 BO ist verfassungsgemäß.

### **b) Verfassungsmäßigkeit der auf der Regelung beruhenden Einzelmaßnahme**

Schließlich müsste auch durch die Einzelmaßnahme – die Entscheidung des Berufungsgerichts – in verfassungsgemäßer Weise von der Beschränkungsmöglichkeit des § 27 Abs. 3 BO Gebrauch gemacht worden sein. Wie oben<sup>[34]</sup> dargestellt, beschränkt sich die Überprüfung dessen auf die Verletzung spezifischen Verfassungsrechts.

Die Entscheidung des Berufungsgerichts beruht auf zwei Werbeanzeigen über die ärztliche Tätigkeit des A sowie einem Interview des A. Zu fragen ist, inwieweit die Werbeanzeigen und das Interview den Tatbestand des § 27 Abs. 3 BO erfüllen.

Einschlägig könnte der Tatbestand der anpreisenden Werbung sein. Anpreisend ist eine besonders nachdrückliche Form der Werbung, insbesondere mit reißerischen bzw. marktschreierischen Mitteln, etwa Übertreibungen und besonders wirkungsvollen Herausstellungen eigener Leistungen.<sup>[35]</sup> A wird in einzelnen Textpassagen als „die unangefochtene Nr. 1 für Bandscheibenvorfälle“ beschrieben, die Erfolgsquote als „sensationell“ bezeichnet. Die Kernaussage, dass die Behandlungsmethode sehr gute Erfolge verzeichne, hätte auch ohne Steigerungen wie „unangefochten“ oder „sensationell“ erreicht werden können. Um die Werbung als solche jedoch als „anpreisend“ bezeichnen zu können, müssten diese genannten Aussagen den Gesamtcharakter selbiger Werbung prägen. Denn alleiniges positives Herausstellen ist gerade typisch für Werbung und macht diese nicht per se sachfremd.<sup>[36]</sup> Im Rahmen der Abgrenzung zur erlaubten Information i.S.d. § 27 Abs. 2 BO ist vielmehr eine grundrechtsfreundliche Auslegung des Wortsinns einzelner Passagen im Kontext des gesamten Inhalts erforderlich.<sup>[37]</sup> Der Fokus des Interviews und der Anzeige liegt vorliegend gerade auf der Information über die neuartige Behandlungs- und Operationsmethode für potentielle Patienten, sachliche Informationen überwiegen quantitativ und qualitativ im Vergleich zu sachfremden Zusätzungen. Der Schwerpunkt der Aussagen liegt in der Information über die Vorzüge, den Inhalt, die Bedeutung und die Möglichkeiten dieser Methode