
Rechtsgutachten zum Heilpraktikerrecht

Im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit
erstellt von Prof. Dr. Christof Stock

21. April 2021

Vorbemerkung

Das Bundesministerium für Gesundheit hat nach einer öffentlichen Ausschreibung dem Unterzeichner den Auftrag erteilt, ein „Rechtsgutachten zum Heilpraktikerrecht“ zu erstellen. Nach Ausbruch der COVID-19-Pandemie wurde die Bearbeitungszeit verlängert.

Dem Auftrag entsprechend wird in diesem Rechtsgutachten eine Bestandsaufnahme vorgenommen. Ziel ist es, eine rechtliche Grundlage für die weitere öffentliche Diskussion zu erstellen.

Entscheidende Maßstäbe sollen dafür das Verfassungsrecht, speziell die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit und Leben, das Selbstbestimmungsrecht und nicht zuletzt die Berufsfreiheit sein.

Es werden rechtliche Möglichkeiten aufgezeigt, das Heilpraktikerwesen zu verändern.

Die Antworten auf die gestellten Fragen sind am Ende der Untersuchung aufgeführt. Sie schließt mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse.

Die Empfehlungen für eine Neuregelung sind ausschließlich solche des Autors.

Simmerath, am 21. April 2021

Christof Stock

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	3
Inhaltsverzeichnis	5
Abkürzungsverzeichnis	11
1. Teil: Einführung	15
A. Der Heilkundebegriff	15
1. Zur Bedeutung des Heilkundebegriffs für das Gesundheitswesen	15
1.1 Die Kurierfreiheit	15
1.2 Die Therapie- und Methodenfreiheit	16
1.3 Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin	18
2. Der Heilkunde vorbehaltene Tätigkeiten nach dem Wortlaut des Gesetzes	21
B. Zur Rechtsgeschichte des Heilpraktikerwesens	24
1. Die Zeit vor 1933	24
2. Die Zeit des Nationalsozialismus	26
3. Die Nachkriegszeit	30
3.1 Fortgeltung bestehenden Rechts	30
3.2 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.1957	30
4. Aktuelle Entwicklungen	34
4.1 Diskussionen um die umfassende Heilpraktikererlaubnis	34
4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse	38
4.2.1 Psychotherapie	39
4.2.2 Physiotherapie, Logopädie und Podologie	45
4.2.3 Ergotherapie	47
4.2.4 Osteopathie	48
4.2.5 Chiropraktik	49
2. Teil: Anforderungen an Neuregelungen des vorkonstitutionellen Heilpraktikerrechts	53
A. Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018	53
1. Wortlaut der Änderungen und Anlässe zur Überprüfung	53
1.1 Gesetz und Durchführungsverordnung	53
1.2 Inkrafttreten	54
1.3 Anlässe zur Überprüfung	54
1.3.1 Änderung einer Rechtsverordnung durch den Gesetzgeber	54
1.3.2 Maßstäbe bei Änderungen vorkonstitutionellen Rechts	55
1.3.3 Inhaltlich ausreichende Vorgaben	55

2.	Überprüfung am Maßstab der Übergangsbestimmungen des Grundgesetzes.....	56
2.1	Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG	56
2.2	Maßstab des Art. 129 Abs. 3 GG	58
2.2.1.	Zur Bedeutung von Art. 129 Abs. 3 GG.....	59
2.2.2.	Die Differenzierung von Ermächtigungen nach § 7 HeilprG	60
2.2.3.	Konsequenzen für die aktuelle Situation.....	64
3.	Überprüfung am Maßstab der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen	66
3.1	Bedeutung und Inhalt von Art. 80 Abs. 1 GG	67
3.1.1.	Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift, Leitlinie als Begriff.....	67
3.1.2.	Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips	69
3.1.3.	Konkretisierung des Demokratieprinzips.....	72
3.2	Einhaltung des Maßstabs bei der Neuregelung	74
3.2.1.	Formale Betrachtung.....	74
3.2.2.	Inhaltliche Betrachtung	76
4.	Zwischenergebnis und Konsequenzen	82
B.	Zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Rahmen einer Neuregelung	83
1.	Zur Abänderung vorkonstitutionellen Rechts.....	83
2.	Zum Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes	84
2.1	Bundesgesetzliche Kompetenz zur Zulassung „anderer“ Heilberufe.....	85
2.2	Europarecht	85
2.3	Landeskompetenzen.....	86
2.4	Kompetenzverteilungsregeln zwischen Bund und Ländern	87
3.	Teil: Überprüfung anhand einschlägiger Grundrechte	89
A.	Die Perspektive der Patientinnen und Patienten	89
1.	Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit	89
1.1	Der Schutzbereich.....	89
1.2	Begründung und Reichweite von Schutzpflichten des Gesetzgebers.....	90
1.2.1.	Infragestellung ausreichenden Schutzes	90
1.2.2.	Adressat*innen des Schutzes	93
1.2.3.	Zielgruppen von Schutzmaßnahmen.....	95
1.2.4.	Reichweitenbestimmung durch korrespondierende Pflichten	96
1.2.5.	Richterliche Vorgaben und Parlamentsvorbehalt.....	103
1.3	Anwendung der Maßstäbe auf den Heilkundebegriff	105
1.3.1.	Die Formel der Rechtsprechung.....	105
1.3.2.	Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten.....	108
1.3.3.	Kritik am Rekurs auf „ärztliches“ Fachwissen	111
1.3.4.	Differenzierung nach Gesundheitsgefahren.....	112
1.3.5.	Zur Neuregelung des Heilkundebegriffs: eine Dreiteilung.....	119
1.4	Anwendung der Maßstäbe auf die Heilpraktikerberufe.....	121

1.4.1. Allgemeiner rechtlicher Rahmen und Berufsausübungsrecht	121
1.4.2. Berufszulassung.....	122
1.4.3. Berufskontrolle.....	131
1.4.4. Haftungsrecht.....	133
2. Das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen	141
2.1. Der Schutzbereich.....	141
2.1.1. Verfassungsrechtliche Herleitung.....	141
2.1.2. Das Selbstbestimmungsrecht und die Heilkundigen	143
2.2. Das Grundrecht und die Forderungen nach staatlichem Handeln	146
2.2.1. Staatliche Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht.....	146
2.2.2. Staatliche Maßnahmen zur Stärkung der Selbstbestimmung.....	156
2.3. Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Heilpraktikerrecht.....	158
2.3.1. Verfassungsrechtlich legitimer Zweck	159
2.3.2. Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung	161
2.3.3. Geeignetheit – Liste möglicher Maßnahmen	165
2.3.4. Erforderlichkeit.....	169
2.3.5. Angemessenheit.....	169
B. Die Perspektive der Berufstätigen.....	171
1. Bedeutung und systematische Stellung von Art. 12 Abs. 1 GG.....	172
1.1. Bedeutung	172
1.2. Systematische Stellung von Berufswahl und Berufsausübung	172
2. Der persönlicher Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG.....	174
3. Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG	175
3.1. Der verfassungsrechtliche Begriff des Berufes.....	175
3.2. Alternativheilkunde und Heilpraktiker*innen.....	175
4. Die Gesetzgebungskompetenz nach der Lehre von den Berufsbildern	177
4.1. Grundlegendes zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers.....	177
4.2. Berufsbilder und -felder mit und ohne Normierung	177
4.2.1. Berufsbilder.....	177
4.2.2. Berufsfelder.....	181
4.3. Zur Regelungskompetenz des Gesetzgebers je nach Eingriffsintensität	183
4.3.1. Die Stufentheorie	184
4.3.2. Zum Willkürmaßstab bei der Eingriffsrechtfertigung	189
4.3.3. Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot	191
5. Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden.....	194
5.1. Schulmedizinische Methoden und Arztvorbehalte	196
5.2. In der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden	196
5.3. Sektorenbezogene Methoden	199
5.3.1. Psychotherapie.....	200
5.3.2. Logopädie.....	204

5.3.3.	Physiotherapie	204
5.3.4.	Podologie	205
5.3.5.	Ergotherapie.....	206
5.4	Wunschmedizinische Methoden.....	206
5.5	Spirituelle Heilmethoden	207
5.6	Unspezifische Heiltätigkeiten.....	208
6.	Typisierung von Berufsfeldern nach dem Grad der Eigenverantwortlichkeit	208
6.1	Ärzt*innen	209
6.1.1.	Allgemeines zur Berufsbildfixierung	209
6.1.2.	Ärztliche Therapiefreiheit im Speziellen	211
6.2	Gesundheitsfachberufe.....	213
6.2.1.	Allgemeines zu den Berufsbildern der Gesundheitsfachberufe.....	213
6.2.2.	Zur Eigenverantwortlichkeit einzelner Gesundheitsfachberufe	218
6.2.3.	Delegation und Substitution.....	224
6.3	Heilpraktiker*innen	228
6.3.1.	Allgemeines zur Berufsbildnormierung	228
6.3.2.	Zur Methodenfreiheit von Heilpraktiker*innen	229
6.3.3.	Sektorale Heilkundeerlaubnisse für Gesundheitsfachberufe	230
7.	Zur Verhältnismäßigkeit von Abschaffungslösungen.....	232
7.1	Vorbemerkungen	232
7.1.1.	Nullvariante in Bezug auf die Heilpraktikerüberprüfung	232
7.1.2.	Nullvariante in Bezug auf sektorale Heilkundeerlaubnisse.....	233
7.1.3.	Nullvariante in Bezug auf den Heilkundebegriff	234
7.2	Zur Abschaffung des Heilpraktikerberufs.....	234
7.2.1.	Rechtstechnisches Vorgehen.....	234
7.2.2.	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck	236
7.2.3.	Zweckverwirklichungsbedürfnis	237
7.2.4.	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne.....	238
7.2.5.	Zur Notwendigkeit von Bestandsschutzregelungen	239
8.	Zur Verhältnismäßigkeit von Kompetenzlösungen.....	241
8.1	Zu regelnde Materien und rechtstechnisches Vorgehen	241
8.1.1.	Heilkundebegriff.....	242
8.1.2.	Berufsbildnormierungen	245
8.2	Verfassungsrechtlich legitimer Zweck.....	249
8.2.1.	Einstufung nach Berufswahl- oder -ausübung.....	249
8.2.2.	Anforderungen an die Notwendigkeit des beabsichtigten Eingriffs	252
8.3	Zweckverwirklichungsbedürfnis.....	252
8.4	Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne	252
4. Teil:	Antworten auf die gestellten Fragen	255
A.	Zur Verfassungswidrigkeit des aktuellen Heilpraktikerrechts	255
B.	Zur zukünftigen Regelung des Heilpraktikerrechts.....	258

1. Zu den Möglichkeiten, den „Heilpraktiker“ als Heilberuf zu regeln.....	258
2. Zur möglichen Abschaffung des Heilpraktikerberufs.....	264
3. Zu den Mindestanforderungen an Übergangsbestimmungen.....	265
4. Zur Legaldefinition der Heilkunde und zur Neuordnung des Heilkundebegriffs... 266	
4.1 Zum Heilkundebegriff	267
4.2 Delegation und Substitution	268
5. Zu den sektoralen Heilpraktikererlaubnissen	270
C. Zusammenfassung der Ergebnisse	273
Abschließende Erklärungen des Gutachters	275
Eidesstattliche Versicherung.....	275
Hinweis auf den Urheberrechtsschutz	275
Verzeichnis der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung	276
Literaturverzeichnis	287
Stichwortverzeichnis	301
Anhang: Forschungsfragen	305

Abkürzungsverzeichnis

Gesetze und Rechtsprechung geben den Stand zum 01.03.2021 wieder.

AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AAppO	Approbationsordnung für Apotheker*innen
ÄApprO	Approbationsordnung für Ärzt*innen
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzt*innen
ApoG	Gesetz über das Apothekenwesen
AMG	Arzneimittelgesetz
ATA-OTA-G	Gesetz über die Berufe der Anästhesietechnischen bzw. Operationstechnischen Assistent*innen
AWMF	Arbeitsgemeinschaft der Wissenschaftlichen Medizinischen Fachgesellschaften
BÄO	Bundesärzteordnung
BMV-Ä	Bundemantelvertrag Ärzt*innen
BtMG	Betäubungsmittelgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
EGRL 2000/78	Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf
EGRL 2005/36	Richtlinie 2005/36/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 7. September 2005 über die Anerkennung von Berufsqualifikationen in der konsolidierten Fassung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EpiRFortgeltG	Gesetz zur Fortgeltung der die epidemische Lage von nationaler Tragweite betreffenden Regelungen
EQR	Europäischer Qualifikationsrahmen
ErgThG	Gesetz über den Beruf der Ergotherapeutin und des Ergotherapeuten mit
ErgThAPrV	Ausbildungs- und Prüfungsordnung
ESchG	Embryonenschutzgesetz
EU GR-Charta	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GBA	Gemeinsamer Bundesausschuss
GG	Grundgesetz
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
HandwO	Handwerksordnung
HebG	Hebammengesetz
HeilMR	Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung inklusive Heilmittelkatalog mit ab dem 01.10.2020 vorgesehenen Änderungen
HeilprG	Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17.02.1939 (RGBl. I S. 251; BGBl. III / FNA 2122-2), zuletzt geändert durch Art. 17e Drittes Pflegestärkungsgesetz vom 23.12.2016 (BGBl. I S. 3191)

HeilprGDV_1	Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) (RGeBl I 1939, 259; BGBl. III / FNA 2122-2-1), zuletzt geändert durch Art. 17f i.V.m. Art. 18 Abs. 4 Drittes Pflegestärkungsgesetz vom 23.12.2016 (BGBl. I S. 3191) i.d.F. der Bekanntmachung v. 09.01.2018 (BGBl. I S. 126) m.W.v. 22.03.2018 (Nr. 3)
HeilprGDV_2	Zweite Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz vom 3. Juli 1941 (RGeBl. I S. 368). Durch sie wurde § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 – die Notwendigkeit einer Überprüfung – eingeführt. Heute hat sie keine selbständige Bedeutung mehr.
HWG	Heilmittelwerbegesetz
ICD 10	International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems
ICF	International Classification of Functioning, Disability and Health
IfSG	Infektionsschutzgesetz
IGeL	Individuelle Gesundheitsleistungen
IPWSKR	Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte
KastrG	Gesetz über die freiwillige Kastration und andere Behandlungsmethoden
MediationsG	Mediationsgesetz
MBO-Ä	Muster-Berufsordnung für Ärzt*innen
MBO-Pt	Muster-Berufsordnung für die Psychologischen Psychotherapeutinnen und Psychotherapeuten und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutinnen und Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten in der Fassung vom 10.11.2007
MPG	Medizinproduktegesetz
MPhG	Gesetz über die Berufe der Physiotherapeuten, Masseur und medizinischen Bademeister
MPVerschV	Verordnung über die Verschreibungspflicht von Medizinprodukten
MTAG	Gesetz über technische Assistenten in der Medizin
MTAF/MTLA/MTRA	Medizinisch-technische Assistent*innen für Funktionsdiagnostik, Labor, Radiologie
LogopG, LogAPrO	Gesetz über den Beruf des Logopäden mit Ausbildungs- und Prüfungsordnung
OrthoptG	Gesetz über den Beruf der Orthoptist*innen
PfIBG	Pflegeberufegesetz
PhysTh-AprV	Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Physiotherapeut*innen
PKV	Private Krankenversicherung
PodG	Gesetz über den Beruf der Podolog*innen
PSG III	Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 23.12.2016, BGBl (28.12.2016), I Nr. 65, S. 3191 ff
PsychThG	Psychotherapeutengesetz; ab 01.09.2020 in neuer Fassung
PsychThApprO	Approbationsordnung für Psychotherapeut*innen
PTAG	Gesetz über den Beruf des pharmazeutisch-technischen Assistenten
RettAssG	Rettungsassistentengesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrlSchV	Strahlenschutzverordnung
TFG	Transfusionsgesetz
TPG	Transplantationsgesetz

W BVG	Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz
Z Appro	Approbationsordnung für Zahnärzt*innen
Z FA	Zahnmedizinische Fachangestellte
Z HG	Zahnheilkundengesetz

1. Teil: Einführung

Der Wortlaut des Heilpraktikergesetzes lässt sich in drei Sätzen zusammenfassen: Die Ausübung der Heilkunde steht neben den Ärztinnen und Ärzten allen frei, die hierzu eine Erlaubnis nach diesem Gesetz besitzen. Heilkunde ist „jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienst anderer ausgeübt wird“. Wer die Heilkunde ohne Erlaubnis ausübt, macht sich strafbar; wer sie mit Erlaubnis ausübt, soll die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker*in“ führen.¹

A. Der Heilkundebegriff

1. Zur Bedeutung des Heilkundebegriffs für das Gesundheitswesen

Um die Bedeutung des Heilkundewesens zu verstehen, müssen zwei berufliche Freiheiten beschrieben werden, die zugleich bürgerliche Freiheiten bedeuten. Neben der Kurier- und der Therapiefreiheit werden in diesem Kapitel die Begriffe Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin erläutert.

1.1 Die Kurierfreiheit

Ein Rechtsgutachten zum Heilpraktikerrecht muss sich mit der Kurierfreiheit befassen, d.h. mit der Frage, ob die eigenverantwortliche und weisungsfreie Behandlung kranker Menschen jeder Person erlaubt ist, also (fast) unabhängig von ihrer Schulbildung, einer irgendwie gearteten Ausbildung oder staatlichen Überprüfung ihrer Tätigkeit.² Eine vollkommene Kurierfreiheit existiert in Deutschland nicht. Die Ausübung der Heilkunde ist den Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen vorbehalten. Diese berufsrechtliche Einschränkung findet ihr Spiegelbild auf der Seite der Bürger*innen, die die Heilkunde in Anspruch nehmen. Je strenger

¹ § 1 und § 5 HeilprG

² BVerwG, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, BVerwGE 4, S. 250; BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.; Schelling, in: Spickhoff, Vorbemerkung HeilprG, RdNr. 1-2; Guttau, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 71 Stock, Das un-mögliche Ende des Heilpraktikers, MedR 2018, S. 73.

zu ihrem Schutz (!) die Kurierfreiheit begrenzt wird, desto stärker sind sie in ihrem Recht betroffen, sich für die Person eines*r Heilkundigen zu entscheiden.

Um hier Klarheit zu schaffen, besteht die erste Bedeutung des Heilkundebegriffs darin, zwischen heilkundlicher und nicht heilkundlicher Tätigkeit zu unterscheiden. Von wem Piercings oder Haarimplantationen, die Beschneidung aus religiösen Gründen, die Verabreichung homöopathischer Mittel, die Befreiung von Erdstrahlen oder auch Botox-Injektionen vorgenommen werden dürfen, hängt von der Frage ab, ob es sich bei diesen einzelnen Tätigkeiten um die Ausübung von Heilkunde handelt oder nicht.³

Damit hängt die Frage, wer überhaupt die Heilkunde ausüben darf, eng zusammen. Die Ausübung von Heilkunde ist nicht jede Tätigkeit zu den oben angegebenen Zwecken, sondern ausschließlich eine eigenverantwortliche und weisungsunabhängige. Das ergibt sich erst aus dem systematischen Zusammenhang zwischen dem HeilprG einerseits und den Gesetzen über die Gesundheitsfachberufe andererseits. Die zweite Bedeutung des Heilkundebegriffs besteht also darin, die Kurierfreiheit grundsätzlich auf nur zwei Berufe zu beschränken, Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen.⁴

1.2 Die Therapie- und Methodenfreiheit

Die Therapiefreiheit kennzeichnet drei Elemente: Den Heilkundigen obliegt die Entscheidung darüber, ob überhaupt eine Behandlung stattfinden soll, sie dürfen nicht zu einer ihrem Gewissen widersprechenden Methode gezwungen werden. Schließlich und insbesondere sind sie darin frei, die ihnen geeignet erscheinende diagnostische oder therapeutische Methode auszuwählen (Methodenfreiheit).⁵

Das HeilprG nimmt insoweit keine Einschränkungen vor: es kommt nicht darauf an, ob überhaupt eine Krankheitslehre die Ausübung der Heilkunde rechtfertigen kann und – falls ja

³ Falllisten bei: *Schelling*, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdn. 11-21; *Haage*, in: Haage, § 1 HeilprG Rdn. 16-17.

⁴ Zahnärzt*innen und Psychotherapeut*innen üben die Heilkunde auf ihrem jeweiligen Sektor aus.

⁵ *Kern*, Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 22-39 *Schumacher*, Alternativmedizin S. 38 bis 41; *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 101 ff. sieht die Therapiefreiheit als fremdnütziges Recht

– welche. Es wird also nicht zwischen beispielsweise Schulmedizin, traditioneller chinesischer oder anthroposophischer Medizin unterschieden. Ebenso wenig wird die Chance auf einen Heilerfolg oder auf Linderung mittels der frei wählbaren Methode vorausgesetzt. Diese Freiheit der Therapeut*innen korrespondiert mit derjenigen der Patient*innen, sich für eine Methode zu entscheiden.⁶

Für Heilpraktiker*innen gilt seit jeher die Therapie- und Methodenvielfalt.⁷

Gesundheitsfachberufe hingegen unterliegen auf ihrem Gebiet (Physiotherapie, Logopädie, Pflege u.a.m.) stets ärztlichen Weisungen, können sich also nicht auf die Therapiefreiheit berufen und üben als „Heilhilfsberuf“ keine Heilkunde i.S.v. § 1 HeilprG aus.⁸

Der ärztliche Beruf hingegen ist die Ausübung der Heilkunde unter der Berufsbezeichnung „Arzt“ oder „Ärztin“, § 2 Abs. 5 BÄO. Eine arztspezifische Legaldefinition, etwa im Sinne einer „ärztlichen Heilkunde“, die sich von heilkundlichen Tätigkeiten anderer Berufe unterscheidet, ist gesetzlich nicht definiert; das Berufsgesetz der Ärzt*innen nimmt insoweit Bezug auf § 1 Abs. 2 HeilprG. Der Heilkundebegriff wird also einheitlich verstanden und bildet somit auch für den ärztlichen Beruf eine wichtige Grundlage. Zusätzlich ist die ärztliche Therapiefreiheit in dem maßgeblichen Berufsgesetz⁹ und auch im Satzungsrecht der Ärzteschaft¹⁰ klar verankert.

Die Verwendung eines einheitlichen Heilkundebegriffs bedeutet nicht, dass auch für beide Berufe – Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen – die Therapiefreiheit identisch ausgestaltet ist. Diesbezügliche Unterschiede wird die weitere Untersuchung ergeben.¹¹

⁶ Der Begriff Methode wird in diesem Gutachten im weiteren Sinne verstanden. Er schließt jegliche Diagnose- und Therapieverfahren ein.

⁷ *Haage*, in: *Haage*, Einl Rdnr. 15 *BGH*, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, *MedR* 2018, 43–44 m. Anm. *Stock MedR* 2019, 872 ff.; *Baur* (Hrsg.), *Lifestyle-Medizin - von der medizinischen Indikation zum modischen Trend* *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilprG, Rdnr. 9.

⁸ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

⁹ § 1 Abs. 2 BÄO

¹⁰ § 2 Abs. 1 und 4 MBO-Ä; 3. Teil: B.6.1 Ärzt*innen, S. 196

¹¹ 3. Teil: A.1.3.2 Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten, S. 100

1.3 Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin

Im Folgenden werden die Begriffe Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin erläutert.

Bei der Schulmedizin handelt es sich um diejenige, die an Hochschulen erforscht und gelehrt wird; Schulmedizinische Methoden sind solche, die in der ärztlichen Wissenschaft allgemein oder zumindest überwiegend anerkannt sind.¹² Die WHO beschreibt demgegenüber traditionelle, komplementäre oder alternative Medizin als ein breites Spektrum von Heilmethoden, die nicht Teil der eigenen Tradition oder konventionellen Medizin des Landes und nicht vollständig in das vorherrschende Gesundheitssystem integriert sind.¹³ Sie werden in diesem Gutachten mit dem Begriff der Alternativheilkunde zusammengefasst.

Als Synonym für die Schulmedizin könnte auch „wissenschaftsorientierte Medizin“ verwendet werden.¹⁴ Unter Wissenschaft versteht man die ernsthafte, planmäßige und methodische Suche nach Wahrheit und Erkenntnissen. International rekurriert die Medizin ihre Erkenntnisse vornehmlich aus der naturwissenschaftlichen Methodik. Aus ihr wurden die klinischen Testverfahren entwickelt, im Rahmen derer die Wirksamkeit einer Therapie als erwiesen gilt, wenn sie bessere Resultate als eine Placebo-Therapie erbringt. Dazu werden häufig randomisierte kontrollierte klinische Versuche durchgeführt, am besten als Doppelblindversuch im Crossover-Design¹⁵: Im Rahmen eines solchen Testverfahrens werden die Proband*innen per Zufall in zwei Gruppen aufgeteilt (Randomisierung); eine Gruppe erhält ein Placebo oder eine Standardtherapie (Kontrollgruppe), die andere das zu prüfende Mittel (Testgruppe). Weder die Ärzt*innen noch die Proband*innen wissen, mit welchem Mittel die Behandlung erfolgt (Doppelblind). Bei einem Vergleich mit Placebo ergibt sich der therapeutische Effekt: ist der Unterschied signifikant, wird die Therapie als wissenschaftlich positiv bewertet.

¹² Schumacher, Alternativmedizin S. 7 bis 17

¹³ Schumacher, Alternativmedizin S. 7 bis 17

¹⁴ Schöne-Seifert, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

¹⁵ Evidence based medicine: Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin S. 37-38

So einfach lässt sich die Schulmedizin freilich nicht erklären. Zum einen wird auch von ihren Vertreter*innen anerkannt, dass bei der Krankenbehandlung Phänomene auftreten, die sich naturwissenschaftlich (noch) nicht erklären lassen, zum anderen integriert die moderne Medizin heute die Erkenntnisse insbesondere der Psychologie und Psychotherapie, aber auch der Philosophie und Soziologie, welche andere naturwissenschaftliche Forschungsmethoden einsetzen.¹⁶

Der Begriff Schulmedizin kann nach derzeitiger Rechtslage (de lege lata) nicht mit ärztlicher Medizin gleichgesetzt werden.¹⁷ In der aktuellen Diskussion wird die Forderung erhoben, Ärzt*innen sollten sich zukünftig (de lege ferenda) auf schulmedizinische Methoden beschränken.¹⁸

Der Begriff der Alternativmedizin wird in diesem Gutachten mit dem der Alternativheilkunde ersetzt, um dem Eindruck der Zuordnung zum Berufsbild der Mediziner*innen bzw. Ärzt*innen entgegenzutreten.

Wissenschaftlichen Erkenntnissen verschließt sich die Alternativheilkunde¹⁹ nicht per se, allein ihre Perspektive dürfte eine andere sein.²⁰ Anstatt auf den lokalen Anfang und den anatomischen Sitz einer Krankheit zu fokussieren, verlangt sie von der Heilkunde eher einen ganzheitlichen Blick auf das bio-psycho-soziale Gesamtgeschehen einschließlich der autonomen Fähigkeiten der Patient*innen zur Selbstheilung.²¹ Dieser Ansatz setzt ein Erkenntnisgeschehen in Gang, das von der naturwissenschaftlich-strengen Nachweisführung

¹⁶ Schumacher, Alternativmedizin S. 12 bis 15

¹⁷ Zum Begriff der Außenseitermethode: 3. Teil: B.6.1.2 Ärztliche Therapiefreiheit im Speziellen, S. 198

¹⁸ Schöne-Seifert, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker Ziff. 3.2

¹⁹ Die Definition von Gutttau, wonach Alternativheilkunde zwar auf rationaler Grundlage beruht, aber nicht notwendig ärztliche Fachkenntnisse voraussetzen soll, überzeugt nicht, weil die von ihm angesprochenen alternativheilkundlichen Methoden (wie u.a. Akupunktur, Psychotherapie) Grundkenntnisse der Medizin voraussetzen und - umgekehrt - Chiropraktik, Osteopathie, Cranio-Sakrale Therapie u.a. - keine Anerkennung erfahren haben. Der Begriff der Schulmedizin wird hier unzulässig erweitert, z.B. auch auf die Wunschmedizin. Gutttau, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 119 ff.

²⁰ Frass/Strassl/Friebs u. a., Use and Acceptance of Complementary and Alternative Medicine Among the General Population and Medical Personnel: A Systematic Review, The Ochsner Journal 2012, S. 45 Ernst, The role of complementary and alternative medicine, BMJ (Clinical research ed.) 2000, S. 1133.

²¹ Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin, S. 32-36; Schumacher, Alternativmedizin S. 11 bis 16

entfernt ist. So ist beispielsweise die anthroposophische Medizin eher ein Kind der Geisteswissenschaft.²² Sie gilt neben der Homöopathie als anerkannte besondere Therapierichtung²³, der ein theoretisch-wissenschaftliches Konzept zugrunde liegt, das sich in verschiedenen Behandlungsmethoden (Heileurythmie, Anthroposophische Kunsttherapie, Rhythmische Massage u.a.m.) niederschlägt. Bei anderen von der Schulmedizin abweichenden Methoden fehlt dieser Konzept- und Wissenschaftsbezug. Entsprechendes gilt für die Annahme der Notwendigkeit eines Wirksamkeitsnachweises: zum Teil werden multidimensionale Evaluationsverfahren²⁴ eingesetzt, zum Teil eine nähere Untersuchung der Wirksamkeit abgelehnt.²⁵

Die Behandlungsmethoden werden alternativ im Sinne einer die Schulmedizin ersetzenden Krankenbehandlung oder komplementär-ergänzend eingesetzt.²⁶ Das geschieht durch Heilpraktiker*innen wie Ärzt*innen. Der Begriff der Alternativheilkunde soll zunächst das gesamte Spektrum abbilden; rechtlich ist später zwischen spirituellen und naturheilkundlichen Methoden zu differenzieren.²⁷

Ein weiterer Aspekt betrifft Maßnahmen, für die keine Krankheit im Rechtssinne vorliegt und die auf Wünsche der Klient*innen zurückgehen. Sie werden hier als Wunschmedizin²⁸ bezeichnet und unterliegen, anders als der Wortlaut von § 1 HeilprG besagt, ebenfalls der Erlaubnispflicht.

²² Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin S. 31

²³ BSG, Urt. v. 22.03.05 - B 1 A 1/03 R, BSGE 94, S. 221; Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin S. 65 ff.

²⁴ Schumacher, Alternativmedizin S. 16

²⁵ von Heilkundigen wie Patient*innen gleichermaßen. Ehlers, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 62 f. Sasse, Der Heilpraktiker S. 20 f.

²⁶ Schöne-Seifert, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

²⁷ 3. Teil: B.5 Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden, S. 182

²⁸ Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 70; Suhr, Der medizinisch nicht indizierte Eingriff zur kognitiven Leistungssteigerung aus rechtlicher Sicht Wienke u. a. (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen; Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin; Borkenhagen/Brähler/Ach, Die Selbstverbesserung des Menschen Kettner, Wunscherfüllende Medizin.

2. Der Heilkunde vorbehaltene Tätigkeiten nach dem Wortlaut des Gesetzes

Der Heilkundebegriff soll nun noch etwas genauer betrachtet werden: Offensichtlich gibt es Tätigkeiten, die den Heilkundigen vorbehalten bleiben. Um hier eine Einführung zu geben, erfolgt eine erste Orientierung am Wortlaut des Gesetzes. Dass der Heilkundebegriff aus Gründen des Gesundheitsschutzes eine Erweiterung erfahren hat, auf die es gegenwärtig eher ankommt, folgt aus der später vorzunehmenden grundrechtlichen Erörterung.²⁹

Gem. § 1 Abs. 2 HeilprG ist die Ausübung von Heilkunde jede berufs- oder gewerbsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen, auch wenn sie im Dienste anderer ausgeübt wird.

Dieser Wortlaut trifft zunächst keine Unterscheidung, ob die Krankheiten oder Leiden körperlicher, geistiger oder seelischer Natur sind.³⁰ Jede Tätigkeit soll erfasst sein, die den geschilderten Zwecken dient. Es besteht insbesondere keine Verpflichtung, in irgendeiner Weise die heilende Wirkung des eingesetzten Verfahrens nachweisen zu müssen, insbesondere nicht mittels wissenschaftlicher Methoden. Der Wortlaut enthält schließlich keinerlei Anhaltspunkt in Bezug auf die Qualifikation der Berufstätigen; also kommt es auf eine spezielle Befähigung oder Begabung oder andere persönliche Eigenschaften der Behandler*innen zur Ausübung der Tätigkeit nicht an.³¹

Mit der Feststellung sind alle Tätigkeiten gemeint, die eine Entscheidung über das Vorliegen einer Krankheit ermöglichen sollen, also insbesondere die körperliche Untersuchung, die Anamnese und sämtliche anderen Befunderhebungen. Das Vorgehen bezweckt die Klärung der Frage, ob eine Krankheit vorliegt. Insoweit wird nicht auf die Beschreibung von Krankheiten, etwa nach international anerkannten Diagnoseschlüsseln (ICD 10) Bezug genommen. Mangels anderweitiger Vorgaben kann auch ein Krankheitsverständnis vorherrschen, das davon weit entfernt ist, etwa dasjenige der Traditionellen Chinesischen

²⁹ 3. Teil: Überprüfung anhand einschlägiger Grundrechte, S. 83

³⁰ Schelling, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.

³¹ Schelling, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.

Medizin.³² Umfasst ist jede, auch nur unerhebliche Störung der normalen Beschaffenheit oder Tätigkeit des Körpers, die geheilt oder gelindert werden kann.³³ Maßgeblich für das Vorliegen einer Krankheit ist also die Abweichung von der Norm des Gesundheitszustandes eines gleichaltrigen Menschen.³⁴

Heilung bedeutet die Behebung dieses anormalen Zustandes, Linderung seine Verbesserung. Letztere bezieht sich insbesondere auf Leiden, jene anhaltenden, schmerzhaften, oft kaum noch beeinflussbaren Zustände. Die Behandlungen unheilbar Kranker und Sterbender sind also mit umfasst. Während der Begriff des Leidens subjektiv-orientiert zu sein scheint, handelt es sich bei Körperschäden um irreparable, nicht unbedingt krankhafte Veränderungen des Zustands oder der Funktionen des Körpers, einzelner Organe oder Organteile. Dazu zählen etwa Sterilität, Blindheit oder Taubheit.³⁵ Insgesamt lässt sich aus dem Wortlaut eine Defizit- und Körperorientierung entnehmen, die nach heutigem Verständnis – etwa von einer Behinderung - nicht mehr zeitgemäß ist.³⁶

Darüber hinaus wird die hier vorgenommene Orientierung am Wortlaut des Gesetzes dem eigentlichen Zweck des Gesetzes nicht gerecht, den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens zu gewährleisten. Darauf wird in der Untersuchung einzugehen sein.³⁷

Bei der hier erfolgenden Einführung ist auf die weiteren Tatbestandsmerkmale hinzuweisen, die sich sämtlich auf die Ausübung der Heilkunde als Beruf beziehen. Die Berufsbezogenheit ist also dem Heilkundebegriff immanent. Auch dies ist ausführlich zu erörtern.³⁸ An dieser Stelle wird lediglich das Verständnis der drei berufsbezogenen Merkmale referiert:

³² *Bierbach*, Naturheilpraxis heute S. 195

³³ *BGH*, Beschluss v. 21.03.58 - 2 StR 393/57, BGHSt 11, 304 ff.

³⁴ *Schelling*, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.

³⁵ *Schelling*, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.

³⁶ vgl. die Neufassung von § 2 Abs. 1 SGB IX, der die Wechselwirkungen mit einstellungs- und umweltbedingten Barrieren einbezieht. Ähnliches gilt für den neuen Begriff der Pflegebedürftigkeit, § 14 SGB XI. *Stock/Schermaier-Stöckl/Kloman u. a.*, Soziale Arbeit und Recht Kapitel G. und H.

³⁷ 3. Teil: A.1 Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, S. 83

³⁸ 3. Teil: B.5 Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden, S. 182

Wenn jede heilkundliche Tätigkeit erfasst wäre, müssten alle Gesundheitsberufe unter die Kuratel der Heilpraktikererlaubnis gestellt werden.³⁹ Als Gesundheits- oder Heilberufe im weiteren Sinne sind etwa 50 Berufsgruppen bekannt, die bei der Ausübung ihres Berufes Behandlungen an Patient*innen vornehmen. Diese Berufe sind in den Berufsgesetzen normiert und nehmen teilweise sozialrechtlich als Heilhilfsberufe oder Heilmittelerbringer an der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung teil.⁴⁰

Das Berufsrecht unterscheidet nun zwischen den Heilberufen i.e.S., die eigenverantwortlich körperliche oder seelische Krankheiten, Leiden oder Schäden beim Menschen behandeln dürfen (Ärzt*innen, Zahnärzt*innen, Psychotherapeut*innen, Heilpraktiker*innen), und den Gesundheitsfachberufen, die nach deutschem Recht zur Krankenbehandlung grundsätzlich nur aufgrund ärztlicher Verordnung befugt sind (Physiotherapeut*innen, Logopäd*innen, Podolog*innen usw.).

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass sich der Heilkundebegriff entgegen dem Wortlaut von § 1 Abs. 2 HeilprG ausschließlich auf Tätigkeiten bezieht, die eigenverantwortlich und weisungsfrei ausgeübt werden. Nur sie sind nach dem HeilprG erlaubnispflichtig.⁴¹ Die Kompetenz zur Durchführung ärztlich verordneter Maßnahmen wird hingegen nach den Berufsgesetzen mit dem Abschluss der staatlichen Ausbildung und Prüfung und der Berechtigung zum Führen der Berufsbezeichnung („Physiotherapeut*in“, „Pflegefachfrau-/Pflegefachmann⁴²“ usw.) erworben.

³⁹ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

⁴⁰ 3. Teil: B.6.2 Gesundheitsfachberufe, S. 201; *Stock*, Europarecht der Gesundheitsberufe, in: *Stellpflug/Meier/Tadayon*, Handbuch Medizinrecht, B 6000.

⁴¹ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. *Liebler*, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3; *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilPrG Rdnr. 12.

⁴² Im Gegensatz zu den Heilmittelerbringer*innen üben Pflegefachkräfte keine „medizinische Behandlung“ i.S.d. § 613a BGB durch. *Lafontaine*, § 630a BGB Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, in: *Herberger/Martinek/Rüßmann*, juris-PK. Auf diesen Begriff wurde aus Gründen der Klarheit hier verzichtet.

Die Heilkunde im umfassenden Sinne üben nur Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen aus; Zahnärzt*innen und Psychotherapeut*innen arbeiten lediglich auf ihrem Sektor weisungsfrei und eigenverantwortlich.⁴³

Mit dem Zusatz, die Tätigkeit könne auch im Dienste anderer ausgeübt werden, bezieht die Bestimmung ausdrücklich auch Angestellte mit ein. Vorauszusetzen ist aber eine eigenverantwortliche und weisungsfreie Ausübung.⁴⁴

Die Tätigkeit muss berufs- oder gewerbsmäßig erfolgen. Die Begriffe werden weit ausgelegt; es sind lediglich Hilfeleistungen im familiären Bereich (Wundversorgung, Fiebermessen) und Erste-Hilfe-Maßnahmen am Unfallort ausgeschlossen. Die Tätigkeit ist schon dann berufs- oder gewerbsmäßig, wenn die Absicht besteht, sie öfter, d.h. auch als Nebentätigkeit⁴⁵, zu wiederholen. Gewinne zu erzielen, ist dabei nicht gefordert, so dass auch die Bitte um eine freiwillige Spende an einen gemeinnützigen Verein an der Qualität der Ausübung von Heilkunde nichts ändert.⁴⁶ Um ein Gewerbe handelt es sich nicht. Zumindest schließt § 6 Abs. 1 S. 2 GewO die Anwendung der GewO weitestgehend aus.⁴⁷

B. Zur Rechtsgeschichte des Heilpraktikerwesens

1. Die Zeit vor 1933

Medizin- und Rechtsgeschichte belegen, dass sich die Einstellungen der Gesellschaft, der Gesundheitspolitik, der Betroffenen und der Therapeut*innen zur Kurierfreiheit immer wieder gewandelt haben. Seit dem 16. Jahrhundert finden sich in den Medizinalverordnungen

⁴³ § 1 ZHG; § 1 PsychThG

⁴⁴ Erfolgt sie während der Ausbildung und in der Verantwortung oder unter Supervision der Praxisinhaber*innen, fehlt es bei den Ausbildungskandidat*innen an diesem Merkmal: *BVerwG*, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, *BVerwGE* 35, S. 308 = *NJW* 1970, 1987.; *BayObLG*, Beschluss v. 03.04.84 - RReg 4 St 40/84, *NJW* 1984, S. 2643; *OLG Oldenburg*, Urteil v. 06.03.79 - Ss 1/79, *NJW* 1980, S. 652; *Schelling*, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.

⁴⁵ *BVerwG*, Urt. v. v. 02.03.67 - I C 52.64, *BVerwGE* 26, S. 254 = *NJW* 1967, 611.

⁴⁶ *OVG NRW*, Urteil v. 02.12.98 - 13 A 5322/96, *MedR* 2000, 46-49 ("Reiki-Spende").

⁴⁷ *Schelling*, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10 *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilprG, Rdnr. 7.

vieler deutscher Städte und Länder Kurierverbote, die bei Zuwiderhandlungen zum Teil empfindliche Strafen vorsahen. Der Norddeutsche Bund hingegen führte 1869 die volle Kurierfreiheit ein: Lediglich die Berufsbezeichnung „Arzt“, nicht aber die heilkundliche Tätigkeit an sich wurde den medizinisch ausgebildeten Berufstätigen vorbehalten. Mit anderen Worten konnte jede(r) erlaubnisfrei die Heilkunde ausüben, und zwar „ohne Rücksicht auf Kenntnisse, Vorbildung, Erfahrung, Geschick“.⁴⁸

Diese Einführung der allgemeinen Kurierfreiheit war nicht unumstritten. Die Befürworter*innen (u.a. die Berliner Medizinische Gesellschaft) stützten sich im Wesentlichen auf die Entscheidungsfreiheit und Entscheidungsfähigkeit der Kranken, Behandler*innen ihres Vertrauens selbst zu wählen. Zudem seien die Verbote der Kurpfuscherei unwirksam gewesen; die Patient*innen hätten die „Heiler“ auch ungeachtet solcher Verbote aufgesucht. Die Gegner*innen argumentierten mit den fehlenden Beurteilungsmöglichkeiten des Individuums und den sich aus der Kurierfreiheit ergebenden Gefahren.⁴⁹ Schließlich setzte sich die liberalere Argumentation durch.⁵⁰ Die dafür maßgeblichen Bestimmungen wurden nach der Gründung des Kaiserreichs im Jahr 1871 beibehalten.

Vor diesem Hintergrund entwickelten sich naturarzneiliche (Pflanzenheilkunde, Homöopathie), hydrotherapeutische (Prießnitz, Kneipp) und lebensreformerische Ansätze (Vegetarismus, Nacktkultur), die in den zwanziger Jahren des letzten Jahrhunderts breite Bevölkerungskreise erfassten und zu einem erheblichen Zulauf zu nicht-approbierten Heilpraktiker*innen führten, so dass ihre Zahl in etwa so groß gewesen sein soll wie diejenige der approbierten Ärzteschaft (ca. 50.000). Insoweit gingen die gesundheitlichen und sozialen Probleme in der Weimarer Zeit einher mit einer „Vertrauenskrise in die Medizin“.⁵¹

⁴⁸ RG, Urt. v. 31.05.94 - Rep.1406/94, RGSt 25, 375 ff.

⁴⁹ Formulierungen wie: Ein „Kurpfuscher“ sei „prinzipiell als eine Art Betrüger anzusehen, der nur um des Gewinnes Willen und wider seiner besseren Überzeugung tätig sei“ wirken bis heute nach. Vgl. *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 3 bis 16

⁵⁰ *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“, S. 3 bis 16; *Schelling*, in: Spickhoff, Vorbemerkung HeilprG, Rdnrn. 1-2; *Sasse*, Der Heilpraktiker S. 24, schildert bereits damals Initiativen u.a. der Ärzteschaft zur Abschaffung der „Kurpfuscherei“

⁵¹ *Haug*, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

2. Die Zeit des Nationalsozialismus

In dieser Situation verfolgte der 1933 zur Macht gelangte Nationalsozialismus das Ziel, das Vertrauen der Bevölkerung in die Heilkunde zurückzugewinnen, um sie für ihre eigenen rassistischen und antisemitischen Zwecke zu vereinnahmen. Es sollte eine „umfassende, jede Wirkungsmöglichkeit ausschöpfende, neue deutsche Heilkunde“ entstehen, die einerseits eine „erbgesunde“, „germanische Rasse“ hervorbringen und gleichzeitig „lebensunwertes Leben“ (behinderte Kinder, Psychiatrie - „Insassen“) durch Zwangssterilisation und physische Vernichtung („Euthanasie“) „ausmerzen“ sollte.⁵²

Mit dieser Ideologie erreichte die Menschheit nicht nur ihren ethisch-moralischen Tiefpunkt. Die systematische Vernichtung ganzer Menschengruppen, insbesondere der Holocaust, ist zugleich die tiefste Verletzung allen Rechts. Daran waren (vermeintlich) Heilkundige wie Juristen maßgeblich beteiligt.⁵³ Der Diskurs über das Heilkunderecht ist deshalb mit einer klaren Distanzierung von jeglicher nationalsozialistischer Rechtsetzung zu führen.

An dieser Stelle muss die Geschichte der Naturheilkunde und der Heilpraktikerschaft vertieft werden:

Für die Ärzteschaft bedeutete die Neue Deutsche Heilkunde eine Aufwertung naturheilkundlicher Methoden. Um das Vertrauen der Bevölkerung zurückzugewinnen, wurden zahlreiche natur- und außenseiter-ärztliche Verbände (Kneippärztebund, Reichsverband der Naturärzte, Deutscher Zentralverband homöopathischer Ärzte u.a.) zur „Reichsarbeitsgemeinschaft für eine Neue Deutsche Heilkunde“ zusammengezogen⁵⁴, und es wurden in Stuttgart und Leipzig homöopathische Krankenhäuser gegründet. Das Rudolf-Heß-Krankenhaus in Dresden erhielt die Aufgabe „Schul- und Außenseitermedizin“ zu integrieren.⁵⁵

⁵² Fundstellen bei: *Haug*, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁵³ An der sog. Wannsee-Konferenz nahmen neun Juristen teil, darunter Roland Freisler. *Jasch/Kreutzmüller* (Hrsg.), Die Teilnehmer.

⁵⁴ *Haug*, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁵⁵ *Sasse*, Der Heilpraktiker S. 25 f.

Für die bis dahin nur lose verbundene Laienbewegung wurde 1933 der „Heilpraktiker Bund Deutschlands e.V.“ gegründet und damit unter die Kontrolle der Nationalsozialisten gestellt. Der Vorsitzende wurde als „Kommissar für das Heilgewerbe“ durch den Reichsminister des Inneren ernannt. Im Mai 1934 wurde der Name in „Heilpraktikerverbund Deutschlands, Reichsverbund e.V.“ umgeändert. Dadurch, dass sein Vorsitzender auf Vorschlag der NSDAP von dem Reichsinnenminister bestellt und abberufen werden konnte, sicherten sich die Nationalsozialisten den uneingeschränkten Einfluss auf die Satzung und die weiteren Geschäftstätigkeiten dieses Reichsverbundes. Die Satzung konnte beispielsweise mit Genehmigung des Reichsministeriums des Innern durch den Bundesleiter (Vorsitzender) geändert werden.⁵⁶ Ziel war „die Schaffung eines wehrtüchtigen, wehrwilligen, schaffensfrohen, an Leib und Seele gesunden Volkes“.⁵⁷

Bei diesen Entwicklungen blieb es nicht. Weder konnte sich die Alternativmedizin innerhalb des Ärztestandes etablieren, noch sollte sich die Heilpraktikerschaft zu einer eigenständigen Berufsorganisation entwickeln. Ab 1936 wurde die „Krise der Medizin“ zunehmend zu einer „Krise der charakterlichen Einstellung zu Volk und Rasse“ uminterpretiert.⁵⁸ 1937 erklärte der Reichsärztesführer Wagner, die Duldung der Heilpraktiker sei mit den Grundgedanken des Nationalsozialismus unvereinbar, nur der ärztliche Beruf könne die charakterliche Eignung zur Ausübung der Heilkunde gewährleisten.⁵⁹ So entstand 1939 das Heilpraktikergesetz unter seinem maßgeblichen Einfluss, und 1941 verlor die Homöopathie in Rudolf Heß durch dessen „Englandflug“ ihren mächtigsten Fürsprecher.⁶⁰

⁵⁶ Ehlers, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 3 bis 16 m.w.N.

⁵⁷ Nach Haug, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁵⁸ Haug, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁵⁹ Sasse, Der Heilpraktiker, S. 26; Haug, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁶⁰ Haug, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

Dem Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (HeilprG) vom 17.02.1939⁶¹ folgten am 18.02.1939 eine erste⁶² und am 03.07.1941 eine zweite⁶³ Durchführungsverordnung (HeilprGDV_1 und _2).

Die zu Beginn dieser Veröffentlichung angegebenen drei Kernsätze des Heilpraktikergesetzes entstammen diesem Gesetz: Mit § 1 Abs. 2 HeilprG wurde der Begriff der Heilkunde, mit § 1 Abs. 1 HeilprG ein staatlicher Erlaubnisvorbehalt für Personen ohne ärztliche Approbation und mit § 5 HeilprG eine Sanktionierung von Verstößen durch Geld- oder Freiheitsstrafe eingeführt.

Dieses Gesetz hatte von Anfang an einen ambivalenten Charakter.⁶⁴ Einerseits handelt es sich um die erste gesetzliche Bestätigung der Existenz des Heilpraktikerstandes. Andererseits diente das neue Gesetz zugleich seiner Abschaffung: Wer bisher schon den Beruf ausgeübt hatte, musste eine Erlaubnis beantragen, die wegen „nicht deutschen oder artverwandten Blutes“ oder fehlender „politischer Zuverlässigkeit“ versagt werden konnte. Wer den Beruf bisher noch nicht ergriffen hatte, sollte die Erlaubnis nur in „besonders begründeten Ausnahmefällen“ erhalten. Dem Ziel der Abschaffung des Heilpraktikerberufs entsprechend wurde es durch § 4 HeilprG verboten, Schulen und Ausbildungsstätten zu betreiben. Es gab auch keine berufsqualifizierenden Regelungen, die fachliche Voraussetzungen für den ausnahmsweisen Erwerb der Erlaubnis vorsahen. Die Heilpraktikererlaubnis sollte nicht als „kleine Approbation“ missverstanden werden.⁶⁵ Jedem Eindruck einer staatlichen

⁶¹ Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz) vom 17.02.1939 (RGBl. I S. 251) (17.02.1939).

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutsches_Reichsgesetzblatt_39T1_030_0251.jpg

⁶² Erste Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz vom 18.02.1939, RGBl. I (18.02.1939), S. 259
https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutsches_Reichsgesetzblatt_39T1_030_0259.jpg

⁶³ Zweite Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz vom 3. Juli 1941 (RGBl. I S. 368) -, RGBl. I (03.07.1941), S. 368

https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutsches_Reichsgesetzblatt_41T1_074_0368.jpg

⁶⁴ Es sei – so formulierte es Goebbels` Zeitung „Das Reich“ – „Wiege und Grab eines Berufsstandes zugleich“. Nach: *Haug*, "Neue Deutsche Heilkunde", Dt. Ärztebl. 1989, A-1021-1026.

⁶⁵ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 67 f. *Sasse*, *Der Heilpraktiker* S. 24-28; *Schelling*, in: *Spickhoff*, *Vorbemerkung HeilprG*, *Rdnrn.* 1-2.

Anerkennung des Heilpraktikerberufs wurde somit entgegengewirkt. Auch die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker“ zu führen, wurde aus diesem Grund verpflichtend.⁶⁶

Zur Begründung wurde ausgeführt, aufgrund der nahezu unbeschränkten Kurierfreiheit habe es nicht ausbleiben können, dass sich „auch fachlich unfähige und charakterlich minderwertige Personen auf diesem Gebiete betätigten und durch unzweckmäßige Behandlungsmethoden gesundheitlichen Schaden anrichteten“.⁶⁷ Derartige Formulierungen, insbesondere die Bezeichnung als möglicherweise minderwertige Personen, machen deutlich, dass Heilpraktiker*innen durch das Gesetz keineswegs privilegiert, sondern eher unter Generalverdacht gestellt werden sollten.

Das HeilprG findet heute noch Anwendung. Mögliche Gesundheitsschäden sind inzwischen der einzige Rechtfertigungsgrund für die Erlaubnispflicht der heilkundlichen Tätigkeit.⁶⁸ Die Erteilung der Erlaubnis geschieht allerdings nicht ausnahmsweise, sondern unter dem umgekehrten Vorzeichen, dass nunmehr ein Anspruch auf die Erteilung einer Heilpraktikererlaubnis besteht.⁶⁹ Mit diesem Paradigmenwechsel ist nicht jede Diskussion über die Fortsetzung nationalsozialistischer Rechtsetzung obsolet. Verfehlt ist es, das HeilprG von 1939 als „nicht für den Nationalsozialismus typisch“ zu bezeichnen.⁷⁰ Die Vorstellung von „minderwertigen Personen“ ist dafür nur ein Beleg. Das Gesetz diente zweifellos auch der Durchsetzung der rassistisch-antisemitischen und totalitären Ideologie: § 2 Abs. 1c) HeilprGDV_1 enthielt von Anfang an den Ausschluss von Personen wegen „nicht deutschen und artverwandten Blutes“ und § 2 Abs. 1f) HeilprGDV_1 das Merkmal der „politischen Unzuverlässigkeit“. Wegen ihres nationalsozialistischen Charakters wurden diese

⁶⁶ § 1 Abs. 3 HeilprG

⁶⁷ *Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 50, S. 2* (Hrsg.), Amtliche Begründung zu dem Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), <https://digi.bib.uni-mannheim.de/viewer/reichsanzeiger/film/027-8468/0433.jp2> (besucht am 20.02.2020).

⁶⁸ § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1; 3. Teil: A.1 Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, S. 83

⁶⁹ 1. Teil: B.3.2 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.1957, S. 27

⁷⁰ so aber: *Ehlers, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“* S. 13

Bestimmungen durch ein Gesetz des Alliierten Kontrollrats bereits 1945 für unwirksam erklärt.⁷¹

3. Die Nachkriegszeit

3.1 Fortgeltung bestehenden Rechts

Das am 23.05.1949 in Kraft getretene Grundgesetz sieht in Art. 123 Abs. 1 GG die Fortgeltung des bis dahin bestehenden Rechts vor, soweit es dem Grundgesetz nicht widerspricht. Nachdem der Alliierte Kontrollrat bis zum ersten Zusammentreffen des Deutschen Bundestages am 07.09.1949 nur die o.a. Bestimmungen, nicht aber das HeilprG insgesamt für unwirksam erklärt hatte, wurden seine Vorschriften gem. Art 125 GG gültiges Bundesrecht. Heilpraktiker*innen gehören zu den „anderen Heilberufen“ des Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG und sind damit Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung.⁷²

Zu dem Recht i.S.d. Art. 123 GG gehören auch untergesetzliche Normen, so dass die von den Nationalsozialisten erlassenen Durchführungsverordnungen ebenso fortgelten. Allerdings sieht Art. 129 Abs. 3 GG insoweit eine Einschränkung vor, als derartige Rechtsvorschriften, die zu ihrer Änderung oder Ergänzung oder zum Erlass von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen ermächtigen, erloschen sind.⁷³

3.2 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.1957

Der Rechtsprechung obliegt seitdem die Entscheidung darüber, ob und inwieweit das HeilprG und seine Durchführungsverordnungen dem Grundgesetz widersprechen. Die erste höchstrichterliche Entscheidung erging durch das Bundesverwaltungsgericht⁷⁴ am 24.01.1957. Sie prägte von nun an das gesamte Heilpraktikerrecht. Entscheidende Bedeutung kam der Gewährleistung der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG zu.

⁷¹ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen Fußn. 78

⁷² Konkurrierende Gesetzgebung bedeutet nach Art. 72 GG den Verlust der Gesetzgebungszuständigkeit der Länder, soweit der Bund von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 17 ff.

⁷³ 2. Teil: A.2 Überprüfung am Maßstab der Übergangsbestimmungen, S. 52

⁷⁴ *BVerwG*, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, *BVerwGE* 4, S. 250.

Der 1882 geborene Kläger hatte seit 1928 den Heilpraktikerberuf ausgeübt. Nach Einführung des Heilpraktikergesetzes im Jahre 1939 stellte er am 1. März 1939 den Antrag auf Zulassung zur berufsmäßigen Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung als Arzt, der jedoch am 5. Mai 1943 abgelehnt wurde, weil der Kläger im Jahre 1940 wegen berufsfahrlässiger Tötung zu sechs Monaten Gefängnis rechtskräftig verurteilt worden war. Nach dem Ende der Nazi-Herrschaft gestattete das Gesundheitsamt ihm vorübergehend die Ausübung der Heilkunde, wiederholte Anträge auf endgültige Genehmigung wurden jedoch abgelehnt. Hiergegen erhobene Klagen wurden mehrfach abgewiesen. Da der Kläger jedoch die Heilkunde weiterhin ausübte, wurde er vom Amtsgericht Charlottenburg wegen Vergehens gegen die §§ 1 und 5 des HeilprG zu einer Gefängnisstrafe von drei Monaten verurteilt. Das Strafverfahren wurde später auf Grund einer Amnestie eingestellt. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht erging aufgrund eines erneuten Antrags aus dem Jahr 1951. Die erste Instanz hatte den ablehnenden Bescheid aufgehoben, aber im Übrigen die Klage abgewiesen. Die zweite Instanz gab dem Antrag auf Erteilung der Heilpraktikererlaubnis statt, ließ zugleich aber die Revision zu.

Dort argumentierte die Behördenseite, einen Heilpraktikerberuf im Sinne des Art. 12 GG gebe es nicht und habe es auch nie gegeben, denn das Wort „Heilpraktiker“ sei eine „bloße Sammelbezeichnung für eine große Vielzahl völlig heterogener Heilbehandler“. Das Bundesverwaltungsgericht äußerte dagegen, unter dem Begriff des Berufes i.S.d. Art. 12 GG sei jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehend der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienende Betätigung zu verstehen. Eine solche Tätigkeit wolle der Kläger ergreifen. Auf die "rechtlich und soziologisch wesentliche innere Homogenität der Berufsangehörigen" komme es nicht an. Überdies habe der Gesetzgeber in § 1 Abs. 1 HeilprG den Beruf des Heilpraktikers selbst dahin erläutert, dass er die Ausübung der Heilkunde ohne ärztliche Bestallung zum Gegenstand habe. In § 1 Abs. 2 HeilprG habe er sodann bestimmt, was unter Ausübung der Heilkunde zu verstehen sei. Auf Grund dieser gesetzlichen Umgrenzung lasse sich jederzeit feststellen, wer ein Heilpraktiker ist.

Daraufhin argumentierte die Revision mit dem Ziel des aus dem Nationalsozialismus stammenden Gesetzes, den Beruf des Heilpraktikers abzuschaffen. Die in den §§ 1 Abs. 3, 2

Abs. 1 HeilprG, § 1 Abs. 1 der HeilprGDV_1 enthaltene Regelung ziele darauf ab, für die Ausübung der Heilkunde am Menschen ein abgeschlossenes medizinisches Studium zu verlangen. Die Aufstellung eines solchen Erfordernisses verletze das in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Grundrecht der freien Berufswahl nicht.

Dazu äußerte das Bundesverwaltungsgericht, das Grundrecht der freien Berufswahl hindere den Gesetzgeber nicht daran, unter dem Gesichtspunkt der Regelung einer Berufsausübung die Berufsaufnahme von einer Erlaubnis (der Berufszulassung) und die Erteilung der Erlaubnis von der Erfüllung bestimmter Voraussetzungen abhängig zu machen. Diese Befugnis des Gesetzgebers werde auch durch die Vorschrift des Art. 19 Abs. 2 GG dann nicht ausgeschlossen, wenn der Zugang zum Beruf von Voraussetzungen abhängig gemacht werde, auf die der Bewerber selbst Einfluss nehmen könne, z.B. von einer bestimmten Vorbildung. Der Gesetzgeber sei also rechtlich dazu in der Lage, für die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ein abgeschlossenes medizinisches Studium zu verlangen.

Nun habe aber das Heilpraktikergesetz die Frage der Kurierfreiheit nicht in einem solchen entschiedenen und eindeutigen Sinne gelöst. Es sehe vielmehr in § 1 Abs. 1 HeilprG die Möglichkeit vor, die Heilkunde ohne ärztliche Bestallung weiter auszuüben, und knüpfe sie an eine Erlaubnis, deren Voraussetzungen für diejenigen, welche die Heilkunde bisher berufsmäßig ausgeübt hatten, in § 1 Abs. 3 des Gesetzes in Verbindung mit den beiden Durchführungsverordnungen näher geregelt wurden. Das Heilpraktikergesetz enthalte auch kein Verbot dahin, dass künftig Personen ohne ärztliche Bestallung zur Ausübung der Heilkunde nicht mehr zugelassen werden dürften. Vielmehr könnten nach § 2 Abs. 1 HeilprG auch solche Personen, welche die Heilkunde bisher berufsmäßig nicht ausgeübt hätten, die Erlaubnis hierzu erhalten, allerdings "nur in besonders begründeten Ausnahmefällen".

Mit diesen Ausführungen wurde der Grundstein für das heutige Heilpraktikerrecht - mit anderen Worten das Nebeneinander von zwei Heilkundeberufen - gelegt, verbunden mit der Aussage, der Gesetzgeber könne auch anders entscheiden.

Nun war allerdings entsprechend der im Nationalsozialismus herrschenden Ideologie die Erteilung der Erlaubnis völlig in das Ermessen der entscheidenden Behörden gestellt. Sie

konnten ungeachtet des Vorliegens der persönlichen Zulassungsvoraussetzungen wie u.a. der sittlichen Zuverlässigkeit einen „besonders begründeten Ausnahmefall“ annehmen oder auch nicht. Dies widersprach der in Art. 12 GG verankerten Grundfreiheit auf Wahl und Ausübung des Berufs. Dies habe, so das Bundesverwaltungsgericht weiter, aber nicht zur Folge, dass § 2 Abs. 1 HeilprG überhaupt ungültig geworden sei. Vorschriften, die mit dem geltenden Verfassungsrecht in mancher Hinsicht nicht mehr vereinbar seien, müssten nunmehr in einem Sinn ausgelegt und angewendet werden, der rechtsstaatlichen Grundsätzen entspreche (sog. Verfassungskonforme Auslegung). „Nach diesen Grundsätzen besitzt jeder Berufsbewerber, der die durch das Gesetz vorgeschriebenen, das Grundrecht der Freiheit der Berufswahl nicht in seinem Wesensgehalt antastenden Voraussetzungen zur Zulassung erfüllt, einen Rechtsanspruch auf die Erteilung der Berufserlaubnis.“

So wurde aus verfassungsrechtlichen Gründen das primäre Ziel des HeilprG (Abschaffung des Heilpraktikerberufs) in sein Gegenteil verkehrt: Jeder Person ist grundsätzlich die Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz zu erteilen. Nach § 2 Abs. 1 HeilprGDV⁷⁵ wird die Erlaubnis nur dann nicht erteilt, wenn die Person das Mindestalter⁷⁶ nicht erfüllt, keinen Schulabschluss⁷⁷ vorweisen kann, sittlich unzuverlässig⁷⁸ oder gesundheitlich ungeeignet⁷⁹ ist. Ferner wird die Erlaubnis nicht erteilt, wenn sich aus einer Überprüfung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten durch das Gesundheitsamt ergibt, dass die Ausübung der Heilkunde durch die betreffende Person eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung oder für die sie aufsuchenden Patient*innen bedeuten würde.⁸⁰

⁷⁵ Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), BGBl (23.12.2016), I, 3191.

⁷⁶ § 2 Abs. 1 S. 1 a) HeilprGDV₁; *Schelling*, in: Spickhoff, HeilprGDVO₁, § 2 a), Rdnr. 2.

⁷⁷ § 2 Abs. 1 S. 1 d) HeilprGDV₁; der dort genannte Volksschulabschluss entspricht einem ersten allgemeinbildendem (Haupt-) Schulabschluss

⁷⁸ § 2 Abs. 1 S. 1 f) HeilprGDV₁; *Schelling*, in: Spickhoff, HeilprGDV₁, § 2 f), Rdnr. 5; *VG München*, Urt. v. 12.04.16 - M 16 K 15.3571 -.

⁷⁹ § 2 Abs. 1 S. 1 g) HeilprGDV₁; *BVerwG*, Urt. v. 13.12.12 - 3 C 26/11, MedR 2014, 506 ff. Blindheit ist kein Versagungsgrund

⁸⁰ § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV₁; zur Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift: 2. Teil: Anforderungen an Neuregelungen des vorkonstitutionellen Heilpraktikerrechts, S. 49

Maßstäbe, welche Kenntnisse und Fähigkeiten dieses Kriterium erfüllen könnten, setzte die Entscheidung nicht. Der Kläger konnte sein Ziel aus einem anderen Grund nicht erreichen: ihm fehlte wegen des begangenen Tötungsdelikts und der Ausübung der Heilkunde ohne Erlaubnis die notwendige Zuverlässigkeit.⁸¹

4. Aktuelle Entwicklungen

4.1 Diskussionen um die umfassende Heilpraktikererlaubnis

Trotz heftiger Kritik von Anfang an, durch die veränderte Verfassungslage sei das Heilpraktikergesetz „in seiner Grundkonzeption aus den Angeln gehoben und nur noch als Trümmerwerk anzusehen“,⁸² wurde diese Entscheidung durch das Bundesverfassungsgericht bestätigt.⁸³ Der Rechtsanspruch für jede Person auf Erteilung einer Heilpraktikererlaubnis ist also mittels verfassungskonformer Auslegung des HeilprG durch die Rechtsprechung entstanden. Sie hat bislang den Fortbestand nichtärztlicher Heilkunde garantiert.⁸⁴ Die juristische Literatur ist der verfassungsrechtlichen Argumentation gefolgt – nicht ohne den häufig anzutreffenden Zusatz, der Gesetzgeber könne, solle oder müsse die Materie anders regeln.⁸⁵

Die politischen Aktivitäten der unterschiedlichsten Gruppen gipfelten stets in dem einen Extrem, den Heilpraktikerberuf ganz abzuschaffen, oder in dem anderen, einen staatlich anerkannten Gesundheitsberuf mit Ausbildungsvorschriften und staatlicher Prüfung zu normieren, mindestens aber den Status Quo zu fixieren.

⁸¹ BVerwG, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, BVerwGE 4, S. 250.

⁸² Nachweise bei: *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen Fußn. 90; *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

⁸³ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.; BVerfG, Beschl. v. 24.10.94 - 1 BvR 1016/89 -; BVerfG, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1006/99 -, MedR 1999, S. 461 = NJW 1999, 2729.; BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.

⁸⁴ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 71

⁸⁵ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145; *Taupitz*, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", NJW 1991, S. 1505; *Haage*, in: Haage, Einl Rdnr. 10; *Sasse*, Der Heilpraktiker; *Pelchen/Häberle*, Heilpraktikergesetz, in: Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze.; *Pelchen/Häberle*, Vorb. HeilprG Rdnr. 4, in: Erbs/Kohlhaas/Häberle, Strafrechtliche Nebengesetze, Vorb. HeilprG Rdnr. 4.

Bereits 1954 und somit vor der hier besprochenen Entscheidung brachte der Abgeordnete *Ehren* mit Kollegen den Entwurf eines Heilpraktikergesetzes ein, mit dem die Ausübung der Heilkunde durch Nichtärzte zwar erlaubnispflichtig, aber eben nicht auf besonders begründete Ausnahmefälle beschränkt bleiben sollte. Auch die Heilpraktikerschulen sollten wieder eingeführt werden. Rückblickend entspricht dieser Entwurf am ehesten dem heutigen Status Quo.⁸⁶

In die entgegengesetzte Richtung fasste der 72. Deutsche Ärztetag am 14.5.1969 die EntschlieÙung, der Gesetzgeber möge durch Maßnahmen dafür sorgen, dass klare, dem Schutze des einzelnen und der Allgemeinheit dienende Regelungen auch in der Bundesrepublik diejenigen Voraussetzungen festlegen, „die in der übrigen zivilisierten Welt für die eigenverantwortliche Ausübung der Heilkunde als selbstverständlich gelten“. Ohne die Festlegung eines Ausbildungsminimums für Heilpraktiker werde in der Bevölkerung der Eindruck erweckt, „als handele es sich bei den staatlich zugelassenen Heilpraktikern um Heilbehandler mit besonderer staatlich geregelter Ausbildung.“ Das HeilprG schütze „Personen, die einen Heilpraktiker aufsuchen, nicht vor dem Irrtum, einer in der Heilkunde hinreichend ausgebildeten Person gegenüber zu stehen.“ Kein Verständnis brachte der Deutsche Ärztetag dafür auf, dass „der Staat ein Gesetz bestehen lässt, dass der Öffentlichkeit das Vorhandensein eines außerhalb der Ärzteschaft stehenden qualifizierten Heilpraktikerstandes vortäuscht und so zu einer Irreführung der Bevölkerung über die Qualifikation der Heilpraktiker beiträgt.“⁸⁷

Rund 25 Jahre später äußerte der damalige bayerische Sozialminister Glück auf der 50. Tagung für Naturheilkunde 1993 die Ansicht, dass „allen Versuchen, den Besitzstand des Berufes zu beschneiden oder auszuhöhlen, entgegengetreten werde“. Die Rolle der Heilpraktiker für das Gesundheitswesen „könne nicht hinweggedacht“ werden.⁸⁸

⁸⁶ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

⁸⁷ zit. in: *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 18 f.

⁸⁸ zit. in: *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 18 f.

Das Pendel, so scheint es dem Unterzeichner, schlug mit dem sog. Brüggen-Bracht-Fall wieder in die andere Richtung. In dem niederrheinischen Dorf hatte ein Heilpraktiker „alternative“ Krebsbehandlungen durchgeführt und dabei seinen Patient*innen Infusionen mit der ungeprüften Substanz 3-Bromopyruvat verabreicht. Die behördliche Untersagung seiner Tätigkeit als Heilpraktiker erwies sich als rechtlich schwierig.⁸⁹ Inzwischen wurde der Täter wegen fahrlässiger Tötung in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit fahrlässigen Herstellens verfälschter Arzneimittel zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde.⁹⁰

Bei der Aufarbeitung dieses Falles zeigt sich – so ist die persönliche Meinung des Gutachters - dass es immer wieder vergleichbare Fälle gegeben hat, der Berufsstand der Heilpraktiker*innen jedoch als solches nie in Bezug auf eine mögliche Schadenshäufigkeit, ihre Ursachen und Intensität untersucht wurde.⁹¹ Ebenso unklar ist, wie oft Heilpraktiker*innen aufgesucht werden, welche Behandlungsmethoden sie einsetzen und wie ihr oder das Verhältnis ihrer Patient*innen zur Schulmedizin ist.⁹² Die unklare Datenlage ist erst mit diesem Fall wieder in das öffentliche Bewusstsein gedrungen.⁹³ Selbst die Zahl der in Deutschland tätigen Heilpraktiker*innen schwankt in den bekannten Erhebungen deutlich: Angeblich soll das Statische Bundesamt aus verschiedenen Befragungen errechnet haben, dass es 2019 etwa 46.000 Heilpraktiker*innen gegeben haben soll.⁹⁴ Diese Zahl entspricht in etwa der Angabe des Bundesministeriums für Gesundheit, wonach es im Jahr 2014 etwa 43.000 Beschäftigte in den Berufen der Heilkunde und der Homöopathie gegeben haben soll. Für dasselbe Jahr hatte das Statistische Bundesamt 15.651 Heilpraxen mit 25.794

⁸⁹ *VG Düsseldorf*, Beschl. v. 12.10.17 - 7 L 2292/17, MedR 2018, 589-592 m. Anm. Stock / Schmitz 592-593.

⁹⁰ *LG Krefeld 2. Große Strafkammer*, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

⁹¹ Anhang: Forschungsfragen, S. 289

⁹² Bericht der Landesregierung von Nordrhein-Westfalen zum Themenbereich "Berufsbild Heilpraktiker - Sicherheit der Bevölkerung gewährleisten" (30.08.2019), LT-Drucks. 17/2346

⁹³ frühere Erhebungen bei: *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 25-44

⁹⁴ *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020).

beschäftigten Personen und einem Gesamtumsatz von gut 1 Milliarde Euro ermittelt.⁹⁵ Laut der Einkommenssteuerstatistik dieses Amtes waren 1995 nur 6.127 Heilpraktiker*innen einkommenssteuerpflichtig, im Jahr 2014 waren es 24.824 und im Jahr 2016 mehr als 27.100. Der Fachverband Deutscher Heilpraktiker e.V. fand in einer Umfrage unter seinen rund 7.000 Mitglieder*innen heraus, dass „der typische Heilpraktiker“ zu 74 Prozent weiblich, zwischen 40 und 60 Jahre alt ist, in einer Kleinstadt oder im ländlichen Raum wohne und im Vollerwerb bis zu 30 Patient*innen pro Woche behandle.⁹⁶

In der Sache forderte das „Münsteraner Memorandum Heilpraktiker“ 2017⁹⁷ den Gesetzgeber zum Handeln auf. Die 17 versammelten Wissenschaftler*innen schlugen zwei Lösungsansätze vor: entweder solle es eine „Abschaffungslösung“ oder eine „Kompetenzlösung“ geben. Mit der „Abschaffungslösung“ solle der Beruf der Heilpraktiker*innen annulliert werden.⁹⁸ Mit der „Kompetenzlösung“ könne er zum staatlich anerkannten Heilberuf mit wissenschaftlicher Ausbildung und staatlicher Prüfung werden.

Erstmals in der langen Geschichte des Heilpraktikerrechts kam es 2017 zu einer Normsetzung durch den Gesetzgeber, die im Jahr 2018 ihren vorläufigen Abschluss gefunden hat. Diese Neuregelungen werden hier einer eingehenden verfassungsrechtlichen Überprüfung unterzogen.⁹⁹

⁹⁵ *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020) Die Zahlen blieben 2018 annähernd gleich: *Statistisches Bundesamt*, Kostenstruktur bei Einrichtungen des Gesundheitswesens im Jahr 2018, Fachserie 2 Reihe 1.6.6, https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-2.html (besucht am 14.03.2021).

⁹⁶ *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020) m.w.N.

⁹⁷ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker; *Schöne-Seifert*, Weg mit der staatlichen Lizenz für Heilpraktiker!, MMW 2017, S. 35.

⁹⁸ *Schöne-Seifert*, Weg mit der staatlichen Lizenz für Heilpraktiker!, MMW 2017, S. 35.

⁹⁹ 2. Teil: Anforderungen an Neuregelungen des vorkonstitutionellen Heilpraktikerrechts, S. 49

4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse

Die neueste Rechtsprechung¹⁰⁰ vom 10.10.2019 bestätigt, dass nach derzeitigem Stand die Ausübung der Heilkunde und damit auch die Erlaubnis nach dem HeilprG auf einen Sektor beschränkbar ist.¹⁰¹ Schon zuvor konnte eine sog. sektorale Heilkundeerlaubnis für die Gebiete der Psychotherapie und der Physiotherapie¹⁰² erworben werden; Mit der erwähnten Entscheidung ist diese Möglichkeit auch für die Logopädie eröffnet.¹⁰³ Ob auch die eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit in der Ergotherapie einer solchen Erlaubnis bedarf, hängt von der Frage ab, ob damit eine unmittelbare Gesundheitsgefahr verbunden sein könnte.¹⁰⁴ Für die Podologie scheint das der Fall zu sein.¹⁰⁵ Die Osteopathie hingegen bildet nach der dritten Entscheidung dieses Tages keinen hinreichend ausdifferenzierten und abgrenzbaren Sektor, so dass eine darauf beschränkte Erlaubnis vorerst nicht erteilt werden kann.¹⁰⁶ Eine Entscheidung zur Chiropraktik steht noch aus.¹⁰⁷

Bevor diese Entwicklung im Einzelnen nachvollzogen wird, muss hier vorab festgestellt werden, dass dies erhebliche Auswirkungen sowohl auf das Berufsbild der Gesundheitsfachberufe als auch auf das Berufsfeld der nichtärztlichen Heilkundeausübung hat: neben die Physiotherapeut*in tritt nun eine Person, die entgegen den berufsrechtlichen Vorschriften zusätzlich ihren Beruf auch arzt-unabhängig und weisungsfrei ausüben kann. Neben das Bild einer Person mit rechtlich umfassender Heilkundeerlaubnis tritt nun eine, die auf ihrem Sektor schulmedizinische und alternativ-heilkundliche Methoden einsetzen darf – jedenfalls ist kaum erkennbar und zu rechtfertigen, dass für Inhaber*innen einer solchen sektoralen Heilkundeerlaubnis die Therapie- und Methodenfreiheit nicht gelten soll.

¹⁰⁰ dazu kritisch; *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

¹⁰¹ BVerwG, Urt. v. 21.01.93 - 3 C 34.90 -, BVerwGE 91, 356 ff. 1993.

¹⁰² BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

¹⁰³ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

¹⁰⁴ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

¹⁰⁵ VG Gera, Urt. v. v. 08.02.19 - 3 K 705/14 Ge -.

¹⁰⁶ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris.

¹⁰⁷ BVerwG - 3 C 17/19 -

Diese Entwicklung hat grundrechtliche Auswirkungen sowohl auf die Situation der Patient*innen als auch auf diejenige der Berufstätigen. Den einheitlichen Berufsstand der Heilpraktiker*innen gibt es so nicht mehr. Deshalb wird in dieser Untersuchung von den (verschiedenen) Heilpraktikerberufen gesprochen und, wo es ausschließlich um diese geht, von sektoralen Heilkundeerlaubnissen.

4.2.1. Psychotherapie

4.2.1.1 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.02.1983

„Psychotherapie ist Ausübung der Heilkunde“. Deshalb entschied das Bundesverwaltungsgericht¹⁰⁸ im Jahre 1983, dass ein Diplom-Psychologe, der eine entsprechende berufliche Tätigkeit ohne ärztliche Kontrolle oder Weisung ausüben wolle, der Erlaubnis nach dem HeilprG bedürfe.¹⁰⁹ Das Psychotherapeutengesetz gab es damals noch nicht. Auch eine sektorale Beschränkung der Heilpraktikererlaubnis war noch nicht möglich. Deshalb war der Kläger einer Überprüfung unterzogen worden, die sich in ihrem ersten Teil auf die Abgrenzung des Heilpraktikerberufs von dem Arztberuf bezog; insoweit waren die Kenntnisse des Klägers nicht zu beanstanden. Im zweiten Teil der Überprüfung, der sich auf Hepatitis, Sterilisation von Instrumenten, Diphtherie, Masern, Anatomie der Wirbelsäule und Leptospirosen bezog, konnte der Kläger nur unzureichende Kenntnisse vorweisen. Er vertrat den Standpunkt, für eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Psychotherapie seien diese und andere umfassende heilkundliche Kenntnisse nicht erforderlich, im Ergebnis mit Erfolg.

Das Bundesverwaltungsgericht hob hervor, weder das HeilprG noch die dazu ergangenen Durchführungsverordnungen schrieben vor, in welcher Form und in welchem Umfang die Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Heilpraktikeranwärters im Hinblick auf den Schutz der Volksgesundheit durchzuführen sei. Nach den aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG herzuleitenden rechtsstaatlichen Erfordernissen an einen normativen Eingriff in die freie Berufswahl könnten Bedenken gegen eine derartig pauschale Regelung, die Art und Umfang

¹⁰⁸ BVerwG, Urt. v. 10.02.83 - 3 C 21/82 -, NJW 1984, 1414 ff.

¹⁰⁹ zum Rechtszustand vor dieser Entscheidung: BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

der Überprüfung dem Ermessen der Verwaltung überlasse, erhoben werden. Im Hinblick darauf, dass es sich bei dem HeilprG um vorkonstitutionelles Recht handele, ziehe der erkennende Senat jedoch eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift einer etwaigen Nichtigkeitserklärung vor. Dem Senat erscheine es freilich dringend geboten, dass der Gesetzgeber eine Konfliktlösung herbeiführe.

Noch hielt der damalige Senat an seiner Auffassung fest, die verfassungskonforme Anwendung der Vorschrift könne nicht dazu führen, die Heilpraktikererlaubnis auf einen Sektor oder auf einzelne heilkundliche Tätigkeiten – hier der Psychotherapie - zu beschränken. Vielmehr müsse sich die Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Klägers auf die Abgrenzung heilkundlicher Tätigkeit, insbesondere im psychotherapeutischen Bereich, gegenüber der den Ärzt*innen und den allgemein als Heilpraktiker tätigen Personen vorbehaltenen heilkundlichen Behandlungen beziehen. Er müsse ferner ausreichende diagnostische Fähigkeiten in Bezug auf das einschlägige Krankheitsbild haben und die Befähigung besitzen, die Patient*innen entsprechend der Diagnose psychotherapeutisch zu behandeln. Ob das Vorhandensein dieser Kenntnisse nach einem Psychologiestudium und einer anschließenden psychotherapeutischen Ausbildung nicht ohnehin unterstellt werden könne, ließ das Gericht offen. Die Berufungsinstanz hatte bereits festgestellt, dass der Kläger für die heilkundliche Ausübung der Psychotherapie qualifiziert sei.

4.2.1.2 Erster Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988

Mit einer von drei Entscheidungen, die es am 10.05.1988 traf, bestätigte das Bundesverfassungsgericht¹¹⁰ die bis dahin ergangene Rechtsprechung nicht nur zur Fortgeltung des Heilpraktikerrechts, sondern auch zur Notwendigkeit der Erlaubniserteilung

¹¹⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

für Psycholog*innen.¹¹¹ Dieser Teil der Entscheidung wird hier erörtert; ihr zweiter Teil betrifft die Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen und wird später vorgestellt.¹¹²

Einer der Kläger meinte, es verstoße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, Heilpraktiker*innen und heilberuflich tätige Diplom-Psycholog*innen trotz der Unterschiede in Berufsbild, Berufsausbildung und Anforderungsprofil gleichermaßen dem Erlaubniszwang des § 1 Abs. 1 HeilprG zu unterwerfen. Er müsse sich diskriminiert fühlen, wenn er an einem Gesetz gemessen werde, das sich nicht nur auf einen anderen Beruf beziehe, sondern dessen Zweck es sogar gewesen sei, die nicht qualifizierte Heilbehandlung zu erfassen und ihr ein baldiges Ende zu bereiten.

Demgegenüber entschied das Bundesverfassungsgericht, der Erlaubniszwang nach dem HeilprG sei eine zulässige Beschränkung der durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit nichtärztlicher Psychotherapeuten. Das Ziel des Gesetzes, die Volksgesundheit durch einen Erlaubniszwang für Heilbehandler ohne Bestallung zu schützen, sei durch Art. 12 Abs. 1 GG gedeckt. Es widerspreche daher nicht dem Grundgesetz. Bei der Gesundheit der Bevölkerung handele es sich um ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut, zu dessen Schutz eine solche subjektive Berufszulassungsschranke nicht außer Verhältnis stehe. Zwar sei die ursprüngliche, auf die Beseitigung des Heilpraktikerstandes gerichtete Funktion des Gesetzes durch die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes in jahrzehntelanger Praxis vollzogene Umgestaltung des § 2 Abs. 1 HeilprG von einer repressiven Ausnahmevorschrift zu einer Anspruchsnorm wesentlich geändert worden. Der mit dem Erlaubniszwang verfolgte Zweck, Patient*innen keinen ungeeigneten Heilbehandler*innen auszuliefern, behalte aber seine Berechtigung und verleihe den verbleibenden Vorschriften nach wie vor einen vom Willen des Gesetzgebers gedeckten Sinn. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ergäben sich daher keine Einwände gegen ihre Fortgeltung.

¹¹¹ weitere Entscheidungen: *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvL 8/82, *BVerfGE* 78, 165 ff. = *NJW* 1988, 2293 ff. Ausschluss der Diplom-Psycholog*innen von der kassenärztlichen Versorgung; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, *BVerfGE* 78, S. 155 = *MedR* 1988, 304-306. Ausschluss der Heilpraktiker*innen von der kassenärztlichen Versorgung

¹¹² 2. Teil: A.2.2.2.1 Zweiter Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988, S. 56

Auch die Anwendung des somit weiterhin gültigen § 1 Abs. 1 HeilprG auf psychotherapeutisch tätige Diplom-Psycholog*innen sei mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Sie führe insbesondere nicht zu einer verfassungswidrigen Veränderung oder Festlegung eines vorgegebenen Berufsbildes.

Art. 12 Abs. 1 GG erfasse nicht nur die Berufe, die sich in bestimmten, traditionellen oder sogar rechtlich fixierten Berufsbildern darstellten, sondern auch die vom Einzelnen frei gewählten untypischen (erlaubten) Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen. Lege der Gesetzgeber ein Berufsbild fest, sei er nicht starr an bestehende, traditionelle Vorprägungen gebunden, sondern durchaus befugt, modifizierende Regelungen zu treffen und überkommene Berufsbilder zu ändern. Dabei müsse er allerdings beachten, dass er mit solchen Regelungen in die durch Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Berufsfreiheit eingreife. Er dürfe daher nicht nur willkürfrei handeln, sondern müsse auch die für dieses Grundrecht geltenden besonderen Ausprägungen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachten und das schutzwürdige Vertrauen der in überkommenen Berufen Tätigen berücksichtigen.

Diese Anforderungen seien hier erfüllt. Gesetzliche Berufsbildfixierungen müssten dem Sachverhalt, den sie erfassten, und seinen Veränderungen gerecht werden. Eine aus Art. 12 Abs. 1 GG folgende Anpassungspflicht setze also voraus, dass bereits gesetzliche Berufsbildregelungen bestehen. Das sei hier aber - zumindest weitgehend - gerade nicht der Fall. Das HeilprG erfasse ein Berufsfeld, ohne nach Aus- und Vorbildung oder Berufsbildern zu differenzieren. Ein grundrechtswidriger, die autonome Entwicklung eines Berufsbildes willkürlich beeinträchtigender Eingriff sei unter dieser Voraussetzung nur vorstellbar, wenn die generalisierende Regelung nicht das gesamte Spektrum des einschlägigen beruflichen Umfeldes sachlich angemessen abdecke. Sie dürfe daher keine Bestimmungen enthalten, die nur einen Ausschnitt des Berufsfeldes erfassten oder einem bestimmten Berufsbild entlehnt seien und ohne zureichenden Grund auf das ganze Berufsfeld erstreckt würden.

Um eine solche, nicht dem gesamten Berufsfeld gerecht werdende Regelung handele es sich bei der Erlaubnispflicht des § 1 Abs. 1 HeilprG nicht. Dass heilkundliche Tätigkeit grundsätzlich nicht erlaubnisfrei sein solle, habe im Hinblick auf die Volksgesundheit unterschiedslos seinen

Sinn, gleichgültig welche Vor- oder Ausbildung die Bewerber*innen aufwiesen. Es gehe um eine präventive Kontrolle, die nicht nur die fachlichen Kenntnisse und Fähigkeiten, sondern auch die Eignung für den Heilkundeberuf im Allgemeinen erfasse. Deshalb unterliege selbst die ärztliche Heiltätigkeit nach § 2 Abs. 1 der BÄO der Erlaubnispflicht in Form der Approbation.

Nach diesen grundlegenden Ausführungen weist das Bundesverfassungsgericht auf vier Problematiken hin, die noch heute die Diskussion bestimmen:

- die Rechtsfrage, ob die ursprünglich den Reichsminister des Inneren ermächtigende Befugnisnorm des § 7 HeilprG eine ausreichende Grundlage für die Durchführungsverordnungen bildet,
- die Regelung über Art und Umfang der Überprüfung der für die Erlaubnis notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten, speziell in § 2 Abs. 1 Buchst. i) HeilprGDV_1,
- die Forderung (damals: der Psycholog*innen) nach einem eigenständigen, gesetzlich fixierten Berufsbild und
- die Verpflichtung, die Berufsbezeichnung „Heilpraktiker“ zu führen.

Die beiden erstgenannten Aspekte werden im zweiten Teil dieses Gutachtens erörtert, weil sie die letzten Änderungen des Heilpraktikerrechts betreffen.

Die dritte Problematik setzte bei der Rüge an, der Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG lasse es nicht zu, psychotherapeutisch tätige Diplom-Psycholog*innen unter dieselben berufsrechtlichen Normen zu subsumieren wie Heilpraktiker*innen im allgemeinen. Sie mündete letztlich in der Frage, ob nicht die Berufsgruppe der psychotherapeutisch tätigen Diplom-Psycholog*innen einen Anspruch auf „strengere“ Berufszulassungsvorschriften erheben könnten. Sie behaupteten, die ausschließlich gefahrenabwehrenden, pauschalierenden Vorschriften des HeilprG seien für sie nicht hinreichend, um einen eigenen beruflichen Status zu bilden. Dieser Forderung nach qualifizierteren gesetzlichen Bestimmungen erteilte das Bundesverfassungsgericht eine Absage, denn weder aus dem Gleichheitssatz noch aus anderen Grundrechten lasse sich ein solcher Anspruch herleiten. Eine Berufsbildbestimmung durch den Gesetzgeber verwirkliche nicht die Freiheit der Berufsangehörigen, sondern wirke für diese freiheitsbeschränkend. Damit solle nicht verkannt werden, dass eine gesetzliche Regelung des Psychotherapeutenberufs sinnvoll wäre

und den Angehörigen dieses Berufs nützen könne. Das ändere aber nichts daran, dass der einzelne Diplom-Psychologe kein Recht auf differenziertere, anspruchsvollere Berufszulassungsvorschriften habe.

Als verfassungsrechtlich bedenklich bezeichnete das Bundesverfassungsgericht dann aber den in § 1 Abs. 3 HeilprG statuierten Zwang, die Berufsbezeichnung "Heilpraktiker*in" zu führen. Mit diesem Begriff seien fest umrissene Vorstellungen verbunden, die mit der Tätigkeit der akademisch ausgebildeten Psychotherapeut*innen so gut wie nichts zu tun hätten. Die Praxis der Bundesländer, die Führung der Bezeichnung "Heilpraktiker*in" von den Psychotherapeuten nicht mehr zu verlangen, wurde deshalb bestätigt.

4.2.1.3 Die Einführung der sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Psychotherapie

Nachdem auf diese Weise die Überprüfung für diejenigen, die die Psychotherapie ausüben wollten, auf Kenntnisse und Fähigkeiten ihres Fachgebietes beschränkt wurde, fehlte nur ein kleiner logischer Schritt zur Einführung einer auf einen bestimmten Sektor beschränkten Heilpraktikererlaubnis. Unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung vollzog das Bundesverwaltungsgericht¹¹³ ihn im Jahr 1993 mit der Begründung, das formale solle mit dem materiellen Recht in Einklang gebracht werden: Für diejenigen Personen, die nur auf dem Gebiet der Psychotherapie tätig sein wollten, sollte die Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten auf das Teilgebiet der Psychotherapie inhaltlich begrenzt sein. Bislang war die Erlaubniserteilung gleichwohl umfassend erfolgt mit dem Hinweis, sich auf dieses Gebiet zu beschränken. Jetzt aber sollte auch formal eine nur eingeschränkte Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde erteilt werden können. Eine Diplom-Pädagogin, die nur die Psychotherapie ausüben wollte, konnte auf diese Weise erstmals eine auf den Sektor beschränkte Heilkundeerlaubnis erhalten. Dabei sollte zunächst nach Aktenlage entschieden werden.

¹¹³ BVerwG, Urt. v. 21.01.93 - 3 C 34.90 -, BVerwGE 91, 356 ff. 1993.

Aus dem eigentlich logischen Schritt wurde ein Meilenstein, denn es folgten weitere Berufsgruppen, die die Teilbarkeit der Heilpraktikererlaubnis für sich in Anspruch nahmen und nehmen.

4.2.2. Physiotherapie, Logopädie und Podologie

Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgericht¹¹⁴ vom 26.08.2009 zugunsten der Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis für das Gebiet der Physiotherapie betrifft erstmals einen Gesundheitsfachberuf. Die Prüfungsschritte, die zur Begründung dieses Urteils führten, verlaufen in den späteren Entscheidungen zur Logopädie¹¹⁵ und Podologie¹¹⁶ parallel, so dass sie hier zusammengefasst wiedergegeben werden können:

Das Gericht prüft zunächst, ob die von den Antragsteller*innen beabsichtigte Tätigkeit ohne ärztliche Verordnung als Ausübung von Heilkunde anzusehen ist. Die Ausübung der Heilkunde umfasse nach § 1 Abs. 2 HeilprG jede berufs- oder gewerbsmäßige Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden beim Menschen, auch wenn sie im Dienste von anderen ausgeübt werde. Maßgeblich dafür seien – und hier geht das Bundesverwaltungsgericht in ständiger Rechtsprechung sämtlicher Gerichte über den Wortlaut hinaus¹¹⁷ – das Erfordernis ärztlicher oder heilkundlicher Fachkenntnisse und die Gefahr gesundheitlicher Schäden. Beide Voraussetzungen wurden für die Physiotherapie bejaht. Für die Logopädie schien dies auf den ersten Blick nicht ganz so naheliegend, denn Sprech- und Stimmübungen bei gesunden Menschen dürften für diese kaum Gefahren bergen. Anders hingegen verhielt es sich bei Personen mit Schluckstörungen oder organisch bedingten Erkrankungen der Stimme, etwa einer Krebserkrankung, wenn diese nicht oder nicht zutreffend erkannt würden. Deshalb wurde auch hier das Vorliegen von Heilkunde bejaht.

In einem zweiten Schritt prüfte das Gericht, ob die für den Gesundheitsfachberuf erworbene Qualifikation nicht schon für die eigenverantwortliche und weisungsfreie Ausübung der

¹¹⁴ BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

¹¹⁵ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

¹¹⁶ VG Gera, Urt. v. v. 08.02.19 - 3 K 705/14 Ge -.

¹¹⁷ vgl. 1. Teil: A.2 und 3. Teil: A.1.3.1 Die Formel der Rechtsprechung, S. 98

Heilkunde genüge. Dies wurde in allen hier bekannten Fällen verneint. Die erteilte Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung Physiotherapeut*in (resp. Logopäd*in bzw. Podolog*in) berechtige nicht zu Krankenbehandlungen ohne ärztliche Verordnung und somit nicht zur Ausübung der Heilkunde. Dies wurde mit den Ausbildungs- und Prüfungsordnungen, den Ausbildungszielen und schließlich mit dem sozialrechtlichen Status (Tätigkeit für gesetzliche Krankenkassen) begründet. In allen Belangen werde bei diesen Berufsgruppen davon ausgegangen, dass eine Erstdiagnose von Ärzt*innen gestellt und die Tätigkeit auf ärztliche Verordnung hin erfolge und ärztlichen Weisungen unterliege. Insoweit unterschieden sich diese Berufsgesetze von dem Beruf der Psychotherapeut*innen, als dort ausdrücklich die eigenverantwortliche und weisungsfreie Durchführung vorgesehen sei.¹¹⁸

Im Hinblick auf die Teilbarkeit der Heilpraktikererlaubnis wird auf die ursprünglich zur Psychotherapie ergangene Rechtsprechung Bezug genommen. Das HeilprG enthalte weder dem Wortlaut noch seinem Sinn und Zweck nach ein Verbot der Erteilung einer inhaltlich beschränkten Erlaubnis. Seit Inkrafttreten des vorkonstitutionellen Gesetzes hätten sich die Berufsbilder auf dem Sektor der Gesundheitsberufe in damals nicht vorhersehbarer Weise ausdifferenziert. Die Vorschriften des HeilprG müssten daher im Lichte der Freiheit der Berufswahl aus Art. 12 Abs. 1 GG durch Auslegung an die gegenwärtigen Gegebenheiten angepasst werden.

Die Anerkennung sektoraler Beschränkungen der Heilpraktikererlaubnis beruhe darauf, dass im Bereich der Gesundheitsberufe durch den Gesetzgeber einerseits Berufsbilder mit erheblichen Qualifikationsanforderungen festgelegt worden seien und andererseits über das HeilprG die Möglichkeit aufrechterhalten bleibe, allein aufgrund einer Kenntnisüberprüfung durch das Gesundheitsamt eigenverantwortlich Patient*innen zu behandeln. Darin liege eine „systematische Unstimmigkeit“, die sich dadurch abmildern ließe, dass der Zugang zu

¹¹⁸ Vgl. § 1 PsychThG

abgrenzbaren heilkundlichen Betätigungsfeldern durch entsprechend beschränkte Heilpraktikererlaubnisse eröffnet werde.¹¹⁹

Bevor hier auf die erwähnte „systematische Unstimmigkeit“ näher eingegangen werden kann, muss die von dem Bundesverwaltungsgericht eingeführte weitere Voraussetzung beschrieben werden: Die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis kommt nur dann in Betracht, wenn das Gebiet, für das sie erteilt wird, hinreichend ausdifferenziert und abgrenzbar ist. Dazu wurde auf den normativen Rahmen – konkret: das Berufsgesetz und die sozialrechtlichen Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses – zurückgegriffen, die die Tätigkeit des einzelnen Gesundheitsfachberufes beschreiben. Abgrenzungsprobleme stellten sich nach Auffassung des Bundesverwaltungsgericht auch nicht im Gebiet der Logopädie ein, obwohl das entsprechende Gesetz kein ausdrückliches Ausbildungsziel definiere und sich auch noch weitere Berufe mit den Disziplinen Phonetik, Linguistik, Stimmbildung, Sprecherziehung, Pädagogik oder Sonderpädagogik befassten. Schließlich sei es für die Notwendigkeit der Erlaubniserteilung irrelevant, dass einzelne Bereiche der Logopädie nicht zu den heilkundlichen zu zählen seien. Für den Umfang der Überprüfung gelte der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

4.2.3. Ergotherapie

Ebenfalls am 10.10.2019 traf das Bundesverwaltungsgericht¹²⁰ eine Entscheidung in Bezug auf die Erteilung einer Erlaubnis nach dem HeilprG für den Sektor der Ergotherapie: Eine Heiltätigkeit, die keine nennenswerte Gesundheitsgefährdung zur Folge haben könne, falle nicht unter die Erlaubnispflicht des HeilprG. Das Gericht verwies in diesem Fall den Rechtsstreit an die Tatsacheninstanz zurück, damit dort hinreichende Feststellungen zur Gefahrgeneignetheit der Ergotherapie getroffen werden können.

Nach den vorläufigen Feststellungen fehlt es an der Gefahrgeneignetheit, wenn die Ergotherapie eigenverantwortlich und weisungsfrei ausgeübt wird. Das verwundert insofern, als es sich bei

¹¹⁹ krit. dazu: *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

¹²⁰ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

der Ergotherapie ebenso wie bei der Physiotherapie und der Logopädie um einen Heilhilfsberuf bzw. Gesundheitsfachberuf handelt und auch heilkundliche Fachkenntnisse zur Berufsausübung vorausgesetzt werden.

Die Vorinstanz hatte argumentiert, von der selbständigen Ausübung dieses Berufes ginge jedenfalls eine mittelbare Gesundheitsgefährdung aus, wenn Patient*innen im Einzelfall davon absehen könnten, einen Arzt aufzusuchen, obwohl dies geboten wäre. Diese Begründung reichte dem Bundesverwaltungsgericht nicht aus. Die Möglichkeit, dass ein gebotener Arztbesuch unterbleibe, lasse sich nie ausschließen. Es müsse vielmehr hinzukommen, dass die in Rede stehende Heiltätigkeit als eine die ärztliche Behandlung ersetzende Tätigkeit erscheine. Maßgeblich dafür sei insbesondere der äußere Eindruck, der sich für die angesprochenen Patient*innenkreise aus der fraglichen Heiltätigkeit ergebe. Dazu fehlten die erforderlichen Feststellungen.

4.2.4. Osteopathie

Die Reihe höchstrichterlicher Rechtsprechung von diesem Tage beschließt die Entscheidung¹²¹, mit der die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Ausübung der Osteopathie abgelehnt wurde.

Anders als im Falle der Logopädie, Physio-, Ergotherapie und Podologie gibt es für dieses Betätigungsfeld kein Berufsgesetz, das etwa zum Führen der Berufsbezeichnung „Osteopath*in“ berechtigen könnte, noch handelt es sich um ein Heilmittel, das zur Versorgung gesetzlich Krankenversicherter zugelassen ist. Deshalb konnte bei dieser Entscheidung am ehesten ein Vergleich mit den zur Psychotherapie ergangenen Urteile erwartet werden, denn für nichtärztliche Psychotherapeut*innen fehlte es damals noch an einer gesetzlichen Grundlage.¹²² Folgerichtig nimmt die Entscheidung auch Bezug auf den Schutz der Berufsfreiheit aus Art. 12 GG, welcher nicht auf gesetzlich festgelegte Berufsbilder

¹²¹ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris.

¹²² Die sozialrechtliche Grundlage war umstritten: BVerfG, Beschl. v. 28.07.99 - 1 BvR 1006/99 -, MedR 1999, S. 461 = NJW 1999, 2729.; BVerwG, Urt.v. 09.12.2004, MedR 2005, 297 ff; NVwz-RR 2006, 40 ff. 2004.; Pulverich, Die Kostenerstattung.

beschränkt ist. Er erfasse auch traditionell fixierte Berufsbilder sowie Berufe, die aufgrund einer fortschreitenden technischen, sozialen oder wirtschaftlichen Entwicklung neu entstanden seien. Die Anerkennung eines Berufs hänge nicht davon ab, dass der Gesetzgeber bereits ein Berufsbild entwickelt habe. Dieser sei zwar im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG befugt, Berufsbilder zu fixieren und dabei den Umfang der beruflichen Tätigkeit in bestimmter Weise festzuschreiben. Er verfüge aber über einen weiten Einschätzungs- und Beurteilungsspielraum, ob er von dieser Befugnis Gebrauch mache oder von einer Normierung absehe. Eine gesetzliche Berufsbildbestimmung mit der Festlegung berufsrechtlicher Zugangsvoraussetzungen greife in die Berufsfreiheit ein. Das Bundesverfassungsgericht habe daher ein Recht auf "strengere" Berufszulassungsvorschriften im Grundsatz verneint.¹²³ Dieser verfassungsrechtliche Rahmen könne einem generellen Ausschluss nicht gesetzlich fixierter Berufsbilder von der Zuerkennung einer sektoralen Heilpraktikererlaubnis entgegenstehen.

Wenn das Bundesverwaltungsgericht eine sektorale Heilkundeerlaubnis für diesen Bereich ablehnte, dann erfolgte dies wegen der tatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz.¹²⁴ Es existiere keine einheitliche Definition der Osteopathie, die allgemein anerkannt und verbindlich wäre. Um von anderen heilkundlichen Gebieten abgrenzbar zu sein, bedürfe es einer verbindlichen Festlegung auf einheitliche Inhalte der Tätigkeit. Es müsse klar sein, was Osteopathie sei, welche Behandlungsmethoden und -formen sie umfasse, zur Behandlung welcher Krankheiten sie eingesetzt werde und wo ihre Grenzen lägen.¹²⁵

4.2.5. Chiropraktik

Mit den Auseinandersetzungen um die Chiropraktik schließt sich der Kreis der hier erörterten Problematiken. Das Bundesverwaltungsgericht wird in dem derzeit noch anhängigen Verfahren – 3 C 17/19 - Gelegenheit haben, erneut zu allen Fragen Stellung zu beziehen. Bei der Chiropraktik handelt es sich um eine Therapiemethode zur Behandlung von schmerzhaften Funktionsstörungen der Wirbel- und Extremitätengelenke. Dabei sollen

¹²³ 1. Teil: B.4.2.1.2 Erster Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988, S. 36

¹²⁴ VG Stuttgart, Urt. v. 26.01.17 - 4 K 5923/15, 5924/15 und 5925/15 -.

¹²⁵ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris.

Blockierungen und Subluxationen (Gelenkverletzungen mit Verschiebung der gelenkbildenden Knochenenden, bei der die Gelenkflächen partiell noch in Berührung bleiben) manuell gelöst werden.¹²⁶

4.2.5.1 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 25.06.1970

Dass es sich bei chiropraktischen Behandlungen um die Ausübung von Heilkunde handelt, hat bereits das Bundesverwaltungsgericht¹²⁷ im Jahr 1970 festgestellt. In dieser Entscheidung ging es nicht um die Erteilung einer (sektoralen) Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde, sondern um das an einen selbständig tätigen Masseur gerichtete Verbot, die Chiropraktik auszuüben, selbst wenn sie von einem Arzt oder Heilpraktiker angeordnet und beaufsichtigt sei. Dabei war unstreitig, dass die Chiropraktik nicht zu den erlaubten Tätigkeiten eines Masseurs gehörte. Interessant ist das damals vorherrschende Verständnis heilkundlicher Berufe untereinander:

Heilhilfstätigkeiten, zu denen etwa die der medizinischen Masseur*innen, Krankenpfleger*innen oder medizinisch-technischen Assistent*innen zählten, erforderten nach Auffassung des Gerichts kein ärztliches Fachwissen. Der Funktionsbereich der in der Krankenpflege oder als Hilfskräfte in der Gesundheitspflege tätigen Personen lasse sich von der den Ärzt*innen vorbehaltenen Tätigkeit klar abgrenzen. Kennzeichnend für eine Heilhilfstätigkeit sei ferner, dass zwischen den nichtärztlichen Hilfskräften und den Ärzt*innen ein Unterordnungsverhältnis bestehe. Je nach Art, Schwierigkeitsgrad und Gefährlichkeit der besonderen (Hilfs-) Funktion unterlägen die Hilfskräfte in der Gesundheitspflege einer mehr oder weniger intensiven Anleitung und Beaufsichtigung durch Ärzt*innen.

Demgegenüber könne die chiropraktische Behandlung nicht in einzelne Funktionen aufgeteilt werden, die teils von Ärzt*innen, teils von Chiropraktiker*innen ausgeübt werden könnten. Die diagnostische Tätigkeit und die praktische Durchführung der chiropraktischen Handgriffe ließen sich nicht voneinander trennen. Der Chiropraktiker müsse in der Lage sein, den ärztlichen Befund nachzuprüfen und die chiropraktische Behandlung erforderlichenfalls im

¹²⁶ *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 24.07.19 - 9 S 1460/18, GesR 2019, S. 674 unter Bezugnahme auf *Psyhyrembel-online Klinisches Wörterbuch*

¹²⁷ *BVerwG*, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, BVerwGE 35, S. 308 = NJW 1970, 1987.

Laufe der Anwendung zu ändern. Für eine solche eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit sei eine Erlaubnis nach dem HeilprG erforderlich.

Daraufhin meinte der Kläger, nachdem er die Chiropraktik bereits seit ca. 10 Jahren ausgeübt habe, ohne dass jemand zu Schaden gekommen sei, wäre das Verbot der Berufsausübung ein untaugliches Mittel, wenn gleichzeitig Heilpraktiker*innen und Ärzt*innen ohne jegliche Ausbildung und Erfahrung die Chiropraktik an Patient*innen anwenden dürften. Die Sinnwidrigkeit einer solchen Argumentation, so das Bundesverwaltungsgericht, liege auf der Hand. Gerade diejenigen heilkundlichen Verrichtungen, für die Spezialkenntnisse erforderlich wären, wie sie im Allgemeinen selbst praktische Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen nicht besäßen, unterlägen dann nicht mehr der Erlaubnispflicht nach dem HeilprG. Nach allgemeiner Erfahrung betätigten sich diese Heilberufe in Wahrung der ihnen obliegenden Sorgfaltspflichten nicht auf einem fachfremden Gebiet, für das sie nicht die erforderliche Qualifikation besäßen.

Die Richter bestätigten also im Jahr 1970 das Verbot einer Tätigkeit ohne Erlaubnis – nicht ohne den Hinweis, wenn er zukünftig eine Heilkundeerlaubnis beantrage, dürfe diese zwar nicht auf sein Gebiet der Chiropraktik beschränkt erteilt werden, ein Nachweis von Kenntnissen und Fähigkeiten auf Gebieten, die er gar nicht ausüben wolle, sei von ihm unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes aber nicht zu fordern. Hier kündigte sich die Psychotherapie-Entscheidung des Senats des Jahres 1983 an.¹²⁸

4.2.5.2 Zur sektoralen Heilkundeerlaubnis für dieses Gebiet

Müsste die Überprüfung ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten für Personen, die ausschließlich auf dem Gebiet der Chiropraktik tätig werden wollen, zukünftig begrenzt werden, dann wäre es erneut ein kleiner logischer Schritt¹²⁹, nunmehr die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Chiropraktik vorzusehen. Demgegenüber hat der baden-

¹²⁸ 1. Teil: B.4.2.1.1 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 10.02.1983, S. 35

¹²⁹ vgl. 1. Teil: B.4.2.1.3 Die Einführung der sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Psychotherapie, S. 40

württembergische Verwaltungsgerichtshof¹³⁰ die Beschränkung der Heilpraktikererlaubnis auf das Gebiet der Chiropraktik mit einer sorgfältig begründeten Entscheidung abgelehnt.

Sicherlich wird das Bundesverwaltungsgericht¹³¹, dass sich mit den damit verbundenen Rechtsfragen in der Revisionsinstanz zu befassen hat, ebenso zu der Auffassung gelangen, dass es sich bei der Chiropraktik um eine erlaubnispflichtige Ausübung von Heilkunde handelt. Ferner wird es seine bisherige Rechtsprechung bestätigen, dass es die Erlaubnis nach dem HeilprG für grundsätzlich teilbar hält. Die im Vergleich zur Osteopathie-Entscheidung zu vertiefende Frage wird sein, ob zukünftig sektorale Heilkundeerlaubnisse nur zur Behebung einer „systematischen Unstimmigkeit“ zwischen den Gesundheitsfachberufen einerseits und den Heilpraktiker*innen andererseits erteilt werden können. Der Beruf der Chiropraktiker*innen (mit Ausbildung, aber ohne Studium) oder der Chiropraktor*innen (nach einem einschlägigen Bachelor- oder Masterstudium der Chiropraktik)¹³² ist in Deutschland kein Gesundheitsfachberuf, denn er ist gesetzlich nicht normiert.

In der Osteopathie-Entscheidung hatte das Bundesverwaltungsgericht offengelassen, ob die für die Erteilung einer sektoralen Heilpraktikererlaubnis erforderliche Ausdifferenziertheit und Abgrenzbarkeit des betreffenden Gebiets der Heilkundeausübung auch ohne ein gesetzlich fixiertes Berufsbild gegeben sein könne. Fünfzig Jahre nach der ersten Entscheidung des Senats zur Chiropraktik hat sich diese international und auch national weiterentwickelt, wie sich der Entscheidung des baden-württembergischen Verwaltungsgerichtshofes entnehmen lässt.

¹³⁰ *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 24.07.19 - 9 S 1460/18, GesR 2019, S. 674.

¹³¹ 3 C 17/19 Zur Zeit der Veröffentlichung dieses Gutachtens gab es noch keinen Hinweis auf eine getroffene Entscheidung

¹³² *Bayram/Wichert*, Anspruch des Chiropraktors auf eingeschränkte Heilpraktikererlaubnis unter Verzicht auf Kenntnisprüfung, *GewArch* 2009, S. 149.

2. Teil: Anforderungen an Neuregelungen des vorkonstitutionellen Heilpraktikerrechts

A. Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018

1. Wortlaut der Änderungen und Anlässe zur Überprüfung

1.1 Gesetz und Durchführungsverordnung

Die ursprünglichen Bestimmungen des HeilprG und der dazu ergangenen Durchführungsverordnungen sind, abgesehen von einzelnen Bestimmungen, die im Laufe der Jahre für verfassungswidrig erklärt worden sind, bislang unverändert geblieben.¹³³ Mit dem dritten Pflegestärkungsgesetz hat der Gesetzgeber erstmals eine eigene Regelung zu den Voraussetzungen des Erwerbs einer Heilpraktikererlaubnis getroffen (Änderungen in der Neufassung sind hervorgehoben):¹³⁴

Art. 17e PSG III ergänzt den Wortlaut von § 2 Abs. 1 HeilprG:

Wer die Heilkunde, ohne als Arzt bestellt zu sein, bisher berufsmäßig nicht ausgeübt hat, kann eine Erlaubnis nach § 1 in Zukunft nach Maßgabe der gemäß § 7 erlassenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erhalten, die insbesondere Vorgaben hinsichtlich Kenntnissen und Fähigkeiten als Bestandteil der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis enthalten sollen.

Art. 17f PSG III ändert § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1:

Nr. 1: Änderung von § 2 Abs. 1 S. 1 HeilprGDV_1

Die Erlaubnis wird nicht erteilt, wenn ... *(Buchstaben a) bis h) blieben unverändert)*

¹³³ Die Änderung von § 2 Abs. 1 g) (BGBl I Nr. 82, S. 4456, 4458 wird hier als redaktionell aufgefasst. Mit dem Grundgesetz unvereinbar sind Regelungen der Staatsangehörigkeit, § 2 Abs. 1b HeilprGDV_1: *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 -- 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; Nebenberuf, § 2 Abs. 1h HeilprGDV_1: *BVerwG*, Urt. v. v. 02.03.67 - I C 52.64, *BVerwGE* 26, S. 254 = *NJW* 1967, 611.

¹³⁴ Art. 17e PSG III: Drittes Gesetz zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 23.12.2016, BGBl (28.12.2016), I Nr. 65, S. 3191 ff.

- i) sich aus einer Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt, die auf der Grundlage von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärtern durchgeführt wurde, ergibt, dass die Ausübung der Heilkunde durch den Betreffenden eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung (bis dahin: Volksgesundheit) oder für die ihn aufsuchenden Patientinnen und Patienten bedeuten würde.

Nr. 2: Ergänzung durch § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 HeilprGDV_1

Das Bundesministerium für Gesundheit macht Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärtern bis spätestens zum 31.12.2017 im Bundesanzeiger bekannt. Bei der Erarbeitung der Leitlinien sind die Länder zu beteiligen.

1.2 Inkrafttreten

Gemäß Art. 18 Abs. 1 PSG III trat das Gesetz mit Wirkung zum 01.01.2017 in Kraft. Dazu zählten Art. 17e und Art. 17f Nr. 2 PSG III.

Gemäß Art. 18 Abs. 4 PSG III trat Art. 17f Nr. 1 PSG III drei Monate nach der Bekanntmachung der Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärter*innen in Kraft.¹³⁵ Die Leitlinien wurden am 22.12.2017 bekannt gemacht. § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 trat am 22.03.2018 in Kraft.¹³⁶

1.3 Anlässe zur Überprüfung

Eine Veranlassung zur Überprüfung dieser Bestimmungen gibt es aus drei Gründen:

1.3.1. Änderung einer Rechtsverordnung durch den Gesetzgeber

Formal betrachtet, verabschiedet die Legislative Gesetze. Der Erlass von Rechtsverordnungen ist hingegen Sache der Exekutive. Hier wurde jedoch mit Art. 17f PSG III eine ministerielle Verordnung durch den Gesetzgeber geändert und ergänzt.

Damit ist die Frage aufgeworfen, ob die Rechtsverordnung nunmehr in den Rang eines Gesetzes gehoben wurde. Sollte dies nicht der Fall sein, wäre zu entscheiden, ob der

¹³⁵ Art. 18 Abs. 1 und Abs. 4 PSG III.

¹³⁶ BGBl. I Nr. 3 S. 126 vom 19.01.2018

Gesetzgeber die Rechtsverordnung unverändert als solche bestehen lassen durfte, so dass sie – wie sonst auch – von der Exekutive ergänzt, geändert oder ganz aufgehoben werden könnte.

1.3.2. Maßstäbe bei Änderungen vorkonstitutionellen Rechts

Die bisherigen Bestimmungen des HeilprG stammen im Wesentlichen aus der Fassung des Reichsgesetzes vom 17.02.1939 und sind daher älter als das Grundgesetz. Das gilt auch für die beiden Durchführungsverordnungen.¹³⁷ Für dieses vorkonstitutionelle Recht ist danach zu fragen, wie es in das Recht der Bundesrepublik überführt wurde. Möglicherweise gelten für Änderungen noch heute andere Maßstäbe als für Gesetze und Rechtsverordnungen, die nach Inkrafttreten des Grundgesetzes entstanden sind.

Diese Frage stellt sich insbesondere, weil der Wortlaut von § 7 HeilprG bei der Neuregelung unverändert geblieben ist. Nach dieser Bestimmung erlässt der zuständige Minister die zur Durchführung des Gesetzes erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften. Insoweit könnte mit der Neufassung des § 2 Abs. 1 HeilprG eine inhaltliche Bestimmung getroffen worden sein, als die nach § 7 erlassenen Rechts- und Verwaltungsvorschriften nunmehr „Vorgaben hinsichtlich Kenntnissen und Fähigkeiten“ enthalten sollen. Wie erwähnt, wurde die maßgebliche Rechts- und Verwaltungsvorschrift gleichermaßen geändert.

Die Rechtmäßigkeitsprüfung dieser Bestimmungen könnte, weil vorkonstitutionelles Recht geändert wurde, einem anderen Maßstab unterliegen als demjenigen für nachkonstitutionelles Recht.

1.3.3. Inhaltlich ausreichende Vorgaben

Für nachkonstitutionelles Recht verlangt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG, dass der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Ermächtigung festlegt, wenn er die Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen befugt. Womöglich hat es der Gesetzgeber unterlassen, in dem neuen Gesetz Bestimmungen über Inhalt, Zweck und Ausmaß derjenigen Regelungen aufzunehmen,

¹³⁷ Die zweite ergänzte die erste HeilprG-Durchführungsverordnung mit der hier maßgeblichen Bestimmung des § 2 Abs. 1 i) HeilprGDV_1. Sie hat insoweit keine weitere eigenständige Bedeutung. Zweite Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz vom 3. Juli 1941 (RGBl. I S. 368) -, RGBl. I (03.07.1941), S. 368 https://commons.wikimedia.org/wiki/File:Deutsches_Reichsgesetzblatt_41T1_074_0368.jpg

die das Bundesministerium für Gesundheit zukünftig für die Überprüfung von Heilpraktikeranwärter*innen treffen sollte.

Zugleich könnte der Gesetzgeber es unter Verstoß gegen den Gewaltenteilungsgrundsatz versäumt haben, das Wesentliche selbst zu regeln. Zukünftig sollten die Rechts- und Verwaltungsvorschriften „Vorgaben hinsichtlich Kenntnissen und Fähigkeiten“ enthalten, die Bestandteil der Entscheidung über die Erteilung der Heilpraktikererlaubnis werden sollten. Das Gesetz enthält keine weiteren Ausführungen.

Auf der Exekutivebene sah der Gesetzgeber eine Zweistufigkeit vor: Nicht die Verordnung zum Heilpraktikergesetz selbst sollte definieren, welche Kenntnisse und Fähigkeiten überprüft werden sollten, sondern Leitlinien, die in dem Jahr nach Inkrafttreten von Gesetz und Rechtsverordnung gemeinsam mit den Ländern erarbeitet werden mussten. Mit dieser Delegation von der Gesetzes – auf die Verordnungs- und von der Verordnungs- auf die Leitlinienebene stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt den Kern der Materie selbst bestimmt hat.

2. Überprüfung am Maßstab der Übergangsbestimmungen des Grundgesetzes

Das Grundgesetz enthält in Art. 123 ff. GG Übergangsbestimmungen für die Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts.

2.1 Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG

Vorkonstitutionelles Recht gilt gem. Art. 123 Abs. 1 GG nur insoweit fort, als es dem GG nicht widerspricht. Hier stellte sich lange Zeit die Frage, welches Gericht über die Frage entscheiden darf, ob ein Widerspruch zur Verfassung vorliegt oder nicht.

Bei nachkonstitutionellen Gesetzen besteht gem. Art. 100 GG eine Pflicht zur Vorlage an das zuständige Bundes- oder Landesverfassungsgericht, damit dieses die Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bzw. den Landesverfassungen überprüft. Anderenfalls könnte ein Gericht

allzu schnell die Autorität des jeweiligen Parlaments untergraben. Nur ein Verfassungsgericht darf ein Gesetz für nichtig erklären.¹³⁸

Im Falle vorkonstitutionellen Rechts steht den Gerichten selbst die Befugnis zu, Normen als verfassungswidrig nicht anzuwenden, denn der Gesetzgeber, der vorkonstitutionelle Regelungen getroffen hat, existiert nicht mehr (Negative Verwerfungskompetenz).¹³⁹ Wenn allerdings der heutige Gesetzgeber die vorkonstitutionellen Normen in seinen eigenen Willen aufgenommen hat, könnten die Fachgerichte mit der Verwerfung einer solchen Norm in Befugnisse der Bundes- oder Landesgesetzgeber eingreifen. Deshalb hat das Bundesverfassungsgericht die negative Verwerfungskompetenz den Gerichten nicht zugebilligt, wenn von einer Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen auszugehen ist.¹⁴⁰

Bezogen auf das HeilprG hatte das Bundesverwaltungsgericht am 24.01.1957 geäußert, der Gesetzgeber habe die Möglichkeit, über das Nebeneinander von zwei Heilberufen anders zu entscheiden.¹⁴¹ In der Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 10.05.1988 äußerte das Gericht, der Erlaubniszwang des HeilprG erfülle einen vom Willen des Gesetzgebers gedeckten Sinn.¹⁴² Beide Entscheidungen sprechen also für die Annahme, der Gesetzgeber habe das HeilprG in seinen Willen aufgenommen.

Inzwischen hat er mit § 2 Abs. 1 HeilprG eine der wenigen Bestimmungen des HeilprG ergänzt, ohne die übrigen in Frage zu stellen. Diese Bestimmung betrifft einen wesentlichen Regelungsgegenstand, denn neben dem Heilkundebegriff und der Sanktion der Ausübung der Heilkunde ohne Erlaubnis ist von dem ursprünglichen Gesetz nur der Zugang zum Beruf übriggeblieben. Für ihn wurden neue Regelungen geschaffen. Wenn aber der Gesetzgeber

¹³⁸ *Morgenthaler*, in: Epping/Hillgruber, Art. 100 GG Rdnr. 23.

¹³⁹ *BVerfG*, Urteil v. 24.02.53 - 1 BvL 21/51 -; *BVerfG*, Kammerbeschluss v. 13.08.98 - 1 BvL 25/96, NJW 1998, S. 3557; *BVerfG*, Beschluss v. 04.06.85 - 1 BvL 14/84 -, BVerfGE 70, S. 126; *BVerwG*, Urt. v. 02.03.67 - I C 52.64, BVerwGE 26, S. 254 = NJW 1967, 611.

¹⁴⁰ *BVerfG*, Beschluss v. 04.06.85 - 1 BvL 14/84 -, BVerfGE 70, S. 126; *BVerfG*, Kammerbeschluss v. 13.08.98 - 1 BvL 25/96, NJW 1998, S. 3557.

¹⁴¹ *BVerwG*, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, BVerwGE 4, S. 250 1. Teil: B.3.2 Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.01.1957, S. 27

¹⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.1. Teil: B.4.2.1.2 Erster Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988, S. 36

diesen wesentlichen Teil der Materie angeht und sie im Übrigen bestehen lässt, ist von der Aufnahme in seinen Willen auszugehen.¹⁴³ Schließlich sind die langjährigen Forderungen, die Materie grundlegend anders zu regeln, offensichtlich über 70 Jahre lang nicht aufgegriffen worden.¹⁴⁴ Damit gilt das Heilpraktikerrecht als aktuelles und nicht bloß geduldetes Recht fort.¹⁴⁵ Die Kompetenz, es zu verwerfen, steht dem Bundesverfassungsgericht zu.

Die Fortgeltung vorkonstitutionellen Rechts betrifft nicht nur Gesetze, sondern nach Art. 123 Abs. 1 GG auch die untergesetzlichen Rechtsnormen.¹⁴⁶ Das sind insbesondere Rechtsverordnungen. Die Ausführungen gelten für die HeilprGDV_1 entsprechend.

2.2 Maßstab des Art. 129 Abs. 3 GG

Art. 129 Abs. 1 GG verlagert die Zuständigkeiten zum Erlass von Rechtsverordnungen oder allgemeinen Verwaltungsvorschriften auf die nach neuem Recht zuständigen Bundes- oder Landesbehörden. So ist nicht mehr der Reichsminister des Inneren, sondern das Bundesministerium für Gesundheit zuständig.

Art. 129 Abs. 3 GG enthält eine inhaltliche Einschränkung von Verordnungsermächtigungen. Das sind Normen, mit denen Exekutivorganen die Befugnis zum Erlass von verbindlichem Recht erteilt wird. Soweit Rechtsvorschriften zu ihrer Änderung oder Ergänzung oder zum Erlass von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen ermächtigen, sind diese Ermächtigungen aufgrund von Art. 129 Abs. 3 GG erloschen.

Hier geht es weder um das Gesetz noch um die Rechtsvorschriften selbst, sondern um die Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Gesetzgebung und Verwaltung.

Bezogen auf das Heilpraktikerwesen darf, wenn die Einschränkung nicht gilt, gem. § 7 HeilprG der Bundesminister für Gesundheit die zur Durchführung und Ergänzung des Gesetzes

¹⁴³ *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438

¹⁴⁴ 1. Teil: B.4.1 Diskussionen um die umfassende Heilpraktikererlaubnis, S. 30

¹⁴⁵ a.A. *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 22

¹⁴⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *Remmert*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 80 GG Rdnrn. 45 bis 48; *Uhle*, in: *Epping/Hillgruber*, Art. 129 GG Rdnr.1.

erforderlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erlassen. Diese Verordnungsermächtigung könnte gem. Art. 129 Abs. 3 GG erloschen sein, wenn sie zu ihrer Änderung oder Ergänzung oder zum Erlass von Rechtsvorschriften anstelle von Gesetzen ermächtigt.

Bevor dies näher überprüft wird, muss danach gefragt werden, ob für diese Verordnungsermächtigung der Maßstab des Art. 129 Abs. 3 GG überhaupt gilt. Einerseits ist § 7 HeilprG bei den Änderungen der Jahre 2017/18 in seinem Wortlaut unverändert geblieben. Andererseits hat aber die Verordnungsermächtigung womöglich aber auch einen Zusatz durch § 2 HeilprG n.F. erfahren. Die noch zu erlassenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften sollen Vorgaben hinsichtlich der für die Erteilung der Erlaubnis erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten enthalten. Damit könnte neuerdings der strengere Maßstab des Artikel 80 Abs. 1 Satz 2 GG gelten, auch für § 7 HeilprG. Bei nachkonstitutionellen Verordnungsermächtigungen muss das Gesetz Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmen.

2.2.1. Zur Bedeutung von Art. 129 Abs. 3 GG

Das Grundgesetz definiert ein Regel-/Ausnahmeverhältnis: Vorkonstitutionelle Ermächtigungsgrundlagen, die grundsätzlich gem. Art. 123 Abs. 1 GG fortgelten, sollen dann erloschen sein, wenn sie zur Änderung oder Ergänzung von Rechtsvorschriften (Alt. 1) oder zur Normsetzung anstelle von Gesetzen (Alt. 2) ermächtigen.

Zur ersten Alternative gehören jene Bestimmungen, die – unabhängig von dem ihnen zukommenden Rang in der Normenhierarchie – der Exekutive die Befugnis zur freien Änderung oder Ergänzung der ermächtigenden Norm verleihen. Die Exekutive wird in solchen Fällen dazu ermächtigt, die Rechtsordnung selbständig, also ohne Rückbindung an die im Gesetz enthaltene Richtungsvorgabe, weiter zu entwickeln.¹⁴⁷ Abzugrenzen sind solche Ermächtigungen von Vorschriften, die lediglich eine Konkretisierung gestatten.¹⁴⁸ Entscheidend für diese Abgrenzung ist, inwiefern die ermächtigten Stellen Regelungen treffen

¹⁴⁷ Klein, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 129 GG Rdrn. 21-23.

¹⁴⁸ Uhle, in: Epping/Hillgruber, Art. 129 GG Rdnr. 9-12.

könnten, die nicht mehr vom Willen des Gesetzgebers getragen werden.¹⁴⁹ Das wird besonders deutlich in der zweiten Alternative, weil hier die Exekutive an die Stelle der Legislative tritt.¹⁵⁰ Derartige Rechtsvorschriften sind allemal erloschen.

An dieser Stelle ist die Bedeutung der Ausnahmevorschrift für den Gewaltenteilungsgrundsatz hervorzuheben:

„Bei Art. 129 Abs.3 GG handelt es sich um eine grundlegende, der Verwirklichung des Rechtsstaats dienende Bestimmung. Sie bezweckt den Schutz der Gewaltenteilung, die einen der wesentlichen Grundsätze der freiheitlichen Demokratie darstellt. Art. 129 Abs. 3 GG soll sowohl die gesetzgebende Gewalt gegen unzulässige Übergriffe der Exekutive auf Grund der früheren Rechtsordnung und Rechtsauffassung als auch die Exekutive gegen die Übernahme von Funktionen und damit von Verantwortungen schützen, die der Volksvertretung zukommen. Er ist somit Ausdruck der vom Verfassungsgesetzgeber gewollten eindeutigen Distanzierung von den Ermächtigungsepflogenheiten vergangener Zeiten.“¹⁵¹

2.2.2. Die Differenzierung von Ermächtigungen nach § 7 HeilprG

2.2.2.1 Zweiter Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988

In der schon erörterten Entscheidung des Bundesverfassungsgericht vom 10.05.1988¹⁵² ging es auch um die Gültigkeit von § 7 HeilprG und die Bestimmung des § 2 Abs. 1 S.1 b) HeilprGDV_1, wonach eine Heilpraktikererlaubnis an Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit nicht erteilt werden konnte.

Das Bundesverfassungsgericht¹⁵³ unterschied den Wortlaut des § 7 HeilprG in eine Durchführungs- und eine Ergänzungsermächtigung. Von einer Durchführungsermächtigung spricht das Gericht, wenn die Verordnungsermächtigung (ausschließlich) der Durchführung

¹⁴⁹ Uhle, in: Epping/Hillgruber, Art. 129 GG Rdnr. 9-12.

¹⁵⁰ Klein, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 129 GG Rdnr. 21-23.

¹⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 10.06.53 - 1 BvF 1/53, BVerfGE 2, 307 ff.

¹⁵² 1. Teil: B.4.2.1.2 Erster Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988, S. 36

¹⁵³ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

materiellen Rechts diene, von Ergänzungsermächtigung, wenn darüber hinaus dem Verordnungsgeber inhaltliche Änderungen erlaubt würden.

Das Bundesverfassungsgericht äußerte, gegen die Durchführungsermächtigung bestünden an sich keine Bedenken. Inhalt, Zweck und Ausmaß der auf § 7 HeilprG gestützten Verordnungen ließen sich zwar aus der blankettartigen Formulierung der Ermächtigungsnorm nicht entnehmen. Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, der dies verlange, sei jedoch auf vorkonstitutionelle Ermächtigungen nicht anwendbar. Deren Bestand richte sich ausschließlich nach Art. 129 GG. Die strengeren Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG fänden nur dann Anwendung, wenn das materielle Recht, zu dessen Durchführung die Verordnung diene, nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wesentlich geändert worden sei. Zum Zeitpunkt der Entscheidung des Gerichts war das nicht der Fall.

Dennoch konnte § 7 HeilprG das Verbot der Erlaubniserteilung an Ausländer*innen nicht tragen. Das Bundesverfassungsgericht erklärte dies so: Selbst, wenn man den Begriff "Durchführung" weit auslege: Zweck des Gesetzes sei es nach wie vor, die Patient*innen vor fachlich und charakterlich ungeeigneten Therapeut*innen zu schützen. Damit habe das absolute Verbot der Erlaubniserteilung an Ausländer*innen aber nichts gemein.

Auch auf die in § 7 HeilprG seinerzeit enthaltene Ergänzungsermächtigung lasse sich das Verbot nicht zurückführen. Das ergebe sich allerdings nicht ohne weiteres daraus, dass dieser Teil der Vorschrift nach Art. 129 Abs. 3 GG inzwischen erloschen sei; denn das nachträgliche Fortfallen der Ermächtigungsgrundlage sei für den Bestand ordnungsgemäß erlassener Rechtsverordnungen ohne Einfluss.

Dennoch könne die außer Kraft getretene Ergänzungsermächtigung hier nicht mehr als Grundlage für die in Rede stehende Ordnungsbestimmung herangezogen werden. Dabei brauche nicht entschieden zu werden, ob solche Ermächtigungen nahezu 40 Jahre nach ihrem Erlöschen als hinreichende Legitimation für derart weitgehende Grundrechtseingriffe wie das ausnahmslose Verbot einer Berufszulassung angesehen werden könnten. Zweifelhaft sei das insbesondere deswegen, weil der in den Übergangsbestimmungen des Grundgesetzes enthaltene Verzicht auf heutigen Anforderungen entsprechende Eingriffsgrundlagen auch von

der Erwägung getragen worden sei, regellose Zustände zu vermeiden; seither habe der Gesetzgeber genügend Zeit gehabt, rechtsstaatlichen Erfordernissen Rechnung zu tragen.

Hier reiche die erloschene Ergänzungsermächtigung jedenfalls deswegen nicht mehr aus, das Verbot des § 2 Abs. 1 Buchst. b) HeilprGDV_1 zu rechtfertigen, weil sich der Sinn des HeilprG inzwischen in sein Gegenteil verkehrt habe. Ließe sich die Versagung der Erlaubnis für Ausländer*innen gegebenenfalls noch als Fortführung der Absicht ansehen, den Berufsstand der Heilpraktiker*innen zu schließen, habe sie zu der jetzigen, geänderten Funktion des Gesetzes keinerlei inhaltlichen Bezug mehr. Der Bedeutungswandel des Gesetzes, dem in Rechtsprechung und Verwaltungspraxis seit mehr als 30 Jahren Rechnung getragen werde, lasse einen Rückgriff auf die erloschene Ergänzungsermächtigung allenfalls für solche Ordnungsbestimmungen zu, die auch nach dem heutigen Verständnis des Gesetzes eine sinnvolle Einheit mit ihm bildeten. Eingriffe, die dazu in Widerspruch stünden, wie das ausnahmslose Berufsverbot für Ausländer*innen, entbehrten daher der erforderlichen gesetzlichen Grundlage.

Im Ergebnis blieb damit § 7 HeilprG als zulässige Verordnungsermächtigung erhalten. Lediglich die Bestimmung der Durchführungsverordnung, wonach Ausländer*innen der Erwerb der Heilpraktikererlaubnis verboten war, wurde kassiert.

2.2.2.2 Reflexion dieser Entscheidung

Die von dem Bundesverfassungsgericht vorgenommene Unterscheidung zwischen einer Durchführungs- und einer Ergänzungsermächtigung versteht sich nicht von selbst. Zwar könnte sie das Regel-/Ausnahmeverhältnis widerspiegeln, wonach vorkonstitutionelle Ermächtigungsgrundlagen grundsätzlich erhalten bleiben und nur dann und so weit erlöschen, wie sie den Gewaltenteilungsgrundsatz missachten. Ginge es lediglich um die Durchführung / Umsetzung / Konkretisierung von Gesetzen bliebe der Gesetzgeber dazu befugt, die Verwaltung damit zu beauftragen. Ginge es um eine Ergänzung, dann sollen entsprechende Rechtsvorschriften schon nach dem Wortlaut des Art. 129 Abs. 3 GG erloschen sein.

Gegen eine solche Differenzierung spricht jedoch, dass im nationalsozialistischen Staat der Jahre 1933 bis 1945 in weitem Umfang Rechtsetzungsbefugnisse auf die Exekutive übertragen

wurden. Beide Begriffe „Durchführung“ und „Ergänzung“ waren nach damaliger Auffassung weit auszulegen.¹⁵⁴ Die Nationalsozialisten wollten das Heilpraktikerwesen abschaffen. Für sie war irrelevant, ob die dabei zum Einsatz kommenden Mittel das Gesetz durchführten oder ergänzten. Für sie war die Trennung von Legislative und Exekutive ohnehin abgeschafft.¹⁵⁵

Auch die Bezugnahme auf den Gesetzeszweck ist zu hinterfragen. Es dürfte der rassistischen Ideologie und auch den Feindbildern der Nationalsozialisten entsprochen haben, Personen ohne deutsche Staatsangehörigkeit von vornherein von der Erlaubniserteilung auszunehmen; Wegen dieses Zwecks konnte das Verbot keinen Bestand mehr haben. Das ist inzwischen selbstverständlich und hat, obwohl darauf nicht ausdrücklich hingewiesen wurde, auch die Entscheidung aus dem Jahr 1988 getragen.

Mit dem weiteren ursprünglichen Zweck, das Heilpraktikerwesen eben doch nicht ganz abzuschaffen, sondern einem ausgewählten Personenkreis die Ausübung der nichtärztlichen Heilkunde zu erlauben, solange er die „Volksgesundheit“ nicht schädige, lässt sich ebenso wenig argumentieren: Der vorkonstitutionelle Gesetzgeber hatte diesen Personenkreis in verfassungswidriger Weise festgelegt. Deshalb lässt sich die Wirksamkeit der Verordnungsermächtigung nur bestätigen, wenn man den „Sinn des Heilpraktikerrechts“ – freilich aus verfassungsrechtlichen Gründen - „in sein Gegenteil verkehrt“.¹⁵⁶ Erst mit diesem Verständnis musste – jedenfalls vorerst, das Bundesverfassungsgericht äußert hier schon für die Zukunft gehörige Zweifel – die Ermächtigung des Ministers zur Durchführung des Gesetzes bestehen bleiben.

Das Bundesverfassungsgericht hat am Ende nicht über die Ermächtigungsnorm des § 7 HeilprG, sondern über die Durchführungsbestimmung § 2 Abs. 1 b) HeilprGDV_1 entschieden. Maßstab hierfür ist nicht Art. 129 Abs. 3 GG, sondern Art. 123 Abs. 1 GG. Diese Bestimmung umfasst auch Rechtsverordnungen, selbst wenn die dazu ergangenen Ermächtigungen

¹⁵⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 12.02.69 - 1 BvR 687/62, *BVerfGE* 25, S. 216 Entgegen dieser Entscheidung dürfen die Maßstäbe nicht auf heutiges Recht übertragen werden; anderenfalls wäre der Sinn des Art. 129 Abs. 3 GG unterlaufen.

¹⁵⁵ *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnr. 23.

¹⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.

erloschen sind, darauf weist die Entscheidung zutreffend hin. Sie gelten nur fort, soweit dies dem GG nicht widerspricht. Dies aber ist bei dem Erteilungsverbot an Ausländer*innen eindeutig der Fall. Die Entscheidung ist also im Ergebnis richtig. Für den hiesigen Zusammenhang wichtig ist die Schlussbemerkung des Gerichts, § 7 HeilprG genüge den Anforderungen des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Vorbehalt des Gesetzes nicht.¹⁵⁷

2.2.3. Konsequenzen für die aktuelle Situation

Art. 123 GG und Art. 129 Abs. 3 GG betreffen ausschließlich vorkonstitutionelles Recht. Die Änderungen durch das PSG III wurden 70 Jahre nach Inkrafttreten des GG vorgenommen. Deshalb ist zu prüfen, ob die Neuregelung noch mit dem Maßstab der Übergangsbestimmungen gemessen werden kann. Für sie könnten alternativ die strengeren Kriterien des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gelten.

Folgt man der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts, dann kommt die strengere Vorschrift nur zur Anwendung, wenn das materielle Recht, zu dessen Durchführung die Verordnung dient, nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wesentlich geändert worden sei.

Gegen eine solche wesentliche Änderung könnte sprechen, dass die Ermächtigungsnorm § 7 HeilprG unverändert geblieben ist. Auch in § 2 Abs. 1 HeilprG könnte lediglich auf diese Verordnungsermächtigung verwiesen, sie also redaktionell nur in Erinnerung gerufen worden sein, wenn die Erlaubnis „nach Maßgabe“ dieser Rechts- und Verwaltungsvorschriften erteilt werden sollte. Schließlich wurden die Durchführungsverordnung selbst lediglich mit dem Erfordernis von „Kenntnissen und Fähigkeiten“ ergänzt sowie der Patient*innenschutz zusätzlich aufgenommen. Dies sind unbestimmte Rechtsbegriffe, deren Verwendung ebenfalls eher gegen eine wesentliche Änderung sprechen. Schließlich kann auch die Zweistufigkeit der Regelungen nicht übersehen werden: Leitlinien haben, darauf wird noch an anderer Stelle genauer eingegangen, wohl eher keinen Rechtsnormcharakter, sie geben einen Orientierungsrahmen vor, legen aber als Interpretationshilfen o.ä. nichts verbindlich fest. Daraus könnte entnommen werden, der Gesetzgeber habe vielleicht nur eine einheitliche

¹⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

Ausgestaltung auf Länderebene anregen, eine substantielle Änderung des Heilpraktikerrechts aber eigentlich nicht vornehmen wollen.

Die Begründung des Gesetzes spricht jedoch eher für eine beabsichtigte wesentliche Änderung: Dort wird ausgeführt, die 89. Konferenz der Minister*innen und Senator*innen für Gesundheit der Länder habe festgestellt, dass die Anforderungen an die Erlaubniserteilung nach dem Heilpraktikerrecht nicht mehr den Qualitätserfordernissen genügten, die aus Gründen des Patient*innenschutzes an die selbständige Ausübung der Heilkunde zu stellen seien. Das Bundesministerium für Gesundheit werde aufgefordert, die Leitlinien zur Überprüfung der Heilpraktikeranwärter*innen zu überarbeiten und gegebenenfalls auszuweiten, um einerseits dem Patient*innenschutz besser gerecht werden und andererseits bessere Voraussetzungen für die Einheitlichkeit der Kenntnisüberprüfungen schaffen zu können.

Damit war erstmals intendiert, dass die Überprüfung nicht mehr nur dem Schutz der Gesundheit der Bevölkerung dienen sollte. Angesichts der Diskussionen, die schon 1869 um die Einführung oder Beschränkung der Kurierfreiheit geführt wurden - damals setzte sich die Auffassung durch, die Patient*innen können selbst entscheiden, ob sie auch unqualifizierte Behandler*innen in Anspruch nehmen¹⁵⁸ - ist die jetzt vorgenommene Betonung des Patient*innenschutzes eine wesentliche Änderung, zumal sie mit einheitlichen, verbindlicheren Überprüfungen einhergehen sollte. Ob der Heilkundebegriff¹⁵⁹ nach der Rechtsprechung diesen Schutz nicht schon lange ebenfalls erfasste, kann hier dahinstehen, denn es handelt sich nunmehr um eine gesetzliche Neuregelung. Der Gesetzeszweck wird ausgeweitet, der Zugang zum Heilpraktikerberuf einheitlicher und verbindlicher ausgestaltet. Weil sich einheitliche Leitlinien auch auf die Berufswahl derjenigen auswirken, die den Heilpraktikerberuf ausüben wollen, hat die Neuregelung auch grundrechtliche Relevanz.

¹⁵⁸ 1. Teil: B.1 Die Zeit vor 1933, S. 22

¹⁵⁹ 3. Teil: A.1.3 Anwendung der Maßstäbe auf den Heilkundebegriff, S. 98

Deshalb gilt Art. 129 Abs. 3 GG auch nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht als Maßstab für die Neuregelung nicht mehr. Die Argumentation des Gutachters wird von den obigen Ausführungen zum Gewaltenteilungsgrundsatz gestützt. Ihnen ist zu entnehmen, dass dieses Prinzip mit Artikel 129 Abs. 3 GG keineswegs aufgehoben wurde. Lediglich die höheren Anforderungen, die für nachkonstitutionelles Recht aufgestellt wurden, sollten übergangsweise mit Art. 123 Abs. 1 GG entfallen, damit die neue Bundesrepublik auch auf der Basis schon existenter, nicht verfassungswidriger Rechts- und Verwaltungsvorschriften weiterhin funktionieren konnte. Solche Ziele sind inzwischen durch Zeitablauf obsolet; durch die Unwirksamkeit einzelner Verordnungsermächtigungen ist das Funktionieren des Staates nicht gefährdet.

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der Gutachter lediglich seine Rechtsauffassung darlegt. Soweit erkennbar, haben sich die Gerichte mit den Neuregelungen in dieser Intensität noch nicht befasst. Die Diskussion des Gutachtens bleibt abzuwarten.

3. Überprüfung am Maßstab der Ermächtigung zum Erlass von Rechtsverordnungen

Zu § 7 HeilprG hat das Bundesverfassungsgericht 1988 entschieden, dass diese Ermächtigungsnorm den heutigen Anforderungen nicht genügt. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG verlange eine Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der auf diese Vorschrift gestützten Verordnung. Das lasse sich der Vorschrift nicht entnehmen.¹⁶⁰

Im Folgenden wird diskutiert, ob dieser Maßstab bei den Änderungen der Jahre 2017/18 eingehalten wurde. Es ist festzulegen, welche Bedeutung in diesem Zusammenhang der Zusatz in § 2 Abs. 1 HeilprG sowie die Änderungen der Durchführungsverordnung haben. Auch die dort erwähnten „Leitlinien“ dürften von Relevanz sein.

¹⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

3.1 Bedeutung und Inhalt von Art. 80 Abs. 1 GG

Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG begründet für den Gesetzgeber eine Befugnis, näher bestimmte Stellen der Exekutive zum Erlass von Rechtsverordnungen zu ermächtigen. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG setzt dem insoweit Grenzen, als dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung bestimmt werden müssen. Art. 80 Abs. 1 S. 3 GG verlangt die Angabe der Rechtsgrundlage in der Verordnung.

3.1.1. Rechtsverordnung, Verwaltungsvorschrift, Leitlinie als Begriff

Das Grundgesetz definiert den Begriff der Rechtsverordnung nicht, sondern setzt ihn voraus. Es differenziert zwischen der auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhenden Rechtsverordnung und der ohne eine solche Ermächtigung zulässigen Ausführungs- oder Verwaltungsvorschrift. Unter einer Rechtsverordnung wird traditionell ein untergesetzlicher und allgemeinverbindlicher Rechtssatz verstanden, der von der Exekutive erlassen wird (sog. materieller Verordnungsbegriff). Es werden aber auch alle Vorschriften darunter subsumiert, die von einem Organ der Exekutive erlassen, als Rechtsverordnung bezeichnet und in den für die Verkündung von Rechtsnormen vorgesehenen Publikationsblättern veröffentlicht sind (formalisierter Verordnungsbegriff). Dazu gehört auch die Bezeichnung des Gesetzes innerhalb der Vorschrift.¹⁶¹

Demgegenüber sind Verwaltungsvorschriften Regelungen, die, ohne auf eine unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet zu sein, für eine abstrakte Vielzahl von Sachverhalten des Verwaltungsgeschehens innenrechtsverbindliche Aussagen treffen, u.a. als Auslegungs- und Ermessensrichtlinien. Der Unterschied besteht darin, dass Rechtsverordnungen wie ein Gesetz auch die Gerichte binden, die Exekutive also in die Gesetzgebung eingebunden ist. Verwaltungsvorschriften haben demgegenüber eine Bindungswirkung ausschließlich innerhalb der Exekutive.¹⁶²

¹⁶¹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnrn. 24 bis 32; *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 80 GG Rdnr. 1 bis 4.

¹⁶² *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnr. 208-215.

Die verwaltungsrechtliche Rechtsquellenlehre ist traditionell zweigliedrig. Entweder handelt es sich um eine Rechtsverordnung oder um eine Verwaltungsvorschrift. Der Begriff der Leitlinie ist insofern unbekannt. Deshalb ist zweifelhaft, ob einer Leitlinie überhaupt eine verbindliche Wirkung zukommt und – falls das der Fall ist – wem gegenüber. Bei Leitlinien handelt es sich am ehesten um „soft law“: politische Absichtserklärungen, Selbstverpflichtungen¹⁶³ oder Interpretationshilfen bzw. Hinweisen bei der Auslegung von Normen.¹⁶⁴ Solche Empfehlungen haben typischerweise keine Bindungswirkung.

Mit diesem nachkonstitutionellen Verständnis handelt es sich bei der HeilprGDV_1 um eine Rechtsverordnung. Sie ist in § 2 Abs. 1 HeilprG als solche bezeichnet, nennt das Gesetz in der Eingangsformel und trifft auch inhaltlich nach außen hin verbindliche Regelungen u.a. über die Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis nach dem HeilprG.

Es könnte eingewendet werden, dass die Änderungen der Jahre 2017/18 in der Form eines Gesetzes bekanntgemacht wurden. Das Gesetzgebungsverfahren betrifft insbesondere auch Art.17f PSG III. Allein die Bekanntmachung in der Form eines Gesetzes macht die HeilprGDV_1 nicht selbst zum Gesetz.¹⁶⁵ Es handelt sich bei Art. 17f PSG III lediglich um eine Ergänzung der schon bestehenden Vorschriften der HeilprGDV_1, für die offensichtlich weiterhin die Verwaltung zuständig bleiben sollte. Das ergibt sich auch aus der Ergänzung in § 2 Abs. 1 S.2 und 3 HeilprGDV_1. Dann muss aber diskutiert werden, ob und inwieweit der Gesetzgeber dazu berechtigt war, die bestehende Rechtsverordnung abzuändern und sie gleichzeitig auf diesem Rang zu belassen. Grundsätzlich ist eine Rechtsverordnung ein Akt der Exekutive.

¹⁶³ z.B. Art. 68 AEUV „Strategische Leitlinien“

¹⁶⁴ z.B. Leitlinien der EU-Kommission zur Auslegung Art. 101 Abs. 3 AEUV; *Graevenitz*, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, EuZW 2013; Ermessensleitlinien, Bußgeldleitlinien usw.

¹⁶⁵ In der Praxis kommt die Anhebung einer Rechtsverordnung in den Gesetzesrang vor, wenn z.B. der Gesetzgeber die Materie selbst regelt und dabei in einem Aufwaschen auch die Rechtsverordnung. *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnrn. 88-97 Wegen der nur geringfügigen Ergänzungen liegt dieser Fall hier nicht vor. vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 13.09.05 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, S. 196; *BVerfG*, BVerfG v. 27.09.05 - 2 BvL 11/02, 13/02 und 12/03, BVerfGE 114, S. 303.

3.1.2. Konkretisierung des Gewaltenteilungsprinzips

3.1.2.1 Allgemeine Ausführungen

Art. 80 Abs. 1 GG ist eine Bestimmung, die das Prinzip der Gewaltenteilung im nachkonstitutionellen Recht konkretisiert.

Die in Artikel 20 Absatz 2 Satz 2 GG normierte Teilung der Gewalten ist ein tragendes Organisations- und Funktionsprinzip des Grundgesetzes. Sie bezweckt vor allem eine politische Machtverteilung, das Ineinandergreifen der drei Gewalten und die daraus resultierende gegenseitige Kontrolle und Begrenzung mit der Folge der Mäßigung der Staatsgewalt. Darüber hinaus will sie sicherstellen, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für eine möglichst sachgerechte Entscheidung verfügen. Der im Grundgesetz niedergelegte Grundsatz der Gewaltenteilung zielt zwar nicht auf eine strikte Trennung der Staatsfunktionen ab. Gleichwohl muss die in der Verfassung vorgenommene Gewichtsverteilung zwischen den drei Gewalten gewahrt werden, damit keine Gewalt ein von der Verfassung nicht vorgesehenes Übergewicht über eine andere erhält. Ebenso wenig darf eine Gewalt der für die Erfüllung ihrer verfassungsgemäßen Aufgaben erforderlichen Zuständigkeiten beraubt werden. Der Kernbereich ihrer Entscheidungsbefugnis ist unantastbar. Damit ist ausgeschlossen, dass eine der Gewalten die ihr von der Verfassung zugeschriebenen typischen Aufgaben verliert.¹⁶⁶

Art. 80 Abs. 1 GG belegt, dass die beiden Staatsgewalten miteinander verzahnt sind. Abs. 1 S. 1 GG erlaubt dem Gesetzgeber, die Exekutive mit der Rechtsetzung zu beauftragen. Dies ist eine Aufgabe, die von der Idee her ihm allein zukommt. Zwischen der abstrakten Bestimmung des Wesentlichen einer Materie wie z.B. des Heilpraktikerrechts durch den Gesetzgeber und der Anwendung eines Gesetzes im Einzelfall durch die Verwaltung können zahlreiche gleichgeartete Fallkonstellationen liegen, die je nach Materie keiner Entscheidung durch das

¹⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 30.06.15 - 2 BvR 1282/11, BVerfGE 139, S. 321.

Parlament bedürfen. Zugleich sollen Verwaltungsentscheidungen ohne ein langwieriges Gesetzgebungsverfahren den Vorteil der Schnelligkeit für sich haben.

Deshalb ist die in Art. 80 Abs. 1 S.1 GG vorgesehene Normsetzungsbefugnis der Verwaltung keine Durchbrechung des Gewaltenteilungsprinzips, sondern eher eine Konkretisierung und Limitierung: Wenn schon der Gesetzgeber von der Möglichkeit Gebrauch macht, seine Befugnis zu einem Teil auf die Exekutive zu übertragen, muss er dabei gemäß S. 2 Inhalt, Zweck und Ausmaß dieser Verordnungsermächtigung bestimmen.

Nachdem Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG keine inhaltlichen Vorgaben macht, welche Materie in welcher Regelungsdichte auf die Exekutive übertragen werden kann, könnte es sich mehr um eine formale als eine inhaltliche Beschränkung handeln. Gleichwohl hat die Vorschrift, wie die Diskussion um Art. 129 Abs. 3 GG gezeigt hat, gegenüber dem allgemeinen Gewaltenteilungsprinzip eigenständige Bedeutung. Indem der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung bestimmen muss, ist eine Rückbesinnung gefordert, der Exekutive nicht alles selbst zu überlassen.

3.1.2.2 Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu beantworten, ob der Gesetzgeber eine Rechtsverordnung erlassen oder abändern kann.

Teilt man die Gewalten zunächst einmal streng, dann gehört der Erlass von Rechtsverordnungen in den Aufgabenbereich der Verwaltung und derjenige von Gesetzen in die Legislative.¹⁶⁷ Andererseits liegen Rechtsverordnungen im Rang unter den Gesetzen, so dass der Gesetzgeber sicher befugt wäre, mit einem Gesetz eine Rechtsverordnung zu ersetzen. Zudem kann es sich gelegentlich der Neubestimmung einer Materie als praktisch erweisen, mit dem bisherigen Gesetz sozusagen in einem Aufwasch auch die dazu gehörige Rechtsverordnung anzupassen.¹⁶⁸ So könnte es nahegelegen haben, § 2 Abs. 1 HeilprG mit

¹⁶⁷ BVerfG, Kammerbeschluss v. 30.04.96 - 2 BvL 20/94, NJW 1997, S. 261.

¹⁶⁸ Remmert, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnrn. 88-97.

einer Ergänzung zu versehen und parallel auch § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 um die Bedingung zu erweitern, dass die Überprüfung auch dem Patient*innenschutz dienen muss.

Mit der gleichzeitigen Änderung eines Gesetzes und einer Rechtsverordnung, ohne diese in den gleichen Rang zu erheben, wird jedoch das Konzept der Erzeugung von Rechtssätzen nach Art. 76 ff. GG verlassen. Es enthält die Normsetzung entweder durch Gesetze oder durch Rechtsverordnungen. Insbesondere wenn – wie hier – ein Gesetz nur einzelne Worte oder Satzteile einer Rechtsverordnung ergänzt, entsteht Unklarheit darüber, um was es sich handelt. Das hat Auswirkungen, denn Rechtsverordnungen können im Rahmen der Inzidentkontrolle verworfen werden und sind nach Art. 100 Abs. 1 GG beim Bundesverfassungsgericht nicht vorlagepflichtig. Deshalb wird in der Literatur die zu begrüßende Auffassung vertreten, es müsse bei der Zweiteilung bleiben und dürfe keine „Legislativverordnung“ geben, die eine Zwitterstellung zwischen Gesetz und Rechtsverordnung einnehme.¹⁶⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat in der neueren Rechtsprechung gleichwohl und ausnahmsweise dem Gesetzgeber die Möglichkeit der Normsetzung durch Erlass von Rechtsverordnungen eröffnet. Dies aber nur unter drei Voraussetzungen: es müsse ein Zusammenhang zu einer gesetzgeberischen Maßnahme bestehen, und das Verfahren der Art. 76 ff. GG müsse eingehalten worden sein. Beide Voraussetzungen liegen wegen der gleichzeitigen Änderung von § 2 HeilprG in einem Gesetz vor. Als dritte Voraussetzung nennt das Gericht die Einhaltung der Grenzen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.¹⁷⁰

Es kommt also darauf an, ob die Änderungen der Jahre 2017/18 genügende Aussagen zum Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung enthalten. Die Besonderheit besteht darin, dass die Neuregelung diese Anforderungen erstmals erfüllen muss.¹⁷¹ Vorab muss aber noch ein weiteres Prinzip benannt werden:

¹⁶⁹ *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnrn. 88-97.

¹⁷⁰ *BVerfG*, BVerfG v. 27.09.05 - 2 BvL 11/02, 13/02 und 12/03, BVerfGE 114, S. 303; *BVerfG*, Beschl. v. 13.09.05 - 2 BvF 2/03, BVerfGE 114, S. 196.

¹⁷¹ 2. Teil: A.2.2 Maßstab des Art. 129 Abs. 3 GG, S. 54

3.1.3. Konkretisierung des Demokratieprinzips

Art. 80 GG ist zugleich eine Bestimmung, die das Demokratieprinzip konkretisiert.

Gem. Art. 20 Abs. 2 S.1 GG geht die Staatsgewalt vom Volke aus. Seine Vertreter*innen entscheiden über das Zusammenleben durch den Erlass von Gesetzen. Sie haben durch den Bundestag eine besondere Legitimation, die Rechtsverordnungen so nicht zukommt. Darüber hinaus ist das Gesetzgebungsverfahren bestimmt durch die Suche nach einem Konsens und angelegt für eine Diskussion in der Öffentlichkeit. Diese Ausrichtung fehlt dem Erlass von Rechtsverordnungen durch die Exekutive.

Indem Art. 80 Abs. 1 S. 1 GG dem Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, der Exekutive einen Teil der Normsetzung zu überlassen, entlastet die Vorschrift ihn für die wesentliche Parlamentsarbeit und stellt zugleich klar, dass die Verwaltung berechtigt ist, unabhängig vom Einzelfall die Detailarbeit zu leisten. Wiederum setzt Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG hier eine Grenze, denn es bleibt immer noch die Pflicht des Gesetzgebers, dabei Inhalt, Zweck und Ausmaß dieser Delegation selbst zu bestimmen. Damit soll seine eigentliche Funktion, kraft seiner Legitimation über das Wesentliche einer Materie selbst zu entscheiden, gewahrt bleiben.¹⁷²

Diese Funktion kommt dem Gesetzgeber auch ohne diese Bestimmungen zu. Deshalb ist hier wie schon bei den Ausführungen zum Gewaltenteilungsprinzip zu erörtern, ob und welche eigenständige Bedeutung Art. 80 Abs. 1 GG zukommt. Die Begriffe Gesetzes- bzw. Parlamentsvorbehalt kennzeichnen das allgemeine Prinzip, dass die Exekutive in bestimmten Bereichen nicht ohne gesetzliche Grundlage tätig werden darf (Gesetzesvorbehalt) bzw. dass bestimmte Bereiche auch gesetzlich nicht an die Exekutive übertragen werden dürfen (Parlamentsvorbehalt). Normen, die diese Vorbehalte nicht einhalten, sind verfassungswidrig, ohne dass es auf die Einhaltung von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG ankommt. Somit könnte die Frage, welche Bereiche der Legislative bzw. dem Parlament zur Entscheidung vorbehalten sind, in dieser Untersuchung auch vorrangig gestellt werden.¹⁷³

¹⁷² Remmert, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnr. 7.

¹⁷³ Remmert, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnr. 70.

Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich aus Art. 80 Abs. 1 GG ein besonderer Appell:

„Das Parlament soll sich seiner Verantwortung als gesetzgebende Körperschaft nicht dadurch entschlagen können, dass es einen Teil der Gesetzgebungsmacht der Regierung überträgt, ohne genau die Grenzen dieser übertragenen Kompetenzen bedacht und bestimmt zu haben. Die Regierung soll andererseits nicht, gestützt auf unbestimmte Ermächtigungen zum Erlass von Verordnungen an die Stelle des Parlaments treten.“¹⁷⁴

Daraus kann erneut die eigenständige Bedeutung von Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG gefolgert werden, denn die Notwendigkeit der Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung legt der Gesetzgebung eine Einschränkung ihrer Delegationsbefugnis auf. Zumindest soll sie das Ausmaß der Delegation „bedacht“ und „bestimmt“ haben.

Es steht nach dem Wortlaut dieser Vorschrift allerdings weder fest, wie die Bestimmung erfolgen soll – zu denken wäre an eine ausdrückliche Angabe von (jeweils?) Inhalt, Zweck und Ausmaß in der Verordnungsermächtigung – noch ist klar, welche Bereiche dem Gesetzgeber bzw. Parlament vorbehalten bleiben sollen. Die Bestimmung über Inhalt, Zweck und Ausmaß einer Verordnungsermächtigung bliebe m.a.W. ohne einen Rückgriff auf die o.a. Vorbehalte inhaltsleer und dem Gesetzgeber überlassen.

Die hier dargelegte Differenzierung zwischen vorkonstitutionellem und nachkonstitutionellem Recht spricht gleichwohl für eine eigenständige Bedeutung von Art. 80 Abs. 1 GG. Die Vorschrift gilt nur für nachkonstitutionelles Recht. Das hat für das Heilpraktikerrecht eine besondere Relevanz, handelt es sich doch um eine der letzten Materien, deren Regelungen bislang insgesamt noch aus der Zeit des Nationalsozialismus stammen. Umso bedeutsamer sind Vorschriften der Väter und Mütter des Grundgesetzes, die wie im Falle des Art. 80 Abs. 1 GG eine klare Distanzierung von einem totalitären Staatsgebilde und eine Rückbesinnung auf

¹⁷⁴ BVerfG, Urt. v. 23.10.51 - 2 BvG 1/51, BVerfGE 1, 14 ff.; Nachweise ständiger Respr. bei *Remmert*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 80 GG Rdnrn. 64-67.

demokratische Strukturen sicherstellen sollten. Deshalb ist von dem Gesetzgeber eine „Normenbestimmtheit und Normenklarheit zu fordern, so dass sichergestellt ist, dass die betroffenen Bürger*innen sich auf mögliche belastende Maßnahmen einstellen können, dass die gesetzesausführende Verwaltung für ihr Verhalten steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet und dass die Gerichte die Rechtskontrolle durchführen können.“¹⁷⁵ Art. 80 Abs. 1 S. 2 und 3 GG realisieren dieses Prinzip, indem die Verordnungsermächtigung inhaltliche Bestimmungen formal treffen und die jeweilige Verordnung das Gesetz angeben muss, auf dem sie beruht.

3.2 Einhaltung des Maßstabs bei der Neuregelung

3.2.1. Formale Betrachtung

Ermächtigt der Gesetzgeber die Exekutive mit der Normsetzung, muss er „dabei“ Inhalt, Zweck und Ausmaß der Befugnis bestimmen.

Eine ausdrückliche Bestimmung, die die zukünftige Reichweite der Verordnung festlegt, fehlt in der Neuregelung des Heilpraktikerrechts. Betrachtet man nur das Gesetz, ist die Verordnungsermächtigung § 7 HeilprG unverändert geblieben. § 2 Abs. 1 HeilprG nimmt insoweit Bezug auf diese Vorschrift, als die Überprüfung nach Maßgabe der HeilprGDV_1 erfolgen soll. Das ist zunächst nur ein Verweis ohne jeglichen Inhalt. Die Formulierung, die Überprüfung müsse nach Maßgabe der erlassenen (und nicht der noch zu erlassenden) Rechts- und Verwaltungsvorschriften erfolgen, verweist auf bereits Vorhandenes und lässt nicht erkennen, dass hier die Kompetenz der Exekutive neu geregelt und i.S.v. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG limitiert werden sollte.

In § 2 HeilprG wird festgelegt, dass die Rechts- und Verwaltungsvorschriften zukünftig insbesondere Vorgaben „hinsichtlich Kenntnissen und Fähigkeiten“ als Bestandteil der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis enthalten sollen. Dies ist allenfalls eine inhaltliche Aussage, die allerdings auch schon in § 2 Abs. 1 i) HeilprGDV_1 vorhanden war und

¹⁷⁵ BVerfG, Urt. v. 27.07.05 - 1 BvR 668/04, BVerfGE 113, S. 348.

insofern keine Neuerung ist. Eine Aussage zum Zweck dieser Ergänzung ist diesem Wortlaut nicht zu entnehmen.

Das Ausmaß der Verordnungsermächtigung ist unklar: „Kenntnisse und Fähigkeiten“ sind unbestimmte Rechtsbegriffe, ihre Verwendung verschafft der Exekutive deutlich Spielräume. Das Maß des Einflusses auf die Erlaubniserteilung bleibt noch aus anderen Gründen vage. So sollen die Rechts- und Verwaltungsvorschriften insbesondere „Vorgaben“ enthalten. Durch den Zusatz „insbesondere“ können diese noch andere Voraussetzungen der Erlaubniserteilung enthalten, ohne dass erkennbar wird, welche gemeint sein könnten. Es könnte sich um die unverändert gebliebenen Voraussetzungen § 2 Abs. 1 S. 1 a) bis b), d), f) bis h) HeilprGDV_1 oder zusätzliche handeln. Die Formulierung „sollen“ ist eher eine Empfehlung als eine Verpflichtung, und schließlich ist auch mit dem Wort „Vorgaben“ das Ausmaß der Verordnungsermächtigung nicht erkennbar, denn über die Verbindlichkeit dieser Vorgaben gegenüber denjenigen, die die Erlaubnis am Ende erteilen – es handelt sich um Landesbehörden – ergibt sich für die Behörde des Bundes, die die Verordnung treffen soll, kein Anhaltspunkt.

Es ist deshalb nicht erkennbar, wo hier im Sinne des Gewaltenteilungsprinzips die Grenzen zwischen Legislative und Exekutive verlaufen sollen. Vielmehr entsteht auch sprachlich der Eindruck, man habe sich nicht festlegen wollen. Dass die Erteilung der Erlaubnis von einer (Über-)Prüfung abhängt, bei der Kenntnisse und Fähigkeiten nachgewiesen werden müssen, ist nicht ausdrücklich hervorgehoben und kommt allenfalls verschachtelt zum Ausdruck. Die Vorschrift ist auch sprachlich-grammatikalisch verunglückt.

Nimmt man die gleichzeitig geänderte Durchführungsverordnung hinzu, dann wurde hier vertreten, dass der Gesetzgeber nicht dazu befugt ist, Normen mit dem Rang von Rechts- und Verwaltungsvorschriften zu erlassen.¹⁷⁶ Dementsprechend kann die mit diesem Rang ausgestattete Norm auch nicht die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG erfüllen. Selbst wenn man dem nicht folgt, enthält sie dennoch keine Bestimmungen, die diesen

¹⁷⁶ 2. Teil: A.3.1.2.2 Rechtsverordnungen durch den Gesetzgeber, S. 65

Voraussetzungen entsprechen könnten. Hier ist zwar ein neuer Zweck festgelegt, den die Überprüfung und damit auch die zu erlassende Rechtsverordnung erfüllen soll: sie sollen nunmehr auch dem Schutz der Patient*innen dienen, die die Erlaubnisinhaber*innen demnächst aufsuchen wollen. Dann fehlen aber Inhalte, m.a.W. Qualifikationsanforderungen, die mit dem Gesetz gesteigert werden sollten, und auch das Ausmaß der Verordnung, ihre Verbindlichkeit, ist nicht festgelegt. Es manifestiert sich so der Eindruck, der Gesetzgeber selbst habe sich nicht festlegen wollen.

Das bestätigt sich durch § 2 Abs. 1 S. 2 und 3 HeilprGDV_1. Die Vorschrift enthält die Ankündigung der Veröffentlichung von Leitlinien, die gemeinsam mit den Ländern ausgearbeitet werden sollen. Sie sollen gem. S.1 die Grundlage für die Überprüfung bilden. Das ist vage, denn der Begriff der Leitlinie verspricht keine Verbindlichkeit. Wenn man sich von diesem Begriff löst, könnten die Leitlinien selbst als (eigene) Rechtsverordnung angesehen werden. Dafür gibt es jedoch im Gesetz keinen Anhalt. Auch in der Veröffentlichung der Leitlinien wird auf Gesetz und Durchführungsverordnung Bezug genommen.¹⁷⁷ Daraus ergibt sich kein eigenständiger Rechtsnormcharakter. Selbst wenn man hier eine neue Verordnung erkennen würde, wären die Anforderungen des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG mangels bestimmbarer Inhalte der Leitlinien und einer Festlegung ihres Ausmaßes nicht erfüllt. Deshalb kann hier nur davon ausgegangen werden, dass die Leitlinien selbst keinen Rechtsnormcharakter haben (sollten).

3.2.2. Inhaltliche Betrachtung

Die Neuregelung enthält drei Themenkomplexe, aus denen sich womöglich klarere Erkenntnisse zu der Frage ergeben, ob der Gesetzgeber inhaltlich die Grenzen zwischen Legislative und Exekutive bedacht und diese durch Aussagen zu Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung gezogen hat.

¹⁷⁷ Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien - Bekanntmachung von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärterinnen und -anwärtern nach § 2 des Heilpraktikergesetzes in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Buchstabe i der Ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz, BAnZ (07.12.2017), 1 bis 5.

3.2.2.1 Kenntnisse und Fähigkeiten

Die unbestimmten Rechtsbegriffe „Kenntnisse und Fähigkeiten“ finden sich in allen Gesetzen der Gesundheitsberufe, wenn es um die bei der staatlichen Prüfung nachzuweisenden Kompetenzen oder die Anerkennung im Ausland erworbener Kenntnisse und Fähigkeiten geht. Nach der Berufsanerkennungsrichtlinie EGRL 2005/36, die in diesen Gesetzen umgesetzt wurde, ist die Gleichwertigkeit mit einer Ausbildung in Deutschland nicht gegeben, wenn die nachgewiesene Ausbildung der Antragsteller*innen wesentliche inhaltliche Abweichungen hinsichtlich der Kenntnisse und Fähigkeiten aufweist, die eine wesentliche Voraussetzung für die Ausübung des jeweiligen Berufes in Deutschland sind.

Deshalb lassen sich die unbestimmten Begriffe „Kenntnisse und Fähigkeiten“ kaum anders verstehen, als dass im Rahmen der Überprüfung nach dem HeilprG wie in anderen Gesundheitsberufen auch das positive Vorhandensein von Kompetenzen überprüft wird.¹⁷⁸ Bislang gehörte der Beruf der Heilpraktiker*innen jedoch nicht zu den staatlich anerkannten Gesundheitsberufen, eine europarechtliche Gleichwertigkeitsprüfung findet nicht statt.¹⁷⁹ Die Überprüfung diente bislang nur (negativ) dem Ausschluss von Gesundheitsgefahren.¹⁸⁰ Deshalb irritiert die nunmehr gesetzliche Vorgabe, es müssten „Kenntnisse und Fähigkeiten“ überprüft werden, mehr als sie nützt. Hier wird davon ausgegangen, dass eine berufsrechtliche Gleichstellung zu Berufen mit staatlicher Prüfung vom Gesetzgeber nicht gewollt war. Andererseits war es durchaus die Absicht des Gesetzgebers, die inhaltlichen Vorgaben zu vereinheitlichen und, was den Patient*innenschutz angeht, zu verschärfen. Es bleibt nur das Maß dessen – auch im Verhältnis zu den Gesundheitsfachberufen – der Exekutive überlassen.

Die Überlegung, dass der Gesetzgeber eine Bestimmung der Reichweite seiner Delegation an die Exekutive nicht getroffen hat, wird von den bekanntgemachten Leitlinien bestätigt: Es fällt

¹⁷⁸ Stock, Europarecht der Gesundheitsberufe, in: Stellpflug/Meier/Tadayon, Handbuch Medizinrecht, B 6000 Dass es sich um eine Überprüfung handeln soll, ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetz, aber aus der Verordnung.

¹⁷⁹ Sasse, Der Heilpraktiker S. 84 f.

¹⁸⁰ 3. Teil: A.1.4.2.4 Ausbildungs- und Prüfungsbestimmungen, S. 118

zum einen positiv und im Sinne der erwähnten Schutzzwecke auf, dass die Leitlinien wesentlich umfangreicher und genauer als bisher verfasst wurden. Vergleicht man aber die Gegenstände der Überprüfungsleitlinien von 1992¹⁸¹ mit den insgesamt siebzehn Bereichen, in denen die Kandidat*innen nach den neuen Leitlinien¹⁸² nicht mehr nur „Grundkenntnisse“ nachzuweisen haben, so ergeben sich kaum noch inhaltliche Unterschiede zu den in anderen Gesundheitsberufen prüfungsrelevanten medizinischen Anforderungen. Deshalb wird der Eindruck eines weiteren Gesundheitsfachberufes mit staatlicher Anerkennung verstärkt, der nach der Rechtsprechung zum HeilprG und vielleicht auch durch die Konstruktion der Neuregelungen in Art. 17e und Art. 17f PSG III eigentlich vermieden werden sollte. Die fehlende Bestimmung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der neuen Regelung löst deshalb ein „Dilemma“ nicht: je mehr der Heilpraktikerberuf normiert wird, desto stärker nähert er sich einer staatlichen Anerkennung.

3.2.2.2 Schutz der Patient*innen

Wenn man im Sinne einer Gesamtbetrachtung alle Regelungen der Art. 17e und 17f PSG III einbezieht, dann wird allein durch die Verzögerung des Inkrafttretens von § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 deutlich, dass der Gesetzgeber die inhaltliche Gestaltung der Überprüfung selbst nicht vornehmen wollte. Überspitzt formuliert: Erst sollten die Leitlinien formuliert und dann 15 Monate nach Inkrafttreten des Gesetzes der Schutz der Patient*innen gewährleistet sein.

Das spricht erneut klar für eine fehlende inhaltliche Bestimmung durch den Gesetzgeber.

Erst wurde lediglich angekündigt, dass § 2 Abs. 1 S.1 i) HeilprGDV_1 so geändert werden sollte, dass die Überprüfung nicht nur dem Schutz der Bevölkerung, sondern auch dem Schutz derjenigen dienen sollte, die Heilpraktiker*innen aufsuchten. Das Gesetz hatte bislang einen

¹⁸¹ Leitlinien für die Überprüfung von Heilpraktikeranwärtern gem. § 2 Abs. 1 i) HeilprGDV_1 (02.09.1992).

¹⁸² Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien - Bekanntmachung von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärterinnen und -anwärtern nach § 2 des Heilpraktikergesetzes in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Buchstabe i der Ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz, BAnZ (07.12.2017), 1 bis 5.

solchen Schutzzweck nicht vorgesehen.¹⁸³ Die Leitlinien sollten gem. Art. 18 Abs. 1, 17f Nr. 2 PSG III bis zum 31.12.2017 bekanntgegeben werden. Die den Schutz erweiternde Vorschrift trat gem. Art. 18 Abs. 4 PSG III erst drei Monate nach der Bekanntgabe dieser Leitlinien in Kraft. Mit anderen Worten: Die Sicherstellung des Schutzes derjenigen, die Heilpraktiker*innen aufsuchten, blieb der Exekutive vollständig überlassen.

3.2.2.3 Leitlinien

Die bekanntgemachten Leitlinien erreichen nicht die Rechtsverbindlichkeit, die ihnen zugedacht war. Damit verfehlt die Verordnungsermächtigung auch ihren Zweck i.S.d. Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.

Es fehlt den Leitlinien der Rechtsnormcharakter, da sie nicht als verbindliche Rechtsverordnung erlassen wurden.¹⁸⁴ Sie sollen nur „Vorgaben“ enthalten, von denen die Gesundheitsämter offenbar abweichen können. Sie sollen auch nur „Bestandteil“ der Entscheidung über die Erteilung der Erlaubnis sein, wobei unklar bleibt, ob die Überprüfung weitere Bestandteile enthalten darf oder als weitere Bestandteile die übrigen Erteilungsvoraussetzungen gemeint sind. Betrachtet man die am 01.01.2017 in Kraft getretenen Regelungen für sich genommen, dann hat der Gesetzgeber alle Entscheidungen darüber, nach welchen Kriterien und in welchem Verfahren eine Heilpraktikererlaubnis erteilt werden „kann“, den noch zu erlassenden Rechts- und Verwaltungsvorschriften überlassen. So fehlt jegliche Klarheit, wozu Antragsteller*innen Kenntnisse und Fähigkeiten nachweisen müssen, in welchem Umfang dies zu erfolgen hat und in welcher Form der Nachweis zu führen ist.¹⁸⁵

¹⁸³ *Hildebrandt*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, S. 255–269.

¹⁸⁴ *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

¹⁸⁵ *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

Gegen diese Argumentation wird eingewendet, der Rechtscharakter der Kenntnisüberprüfung sei unverändert geblieben.¹⁸⁶ Sie frage weiterhin keinen bestimmten Ausbildungsstand ab, sondern diene der Abwehr von Gefahren im konkreten Einzelfall. Entsprechend orientierten sich auch die Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien vom 07.12.2017 am Ziel der Gefahrenabwehr. Sie sollten die Feststellung ermöglichen, ob die Antragsteller*innen die Grenzen ihrer Kenntnisse und Fähigkeiten zuverlässig einschätzten, sich der Gefahren bei Überschreitung dieser Grenzen bewusst sowie bereit seien, ihr Handeln angemessen daran auszurichten (vgl. Abs. 5 der Präambel).¹⁸⁷ Im Übrigen sei die Formulierung der Überprüfung von Kenntnissen und Fähigkeiten schon früher in § 2 Abs. 1 i) HeilprGDV_1 enthalten gewesen.

Für diese Auffassung spricht, dass der Gesetzgeber das Heilpraktikerrecht trotz einer intendierten stärkeren Gefahrenabwehr zugunsten der Bevölkerung und der Patient*innen offensichtlich nicht neu im Sinne der Schaffung eines erstmals staatlich anerkannten Heilberufs regeln wollte. Es wurden eben gerade nicht Ausbildungs- und Prüfungsinhalte vorgegeben oder eine staatliche Prüfung mit Notenvergabe und limitierter Wiederholbarkeit (wie in anderen Gesundheitsberufen) vorgesehen. Konsequenz dieser Argumentation ist, dass der Gesetzgeber alles beim Alten belassen hat. Kenntnisse und Fähigkeiten waren ja schon vorher gefordert – wenn auch nur auf Basis der früheren Verordnung – und Leitlinien in Form von Orientierungshilfen für die Länderexekutive waren ebenso schon vor der Neuregelung vorhanden. Nach dieser Auffassung könnte eine fehlende Festlegung von Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung nicht rechtswidrig sein, weil inhaltlich nichts Neues geregelt worden ist.

Es lassen sich also für beide Meinungen gute Argumente finden. Der Gutachter bleibt jedoch bei seiner Auffassung, dass die Neuregelung nach der Begründung des Gesetzes nicht bloß eine neuerdings gemeinsame Erarbeitung von Leitlinien durch Bund und Länder, sondern eben auch inhaltlich höhere Qualifikationsanforderungen stellen und den Schutz der Patient*innen verankern sollte. Dann aber fehlen die Vorgaben für die Exekutive. Die

¹⁸⁶ *Liebler*, Sektorale Heilpraktikererlaubnis für das Gebiet der Ergotherapie, jurisPR-BVerwG 13/2020, Anm. 2.

¹⁸⁷ *Liebler*, Sektorale Heilpraktikererlaubnis für das Gebiet der Ergotherapie, jurisPR-BVerwG 13/2020, Anm. 2.

Neuregelung bringt m.a.W. weder Inhalt noch Zweck oder Ausmaß der von dem Bundesministerium für Gesundheit vorzunehmenden Vereinheitlichung und Verschärfung hinreichend im Sinne des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG zum Ausdruck.

3.2.2.4 Sektorale Heilkundeerlaubnisse

Zusätzlich zu den drei Aspekten, die in Bezug auf die Neuregelung inhaltlich betrachtet wurden, muss ein weiterer genannt werden, der dort keine Erwähnung findet: es gibt keine „Vorgaben“ für die Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen überhaupt sektorale Heilkundeerlaubnisse erteilt werden könnten – ob nur für den Sektor der Gesundheitsfachberufe oder auch für Teilbereiche der übrigen Heilkunde (Osteopathie, Chiropraktik)¹⁸⁸ – noch sind Maßstäbe für den Erwerb einer solchen sektoralen Heilkundeerlaubnis erkennbar. So lassen die neuen Leitlinien völlig offen, welche zusätzlichen Kenntnisse und Fähigkeiten Inhaber*innen einer staatlichen Erlaubnis zur Ausübung eines Gesundheitsfachberufes benötigen, um auch eigenverantwortlich und selbständig ihrem Beruf nachzugehen. Es bleibt in das freie Ermessen der Landesbehörden gestellt, ob und wie sie Vorbildungen, Berufserfahrungen und Erkenntnisse aus dem lebenslangen Lernen im Rahmen dieser Überprüfung berücksichtigen.¹⁸⁹ Das aber wäre u.a. nach europäischem Recht zwingend, wenn es z.B. um die Anerkennung von Ausbildungen im Ausland geht, die eine eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit vorsehen.¹⁹⁰

Gegen diesen Aspekt lässt sich einwenden, er sei erst mit den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht¹⁹¹ Mitte Oktober 2019 zum Tragen gekommen, die Neuregelung aber bereits 2017/18 erfolgt. Abgesehen davon, dass jedenfalls die Entscheidungen der Vorinstanzen bereits vorlagen, bleibt dabei die Kernfrage, ob die Erteilung sektoraler

¹⁸⁸ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

¹⁸⁹ Zur Umsetzung durch separate Leitlinien der einzelnen Bundesländer: 3. Teil: B.6.3.3 Sektorale Heilkundeerlaubnisse für Gesundheitsfachberufe, S. 216

¹⁹⁰ *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438 *Stock*, Europarecht der Gesundheitsberufe, in: *Stellpflug/Meier/Tadayon*, Handbuch Medizinrecht, B 6000.

¹⁹¹ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. *Liebler*, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. *Liebler* jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2 *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

Heilkundeerlaubnisse ausschließlich Angelegenheit der Exekutive sein soll, offen. Eine Einschränkung durch den Gesetzgeber in Bezug auf ein Thema, das zugleich auch das Berufsbild der Gesundheitsfachberufe betrifft, die gesetzlich normiert sind, ist jedenfalls nicht ersichtlich. Auch insoweit setzt die Neuregelung in Bezug auf Inhalt, Zweck und Ausmaß der Exekutive keine Grenzen.

4. Zwischenergebnis und Konsequenzen

Nach der hier vertretenen Auffassung war der Gesetzgeber bei der Neuregelung der Jahre 2017/18 nicht dazu berechtigt, die Durchführungsverordnung zum HeilprG zu ändern und im Rang einer Rechtsvorschrift zu belassen. Zumindest hätte er dabei den Maßstab des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG einhalten müssen. Das ist nicht der Fall: Der Gesetzgeber hat weder formal noch inhaltlich die Grenzen zwischen Legislative und Exekutive bedacht und diese durch Aussagen zu Inhalt, Zweck und Ausmaß der Verordnungsermächtigung gezogen.

Der Gutachter hält § 7 HeilprG mit dem in § 2 Abs. 1 HeilprG veränderten Inhalt und § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 einschließlich der Leitlinien zur Überprüfung der Heilpraktikeranwärter*innen für verfassungswidrig. Die Neuregelung hat ihre Ziele verfehlt, für mehr Schutz der Patient*innen zu sorgen und gleichzeitig eine größere Einheitlichkeit und Verbindlichkeit bei der Überprüfung zur Erteilung von Erlaubnissen herzustellen. Wenn die Auffassung zutrifft, sind die Behörden, die diese Erlaubnis erteilen, in ihrer Entscheidungsfindung weitestgehend frei. Das Heilpraktikerrecht bliebe wie bisher der Verwaltung und der Rechtsprechung überlassen.

Verfassungsrechtliche Zweifel an der Neuregelung wurden bislang auch von *Kenntner*¹⁹² geäußert. Eine eingehendere Diskussion der aufgeworfenen Fragen steht jedoch noch aus. Folgt man der hier skizzierten¹⁹³, aber nicht vertretenen Gegenmeinung, dann hat die Neuregelung keine Veränderung herbeigeführt, und das Heilpraktikerrecht bleibt

¹⁹² *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

¹⁹³ S. 73

verfassungsgemäß. Im Übrigen hat erst die förmliche Feststellung der Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes durch das Bundesverfassungsgericht seine Nichtigkeit zur Folge.¹⁹⁴

In dieser Untersuchung hat sich die eigenständige Bedeutung von Art. 80 Abs. 1 GG gerade im Hinblick auf die Trennung von vor- und nachkonstitutionellem Recht und der Tatsache ergeben, dass sich das Heilpraktikerrecht als eine der letzten Materien erweist, die gänzlich, wenn auch mit inzwischen anderem Bedeutungsgehalt noch aus der Zeit des Nationalsozialismus stammt.

Erfüllt ein ermächtigendes Gesetz diesen Maßstab nicht, so ist es – nach der Feststellung des Bundesverfassungsgericht - nichtig mit der Folge, dass auch eine auf seiner Grundlage ergangene Verordnung nichtig ist.¹⁹⁵ Die bei der Auslegung des Grundgesetzes vertretene Gegenmeinung¹⁹⁶, wonach Art. 80 GG wenig eigenständige Bedeutung hat, dürfte kaum zu einem anderen Ergebnis kommen. Sie prüft die Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen und Rechtsverordnungen anhand der Prinzipien des Gesetzesvorbehalts und des Demokratieprinzips. Dazu gehört der Maßstab, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss.¹⁹⁷ Dieses Kriterium leitet zu der Frage über, welche Grundrechte im Heilpraktikerrecht betroffen sind und welche Regelungen der Gesetzgeber hier treffen kann.

B. Zur Kompetenz des Bundesgesetzgebers im Rahmen einer Neuregelung

1. Zur Abänderung vorkonstitutionellen Rechts

Die Tatsache, dass es sich um vorkonstitutionelles Recht handelt, könnte allgemein Einfluss auf die zukünftigen Neuregelungen haben. Möglicherweise gibt es Einschränkungen in Bezug

¹⁹⁴ § 95 Abs. 3 BVerfGG u.a.

¹⁹⁵ *Uhle*, in: Epping/Hillgruber, Art. 80 GG Rdnrn. 29 bis 30.

¹⁹⁶ *Remmert*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 80 GG Rdnrn. 69-73.

¹⁹⁷ *BVerfG*, Urt. v. 03.03.09 - 2 BvC 3/07, 2 BvC 4/07, BVerfGE 123, S. 39.

auf den Gestaltungsspielraum des Bundesgesetzgebers, die über die soeben erörterte Frage der Wirksamkeit einer Verordnungsermächtigung hinausgehen.

Es wird behauptet, der Gesetzgeber nehme aus Rechtsgründen „nur ungern“ Änderungen an vorkonstitutionellem Recht vor.¹⁹⁸ Wird - wie hier¹⁹⁹ - davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber das vorkonstitutionelle Heilpraktikerrecht in seinen Willen aufgenommen hat, ist es als nachkonstitutionelles Recht zu behandeln. Durch diese willentliche Aufnahme oder Anerkennung ergäben sich keine Einschränkungen, es abzuändern oder auch ganz aufzuheben. Die Maßstäbe dafür richteten sich nach der Intensität der damit einhergehenden Grundrechtseingriffe und der Begründung hierfür.

Insoweit davon ausgegangen wird, es handele sich nach wie vor um vorkonstitutionelles Recht, bestimmen Art. 124 und Art. 125 GG die vertikale Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern. Altes Recht, das nach heutigem Recht Bereiche der ausschließlichen Gesetzgebung betrifft, wird nach Art. 124 GG als Bundesrecht übergeleitet, während Recht, das nach heutigem Verständnis Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebung ist, so weit in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes fällt, wie es die Bereiche des Bundes inhaltlich betrifft. Im Übrigen fielen sie in die Gesetzgebungskompetenz der Länder.

2. Zum Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bundesgesetzgeber hat nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG die Kompetenz, die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen und zum Heilgewerbe sowie weitere, hier nicht einschlägige Materien des Medizinrechts zu regeln.

Nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 12 GG ist auch das Recht der Regelung der Sozialversicherung Gegenstand der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes. Fragen der Zulassung von Gesundheitsberufen zur Teilnahme gesetzlich Krankensversicherter u.a. bleiben

¹⁹⁸ Haage, in: Haage, § 1 HeilprG Rdnr. 2.

¹⁹⁹ 2. Teil: A.2.1 Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG, S. 52

hier außer Betracht, denn das Heilpraktikerrecht betrifft ausschließlich berufsrechtliche Fragestellungen.²⁰⁰

2.1 Bundesgesetzliche Kompetenz zur Zulassung „anderer“ Heilberufe

Es könnte sich um eine Materie betreffend „andere Heilberufe“ handeln, die in die konkurrierende Gesetzgebung des Bundes übergeleitet wurde. Während der Begriff der „ärztlichen Heilberufe“ eng zu verstehen ist und nur die normierten Berufsbilder der Ärzt*innen, Zahnärzt*innen und Tierärzt*innen einschließt, wird der Begriff der „anderen“ Heilberufe weit gefasst und betrifft u.a. die Gesundheitsfachberufe. Nachdem der Heilpraktikerberuf seit jeher für die Ausübung der Heilkunde vorgesehen ist, spricht alles dafür, ihn ebenfalls unter den Begriff der „anderen Heilberufe“ zu subsumieren.²⁰¹ Es wird dabei nicht übersehen, dass dieser Beruf bislang recht wenig normiert wurde und es sich – anders als bei den Gesundheitsfachberufen – eher um ein Berufsfeld einer heterogenen Berufsgruppe handelt.²⁰² Die verschiedenen Gruppen von Inhaber*innen einer umfassenden bzw. sektoralen Heilkundeerlaubnis lassen sich jeweils als von der Ärzteschaft deutlich zu unterscheidende heilkundlich Tätige begreifen.

2.2 Europarecht

Europarechtliche Vorgaben gibt es insoweit nicht.²⁰³ In der Europäischen Union kann jeder Mitgliedstaat entsprechend seiner Auffassung vom Schutz der Gesundheit der Bevölkerung selbst entscheiden, ob er Praktiker*innen, die nicht über ein Arztdiplom verfügen, die

²⁰⁰ vgl. 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

²⁰¹ *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 17 f.

²⁰² 3. Teil: B.4.2 Berufsbilder und -felder mit und ohne Normierung, S. 167

²⁰³ Wegen Art. 51 kommt die EU GR-Charta nicht (unmittelbar) zur Anwendung: *BVerfG*, Beschl. v. 06.11.19 - 1 BvR 16/13, NJW 2020, S. 300; *Hoffmann*, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 2020, S. 33 ; i.e.: *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 12-17 Die EMRK, insb. Art. 8 EMRK, dient als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte. Sie wird im Folgenden aber nicht eigens erwähnt. *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris.

Ausübung von Tätigkeiten ärztlicher Natur gestattet. Zugleich kann er die Voraussetzungen im Hinblick auf Erfahrung oder Qualifikation festlegen, denen diese genügen müssen.²⁰⁴

2.3 Landeskompetenzen

Bei der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG festgelegten Gesetzgebungsbefugnis betreffend die „Zulassung“ eines anderen Heilberufes handelt es sich um eine inhaltliche Einschränkung. Zwar bezieht sich die Kompetenz nicht nur auf formal-verfahrensrechtliche Aspekte, sondern nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgericht auch auf die Konkretisierung der Ausbildungsinhalte und die Berufsbezeichnung. Ausgeschlossen vom bundesgesetzlichen Zugriff sind indes Regelungen zur Berufsausübung²⁰⁵, soweit sich diese nicht zwingend aus den Ausbildungsregelungen ergeben, sowie zur Fortbildung und Berufsorganisation.²⁰⁶ Der Bundesgesetzgeber ist also nicht zuständig für den Erlass von Vorschriften über die beruflichen Pflichten und die Ahndung von Verletzungen, über Kooperationen mit Berufskolleg*innen oder Angehörigen anderer Berufe oder die Bildung von Berufskammern wie beispielsweise der Ärztekammer.

Im hiesigen Kontext dürfte die Frage von besonderem Interesse sein, ob der Bundesgesetzgeber überhaupt einen Heilkundebegriff ohne berufsrechtlichen Bezug einführen oder eine einzelne Methode – sei sie nun der Schulmedizin oder der Alternativheilkunde zuzuordnen – verbieten dürfte. Einzelne Tätigkeiten unter das Verbot unter Erlaubnisvorbehalt zu stellen, könnte für sich genommen eine Berufsausübungsregelung darstellen. Da es sich nicht mehr um eine Frage der Berufszulassung, sondern der Berufsausübung handelte, könnte der Gesetzgeber seine Kompetenz wohl nicht mehr aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG herleiten.

²⁰⁴ *EuGH*, Urteil v. 11.07.02 - C-294/00 (Gräbner), Slg 2002, I-6515-6564 Zur Alternativmedizin und deren internationalem bzw. europarechtlichem Rahmen: *Zuck*, Das Recht der anthroposophischen Medizin 5. und 6. Kapitel

²⁰⁵ So besitzt der Bund z.B. keine Kompetenz zur Regelung des Facharztwesens: *BVerfG*, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125.

²⁰⁶ *BVerfG*, Urt. v. 24.10.02 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, S. 62 = NJW 2003, 41-58. Rdnr. 247 des juris-Umdrucks, 270 ff.

Eine ähnliche Fragestellung ist aufgeworfen, wenn der Bundesgesetzgeber das Verbot der Durchführung von Alternativheilkunde für Ärzt*innen aufstellen wollte.²⁰⁷ Ein solches Verbot hätte sicher für einen größeren Teil der Berufstätigen einen tiefgreifenderen verfassungsrechtlichen Eingriff zur Folge als das Verbot nur einzelner Methoden. Insbesondere, wenn einzelne Ärzt*innen die Alternativheilkunde anstelle der Schulmedizin ausgeübt haben oder ausüben wollten, ist zu diskutieren, ob es sich dann noch um eine bloße Berufsausübungs- oder nicht doch schon um eine Berufswahlregelung handelte, für die der Bund zuständig ist.²⁰⁸

Die Problematik der Gesetzgebungskompetenz des Bundes ergab sich bei der Aufstellung von Verboten im Rahmen des ESchG; die Verbote richten sich in erster Linie an Ärzt*innen und Naturwissenschaftler*innen. Aus diesem Grund wurde das Gesetz unter Berufung auf die Kompetenz gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als strafrechtliches Nebengesetz erlassen.²⁰⁹ Da § 5 HeilprG einen Verstoß gegen den Erlaubnisvorbehalt unter Strafe stellt, liegt es nahe, auch die Überschreitung einer Erlaubnis wegen einzelner, verbotener Methoden, ebenfalls unter Berufung auf diese Kompetenznorm zu erlassen. Behördliches Einschreiten gegen derlei Tätigkeiten dürfte hingegen als Kontrolle der Berufsausübung Ländersache sein; entsprechende Ermächtigungsgrundlagen sind dort zu verankern.

2.4 Kompetenzverteilungsregeln zwischen Bund und Ländern

Im Rahmen der Zweiteilung der Gesetzgebungskompetenzen sind die Kompetenzverteilungsregeln zu beachten: nach Art. 72 Abs. 1 GG sind die Länder für die Gesetzgebung zuständig, aber wenn der Bund eine in Art. 74 GG genannte Materie an sich zieht, ist sie für die Länder gesperrt. Art. 72 Abs. 2 GG stellt für den Bund neben den Grenzen der Kompetenztitel des Art. 74 GG eine zusätzliche Schranke auf.²¹⁰ Das Gesetzgebungsrecht steht ihm nur zu, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im

²⁰⁷ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

²⁰⁸ 3. Teil: B.4.3.1.4 Das Berufsbild als Unterscheidungsmerkmal, S. 176; vgl. auch 3. Teil: B.6.1.2 Ärztliche Therapiefreiheit im Speziellen, S. 198

²⁰⁹ *Arndt*, Biotechnologie in der Medizin.S. 62 Fußn. 146

²¹⁰ *BVerfG*, Urt. v. 24.10.02 - 2 BvF 1/01, BVerfGE 106, S. 62 = NJW 2003, 41-58. Rdnr. 291 des juris-Umdrucks

Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Diese Schranke gilt auch für eine Änderung des Heilpraktikerrechts. Sie dürfte leicht zu überwinden sein, denn sowohl der Heilkundebegriff als auch die Zulassungsvoraussetzungen für den Heilpraktikerberuf können zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit nur einheitlich geregelt werden.

3. Teil: Überprüfung anhand einschlägiger Grundrechte

In diesem Kapitel wird untersucht, ob und inwieweit nach dem derzeitigen Stand des Heilpraktikerrechts die Grundrechte des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, des Selbstbestimmungsrechts der Patient*innen und die Berufsfreiheit der Heilkundigen verfassungsrechtlich gewährleistet sind. Daraus ergeben sich mögliche Konsequenzen für eine Neuregelung.

A. Die Perspektive der Patientinnen und Patienten

1. Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit

1.1 Der Schutzbereich

Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. In dieses Recht darf nur aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden, Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 3 GG.

Das Leben stellt einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung dar und ist „die vitale Basis der Menschenwürde und Voraussetzung aller anderen Grundrechte“.²¹¹

Körperliche Unversehrtheit bedeutet nicht nur Gesundheit im rein biologisch-physiologischen Sinne. Im Jahr 1981 hat das Bundesverfassungsgericht²¹² zunächst diskutiert, ob nicht von vornherein eine weite Auslegung im Sinne des Gesundheitsbegriffs der WHO mit der Maßgabe in Betracht komme, dass auch geistig-seelisches und soziales Wohlbefinden über dieses Grundrecht zu schützen seien. Dagegen sprach jedoch, dass die WHO-Definition²¹³ bei der

²¹¹ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris; *BVerfG*, Urteil v. 25.02.75 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, S. 1; *BVerfG*, Urteil v. 28.05.93 - 2 BvF 2/90, 2 BvF 4/92, 2 BvF 5/92, BVerfGE 88, S. 203; *BVerfG*, Kammerbeschluss v. 11.08.99 - 1 BvR 2181/98, 1 BvR 2182/98, 1 BvR 2183/98, NJW 1999, S. 3399 *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnrn. 7-8.

²¹² *BVerfG*, Beschluss v. 14.01.81 - 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, S. 54 = NJW 1981, 1655-1659.

²¹³ *WHO*, Gesundheitsbegriff „Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity.“ - Gesundheit ist ein Zustand des vollständigen körperlichen, geistigen und sozialen Wohlbefindens und nicht nur das Freisein von Krankheit.

Formulierung des Grundgesetzes bereits bekannt war und hier nun einmal von körperlicher Unversehrtheit die Rede ist. Sodann hat das Bundesverfassungsgericht festgehalten, dass das in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG beschriebene Grundrecht vor dem Hintergrund der nationalsozialistischen Diktatur mit ihren Verbrechen, ihrer Infragestellung der Existenzberechtigung ganzer Völker und Bevölkerungsteile und perfiden Diskriminierung sog. lebensunwerten Lebens überhaupt erst als solches normiert worden ist. Deshalb sind psychische Leiden, die das Befinden einer Person in einer Weise verändern, die der Zufügung von Schmerzen entspricht, körperlichen Eingriffen gleichzusetzen.²¹⁴

1.2 Begründung und Reichweite von Schutzpflichten des Gesetzgebers

Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit schützt die Bürger*innen nicht nur als subjektives Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe. Vielmehr folgt aus seinem objektivrechtlichen Gehalt die Pflicht der staatlichen Organe, sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen und sie insbesondere vor rechtswidrigen Eingriffen von Seiten Dritter zu bewahren.²¹⁵

Die Prüfung, ob diese Schutzpflicht derzeit erfüllt wird oder zukünftig besser erfüllt werden könnte, setzt eine sorgfältige Begründung und eine Bestimmung der Reichweite dieser Pflicht voraus. Die Gewährung ausreichenden Schutzes durch den Heilkundebegriff und das Heilpraktikerrecht wird zunächst in Frage gestellt und später genauer untersucht.

1.2.1. Infragestellung ausreichenden Schutzes

1.2.1.1 Zur heilkundlichen Tätigkeit

Mit dem Begriff der Heilkunde definiert der Staat, welche Tätigkeit erlaubnispflichtig ist. Insoweit realisiert er seine Schutzverpflichtung für das Leben und die körperliche Unversehrtheit. Fasst er den Begriff zu eng, könnte dies zu Gefährdungen der körperlichen

²¹⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris; BVerfG, Beschluss v. 14.01.81 - 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, S. 54 = NJW 1981, 1655-1659. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnrn. 7-8; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 55-57.

²¹⁵ BVerfG, Urteil v. 25.02.75 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, S. 1.

Unversehrtheit von Patient*innen führen, weil dann nicht alle risikobehafteten Tätigkeiten umfasst sind. Fasst er ihn zu weit, sind Verrichtungen erlaubnispflichtig, die kein oder nur ein geringes Gefährdungspotential enthalten.²¹⁶ Nach der Auslegung des Heilkundebegriffs anhand des Gesetzeswortlauts²¹⁷ folgt hier die Auseinandersetzung mit seiner Reichweite und seinem Sinn.

Schon vor mehr als 50 Jahren hat *Bockelmann* ausgeführt, beides sei der Fall: der Heilkundebegriff des § 1 HeilprG sei zu eng gefasst, denn er beziehe die Prophylaxe²¹⁸ sowie wunschmedizinische Eingriffe²¹⁹ nicht mit ein. Zudem könne derjenige, der nur vorgebe, die Heilkunde zu betreiben, und dafür keine Erlaubnis besitze, sich eigentlich nicht gem. § 5 HeilprG strafbar machen, denn er verfolge ausschließlich pekuniäre und nicht diagnostische oder therapeutische Zwecke.

Diese Problematik des Heilkundebegriffs hat sich in den sog. Geistheiler-Entscheidungen²²⁰ gezeigt: bei spirituellen Heilmethoden setzen Personen ausschließlich übersinnliche Kräfte oder religiöse Riten ein. Dabei bedienen sie sich weder diagnostischer noch therapeutischer Methoden, geben also heilkundliche Fähigkeiten nicht einmal vor zu besitzen. Ein weit gefasster Heilkundebegriff würde die Tätigkeit von Geist- oder Wunderheilern mit einbeziehen. Das ist aus zwei Gründen problematisch: für die Ausübung dieser Tätigkeit sind diagnostische und therapeutische Kenntnisse objektiv nicht erforderlich, weil sie bei der Ausübung dieser Riten nicht eingesetzt werden. Zum anderen sollen durch das Grundrecht nicht bloße Heilerwartungen geschützt werden. Der „geistheilende Eingriff“ des Dritten, verschlechtert die körperliche Situation der Patient*innen ausschließlich dadurch, dass sie –

²¹⁶ Zugleich wäre die Autonomie der Patient*innen unverhältnismäßig eingeschränkt. Zur Ergotherapie: *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

²¹⁷ 1. Teil: A.2 Der Heilkunde vorbehaltene Tätigkeiten nach dem Wortlaut des Gesetzes, S. 18

²¹⁸ Vorbeugende Maßnahmen an und mit gesunden Menschen

²¹⁹ 1. Teil: A.1.3 Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin, S. 15

²²⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, *MedR* 2005, S. 35; *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, *NJW* 2004, S. 2890; *BVerfG*, Beschl. v. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, *NJW-RR* 2007, S. 1048

aus Sicht eines „objektiven Dritten“ – vielleicht besser oder früher Ärzt*innen oder sonstige Heilkundige aufgesucht hätten.²²¹

1.2.1.2 Zur berufsmäßigen Ausübung

Für Heilpraktiker*innen mit umfassender Erlaubnis, ihre Patient*innen sowie die Bevölkerung im Allgemeinen liegen die „Ambivalenzen“²²² dieses Berufsstandes mehr oder weniger klar auf der Hand: Heilpraktiker*innen arbeiten eigenverantwortlich und selbständig auf einem hoch sensiblen Gebiet, zu dem an sich nur „Spezialist*innen“ nach langer staatlich überwachter Ausbildung zugelassen werden, während sie selbst keine fachliche Ausbildung nachweisen müssen. Deshalb gelten sie für die einen als wenig bis gar nicht qualifiziert, für die anderen aber als „echte Alternative“ gegenüber einer ärztlichen Diagnose und Behandlung.²²³ Heilpraktiker*innen können sich auf die oben beschriebene, fast vollständige Kurierfreiheit berufen – und zugleich auf die fast vollkommene Therapiefreiheit.²²⁴ Das wirft die Frage nach ausreichendem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens – auch im Vergleich zu anderen Berufsgruppen - auf.

Der Heilkundebegriff – dies wurde schon in der Einführung deutlich – bezieht sich nicht auf jede beruflich-heilkundliche Tätigkeit.²²⁵ Die Ausübung eines Gesundheitsberufes (Physio-, Ergotherapie, Logopädie, Pflege, Diätassistenz usw.) dient in irgendeiner Weise der Diagnose oder Therapie menschlicher Krankheiten, Leiden oder Körperschäden; gleichwohl erfasst das HeilprG nicht alle Gesundheitsberufe und kann schon deshalb nicht umfassenden Schutz gewährleisten. Gesundheitsfachberufe üben die Heilkunde nicht eigenverantwortlich und weisungsfrei aus und sind deshalb nicht vom Heilkundebegriff erfasst.²²⁶ Die geltende Rechtslage ermöglicht es ihnen aber, zusätzlich eine sektorale Heilkundeerlaubnis nach dem

²²¹ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

²²² *Taupitz*, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", NJW 1991, S. 1505.

²²³ 1. Teil: B.4.1 Diskussionen um die umfassende Heilpraktikererlaubnis, S. 30

²²⁴ *Stock*, Das un-mögliche Ende des Heilpraktikers, MedR 2018, S. 73.

²²⁵ 1. Teil: A.2 Der Heilkunde vorbehaltene Tätigkeiten nach dem Wortlaut des Gesetzes, S. 18

²²⁶ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

HeilprG zu erhalten²²⁷, so dass sich für das Heilpraktikerrecht die Frage stellt, ob mit der dafür erforderlichen Überprüfung der Schutz der Patient*innen ausreichend gewährleistet ist.

1.2.2. Adressat*innen des Schutzes

Die Annahme einer Schutzpflichtverletzung des Staates basiert auf der Vorstellung, der Gesetzgeber habe einer Verpflichtung zum Handeln nicht genügt.²²⁸ Es muss danach unterschieden werden, wer geschützt werden soll.

Die Schutzpflichttheorie wurde zunächst für Fallkonstellationen entwickelt, in denen unausweichlich die Grundrechte von Bürger*innen miteinander kollidieren und der Staat als Schiedsrichter oder Schutzherr herbeigerufen wird.²²⁹ So ist das ungeborene Leben bei einem Schwangerschaftsabbruch nicht geschützt und dieser nur ausnahmsweise erlaubt.²³⁰ Eine derartige Tätigkeit ist – ebenso wie eine Organtransplantation, bei der die Rechte Dritter betroffen sind – Heilpraktiker*innen nicht erlaubt.²³¹

Im Normalfall bleibt die heilkundliche Tätigkeit auf das Verhältnis der Patient*innen und ihrer Behandler*innen begrenzt.²³² Das gilt auch für die Normsetzung: Der Gesetzgeber gibt im Gemeinwohlinteresse einen rechtlichen Rahmen vor, u.a. indem er mit dem Heilkundebegriff bestimmte Tätigkeiten unter Erlaubniszwang stellt. Ein weiteres Beispiel für diesen Rahmen sind die Vorschriften über den Behandlungsvertrag, §§ 630a ff. BGB, der dieses Verhältnis unabhängig davon prägt, ob die Tätigkeit von Ärzt*innen, Heilpraktiker*innen oder Angehörigen der Gesundheitsfachberufe ausgeübt wird. Die Bestimmungen dienen nicht nur dem Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen, indem sie den Behandler*innen u.a. Aufklärungspflichten auferlegen, sondern auch unmittelbar dem Schutz vor Körperschäden,

²²⁷ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

²²⁸ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde Rdnr. 607

²²⁹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rdnrn. 41-43.

²³⁰ BVerfG, Urt. v. 28.05.93 - 2 BvF 2/90 u.a., BVerfGE 88, S. 203 = MedR 1993, 301-322.

²³¹ §§ 218 ff. StGB: Arztvorbehalt. Ebenso: §§ 3 Abs. 1 Nr. 3, 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 TPG

²³² Höfling, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., Die Verbesserung des Menschen, S. 119-127.

weil jedenfalls grundsätzlich der allgemein anerkannte fachliche Standard einzuhalten ist, § 630a Abs. 2 BGB.²³³

Dieser allgemeine medizinrechtliche Rahmen, zu dem bei Heileingriffen ohne Einwilligung sicher auch drohende strafrechtliche Sanktionen gehören²³⁴, bedeutet gleichwohl nicht die Regulierung einer von Anfang an bestehenden Konfliktsituation zwischen den heilkundigen und denjenigen Personen, die sie aufsuchen. Während die die Heilkunde ausübenden Personen eine medizinische Behandlung nach geltendem Standard zusagen, üben die Patient*innen ihr Selbstbestimmungsrecht aus, indem sie darin einwilligen.²³⁵ Wird ein sog. informed consent hergestellt, liegt - jedenfalls nach verbreiteter Auffassung²³⁶ - schon tatbestandlich kein Grundrechtseingriff vor. Damit stehen sich beide Parteien eines Behandlungsvertrages als selbstverantwortliche Partner*innen gleichrangig gegenüber.²³⁷ Diese Ausgangssituation gilt unabhängig davon, ob es sich um Schul-, Alternativ- oder Wunschmedizin handelt, sowie für Heil- und Gesundheitsfachberufe gleichermaßen.²³⁸

Daraus folgt: der mit der Neuregelung beabsichtigte Schutz von Personen, die Heilpraktiker*innen aufsuchen²³⁹, dient weniger einzelnen Patient*innen als dem Gemeinwohlbelang, zum Schutz vor Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens einen angemessenen rechtlichen Rahmen zur Verfügung zu stellen, in dem die einen Bürger*innen ausreichend geschützt sind und die anderen ihr Recht auf Selbstbestimmung in Bezug auf eine heilkundliche Behandlung ausüben.

²³³ Details siehe: 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrecht, S. 124

²³⁴ vgl. 3. Teil: A.1.4.4.2 Strafrecht, S. 128

²³⁵ § 630d BGB; *Terbille/Feifel*, Einwilligung des Patienten, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Rdnrn. 285-313.

²³⁶ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 69-70 m.w.N.

²³⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 25.07.79 - 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131-187 = NJW 1979, 1925 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung S. 57; *Stock*, Die Indikation in der Wunschmedizin S. 114 f.

²³⁸ *Lafontaine*, § 630a BGB Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, juris-PK, Rdnrn. 265-470.

²³⁹ 2. Teil: A.3.2.2.2 Schutz der Patient*innen, S. 73

Schutzpflichten des Staates bestehen auch, um allgemeine Gesundheitsgefahren abzuwenden.²⁴⁰ Dazu zählen die Kennzeichnungspflicht für gentechnisch veränderte Lebensmittel oder die Warn- und Aufklärungspflicht des Staates in Bezug auf Krankheiten, über die noch wenig bekannt ist und die ein hohes Risiko für die Bevölkerung darstellen.²⁴¹ Mit dieser Begründung – zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung – ist die Kurierfreiheit überhaupt unter Erlaubnisvorbehalt gestellt worden.²⁴² Aus Gründen des Gesundheitsschutzes stehen darüber hinaus bestimmte Tätigkeiten unter Arztvorbehalt, sind also Heilpraktiker*innen verboten.²⁴³

Im Ergebnis steht außer Frage, dass der Staat mit den Normen des Heilpraktikerwesens den Schutz der Bevölkerung bezweckt. Lediglich zu erörtern ist, ob der Heilkundebegriff und das Heilpraktikerrecht dem Anspruch genügen, ein angemessenes Schutzniveau sicherzustellen.²⁴⁴

1.2.3. Zielgruppen von Schutzmaßnahmen

Typischerweise greift der Staat bei Schutzpflichtkonstellationen nicht in ein Grundrecht der zu Schützenden ein. Er sucht vielmehr Beeinträchtigungen abzuwehren und ist dabei häufig gezwungen, grundrechtliche Berechtigungen Dritter zurückzudrängen.²⁴⁵ Er greift also in deren Grundrechte ein, was im Falle einer übermäßigen Regulierung als paternalistisch bezeichnet werden muss.²⁴⁶

Die Schwierigkeit, den berufsrechtlichen Aspekt des Heilkundebegriffs zu eng oder zu weit zu fassen, ist zum Teil ein Konflikt zwischen Grundrechtsträger*innen: während die einen sich durch die Tätigkeit von Heilpraktiker*innen beinahe schon selbst in ihrem Grundrecht auf

²⁴⁰ Lang, in: Epping/Hillgruber, Art. 2 GG Rdnrn. 74-77.

²⁴¹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 81 ff.

²⁴² 1. Teil: B.1 Die Zeit vor 1933, S. 22

²⁴³ vgl. die Auflistung bei Sasse, Der Heilpraktiker S. 34 f. Der in Brüggen-Bracht tätige Heilpraktiker verstieß gegen diese Verbote: LG Krefeld 2. Große Strafkammer, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -

²⁴⁴ Sasse, Der Heilpraktiker S. 32, 96.

²⁴⁵ BVerfG, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris; Rdnr. 233; Lang, in: Epping/Hillgruber, Art. 2 GG Rdnrn. 74-77.

²⁴⁶ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rdnrn. 41-43.

körperliche Unversehrtheit verletzt sehen und unter Berufung auf die staatliche Schutzpflicht die Abschaffung dieses Berufsstandes fordern, beharren die anderen auf ihrem Grundrecht, als Patient*innen selbst bestimmen zu dürfen, ob und inwieweit sie alternativ- oder auch wunschmedizinische Maßnahmen durchführen lassen und von wem.²⁴⁷

Die Zielgruppe der Berufstätigen ihrerseits kann sich, wenn die Freiheit ihrer Berufswahl oder Berufsausübung beeinträchtigt ist, auf das Grundrecht der Berufsfreiheit berufen.²⁴⁸

In diesem Konfliktfeld ist die Frage nach dem Bild von der Staatsgewalt aufgeworfen, die bewahrend, regulierend oder gestaltend lenken soll. Dazu ist in Erinnerung zu rufen, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als unverzichtbare Grundlage für die freie Entfaltung der Persönlichkeit gegenüber einem Staat aufgestellt wurde, der eben dieses Grundrecht zuvor mit Füßen getreten hatte.²⁴⁹ Inzwischen liegt die Staatsgewalt seit mehr als 70 Jahren in der Hand eines freien Volkes, ist rational nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung organisiert und zum Garant der Freiheit geworden; sie steht freilich vor neuen, weltweiten Herausforderungen. Auch im Medizinrecht ist das Gleichgewicht zwischen individueller Freiheit und staatlicher Ordnung stets neu zu definieren, man denke nur an die gerade getroffenen Entscheidungen zur geschäftsmäßigen Beihilfe zur Selbsttötung²⁵⁰ und zur Organspende²⁵¹. Aus Sicht der Patient*innen geht es bei einer Neuregelung um die Frage nach dem Maß der staatlichen Regelung zum Schutz der Gesundheit – sie war 2017/18 beabsichtigt – gegenüber dem Maß der Gewährung von Freiheit, sich für die Alternativheilkunde, durchgeführt womöglich von Nichtmediziner*innen, zu entscheiden.

1.2.4. Reichweitenbestimmung durch korrespondierende Pflichten

Die Reichweite der Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG entnommenen Schutzpflicht lässt sich eventuell mit zwei weiteren, in der Grundrechtsprüfung enthaltenen Pflichten bestimmen, dem Bestehen

²⁴⁷ 3. Teil: A.2 Das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen S. 131

²⁴⁸ 3. Teil: B Die Perspektive der Berufstätigen, S. 161

²⁴⁹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnrn. 1-5

²⁵⁰ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris.

²⁵¹ Plenarprotokoll zur Änderung des Transplantationsgesetzes ("Widerspruchs- bzw. Vertrauenslösung"), 140. Sitzung (16.01.2020), Nr.19/140.

einer Nachbesserungspflicht und dem Bestehen eines möglicherweise vorhandenen Anspruchs auf öffentliche Gesundheitsversorgung.

1.2.4.1 Die Pflicht zur Nachbesserung

Der Gesetzgeber könnte verpflichtet sein, bestehende Normen auf die ursprüngliche Intention hin zu überprüfen und im Falle einer Fehlentwicklung nachzubessern. Diese Nachbesserungspflicht beruht darauf, dass der Gesetzgeber „ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen muss, dass er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können; bei einer sich später zeigenden Fehlprognose ist er zur Korrektur verpflichtet. Der Gesetzgeber kann aufgrund veränderter Umstände zur Nachbesserung einer ursprünglich verfassungsgemäßen Regelung gehalten sein.“²⁵² Diese Pflicht soll dann eintreten, wenn eine Diskrepanz zwischen faktischer Entwicklung und gesetzgeberischer Erwartungshaltung, insbesondere mit Blick auf den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens, entsteht.²⁵³

Ein solches Missverhältnis könnte für das HeilprG schon allein aus der Tatsache entstanden sein, dass sich die ursprüngliche Intention – Abschaffung des Heilpraktikerwesens – in ihr Gegenteil verkehrt hat. Zudem ist es – zumindest vordergründig – der Gesetzgeber selbst nicht gewesen, der dieses Gesetzes geschaffen hat. Das durch richterliche Rechtsfortbildung eigentlich erst entstandene Heilpraktikerrecht besteht allerdings schon seit den 1950er Jahren, so dass hier angenommen wurde, er habe es in seinen Willen aufgenommen.²⁵⁴ Offensichtlich hat er Veranlassung gesehen, zumindest die für die Erlaubnis erforderliche Überprüfung 2017/18 neu zu regeln. Diese Regelung ist misslungen. Damit hat der Gesetzgeber sein Ziel nicht erreicht, für mehr Schutz von denjenigen zu sorgen, die Heilpraktiker*innen aufsuchen. Auch die Vereinheitlichung durch Leitlinien hält einer verfassungsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Deshalb ist der Gesetzgeber, will er diese

²⁵² BVerfG, Urteil v. 01.03.79 - 1 BvR 532/77, 1 BvR 533/77, 1 BvR 419/78, 1 BvL 21/78, BVerfGE 50, S. 290.

²⁵³ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde Rdnr. 616 m.w.N.

²⁵⁴ 2. Teil: A.2.1 Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG, S. 52

Ziele erreichen, gefordert, eine Neuregelung und damit eine Nachbesserung des HeilprG durchzuführen.

Die neueste Entwicklung in der Rechtsprechung gibt Anlass, eine weitere Nachbesserungspflicht zu diskutieren: während die ärztliche Approbation unteilbar ist²⁵⁵ und sich z.B. eine Facharztqualifikation als eine auf den Grundberuf aufbauende Weiterbildung darstellt²⁵⁶, zersplittert die Heilpraktikererlaubnis gerade in diverse Bereiche.²⁵⁷ Aktuell bleibt dieser Themenkomplex vollständig der Rechtsprechung und der Verwaltung überlassen. Weil keine Normsetzung erfolgt ist, ist die Reichweite der sektoralen Heilkundeerlaubnis nicht bestimmt. Es ist völlig offen, ob sie für Gesundheitsfachberufe nur die Erhebung einer Erstdiagnose oder auch die Ausübung von Alternativheilkunde auf dem jeweiligen Sektor – etwa: Osteopathie oder Chiropraktik für Physiotherapeut*innen mit sektoraler Heilkundeerlaubnis – erlaubt. Davon muss der Umfang der entsprechenden Überprüfung abhängig sein, da sie dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit dienen soll.

Diese Problematik ist in ihrer Tragweite erst kürzlich aus der Interpretation des HeilprG durch die Rechtsprechung entstanden. Es handelt sich aus Sicht des Gutachters aus gleich mehreren Gründen um eine nachbesserungspflichtige Fehlentwicklung: Ausgehend von der Annahme, dass die Rechtsprechung nicht die Aufgabe hat, neues Recht zu setzen, sondern vorhandenes Recht zu beurteilen²⁵⁸, ist mit den angegebenen Entscheidungen²⁵⁹ von der sektoralen Erlaubnis für die Psychotherapie²⁶⁰ bis zu den neuesten Entscheidungen zur Physiotherapie²⁶¹, Logopädie, Ergotherapie und Osteopathie²⁶² neues Recht entstanden, denn für einige

²⁵⁵ BVerfG, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30.

²⁵⁶ BVerfG, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125.

²⁵⁷ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

²⁵⁸ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 6; *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438 2. Teil: A.3.1.2.1 Allgemeine Ausführungen, S. 64

²⁵⁹ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34 ff.

²⁶⁰ BVerwG, Urt. v. 21.01.93 - 3 C 34.90 -, BVerwGE 91, 356 ff. 1993.

²⁶¹ BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

²⁶² BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3; BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris; BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

Sektoren gibt es nun die eingeschränkte Heilpraktikererlaubnis, für andere nicht. Damit ist die Rechtsprechung mindestens an die Grenze ihrer Befugnis getreten und hat eine Lücke geschlossen, die zu schließen Aufgabe des Gesetzgebers ist.

Das Bundesverwaltungsgericht²⁶³ behauptet eine „systematische Unstimmigkeit“ zwischen den Gesetzen über die Gesundheitsfachberufe und den Anforderungen des HeilprG. Die Bezeichnung an sich deutet an, dass die Rechtsprechung hier Nachbesserungsbedarf sieht. Sie hat offenbar nach einem Kompromiss für den rechtlichen Konflikt gesucht, dass die Gesetze der Gesundheitsfachberufe keine selbständige heilkundliche Tätigkeit erlauben, andererseits aber das HeilprG dafür nur geringe Anforderungen stellt. Dem Bundesverwaltungsgericht erschien es unverhältnismäßig, von den Gesundheitsfachberufen eine umfassende Überprüfung zu verlangen, wenn sich die selbständige Tätigkeit nur auf ihren Sektor beziehen sollte.²⁶⁴

Eine „systematische Unstimmigkeit“ reicht womöglich nicht aus, um eine Pflicht zur Nachbesserung verfassungsrechtlich zu begründen. Immerhin könnte es genügen, wenn die Rechtsprechung eine notwendige Korrektur vorgenommen hat und der Gesetzgeber diese mitträgt. Zutreffend wird man wohl voraussetzen müssen, dass ein vorhandenes Gesetz verfassungswidrig und deshalb nachbesserungsbedürftig geworden ist.

Regelmäßig ist entgegen der ursprünglichen Intention des Gesetzgebers eine Veränderung der Faktenlage²⁶⁵ eingetreten, die gesetzgeberisches Handeln erfordert. Für das Heilpraktikerrecht muss hier relativiert werden, dass zwar die Neuregelung verfassungswidrig und die Einführung sektoraler Heilkundeerlaubnisse rechtlich fragwürdig, die Faktenlage aber eher dürftig ist.²⁶⁶ Empirische Untersuchungen über das Heilpraktikerwesen fehlen. Eine Zunahme von Haftungsfällen zivil- oder strafrechtlicher Art, die zu einer Neuregelung zwingen würden, kann der Gutachter – auch im Vergleich zu anderen Berufsgruppen - nicht feststellen.

²⁶³ BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

²⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

²⁶⁵ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde Rdnr. 617

²⁶⁶ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

Über eine repräsentative Zahl von Haftungsfällen, die Inhaber*innen sektoraler Heilkundeerlaubnisse verursacht haben könnten, kann nicht berichtet werden. Es liegen allenfalls wenige Einzelfälle vor, die keine generelle Aussage zur allgemeinen haftungsrechtlichen Situation erlauben: Die juris-Datenbank mit insgesamt über 1,5 Millionen Entscheidungen zu allen Rechtsgebieten wies bei einer Recherche²⁶⁷ zum Stichwort „Heilpraktikererlaubnis“ gerade einmal 360 Entscheidungen aus, bei denen es ganz überwiegend um Fragen der Erlaubniserteilung, um Wettbewerbsverstöße und um strafbare Tätigkeiten ohne Erlaubnis ging. Eine solche Recherche kann die Erhebung empirischer Daten nicht ersetzen. Nimmt man sie als Indiz, spricht die Zahl zivil- oder strafrechtlicher Haftungsfälle von Heilpraktiker*innen eher gegen als für eine Nachbesserungsverpflichtung des Gesetzgebers.

1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung

Das Bestehen einer Schutzpflicht wäre deutlicher zu bejahen, wenn Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG einen Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung einschließlich der Versorgung mit Alternativheilkunde begründete. Die staatliche Gesundheitsversorgung ist Gegenstand des Sozial-, nicht des Berufsrechts. Bei einem Versorgungsanspruch wäre das Heilpraktikerrecht auch in seiner sozialrechtlichen Dimension zu begutachten.

Zwar gehört die Alternativheilkunde nicht zum Leistungskatalog gesetzlicher Krankenversicherungen²⁶⁸, und Heilpraktiker*innen sind generell von der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen.²⁶⁹ Immerhin aber können (Vertrags-) Ärzt*innen Methoden der Alternativheilkunde als Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL)

²⁶⁷ www.juris.de Recherche vom 07.10.2020.

²⁶⁸ *Schumacher*, Alternativmedizin S. 205 verlangt eine sozialrechtliche Gleichstellung der Homöopathie, der anthroposophischen Medizin und der Phytotherapie mit der Schulmedizin

²⁶⁹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, *BVerfGE* 78, S. 155 = *MedR* 1988, 304-306.

abrechnen.²⁷⁰ Sie sind ebenso wie die Leistungen von Heilpraktiker*innen beihilfefähig²⁷¹ und im Rahmen der privaten (Zusatz-) Krankenversicherungen²⁷² versicherbar. Ein Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung könnte diese Rechtslage vereinheitlichen.

Die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung wird im Wesentlichen über zwei Systeme gewährleistet: etwa 90 % der Bevölkerung sind gesetzlich kranken- und pflegeversichert (GKV), die übrigen 10 % werden durch die privaten Kranken- und Pflegeversicherungen sowie die Beihilfen für Beamt*innen versorgt. Insgesamt besteht eine Kranken- und Pflegeversicherungspflicht.²⁷³

Dem Schutzauftrag wird der Staat in erster Linie aufgrund der in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG verliehenen Kompetenz zur Regelung der Sozialversicherungen gerecht. Hier wurde die Frage nach umfassender Versorgung intensiv diskutiert, als das Bundesverfassungsgericht über Fälle zu entscheiden hatte, in denen Versicherte der GKV an einer lebensbedrohlichen Erkrankung litten, für die die Schulmedizin keine Behandlungsmethode bereithielt. Andere (alternative) Behandlungsmethoden durften nicht zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherungen erbracht werden.²⁷⁴

²⁷⁰ *Clausen*, Individuelle Gesundheitsleistungen, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 8 Rdnrn. 346-355 Nach der Definition der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sind IGeL-Leistungen solche ärztlichen Leistungen, die bei gesetzlich krankenversicherten Patienten nicht zum Leistungsumfang der GKV gehören, die dennoch vom Patienten nachgefragt werden, die ärztlich empfehlenswert sind oder – je nach Intensität des Patientenwunsches – zumindest ärztlich vertretbar sind.

²⁷¹ *VG Neustadt a.d. Weinstrasse*, Urt. v. 15.11.17 - 1 K 232/17.NW -, MedR 2018 36, S. 252 *Haage*, in: Haage, § 1 HeilprG Rdnr. 21, 22.

²⁷² *Fleißner*, Alternative Heilmethoden, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 5 PKV Rdnrn. 140-156; *BGH*, Urt. v. 15.02.06 - IV ZR 192/04, MedR 2006, 593 ff. m. Anm. Stock; *BGH*, Urt. v. 30.10.02 - IV ZR 119/01 - Zur (fehlenden) Satzungsbefugnis der GKV im Rahmen von Wahlтарifen: *BSG*, Urt. v. 30.07.19 - B 1 KR 34/18 R, juris, m. lesenswerter Anm. Ulmer jurisPR-SozR 3/2020 Anm. 3.

²⁷³ *Sodan*, Duales Krankenversicherungssystem, in: Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 1 Rdnr. 17-19.

²⁷⁴ *BVerfG*, ("Nikolaus"-) Beschluss v. 06.12.05 - 1 BvR 347/98, BVerfGE 115 = MedR 2006, 164-168. Dem vorausgegangen war die Entscheidung zur Lebendniere spende: *BVerfG*, Kammerbeschluss v. 11.08.99 - 1 BvR 2181/98, 1 BvR 2182/98, 1 BvR 2183/98, NJW 1999, S. 3399 Auch bei der Organspende ging es um die Sicherstellung der Versorgung: Plenarprotokoll zur Änderung des Transplantationsgesetzes ("Widerspruchs- bzw. Vertrauenslösung"), 140. Sitzung (16.01.2020), Nr.19/140; *Höfling*, Organspende oder Organerwerb, ZRP 2019, 2 ff.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 204-206.

Die Diskussion hat der Gesetzgeber zum Anlass genommen, die Grenze für eine nicht allgemein anerkannte, dem medizinischen Standard nicht entsprechende Leistung durch § 2 Abs. 1a SGB V selbst zu ziehen: Das staatliche Gesundheitssystem stellt grundsätzlich nur die im dritten Kapitel SGB V genannten Leistungen unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes zur Verfügung, m.a.W. ausschließlich die in den Richtlinien des GBA vorgesehenen und im Sinne der Schulmedizin nachweislich wirksamen.²⁷⁵ Die in § 2 Abs. 1a SGB V festgelegte Ausnahme besteht lediglich im Einzelfall einer lebensbedrohlichen, regelmäßig tödlich verlaufenden oder zumindest wertungsmäßig vergleichbaren Erkrankung, wenn eine nicht ganz entfernt liegende Aussicht auf Heilung oder auf eine spürbare positive Einwirkung auf den Krankheitsverlauf besteht.

Somit besteht ein Anspruch auf eine staatliche Grundversorgung; ein individueller Anspruch auf bestimmte Leistungen ist aus dem Grundrecht hingegen nicht herzuleiten. Dem Art. 2 Abs. 2 GG ist nur der Schutz der dort genannten Rechtsgüter zu entnehmen, nicht jedoch ein Anspruch auf Versorgung mit jedweder Therapie oder jedweden Therapeut*innen. Im Ausgangspunkt ist es Sache der einzelnen Personen, über die Art der Inanspruchnahme selbst zu entscheiden und auch die Bezahlung nicht von vornherein kollektiven Großsystemen zu überlassen.²⁷⁶ Das Grundrecht spricht vom individuellen Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, daraus besteht eine staatliche Schutzverpflichtung, aber kein Anspruch auf Vollversorgung.

Für die Alternativheilkunde und das Heilpraktikerrecht bedeutet dies den Ausschluss von der staatlichen Versorgung, weil der Wirksamkeitsnachweis der Methode bzw. der beruflich-fachlichen Qualifikation nicht geführt wird.

Für das so beschriebene Grundrecht kann aus der Existenz zusätzlicher Versorgungsangebote nichts gefolgert werden. IGeL-Leistungen sind bereits per definitionem empfehlenswerte oder aus ärztlicher Sicht vertretbare Optionen. Auch für die privat Versicherten und Beamt*innen

²⁷⁵ Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin 3. Kapitel

²⁷⁶ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 51-52.

stellt die pflichtige staatliche Gesundheitsfürsorge nur eine medizinische Basisversorgung sicher.²⁷⁷ Sie entspricht im Wesentlichen den Leistungen der GKV²⁷⁸, wird aber im Regelfall je nach Tarif und finanziellem Beitrag ergänzt.²⁷⁹

Es kann festgehalten werden: Der staatliche Auftrag, für die Gesundheit der Bevölkerung zu sorgen, reicht nur bis zu einer Grundversorgung, von der die Alternativheilkunde und die Leistungen der Heilpraktiker*innen ausgeschlossen sind.

1.2.5. Richterliche Vorgaben und Parlamentsvorbehalt

An dieser Stelle ist zu erörtern, welche inhaltlichen Anforderungen für gesetzgeberisches Handeln sich aus einer Schutz- oder Nachbesserungspflicht ergeben könnten.

Die Rechtsprechung hat nur äußerst selten vorgegeben, mit welchen gesetzgeberischen Mitteln eine angenommenen Schutzpflichtverletzung zu beheben sei. Es handele sich um eine sehr komplexe Frage, wie eine staatliche Schutzpflicht, die erst im Wege der Verfassungsinterpretation hergeleitet wird, durch aktive gesetzgeberische Maßnahmen zu verwirklichen ist. Eine Entscheidung darüber gehöre nach dem Grundsatz der Gewaltenteilung und dem demokratischen Prinzip in die Verantwortung des vom Volk unmittelbar legitimierten Parlaments. Noch nicht einmal die Feststellung der Verfassungswidrigkeit einer Norm - etwa aus vorkonstitutioneller Zeit – könne den Gesetzgeber dazu zwingen, sie durch eine verfassungsgemäße zu ersetzen.²⁸⁰ Die Entscheidung darüber stehe allein ihm zu, der sich dabei von politischen, wirtschaftlichen und anderen Gesichtspunkten leiten lasse, die sich jedenfalls der richterlichen Nachprüfung entzögen. Verfassungsgerichtliche Entscheidungen,

²⁷⁷ Basistarif: § 152 Abs. 1 S. 1 VAG; noch einschränkender: Notlagentarif, § 153 VAG

²⁷⁸ Bei beiden handelt es sich um Nachversicherungen, so dass die Versicherten gegenüber den Heilkundigen zahlungspflichtig bleiben, was die These von der eigenen Verpflichtung der Bürger*innen bestärkt.

²⁷⁹ Probleme der (Un-) Gleichbehandlung entstehen aus der Verschiedenartigkeit der Systeme und können hier nicht weiter vertieft werden. Zum Verfassungsrecht: *Sodan*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Krankenversicherung, in: *Sodan*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, § 2 Rdnrn. 1-121; *Schäfer*, Dreiklassenmedizin in Deutschland, GesR 2019, 681-686 (Teil 1), 2020, 8-13 (Teil 2); *Gaßner/Strömer*, Kann durch die Einführung der "Bürgerversicherung" einer "Zwei-Klassen-Medizin" entgegengewirkt werden?, NZS 2013, S. 561; zur Alternativheilkunde: *Schumacher*, Alternativmedizin S. 196-206

²⁸⁰ *BVerfG*, Urteil v. 28.01.92 - 1 BvR 1025/82, 1 BvL 16/83, 1 BvL 10/91, BVerfGE 85, S. 191 = NJW 1992, 964-966.

die die Verletzung einer Schutzpflicht feststellten, verpflichteten den Gesetzgeber aus diesen Gründen eher selten zu einem konkreten Handeln.²⁸¹ Vielmehr muss der Gesetzgeber das Maß der einzuhaltenden Schutzpflicht unter Einbeziehung der Gemeinwohlbelange und der Rechte anderer Grundrechtsträger*innen selbst bestimmen. Dementsprechend müssen in diesem Rechtsgutachten Begriffe wie Gesundheits- und Patient*innenschutz konkretisiert und auch das Berufsrecht der Heilkundigen untersucht werden.

Für den Heilkundebegriff hat die Rechtsprechung seit langem eine Formel für die verfassungsgemäße Auslegung zum Schutz des Art. 2 Abs. 2 GG gefunden, die Maßstäbe für eine Neuregelung setzen könnte.²⁸²

Für das Berufsrecht dürfte die Nullvariante, d.h. die Entscheidung, den Zustand vor der Neuregelung so zu belassen, wie er ist, und keine gesetzgeberische Initiative einzuleiten, vorerst keine Option sein. Sie besteht zwar – wie oben geschildert - grundsätzlich. Eine Grenze ist aber dort zu ziehen, wo der Gesetzgeber bei aller Berücksichtigung weiterer Belange das Maß unterschritten hat, den Schutz von Leben und körperlicher Unversehrtheit zu gewährleisten.²⁸³ Er selbst war es, der diesen Schutz bei der Neuregelung 2017/18 für nicht ausreichend erachtet hat. Die Materie erneut der Rechtsprechung zu überlassen, würde bedeuten, dass der Gesetzgeber seiner Verantwortung nicht nachkommt, sich schützend und fördernd vor die in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen. „Die Rechtsprechung – eine demokratisch legitimierte Teilgewalt, die die Bürger*innen allerdings nicht responsiv bei Wahlen und Abstimmungen zur Verantwortung zu ziehen vermag – darf nicht zur zentralen Schaltstelle bei der Festlegung der Proportionen zwischen individueller Freiheit, Sicherheit und Gemeinwohl werden, sie ist nur Korrektiv, nicht Gestaltungsinstanz.“²⁸⁴

²⁸¹ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde Rdnr. 613; Lang, in: Epping/Hillgruber, Art. 2 GG Rdnrn. 74-77.

²⁸² 3. Teil: A.1.3 Anwendung der Maßstäbe auf den Heilkundebegriff, S. 98

²⁸³ Zuck, Das Recht der Verfassungsbeschwerde Rdnr. 607

²⁸⁴ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 6.

1.3 Anwendung der Maßstäbe auf den Heilkundebegriff

Dem Wortlaut des § 1 Abs. 2 HeilprG und der zu Einführung vorgenommenen ersten Orientierung ist nicht zu entnehmen, dass nach heutigem Verständnis der Gesundheitsschutz der eigentliche Zweck des Heilkundebegriffs und des Erlaubnisvorbehalts zur Ausübung der Heilkunde ist. Für sich genommen definiert der Begriff lediglich eine bestimmte Tätigkeit mit Merkmalen, die bereits dargestellt wurden.²⁸⁵

Erst aus dem Zusammenhang der Erlaubnispflicht für diese Tätigkeit ergibt sich die zum Zweck des Gesundheitsschutzes vorgenommene Einschränkung der Kurierfreiheit: sie ist nur Personen erlaubt, die die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür erfüllen.²⁸⁶ Aber auch insoweit bleibt der Wortlaut des Gesetzes unklar: erst durch die Neuregelung 2017/18 wurde überhaupt, wenn auch auf verfassungswidrige Weise, in § 2 Abs. 1 HeilprG das Erfordernis von „Kenntnissen und Fähigkeiten“ eingefügt.²⁸⁷ Zwar ist man sich einig, dass von den ursprünglich mit dem Gesetz verfolgten Zwecken nur noch der eine, der Schutz der Gesundheit, übriggeblieben ist.²⁸⁸ Es ist jedoch nicht zu erkennen, welche Kenntnisse und Fähigkeiten zu diesem Zweck gefordert sind, noch ist der von *Bockelmann* beschriebene Zwiespalt, den Heilkundebegriff zu eng oder zu weit zu fassen, mit diesem neuen Wortlaut gelöst.²⁸⁹

Dem Konflikt ist die Rechtsprechung mit einer verfassungskonformen Auslegung des Heilkundebegriffs entgegengetreten. Sie hat bestimmt, was Heilkunde nach heutigem Verständnis eigentlich ausmacht. Das ist zu reflektieren (1.3.1 bis 1.3.4), bevor ein Vorschlag unterbreitet wird, wie ein moderner Heilkundebegriff zum Schutz der in Art. 2 Abs. 2 GG bestimmten Rechtsgüter definiert werden könnte (1.3.5).

1.3.1. Die Formel der Rechtsprechung

Die Mangelhaftigkeit des Heilkundebegriffs wird mit der Überlegung offensichtlich, dass die Rechtsprechung längst ein ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal eingeführt hat, das für sich

²⁸⁵ 1. Teil: A.2 Der Heilkunde vorbehaltene Tätigkeiten nach dem Wortlaut des Gesetzes, S. 18

²⁸⁶ 1. Teil: A.1.1 Die Kurierfreiheit, S. 13

²⁸⁷ 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49

²⁸⁸ 1. Teil: B.3 Die Nachkriegszeit, S. 27

²⁸⁹ 3. Teil: A.1.2.1.1 Zur heilkundlichen Tätigkeit, S. 84

genommen tauglich sein soll, eine einleuchtende sachliche Unterscheidung zwischen heilkundlichen und nicht heilkundlichen Tätigkeiten zu begründen.²⁹⁰

Leberflecke und Warzen seien, so das Bundesverwaltungsgericht 1965²⁹¹, derartig weit verbreitete Erscheinungen, dass sie nicht als Anomalität, Krankheit oder Körperschaden anzusehen seien. Dementsprechend sei ihre Beseitigung keine Krankenbehandlung. Sie erfordere für sich genommen noch nicht einmal medizinische Kenntnisse. Um vor allem der Gefahr der Verwechslung mit Hautkrankheiten vorzubeugen, setze die Frage, wann man deren Beseitigung vornehmen könne, ärztlich-diagnostisches Fachwissen voraus. Deshalb sei auch für kosmetische Eingriffe aus Gründen des Gesundheitsschutzes zumindest der Besitz der Heilpraktikererlaubnis erforderlich.²⁹²

Mit dieser Entscheidung ist der Heilkundebegriff auf die Formel gebracht worden, dass Heilkunde immer dann vorliegt, wenn die Tätigkeit ärztliche bzw. medizinische Fachkenntnisse erfordert und die Behandlung bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann. Sie wird von der Rechtsprechung des

²⁹⁰ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

²⁹¹ BVerwG Urt.v. 28.09.1965 – I C 105/63 – NJW 1966, 418; fortgeführt in: BVerwG, Urt. v. 18.12.1972 – I C 2 /69 – NJW 1973, 579

²⁹² schon BVerwG, Urteil v. 14.10.58 - I C 25.56, NJW 1959, S. 833.

Bundesverfassungsgericht²⁹³, Bundesverwaltungsgericht²⁹⁴, der Ober²⁹⁵- und Untergerichte²⁹⁶ zugrunde gelegt. Beide Komponenten – das Erfordernis ärztlicher Fachkenntnisse und die mögliche Schadensverursachung – werden von der einschlägigen Fachliteratur²⁹⁷ seit Jahrzehnten diskutiert. Die Kritik, auch neuerer Autor*innen, mündet nicht in eine alternative Formel, sondern in dem Ruf nach dem Gesetzgeber.²⁹⁸

²⁹³ Das BVerfG hat die Formel – wenn auch nicht ausdrücklich – mitgetragen: *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, S. 155 = MedR 1988, 304-306.; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvL 8/82, BVerfGE 78, 165 ff. = NJW 1988, 2293 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - 1 BvR 1006/99 -, MedR 1999, S. 461 = NJW 1999, 2729.; *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - 1 BvR 1056/99 -, NJW 1999, S. 2730; *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - 1 BvR 1453/99 -, NJW 2000, 1779 m. Anm. Stock MedR 2003, 554 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.

²⁹⁴ *BVerwG*, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, BVerwGE 4, S. 250; *BVerwG*, Urteil v. 14.10.58 - I C 25.56, NJW 1959, S. 833; *BVerwG*, Urt. v. 28.09.65 - - I C 105/63 -, NJW 1966 1966, S. 418; *BVerwG*, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, BVerwGE 35, S. 308 = NJW 1970, 1987.; *BVerwG*, Urt. v. 10.02.83 - - 3 C 21/82 -, NJW 1984, 1414 ff.; *BVerwG*, Urt. v. 21.01.93 - - 3 C 34.90 -, BVerwGE 91, 356 ff. 1993.; *BVerwG*, Urt. v. 21.12.95 - 3 C 24/94, BVerwGE 100, S. 221; *BVerwG*, Beschl. v. 25.06.07 - 3 B 82/06, NVwZ-RR 2007, 686 m. Anm. Achterfeld MedR 2013, 103-105; *BVerwG*, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338; *BVerwG*, Urt. v. 26.08.10 - 3 C 28/09 -; *BVerwG*, Urt. v. 13.12.12 - 3 C 26/11, MedR 2014, 506 ff.; *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8.17, 3 C 15.17, 3 C 16.17, 3 C 17.17, 3 C 10.17 -.

²⁹⁵ *BayVGH*, Beschl. v. 01.07.19 - 21 ZB 15.2367, GesR 2019, 638 m. Anm. Sasse; *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 21.11.06 - - 6 A 10271/06 -, MedR 2007, 496 ff.; *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 28.04.09 - 6 A 10050/08, MedR 2010, 55-57 m. Anm. Stock; *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 13.01.09, MedR 2009, 483 ff.; *OVG Niedersachsen*, Urt. v. 14.11.13 - 8 LB 225/12, GesR 2014, S. 179; *OVG NRW*, Urteil v. 13.08.98 - 13 A 1781/96, MedR 1999, 187 ff.; *OVG NRW*, Urteil v. 02.12.98 - 13 A 5322/96, MedR 2000, 46-49 ("Reiki-Spende"); *OVG NRW*, Beschl. v. 07.08.02 - - 13 A 1253/01 -, NVwZ-RR 2003, 428 ff.; *OVG NRW*, Beschl. v. 28.04.06, MedR 2006, 487 ff.; *OVG NRW* v. Beschl.v. 30.01.14 - 13 A 1800/13 2014.; *OVG Sachsen*, Beschl. v. 12.12.06 - - 1 L 395/04 - -; *OVG Schleswig-Holstein*, Urteil v. 16.03.17 - 3 LB 4/16 -; *VGH Baden-Württemberg*, Beschl. v. 10.07.06 - 9 S 519/06, MedR 2006, S. 733; *VGH Baden-Württemberg*, Beschl. v. 02.10.08 - 9 S 1782/08 -; *VGH Baden-Württemberg*, Urt. v. 23.03.17 - 9 S 1899/16, GesR 2017 2017, S. 406.

²⁹⁶ *VG Aachen*, Beschl. v. 15.08.12 - 5 L 322/12 -; *VG Bremen*, Urt. v. 26.09.13 - 5 K 909/12, MedR 2014, S. 96; *VG Gera*, Urt. v. v. 08.02.19 - 3 K 705/14 Ge -; *VG Gießen*, Urt. v. 25.03.19 - 4 K 3001/18.GI -; *VG Köln*, Urt. v. 04.11.98 - 9 K 7355/95 -; *VG Neustadt a.d. Weinstrasse*, Urt. v. 15.11.17 - - 1 K 232/17.NW -, MedR 2018 36, S. 252; *VG Oldenburg*, Urt. v. 31.01.17 - 7 A 3879/16 -; *VG Stuttgart*, Urt. v. 26.01.17 - 4 K 5923/15, 5924/15 und 5925/15 -.

²⁹⁷ *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilprG, Rdnr. 10-11; *Schelling*, in: *Spickhoff*, § 1 HeilprG, Rdnr. 11-21; *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen; *Igl*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen, NZS 2014, S. 174; *Sasse*, *Der Heilpraktiker*; *Tamm*, Plädoyer für eine Neuregelung des Heilpraktikergesetzes, VuR 2008, 465 ff.

²⁹⁸ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen; *Sasse*, *Der Heilpraktiker*; *Tamm*, Plädoyer für eine Neuregelung des Heilpraktikergesetzes, VuR 2008, 465 ff.; *Schelling*, in: *Spickhoff*, § 1 HeilprG, Rdnr. 11-21.

1.3.2. Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten

In Bezug auf die Differenzierung zwischen Tätigkeiten, die der Heilkunde unterliegen, und solchen, die nicht als Heilkunde anzusehen sind, ist der Gesetzgeber bislang nicht tätig geworden.

Er hat allerdings einzelne Tätigkeiten ausschließlich Ärzt*innen vorbehalten. Ärztliche Heilkunde ist also de lege lata umfassender als die von Heilpraktiker*innen ausgeübte. Es handelt sich u.a. um:²⁹⁹

- Behandlung von Personen, die an einer bestimmten übertragbaren Krankheit leiden oder dessen verdächtig sind oder die mit einem bestimmten Krankheitserreger infiziert sind, § 24 IfSG
- Indikationsstellung und Vornahme von Schwangerschaftsabbrüchen, §§ 218 ff. StGB
- Kastrationen, § 2 KastrG
- Organentnahme, § 8 TPG
- Entnahme einer Blutspende, § 7 Abs. 2 TFG
- Tätigkeiten, die dem Embryonenschutzgesetz unterliegen, §§ 9, 11 ESchG
- Anordnung und Anwendung von Röntgenstrahlen, § 145 StrlSchV
- Verabreichung und Verschreibung von Betäubungsmitteln, § 13 Abs. 1 BtMG
- Verschreibung bestimmter Arzneimittel i.S.d. § 48 AMG,
- Verschreibung bestimmter Medizinprodukte, § 1 Abs. 1 MPVerschrV,
- Aufklärung vor einer klinischen Prüfung nach dem AMG und dem MPG,
- Leistung von Geburtshilfe,
- die Leichenschau und die Ausstellung eines Totenscheins,

Die Ausübung der Zahnheilkunde ist den Zahnärzt*innen vorbehalten, § 1 ZHG, § 6 HeilprG.

Die Ausübung von Psychotherapie unter der Bezeichnung „Psychotherapeut*in“ ist den dafür approbierten Personen vorbehalten, § 1 PsychThG.

Die Frage, was im Übrigen die Heilkunde ausmacht, beantwortet die Rechtsprechung mit einer umfangreichen Kasuistik. Sie bezieht sich auf einzelne Tätigkeiten und damit nicht generell auf eine berufliche Tätigkeit der Behandler*innen. Das bedeutet: es wird hier geprüft, ob eine einzelne Behandlung ärztliche bzw. medizinische Fachkenntnisse erfordert und bei

²⁹⁹ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 55; *Sasse*, Der Heilpraktiker S. 34 f.

generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann.

Folgende Tätigkeiten gehören u.a. zur Heilkunde:³⁰⁰

- Akupunktur, Akupressur
- Beschneidung aus religiösen Gründen
- Botox-Injektionen
- Chiropraktik
- chirurgische Korrekturen von Ohren, Brust und Nase
- Faltenunterspritzungen
- Fußreflexzonenmassage
- Heilmagnetisieren von Erdstrahlen
- Kraniosakrale Therapie
- Osteopathie
- Piercing
- Synergetik-Therapie
- Traditionelle Chinesische Medizin
- Zahnbleaching

Nicht als Ausübung von Heilkunde wurden beispielsweise angesehen:³⁰¹

- „Esper-Klötzen“: Untersuchung des Erdbodens auf Störzonen ohne individuellen Bezug auf ein Krankheitsgeschehen
- Diätberatung
- Durchstechen von Ohrläppchen
- Geistheiler-Tätigkeiten
- Hörtests durch Hörgeräteakustiker*innen
- Knochendichtemessung
- Raucherentwöhnung, wenn nicht durch Akupunktur
- Sehtests durch Optiker*innen
- Softlaser-Therapie
- Vitametik (Ausübung eines Impulses auf die Halsmuskulatur)
- Wunderheiler-Tätigkeiten

³⁰⁰ *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilprG Rdrn. 16-17; *Schelling*, in: *Spickhoff*, § 1 HeilprG, Rdrn. 11-21.

³⁰¹ *Haage*, in: *Haage*, § 1 HeilprG Rdrn. 16-17; *Schelling*, in: *Spickhoff*, § 1 HeilprG, Rdrn. 11-21.

Ob die hier beruflich tätige Person noch andere Behandlungen durchführt und ob diese ebenfalls der Heilkunde unterliegen, wird an dieser Stelle nicht geprüft. Der Heilkundebegriff ist schon von sich aus so liberal, dass er den Berufstätigen das Nebeneinander von heilkundlichen und nicht-heilkundlichen Tätigkeiten erlaubt.

So soll beispielsweise die Ausbildung auf dem Gebiet der Logopädie dazu befähigen, durch Anwendung geeigneter Therapieverfahren und Behandlungsmethoden die Kommunikationsfähigkeit, die Stimmgebung, das Sprechen, die Sprache und den Schluckakt bei krankheitsbedingten Störungen wiederherzustellen, zu verbessern, zu erhalten oder eine Verschlimmerung zu vermeiden. Mit den darin enthaltenen Disziplinen Phonetik, Linguistik, Stimmbildung, Sprecherziehung, Pädagogik oder Sonderpädagogik befassen sich noch weitere nicht-heilkundliche Berufe. Zur Tätigkeit von Logopäd*innen gehören somit auch nicht-heilkundliche wie z.B. die Sprach- und Stimmbildung.³⁰²

Eine gewisse Korrektur erfährt diese Offenheit beruflicher Tätigkeit dadurch, dass für die Anwendung einer einzigen heilkundlichen Methode eine Überprüfung bestanden werden muss, die umfangreichere Kenntnisse der Heilkunde erfordert. Mangels gesetzlicher Festlegung, welche Methoden generell bei dieser Überprüfung beherrscht werden müssen, ist dieses Korrektiv nur ein stumpfes Schwert gegen potenzielle Gesundheitsgefahren, die den Erlaubnisvorbehalt begründen.³⁰³ Schließlich sind Heilpraktiker*innen wegen der weitreichenden Therapiefreiheit nicht auf Tätigkeiten beschränkt, für die sie ursprünglich eine – wie auch immer geartete - Ausbildung oder Überprüfung erfahren haben. Der Werdegang des Heilpraktikers im sog. Brügggen-Bracht-Fall³⁰⁴ zeigt die Anwendung diverser Verfahren der Alternativheilkunde, bis es zur völligen Selbstüberschätzung, Anwendung einer nicht erlernten Methode und Überschreitung der auch für Heilpraktiker*innen geltenden rechtlichen Grenzen kommt: Er hatte nach seiner Ausbildung u.a. die Naturheilkunde, Akupunktur, Ohrakupunktur, Cranio-Sakral-Therapie, Dorn-Breuss-Therapie und Reflexzonen-Massagen kennengelernt und

³⁰² BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

³⁰³ 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49

³⁰⁴ LG Krefeld 2. Große Strafkammer, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

entwickelte später ein Behandlungsprogramm für alle Krebsarten, bei dem über den Zeitraum von 10 Wochen die Patient*innen Infusionen mit 3-Bromopyruvat, Vitaminen, homöopathischen Mitteln, Curcumin, Liponsäure und Magnesium erhielten. Mindestens drei Patient*Innen verstarben an einer Überdosis. Er wurde wegen fahrlässiger Tötung in 3 Fällen, jeweils in Tateinheit mit fahrlässigem Herstellen verfälschter Arzneimittel zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren verurteilt.³⁰⁵

Zu einem modernen Heilkunderecht, das dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens gerecht werden soll, müssen also drei Dinge geschehen: der Heilkundebegriff muss einzelne Tätigkeiten definieren, die, weil potenziell gesundheitsschädlich, der Erlaubnispflicht unterliegen. Dabei kann die von der Rechtsprechung gefundene Formel eingesetzt werden. Es muss die Qualifikation derjenigen Personen festgelegt werden, die diese Erlaubnis erhalten, und es müssen ausreichende Mittel zur Verfügung stehen, ihre berufliche Tätigkeit zu überwachen.

1.3.3. Kritik am Rekurs auf „ärztliches“ Fachwissen

Den Heilkundebegriff mit dem des ärztlichen Fachwissens identifizieren zu wollen, wenn doch auch Nichtärzt*innen diese ausüben, ist paradox.³⁰⁶ Die ärztliche Approbation wird Personen erteilt, die ein Studium der Medizin an einer wissenschaftlichen Hochschule von mindestens 5.500 Stunden und einer Dauer von mindestens sechs Jahren erfolgreich absolviert haben.³⁰⁷ Heilpraktiker*innen verfügen über diesen Nachweis ärztlichen Fachwissens nicht und behaupten auch nicht, es zu haben.

Würde man nun das Niveau des Kenntnisstandes senken oder anheben, so fehlt der Maßstab spezifisch ärztlichen Fachwissens in zweierlei Richtung. Zum einen ist medizinisches Fachwissen – die Rechtsprechung gebraucht den Begriff bislang synonym – längst auch auf andere Gesundheitsfachberufe verteilt; anderenfalls wären sie nicht imstande, einzelne

³⁰⁵ *LG Krefeld 2. Große Strafkammer*, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

³⁰⁶ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

³⁰⁷ § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BÄO

potenziell gesundheitsgefährdende Tätigkeiten zu vollziehen.³⁰⁸ Zum anderen führt aber auch die längst zum Regelfall gewordene Facharztqualifikation und die immense Spezialisierung in der modernen Medizin zu einer Heterogenität ärztlichen Fachwissens, so dass für die Abgrenzung von heilkundlicher zu nicht heilkundlicher Tätigkeit im Ergebnis unklar bleibt, welche ärztlichen, medizinischen oder doch vielleicht eher heilkundlichen Kenntnisse vorauszusetzen sind.³⁰⁹

1.3.4. Differenzierung nach Gesundheitsgefahren

Der Kern der Heilkundeformel liegt in der Abwehr möglicher Gesundheitsgefahren, also in der Frage, ob die Behandlung bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann. Der Begriff der Behandlung wird hier in einem sehr weiten Sinne verstanden. Maßgeblich ist, ob die Tätigkeit medizinische Kenntnisse voraussetzt im Hinblick auf das Ziel, die Art, die Methode³¹⁰ oder die Entscheidung, ob überhaupt mit der Behandlung begonnen werden darf.

Zur Begründung wird auf eine der ursprünglichen Intentionen des HeilprG verwiesen, der Bevölkerung einen ausreichenden Rechtsschutz gegenüber Gesundheitsgefährdungen durch Unberufene zu geben.³¹¹ Dies ist das einzige legitime Anliegen des HeilprG geblieben, weshalb fraglos alle objektiv gefährlichen Verrichtungen, die zu Diagnose- oder Behandlungszwecken durchgeführt werden, unter den Begriff der Heilkundenausübung subsumiert werden

³⁰⁸ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 81 nennt als Beispiel das Legen eines Blasenkatheters oder die Einstellung eines Intensivbeatmungsgerätes genannt, was in der Praxis beinah ausschließlich von Pflegefachkräften vorgenommen wird vgl. die divergierenden Entscheidungen zur Faltenunterspritzung von Kosmetiker*innen: bejahend: *OVG NRW*, Beschl. v. 28.04.06, MedR 2006, 487 ff.; *BVerwG*, Beschl. v. 25.06.07 - 3 B 82/06, NVwZ-RR 2007, 686 m. Anm. Achterfeld MedR 2013, 103-105; *VGH Baden-Württemberg*, Beschl. v. 10.07.06 - 9 S 519/06, MedR 2006, S. 733.

³⁰⁹ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 78-81

³¹⁰ *BVerwG*, Urteil v. 14.10.58 - I C 25.56, NJW 1959, S. 833.

³¹¹ *BVerwG*, Urte. v. 28.09.65 - I C 105/63 -, NJW 1966 1966, S. 418; *Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 50*, S. 2 (Hrsg.), Amtliche Begründung zu dem Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), <https://digi.bib.uni-mannheim.de/viewer/reichsanzeiger/film/027-8468/0433.jp2> (besucht am 20.02.2020).

müssen.³¹² Zusätzlich ist die Beschreibung der Gefahrenlage nachzuzeichnen, die mit der Erlaubnispflicht eingedämmt werden soll.

1.3.4.1 Gesundheit der Bevölkerung

Ursprünglich sollten die heilkundlichen Kenntnisse und Fähigkeiten nur soweit überprüft werden, wie es zur Beurteilung nötig sei, ob die Ausübung der Heilkunde durch die betreffende Person eine Gefahr für die Allgemeinheit – und damit nicht notwendig auch für die einzelnen Ratsuchenden – bedeuten würde. Einer „Gefahr für die Volksgesundheit“ sollte mit der Befragung über ausreichende Kenntnisse der Seuchengesetze und der Vorschriften über die Pflicht zur Anzeige gemeingefährlicher und übertragbarer Krankheiten vorgebeugt werden.³¹³ Diese Fragestellungen sind noch heute Gegenstand der Überprüfung.

Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist die Begründung für die Konzentration auf den Schutz der Allgemeinheit, welche heute als nicht mehr ausreichend erachtet wird: Wer zum Zwecke der Heilkunde eine Person aufsuche, die zwar heilkundliche, nicht aber ärztliche Kenntnisse vorzuweisen habe, entscheide sich aus freien Stücken gegen eine ärztliche Tätigkeit, sei deshalb nicht schutzbedürftig und könne sich selbst helfen.³¹⁴

1.3.4.2 Schutz der Patient*innen

Davon weicht der Gesetzgeber inzwischen ab. Nach der Neuregelung soll überprüft werden, ob die zukünftige Tätigkeit der Person nicht nur eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung, sondern auch für die sie aufsuchenden Patient*innen bedeuten würde.³¹⁵ Angeblich sollen die Anforderungen an die Erlaubniserteilung nach dem Heilpraktikerrecht nicht mehr den Qualitätserfordernissen genügen, die aus Gründen des Patient*innenschutzes an die selbständige Ausübung der Heilkunde zu stellen seien.³¹⁶

³¹² *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 75

³¹³ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145.

³¹⁴ *Bockelmann*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, NJW 1966, S. 1145 Fußn. 26

³¹⁵ § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprG_DV i.d.F. des dritten Pflegestärkungsgesetzes, Art. 17f

³¹⁶ Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Dritten Pflegestärkungsgesetzes, BT-Drucks., 18/10510, S. 141–142.

Hier wurde aufgezeigt, dass Anforderungen an die Qualifikation der Behandler*innen weniger dem Schutz von Individuen und mehr dem Allgemeinwohl dient, einen rechtlichen Rahmen zur Ausübung von Heilkunde vorzuhalten.³¹⁷ Er ist durch die hier für verfassungswidrig gehaltene Neuregelung noch nicht wirksam aufgestellt. Dementsprechend fehlt für das Heilpraktikerrecht ein generell-verbindlicher Bezug, welche Qualifikationen eine Person nachweisen muss, um einer bestimmten Tätigkeit, die dem Heilkundewesen vorbehalten ist, nachgehen zu dürfen.

Für alle anderen Gesundheitsberufe außer dem Heilpraktikerberuf ist dieser rechtliche Rahmen durch die staatliche Ausbildung und Prüfung gesetzt. Im Falle einer Abschaffungslösung kann deshalb von einem ausreichenden Gesundheitsschutz ausgegangen werden.

Will man diesen rechtlichen Rahmen zukünftig auch Heilpraktiker*innen zur Verfügung stellen und gleichzeitig Patient*innen schützen, wäre mit dieser Kompetenzlösung ein Paradigmenwechsel verbunden: heilkundliche Kenntnisse müssten positiv nachgewiesen werden. Die bisher erfolgte Prognosefeststellung, dass die beabsichtigte Tätigkeit als Heilpraktiker*innen keinen Schaden verursachen dürfte, würde für den Gesundheitsschutz nicht ausreichen.

Es darf darüber spekuliert werden, ob nicht schon heute durch die Inhalte, welche mit den Leitlinien zur Überprüfung eingeführt sind, de facto eine Qualifikation abgefragt wird, ohne sie de iure so zu nennen. Jedenfalls können aus Sicht des Gutachters die bekannt gemachten Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien³¹⁸ oder auch die gemeinsamen Leitlinien von zwei

³¹⁷ 3. Teil: A.1.2.2 Adressat*innen des Schutzes, S. 87

³¹⁸ Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien - Bekanntmachung von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärterinnen und -anwärtern nach § 2 des Heilpraktikergesetzes in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Buchstabe i der Ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz, BAnZ (07.12.2017), 1 bis 5.

Heilpraktikerverbänden³¹⁹ zukünftig zur Orientierung dienen. Auch für einzelne Sektoren sind die Inhalte der Überprüfungen nach dem HeilprG bereits ausgearbeitet.³²⁰

Nach den Leitlinien des Ministeriums für Gesundheit müssen die Antragsteller*innen an heilkundlichen Kenntnissen solche der Anatomie, pathologischen Anatomie, Physiologie, Pathophysiologie sowie Pharmakologie sowie der allgemeinen Krankheitslehre sowie akuter und chronischer Schmerzzustände nachweisen.

Ferner sind die zur Ausübung des Heilpraktikerberufs notwendigen Kenntnisse zur Erkennung und Behandlung von physischen und psychischen Erkrankungen bei Patient*innen aller Altersgruppen nachzuweisen, insbesondere in den Bereichen von

- Erkrankungen des Herzes, Kreislaufs und der Atmung
- Erkrankungen des Stoffwechsels und des Verdauungsapparats
- immunologischen, allergologischen und rheumatischen Erkrankungen
- endokrinologischen Erkrankungen
- hämatologischen und onkologischen Erkrankungen
- Infektionskrankheiten
- gynäkologischen Erkrankungen
- pädiatrischen Erkrankungen
- Schwangerschaftsbeschwerden
- neurologischen Erkrankungen
- dermatologischen Erkrankungen
- geriatrischen Erkrankungen
- psychischen Erkrankungen
- Erkrankungen des Bewegungsapparats
- neurologischen Erkrankungen
- ophtalmologischen Erkrankungen
- Erkrankungen des Halses, der Nase und der Ohren.

³¹⁹ *Berufsverband Deutsche Naturheilkunde (BDN) e.V./Bund deutscher Heilpraktiker und Naturheilkundiger (BDHN) e.V., IL4HP - Interne Leitlinie 4: Heilpraktiker-Ausbildung.*

³²⁰ *Beispiel: Richtlinie zur Durchführung des Verfahrens zur Erteilung einer Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz, Nds. MBl. (27.07.2020), 820, ber. S. 874*

Stellt man diese Liste den Ausbildungs- und Prüfungsverordnungen der Gesundheitsfachberufe³²¹ oder der Ärzteschaft³²² gegenüber, handelt sich eher um Grundlagenwissen aller Gesundheitsfachberufe, so dass sich zukünftig die Anforderung an „heilkundliche“ Kenntnisse einbürgern könnte.

In den Überprüfungsleitlinien werden zusätzlich sog. anwendungsorientierte medizinische Kenntnisse gefordert, welche wie folgt umschrieben sind:

- Die antragstellende Person ist in der Lage, ärztliche Befunde und Befunde anderer Berufsgruppen einschließlich der in den Befunden enthaltenen Laborwerte zu verstehen, zu bewerten und diese Bewertung im Rahmen der eigenen Berufsausübung angemessen zu berücksichtigen.
- Die antragstellende Person ist in der Lage, eine vollständige und umfassende Anamnese einschließlich eines psychopathologischen Befundes zu erheben und dem Heilpraktikerberuf angemessene Methoden der Untersuchung von Patient*innen anzuwenden.
- Die antragstellende Person ist unter Anwendung ihrer medizinischen Kenntnisse, unter Einbeziehung vorliegender Befunde, gestützt auf ihre Anamnese und im Bewusstsein der Grenzen ihrer diagnostischen und therapeutischen Methoden sowie möglicher Kontraindikationen in der Lage, eine berufsbezogene Diagnose zu stellen, aus der sie einen Behandlungsvorschlag herleitet, der keine Gefährdung der Gesundheit von Patient*innen erwarten lässt.
- Die antragstellende Person ist insbesondere dann, wenn der Behandlungsvorschlag die Anwendung invasiver Maßnahmen beinhaltet, in der Lage zu zeigen, dass sie diese Maßnahmen ohne Gefährdung der Gesundheit von Patient*innen anwenden kann.
- Enthält der Behandlungsvorschlag der antragstellenden Person Maßnahmen, die den alternativen Therapieformen zuzurechnen sind, erklärt sie die vorgeschlagenen Maßnahmen und ist auf Nachfrage in der Lage zu zeigen, dass sie diese ohne Gefährdung der Gesundheit von Patient*innen anwenden kann.³²³

Zum Schutz der Gesundheit wird hier die Fähigkeit zur Erkennung und Behandlung von physischen und psychischen Erkrankungen bei Patient*innen aller Altersgruppen sowie ein

³²¹ z.B. Anlage 1 zu § 1 Abs. 1 PhysTh-APrV; Anhang 5.2.1 der EGRL 2005/36/EU zu den Pflegeberufen

³²² z.B. § 27 ÄApprO

³²³ Heilpraktikerüberprüfungsleitlinien - Bekanntmachung von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärterinnen und -anwärtern nach § 2 des Heilpraktikergesetzes in Verbindung mit § 2 Absatz 1 Buchstabe i der Ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz, BAnZ (07.12.2017), 1 bis 5.

Vorgehen verlangt (Auswertung fremder Befunde, Anamnese, Diagnose, Feststellung von Kontraindikationen, Behandlungsvorschlag, Therapiemaßnahmen), das an ein ärztliches erinnert. Allerdings gehen nichtärztliche Psychotherapeut*innen und Zahnärzt*innen nicht anders vor, wenn sie einen eigenen Befund erheben, eine eigene Indikation stellen und eine Therapie folgen lassen. Also ist auch hier zutreffender von heilkundlichem Vorgehen zu sprechen.

Den Gesundheitsfachberufen schließlich ist die Aufzählung von Kompetenzen, die in der Berufsausbildung erworben und in einer staatlichen Prüfung nachgewiesen werden sollen, nicht fremd.³²⁴ Eine ähnliche Beschreibung von Kompetenzen findet sich in den Überprüfungsleitlinien. Allerdings ist das hier zu erwartende Spezifikum, das eine mit der eigenverantwortlichen Berufsausübung verbundene Gefährdung ausschließen und die Erteilung der Heilkundeerlaubnis rechtfertigen könnte, nur sehr vage umrissen. Es fehlt die Beschreibung, was eine „dem Heilpraktikerberuf angemessene Methode der Untersuchung“, eine „berufsbezogene Diagnose“ und eine „Maßnahme der alternativen Therapieformen“ überhaupt ist.

Eine zusätzlich mögliche Maßnahme zur Verbesserung des Schutzes von Patient*innen wäre es demnach, das Mindestmaß an anwendungsorientierten heilkundlichen Kenntnissen für den Heilpraktikerberuf zu definieren. Noch stärker ausgeprägt wäre der Schutz, wenn eine positive Beschreibung dessen erfolgen und auch gefordert würde, was die selbständige und eigenverantwortliche Tätigkeit von Heilpraktiker*innen ausmacht. Dafür ist eine Tätigkeitsbeschreibung erforderlich, m.a.W. die Typisierung von Methoden.³²⁵

³²⁴ § 5 Abs. 3 PflBG; Art. 31 Abs.7 EGRL 2005/36/EU

³²⁵ 3. Teil: B.5 Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden, S. 182

1.3.4.3 Mittelbare Gesundheitsgefahren

Ausgangspunkt dieser Klassifizierungen ist die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit gesundheitliche Schädigungen verursachen könnte. Ein lediglich geringfügiges Gefahrenpotential sollte nicht zur Erlaubnispflicht führen.³²⁶

Inzwischen könnte es bei den hier beschriebenen Fallkonstellationen zunehmend weniger auf die Feststellung eines mehr oder weniger vorhandenen Gefahrenpotentials ankommen, denn schon mittelbare Gesundheitsgefährdungen sollen für die Notwendigkeit der Erlaubniserteilung ausreichen. Eine solche mittelbare Gefährdung besteht „etwa dadurch, dass ein frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliches Fachwissen voraussetzt, verzögert werden kann und dass die Wahrscheinlichkeit einer solchen Gefährdung nicht nur geringfügig ist.“³²⁷ Dies ist insbesondere anzunehmen, wenn die „fragliche Verrichtung als eine die ärztliche Berufsausübung ersetzende Tätigkeit“ erscheint.³²⁸

Angesprochen ist hier die Möglichkeit, dass die heilkundige Person bedingt durch eine geringere Qualifikation objektiv bestehende Gefahren nicht erkennt. Dieser Problematik könnte zukünftig durch höhere Qualifikationsanforderungen an die Berufstätigen begegnet werden. Angesprochen ist hier gleichermaßen die Entscheidung von Patient*innen, keine ärztliche Unterstützung in Anspruch zu nehmen. Sie könnte aus freien Stücken oder aufgrund des Eindrucks entstanden sein, den die heilkundige, nicht ärztlich ausgebildete Person erweckt hat.

Für die Ergotherapie steht nicht fest, ob eine eigenverantwortliche Tätigkeit eine nennenswerte Gesundheitsgefährdung in diesem Sinne zur Folge haben könnte. Obwohl es sich um einen Gesundheitsfachberuf mit sozialrechtlicher Zulassung handelt und grundsätzlich eine Heilmittelverordnung - wie bei Physiotherapie und Logopädie - vorauszusetzen ist, dürften ihre handwerklich-gestalterischen weit genug von ärztlichen

³²⁶ BVerwG, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, BVerwGE 35, S. 308 = NJW 1970, 1987.

³²⁷ BVerwG, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, BVerwGE 35, S. 308 = NJW 1970, 1987.

³²⁸ BVerwG, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, BVerwGE 94, S. 269 = NJW 1994, 3024-3027.

Methoden entfernt sein, um von einer nennenswerten Gesundheitsgefährdung allein durch das Unterlassen von Arztbesuchen auszugehen.³²⁹

Ebenso erweckt die Tätigkeit von Geistheiler*innen nicht den Eindruck, sie würden eine ärztliche Tätigkeit ersetzen, denn sie arbeiten nicht mit diagnostischen oder therapeutischen, sondern mit rituellen Methoden, und dies ist für jede Person, die sie aufsucht, erkennbar.³³⁰

Der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens ist bei mittelbaren Gesundheitsgefährdungen weniger betroffen als die Freiheit der Patient*innen, sich für die Alternativheilkunde bzw. die Alternativ-Heilkundigen zu entscheiden. Deshalb wird diese Problematik bei dem Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen vertieft erörtert.³³¹

1.3.5. Zur Neuregelung des Heilkundebegriffs: eine Dreiteilung

1.3.5.1 Unterscheidung zwischen heilkundlicher und nicht-heilkundlicher Tätigkeit

Die erste Bedeutung des Heilkundebegriffs besteht darin, zwischen heilkundlicher und nicht heilkundlicher Tätigkeit zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung liegt Heilkunde immer dann vor, wenn für eine Tätigkeit ärztliche Fachkenntnisse erforderlich sind und die Behandlung bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann. Ob die Tätigkeit objektiv dazu geeignet ist, einen gesundheitlichen Erfolg herbeizuführen, ist unerheblich.

Der Begriff der ärztlichen Fachkenntnisse ist besser mit heilkundlichen Kenntnissen beschrieben, denn ärztliche Kenntnisse gehen weit über das hier Erforderliche hinaus. Heilkundliche Kenntnisse werden auch bei der Ausübung anderer Gesundheitsfachberufe vorausgesetzt.

In Bezug auf die Frage, ob eine bestimmte Tätigkeit Personen mit heilkundlichen Kenntnissen vorbehalten bleibt, hat der Gesetzgeber zwischen ärztlicher und heilkundlicher Tätigkeit unterschieden. Bestimmte Verrichtungen unterliegen dem Arztvorbehalt.

³²⁹ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

³³⁰ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

³³¹ 3. Teil: A.2 Das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen, S. 131

Im Übrigen wird es weiterhin darauf ankommen, ob eine einzelne Verrichtung bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise eine Gefahr für die körperliche Unversehrtheit und das Leben verursachen könnte.

1.3.5.2 Vorschlag der Dreiteilung des Heilkundebegriffs

Je größer die Gefahr gesundheitlicher Schädigungen ist, desto mehr heilkundliche Kompetenzen sind von der heilkundlich tätigen Person zu erwarten. Das gebietet der Gesundheitsschutz im Sinne einer Rahmensetzung für den Gemeinwohlbelang des Schutzes der Patient*innen.

Um diesen Anforderungen gerecht zu werden, könnte es naheliegen, nach der Bestimmung, welche Tätigkeit der Heilkunde unterliegt, zukünftig stärker die ärztliche Heilkunde von der Heilkunde anderer Berufe zu unterscheiden:

- Ärztliche Heilkunde erfordert den Nachweis einer ärztlichen Approbation. Wie bisher berechtigt diese zur umfassenden heilkundlichen Tätigkeit unter Berufung auf die Therapie- und Methodenfreiheit. Gegenstand der ärztlichen Ausbildung ist bisher die Schulmedizin.
- Alternativheilkunde ist jede eigenverantwortliche und weisungsfreie berufsmäßig vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden mittels Methoden, die nicht Teil der eigenen Tradition oder konventionellen Medizin des Landes und nicht in das Gesundheitssystem integriert sind. Für diese Methoden kann insbesondere der in der Schulmedizin übliche Wirksamkeitsnachweis nicht geführt werden. Hierzu gehören auch weitere Tätigkeiten, für die heilkundliche Kenntnisse erforderlich sind und bei der bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursacht werden können.
- Sektorale Heilkunde ist die eigenverantwortliche und weisungsfreie berufsmäßig vorgenommene Tätigkeit auf einem gesetzlich festgelegten Gebiet der Schulmedizin oder der Alternativheilkunde. Insbesondere die Gesetze betreffend die Gesundheitsfachberufe können zukünftig derartige Sektoren einschließlich der zur Berufsausübung erforderlichen Kompetenzen festlegen.

Mit dieser Dreiteilung ist es erforderlich, Anforderungen an die Qualifikation der jeweils heilkundigen Person zu bestimmen. Dies ist die zweite Bedeutung des Heilkundebegriffs. Der Vorschlag wird später noch einmal aufgegriffen und diskutiert.³³²

Zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens ist es jedenfalls zwingend notwendig, die strafrechtliche Sanktion für eine nicht erlaubte heilkundliche Tätigkeit beizubehalten.

1.4 Anwendung der Maßstäbe auf die Heilpraktikerberufe

Die Berufe der Heilpraktiker*innen unterteilen sich derzeit in solche mit umfassender und solche mit sektoraler Heilkundeerlaubnis. Letztere untergliedern sich in Berufsangehörige der Gesundheitsfachberufe, die eine zusätzliche Erlaubnis erhalten haben, und Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis zur Ausübung der Psychotherapie. Ob weitere Sektoren entstehen, richtet sich derzeit ausschließlich nach der Rechtsprechung.³³³

1.4.1. Allgemeiner rechtlicher Rahmen und Berufsausübungsrecht

Das Maß des Gesundheitsschutzes richtet sich nach dem rechtlichen Rahmen, der für die jeweilige heilkundliche Tätigkeit gilt. Dabei sind die Gesetzgebung des Bundes und der Länder voneinander zu differenzieren. Im Fokus steht hier die Kompetenz des Bundes zur Zulassung anderer Heilberufe als desjenigen der Ärzt*innen.³³⁴ Daneben bestimmen die zivil- und strafrechtlichen Haftungsvorschriften maßgeblich den Rahmen. Auch das Heilmittelwerbegesetz ist hier anzuführen, während das Sozialversicherungsrecht mit den für dieses Gebiet geltenden Bestimmungen zum Schutz der Patient*innen nicht weiter betrachtet wird, da es weder die Alternativheilkunde noch die Alternativ-Heilkundigen zur Teilnahme an der Versorgung der Bevölkerung zulässt.³³⁵ Das würde bei der vorgeschlagenen Dreiteilung des Heilkundebegriffs auch zukünftig so bleiben.

³³² 3. Teil: B.8.1.1.2 Dreiteilung des Heilkundebegriffs, S. 228

³³³ 1. Teil: B.4 Aktuelle Entwicklungen, S. 30

³³⁴ 2. Teil: B.2 Zum Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, S. 78

³³⁵ 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

Das Berufszulassungsrecht ist von dem Berufsausübungsrecht, das Ländersache ist, zu differenzieren.³³⁶ Zu den Berufsausübungsregelungen gehören u.a. folgende Vorschriften:

- zur Fort- und Weiterbildung,
- zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung,
- zur Werbung,
- zur Ahndung bei Verletzung beruflicher Pflichten,
- zu Schweigepflicht, Datenschutz und zum Führen der Patient*innenakte,
- zu beruflichem Verhalten gegenüber anderen Berufsangehörigen und der Zusammenarbeit zwischen Berufsangehörigen und Angehörigen anderer (Heil-) Berufe.
- Das ärztliche Berufsrecht ermöglicht gemäß Landesrecht die Bildung von Berufskammern mit dem Recht zur eigenen Normsetzung, auch in Bezug auf den Einsatz ärztlicher Methoden.

Dieser Befund ergibt eine Vielzahl rechtlicher Möglichkeiten, den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens zu gewährleisten, und bestätigt die Aussage, dass es auch auf Bundesebene letztlich nur der Gesetzgeber selbst sein kann, der die wesentlichen Entscheidungen über das Maß des Schutzes zu treffen hat.³³⁷

Hier werden drei Ebenen erörtert, die den Gesundheitsschutz betreffen und aus Sicht des Bundes verbesserungswürdig sein könnten: die Berufszulassung, die Berufskontrolle und das Haftungsrecht.

1.4.2. Berufszulassung

1.4.2.1 Gesetzliche Normierung des Heilpraktikerberufs mit umfassender Erlaubnis

Grundlegend für das Berufszulassungsrecht ist, überhaupt erst einmal einen Beruf zu schaffen, ihn mit Kompetenzen auszustatten und eine Berufsbezeichnung vorzugeben. Weil hier davon ausgegangen wurde, dass der Gesetzgeber den Heilpraktikerberuf in seinen Willen aufgenommen hat³³⁸, ist dieser Vorgang in Bezug auf die umfassende Heilpraktikererlaubnis rechtlich erst einmal abgeschlossen: Heilpraktiker*innen üben die Heilkunde berufsmäßig aus,

³³⁶ 2. Teil: B.2 Zum Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, S. 78

³³⁷ 3. Teil: A.1.2.5 Richterliche Vorgaben und Parlamentsvorbehalt, S. 96

³³⁸ 2. Teil: A.2.1 Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG, S. 52

nehmen dafür die Kurier- und die Therapiefreiheit in Anspruch und sollen sich gem. § 1 Abs. 3 HeilprG als „Heilpraktiker*in“ bezeichnen.

Für den Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens ist diese weitreichende rechtliche Kompetenz von Heilpraktiker*innen problematisch. Im Zusammenhang mit der Erörterung des Heilkundebegriffs wurde dargelegt, dass er sich auf einzelne und nicht auf eine umfassende berufliche Tätigkeit bezieht.³³⁹ Will also jemand eine einzelne Tätigkeit ausüben, die der Heilkunde unterliegt, bedarf diese Person der Heilkundeerlaubnis, ohne dass festgelegt ist, welche Qualifikationen sie für die berufliche Tätigkeit als solche benötigt. Während das berufliche Tätigkeitsfeld von Heilpraktiker*innen rechtlich also nicht beschrieben ist, wird mit der Erlaubnis die Kurierfreiheit umfassend gewährt.

Das wirft die Frage auf, zu wessen Schutz genau die heilkundliche Tätigkeit unter den Vorbehalt der Erlaubnis gestellt ist: Neben den Schutz der Bevölkerung vor allgemeinen Gesundheitsgefahren wie u.a. den Seuchenschutz wurde im Gutachten ein Schutz der Patient*innen aus Gründen des Allgemeinwohls postuliert.³⁴⁰ Dieser wurde von mittelbaren Gesundheitsgefahren unterschieden.³⁴¹

Wenn das Berufszulassungsrecht mit dieser Maßgabe auch dem Patient*innenschutz dient, muss das Gesetz selbst Vorgaben enthalten, mit welchen fachlichen Anforderungen bzw. welcher fachlicher Qualifikation dieser Schutz aus Sicht des Gesetzgebers gewährleistet ist. Der Schutz von körperlicher Unversehrtheit und Leben stellt also fachliche Anforderungen an die Qualifikation von Heilpraktiker*innen, sonst wäre der Erlaubnisvorbehalt kaum zu rechtfertigen. Die bisherigen Regelungen reichen dafür auch aus den dargelegten verfassungsrechtlichen Gründen nicht aus.³⁴² Damit ist der rechtliche Vorgang der Berufszulassung von Heilpraktiker*innen also keineswegs abgeschlossen, sondern neu zu durchdenken.

³³⁹ 3. Teil: A.1.3.2 Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten, S. 100

³⁴⁰ 3. Teil: A.1.2.2 Adressat*innen des Schutzes, S. 87

³⁴¹ 3. Teil: A.1.3.4.3 Mittelbare Gesundheitsgefahren, S. 109

³⁴² 2. Teil: A.4 Zwischenergebnis und Konsequenzen, S. 76

Die Möglichkeiten, die sich dem Gesetzgeber in Bezug auf den Heilpraktikerberuf mit umfassender Erlaubnis bieten, lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- Abschaffungslösung: Er könnte den Beruf aus Gründen des Gesundheitsschutzes abschaffen, in dem er das HeilprG oder die diesen Beruf betreffenden Teile aufhebt. Damit verbunden wäre ein Grundrechtseingriff sowohl in die Rechte der Berufstätigen als auch in die Selbstbestimmung derjenigen, die Leistungen von Heilpraktiker*innen in Anspruch nehmen wollen.
- Kompetenzlösung: Er könnte den Beruf der Heilpraktiker*innen als anderen Heilberuf i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG neu regeln. Darauf beziehen sich die weiteren Ausführungen dieses Kapitels. Es wird nach der derzeit vorhandenen und der zukünftig möglichen Ausgestaltung des Heilpraktikerberufs gefragt.
- Nullvariante: Die Alternative, den Status Quo zu belassen, besteht aus Sicht des Gutachters nicht, weil der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens auch wegen der unzureichenden Neuregelungen der Jahre 2017/18 nicht ausreichend gewährleistet ist.³⁴³

1.4.2.2 Gesetzliche Normierung der Berufsfelder mit sektoraler Heilkundeerlaubnis

In Bezug auf die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse ist eine gesetzliche Normierung bislang nicht erfolgt. Außer der von der Rechtsprechung vorgenommenen Beschreibung, dass es insbesondere für die Gesundheitsfachberufe die Möglichkeit geben soll, mittels einer solchen Erlaubnis eigenverantwortlich und selbständig tätig werden zu dürfen, gibt es weder eine präzise Definition, welche Sektoren es gibt oder zukünftig geben soll, noch eine Beschreibung der Kompetenzen. Insbesondere ist zum Schutz der Bevölkerung und des Schutzes der Patient*innen eine Klärung erforderlich, ob und inwieweit Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis alternativheilkundliche Methoden anwenden dürfen, sich also m.a.W. bezogen auf ihren Sektor auf die Therapiefreiheit beziehen können.

Auch die Berufsbezeichnung für Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis ist nicht vorgegeben.

³⁴³ 3. Teil: A.1.2.4.1 Die Pflicht zur Nachbesserung, S. 90

Der Gesetzgeber hätte die Möglichkeit, zukünftig Gesundheitsfachberufe mit der Kompetenz zur eigenverantwortlichen und selbständigen Tätigkeit auf ihrem Sektor auszustatten.³⁴⁴ Das würde eine grundlegende Änderung des bisherigen Rechts der Gesundheitsfachberufe bedeuten. In den Berufsgesetzen wären dann das Ausbildungsziel und die Kompetenzen der Gesundheitsfachberufe neu festzulegen.

Eine zweite Möglichkeit besteht darin, im Rahmen eines allgemeinen, neu zu schaffenden Heilpraktikerrechts die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse vorzusehen. Mit dem Begriff der sektoralen Heilkunde könnten auch alternativheilkundliche Sektoren gebildet werden.

Ebenso wie diese sektoralen Kompetenz- bestehen auch sektorale Abschaffungsmöglichkeiten: Der Gesetzgeber könnte zukünftig sektorale Erlaubnisse abschaffen und es bei den Gesundheitsfachberufen bei einer weisungsabhängigen Tätigkeit belassen.³⁴⁵

1.4.2.3 Berufszugangsbestimmungen

Das Recht der Zulassung zu Heilberufen enthält in der Regel positiv formulierte Anforderungen an die Antragsteller*innen. Demgegenüber sind die Voraussetzungen für die Erteilung der Heilpraktikererlaubnis als Zulassungshindernisse formuliert. Nachdem zahlreiche Bestimmungen des § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 für verfassungswidrig erklärt worden sind, erhält nach aktuellem Recht die Erlaubnis nicht, wer

- a) das 25. Lebensjahr noch nicht vollendet hat,³⁴⁶
- b) (aufgehoben, da verfassungswidrig: nicht die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt,³⁴⁷)
- c) (aufgehoben),
- d) nicht mindestens eine abgeschlossene Volksschulbildung nachweisen kann,
- e) (aufgehoben),

³⁴⁴ 3. Teil: B.8 Zur Verhältnismäßigkeit von Kompetenzlösungen, S. 227

³⁴⁵ 3. Teil: B.7 Zur Verhältnismäßigkeit von Abschaffungslösungen, S. 218

³⁴⁶ Schelling, in: Spickhoff, HeilprGDVO_1, § 2 a), Rdnr. 2.

³⁴⁷ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

- f) wenn sich aus Tatsachen ergibt, dass ihm die ... sittliche Zuverlässigkeit fehlt, insbesondere, wenn schwere strafrechtliche oder sittliche Verfehlungen vorliegen,³⁴⁸
- g) wenn er in gesundheitlicher Hinsicht zur Ausübung des Berufs ungeeignet ist,³⁴⁹
- h) (aufgehoben, da verfassungswidrig: wenn mit Sicherheit anzunehmen ist, dass er die Heilkunde neben einem anderen Beruf ausüben wird³⁵⁰)
- i) wenn sich aus einer Überprüfung der Kenntnisse und Fähigkeiten des Antragstellers durch das Gesundheitsamt, die auf der Grundlage von Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärter*innen durchgeführt wurde, ergibt, dass die Ausübung der Heilkunde durch den Betreffenden eine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung oder für die ihn aufsuchenden Patientinnen und Patienten bedeuten würde.³⁵¹

Während bei anderen Heilberufen diese Zugangsbestimmungen in den jeweiligen Gesetzen selbst festgehalten sind, sind diese im Heilpraktikerrecht in der HeilprGDV_1 angegeben. Hier wurde festgestellt, dass § 7 HeilprG mit dem in § 2 Abs. 1 HeilprG geänderten Inhalt und § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 verfassungswidrig sind.³⁵² Also entbehren auch die derzeit noch gültigen Berufszulassungsvoraussetzungen § 2 Abs. 1 S. 1 a), d), f) und g) der Rechtsgrundlage. Sie sind aus Gründen des Gesundheitsschutzes neu zu fassen.

- a) Die Altersgrenze des 25. Lebensjahres wurde bislang mit dem Schutz des einzelnen und der Gemeinschaft vor Gesundheitsgefahren, welche durch Fehldiagnosen und Behandlungen noch nicht hinreichend geeigneter Heilpraktiker*innen verursacht werden könnten, gerechtfertigt. Es handele sich um eine persönliche Eigenschaft, die umso mehr bedeutsam sei, als das HeilprG für die Ausübung des Heilpraktikerberufs keinerlei Fachausbildung voraussetze. Die mit Erreichen der Mindestaltersgrenze zu erwartenden persönlichen Eigenschaften der Anwärter*innen stellten daher einen gewissen Ausgleich zu dem durch die Ausübung der Heilkunde ohne besondere fachliche Qualifikation gesetzten Risiko einer Gesundheitsgefährdung dar.³⁵³ Angesichts positiv formulierter Qualifikationsanforderungen – etwa an eine mindestens zehnjährige Schulausbildung – gibt es, so weit erkennbar, für den Zugang zu den anderen Heilberufen keine vergleichbare Altersgrenze. Es ist höchst fraglich und

³⁴⁸ Schelling, in: Spickhoff, HeilprGDV_1, § 2 f), Rdnr. 5; VG München, Urt. v. 12.04.16 - M 16 K 15.3571 -.

³⁴⁹ BVerwG, Urt. v. 13.12.12 - 3 C 26/11, MedR 2014, 506 ff. Blindheit ist kein Versagungsgrund

³⁵⁰ BVerwG, Urt. v. v. 02.03.67 - I C 52.64, BVerwGE 26, S. 254 = NJW 1967, 611.

³⁵¹ Erste Durchführungsverordnung zum Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), BGBl (23.12.2016), I, 3191.

³⁵² 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49

³⁵³ OVG NRW, Beschl. v. 12.12.80 - 13 A 1161/80, NJW 1981, 2018–2019 m. krit. Anm Biernath NJW 1981, 2507.

bedarf zukünftig der besonderen Rechtfertigung, ob eine Altersgrenze ein angemessenes Kriterium für den Gesundheitsschutz sein kann. Anderenfalls verstieße sie gegen das Verbot der Altersdiskriminierung bei dem Berufszugang, Art. 2 und Art. 6 EGRL 2000/78.

- d) Verlangt wird ein erster allgemeiner (Haupt-) Schulabschluss. Zum Vergleich: mit einem solchen Abschluss ist der Zugang zu einem Gesundheitsfachberuf in der Regel nicht eröffnet; zusätzlich wird dort eine erste Berufsqualifizierung verlangt.³⁵⁴
- f) Die Anforderung der sittlichen Zuverlässigkeit ist anders und nach Auffassung des VG München³⁵⁵ großzügiger beschrieben als das Merkmal der Würdigkeit und Zuverlässigkeit beim ärztlichen Beruf.³⁵⁶ Aus der Perspektive des Gesundheitsschutzes darf es insoweit jedoch keine Unterschiede geben. Insbesondere besteht eine besondere Berufspflicht von Heilpraktiker*innen darin, sich der Grenzen des beruflichen Wissens und Könnens bewusst zu sein und einer notwendigen ärztlichen Behandlung der Patient*innen nicht im Wege zu stehen. Eine Pflichtverletzung kann zum Widerruf der Erlaubnis führen.³⁵⁷ In den Gesetzen der Gesundheitsfachberufe ist das Merkmal der (Un-) Zuverlässigkeit enthalten. Sollte es auch insoweit ein Gefälle im Vergleich zum Heilpraktikerberuf geben, ist es aus Gründen des Gesundheitsschutzes auszugleichen: Angehörige von Gesundheitsberufen mit und ohne sektoraler Heilkundeerlaubnis müssen dasselbe Maß der Zuverlässigkeit erfüllen.
- g) Das Erfordernis der gesundheitlichen Eignung ist in allen Heil- und Gesundheitsberufen gleichermaßen vorausgesetzt.

1.4.2.4 Ausbildungs- und Prüfungsbestimmungen

Einer der gravierendsten Unterschiede im Vergleich zu allen anderen Heil- und Gesundheitsberufen ist das Fehlen von Ausbildungs- und Prüfungsbestimmungen beim Heilpraktikerberuf. Die Vorschriften über das Erfordernis von Kenntnissen und Fähigkeiten, zur Überprüfung und zur Bekanntmachung von Leitlinien gemäß der Neuregelungen 2017/18 wurden hier als verfassungswidrig angesehen, so dass nunmehr jeglicher Anhalt fehlt, welche fachlichen Voraussetzungen von Heilpraktikeranwärter*innen zu erfüllen sind.³⁵⁸

Der Grund für das Fehlen von Ausbildungs- und Prüfungsbestimmungen war bereits bei der Entstehung des Gesetzes, den Eindruck einer irgendwie gearteten staatlichen Anerkennung

³⁵⁴ vgl. § 11 PfIBG, § 10 MPhG

³⁵⁵ VG München, Urt. v. 12.04.16 - M 16 K 15.3571 -.

³⁵⁶ Ufer, Approbationsentzug, ZMGR 2021, S. 3.

³⁵⁷ BayVGH, Beschl. v. 27.05.20 - 21 CS 20.433 - Sasse, Der Heilpraktiker S. 68-72

³⁵⁸ 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49

zu vermeiden.³⁵⁹ Heilpraktikerschulen wurden damals verboten.³⁶⁰ Noch heute wird entsprechend dem Wortlaut von § 2 HeilprG und § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 von einer Überprüfung anstatt von einer Prüfung gesprochen, die auch nur bestanden und im Falle des Nichtbestehens beliebig oft wiederholt werden kann. Mangels weiterer Bestimmungen wird keine Note vergeben, so dass auch insoweit mit dem Bestehen keine Aussage über die Güte der Qualifikation getroffen wird.³⁶¹ Schließlich wird nur negativ festgestellt, dass die Tätigkeit der Heilpraktikeranwärter*innen keine Gefahr für die Gesundheit der Bevölkerung (oder die sie aufsuchenden Patient*innen) bedeuten würde; der Begriff „Negativattest“ hat sich dafür eingebürgert.³⁶²

Aus Sicht des Gesetzgebers genügen die inhaltlichen Anforderungen an diese Überprüfung nicht mehr den Qualitätserfordernissen, die aus Gründen des Patient*innenschutzes an die selbständige Ausübung der Heilkunde zu stellen sind.³⁶³ Wie dies zukünftig inhaltlich geschehen kann, wurde mit der Dreiteilung des Heilkundebegriffs und der erforderlichen Ergänzung der Leitlinien vorgestellt. Formal wurde hier eine stärkere Verbindlichkeit eingefordert. Damit nähert sich der Heilpraktikerberuf der staatlichen Anerkennung.³⁶⁴

Sollte sich der Gesetzgeber zur staatlichen Anerkennung des Heilpraktikerberufs entscheiden, werden Bestimmungen zu dem Ausbildungsziel, der Ausbildungsdauer, den Anteilen der theoretischen bzw. praktischen Ausbildung sowie über die Ausbildungseinrichtungen und den Abschluss durch eine staatliche Prüfung in ein Gesetz aufzunehmen sein, das zugleich eine Verordnungsermächtigung für eine Ausbildungs- und Prüfungsverordnung enthält, die denjenigen von Gesundheitsfachberufen nachgebildet sein könnte.

³⁵⁹ 1. Teil: B.2 Die Zeit des Nationalsozialismus, S. 23

³⁶⁰ § 4 HeilprG a.F.

³⁶¹ Sasse, Der Heilpraktiker S. 58;

³⁶² *OVG Rheinland-Pfalz*, Urt. v. 28.04.09 - 6 A 10050/08, MedR 2010, 55-57 m. Anm. Stock; *Hildebrandt*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, S. 255–269.

³⁶³ Beschlussempfehlung und Bericht zum Entwurf eines Dritten Pflegestärkungsgesetzes, BT-Drucks., 18/10510, S. 141–142.

³⁶⁴ 2. Teil: A.3.2.2.1 Kenntnisse und Fähigkeiten, S. 63

Entsprechendes gilt für die Neuregelung der sektoralen Heilkunde entweder (nur) in den Berufsgesetzen oder in einem neuen HeilprG.

1.4.2.5 Rücknahme und Widerruf, Verzicht, Ruhen und erneute Erteilung der Erlaubnis

Nach § 7 HeilprGDV_1 ist die Heilpraktikererlaubnis zurückzunehmen, wenn nachträglich Tatsache eintreten oder bekannt werden, die eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen würden. Nachdem § 7 HeilprG für verfassungswidrig erachtet wurde, ist nach dem hier gefundenen Ergebnis auch diese Ermächtigung nicht mehr ausreichend. Sie findet sich nicht, wie sonst, in einem Gesetz, und differenziert nicht zwischen den längst eingeführten Begriffen der Rücknahme und des Widerrufs.

Bei § 7 HeilprGDV_1 handelt es sich um die einzige Ermächtigungsgrundlage für ein repressives Vorgehen. Als Spezialvorschrift verdrängt die Vorschrift die Widerrufsregelungen der landesrechtlichen Verwaltungsverfahrensgesetze. Ermessenserwägungen sind ohne Belang.³⁶⁵

Auch in diesem Bereich ist vieles nicht geregelt und den Gerichten überlassen. So kann ein Verstoß gegen die Pflicht zur tatsächlichen und rechtlichen Selbstbeschränkung auf das eigene Wissen und Können zum Widerruf der Erlaubnis führen. Sie ist aber nicht gesetzlich geregelt, sondern ausschließlich aus der beruflichen Stellung der Heilpraktiker*innen geschöpft, dem menschlichen Leben und dessen Erhaltung sowie der menschlichen Gesundheit allgemein eine besondere Achtung und Fürsorge zukommen zu lassen.³⁶⁶ Dementsprechend ist die Reichweite nicht bestimmt.

Während das Berufsrecht der Ärzt*innen bei einem Verstoß gegen Berufspflichten die mildereren Sanktionsmöglichkeiten der Ärztekammern aufgrund Landesrechts kennt, existieren diese für Heilpraktiker*innen nicht.

³⁶⁵ Sasse, Der Heilpraktiker S. 67 ff.

³⁶⁶ BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35; BVerfG, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, NJW 2004, S. 2890; BayVGh, Beschl. v. 27.05.20 - 21 CS 20.433 -; Sasse, Der Heilpraktiker S. 68-72

Zweifel an ihrer beruflichen Zuverlässigkeit bestehen, wenn sie die o.a. Pflicht verletzen oder eine Straftat begehen. Bezieht sich diese auf Delikte, die sich gegen die körperliche Unversehrtheit oder das Leben richten, liegt die Annahme auf der Hand, dass sie die ihnen anvertrauten Rechtsgüter auch zukünftig missachten werden. Im Falle anderer Verstöße, etwa der Begehung von Vermögensdelikten, gibt es für die Behörden nur die Alternative des Widerrufs oder des Nichteingreifens. Da der Widerruf einer Heilpraktikererlaubnis einen intensiven Eingriff in Art. 12 GG bedeutet, ist dieses Mittel der präventiven Gefahrenabwehr mit dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu messen. Es müssen deshalb strafrechtliche Verfehlungen von einigem Gewicht sein und in einem konkreten Bezug zur beruflichen Tätigkeit stehen.³⁶⁷

§ 6 BÄO ordnet für Ärzt*innen das Ruhen der Approbation an, wenn

- ein Strafverfahren wegen des Verdachts einer Straftat eingeleitet ist, aus der sich die Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufs ergeben könnte,
- nachträglich die Voraussetzung der gesundheitlichen Eignung weggefallen ist oder Zweifel daran bestehen und die Person sich weigert, eine amts- oder fachärztliche Untersuchung vornehmen zu lassen,
- sich ergibt, dass die Person nicht über ausreichende Kenntnisse der deutschen Sprache verfügt, oder
- sich ergibt, dass sich die Person nicht ausreichend gegen die sich aus ihrer Berufsausübung ergebenden Haftpflichtgefahren versichert hat.

Dies sind nach Auffassung des Gutachters Minimalvoraussetzungen für eine eigenverantwortliche und weisungsfreie heilkundliche Tätigkeit, welche in das neue Heilpraktikerrecht übernommen werden müssen.

Die sog. Ruhensanordnung ist insbesondere für den Fall des Verdachts einer Straftat, aus der sich die Unzuverlässigkeit zur Ausübung des Berufs ergeben könnte, die erste präventive Maßnahme einer Behörde, die weitere Tätigkeit des Heilkundigen vorläufig zu unterbinden. Ohne Entzug der Erlaubnis zur Ausübung der Heilkunde darf einem Heilpraktiker die Tätigkeit

³⁶⁷ Sasse, Der Heilpraktiker a.a.O.; 3. Teil: B Die Perspektive der Berufstätigen, S. 161

nicht vorläufig untersagt werden, weil es dafür keine Ermächtigungsgrundlage gibt. Auch die ordnungsbehördliche Generalklausel bietet bei einem bloßen Gefahrenverdacht keine Rechtsgrundlage für ein – auch nur vorläufiges - Tätigkeitsverbot. Für derartige Maßnahmen bedarf es einer gesonderten und ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage, die zwar für Ärzt*innen, nicht aber für Heilpraktiker*innen existiert.

In dem sog. Brüggen-Bracht-Fall war dieser vorbeugende Gesundheitsschutz nicht möglich. Trotz eines Verdachts, der sich später als begründet herausstellte, konnte ein Tätigkeitsverbot von der Behörde vor Ort nicht durchgesetzt werden. Dieses Tätigkeitsverbot konnte auch nicht in einen Erlaubniswiderruf umgedeutet werden, weil für diesen nach geltendem Recht nicht die Behörde vor Ort, sondern diejenige Behörde zuständig ist, die die Erlaubnis erteilt hat. Der Straftäter konnte deshalb rechtlich gesehen bis zum Widerruf der Erlaubnis weiterarbeiten und möglicherweise Schaden stiften.³⁶⁸

Dieser Rechtszustand hat mit Gesundheitsschutz nichts zu tun und muss dringend behoben werden. Das bestehende Heilpraktikerrecht kennt keine Vorschrift über eine befristete oder widerrufliche Erteilung der Erlaubnis, wie etwa das Arztrecht in § 8 BÄO. Diese Vorschrift gilt für Personen, bei denen die Erlaubnis zurückgenommen oder widerrufen wurde oder die (um dem zuvor zu kommen) auf die Erlaubnis verzichtet haben. Dort ist es auch möglich, die Tätigkeit auf bestimmte Tätigkeiten oder Beschäftigungsstellen zu beschränken. Derartige Einschränkungen sind als mildere Mittel im Vergleich zur Versagung der unbeschränkten Wiedererteilung auch im Heilpraktikerrecht einzuführen.

1.4.3. Berufskontrolle

Wegen des Gesundheitsschutzes müssen Behörden die Möglichkeit haben, berufliche Tätigkeiten zu überwachen und ggf. zu unterbinden. Das betrifft die Berufsausübung ohne Erlaubnis und u.U. auch die Anwendung risikobehafteter Therapieformen.

³⁶⁸ VG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.17 - 7 L 2292/17, MedR 2018, 589-592 m. Anm. Stock / Schmitz 592-593.

1.4.3.1 Tätigkeit ohne Erlaubnis

Die Ausübung der Heilkunde ohne Erlaubnis ist strafbar. Dennoch fehlt den Gesundheitsbehörden eine spezielle Ermächtigungsgrundlage, gegenüber Personen ohne Erlaubnis einzuschreiten und die Tätigkeit zu unterbinden.³⁶⁹ Insoweit wird auf die Generalklausel des Polizei- und Ordnungsrechts zurückgegriffen.

Dieser Rückgriff ist zulässig, da das Heilpraktikerrecht keine abschließende Regelung enthält. Davon ist bei einem Verstoß gegen die Erlaubnispflicht nicht auszugehen, denn es war die ursprüngliche Absicht des Gesetzgebers, das Heilpraktikerrecht abzuschaffen. Die Gesetzeslücke ist also erst entstanden, nachdem ein Anspruch auf die Erlaubnis eingeführt wurde. Eine Spezialregelung liegt insoweit nicht vor.³⁷⁰

Voraussetzung der Generalklausel ist das Vorliegen einer Gefahr für die öffentliche Sicherheit und Ordnung. Die öffentliche Sicherheit betrifft alle verfassungsgemäßen Ge- und Verbote und somit auch das Verbot zur Ausübung der Heilkunde ohne Erlaubnis. Insoweit dürfte die Sachlage anders zu beurteilen sein, als wenn jemand eine solche Erlaubnis besitzt, ein Gefahrenverdacht besteht, die (staatsanwaltschaftlichen) Ermittlungen aber noch nicht abgeschlossen sind. Ein Tätigkeitsverbot kann hier auf die Generalklausel gestützt werden.³⁷¹

1.4.3.2 Verbot risikobehafteter Behandlungsmethoden

Die den Heilpraktiker*innen erteilte Konzession berechtigt zur Therapie- und Methodenfreiheit. Sie umfasst auch risikobehaftete Behandlungsformen. Hier behördlicherseits einzuschreiten, bedeutet einen Eingriff in die Berufsfreiheit, der einer gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedarf. Diese ist dem HeilprG nicht zu entnehmen. Es wird deshalb diskutiert, ob das Verbot einzelner risikobehafteter Behandlungsmethoden ebenfalls auf die allgemeine polizei- und ordnungsrechtliche Generalklausel gestützt werden kann.³⁷² Das widerspricht nach Auffassung des Gutachters der mit der Erlaubnis erteilten

³⁶⁹ BVerwG, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, BVerwGE 94, S. 269 = NJW 1994, 3024-3027.

³⁷⁰ Sasse, Der Heilpraktiker S. 75 f.

³⁷¹ ggf. auch auf landesrechtliche Bestimmungen, vgl. VG Düsseldorf, Beschl. v. 12.10.17 - 7 L 2292/17, MedR 2018, 589-592 m. Anm. Stock / Schmitz 592-593.

³⁷² Sasse, Der Heilpraktiker S. 78 f.

Berechtigung zur Ausübung jedweder heilkundlichen Tätigkeit. Heilpraktiker*innen wird, ohne dass sie dafür eine Qualifikation nachweisen müssen, die umfassende Therapie- und Methodenfreiheit erlaubt, und zwar ohne, dass diese Heilkunde wissenschaftlich erwiesene Erfolge zeitigen muss. Eine Tätigkeit auf diesem Niveau ist deshalb immer risikobehaftet. Deshalb sind die Vorschriften des HeilprG, die solches erlauben, gegenüber dem allgemeinen Ordnungsrecht die spezielleren.³⁷³ Die Behörde kann daher nicht einzelne Behandlungsmethoden verbieten; sie muss sich entscheiden, ob die Gefahr der Behandlung so groß ist, dass Zweifel an der Tätigkeit insgesamt bestehen und ggf. den Erlaubnisentzug durchführen.

Dieser Rechtszustand lässt sich durch ein neues Heilpraktikerrecht insofern ändern, als die Tätigkeit unter Strafe gestellt wird. Die Kontrolle der Berufsausübung ist hingegen Ländersache, so dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz zum Verbot einzelner Behandlungsmethoden fehlt. Eine Ermächtigungsnorm zu behördlichem Eingreifen zu schaffen, ist deshalb ebenfalls Ländersache.³⁷⁴

Für Inhaber*innen sektoraler Heilkundeerlaubnisse gelten die Ausführungen entsprechend mit der Maßgabe, dass ihr Tätigkeitsfeld bislang gar nicht bestimmt ist. Ob Physiotherapeut*innen beispielsweise unter Berufung auf die Therapie- und Methodenfreiheit in ihrem Sektor z.B. osteopathische oder chiropraktische Behandlungen vornehmen dürfen, ist derzeit offen.

1.4.4. Haftungsrecht

1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung

Um Verbesserungsvorschläge aus der Perspektive des Gesundheitsschutzes auszuarbeiten, ist der zivilrechtliche Rahmen für das Verhältnis zwischen Heilpraktiker*in und Patient*in zu fokussieren. Er ist durch die §§ 630a ff. BGB vorgegeben. Aus dem Behandlungsvertrag

³⁷³ a.A. *Sasse*, Der Heilpraktiker S. 78-81

³⁷⁴ 2. Teil: B.2.3 Landeskompentenzen, S. 80

ergeben sich zum Schutz der Patient*innen grundsätzlich dieselben Pflichten für Heilpraktiker*innen wie für Ärzt*innen:

- die Pflicht zur Behandlung nach fachlichen Standards, § 630a Abs. 2 BGB,
- zur Information über sämtliche für die Behandlung wesentlichen Umstände, insbesondere die Diagnose, die voraussichtliche gesundheitliche Entwicklung, die Therapie und die zu und nach der Therapie zu ergreifenden Maßnahmen einschließlich der Information zu ggf. unterlaufener Behandlungsfehler, § 630c Abs. 2 BGB,
- zur Einholung der Einwilligung, § 630d BGB,
- zur Aufklärung über sämtliche für die Einwilligung erforderlichen Umstände, insbesondere Art, Umfang, Durchführung, zu erwartende Folgen und Risiken der Maßnahme einschließlich der Notwendigkeit, Dringlichkeit, Eignung und Erfolgsaussichten im Hinblick auf Diagnose und Therapie, § 630e BGB,
- zur Dokumentationspflicht, § 630f BGB,
- zur Beachtung des Rechts auf Einsichtnahme der Patientenakte, § 630g BGB.
- Auch die Vorschrift über die Beweislast bei Behandlungs- und Aufklärungsfehlern, § 630h BGB, gilt unmittelbar.

Bei der Anwendung dieses Rechts bestehen besondere Schwierigkeiten, die aus dem „ambivalenten“ Verhältnis zwischen Heilpraktiker*in und Patient*in³⁷⁵ resultieren:

Auf der Seite der Heilpraktiker*innen steht eine umfassende Therapie- und Methodenfreiheit, die aber gerade nicht mit fachlicher Kenntnis im Sinne schulmedizinischen Wissens, wie bei Ärzt*innen, gerechtfertigt werden kann.³⁷⁶ Jedenfalls derzeit existiert kein „Fachstandard für Heilpraktiker*innen“³⁷⁷ im Sinne des § 630a Abs. 2 BGB, an dem die heilkundliche Tätigkeit in etwa vergleichbar mit dem Facharztstandard des Medizinrechts³⁷⁸ gemessen werden könnte. Dieses notwendige, von fachlicher und rechtlicher Seite gleichermaßen entwickelte

³⁷⁵ 3. Teil: A.1.2.1.2 Zur berufsmäßigen Ausübung, S. 86

³⁷⁶ Zu der lediglich allgemein erforderlichen Sachkunde von Heilpraktiker*innen: *Terbille/Feifel*, Medizinischer Standard, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Rdrrn. 546-578.

³⁷⁷ a.A. wohl: *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020).

³⁷⁸ *Frahm/Jansen/Katzenmeier u. a.*, Medizin und Standard - Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, S. 447.

Regulativ³⁷⁹ der vollkommenen Therapie- und Methodenfreiheit fehlt unter zwei Gesichtspunkten:

Ärzt*innen müssen bei der Behandlung von Patient*innen den auf ihr Fachgebiet bezogenen sog. Facharztstandard einhalten. Er wird im Wesentlichen von den ärztlichen Fachgesellschaften durch ärztliche Leitlinien geprägt.³⁸⁰ Weicht ein(e) Behandler*in von diesen Leitlinien ab, entsteht ein Haftungsrisiko. Eine solche kollegial konsentierete Prägung fachlicher Vorgehensweisen, die von der Rechtsprechung als Haftungsmaßstab übernommen wird, ist im Heilpraktikerrecht nicht zu finden.³⁸¹ Sollte die Heilpraktikerschaft die Behandlungen einzelner Kolleg*innen kritisch sehen, könnte sie dagegen – oder auch zugunsten bestimmter Behandlungsmethoden – eigene Standards setzen.

Der zweite Gesichtspunkt betrifft die Verpflichtungen der Heilkundigen auf der Basis von Berufsordnungen. Ärzt*innen sind Zwangsmitglieder*innen einer Ärztekammer³⁸², die sich eine Berufsordnung u.a. für den Umgang mit Patient*innen und Kolleg*innen kraft Satzung gibt.³⁸³ Sie hat öffentlich-rechtlichen Charakter. Verstöße dagegen werden von der Ärztekammer sanktioniert und bilden u.U. einen zivilrechtlichen Haftungsgrund³⁸⁴. Dagegen ist die Mitgliedschaft in einem Heilpraktikerverband, der sich ggf. auch eine Berufsordnung³⁸⁵ gegeben hat, freiwillig. Verstöße dagegen können maximal zum Ausschluss aus dem

³⁷⁹ Katzenmeier, *Arzthaftung* S. 277 ff.

³⁸⁰ AWMF (Hrsg.), *Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften*, <https://www.awmf.org/leitlinien/aktuelle-leitlinien.html> (besucht am 04.03.2020).

³⁸¹ Die Leitlinie zur Ausbildung von Heilpraktiker*innen ist ein Beispiel für eine Standardisierung. Sie setzt jedoch keine Maßstäbe für Behandlungen. *Berufsverband Deutsche Naturheilkunde (BDN) e.V./Bund deutscher Heilpraktiker und Naturheilkundiger (BDHN) e.V.*, IL4HP - Interne Leitlinie 4: Heilpraktiker-Ausbildung.

³⁸² Vgl. die Heilberufsgesetze der Länder

³⁸³ Als Muster dient bundesweit: *Bundesärztekammer*, (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, <https://www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/muster-berufsordnung-aerzte/muster-berufsordnung/> (besucht am 03.02.2020).

³⁸⁴ Janda, *Medizinrecht* S. 320

³⁸⁵ *Bund deutscher Heilpraktiker e.V.*, Berufsordnung für Heilpraktiker (BOH), https://www.bdh-online.de/wp-content/uploads/2015/08/Berufsordnung-Heilpraktiker_2015_210x297_20150814.pdf (besucht am 21.03.2021).

zivilrechtlichen Verein führen. Mangels Standardisierung fehlt einer solchen Berufsordnung die haftungsrechtliche Relevanz.

Auf der Seite der Patient*innen steht – und dies widerspricht einem in Haftungssachen oft gezogenen Vergleich³⁸⁶ – eine andere Erwartungshaltung als gegenüber der Ärzteschaft. Grundsätzlich dürfen Heilpraktiker*innen davon ausgehen, dass Patient*innen, die ohne gewünschten Erfolg in "schulmedizinischer" Behandlung waren und sich nun an sie wenden, sich bewusst von den anerkannten Methoden der "Schulmedizin" ab und zu alternativen Behandlungen hinwenden.³⁸⁷ Also kann für die Ärzte- und die Heilpraktikerschaft nicht durchweg der gleiche Maßstab gelten.

Zur Lösung dieser Diskrepanzen ist ein Rückgriff auf den Zweck des Zivilrechts erforderlich: Es dient der angemessenen Verteilung von Risiken und Schäden. Deshalb muss auch im Heilpraktikerrecht der Haftungsmaßstab für alle am Rechtsleben Teilnehmenden gleich sein. Der Fahrlässigkeitsbegriff des § 276 Abs. 2 BGB, der die Haftung begründet, ist deshalb objektiv ausgerichtet. Auf individuelle Unzulänglichkeiten wird wenig Rücksicht genommen. Im Vordergrund steht nicht die individuelle Verantwortung des jeweiligen Heilkundigen, sondern die Enttäuschung einer bestimmten rollenbezogenen Verhaltenserwartung: von Ärzt*innen bzw. Heilpraktiker*innen wird erwartet, dass sie sich so wie die anderen Mitglieder*innen ihrer jeweiligen Vergleichsgruppe verhalten. Ihr Behandlungsangebot enthält also die Zusage des Standards der jeweiligen Berufsgruppe („Gruppenfahrlässigkeitsbegriff“).³⁸⁸

Für Heilpraktiker*innen sind zumindest vier Standards entwickelt worden:

- Heilpraktiker*innen dürfen nur solche Verfahren anwenden, die sie auch sicher beherrschen. Es besteht die Verpflichtung, sich das notwendige Wissen und die

³⁸⁶ OLG Hamm, Urt. v. 06.02.12 - I-3 U 173/11 (Heilpraktiker) - Sorgfaltsmaßstab bei Anwendung einer invasiven Behandlungsmethode (Chiropraktik) mindestens wie bei einem Arzt für Allgemeinmedizin

³⁸⁷ AG Bottrop, Urt. v. 05.03.96 - 12 C 378/95 (Heilpraktiker) -.

³⁸⁸ Terbille/Feifel, Medizinischer Standard, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, Rdnrn. 546-578; Frahm/Jansen/Katzenmeier u. a., Medizin und Standard - Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, S. 447; Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin S. 348 f.

notwendigen Fähigkeiten anzueignen, um die Patient*innen weitestgehend risikolos zu behandeln.³⁸⁹ Das folgt reziprok aus dem Vertrauen, das ihnen seitens der Patient*innen entgegengebracht wird: Sie erwarten und vertrauen auf eine ordnungsgemäße Versorgung.³⁹⁰ Dieser Standard kann als Grundsatz der Selbstbeschränkung bezeichnet werden, weil er die Anwendung nicht gelernter und nicht gekonnter Therapieformen verbietet.³⁹¹

- Auch wenn überwiegend die Alternativheilkunde ohne das Erfordernis eines evidenzbasierten Wirksamkeitsnachweises zur Anwendung kommt: Heilpraktiker*innen dürfen keine Behandlungsformen anwenden, für deren Wirksamkeit Anhaltspunkte völlig fehlen.³⁹²
- Allgemein-heilkundliche Standards, wie sie auch in der Praxis der Gesundheitsfachberufe zum Einsatz kommen, sind einzuhalten.³⁹³
- Befinden sich die Patient*innen in einem für Heilpraktiker*innen erkennbar akuten Zustand einer erheblichen Gesundheitsgefährdung, der eine umgehende schulmedizinische Behandlung erfordert, ist die Behandlung abzubrechen und auf die Schulmedizin zu verweisen.³⁹⁴

Diese Anforderungen gelten für Inhaber*innen sektoraler Heilkundeerlaubnisse gleichermaßen. Es ist nicht erkennbar, dass sich hier besondere Standards entwickelt haben, insbesondere solche, die über die allgemeinen Standards der Gesundheitsfachberufe hinausgehen. Für den Sektor der Psychotherapie gilt das Abstinenzgebot, keine persönliche Beziehung zu ehemaligen Patient*innen innerhalb eines Jahres nach Ende der Behandlung einzugehen, gleichermaßen wie für Psychotherapeut*innen mit Approbation.³⁹⁵

³⁸⁹ *LG Köln*, Urt. v. 15.07.20 - 25 O 27/17 - Grobe Behandlungsfehler bei der Diagnosestellung und Therapie einer Inhaberin der sektoralen Heilkundeerlaubnis für Psychotherapie

³⁹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, *MedR* 2005, S. 35; *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, *NJW* 2004, S. 2890.

³⁹¹ *Sasse*, *Der Heilpraktiker* S. 70; *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020).

³⁹² *OLG München*, Urt. v. 26.04.89 - 27 U 68/88 (Heilpraktiker) -; *OLG Koblenz*, Urt. v. 26.02.07 - 12 U 1433/04 - -; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 21.04.98 - 14 U 25/97 (Heilpraktiker) -.

³⁹³ *LG Ansbach*, Urt. v. 07.09.88 - 3 O 1129/96 (Heilpraktiker) -: Injektion in das Kniegelenk ohne vorherige Desinfektion des Injektionsfeldes und ohne hygienische Handdesinfektion

³⁹⁴ *AG Ansbach*, Urt. v. 07.07.15 - 2 C 1377/14 (Heilpraktiker), *AMK* 2015, Nr. 10, 17.

³⁹⁵ § 6 MBO-Pt; *Francke*, Die rechtliche Bedeutung des Abstinenzgebotes in der Psychotherapie, *Psychotherapeutenjournal* 2006, 238 ff.; *Jaki/Gutmann*, Der Grundrechtsschutz des Patienten als Aufgabe der Ärzte- und Psychotherapeutenkammern am Beispiel der Überwachung des Abstinenzgebotes durch die Psychotherapeutenkammern, *MedR* 2011, S. 259; *Berufsgericht für Heilberufe beim VG Gießen*, Urt. v. 03.02.16 - 21 K 3825/14.Gl.B, *MedR* 2016 34, 743–745 m. Anm. Jan Moeck S. 745-747; *Landesberufsgericht*

Aus all dem ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber mit den durch das Patientenrechtegesetz geschaffenen Vorschriften über den Behandlungsvertrag einen zivilrechtlichen Rahmen vorhält, der flexibel heilkundliche Standards reguliert, in dem er Haftungsansprüche gegen diejenigen begründet, die sich daran nicht halten. Eine stärkere Normierung der Heilpraktikerberufe könnte zur Folge haben, dass die Berufsgruppe sich selbst höhere Standards setzt. Damit wäre der Gesundheitsschutz gestärkt.

1.4.4.2 Strafrechtliche Haftung

In vier Bereichen des Strafrechts stellen sich für das Heilpraktikerrecht spezifische Fragen, die zu fokussieren sind:

Die strafgerichtliche Rechtsprechung hatte zu klären, ob sich jemand, der keine Erlaubnis nach dem HeilprG besitzt, allein dadurch gem. § 5 HeilprG strafbar macht, dass er den Eindruck erweckt, heilen zu können.³⁹⁶ Ahnungslose und leichtgläubige Patient*innen hatten z.T. hohe Summen an vermeintliche Heiler*innen gezahlt, die in betrügerischer Absicht eine angeblich hoch wirksame, in Wahrheit aber nutzlose Therapie versprachen, um sich unter unbilliger Ausnutzung der Notlage und Schwächeposition der Kranken einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Nach der sog. Eindruckstheorie macht sich bereits diejenige Person strafbar, die objektiv den Eindruck erweckt, ihr Handeln ziele auf das Heilen oder Erleichtern von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden ab.³⁹⁷ Hier stellt sich erneut die Frage nach der Reichweite des Schutzes, den das Heilpraktikerrecht bezweckt: Wenn mittelbare Gesundheitsgefährdungen ausreichen, um den Heilkundebegriff zu erfüllen, geht es nach der hier vertretenen Auffassung nicht mehr um den Schutz der körperlichen Unversehrtheit, sondern den Schutz vor möglicherweise unbedachten Entscheidungen der Patient*innen, nicht eine heilkundige, sondern eine Person aufzusuchen, die einen Heilerfolg verspricht.³⁹⁸

für Heilberufe Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 10.02.14 - 13 E 494/12.T, MedR 2015, 281 ff. m.Anm. Moeck MedDRT 2016, 745 ff.; *VG Münster*, Urte. v. 04.02.15 - 17 K 840/11.T -; *LG Köln*, Urte. v. 15.07.20 - 25 O 27/17 -.

³⁹⁶ *BGH*, Urte. v. 04.11.55 - 5 StR 421/55, BGHSt 8, S. 237.

³⁹⁷ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 77

³⁹⁸ 3. Teil: A.1.3.4.3 Mittelbare Gesundheitsgefahren, S. 109

Das derzeitige Heilpraktikerrecht knüpft an die Erlaubnispflicht der Tätigkeit und nicht an den Glauben an einen Heilerfolg an.³⁹⁹

Den strafrechtlichen Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens gewährleisten die gleichnamigen Abschnitte sechzehn und siebzehn des Strafgesetzbuches. Hier zeigen sich ähnliche Abgrenzungsprobleme bei den Körperverletzungsdelikten. Jede unmittelbar und physisch auf den Organismus erfolgende Einwirkung wird von dem Körperverletzungsbegriff erfasst und bedarf der Rechtfertigung durch Einwilligung. Es kommt jedenfalls nach einhelliger Rechtsprechung⁴⁰⁰ weder auf die Intention des Heileingriffs noch auf den Heilerfolg an. Maßnahmen von Heilpraktiker*innen – alternativ-heilkundliche wie wunschmedizinische – unterliegen deshalb grundsätzlich denselben Maßstäben wie schulmedizinische. Zu den Anforderungen an die Herstellung des „informed consent“ - sprich: an die Aufklärung – kann auf die Ausführungen zur zivilrechtlichen Haftung verwiesen werden: es ist zu berücksichtigen, dass sich die Patient*innen mit einer bestimmten Erwartungshaltung an Heilpraktiker*innen wenden. Sicherlich würde eine stärkere Normierung des Heilpraktikerberufs auch dazu führen, die Unterschiede bei der Aufklärung über die Tätigkeit von Ärzt*innen bzw. Heilpraktiker*innen herauszustellen, was zu einem stärkeren Schutz führen würde.

Heilpraktiker*innen machen sich im Falle des Bruchs der Schweigepflicht gem. § 203 Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht strafbar, weil es sich um einen Heilberuf handelt, der weder für die Berufsausübung noch die Führung der Berufsbezeichnung eine staatlich geregelte Ausbildung erfordert. Demgegenüber stellt die kürzlich erweiterte Vorschrift an die übrigen Heilberufe hohe bis unerfüllbare Anforderungen, wenn eine berufstätige Person nun wegen Offenbarung eines Geheimnisses durch Sub-Unterbeauftragte in die strafrechtliche Haftung gezogen werden kann.⁴⁰¹ Im Zusammenhang mit der Tätigkeit von Heilpraktiker*innen muss ausschlaggebend sein, dass die Strafvorschrift den Patient*innen den Freiraum zum Austausch

³⁹⁹ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

⁴⁰⁰ RG, Urt. v. 31.05.94 - Rep.1406/94, RGSt 25, 375 ff.; BGH, Urt. v. 22.02.78 - 2 StR 372/77, NJW 1978, S. 1206; BGH, Urt. v. 05.07.07 - 4 StR 549/06, GesR 2007, 482 ff.; Katzenmeier, Arzthaftung S. 111 ff. mit Hinweisen zum Streitstand

⁴⁰¹ vgl. § 203 Abs. 4 S. 2 Nr. 1 StGB; Stock/Schermaier-Stöckl/Klomann u. a., Soziale Arbeit und Recht S. 408 ff.

höchstpersönlicher Anliegen gewährt. Angesichts der Ausübung von Heilkunde unterscheiden sie nicht zwischen staatlich anerkannten und solchen Berufen, denen diese fehlt. Eine Abschaffung würde das Problem erledigen, eine Kompetenzlösung, die zu einer staatlichen Anerkennung von Heilpraktiker*innen führt, ebenso.

Entsprechendes gilt für den Fall eines sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses. Hier hat der BGH entschieden, Täter*in des § 174c Abs. 2 StGB könne nur sein, wer zum Führen der Bezeichnung "Psychotherapeut" berechtigt sei und sich wissenschaftlich anerkannter psychotherapeutischer Verfahren bediene. Heilpraktiker*innen seien deshalb nicht als Täter*innen zu qualifizieren.⁴⁰²

⁴⁰² BGH, Urt. v. 29.09.09 - 1 StR 426/09 (Heilpraktiker), NJW 2010, 453–455 mit krit. Anm. Renzikowski NStZ 2010, 694-697 und Gutmann u.a. MedR 2019, 18-25.

2. Das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen

In diesem Kapitel wird untersucht, welche verfassungsrechtliche Relevanz das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen in Bezug auf das Heilpraktikerrecht hat.

2.1 Der Schutzbereich

Die Selbstbestimmung über die leiblich-seelische Integrität gehört „zum ureigensten Bereich der Personalität des Menschen. In diesem Bereich ist er aus der Sicht des Grundgesetzes frei, seine Maßstäbe zu wählen und nach ihnen zu leben und zu entscheiden.“⁴⁰³ Es verwundert nicht, dass ausgerechnet die Arzthaftungsentscheidung des Bundesverfassungsgericht die Grundlage für die Herleitung dieses Patienten-Selbstbestimmungsrechts gelegt hat, denn der Arztberuf steht wie vielleicht kein zweiter für den Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit ein.⁴⁰⁴

Umso mehr muss für das Heilpraktikerrecht erörtert werden, wie es um das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen bestellt ist, wenn die Heilkunde von anderen als Ärzt*innen ausgeübt oder die Tätigkeit der anderen Heilberufe abgeschafft werden soll.

2.1.1. Verfassungsrechtliche Herleitung

Die verfassungsrechtliche Herleitung des Selbstbestimmungsrechts der Patient*innen kann auf zweierlei Weise erfolgen. In der Arzthaftungsentscheidung berief sich die Mehrheit des Senats damals auf das in Art. 2 Abs. 1 GG verankerte allgemeine Persönlichkeitsrecht, während die Minderheit der Richter*innen das in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verbürgte Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit als zentrale Begründungsnorm anführte.⁴⁰⁵ Dafür spricht, dass die

⁴⁰³ BVerfG, Beschl. v. 25.07.79 - 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131-187 = NJW 1979, 1925 ff.; Höfling, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., Die Verbesserung des Menschen, S. 119–127; Höfling, Organspende oder Organgewinnung, ZRP 2019, 2 ff.Rdnr. 130 des juris-Entscheidungsumdrucks

⁴⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 25.07.79 - 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131-187 = NJW 1979, 1925 ff.; Höfling, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., Die Verbesserung des Menschen, S. 119–127; Höfling, Organspende oder Organgewinnung, ZRP 2019, 2 ff.

⁴⁰⁵ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 1 GG, Rdnr. 204-206.

Grundrechte auf Leben und körperliche Unversehrtheit immer auch die Freiheit garantieren müssen, sich für oder gegen körperbezogenen Eingriffe zu entscheiden. Die bewusste und freiwillige Einwilligung der Patient*innen schließt – anders vielleicht als im Strafrecht, wo der körperliche Schutz im Vordergrund steht - schon tatbestandlich den Grundrechtseingriff in die Rechtsgüter aus.⁴⁰⁶

In seiner jüngsten Entscheidung zum Verbot der geschäftsmäßigen Beihilfe zur Selbsttötung hat das Bundesverfassungsgericht das Recht auf selbstbestimmtes Sterben als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts angesehen.⁴⁰⁷ Das überzeugt besonders, weil dieses Recht aus Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 GG hergeleitet wird. Bei der Bestimmung von Inhalt und Reichweite des Schutzbereichs des allgemeinen Persönlichkeitsrechts sei zu berücksichtigen, dass die Würde des Menschen unantastbar ist und gegenüber aller staatlichen Gewalt Achtung und Schutz beansprucht. Von der Vorstellung ausgehend, dass der Mensch in Freiheit sich selbst bestimmt und entfaltet, umfasse die Garantie der Menschenwürde insbesondere die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität. Die Entscheidung, das eigene Leben zu beenden, sei von existentieller Bedeutung für die Persönlichkeit eines Menschen. Sie sei Ausfluss des eigenen Selbstverständnisses und grundlegender Ausdruck der zu Selbstbestimmung und Eigenverantwortung fähigen Person. Welchen Sinn der Einzelne in seinem Leben sieht und ob und aus welchen Gründen sich eine Person vorstellen kann, ihr Leben selbst zu beenden, unterliege höchstpersönlichen Vorstellungen und Überzeugungen. Der Entschluss betreffe Grundfragen menschlichen Daseins und berühre wie keine andere Entscheidung Identität und Individualität des Menschen. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seiner Ausprägung als Recht auf selbstbestimmtes Sterben umfasse deshalb nicht nur das Recht, nach freiem Willen lebenserhaltende Maßnahmen abzulehnen und auf diese Weise einem zum Tode führenden

⁴⁰⁶ BVerfG, Beschluss v. 22.09.93 - 2 BvR 1732/93, BVerfGE 89, S. 120 = NJW 1994, 1590-1591.; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG, Rdnr. 69-70.

⁴⁰⁷ BVerfG, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris.

Krankheitsgeschehen seinen Lauf zu lassen, sondern erstrecke sich auch auf die Entscheidung, sein Leben eigenhändig zu beenden.⁴⁰⁸

Der enge Bezug, den die Entscheidungen für oder gegen das Leben bzw. für oder gegen körperliche Eingriffe haben, berechtigt zu der Aussage, dass das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen insgesamt eine Ausprägung des in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GGG verankerten allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist.

2.1.2. Das Selbstbestimmungsrecht und die Heilkundigen

Mit dem Recht auf Selbstbestimmung der Patient*innen entsteht für die Heilkundigen der Konflikt, sich zwischen Patient*innenwohl und Patient*innenwille entscheiden zu müssen. Mit diesem Dilemma lässt sich der Schutzbereich des Grundrechtes noch näher bestimmen. Es geht um die Frage, was für den Heilkundigen wichtiger ist: das Wohl oder der Wille der Patient*innen - lateinisch: *salus aut voluntas aegroti suprema lex*.⁴⁰⁹

„Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen und des gesamten Volkes“.⁴¹⁰ Diese Aufgabe konkretisiert die (Muster-) Berufsordnung der deutschen Ärzteschaft, indem sie die Ärzt*innen dazu verpflichtet, das Leben zu erhalten, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen, Leiden zu lindern, Sterbenden Beistand zu leisten und an der Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen im Hinblick auf ihre Bedeutung für die Gesundheit der Menschen mitzuwirken. Abgesehen davon, dass hier die Ziele der Heilkunde etwas weiter gefasst sind als in § 1 Abs. 2 HeilprG vorgesehen: Auch das weltweit geltende ärztliche Gelöbnis definiert die Gesundheit und das Wohlergehen (*salus*) als oberste Maxime ärztlichen Handelns.⁴¹¹

⁴⁰⁸ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris.

⁴⁰⁹ *Höfling*, *Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex* - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., *Die Verbesserung des Menschen*, S. 119–127.
⁴¹⁰ § 1 Abs. 1 BÄO

⁴¹¹ *Bundesärztekammer*, (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, <https://www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/muster-berufsordnung-aerzte/muster-berufsordnung/> (besucht am 03.02.2020).

Diese besondere rechtliche Bindung existiert für das Heilpraktikerrecht nicht. Gleichwohl kann angesichts des hohen Schutzgutes der Autonomie für die anderen Heilberufe nichts anderes gelten: Das Recht auf freie Selbstbestimmung über die körperliche Integrität endet nicht mit dem Beginn einer Erkrankung. Es gewinnt hier im Gegenteil besondere Bedeutung. Selbstbestimmtheit muss gerade im Krankheitsfall erst einmal ermöglicht werden. Das bedeutet: Im Kontext jeder heilkundlichen Tätigkeit ist die Aufklärung über den Gesundheitszustand und die daraus folgenden Handlungsoptionen unabdingbare Voraussetzung.⁴¹² Erst sie ermöglicht die Bildung des für die Einwilligung in medizinische Maßnahmen erforderlichen Willens (*voluntas*), nur die im „*informed consent*“ erklärte Einwilligung kann eine heilkundliche Behandlung rechtfertigen.⁴¹³

Im besten Fall entsprechen sich Patient*innenwohl und Patient*innenwille.⁴¹⁴ In vielen Fällen aber sind sie nicht deckungsgleich. Dann entsteht für die Heilkundigen das Dilemma, dem Willen folgen zu müssen, obwohl der Gesundheitszustand ein anderes Handeln geboten erscheinen lässt.⁴¹⁵ Die Patient*innen haben insbesondere das Recht, sich nach entsprechender Aufklärung zwischen riskanten oder auch weniger riskanten, dafür aber möglicherweise auch weniger erfolversprechenden Eingriffen zu entscheiden. Und nicht nur das. Das Recht auf freie Selbstbestimmung umfasst auch „unvernünftige“ Entscheidungen, es besteht also auch die Freiheit zur Krankheit.⁴¹⁶ Da sie selbst über ihre körperliche Integrität bestimmen, sind die Bürger*innen in der Entscheidung frei, ob, wann, wie und durch wen sie

⁴¹² *BVerfG*, Beschl. v. 25.07.79 - 2 BvR 878/74, BVerfGE 52, 131-187 = NJW 1979, 1925 ff.; *BGH*, Urteil v. 06.11.90 - VI ZR 8/90, MedR 1991, S. 85; *BGH*, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, MedR 2018, 43–44 m. Anm. Stock MedR 2019, 872 ff.; *Katzenmeier*, *Arzthaftung*; *Lang*, in: Epping/Hillgruber, Art. 2 GG Rdnr. 63 bis 63m; *Francke*, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte*; *Schelling*, *Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung*.

⁴¹³ *Katzenmeier*, *Arzthaftung* S. 370 ff. spricht sich deutlich für eine Steigerung der kommunikativen Kompetenzen der Heilkundigen aus.

⁴¹⁴ *salus et voluntas*

⁴¹⁵ *Stock*, *Heilauftrag und Wunschmedizin*, MedR 2019, 872-879.

⁴¹⁶ *BVerfG*, Beschluss v. 26.07.16 - 1 BvL 8/15, BVerfGE 142, S. 313 = MedR 2017, 122-132 = NJW 2017, 53-60.; *BVerfG*, Beschluss v. 23.03.11 - 2 BvR 882/09, BVerfGE 128, S. 282 = NJW 2011, 2113-2120. *BVerwG*, Urt. v. 02.03.17 - 3 C 19/15, MedR 2017, S. 823; *Joerden*, *Patientenautonomie am Lebensende*, MedR 2018, S. 764.

die Heilkunde in Anspruch nehmen. Eine Einschränkung dieses Grundrechts ist nur unter Beachtung der Verfassung möglich.

Das Dilemma wird nicht kleiner, wenn man als heilkundliche jede – d.h. möglicherweise nicht erforschte oder nicht nachweisbar „heilende“ - Tätigkeit versteht. Denn was auf der Seite der Heilkundigen in der Schulmedizin als Patient*innenwohl beschrieben wird, unterliegt in der Alternativheilkunde deutlich weniger naturwissenschaftlichen Maßstäben. Einerseits sollen, um Gesundheitsgefahren auszuschließen, die Heilkundigen zumindest über Grundkenntnisse der (Schul-) Medizin verfügen, andererseits stellt ihnen die Heilpraktikererlaubnis, aber auch die ärztliche Approbation die Methodenwahl frei. Heilkundige sollen also insbesondere auch die Schulmedizin ersetzende Verfahren einsetzen können. Damit lösen sie sich selbst von Vorstellungen, was nach schulmedizinischen Maßstäben indiziert ist und was nicht. So ließe sich ein objektiv-schulmedizinischer und ein subjektiv-alternativheilkundlicher Maßstab finden, auch um die angesprochenen Haftungsfragen zu lösen.⁴¹⁷

Auf der Seite der Patient*innen überwiegt in der Alternativheilkunde der Wille, schulmedizinische Maßnahmen gerade nicht durchführen zu lassen oder diese durch weitere zu ergänzen. Besonders bestimmend tritt dieser Wille – wie die Bezeichnung besagt – in der Wunschmedizin hervor. Ihr liegt kein objektiv diagnostiziertes Krankheitsbild zugrunde, so dass sich vielleicht ein „verständiger“ Mensch nach dem Sinn dieser Maßnahme fragt. Gelegentlich werden hier Wünsche geäußert, die die Annahme nahelegen, der Mensch sollte zuweilen auch vor sich selbst geschützt werden.⁴¹⁸ Daraus folgt: auch auf der Ebene der Patient*innen kann ein objektiver und ein subjektiver Maßstab gefunden werden – freilich nicht, um die Selbstbestimmung einzuschränken, aber doch um das Maß der notwendigen Aufklärung zu bestimmen.⁴¹⁹

⁴¹⁷ Stock, Heilauftrag und Wunschmedizin, MedR 2019, 872-879.

⁴¹⁸ 3. Teil: A.2.2.1.3 Der Schutz vor sich selbst, S. 139

⁴¹⁹ Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin.

2.2 Das Grundrecht und die Forderungen nach staatlichem Handeln

2.2.1. Staatliche Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht

Der soeben beschriebene Konflikt im Verhältnis zwischen den Heilkundigen und ihren Patient*innen kann auf die staatliche Ebene übertragen werden. Die weitgehend bestehende Kurierfreiheit bedeutet auf der Ebene der Patient*innen die nahezu uneingeschränkte Auswahlentscheidung zwischen Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen. Ebenso spiegelbildlich verhält es sich mit der Methodenvielfalt: je freier die Heilkundigen agieren können, umso größer ist auch die Wahlmöglichkeit der Patient*innen.

In der weiteren Diskussion wird zu prüfen sein, ob der Staat die Möglichkeit hätte, die Kurierfreiheit oder auch die Methodenvielfalt einzuschränken. Er würde nahezu zwangsläufig das Wohl der Patient*innen betonen und deren Willen beschränken müssen.

Im Folgenden wird dargelegt, wie weit solche Eingriffe überhaupt reichen können und zu wessen Schutz dies erfolgen dürfte.

2.2.1.1 Die Sphärentheorie und allgemeine Bezugspunkte

Das aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art 1 GG hergeleitete Grundrecht ist nach dem Wortlaut der Vorschrift garantiert, soweit nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstoßen wird. Hier differenziert die sog. „Sphärentheorie“ zwischen Eingriffen in die Intim-, Privat- und Sozialsphäre⁴²⁰: Der absolute Kernbereich der privaten Lebensgestaltung (Intimsphäre) ist für staatliche Eingriffe tabu, während der übrige Bereich privater Lebensgestaltung eingeschränkt werden kann, sofern dies im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit erfolgt und verhältnismäßig ist.⁴²¹

Die Herleitung des Selbstbestimmungsrechts aus Art. 1 GG bedeutet für das Medizinrecht die Wahrung personaler Individualität, Identität und Integrität.⁴²² Wären ärztliche Eingriffe

⁴²⁰ *Schmidt*, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt u. a., GG Art. 2 Rdnrn. 56 ff.

⁴²¹ *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 157 ff.

⁴²² 3. Teil: A.2.1 Der Schutzbereich, S. 131

beispielsweise gegen oder ohne den Willen der Patient*innen zulässig, würde ihre Persönlichkeit im Kern ignoriert.

Die Regelungen des Heilpraktikerrechts betreffen diesen persönlichen Kernbereich nicht. Die Entscheidung zu einem heilkundlichen Eingriff ist uneingeschränkt respektiert. Zukünftig einzelne Methoden der Alternativheilkunde - in alphabetischer Reihenfolge beispielsweise: Akupunktur, Chiropraktik, Heilmagnetisierung, Homöopathie, Osteopathie, Synergetik-Therapie, u.a.m.⁴²³ – einzuschränken, bedeutet einen Eingriff in die private Lebensgestaltung, da dann derartige Methoden nicht mehr zur Verfügung stünden. Entsprechendes gilt für eine potenzielle Abschaffung des Berufs der Heilpraktiker*innen oder der sektoralen Erlaubnisse, denn hier würde die Auswahl der zulässigerweise behandelnden Personen eingeschränkt. Für die Patient*innen ergäbe sich also ein Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht auf dieser Ebene.⁴²⁴

Gemäß Art. 19 Abs. 1 GG dürfen Grundrechte nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden. Neben dem Parlamentsvorbehalt, der Wesentlichkeitstheorie, dem Zitiergebot, dem Verbot des Einzelfallgesetzes⁴²⁵ und dem Bestimmtheitsgebot⁴²⁶ muss eine Einschränkung insbesondere dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Ihm kommt „eine die individuelle Rechts- und Freiheitssphäre verteidigende Funktion“ zu.⁴²⁷ Verhältnismäßig ist ein staatlicher Eingriff, wenn das gewählte Mittel geeignet, erforderlich und angemessen ist, den verfassungsrechtlich legitimierten Zweck zu verwirklichen und dafür ein Bedürfnis besteht.⁴²⁸

⁴²³ 3. Teil: B.5.2 In der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden, S. 184

⁴²⁴ Zur Klarstellung sei darauf hingewiesen, dass hier keine „Vorauswahl“ etwaiger Maßnahmen getroffen wird. Für die darzustellenden verfassungsrechtlichen Grundsätze ist es unerheblich, welche Methode oder berufliche Tätigkeit eingeschränkt würde und auf welche Art.

⁴²⁵ sämtlich verankert in Art. 19 Abs. 1 und 2 GG

⁴²⁶ BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89.

⁴²⁷ BVerfG, Urt. v. 22.05.90 - 2 BvG 1/88, BVerfGE 81, S. 310.

⁴²⁸ 3. Teil: A.2.3 Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Heilpraktikerrecht, S. 147

Weil es hier nahezu zwangsläufig zu Grundrechtskonflikten kommt, ist der Grundsatz der praktischen Konkordanz heranzuziehen.⁴²⁹ Er „fordert, dass nicht eine der widerstreitenden Rechtspositionen bevorzugt und maximal behauptet wird, sondern alle einen möglichst schonenden Ausgleich erfahren“.⁴³⁰ Bei einem Eingriff in das Grundrecht der Selbstbestimmung der Patient*innen sind m.a.W. für dessen Rechtfertigung die Positionen anderer Grundrechtsträger*innen, insbesondere also das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit sowie die Freiheit der Berufstätigen, aufzuzeigen und zueinander in ein Verhältnis zu setzen. Dieser Abwägungsvorgang kann nur anhand eines konkret zu prüfenden Einzelvorhabens gelingen. Die diesbezüglichen Vorgaben sind von dem Gesetzgeber zu postulieren.

Hier werden zunächst die Bezugspunkte einer Einschränkung der Autonomie aufgezeigt. Sodann wird ein Modell dargestellt, mit dem derartige Einschränkungen verfassungsrechtlich überprüft werden können.

Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen bedürfen der inhaltlichen Rechtfertigung. Als Bezugspunkte werden genannt:

- der Bestand und die Funktionsfähigkeit des Staates und seiner Einrichtungen,
- der Schutz der Rechte anderer Personen und
- die Erfordernisse des Gemeinwohls.⁴³¹

Von diesen drei Kategorien dürfte die erste von vornherein entfallen. Einschränkungen im Bereich der Alternativheilkunde betreffen den Bestand des Staates nicht. Auch seine Funktionsfähigkeit ist nicht eingeschränkt, zumal Heilpraktiker*innen nicht an der staatlichen Gesundheitsversorgung teilnehmen.⁴³²

⁴²⁹ BVerfG, Beschl. v. 26.05.70 - 1 BvR 83/69 BVerfGE, S. 243; BVerfG, Urteil v. 25.02.75 - 1 BvF 1/74, 1 BvF 2/74, 1 BvF 3/74, 1 BvF 4/74, 1 BvF 5/74, 1 BvF 6/74, BVerfGE 39, S. 1.

⁴³⁰ BVerfG, Beschl. v. 16.05.95 - 1 BvR 1087/91, BVerfGE 93, S. 1.

⁴³¹ Höfling, *Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex* - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., *Die Verbesserung des Menschen*, S. 119–127. Auf die Diskussion einer tiefergehenden Dogmatik wird hier verzichtet.

⁴³² 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

2.2.1.2 Der Schutz der Rechte anderer Personen

Der Schutz der Rechte Dritter ist schon immer von zentraler Bedeutung, denn die Gewährleistung der Grundrechte der einen Person findet ohne Weiteres ihre Grenze in der Freiheit der anderen. Sie wird schon in dem allgemeinen Freiheitsrecht des Art. 2 Abs. 1 GG ganz allgemein gezogen und erhält zusätzliche Relevanz, wenn die Rechte Dritter grundrechtlich besonders geschützt sind.

Hier wurde dargestellt, dass das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit eine besondere staatliche Schutzpflicht auslöst. Regelungen auf dem Gebiet der Heilkunde oder des Heilpraktikerrechts sind gleichwohl eher zum allgemeinen Schutz der Bevölkerung als zur Wahrung konkreter Rechte Dritter indiziert. So würde auch die Beschränkung einer alternativheilkundlichen Methode unmittelbar auf das Verhältnis zwischen Patient*innen und Behandler*innen begrenzt bleiben.⁴³³ Sie beträfe zugleich die unbestimmbare Gruppe derjenigen Personen, die vor potenziellen Schäden durch die Anwendung der Methode geschützt werden sollen, mithin einen Gemeinwohlbelang.⁴³⁴

2.2.1.3 Der Schutz vor sich selbst

Gerade bei Maßnahmen der Wunsch- und Alternativheilkunde wird erörtert, ob es nicht auch so etwas wie den staatlichen „Schutz vor sich selbst“ geben sollte. Das mag auf Anhieb paradox klingen, wo es doch ausgerechnet um die freie Selbstbestimmung geht. Aber immerhin ist doch zu überlegen, ob nicht Krebspatient*innen, die angesichts einer infausten Prognose zum „letzten Mittel“ greifen, vom Staat vor sich selbst geschützt werden müssten.⁴³⁵ Nach sogenannter „Alternativheilkunde“ wird eben auch dort gerufen, wo die Schulmedizin

⁴³³ 3. Teil: A.1.2.2 Adressat*innen des Schutzes, S. 87

⁴³⁴ Der Schutz der Rechte Dritter hat nach h.M. kaum noch eigenständige Bedeutung: *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 28-46; *Höfling*, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., Die Verbesserung des Menschen, S. 119–127; *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 113

⁴³⁵ Freilich auch vor Straftätern: Im Fall Brügggen-Bracht war die Verwendung von 3-Bromopyruvat kein legaler Einsatz von Alternativheilkunde. Der Angeklagte wurde zusätzlich wegen fahrlässigen Herstellens verfälschter Arzneimittel, §§ 95 Abs. 1 Nr. 3a, Abs. 3 AMG verurteilt. *LG Krefeld 2. Große Strafkammer*, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

keine Erfolge versprechen kann, etwa bei Krebs.⁴³⁶ Unseriöse Behandler*innen⁴³⁷ könnten die verzweifelte Situation der Patient*innen ausnutzen, um sich zu bereichern.

Bei dieser Überlegung darf nicht der Eindruck entstehen, es handele sich um den Normalfall. Die bisherige Faktenlage legt die Annahme nahe, dass sich Heilpraktiker*innen an die beschriebenen Standards⁴³⁸, insbesondere der Selbstbeschränkung, halten. Zudem sind weder die Personengruppe der Patient*innen, die sie aufsuchen, noch das Vorliegen eines Krankheitsbildes bzw. einer ICD-10-Diagnose bei ihnen empirisch untersucht. Ebenso wenig ist erkennbar, ob etwa Krebspatient*innen zur Inanspruchnahme von Alternativheilkunde neigen und ob sie sie komplementär oder substitutiv einsetzen.⁴³⁹ Schließlich dürfte eine Krebsdiagnose nur als Oberbegriff diverser Krankheitsbilder aufzufassen sein, die ihrerseits auch im Hinblick auf die Prognose zu differenzieren wären.

Die Forderung nach staatlichem Schutz vor eigenen (unbedachten) Entscheidungen entsteht womöglich aus menschlich-berechtigter Sorge. Die Erfahrung ist, dass der Wille eines kranken Menschen oftmals nicht mehr so frei zu sein scheint, wie es das hinter der Verfassung stehende Menschenbild eigentlich erwarten lässt.⁴⁴⁰ Zum anderen werden aber auch von womöglich gesunden Menschen „objektiv“ nicht nachvollziehbare Entscheidungen getroffen: Ein „verständiger“ Mensch wird keine weitere Nasenkorrektur verlangen, obwohl wegen der bereits zahlreichen Narbenbildungen unter keinen Umständen eine Verbesserung zu erreichen ist⁴⁴¹; ebenso fordert normalerweise niemand eine Augenlaser-Behandlung, wenn ihm die Wirkungslosigkeit der Methode bekannt ist.⁴⁴² Schließlich könnte ein Mensch vor sich selbst zu schützen sein, der sich nach dem Vortrag eines Zahnarztes sämtliche gesunde Zähne ziehen lässt, nachdem dieser im Rahmen einer „Herd- und Störfeldtestung“ die „Abwanderung von Eiweißverfallsgiften in den rechten Schläfen- und Hinterkopfbereich und bis in den

⁴³⁶ *VG Regensburg*, Beschl. v. 17.02.20 - RN 5 S 19.2489 -.

⁴³⁷ *LG Krefeld 2. Große Strafkammer*, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

⁴³⁸ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

⁴³⁹ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

⁴⁴⁰ *Stock*, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren S. 20

⁴⁴¹ *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 19.10.00 - 8 U 116/99, VersR 2001, S. 1380.

⁴⁴² *OLG Karlsruhe*, Urt. v. 11.09.02 - 7 U 102/01, VersR 2004, S. 244.

Unterleib“ festgestellt haben will.⁴⁴³ Vergleichsweise unproblematisch sind Grundrechtsbegrenzungen zum Schutz von Minderjährigen und volljährigen Personen, deren Einsichtsfähigkeit als tatsächliche Voraussetzung des Freiheitsgebrauchs begrenzt ist. Die Beschränkung der Geschäftsfähigkeit und das Betreuungsrecht sind hier als Schutzvorschriften zu nennen.⁴⁴⁴ Angesichts ihrer offensichtlichen Vielzahl stehen Volljährige, die alternative Heilmethoden in Anspruch nehmen, nicht unter dem Generalverdacht eingeschränkter Geschäftsfähigkeit.

Es gibt aber auch Gesetze, die Erwachsene vor nicht hinreichend reflektiertem Handeln mit weitreichenden Folgen schützen.⁴⁴⁵ Dies ist etwa bei der Einhaltung von Formvorschriften oder gesetzlich vorgesehenen Rücktrittsrechten der Fall.⁴⁴⁶ Solchen Vorschriften liegt die Erkenntnis zugrunde, dass auch ein erwachsener Mensch (erfreulicherweise) spontan und emotional reagiert und in diesem Verhalten gelegentlich gebremst werden muss. Weil es sich eben um eine generelle Eigenschaft handelt, die nur unterschiedlich stark ausgeprägt ist, dienen derartige Schutzmechanismen allen und sind deshalb ein Aspekt des Gemeinwohls.

Beim staatlichen Schutz des „Menschen vor sich selbst“ geht es generell weniger um ihn als um mittelbare Gemeinschaftsinteressen.⁴⁴⁷ So wurde die Einführung der Helmpflicht beim Fahrradfahren mit der Obliegenheit zur Rücksichtnahme gegenüber anderen Unfallbeteiligten und denkbaren Folgekosten begründet. Ebenso geht es um das Verhältnis von Einzelnen zur Gemeinschaft, wenn Versicherte der gesetzlichen Krankenkassen die Behandlungskosten nach vorsätzlich herbeigeführter Erkrankung, etwa bei einem Vergehen, selbst tragen sollen.⁴⁴⁸ Selten angewendet wird bisher die gleiche Vorschrift über die Beteiligung an den

⁴⁴³ BGH, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, MedR 2018, 43–44 m. Anm. Stock MedR 2019, 872 ff.

⁴⁴⁴ §§ 104 ff. BGB; §§ 1896 ff. BGB

⁴⁴⁵ Höfling, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke/Eberbach/Janke u. a., Die Verbesserung des Menschen, S. 119–127.

⁴⁴⁶ § 311 b BGB; Verbraucherschutzrecht: §§ 312 ff. BGB

⁴⁴⁷ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 1 Rdrn. 50-52.

⁴⁴⁸ § 52 SGB V

Folgekosten, wenn eine Krankheit durch eine medizinisch nicht indizierte ästhetische Operation, eine Tätowierung oder ein Piercing hervorgerufen wurde.⁴⁴⁹

In all diesen Fällen der selbstgefährdenden Handlungen wird deutlich, dass es im Kern bei der Aussage bleibt, der Schutz der Selbstbestimmung enthalte das Recht, sich zu irren, sich wider besseren Wissens nicht behandeln zu lassen, sich anders als alle anderen zu entscheiden.⁴⁵⁰

Der Staat jedenfalls hat nicht das Recht, hier paternalistisch einzugreifen und für sich eine Schutzverpflichtung gegenüber Einzelnen zu postulieren.⁴⁵¹

2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz als Gemeinwohlbelange

Es verbleiben Gemeinwohlaspekte, die Eingriffe rechtfertigen könnten. Das Wohl der Allgemeinheit wird zwar explizit nur an einer Stelle als Grundrechtsschranke genannt⁴⁵², gilt aber generell als gewichtiger Belang, sofern der Gesetzgeber selbst eine Beschränkung von Grundrechten vornimmt. Die Gründe dafür sind zu konkretisieren. Im Heilpraktikerrecht geschieht dies unter den Aspekten des Gesundheits-, Patient*innen- und des Verbraucherschutzes, aber auch insoweit ist zu konkretisieren, was gemeint ist.

Das Rechtsgut der Gesundheit der Bevölkerung ist angesprochen, wenn eine für alle gefahrlose Versorgung sichergestellt werden soll; Verbraucherschutzinteressen sind betroffen, wenn u.a. die Bevölkerung über die Tätigkeit eines Heilkundigen, seine Methoden oder eingesetzten Arzneimittel nicht oder nicht zutreffend informiert wird. Dementsprechend dient der Gesundheitsschutz mehr der Gefahrenabwehr; mit besserer Aufklärung wird hingegen die Selbstbestimmung gestärkt. Der Schutz der Patient*innen könnte einen weiteren Gemeinwohlbelang kennzeichnen.

Rechtsgeschichtlich wurde bereits darauf hingewiesen, dass der Gesundheitsschutz ursprünglich eine Gefahr für die Allgemeinheit und damit nicht notwendig für einzelne

⁴⁴⁹ neuerdings: BSG, Urt. v. 27.08.19 - B 1 KR 37/18 R, GesR 2019, 796–802 m. Anm. Chandna-Hoppe NZS 2020, 62-63.

⁴⁵⁰ Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 142-151

⁴⁵¹ Di Fabio, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 2 Abs. 1 Rdrn. 50-52.

⁴⁵² Art. 14 Abs. 3 GG

Patient*innen abwenden sollte. Hier wurde herausgearbeitet, dass er das einzig verbliebene legitime Anliegen des ursprünglichen HeilprG ist.⁴⁵³ Der Erlaubniszwang, so hat das Bundesverwaltungsgericht einmal argumentiert, könne nicht aus dem Blickpunkt von Patient*innen mit dem Argument in Frage gestellt werden, es müsse jedermann freigestellt bleiben, seine Krankheiten auch von ungeeigneten Heilbehandler*innen therapieren zu lassen. Die Vertreter*innen dieser Meinung könnten nicht über den Gesundheitsschutz der Gesamtbevölkerung verfügen. Schließlich würde, wenn auch ungeeigneten Behandler*innen die Ausübung der Heilkunde nicht verwehrt bliebe, die Schädigung von Kranken in Kauf genommen, die sich ohne Kenntnis der Ungeeignetheit in die Behandlung dieser Heilpraktizierenden begäben.⁴⁵⁴

Damit ist der Gesundheitsschutz der Bevölkerung um den Schutz der Patient*innen zu erweitern. Es geht sowohl um die Allgemeinheit als auch – ohne ihn zu bevormunden - um den Teil der Bevölkerung, der nichtärztliche Heilkunde oder Alternativheilkunde in Anspruch nimmt. Diese Dimension wurde 2017/18 in die aktuelle Fassung von § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 neu aufgenommen.⁴⁵⁵ Inhaltliche Bedenken dagegen bestehen nicht grundsätzlich; allein die Reichweite des Heilpraktikerrechts im Verhältnis zur Selbstbestimmung der Patient*innen ist zu erörtern. Die Einschränkung der Methodenvielfalt als auch die Einschränkung der Kurierfreiheit – etwa durch die Abschaffung des Heilpraktikerberufs – wirkt sich dort aus.

Bevor diese Überlegung konkretisiert wird, ist auf die drei Geistheiler-Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht⁴⁵⁶ einzugehen. Sie betreffen nicht nur die Personen, die einen Heilerfolg ohne heilkundliche Tätigkeit versprechen. Sie beziehen sich gleichermaßen auf Personen, die ihr Selbstbestimmungsrecht ausüben und an ein Heilversprechen glauben.

⁴⁵³ 1. Teil: B.4.2.1.2 Erster Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 10.05.1988, S. 36

⁴⁵⁴ BVerwG, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, BVerwGE 94, S. 269 = NJW 1994, 3024-3027.

⁴⁵⁵ 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49

⁴⁵⁶ BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.; BVerfG, Beschl. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, NJW 2004, 2890–2891; BVerfG, Beschl. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, NJW-RR 2007, 1048–1050.

Geist- oder Wunderheiler*innen vermeiden den Eindruck, mittels Diagnose und Therapie heilkundlich tätig zu werden. Sie wirken z.B. durch Handauflegen spirituell und stehen damit religiösen Riten näher als der Heilkunde. Sie verzichten bei ihrer Tätigkeit auf Diagnose und Therapie und wecken im Allgemeinen auch die Erwartung auf heilkundlichen Beistand nicht. Wer sie – insbesondere nach einer vorangegangenen Erfolglosigkeit einer schulmedizinischen Behandlung - in Anspruch nimmt, geht nach den Geistheiler-Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht⁴⁵⁷ - einen dritten Weg. Diese Personen setzen ihr Vertrauen nicht in die Heilkunde und wählen etwas von einer Heilbehandlung Verschiedenes, wenngleich auch von diesem Weg Genesung erhofft wird. Eine solche Tätigkeit zu unterbinden ist nicht Sache des Heilpraktikergesetzes. Je weiter sich das Erscheinungsbild der Heiler*innen von einer medizinischen Behandlung entfernt, desto geringer ist das Gefährdungspotential, das allein geeignet sei, die Erlaubnispflicht nach dem HeilprG auszulösen.⁴⁵⁸

In diesem Zusammenhang betont das Bundesverfassungsgericht zwei Aspekte: eine mittelbare Gesundheitsgefährdung durch die Vernachlässigung einer notwendigen ärztlichen Behandlung sei mit letzter Sicherheit nie auszuschließen, wenn Kranke nicht bei Ärzt*innen, sondern bei anderen Menschen Hilfe suchten. Dieser Gefahr könne bei Heiler*innen nicht dadurch entgegengewirkt werden, dass man ihre Tätigkeit unter Erlaubnispflicht stelle, denn für sie seien heilkundliche Kenntnisse nicht erforderlich.

Geeignet hingegen sei es – und dies ist der zweite Aspekt -, wenn Geistheiler*innen etwa durch gut sichtbare Hinweise in ihren Räumen oder Merkblätter zur Unterschrift darauf aufmerksam machen würden, dass ihre Tätigkeit eine heilkundliche nicht ersetzen könne. Dementsprechend wurde in der ersten Entscheidung⁴⁵⁹ die Erlaubnispflicht verneint, in der zweiten die strafrechtliche Verurteilung aufgehoben⁴⁶⁰ und in der dritten⁴⁶¹ die von den

⁴⁵⁷ BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.; BVerfG, Beschl. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, NJW 2004, 2890–2891; BVerfG, Beschl. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, NJW-RR 2007, 1048–1050.

⁴⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.

⁴⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.

⁴⁶⁰ BVerfG, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, NJW 2004, S. 2890.

⁴⁶¹ BVerfG, Beschl. v. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, NJW-RR 2007, S. 1048; AG Gießen, Urt. v. 03.09.14 - 507 Cs 402 Js 6823/11, GesR 2014, 701-703; m. Anm. Ambrosy juris-StrafR 18/204 Anm. 2.

Vorinstanzen ausgesprochenen Werbebeschränkungen nach dem HWG als verhältnismäßig bestätigt.

Zwei Geistheiler hatten auf ihrer frei zugänglichen Internetseite u.a. für ihre "Beckenschiefstandkorrektur" mit Beinlängenausgleich und Wirbelsäulenaufrichtung geworben. Dabei wiesen sie darauf hin, dass sie weder Ärzte noch Heilpraktiker seien und ihre Hilfe ausschließlich durch die geistige Kraft geschehe, die sich bei der Behandlung bewiese und wie ein Wunder darstelle. Geistige Heilung sei keine Arbeit im ärztlichen Sinne, sondern ein spiritueller Vorgang, der umso größeren Erfolg erziele, je uneingeschränkter das Wirken der geistigen Kraft bejaht werde. Auf einer dieser Internetseiten wurde unter der Rubrik "Unsere Arbeit" die Wirkung der "Beckenschiefstandkorrektur" durch vergleichende bildliche Darstellung des Körperzustandes vor und nach der Anwendung, teilweise unter Zuhilfenahme eines Lineals, vorgeführt. Im Gästebuch befanden sich Einträge von Besuchern, die über die erfolgreiche Anwendung der "Beckenschiefstandkorrektur" berichteten und den Geistheilern dafür ihren Dank aussprachen. Wegen ihres Internetauftritts wurden sie von einem Verband, dem auch zwei Fachverbände von Heilpraktikern angehörten, auf Unterlassung dieser öffentlichen Werbung außerhalb der Fachkreise in Anspruch genommen. Die Gerichte gaben dieser Klage wegen Verstoßes gegen das HWG statt. Das Bundesverfassungsgericht bestätigte sie.

Mit dieser dritten Geistheiler-Entscheidung wird der Schutz der Patient*innen vor Gesundheitsschäden gestärkt. Dies geschieht nur nicht mit dem Mittel des HeilprG, die Tätigkeit unter den Vorbehalt staatlicher Erlaubnis zu stellen, sondern mit dem durch das HWG vermittelten Zwang zur Versachlichung der Informationen, die die Bevölkerung, insbesondere potenzielle Patient*innen, erhält. Die Begründung gilt für das Heilpraktikerwesen gleichermaßen: Das HWG soll Gefahren begegnen, welche der Gesundheit des Einzelnen und den Gesundheitsinteressen der Allgemeinheit etwa durch unsachgemäße Selbstmedikation drohen. Darüber hinaus soll verhindert werden, dass durch eine mit Übertreibungen arbeitende, suggestive oder marktschreierische Werbung Kranke und besonders ältere Menschen zu Fehlentscheidungen beim Arzneimittelgebrauch und bei der Verwendung anderer Mittel zur Beseitigung von Krankheiten oder Körperschäden verleitet werden. Die hiernach maßgebenden gesetzlichen Ziele des Gesundheits- und

Verbraucherschutzes stellen hinreichende Gründe des gemeinen Wohls dar, Einschränkungen der Freiheit zur Berufsausübung zu rechtfertigen.⁴⁶²

2.2.2. Staatliche Maßnahmen zur Stärkung der Selbstbestimmung

Vor dem Hintergrund der Geistheiler-Entscheidungen ergeben sich weitere Möglichkeiten des Gesetzgebers: Im Konflikt zwischen Patient*innenwohl und Patient*innenwille könnte die Autonomie gestärkt werden anstatt sie durch Verbote, etwa bestimmter alternativheilkundlicher Methoden oder der Abschaffung des Heilpraktikerberufs einzuschränken.

Derartige Maßnahmen sollen aufgezeigt werden, bevor sich der weitere Gang der Untersuchung mit der Rechtmäßigkeit von Eingriffen in die Patient*innenautonomie befasst:

Bislang wurde zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens bereits eine klarere Profilierung des Heilkundebegriffs erörtert. Wenn die Patient*innenautonomie einem Spiegelbild der heilkundlichen Berufs- und Tätigkeitsfelder gleichkommt, folgt aus einer Schärfung ihres Profils zugleich die Stärkung der Autonomie auf der Seite der Patient*innen. Weil z.B. die fachärztlichen Standards von allen Interessierten eingesehen werden können, ist anzunehmen, dass sie nicht nur den Angehörigen der jeweiligen Fachgruppe als Maßstab ihres Handelns, sondern auch den Patient*innen zur Orientierung in Bezug auf ihre Entscheidungen dienen.⁴⁶³ Die neueste Entscheidung des BGH zur Wunschmedizin im Bereich der Zahnextraktion deutet darauf hin, dass man sich dort auf die Suche nach Standards in der Alternativheilkunde begibt.⁴⁶⁴ Zwar gehört die Zahnheilkunde nicht zum Gebiet der Heilpraktiker*innen.⁴⁶⁵ Aber es liegt nach dieser Entwicklung nahe, der Heilpraktikerschaft die Aufstellung eigener Leitlinien oder Standards für bestimmte Behandlungsmethoden zu empfehlen.⁴⁶⁶

⁴⁶² 3. Teil: B.4.3.1.2 Berufsausübungsregelungen, S. 175

⁴⁶³ AWMF (Hrsg.), Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften, <https://www.awmf.org/leitlinien/aktuelle-leitlinien.html> (besucht am 04.03.2020).

⁴⁶⁴ BGH, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, MedR 2018, 43–44 m. Anm. Stock MedR 2019, 872 ff.

⁴⁶⁵ § 6 HeilprG

⁴⁶⁶ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

Zusätzlich hat *Hildebrandt*⁴⁶⁷ auf die Option hingewiesen, der Staat könne durch bessere Aufklärung beispielsweise über die Stellung der Heilpraktiker*innen im Gesundheitswesen und deren Qualifikation, u.a. in Abgrenzung zum Arztberuf, einen Beitrag zu einer informierten Selbstbestimmung der Patient*innen leisten. Dazu bringt er als Beispiel die Pflichtangaben nach § 4 HWG („Zu Risiken und Nebenwirkungen lesen Sie die Packungsbeilage oder fragen Sie die Ärzt*innen oder Apotheker*innen“), wo den anpreisenden Angaben eines Herstellers von Arzneimitteln die wesentlichen Merkmale des Präparats, insbesondere dessen Indikation und Wirkungsweise, aber auch zu den Risiken und Nebenwirkungen und Gegenanzeigen gegenübergestellt werden. Hierdurch sollen die Werbeadressat*innen in die Lage versetzt werden, einen sachlich fundierten Kaufentschluss zu treffen.

Durch entsprechende Pflichtangaben könnte eine Transparenz entstehen, z.B. durch eine kompakte Gegenüberstellung der Berufsbilder von Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen. In die ähnliche Richtung geht wohl der Vorschlag von *Lauterbach*⁴⁶⁸, es solle ein Register heilkundlicher Leistungen der Heilpraktiker*innen entstehen und veröffentlicht werden. Schließlich solle nach *Hildebrandt* der Hinweis nicht fehlen, sich im Zweifel an einen Arzt / eine Ärztin zu wenden. Wenn sich entsprechend informierte Patient*innen dann gleichwohl dafür entschieden, sich bei Heilpraktiker*innen in Behandlung zu begeben, wäre dies als Ausdruck ihrer Selbstbestimmung zu akzeptieren.

In diesem Zusammenhang dürfte die letzte Geistheiler-Entscheidung Wirkung gezeigt haben: Die Rechtsprechung ist – nicht zuletzt auf Initiative der Heilpraktikerverbände – zunehmend damit beschäftigt, Verstöße gegen das Verbot irreführender Werbung zu ahnden. Irreführend ist es, Verfahren, Behandlungen oder Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit beizulegen, die sie nicht haben, § 3 Nr. 1 HWG. Ebenso ist eine Werbung zu unterlassen, mit der fälschlich

⁴⁶⁷ *Hildebrandt*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, S. 255–269.

⁴⁶⁸ zitiert in: *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020).

der Eindruck erweckt wird, ein Erfolg könne mit Sicherheit erwartet werden oder bei bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch trete keine schädliche Wirkung ein, § 3 Nr. 2 HWG. Wirkaussagen sind wissenschaftlich erst abgesichert, wenn eine randomisierte, Placebo-kontrollierte Doppelblindstudie mit einer adäquaten statistischen Auswertung vorliegt⁴⁶⁹, so dass sich gerichtlich festgestellte Unterlassungsansprüche von u.a. Verbraucher- oder Fachverbänden gerade in dem Bereichen der Alternativheilkunde – sowohl gegen Ärzt*innen als auch gegen Heilpraktiker*innen - gehäuft finden.⁴⁷⁰

Mit dieser Feststellung können abschließend zwei Aussagen verbunden werden: nicht nur das zivilrechtliche Haftungsrecht, sondern das ebenfalls zivilrechtliche Heilmittelwerberecht erfüllt offensichtlich und zunehmend eine Regulativfunktion: Es werden Standards gesetzt und verbreitet, an denen sich sowohl die Berufstätigen als auch diejenigen orientieren können, die potenziell Heilpraktiker*innen aufsuchen oder die Alternativheilkunde einsetzen wollen.

Zweitens fokussiert der hier erörterte Vorschlag die Autonomie der Patient*innen und kann von der Alternative Abschaffungs- versus Kompetenzlösung unabhängig gesehen werden. Es sind schließlich nicht nur Heilpraktiker*innen, die gelegentlich versprechen, was sie nicht halten können. Dürften Ärzt*innen weiterhin die Alternativheilkunde ausüben, dann sind Patient*innen umso mehr darüber aufzuklären, dass diese Methoden – anders als es das Bild von Ärzt*innen suggerieren könnte – nicht im Sinne der Schulmedizin wirksam sind.

2.3 Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Heilpraktikerrecht

Mit diesen Überlegungen ist die Frage zu erörtern, nach welchen weiteren Maßstäben Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen gerechtfertigt sein könnten. Die Vielfalt möglicher Maßnahmen ist bereits deutlich geworden. Im Fokus stehen jetzt Einschränkungen der Alternativheilkunde, etwa durch ein Verbot bestimmter Methoden, die

⁴⁶⁹ 1. Teil: A.1.3 Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin, S. 15

⁴⁷⁰ *LG Gießen*, Beschl. v. 06.04.20 - 8 O 16/20 -; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.08.19 - 2 U 38/18 -; *KG Berlin*, Beschl. v. 21.12.18 - 5 U 138/17 -; *OLG Celle*, Urt. v. 31.07.18 - 13 U 26/18, jurisPR-MedizinR 2019, Anm. 3 Thomas Ruppel; *OLG Koblenz*, Urt. v. 20.01.16 - 9 U 1181/15 -; *LG Lüneburg*, Urt. v. 12.06.14 - 7 O 69/13 -; *Münker*, Corona-Krise - Werbung und Wettbewerbsrecht in Ausnahmezeiten, WRP 2020, Nr. 6; *Doepner*, Heilpraktikerwerbung, GRUR 1981, 546 ff.

Zuweisung von alternativ-heilkundlicher Tätigkeit an eine der relevanten Berufsgruppen bis hin zum zukünftigen Verbot des Heilpraktikerberufs. Dies soll hier jeweils aus der Perspektive derjenigen betrachtet werden, die sich durch derartige Maßnahmen in ihrem Selbstbestimmungsrecht eingeschränkt sehen könnten.⁴⁷¹

Es folgt ein Prüfungsschema, das in fünf Schritte gegliedert ist.

2.3.1. Verfassungsrechtlich legitimer Zweck

Zunächst muss ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck mit dem Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht verbunden sein. Dabei gibt der Gesetzesvorbehalt des Art. 2 Abs. 1 GG die Zwecke vor, innerhalb derer eine Einschränkung des Selbstbestimmungsrechts der Patient*innen vorgenommen werden dürfte.⁴⁷²

2.3.1.1 Wirtschaftliche Gesichtspunkte

Allein wirtschaftliche Gesichtspunkte, den einen oder den anderen Berufsstand vom Markt der Alternativheilkunde zu verdrängen⁴⁷³, können in dieser Diskussion keinen Bestand haben. Ein verfassungsrechtliches Recht auf wirtschaftlichen Bestandsschutz im Sinne eines Schutzes vor der Konkurrenz gibt es nicht.⁴⁷⁴ Dies gilt auch für die Anwendung bestimmter alternativ-heilkundlicher Methoden.

2.3.1.2 Gesundheitsschutz

Als verfassungsrechtlich legitimer Zweck wurde hier der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung angesehen.⁴⁷⁵ Der Gesetzgeber kann - und muss⁴⁷⁶ - Maßnahmen auf dem Gebiet der Heilkunde zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit ergreifen. Ebenso wie eine einzelne Tätigkeit überhaupt unter den Vorbehalt der Erlaubnis nach dem HeilprG gestellt werden darf, kann der Staat zum allgemeinen Schutz vor Gesundheitsgefahren auch

⁴⁷¹ vgl. 3. Teil: B Die Perspektive der Berufstätigen, S. 161

⁴⁷² *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 Rdnr. 111-124.

⁴⁷³ *Sasse*, *Der Heilpraktiker* S. 107 f.; *Ehlers*, *Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“* S. 276

⁴⁷⁴ *Hufen*, *Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht*, NJW 1994, 2913 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnrn. 47-75.

⁴⁷⁵ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

⁴⁷⁶ 2. Teil: A.4 Zwischenergebnis und Konsequenzen, S. 76

Anforderungen an die Qualifikation derjenigen Personen stellen, die die Heilkunde ausüben, und damit – ggf. auch stärker als bisher – die Selbstbestimmung desjenigen Bevölkerungsteils einschränken, der die Alternativheilkunde in Anspruch nehmen möchte.

2.3.1.3 Patient*innenschutz

Ebenso ist es nach den Ausführungen des letzten Kapitels ein verfassungsrechtlich zulässiger Zweck, die Interessierten vor gefährlichen heilkundlichen Methoden oder auch gering qualifizierten Behandler*innen zu bewahren. Der Schutz dieser Patient*innengruppe wurde hier als verfassungsrechtlich legitimer Zweck des Gemeinwohls festgestellt.⁴⁷⁷

Damit entsteht eine Pattsituation: Weder kann die eine Bevölkerungsgruppe von Patient*innen die vollständige Kurierfreiheit durchsetzen⁴⁷⁸ noch die andere die totale Beschränkung. Die Autonomie der einen kann nicht vollständig von den Befürchtungen der anderen Personengruppe aufgewogen werden. Erst bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit – dies sind die Stufen drei bis fünf dieses Prüfungsschemas - kann diese Situation aufgelöst werden, indem eine Beschränkung der Selbstbestimmung gegen die Gefahren einer gesundheitlichen Beeinträchtigung abgewogen werden muss.

Um konkret zu bleiben: Das Verbot einer alternativheilkundlichen Methode, deren Wirkung nicht über den Placebo-Effekt hinausgeht und ansonsten unschädlich ist, steht dem Staat nicht zu. Es ist jedenfalls auf Anhieb weder der Schutz der körperlichen Unversehrtheit noch der Patient*innenschutz als verfassungsrechtlich legitimer Zweck denkbar, wenn Patient*innen trotz Aufklärung solcherlei Maßnahmen wünschen.⁴⁷⁹ Der Aspekt des gesundheitlichen Wohls (salus) tritt hier gegenüber dem Selbstbestimmungsrecht (voluntas) zurück.

⁴⁷⁷ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

⁴⁷⁸ vgl. oben, BVerwG, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, BVerwGE 94, S. 269 = NJW 1994, 3024-3027.

⁴⁷⁹ ähnlich: *Hildebrandt*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, S. 255–269.

2.3.1.4 Berufsbildfixierung

Das Maß der Ausübung des Selbstbestimmungsrechts spiegelt sich auch in dem Maß der Kurierfreiheit wider. Hier kann der Gesetzgeber den Zweck verfolgen, zum Wohle der Gesellschaft Berufsbilder wie diejenigen des Ärzte- und Heilpraktikerwesens zu regulieren oder zu normieren. Deshalb könnte es ein verfassungsrechtlich legitimer Zweck sein, medizinisch nicht indizierte Maßnahmen nur dem einen oder dem anderen Berufsstand zuzuweisen und auf diese Weise auch das Entscheidungsrecht der Patient*innen einzuschränken. Dabei bestimmt sich die Rechtmäßigkeit einer solchen Regelung nicht nur nach dem damit verfolgten Zweck, sondern auch nach der Intensität des Eingriffs in die Berufsfreiheit. Darauf wird im nächsten Kapitel einzugehen sein.⁴⁸⁰

2.3.1.5 Schutz des Gesundheitssystems

Für die hier diskutierten Maßnahmen ist der Schutz des Gesundheitssystems im Sinne der Gewährleistung einer Basisversorgung⁴⁸¹ kein verfassungsrechtlich legitimer Zweck. Weder steht zu befürchten, dass Ärzt*innen in den womöglich lukrativeren Bereich der Alternativheilkunde abwandern und damit das Gesundheitssystem gefährden, noch entstehen Folgekosten in bedrohlichem Ausmaß, indem Teile der Bevölkerung Schäden durch die Alternativheilkunde erleiden, die das Gesundheitssystem nicht zu tragen imstande wäre. Dieses erweist sich – man denke nur an selbst riskierte Verletzungen bei der Ausübung von Extremsportarten, bei Alkohol- und Drogenkonsum auf Partys – als äußerst duldsam gegenüber vom Normalverhalten abweichenden Entscheidungen. Angesichts der großen Zahl von Personen, die auf die Alternativheilkunde bzw. die Behandlung durch Heilpraktiker*innen zurückgreifen, gehört dieses Verhalten eher zum normalen als zum extremen Lebenswandel. Es besteht kein Grund, zum Schutz des Gesundheitssystems darin einzugreifen.

2.3.2. Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung

Für den Eingriff in das Selbstbestimmungsrecht muss ein tatsächliches Bedürfnis bestehen, den verfassungsrechtlich legitimen Zweck zu verfolgen. Das bedeutet: aus bestimmten

⁴⁸⁰ 3. Teil: B Die Perspektive der Berufstätigen, S. 161

⁴⁸¹ 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

Tatsachen ist die Annahme zu rechtfertigen, ein Verfassungsziel solle verwirklicht werden.⁴⁸²

Hier kann an die Überlegungen zur Nachbesserungspflicht angeknüpft werden. Sie besteht, wenn eine Änderung der Tatsachenlage zum Handeln zwingt.⁴⁸³

Haage hatte in Frage gestellt, ob überhaupt ein gesetzgeberisches Bedürfnis zur Regelung des Heilpraktikerberufs besteht. Die bestehenden Regelungen böten einen nicht nur rudimentären, sondern bereits einen gewissen Qualitätsanspruch.⁴⁸⁴ Diese Meinung spricht klar gegen eine weitergehende Einschränkung der Patient*innenautonomie.

In diesem Gutachten wurde herausgearbeitet, dass die Neuregelung der Jahre 2017/18 dem Wunsch des Gesetzgebers nicht Rechnung tragen können, für einen stärkeren Schutz der Patient*innen zu sorgen. Es wurde die Notwendigkeit gesehen, dem nachzukommen.⁴⁸⁵

Das allein reicht jedoch nicht, um verfassungsrechtlichen Ansprüchen zu genügen. Das gesetzgeberische Handeln muss auch aufgrund von Tatsachen indiziert sein, anderenfalls wäre es willkürlich. Der allzu menschlich geprägte Begriff des Bedürfnisses ist hier verfehlt. Gemeint ist in diesem Schritt die Prüfung, ob eine Faktenlage von ausreichendem Gewicht vorhanden ist, den Eingriff in die Selbstbestimmung vorzunehmen.

Die Datenlage wurde schon zu Beginn als unklar bezeichnet.⁴⁸⁶ Nun soll dargestellt werden, welche Tatsachen aus Sicht des Gutachters in Bezug auf die Alternativheilkunde bzw. das Heilpraktikerwesen erst noch ermittelt werden müssen.

2.3.2.1 Tatsachenermittlung in Bezug auf Alternativheilkunde

Zur Prüfung eines Zweckverwirklichungsbedürfnisses in Bezug auf eine Alternativheilkundliche Methode wären aus Sicht des Gutachters vor einer Einschränkung

⁴⁸² Dogmatisch mag darüber gestritten werden, ob die Tatsachenbasis und das Verwirklichungsbedürfnis nicht auch unter die übrigen Kriterien der Verhältnismäßigkeit zu subsumieren sind. Wie hier: *Klatt/Meister*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, JuS 2014, S. 193; *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 116.

⁴⁸³ 3. Teil: A.1.2.4.1 Die Pflicht zur Nachbesserung, S. 90

⁴⁸⁴ *Haage*, in: *Haage*, Einl Rdnr. 11.

⁴⁸⁵ 2. Teil: A Zu den Änderungen der Jahre 2017/2018, S. 49 Die Äußerung Haages bezieht sich nicht auf die Neuregelung

⁴⁸⁶ 1. Teil: B.4.1 Diskussionen um die umfassende Heilpraktikererlaubnis, S. 30

Tatsachen über diese, wie z.B. ihre gesundheitlichen Auswirkungen, Schadensfälle, die Quantität der Nachfrage oder die Qualität der tatsächlichen bzw. erforderlichen heilkundlichen Tätigkeit zu erheben, die zu dem verfolgten verfassungsrechtlichen Ziel des Schutzes der körperlichen Unversehrtheit in ein Verhältnis zu setzen wären. Würde sich etwa herausstellen, dass sich nur ein geringer Teil der Bevölkerung für die konkrete Alternativheilkundliche Methode entscheidet, ohne dass es zu einer nennenswerten Zahl von Schäden gekommen wäre, ist das Bedürfnis, diese Personen zu schützen, von staatlicher Seite gering. Diesen Personen könnte unbenommen bleiben, sich trotz bestehender Risiken nach angemessener Aufklärung für eine solche Methode zu entscheiden. Sind die Zahl der Betroffenen höher und die Schadensfälle häufiger, besteht umso eher das Bedürfnis, das verfassungsrechtliche Ziel zu realisieren. Allein aus der Zahl der Inanspruchnahme indikationsloser Medizin ist m.a.W. nicht auf ein Zweckverwirklichungsbedürfnis, sie einzuschränken, zu schließen.⁴⁸⁷

2.3.2.2 Tatsachenermittlung in Bezug auf den Heilpraktikerstand

Jeder heilkundliche Eingriff birgt eine Gesundheitsgefahr, sonst wäre er nicht erlaubnispflichtig. Dasselbe gilt für Heilpraktiker*innen: sie üben die Heilkunde und damit eine Tätigkeit aus, die heilkundliches Fachwissen voraussetzt und typischerweise Gefahren birgt.

Allein die Zahl der Heilpraktiker*innen zu kennen, reicht nicht aus, um einen Bezug zu dem Schutzgut der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens herzustellen, das einen weitergehenden Eingriff in die Selbstbestimmung rechtfertigen könnte. Vielmehr ist auch hier die Erhebung von Daten vorzunehmen, die verlässliche Auskunft über die gesundheitlichen Auswirkungen der beruflichen Tätigkeit von Heilpraktiker*innen, die Beachtung der vier erwähnten (Mindest-) Standards⁴⁸⁸, des Einsatzes bestimmter oder auch unbestimmter Methoden, möglicher Schadensfälle usw. Auskunft geben könnten.

⁴⁸⁷ so aber *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 157

⁴⁸⁸ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrecht, S. 124

2.3.2.3 Zwischenergebnis: Forschungsfragen entwickeln und beantworten

Bezogen auf das Heilpraktikerrecht kann das Vorliegen eines Zweckverwirklichungsbedürfnisses insgesamt kaum bestätigt werden. Weder die Alternativheilkunde noch der Heilpraktikerberuf sind ausreichend untersucht, um verlässlich angeben zu können, wie groß die Gefahr körperlicher Schädigungen durch alternative Methoden oder Heilpraktiker*innen ist. Ebenso wenig lässt sich erkennen, mit welcher Kompetenz Patient*innen ihr Selbstbestimmungsrecht ausüben, d.h. ob sie – um es mit *Hildebrandt* zu sagen⁴⁸⁹ - voll aufgeklärt über die Risiken und Nebenwirkungen sich dennoch selbst bestimmt für die eine oder andere Methode entscheiden oder ob sie – womöglich fehlgeleitet durch geschicktes kaufmännisches, nicht aber heilkundlich-ethisches Verhalten - einem Scharlatan in heilkundlichem Gewande folgen. Mangels ausreichender Tatsachenerhebung ist deshalb derzeit eine Einschränkung der Autonomie verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen.

Der Gutachter hat, um in dieser Sache voranzukommen, einen Katalog von Forschungsfragen erstellt, die vorab zu klären wären.⁴⁹⁰ Die Untersuchungsgegenstände sind hier bewusst nur grob und in Stichworten angegeben, um keine Festlegungen, sondern lediglich Anregungen auszusprechen. Derlei Untersuchungen könnten der Öffentlichkeit und dem Gesetzgeber Klarheit über den tatsächlichen Stand der Alternativheilkunde und des Heilpraktikerwesens verschaffen. Eine solche, freilich wissenschaftliche Herangehensweise, ist aus Sicht des Gutachters die einzige Möglichkeit, ein klares Profil von der und ggf. auch für die Alternativheilkunde zu entwickeln. Manche verstaubte Vorstellung könnte sich als Fakt, andere als überholt erweisen.

Auch wenn die Tatsachenlage derzeit noch nicht fundiert ist: Die Rechtslage ist zumindest in Frage gestellt. Hier wurden § 7 HeilprG mit dem in § 2 Abs. 1 HeilprG veränderten Inhalt und § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 einschließlich der Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktiker*innen

⁴⁸⁹ *Hildebrandt*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, S. 255–269.

⁴⁹⁰ Anhang: Forschungsfragen, S. 289

für verfassungswidrig gehalten.⁴⁹¹ Das Parlament muss sich deshalb, will es den Gesundheitsschutz ernst nehmen, mit der Materie befassen.

Die nachfolgenden Ausführungen zeigen die Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit auf, die es zukünftig bei Einschränkungen der Alternativheilkunde, der Zuweisung von alternativheilkundlicher Tätigkeit an eine der Berufsgruppen oder dem Verbot des Heilpraktikerberufs aus Sicht der Selbstbestimmung zu beachten gäbe.

2.3.3. Geeignetheit – Liste möglicher Maßnahmen

Das zur Einschränkung der Selbstbestimmung gewählte Mittel müsste geeignet sein, den verfolgten Zweck zu erreichen.⁴⁹² Dazu genügt die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung; stellt sich später heraus, dass die gesetzgeberische Maßnahme untauglich war, kann dies die Nachbesserungspflicht begründen.⁴⁹³

2.3.3.1 Mögliche Wirkungslosigkeit wegen „Ausstiegsmentalität“

Ungeeignet wäre das Verbot einer bestimmten alternativheilkundlichen Methode oder des Heilpraktikerberufs, wenn die Patient*innen sie ungeachtet dessen beanspruchten, ein Verbot also wirkungslos bliebe. Dieses Argument hatte u.a. die Einführung der Kurier- und Methodenfreiheit begründet: die Kranken würden ohnehin Nichtmediziner*innen aufsuchen, also sei es geboten, dieses Verhalten nicht weiter zu sanktionieren.⁴⁹⁴

Die Lebensverhältnisse im Ausgang des 19. Jahrhunderts einschließlich der gesundheitlichen Versorgung dürften ganz andere als heute gewesen sein. Dennoch gilt es zu bedenken, ob nicht ein allzu restriktives und an der Schulmedizin ausgerichtetes Medizinrecht, das die Alternativheilkunde oder Heilpraktiker*innen ausschließt, gesellschaftlich unbeabsichtigte Reaktionen auslöst. Die Alternativheilkunde könnte, was freilich nicht weiter untersucht ist, gerade auch für diejenigen attraktiv sein, die sich von der „strengen“ Wissenschaftlichkeit nicht verstanden fühlen. Damit wäre sie auch ein Indikator für die Toleranz innerhalb einer im

⁴⁹¹ 2. Teil: A.4 Zwischenergebnis und Konsequenzen, S. 76

⁴⁹² *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 116

⁴⁹³ 3. Teil: A.1.2.4.1 Die Pflicht zur Nachbesserung, S. 90

⁴⁹⁴ 1. Teil: B.1 Die Zeit vor 1933, S. 22

Übrigen an Effizienz und Erfolg ausgerichteten Gesellschaft. Wem auf dem Gebiet der Heilkunde dann die Alternative verboten wird, wird sich in seiner Position gegen den allgemeinen gesellschaftlichen Trend nur gestärkt sehen.

2.3.3.2 Mögliche Maßnahmen zur Einschränkung einzelner alternativ-heilkundlicher Methoden
Angenommen der Gesetzgeber sähe sich aus einem verfassungsrechtlich legitimen Grund dazu veranlasst, gegen eine einzelne alternativ-heilkundliche Methode vorzugehen, dann stehen ihm dafür diverse Mittel zur Verfügung. Die nachfolgende, nur beispielhaft aufgeführte Liste folgt hier dem Grad der Schwere des Eingriffs in die Selbstbestimmung.

- Der Gesetzgeber könnte die Methode ganz verbieten⁴⁹⁵.
- Er könnte die Methode nur für einen bestimmten Patient*innenkreis erlauben: z.B. nur für Volljährige oder nur für Personen, die zuvor eine somatische Abklärung⁴⁹⁶ haben durchführen lassen usw.
- Er könnte die Anwendung der Methode nur einer bestimmten Berufsgruppe mit bestimmter Qualifikation erlauben (ähnlich den schon bestehenden Arztvorbehalten).⁴⁹⁷
- Er könnte die Methode auf eine Negativliste „problematischer“ Alternativheilkunde setzen, um die Bevölkerung zu warnen („Schwarze Liste“).
- Er könnte Werbemaßnahmen für eine solche Methode untersagen.
- Er könnte einen verpflichtenden Hinweis im Hinblick auf die Gefahren oder die Wirkung (-slosigkeit) der Methode einführen.
- Er könnte das Haftungsrecht verschärfen, indem er z.B. die Inhalte der Aufklärung, auch im Verhältnis zur Schulmedizin, vorgibt, oder den vorherigen Abschluss eines schriftlichen Behandlungsvertrags⁴⁹⁸ für diese Methode fordert.
- Er könnte eine Positivliste weit verbreiteter alternativ-heilkundlicher Methoden einführen, die zugleich Gegenstand der Ausbildungen auf diesem Gebiet sein könnten („Grüne Liste“).
- Er könnte allgemein über diese oder andere Methoden aufklären.

⁴⁹⁵ 2. Teil: B.2.3 Landeskompetenzen, S. 80

⁴⁹⁶ vgl. § 1 Abs. 2 S. 2 PsychThG

⁴⁹⁷ zu § 13 Abs.2b S. 2 AMG und Blutzubereitungen aus Eigenblut: *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 47

⁴⁹⁸ 3. Teil: A.2.2.1.3 Der Schutz vor sich selbst, S. 139

2.3.3.3 Mögliche Maßnahmen der generellen Einflussnahme auf die Alternativheilkunde

Angenommen der Gesetzgeber sähe sich aus einem verfassungsrechtlich legitimen Grund dazu veranlasst, allgemein gegen die Alternativheilkunde vorzugehen oder umgekehrt die Alternativheilkunde zu profilieren. Dann stehen ihm auch dazu diverse Mittel zur Verfügung. Voraussetzung für derartige Maßnahmen ist die Bestimmung des Begriffs der Alternativheilkunde, etwa im Wege der Legaldefinition. Ein Vorschlag dazu wurde bereits unterbreitet.⁴⁹⁹

Im Unterschied zu der Einschränkung einer einzelnen alternativ-heilkundlichen Methode dürfte hier eher das gesamte Feld derjenigen Personen betroffen sein, die die Alternativheilkunde ausüben. Deshalb werden hier verstärkt berufsrechtliche Maßnahmen vor allem, aber nicht ausschließlich gegen Heilpraktiker*innen aufgeführt.⁵⁰⁰ Auch hier folgt eine nur beispielhaft aufgeführte Liste nach dem Grad der Schwere des Eingriffs in die Selbstbestimmung. Zugleich wird eine mögliche Auswirkung auf das Selbstbestimmungsrecht beschrieben:

- Der Gesetzgeber könnte die Alternativheilkunde ganz verbieten. Für Heilpraktiker*innen entspricht dies der Abschaffungslösung, da hier angenommen wird, dass sie nahezu ausschließlich auf dem Gebiet der Alternativheilkunde tätig sind.⁵⁰¹ Für Patient*innen bedeutet dies den stärksten Eingriff in ihr Selbstbestimmungsrecht, weil sie sich zukünftig nicht mehr für alternative Methoden entscheiden können.
- Er könnte strengere Anforderungen an diejenigen Personen stellen, die zukünftig die Alternativheilkunde ausüben wollen. Dieses Modell entspricht der Kompetenzlösung.⁵⁰² Für Patient*innen entsteht durch eine höhere Qualifikation ein stärkerer Gesundheitsschutz und ein nach außen hin klareres Bild, ob, für wen und für was sie sich auf dem Gebiet der Alternativheilkunde entscheiden.
- Er könnte die Anwendung der Alternativheilkunde nur der Berufsgruppe der Heilpraktiker*innen erlauben. Hier wurde zwischen ärztlicher, sektoraler und alternativer Heilkunde unterschieden.⁵⁰³ Dem folgend entstehen klare Berufsprofile,

⁴⁹⁹ 3. Teil: A.1.3.5.2 Vorschlag der Dreiteilung des Heilkundebegriffs, S. 111

⁵⁰⁰ Zu rechtstechnische Möglichkeiten der Beseitigung des Berufsstandes der Heilpraktiker*innen: *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 43 ff.

⁵⁰¹ 3. Teil: B.7 Zur Verhältnismäßigkeit von Abschaffungslösungen, S. 218

⁵⁰² 3. Teil: B.8 Zur Verhältnismäßigkeit von Kompetenzlösungen, S. 227

⁵⁰³ 3. Teil: A.1.3.5 Zur Neuregelung des Heilkundebegriffs: eine Dreiteilung, S. 111

- so dass sich für die Patient*innen zukünftig schulmedizinische von alternativen Methoden stärker unterscheiden lassen durch die Berufstätigen, die sie anwenden.
- Er könnte die Anwendung der Alternativheilkunde nur der ärztlichen Berufsgruppe erlauben. Dieser Ansatz schwächt die Autonomie der Patient*innen eher, denn sie werden der Alternativheilkunde im Vertrauen auf die Ärzteschaft⁵⁰⁴ eine Eignung zum Heilerfolg zusprechen, ohne dass dieser erwiesen ist.
 - Er könnte das Haftungsrecht verschärfen, indem er z.B. die Inhalte der Aufklärung, auch im Verhältnis zur Schulmedizin, vorgibt, oder den vorherigen Abschluss eines schriftlichen Behandlungsvertrags⁵⁰⁵ für die Alternativheilkunde einführt. Dies führt zu mehr Gesundheitsschutz und zu einem höheren Grad der Aufklärung.
 - Er könnte Werbemaßnahmen für die Alternativheilkunde untersagen. Damit dürfte die Zahl der Patient*innen abnehmen, die die Methoden ergreifen.⁵⁰⁶
 - Er könnte die Personen, die sie anwenden, zu einem Hinweis auf die Gefahren oder die Wirkung bzw. Wirkungslosigkeit der Alternativheilkunde verpflichten. Dadurch wäre der Gesundheits- und der Patient*innenschutz gestärkt.
 - Er könnte ein Register alternativ-heilkundlicher Methoden einführen, so dass für jede Person, die sie in Anspruch nimmt oder anwendet, die Besonderheiten in Abgrenzung zur Schulmedizin deutlich werden.⁵⁰⁷ Daran könnten zukünftig Kompetenzprofile oder auch Ausbildungen zum Erwerb der Kompetenzen geknüpft sein. Das führt zur Stärkung von Gesundheits- und Patient*innenschutz.
 - Er könnte allgemein über die Alternativheilkunde aufklären.

2.3.3.4 Mögliche Maßnahmen in Bezug auf einzelne Sektoren

Die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse wurde hier als neuartiges Phänomen beschrieben, das bislang weder von der Rechtsprechung noch von der Verwaltung hinreichend im Sinne des Gesundheitsschutzes geregelt ist.⁵⁰⁸ Auf die Möglichkeiten der Normierung wurde bereits hingewiesen.⁵⁰⁹

⁵⁰⁴ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁵⁰⁵ 3. Teil: A.2.2.1.3 Der Schutz vor sich selbst, S. 139

⁵⁰⁶ *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens sprechen von der faktischen Aushöhlung des Heilpraktikerberufs, S. 48

⁵⁰⁷ Vorschlag Lauterbach, zit. in: *Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020)

⁵⁰⁸ 2. Teil: A.3.2.2.4 Sektorale Heilkundeerlaubnisse, S. 75

⁵⁰⁹ 3. Teil: A.1.4.2.2 Gesetzliche Normierung der Berufsfelder mit sektoraler Heilkundeerlaubnis, S. 115

2.3.4. Erforderlichkeit

Der Maßstab der Erforderlichkeit sichert einen möglichst geringen Grundrechtseingriff ab. Unter verschiedenen, gleich wirksamen Mitteln ist stets das mildeste zu wählen.⁵¹⁰

Konkret: das Verbot einer gefahrenträchtigen Alternativheilkundlichen Methode schränkt die Autonomie am stärksten ein, weil der Staat die Entscheidung der Patient*innen vorwegnimmt. Es könnte z.B. ausreichend sein, die Methode nur ausreichend qualifizierten Behandler*innen zu erlauben oder aufklärende Maßnahme zu ergreifen.

Unterstellt, die Tätigkeit von Heilpraktiker*innen würde besondere gesundheitliche Gefahren verursachen, dann ist ihr Verbot sicher das taugliche Mittel, die Gefahr zu beseitigen, aber es ist nicht das mildeste. Denkbar wäre es z.B., die Therapiefreiheit auf Methoden zu beschränken, die sie beherrschen oder von denen nur wenige Gefahren ausgehen könnten. Ebenso wäre denkbar, die Tätigkeiten auf die Alternativheilkunde zu beschränken und diese in einem Register auszuweisen. Schließlich sind Heilpraktiker*innen bereits heute von Tätigkeiten ausgeschlossen, die dem Arztvorbehalt unterliegen.

2.3.5. Angemessenheit

Die Angemessenheit dient der Sicherung des Verhältnisses zwischen Mittel und Zweck. Abzuwägen ist hier die Schwere des Eingriffs gegen die ihn womöglich rechtfertigenden Gründe. Insoweit darf der Eingriff die Grundrechtsträger*innen nicht übermäßig belasten. Im Rahmen dieses Übermaßverbotes gilt der Grundsatz, je intensiver ein Grundrechtseingriff erfolgt, desto höher sind auch die Anforderungen an die Bedeutsamkeit des verfolgten Zweckes zu stellen.⁵¹¹

Insoweit gilt es zu beachten, dass dem Gesetzgeber im Regelfall mehrere Lösungsmöglichkeiten offenstehen, das verfolgte Ziel zu erreichen. Es ist ihm als Vertreter des Souveräns ein zum Teil erheblicher Gestaltungsspielraum einzuräumen. Angesichts der Vielzahl möglicher Maßnahmen bleibt äußerst selten nur ein einziges Mittel übrig, das zugleich

⁵¹⁰ Kluth, Das Übermaßverbot, JA 1999, 606 ff.

⁵¹¹ BVerfG, Beschl. v. 09.03.94 - 2 BvL 43/92 u.a., BVerfGE 90, S. 145.

geeignet, erforderlich und angemessen ist. Deshalb bleibt eine verfassungsrechtliche Überprüfung im Nachhinein eher auf den negativen Aspekt beschränkt, ob die Grenze der Unangemessenheit überschritten ist.⁵¹²

Völlig unangemessen wäre es beispielsweise, die Alternativheilkunde insgesamt wegen einer einzigen Methode zu verbieten, die zu Schadensfällen geführt hat. Abgesehen davon, dass es nicht erforderlich ist, andere Methoden wegen der einen zu untersagen, wird hier die Patient*innenautonomie unangemessen stark eingeschränkt.

Vor diesem Hintergrund ist die Frage zu erörtern, ob Patient*innen mit einem bestimmten Krankheitsbild die Inanspruchnahme von Alternativmedizin versagt werden könnte; die Forderung wird nach dem mehrfachen Tod von Krebspatient*innen⁵¹³ erhoben.⁵¹⁴

Im Unterschied zu den Arztvorbehalten geht es hier nicht mehr um bestimmte Tätigkeiten der Heilkundigen oder die Behandlung von Patient*innen, deren Behandlung für andere besonders gefährlich werden könnte, § 24 IfSG. Aber es könnte doch sein, dass z.B. Krebs- oder auch Schmerzpatient*innen mit chronischem Krankheitsverlauf oder infauster Prognose zu Mitteln greifen, die erwiesenermaßen ihr Leiden verschlimmern.

Dem Gutachter fehlen für eine solche Annahme tatsächliche Anhaltspunkte.⁵¹⁵ Wenn es sie gäbe, wäre der Gesetzgeber dazu verpflichtet, zum Schutz der Patient*innen erforderliche Mittel, etwa der Aufklärung, zu ergreifen, um vor solchen, dann typischerweise bestehenden Gefahren zu warnen. Ihnen eine Entscheidung für die Inanspruchnahme einer fragwürdigen Methode zu verbieten, die ansonsten erlaubt ist, entzöge ihnen die Autonomie dazu und wäre deshalb eher unangemessen.

⁵¹² Grzeszick, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 20 Rdnr. 111-124.

⁵¹³ LG Krefeld 2. Große Strafkammer, Urteil v. 14.07.19 - 22 Kls 14/18 -.

⁵¹⁴ Schöne-Seifert, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁵¹⁵ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachen, S. 150

B. Die Perspektive der Berufstätigen

Das Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art. 12 Abs. 1 GG setzt für die berufliche Tätigkeit auf dem Gebiet der Heilkunde den entscheidenden Maßstab. Die mit diesem Grundrecht verbundene Garantie sorgte zunächst für das Maß der Fortgeltung des HeilprG.⁵¹⁶ Schon die Bezeichnungen als „Apotheken-“⁵¹⁷, „Kassenarzturteil“⁵¹⁸ oder „Facharztbeschluss“⁵¹⁹ zeigen an, dass das Freiheitsrecht gerade vom Verständnis der Heilberufe geprägt ist und umgekehrt. Demgegenüber haben andere Grundrechte wie z.B. das Grundrecht auf Eigentum und Vermögen⁵²⁰, das der Gewissensfreiheit⁵²¹, der Wissenschafts- und Forschungsfreiheit⁵²² oder der Gleichbehandlungsgrundsatz⁵²³ aus der Perspektive der Berufstätigen nur sekundäres Gewicht und werden deshalb hier nicht erörtert.

Die ersten vier Kapitel dieses Teils befassen sich mit der Berufsfreiheit und der Kompetenz des Gesetzgebers, diese einzuschränken. Sie könnte sich an traditionell entstandenen oder rechtlich fixierten Berufsbildern orientieren, so dass in den Kapiteln 5 und 6 der Versuch einer Typisierung vorgenommen wird. Die Ergebnisse werden anschließend in Bezug gesetzt zu den diskutierten Abschaffungs- bzw. Kompetenzlösungen für Heilpraktiker*innen mit umfassender Erlaubnis sowie zur Diskussion um sektorale Heilkundeerlaubnisse (Kapitel 7 und 8).

⁵¹⁶ BVerwG, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, BVerwGE 4, S. 250.

⁵¹⁷ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

⁵¹⁸ BVerfG, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30.

⁵¹⁹ BVerfG, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125.

⁵²⁰ u.U.: Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb; krit. Epping, Grundrechte Rdnrn. 450, 456

⁵²¹ Kein Eingriff bei indikationsloser Medizin: Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 107

⁵²² Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem S. 107-110; Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin Rdnr. 156

⁵²³ Keine gleichberechtigte Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung: BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvL 8/82, BVerfGE 78, 165 ff. = NJW 1988, 2293 ff.; BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, S. 155 = MedR 1988, 304-306.

1. Bedeutung und systematische Stellung von Art. 12 Abs. 1 GG

1.1 Bedeutung

Die Berufsfreiheit gewährleistet einen zentralen Bereich der Persönlichkeitsentfaltung, zu der auch die individuelle wirtschaftliche Verwirklichung gehört, und sichert – zusammen mit den europarechtlichen Vorgaben⁵²⁴ – den Bestand einer freiheitlichen, auf privater Initiative und Betätigung beruhenden Wirtschaftsordnung.⁵²⁵

1.2 Systematische Stellung von Berufswahl und Berufsausübung

Es handelt sich um ein einheitliches Freiheitsrecht.⁵²⁶ Das bedeutet: jede deutsche Person hat das Recht auf freie Berufswahl und freie Berufsausübung, ohne jedoch zugleich ein den Staat verpflichtendes Recht zu haben, im jeweils frei gewählten Beruf auch wirklich Arbeit, Wirkungsbereich oder Verdienst zu finden.

Auch wenn der Wortlaut des Art. 12 Abs. 1 in Satz 1 bzw. Satz 2 GG zwischen Berufswahl und Berufsausübung differenziert, stehen beide Teilbereiche in einem derartig engen funktionalen Zusammenhang, dass nicht von zwei unterschiedlichen Grundrechten gesprochen werden kann, sondern von Phasen einer einheitlichen Freiheitsgewährung: Angefangen von der freien Wahl der Ausbildungsstätte und der damit verbundenen Wahl einer bestimmten Berufsausbildung garantiert Art. 12 Abs. 1 GG der einzelnen Person die freie Entscheidung darüber, welchen Beruf sie ergreifen, wie, wann und wo sie ihn ausüben will und welchen Arbeitsplatz sie zu ihrer Ausübung und späteren Berufstätigkeit wählt.⁵²⁷

Aus der Einheitlichkeit der Berufsfreiheit folgt die vom Bundesverfassungsgericht im sog. Apothekenurteil⁵²⁸ begründete Stufentheorie, denn wenn das Grundrecht als Einheit

⁵²⁴ dazu: *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 12-17.

⁵²⁵ *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 18-27; *Kirste*, Berufsfreiheit, in: Huster/Zintl, Verfassungsrecht nach 60 Jahren, S. 18–23.

⁵²⁶ *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff.; *Kloepfer/Greve*, Staatsrecht kompakt Rdnr. 630

⁵²⁷ *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 18-27; *BVerfG*, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

⁵²⁸ *BVerfG*, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

verstanden wird, ist auch die Berufswahl einschränkbar. Allerdings sieht Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG bei der Berufsausübung einschränkende Regelungen durch oder aufgrund eines Gesetzes vor, für die Berufswahl augenscheinlich hingegen nicht. Weil aber hinsichtlich einzelner Bestimmungen oder Beschränkungen zwischen Berufswahl und Berufsausübung oftmals nicht definitiv unterschieden werden kann⁵²⁹, setzt sich die einheitliche Grundrechtsgewährleistung in einem einheitlichen Schrankenvorbehalt fort – freilich nicht ohne die vom Grundgesetz vorgegebene Differenzierung ganz aufzugeben. Das Kriterium für Einschränkungen dieses Grundrechts ist damit das Übermaßverbot und ein besonderer, nach den Teilgewährleistungen des Grundrechts ausgerichteter Verhältnismäßigkeitsmaßstab. Danach müssen Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG stets auf der Stufe vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Berufsfreiheit mit sich bringt; die nächst höhere Stufe der Berufswahl darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden Stufe nicht wirksam bekämpft werden können.⁵³⁰

Die Berufsfreiheit ist also kein schrankenloses, aber doch ein Freiheitsrecht. Daraus folgt: Wenn schon der Gesetzgeber – wie bei der Heilkundeerlaubnis - ein Berufsverbot ausspricht und gleichzeitig eine Berufstätigkeit unter den Vorbehalt seiner Erlaubnis stellt, besteht ein Rechtsanspruch der Grundrechtsträger*innen auf Erlaubniserteilung, wenn dies dem Schutzzweck des Verbots nicht entgegensteht.⁵³¹

Bei dem Grundrecht des Art. 12 Abs. 1 GG handelt es sich um eine bereichsspezifische Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts. Dieses in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 GG verankerte Grundrecht wurde hier bereits zur Begründung des Selbstbestimmungsrechts der Patient*innen angeführt.⁵³² Damit liegt die Annahme auf der Hand, dass die Berufsfreiheit der

⁵²⁹ BVerfG, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30; BVerfG, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125.

⁵³⁰ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377; Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 18-27.

⁵³¹ Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 18-27.

⁵³² 3. Teil: A.2.1 Der Schutzbereich, S. 131

Heilkundigen mit der Autonomie der Patient*innen korrespondiert⁵³³: Der grundrechtliche Schutz des Handelns des einen ist die Voraussetzung für die Ausübung eines Grundrechts durch den anderen.⁵³⁴

Im Folgenden werden die vorstehend geschilderten, diversen Möglichkeiten mit den für die Berufsfreiheit und ihre Einschränkung vorhandenen Maßstäben gemessen. Zunächst wird danach gefragt, ob die Berufsfreiheit einer Person, die Alternativheilkundliche Methoden einsetzt, überhaupt verfassungsrechtlich geschützt ist. Dann wird nach der Kompetenz des Gesetzgebers gefragt, in die Berufsfreiheit einzugreifen. Beides – die Reichweite des Schutzes wie auch die Möglichkeiten seiner Einschränkung - hängt womöglich von der tradierten Vorstellung und der normierten Fixierung von Berufsfeldern in der Heilkunde ab. Deshalb werden traditionell typische Tätigkeiten sowie der rechtliche Rahmen für diejenigen aufgezeigt, die eigenverantwortlich und weisungsfrei oder auch fremdverantwortet und weisungsabhängig – wenn es dieses Gegensatzpaar gibt – die Heilkunde i.w.S. ausüben.

2. Der persönlicher Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

Der Schutz der Berufsfreiheit ist gem. Art. 12 Abs. 1 S. 1 GG nur Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG vorbehalten. Für natürliche Personen, die nicht deutsche Staatsangehörige sind, greift der Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit entsprechend, Art. 2 Abs. 1 GG. Für juristische Personen des Zivilrechts mit Sitz im Inland ist hingegen das speziellere Grundrecht anwendbar. Dem verfassungsrechtlichen Berufsbegriff liegt – wie sogleich auszuführen ist – ein weites, nicht personal gebundenes Begriffsverständnis zugrunde, so dass es gem. Art 19 Abs. 3 GG seinem Wesen nach auch für sie bestimmt ist. Dies gilt, soweit die

⁵³³ BVerfG, Beschl.v. 25.07.1979 – 2 BvR 878/74 – BVerfGE 52, 131 ff., Rdnr. 116 des juris-Abdrucks: Ohne die Beachtung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten lässt sich die ärztliche Aufgabe nicht erfüllen.

⁵³⁴ BVerfG, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris Rdnr. 331

Berufstätigkeit in gleicher Weise von einer juristischen wie von einer natürlichen Person ausgeübt werden kann.⁵³⁵

3. Der sachliche Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG

3.1 Der verfassungsrechtliche Begriff des Berufes

Verfassungsrechtlich zentraler Bezugspunkt ist der Begriff des Berufes, der als auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage verstanden wird.⁵³⁶

Art. 12 Abs. 1 GG schützt die Freiheit der Bürger*innen, jede Tätigkeit, für die sie sich geeignet glauben, als Beruf zu begreifen, d.h. zur Grundlage ihrer Lebensführung zu machen und damit ihren Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung selbst zu bestimmen. Diese Definition ist weit auszulegen. Sie umfasst nicht nur alle Berufe, die sich in bestimmten, traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbildern darstellen, sondern auch die vom Einzelnen frei gewählten untypischen Betätigungen, aus denen sich dann wieder neue, feste Berufsbilder ergeben mögen.⁵³⁷

Der Bezug zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht bestätigt sich, in dem auch die Berufsfreiheit nicht erst vom Staat verliehen werden muss, sondern im Rechtssubjekt verankert ist. Berufliche Inhalte und Ausübungsformen werden primär von ihm selbst bestimmt.⁵³⁸

3.2 Alternativheilkunde und Heilpraktiker*innen

Für den heilkundlichen Bereich ist vorab die Frage zu beantworten, ob Personen, die die Alternativheilkunde ausüben, die Berufsfreiheit wie die in der Schulmedizin Tätigen beanspruchen können. Das ist im Ausgangspunkt wegen der Weite des Verständnisses von einem verfassungsrechtlich geschützten Beruf der Fall. Die Tätigkeit in der Alternativheilkunde

⁵³⁵ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris.

⁵³⁶ seit *BVerfG*, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, S. 377 ständige Respr.

⁵³⁷ *BVerfG*, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, S. 377 Rdnr. 55 ff. des juris-Dokumentes; *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris Rdnr. 310

⁵³⁸ *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, *NJW* 1994, 2913 ff.

ist also nicht vom verfassungsrechtlichen Schutzbereich ausgenommen. Es spielt deshalb im Grundsatz keine Rolle, ob die heilkundige Person die Alternativheilkunde ausschließlich oder komplementär zur Schulmedizin, haupt- oder nebenberuflich ausübt.

Ein gesetzliches Verbot existiert für die Alternativheilkunde nicht. Und selbst wenn es existierte: noch nicht einmal ein einfachgesetzliches Verbot wie etwa die geschäftsmäßige Förderung der Suizids schließt die insoweit Berufstätigen von dem verfassungsrechtlichen Schutzbereich aus, denn anderenfalls hätte der Gesetzgeber es selbst in der Hand, durch eine einfachgesetzliche Regelung das Verfassungsrecht zu bestimmen.⁵³⁹

Es ist im Übrigen irrelevant, ob die berufliche Tätigkeit einen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung ergibt.⁵⁴⁰ Eine Versagung des freiheitlichen Schutzes kommt nach ständiger Rechtsprechung nur hinsichtlich solcher Tätigkeiten in Betracht, die schlechterdings sozial- oder gemeinschädlich sind. Dafür gibt es in diesem Bereich keine durch Fakten belegte Anhaltspunkte.

Mit dieser Überlegung sind alle Berufe verfassungsrechtlich unabhängig davon geschützt, ob und inwieweit sie normativ als Berufsbild fixiert sind oder nicht. Heilpraktiker*innen, die sich jedenfalls dem Feld der heilkundlichen Berufe zuordnen lassen, sind deshalb vom Schutz der Berufsfreiheit voll erfasst.⁵⁴¹

⁵³⁹ *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris Rdnr. 330

⁵⁴⁰ *BVerwG*, Urt. v. 04.11.65 - I C 6/63, *BVerwGE* 22, S. 286; Astrologie; Geistheilung: *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, *MedR* 2005, S. 35; *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, *NJW* 2004, S. 2890 auch Prostitution: *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 12 GG Rdnr. 28-46.

⁵⁴¹ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, *BVerfGE* 78, S. 155 = *MedR* 1988, 304-306.; *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1006/99 -, *MedR* 1999, S. 461 = *NJW* 1999, 2729.; *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - - 1 BvR 1453/99 -, *NJW* 2000, 1779 m. Anm. *Stock MedR* 2003, 554 ff.; *BVerwG*, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, *BVerwGE* 4, S. 250.

4. Die Gesetzgebungskompetenz nach der Lehre von den Berufsbildern

4.1 Grundlegendes zur Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers

Die Kompetenz des Gesetzgebers zu Eingriffen in die Berufsfreiheit folgt aus der in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG festgelegten Regelungsbefugnis, welche sich in unterschiedlicher Intensität auf Eingriffe in die Berufsausübung und die Berufswahl erstreckt. Immer geht es darum, die berufliche Freiheit des Einzelnen in Einklang zu bringen mit den Gemeinwohlinteressen oder den Interessen anderer Grundrechtsträger*innen.⁵⁴²

In die Berufsfreiheit kann der Staat sowohl durch Regelungen eingreifen, die gezielt auf das Recht gerichtet sind, einen Beruf zu ergreifen oder auszuüben, als auch durch solche ohne berufsregelnde Tendenz, die aber gleichwohl den Schutzbereich des Grundrechts nicht nur unerheblich beeinträchtigen und zugleich einen konkreten, abgrenzbaren Personenkreis betreffen. Darüber hinaus bietet das Grundrecht auch Schutz vor faktischen, also nicht normativen Eingriffen, es sichert vor staatlicher Einflussnahme in die Wettbewerbsfreiheit und – mehr noch – schützt vor Missbrauch im Marktverhalten der Konkurrenz.⁵⁴³

Damit sind grundsätzlich alle bisher aufgezeigten Möglichkeiten⁵⁴⁴, die Heilpraktikerberufe zu regulieren, eröffnet.

4.2 Berufsbilder und -felder mit und ohne Normierung

4.2.1. Berufsbilder

Schon in dem Apothekenurteil hatte das Bundesverfassungsgericht differenziert zwischen frei gewählten, untypischen und bestimmten traditionellen sowie rechtlich fixierten Berufsbildern.⁵⁴⁵ Diese Unterscheidung hat nach der daraus entwickelten Lehre von den Berufsbildern maßgebliche Bedeutung für die Bemessung der Intensität des Eingriffs in den Schutzbereich und für die Kompetenz des Gesetzgebers, bestimmte Berufsbilder

⁵⁴² BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377; BVerfG, Beschl. v. 17.07.61 - 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, S. 97 = NJW 1961, 2011.

⁵⁴³ Kluth, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Jura 2001, S. 371.

⁵⁴⁴ 3. Teil: A.2.3.3 Geeignetheit – Liste möglicher Maßnahmen, S. 153

⁵⁴⁵ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

einfachgesetzlich zu normieren und zu fixieren mit der fraglichen Konsequenz, einige Berufsträger*innen zukünftig von der Tätigkeit innerhalb eines rechtlich normierten Berufes auszuschließen. Kurz: von der Ausformung eines Berufsbildes hängt die Frage ab, mit welchem Maß Eingriffe in die Berufsfreiheit gerechtfertigt werden können.

4.2.1.1 Tradierte und rechtlich normierte Berufsbilder

Die Bezeichnung als Berufsbild weckt die Vorstellung von typischen Merkmalen, die einer Tätigkeit oder Berufsgruppe soziologisch oder traditionell zugeschrieben werden. Sie sind im Ursprung keine juristischen, dienen aber im Rechtsleben zur Verständigung über bestimmte berufliche oder gewerbliche Inhalte und sind deshalb auch für die Beschreibung des Schutzzumfangs der Berufsfreiheit unerlässlich. Während die Vorstellung von einem typisierten oder gar normierten Beruf notwendigerweise eine Verengung auf eine bestimmte Tätigkeit oder Berufsgruppe darstellt, verbürgt der verfassungsrechtlich weite Berufsbegriff die Freiheit, jede Phase des Berufslebens möglichst selbstbestimmt gestalten zu können.

Die Differenzierung zwischen tradiertem und rechtlichem Berufsbild ist von diesem Standpunkt aus gesehen zu eng und missverständlich. Sie ist zu eng, denn der Rückgriff auf Traditionen erweckt den Eindruck, als könne zukünftig nicht ein neuer, außerrechtlicher Beruf erfunden und gestaltet werden. Sie ist missverständlich, denn ein rechtlich wenig geregeltes Berufsbild wie das der Heilpraktiker*innen steht eher für den genuin freiheitlichen Tatbestand des Art. 12 Abs. 1 GG als ein z.B. durch Kammerrecht fixiertes der Ärzteschaft.⁵⁴⁶

4.2.1.2 Heilpraktiker*innen und „Freie Berufe“

Damit könnte die Frage relevant werden, ob es sich bei den Heilpraktiker*innen um Angehörige eines „freien“ Berufes handelt⁵⁴⁷. Zugleich kann die Frage nach der Relevanz dieser Zuschreibung geklärt werden.

⁵⁴⁶ Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 280-287.

⁵⁴⁷ Taupitz, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", NJW 1991, S. 1505, Fußn. 5; Haage, in: Haage, § 1 HeilprG, Rdnr. 7.; Schelling, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdnr. 7-10.; Sasse, Der Heilpraktiker. S. 106, 118; Ehlers, Medizin in den Händen von Heilpraktikern- „Nicht-Heilkundigen“. S. 277. Kern, Die freien Heilberufe und die Freiheit des Arztes, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 13-21.

Zunächst bestätigt sich hier die soziologisch-historische Entstehung von Berufsbildern, denen das Recht gefolgt ist und sein Gepräge gegeben hat, denn die Differenzierung zwischen gewerblichen und freien Berufen dürfte weit vor dem konstitutionellen Recht entstanden sein. Die Wesensmerkmale eines freien Berufs sind demnach ein Maß grundsätzlich-ethischer Berufsauffassung (Berufsethos), ein Maß an besonderer Verantwortung für die Allgemeinheit und ein spezifisches Vertrauensverhältnis zur Mandant- oder Patient*innenschaft, das regelmäßig auch mit persönlicher wirtschaftlicher Risikoübernahme verbunden ist.⁵⁴⁸ Daraus folgt eine unabhängige und eigenverantwortliche Stellung – etwa bei Ärzt*innen, Architekt*innen und Rechtsanwält*innen – die zugleich Folge eines besonders hohen Maßes qualifizierter, wissenschaftlich fundierter Fachkunde ist.⁵⁴⁹

Diese, ursprünglich nicht rechtlichen Besonderheiten hat der Gesetzgeber durch zahlreiche Berufsgesetze vollzogen, u.a. indem er die Tätigkeit der ärztlichen und der anderen Heilberufe von der Anwendung der Gewerbeordnung ausgeklammert hat, § 6 Abs. 1 S. 2 HS 2 GewO⁵⁵⁰, vor allem aber auch landesrechtlich durch Schaffung eigener, berufsständischer Strukturen einschließlich ihrer öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung als Selbstverwaltungskörperschaften (Berufskammern). Ihre Ausrichtung ist – anders als bei den gewerblichen Kammern⁵⁵¹ – fokussiert auf spezifische Berufe. Damit prägen sie das jeweilige Berufsbild rechtlich maßgeblich selbst, denn für die Berufsträger*innen besteht eine Zwangsmitgliedschaft und damit auch eine Verpflichtung, Berufsordnungen, Weiterbildungsordnungen, Ethikrichtlinien usw. einzuhalten.⁵⁵² Die Gemeinwohlbezogenheit dieser Berufskammern wird mit der Normierung von Qualitätsstandards offensichtlich.⁵⁵³ So ist der Erwerb der

⁵⁴⁸ Kern, Die freien Berufe, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 1-12.

⁵⁴⁹ Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 268-274.

⁵⁵⁰ Damit dürfte die Ausübung der Heilkunde auch keine gewerbliche sein, wie nach dem Wortlaut des § 1 HeilprG denkbar wäre. Ein Gewinnerzielungsabsicht wird nicht vorausgesetzt: OVG NRW, Urteil v. 02.12.98 - 13 A 5322/96, MedR 2000, 46-49 ("Reiki-Spende").

⁵⁵¹ BVerfG, Beschl. v. 12.07.17 - 1 BvR 2222/12, BVerfGE 146, S. 164.

⁵⁵² Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 268-274.

⁵⁵³ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

Facharztqualifikation oder von Fachanwaltschaften im Wesentlichen das Ergebnis berufsständischer Normsetzungen.⁵⁵⁴

Für die Heilberufe wurden mit Ausnahme der Heilpraktiker*innen derartige Berufskammern gebildet, nicht aber für die Gesundheitsfachberufe⁵⁵⁵. Generell verfügen Bundes- wie Landesgesetzgeber über einen breiten Gestaltungsspielraum, ob und welche Berufe sie für eine derartige standesrechtliche Ausformung vorsehen. Das Merkmal eines freien Berufes mag dafür typisch, nicht aber Voraussetzung sein. Weder existiert eine normativ-eindeutige Beschreibung dessen, was einen freien Beruf ausmacht, noch eine solche, die den Berufsangehörigen daraus verfassungsrechtlich besondere Garantien einräumt.⁵⁵⁶

So obliegt es eher einer politischen denn einer rechtlichen Einschätzung, ob der Beruf der Heilpraktiker*innen als freier Beruf angesehen werden könnte: dafür sprechen wohl das besondere Vertrauensverhältnis zur Patient*innenschaft, da es wie bei Ärzt*innen durch den Behandlungsvertrag nach §§ 630a ff. BGB geprägt ist, sowie die persönliche wirtschaftliche Risikoübernahme, dagegen jedoch das Fehlen einer Ausbildungs- und Prüfungsordnung und spezifischer beruflicher Standards.⁵⁵⁷

Bei Licht betrachtet, sind Heilpraktiker*innen in ihrer Berufsausübung, aber auch z.B. ihrer Altersvorsorge viel ungebundener als die Angehörigen aller anderen (freien) Heilberufe, denn es bestehen keine Zwangsmitgliedschaften.⁵⁵⁸ Verfassungsrechtlich jedenfalls lassen sich

⁵⁵⁴ *BVerfG*, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, *BVerfGE* 33, S. 125 Die statusbildenden Bestimmungen erfolgen durch die Landesgesetzgeber.

⁵⁵⁵ Ausnahme je nach Landesrecht: Pflegeberufskammern; *Kirchhoff*, Die Pflegekammer – lästiges Übel oder Professionalisierung der Pflege?, *RdG*, S. 12; *Westerfellhaus*, Ein Plädoyer für die Einrichtung einer Pflegekammer, *RdG* 2019, S. 18.

⁵⁵⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 25.02.60 - 1 BvR 239/52, *BVerfGE* 10, S. 354; *BVerfG*, Beschl. v. 29.12.04 - 1 BvR 113/03, *NVwZ-RR* 2005, S. 297; *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 12 GG Rdnr. 268-274.

⁵⁵⁷ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

⁵⁵⁸ *Taupitz*, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", *NJW* 1991, S. 1505 Fußn. 5

weder für noch gegen die Reichweite des Schutzbereiches der Berufsfreiheit aus dem Merkmal eines „freien“ Berufes Erkenntnisse gewinnen.⁵⁵⁹

4.2.2. Berufsfelder

Das Gegensatzpaar eines tradierten bzw. normierten Berufsbildes ist um den Begriff des Berufsfeldes zu erweitern. Das ist zum einen dem Umstand der soziologischen Entstehung von Berufen geschuldet, die sich überwiegend aus der Veränderung einer schon tradierten Tätigkeit entwickeln. Gleichzeitig lässt sich mit dieser Erweiterung auch ein unterschiedlicher Grad von Normierung beschreiben. So kann die Aussage getroffen werden, dass die Rechtsberatung rechtlich geregelt und mit dem Berufsbild der Rechtsanwaltschaft fixiert ist. Bei der Sozialberatung handelt es sich dagegen eher um ein Berufsfeld, das nur teilweise normiert ist.

Mit der kollektiven freiheitlichen Betätigung entstehen zunächst rein soziologisch-traditionell typische oder untypische Vorstellungen von beruflicher Betätigung, die erst in einem zweiten Schritt rechtlich nachvollzogen werden. Dies geschieht nicht zwingend und nicht mit der gleichen Intensität. So gibt es für das der Heilkunde benachbarte Feld der Sozialen Arbeit die gesamte Bandbreite beruflicher Normsetzung von der Nullvariante – keine Regulierung etwa für den Bereich der „Beratung“, des „Coaching“ – über gelegentliche Erwähnung („Supervision“⁵⁶⁰, „Betreuung“⁵⁶¹, „Fachkraft in der Jugend“⁵⁶² oder Eingliederungshilfe⁵⁶³)

⁵⁵⁹ BVerfG, Beschl. v. 12.01.16 - 1 BvL 6/13, BVerfGE 141, S. 82 Das Sozietätsverbot zwischen Rechtsanwält*innen, Ärzt*innen und Apotheker*innen wurde aufgehoben, weil es für ein Berufsspezifikum – der Unabhängigkeit von Rechtsanwält*innen – wegen der ebenso normierten Besonderheiten der beiden Heilberufe nicht erforderlich war. Der Status freier Berufe, die sich hier zusammenschließen wollten, war demgegenüber nicht maßgeblich.

⁵⁶⁰ Nachweise rechtlicher Normierung von Supervision bei: Stock, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren S. 97 bis 9

⁵⁶¹ §§ 1896 ff. BGB

⁵⁶² § 72 SGB VIII

⁵⁶³ § 97 SGB IX

bis hin zu förmlicher Regulierung („Mediation“⁵⁶⁴) und staatlicher Anerkennung („Sozialarbeiter*in“⁵⁶⁵).⁵⁶⁶

Daraus ist der Unterschied zwischen soziologisch-traditioneller Berufsfeldbeschreibung und normativer Berufsbildfixierung zu verdeutlichen: auf Landesebene ist das Bild der Sozialarbeiter*innen dadurch fixiert, dass ein Studium der Sozialen Arbeit absolviert worden sein muss, bevor die staatliche Anerkennung verliehen und die entsprechende Berufsbezeichnung geführt werden kann. Was aber beispielsweise die Schweigepflicht angeht, nennt § 203 Abs. 1 StGB sowohl das Berufsbild („Sozialarbeiter*in mit staatlicher Anerkennung“) in Nr. 6 als auch Teile des Berufsfeldes in Nrn. 4 und 5 (Ehe-, Familien-, Erziehungs-, Jugend-, Sucht- und Schwangerschaftskonfliktberatung⁵⁶⁷).

Eine ähnliche Unterscheidung ist für den Bereich der Heilkunde zu treffen: Hier finden sich der Arztberuf, dessen Normierung, etwa durch das Kammerrecht, aber auch das Sozialrecht am weitesten fortgeschritten ist, neben den Gesundheitsfachberufen, die ebenso jeweils durch Ausbildungs- und Prüfungsordnungen sowie durch staatliche Anerkennungen fixierte Berufsbilder und geschützte Berufsbezeichnungen nachweisen können. Heilpraktiker*innen absolvieren demgegenüber keine rechtlich geregelte Ausbildung und keine staatliche Prüfung. Ein rechtlich normiertes Berufsprofil fehlt vollständig. Das wurde mit der Bestimmung einzelner Tätigkeiten als heilkundliche deutlich, die aber nicht generell mit beruflichen Tätigkeiten von Heilpraktiker*innen zu verwechseln sind.⁵⁶⁸ Allein die Ausübung von Heilkunde führt deshalb noch nicht zu einer irgendwie gearteten Fixierung. Deshalb spricht

⁵⁶⁴ MediationsG

⁵⁶⁵ Sozialberufe-Anerkennungsgesetze der Bundesländer; vgl. aber die Differenzierung zwischen Berufsfeld und Berufsbild: *BVerfG*, Beschluss v. 19.07.72, *BVerfGE* 33, 367 ff. = *NJW* 1972, 2214. *Scholz*, in: *Maunz/Dürig/Herzog*, Art. 12 GG Rdnr. 280-287.

⁵⁶⁶ *Stock/Schermaier-Stöckl/Klomann u. a.*, *Soziale Arbeit und Recht*, 394 ff.

⁵⁶⁷ Es fehlen die Bereiche der Migrations- und Pflegeberatung sowie Coaching und Supervision u.a. *Stock/Schermaier-Stöckl/Klomann u. a.*, *Soziale Arbeit und Recht*, S. 408–410.

⁵⁶⁸ 3. Teil: A.1.3.2 Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten, S. 100

auch das Bundesverfassungsgericht von dem Berufsfeld der Heilpraktiker*innen.⁵⁶⁹ Nach der Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse muss es heute als heterogen bezeichnet werden.

4.3 Zur Regelungskompetenz des Gesetzgebers je nach Eingriffsintensität

Nun ist die Reichweite der Berufsfreiheit gegenüber der Kompetenz des Gesetzgebers auszuloten, bestimmte Berufsbilder festzulegen. Für ihn ergibt sich die Notwendigkeit, zur Sicherung der Grundrechte und des Gemeinwohls überhaupt Regeln aufzustellen. Damit verbunden muss das Recht sein, Berufsbilder so zu normieren und zu fixieren, dass alle Personen zukünftig von der Aufnahme dieses Berufes ausgeschlossen sind, die die zum Schutz der Grundrechte aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen.

In dem sog. Handwerksbeschluss⁵⁷⁰ ging es um die Frage, wo für den Gesetzgeber die Grenzen verlaufen, eine Berufsbildfixierung vorzunehmen. Regelt der Gesetzgeber letztlich nur das, was sich aus einem ohnehin klar zusammenhängenden, von anderen Tätigkeiten deutlich abgrenzbaren Sachverhalt ergibt, folgt er dem traditionellen oder soziologischen Befund und schränkt insoweit keine bestehenden Freiheiten ein.⁵⁷¹ Darüber hinaus könne der Gesetzgeber jedoch auch bestimmte „Gemeinschaftsinteressen zum Anlass von Berufsregelungen nehmen, die ihm nicht in diesem Sinne vorgegeben sind, die sich vielmehr erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt“.⁵⁷²

Dieser Ansatz rechtfertigte beispielsweise 1998/99 die Schaffung der beiden Psychotherapeutenberufe. Gegen ihn ist, was die Kompetenz zur Regelung und Schaffung neuer Berufsbilder angeht, nichts einzuwenden, schließlich muss der Gesetzgeber auch dazu in der Lage sein, eine umstrittenen Entwicklung selbst zu gestalten. Psychotherapeutische

⁵⁶⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

⁵⁷⁰ BVerfG, Beschl. v. 17.07.61 - 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, S. 97 = NJW 1961, 2011.

⁵⁷¹ Typisches Beispiel hierfür ist die Einführung der Normen zum Behandlungsvertrag, §§ 630a ff. BGB, die aus Sicht der Heilkundigen ganz überwiegend nur die bestehende Rechtsprechung fixiert haben. Aus Sicht der Patient*innen jedoch wurde ein „Patientenrechtegesetz“ kodifiziert.

⁵⁷² BVerfG, Beschl. v. 17.07.61 - 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, S. 97 = NJW 1961, 2011.

Behandlungen wurden damals etwa zur Hälfte durch Psycholog*innen, Pädagog*innen u.a. durchgeführt und von den Krankenkassen auch ohne ärztliche Verordnung erstattet. Dieser normativen Kraft des Faktischen ist der Gesetzgeber gefolgt, indem er den bis dahin rechtlich bestehenden Arztvorbehalt aufhob und den Psychotherapeut*innen berufs- und sozialrechtlich einen den Ärzt*innen vergleichbaren Status verlieh.⁵⁷³

4.3.1. Die Stufentheorie

4.3.1.1 Zum Verhältnis zwischen dem Grundrecht und der Regelung von Berufen

In dem Apothekenurteil hat sich das Bundesverfassungsgericht⁵⁷⁴ mit der Frage befasst, was es eigentlich für den Gesetzgeber heißt, einen Beruf zu „regeln“: Es bedeute nicht, dass er den Inhalt des Grundrechts erst konstitutiv bestimmen dürfe. Bei einer solchen Interpretation werde die Berufsfreiheit entwertet, indem ihr Gehalt ganz dem Ermessen des Gesetzgebers überantwortet würde. Wenn sich der Gesetzgeber in dem grundrechtsgeschützten Raum bewege, müsse er die Bedeutung des Grundrechts in der sozialen Ordnung zum Ausgangspunkt seiner Regelung nehmen. Nicht er bestimme frei den Inhalt des Grundrechts, sondern umgekehrt könne sich aus dem Gehalt des Grundrechts eine inhaltliche Begrenzung seines Gesetzgebungsermessens ergeben.

An sich enthalte jede Regelung auch das Sichtbarmachen von Grenzen. Doch deute der Ausdruck "regeln", den der Grundgesetzgeber in Art. 12 Abs. 1 GG offenbar bewusst statt des in den Grundrechtsbestimmungen sonst üblichen "beschränken" oder "einschränken" gebrauche, darauf hin, dass eher an eine nähere Bestimmung der Grenzen von innen her, d. h. der im Wesen des Grundrechts selbst angelegten Grenzen, gedacht ist als an Beschränkungen, durch die der Gesetzgeber über den sachlichen Gehalt des Grundrechts selbst verfügen, seinen natürlichen Geltungsbereich von außen her einengen würde.

Von dieser Grundannahme sowie der Überlegung ausgehend, dass eine Regelung der Berufswahl schon nach dem Wortlaut des Grundgesetzes strengeren Anforderungen

⁵⁷³ BVerfG, Beschl. v. 16.03.00 - 1 BvR 1453/99 -, NJW 2000, 1779 m. Anm. Stock MedR 2003, 554 ff.; Stock, Erste Rechtsprechung zum Psychotherapeutengesetz, NJW 1999, S. 2753.

⁵⁷⁴ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

unterliegen muss als eine solche der Berufsausübung, hat das Bundesverfassungsgericht die folgende Stufentheorie entwickelt:⁵⁷⁵

„Das Grundrecht soll die Freiheit des Individuums schützen, der Regelungsvorbehalt ausreichenden Schutz der Gemeinschaftsinteressen sicherstellen. Aus der Notwendigkeit, beiden Forderungen gerecht zu werden, ergibt sich für das Eingreifen des Gesetzgebers ein Gebot der Differenzierung etwa nach den folgenden Grundsätzen:

- a) Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls es zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, weil etwa übermäßig belastender und nicht zumutbarer Auflagen.
- b) Die Freiheit der Berufswahl darf nur eingeschränkt werden, soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert. Ist ein solcher Eingriff unumgänglich, so muss der Gesetzgeber stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beschränkt.

- c) Wird in die Freiheit der Berufswahl durch Aufstellung bestimmter Voraussetzungen für die Aufnahme des Berufs eingegriffen, so ist zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen zu unterscheiden:

für die subjektiven Voraussetzungen <insbesondere Vor- und Ausbildung> gilt das Prinzip der Verhältnismäßigkeit in dem Sinn, dass sie zu dem angestrebten Zweck der ordnungsmäßigen Erfüllung der Berufstätigkeit nicht außer Verhältnis stehen dürfen.

An den Nachweis der Notwendigkeit objektiver Zulassungsvoraussetzungen sind besonders strenge Anforderungen zu stellen; im Allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diese Maßnahme rechtfertigen können.

- d) Regelungen nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG müssen stets auf der "Stufe" vorgenommen werden, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl mit sich bringt; die nächste "Stufe" darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, dass die befürchteten Gefahren mit verfassungsmäßigen Mitteln der vorausgehenden "Stufe" nicht wirksam bekämpft werden können.“⁵⁷⁶

⁵⁷⁵ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

⁵⁷⁶ st. Respr. seit: BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

Es handelt sich um einen von Rechtsprechung und Literatur gleichermaßen akzeptierten und besonderen, nach den Teilgewährleistungen des Grundrechts ausgerichteten Verhältnismäßigkeitsmaßstab mit der Konsequenz, dass die oben geschilderten Prüfungsschritte der Verhältnismäßigkeit ihre Gültigkeit behalten.⁵⁷⁷

4.3.1.2 Berufsausübungsregelungen

Für die Stufe der Berufsausübung genügen vernünftige Gemeinwohlerwägungen zur Rechtfertigung eines Eingriffs. Die Berufsausübung betrifft die Modalitäten (das „Wie“), in denen sich die berufliche Tätigkeit vollzieht. Für die Abgrenzung zur Berufswahl ist entscheidend, dass der Einzelne weder davon abgehalten wird, den Beruf zu ergreifen, noch dazu gezwungen, den Beruf aufzugeben.⁵⁷⁸ Die Ansiedlung der Berufsausübung auf einer niedrigeren Bedeutungsstufe als der Berufswahl darf freilich nicht dazu führen, dass sich die Ausrichtung an „vernünftigen Gemeinwohlerwägungen“ auf eine reine Vertretbarkeitsprüfung reduziert.⁵⁷⁹ Nach dem schon zu Art. 2 Abs. 1 GG Gesagten ist ein gerade verfassungsrechtlich vorgegebener Zweck erforderlich, der den Eingriff rechtfertigen könnte.⁵⁸⁰ So erfüllte das Sozietätsverbot der Anwaltschaft gegenüber der Apotheker- und Ärzteschaft zwar den Zweck, insbesondere die anwaltliche Verschwiegenheit sicherzustellen, eine für das Funktionieren der Rechtspflege vernünftige Erwägung. Das Verbot von interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaften war jedoch in weiten Teilen nicht erforderlich und im Übrigen auch nicht angemessen.⁵⁸¹

4.3.1.3 Berufswahlregelungen

Die Berufswahl betrifft das Recht des Einzelnen, überhaupt den Beruf auszuüben (das „Ob“). Dabei wird zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen unterschieden:

⁵⁷⁷ Wo sich deutsche und europäische Staatsangehörige auf Art. 12 Abs. 1 bzw. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG berufen, werden sie häufig gemeinsam geprüft, vgl. zuletzt *BVerfG*, Urt. v. 26.02.20 - 2 BvR 2347/15, 2 BvR 651/16, 2 BvR 1261/16, 2 BvR 1593/16, 2 BvR 2354/16 u.a., juris 3. Teil: A.2.3 Zur Verhältnismäßigkeit von Eingriffen in das Heilpraktikerrecht, S. 147

⁵⁷⁸ *Epping*, Grundrechte. Rdnr. 411

⁵⁷⁹ *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff.

⁵⁸⁰ 3. Teil: A.2.3.1 Verfassungsrechtlich legitimer Zweck S. 148

⁵⁸¹ *BVerfG*, Beschl. v. 12.01.16 - 1 BvL 6/13, BVerfGE 141, S. 82.

bezieht sich die Zulassungsbeschränkung auf die Person des- oder derjenigen, die den Zugang wünscht, handelt es sich um eine subjektive Zulassungsbeschränkung, wobei es nicht darauf ankommt, ob die Person das Vorliegen der Voraussetzung überhaupt beeinflussen kann. Insoweit handelt es sich bei der Erlaubnispflicht nach § 1 Abs. 1 HeilprG um eine subjektive Zulassungsvoraussetzung, denn die Berufstätigkeit hängt von Voraussetzungen, u.a. dem Bestehen der Überprüfung nach § 2 HeilprG oder der ärztlichen Approbationsprüfung ab, die die antragstellende Person erfüllen muss. Auch § 2 Abs. 1 S. 1 i) HeilprGDV_1 ist eine solche subjektive Zulassungsschranke, denn sie konkretisiert, wenn auch unbestimmt, die Prüfungsvoraussetzungen.

Wird hingegen der Zugang zum Beruf an Voraussetzungen geknüpft, die außerhalb der berufswilligen Person liegen, handelt es sich um eine objektive Zulassungsvoraussetzung, deren Rechtfertigung nur mit der Abwehr schwerer, nachweisbarer bzw. höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Schutz eines überragend wichtigen Gemeinschaftsgutes und zwingender Erforderlichkeit gerechtfertigt werden kann. Eine solche objektive Zulassungsvoraussetzung ist beispielsweise das Verbot eines ganzen Berufsstandes⁵⁸², die Sperrung eines Studiengangs unabhängig von einem numerus clausus⁵⁸³ oder der Ausschluss privater Anbieter vom Rettungsdienst⁵⁸⁴.

4.3.1.4 Das Berufsbild als Unterscheidungsmerkmal

Für die genaue Beantwortung der Frage, ob eine Berufsausübungs- oder eine Berufswahlregelung betroffen ist, dürfte das Verständnis von einem normativen Berufsbild maßgeblich sein.

Dies kann am Beispiel der Kassenarzt-Entscheidung verdeutlicht werden. Es ging um die Frage, ob die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung für einen approbierten Arzt eine Berufswahl- oder eine Berufsausübungsregelung ist. Wäre ein „Kassenarzt“ ein eigenständiger Beruf, dann ist die Zulassung zur Versorgung gesetzlich Krankenversicherter eine

⁵⁸² Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art 12 GG Rdnr. 363-381.

⁵⁸³ BVerfG, Urt. v. 18.07.72 - 1 BvL 32/70, BVerfGE 33, S. 303.

⁵⁸⁴ BVerfG, Beschl. v. 08.06.10 - 1 BvR 2011/07, BVerfGE 126, S. 112.

Kontingentierung und damit eine Zulassungsschranke.⁵⁸⁵ Wird jedoch die Zulassung zum Versorgungssystem nur als eine Variante der ärztlichen Tätigkeit angesehen, handelt es sich um eine Ausübungsregelung mit anderen, leichteren Rechtfertigungsvoraussetzungen. Rechtlich gesehen, setzt das Berufsrecht – m.a.W. die Erteilung der ärztlichen Approbation – die erste Voraussetzung. Dem folgt die sozialrechtliche Zulassung. Deshalb sind die Zulassungsvoraussetzungen zur vertragsärztlichen Versorgung⁵⁸⁶ lediglich eine Ausprägung des grundlegend berufsrechtlich beschriebenen Berufsbildes und damit Berufsausübungsregelungen.

Mit entsprechender Argumentation wurde auch die Nichtzulassung der Heilpraktiker*innen zur vertragsärztlichen Versorgung als Berufsausübungsregelung angesehen.⁵⁸⁷ Anders als bei den Kassenärzt*innen handele es sich aber nicht um eine Beschränkung, die wegen ihrer wirtschaftlichen Auswirkungen in die Nähe einer Zulassungsregelung käme. Zwar würde die Kassenzulassung den Heilpraktiker*innen zusätzliche berufliche Möglichkeiten eröffnen. Diese Möglichkeiten hätten aber wegen der Tradition und des Selbstverständnisses dieses Berufsstandes bei weitem nicht dieselbe Bedeutung wie bei den Ärzt*innen. Gerade weil die Heilpraktiker*innen herkömmlicherweise und im Bewusstsein ihrer Patient*innen außerhalb der kassenärztlichen Versorgung tätig würden, seien sie nicht in gleichem Maße wie die Ärzteschaft auf eine Kassenzulassung angewiesen.⁵⁸⁸

Mit dieser unterschiedlichen Einschätzung der beiden Berufe kündigt sich eine Differenzierung bei den Abschaffungs⁵⁸⁹ - bzw. Kompetenzlösungen⁵⁹⁰ an.

⁵⁸⁵ *Kirste*, Berufsfreiheit, in: Huster/Zintl, Verfassungsrecht nach 60 Jahren, S. 18–23. *Epping*, Grundrechte. Rdnr. 415

⁵⁸⁶ *BVerfG*, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30 ähnlich auch: „Facharztbeschluss“: *BVerfG*, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125.

⁵⁸⁷ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, S. 155 = MedR 1988, 304-306.

⁵⁸⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, BVerfGE 78, S. 155 = MedR 1988, 304-306.

⁵⁸⁹ 3. Teil: B.8.1.2.1 Arztberuf, S. 231

⁵⁹⁰ *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens, S. 51; 3. Teil: B.7.2 Zur Abschaffung des Heilpraktikerberufs, S. 221

4.3.2. Zum Willkürmaßstab bei der Eingriffsrechtfertigung

Die eigentliche Kritik an der Lehre von den Berufsbildern setzt bei dem Maß gesetzgeberischer Gestaltungskompetenz an, die das Bundesverfassungsgericht den Parlamenten in Bund und Ländern zubilligt.⁵⁹¹ Das Bundesverfassungsgericht habe sich gelegentlich selbst nicht an die vorgegebenen Stufen gehalten.

Handele es sich um die Einschätzung von Gefahren, die die Allgemeinheit bedrohten und um die Beurteilung entsprechender gesetzgeberischer Maßnahmen, soll der Einschätzungs- und Prognosespielraum des Gesetzgebers erst überschritten sein, „wenn die gesetzgeberischen Erwägungen so fehlsam sind, dass sie vernünftigerweise keine Grundlage für derartige Maßnahmen abgeben können“.⁵⁹² Dieser Willkürmaßstab entferne sich nach der wohl herrschenden Meinung in der Literatur weit von der sog. Stufentheorie und dem besonderen, nach den Teilgewährleistungen des Grundrechts ausgerichteten Verhältnismäßigkeitsmaßstab.⁵⁹³ Vor allem, nachdem der Gesetzgeber mit der Fixierung bestimmter Berufsbilder die Voraussetzungen einer freiheitlichen Berufsausübung unterstützt habe, wird eine stärkere verfassungsrechtliche Kontrolle gefordert, wenn er sie anschließend wieder öffnet und unter teilweisem Ausschluss Berufstätiger neu gestaltet.

Als Beispiel nennt *Scholz*⁵⁹⁴ eine Berufsbildmonopolisierung, die mit einer Berufsbildfixierung verbunden ist. Ähnliches gelte für den Übergang von traditionellen zu rechtlich normierten Berufsbildern. Der in manchen Entscheidungen sehr breit gezogene Gestaltungsspielraum sei

⁵⁹¹ *Epping*, Grundrechte; *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff. *Epping*, GrundrechteRdnr. 416; *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 277 verweist auf einen Beschluss des BVerfG, in dem die Stufentheorie nicht befolgt wird.

⁵⁹² BVerfG, Beschl. v. 17.07.61 - 1 BvL 44/55, BVerfGE 13, S. 97 = NJW 1961, 2011. BVerfG, Beschl. v. 05.05.87 - 1 BvR 724/81, BVerfGE 75, S. 246.

⁵⁹³ *Epping*, Grundrechte; *Hufen*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913 ff. *Epping*, GrundrechteRdnr. 416; *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 277 verweist auf einen Beschluss des BVerfG, in dem die Stufentheorie nicht befolgt wird.

⁵⁹⁴ *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 280-287.

mit der Willkürgrenze zu weit gezogen⁵⁹⁵; manche Autor*innen sprechen von der „Umcodierung“ der individuellen Berufsfreiheit zu einem Gemeinschaftsrecht.⁵⁹⁶

Hier liegt der Bezug zu dem Berufsfeld der Heilpraktiker*innen auf der Hand: Es verfügt über eine lange Tradition, ist aber rechtlich nicht fixiert. Nach Auffassung des Gutachters kann bei einer Neuregelung oder auch Abschaffung der Willkürmaßstab nicht gelten, denn mit den Aussagen zur Überprüfbarkeit des gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums hat das Bundesverfassungsgericht die besondere Differenzierung der Rechtfertigungsgründe nach der Stufentheorie bei Eingriffen in die Berufsfreiheit nicht aufgegeben.⁵⁹⁷ Es geht ausschließlich um die Frage, wie intensiv das Verfassungsgericht die Festlegung der ins Auge gefassten Ziele und die Verhältnismäßigkeit der daraufhin ergriffenen Maßnahmen überprüfen kann. Inzwischen hat es die Formel gefunden, die Überprüfbarkeit richte sich

- nach der Eigenart des in Rede stehenden Sachverhalts,
- den Möglichkeiten, sich ein hinreichendes Urteil zu bilden und
- der auf dem Spiel stehenden Rechtsgüter.⁵⁹⁸

Die Formel wurde wohl zuerst für den Gestaltungsspielraum bei Eingriffen zum Schutz des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit angewendet und später auf Eingriffe in die Berufsfreiheit übertragen. So hat das Bundesverfassungsgericht in der Entscheidung zur Bestätigung der Verfassungsmäßigkeit des Erlaubniszwangs nach dem HeilprG für Diplompsychologen ausgeführt, der Gesetzgeber müsse nicht nur willkürfrei handeln, sondern auch die für dieses Grundrecht geltenden besonderen Ausprägungen des

⁵⁹⁵ a.A. offenbar: *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 275 ff. Er erkennt, dass die von ihm herangezogene Entscheidung lediglich Ausbildungskandidat*innen betraf, so dass schon seine und die Ausführungen des BVerfG zu angeblich nicht notwendigen Tatsachenermittlungen deutlich zu relativieren sind. vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 05.05.87 - 1 BvR 724/81, BVerfGE 75, S. 246.

⁵⁹⁶ *Zuck*, Das Recht der anthroposophischen Medizin Rdnr. 155; *Scholz*, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art. 12 GG Rdnr. 280-287 *Kleine-Cosack*, Zweitberufsfreiheit für alle rechts- und steuerberatenden Berufe, NJW 2018, S. 3273.

⁵⁹⁷ *Kirste*, Berufsfreiheit, in: Huster/Zintl, Verfassungsrecht nach 60 Jahren, S. 18–23.

⁵⁹⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 29.10.87 - 2 BvR 624/83 u.a., BVerfGE 77, S. 170; *BVerfG*, Urt. v. 16.03.04 - 1 BvR 1778/01, BVerfGE 110, S. 141 Sie wird nicht stringent beibehalten: *BVerfG*, Beschl. v. 05.05.87 - 1 BvR 724/81, BVerfGE 75, S. 246.

Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes beachten.⁵⁹⁹ Im Übrigen bestätigt die o.a. Formel die Notwendigkeit, vor einer Neuregelung den Sachverhalt genau zu ermitteln.⁶⁰⁰

4.3.3. Gesetzesvorbehalt und Bestimmtheitsgebot

In Zusammenhang mit den Neuregelungen 2017/18 wurde ausgeführt, Art. 80 Abs. 1 GG sei sowohl eine Konkretisierung des Gewaltenteilungs- als auch des Demokratieprinzips. Beide enthalten den Gesetzesvorbehalt und das Bestimmtheitsgebot als Maßstäbe, die ganz allgemein die Regelungskompetenz des Gesetzgebers betreffen.

4.3.3.1 Der Gesetzes- und Parlamentsvorbehalt

Der Gesetzgeber ist dazu verpflichtet, in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, soweit diese staatlicher Regelung zugänglich ist, alle wesentlichen Entscheidungen selbst zu treffen. Das gilt umso mehr, wenn – wie hier - grundrechtsrelevante Bereiche betroffen sind.⁶⁰¹

Der Grundsatz des Vorbehalts des Gesetzes wird zwar in der Verfassung nicht ausdrücklich erwähnt, seine Geltung ergibt sich jedoch aus Art. 20 Abs 3 GG. Die Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG sowie die besonderen Gesetzesvorbehalte – etwa Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG sowie Art. 2 Abs. 2 S. 3 GG - sind Ausprägungen dieses allgemeinen Gesetzesvorbehalts. Er enthält zwei Aussagen: zum einen bedarf staatliches Handeln in den meisten Bereichen überhaupt einer gesetzlichen Basis, zum anderen soll der Gesetzgeber die wesentlichen normativen Grundlagen des zu regelnden Rechtsbereichs selbst festlegen und dies nicht dem Handeln etwa der Verwaltung überlassen.⁶⁰² Das aber ist mit den Neuregelungen 2017/18 geschehen. Sie verstoßen deshalb gegen den Gesetzesvorbehalt.

⁵⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff. Rdnr. 40 des juris-Umdrucks

⁶⁰⁰ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

⁶⁰¹ BVerfG, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125; BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89

⁶⁰² BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89.

Ob der Parlamentsvorbehalt eingreift, bestimmt sich nach der Wesentlichkeitstheorie.⁶⁰³ Wesentlich sind Entscheidungen, die für das Gemeinwesen oder die Verwirklichung der Grundrechte von besonderer Bedeutung sind, also gesteigerte Grundrechtsrelevanz aufweisen. Dies ist z. B. der Fall, wenn die Entscheidungen Maßnahmen betreffen, ohne die der Grundrechtsgebrauch unmöglich ist oder beträchtlich erschwert wird oder von denen eine erhebliche Gefahr für die grundrechtlich gesicherte Freiheit ausgeht.⁶⁰⁴ Wesentliche Entscheidungen soll das Parlament selbst treffen.

Der Grundrechtsgebrauch ist erheblich erschwert, wenn eine nicht ausreichend fundierte Entscheidung betreffend die Heilpraktikererlaubnis bei den Patient*innen letztlich zur Verletzung des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit führen könnte. Umgekehrt steht die Ausübung der Berufsfreiheit auf dem Spiel, wenn die Verwaltungsentscheidung über die Erteilung einer Erlaubnis nach dem HeilprG mit unzureichenden gesetzlichen Vorgaben allzu restriktiv getroffen wird. Deshalb spricht viel für die Aussage, das Parlament selbst müsse hier nachbessern.

Gegen eine Verletzung des Gesetzes- und des Parlamentsvorbehalts könnte vorgetragen werden, das Parlament habe die fragliche Bestimmung des § 2 Abs. 1 HeilprG 2016 selbst getroffen und dabei – wie bisher – das Berufsbild der Heilpraktiker*innen nicht selbst normieren wollen.

Der Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ist hingegen dort überschritten, wo er grundrechtsrelevante Entscheidungen vermeidet. Das widerspricht der Pflicht zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit. Hier wird mit der Betonung des Parlamentsvorbehaltes dafür plädiert, die subjektiven Zulassungsvoraussetzungen, etwa die notwendigen heilkundlichen Kenntnisse, gesetzlich zu regeln.

⁶⁰³ BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89 *Epping*, Grundrechte. Rdnr. 405

⁶⁰⁴ BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89 *Epping*, Grundrechte. Rdnr. 405

4.3.3.2 Zum Bestimmtheitsgebot

In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vorbehaltsgebot an den Gesetzgeber, das Wesentliche selbst zu regeln, stehen die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes an die Regelungsdichte und -klarheit von Gesetzen.⁶⁰⁵ Auch insoweit schlagen die Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des aktuellen HeilprG durch.

Den Ausführungen ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber das Berufsbild eines „Heilpraktikers“ bislang bewusst nicht rechtlich geregelt hat. Dazu fehlt es an Ausbildungs- und Prüfungsbestimmungen, aber auch einer irgendwie gearteten rechtlichen Beschreibung von Behandlungsmethoden (der Alternativheilkunde), derer sich die Berufstätigen bedienen. Zu Recht hat die verfassungsrechtliche Rechtsprechung deshalb von einem Berufsfeld gesprochen, in dem sich die „eigentlichen“ Heilpraktiker*innen ohne einschlägige Vorbildung, Akademiker*innen mit akademischer und psychotherapeutischer Ausbildung sowie neuerdings die Angehörige der Gesundheitsfachberufe tummeln.⁶⁰⁶ Auch wenn insoweit normativ nichts weiter geregelt ist und vielleicht auch bewusst nichts geregelt werden sollte, sind doch die in § 2 Abs. 1 HeilprG genannten Kenntnisse und Fähigkeiten, die nun zu einer sektoralen Heilkundeerlaubnis führen sollen, völlig unklar. Die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen des § 2 Abs. 1 S. 1 a) bis h) HeilprGDV_1 erfüllen die Berufstätigen der Gesundheitsfachberufe zwar ohnehin. Ebenso dürften sie, was freilich der Klärung bedürfte, bereits zu einem erheblichen Teil über heilkundliche Kenntnisse und Fähigkeiten auf ihrem Sektor verfügen. Gänzlich unbestimmt sind hingegen diejenigen Kompetenzen, die zu der Erlaubnis für eine eigenverantwortliche Tätigkeit überprüft und führen sollen, selbst wenn man die entsprechenden Leitlinien einbezieht. Auch der Rahmen dieser beruflichen Tätigkeit im Übrigen, insbesondere die Reichweite der Methoden- und Therapiefreiheit nach Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis ist ganz offen.

⁶⁰⁵ BVerfG, Beschluss v. 09.05.72 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64, BVerfGE 33, S. 125 BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89.

⁶⁰⁶ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff. Rdnr. 41 des juris-Umdrucks

Freilich verfügt der Gesetzgeber bei der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie z.B. „Zuverlässigkeit“ oder „notwendige Kenntnisse“ über einen Gestaltungsspielraum. Dies insbesondere, wenn die Verwaltung im Ergebnis einen besseren, dynamisch verstandenen Grundrechtsschutz gewährleisten könnte.⁶⁰⁷ Dafür ist hier aber im Heilpraktikerrecht wenig ersichtlich.⁶⁰⁸ Die Verwaltung überprüft lediglich einmal, ob die zur Gefahrenabwehr erforderlichen allgemeinen Grundkenntnisse, welche der Gesetzgeber nicht weiter festgelegt hat, vorhanden sind. Da eben gerade kein Bezug zu den konkret beabsichtigten Behandlungsmethoden erfolgt – die Leitlinien sprechen insofern von anwendungsorientierten Kenntnissen ohne jegliche Konkretisierung – bleiben die unbestimmten Rechtsbegriffe „Kenntnisse und Fähigkeiten“ inhaltsleer.

5. Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden

Da Berufsfelder das Maß der Berufsfreiheit bestimmen – sei es durch rechtliche Gewährleistung, sei es durch normative Einschränkung -, wird hier trotz fehlender empirischer Datenlage⁶⁰⁹ zunächst der Versuch unternommen, die Behandlungsmethoden nach traditionellen oder soziologischen Bildern zu typisieren.

Berufsbilder werden, ohne dass dies der Erläuterung bedarf, durch die Tätigkeit geprägt. Hier ist aufzuzeigen, dass sich die Methoden von Ärzt*innen, Heilpraktiker*innen und Inhaber*innen sektoraler Heilkundeerlaubnisse bei einer typisierenden Betrachtungsweise unterscheiden. Zu Überlappungen kommt es eher im Einzelfall, wenn etwa ein Arzt homöopathische Methoden einsetzt.

Die Alternativheilkunde operiert nicht im rechtsfreien Raum. Sie ist Gegenstand zahlreicher auch höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen, u.a. wenn es um die Notwendigkeit ging,

⁶⁰⁷ BVerfG, Beschl. v. 08.08.78 - 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, S. 89.

⁶⁰⁸ auch wenn sich die bei Ehlers aufgeführten Methoden von den hier beschriebenen unterscheiden. Ehlers, *Medizin in den Händen von Heilpraktikern- „Nicht-Heilkundigen“*.

⁶⁰⁹ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

für diese Art Tätigkeit eine (sektorale⁶¹⁰) Heilpraktiker-Erlaubnis⁶¹¹ zu besitzen, wenn es um den Widerruf oder die Rücknahme dieser Erlaubnis ging, zugleich aber auch um die Berufsbezeichnung⁶¹², die Werbung⁶¹³ und nicht zuletzt das Verhältnis zu den Patient*innen einschließlich Erstattung von Behandlungskosten⁶¹⁴ und der Haftung für Aufklärungs-⁶¹⁵- und Behandlungsfehler⁶¹⁶. Schließlich ist die Strafgerichtsbarkeit⁶¹⁷ einschlägig.

Zu einer Normierung, was eigentlich Alternativheilkunde ist, ist es allerdings bislang nicht gekommen. Deshalb wird zur Beschreibung dieses Tätigkeitsfeldes auch auf tradierte Vorstellungen von Alternativheilkunde zurückgegriffen. Eben weil es bislang nicht zu einer rechtlichen Typisierung gekommen ist, kann das Bild nur subjektiv gefärbt und wohl auch nicht vollständig sein.

⁶¹⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 24.10.94 - 1 BvR 1016/89 -; *BVerwG*, Urt. v. 21.01.93 - - 3 C 34.90 -, *BVerwGE* 91, 356 ff. 1993.; *BVerwG*, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, *MedR* 2010, 334-338; *BVerwG*, Urt. v. 28.04.10 - 3 C 22/09, *BVerwGE* 137, S. 1 = *MedR* 2010, 793-796.; *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2; *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris; *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

⁶¹¹ *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, *MedR* 2005, S. 35; *BVerwG*, Urt. v. 24.01.57 - I C 194.54, *BVerwGE* 4, S. 250; *BVerwG*, Urt. v. 28.09.65 - - I C 105/63 -, *NJW* 1966 1966, S. 418; *BVerwG*, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, *BVerwGE* 35, S. 308 = *NJW* 1970, 1987.; *BVerwG*, Urt. v. 10.02.83 - - 3 C 21/82 -, *NJW* 1984, 1414 ff.; *BVerwG*, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, *BVerwGE* 94, S. 269 = *NJW* 1994, 3024-3027.; *BVerwG*, Beschl. v. 25.06.07 - 3 B 82/06, *NVwZ-RR* 2007, 686 m. Anm. Achterfeld *MedR* 2013, 103-105; *BVerwG*, Urt. v. 26.08.10 - 3 C 28/09 -.

⁶¹² *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1056/99 -, *NJW* 1999, S. 2730.

⁶¹³ *BVerfG*, Beschl. v. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, *NJW-RR* 2007, S. 1048.

⁶¹⁴ *BGH*, Urt. v. 29.06.87 - II ZR 5/87, *MedR* 1988, S. 121 = *NJW* 1987, 2928-2929. *BGH*, Urt. v. 17.03.99 - IV ZR 137/98, *NJW* 1999, S. 3411; *BGH*, Urt. v. 30.10.02 - IV ZR 119/01 -; *BGH*, Urt. v. 16.06.04 - IV ZR 257/03, *VersR* 2004, 1037 ff.; *BGH*, Urt. v. 15.02.06 - IV ZR 192/04, *MedR* 2006, 593 ff. m. Anm. Stock; *BSG*, Urt. v. 13.12.16 - B 1 KR 4/16 R -; *BSG*, Urteil v. 16.03.17 - B 3 KR 14/16 R -; *BSG*, v. Urt. v. 28.10.09 - B 6 KA 11/09 R -; *BSG*, Urt.v. 26.09.2006 2006.; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvL 8/82, *BVerfGE* 78, 165 ff. = *NJW* 1988, 2293 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvR 111/77, *BVerfGE* 78, S. 155 = *MedR* 1988, 304-306.

⁶¹⁵ *BGH*, Urteil v. 06.11.90 - VI ZR 8/90, *MedR* 1991, S. 85; *BGH*, Urt. v. 28.01.20 - VI ZR 92/19 -.

⁶¹⁶ *BGH*, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, *MedR* 2018, 43-44 m. Anm. Stock *MedR* 2019, 872 ff.; *BGH*, Urt. v. 15.10.19 - VI ZR 105/18 -; *BSG*, Urt. v. 27.08.19 - B 1 KR 37/18 R, *GesR* 2019, 796-802 m. Anm. Chandna-Hoppe *NZS* 2020, 62-63.

⁶¹⁷ *BGH*, Urt. v. 04.11.55 - 5 StR 421/55, *BGHSt* 8, S. 237; *BGH*, Urt. v. 22.06.11 - 2 StR 580/10 -; *BVerfG*, Beschl. v. 07.08.00 - 1 BvR 254/99, *NJW* 2000, S. 2736; *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, *NJW* 2004, S. 2890.

Hier kommt es auf die Berufsbezogenheit der Alternativheilkunde an. Deshalb wurde von anderen Klassifizierungen, etwa zwischen Diagnose- und Therapieverfahren⁶¹⁸ oder nach dem Vorhandensein von wissenschaftlichen Konzepten Abstand genommen.

5.1 Schulmedizinische Methoden und Arztvorbehalte

Schulmedizinische Methoden werden hier nicht eigens aufgelistet. Gemeint sind diejenigen, für die ein Wirksamkeitsnachweis, insbesondere im Doppelblind-Versuch, geführt werden kann und die deshalb Gegenstand der Diagnose und Behandlung vor allem im GKV-System sind.⁶¹⁹

Es wurde darauf hingewiesen, dass Arztvorbehalte bestehen und deshalb die ärztliche von der Heilkunde im Übrigen differenziert werden kann.⁶²⁰

5.2 In der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden

Eines der zahlreichen Lehrbücher, die zur Naturheilpraxis erschienen sind, beschreibt insgesamt 45 Therapieverfahren, die in der Praxis von Heilpraktiker*innen zur Anwendung kommen.⁶²¹ Andere, die ebenfalls auf die Überprüfung nach dem HeilprG vorbereiten, beschreiben zwar das erforderliche Grundlagenwissen, verzichten aber auf die Darstellung spezifisch heilpraktischer Methoden.⁶²² Weil empirische Forschung zu der Frage fehlt, welche Methoden Heilpraktiker*innen typischerweise einsetzen, stößt die Beschreibung an ihre wissenschaftlichen Grenzen.⁶²³

Ebenso unklar ist der Einsatz der Methoden in der Ärzteschaft. Hier wird davon ausgegangen, dass einzelne Ärzt*innen sie durchaus einsetzen. Im Rahmen der Therapiefreiheit ist dies

⁶¹⁸ Schumacher, *Alternativmedizin* S. 25

⁶¹⁹ 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

⁶²⁰ 3. Teil: A.1.3.2 Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten, S. 100

⁶²¹ Bierbach, *Naturheilpraxis heute* Kap. 4, S. 141-209

⁶²² Gabelmann, *Kompaktskript Heilpraktikerausbildung*; Franke, *Komplementäre Diagnostik und Behandlung in der Heilpraktiker-Praxis* Richter, *Lehrbuch für Heilpraktiker Berufsverband Deutsche Naturheilkunde (BDN) e.V./Bund deutscher Heilpraktiker und Naturheilkundiger (BDHN) e.V., IL4HP - Interne Leitlinie 4: Heilpraktiker-Ausbildung.*

⁶²³ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

erlaubt. Die Methoden sind jedoch weder Gegenstand der ärztlichen Ausbildung noch gehören sie zur Schulmedizin und damit zum typischen und normierten ärztlichen Berufsbild.

Dass es sich im Vergleich zur Ärzteschaft um „teilidentische Tätigkeitsbereiche“ handeln soll, ist eine Behauptung ohne jegliches Tatsachenfundament, die im Übrigen wechselseitig entweder für die Beibehaltung des Heilpraktikerberufs⁶²⁴ oder für die Vereinnahmung der Alternativheilkunde durch die Ärzteschaft⁶²⁵ vorgetragen wird.

Um dennoch ein Bild zu zeichnen, werden hier die wichtigsten Methoden genannt. Es sind vor allem solche, bei denen von der Rechtsprechung die Ausübung von Heilkunde festgestellt wurde. Diese sind in alphabetischer Reihenfolge:⁶²⁶

- Akupunktur, Akupressur und Shiatsu⁶²⁷: Es handelt sich um Behandlungsmethoden, die auf die traditionelle chinesische Medizin (TCM) zurückgehen. Bei Akupressur und Shiatsu wird mit den Händen oder stumpfen Nadeln auf bestimmte Hautbereiche, Muskeln und Gelenke Druck oder Reibung ausgeübt, wodurch ein Ausgleich und eine Harmonisierung innerhalb des Organismus angestrebt wird. Sie sind insofern mit der Akupunktur verwandt, bei der an anatomisch lokalisierten Strukturen Akupunkturnadeln unterschiedlich tief eingestochen werden, wodurch energetische Störungen innerhalb des Organismus ausgeglichen beziehungsweise einzelne Organsysteme angeregt oder gedämpft werden sollen.⁶²⁸
- Chiropraktik, Chirotherapie⁶²⁹: Hier geht es um die Diagnose und Behandlung von Funktionsstörungen und Schmerzen des Bewegungsapparates bezeichnet. Dabei spielen die Wirbelsäule und das Becken eine zentrale Rolle. Fehlhaltungen (Statik) oder falsche Bewegungsabläufe (Dynamik) werden mithilfe gezielter Handgriffe behoben. Eine Abgrenzung zur Osteopathie ist nicht immer möglich.
- Fußreflexzonenmassage⁶³⁰: Die Fußreflexzonenmassage ebenso wie weitere Reflex- oder Segmenttherapien basiert auf der Annahme, dass verschiedenen Bereichen der Fußsohle (ebenso: Haut, Hände, Kopf usw.) bestimmte Organsysteme zugeordnet sind, die durch gezielte Massage reflektorisch beeinflusst werden können.

⁶²⁴ Sasse, Der Heilpraktiker S. 108 und Fußn. 360

⁶²⁵ Ehlers, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ S. 275

⁶²⁶ vgl. Haage, in: Haage, § 1 HeilprG Rdrn. 16-17; Schelling, in: Spickhoff, § 1 HeilprG, Rdrn. 11-21.

⁶²⁷ OVG Niedersachsen, Beschl. v. 15.03.11 - 8 ME 8/11, juris.

⁶²⁸ Guttau, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 126; Haage, in: Haage, § 1 HeilprG Rdrn. 16-17.

⁶²⁹ BVerwG, Urteil v. 25.06.70 - I C 53.66, BVerwGE 35, S. 308 = NJW 1970, 1987.; BGH, Urt. v. 03.04.81, NJW 1981, S. 2008; OLG Frankfurt, Urt. v. 12.08.10 - 6 U 77/09, WRP 2011, S. 273.

⁶³⁰ OVG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 08.11.88 - 6 A 21/88, MedR 1990, S. 283; Bährle/Kazemi/Goebel, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1258–1294 Rdnr. 165 f.

- Heileurythmie⁶³¹: Es handelt sich um eine aus der anthroposophischen Medizin stammende Behandlungsmethode in Form einer Bewegungstherapie, die sich gezielt an den ganzen Menschen wendet. Sie ist entwickelt aus der Beobachtung der im menschlichen Sprechen als Lautform wahrnehmbaren Bewegungsform.
- Heilmagnetisierung, Befreiung von Erdstrahlen⁶³²: Bei dieser Methode wird die Ursache verschiedener Krankheiten in der Belastung mit Erdstrahlen gesehen. Die Therapie folgt keiner einheitlichen Vorgehensweise, ist aber meist zweistufig: in einem ersten Schritt werden die schädlichen Erdstrahlen lokalisiert, was häufig mithilfe einer Wünschelrute oder eines Pendels geschieht. In einem zweiten Schritt wird eine Entstrahlung durch Handauflegen oder Pendeln durchgeführt oder teilweise zur Abschirmung sogenannter Esper-Klötze aufgestellt.
- Homöopathie⁶³³: Es handelt sich um ein von Samuel Hahnemann entwickeltes Naturheilverfahren, das mit Hilfe spezieller, homöopathischer Arzneien durchgeführt wird. Anders als in der schulmedizinischen Arzneitherapie werden dabei keine Stoffe verabreicht, die direkt das Krankheitssymptom bekämpfen, sondern nach der sogenannten Ähnlichkeitsregel solche, die hoch dosiert ähnliche Symptome hervorrufen. Der Homöopathie liegt ein umfangreiches, in sich weitgehend geschlossenes Therapiekonzept zugrunde, das je nach Einzelfall differenzierte Behandlungsmöglichkeiten zulässt. Da sie auf die Krankenbehandlung mittels spezieller Arzneimittel abzielt, dürfte es sich bei ihrer Verabreichung um eigenverantwortlich-selbständige Ausübung von Heilkunde handeln.
- Naturheilkunde⁶³⁴: Dies sind Verfahren, die natürliche Faktoren als Heilkraft einsetzen oder Maßnahmen anwenden, die der Natur nachempfunden sind. Klassische Naturheilverfahren sind diejenigen, die keine aufwändigen apparativen Techniken einsetzen, sondern die natürlichen Faktoren (Wasser, Wärme, Licht) oder Gewohnheiten (Ernährung, Pflanzenheilkunde, Bewegung) nutzen. Naturheilverfahren werden ebenso von Ärzt*innen angeboten⁶³⁵; es handelt sich nicht zwingend um eine heilkundliche Tätigkeit.
- Osteopathie⁶³⁶ und kraniosakrale Therapie⁶³⁷: Eine osteopathische Behandlung soll bei funktionellen Störungen angezeigt sein. Die Osteopathie fußt auf 4 Grundprinzipien: der

⁶³¹ Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin S. 148 ff.

⁶³² BGH, Urt. v. 29.06.87 - II ZR 5/87, MedR 1988, S. 121 = NJW 1987, 2928-2929.; BVerwG, Urt. v. 11.11.93 - 3 C 45/91, BVerwGE 94, S. 269 = NJW 1994, 3024-3027.; BVerfG, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, MedR 2005, S. 35.

⁶³³ BSG, Urt. v. 22.03.05 - B 1 A 1/03 R, BSGE 94, S. 221; Die Ausführungen von Zuck, Das Recht der anthroposophischen Medizin S. 113 ff. sind übertragbar.

⁶³⁴ Bierbach, Naturheilpraxis heute S. 142

⁶³⁵ Sasse, Der Heilpraktiker S. 107 Die Zahl der ärztlichen Anbieter*innen soll derjenigen von Heilpraktiker*innen entsprechen.

⁶³⁶ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris; Villotti, Die Verwirklichung des Binnenmarktes im Bereich der Komplementärmedizin. Eine Studie am Beispiel von Heilpraktikerinnen/Heilpraktikern und Osteopathinnen/Osteopathen in Österreich, der Schweiz und Deutschland, EuR 2019, 5 ff.

⁶³⁷ OLG Frankfurt, Urt. v. 23.11.17 - 6 U 140/17, MedR 2018, 581-582 m. Anm. Stock / Waizner 582-583; OLG Frankfurt, Urt. v. 21.06.18 - 6 U 74/17 -; VG Aachen, Beschl. v. 15.08.12 - 5 L 322/12 -.

menschliche Körper funktioniert als Einheit und verfügt über selbstheilende Mechanismen. Struktur und Funktion stehen in Wechselbeziehung zueinander. Abnormer Druck oder Spannung in einem Teil des Körpers produzieren abnormen Druck und Spannungsphänomene in einem anderen Teil des Körpers. Osteopathische Dysfunktionen werden ertastet und mit jeweils speziellen Behandlungstechniken gelöst. Die kraniosakrale Therapie führt ähnliche Techniken an Kopf und Kreuzbein durch.

- Synergetik-Therapie⁶³⁸: Die Methode fußt auf der mathematischen Beschreibung der Selbstorganisation makroskopischer Systeme, die auf die Selbstorganisationsfähigkeit der Psyche in Tiefenentspannung übertragbar sei. Den Patient*innen werde es durch eine Veränderung der neuronalen Informationsstruktur ermöglicht, während einer Innenweltreise den Hintergrund von Krankheiten aufzulösen. Die Synergetik-Therapie sei Anleitung zur Selbstheilung bei nahezu allen seelischen und körperlichen Erkrankungen.
- Vitametik, Vitalogie: Bei der aus der Chirotherapie hervorgegangenen Vitalogie wird davon ausgegangen, dass mit Hilfe eines leichten Drucks der erste Halswirbel in Schwingungen versetzt und räumlich verlagert werden könne, wodurch das gesamte Nervensystem stimuliert und so die Krankheitsheilung positiv beeinflusst werden könne. Körper und Gehirn könnten ihre natürlichen Aufgaben nicht mehr optimal wahrnehmen, was zu unmerklichen Muskelanspannungen führe, die das körperliche Wohlbefinden negativ beeinträchtigten. Ursprünglich wurde diese Therapieform nicht der Heilkunde zugeordnet, weil angeblich von ihr keine Gesundheitsgefahren ausgehen könnten⁶³⁹. Demgegenüber wird zutreffend vertreten, dass eine Person, die die Vitametik ausübt, erkennen können muss, ob es sich um eine Erkrankung handelt, die ggf. der schulmedizinischen Behandlung bedarf.⁶⁴⁰

5.3 Sektorenbezogene Methoden

Die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse sind derzeit für eigenverantwortliche und selbständige Tätigkeiten auf den Gebieten der Psychotherapie, Logopädie, Physiotherapie und Podologie vorgesehen. Für die Osteopathie wurden sie abgelehnt, für die Ergotherapie und die Chiropraktik ist der Ausgang gerichtlicher Verfahren noch offen.⁶⁴¹

In allen Bereichen dürften die Inhaber*innen der sektoralen Heilkundeerlaubnisse spezifische Methoden anwenden, die sie sich in oder nach einer schulischen oder hochschulischen

⁶³⁸ BVerwG, Urt. v. 26.08.10 - 3 C 28/09 - *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 131 m.w.N. BGH, Urt. v. 22.06.11 - 2 StR 580/10 -.

⁶³⁹ OVG Niedersachsen, Urt. v. 20.07.06 - 8 LC 185/04, MedR 2007, S. 185.

⁶⁴⁰ *Guttau*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen S. 133 m.w.N.

⁶⁴¹ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

Ausbildung angeeignet haben. Das dürfte sie von den „eigentlichen“ Heilpraktiker*innen⁶⁴² unterscheiden, die diesen Werdegang oftmals nicht nachweisen und sich auch nicht auf bestimmte Methoden eines Sektors beschränken müssen.

5.3.1. Psychotherapie

Die drei zu Beginn geschilderten Entscheidungen zeigen die Entwicklung der Psychotherapie bis zur Erteilung der Heilkundeerlaubnis für diesen Sektor auf.⁶⁴³ Bei dieser Entwicklung ist es nicht geblieben: Mit dem PsychThG entstanden 1999 zwei neue Heilberufe, die der Psychologischen Psychotherapeut*innen und der Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut*innen. Als Zugangsvoraussetzung wurde ein Studienabschluss in Psychologie oder – in Bezug auf die Behandlung von Kindern und Jugendlichen – der Pädagogik bzw. Sozialpädagogik verlangt. Sofern die Studienabsolvent*innen eine Zusatzausbildung und staatliche Prüfung in einem wissenschaftlich anerkannten Verfahren der Psychotherapie absolviert hatten, konnten sie eine Approbation und vertragsärztliche Zulassung beantragen. Der bis dahin bestehende Arztvorbehalt entfiel; dies führte vor allem zur berufs- und sozialrechtlichen Gleichstellung der beiden Berufe im Verhältnis zur Ärzteschaft.⁶⁴⁴

Mit der Umsetzung des am 01.09.2020 in Kraft getretenen PsychThG 2020 werden die beiden Berufe zu einem Beruf zusammengeführt. Die Ausbildungsstruktur hat sich grundlegend dadurch geändert, dass zukünftig ein fünfjähriges Bachelor- und Masterstudium an einer Universität oder gleichgestellten Hochschule zu einer Approbationsprüfung als „Psychotherapeut*in“ führt (Erstausbildung) und sich daran eine Weiterbildung anschließt, in der Schwerpunkte in der Behandlung von Erwachsenen bzw. Kindern und Jugendlichen

⁶⁴² *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, *BVerfGE* 78, 179 ff. = *NJW* 1988, 2290 ff.; *BVerwG*, Urt. v. 21.01.93 - - 3 C 34.90 -, *BVerwGE* 91, 356 ff. 1993.; *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - - 1 BvR 1453/99 -, *NJW* 2000, 1779 m. Anm. Stock *MedR* 2003, 554 ff.

⁶⁴³ 1. Teil: B.4.2.1 Psychotherapie, S. 35

⁶⁴⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1006/99 -, *MedR* 1999, S. 461 = *NJW* 1999, 2729.; *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - - 1 BvR 1453/99 -, *NJW* 2000, 1779 m. Anm. Stock *MedR* 2003, 554 ff.; Stock, Erste Rechtsprechung zum Psychotherapeutengesetz, *NJW* 1999, S. 2753.

gesetzt und eine vertiefte Qualifizierung in einem wissenschaftlich anerkannten psychotherapeutischen Verfahren erworben werden kann.⁶⁴⁵

Die sektorale Heilkundeerlaubnis für Psychotherapie bleibt unverändert erhalten.⁶⁴⁶ Auch weiterhin ist ihren Inhaber*innen das Führen der Berufsbezeichnung „Psychotherapeut*in“ untersagt.⁶⁴⁷

Damit ist die Ausübung von Psychotherapie in verschiedene Ebenen zu unterteilen: auf der einen Seite stehen approbierte Psychologische bzw. Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut*innen sowie Ärzt*innen, auf der anderen die Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Durchführung von Psychotherapie.⁶⁴⁸ Während die einen nur Verfahren einsetzen, die der Wissenschaftliche Beirat Psychotherapie als wissenschaftlich anerkannt hat⁶⁴⁹, können die anderen auch Psychotherapieverfahren anwenden, denen diese Anerkennung fehlt.

Auch in Bezug auf die Studienabschlüsse besteht ein heterogenes Berufsfeld: neuerdings kann ein fünfjähriges, auf die Psychotherapie ausgerichtetes Studium nur noch an Universitäten oder gleichgestellten Hochschulen angeboten werden.⁶⁵⁰ Personen, die vor dem 01.09.2020 ein Studium der Psychologie⁶⁵¹, Pädagogik oder Sozialpädagogik auch an Hochschulen für angewandte Wissenschaften oder Fachhochschulen begonnen haben, können die Ausbildung zum Beruf der Psychologischen Psychotherapeut*in bzw. Kinder- und

⁶⁴⁵ *Stellpflug*, Das Gesetz zur Reform der Psychotherapeutenausbildung, ZMGR 2020, S. 334; *Eichelberger*, Das neue Psychotherapeutengesetz, GuP 2020, 169 ff.

⁶⁴⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1006/99 -, MedR 1999, S. 461 = NJW 1999, 2729.; *OVG NRW*, Beschl. v. 07.08.02 - - 13 A 1253/01 -, NVwZ-RR 2003, 428 ff.; *OVG Sachsen*, Beschl. v. 12.12.06 - - 1 L 395/04 - -.

⁶⁴⁷ § 132a Abs. 1 StGB; *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1056/99 -, NJW 1999, S. 2730; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 22.12.16 - I-15 U 39/16, WRP 2017, S. 331; *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. 07.02.11, GewArch 2011, 359 ff.; *Stock*, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren. S. 118 ff.

⁶⁴⁸ Da die (allgemeine) Heilpraktikererlaubnis umfassend ist, dürfen deren Inhaber*innen ebenfalls Psychotherapien durchführen.

⁶⁴⁹ § 1 Abs. 2 S. 1 PsychThG. Wissenschaftlich anerkannt sind die Verhaltenstherapie, psychodynamischen Verfahren und die Systemische Psychotherapie. Vgl. u.a. *Wissenschaftlicher Beirat Psychotherapie*, Gutachten zur wissenschaftlichen Anerkennung der Gestalttherapie, <https://www.wbpsychotherapie.de/wissenschaftliche-beurteilungen-gutachten/abgeschlossene-gutachten/gestalttherapie/> (besucht am 17.03.2019).

⁶⁵⁰ § 9 Abs. 1 PsychThG 2020; §§ 1 ff. PsychThApprO

⁶⁵¹ *BVerwG*, Urt. v. v. 17.08.17 - 3 C 12/16, BVerwGE 288-296 159).

Jugendlichenpsychotherapeut*in noch bis zum 01.09.2032 absolvieren.⁶⁵² Parallel gibt es Absolvent*innen dieser oder verwandter Studiengänge wie z.B. Theologie und Lehramt, die - wie bisher - an das Studium eine zwei- bis drei-jährige psychotherapeutische Ausbildung an einem Institut anschließen.⁶⁵³ Ihren Gründer*innen folgend haben sich die Vertreter*innen der einzelnen Psychotherapieverfahren zu Instituten, Psychotherapie-Schulen oder Richtungen zusammengeschlossen, die in Deutschland, Österreich bzw. der Schweiz unterschiedliche Grade wissenschaftlicher Anerkennung erfahren haben.⁶⁵⁴

⁶⁵² § 27 PsychThG 2020

⁶⁵³ *Stock*, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren.

⁶⁵⁴ Tab. aus: *Stock*, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren S. 59

Psychotherapie-Schule	Psychotherapieverfahren	Gründer*innen	Wissenschaftl. Anerk.		
			D	Ö	S
Humanistische Therapien ⁶⁵⁵	<ul style="list-style-type: none"> • Klientenzentrierte Gesprächs(psycho)therapie⁶⁵⁶ • Gestalttherapie⁶⁵⁷ • Körperpsychotherapie • Psychodrama • Transaktionsanalyse • Logotherapie und Existenzanalyse 	<ul style="list-style-type: none"> • Rogers • Perls • Reich • Moreno • Berne • Frankl 	z.T.	✓	✓
Psychodynamische Therapien ⁶⁵⁸	<ul style="list-style-type: none"> • Psychoanalytische Psychotherapie • Tiefenpsychologisch fundierte Psychotherapie (auch: Hypnose) 	<ul style="list-style-type: none"> • Freud • Adler • Jung • (Erickson) 	✓	✓	✓
Verhaltenstherapien ⁶⁵⁹	<ul style="list-style-type: none"> • Behaviorale VT • Kognitive VT 	<ul style="list-style-type: none"> • Wolpe • Skinner 	✓	✓	✓
Systemische Therapien ⁶⁶⁰	<ul style="list-style-type: none"> • Systemische Psychotherapie 	<ul style="list-style-type: none"> • Satir • Haley • Jackson • Watzlawick • Stierlin 	✓	✓	✓

⁶⁵⁵ Eberwein u. a. (Hrsg.), Humanistische Psychotherapie.

⁶⁵⁶ BVerwG, Urt. v. 30.04.09 - 3 C 4/08 -, MedR 2009 2010, 329 ff., 333 f., m. Anm. Stock S. 309 ff.; m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 16/2009 Anm. 3.

⁶⁵⁷ Hartmann-Kottek, Familien-Gestalttherapie, in: Francesetti, Gestalttherapie in der klinischen Praxis, 339 ff.; Hartmann-Kottek-Schroeder, Gestalttherapie.

⁶⁵⁸ Bell, Psychotherapieverfahren: Analytische Psychotherapieverfahren, in: Behnsen/Bell/Best u. a., Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis, Band II, Rdnr. 1810; Faber/Haarstrick, Kommentar Psychotherapie-Richtlinien.

⁶⁵⁹ Lauth/Linderkamp (Hrsg.), Verhaltenstherapie mit Kindern und Jugendlichen; Broda, Psychotherapieverfahren: Verhaltenstherapie, in: Behnsen/Bell/Best u. a., Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis, Band II, Rdnr. 1870 Faber/Haarstrick, Kommentar Psychotherapie-Richtlinien.

⁶⁶⁰ Levoid/Martens-Schmid, Psychotherapieverfahren: Systemische Therapie, in: Behnsen/Bell/Best u. a., Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis, Band II, Rdnr. 1840.

Methodenübergreifende Therapien	<ul style="list-style-type: none"> • Integrative Therapie 	<ul style="list-style-type: none"> • Petzold 	-	z.T.	✓
---------------------------------	--	---	---	------	---

Der Grad der wissenschaftlichen Anerkennung von Psychotherapieverfahren ist somit im deutschsprachigen Europa unterschiedlich ausgeprägt. Es zeigt sich zudem eine Vielfalt mit und ohne Wissenschaftsbezug unter gleichzeitiger Berufung auf die jeweilige Richtung prägende Persönlichkeiten.

Schließlich gehören in die Gruppe der Inhaber*innen dieser sektoralen Heilkundeerlaubnis Personen, die ein spezifisches Psychotherapieverfahren nicht erlernt haben. Sie haben weder ein (einschlägiges) Studium noch eine Ausbildung an einem psychotherapeutischen Institut absolviert. Es besteht die Möglichkeit, sich von zu Hause aus mittels Büchern und Lernmaterialien⁶⁶¹ ausschließlich auf die Überprüfung zum Erwerb dieser Erlaubnis vorzubereiten. Allgemeine Heilpraktikerschulen führen entsprechende Lehrgänge bezogen auf die Psychotherapie durch.⁶⁶²

5.3.2. Logopädie

In der Logopädie werden je nach den unterschiedlichen Sprach-, Sprech-, Stimm-, Schluck- oder Hörstörungen differenzierte Therapieformen angewendet. Mit der Erteilung der sektoralen Heilkundeerlaubnis wird davon ausgegangen, dass die Therapeut*innen die erlernten Behandlungsmethoden einsetzen (Bsp.: Dysphagietherapie bei krankhaften Schluckstörungen), nur eben ohne vorherige ärztliche Verordnung⁶⁶³.

5.3.3. Physiotherapie

Bei der Physiotherapie handelt es sich um die eigenverantwortliche Behandlung von Störungen des Bewegungsapparates mit den Methoden der Physiotherapie. Dazu gehören u.a. die Krankengymnastik und die Massage, deren Durchführung nun auch nach einer

⁶⁶¹ *Ofenstein*, Prüfungsvorbereitungs-Set Heilpraktiker für Psychotherapie.

⁶⁶² *BayVGH*, Beschl. v. 01.07.19 - 21 ZB 15.2367, GesR 2019, 638 m. Anm. Sasse.

⁶⁶³ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3.

Erstdiagnose durch die beteiligten Physiotherapeut*innen mit der Erteilung der sektoralen Heilkundeerlaubnis möglich ist⁶⁶⁴. Ob darüber hinaus nach Erhalt einer sektoralen Heilkundeerlaubnis auch die Behandlung mit „verwandten“ alternativ-heilkundlichen Verfahren zulässig ist – etwa: Massagentherapien, Reflexzonen-therapie, Elektro-, Licht-Strahlentherapie, Hydro-, Balneo-, Thermo- und Inhalationstherapie, Akupunktur, Osteopathie oder Chiropraktik – ist rechtlich nicht geklärt. Dagegen könnte die Beschränkung auf den Sektor sprechen – dafür die Therapie- und Methodenfreiheit, welche kraft der Heilkundeerlaubnis beansprucht werden könnte.⁶⁶⁵

Für die Osteopathie hatte ein staatlich anerkannter Physiotherapeut eine sektorale Heilkundeerlaubnis beantragt; dies jedoch erfolglos, weil es keine einheitliche Definition der Osteopathie gebe, die allgemein anerkannt und verbindlich sei. Zudem fehle der Osteopathie ein eigenständiges und abgrenzbares Berufsbild, so dass nicht erkennbar sei, welche Behandlungsmethoden und Therapieformen von dem Gebiet umfasst und zur Behandlung welcher Krankheiten, Leiden und Beschwerden sie eingesetzt werden.⁶⁶⁶

5.3.4. Podologie

Die Podologie ist nicht auf medizinisch indizierte podologische Behandlungen beschränkt. Neben sog. Risikopatienten, wie z.B. Menschen mit einem diabetischen Fußsyndrom, kann jeder Mensch z.B. von allgemeinen fußpflegerischen Maßnahmen mit geeigneten Verfahren nach den anerkannten Regeln der Hygiene profitieren. Gleichwohl enthält das normierte Berufsbild die Behandlung krankhafter Veränderungen im Fußbereich, z.B. bei Diabetiker*innen oder Rheumatiker*innen durch podologische Maßnahmen. Sie setzen medizinische Fachkenntnisse voraus und sind mit beträchtlichen Gesundheitsrisiken für den Behandelten verbunden. Insoweit es um Prävention, Therapie und Rehabilitation von

⁶⁶⁴ BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

⁶⁶⁵ Bährle/Kazemi/Goebel, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1258–1294. Rdnr. 165 f.

⁶⁶⁶ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, juris.

Fußerkrankungen gehe, haben Podolog*innen Anspruch auf eine auf ihr Gebiet beschränkte Heilkundeerlaubnis, nachdem sie die dafür erforderliche Überprüfung absolviert haben⁶⁶⁷.

5.3.5. Ergotherapie

Die Ergotherapie umfasst Maßnahmen, die darauf gerichtet sind, durch Anwendung aktivierender und handlungsorientierter Methoden und Verfahren, mit Hilfe der Betätigung von Handfertigkeiten und handwerklichen Fähigkeiten sowie durch Erlernung beruflicher Kenntnisse motorische, sensorische, psychische und kognitive Störungen zu beheben oder zu lindern und eine Eingliederung in Beruf und Alltag zu erreichen. Sie setzt heilkundliche Fachkenntnisse voraus. Es ist aber unklar, ob diese Tätigkeiten, wenn sie ohne ärztliche Verordnung und nach selbständiger Diagnose ausgeübt werden, ernstliche und unmittelbare Gesundheitsgefahren auslösen können. Deshalb ist offen, ob für die Ergotherapie die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis erforderlich ist. Zur näheren Aufklärung des Sachverhalts hat das Bundesverwaltungsgericht die Sache an das Verwaltungsgericht zurückverwiesen.⁶⁶⁸

5.4 Wunschmedizinische Methoden

Die sog. Wunschmedizin kennzeichnet jede heilkundliche Maßnahme, die primär mit dem Wunsch der Klient*innen begründet wird.⁶⁶⁹ Die Person, die jetzt dem Heilkundigen gegenübertritt, weist jedenfalls aus objektiver Sicht keinen pathologischen Zustand auf, der heilkundiges Handeln herausfordert.⁶⁷⁰ Die Maßnahme dient dann dem Ziel der Verbesserung, Veränderung oder Erhaltung von Form, Funktion, kognitiven Fähigkeiten oder emotionalen Befindlichkeiten, wobei es auf die Vorstellungen der Klient*innen ankommt und nicht auf eine objektive Verbesserung. Die Definition soll das sog. Body-Enhancement, also die Einwirkung auf das äußere Erscheinungsbild und die rein körperlichen Funktionen, ebenso wie das Gen- und das Neuro-Enhancement einschließen.⁶⁷¹

⁶⁶⁷ *VG Gera*, Urt. v. v. 08.02.19 - 3 K 705/14 Ge -.

⁶⁶⁸ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, juris, m. Anm. Liebler jurisPR-BVerwG 15/2020 Anm. 2.

⁶⁶⁹ *Stock*, Die Indikation in der Wunschmedizin, S. 33; *Huber*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem.

⁶⁷⁰ *Schramme*, Gesundheit und Krankheit in der philosophischen Diskussion, in: Beck, Krankheit und Recht, 3-23.

⁶⁷¹ *Stock*, Heilauftrag und Wunschmedizin, MedR 2019, 872-879.

Wunschmedizinische Maßnahmen als heilkundliche zu bezeichnen bedeutet die womöglich weitestgehende Entfernung vom Wortlaut des § 1 Abs. 2 HeilprG. Sie werden derzeit von allen Heilkundeberufen vorgenommen. Auf ärztlichem Gebiet gehören beispielsweise dazu die Reproduktionsmedizin, die Plastische Chirurgie sowie die Kaiserschnittentbindung auf Wunsch, auf zahnärztlichem Gebiet das Zahnbleaching, für Psychotherapeut*innen der Einsatz der o.a. Psychotherapieverfahren z.B. zum Zweck der Paar- oder Familientherapie (ohne Diagnosestellung nach ICD 10) und für Heilpraktiker*innen das gesamte Spektrum der in der allgemeinen Heilpraxis beschriebenen Verfahren.

Der neueste Zahnextraktionsfall⁶⁷² erhellt, welche „Verschiebung“ im Bereich der Wunsch- von der Schul- zur Alternativheilkunde stattgefunden hat. Rechtlich und medizin-ethisch geht es hier um die Frage, ob die medizinische Indikation überhaupt noch als Maßstab ärztlichen Handelns taugt. Der Vorschlag, sie als Synonym für eine heilkundliche Vorgehensweise auf Wunschmedizinische Maßnahmen zu übertragen, ist bislang auf ein geteiltes Echo gestoßen.⁶⁷³ Gerade, wenn auch noch weitere Berufe eigenverantwortlich und weisungsfrei heilkundlich tätig werden sollen oder wollen, ist eine stärkere rechtliche Verankerung der Indikation zu empfehlen.

5.5 Spirituelle Heilmethoden

Spirituelle Heilmethoden sind solche, deren vorhandene oder vermeintliche Heilwirkung allein auf übersinnlichen, kosmischen oder ähnlichen Kräften beruht bzw. beruhen soll. Dazu

⁶⁷² BGH, Urt. v. 30.05.17 - VI ZR 203/16, MedR 2018, 43–44 m. Anm. Stock MedR 2019, 872 ff..

⁶⁷³ Huber, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem Suhr, Der medizinisch nicht indizierte Eingriff zur kognitiven Leistungssteigerung aus rechtlicher Sicht; Köberl, Die medizinische Indikation, Leitfaden oder Hindernis, MedR 2019, S. 203; Richter, Indikation und nicht-indizierte Eingriffe als Gegenstand des Medizinrechts; Wagner, Die Schönheitsoperation im Strafrecht; Kern, Eingriffe ohne Indikation, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts.; Baur (Hrsg.), Lifestyle-Medizin - von der medizinischen Indikation zum modischen Trend; Stock, Die Indikation in der Wunschmedizin.

gehören die Geist⁶⁷⁴- oder Wunderheilung, das Gesundbeten und wohl auch das Reiki⁶⁷⁵. Es handelt sich nicht mehr um die Ausübung von Heilkunde⁶⁷⁶.

5.6 Unspezifische Heiltätigkeiten

Unspezifische Heiltätigkeiten sind solche, die für sich genommen keinen Bezug zu einer individuellen Erkrankung haben. Dazu gehört etwa der Verkauf von Medizinprodukten, die allgemeine Ernährungsberatung, Forschungstätigkeit, die Herstellung von Prothesen und anderen Hilfsmitteln und die technische Herstellung oder Analyse von Laborbefunden. Weil ein konkreter Bezug zu einer Erkrankung fehlt, handelt es sich regelmäßig nicht um die Ausübung von Heilkunde.

Wird aber etwa in der Ernährungsberatung ein solcher individueller Bezug hergestellt⁶⁷⁷ oder etwa ein Laborbefund auf eine mögliche Erkrankung hin ausgewertet, handelt es sich um Heilkunde, weil bei unsachgemäßer Beratung oder Befundung die Gefahr einer Verschlechterung des Gesundheitszustandes besteht.⁶⁷⁸

6. Typisierung von Berufsfeldern nach dem Grad der Eigenverantwortlichkeit

Nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgericht⁶⁷⁹ berechtigt die den jeweiligen Gesundheitsfachberufen erteilte Erlaubnis nicht zu Krankenbehandlungen ohne ärztliche Verordnung. Es wurden sektorale Heilkundeerlaubnisse eingeführt, weil eine „systematische Unstimmigkeit“ bestehe: Der Gesetzgeber habe einerseits die Berufsbilder der Gesundheitsfachberufe mit erheblichen Qualifikationsanforderungen versehen, andererseits

⁶⁷⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 02.03.04 - 1 BvR 784/03, *MedR* 2005, S. 35; *BVerfG*, Beschl. v. 03.06.04 - 2 BvR 1802/02, *NJW* 2004, S. 2890; *BVerfG*, Beschl. v. 20.03.07 - 1 BvR 1226/06, *NJW-RR* 2007, S. 1048; *AG Gießen*, *Urt.* v. 03.09.14 - 507 Cs 402 Js 6823/11, *GesR* 2014, 701-703; m. Anm. Ambrosy *juris-StrafR* 18/204 Anm. 2.

⁶⁷⁵ *Guttau*, *Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen* S. 122 ff. a.A. *OVG NRW*, *Urteil* v. 02.12.98 - 13 A 5322/96, *MedR* 2000, 46-49 ("Reiki-Spende").

⁶⁷⁶ 3. Teil: A.2.2.1.4 Gesundheits-, Patient*innen- und Verbraucherschutz, S. 141

⁶⁷⁷ Diese Ernährungsberatung gehört zu den verordnungsfähigen Heilmitteln: vgl. IV. des ab dem 01.01.2020 geltenden Heilmittelkatalogs.

⁶⁷⁸ *BVerfG*, Beschl. v. 07.08.00 - 1 BvR 254/99, *NJW* 2000, S. 2736; *OVG NRW* v. 13.06.12 - 13 A 668/09 -.

⁶⁷⁹ *BVerwG*, *Urt.* v. 10.10.19 - 3 C 10/17, *juris*, m. Anm. Liebler *jurisPR-BVerwG* 15/2020 Anm. 2; *BVerwG*, *Urt.* v. 10.10.19 - 3 C 17/17 - 3 C 16/17 -, *juris*; *BVerwG*, *Urt.* v. 10.10.19 - 3 C 8/17, *juris*, m. Anm. Liebler, *jurisPR-BVerwG* 13/2020 Anm. 3.

aber für Heilpraktiker*innen eine Kenntnisüberprüfung durch die Gesundheitsämter genügen lassen, um ihnen die eigenverantwortliche und weisungsfreie Ausübung der Heilkunde zu erlauben.⁶⁸⁰

Dieser Unterschied steht im Fokus der Darstellung der rechtlich normierten Berufsbilder. Dabei wird die Berufsgruppe der Ärzt*innen einbezogen, weil ihr die Freiheit zu eigenverantwortlichem und weisungsfreiem Handeln zusteht und sie voll in das Gesundheitssystem integriert ist. Erstere Eigenschaft dürfte den Gesundheitsfachberufen, letztere den Heilpraktiker*innen fehlen.

6.1 Ärzt*innen

6.1.1. Allgemeines zur Berufsbildfixierung

Die Berufsbildfixierung des Arztberufs erfolgt im Kern durch § 1 BÄO, indem nicht nur die Aufgabe beschrieben ist, der Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung zu dienen, sondern auch seine rechtliche Position als seiner Natur nach freier Beruf. Eine andere als freie Berufsausübung widerspräche dementsprechend seiner gesetzlich fixierten Eigenart.⁶⁸¹

Die Ausgestaltung dieses ärztlichen Berufsbildes hat einerseits zu zahlreichen Bestätigungen dieser Freiheit geführt. Nach dem Standesrecht müssen Ärzt*innen ihren Beruf gewissenhaft ausüben und dem ihnen bei ihrer Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen entsprechen. Sie haben dabei ihr ärztliches Handeln am Wohl der Patient*innen auszurichten und dürfen nicht das Interesse Dritter darüber stellen.⁶⁸² Das gilt arbeitsrechtlich auch gegenüber Dienstherren und Arbeitgebern: Ihre Weisungen können die Ärzt*innen rechtlich nicht davon abhalten, dem Wohl ihrer Patient*innen zu dienen.⁶⁸³

Auch Vertragsärzt*innen bleiben in der Entscheidung über die Erfüllung ihrer Aufgaben im System der gesetzlichen Krankenversicherungen ebenso wie bei allen anderen

⁶⁸⁰ 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

⁶⁸¹ Kern, Die freien Heilberufe und die Freiheit des Arztes, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 13-21.

⁶⁸² § 2 Abs. 2 bis 4 MBO-Ä

⁶⁸³ Kern, Die freien Heilberufe und die Freiheit des Arztes, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 13-21 3. Teil: A.2.1.2 Das Selbstbestimmungsrecht und die Heilkundigen, S. 133

Sozialversicherungsträgern frei. Die Krankenversicherung bedient sich des freien Berufes der Ärzt*innen zur Erfüllung ihrer Aufgaben; Sie baut nicht nur ihr Vertragsarztsystem auf dem Arztberuf als einem freien Beruf auf, indem sie das Vorhandensein eines solchen Berufes praktisch und rechtlich voraussetzt und sich zunutze macht, sondern sie belässt auch die Tätigkeit als Vertragsarzt im Rahmen dieses freien Berufes.⁶⁸⁴

Andererseits unterliegt dieser Berufsstand zahlreichen, u.a. ökonomischen Zwängen und sieht sich etwa bei der Begehung von Fehlern nicht nur – wie Heilpraktiker*innen – einer zivil- und strafrechtlichen, sondern zusätzlich einer berufs- und sozialrechtlichen Haftung ausgesetzt. Deshalb ist er eng an Richtlinien und Leitlinien, m.a.W. Standards gebunden. All das hat zu der Aussage geführt, der Arztberuf sei der „staatlich gebundenste unter den nichtstaatlichen Berufen“.⁶⁸⁵

Eine Kooperation mit dem Beruf der freien Heilpraktiker*innen ist auf mehreren Ebenen ausgeschlossen:⁶⁸⁶ „Dass nach § 1 HeilprG ein Arzt selbst nicht als Heilpraktiker tätig sein kann, ist nur eine logische Folge der zentralen Stellung, die er in der Heilkunde innehat. Die ärztliche Approbation umfasst jede Heilpraktikertätigkeit und schließt eine besondere Erlaubnis für sie aus.“⁶⁸⁷ Ein beruflicher Zusammenschluss in Form einer Medizinischen Kooperationsgemeinschaft ist Ärzt*innen nur mit staatlich anerkannten Gesundheitsberufen, nicht aber mit Heilpraktiker*innen erlaubt.⁶⁸⁸ Zulässig dürfte hingegen eine Zusammenarbeit im Einzelfall sein, so lange die Verantwortungsbereiche klar abgegrenzt bleiben – z.B. ergänzende naturheilkundliche Tätigkeit durch die Vertretung der Heilpraktiker*innen - und die ärztliche Tätigkeit allein von der Ärzteschaft durchgeführt und verantwortet wird.

⁶⁸⁴ BVerfG, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30.

⁶⁸⁵ Steiner nach: Kern, Die freien Heilberufe und die Freiheit des Arztes, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 13-21.

⁶⁸⁶ a.A. Willkomm/Braun, Kooperationen zwischen niedergelassenen Privatärzten und Heilpraktikern - ein zulässiges Modell?, ZMGR 2019, 11 ff.

⁶⁸⁷ BVerwG, Urt. v. v. 02.03.67 - I C 52.64, BVerwGE 26, S. 254 = NJW 1967, 611. VG München, Urt. v. 27.06.95 - M 16 K 94.3604, MedR 1996, 229 ff. m. Anm. Taupitz S. 234-235; S. aber OVG NRW, Urteil v. 13.08.98 - 13 A 1781/96, MedR 1999, 187 ff. Zahnarzt und Heilpraktiker

⁶⁸⁸ §§ 23 b und c MBO-Ä. Kern/Rehborn, Ärzte und Heilpraktiker, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 11 Rdnr. 10-22.

6.1.2. Ärztliche Therapiefreiheit im Speziellen

Die Therapiefreiheit mit ihren drei tragenden Elementen⁶⁸⁹ ist ein besonderer Ausdruck der ärztlichen Eigenverantwortlichkeit und Weisungsfreiheit. Sie besteht kraft Gesetzes⁶⁹⁰ und beruflichen Satzungsrechts.⁶⁹¹ Als Spiegelbild der Patient*innenautonomie ist sie ein fremdnütziges Recht.⁶⁹² Ihre Grenzen sind zunächst einmal vage formuliert. So heißt es auf der einen Seite, der Staat dürfe die Vorstellungen der Ärzt*innen und Patient*innen über den richtigen therapeutischen Weg nicht durch eigene therapeutische Vorstellungen ersetzen, andererseits könne er die Berufsausübung unter dem Gesichtspunkt der Gefahrenabwehr begrenzen und Zonen gesteigerter Risiken ausweisen, um sie dem Bestimmungsrecht der Beteiligten zu entziehen.⁶⁹³ Dieser vermeintliche Widerspruch lässt sich mit Hilfe des sogleich vorgestellten Prüfungsschemas der Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der Stufentheorie lösen.

Die Methodenfreiheit bedeutet vor allem, eine Behandlung nach der selbst gewählten Methode durchführen zu dürfen.⁶⁹⁴ Grundsätzlich sind Ärzt*innen also nicht dazu verpflichtet, ausschließlich schulmedizinische Methoden zu wählen.⁶⁹⁵ Damit besteht auch die Freiheit, neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden zu erforschen und einzusetzen. Ohne die ärztliche Therapiefreiheit dürfte ein medizinischer Fortschritt ausgeschlossen sein.

Als Außenseitermethoden können all diejenigen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden verstanden werden, die innerhalb einer Therapierichtung nicht hinreichend anerkannt sind.⁶⁹⁶ Dazu gehören alle Methoden der Alternativheilkunde⁶⁹⁷, da bei ihnen ein naturwissenschaftlicher Wirksamkeitsnachweis nicht erbracht werden kann. Aber auch

⁶⁸⁹ 1. Teil: A.1.2 Die Therapie- und Methodenfreiheit, S. 14

⁶⁹⁰ § 1 Abs. 2 BÄO

⁶⁹¹ § 2 Abs. 1 und 4 MBO-Ä

⁶⁹² *Kern*, Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 22-39.

⁶⁹³ Zu beiden Aspekten: *Kern*, Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 22-39.

⁶⁹⁴ *Katzenmeier*, Arzthaftung S. 331

⁶⁹⁵ *Laufs*, Grundlagen des Arztrechts, in: Laufs/Kern/Clemens, Handbuch des Arztrechts, Rdnrn. 1 bis 7.

⁶⁹⁶ *Schumacher*, Alternativmedizin. S. 20 ff.

⁶⁹⁷ 1. Teil: A.1.3 Schul-, Alternativ- und Wunschmedizin, S. 15

Methoden, die schulmedizinischen Erklärungskonzepten folgen, können, so lange ihnen die Anerkennung fehlt, als solche bezeichnet werden. Für Außenseitermethoden gelten vier besondere Maßstäbe:

6.1.2.1 Außenseitermethode und Standesrecht

Nach dem Standesrecht⁶⁹⁸ ist auch hierfür die notwendige fachliche Qualifikation zu fordern. Vor allem ist der anerkannte Standard medizinischer Kenntnisse zu beachten. Das bedeutet: die Behandler*innen müssen sowohl die konkurrierenden Verfahren der Schulmedizin einschließlich des Facharztstandards als auch die wissenschaftlichen Grundlagen der von ihnen eingesetzten Methoden kennen.

6.1.2.2 Außenseitermethode als Behandlungsfehler

Nach dem Haftungsrecht liegt ein Behandlungsfehler vor, wenn eine Behandlung nicht abgebrochen wird, obwohl der gewünschte Erfolg erkennbar nicht erreicht werden kann.⁶⁹⁹ Dieser Maßstab gilt für Heilpraktiker*innen gleichermaßen.⁷⁰⁰

6.1.2.3 Gesteigerte Aufklärungspflicht bei Außenseitermethode

Es besteht eine gesteigerte Aufklärungspflicht, d.h. die Patient*innen müssen sowohl über die schulmedizinische als auch die alternativ-heilkundliche Methode einschließlich etwaiger zusätzlicher Risiken in vollem Umfang informiert sein und sich dennoch für die Außenseitermethode entscheiden.⁷⁰¹ Das gilt auch für sog. Individuelle Gesundheitsleistungen (IGeL).⁷⁰²

⁶⁹⁸ § 2 Abs. 3 MBO-Ä

⁶⁹⁹ Kern, *Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität*, in: Laufs/Kern/Rehborn, *Handbuch des Arztrechts*, § 3 Rdnr. 22-39.

⁷⁰⁰ *OLG München*, Urt. v. 26.04.89 - 27 U 68/88 (Heilpraktiker) -; *OLG Koblenz*, Urt. v. 26.02.07 - - 12 U 1433/04 - -; *OLG Stuttgart*, Urt. v. 21.04.98 - 14 U 25/97 (Heilpraktiker) - 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

⁷⁰¹ Katzenmeier, *Arzthaftung* S. 332; Stock, *Die Indikation in der Wunschmedizin* S. 312-314

⁷⁰² Leistungen, die generell oder im Einzelfall nicht von der Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherungen umfasst sind, aus ärztlicher Sicht erforderlich oder empfehlenswert, zumindest aber vertretbar und von den Patient*innen ausdrücklich gewünscht sind. Wollersheim, *IGeL-Leistungen*, in: Clausen/Schroeder-Printzen, *Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht*, § 6 Rdnr. 164 ff.

6.1.2.4 Kostenübernahme und -erstattung bei Außenseitermethode

Eine faktische Grenze besteht im Hinblick auf die Kostenübernahme bzw. Kostenerstattung gesetzlicher bzw. privater Krankenversicherungen, über die gleichermaßen aufzuklären ist.⁷⁰³

§ 2 Abs. 1 S. 3 SGB V stellt für die gesetzlichen Krankenkassen einen besonderen Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsmaßstab auf, der zum Ausschluss von Therapiemethoden führt, für die kein Wirksamkeitsnachweis vorliegt. Der GKV-Katalog des GBA ist deshalb für die Kostenfrage abschließend.⁷⁰⁴

Demgegenüber verlangt die Rechtsprechung des BGH⁷⁰⁵ zur Erstattungsfähigkeit von Methoden durch private Krankenversicherungen eine nach den objektiven medizinischen Befunden im Zeitpunkt der Vornahme der ärztlichen Behandlung eine vertretbare Entscheidung über die Notwendigkeit ihres Einsatzes. Auch alternative Behandlungsmethoden können dazu gehören, wenn sie in ihrer Wirksamkeit den von der Schulmedizin gebilligten Methoden gleichstehen.⁷⁰⁶

6.2 Gesundheitsfachberufe

6.2.1. Allgemeines zu den Berufsbildern der Gesundheitsfachberufe

6.2.1.1 Überblick

Zu den anderen Heilberufen i.S.d. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG gehören nicht nur Berufe, die der Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden dienen, sondern darüber hinaus auch Berufe der helfenden Betreuung von Menschen mit gesundheitlichen Problemen, gleichviel, ob die Behandlung oder Betreuung der Heilung oder auch nur der Pflege oder Linderung dient.⁷⁰⁷ Um einen Überblick zu geben, differenziert die nachfolgende Tabelle zwischen den Berufsbezeichnungen und der europarechtlichen Anerkennung sowie

⁷⁰³ § 630c Abs. 3 BGB

⁷⁰⁴ *BVerfG*, ("Nikolaus"-) Beschluss v. 06.12.05 - 1 BvR 347/98, *BVerfGE* 115 = *MedR* 2006, 164-168. 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

⁷⁰⁵ *BGH*, *Urt.* v. 30.10.02 - IV ZR 119/01 -.

⁷⁰⁶ *Kern*, *Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität*, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, *Handbuch des Arztrechts*, § 3 Rdnr. 22-39.

⁷⁰⁷ *BVerfG*, *Urt.* v. 24.10.02 - 2 BvF 1/01, *BVerfGE* 106, S. 62 = *NJW* 2003, 41-58.

den berufs- und sozialrechtlichen Regelungen, die bei der Frage der Eigenständigkeit dieser Berufe maßgebliche Bedeutung haben:⁷⁰⁸

BERUFSBEZEICHNUNG	Europarecht /EuGH-Respr.	Berufsgesetze	Teilnahme am System der gesetzlichen Versicherungen
Anästhesietechnische(r) / Operationstechnische(r) Assistent*in ATA / OTA		ATA-OTA-G ⁷⁰⁹	
Apotheker*in	Abschn. 7 Art. 44–45 Richtlinie EGRL 2005/36 ⁷¹⁰	ApoG, BApO, AAppO für Apotheker	Keine Bedarfsprüfung bei Eröffnung einer Apotheke ⁷¹¹
Arzt / Ärztin	Abschn. 2 Art. 24–30 Richtlinie EGRL 2005/36 ⁷¹²	BÄO; ÄApprO; MBO	Sog. Vertragsarzt; §§ 72 ff. SGB V, Ärzte-ZV
Diätassistent*in		Diät-AssG	⁷¹³
Ergotherapeut*in		ErgThG ⁷¹⁴	§§ 32, 124 SGB V Zulassung als Heilmittelerbringer ⁷¹⁵
Heilpraktiker*in	⁷¹⁶	HeilprG	Keine ⁷¹⁷
Hebamme	Abschn. 6 Art. 40–43 Richtlinie EGRL 2005/36	HebG	§ 134a SGB V: Vertragliche Bindung aufgrund Mitgliedschaft in einem Hebammenverband u.a.
Logopäd*in/Sprachtherapeut*in		LogopG ⁷¹⁸	§§ 32, 124 SGB V Zulassung als

⁷⁰⁸ Auszug aus: Stock, Europarecht der Gesundheitsberufe, in: Stellpflug/Meier/Tadayon, Handbuch Medizinrecht, B 6000.

⁷⁰⁹ Gesetz über den Beruf der Anästhesietechnischen Assistentin und des Anästhesietechnischen Assistenten und über den Beruf der Operationstechnischen Assistentin und des Operationstechnischen Assistenten vom 24.02.2021, tritt am 01.01.2022 in Kraft

⁷¹⁰ *EuGH*, Urt. der Großen Kammer v. 19.05.09 - C-171/07 und C-172/07 (DocMorris), *MedR* 2009, 593 m. Anm. Eichenhofer.

⁷¹¹ *BVerfG*, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, *BVerfGE* 7, S. 377.

⁷¹² *BVerwG*, Urt. v. v. 11.12.08 - 3 C 33/07 - Russland -, *NJW* 2009, 867 ff. = *MedR* 2009, 415 ff.

⁷¹³ *BSG*, Urt. v. v. 28.06.00 - B 6 KA 26/99 R -.

⁷¹⁴ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 10/17, *juris*, m. Anm. Liebler *jurisPR-BVerwG* 15/2020 Anm. 2.

⁷¹⁵ *Görmar*, Besonderheiten des Leistungs- und Vergütungsrechts der Ergotherapeuten, *ZMGR* 2011, 16 ff.

⁷¹⁶ *EuGH*, Urt. v. v. 11.07.02 - C-294/00 (Paracelsus) -.

⁷¹⁷ 3. Teil: A.1.2.4.2 Der Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung, S. 93

⁷¹⁸ *BVerwG*, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, *juris*, m. Anm. Liebler, *jurisPR-BVerwG* 13/2020 Anm. 3.

			Heilmittelerbringer
Medizinisch-technischer Assistent*in MTLA/MTAF/MTRA	⁷¹⁹	MTAG	
Notfallsanitäter*in		NotSanG	
Orthoptist*in (Augenheilkunde)		OrthoptG	
Pflegeberufe Pflegefachfrau, Pflegefachmann Altenpfleger*in Gesundheits- und Krankenpfleger*in Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger*in		PfIBG	§§ 37, 37b SGB V; §§ 2, 36, 41, 69 SGB XI
Podolog*in		PodG ⁷²⁰	§§ 32, 124 SGB V Zulassung als Heilmittelerbringer
Pharmazeutisch-technische Assistent*in		Gesetz über den/die PTA	
Physiotherapeut*in /Masseur*in/ Medizinische Bademeister*in	⁷²¹	MPhG	§§ 32, 124 SGB V Zulassung als Heilmittelerbringer
Psychotherapeut*in	⁷²²	PsychThG	§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB V: wie Vertragsärzt*innen
Rettungsassistent*in		RettAssG	
Soziotherapeut*in			§§ 37a, b, 39a, 43a SGB V; §§ 45a ff. SGB XI
Zahnarzt / Zahnärztin	Abschn. 4 Art. 34–37 Richtlinie EGRL 2005/36 ⁷²³	ZHG, ZApprO	§ 72 Abs. 1 S. 2 SGB V: wie ein Arzt

Zu den Gesundheitsfachberufen gehören die Pflege- und Heilberufe einschließlich der Hebammen⁷²⁴, nicht aber die Handwerker auf bestimmten Gebieten der Gesundheit (z.B.

⁷¹⁹ *EuGH*, Urt. v. v. 09.09.04 - C-81/03 -, *GesR* 2005, S. 89.

⁷²⁰ *VG Gera*, Urt. v. v. 08.02.19 - 3 K 705/14 Ge -.

⁷²¹ *OVG Niedersachsen*, Beschl. v. v. 01.04.11 - 8 LA 104/10 Lettland -.

⁷²² *EuGH*, Urt. v. v. 06.12.07 - C-456/05 -.

⁷²³ *EuGH 3. Kammer*, Urteil v. 06.12.18 - C-675/17 -.

⁷²⁴ *Deutscher Gesundheitsforschungsrat*, *Forschung in den Gesundheitsfachberufen*, *DMW - Deutsche Medizinische Wochenschrift* 2012, S. 29-76.

Augenoptik, Hörgeräteakustik, Zahntechnik). Ihre Ausbildung beruht auf der Handwerksordnung.

Die Betrachtung der Gesundheitsfachberufe könnte ein vielschichtiges Bild ergeben, so dass auch die Feststellung einer „systematischen Unstimmigkeit“ im Verhältnis zu den Heilpraktiker*innen untermauert oder relativiert werden könnte.

6.2.1.2 Berufsrecht

Für die einzelnen Berufsbilder gelten die o.a. spezifischen Gesetze, in denen die Berufsbezeichnung, sowie Ausbildungsanforderungen statuiert sind. Ähnlich wie bei dem Arztberuf sehen diese vor, dass die Kandidat*innen eine Ausbildung ableisten und eine staatliche Prüfung bestehen müssen. Sie dürfen nicht unzuverlässig oder wegen körperlicher oder geistiger Defizite oder Suchterkrankungen für die Ausübung des Berufs ungeeignet sein.⁷²⁵

6.2.1.3 Qualifikationsniveaus

Nicht nur die Richtlinie über die (automatische) Berufsankennung (EGRL 2005/36), sondern auch der inzwischen eingeführte Europäische Qualifikationsrahmen (EQR) ermöglicht eine Klassifikation nach zu erreichenden Bildungsniveaus. Auch dies dürfte mit Blick auf die selbständige und eigenverantwortliche Tätigkeit relevant sein: Es ist festzustellen, dass in den Sektoren der jeweiligen Gesundheitsfachberufe alle Bildungsniveaus – von der nonformalen Fortbildung über zwei- oder dreijährige Berufsausbildungen mit staatlichem Abschluss, Bachelor- und Masterstudiengänge bis hin zur Promotion, jedenfalls in einzelnen Staaten der EU - vertreten sind. Entsprechend ausdifferenziert ist europaweit der Kompetenzerwerb und damit verbunden die Qualifikation zu eigenverantwortlicher und weisungsfreier Tätigkeit.⁷²⁶

⁷²⁵ Janda, *Medizinrecht*, S. 284 f.

⁷²⁶ Stock, *Europarecht der Gesundheitsberufe*, in: Stellpflug/Meier/Tadayon, *Handbuch Medizinrecht*, B 6000 Rdnr. 42 Stock/Kerbs, *Pflegeberufe in der EUREGIO Maas-Rhein*

6.2.1.4 Behandlungsverträge

Gesundheitsfachberufe können selbständig in der Form der Einzelfirma, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder auch der juristischen Person ausgeübt werden.⁷²⁷ Sofern sie die Leistung gegenüber den Patient*innen erbringen, schließen sie einen Behandlungsvertrag gem. §§ 630a BGB ff., unterliegen also insoweit denselben Verpflichtungen wie selbständig tätige Ärzt*innen und Heilpraktiker*innen.⁷²⁸

6.2.1.5 Kooperationen

Eine generelle Aussage, diese Berufsgruppen seien nicht eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig, lässt sich auch wegen der Kooperation mit Ärzt*innen nicht aufstellen. Gemeinsam mit Ärzt*innen arbeiten die Gesundheitsfachberufe an demselben Therapieziel. Alle Maßnahmen, die die Vertreter*innen dieser Berufsgruppen hierzu einleiten, gehören zur normalen und erlaubten Zusammenarbeit. Deshalb ist es auch aus berufsrechtlich-ärztlicher Sicht erlaubt, sich zu sog. Medizinischen Kooperationsgemeinschaften zusammenzuschließen. Von einer solchen Gemeinschaft spricht man, wenn die Berufsgruppen einen gleichgerichteten oder integrierenden diagnostischen Zweck bei der Heilbehandlung, auch zur Prävention oder Rehabilitation, durch ein räumliches nahes und koordiniertes Zusammenwirken aller beteiligter Berufsangehörigen erfüllen wollen. Eine solche medizinische Kooperationsgemeinschaft kann umfassend für alle medizinischen Leistungen, aber auch nur einzelne medizinische Leistungen gegründet werden, § 23b MBO-Ä.⁷²⁹

Eine Kooperation mit Heilpraktiker*innen ist rechtlich nicht ausgeschlossen.

⁷²⁷ Der Status als Selbständige(r) i.S.d. § 7 SGB IV hängt dabei oft von den Rahmenbedingungen ab. *Plagemann*, Stationäre Pflege in Form der Beschäftigung, JM - Juris Die Monatszeitschrift 2020, S. 376; *Zieglmeier*, SGB IV § 7, Kasseler Kommentar, Rdnr. 180-184

⁷²⁸ *Lafontaine*, Vertragstypische Pflichten bei Behandlungsvertrag, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, juris Praxiskommentar BGB Band 2, Rdnr. 481 ff. Hebamme.

⁷²⁹ *Bährle/Kazemi/Goebel*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1258–1294. Rdnr. 249

6.2.1.6 Sozialrechtliche Stellung

Auch der Abschluss gesonderter Versorgungsverträge, sei es als Hebamme oder Geburtshaus im Wege der Mitgliedschaft bei einem der Berufsverbände⁷³⁰, als Heilmittelerbringer*in⁷³¹ oder Pflegeeinrichtung⁷³² hebt die Eigenständigkeit der jeweiligen Gesundheitsfachberufe hervor.

Die Aussage, ihre Berufsausübung erfolge nicht – wie bei Heilpraktiker*innen – eigenverantwortlich und weisungsfrei, kann sich dementsprechend nur auf die je konkrete Tätigkeit „an“ den Patient*innen beziehen. Hier ist darzustellen, ob und inwieweit sie berufs- oder sozialrechtlich frei im Sinne der Therapiefreiheit oder unter dem Vorbehalt ärztlicher Verordnung oder Weisung ausgeübt werden darf.

Dazu ist grundlegend festzuhalten, dass die Berufsgesetze der Gesundheitsfachberufe weder eine Ausbildung zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Tätigkeit vorsehen noch diese erlauben. Dem folgen die Sozialgesetze, indem sie diese berufsrechtliche Grundlage aufnehmen und die Ärzteschaft als diejenige ansehen, die die Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe für die Sozialversicherungen verordnet und verantwortet.⁷³³

6.2.2. Zur Eigenverantwortlichkeit einzelner Gesundheitsfachberufe

Bei Hebammen, Pflegeberufen und Heilmittelerbringer*innen bestehen im Hinblick auf die Eigenverantwortlichkeit aktuelle Besonderheiten. Während sich die ärztliche Therapiefreiheit in dem gezeigten Korsett bewegt, könnte ein Trend dahin gehen, die strenge Hierarchie zwischen den Gesundheitsfachberufen einerseits und der Ärzt*innenschaft andererseits durch rechtliche Vorschriften zu lockern. Umso mehr Eigenverantwortlichkeit entstünde für die Gesundheitsfachberufe. Die Entwicklung wird anhand der Haftung der Hebammen, der Zuweisung autonomer Aufgaben bei den Pflegeberufen und der sog. Blankoverordnung für Heilmittelerbringer*innen aufgezeigt.

⁷³⁰ § 134a SGB V

⁷³¹ §§ 32, 124 SGB V

⁷³² §§ 37, 37b SGB V, §§ 2, 36, 41, 69 SGB XI

⁷³³ § 124 Abs. 1 Nr. 1 SGB V

6.2.2.1 Hebammen

Die Leistung der Geburtshilfe ist außer Ärzt*innen nur Hebammen vorbehalten. Ärzt*innen müssen bei einer Geburt eine Hebamme hinzuziehen. Die Geburtshilfe umfasst die Überwachung des Geburtsvorgangs von Beginn der Wehen an, Hilfe bei der Geburt und Überwachung des Wochenbettverlaufs, § 4 Abs. 2 HebG. Die Schwangere entscheidet selbst darüber, ob sie die Geburtshilfe einer freiberuflich tätigen Hebamme oder eines Geburts- oder eines Krankenhauses in Anspruch nehmen will. Entscheidet sie sich für die Hebamme, besitzt diese die Erstkompetenz, die ihre Grenze findet, sobald sich Komplikationen abzeichnen, zu deren Beherrschung ärztliche Hilfe nötig ist.⁷³⁴

Bei stationärer Geburtshilfe haben die Frauen Vertragsbeziehungen sowohl zum Krankenhaus als auch zur Beleghebamme, die ihre Leistungen als freiberufliche Hebamme im Rahmen eines Behandlungsvertrages nach §§ 630a ff. erbringt.⁷³⁵ Hier stellt sich oft die Frage, bis wann die Hebamme und ab wann der Krankenhausträger aufgrund fehlerhaften Verhaltens schadensersatzpflichtig wird.⁷³⁶ Solange die Hebamme auf der Basis des oben beschriebenen Tätigkeitsvorbehalts die Geburtsleitung innehat, handelt sie aufgrund ihrer Vertragsbeziehung zur Versicherten und haftet direkt aus Vertrag und Delikt bei fehlerhafter Behandlung. Der Träger des Belegkrankenhauses haftet nicht, denn er schuldet die Geburtshilfe in diesem Fall nicht. Sobald aber ein(e) beim Krankenhaus angestellte(r) Arzt / Ärztin hinzugezogen wird und diese(r) die Geburtsleitung übernimmt, haftet der Krankenhausträger für ärztliche Fehler und solche der Hebamme, die lediglich als Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfe tätig wird.

Die Ärzt*innen übernehmen die Geburtsüberwachung jedenfalls, sobald sie die Eingangsuntersuchung vorgenommen haben. Trotz Anwesenheit von Ärzt*innen bei der Geburt kann es dennoch zur ausschließlichen persönlichen Haftung der Hebamme und nicht

⁷³⁴ *LG Dortmund*, Urt. v. 01.10.14 - 37 Ks 3/11 - Eine Ärztin und Hebamme unterlässt bei einer Hausgeburt aus eigennützigen Gründen die Verweisung an ein Krankenhaus

⁷³⁵ *Lafontaine*, Vertragstypische Pflichten bei Behandlungsvertrag, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, juris Praxiskommentar BGB Band 2, Rdnr. 481 ff. Hebamme.

⁷³⁶ *LG Dortmund*, Urt. v. 16.01.20 - 4 O 430/16, juris.

des Krankenhausträgers kommen, wenn eine erfahrene Hebamme die Geburtshilfe leitet, obwohl eine (unerfahrene) Assistenzärztin anwesend ist und lediglich unterstützt.⁷³⁷

Aus diesen Ausführungen lassen sich zwei Aspekte entnehmen: die Kompetenzbereiche zwischen Ärzt*innen und Hebammen sind klar abgegrenzt; wegen der umfassenderen medizinischen Kompetenz übernimmt die Ärzteschaft grundsätzlich im Falle von Komplikationen die Leitung der Geburt. Der Gesundheitsschutz hat jedoch Vorrang. Gelegentlich verfügt die/der Angehörige des Gesundheitsberufs für sein Tätigkeitsfeld über mehr Kenntnisse und Erfahrungen und muss dann die Verantwortung übernehmen.

6.2.2.2 Pflegeberufe

„Werden einem bestimmten Heilberuf Tätigkeiten und Aufgaben eingeräumt, die nur die Angehörigen dieses Berufes ausüben dürfen, dient dies allein dem Gesundheitsschutz einschließlich des Patient*innenschutzes und des Schutzes der zu Behandelnden oder zu pflegenden Personen. Es besteht eine objektive Pflicht des Staates, diesen Schutz zu gewährleisten.“⁷³⁸

Nach dem zum 01.01.2020 in Kraft getretenen Pflegeberufegesetz sind neuerdings bestimmte pflegerische Aufgaben den Angehörigen der Pflegefachberufe vorbehalten. Die Besonderheit dieses Tätigkeitsvorbehaltes ist, dass diese pflegerischen Aufgaben ausschließlich dieser Berufsgruppe zugewiesen sind. Ärzt*innen sind von der Wahrnehmung dieser Aufgaben ausgeschlossen. Die den Pflegefachberufen vorbehaltenen Tätigkeiten umfassen gem. § 4 Abs. 2 PflBG

- die Erhebung und Feststellung des individuellen Pflegebedarfs,
- die Organisation, Gestaltung und Steuerung des Pflegeprozesses sowie
- die Analyse, Evaluation, Sicherung und Entwicklung der Qualität der Pflege.

⁷³⁷ OLG Stuttgart, Urt. v. 08.07.03 - 1 U 104/02, GesR 2004, S. 234.

⁷³⁸ Büscher/Igl/Klie, Neuregelung Pflegeberufegesetz: Anmerkungen und Lösungsvorschläge, MedR 2020, S. 281.

Die Besonderheiten in der Pflege haben dazu geführt, dass es sich bei dem Rechtsverhältnis zwischen den Pflegebedürftigen und den ambulanten oder stationären Pflegeeinrichtungen nicht um einen Behandlungsvertrag i.S.d. § 630a BGB handelt, denn nach der Begründung des Gesetzgebers sind Pflege- und Betreuungsleistungen in Spezialgesetzen, insbesondere dem WBVG geregelt. Die Vorschriften über den Behandlungsvertrag finden hingegen Anwendung, wenn etwa im Rahmen der Krankenhausbehandlung neben den medizinischen auch pflegerische Leistungen erbracht werden.⁷³⁹

Berufsrechtlich lässt sich festhalten, dass nach den nichtärztlichen Psychotherapeut*innen mit dem PflBG einem weiteren Gesundheitsfachberuf ein eigenverantwortlich und weisungsfrei auszuübender Aufgabenbereich zugewiesen wurde, dessen Grenzen – auch zu anderen Berufen - erst noch abgesteckt werden müssen.⁷⁴⁰

6.2.2.3 Physio-, Ergotherapie und Logopädie

Physiotherapeut*innen, Masseur*innen und Medizinische Bademeister*innen bilden zusammen mit Ergotherapeut*innen, Logopäd*innen, Podolog*innen und Ernährungstherapeut*innen die Gruppe der Heilmittelerbringer*innen. Die Bezeichnung hat sich aufgrund ihrer sozialrechtlichen Stellung eingebürgert, sie verstellt aber aus zwei Gründen den Blick auf mehrere gesondert zu betrachtende Berufsfelder: zum einen ist die Heilmittelversorgung geprägt von dem medizinisch-kurativen Paradigma, das bei der Schädigung von Körperfunktionen und -strukturen ansetzt und nicht teilhabeorientiert die Förderung von sozialer Inklusion nach ICF-gestützten Konzepten verfolgt.⁷⁴¹ Zum andern gehen – anders als bei der Geburtshilfe oder Pflege – die beruflichen Tätigkeiten dieser Berufsgruppe bisweilen über die kurative Tätigkeit hinaus, wie die Beispiele eines

⁷³⁹ *Lafontaine*, Pflege ist keine Behandlung, in: Herberger/Martinek/Rüßmann, juris Praxiskommentar BGB Band 2, Rdnr. 124.

⁷⁴⁰ *Büscher/Igl/Klie*, Neuregelung Pflegeberufegesetz: Anmerkungen und Lösungsvorschläge, MedR 2020, S. 281.

⁷⁴¹ *Trenk-Hinterberger*, Rechtliche Aspekte einer teilhabeorientierten Heilmittelversorgung, in: Welti/Fuchs/Fuchsloch u. a., Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation - Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog, S. 170–182.

Physiotherapeuten, der eine Profi-Fußballmannschaft betreut⁷⁴², oder einer Logopädin, die Stimmbildung lehrt, zeigen.

Für den Bereich der Physiotherapie bestätigt sich die Aussage unterschiedlicher berufsrechtlicher Bildungsniveaus: bei Masseur*innen und Medizinischen Bademeister*innen handelt es sich um einen i.d.R. zweijährigen Ausbildungsberuf mit staatlichem Abschluss. Vorauszusetzen ist mindestens ein Hauptschul- oder gleichwertiger Abschluss, während für die i.d.R. dreijährige Ausbildung in der Physiotherapie mindestens einen Realschulabschluss oder eine gleichwertige Ausbildung voraussetzt. Sie besteht aus einem theoretischen und einem praktischen Teil sowie einer praktischen Ausbildung, die grundsätzlich an Krankenhäusern, Fach- oder Reha-Kliniken absolviert werden muss. Die theoretische Ausbildung findet an einer staatlichen oder staatlich anerkannten Schule oder Hochschule statt und endet mit einer staatlichen Prüfung. Ist sie erfolgreich absolviert, wird die Befähigung zum Führen der Berufsbezeichnung verliehen.

Der Unterrichtsstoff und die Ausbildung betreffen insoweit nur die der ärztlichen Diagnose nachgelagerte Heilmittelerbringung, nicht aber die eigenverantwortliche Entscheidung darüber, ob ein bestimmtes Leiden überhaupt durch Physiotherapie, Massage oder sonstige Behandlungsmethoden kuriert werden kann. Die Ausbildung ist darauf ausgerichtet, dass die Physiotherapeut*innen anhand eines ärztlich vorgegebenen Leitsymptoms nur die Einzelheiten der physiotherapeutischen Behandlung, namentlich die Art und Weise der Krankengymnastik oder Massage, abklären und durchführen. Eine Tätigkeit ohne die ärztliche Erstdiagnose ist also unzulässig und erst nach Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis erlaubt.

Die Berufsgesetze der Logopäd*innen und Ergotherapeut*innen sind mit demjenigen für Physiotherapeut*innen vergleichbar gefasst. Auch hier verschafft erst ein Realschul- oder gleichwertiger Abschluss den Zugang zur i.d.R. dreijährigen Ausbildung, deren Grundlagen in

⁷⁴² LSG Saarland, Urt. v. 05.07.18 - L 1 R 54/17, NZS 2019, S. 557.

einem speziellen Gesetz⁷⁴³ und deren Einzelheiten in der jeweiligen Ausbildungs- und Prüfungsordnung⁷⁴⁴ geregelt sind. Auch hier wird nach Bestehen der staatlichen Prüfung die Erlaubnis zum Führen der Berufsbezeichnung erteilt.⁷⁴⁵

In Bezug auf die eigenverantwortliche und selbständige Tätigkeit der Heilmittelerbringer*innen ist abschließend ein Blick auf ihre sozialrechtlichen Möglichkeiten zu werfen. Grundsätzlich haben gesetzlich Versicherte gem. § 32 SGB V Anspruch auf Versorgung mit Heilmitteln, die durch die dafür (berufsrechtlich) Qualifizierten erfolgt.⁷⁴⁶ Wegen des in der Krankenversicherung geltenden Grundsatzes der Zweckmäßigkeit und Wirtschaftlichkeit sind jedoch nicht alle Heilmittel zur Versorgung zugelassen, sondern nur die in einem speziellen Heilmittelkatalog aufgelisteten. Ihnen wurden entsprechende Indikationen zugeordnet. Die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses⁷⁴⁷ schließt zugleich bestimmte Behandlungsmethoden (u.a. Hippotherapie, Fußreflexzonen- und Ganzkörpermassagen, Schwimmen und Baden in Thermal- und Warmwasserbädern) von der Versorgung aus. Bei medizinischen Massagen ist umstritten, ob es sich überhaupt um die Ausübung von Heilkunde handelt.⁷⁴⁸

Neue Wege, die zu mehr Eigenständigkeit der Heilmittelerbringer*innen führen, geht das Sozialrecht mit der sog. „Blankoverordnung“: Nach dem neu eingefügten § 125a SGB V sollen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit den Verbänden der jeweiligen Heilmittelerbringer bis zum 15.03.2021 Verträge über eine erweiterte Versorgungsverantwortung schließen. Gegenstand der Verträge ist eine Versorgungsform, bei der die Heilmittelerbringer aufgrund einer durch einen Vertragsarzt festgestellten Diagnose

⁷⁴³ ErgThG; LogG

⁷⁴⁴ ErgThAprV; LogAPrO

⁷⁴⁵ *Hübner*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer*innen: Hebammen, Ergotherapeut*innen, Logopäd*innen, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1294–1319.

⁷⁴⁶ BSG, Urteil v. 16.03.17 - B 3 KR 14/16 R -.

⁷⁴⁷ *Gemeinsamer Bundesausschuss*, Heilmittel-Richtlinie, <https://www.g-ba.de/richtlinien/12/> (besucht am 07.11.2020).

⁷⁴⁸ *Bährle/Kazemi/Goebel*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1258–1294.

und der Indikation für eine Heilmittelbehandlung selbst über die Auswahl und die Dauer der Therapie sowie die Frequenz der Behandlungseinheiten bestimmen können. Dazu räumt § 73 Abs. 11 SGB V den Heilmittelerbringer*innen die Befugnis ein, im Falle einer Blankoverordnung über die Auswahl und Dauer der Therapie sowie die Frequenz der Behandlungseinheiten selbst zu entscheiden. Bei Diagnosen, für die eine solche Blankoverordnung in Betracht kommt, darf zukünftig die Ärzteschaft nur bei Vorliegen wichtiger Gründe von dieser neuen Verordnungsform absehen. Der Arztvorbehalt ist also bei weitem nicht gefallen.

6.2.3. Delegation und Substitution

6.2.3.1 Der Heilkundebegriff und die Übernahme ärztlicher Tätigkeit

Die Frage, ob heilkundlich-ärztliche Tätigkeit an andere Gesundheitsfachberufe übertragen werden kann, wird insbesondere im Bereich der Pflege, aber auch bei den Heilmittelerbringer*innen seit Jahren diskutiert.

Die Aufgabenverteilung zwischen Ärzt*innen und Gesundheitsfachberufen ist rechtlich nicht abschließend geregelt. Dies liegt bezogen auf den Heilkundebegriff am Festhalten an der Notwendigkeit speziell ärztlicher Kenntnisse. Allgemein heilkundliche oder sektorenbezogene Kompetenzen sind für die Ausübung von Heilkunde *de lege lata* nicht ausreichend.⁷⁴⁹

Die Diskussion ist durch das „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“ vom 27.03.2020 zwischenzeitlich neu entflammt⁷⁵⁰, denn gem. § 5a IfSG dürfen nunmehr die Pflegeberufe und die Notfallsanitäter*innen eigenständige und eigenverantwortliche heilkundliche Tätigkeiten ausüben. Sie sind während der epidemischen Lage von nationaler Tragweite gestattet, wenn die Person auf der Grundlage der in der jeweiligen Ausbildung erworbenen Kompetenzen und ihrer persönlichen Fähigkeiten in der Lage ist, die jeweils erforderliche Maßnahme eigenverantwortlich durchzuführen und der Gesundheitszustand der Patient*innen nach seiner Art und Schwere eine ärztliche

⁷⁴⁹ 3. Teil: A.1.3.5 Zur Neuregelung des Heilkundebegriffs: eine Dreiteilung, S. 111

⁷⁵⁰ *Großkopf/Schanz*, Heilkundeübertragung: vor, während und nach Corona, RdG 2020, S. 124.

Behandlung im Ausnahmefall einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite nicht zwingend erfordert, die jeweils erforderliche Maßnahme aber eine ärztliche Beteiligung voraussetzen würde, weil sie der Heilkunde zuzurechnen ist.⁷⁵¹

6.2.3.2 Kernbereiche ärztlicher Tätigkeit

Grundsätzlich ist die Erbringung einer ärztlichen Leistung eine persönliche Verpflichtung. Sie ist sowohl zivil⁷⁵²- als auch berufs⁷⁵³- wie sozialrechtlich⁷⁵⁴ und auch gebührenrechtlich⁷⁵⁵ verankert. Daher ist der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung ein die gesamte ärztliche Tätigkeit tragendes Prinzip. Manche Autor*innen wollen ihn bereits in der Garantie ärztlicher Freiheit verankert sehen.⁷⁵⁶

Es besteht Einigkeit darin, dass der Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht nicht bedeutet, dass die Ärzt*innen jede Behandlungsmaßnahme eigenhändig erbringen müssen. Nach § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V i.V.m. § 15 BMV-Ä umfasst die ärztliche Behandlung auch die Tätigkeit anderer Personen, die von ihnen angeordnet ist und verantwortet wird. Hilfspersonen dürfen von Ärzt*innen beigezogen werden, soweit es sich um vorbereitende, unterstützende, ergänzende oder allenfalls mitwirkende Tätigkeiten zur eigentlichen ärztlichen Leistung handelt.⁷⁵⁷ Weniger hierarchisch⁷⁵⁸ bestimmt § 7 Abs. 3 S. 1 MBO-Ä, dass Ärzt*innen mit Angehörigen anderer Fachberufe im Gesundheitswesen zusammenarbeiten müssen.

Die weitergehende Übernahme wird unter den Begriffen der Delegation bzw. Substitution ärztlicher Tätigkeit verhandelt. Delegation bedeutet die Übertragung ärztlicher Aufgaben auf

⁷⁵¹ § 5a IfSG dürfte aufgrund Art. 10a EpiRFortgeltG ab 01.04.2021 fortgelten.

⁷⁵² §§ 630b, 613 S. 1 BGB

⁷⁵³ §§ 1, 7 Abs. 4 MBO-Ä

⁷⁵⁴ § 15 Abs. 1 SGB V; § 15 BMV-Ä; § 14 EKV-Ä

⁷⁵⁵ § 4 Abs. 2 GOÄ

⁷⁵⁶ *Schroeder-Printzen*, Grundlagen zur Vergütung der Ärzte; Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, in: *Stellpflug/Meier/Tadayon*, Handbuch Medizinrecht, D 1000 Rdnr. 2 bis 17.

⁷⁵⁷ *Kern*, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rdnr. 5-12.

⁷⁵⁸ *Kern/Rehborn*, Vertikale Arbeitsteilung, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 99 Rdnr. 14-17 *Ulsenheimer*, Zur vertikalen Arbeitsteilung, in: *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, § 150 Rdnrn. 28-32, 34.

nichtärztliches Personal, wobei die rechtliche Verantwortung bei den Ärzt*innen verbleibt. Substitution bedeutet die Ersetzung ärztlicher Tätigkeit durch solche nicht-ärztlichen Personals.⁷⁵⁹ Diese Unterscheidung ist insbesondere, was die Substitution angeht, zu strikt.

Im Vordergrund jeglicher heilkundlicher Tätigkeit einschließlich ihrer Übertragung muss die Sicherheit der Patient*innen stehen. Deshalb sind Verrichtungen, die wegen ihrer Schwierigkeiten, ihrer Gefährlichkeit oder wegen der Unvorhersehbarkeit etwaiger Risiken ärztliches Fachwissen erfordern und deshalb von den Ärzt*innen persönlich vorgenommen werden müssen (sog. Kernbereich) von der Übertragbarkeit ausgenommen. Hierzu zählen insbesondere operative Eingriffe, schwierige Injektionen, Infusionen und Blutentnahmen sowie spezifisch ärztliche Diagnostik. Ferner sind diverse Arztvorbehalte ausdrücklich gesetzlich normiert und können also ebenso wenig übertragen werden.⁷⁶⁰ Im Übrigen richtet sich die Übertragbarkeit nach der Schwere des Eingriffs (Schwierigkeit), der Häufigkeit und Beherrschbarkeit möglicherweise auftretender Komplikationen (Risiko) und der Schwierigkeit der angewandten Technik (Beherrschbarkeit).⁷⁶¹

6.2.3.3 Delegation

Nun können zwei Perspektiven eingenommen werden: Manche Autor*innen knüpfen zunächst an die Aufgabe an, die von sachverständigem Personal als übertragbar angesehen wird. Sie definieren zuerst generell delegationsfähige Leistungen. Dazu gehören u.a.⁷⁶²:

- Laborleistungen mit Ausnahme des Speziallabors,
- physikalisch-medizinische Leistungen,
- Ton- und Sprachaudiometrie sowie vergleichbare Mess- und Testverfahren,
- Dauerkathederwechsel,
- Verbandswechsel,

⁷⁵⁹ *Wienke*, Einschränkung des Arztvorbehalts, in: Dierks/Wienke., Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin, S. 113–121.

⁷⁶⁰ *Kern*, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rdnr. 5-12.

⁷⁶¹ *OLG Dresden*, Urt. v. 24.07.08 - 4 U 1857/07, RdG 2008, S. 240.

⁷⁶² *Kern*, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rdnr. 5-12
Schroeder-Printzen, Grundlagen zur Vergütung der Ärzte; Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, in: *Stellpflug/Meier/Tadayon*, Handbuch Medizinrecht, D 1000 Rdnr. 2 bis 17.

- Heimversorgung durch ausreichend ausgebildetes Personal

Zusätzlich werden im Einzelfall delegationsfähige Leistungen wie u.a. Injektionen, Infusionen, Blutentnahmen sowie Entnahmen von Gewebe gem. § 3 Abs. 1 TPG qualifiziert. Eine Übertragung der Aufgabe setzt voraus, dass ein persönliches Tätigwerden nach Art und Schwere des Krankheitsbildes oder des Eingriffs nicht erforderlich ist und die Mitarbeiter*in die erforderliche Qualifikation, Zuverlässigkeit und Erfahrung aufweist.⁷⁶³

Dies führt zu der zweiten Perspektive, die die Delegationsadressat*innen in den Blick nimmt: Bei ihnen sind die Ebenen der formalen und der materiellen Qualifikation zu unterscheiden: Die formale Qualifikation ist die durch ein Ausbildungszeugnis bescheinigte Fähigkeit, die auf eine bundes- oder landesrechtliche Ausbildungsregelung zurückgeführt werden kann. Unter der materiellen Qualifikation ist demgegenüber die tatsächliche Befähigung der Delegationsadressat*innen zur Durchführung der angewiesenen Maßnahme zu verstehen.⁷⁶⁴

6.2.3.4 Substitution

Für den Pflegebereich sind gem. § 14 PflBG i.V.m. § 63 Abs. 3c SGB V Modellvorhaben vorgesehen, die zukünftig die selbständige Ausübung der Heilkunde für Angehörige von Pflegefachberufen mit spezifischen Qualifikationen vornehmen, m.a.W. ärztliche Tätigkeit substituieren können. Dazu ist bereits 2012 die Richtlinie über die Festlegung ärztlicher Tätigkeiten zur Übertragung auf Berufsangehörige der Alten- und Krankenpflege zur selbständigen Ausübung von Heilkunde im Rahmen von Modellvorhaben“ (Heilkundeübertragungsrichtlinie) in Kraft getreten.⁷⁶⁵ Dort ist ein Katalog von diagnose- und prozedurenbezogenen heilkundlichen Tätigkeiten vorgesehen. Die diagnosebezogenen Tätigkeiten beziehen sich auf die Krankheitsbilder Diabetes mellitus Typ 1 und 2, chronische Wunden, Demenz und Bluthochdruck. Die prozedurenbezogenen Tätigkeiten umfassen

⁷⁶³ Kern, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rdnr. 5-12.

⁷⁶⁴ Großkopf/Schanz, Heilkundeübertragung: vor, während und nach Corona, RdG 2020, S. 124; Büscher/Igl/Klie, Neuregelung Pflegeberufegesetz: Anmerkungen und Lösungsvorschläge, MedR 2020, S. 281.

⁷⁶⁵ Gemeinsamer Bundesausschuss, Heilkunde-Übertragungsrichtlinie, https://www.g-ba.de/downloads/62-492-600/2011-10-20_RL-63Abs3c.pdf (besucht am 08.11.2020).

Kurzinfusionen und Antibiosen, i.v.-Injektionen bestimmter Medikamente, Stomatherapie, Anlage und Versorgung von Blasenkathetern, Magensonden u.a.m.

Die Annahme, dass es sich hierbei um eine – freilich noch im Status von Modellvorhaben befindliche – gesetzlich normierte Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis für die Pflege handelt, liegt nicht fern. Einerseits wird hier die Ausübung der Heilkunde ausdrücklich erlaubt. Andererseits wird durch die diagnose- und prozedurenbezogenen Tätigkeiten der Rahmen (Sektor) dieser Tätigkeit klar abgesteckt. Ein Vergleich ist allerdings nur schlüssig, wenn man die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis auf die Erstellung einer Erstdiagnose beschränkt und nicht etwa auf eine in Therapiefreiheit selbst definierte Ausübung der Alternativheilkunde. Allerdings ersetzt die selbständige Ausübung der Heilkunde auf dem Gebiet der Pflege die ärztliche Diagnose nicht vollständig. Sie und die ärztliche Indikationsstellung werden vorausgesetzt, bevor die Pflegefachkräfte eigenverantwortlich und weisungsfrei die Therapie durchführen.⁷⁶⁶

Auch technische Assistent*innen in der Medizin verfügen über ihnen vorbehaltende Tätigkeiten, § 9 MTAG.⁷⁶⁷

6.3 Heilpraktiker*innen

6.3.1. Allgemeines zur Berufsbildnormierung

Im Gegensatz zu dem recht engen Korsett, in das die ärztliche Therapiefreiheit geschnürt ist, fehlen bei Heilpraktiker*innen die Berufsausübung regelnde Vorschriften gänzlich.

Ihre Kurier- und Therapiefreiheit folgt ausschließlich aus dem Verständnis des Heilkundebegriffs. Das Berufsbild ist weder normiert noch fixiert, sondern ausschließlich durch die Rechtsprechung geprägt.

⁷⁶⁶ *Gemeinsamer Bundesausschuss*, Heilkunde-Übertragungsrichtlinie, https://www.g-ba.de/downloads/62-492-600/2011-10-20_RL-63Abs3c.pdf (besucht am 08.11.2020) § 3

⁷⁶⁷ *Kern*, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: Laufs/Kern/Rehborn, Handbuch des Arztrechts, § 49 Rdnr. 5-12.

Mit ihren Entscheidungen zur Erlaubniserteilung, zum Behandlungsvertrag⁷⁶⁸ (Aufklärungspflicht⁷⁶⁹, Behandlungsfehlerhaftung⁷⁷⁰), zu Vergütungsfragen⁷⁷¹ und Kooperationsverboten⁷⁷², zur Werbung⁷⁷³ und zur sozialrechtlichen Zulassung⁷⁷⁴ sowie schließlich zur (fehlenden) strafrechtlichen Sanktion einer Schweigepflichtverletzung⁷⁷⁵ hat sie einen rechtlich geschützten Rahmen für diesen Berufsstand gesetzt.

Gleichwohl könnten die beiden in § 1 HeilprG genannten Heilberufe gegensätzlicher nicht sein: der Arztberuf ist durchweg normiert, der Heilpraktikerberuf gar nicht, der eine ist die wesentliche Säule des Gesundheitssystems, der andere davon ausgeschlossen.

6.3.2. Zur Methodenfreiheit von Heilpraktiker*innen

Dies führt auch zu gravierenden Unterschieden bei der Ausübung der Methodenfreiheit, denn Heilpraktiker*innen fehlt die oben beschriebene rechtliche Anbindung an oder Verpflichtung auf die Schulmedizin.

⁷⁶⁸ *Taupitz*, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", NJW 1991, S. 1505.

⁷⁶⁹ *BGH*, Urteil v. 06.11.90 - VI ZR 8/90, MedR 1991, S. 85.

⁷⁷⁰ *AG Ansbach*, Urte. v. 07.07.15 - 2 C 1377/14 (Heilpraktiker), AMK 2015, Nr. 10, 17AG *Bottrop*, Urte. v. 05.03.96 - 12 C 378/95 (Heilpraktiker) -; *LG Ansbach*, Urte. v. 07.09.88 - 3 O 1129/96 (Heilpraktiker) -; *OLG Bamberg*, Urte. v. 27.11.00 - - 4 U 106/99 - (Heilpraktiker) -; *OLG Hamm*, Urte. v. 06.02.12 - I-3 U 173/11 (Heilpraktiker) -; *OLG Hamm*, Urte. v. 26.04.16 - 26 U 116/14, MedR 2017, 310–313 m. Anm. Geier 293 ff.; m. Anm. Prütting MedR 2017, 531-533; *OLG Hamm*, Urte. v. 11.11.16 - 26 U 26/16 -; *OLG Koblenz*, Urte. v. 26.02.07 - - 12 U 1433/04 - -; *OLG München*, Urte. v. 26.04.89 - 27 U 68/88 (Heilpraktiker) -; *OLG Stuttgart*, Urte. v. 21.04.98 - 14 U 25/97 (Heilpraktiker) -; *Frahm/Jansen/Katzenmeier u. a.*, Medizin und Standard - Verwerfungen und Perspektiven, MedR 2018, S. 447.

⁷⁷¹ *BGH*, Urte. v. 30.10.02 - IV ZR 119/01 -; *BGH*, Urte. v. 15.02.06 - IV ZR 192/04, MedR 2006, 593 ff. m. Anm. Stock; *VG Neustadt a.d. Weinstrasse*, Urte. v. 15.11.17 - - 1 K 232/17.NW -, MedR 2018 36, S. 252; *BayVGH*, Beschl. v. 17.02.15 - 14 ZB 14.105 -; *VG Neustadt a.d. Weinstrasse*, Urte. 15.11.17 - - 1 K 232/17.NW -, MedR 2018 36, 252; *Rauscher*, Rechtsfragen zur Erstattung von Heilpraktikerleistungen, VersR 2016, S. 217

⁷⁷² *Willkomm/Braun*, Kooperationen zwischen niedergelassenen Privatärzten und Heilpraktikern - ein zulässiges Modell?, ZMGR 2019, 11 ff.

⁷⁷³ *BGH*, Urte. v. 06.02.13 - I ZR 62/11, GRUR 2013, S. 649; *OLG Frankfurt*, Urte. v. 21.06.18 - 6 U 74/17 -; *OLG Düsseldorf*, Urte. v. 22.08.19 - 2 U 38/18 -; *LG Hannover*, Urteil v. 02.06.17 - 21 O 33/16, Magazindienst 2017, S. 797; *LG Bielefeld*, Urte. v. 23.01.19 - 16 O 19/18 -; *KG Berlin*, Beschl. v. 21.12.18 - 5 U 138/17 -.

⁷⁷⁴ *BVerfG*, Beschl. v. 10.05.88 - 1 BvL 8/82, BVerfGE 78, 165 ff. = NJW 1988, 2293 ff.; *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - - 1 BvR 1453/99 -, NJW 2000, 1779 m. Anm. Stock MedR 2003, 554 ff.

⁷⁷⁵ *VG Bayreuth*, Urte. v. 23.07.14 - B 4 K 13.373 - Zum Strafrecht auch: *BGH*, Urte. v. 29.09.09 - 1 StR 426/09 (Heilpraktiker), NJW 2010, 453–455 mit krit. Anm. Renzikowski NSTZ 2010, 694-697 und Gutmann u.a. MedR 2019, 18-25 *Ehlers*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern- „Nicht-Heilkundigen“. S. 273 f.

Mangels weiterer rechtlicher Maßstäbe seien hier zwei subjektive Eindrücke des Gutachters erlaubt, die erst durch Fakten belegt oder auch widerlegt werden müssten:

Der Beitrag von Heilpraktiker*innen zu einem Fortschritt in der Heilkunde im Sinne eines wie auch immer nachweisbaren Erfolges einer Methode – auch der Alternativheilkunde – dürfte ein viel geringerer als bei Ärzt*innen sein, denn Heilpraktiker*innen verfügen über einen eher beschränkten Zugang zu entsprechenden Einrichtungen – etwa Universitätskliniken - oder Forschungssystemen wie etwa Fachgesellschaften.

Heilpraktiker*innen schöpfen die ihnen zustehende Methodenfreiheit offenbar nicht aus. Schulmedizinische Methoden – so jedenfalls der Eindruck des Gutachters – kommen bei ihnen eher nicht zur Anwendung. Sie befolgen offenbar das Gebot der Selbstbeschränkung auf von ihnen beherrschte Methoden.⁷⁷⁶ Dies könnte die geringe Zahl von Haftungsfällen erklären.

6.3.3. Sektorale Heilkundeerlaubnisse für Gesundheitsfachberufe

Das Bundesverwaltungsgericht hat die Anerkennung sektoraler Heilkundeerlaubnisse mit den hohen Qualifikationsanforderungen begründet, die der Gesetzgeber für die Berufsbilder der Gesundheitsfachberufe festgelegt habe.⁷⁷⁷ Ihre zivil-, straf-, berufs- und sozialrechtliche Situation, das hat diese Untersuchung ergeben, ist normativ fixiert und deshalb eher mit dem Berufsbild von Ärzt*innen als von Heilpraktiker*innen vergleichbar.

Das Gericht hat allerdings eine „systematische Unstimmigkeit“ im Verhältnis zu Heilpraktiker*innen festgestellt, weil sie derartig hohe Qualifikationsanforderungen nicht erfüllen müssen, gleichwohl aber eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig sein dürfen. Eine allgemeine oder sektorspezifische Ausbildung haben Heilpraktiker*innen bis auf diejenigen, die eine sektorale Erlaubnis zur Ausübung der Psychotherapie⁷⁷⁸ erworben haben, nicht durchlaufen. Demgegenüber haben die Gesundheitsfachberufe sowohl allgemeine

⁷⁷⁶ 3. Teil: A.1.4.4.1 Zivilrechtliche Haftung, S. 124

⁷⁷⁷ BVerwG, Urt. v. 10.10.19 - 3 C 8/17, juris, m. Anm. Liebler, jurisPR-BVerwG 13/2020 Anm. 3 Vgl. 1. Teil: B.4.2 Die Entstehung sektoraler Heilkundeerlaubnisse, S. 34

⁷⁷⁸ 1. Teil: B.4.2.1 Psychotherapie, S. 35

heilkundliche als auch sektorenbezogene Kompetenzen nachgewiesen, die z.T. über diejenigen von Heilpraktiker*innen hinausgehen.

Diese Annahme bestätigt sich formal durch die Praxis der meisten Bundesländer⁷⁷⁹, für die Erteilung einer sektoralen Heilkundeerlaubnis eine Überprüfung nach Aktenlage genügen zu lassen. Dafür ist ein 40-stündiger Fortbildungslehrgang mit dem Bestehen einer 60-minütigen Klausur zu absolvieren, so dass der Aufwand, an eine solche Erlaubnis zu gelangen, gering ist. Inhaltlich bezieht sich dieser Lehrgang auf die Berufs- und Gesetzeskunde, soweit sie die eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit betrifft, sowie auf die Erstdiagnostik.⁷⁸⁰ Insoweit ist die Diskrepanz zwischen Kompetenz und Erlaubnis abgemildert. Es werden jedoch gleich zwei neue „Unstimmigkeiten“ sichtbar:

Unter dem Aspekt der dann eigenverantwortlich und weisungsfrei erlaubten Tätigkeit bleibt deren Reichweite offen. Mit der Konzentration auf die in der Berufsausbildung fehlende Erstdiagnose und einer engen Setzung des Sektors für die Erteilung derartiger Erlaubnisse können deren Inhaber*innen vorerst wohl nicht damit rechnen, dass sie von der Heilpraktiker*innen ansonsten zustehenden Methodenfreiheit, Gebrauch machen können. Die neue Diskrepanz wäre dann offensichtlich, wenn Heilpraktiker*innen weiterhin Massagen aller Art, Wärmebehandlungen, Chiropraktik, Osteopathie anbieten dürften, Physiotherapeut*innen mit sektoraler Heilkundeerlaubnis diese ihrer Tätigkeit womöglich „verwandten“ Methoden hingegen nicht.

Der zweite grundsätzliche Konflikt besteht in der Frage, inwieweit sich die Rechtsprechung durch die Schaffung neuer sektoraler Heilkundeerlaubnis über die für Gesundheitsfachberufe normierten Berufsbilder hinwegsetzen kann oder konnte. Ihr Trend zu mehr Eigenständigkeit ist nach den drei ausführlichen Kapiteln über das allgemeine Berufsbild, die eigenständigen

⁷⁷⁹ Nordrhein-Westfalen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Sachsen, Berlin, Brandenburg, Bayern, Hessen: *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 74 f.; *Brödel*, Übersicht über die Überprüfungen zum Heilpraktiker Physiotherapie in diversen Bundesländern, <https://heilpraktiker-physiotherapie.com/voraussetzungen-und-erkennung/> (besucht am 08.11.2020).

⁷⁸⁰ *Bährle/Kazemi/Goebel*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, S. 1258–1294.

Kompetenzbereiche und über Delegation bzw. Substitution ärztlicher Tätigkeit zwar unverkennbar. Trotz der erwähnten Neuregelungen hat es der Gesetzgeber dennoch im Großen und Ganzen bei der durch den Arztvorbehalt geprägten Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe belassen. Eine Neuregelung durch die Rechtsprechung, diesen Berufen eine eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit zu ermöglichen, steht mit dem Gewaltenteilungsgrundsatz und dem Parlamentsvorbehalt nicht in Einklang.⁷⁸¹

7. Zur Verhältnismäßigkeit von Abschaffungslösungen

7.1 Vorbemerkungen

Dieses Kapitel fasst die Erkenntnisse des Gutachtens zusammen und unterzieht mögliche Neuregelungen einer an den Teilgewährleistungen des Grundrechts der Berufsfreiheit ausgerichteten Verhältnismäßigkeitsprüfung.⁷⁸² Die Kompetenz des Gesetzgebers, die Dinge kraft seiner wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen anders zu regeln⁷⁸³, wird dabei nicht in Frage gestellt.

Eine Liste möglicher Maßnahmen wurde bereits vorgestellt.⁷⁸⁴ Hier seien noch einmal Maßnahmen zur Stärkung der Selbstbestimmung⁷⁸⁵ erwähnt, die auf die Berufsfreiheit der Heilkundigen kaum Einfluss hätten und deshalb hier nicht erörtert werden.

7.1.1. Nullvariante in Bezug auf die Heilpraktikerüberprüfung

Während der Untersuchung hat sich herausgestellt, dass § 7 HeilprG mit dem in § 2 Abs. 1 HeilprG veränderten Inhalt und § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 einschließlich der Leitlinien zur Überprüfung der Heilpraktikeranwärter*innen verfassungswidrig sind. Die Bestimmungen verstoßen gegen Art. 80 Abs. 1 GG, den Gesetzesvorbehalt und das Demokratieprinzip.⁷⁸⁶ Nachdem der Gesetzgeber bislang alle wesentlichen Entscheidungen zur Überprüfung von

⁷⁸¹ *Kenntner*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ 2020, S. 438.

⁷⁸² 3. Teil: B.4.3.1 Die Stufentheorie, S. 173

⁷⁸³ 3. Teil: B.4.3 Zur Regelungskompetenz des Gesetzgebers je nach Eingriffsintensität, S. 172

⁷⁸⁴ 3. Teil: A.2.3.3 Geeignetheit – Liste möglicher Maßnahmen, S. 153

⁷⁸⁵ 3. Teil: A.2.2.2 Staatliche Maßnahmen zur Stärkung der Selbstbestimmung, S. 145

⁷⁸⁶ 2. Teil: A.4 Zwischenergebnis und Konsequenzen, S. 76

Heilpraktikeranwärter*innen der Exekutive überlassen hat, ist das Parlament aufgefordert, nunmehr selbst die wesentlichen Inhalte festzulegen. Es handelt sich um eine Regelung zur Berufswahl.⁷⁸⁷ Die Option, an dieser Stelle nicht tätig zu werden, besteht aus Sicht des Gutachters nicht.

7.1.2. Nullvariante in Bezug auf sektorale Heilkundeerlaubnisse

Ebenso wenig kann der Gesetzgeber in Bezug auf die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse untätig bleiben. Es würde bedeuten, dass Rechtsprechung und Verwaltung weiterhin diesbezüglich Recht setzen, ohne dazu demokratisch legitimiert zu sein.⁷⁸⁸

In Bezug auf Gesundheitsfachberufe konnte die „systematische Unstimmigkeit“ zwischen der in diesen Berufen erworbenen Kompetenzen und den Anforderungen an Heilpraktikeranwärter*innen, die eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig werden wollen, bestätigt werden. Die von der Rechtsprechung gefundene Lösung wirft aber neue verfassungsrechtliche Fragen auf.⁷⁸⁹ Die zur Abmilderung dieser Rechtslage eingeführten sektoralen Heilkundeerlaubnisse greifen einer Entwicklung vor, die berufs- und sozialrechtlich nach mehr Eigenverantwortung für die Gesundheitsfachberufe verlangt. Derartige Tendenzen sind von der Gesetzgebung aufzugreifen. Dessen ungeachtet verlangt die Frage, ob die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse in Bereichen der Alternativheilkunde erteilt werden kann, nach einer gesetzgeberischen Lösung.

Sollte sich der Gesetzgeber zur Abschaffung sektoraler Heilkundeerlaubnisse entscheiden, gelten die nachstehenden Ausführungen zur Abschaffung des Heilpraktikerberufs entsprechend.

⁷⁸⁷ 3. Teil: B.4.3.1.3 Berufswahlregelungen, S. 175

⁷⁸⁸ Das BVerwG hat, so weit erkennbar, zum Verfahren Chiropraktik - 3 C 17/19 – noch keine Entscheidung getroffen.

⁷⁸⁹ 3. Teil: B.6.3.3 Sektorale Heilkundeerlaubnisse für Gesundheitsfachberufe, S. 216

7.1.3. Nullvariante in Bezug auf den Heilkundebegriff

Die erste Bedeutung des Heilkundebegriffs besteht darin, einzelne Tätigkeiten unter den Erlaubnisvorbehalt zu stellen, d.h. den Heilkundigen vorzubehalten. Weil der Gesetzgeber allgemein die Zulassung zu ärztlichen und anderen Heilberufen gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG regeln darf, obliegt ihm die Kompetenz, aus Gründen des Gesundheitsschutzes die diesen Berufen vorbehaltenen Tätigkeiten, m.a.W. die Ausübung der Heilkunde zu bestimmen.⁷⁹⁰

Davon erfasst ist auch die zweite Bedeutung, die eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit nur bestimmten Heilberufen zu erlauben, die Therapiefreiheit zu gewähren oder einzuschränken, bestimmte Verrichtungen exklusiv bestimmten Berufsgruppen vorzubehalten und anderen eine in Bezug auf die Durchführung der Heilkunde weisungsabhängige Tätigkeit zuzuschreiben. Mit der Definition von Heilkunde – hier wurde für die Zukunft eine Dreiteilung vorgeschlagen⁷⁹¹ – verbunden ist also stets auch eine Regelung der Berufsfreiheit.

Die Rechtsprechung hat eine verfassungskonforme Auslegung des Heilkundebegriffs vorgenommen, die praktikabel ist. Insoweit besteht keine Notwendigkeit zu einer Neuregelung. Im Falle der Abschaffung des HeilprG ist es zum Schutz der Bevölkerung und der Patient*innen zwingend, eine entsprechende Regelung in einem anderen Gesetz vorzusehen, denn anderenfalls käme der Gesetzgeber seiner Verpflichtung nicht nach, sich schützend und fördernd vor das Recht auf körperliche Unversehrtheit und das Leben zu stellen.⁷⁹²

7.2 Zur Abschaffung des Heilpraktikerberufs

7.2.1. Rechtstechnisches Vorgehen

Wollte der Gesetzgeber die Tätigkeit von Heilpraktiker*innen unterbinden, bestehen dazu verschiedene Möglichkeiten:

⁷⁹⁰ BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.; Sodan/Hadank, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens Fußn. 100

⁷⁹¹ 3. Teil: A.1.3.5.2 Vorschlag der Dreiteilung des Heilkundebegriffs, S. 111 sowie nächstes Kapitel

⁷⁹² 3. Teil: A.1.2 Begründung und Reichweite von Schutzpflichten des Gesetzgebers, S. 84

Nachdem das noch aus der Zeit des Nationalsozialismus stammende HeilprG ohnehin nur noch aus einem Torso von Vorschriften besteht, liegt es nahe, es aufzuheben und damit den Heilpraktikerberuf in seiner bisher bestehenden Prägung entfallen zu lassen. Dann muss zwingend der Heilkundebegriff in ein anderes Gesetz transferiert werden. Hier ist nicht nur zu regeln, wie einzelne Tätigkeiten zukünftig als Ausübung von Heilkunde zu beschreiben sind. Ein diesbezüglicher Vorschlag wurde unterbreitet.⁷⁹³

Es kommt zugleich darauf an, welcher Beruf zukünftig die Heilkunde ausüben soll. Es gäbe die Möglichkeit, Heilpraktiker*innen zukünftig generell von der Heilkunde auszuschließen. Diese wird als „Abschaffungslösung“ verstanden; der Heilpraktikerberuf würde „annulliert“⁷⁹⁴ oder „entfiele“.⁷⁹⁵

Alternativ bestünde die Möglichkeit, mit einem neuen Gesetz Heilpraktiker*innen nur noch bestimmte Tätigkeiten, z.B. der Alternativheilkunde, zuzuweisen. Damit könnten sie zwar eigenverantwortlich, weisungsfrei und weitgehend außerhalb des Gesundheitssystems tätig bleiben, die Therapiefreiheit wäre geblieben, aber die Methodenfreiheit auf einen bestimmten Sektor begrenzt. Diese Option wird hier ausdrücklich nicht als „Abschaffungslösung“ behandelt, denn es ist nicht zwingend, dass mit der Schaffung neuer Arztvorbehalte oder der Verengung von Tätigkeitsfeldern de facto ein Ende des Heilpraktikerwesens einhergeht.⁷⁹⁶ Eine Neuregelung des Heilpraktikerberufs könnte sich im Wesentlichen an dem bislang tradierten Berufsfeld orientieren und somit den Status quo manifestieren. Weil damit die rechtliche Zuweisung von Kompetenzen verbunden ist, wird diese Lösung als Kompetenzlösung behandelt.

⁷⁹³ 3. Teil: A.1.3.5 Zur Neuregelung des Heilkundebegriffs: eine Dreiteilung, S. 111

⁷⁹⁴ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁷⁹⁵ Ausschreibungstext zu diesem Gutachten

⁷⁹⁶ So aber wohl *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens S. 43-48

7.2.2. Verfassungsrechtlich legitimer Zweck

Zweifellos bedeutet die Abschaffung des Heilpraktikerberufs einen Eingriff in die Berufsfreiheit.⁷⁹⁷

7.2.2.1 Einstufung nach Berufswahl- oder -ausübung

Die Stufentheorie differenziert nach der Intensität des Eingriffs.⁷⁹⁸ Die intensivste Form einer objektiven Berufswahlregelung ist das Berufsverbot.⁷⁹⁹ Heilpraktiker*innen zukünftig nicht mehr zur Ausübung der Heilkunde zuzulassen bedeutet, dass die einzelne Person dazu gezwungen wird, den Beruf aufzugeben bzw. gar nicht erst zu ergreifen.⁸⁰⁰ Weil die zukünftige Berufsausübung nicht mehr von subjektiv zu erfüllenden Berufszugangsvoraussetzungen abhängt, sondern ein ganzer Berufsstand verboten werden soll, ist die höchste der nach der Stufentheorie vorgegebenen Stufen, eine objektive Berufswahlregelung, erreicht.⁸⁰¹

Es stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber mit der Abschaffung des Heilpraktikerberufs von vornherein an seine Grenzen stieße: Über die Berufsfreiheit soll er nicht frei verfügen können, sondern die soziale Ordnung „regeln“, sie also zunächst als gegeben vorfinden, um sie etwa zum Schutz anderer Grundrechtsträger*innen oder hochrangiger Rechtsgüter auszugestalten.⁸⁰²

Um den rechtlichen Status quo zu beschreiben, wurde hier die Lehre von den Berufsbildern herangezogen.⁸⁰³ Der Beruf der Heilpraktiker*innen wurde als heterogenes, überwiegend nicht normiertes Berufsfeld beschrieben.⁸⁰⁴ In diesem Zusammenhang wurde angenommen, dass in der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden zur Anwendung kommen, bei denen es sich überwiegend um Alternativheilkunde handelt.⁸⁰⁵ Heilpraktiker*innen dürften dazu

⁷⁹⁷ 3. Teil: B.3.2 Alternativheilkunde und Heilpraktiker*innen, S. 165

⁷⁹⁸ 3. Teil: B.4.3.1 Die Stufentheorie, S. 173

⁷⁹⁹ Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog, Art 12 GG Rdnr. 363-381.

⁸⁰⁰ Epping, Grundrechte Rdnr. 411

⁸⁰¹ 3. Teil: B.4.3.1.3 Berufswahlregelungen, S. 175

⁸⁰² 3. Teil: B.4.3.1.1 Zum Verhältnis zwischen dem Grundrecht und der Regelung von Berufen, S. 173

⁸⁰³ 3. Teil: B.4.3.1.4 Das Berufsbild als Unterscheidungsmerkmal, S. 176

⁸⁰⁴ 3. Teil: B.4.2.2 Berufsfelder, S. 170

⁸⁰⁵ 3. Teil: B.5.2 In der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden, S. 184

neigen, sich auf die von ihnen beherrschten Methoden zu beschränken⁸⁰⁶, so dass es sich insgesamt um einen traditionell durchaus konturierten und auch in den gesetzgeberischen Willen aufgenommenen Beruf handelt.⁸⁰⁷

Den Beruf der Heilpraktiker*innen abzuschaffen darf verfassungsrechtlich nicht bedeuten, sich über diese Gegebenheiten hinwegzusetzen und die Freiheit der Berufstätigen zu ignorieren.

7.2.2.2 Anforderungen an die Notwendigkeit des beabsichtigten Eingriffs

Wenn überhaupt ein Eingriff auf der Stufe einer objektiven Berufswahlregelung in Betracht kommt, sind daran besonders strenge Anforderungen zu stellen. Nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlich schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut wird eine solche Maßnahme rechtfertigen können.⁸⁰⁸

Das Leben und die körperliche Unversehrtheit sind fraglos ein solch überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Wäre also das Grundrecht ernsthaft in Gefahr und diese nur durch ein generelles Berufsverbot zu schützen, käme es als verfassungsrechtlich legitimer Zweck in Frage.

7.2.3. Zweckverwirklichungsbedürfnis

Weil es sich um einen Eingriff auf höchster Stufe handelt, muss die Tatsachenermittlung besonders sorgfältig erfolgen. Das ist zurzeit nicht geschehen. Hier wurde festgestellt, dass der Heilpraktikerberuf bislang nicht ausreichend untersucht wurde, um verlässlich angeben zu können, ob überhaupt die Gefahr körperlicher Schädigungen durch alternative Methoden oder die Tätigkeit von Heilpraktiker*innen besteht und wie groß diese ist. Dazu fehlen jegliche empirischen Untersuchungen.⁸⁰⁹

⁸⁰⁶ 3. Teil: B.6.3.2 Zur Methodenfreiheit von Heilpraktiker*innen, S. 216

⁸⁰⁷ 3. Teil: B.4.2.2 Berufsfelder, S. 170

⁸⁰⁸ BVerfG, Urteil v. 11.06.58 - 1 BvR 596/56, BVerfGE 7, S. 377.

⁸⁰⁹ 3. Teil: A.2.3.2 Zweckverwirklichungsbedürfnis und Tatsachenfundierung, S. 150

Derzeit liegen aus Sicht des Gutachters – abgesehen von Einzelfällen, die aber keinen repräsentativen Befund über einen ganzen Berufsstand geben können - nicht einmal Indizien für nachweisbare, höchstwahrscheinlich eintretende, schwere Gefahren vor.

Für die Abschaffung des Heilpraktikerberufs besteht deshalb kein verfassungsrechtlich legitimer Grund, der durch Tatsachen belegt werden könnte.

7.2.4. Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Bei Vorliegen eines solchen Grundes müsste die Abschaffung des Heilpraktikerberufs geeignet, erforderlich und angemessen sein. Hier wurde bereits im Rahmen der Erforderlichkeit darauf hingewiesen, dass im Falle potenzieller Gefahren durch den Berufsstand der Heilpraktiker*innen ihre Abschaffung zwar ein geeignetes, nicht aber das mildeste Mittel wäre.⁸¹⁰ Entsprechend muss der Gesetzgeber die Möglichkeit strengerer Anforderungen an die Berufstätigen erwägen, bevor er den Beruf abschafft. Der Stufentheorie folgend wären strengere Anforderungen eine Maßnahme subjektiver Berufswahlregelungen, so dass ein Eingriff auf der höheren Ebene unzulässig wäre.⁸¹¹ Schließlich könnten auch Berufsausübungsregelungen, etwa das (strafrechtlich sanktionierte) Verbot einzelner alternativ-heilkundlicher Maßnahmen unter Beibehaltung einer Vielzahl anderer Methoden angemessen sein, wenn von eben jener Methode eine Gefahr ausginge.⁸¹²

Im Rahmen der Verhältnismäßigkeit wären schließlich die Grundrechte anderer Träger*innen zu gewichten, die mit der Abschaffungslösung ebenso beeinträchtigt wären. Hier ist vordringlich das Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen zu nennen, bislang frei zwischen Ärzte- und Heilpraktikerschaft und auch verschiedenen Methoden wählen zu können. Mit der Abschaffung des Heilpraktikerstandes wäre ein Eingriff in diese Autonomie verbunden. Sie ist grundrechtlich in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 GG und damit ebenso auf der Ebene eines überragend wichtigen Grundrechtes verankert. Dieses Grundrecht kann zwar aus Gründen vor allem des Gesundheits- und Patient*innenschutzes eingeschränkt werden; Eingriffe

⁸¹⁰ 3. Teil: A.2.3.4 Erforderlichkeit, S. 157

⁸¹¹ 3. Teil: B.4.3.1.3 Berufswahlregelungen, S. 175

⁸¹² 2. Teil: B.2 Zum Umfang der Gesetzgebungskompetenz des Bundes, S. 78.

unterliegen aber ganz ähnlichen Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit.⁸¹³ Insoweit fehlen erneut die Anhaltspunkte.

Daraus folgt: Eine Abschaffung des Heilpraktikerberufs wäre zum jetzigen Zeitpunkt unverhältnismäßig.

7.2.5. Zur Notwendigkeit von Bestandsschutzregelungen

Für den Fall einer Abschaffung ist auf die Notwendigkeit von Übergangsregelungen aufmerksam zu machen. Sie ergibt sich aus Art. 12 GG i.V.m dem Vertrauensschutzgedanken. Insbesondere, nachdem der Gesetzgeber Berufsbilder fixiert oder auch nur Berufsfelder – wie das Heilpraktikerrecht – geregelt hat, ist dem Umstand Rechnung zu tragen, dass sich Personen in dem bisherigen rechtlichen Rahmen eine Lebensgrundlage aufgebaut haben. Deshalb liegt es regelmäßig nicht im Ermessen des Gesetzgebers, ob er sich zu Bestandsschutzregelungen entschließt. Sofern das Gesetz nicht akute Missstände in der Berufswelt unterbinden soll, steht dem Gesetzgeber lediglich die Ausgestaltung der Übergangsregelungen frei.⁸¹⁴

7.2.5.1 Berufstätige

Hier wurde davon ausgegangen, dass der Gesetzgeber den bisherigen rechtlichen Rahmen der Berufstätigkeit von Heilpraktiker*innen in seinen Willen aufgenommen hat.⁸¹⁵ Akute Missstände sind derzeit nicht bekannt. Damit ist es zwingend, für den Fall der Abschaffungslösung Übergangsregelungen für Berufstätige vorzusehen.

Aus der Rechtsprechung können Beispiele zur Art und Weise der Übergangsregelungen genannt werden:

Staatlich anerkannten Dentisten, die ohne Studium die Zahnheilkunde ausübten, wurde die Möglichkeit der Nachqualifikation zum Zahnarzt eröffnet. Die sog. Dentisten-Entscheidung

⁸¹³ 3. Teil: A.2.2.1 Staatliche Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht 135

⁸¹⁴ BVerfG, Urt. v. 27.10.98 - 1 BvR 2306/96 u.a., BVerfGE 98, S. 265.

⁸¹⁵ 2. Teil: A.2.1 Maßstab des Art. 123 Abs. 1 GG, S. 52

führte sogar zur Integration nicht staatlich anerkannter Dentisten in die vertragszahnärztliche Versorgung.⁸¹⁶

Rechtsbeistände behielten nach der Monopolisierung der rechtsberatenden Berufe auch nach zweifacher Gesetzesänderung die ursprünglich innegehabten Rechte.⁸¹⁷ Dies dürfte auch zukünftig der Maßstab bleiben: der Status quo wird geschützt; ein Anspruch auf Erweiterung der Rechte bei einer gesetzlichen Neuregelung besteht hingegen nicht.⁸¹⁸

Bei der Neuschaffung der Psychotherapeutenberufe im Jahr 1999 hatte der Gesetzgeber von der Notwendigkeit der Schaffung von Übergangsbestimmungen in differenzierter Weise Gebrauch gemacht: Bestandsschutz für eine Tätigkeit in der Psychotherapie mit Erwachsenen erhielten nur Personen mit einem Abschluss im Studiengang Psychologie, wenn sie bis zum Stichtag des Einbringens des Gesetzentwurfs in den Bundestag eine gewisse Anzahl von Theoriestunden, Behandlungsstunden oder -fällen sowie eine nachhaltige Tätigkeit für Krankenversicherungen oder als Angestellte in Einrichtungen belegen konnten.⁸¹⁹ Erfüllten sie diese Voraussetzungen, wurde ihr Status sogar deutlich angehoben, und sie wurden in berufs- und sozialrechtlicher Hinsicht der Ärzteschaft gleichgestellt. Darauf bestand kein rechtlicher Anspruch. Erfüllten sie diese Voraussetzung nicht, etwa weil sie nicht über den geforderten Studienabschluss verfügten, blieb das bisherige Berufsfeld der psychotherapeutischen Tätigkeit auf der Basis einer Heilpraktikererlaubnis offen; ihnen wurde diese Erlaubnis nicht entzogen.⁸²⁰ Gleichwohl hatte sich ein Beschwerdeführer auf die bisherige faktische Beteiligung an der Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten berufen. Ob hier aus Vertrauensschutzgründen oder aus Gründen des Bestandsschutzes ein rechtlicher Ausgleich erfolgen müsse, hat das Bundesverfassungsgericht⁸²¹ für eine weitere fachgerichtliche Klärung

⁸¹⁶ *BVerfG*, Beschl. v. 25.02.69 - 1 BvR 224/67, *BVerfGE* 25, S. 236 Da ihnen diese Möglichkeit schon zuvor eröffnet war.

⁸¹⁷ *BVerfG*, Stattgebender Kammerbeschluss v. 21.03.11 - 1 BvR 2930/11, *NJW* 2011, S. 3285.

⁸¹⁸ *Ehlers*, *Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“* S. 277 verweist auf einen Beschluss des *BVerfG*, in dem die Stufentheorie nicht befolgt wird.

⁸¹⁹ § 12 Abs. 3 und 4 *PsychThG a.F.*

⁸²⁰ *BVerfG*, Beschl. v. 28.07.99 - - 1 BvR 1006/99 -, *MedR* 1999, S. 461 = *NJW* 1999, 2729.

⁸²¹ *BVerfG*, Beschl. v. 16.03.00 - - 1 BvR 1453/99 -, *NJW* 2000, 1779 m. Anm. *Stock MedR* 2003, 554 ff.

offengelassen, zu der es später nicht gekommen ist. Ob also der bloß faktische Entzug der wirtschaftlichen Existenz eine Übergangsregelung erfordert - und vor allem welche - blieb in diesem Fall offen.⁸²²

7.2.5.2 Ausbildungskandidat*innen

Grundsätzlich müssen Übergangsregelungen auch diejenigen Personen schützen, die sich in einem fortgeschrittenen Stadium der Ausbildung zu einem Beruf finden, den es zu Beginn der Ausbildung gab, so aber nicht mehr geben wird.⁸²³

Eine rechtlich verfasste Ausbildung zum Heilpraktikerberuf hat es bislang nicht gegeben. Die Kandidat*innen konnten sich auf die Überprüfung auch ohne den Besuch einer Heilpraktikerschule vorbereiten. Gleichwohl wird man das Vertrauen von Ausbildungskandidat*innen dann schützen müssen, wenn der Staat dieses, z.B. durch Programme der Bildungsförderung, unterstützt hat. Die Gestaltung der Übergangsvorschriften könnte z.B. so erfolgen, dass die Überprüfungen noch bis zu drei Jahren⁸²⁴ nach Inkrafttreten des Gesetzes erfolgen und der Beruf erst nach Ablauf dieser Frist abgeschafft wird.

8. Zur Verhältnismäßigkeit von Kompetenzlösungen

8.1 Zu regelnde Materien und rechtstechnisches Vorgehen

Unter den Begriff der Kompetenzlösung lassen sich verschiedene gesetzgeberische Maßnahmen subsumieren, die für die beteiligten Berufe eine Einschränkung oder auch Erweiterung ihrer beruflichen Freiheit bedeuten können.

Der nachstehende Vorschlag bezieht sich auf alle hier erörterten Materien. Er basiert ausschließlich auf Überlegungen des Gutachters.

⁸²² BVerfG, Beschl. v. 16.03.00 - 1 BvR 1453/99 -, NJW 2000, 1779 m. Anm. Stock MedR 2003, 554 ff.

⁸²³ vgl. § 12 Abs. 2 PsychThG in der bis zum 31.08.2020 geltenden Fassung; § 27 PsychThG n.F. BVerfG, Beschl. v. 05.05.87 - 1 BvR 724/81, BVerfGE 75, S. 246.

⁸²⁴ Hier wurde die faktische Ausbildungszeit geschätzt.

Zu denken wäre an ein Artikelgesetz, das zunächst eine Konkretisierung des Heilkundebegriffs und dann Änderungen in den Berufsgesetzen vorsieht. Ein dritter Teil normiert einen Heilpraktikerberuf mit staatlicher Anerkennung, der ausschließlich dem bereits tradierten Berufsbild folgt.

Die drei Teile des Vorschlags lassen sich grundsätzlich als Bausteine verstehen, die auch nur zum Teil umgesetzt werden könnten.

8.1.1. Heilkundebegriff

8.1.1.1 Definitionsversuch und Erläuterungen

Zur Unterscheidung von erlaubnispflichtigen von nicht erlaubnispflichtigen Tätigkeiten⁸²⁵ kann der von der Rechtsprechung entwickelte Heilkundebegriff in die Form einer neuen Legaldefinition übernommen werden.

Danach könnte die Ausübung von Heilkunde jede beruflich-praktische Tätigkeit zur Verhütung, Feststellung, Heilung oder Linderung menschlicher Krankheiten oder zur Verbesserung der körperlich, geistigen oder seelischen Situation sein, die bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann und deshalb heilkundliche Kenntnisse voraussetzt. Die Heilkunde kann sowohl weisungsfrei als auch weisungsabhängig ausgeübt werden.

Im Vergleich zu der bisherigen Definition bestehen folgende Unterschiede:

- Entscheidend ist die Gefahr gesundheitlicher Schädigungen durch praktisches Tun. Der Bezug zur Praxis wurde der Heilkundeübertragungsrichtlinie entnommen⁸²⁶ und kennzeichnet die Ausgrenzung von Geistheiler*innen.⁸²⁷
- Wegen der drohenden Gesundheitsgefahr sind für die Tätigkeit heilkundliche Kenntnisse vorzusetzen. Sie kennzeichnen ein in allen Gesundheitsfachberufen vorhandenes Basiswissen.⁸²⁸

⁸²⁵ 3. Teil: A.1.3.2 Einzelne Tätigkeiten versus berufliche Fähigkeiten, S. 100

⁸²⁶ *Gemeinsamer Bundesausschuss*, Heilkunde-Übertragungsrichtlinie, https://www.g-ba.de/downloads/62-492-600/2011-10-20_RL-63Abs3c.pdf (besucht am 08.11.2020).

⁸²⁷ 3. Teil: A.1.3.4.3 Mittelbare Gesundheitsgefahren, S. 109

⁸²⁸ 3. Teil: A.1.3.3 Kritik am Rekurs auf „ärztliches“ Fachwissen, S. 104

- Der Zweck heilkundlicher Tätigkeit wurde erweitert um die Prävention und die Wunschmedizin. Die Rehabilitation ist im Begriff der Linderung enthalten.
- Es folgt eine Klarstellung, dass die Heilkunde auch weisungsabhängig ausgeübt werden kann. Nachdem herausgearbeitet wurde, dass Gesundheitsfachberufe mit einem hohen Bildungsniveau und u.a. dem Abschluss eigener Behandlungs- und Versorgungsverträge selbständig an der gesundheitlichen Versorgung der Bevölkerung teilnehmen, ist es rechtlich-systematisch und sprachlich stimmiger, ihre Tätigkeit als heilkundliche zu bezeichnen.

8.1.1.2 Dreiteilung des Heilkundebegriffs

Mit einer Kompetenzlösung kann das bestehende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt konkretisiert werden:

Zur Bestimmung, welche Berufe die Heilkunde ausüben dürfen, wird hier eine Dreiteilung in eine ärztliche, alternative und sektorale Heilkunde vorgeschlagen:⁸²⁹

- Ärztliche Heilkunde erfordert den Nachweis einer ärztlichen Approbation. Wie bisher berechtigt diese zur umfassenden heilkundlichen Tätigkeit unter Berufung auf die Therapie- und Methodenfreiheit.
- Alternativheilkunde ist die Ausübung von Heilkunde mittels Methoden, die nicht Teil der eigenen Tradition oder konventionellen Medizin des Landes und nicht in das Gesundheitssystem integriert sind. Für diese Methoden kann insbesondere der in der Schulmedizin übliche Wirksamkeitsnachweis nicht geführt werden.
- Sektorale Heilkunde ist die eigenverantwortliche und weisungsfreie berufsmäßig vorgenommene Tätigkeit auf einem gesetzlich festgelegten Gebiet der Schulmedizin oder der Alternativheilkunde.

Diese Dreiteilung dürfte den tradierten und normierten Berufsbildern⁸³⁰ am ehesten entsprechen. Sie wird dem Gesundheitsschutz⁸³¹ besser gerecht und respektiert den Wunsch von Teilen der Bevölkerung, Maßnahmen der Alternativheilkunde auch von nichtärztlich Berufstätigen zu erhalten.⁸³²

⁸²⁹ 3. Teil: A.1.3.5.2 Vorschlag der Dreiteilung des Heilkundebegriffs, S. 111

⁸³⁰ 3. Teil: B.6 Typisierung von Berufsfeldern nach dem Grad der Eigenverantwortlichkeit, S. 196

⁸³¹ 3. Teil: A.1 Der Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit, S. 83

⁸³² 3. Teil: A.2.1.2 Das Selbstbestimmungsrecht und die Heilkundigen, S. 133

Der Arztberuf⁸³³ verfügt über die meisten, auch rechtlichen Kompetenzen. Als seiner Natur nach freier Beruf ist ihm die Kurier- und Therapiefreiheit garantiert. Der Begriff ärztlicher Heilkunde schließt Arztvorbehalte ein.

Gegenstand der ärztlichen Ausbildung ist die Schulmedizin. In der Dreiteilung ist nicht beschrieben, ob Ärzt*innen weiterhin zur Ausübung von Alternativheilkunde berechtigt bleiben sollten. Wenn sie diesbezüglich im Ergebnis die gleichen Qualifikationen wie Heilpraktiker*innen nachweisen können, spricht vordergründig der Gesundheitsschutz nicht dagegen. Allerdings verliert die vorgenommene Differenzierung zwischen Schul- und Alternativmedizin dann an Kontur, so dass mittelbare Gesundheitsschäden beim Aufsuchen von Ärzt*innen drohen könnten, wenn sie die Schulmedizin durch die Alternativheilkunde ersetzen wollen, ohne die Standards zu Außenseitermethoden zu beachten.⁸³⁴

Die Alternativheilkunde ist u.a. Gegenstand der Kasuistik zum Heilkundebegriff.⁸³⁵ Seine Dreiteilung dient der Zuweisung der Alternativheilkunde zu bestimmten Berufen. Es sind Anforderungen an die Personen zu stellen, die sie ausüben wollen. Diese sind wegen der rechtswidrigen Neuregelungen 2017/18 und der fehlenden Verbindlichkeit der Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktiker*innen bislang nicht normiert.

Die Alternativheilkunde kann genauer beschrieben werden. Wenn es zur Normierung eines staatlich anerkannten Heilpraktikerberufs kommt, könnten Ausbildungsfächer darüber Auskunft geben. Dafür können die Leitlinien zur Überprüfung von Heilpraktikeranwärter*innen ein erster Anhalt für diese Qualifikationsanforderungen sein. Ebenso ist ein Register der Alternativheilkunde denkbar, das probate Methoden auflistet oder auch vor der Anwendung gesundheitsschädlicher Methoden warnt. Schließlich könnte festgelegt werden, ob einzelne Methoden komplementär oder ersetzend verwendet werden dürfen.

⁸³³ 3. Teil: B.6.1 Ärzt*innen, S. 196

⁸³⁴ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁸³⁵ 3. Teil: A.1.3.1 Die Formel der Rechtsprechung, S. 98

Zukünftig muss stärker zum Ausdruck kommen, ob es sich bei der Ausübung von Heilkunde weiterhin nur um eine eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit handeln soll, weil diese Einschränkung bisher in der Legaldefinition nicht ausdrücklich angesprochen ist.

Der Vorschlag trennt zwischen dem allgemeinen Heilkundebegriff und der Dreiteilung beruflicher Tätigkeit.

Die Differenzierung betrifft vor allem das Verhältnis zu den Gesundheitsfachberufen, die bisher nur auf ärztliche Verordnung und Weisung hin tätig werden dürfen.⁸³⁶ Von dem Gesetzgeber ist eine Klärung herbeizuführen, ob und wie den in Gesundheitsfachberufen Tätigen die eigenverantwortliche und selbständige Tätigkeit erlaubt werden soll.

Der sektorale Heilkundebegriff greift die dazu ergangene Rechtsprechung auf. Vor allem die Gesundheitsfachberufe zeichnet das Profil jeweils klarer Sektoren heilkundlicher Tätigkeiten aus, die z.T. ausschließlich ihnen vorbehalten sind, jedenfalls aber hohe berufliche Anforderungen, auch an die Verantwortung und die Kompetenz zur Entscheidung, stellen. Gründe des Gesundheitsschutzes sprechen deshalb nicht dagegen, in den jeweiligen Berufsgesetzen die Berechtigung zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Tätigkeit vorzusehen, sofern auch an die Ausbildung entsprechende Anforderungen gestellt werden.

Der Begriff der sektoralen Heilkunde ist hier offen für die Alternativheilkunde formuliert. Damit ist einerseits die seit langem bestehende sektorale Heilkundeerlaubnis zur Ausübung der Psychotherapie berücksichtigt.⁸³⁷ Andererseits können sich zukünftig in der Alternativheilkunde weitere Sektoren herauskristallisieren.

8.1.2. Berufsbildnormierungen

Zu klären ist, welcher Beruf die Heilkunde in den drei Bereichen ausüben darf. Unter der Ausübung von Heilkunde wurde hier sowohl die eigenverantwortliche als auch die

⁸³⁶ 3. Teil: B.6.2 Gesundheitsfachberufe, S. 201

⁸³⁷ 1. Teil: B.4.2.1 Psychotherapie, S. 35

weisungsabhängige Tätigkeit verstanden. Eine Differenzierung könnte auf dieser zweiten rechtlichen Ebene erfolgen:

8.1.2.1 Arztberuf

Nach der derzeitigen Rechtslage gehört es zur Natur des Arztberufes, die Tätigkeit eigenverantwortlich und weisungsfrei auszuüben. Das schließt die Delegation ärztlicher Tätigkeit an Gesundheitsfachberufe nicht aus. Dem Begriff der ärztlichen Heilkunde folgend könnten hier Kernbereiche ärztlicher Tätigkeit und generell oder einzelfallbezogen delegierbare Aufgaben festgelegt werden. Weiter kann die ärztliche Heilkunde eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Alternativheilkunde umfassen oder ausschließen.

8.1.2.2 Gesundheitsfachberufe

Gesundheitsfachberufe üben die Heilkunde derzeit auf ihrem Sektor überwiegend weisungsgebunden aus. Nur in einzelnen Berufsgesetzen finden sich Tätigkeiten, die ihnen vorbehalten sind.⁸³⁸ Mit einer neuen gesetzlichen Fassung der Berufsgesetze ist auf dem Gebiet der sektoralen Heilkunde die Festlegung von Qualifikationen möglich, die eine eigenverantwortliche und weisungsfreie, m.a.W. die Substitution ärztlicher Tätigkeit erlauben.

Falls es zu mehr Eigenständigkeit der Gesundheitsfachberufe kommt, dürfte im Hinblick auf die Methodenfreiheit eine Normierung vorzunehmen sein. Nach der Heilkundeübertragungsrichtlinie⁸³⁹ muss eine ärztliche Diagnose und Indikationsstellung vorausgehen, bevor es zu eigenverantwortlichem Handeln in dem Sektor kommt.

Im Verhältnis zur Alternativheilkunde ist zu klären, ob Gesundheitsfachberufe auch Methoden anwenden dürfen, die zu ihrem Sektor gehören, aber der Alternativheilkunde zuzurechnen sind (Beispiel: Physiotherapie und Osteopathie bzw. Chiropraktik).

⁸³⁸ 3. Teil: B.6.2 Gesundheitsfachberufe, S. 201

⁸³⁹ *Gemeinsamer Bundesausschuss*, Heilkunde-Übertragungsrichtlinie, https://www.g-ba.de/downloads/62-492-600/2011-10-20_RL-63Abs3c.pdf (besucht am 08.11.2020).

Wenn weiterhin die Durchführung von Alternativheilkunde für Arztberufe offenbleibt, spricht wenig dafür, sie für Gesundheitsfachberufe in ihrem Sektor grundsätzlich zu schließen, sofern ihnen die eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit im Übrigen erlaubt wäre. Daraus ergeben sich möglicherweise Überschneidungen, wenn eine entsprechende Qualifikation vorliegt oder erworben werden kann. Schließlich ist berufsrechtlich eine Tätigkeit von Gesundheitsfachberufen außerhalb des staatlichen Gesundheitssystems unproblematisch (Bsp.: Physiotherapeut betreut eine Fußballmannschaft), so dass auch insoweit die Anwendung weiterer, über die Schulmedizin hinausgehender Methoden nach entsprechender Qualifikation offen formuliert werden könnte.

8.1.2.3 Heilpraktikerberuf und sektorale Erlaubnisse

Die Neuregelung der fachlichen Voraussetzungen zum Erwerb einer Heilpraktikererlaubnis ist zwingend vorzunehmen.⁸⁴⁰ Zum Schutz der Bevölkerung und der Patient*innen sind sie als positive Zugangsvoraussetzungen zu formulieren.⁸⁴¹

Weil mit der Neuregelung ohnehin nachkonstitutionelles Recht geschaffen wird, sollte dies auch gesetzestechnisch zum Ausdruck kommen. Jeglicher Bezug zum Nationalsozialismus kann entfallen. Der Gutachter spricht sich klar für ein neues Gesetz und nicht bloß für eine Novellierung des alten aus. Mit diesem Gesetz können zugleich die bisherigen Defizite der Berufszulassung und der Berufskontrolle behoben werden.⁸⁴²

Dem Berufsfeld folgend, handelt es sich bei dem Heilpraktikerberuf um einen freien, auf dem Gebiet der Alternativheilkunde ausgeübten Heilberuf.⁸⁴³ Durch eine erstmalige Normierung änderte sich daran nichts. Wenn die Aussage zutrifft, dass Heilpraktiker*innen überwiegend auf dem Gebiet der Alternativheilkunde tätig sind, wird im Gegenteil erst einmal nur das bestehende Bild rechtlich verfasst. Dazu würde, ohne dass es hier zu rechtlichen Einschränkungen kommen müsste, die Zusage der Kurier- und Therapiefreiheit auf dem Sektor

⁸⁴⁰ 3. Teil: B.7.1.1 Nullvariante in Bezug auf die Heilpraktikerüberprüfung, S. 219

⁸⁴¹ 3. Teil: A.1.3.4.2 Schutz der Patient*innen, S. 106

⁸⁴² 3. Teil: A.1.4.3 Berufskontrolle, S. 122

⁸⁴³ 3. Teil: B.5.2 In der allgemeinen Heilpraxis verbreitete Methoden, S. 184; 3. Teil: B.6.3 Heilpraktiker*innen, S. 215

der Alternativheilkunde gehören. Ebenso bliebe es bei dem Ausschluss von der Tätigkeit in dem (öffentlich-rechtlichen) Gesundheitssystem. Das Sozialrecht mit seinen eigenen Maßstäben der Wissenschaftlichkeit und Wirtschaftlichkeit bliebe unverändert.

Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes betrifft hier Regelungen der Berufswahl.⁸⁴⁴ Ein neues Heilpraktikerberufsgesetz könnte parallel zu den Gesetzen über die Gesundheitsfachberufe Vorschriften enthalten über

- das Ausbildungsziel (etwa: eigenverantwortliche und selbständige Tätigkeit auf dem Gebiet der Alternativheilkunde),
- die Berufsbezeichnung,
- die sachlich-fachlichen und persönlichen Voraussetzungen zur Erteilung der Erlaubnis,
- deren Rücknahme bzw. Widerruf,
- ggf. vorbehaltene Tätigkeiten, etwa eine vorherige ärztlich-somatische Abklärung, oder auch eine ausschließlich Heilpraktiker*innen vorbehaltene Tätigkeit sowie
- das strafrechtlich bewehrte Verbot der Ausübung von Heilkunde ohne Erlaubnis sowie
- die üblichen Zuständigkeits- und Bußgeldvorschriften und
- Übergangsbestimmungen⁸⁴⁵ für bereits tätige Heilpraktiker*innen (und Ausbildungskandidat*innen) enthalten.

Ein besonderes Augenmerk ist der Ausbildung zu widmen. Üblicherweise legt der Gesetzgeber neben den Ausbildungszielen die Ausbildungsdauer und den Zugang zur Ausbildung sowie die Teile der Ausbildung (Theorie, Praxis) und die Ausbildungsstätten fest. Der Abschluss der Ausbildung durch eine staatliche Prüfung führt zur Berechtigung, eine Berufsbezeichnung zu führen. Diese gesetzliche Regelung bewirkt die Anerkennung des Berufsstandes.

Es ist eine Verordnungsermächtigung aufzunehmen, die den Anforderungen von Art. 80 GG genügt.⁸⁴⁶ Sie betrifft die Befugnis, in einer Ausbildungs- und Prüfungsverordnung die Mindestanforderungen an die Ausbildung, das Nähere über die staatliche Prüfung und die Urkunden für die Erlaubnis zu regeln.

⁸⁴⁴ 3. Teil: B.4.3.1.3 Berufswahlregelungen, S. 175

⁸⁴⁵ 3. Teil: B.7.2.5 Zur Notwendigkeit von Bestandsschutzregelungen, S. 225

⁸⁴⁶ 2. Teil: A.3.1 Bedeutung und Inhalt von Art. 80 Abs. 1 GG, S. 62

Den Heilpraktiker*innen nahestehende Autoren⁸⁴⁷ haben vorgeschlagen, diesen Beruf zugleich mit der Kompetenz zur Kammerbildung auszustatten. Dies ist Ländersache und wird hier, ebenso wie weitere denkbare Berufsausübungsregelungen, nicht weiter vertieft. Hinzuweisen ist auf die Kompetenz der Länder, Spezialermächtigungen zur Untersagung einzelner Methoden vorzusehen.

Auf Bundesebene sollte über die Frage entschieden werden, ob zukünftig eine Heilpraktikererlaubnis nur – wie eine ärztliche Approbation - umfassend erteilt werden kann oder teilbar ist.

Heilpraktiker*innen üben nach dem hier vorgelegten Konzept einer Kompetenzlösung die Alternativheilkunde aus. Dafür dürfte ein anderes Bildungsniveau als bei Ärzt*innen genügen, und ihre Methoden müssten weder wirksam noch wirtschaftlich sein. Heilpraktiker*innen tragen nicht wie Ärzt*innen, die sich u.a. auch für den Notdienst zur Verfügung stellen und deshalb eine umfassende Kompetenz beibehalten müssen, die Last der Verantwortung für das Funktionieren des Gesundheitssystems.

Mit diesen Unterschieden spricht nichts gegen die Teilbarkeit der Heilkundeerlaubnis in Sektoren wie z.B. der Psychotherapie⁸⁴⁸, wie bisher. Dafür müssen jedoch gesetzliche Vorschriften erlassen werden. Es widerspricht der Wesentlichkeitstheorie, Bestimmungen über die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse ganz der Exekutive zu überlassen. Die Möglichkeit einer Spezialisierung nach Erteilung einer umfassenden Heilkundeerlaubnis ist hingegen als Berufsausübungsregelung Ländersache.

8.2 Verfassungsrechtlich legitimer Zweck

8.2.1. Einstufung nach Berufswahl- oder -ausübung

8.2.1.1 Arztberuf

Nach diesem Konzept bleibt für den Arztberuf alles im Wesentlichen unverändert.

⁸⁴⁷ Sasse, Der Heilpraktiker; *Sodan/Hadank*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens.

⁸⁴⁸ 3. Teil: B.5.3.1 Psychotherapie, S. 188

Das Münsteraner Memorandum Heilpraktiker*innen hat eine Diskussion über eine Beschränkung ärztlicher Tätigkeit auf die Schulmedizin eröffnet.⁸⁴⁹ Ausgehend von der Annahme, dass der ganz überwiegende Teil der Ärzteschaft dort tätig ist, dürfte es sich um eine Einschränkung der Berufsausübung handeln. Der Einzelne wird weder davon abgehalten, den Beruf zu ergreifen, noch dazu gezwungen, ihn aufzugeben.

Der Gesetzgeber hätte deshalb nicht die Kompetenz, ausschließlich eine solche Regelung zu treffen. Nimmt er diese jedoch – wie hier vorgeschlagen - im Rahmen der Neuregelung von Gesundheitsberufen vor und weist diesen ein Tätigkeitsfeld zu, das zuvor auch ein ärztliches war, muss er diesen Eingriff mit vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls rechtfertigen. Eine solche Erwägung könnte z.B. die Schärfung des Berufsprofils der Ärzteschaft sein. Nach den Überlegungen des „Münsteraner Kreises“ werden darüber hinaus Schadenspotentiale darin gesehen, dass Ärzt*innen die Alternativheilkunde anstelle der Schulmedizin vornehmen und das Bild einer ebenso wirksamen Therapie entstehen könnte („Adelung der Alternativheilkunde“⁸⁵⁰). Die Patient*innenschaft vor unüberlegten Entscheidungen zu bewahren, die unter dem Eindruck einer eben ärztlichen Tätigkeit entstehen könnten, ist eine nicht von der Hand zu weisende, also vernünftige Erwägung des Gemeinwohls.⁸⁵¹

8.2.1.2 Gesundheitsfachberufe

Mit dem Begriff der sektoralen Heilkunde und ggf. Einführung größerer Eigenständigkeit ist für die Gesundheitsfachberufe kein Eingriff in ihre Berufsfreiheit, sondern eine Erweiterung ihrer beruflichen Tätigkeit verbunden.

An dieser Stelle sei noch einmal daran erinnert, dass weder aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz noch aus anderen Grundrechten ein Anspruch auf Bildung oder

⁸⁴⁹ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁸⁵⁰ *Schöne-Seifert*, Münsteraner Memorandum Heilpraktiker.

⁸⁵¹ Der Münsteraner Kreis will wohl die Komplementärmedizin bestehen lassen. 3. Teil: B.6.1.2.1 Außenseitermethode und Standesrecht, S. 199

Erweiterung des eigenen beruflichen Status durch differenziertere, anspruchsvollere Berufszulassungsvorschriften besteht.⁸⁵²

Für Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis ergibt sich ebenso kein Eingriff in die Berufsfreiheit, wenn die für sie bereits jetzt bestehende Möglichkeit einer eigenverantwortlichen und weisungsfreien Tätigkeit lediglich auf eine andere rechtliche Grundlage gestellt wird. Sobald sie einen solchen berufsrechtlichen Status erreicht haben, wäre die sektorale Heilkundeerlaubnis für sie ohne Rechtsverlust obsolet.

Würden jedoch für eine solche Tätigkeit strengere Zulassungsvoraussetzungen geschaffen oder die sektorale Erlaubnis übergangslos abgeschafft, dürfte es sich um einen Eingriff in die Berufsfreiheit auf der Ebene der Berufsausübung handeln. Dagegen könnte eingewandt werden, das Berufsbild bestehe jedenfalls auf dem Gebiet der Physiotherapie seit mehr als 10 Jahren⁸⁵³ und habe auch mit der erforderlichen Überprüfung und Qualifikation an Eigenständigkeit gewonnen. Höhere Qualifikationsanforderungen enthalten jedoch, wie die Kassenarzt-Entscheidung⁸⁵⁴ zeigt, für sich genommen noch keine Aussage zu einer bestimmten Stufe. Vielmehr dürfte es sich hier eher um eine Variante der Tätigkeit auf dem Sektor eines Gesundheitsfachberufes handeln.

Entsprechendes gilt für die Annahme, eine sektorale Heilkundeerlaubnis erlaube Tätigkeiten auf dem Gebiet der Alternativheilkunde, was umstritten ist. Geänderte Anforderungen betreffen die Berufsausübung.

Ein Eingriff in die sektoralen Heilkundeerlaubnisse bedarf m.a.W. der Rechtfertigung durch vernünftige Argumente des Gemeinwohls. Insoweit greifen die für die Schärfung des ärztlichen Berufsprofils getroffenen Aussagen entsprechend.

⁸⁵² BVerfG, Beschl. v. 10.05.88 - - 1 BvR 482/84; 1 BvR 1166/85 -, BVerfGE 78, 179 ff. = NJW 1988, 2290 ff.

⁸⁵³ BVerwG, Urt. v. 26.08.09 - 3 C 19/08, MedR 2010, 334-338.

⁸⁵⁴ BVerfG, Urteil v. 23.03.60 - 1 BvR 216/51, BVerfGE 11, S. 30.

8.2.1.3 Heilpraktikerberuf

Mit der hier vorgeschlagenen Kompetenzleistung wird das Berufsbild von Heilpraktiker*innen erstmals normiert. Maßstab hierfür ist die vorgefundene Typisierung der Behandlungsmethoden⁸⁵⁵ und der bisher bestehende rechtliche Rahmen. Da es sich lediglich um die rechtliche Fixierung von schon Vorhandenem handelt, ist ein Eingriff in die Berufsfreiheit grundsätzlich ausgeschlossen.⁸⁵⁶

Eine andere Situation könnte sich ergeben, wenn bereits jetzt tätige Heilpraktiker*innen die neu zu schaffenden Berufszulassungsvoraussetzungen, z.B. einen höheren Schulabschluss, nicht erfüllen können. Sie wären womöglich an der Fortsetzung ihrer Tätigkeit zukünftig gehindert. Hier dürfte es sich um subjektive Berufswahlregelungen handeln, die nur mit dem Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter begründet werden können. Ein solches Gemeinschaftsgut ist der Schutz der Bevölkerung und der Patient*innen. Weil dieser Personenkreis seine berufliche Tätigkeit in einem rechtlich geschützten Rahmen ausgeübt hat, sind für ihn übergangsweise Bestandsschutzvorschriften vorzusehen.⁸⁵⁷

8.2.2. Anforderungen an die Notwendigkeit des beabsichtigten Eingriffs

Die hier vorgeschlagene Kompetenzlösung greift, wenn überhaupt, auf der Ebene der Berufsausübung in die Freiheit der Berufstätigen ein. Es genügt, wenn vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls den Eingriff zweckmäßig erscheinen lassen.

8.3 Zweckverwirklichungsbedürfnis

Die Anforderungen, diesen verfassungsrechtlich legitimierten Zweck durch Tatsachen zu rechtfertigen, sind deshalb eher gering.

8.4 Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne

Das entscheidende Kriterium für eine geeignete, erforderliche und angemessene gesetzgeberische Maßnahme ist der Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens,

⁸⁵⁵ 3. Teil: B.5 Typisierung von Berufsfeldern nach Behandlungsmethoden, S. 182

⁸⁵⁶ 3. Teil: B.4.3 Zur Regelungskompetenz des Gesetzgebers je nach Eingriffsintensität, S. 172

⁸⁵⁷ 3. Teil: B.7.2.5 Zur Notwendigkeit von Bestandsschutzregelungen, S. 225

für den der Staat zu sorgen hat. Darüber hinaus ist das Recht auf Selbstbestimmung von Personen zu respektieren, die sich für die Anwendung der Alternativheilkunde durch nichtärztliche Berufstätige entscheiden. Dazu müssen sich das Maß der Berufsfreiheit der Heilkundigen und die Möglichkeiten, sie einzuschränken, entsprechend verhalten.

Die hier erörterte Kompetenzlösung ist geeignet, dem Schutzauftrag besser nachzukommen, denn es sollen durch den Gesetzgeber höhere Anforderungen an diejenigen gestellt werden, die zukünftig die Heilkunde ausüben. Mit der Differenzierung des Heilkundebegriffs entstehen unterschiedliche Bereiche, die alle Verbraucher*innen besser wahrnehmen können: die umfassende, an der Schulmedizin ausgerichtete ärztliche, die sektorale Ausübung der Heilkunde durch die Gesundheitsfachberufe und davon separiert die Alternativheilkunde als eigener Bereich.

Die gesetzgeberischen Maßnahmen sind erforderlich, denn mit ihnen ist der geringstmögliche Grundrechtseingriff verbunden. Es handelt sich, was die Berufsfreiheit angeht, um Maßnahmen auf der niedrigsten Eingriffsstufe. Sie entsprechen den tradierten und normierten Berufsbildern am ehesten. Sie sind notwendig, nachdem sich die bisherige Zugangsregelung zur Ausübung des Heilpraktikerberufs als verfassungswidrig erwiesen hat. Zudem muss die Erteilung sektoraler Heilkundeerlaubnisse erstmals gesetzlich geregelt werden. Die Änderung der Berufsgesetze für Gesundheitsfachberufe durch Zuweisung einer Kompetenz zu eigenverantwortlichem und weisungsfreiem Handeln erweitert lediglich das bereits normierte, jeweils einheitliche Berufsbild, so dass die Zersplitterung zwischen staatlicher und zusätzlich sektoraler Erlaubnis beendet wird.

Die hier vorgestellte Kompetenzlösung ist angemessen, denn zur Erreichung der oben angegebenen Zwecke wird zu dem geringstmöglichen Mittel gegriffen. Für diejenigen, die schon praktizieren und die neuen Voraussetzungen für die Ausübung der Heilkunde nicht erreichen, sind Übergangsbestimmungen vorzusehen, die den rechtlich erworbenen Bestand sichern.

4. Teil: Antworten auf die gestellten Fragen

A. Zur Verfassungswidrigkeit des aktuellen Heilpraktikerrechts

- 1 Das Heilpraktikerrecht hat im Jahr 2017 eine Neuregelung erfahren, mit der sowohl das Heilpraktikergesetz als auch die dazu erlassene Durchführungsverordnung geändert wurden. Sie betrifft die Voraussetzungen für den Erwerb einer Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz. Diese Vorschriften sind verfassungswidrig.⁸⁵⁸
- 2 Wenn der Gesetzgeber die Exekutive dazu befugt, Rechtsverordnungen zu erlassen, müssen Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung im Gesetz selbst bestimmt werden, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG. Die Neuregelungen entsprechen diesem Maßstab nicht. Dieser und nicht der für vorkonstitutionelles Recht geltende Maßstab des Art. 129 Abs. 3 GG ist auf die Neuregelung anzuwenden.
- 3 Art. 80 Abs. 1 GG konkretisiert den Grundsatz der Gewaltenteilung. Er wurde bei der Neuregelung nicht beachtet. Bei dem Grundsatz handelt es sich um eines der wesentlichen Prinzipien der freiheitlichen Demokratie. Er bezweckt eine politische Machtverteilung, das Ineinandergreifen der drei Gewalten und die daraus resultierende gegenseitige Kontrolle. Darüber hinaus will er sicherstellen, dass staatliche Entscheidungen von den Organen getroffen werden, die nach ihrer Organisation, Zusammensetzung, Funktion und Verfahrensweise über die besten Voraussetzungen für eine möglichst sachgerechte Entscheidung verfügen.
- 4 Dieser Grundsatz wurde formal nicht eingehalten, weil der Gesetzgeber eine Durchführungsverordnung geändert hat, die in den Zuständigkeitsbereich der Exekutive fällt, ohne ihr gleichzeitig Gesetzesrang zu geben. Er wurde inhaltlich nicht eingehalten, weil der Gesetzgeber die Regelungen des grundrechtsrelevanten Bereichs der Zulassung

⁸⁵⁸ Ausführungen zur Rdnr. 1 bis 4: 2. Teil: A, S. 49 ff.

zum Beruf der Heilpraktiker*innen nicht selbst getroffen, sondern der Verwaltung überlassen hat.

- 5 Zur Klarstellung: Die Ausführungen der Ziffern 1 bis 4 beziehen sich auf die Voraussetzungen zur Erteilung einer Erlaubnis nach dem HeilprG und nicht auf das gesamte Heilpraktikerrecht, insbesondere nicht auf den Heilkundebegriff.
- 6 Zu den Konsequenzen: Erst die förmliche Feststellung durch das Bundesverfassungsgericht hat die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes oder einzelner seiner Bestimmungen zur Folge. Deshalb bleiben das HeilprG und seine Durchführungsverordnung auch nach dieser gutachterlichen Äußerung vorläufig in Kraft. Der Gutachter hält gleichwohl § 7 HeilprG mit dem in § 2 Abs. 1 HeilprG veränderten Inhalt und § 2 Abs. 1 HeilprGDV_1 einschließlich der Leitlinien zur Überprüfung der Heilpraktikeranwärter*innen für nichtig. Die Neuregelung hat ihre Ziele verfehlt, für mehr Schutz der Patient*innen zu sorgen und gleichzeitig eine größere Einheitlichkeit und Verbindlichkeit bei der Überprüfung zur Erteilung von Erlaubnissen herzustellen. Daraus folgt: die Behörden, die diese Erlaubnis erteilen, sind in ihrer Entscheidungsfindung weitestgehend auf sich selbst gestellt; mangels wirksamer gesetzlicher Regelung bleibt das Heilpraktikerrecht wie bisher der Verwaltung und der Rechtsprechung überlassen. Der Gutachter empfiehlt den Gesetzgebungsorganen dringend, eine Neuregelung des Heilpraktikerrechts vorzunehmen.

Dieses im 2. Teil gefundene Ergebnis wird in den grundrechtlichen Ausführungen des dritten Teils bestätigt:

- 7 Das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit verpflichtet den Staat, sich schützend und fördernd vor diese in Art. 2 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zu stellen. Deshalb muss der Staat entsprechende Gesetze erlassen und ggf. bestehende Gesetze nachbessern. Die neu in das Heilpraktikerrecht aufgenommenen Vorschriften sollten dem Schutz der Patient*innen dienen. Nachdem sie von dem Gutachter für verfassungswidrig

gehalten werden, kann der Gesetzgeber den beabsichtigten Schutz nur durch eine Neuregelung gewährleisten.⁸⁵⁹

- 8 Der Beruf der Heilpraktiker*innen unterliegt in seinen unterschiedlichen Ausprägungen dem Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG. Bei der Bestimmung der Reichweite der Berufsfreiheit muss sich der Gesetzgeber an tradierten Berufsfeldern und normierten Berufsbildern orientieren und bei Eingriffen die mit der Stufentheorie entwickelten, besonderen Maßstäbe der Verhältnismäßigkeit einhalten. Zur Verfassungsmäßigkeit gesetzgeberischen Vorgehens bei Beschränkungen der Berufsfreiheit gehört die Einhaltung des Gesetzesvorbehaltes. Er besagt, dass der Gesetzgeber in grundlegenden normativen Bereichen, zumal im Bereich der Grundrechtsausübung, alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen muss. Entscheidungen, die für das Gemeinwesen oder die Verwirklichung der Grundrechte von besonderer Bedeutung sind, sind dem Parlament vorbehalten. In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vorbehaltsgebot stehen die Anforderungen des verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebotes an die Regelungsdichte und -klarheit von Gesetzen. Diese Maßstäbe sind in der Neuregelung von 2017 nicht eingehalten.⁸⁶⁰

⁸⁵⁹ Zur Verletzung der Schutz- und Nachbesserungspflicht: 3. Teil: A.1, S. 83 ff.

⁸⁶⁰ Zur Verfassungswidrigkeit der Neuregelung mit Blick auf Art. 12 GG: 3. Teil: B.4.3.3, S. 179 ff.

B. Zur zukünftigen Regelung des Heilpraktikerrechts

1. Zu den Möglichkeiten, den „Heilpraktiker“ als Heilberuf zu regeln

In den folgenden Abschnitten werden die in der Leistungsbeschreibung aufgeworfenen Fragen vorangestellt und sodann beantwortet.

- Gibt es neben dem Arztberuf als dem Beruf, der zur umfassenden Ausübung von Heilkunde berechtigt ist, die rechtliche Möglichkeit, einen weiteren Heilberuf mit weitgehend umfassender Heilkundekompetenz durch Bundesrecht zu regeln?
- Was wäre im Falle einer solchen Regelung zu beachten?
- Wie wäre das rechtliche Verhältnis zwischen einem bundesrechtlich geregelten Heilpraktikerberuf und dem Arztberuf zu bewerten? Inwieweit ist hier zu berücksichtigen, dass Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker ihre Tätigkeitsschwerpunkte häufig im Bereich der Komplementärmedizin haben?
- Müsste sich eine Heilpraktikerausbildung, wenn sie weiterhin zu einer umfassenden Heilkundekompetenz führt, hinsichtlich Dauer und Inhalten an der Medizinerausbildung orientieren bzw. ob und inwieweit wäre es möglich, Heilpraktikerinnen und Heilpraktiker über die bestehenden Arztvorbehalte hinaus von der Behandlung weiterer Erkrankungen auszuschließen?
- An welche rechtlichen Voraussetzungen wäre die Ausweitung von Arztvorbehalten geknüpft? Ist dazu wie beispielsweise im Infektionsschutzrecht immer ein Gesetz erforderlich, das einen Lebenssachverhalt umfassend regelt?
- Ob und welchen Einfluss hat die Tatsache, dass es sich bei dem Heilpraktikergesetz und der Ersten Durchführungsverordnung zum Heilpraktikergesetz um vorkonstitutionelles Recht handelt, auf die unter B.1 erfragten Regelungsmöglichkeiten? Gibt es dadurch Einschränkungen, die sich auf den Gestaltungsspielraum des Bundesgesetzgebers auswirken und wenn ja, welche sind das?

9 Neben dem Arzt- ist der Heilpraktiker- der einzige Beruf, der rechtlich mit weitgehend umfassender Heilkundekompetenz ausgestattet ist. Für Heilpraktiker*innen ergibt sich dies aus dem Heilpraktikergesetz.⁸⁶¹

10 Die Möglichkeit, das alte durch ein neues Heilpraktikergesetz zu ersetzen, existiert. Der Gesetzgeber ist nicht dazu gezwungen, vorkonstitutionelles Recht bestehen zu lassen. Die

⁸⁶¹ Zur umfassenden Kompetenz der Heilpraktiker*innen: 3. Teil: B.6.3, S. 215

formale Kompetenz zur Zulassung anderer Heilberufe ergibt sich aus Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG.⁸⁶² Die Tatsache, dass es sich um vorkonstitutionelles Recht handelt, schränkt den Gesetzgeber nicht ein, es abzuändern, aufzuheben oder als solches zu belassen.⁸⁶³

- 11 Grundsätzlich folgt die materielle Kompetenz des Gesetzgebers, bestimmte Berufsbilder festzulegen, aus der Notwendigkeit, zur Sicherung der Grundrechte und des Gemeinwohls überhaupt Regeln aufzustellen. Damit verbunden ist das Recht, Berufsbilder so zu normieren und zu fixieren, dass alle Personen zukünftig von der Aufnahme eines Berufes ausgeschlossen sind, die die zum Schutz der Grundrechte aufgestellten gesetzlichen Voraussetzungen hierfür nicht erfüllen.⁸⁶⁴
- 12 Das Berufsbild der Ärzt*innen ist gesetzlich umfassend normiert und fixiert.⁸⁶⁵ Demgegenüber werden die Tätigkeiten innerhalb des Heilpraktikerrechts in voneinander zu differenzierenden Berufsfeldern ausgeübt. Ihr Rahmen ist normativ unterschiedlich fixiert. Eine Typisierung wurde hier nach tradierten Behandlungsmethoden und dem Grad der rechtlichen Eigenverantwortlichkeit vorgenommen.⁸⁶⁶
- 13 Daraus ergibt sich eine erste Differenzierung entlang der für die Psychotherapie, Physiotherapie, Logopädie und Podologie anerkannten Möglichkeit des Erhalts eines sektoralen Heilkundeerlaubnis. Diese Sektoren entsprechen soziologischen Entwicklungen, die im Falle der Gesundheitsfachberufe auch als Berufsbilder normiert und fixiert sind. Ihnen fehlt lediglich die Befugnis zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Berufsausübung.⁸⁶⁷ Deshalb hat die Rechtsprechung sektorale Heilkundeerlaubnisse eingeführt.⁸⁶⁸
- 14 Der zweite Bereich des Berufsfeldes betrifft die umfassende Heilkundeerlaubnis. Sie berechtigt zwar abgesehen von den Arztvorbehalten zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Ausübung der Heilkunde jeder Art. Die Tätigkeit der Besitzer*innen dieser

⁸⁶² Zur formalen Gesetzgebungskompetenz: 2. Teil: B, S. 78

⁸⁶³ Zur Abänderung und Aufhebung vorkonstitutionellen Rechts: 2. Teil: B.1, S. 78

⁸⁶⁴ Zur materiellen Kompetenz des Gesetzgebers: 3. Teil: B.4, S. 166

⁸⁶⁵ Berufsbildfixierung des Arztberufs: 3. Teil: B.6.1, S. 196

⁸⁶⁶ Zur Typisierung des Berufsfeldes der Heilpraktiker*innen: 3. Teil: B.6.3, S. 215

⁸⁶⁷ Zu den Berufsbildern der Gesundheitsfachberufe: 3. Teil: B.6.2, S. 201

⁸⁶⁸ Zu den sektoralen Heilkundeerlaubnissen: 3. Teil: B.6.3.3, S. 216

Erlaubnis konzentriert sich de facto eher auf das breite Spektrum der Alternativheilkunde. Es handelt sich um Methoden, die ganz überwiegend nicht Teil der eigenen Tradition oder konventionellen Methoden dieses Landes und auch nicht in das Gesundheitssystem integriert sind.⁸⁶⁹

- 15 Neben den Arztberuf einen zweiten mit gleichen Befugnissen zu stellen, bedeutet den Bruch mit diesem tradierten, soziologischen und auch rechtlichen Befund: Die Arztausbildung ist international wie national umfassend geregelt und bezieht sich auf alle Fächer der Schulmedizin einschließlich ihrer Querschnittsbereiche. Das rechtfertigt die sozialrechtliche Kompetenz und Verantwortung, die gesundheitliche Versorgung der Bevölkerung sicherzustellen.⁸⁷⁰
- 16 Eine solche rechtliche Kompetenz haben weder die weiteren approbierten Berufe noch die Gesundheitsfachberufe oder die Heilpraktiker*innen. Sie alle sind jedoch im Rahmen der Berufsfreiheit geschützt. Der Gesetzgeber sollte hier nur im Rahmen der vorgefundenen Berufsfelder eingreifen. Sowohl die Gesundheitsfach- als auch die Heilpraktikerberufe genießen insoweit Bestandsschutz. Sie haben aber keinen verfassungsrechtlich begründbaren Anspruch auf die Ausweitung ihrer Kompetenzen.
- 17 Der Gesetzgeber mag bestimmte Gemeinschaftsinteressen zum Anlass von Berufsregelungen nehmen, die ihm nicht im Sinne der Tradition und Soziologie von Berufsbildern vorgegeben sind, die sich vielmehr erst aus seinen besonderen wirtschafts-, sozial- und gesellschaftspolitischen Vorstellungen und Zielen ergeben, die er also erst selbst in den Rang wichtiger Gemeinschaftsinteressen erhebt.⁸⁷¹ Derartige Interessen, neben den Arztberuf einen zweiten mit umfassender Heilkundekompetenz in berufs- und sozialrechtlichem Sinne zu stellen, sind aus Sicht des Gutachters nicht erkennbar. Deshalb erübrigt sich die Frage nach den Ausbildungsinhalten für einen solchen, den Ärzt*innen gleichgestellten Beruf.

⁸⁶⁹ Zur Alternativheilkunde: 3. Teil: B.5.2, S. 184

⁸⁷⁰ Zum Arztberuf: 3. Teil: B.6.1, S. 196

⁸⁷¹ Zur umfassenden Gesetzgebungskompetenz: 3. Teil: B.4.1, S. 166

- 18 Die Alternativheilkunde bildet ein breites Spektrum gegenüber der Schulmedizin komplementär oder alternativ eingesetzter Methoden ab, die derzeit sowohl von Ärzt*innen als auch von Heilpraktiker*innen eingesetzt werden. Sie sind nicht Gegenstand der medizinischen Ausbildung und gehören deshalb nicht zu dem gesetzlich fixierten Berufsbild von Ärzt*innen.⁸⁷²
- 19 Der Gesetzgeber hat wegen Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG die Kompetenz, die Materie der Alternativheilkunde entweder dem Arzt- oder dem Heilpraktikerberuf oder beiden zuzuweisen. Insbesondere besteht also die Möglichkeit, einen Beruf für die Ausübung der Alternativheilkunde zu schaffen, die schon bislang von Heilpraktiker*innen ausgeübt wird.⁸⁷³
- 20 Rechtlich gesehen, würde der Gesetzgeber mit der Zuweisung der Alternativheilkunde an die Heilpraktikerschaft der Lehre von den Berufsbildern folgen.⁸⁷⁴ Der soziologische Befund ergibt einen Heilpraktikerberuf, den es lange vor dem Versuch seiner Abschaffung durch die Nationalsozialisten gegeben hat und der bis heute mit dem Berufsfeld alternativer Heilkunde fortbesteht.
- 21 Ein Teilbereich davon ist die Ausübung der Psychotherapie durch nicht approbierte Heilkundige mittels alternativer Verfahren.⁸⁷⁵ Ob sich weitere Teilbereiche – etwa die Homöopathie, Osteopathie oder die Chiropraktik - so klar abgrenzen lassen, dass sie wiederum eigene Berufsbilder ergeben, die gesetzlich geregelt werden könnten, bedarf der Klärung. Ebenso ist offen, ob für die Regelung dieser Sektoren der Alternativheilkunde ein gesetzgeberisches Bedürfnis besteht.
- 22 Eine Neuregelung des Heilpraktikerberufs für das Gebiet der Alternativmedizin dient dem Zweck, die Kurierfreiheit auch außerhalb des Arztberufes zu gewährleisten und die Methodenvielfalt beizubehalten. Damit bliebe das Selbstbestimmungsrecht potenzieller Patient*innen, sich für eine Methode außerhalb der Schulmedizin und Behandler*innen

⁸⁷² Zur Alternativheilkunde und ihre Verwendung durch Ärzt*innen: 3. Teil: B.6.1.2, S. 198

⁸⁷³ Zur Neuregelung der Alternativheilkunde: 3. Teil: B.8.1.1.2, S. 228

⁸⁷⁴ Zur Lehre von den Berufsbildern: 3. Teil: B.4, S. 166

⁸⁷⁵ Zur sektorenbezogenen Psychotherapie: 3. Teil: B.5.3.1, S. 188

außerhalb der Ärzteschaft zu entscheiden, unangetastet. Das Gesetz muss dennoch - stärker als bisher – die Bevölkerung und alle diejenigen, die die Heilkundigen aufsuchen wollen, vor Gesundheitsgefahren schützen.⁸⁷⁶

23 Dazu gehört die Verschärfung strafrechtlicher Sanktionen nicht nur, was die Tätigkeit ohne Erlaubnis angeht, sondern auch bei der Verletzung der Schweigepflicht und des sexuellen Missbrauchs unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses.⁸⁷⁷

24 Ziel einer rechtlichen Profilierung des Heilpraktikerberufs könnte es sein, für die Ausübung der Alternativheilkunde außerhalb der Ärzteschaft erstmals durch den Bundesgesetzgeber gem. Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG einen verfassungsrechtlich-verhältnismäßigen Rahmen vorzusehen. Es handelt sich ausschließlich um eine berufsrechtliche Regelung, die auf die Ausübung der Alternativheilkunde beschränkt bleibt. Eine weitergehende sozialrechtliche Anerkennung kommt wegen der Ausrichtung als Alternativheilkunde nicht in Betracht.⁸⁷⁸

25 Die Einführung einer staatlichen Ausbildung und Prüfung verstärkt den Schutz der Gesundheit der Bevölkerung. Die Prüfung hat das Ziel, potenzielle Patient*innen vor Gesundheitsgefahren zu bewahren, die mit der Ausübung der Alternativheilkunde verbunden sind. Dementsprechend ist – wie bei Gesundheitsberufen – heilkundliches Wissen positiv nachzuweisen. Ebenso müssen die Kandidat*innen über die Kompetenz verfügen, Methoden der Alternativheilkunde ohne Gefährdung ihrer Patient*innen einzusetzen.⁸⁷⁹ Die bisher negativ formulierten Berufszugangsvoraussetzungen entfallen.

26 Wegen der unterschiedlichen Tätigkeitsfelder entsprechen Ausbildungsziel, -niveau und -dauer von Heilpraktiker*innen demjenigen des Arztberufs nicht.

27 Die Kompetenz des Bundesgebers besteht darin, Regelungen der Berufszulassung zu treffen und damit Personen, die die dafür aufgestellten Voraussetzungen nicht erfüllen, auszuschließen. Mit der Normierung eines Berufsbildes geht die Fixierung von erlaubten

⁸⁷⁶ Zum Gesundheitsschutz: 3. Teil: A.1, S. 83

⁸⁷⁷ Zur Schweigepflicht nach § 203 StGB: 3. Teil: A.1.4.4.2, S. 128

⁸⁷⁸ Zum Anspruch auf staatliche Gesundheitsversorgung: 3. Teil: A.1.2.4.2, S. 93

⁸⁷⁹ Zur staatlichen Ausbildung und Prüfung: 3. Teil: B.8.1.2.3, S. 232

Tätigkeiten einher, so dass andere – etwa die Behandlung bestimmter Krankheitsbilder oder Verwendung bestimmter Methoden – ausgeschlossen werden könnten.

- 28 Die Kompetenz des Bundesgesetzgebers reicht nicht zum Erlass von Regeln über die Berufsausübung außerhalb des Berufszulassungsrechts. Dies ist Sache der Bundesländer. Dementsprechend können Arztvorbehalte außerhalb des Berufszulassungsrechts von dem Bundesgesetzgeber nur im Rahmen umfassender gesetzlicher Regelungen oder durch strafrechtliche Sanktion ausgesprochen werden.
- 29 Aus Sicht der Patient*innen bedeutet ein Arztvorbehalt die Einschränkung ihres Rechts auf Selbstbestimmung.⁸⁸⁰ Sie ist nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig.⁸⁸¹
- 30 Für Personen, die die Heilkunde mit einer anderen Approbation oder Heilkundeerlaubnis ausüben, bedeutet ein Arztvorbehalt den Eingriff in ihre Berufsfreiheit. Er ist ebenso nur durch oder aufgrund eines Gesetzes zulässig und muss im Übrigen den besonderen Anforderungen des Art. 12 GG in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit gerecht werden.
- 31 Zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit dürfte es unumgänglich sein, das Verhältnis zur Schulmedizin zu klären. Bislang wird die Alternativheilkunde sowohl komplementär als auch ersetzend von Ärzt*innen wie Heilpraktiker*innen ausgeübt; Daraus folgt ein für Patient*innen unklares Profil, so dass mittelbare Gesundheitsgefahren entstehen könnten.
- 32 Der Gesetzgeber hat diverse Möglichkeiten, mittelbaren Gesundheitsgefahren zu begegnen: er könnte die gesundheitliche Aufklärung forcieren, im Falle der Behandlung durch Heilpraktiker*innen bei bestimmten, noch zu definierenden Erkrankungen eine vorherige somatische Abklärung verlangen oder eine ausschließlich komplementäre Behandlung vorsehen.⁸⁸²

⁸⁸⁰ Zu den Arztvorbehalten: 3. Teil: B.5.1, S. 184

⁸⁸¹ Zur Einschränkung der Selbstbestimmung: 3. Teil: A.2.3, S. 147

⁸⁸² Zu mittelbaren Gesundheitsgefahren und den Möglichkeiten des Gesetzgebers: 3. Teil: A.2.3, S. 147

2. Zur möglichen Abschaffung des Heilpraktikerberufs

- Gibt es alternativ zu einer Regelung die grundsätzliche Möglichkeit, den Heilpraktikerberuf in Zukunft entfallen zu lassen? Was wäre in einem solchen Fall zu beachten?
 - Welche Übergangsregelungen insbesondere für aktuell tätige Heilpraktiker*innen bzw. Personen, die bereits einen Antrag auf Erteilung einer Heilpraktikererlaubnis gestellt haben oder sich in einer Ausbildung befinden, die auf die Heilpraktikerüberprüfung vorbereiten soll, wären mindestens erforderlich?
- 33 Die Kompetenz des Gesetzgebers zu Eingriffen in die Berufsfreiheit folgt aus der in Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG festgelegten Regelungsbefugnis, welche sich - in unterschiedlicher Intensität - auf Eingriffe in die Berufsausübung und die Berufswahl erstreckt. Immer geht es darum, die berufliche Freiheit des Einzelnen in Einklang zu bringen mit den Gemeinwohlinteressen oder den Interessen anderer Grundrechtsträger*innen.⁸⁸³
- 34 Die Abschaffung des Heilpraktikerberufs bedeutet einen Bruch mit dem hier erhobenen soziologischen und rechtlichen Befund: Hier liegt ein traditionell gewachsenes von dem Gesetzgeber selbst konturiertes Berufsbild vor. Es abzuschaffen bedeutet die Gegebenheiten zu ignorieren.⁸⁸⁴ Im Moment ist kein Grund erkennbar, der es aus verfassungsrechtlicher Sicht rechtfertigen könnte, den Heilpraktikerberuf abzuschaffen.⁸⁸⁵
- 35 Maßstab für einen solchen Eingriff in die Berufsfreiheit ist die Differenzierung der Eingriffsintensität nach drei Stufen, die die zu wahrende Verhältnismäßigkeit am besten ausdrücken.⁸⁸⁶ Dabei bedeutet die Abschaffung des Berufsstandes der Heilpraktiker*innen einen Eingriff höchster Stufe, denn sie betrifft jeden Berufsangehörigen unabhängig von seinen individuellen Kenntnissen und Fähigkeiten. Ein solcher Eingriff ist nur zur Abwehr schwerer, nachweisbarer bzw. höchstwahrscheinlicher Gefahren zum Schutz eines überragend wichtigen Rechtsgutes gerechtfertigt, wobei die Gefahrenabwehr auch nicht anders, etwa durch Maßnahmen der ersten oder zweiten

⁸⁸³ Zur Eingriffskompetenz des Gesetzgebers: 3. Teil: B.4.3, S. 172

⁸⁸⁴ Zur Lehre von den Berufsbildern und der Typisierung des Heilpraktikerberufs: 3. Teil: B.4, S. 166

⁸⁸⁵ Zur Tatsachenlage, insbesondere Schadensverursachung durch Heilpraktiker*innen: 3. Teil: A.2.3.2, S. 150

⁸⁸⁶ Zur Stufentheorie: 3. Teil: B.4.3.1, S. 173

Stufe, erfolgen kann und also zwingend erforderlich ist. Das Leben und die körperliche Unversehrtheit sind fraglos ein solches überragend wichtiges Rechtsgut. Von dem Berufsstand der Heilpraktiker*innen gehen insgesamt keine schweren, nachweisbaren oder auch nur höchstwahrscheinlichen Gefahren aus. Zumindest sind dem Gutachter keine empirischen Untersuchungen oder sonstigen Belege bekannt, die eine solche rechtliche Schlussfolgerung zuließen. Die Faktenlage ist bezogen auf das Heilpraktikerwesen insgesamt dürftig. Das kriminelle Verhalten Einzelner kann nicht die Abschaffung eines gesamten Berufsstandes rechtfertigen, zumal sich derartige Vorkommnisse auch in anderen Heilkundeberufen ereignen.⁸⁸⁷

36 Die Abschaffung des Heilpraktikerberufs bedeutet zugleich einen erheblichen Eingriff in die Autonomie derjenigen Personen, die die Berufstätigen aufsuchen. Diesen Patient*innen kann nicht pauschal die Absicht der Selbstschädigung unterstellt werden. Umso mehr ist ein solcher Eingriff mit Fakten zu belegen und mit dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen.

37 Selbst wenn man – und dafür gibt es durchaus Stimmen – einen anderen als den hier vertretenen Maßstab der Drei-Stufen-Theorie ansetzte, müsste sich der Gesetzgeber bei Abschaffung des Heilpraktikerberufs fragen lassen, ob dies nicht 70 Jahre, in denen er den Berufsstand fortbestehen ließ, willkürlich wäre.⁸⁸⁸

3. Zu den Mindestanforderungen an Übergangsbestimmungen

38 Es steht nicht im Ermessen des Gesetzgebers, ob er sich im Fall der Abschaffung des Heilpraktikerberufs zu Übergangsbestimmungen entschließt. Die bisher in diesem Beruf Tätigen haben in rechtlich einwandfreier Weise von der ihnen zustehenden Berufsfreiheit Gebrauch gemacht und genießen deshalb Vertrauensschutz.⁸⁸⁹

⁸⁸⁷ Zur Unverhältnismäßigkeit der Abschaffung des Heilpraktikerberufs: 3. Teil: B.7.2, S. 221

⁸⁸⁸ Zum Willkürmaßstab: 3. Teil: B.4.3.2, S. 177

⁸⁸⁹ Zu Übergangsbestimmungen: 3. Teil: B.7.2.5, S. 225

- 39 Maßstab für die Mindestanforderungen an Übergangsbestimmungen ist der Status Quo; ein Anspruch auf Erweiterung der Rechte im Falle einer gesetzlichen Neuregelung besteht hingegen nicht. Deshalb wird man davon ausgehen dürfen, dass Heilpraktiker*innen jedenfalls für einen Übergangszeitraum, der zur Umorientierung bei gleichzeitiger Sicherung der Existenz erforderlich ist, ihren bisherigen Beruf weiterhin ausüben können; die erteilte Erlaubnis bleibt also so lange erhalten. Es steht hingegen im Ermessen des Gesetzgebers, ob er die Möglichkeit zulässt, diese Erlaubnis in eine solche nach neuem Recht umzuwandeln, um somit für einheitliche Verhältnisse zu sorgen.
- 40 Für die in Berufsausbildung befindlichen Personen besteht die Besonderheit, dass sie keine verpflichtende, staatlich geregelte Ausbildung durchlaufen. Deshalb besteht hier keine verfassungsrechtliche Notwendigkeit der Bildung von Übergangsbestimmungen. Gleichwohl wird man das Vertrauen von Ausbildungskandidat*innen dann schützen müssen, wenn der Staat dieses, z.B. durch Programme der Bildungsförderung, aufgebaut hat.⁸⁹⁰

4. Zur Legaldefinition der Heilkunde und zur Neuordnung des Heilkundebegriffs

- Welche rechtlichen Folgen hätte der Wegfall der Legaldefinition der Heilkunde im Fall einer Neuregelung des Heilpraktikerrechts? Bedarf es in einem solchen Fall der Regelung einer Legaldefinition in einem anderen Gesetz? Welche gesetzlichen Regelungen kämen in Betracht?
- Was wäre für den Fall zu beachten, dass das Heilpraktikergesetz ersatzlos entfällt?
- Wie wird die Legaldefinition heute ausgelegt? Welche Kriterien werden für die Entscheidung angewendet, ob eine Tätigkeit der Heilkunde zuzurechnen ist oder nicht? Welche Abgrenzungsschwierigkeiten gibt es? Welche Möglichkeiten, diese Abgrenzungsschwierigkeiten zu beheben, sind rechtlich denkbar?
- Was ist Delegation und Substitution heilkundlicher Tätigkeiten? Unter welchen Voraussetzungen sind diese nach geltendem Recht möglich? Was ist rechtlich für den Fall einer positiven Regelung der Delegation und Substitution zu beachten? Welche Auswirkungen hätten solche Regelungen auf den Heilkundevorbehalt der Ärzteschaft

⁸⁹⁰ Zu Übergangsbestimmungen für Ausbildungskandidat*innen: 3. Teil: B.7.2.5.2, S. 227

und/oder des Heilpraktikerberufs? Gäbe es rechtliche Auswirkungen auch auf andere Heilberufe? Wenn ja, welche?

4.1 Zum Heilkundebegriff

- 41 Die erste Bedeutung des Heilkundebegriffs besteht darin, zwischen heilkundlicher und nicht heilkundlicher Tätigkeit zu unterscheiden.
- 42 Nach der verfassungskonformen Auslegung liegt Heilkunde immer dann vor, wenn eine eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit zur Verhütung, Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten oder auch zur Verbesserung der körperlichen, geistigen oder seelischen Situation ärztliche Fachkenntnisse erfordert und die Behandlung bei generalisierender und typisierender Betrachtungsweise gesundheitliche Schäden verursachen kann.⁸⁹¹
- 43 Der Begriff der ärztlichen Fachkenntnisse ist besser mit heilkundlichen Kenntnissen beschrieben, denn ärztliche Kenntnisse gehen weit über das hier Erforderliche hinaus. Heilkundliche Kenntnisse werden auch bei der Ausübung eines Gesundheitsfachberufes vorausgesetzt. Je größer die Gefahr gesundheitlicher Schädigungen ist, desto mehr heilkundliche Kompetenzen sind von dem heilkundlich Tätigen zu erwarten.
- 44 Abgrenzungsschwierigkeiten bestehen zusätzlich im Hinblick auf mittelbare Gesundheitsgefahren, welche allein mit der Tatsache begründet werden, dass nicht Ärzt*innen aufgesucht werden und deshalb ein frühzeitiges Erkennen ernster Leiden, das ärztliche Fachkenntnis voraussetzt, verzögert werden kann. Eine solche Gefahr besteht, solange es weitere Gesundheitsberufe gibt, immer. Deshalb verlangt die Rechtsprechung eine zusätzliche Gefahr, die durch den Eindruck entstehen kann, die Tätigkeit werde die ärztliche ersetzen.⁸⁹²
- 45 Der Wegfall des Heilkundebegriffs hebt die Differenzierung zwischen heilkundlicher und nicht heilkundlicher Tätigkeit auf. Das würde die Einführung der vollen Kurierfreiheit

⁸⁹¹ Zum Heilkundebegriff: 3. Teil: A.1.3.1, S. 98

⁸⁹² Zur mittelbaren Gesundheitsgefährdung: 3. Teil: A.1.3.4.3, S. 109

bedeuten.⁸⁹³ Wenn aber jede Person bei einer anderen gesundheitliche Eingriffe vornehmen dürfte, verletzt der Staat die Pflicht zum Schutz des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit.⁸⁹⁴ Das Fortbestehen des Heilkundebegriffs ist deshalb zwingend.

46 Die zweite Bedeutung des Heilkundebegriffs besteht in seiner berufsrechtlichen Dimension. Heilkunde meint hier jede eigenverantwortliche und weisungsfreie Tätigkeit im umfassenden Sinne der Kurier- und der Methodenfreiheit. Es wird nicht vorausgesetzt, dass die Tätigkeit objektiv geeignet ist, einen gesundheitlichen Erfolg herbeizuführen.⁸⁹⁵

47 Für den Gesetzgeber besteht die Notwendigkeit, auch diesen zweiten Aspekt zu regeln. Davon ist die gesetzliche Verankerung abhängig. Es wäre denkbar, die Kurierfreiheit ausschließlich auf den Arztberuf zu monopolisieren. Dann liegt die Aufnahme einer Legaldefinition von Heilkunde in das ärztliche Berufsrecht nahe. Es könnten aber auch andere Berufe, die bereits heute die Heilkunde eigenverantwortlich und weisungsfrei ausüben – namentlich Heilpraktiker*innen und mit großen Einschränkungen Gesundheitsfachberufe – einbezogen werden. Dann liegt es nahe, beide Aspekte in einem neuen Gesetz zu regeln.

48 Hier wird ein Artikelgesetz vorgeschlagen, dass a) den Heilkundebegriff neu regelt, b) eine Dreiteilung der beruflichen Heilkunde vornimmt (Ärztliche, Sektorale, Alternativheilkunde) und c) den Bereich der beruflich ausgeübten Alternativheilkunde separat regelt.⁸⁹⁶

4.2 Delegation und Substitution

49 Aus ärztlicher Sicht bedeutet die Kurierfreiheit nicht, jegliche Behandlungsmaßnahme höchstpersönlich erbringen zu müssen. Delegation bedeutet die Übertragung ärztlicher Aufgaben auf nichtärztliches Personal, wobei die rechtliche Verantwortung bei den

⁸⁹³ Zur Kurierfreiheit: 1. Teil: A.1.1, S. 13

⁸⁹⁴ Zur Schutzpflicht: 3. Teil: A.1.3, S. 98

⁸⁹⁵ Zur berufsrechtlichen Dimension des Heilkundebegriffs: 3. Teil: B.8.1.1.2, S. 228

⁸⁹⁶ Zu Kompetenzlösungen: 3. Teil: B.8.1, S. 227

Ärzt*innen verbleibt. Substitution bedeutet die Ersetzung ärztlicher Tätigkeit durch solche nicht-ärztlichen Personals.⁸⁹⁷

- 50 Aus beruflicher Sicht ergeben sich für die Gesundheitsfachberufe zunehmend eigenständige Kompetenzbereiche, so dass Hebammen, Pflegeberufe und Heilmittelerbringer*innen in engen Grenzen bereits heute eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig sein können, so z.B. in Bezug auf die Einleitung der Geburt (bis zur ärztlichen Übernahme), die Pflegeberufe in Bezug auf die Pflegediagnose und den Pflegeprozess und die Heilmittelerbringer*innen im Falle einer Blankoverordnung.⁸⁹⁸
- 51 Immer bestehen gesetzliche Arztvorbehalte, und es verbleibt ein rechtlich oftmals nicht klar abgegrenzter Kernbereich ärztlicher Tätigkeit. Im Übrigen richtet sich die Übertragbarkeit ärztlicher Verantwortung nach der Schwere des Eingriffs (Schwierigkeit), der Häufigkeit und Beherrschbarkeit möglicherweise auftretender Komplikationen (Risiko) und der Schwierigkeit der angewandten Technik (Beherrschbarkeit). Sowohl die formale Qualifikation (Ausbildungszeugnis) als auch die materielle Qualifikation (Konkrete Befähigung) ist von den Delegationsadressat*innen nachzuweisen. Es wird zwischen generell und im Einzelfall delegationsfähigen Tätigkeiten unterschieden.
- 52 Sowohl die Delegation als auch die Substitution ärztlicher Tätigkeit befindet sich im Stadium von Modellvorhaben.
- 53 Im Falle einer positiven Regelung von Delegation und Substitution dürfte – abgesehen von möglichen Eingriffen in die hier diskutierten Grundrechte - der Vorrang des Berufsrechts vor dem Sozialrecht zu beachten sein. Dazu gehört die Aufnahme von entsprechenden Qualifikationsanforderungen in die Berufsgesetze. Die Kompetenz zur Festlegung delegierbarer bzw. substituierbarer oder auch eigenständiger Bereiche liegt insoweit bei dem Bundesgesetzgeber.

⁸⁹⁷ Zu Delegation und Substitution: 3. Teil: B.6.2.3, S. 211

⁸⁹⁸ Zu den Gesundheitsfachberufen: 3. Teil: B.6.2, S. 201

5. Zu den sektoralen Heilpraktikererlaubnissen

- Die sektorale Heilpraktikererlaubnis ist Ergebnis höchstrichterlicher Rechtsprechung. Wie ist diese Rechtsprechung vor dem Hintergrund, den Patientenschutz zu stärken, zu bewerten?
- Gibt es nach geltendem Recht Möglichkeiten, die sektorale Heilpraktikererlaubnis einzuschränken und wenn ja, welche sind das?
- Gibt es die Möglichkeit, die sektorale Heilpraktikererlaubnis im Fall einer Neuregelung des Heilpraktikerrechts wegfällen zu lassen und wenn ja, welche? Wären in einem solchen Fall Übergangsregelungen für aktuelle Inhaber von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen erforderlich, obwohl ihre Einführung keine gesetzliche Grundlage hat, sondern nur auf Richterrecht beruht?

54 Ausgangspunkt für die Entstehung der sektoralen Heilkundeerlaubnisse ist der Kompetenzerwerb auf spezifischen Gebieten der Gesundheitspflege und der Krankenbehandlungen durch Personen, die zum Teil ein abgeschlossenes Studium, mindestens aber eine berufliche Ausbildung auf ihrem speziellen Sektor und außerhalb der Medizin nachweisen können. Ihnen fehlt die Befugnis zur eigenverantwortlichen und weisungsfreien Ausübung ihres Berufes. Vor allem die Erstdiagnosestellung ist nach deutschem Recht Ärzt*innen vorbehalten.⁸⁹⁹

55 Demgegenüber können Heilpraktiker*innen rechtlich gesehen auf allen heilkundlichen Gebieten Diagnosen stellen und Methoden durchführen, ohne je eine staatliche Ausbildung oder Prüfung absolviert zu haben.⁹⁰⁰ Das führt zu einer systematischen Unstimmigkeit.

56 Die Frage, ob mit der Einführung sektoraler Heilkundeerlaubnisse der Schutz der Patient*innen gestärkt oder geschwächt wurde, lässt sich derzeit nicht abschließend beantworten. Einerseits liegen keine Rechtsfälle vor, bei denen Inhaber*innen derartiger Erlaubnisse den Patient*innenschutz missachtet hätten; es fehlt also an Fakten.⁹⁰¹ Weil es sich bezogen auf den Sektor um einen besser qualifizierten und erfahrenen Personenkreis handelt, liegt die Annahme nahe, dass hier keine zusätzliche Gefahr durch neue

⁸⁹⁹ Zu den Gesundheitsfachberufen und ihrer rechtlichen Position: 3. Teil: B.6.2, S. 201

⁹⁰⁰ Zum Berufsfeld der Heilpraktiker*innen: 3. Teil: B.6.3, S. 215

⁹⁰¹ Zur fehlenden Faktenlage: 3. Teil: A.2.3.2.2, S. 152

Berufsstände entsteht. Andererseits fehlt es derzeit an einer klaren Rahmensetzung, welche Tätigkeiten in dem jeweiligen Sektor ausgeübt werden dürfen und welche nicht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ermöglicht es der Besitz einer sektoralen Heilkundeerlaubnis, eine Erstdiagnose zu stellen. Unklar bleibt, ob die jeweiligen Besitzer*innen wie Heilpraktiker*innen Methoden der Alternativheilkunde (Osteopathie, Chiropraxis) anwenden dürfen oder (als Physiotherapeut*innen) auf schulmedizinische Methoden beschränkt bleiben sollen. Insoweit ist eine Präzisierung, die auch zu einer Einschränkung führen könnte, unerlässlich.

- 57 Der Gesetzgeber hat die Möglichkeit, diese Präzisierung innerhalb der jeweiligen Berufsgesetze vorzunehmen; Es handelt sich um Bundesgesetze. Eine Normierung sektoraler Heilkundeerlaubnisse innerhalb eines neu zu schaffenden Heilpraktikergesetzes wird nicht empfohlen.
- 58 Eine Normierung innerhalb der Berufsgesetze hat den klaren Vorteil der Beibehaltung bisheriger und tradierter Berufsbilder; die derzeit vagen Berufsfelder der Besitzer*innen sektoraler Heilkundeerlaubnisse wären obsolet. Es bliebe bei der Dreiteilung des Arztberufes, der Gesundheitsfachberufe und der Heilpraktiker*innen. Sie wurde hier ausgearbeitet.⁹⁰²
- 59 In den Berufsgesetzen der Gesundheitsfachberufe ist zu regeln, welche Kompetenzen für die Erstdiagnosestellung auf ihrem Sektor vorhanden sein müssen und dass z.B. nur schulmedizinische Methoden angewendet werden dürfen. Zugleich sind die Felder eigenverantwortlicher und selbständiger Tätigkeit der Gesundheitsfachberufe, die ärztliche Tätigkeit substituieren, von denjenigen abzugrenzen, die nur nach ärztlicher Delegation ausgeübt werden dürfen. Eine Tätigkeit auf dem Gebiet der Alternativheilkunde sowie der Erwerb einer Heilpraktikererlaubnis bezogen auf den eigenen Sektor sollte zukünftig ausgeschlossen werden.

⁹⁰² Zur Dreiteilung der Berufsfelder innerhalb der Gesundheitsberufe: 3. Teil: B.8.1, S. 227

60 Im Falle der Abschaffung sektoraler Heilkundeerlaubnisse sind Übergangsbestimmungen zwingend vorzusehen. Die Ziffern 38 bis 40 gelten entsprechend.

C. Zusammenfassung der Ergebnisse

- 1 Das Heilpraktikerrecht hat in den Jahren 2017/18 eine Neuregelung erfahren. Sie betrifft die Voraussetzungen für den Erwerb einer Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz. Die Neuregelung ist nach Auffassung des Gutachters verfassungswidrig und eine diesbezügliche Gesetzesinitiative zwingend erforderlich. Die Gegenmeinung wird einräumen müssen, dass die Neuregelung ihre Ziele weitgehend verfehlt hat. Lediglich zur Frage der Verfassungswidrigkeit liegt dann eine Divergenz vor.
- 2 Der Heilkundebegriff hat zwei Bedeutungen. Zum einen bestimmt er, welche einzelne Tätigkeit den Berufstätigen in diesem Bereich vorbehalten bleibt. Die Rechtsprechung hat diesen Teil des Begriffs verfassungskonform ausgelegt. Ihre Formulierungen können die Grundlage für eine Neuregelung werden.
- 3 Die zweite Bedeutung betrifft die Frage, welche Berufsgruppen eigenverantwortlich und weisungsfrei die Heilkunde ausüben dürfen und welche Qualifikation dafür erforderlich ist. Dieser Aspekt verlangt nach einer gesetzlichen Regelung, denn es sollte nicht die Rechtsprechung, sondern das Parlament sein, das über die Zuweisung einer eigenverantwortlichen und weisungsfreien Tätigkeit im Bereich der Gesundheitsberufe (Physiotherapie, Logopädie u.a.m.) entscheidet.
- 4 Ebenso kann es nicht weiter der Verwaltung überlassen bleiben, ausschließlich selbst die sachlichen Voraussetzungen für die Erlaubnis zur Ausübung des Heilpraktikerberufs zu definieren. Das aber ist das Ergebnis des Versuchs der Neuregelung in den Jahren 2017/18.
- 5 Für die Abschaffung des Heilpraktikerberufs gibt es derzeit weder eine ausreichende Tatsachen- noch eine Rechtsgrundlage. Rechtlich gesehen würde die Abschaffung einen massiven Eingriff in die Berufswahlfreiheit bedeuten, der nur zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut und nur dann in Betracht käme, wenn keine anderen, milderen Mittel der Gefahrenbeseitigung in Betracht kämen. Derartige Umstände liegen nicht vor.

- 6 In der Diskussion geht es um nicht weniger als die Herstellung eines ausgewogenen Verhältnisses zwischen einerseits dem Schutz der körperlichen Unversehrtheit und des Lebens und andererseits dem Selbstbestimmungsrecht der Patient*innen, sich mittels einer nicht schulmedizinischen Methode oder durch nicht ärztlich ausgebildete Behandler*innen behandeln zu lassen. Dies sind ebenso höchstrangige Rechtsgüter wie die Freiheit der Berufstätigen, die von einer entsprechenden Maßnahme betroffen wäre.
- 7 Der Gutachter empfiehlt eine Kompetenzlösung mit drei Aspekten:
 - a Der Heilkundebegriff wird neu gefasst. Die durch die Rechtsprechung erfolgte verfassungskonforme Auslegung des Begriffs wird übernommen. Sowohl die Prävention als auch die Wunschmedizin werden einbezogen.
 - b Für die berufliche Ausübung der Heilkunde wird zwischen ärztlicher, sektoraler und Alternativheilkunde unterschieden. Die ärztliche Heilkunde bleibt unangetastet. In den Gesetzen der Gesundheitsfachberufe wird festgelegt, ob diese eigenverantwortliche Kompetenzbereiche (Sektoren) zugewiesen erhalten und welche Bereiche delegationsfähig sind. Die Alternativheilkunde wird von der Schulmedizin unterschieden. Es wird festgelegt, wer sie ausüben darf.
 - c Der dritte Teil normiert einen neuen Heilpraktikerberuf mit staatlicher Anerkennung, der ausschließlich dem bereits tradierten Berufsbild der Ausübung von Alternativheilkunde folgt.

Abschließende Erklärungen des Gutachters

Eidesstattliche Versicherung

Das Gutachten wurde von dem Unterzeichner höchstpersönlich erstellt. Auf der Basis der vorliegenden, im Anhang aufgeführten Unterlagen erfolgte eine rechtliche Würdigung nach der aktuellen, hier bekannten Rechtslage und nach bestem Wissen und Gewissen. Die Begutachtung erfolgte neutral und unabhängig von dem Auftraggeber.

Hinweis auf den Urheberrechtsschutz

Gutachten genießen den Schutz des Urheberrechts. Sie dürfen daher nur für den Zweck, für den sie erstellt worden sind, verwandt werden. Der Auftraggeber ist dazu berechtigt, das Gutachten zweckgebunden einzusetzen. Nicht statthaft ist die Verwendung des Gutachtens für andere Zwecke oder durch andere Personen oder Institutionen ohne vorherige schriftliche Freigabe durch den Unterzeichner. Vorrangige Ansprüche auf gesetzlicher Grundlage bleiben davon unberührt.

Simmerath, den 21. April 2021

Prof. Dr. Christof Stock

Verzeichnis der zitierten höchstrichterlichen Rechtsprechung

Gericht	Datum der Entscheidung	Stichworte	Fundstelle	Band	Jahr	Seiten
BAG	14.01.2009	Fortbildungsvertrag - Bindungsdauer - Rückzahlungsklausel	NZA		2009	666–669
BAG	10.02.2015	Ausbildung zur Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutin - praktische Tätigkeit - Vergütungspflicht	juris			
BAG	15.04.2015	Zuständigkeit der Arbeitsgerichte für Ausbildungsverträge zum Psychotherapeuten	juris			
BFH	02.10.2003	Getrennte Behandlung ärztlicher Einkünfte aus dem Betrieb einer Privatklinik	juris			
BFH	15.06.2010	Keine Gewerblichkeit der Tätigkeit als Berufsbetreuer	juris		2010	
BFH	20.03.2014	Zur Supervision: Umsatzsteuer und Gewerbesteuer	juris			
BFH	16.07.2014	Freiberufliche, nicht der Gewerbesteuer unterliegende Tätigkeit eines leitenden Arztes	MedR		2015	471–472
BFH	30.03.2016	Zur "Abfärbung" der Einkünfte einer Ärzte-GbR	juris			
BGH	04.11.1955	Ausübung der Heilkunde ist jedes Tun, das bei den Behandelten den Eindruck erweckt, es ziele darauf ab, sie von Krankheit, Leiden oder Körperschäden zu heilen oder ihnen Erleichterung zu verschaffen	BGHSt	8		237–239
BGH	21.03.1958	Zum Begriff der Krankheit in der Verordnung über den Verkehr mit Arzneimitteln	BGHSt	11		304 ff.
BGH	05.12.1958	Zur Einwilligung Minderjähriger in einen medizinischen Eingriff.	juris			
BGH	22.02.1978	Zahnextraktionsfall	NJW		1978	1206
BGH	03.04.1981	Knochenbrecherin	NJW		1981	2008–2009
BGH	17.12.1986	Homologe In-vitro-Fertilisation als medizinisch notwendige Heilbehandlung wegen Krankheit	MedR		1987	182 ff.
BGH	29.06.1987	Das Aufspüren von Erdströmen und Erdstrahlen und die Abschirmung derselben stellt keine Heilbehandlung i.S.d Heilpraktikergesetzes dar, da sie für sich genommen keine heilkundlichen Fachkenntnisse voraussetzt.	MedR		1988	121–122
BGH	06.11.1990	Umfang der ärztlichen Aufklärungspflicht bei kosmetischer Operation	MedR		1991	85–86
BGH	17.03.1999	Keine Kostenerstattung bei fehlender vorheriger Leistungszusage einer privaten Krankenversicherung. Unzulässige Beschränkung der Psychotherapie auf 30 Therapiesitzungen pro Vertragslaufzeit.	NJW		1999	3411
BGH	30.10.2002	Schulmedizin-Klausel: Eingeschränkte Erstattungsfähigkeit von Leistungen der Alternativmedizin in der privaten Krankenversicherung	juris			
BGH	16.06.2004	Zulässige Beschränkung von Psychotherapie auf 30 Therapiesitzungen pro Jahr im Rahmen einer privaten Krankenversicherung	VersR		2004	1037 ff.

BGH	15.02.2006	Die Versicherungsklausel einer privaten Versicherung, wonach sich der Versicherungsschutz nur auf die Psychotherapie erstreckt, soweit sie von einem niedergelassenen approbierten Arzt oder in einem Krankenhaus durchgeführt wird, hält auch nach Inkrafttreten des PsychThG einer Überprüfung stand.	MedR		2006	593 ff. m. Anm. Stock
BGH	29.09.2009	Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses: nur Psychotherapeuten, nicht Heilpraktiker sind mögliche Täter von § 174c Abs. 2 StGB; mit krit. Anm. Renzikowski NStZ 2010, 694-697 und Gutmann u.a. MedR 2019, 18-25	NJW		2010	453-455
BGH	14.04.2011	Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses, § 174c Abs. 1 StGB: Vorauszusetzen ist die Behandlung wegen einer Krankheit oder Behinderung. Einwilligung des Opfers kann ausnahmsweise zum Ausschluss des Tatbestandes führen.	BGHSt	56		226-234
BGH	19.05.2011	Wettbewerbsverstoß durch vergleichende Werbung: Coaching-Newsletter	juris			
BGH	22.06.2011	Unerlaubte Ausübung der Heilkunde durch Synergetik-Methode	juris			
BGH	06.02.2013	Heilmittelwerbung: Gesicherte wissenschaftliche Erkenntnis als Voraussetzung für die Zulässigkeit; Anforderungen an die wissenschaftliche Studie - Basisinsulin mit Gewichtsvorteil	GRUR		2013	649-655
BGH	15.12.2015	Schönheitsoperation trotz psychischer Störung behandlungsfehlerhaft	MedR		2016	614-615
BGH	Beschl. v. 15.12.2015	Zur Vornahme einer Schönheitsoperation bei Verdacht auf eine psychische Störung (hier: Dismorphophobie)	juris			
BGH	30.05.2017	Haftung wegen Einsatzes von Alternativmedizin (Einwilligung zur "operativen Störfeldsanierung"); m. Anm. Stock MedR 2019, 872 ff.	MedR		2018	43-44
BGH	20.02.2018	Arztsuche- und Arztbewertungsportal: Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten (Jameda)	NJW		2018	1884-1888
BGH	20.02.2018	Jameda III: Arztsuche- und Arztbewertungsportal: Zulässigkeit der Erhebung, Speicherung und Übermittlung personenbezogener Daten	NJW		2018	1884-1888
BGH	14.03.2018	Bürogemeinschaft von Anwalt mit Mediator und Berufsbetreuer unzulässig	juris			
BGH	02.04.2019	Haftung wegen Lebensverlängerung durch künstliche Ernährung?	MedR	37	2019	722 ff.
BGH	03.07.2019	Strafbarkeit bei ärztlich assistierter Selbsttötung	NJW		2019	3092-3096
BGH	15.10.2019	Zur Anwendung eines nicht allgemein anerkannten, den Korridor des medizinischen Standards verlassenden Behandlungskonzepts und zum Umfang der hierfür erforderlichen Aufklärung des Patienten. (HWS-OP unter	juris			

Verzeichnis höchstrichterlicher Rechtsprechung

		Einbeziehung eines symptomlosen Nachbarsegments)				
BGH	28.01.2020	Zur Aufklärungspflicht des Arztes gegenüber Privatpatient in Bezug auf die Kostenübernahme für eine noch nicht allgemein anerkannte Behandlungsmethode (Venenpflaster)	juris			
BGH	29.01.1991	Fortbildungspflicht des Heilpraktikers bei invasiven Behandlungsmethoden				
BSG	05.02.2003	Die Zulassungsgremien sind an die durch die Approbationsbehörden erteilte Approbation gebunden. Die Zulassung zur psychotherapeutischen Versorgung setzt eine bestandssichere Approbation voraus	SozR	4-2500	2003	§ 95 Nr. 4
BSG	19.10.2004	Krankenversicherung - keine Kostenübernahme einer brustvergrößernden Operation - Begriff der Krankheit - Nichtanwendung der Rechtsprechung zur Transsexualität - Einschränkung der Behandlungsalternativen verfassungsgemäß	BSGE	93		252-258
BSG	19.10.2004	Krankenversicherung - Leistungsanspruch - Brustverkleinerung	juris			
BSG	19.10.2004	Krankenversicherung - Nichtbestehen eines Anspruchs auf Krankenbehandlung in Form körperlicher Eingriffe - Brustverkleinerung - Nichtanwendung der Rechtsprechung des BSG zur Transsexualität - Einschränkung der Behandlungsalternativen verfassungsgemäß	MEDSACH		2005	140
BSG	22.03.2005	"Securvita"-Entscheidung: zu den besonderen Therapierichtungen (Homöopathie, anthroposophische Medizin)	BSGE	94		221-247
BSG	18.07.2006	Zur Abtretbarkeit eines Anspruchs auf Kostenerstattung und zu den Voraussetzungen des Kostenerstattungsanspruchs	BSGE	97		6-16
BSG	14.12.2011	Verkehrswert einer psychotherapeutischen Praxis nicht vom BA festzusetzen	BSGE	110	2011	34-43
BSG	17.12.2013	Psychotherapie ist keine Leistung der Eingliederungshilfe oder der medizinischen Reha	B 1 KR 50/12 R			
BSG	18.11.2014	Versagung einer Satzungsgenehmigung betreffend die Leistungsausweitung zur künstlichen Befruchtung auf nichteheliche Lebensgemeinschaften	BSGE	117		236-240
BSG	08.03.2016	Kostenerstattungsanspruch für Psychotherapie bei Genehmigungsfiktion	BSGE	121		40-49
BSG	13.12.2016	Keine Kostenerstattung für Psychotherapie durch Heilpraktiker	juris			
BSG	16.03.2017	Krankenversicherung - Heilmittelversorgung - Physiotherapeut - Abrechnungserlaubnis für Leistungen der manuellen Therapie - Weiterbildungserfordernis - Ausschluss der Masseure und medizinischen Bademeister - Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht	juris			
BSG	11.10.2017	Vergütung psychotherapeutischer Leistungen der Jahre 2009 bis 2011	MedR		2018	

BSG	11.10.2017	Vergütung psychotherapeutischer Leistungen des Jahres 2013	MedR		2018	
BSG	30.07.2019	Keine Satzungsbefugnis der gesetzlichen Krankenkassen zur Einführung von Zusatzleistungen außerhalb des GKV-Leistungskatalogs; m. lesenswerter Anm. Ulmer jurisPR-SozR 3/2020 Anm. 3	juris			
BSG	27.08.2019	Heranziehung zu den Folgekosten einer medizinisch nicht indizierten Brustvergrößerung; m. Anm. Chandna-Hoppe NZS 2020, 62-63	GesR		2019	796-802
BSG	28.10.09	Keine Abrechnungsgenehmigung gesprächspsychotherapeutischer Leistungen für Psychologische Psychotherapeutin	juris			
BSG	01.09.2005 und 12.09.2006	In Zulassungsverfahren von Ärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten ist der Streitwert maßgeblich, den die betreffende Arztgruppe im Bundesdurchschnitt erzielt hat abzüglich des durchschnittlichen Praxiskostenanteils.	juris		2005	
BSG	17.03.2010	Nur approbierte Ärzte als Parteigutachter i.S. § 109 SGG zulässig	juris		2010	
BSG	28.4.2004	Fachkundenachweis bei übergangsweise approbierten Psychotherapeut	juris		2004	
BSG	05.02.2003	Die Zulassungsgremien sind an die durch die Approbationsbehörden erteilte Approbation gebunden. Die Zulassung zur psychotherapeutischen Versorgung setzt eine bestandssichere Approbation voraus	SozR	4- 2500	2003	§ 95 Nr. 4
BSG	05.11.2008	Sonderbedarfszulassung als Facharzt für den Bereich der Psychotherapie	MedR	2009	2008	556
BSG	06.02.2008	Die Kompetenz eines Psychotherapeuten. Therapien mit Patienten in deren nichtdeutscher Muttersprache durchführen zu können, begründet keinen Bedarf für dessen Ermächtigung	GesR	2008	2008	429 ff.
BSG	17.03.2010	Vergütung von psychotherapeutischen Leistungen, die von Weiterbildungsassistentin erbracht wurden; mit Anm. Stellpflug	MedR	2011		111
BSG	26.09.2006	Neuropsychologische Therapie gehörte 2003/2004 nicht zum Leistungskatalog der GKV	juris		2006	
BSG	28.05.2008	Angemessene Vergütung psychotherapeutischer Leistungen	MedR	2009		174
BSG	23.6.2010	Sonderbedarfszulassung für analytische Psychotherapie - mit Anmerkung Schiller	MedR	2011		308
BSG	31.8.2005	Auch die nach Übergangsrecht approbierten Psychologischen Psychotherapeuten können den zur Eintragung in das Arztregister erforderlichen Fachkundenachweis nur führen, wenn sie eine Weiterbildung in einem Richtlinienverfahren nach Abschluss des Hochschulstudiums absolviert haben.	BSGE	95		94 ff.
BSG	6.11.2002	die Berechtigung der kassenärztlichen Vereinigung als Registerstelle, dem für die Arztregister Eintragung eines approbierten psychologischen Psychotherapeuten	juris		2002	

Verzeichnis höchstrichterlicher Rechtsprechung

		erforderlichen Fachkundenachweis zu prüfen, ist darauf beschränkt, ob das für die Approbation e			
BVerfG	24.02.1953	(Keine Normenkontrollkompetenz des BVerfG nach GG Art 100 Abs 1 S 1 bei vorkonstitutionellem Recht, hier: Handwerksordnung von Württemberg-Hohenzollern vom 5.11.1946)	juris		
BVerfG	11.06.1958	Apothekenurteil	BVerfGE	7	377–444
BVerfG	16.06.1959	Altersgrenze für Hebammen	BVerfGE	9	338–354
BVerfG	25.02.1960	Pflichtmitgliedschaft in der bayerischen Ärzteversorgung	BVerfGE	10	354–372
BVerfG	23.03.1960	"Kassenarzt-Urteil"	BVerfGE	11	30–49
BVerfG	17.07.1961	Befähigungsnachweis für Handwerker, Handwerksordnung	BVerfGE	13	97–123
BVerfG	25.02.1969	Dentisten-Entscheidung	BVerfGE	25	236–256
BVerfG	26.05.1970	Kriegsdienstverweigerung	BVerfGE		243–264
BVerfG	26.01.1972	BGB § 1300 ist vorkonstitutionelles Recht	juris		
BVerfG	09.05.1972	"Facharztbeschluss"	BVerfGE	33	125–171
BVerfG	18.07.1972	Numerus Clausus I	BVerfGE	33	303–358
BVerfG	19.07.1972	Zeugnisverweigerungsrecht von Sozialarbeitern	BVerfGE	33	367 ff.
BVerfG	25.02.1975	Schwangerschaftsabbruch I: Fristenregelung des § 218a StGB idF vom 18.06.1975 teilweise verfassungswidrig - Zum Lebensschutz des ungeborenen Kindes	BVerfGE	39	1–95
BVerfG	08.02.1977	Numerus Clausus II	BVerfGE	43	291–400
BVerfG	24.05.1977	Beschlagnahme der Klientenakten in Drogenberatungsstelle verfassungswidrig	BVerfGE	44	353 ff.
BVerfG	08.08.1978	Kalkar I	BVerfGE	49	89–147
BVerfG	01.03.1979	Mitbestimmung der Arbeitnehmer	BVerfGE	50	290–381
BVerfG	25.07.1979	Zur Beweislast im Arzthaftungsprozess	BVerfGE	52	131–187
BVerfG	14.01.1981	Verfassungsbeschwerde gegen Fluglärmbeeinträchtigung - Rechtswegerschöpfung - Pflicht des Gesetzgebers, Regelungen zur Bekämpfung des Fluglärms nachzubessern	BVerfGE	56	54–87
BVerfG	09.02.1982	Zur Schweigepflicht eines Schülerberaters gegenüber Erziehungsberechtigten	juris		
BVerfG	15.12.1983	Zur Verfassungsmäßigkeit des Volkszählungsgesetzes 1983	juris		
BVerfG	04.06.1985	Keine Normenkontrolle bei vorkonstitutionellem Recht	BVerfGE	70	126–133
BVerfG	05.05.1987	Rechtsbeistand I; Abschaffung des Berufsstandes bei teilidentischen Tätigkeitsbereichen mit einem anderen Beruf; Übergangsbestimmung für bisherige Berufsträger	BVerfGE	75	246–283
BVerfG	29.10.1987	C-Waffen-Einsatz, Lagerung chemischer Waffen Zur Überprüfbarkeit gesetzgeberischen Gestaltungsspielraums bei der Erfüllung der Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 GG	BVerfGE	77	170–240
BVerfG	10.05.1988	Ausschluss psychotherapeutisch tätiger Diplom-Psychologen von der kassenärztlichen Versorgung	BVerfGE	78	165 ff.

BVerfG	10.05.1988	Die Durchführung von Psychotherapie ist Heilkunde. Ein Anspruch auf strengere Berufszulassungsregeln besteht nicht. Akademiker mit Psychotherapieausbildung sind nicht dazu verpflichtet, die Bezeichnung "Heilpraktiker" zu führen	BVerfGE	78		179 ff.
BVerfG	10.05.1988	Verfassungsmäßigkeit der Nicht-Kassenzulassung von Heilpraktikern	BVerfGE	78		155–164
BVerfG	22.05.1990	Kalkar II	BVerfGE	81		310–347
BVerfG	28.01.1992	(Unvereinbarkeit des Nachtarbeitsverbots für Arbeiterinnen gem. ArbZO § 19 Abs 1 mit GG Art 3 Abs 1 und 3 - unzulässige Richtervorlage mangels Entscheidungserheblichkeit wegen Anwendungsvorrangs des sekundären Gemeinschaftsrechts gegenüber nationalem Recht - Bußgeldbewehrung nach ArbZO 25 Abs 1 Nr. 5 und Verletzung der allgemeinen Handlungsfreiheit der Arbeitgeber - Neuregelung und Schutzpflicht des Staates im Hinblick auf GG Art 2 Abs 2 S 1)	BVerfGE	85		191–214
BVerfG	03.11.1992	Bindung der Rechtsprechung an Recht und Gesetz	BVerfGE	87		273–282
BVerfG	28.05.1993	Schwangerschaftsabbruch II	BVerfGE	88		203–366
BVerfG	28.05.1993	Verfassungsrechtliche Anforderungen an eine für das gesamte Deutschland geltende Regelung des Schwangerschaftsabbruchs	BVerfGE	88		203–366
BVerfG	22.09.1993	Voraussetzungen der Durchführung bzw. Fortführung eines Strafverfahrens gegen einen verhandlungsunfähigen Angeklagten in dessen Abwesenheit	BVerfGE	89		120–131
BVerfG	09.03.1994	Cannabis-Verbot	BVerfGE	90		145–226
BVerfG	24.10.1994	Zulassung eines Dipl.-Soziologen zur Tätigkeit des nichtärztlichen Psychotherapeuten nach dem Heilpraktikergesetz	Archiv des Autors			
BVerfG	16.05.1995	Kruzifix, Kreuz im Klassenzimmer	BVerfGE	93		1–37
BVerfG	22.01.1997	Tabakwerbung	BVerfGE	95		173–188
BVerfG	13.08.1998	Unzulässige Richtervorlage zur Deliktshaftung Minderjähriger - Voraussetzungen für die Bestätigung vorkonstitutionellen Rechts durch den nachkonstitutionellen Gesetzgeber - fehlende Auseinandersetzung mit der Frage einfachrechtlicher Möglichkeiten zur Korrektur der Minderjährigenhaftung	NJW		1998	3557
BVerfG	27.10.1998	Bayerisches Schwangerenilfeergänzungsgesetz, ambulanter Schwangerschaftsabbruch	BVerfGE	98		265–365
BVerfG	28.07.1999	Das Psychotherapeutengesetz verändert weder das Tätigkeitsspektrum von psychotherapeutisch tätigen Heilpraktikern noch das Kostenerstattungsverfahren, so dass eine Tangierung von Art. 12 GG zweifelhaft ist	MedR		1999	461
BVerfG	28.07.1999	Gesetzliches Verbot für Therapeuten, die nur nach dem HeilprG praktizieren dürfen, die Bezeichnung "Psychotherapeut" zu führen, ist mit GG Art 12 Abs 1 vereinbar	NJW		1999	2730

Verzeichnis höchstrichterlicher Rechtsprechung

BVerfG	11.08.1999	Organentnahme bei lebenden Organspendern nur unter bestimmten Voraussetzungen nach TPG verhältnismäßig und mit GG vereinbar - Grundrechtseingriff durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigt und erforderlich - lebens- und gesundheitsschützendes Regelungsziel	NJW		1999	3399–3403
BVerfG	16.03.2000	Zur Rechtsstellung der im Bereich der Psychotherapie tätigen Heilpraktiker ohne Psychologiediplom; m. Anm. Stock MedR 2003, 554 f	NJW		2000	1779 f.
BVerfG	07.08.2000	Wettbewerbsrechtliche Verurteilung eines Optikers wegen unzulässiger Heilkundeausübung <hier: Tonometrie, Perimetrie>	NJW		2000	2736–2737
BVerfG	20.03.2001	Alterszulassungsgrenze für Vertragsärzte	BVerfGE	103		172–195
BVerfG	24.10.2002	Zur Gesetzgebungskompetenz des Bundes und der Länder im Bereich der Altenpflege und der Altenpflegehilfe	BVerfGE	106		62–166
BVerfG	02.03.2004	Geistheiler I: Keine Erlaubnispflicht nach dem HeilprG	MedR		2005	35–37
BVerfG	16.03.2004	Kampfhunde	BVerfGE	110		141–177
BVerfG	03.06.2004	Geistheiler II: Aufhebung der strafrechtlichen Verurteilung eines Wunderheilers	NJW		2004	2890–2891
BVerfG	29.12.2004	Beitragserhebung zum Zusatzversorgungswerk der Apothekenkammer	NVwZ-RR		2005	297–298
BVerfG	06.12.2005	Zur Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung für so genannte neue Behandlungsmethoden in Fällen einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung im Hinblick auf das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit i.V.m dem grundgesetzlichen Sozialstaatsprinzip und im Blick auf das Grundrecht auf Leben	BVerfGE	115		25-51
BVerfG	09.01.2006	Recht des Patienten auf Krankenunterlagen	NJW		2006	1116 ff.
BVerfG	20.03.2007	Geistheiler III: Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit durch Werbebeschränkung bzgl. des Internetauftritts von "Geistheilern" nach dem Gesetz über Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (juris: HeilMWerbG) verhältnismäßig - keine Verletzung von Art 3 Abs 1 GG, Art 5 Abs 1 GG und Art 12 Abs 1 GG	NJW-RR		2007	1048–1050
BVerfG	07.08.2007	Altersgrenze für Vertragszahnärzte, früher: § 95 Abs. 7 S. 3 SGB V	juris			
BVerfG	27.02.2009	Kostenübernahme künstliche Befruchtung	NJW		2009	1733–1734
BVerfG	08.06.2010	Neugliederung des Rettungsdienstes als objektive Berufszulassungsschranke für Privatanbieter zulässig.	BVerfGE	126		112–158
BVerfG	01.12.2010	Unzulässige Auflage im Sorgerechtsverfahren: Psychotherapie	NJW		2011	1661
BVerfG	21.03.2011	Rechtsbeistand II	NJW		2011	3285–3286

BVerfG	23.03.2011	§ 6 Abs 1 S 2 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes über den Vollzug freiheitsentziehender Maßregeln, der operative Eingriffe, Behandlungen und Untersuchungen an einem im Maßregelvollzugs Untergebrachten auch ohne dessen Einwilligung zulassen, ist mit Art 2 Abs 2 S 1 i.V.m Artikel 19 Abs 4 GG unvereinbar und nichtig	BVerfGE	128		282–322
BVerfG	18.12.2012	Normenkontrolle vorkonstitutionellen Rechts nach Aufnahme in den gesetzgeberischen Willen	juris			
BVerfG	10.11.2015	Verfassungsunmittelbarer Leistungsanspruch gegenüber der gesetzlichen Krankenversicherung bzgl. so genannter neuer Behandlungsmethoden bleibt auf Fälle einer lebensbedrohlichen oder regelmäßig tödlichen Erkrankung beschränkt -	juris			
BVerfG	12.01.2016	Zur Zulässigkeit von Partnerschaftsgesellschaften von Rechtsanwälten mit Ärzten und Apothekern (Kein Sozietätsverbot)	BVerfGE	141		82–120
BVerfG	26.07.2016	Unvereinbarkeit des § 1906 Abs 3 BGB (Fassung: 18.02.2013) mit Art 2 Abs 2 S 1 GG insoweit, als eine medizinische Zwangsbehandlung stationärer behandelten Betreuten, die faktisch nicht in der Lage sind, sich räumlich zu entfernen, auch bei Gefahr schwerwiegender gesundheitlicher Beeinträchtigungen ausgeschlossen ist	BVerfGE	142		313–353
BVerfG	11.04.2017	Grundgesetzlicher Nothilfeanspruch neben gesetzlicher Krankenversicherung	MedR		2017	954–956
BVerfG	12.07.2017	Pflichtmitgliedschaft bei der IHK	BVerfGE	146		164–216
BVerfG	10.10.2017	Partielle Verfassungswidrigkeit von § 21 Abs 1 Nr. 3 PStG i.V.m § 22 Abs 3 PStG wegen fehlender Möglichkeit zur Eintragung einer weiteren positiven Geschlechtsbezeichnung bei Person mit Varianten der Geschlechtsentwicklung	NJW		2017	3643–3648
BVerfG	19.12.2017	Numerus Clausus Humanmedizin	BVerfGE	147		253–363
BVerfG	24.07.2018	Zur Fixierung psychisch kranker Untergebrachter				
BVerfG	24.10.2019	Verfassungsbeschwerde gegen disziplinarrechtliche Sanktion eines "Warnstreiks" mehrerer Vertragsärzte unzulässig	GesR		2020	28–30
BVerfG	06.11.2019	Recht auf Vergessen I: Zur Anwendung der EU GR-Charta bei nicht vollständig determiniertem Unionsrecht	NJW		2020	300–314
BVerfG	26.02.2020	Verbot der geschäftsmäßigen Beihilfe zur Selbsttötung (§ 217 StGB idF vom 03.12.2015) mit dem GG unvereinbar und nichtig - Verletzung u.a. des existenziell bedeutsamen Rechts auf selbstbestimmtes Sterben als Aspekt des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art 2 Abs 1 GG i.V.m Art 1 Abs 1 GG) - Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung dient legitimen Zielen des Gemeinwohls - Freiheitseinschränkung jedoch nicht angemessen	juris			

Verzeichnis höchstrichterlicher Rechtsprechung

BVerwG	24.01.1957	Fortgeltung des Heilpraktikergesetzes	BVerwGE	4		250–258
BVerwG	14.10.1958	Heilkunde zu kosmetischen Zwecken	NJW		1959	833
BVerwG	28.09.1965	Die Entfernung von Leberflecken ist keine Krankenbehandlung, gleichwohl aber die Ausübung der Heilkunde (Kaltkauter-Verfahren)	NJW		1966	418
BVerwG	04.11.1965	Ausübung der Astrologie als Beruf	BVerwGE	22		286–299
BVerwG	02.03.1967	Vereinbarkeit der Tätigkeit eines Heilpraktikers mit dem Beruf eines Tierarztes	BVerwGE	26		254–259
BVerwG	25.06.1970	Ausübung der Heilkunde durch chiropraktische Behandlung	BVerwGE	35		308–316
BVerwG	10.02.1983	Wer - ohne Arzt zu sein - (als Psychologe) die selbständige berufliche Tätigkeit anstrebt, Personen psychotherapeutisch zu behandeln, bedarf der Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz	NJW	1984		1414 ff.
BVerwG	06.05.1988	Erste juristische Staatsprüfung; Grundsatz der Chancengleichheit;	NJW		1988	2813–2814
BVerwG	21.01.1993	Die Beschränkung der Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz auf die Ausübung der Psychotherapie ist zulässig. Für akademisch ausgebildete Antragsteller*innen entfällt die Notwendigkeit, sich „Heilpraktiker*in“ zu nennen.	BVerwGE	91		356 ff.
BVerwG	11.11.1993	Heilmagnetisieren mittels Wünschelrute	BVerwGE	94		269–279
BVerwG	21.12.1995	Heilpraktikererlaubnis dient der Gefahrenabwehr	BVerwGE	100		221–230
BVerwG	28.11.2002	Erforderlichkeit der Heilpraktikererlaubnis bei Approbation als Psychologischer Psychotherapeut	MedR	2003		640 ff.
BVerwG	09.12.2004	Übergangsregelung für die Approbation als Psychologischer Psychotherapeut; Notwendigkeit eines abgeschlossenen Studiums der Psychologie - kein Vertrauensschutz in Kostenerstattungsverfahren	MedR		2005	297 ff. = NVwZ-RR 2006, 40 ff.
BVerwG	25.06.2007	Untersagung der Tätigkeit der Faltenunterspritzung; Ausübung der Heilkunde; m. Anm. Achterfeld MedR 2013, 103-105	NVwZ-RR		2007	686
BVerwG	26.09.2007	Rücknahme der Approbation als Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeutin	juris		2007	
BVerwG	30.04.2009	Ohne Wirksamkeitsnachweis keine wissenschaftliche Anerkennung eines Psychotherapieverfahrens m. Anm. Eichelberger und Stock und Liebler; m. Anm. Stock S. 309 ff.; m. Anm. Liebler, jurisPR–BVerwG 16/2009 Anm. 3	MedR	2010		329 ff., 333 f.,
BVerwG	26.08.2009	Die Heilpraktikererlaubnis kann auf die Ausübung der Physiotherapie beschränkt werden. (Rn.18) Ein ausgebildeter Physiotherapeut muss sich zur Erlangung einer solchen Erlaubnis einer eingeschränkten Überprüfung seiner Kenntnisse und Fähigkeiten unterziehen. (Rn.21)	MedR	2010		334-338
BVerwG	28.04.2010	Logopädie; Widerruf der Berufserlaubnis wegen Unzuverlässigkeit; Beurteilungszeitpunkt; Berufsbild; keine Teilbarkeit von Patientengruppen (nach Geschlecht);	BVerwGE	137		1–10

		Verhältnismäßigkeit; Berufsverbot	strafrechtliches			
BVerwG	26.08.2010	Ausübung der Heilkunde; Erlaubnispflicht der Synergetik-Therapie	juris			
BVerwG	13.12.2012	Anspruch auf Erteilung einer unbeschränkten Heilpraktikererlaubnis bei Blindheit	MedR		2014	506 ff.
BVerwG	02.03.2017	Erlaubnis zum Erwerb einer tödlichen Dosis Natrium-Pentobarbital zur Selbsttötung	MedR		2017	823–828
BVerwG	17.08.2017	Ein im Inland an einer Universität oder gleichstehenden Hochschule bestandener Masterabschluss im Studiengang Psychologie, der das Fach Klinische Psychologie einschließt, ist eine Abschlussprüfung im Sinne von § 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 Buchst. a PsychThG. (Rn.7)	BVerwGE	159		288–296
BVerwG	10.10.2019	Fragliche sektorale Heilkundeerlaubnis für die Ergotherapie: ob mit der Anwendung der Methoden eine unmittelbare Gesundheitsgefahr verbunden sein könnte. Eine mittelbare Gefährdung genügt nicht.	juris			
BVerwG	10.10.2019	Keine sektorale Heilkundeerlaubnis für die Osteopathie. Berufsbild unklar	juris			
BVerwG	10.10.2019	Sektorale Heilkundeerlaubnis für die Logopädie	juris			
EGMR	07.01.2016	Menschenrechtsverletzung in der Bundesrepublik Deutschland: Vereinbarkeit der über die Höchstfrist hinausgehenden Unterbringung eines verurteilten Straftäters in der Sicherungsverwahrung zum Zweck seiner therapeutischen Behandlung	juris			
EuGH	11.07.2002	Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit: Vorabentscheidung auf Ersuchen eines österreichischen Gerichts zur Vereinbarkeit nationaler Rechtsvorschriften über Zugangsbeschränkungen zu ärztlichen Tätigkeiten sowie über ein Werbeverbote für Heilpraktiker mit Gemeinschaftsrecht	Slg.		2002	I-6515-6564
EUGH,	06.12.2007	Vertragsverletzung der BRD wegen fehlender Anerkennung praktischer Berufserfahrungen von nichtärztlichen Psychotherapeuten außerhalb Deutschlands	juris		2007	

Literaturverzeichnis

- Adam, Jörg/Bedau, Maren C./Brall, Natalie*, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 3. wesentlich überarbeitete Auflage. C.H. Beck, München 2018.
- Arndt, Melanie*, Biotechnologie in der Medizin, Recht und Praxis. Beck, München 2004.
- AWMF* (Hrsg.), Leitlinien der medizinischen Fachgesellschaften,
<https://www.awmf.org/leitlinien/aktuelle-leitlinien.html> (besucht am 04.03.2020).
- Bährle/Kazemi, Robert/Goebel, Frank-Michael*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer: Physiotherapeuten, Masseur, medizinische Bademeister, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, S. 1258–1294.
- Bayram, Filiz/Wichert, Joachim*, Anspruch des Chiropraktors auf eingeschränkte Heilpraktikererlaubnis unter Verzicht auf Kenntnisprüfung, *GewArch*, 2009, 149–154.
- Bell, Karin*, Psychotherapieverfahren: Analytische Psychotherapieverfahren, in: Behnsen, Erika/Bell, Karin/Best, Dieter u. a. (Hrsg.), Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis. 80. Aufl., [Erscheinungsort nicht ermittelbar] 2018, Band II, Rdnr. 1810.
- Berufsverband Deutsche Naturheilkunde (BDN) e.V./Bund deutscher Heilpraktiker und Naturheilkundiger (BDHN) e.V.*, IL4HP - Interne Leitlinie 4: Heilpraktiker-Ausbildung, 4. Aufl. 2019.
- Bierbach, Elvira*, Naturheilpraxis heute, Lehrbuch und Atlas, 6. Auflage 2019.
- Bockelmann, Paul*, Das Ende des Heilpraktikergesetzes, *NJW*, 1966, 1145–1152.
- Borkenhagen, Ada/Brähler, Elmar/Ach, Johann S.*, Die Selbstverbesserung des Menschen, Wunschmedizin und Enhancement aus medizinspsychologischer Perspektive, Orig.-Ausg. Psychosozial-Verl., Gießen 2012.

- Broda, Michael*, Psychotherapieverfahren: Verhaltenstherapie, in: Behnsen, Erika/Bell, Karin/Best, Dieter u. a. (Hrsg.), Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis. 80. Aufl., [Erscheinungsort nicht ermittelbar] 2018, Band II, Rdnr. 1870.
- Brödel, Arne*, Übersicht über die Überprüfungen zum Heilpraktiker Physiotherapie in diversen Bundesländern, <https://heilpraktiker-physiotherapie.com/voraussetzungen-und-erkennung/> (besucht am 08.11.2020).
- Bund deutscher Heilpraktiker e.V.*, Berufsordnung für Heilpraktiker (BOH), Stand: 16.01.2008, https://www.bdh-online.de/wp-content/uploads/2015/08/Berufsordnung-Heilpraktiker_2015_210x297_20150814.pdf (besucht am 21.03.2021).
- Bundesärztekammer*, (Muster-) Berufsordnung für die in Deutschland tätigen Ärztinnen und Ärzte, in der Fassung der Beschlüsse des 121. Deutschen Ärztetages 2018 in Erfurt geändert durch Beschluss des Vorstandes der Bundesärztekammer am 14.12.2018, MBO-Ä 1997, Stand: 14.12.2018, <https://www.bundesaerztekammer.de/recht/berufsrecht/muster-berufsordnung-aerzte/muster-berufsordnung/> (besucht am 03.02.2020).
- Büscher, Andreas/Igl, Gerhard/Klie, Thomas u.a.*, Neuregelung Pflegeberufegesetz: Anmerkungen und Lösungsvorschläge, MedR 38, 2020, 281–283.
- Clausen, Tilman*, Individuelle Gesundheitsleistungen, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, § 8 Rdnrn. 346-355.
- Deutscher Bundestag*, Ausarbeitung Heilpraktiker in Deutschland, Rechtsgrundlagen und aktuelle Diskussion, <https://www.bundestag.de/resource/blob/710020/60d8de59f2d4e5f98f5ce9f25f8df1e6/WD-9-043-20-pdf-data.pdf> (besucht am 12.10.2020).
- Deutscher Gesundheitsforschungsrat, Arbeitsgruppe Gesundheitsfachberufe*, Forschung in den Gesundheitsfachberufen, DMW - Deutsche Medizinische Wochenschrift 137, 2012, S. 29-76, https://www.gesundheitsforschung-bmbf.de/files/DMW_Supplement_Gesundheitsfachberufe_2012.pdf (besucht am 06.11.2020).

- Doepner, Ulf*, Heilpraktikerwerbung, GRUR, 1981, 546 ff.
- Ehlers, Alexander P. F.*, Medizin in den Händen von Heilpraktikern - „Nicht-Heilkundigen“ Springer Berlin Heidelberg, Berlin, Heidelberg 1995.
- Eichelberger, Jan*, Das neue Psychotherapeutengesetz, GuP, 2020, 169 ff.
- Epping*, Grundrechte Springer Berlin Heidelberg 2019.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, BeckOK Grundgesetz (zitiert: *Epping/Hillgruber*).
- Ernst, E.*, The role of complementary and alternative medicine, BMJ (Clinical research ed.) 321, 2000, 1133–1135.
- Faber, Franz Rudolf/Haarstrick, Rudolf*, Kommentar Psychotherapie-Richtlinien, 10., aktualisierte und erg. Aufl. Elsevier, Urban & Fischer, München 2015.
- Fleißner, Anke*, Alternative Heilmethoden, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, § 5 PKV Rdnrn. 140-156.
- Frahm, Wolfgang/Jansen, Christoph/Katzenmeier, Christian/Kienzle, Hans-Friedrich/Kingreen, Thorsten/u.a.*, Medizin und Standard - Verwerfungen und Perspektiven, MedR 36, 2018, 447–457.
- Francke, Robert*, Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte, Eine Untersuchung zu den verfassungsrechtlichen Grundlagen des ärztlichen Berufsrechts und des Patientenschutzes, Bd. 30. Enke, Stuttgart 1994.
- Francke, Robert*, Die rechtliche Bedeutung des Abstinenzgebotes in der Psychotherapie, Psychotherapeutenjournal, 2006, 238 ff.
- Franke, Karl-Otto*, Komplementäre Diagnostik und Behandlung in der Heilpraktiker-Praxis, Augendiagnose - Irisdiagnose - Manuelle Therapie - Osteopathie - Chiropraktik, 4. Auflage. Rasch Druckerei und Verlag GmbH & Co.KG, Bramsche, Hase 2019.
- Frass, Michael/Strassl, Robert Paul/Friebs, Helmut/Müllner, Michael/Kundi, Michael/Kaye, Alan D.*, Use and Acceptance of Complementary and Alternative Medicine Among the

General Population and Medical Personnel: A Systematic Review, *The Ochsner Journal* 12, 2012, 45–56.

Gabelmann, Sabine, Kompaktskript Heilpraktikerausbildung, Stichwortartiges Kurzlehrbuch zur Vorbereitung auf die Überprüfung zum Heilpraktiker : mit allen prüfungsrelevanten Themen, 4. Auflage. Kreativität & Wissen, Sersheim 2017.

Gaßner, Maximilian/Strömer, Jens, Kann durch die Einführung der "Bürgerversicherung" einer "Zwei-Klassen-Medizin" entgegengewirkt werden?, *NZS*, 2013, 561–569.

Gemeinsamer Bundesausschuss, Heilkunde-Übertragungsrichtlinie, Richtlinie Richtlinie nach § 63 Abs. 3c SGB V Stand: 20. Oktober 2011 des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Festlegung ärztlicher Tätigkeiten zur Übertragung auf Berufsangehörige der Altenund Krankenpflege zur selbständigen Ausübung von Heilkunde im Rahmen von Modellvorhaben nach § 63 Abs. 3c SGB V, Stand: 22.03.2012, https://www.g-ba.de/downloads/62-492-600/2011-10-20_RL-63Abs3c.pdf (besucht am 08.11.2020).

Gemeinsamer Bundesausschuss, Heilmittel-Richtlinie, Richtlinie über die Verordnung von Heilmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung, Stand: 01.10.2020, <https://www.g-ba.de/richtlinien/12/> (besucht am 07.11.2020).

Görmar, Yvonne, Besonderheiten des Leistungs- und Vergütungsrechts der Ergotherapeuten, Vortrag auf der 10. Herbsttagung der Arbeitsgemeinschaft MedR, September 2010, *ZMGR*, 2011, 16 ff.

Graevenitz, Albrecht von, Mitteilungen, Leitlinien, Stellungnahmen – Soft Law der EU mit Lenkungswirkung, *EuZW*, 2013.

Großkopf, Volker/Schanz, Michael, Heilkundeübertragung: vor, während und nach Corona, Aufgabenerweiterung für die Pflege, *RdG*, 2020, 124–130.

Guttau, Thomas, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen, Notwendigkeit, Zulässigkeit und Umsetzung einer verstärkten Einbeziehung unter besonderer Berücksichtigung des Heilpraktikergesetzes, Zugl.: Bremen, Univ., Diss., 2012, Bd. 799, 1. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2013.

- Haage, Heinz* (Hrsg.), Heilpraktikergesetz-Kommentar, Online-Kommentar Spezialgesetze, 2. Aufl., Baden-Baden 2013 (zitiert: *Haage*).
- Hartmann-Kottek, Lotte*, Familien-Gestalttherapie, in: Francesetti, Gianni (Hrsg.), Gestalttherapie in der klinischen Praxis, Ein internationales Handbuch, Bergisch Gladbach 2016, 339 ff.
- Hartmann-Kottek-Schroeder, Lotte*, Gestalttherapie, 2., aktualisierte und erw. Aufl. Springer, Heidelberg 2008.
- Haug, Alfred*, "Neue Deutsche Heilkunde", Medizin im Nationalsozialismus (XIII), Dt. Ärztebl. 86, 1989, A-1021-1026, <https://cdn.aerzteblatt.de/pdf/86/15/a1021.pdf> (besucht am 13.03.2021).
- Hildebrandt, Ronny*, Der Heilpraktiker nach dem Dritten Pflegestärkungsgesetz - Standortbestimmung und Ausblick, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein (Hrsg.), Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, Festschrift 20 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV, S. 255–269.
- Hoffmann, Jan*, Unionsgrundrechte als verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, NVwZ 39, 2020, 33–36.
- Höfling, Wolfram*, Salus aut/et voluntas aegroti suprema lex - Verfassungsrechtliche Grenzen des Selbstbestimmungsrechts, in: Wienke, Albrecht/Eberbach, Wolfram H./Janke, Kathrin u. a. (Hrsg.), Die Verbesserung des Menschen, Tatsächliche und rechtliche Aspekte der wunscherfüllenden Medizin, Berlin, Heidelberg 2009, S. 119–127.
- Höfling, Wolfram*, Organspende oder Organgewinnung, Zur Neuausrichtung der Transplantationsmedizin in Deutschland, ZRP, 2019, 2 ff.
- Huber, Franziska*, Die medizinische Indikation als Grundrechtsproblem, Zum Informed Consent als Indikationsäquivalent, 1. Auflage. Nomos, Baden-Baden 2020.
- Hübner, Anke*, Recht der nichtärztlichen Leistungserbringer*innen: Hebammen, Ergotherapeut*innen, Logopäd*innen, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn

- (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, S. 1294–1319.
- Hufen, Friedhelm*, Berufsfreiheit - Erinnerungen an ein Grundrecht, NJW, 1994, 2913 ff.
- Igl, Gerhard*, Nichtärztliche Heilberufe im Gesundheitswesen, Rezension der gleichnamigen Dissertation von Thomas Gutttau, NZS, 2014, 174.
- Jakl/Gutmann*, Der Grundrechtsschutz des Patienten als Aufgabe der Ärzte- und Psychotherapeutenkammern am Beispiel der Überwachung des Abstinenzgebotes durch die Psychotherapeutenkammern, MedR 2011, 2011, 259.
- Janda, Constanze*, Medizinrecht, Bd. 3341, 3., komplett überarbeitete und aktualisierte Auflage. UVK Verlagsgesellschaft; UVK/Lucius, Konstanz, München 2016.
- Joerden, Jan*, Patientenautonomie am Lebensende, MedR, 2018, 764–772.
- Katzenmeier, Christian*, Arzthaftung, Zugl.: Heidelberg, Univ., Habil.-Schr., 2001, Bd. 62. Mohr Siebeck, Tübingen 2002.
- Kenntner, Markus*, Vergabe von sektoralen Heilpraktikererlaubnissen nach Verwaltungsermessen, NVwZ, 2020, 438–442.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Delegierbare ärztliche Leistungen, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 49 Rdnr. 5-12.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Die freien Heilberufe und die Freiheit des Arztes, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 3 Rdnr. 1-21.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Eingriffe ohne Indikation, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019.
- Kern, Bernd-Rüdiger*, Therapiefreiheit: Methodenwahl und Verfahrensqualität, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts,

-
- Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 3 Rdnr. 22-39.
- Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin*, Ärzte und Heilpraktiker, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 11 Rdnr. 10-22.
- Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin*, Vertikale Arbeitsteilung, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 99 Rdnr. 14-17.
- Kettner, Matthias*, Wunscherfüllende Medizin, Ärztliche Behandlung im Dienst von Selbstverwirklichung und Lebensplanung, Bd. 27, 1. Aufl. Campus Verlag GmbH, Frankfurt am Main 2009.
- Kirchhoff, Kristin*, Die Pflegekammer – lästiges Übel oder Professionalisierung der Pflege?, RdG 2019, 12–17.
- Kirste, Stephan*, Berufsfreiheit, in: Huster, Stefan/Zintl, Reinhard (Hrsg.), Verfassungsrecht nach 60 Jahren, Das Grundgesetz von A bis Z. 1. Aufl., Baden-Baden 2009, S. 18–23.
- Klatt, Mathias/Meister, Moritz*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Ein Strukturelement des globalen Konstitutionalismus, JuS, 2014, 193–199.
- Kleine-Cosack*, Zweitberufsfreiheit für alle rechts- und steuerberatenden Berufe, Selbstverpflichtungen als Mittel zur Vermeidung einer Zulassungsversagung, NJW, 2018, 3273–3277.
- Kloepfer, Michael/Greve, Holger*, Staatsrecht kompakt, Staatsorganisationsrecht - Grundrechte - Bezüge zum Völker- und Europarecht, 3. unveränderte Auflage. Nomos, Baden-Baden 2018.
- Kluth, Winfried*, Das Übermaßverbot, JA, 1999, 606 ff.
- Kluth, Winfried*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit, Jura 2001, 2001, 371.

Köberl, Katharina, Die medizinische Indikation, Leitfaden oder Hindernis, MedR 37, 2019, 203–207.

Lafontaine, § 630a BGB Vertragstypische Pflichten beim Behandlungsvertrag, in: Herberger/Martinek/Rüßmann (Hrsg.), juris-PK.

Laufs, Adolf, Grundlagen des Arztrechts, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Clemens, Thomas (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts. 4. Aufl., München 2010, Rdnrn. 1 bis 7.

Levold, Tom/Martens-Schmid, Karin, Psychotherapieverfahren: Systemische Therapie, in: Behnsen, Erika/Bell, Karin/Best, Dieter u. a. (Hrsg.), Management Handbuch für die psychotherapeutische Praxis. 80. Aufl., [Erscheinungsort nicht ermittelbar] 2018, Band II, Rdnr. 1840.

Liebler, Stefan, Sektorale Heilpraktikererlaubnis für das Gebiet der Ergotherapie, Anmerkung zum Urteil des BVerwG vom 10.10.2019 - 3 C 10/17, jurisPR-BVerwG, 13/2020, Anm. 2.

Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman (Hrsg.), Grundgesetz, Kommentar, 88. Aufl., München 2019 (zitiert: *Maunz/Dürig/Herzog*).

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid/Franzen, Martin/Dieterich, Thomas/Hanau, Peter (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl., München 2021 (zitiert: *Müller-Glöge/Preis/Schmidt/Franzen/Dieterich/Hanau*).

Münker, Reiner, Corona-Krise - Werbung und Wettbewerbsrecht in Ausnahmezeiten, WRP, 2020, Nr. 6.

Ofenstein, Christopher, Prüfungsvorbereitungs-Set Heilpraktiker für Psychotherapie Urban & Fischer in Elsevier, München 2016.

Pelchen, Georg/Häberle, Peter, Heilpraktikergesetz, in: Erbs, Georg/Kohlhaas, Max/Häberle, Peter (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, München.

Plagemann, Hermann, Stationäre Pflege in Form der Beschäftigung, JM - Juris Die Monatszeitschrift, 2020, 376–381.

Pulverich, Gerd, Die Kostenerstattung, Hinweise und Muster für Kostenerstattungsanträge. Dt. Psychologen-Verl. (DPV) 1997.

Reichs- und Staatsanzeiger Nr. 50, S. 2 (Hrsg.), Amtliche Begründung zu dem Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz), Stand: 28.02.1939, <https://digi.bib.uni-mannheim.de/viewer/reichsanzeiger/film/027-8468/0433.jp2> (besucht am 20.02.2020).

Richter, Isabell, Indikation und nicht-indizierte Eingriffe als Gegenstand des Medizinrechts, Dissertation.

Richter, Isolde, Lehrbuch für Heilpraktiker, Medizinische und juristische Grundlagen, 10. Auflage. Urban & Fischer in Elsevier, München 2020.

Sasse, René, Der Heilpraktiker, Ein Gesundheitsberuf ohne Berufsausübungsrecht?, Dissertation, Bd. 28, 1. Aufl. Nomos, Baden-Baden 2011.

Schäfer, Anne, Dreiklassenmedizin in Deutschland, GesR, 2019, 681-686 (Teil 1), 2020, 8-13 (Teil 2).

Schelling, Philipp, Die ärztliche Aufklärung über die Qualität der Behandlung Springer, Berlin, Heidelberg 2003.

Schöne-Seifert, Bettina, Weg mit der staatlichen Lizenz für Heilpraktiker!, MMW, 2017, 35.

Schöne-Seifert, Bettina u.a., Münsteraner Memorandum Heilpraktiker, Ein Statement der interdisziplinären Expertengruppe „Münsteraner Kreis“ zu einer Neuregelung des Heilpraktikerwesens 21.08.2017.

Schramme, Thomas, Gesundheit und Krankheit in der philosophischen Diskussion, in: Beck, Susanne (Hrsg.), Krankheit und Recht, Ethische und juristische Perspektiven, Berlin, Heidelberg 2017, 3-23.

Schroeder-Printzen, Jörn, Grundlagen zur Vergütung der Ärzte; Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, in: Stellpflug, Martin/Meier, Sibylle/Tadayon, Ajang (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht. 51. Aufl. 2019, D 1000 Rdnr. 2 bis 17.

Schumacher, Katrin, Alternativmedizin, Arzthaftungsrechtliche, arzneimittelrechtliche und sozialrechtliche Grenzen ärztlicher Therapiefreiheit, Bd. Band 20Bd. . Springer, Berlin, Heidelberg 2017.

- Sodan, Helge*, Duales Krankenversicherungssystem, in: Sodan, Helge (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts. 3. Aufl., München 2018, § 1 Rdnr. 17-19.
- Sodan, Helge*, Verfassungsrechtliche Grundlagen der Krankenversicherung, in: Sodan, Helge (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts. 3. Aufl., München 2018, § 2 Rdnrn. 1-121.
- Sodan, Helge/Hadank, Bernhard*, Rechtliche Grenzen der Umgestaltung des Heilpraktikerwesens, Bd. 58. Duncker & Humblot, Berlin 2020.
- Spickhoff, Andreas* (Hrsg.), Medizinrecht, 3. Aufl., Bd. 64, München 2018 (zitiert: *Spickhoff*).
- Statistisches Bundesamt*, Kostenstruktur bei Einrichtungen des Gesundheitswesens im Jahr 2018, Fachserie 2 Reihe 1.6.6, Stand: 13.07.2020, https://www.destatis.de/DE/Service/Bibliothek/_publikationen-fachserienliste-2.html (besucht am 14.03.2021).
- Stellpflug, Martin*, Das Gesetz zur Reform der Psychotherapeutenausbildung, ZMGR, 2020, 334–337.
- Stock, Christof*, Erste Rechtsprechung zum Psychotherapeutengesetz, NJW, 1999, 2753.
- Stock, Christof*, Die Indikation in der Wunschmedizin, Ein medizinrechtlicher Beitrag zur ethischen Diskussion über "Enhancement", Zugl.: Halle, Univ., Diss., 2008, Bd. 97. Lang, Frankfurt am Main 2009.
- Stock, Christof*, Das un-mögliche Ende des Heilpraktikers, MedR, 2018, 73–76.
- Stock, Christof*, Europarecht der Gesundheitsberufe, in: Stellpflug, Martin/Meier, Sibylle/Tadayon, Ajang (Hrsg.), Handbuch Medizinrecht. 51. Aufl. 2019, B 6000.
- Stock, Christof*, Heilauftrag und Wunschmedizin, MedR 37, 2019, 872-879.
- Stock, Christof*, Psychotherapie, Beratung und Supervision in humanistischen Verfahren, Ein rechtlicher Leitfaden. EHP Edition Humanistische Psychologie, Gevelsberg 2019.
- Stock, Christof/Kerbs, Oksana*, Pflegeberufe in der EUREGIO Maas-Rhein, Eine Vergleichsstudie Belgien, Niederlande, Deutschland. Tectum-Verl., Marburg 2015.

Stock, Christof/Schermaier-Stöckl, Barbara/Klomann, Verena/Vitr, Anika, Soziale Arbeit und Recht, Lehrbuch, 2., aktualisierte Auflage. Nomos, Baden-Baden 2020.

Suhr, Katharina, Der medizinisch nicht indizierte Eingriff zur kognitiven Leistungssteigerung aus rechtlicher Sicht, 1. Auflage. Springer, Wiesbaden 2016.

Tamm, Marina, Plädoyer für eine Neuregelung des Heilpraktikergesetzes, VuR, 2008, 465 ff.

Taupitz, Jochen, Der Heilpraktiker aus Sicht des Haftungsrechts: "Arzt", "Mini-Arzt" oder "Laie", NJW, 1991, 1505–1510.

Terbille, Michael/Feifel, Eckart, Einwilligung des Patienten, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, Rdnrn. 285-313.

Terbille, Michael/Feifel, Eckart, Medizinischer Standard, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, Rdnrn. 546-578.

Trenk-Hinterberger, Peter, Rechtliche Aspekte einer teilhabeorientierten Heilmittelversorgung, in: Welti, Felix/Fuchs, Maximilian/Fuchsloch, Christine u. a. (Hrsg.), Gesundheit, Alter, Pflege, Rehabilitation - Recht und Praxis im interdisziplinären Dialog, Festschrift für Gerhard Igl. 1. Aufl., Baden-Baden 2017, S. 170–182.

Ufer, Thomas, Approbationsentzug, Wann ist ein Arzt unzuverlässig und unwürdig zur Ausübung seines Berufs?, ZMGR, 2021, 3–10.

Ulsenheimer, Klaus, Zur vertikalen Arbeitsteilung, in: Laufs, Adolf/Kern, Bernd-Rüdiger/Rehborn, Martin (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht. 5. Aufl., München 2019, § 150 Rdnrn. 28-32, 34.

Villotti, Julia, Die Verwirklichung des Binnenmarktes im Bereich der Komplementärmedizin. Eine Studie am Beispiel von Heilpraktikerinnen/Heilpraktikern und Osteopathinnen/Osteopathen in Österreich, der Schweiz und Deutschland, EuR, 2019, 5 ff.

- Wagner, Christine*, Die Schönheitsoperation im Strafrecht, Eine Untersuchung zu den normativen Grenzen chirurgischer Eingriffe bei fehlender medizinischer Indikation, 1. Aufl. Duncker & Humblot, Berlin 2015.
- Westerfellhaus, Andreas*, Ein Plädoyer für die Einrichtung einer Pflegekammer, RdG, 2019, 18.
- WHO*, Gesundheitsbegriff, Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, Official Records of WHO, no. 2, p. 100
Preamble to the Constitution of WHO as adopted by the International Health Conference, New York, 19 June - 22 July 1946; signed on 22 July 1946 by the representatives of 61 States (Official Records of WHO, no. 2, p. 100) and entered into force on 7 April 1948. The definition has not been amended since 1948.; aktualisierter Nachdruck , 22.07.1946, <https://www.who.int/suggestions/faq/en> (besucht am 05.02.2020).
- Wienke, Albrecht*, Einschränkungen des Arztvorbehalts, in: Dierks, Christian/Wienke., Albrecht (Hrsg.), Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin, Der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts. 1. Aufl., s.l. 2008, S. 113–121.
- Willkomm, Jan/Braun, Sebastian*, Kooperationen zwischen niedergelassenen Privatärzten und Heilpraktikern - ein zulässiges Modell? ZMGR, 2019, 11 ff.
- Wissenschaftlicher Beirat Psychotherapie*, Gutachten zur wissenschaftlichen Anerkennung der Gestalttherapie, Stand: 11.06.2018, <https://www.wbpsychotherapie.de/wissenschaftliche-beurteilungen-gutachten/abgeschlossene-gutachten/gestalttherapie/> (besucht am 17.03.2019).
- Wollersheim, Ulrike*, IGeL-Leistungen, in: Clausen, Tilman/Schroeder-Printzen, Jörn (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht. 3. Aufl., München 2020, § 6 Rdnr. 164 ff.
- Zieglmeier*, SGB IV § 7, in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, München 2020 (110. Ergänzungslieferung), Rdnr. 180-184.
- Zuck, Rüdiger*, Das Recht der anthroposophischen Medizin, 2. Auflage 2012 (Online-Ausg.). Nomos Verlag, Baden-Baden 2012.

Zuck, Rüdiger, Das Recht der Verfassungsbeschwerde, Bd. 15, 5., vollständig überarbeitete Auflage. C.H. Beck, München 2017.

Stichwortverzeichnis

- Abschaffungslösung37, 124, 167, 235
 Allgemeines Persönlichkeitsrecht 141, 173
 Alliiertes Kontrollrat 30
 Alternativheilkunde..... 18
 Alternativmedizin 19
 Altersgrenze 126
 Anthroposophische Medizin 20
 Artikelgesetz..... 242
 Arztberuf 209
 Außenseitermethoden 212
 Haftung..... 210
 Kernbereich 226
 Kooperationen..... 210
 Leitlinien 210
 Methodenfreiheit 211
 Therapiefreiheit..... 211
 Ärztliche Verordnung 46
 Ärztliche Weisung 46
 Ärztliches Fachwissen 111
 Arztvorbehalte 108, 244
 Aufklärung..... 144, 157
 Ausbildungsdauer 128
 Ausbildungsziel..... 128
 Ausländer*innen 61, 174
 Außenseitermethoden 211
 Ausstiegsmentalität 165
 Behandlungsvertrag 133
 Beruf..... 31, 175
 Freier 178
 Berufsankennungsrichtlinie 77
 Berufsausübung 86, 122, 172
 Berufsbezeichnung..... 44, 122
 Heilpraktiker 29
 Berufsbild 42, 49, 178
 Fixierung 161
 Berufsethos 179
 Berufsfeld..... 42, 181, 236
 Heilpraktiker*innen..... 182
 Soziale Arbeit..... 181
 Berufsfreiheit 171, 172
 Berufsgesetze..... 47, 48
 Berufskammern..... 179
 Berufskontrolle 131
 Tätigkeitsverbot..... 132
 Berufsverbot 236
 Berufswahl39, 46, 172, 233
 Berufszugang..... 126
 Bestandsschutzregelungen 239
 Bestimmtheitsgebot147, 191, 193
 Brüggen-Bracht-Fall36, 110, 131
 Chiropraktik 49
 COVID 19..... 150, 224
 Delegation..... 225, 246
 Qualifikation..... 227
 Demokratieprinzip72, 103, 191, 232
 Dentisten..... 239
 Doppelblindversuch 18
 Durchführungsermächtigung 61
 Eignung, gesundheitliche 127
 Eindruckstheorie 138
 Einsichtsfähigkeit 151
 Einwilligung 134
 Ergänzungsermächtigung..... 61
 Ergotherapie47, 118, 206
 Erlaubnisvorbehalt.....28, 95, 153, 243
 Ermessen..... 32
 Ersetzend 20
 Erstdiagnose..... 46, 98, 205, 222, 228, 231, 308
 Formvorschriften 151
 Gefahrenabwehr..... 80, 130, 152, 194, 211, 284
 Geistheiler91, 109, 153, 157, 242
 Gemeinsamer Bundesausschuss..... 47
 Gemeinwohlbelang..... 149, 152
 Geschäftsfähigkeit 151
 Gesetzentwurf Ehren 35
 Gesetzesvorbehalt64, 72, 159, 191, 232
 Gesetzeszweck 63
 Gesetzgebungskompetenz..... 87
 Gesundheit der Bevölkerung 113, 152
 Gefahr für die Volksgesundheit..... 113
 Patient*innenschutz..... 113, 153
 Gesundheitsfachberuf.....45, 78
 Behandlungsvertrag 217
 Bildungsniveau 216, 222
 Blankoverordnung..... 224
 Delegation 225, 226
 Eigenverantwortlicher Kompetenzbereich ... 225
 Eigenverantwortlicher Kompetenzbereich ... 224
 Eigenverantwortlicher Kompetenzbereich ... 228
 Eigenverantwortlicher Kompetenzbereich ... 228
 Freier Beruf 217
 Hebamme, eigenverantwortlicher
 Kompetenzbereich 219
 Heilhilfsberuf 48
 Heilmittel..... 48
 Heilmittelerbringer*innen 221

Kooperationen.....	217	Inzidentkontrolle.....	71
Pflegefachberuf, eigenverantwortlicher		Kenntnisse und Fähigkeiten.....	77
Kompetenzbereich.....	220	Kompetenzen.....	117
Qualifikationsrahmen.....	216	Kenntnisüberprüfung.....	46, 65, 77, 80
Schulabschluß.....	222	Kompetenzlösung.....	37, 124, 167, 241
Sozialrechtliche Stellung.....	218	Komplementär.....	20
Substitution.....	226, 227	Körperliche Unversehrtheit.....	89
Gesundheitsschutz		Krebserkrankung.....	150
Schutz vor sich selbst.....	149	Kurierfreiheit.....	15, 32, 146
Gesundheitssystem.....	101	Leben.....	89
Gesundheitsversorgung, staatliche.....	100	Leistungskatalog.....	100, 279
Gewaltenteilungsprinzip...60, 66, 69, 103, 191, 232		Leitlinien.....	68, 77
Rechtsprechung.....	104	Leitlinien zur Heilpraktikerüberprüfung	79, 115, 244
Verwaltungsentscheidung.....	192	Logopädie.....	45, 110, 204
Gleichbehandlungsgrundsatz.....	41, 171	Sprecherziehung.....	47
Haftung, strafrechtliche.....	138	Stimmbildung.....	47
Eindruckstheorie.....	138	Masseur*innen.....	221
Körperverletzungsdelikte.....	139	Maßnahmenkatalog.....	166
Missbrauch.....	140	Medizinische Bademeister*innen.....	221
Schweigepflicht.....	139	Menschenwürde.....	142
Haftung, zivilrechtliche.....	133	Methoden	
Aufklärung.....	134	Akupunktur.....	109, 197
Dokumentationspflicht.....	134	Augenlaser-Behandlung.....	150
Einwilligung.....	134	Beckenschiefstandkorrektur.....	155
Fahrlässigkeitsbegriff.....	136	Beschneidung.....	16
Haftungsmaßstab.....	136	Botox-Injektionen.....	16
Heilberufe		Chiropraktik.....	49, 197
andere.....	85	Dorn-Breuss-Therapie.....	110
Heilberufe, andere.....	213	Erdstrahlen.....	16, 109, 198, 276
Heilhilfstätigkeiten.....	50	Esper-Klötzen.....	109
Heilkunde		Faltenunterspritzungen.....	109
Dreiteilung.....	243	Fußreflexzonenmassage.....	109, 197
Heilkundebegriff		Geistheilung.....	91
Dreiteilung.....	121	Haarimplantation.....	16
Formel der Rechtsprechung.....	105	Heileurythmie.....	20, 198
Vorschlag.....	242	Heilmagnetisierung.....	147, 198
Wortlaut.....	21	Herd- und Störfeldtestung.....	150
Heilmittel.....	48, 221	Hippotherapie.....	223
Heilpraktiker Bund Deutschlands e.V.....	27	Homöopathie.....	20, 198
Heilpraktiker*in		Knochendichtemessung.....	109
Forschung.....	230	Kraniosakrale Therapie.....	109, 198
Methodenfreiheit.....	229	Kunsttherapie.....	20
Selbstbeschränkung.....	230	Nasenkorrektur.....	150
Heilpraktikererlaubnis		Naturheilkunde.....	198
Rücknahme.....	129	Osteopathie.....	48, 198
Ruhen.....	129	Piercing.....	16, 152
Verzicht.....	129	Reiki.....	208
Widerruf.....	129	Shiatsu.....	197
Wiedererteilung.....	129	Softlaser-Therapie.....	109
Heilpraktikerschulen.....	35, 128	Synergetik-Therapie.....	109, 199
Hierarchie.....	225	Tätowierung.....	152
ICD-10.....	150	Traditionelle Chinesische Medizin.....	109
IGeL-Leistungen.....	12, 100, 101, 212	Vitalogie.....	199
Indikation.....	117, 157, 207, 224	Vitametik.....	109, 199
informed consent.....	94, 139, 144	Wunderheilung.....	91

Zahnbleaching	109	Grundsatz der Selbstbeschränkung.....	136
Methodenfreiheit.....	16, 134, 146	Stufentheorie	
Mittelbare Gesundheitsgefahr.....	48, 118, 138, 154	"regeln"	184
Nachbesserungspflicht.....	97	Berufsausübung	186
Nationalsozialismus.....	29, 62, 90	Berufswahl	186
Nullvariante.....	124, 232, 247	objektive Zulassungsbeschränkung.....	187
Organspende.....	96	subjektive Zulassungsbeschränkung	187
Osteopathie.....	48	Willkürmaßstab	189
Parlamentsvorbehalt.....	72, 147, 192, 232	Substitution.....	226, 246
Patient*innenschutz	65, 79	Heilkundeübertragungsrichtlinie	227
Patientenakte.....	134	Systematische Unstimmigkeit.....	230, 233
Patientenrechtegesetz	138, 183	Systematische Unstimmigkeit.....	46
Pflegestärkungsgesetz.....	53	Tatsachenlage	36, 162, 194
Physiotherapie	45	Forschungsfragen	164
Krankengymnastik.....	204	Tatsachenermittlung	162
Massagen	204	Therapiefreiheit	16
Placebo.....	18, 158, 160	Übergangsregelungen.....	239
Podologie	45, 205	Übermaßverbot	169
Praktische Konkordanz.....	148	Überprüfung	
Prävention.....	205, 217, 243, 305, 306	Negativattest.....	128
Psychotherapie	39, 240, 245	Verbraucherschutz.....	152, 156
Abstinenzgebot	137	Verfassungskonforme Auslegung	33, 40, 234
Rechtsbeistände.....	240	Verhältnismäßigkeitsgrundsatz	42, 147, 238
Rechtsverordnung.....	67, 70	Angemessenheit.....	169
Register	157, 168, 169, 244	Eignung.....	165
Rehabilitation.....	243	Erforderlichkeit	169
Scharlatan	164	Verordnungsermächtigung	59, 67, 248
Schulabschluss	127	Verwaltungsvorschriften.....	67
Schulmedizin		Vorkonstitutionelles Recht	56
wissenschaftsorientierte Medizin	18	Negative Verwerfungskompetenz.....	57
Schutzpflicht.....	90, 93	Werbung	157
Sektorale Heilkundeerlaubnisse		Wesentlichkeitstheorie.....	147, 192, 249
Fortbildungslehrgang	231	Wille der Patient*innen	143, 156
Methodenfreiheit.....	231	Wille des Gesetzgebers.....	57
Überprüfung nach Aktenlage	230	Wirksamkeitsnachweis	20
Selbstbestimmung	141, 232	Wissenschafts- und Forschungsfreiheit.....	171
Freiheit zur Krankheit.....	144	Wohl der Patient*innen.....	143, 156, 209
Standards.....	156	Wunschmedizin.....	20, 206, 243
Stärkung	156	Enhancement	206
Wunschmedizin	145	Zuverlässigkeit	127, 130
Selbsttötung.....	96, 142	Zweck	
Sphärentheorie	146	verfassungsrechtlich legitimer	159
Standard.....	210	Verwirklichungsbedürfnis	161
Standards	134	Verwirklichungsbedürfnis	237

Anhang: Forschungsfragen

Es ist ein Ergebnis des Rechtsgutachtens zum Heilpraktikerrecht, dass das Heilpraktikerwesen kaum empirisch erforscht ist. Der nachfolgende Katalog dient als Anregung für zukünftige Forschungsfragen. Er enthält keinen Anspruch auf Vollständigkeit und Richtigkeit!

A. Untersuchung einer alternativ-heilkundlichen Methode

1 Vorbemerkungen

- Die Alternativheilkunde wurde begrifflich definiert.
- Einzelne Methoden wurden aufgeführt.
- Gegenstand der Untersuchung ist eine (oder mehrere) dieser Methoden.

2 Untersuchungsgegenstände in Stichworten

- Bezeichnung der Methode
- Beschreibung der Methode
 - insbesondere: Begründung für die Klassifizierung als heilkundliche Tätigkeit
- Zur anwendenden Person
 - Ärzteschaft
 - Heilpraktikerberufe
 - Gesundheitsfachberufe
- Zweck der Methode:
 - für ein bestimmtes oder diverse Krankheitsbilder nach ICD 10 oder
 - im Rahmen nicht-traditionell beschriebener Krankheitsbilder oder
 - allgemein zur Prävention
- Quantität der Nachfrage / Verbreitung der Methode
- Qualität der Nachfrage: welche Gruppen von Patient*innen?
- Tatsächliche und erforderliche Qualität der Behandlungstätigkeit
- Anforderungen an die Aufklärung der Patient*innen
- Ist ein Heilerfolg messbar? Wenn ja: wie?
- Risiken der Behandlung
- Schadensfälle

B. Untersuchung des Berufs der Heilpraktiker*innen

1 Untersuchungsgegenstände in Stichworten

a Zur Person

- Alter
- Geschlecht
- Schulbildung
- Ausbildungsberuf innerhalb oder außerhalb der Heilkunde
- Ausbildung zum Heilpraktikerberuf
 - in einer Heilpraktikerschule
 - Selbststudium

b Zur Berufstätigkeit generell

- Jahr des Beginns der Tätigkeit als Heilpraktiker*in
- vollzeitig / in Teilzeit

- Haupt-/Nebeneinkommen
 - Höhe des steuerpflichtigen Jahreseinkommens gesamt bzw. aus der Tätigkeit als Heilpraktiker*in
 - selbständige oder angestellte Tätigkeit
 - Internet-Auftritt / Werbemaßnahmen
 - Mitgliedschaft in Berufs- oder Fachverbänden
 - Wie wird die Fortbildungspflicht erfüllt?
 - Höhe der Haftpflichtversicherungssumme?
 - Zahl der Schadensfälle insgesamt
- c Zu den Patient*innen**
- Alter
 - Bildungsgrad
 - Krankheitsbilder
 - Verhältnis zur Schulmedizin
 - Behandlung verläuft parallel
 - schulmedizinisch „austherapiert“
 - Patient*in ist aufgeschlossen / wenig / gar nicht bereit zum Arztbesuch
 - schriftlicher oder mündlicher Behandlungsvertrag
 - Vergütung
 - Selbstzahler
 - Kostenerstattung durch Privatversicherung oder Beihilfe
 - Honorar richtet sich nach
 - Stundensatz
 - Gebührenordnung für Heilpraktiker*innen
- d Zu den Methoden generell**
- Zahl der Methoden
 - Bezeichnung der Methoden
 - Bezeichnung im Methodenkatalog des Rechtsgutachtens
 - wenn nicht gelistet: Bezeichnung
 - Ziele der Behandlung
 - Behandlung eines in ICD 10 erfassten Krankheitsbildes
 - Erzielung eines Heilerfolges im Sinne eines nicht traditionellen Verständnisses
 - Prävention
 - Kompetenzerwerb
 - Die Kompetenz zum Einsatz der Methoden wurde vor / nach Erwerb der Erlaubnis erworben
 - Die Methoden waren (nicht) Gegenstand der Überprüfung nach dem HeilprG
- e Das Verhältnis zur Schulmedizin**
- komplementär oder ersetzend?
 - kollegialer Austausch mit Ärztinnen: Kooperation / regelmäßig / gelegentlich / gar nicht
 - somatische Abklärung vor Behandlungsbeginn durch Mediziner*in

f Zu einzelnen Methoden

- Bezeichnung der Methode
- Handelt es sich um eine schulmedizinische oder alternativ-heilkundliche Methode?
- Verbreitung der Methode
 - wird ausschließlich / überwiegend/ geringfügig von Heilpraktiker*innen eingesetzt
 - wird ausschließlich / überwiegend/ geringfügig von Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis eingesetzt
 - wird ausschließlich / überwiegend/ geringfügig von Ärzt*innen eingesetzt
 - weitere heilkundliche Berufe
- für die Ausübung erforderliche Qualifikation
 - spezifische Weiterbildung (an einem Institut / bei einem Fachverband)
 - allgemeine heilkundliche Kenntnisse genügen
 - keine Qualifikation erforderlich
- gesundheitliche Auswirkungen bei / nach Anwendung der Methode
- gesundheitliche Risiken

C. Untersuchung betreffend die Inhaber*innen einer sektoralen Heilkundeerlaubnis**1 Vorbemerkungen**

- Die sektorale Heilkundeerlaubnis wird derzeit nur für die Psychotherapie, Physiotherapie, Logopädie und die Podologie erteilt.
- Die Untersuchung kann sich auf weitere Sektoren erstrecken. In der Diskussion sind die Ergotherapie, Osteopathie, Chiropraktik.
- Die Untersuchung sollte für jeden Sektor gesondert durchgeführt werden, weil von den Gesundheitsfachberufen (Physiotherapie, Logopädie, Podologie, Ergotherapie) und den übrigen Sektoren unterschiedliche Ergebnisse zu erwarten sind. Insbesondere dürfte das jeweilige Verhältnis zur Schulmedizin und zu benachbarten Berufsfeldern interessieren.

2 Untersuchungsgegenstände in Stichworten**a Entsprechende Fragen wie unter Ziffer B.2****b Zum Sektor**

- Bezeichnung
- Angabe sektorspezifischer Fächer in der Überprüfung nach dem HeilprG
- Kompetenzerwerb für den Sektor
 - durch die frühere Berufsausbildung / Tätigkeit
 - durch eine Zusatzausbildung (Abschluss mit / ohne Zertifikat) an einem spezifischen Institut

c Zu den Gesundheitsfachberufen

- Die Tätigkeit mit staatlicher Anerkennung wird selbständig / angestellt ausgeübt
- Für die Tätigkeit mit staatlicher Anerkennung ist (weiterhin) eine ärztliche Verordnung erforderlich / nicht erforderlich

- Die berufliche Tätigkeit wird vergütet von (Angaben in Prozent)
 - gesetzlichen Krankenkassen
 - privaten Krankenkassen
 - Beihilfestellen
 - Selbstzahlende Patient*innen
 - Es werden ausschließlich in der staatlichen Berufsausbildung erlernte Methoden eingesetzt / lediglich die Erstdiagnose wird aufgrund der Heilkundeerlaubnis selbst erstellt.
 - Es kommen zusätzlich alternativ-heilkundliche Methoden zum Einsatz
 - welche?
 - Umfang?
 - wie erlernt?
 - waren sie Gegenstand der Überprüfung zum Erwerb der sektoralen Erlaubnis?
- d Zu den übrigen Sektoren**
- Bezeichnung des Sektors
 - üben andere Berufsgruppen ebenfalls eine Tätigkeit auf diesem Sektor aus?
 - wird ausschließlich oder nur gelegentlich die Heilkunde ausgeübt? (Beispiel für den Sektor Psychotherapie: Coaching, Beratung, Mediation sind keine heilkundliche Tätigkeiten; Beispiel für den Sektor Physiotherapie: Sportcoaching ist keine heilkundliche Tätigkeit)