



Bundesärztekammer

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern
Deutscher Ärztetag
Hauptgeschäftsführer

Berlin, 03.05.2005

Fon

030 / 40 04 56-400

Fax

030 / 40 04 56-380

E-Mail

Christoph.fuchs@baek.de

Diktatzeichen

Bundesärztekammer · Postfach 12 08 64 · 10598 Berlin

Vorab per E-Mail (marianne.steinert@bundestag.de)

Seite

1 von 16

**(13) Ausschuss für Gesundheit
und Soziale Sicherung
Ausschussdrucksache
0889(12)
vom 27.05.2005**

15. Wahlperiode

An den
Vorsitzenden des Ausschusses
für Gesundheit und Soziale Sicherung
des Deutschen Bundestages
Herrn Abgeordneten Klaus Kirschner, MdB
Platz der Republik 1

11011 Berlin

Öffentliche Anhörung zum

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt – KOM (2004) 2 endg.

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

die Bundesärztekammer hält den Vorschlag für einen wichtigen Schritt zur Herstellung eines Binnenmarkts auch für Dienstleistungen im Gesundheitsbereich. Es ergeben sich jedoch eine Reihe von Anmerkungen, welche wir mit dieser Stellungnahme übermitteln.

Bundesärztekammer
Herbert-Lewin-Platz 1
10623 Berlin

Postfach 12 08 64
10598 Berlin

Fon 030 / 40 04 56-0
Fax 030 / 40 04 56-388

info@baek.de
www.baek.de



Das Ausmaß unserer Anmerkungen zeigt, dass ohne grundlegende Überarbeitung der Vorschlag nicht akzeptabel ist.

A. Allgemeine Vorbemerkungen

I. Ziel der Richtlinie

Ziel des Richtlinienvorschlag ist es, „einen Rechtsrahmen zu schaffen, durch den die Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit von Dienstleistungserbringern und für den freien Dienstleistungsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beseitigt werden und der den Dienstleistungserbringern ebenso wie den -empfängern die notwendige Rechtssicherheit bietet, die diese für die wirksame Wahrnehmung dieser beiden Grundfreiheiten des EG-Vertrages benötigen.“ (Nr. 2 der zusammenfassenden Begründung).

II. Vorgeschlagene grundsätzliche Maßnahmen

Zu unterscheiden ist zwischen den Maßnahmen, mit denen Hindernisse für die Niederlassungsfreiheit der Dienstleister, und Maßnahmen, mit denen Hindernisse für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen (freier Dienstleistungsverkehr) beseitigt werden sollen. In den Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags fallen insoweit auch die beruflichen Leistungen der Ärzte. Dementsprechend bezieht die Bundesärztekammer die nachfolgenden Maßnahmenkomplexe in ihre Stellungnahme ein.

1. Niederlassungsfreiheit

Der Vorschlag sieht insoweit folgende Regelungen vor:

- a)** Die für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit geltenden Verfahren und Formalien sollen vereinfacht werden und für den elektronischen Rechtsverkehr geöffnet werden (Art. 5).
- b)** Bis Ende 2008 sollen den Dienstleistungserbringern in den Mitgliedstaaten „einheitliche Ansprechpartner“ zur Verfügung stehen, bei denen alle erforderlichen Genehmigungen beantragt und die sonstigen Formalitäten erledigt werden können (Art. 6). Diese einheitlichen Ansprechpartner können auch bei Kammern, Standesorganisationen oder beauftragten privaten Einrichtungen angesiedelt werden (vgl. Erwägungsgrund Nr. 25).
- c)** Genehmigungserfordernisse für die Aufnahme und Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit sollen u.a. nur noch zulässig sein, wenn sie durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses objektiv gerechtfertigt und nicht diskriminierend sind (Art. 9). Für das Genehmigungsverfahren



Bundesärztekammer

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern
Deutscher Ärztetag
Hauptgeschäftsführer

Seite
3 von 16

enthält der Vorschlag weitere Anforderungen (z.B. Art. 10). Die Erbringung der Dienstleistung darf nicht unangemessen erschwert werden; die Kosten für den Antragsteller müssen in einem angemessenen Verhältnis zu den Kosten des Verfahrens stehen; bei Überschreitung einer vorab festgelegten, angemessenen Bearbeitungsfrist muss die Genehmigung grundsätzlich als erteilt gelten (Genehmigungsfiktion) [vgl. Art. 13].

- d) Es werden bestimmte Anforderungen aufgelistet, von denen die Mitgliedstaaten die Aufnahme oder Ausübung einer Dienstleistungstätigkeit nicht abhängig machen dürfen („Unzulässige Anforderungen“ = Art. 14). Insbesondere darf die Genehmigung weder von der Staatsangehörigkeit noch vom Nachweis eines wirtschaftlichen Bedarfs oder einer Nachfrage im Markt abhängig gemacht werden.
- e) Weiterhin werden bestimmte Anforderungen aufgelistet, die von den Mitgliedstaaten zu überprüfen sind („Zu prüfende Anforderungen“ = Art. 15). Dazu gehört auch die Festsetzung von Mindest- und Höchstpreisen für die Dienstleistung. Soweit die entsprechenden Anforderungen nicht zwingend erforderlich oder unverhältnismäßig sind, sind sie zu beseitigen. Die Mitgliedstaaten haben der Kommission über den Vollzug dieser Regelung zu berichten.

2. Zur Beseitigung der Hindernisse für die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen (freier Dienstleistungsverkehr) sieht der Vorschlag folgendes vor:

- a) Grundsätzlich soll für die Dienstleistungserbringer hinsichtlich der Aufnahme und Ausübung ihrer Tätigkeit nur das Recht ihres Herkunftsstaates maßgeblich sein (Herkunftslandprinzip = Art. 16). Der Herkunftsstaat soll für die Kontrolle des Dienstleistungserbringers zuständig sein. Aufgrund bestehender oder geplanter anderweitiger Regelungen werden für einige Bereiche Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip zugelassen. Ob und inwieweit die Berufsausübung des Arztes erfasst ist, ist nicht klar (vgl. Art. 17 Nr. 8). Für die außervertragliche Haftung des Dienstleisters soll das Herkunftslandprinzip nicht gelten (Art. 17 Nr. 13).
- b) Soweit das Herkunftslandprinzip gilt, sollen Maßnahmen eines Mitgliedstaates gegen einen in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Dienstleister nur zur Gewährleistung der Sicherheit der Dienstleistung oder zum Schutz der öffentlichen Gesundheit und Ordnung unter sehr engen Voraussetzungen zulässig sein (Art. 19).
- c) Den Mitgliedstaaten soll es untersagt werden, an die Dienstleistungsempfänger Anforderungen zu stellen, die die Inanspruchnahme eines in einem anderen Mitgliedstaat niedergelassenen Anbieters erschweren (Art. 20, 21). Den



Bundesärztekammer

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern
Deutscher Ärztetag
Hauptgeschäftsführer

Seite
4 von 16

Dienstleistungsempfängern sollen Informationen über das in anderen Mitgliedstaaten geltende Verbraucherschutzrecht sowie über mögliche Rechtsbehelfe und Beratungsangebote zugänglich gemacht werden (Art. 20).

- d) Für die Erstattung der Kosten medizinischer Behandlungen sowie für die Entsendung von Arbeitnehmern eines Dienstleisters in einen anderen Mitgliedstaat sind besondere Regelungen vorgesehen (Art. 23/Art. 24).

3. Weitere Maßnahmen (Qualitätssicherung, Informationsaustausch, Verhaltenskodizes)

- a) Zur Sicherung der Qualität der Dienstleistungen enthält der Vorschlag rechtsharmonisierende Regelungen über die Informationspflichten des Dienstleistungserbringers sowie über die obligatorische Berufshaftpflichtversicherung für Dienstleistungen, die mit besonderen Gesundheits-, Sicherheits- oder finanziellen Risiken für den Empfänger verbunden sind. Totalverbote der Werbung für reglementierte Berufe sollen aufgehoben werden. Fachübergreifende (multidisziplinäre) Tätigkeiten sollen grundsätzlich gestattet werden, wobei für reglementierte Berufe und für den Bereich der technischen Überwachung weiterhin Beschränkungen möglich sein sollen (Art. 26 ff.).
- b) Zur Gewährleistung einer wirksamen Kontrolle der grenzüberschreitend tätigen Dienstleister sind Regelungen über den Informationsaustausch und die gegenseitige Unterstützung der zuständigen nationalen Behörden vorgesehen. Insbesondere wird die Amtshilfe der Behörden des Staates, in dem die Dienstleistung erbracht wird, für die Behörden des Herkunftsstaates zur Feststellung des Sachverhalts geregelt (Art. 34 ff.).
- c) Ergänzend enthält der Richtlinienvorschlag Bestimmungen über ein sogenanntes Konvergenzprogramm, das die Förderung der Ausarbeitung gemeinschaftsweiter Verhaltenskodizes (Art. 39) sowie eine Berichtspflicht und eine gegenseitige Evaluierung der Mitgliedstaaten und eine Berichtspflicht der Kommission umfasst.

III. **Verbindung mit Parallelaktivitäten der Europäischen Gemeinschaft**

Bereits an dieser Stelle möchte die Bundesärztekammer betonen, dass eine Beratung oder gar Verabschiedung der Richtlinie ohne gleichzeitige Herstellung eines Bezuges zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen ebenso wie im Hinblick auf den Gesundheitsbereich die Bewertung der Empfehlungen der High-Level-Reflection-Group nicht sinnvoll erscheint.



B. Der betroffene Rechtsrahmen der ärztlichen Berufsausübung in Deutschland

Der Rechtsrahmen, welchen die Richtlinie zu setzen beabsichtigt, betrifft in der Transformation in deutsches Recht den Regelungsrahmen für die ärztliche Berufsausübung in freier Praxis, im Krankenhaus und sonstigen Bereichen, wie er insbesondere durch die autonome Rechtssetzung der Ärztekammern ausgestaltet ist, sowie im übrigen bezüglich der Tätigkeit der Ärzte im Rahmen der GKV den Regelungsrahmen des Sozialgesetzbuches V mit den Ermächtigungen zur untergesetzlichen Normsetzung durch Verträge und Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses¹⁾. Im Sinne der Terminologie des Richtlinienvorschlags setzen diese Bestimmungen Normen, welche die Aufnahme entsprechender ärztlicher Berufstätigkeit überhaupt ebenso wie die Berufsausübung als solche regeln, insbesondere im Hinblick auf bestimmte Tätigkeitseinschränkungen in der Kooperation mit anderen Berufen sowie Einschränkungen in dem Umfang der beruflichen Kommunikation.

Unter diesem Aspekt sind folgende Vorbemerkungen angebracht:

1. Der Beruf der Arztes ist ein sogenannter Freier Beruf (in der Terminologie des EG-Rechts ein reglementierter Beruf), der rechtlich im Spannungsfeld zwischen individueller Berufsausübungsfreiheit einerseits und Gemeinwohlbindungen im Interesse der Allgemeinheit und der entsprechenden Versorgung mit medizinischen Dienstleistungen ausgestaltet ist.
2. Die Berufsaufsicht wird in Deutschland aufgrund der gesetzlichen Ermächtigung in den Kammer- und Heilberufsgesetzen durch die Ärztekammern ausgeübt.
3. Die Ärztekammern haben die Befugnis zu autonomer Rechtssetzung (mit dem Vorbehalt der Genehmigung des Staates) in definierten Bereichen, welche es ermöglichen, einen Verhaltenskodex für die Berufsausübung der Ärzte zu schaffen. Diese Regelungen befinden sich teilweise im Gesetz, zum großen Teil in den Berufsordnungen der Ärztekammern.

In diese Gefüge wirken die Vorschläge der Dienstleistungsrichtlinie ein und würden – in der vorliegenden Fassung – zu weitreichenden Änderungen in der berufsrechtlichen Normsetzung und der Berufsausübung der Ärzte führen.

¹⁾ Nach Informationen der Bundesärztekammer wird hierzu die Kassenärztliche Bundesvereinigung eine gesonderte Stellungnahme abgeben.



C. Allgemeine Bewertung

1. Die Bundesärztekammer hält es zwar für diskussionswert, einen allgemeinen rechtlichen Rahmen für die Dienstleistungserbringung innerhalb der Europäischen Union in den Ausprägungen der Niederlassungsfreiheit und der grenzüberschreitenden Dienstleistungserbringung zu schaffen, ist aber der Auffassung, dass das geltende Berufsrecht im Zusammenwirken mit den gemeinschaftsrechtlichen Verbürgungen der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit den Erfordernissen Rechnung tragen kann und sich insoweit die in Deutschland bestehende Struktur der Kammerverfassung sowie die darauf basierende Berufsordnung bewährt haben. Die Bundesärztekammer sieht auf dieser Grundlage durchaus die Notwendigkeit zu weiterem Abbau von Hindernissen im Bereich der Gesundheitsdienstleistungen zur Herstellung eines Binnenmarkts, sie macht allerdings darauf aufmerksam, dass ein solcher „Markt“ den Besonderheiten der Versorgung mit medizinischen Leistungen bei kranken Patienten Rechnung tragen muss.
2. Die Bundesärztekammer hat sehr wohl das Liberalisierungspotential des europäischen Gemeinschaftsrechts für die Ausgestaltung des ärztlichen Berufsrechts zur Kenntnis genommen und auch in der Vergangenheit entsprechende Schlussfolgerungen in der Ausgestaltung z.B. ihrer Muster-Berufsordnung gezogen. Die Einstrahlung des europäischen Gemeinschaftsrechts realisiert sich über die Rechtswirkungen des Binnenmarktrechts in der Gestalt der Gewährleistungsfunktionen der sogenannten Grundfreiheiten und der Wettbewerbsregeln. Die Anwendung der letztgenannten Wettbewerbsregeln hat eine Zeitlang tendenziell die Frage ausgeworfen, ob der Status der freien Berufe mit eigener Berufsordnung – geschaffen aus Selbstverwaltungsautonomie – in der Ordnung des Binnenmarktrechts überhaupt noch einen Platz hat.
3. Soweit es das europäische Wettbewerbsrecht angeht, ist dessen rechtliche Brisanz für die Berufsrechte Freier Berufe erst in den letzten Jahren zutage getreten. Grund hierfür ist die in den 90er Jahren herausgebildete und jüngst in den Urteilen „Wouters“ (EuGH vom 19.02.2002 – C-309/99) und „Arduino“ (EuGH vom 19.02.2002 – C-35/99) gefestigte Rechtsprechung, wonach Angehörige von Freien Berufen als Unternehmen und die berufsständischen Kammern als Vereinigungen von Unternehmen im Sinne des Art. 81 EGV zu begreifen sind – mit der erheblichen Konsequenz, dass ihre Beschlüsse – mithin das berufsrechtliche Satzungsrecht – als verbotene Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen angesehen werden könnten, soweit sie eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken oder bezwecken und den Handel mit Dienstleistungen zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind.



4. Wirkungen für das besondere Profil des Berufsrechts in Deutschland, nämlich seine autonome Gestaltung durch Kammern unter der Rechtsaufsicht des Staates, ergeben sich aus der speziellen Logik der Interpretation der Wettbewerbsregeln des Art. 81 EGV. In dem erwähnten Urteil „Wouters“ trifft der Europäische Gerichtshof folgende Unterscheidung: Entweder der Staat gibt der Kammer für die Satzungsgebung bestimmte Kriterien des Allgemeininteresses vor und behält sich diesbezüglich die Letztentscheidungsbefugnis vor – dann ist die Satzungsregelung dem Staat zuzurechnen und dem Kartellrecht entzogen. Andererseits allerdings – bei fehlender Gemeinwohlvorgabe und Letztentscheidungsbefugnis – ist sie allein der Kammer zuzurechnen und am Kartellrecht zu messen. Die Besonderheit des deutschen Selbstverwaltungssystems würde im Grunde genommen bei dieser Antinomie verfehlt. Es ist jedoch dem Europäischen Gerichtshof in der erwähnten Entscheidung gelungen, eine den Besonderheiten der Freien Berufe gerecht werdende Abwägung für die Anwendung des Art. 81 EGV zu entwickeln, indem er bei der tatbestandlichen Bewertung des Art. 81 EGV prüft, ob Regelungen, die bei vernünftiger Betrachtung trotz ihres wettbewerbsbeschränkenden Charakters zu Sicherung einer ordnungsgemäßen Ausübung des Freien Berufs – im konkreten Fall des Rechtsanwaltsberufs – erforderlich erscheinen, mit Art. 81 EGV vereinbar sind. Der Generalanwalt hatte es noch abgelehnt, eine sogenannte „rule of reason“ in die Anwendung des Art. 81 EGV einzuführen, nach der im Allgemeininteresse gebotene Wettbeschränkungen bereits tatbestandlich aus Art. 81 EGV ausgenommen werden sollten, jedoch die Anwendung des Art. 86 Abs. 2 EGV, also den Vorbehalt zugunsten von Dienstleistungen von allgemeinen wirtschaftlichen Interesse, als heranziehbar angesehen.

Den Maßstab des für die ordnungsgemäße Ausübung des Freien Berufs Erforderlichen überträgt der EuGH auch auf die Bewertung auf der Grundlage der Art. 43 und 49 EGV (vgl. Entscheidungssatz Nr. 4 EuGH „Wouters“).

Unverkennbar ist indessen auch hier die Liberalisierungstendenz der Wettbewerbsregeln, wenn der Maßstab das für das ordnungsgemäße Ausüben des entsprechenden Berufes Erforderliche ist, wobei die Analogie zum Maßstab des deutschen Verfassungsrechts bei der Prüfung des Art. 12 Abs. 1 GG auf der Ebene der Berufsausübung sich aufdrängt.

5. Demgegenüber überdehnt der Richtlinienvorschlag die rechtlichen Anforderungen an berufsrechtliche Regelungen, wie sie insbesondere im Zusammenhang mit dem Abbau von Genehmigungserfordernissen zu sehen sind. Deutlich wird hier eine politische Asymmetrie des Richtlinienkonzepts, welches davon ausgeht, dass eine völlige Freiheit der Berufsausübung unter Abbau von allen möglichen Beschränkungen durch eine nachgängige Kontrolle zuständiger Behörden ausgeglichen werden könnte.



Wir verweisen insoweit noch ergänzend auf die nachstehenden Bemerkungen zu Art. 9 des Richtlinienvorschlags.

D. Einzelstellungennahmen

Auf der Grundlage der zuvor allgemeinen Bemerkungen äußern wir uns zu den einzelnen Vorschlägen:

1. Zu Art. 3 (Verhältnis zum geltenden Gemeinschaftsrecht):

Nach Absatz 2 werden andere Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts in ein Verhältnis der Spezialität zu dieser Richtlinie gebracht. Soweit es die Tätigkeit von Ärzten angeht, bleibt abzuwarten, ob und welche Regelungen aus dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Anerkennung von Berufsqualifikationen geltendes Gemeinschaftsrecht werden, um einschätzen zu können, inwieweit sich die beiden Richtlinien widerspruchsfrei anwenden lassen. Andernfalls wäre es notwendig, eine Konkordanz mit der bisher maßgeblichen Richtlinie 93/16/EWG vom 5. April 1993, d.h. der sektoralen „Ärzte-Richtlinie“ herzustellen.

2. Zu Art. 4 (Begriffsbestimmungen):

Die Begriffsbestimmungen zu Nr. 6 (Genehmigungsregelung) und zu Nr. 7 (Anforderungen) sind so weit gefasst, dass sie in Bezug auf die Tätigkeit von Ärzten (im übrigen auch die Tätigkeit von Vertragsärzten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung) alle Verfahren einschließen, die sowohl die Aufnahme der Berufsausübung durch Approbationserteilung als auch „Anforderungen“ an die Berufsausübung einschließen. Unklar bleibt bei der Definition zu Nr. 6, ob „Genehmigungsregelung“ auch die Aufnahme der Tätigkeit eines Arztes unter einer Fachgebietsbezeichnung einschließt, da insoweit Voraussetzung die Anerkennung der Facharztbezeichnung durch die zuständige Ärztekammer ist. Hier bleibt zu erwarten, dass die Richtlinie über die Anerkennung der Berufsqualifikation den Vorrang als spezielle Regelung für diesen Sachverhalt aufrechterhält. Ebenso schließt der Begriff der „Anforderungen“ alle in den Kammer- und Heilberufsgesetzen der Bundesländer geregelten Berufsausübungsvorschriften und die durch diese Gesetze zugelassenen untergesetzlichen Normen, wie die Berufsordnungen der Ärztekammern oder Weiterbildungsordnungen, ein. Dies gilt auch für den wichtigen Bereich der Qualitätssicherung ärztlicher Berufsausübung, wie er teilweise in gesetzlichen „gesundheitsrechtlichen“ Vorschriften, soweit sie nicht ihrerseits auf spezielle gemeinschaftsrechtliche Anforderungen zurückzuführen sind (wie z.B. die RöV), und in Berufsrechtnormen geregelt ist. Wir dürfen insoweit für Deutschland auf Tätigkeitsfelder hinweisen, welche gerade nicht gemeinschaftsrechtlich erfasst oder geregelt sind, wie z.B. die Regelungsbereiche, welche besondere medizinische Verfahren betreffen (z.B. Transplantationsmedizin, Reproduktionsmedizin,



somatische Gentherapie), bei denen auch teilweise medizinethische Motive für entsprechende Genehmigungsvorbehalte sorgen. Es kann nicht zugelassen werden, dass über die Grundsätze der Dienstleistungsfreiheit solche medizinethisch motivierten Beschränkungen „überwunden“ werden können.

3. Zu Art. 5 (Vereinfachung der Verfahren):

Die Vorschrift des Absatzes 1 ist ein „Programmsatz“, der zu vage ist, als dass hieraus Schlussfolgerungen gezogen werden könnten, die eine Bewertung des Anwendungsbereichs zulassen.

Zu Absatz 2 sind Zweifel angezeigt, ob der Anwendungsbereich nicht zu weitgehend ist; die in Absatz 3 vorgesehene Ausnahme für die Anerkennung von Berufsqualifikationen hilft insoweit nicht weiter, als durch Absatz 2 der gesamte Bereich der Genehmigungen und sonstigen Nachweise bestimmter ärztlicher Tätigkeiten erfasst würde.

4. Zu Art. 6 (Einheitliche Ansprechpartner):

Die Vorschrift über die gebotene Verfahrenskonzentration würde für den Anwendungsbereich der Berufsausübung der Ärzte bedeuten, dass die Erteilung der Approbation und z.B. die Anerkennung der Facharzturkunden anders als heute durch eine einzige Verwaltungsstelle zumindest „abgewickelt“ werden müsste, was zwar denkbar, aber im Hinblick auf verwaltungsverfahrensrechtliche Abläufe unter Wahrung verantwortlicher Zuständigkeit noch nicht hinreichend klar ist. Auch die Haftungsfrage bei fehlerhaften Abläufen wäre dringend klärungsbedürftig.



5. Zu Art. 9 (Genehmigungsregelungen):

- a) Die mit dieser Vorschrift verbundene Einschränkung der Möglichkeit, Dienstleistungen hinsichtlich ihrer Aufnahme oder Ausübung von einer Genehmigung abhängig zu machen, erscheint jedenfalls für den Bereich der ärztlichen Tätigkeit zu weitgehend. Es erscheint uns fraglich, ob die Voraussetzung, dass Genehmigungen nur vorgesehen werden dürfen, wenn sie „durch zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses objektiv gerechtfertigt“ sind, nicht zu eng ist, da es viele berufsregelnde Bestimmungen gibt, die aus der Notwendigkeit entstanden sind, das Funktionieren der geordneten Berufsausübung (auch zur Wahrung medizinethischer Belange – wie schon beschrieben) vorzusehen. Wir verweisen insoweit auch auf die schon erwähnten Bewertungserwägungen des Europäischen Gerichtshof in der Entscheidung über Berufsregelungen (Rs. „Wouters“ – C-309/99), wonach ein Verstoß gegen die Wettbewerbsregelungen des Vertrages (Art. 81 ff.) nicht vorliegt, wenn von einer Kammer geschaffene Regelungen zur Berufsausübung sachlich gerechtfertigt sind und bei vernünftiger Betrachtung als notwendig angesehen werden, um eine ordnungsgemäße Ausübung des Berufs sicherzustellen. Angesichts der Einheit der Rechtsordnung kann nicht, wenn ein Verstoß gegen Art. 81 nicht zu bejahen ist, andererseits ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit angenommen werden. Dies schließt auch der EuGH aus.
- b) Wir verweisen auch auf die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 11. Dezember 2003 zu Marktregelungen und Wettbewerbsregeln für Freie Berufe, worin das Europäische Parlament u.a. feststellt:
- „... die Bedeutung von Regeln [unterstreicht], die im spezifischen Kontext jedes Berufs erforderlich sind, um Unparteilichkeit, Kompetenz, Integrität und Verantwortung der Angehörigen dieses Berufsstandes zu gewährleisten und so die Qualität ihrer Dienste zum Nutzen ihrer Kunden und der Gesellschaft im allgemeinen sowie die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses zu sichern ...“
 - „... jedoch der Auffassung [ist], dass das Ziel der Förderung des Wettbewerbs unter den Berufsständen in jedem einzelnen Fall in Einklang mit dem Ziel der Einhaltung für jeden Beruf spezifischer Ständesregeln gebracht werden und dass bei der Verfolgung dieses Ziels die Aufgaben im öffentlichen Interesse gewahrt werden müssen, die den Freien Berufen obliegen. ...“
 - „schließt, dass im besonderen Zusammenhang jedes Berufsstandes Regeln generell notwendig sind, insbesondere solche, die sich auf die Organisation, die Qualifikationen, die Standesethik, die Überwachung, Haftung, Unparteilichkeit bzw. den Sachverstand der Berufsangehörigen bezie-



Bundesärztekammer

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern
Deutscher Ärztetag
Hauptgeschäftsführer

Seite
11 von 16

hen oder die Interessenkonflikte und ihre führende Werbung verhindern sollen, sofern sie

- a) dem Endverbraucher die Sicherheit geben, dass die notwendigen Garantien im Hinblick auf die Integrität und die Erfahrung gegeben sind und
- b) keine Wettbewerbsbeschränkungen darstellen. ...“

Mit der allgemeinen Formel der „zwingenden Erfordernisse des Allgemeininteresses“ ist zwar durchaus – in Entsprechung zur deutschen Verfassungsrechtsprechung zur Berufsfreiheit – eine zutreffende Formel gewählt, die jedoch nicht hinreichend differenziert zwischen den für die Aufnahme eines Berufes notwendigen Regeln und den für die Ausübung eines Berufes notwendigen Regeln, hinsichtlich der letztgenannten bekanntermaßen vernünftige Gründe des Gemeinwohls eine ausreichende Legitimation darstellen, um Einschränkungen vorzunehmen. Mit dieser allgemeinen Formel wird auch den Besonderheiten der Freien Berufe – wie sie in der zuvor zitierten Entschließung beschrieben sind – nicht ausreichend Rechnung getragen.

Auch in ihrer Mitteilung vom 9. Februar 2004: „Bericht über den Wettbewerb bei freiberuflichen Dienstleistungen“ (KOM[2004]83 endg.) erwähnt die Kommission das Urteil „Wouters“ des EuGH unter der Fragestellung „mögliche Anwendung der EG-Wettbewerbsregeln“ (Abschnitt 5) und weist auf eine aus ihrer Sicht rechtliche Wirkung der „Freistellung“ hin, wenn die Maßstäbe, welche der EuGH in der erwähnten Entscheidung für eine berufsständische Regelung aufgestellt hat, zu beachten sind. Andererseits verlässt die Kommission in ihren sich anschließenden Empfehlungen (Nr. 6 des Berichts) diesen Zusammenhang, wenn dort die „Regulierungsbehörden der Mitgliedstaaten“ aufgefordert werden (Rz. 93), die in ihrer Zuständigkeit fallenden Gesetze oder Verordnungen zu überprüfen:

„Insbesondere wäre zu untersuchen, ob die geltenden Beschränkungen ein klar artikuliertes und legitimes Ziel des Allgemeininteresses verfolgen, ob sie notwendig sind, um dieses Ziel zu erreichen und ob es hierfür nicht weniger einschneidende Mittel gibt.“

Hier wiederholt die Kommission die Stufenfolge der Bewertungen, welche auch nunmehr in dem Vorschlag für eine Dienstleistungsrichtlinie ihren Niederschlag gefunden haben. Auch hier wird das vom EuGH aufgestellte legitime Regelungsmotiv des für das ordnungsgemäße Funktionieren des Berufs erforderliche zugunsten des allgemeineren Begriffes des „Allgemeininteresses“ verlassen, ohne dass dafür nach der Rechtsprechung eine Begründung bestünde.

Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) enthält aus unserer Sicht eine unzutreffende Wertung des Mittels der „nachträglichen Kontrolle“ als eines milde-



ren Mittels, weil antizipierende Maßnahmen auch für den Dienstleistungserbringer selber mehr Rechtssicherheit bringen. Art. 9 Abs. 1 Buchst. c) ist insoweit auch Ausdruck der asymmetrischen „Philosophie“ des Regelwerks, die auf dem Gedanken beruht, dass die größere Freiheit der Aufnahme und Ausübung von Dienstleistungstätigkeit durch nachgehende Kontrolle ausgeglichen werden muss (dazu Art. 17).

6. Zu Art. 10 (Voraussetzungen für die Erteilung der Genehmigung):

Zu Absatz 1 stellt sich die Frage, ob damit die Verwendung von unbestimmten Rechtsbegriffen im innerstaatlichen Recht als Voraussetzung für die Erteilung von Genehmigungen – z.B. auch bei der Aufnahme einer Arzttätigkeit, wo der Begriff der „Eignung“ eine Rolle spielen kann – nicht mehr zulässig sind.

Absatz 4 wird der Besonderheit der ärztlichen Berufsausübung nicht gerecht und ist insofern – selbst wenn man das Erfordernis der Genehmigung einer Zweigpraxis nicht aufrechterhalten will – zu weitgehend.

7. Zu Art. 11:

Es ist darauf hinzuweisen, dass nach der weiten Definition der Genehmigungen im Sinne des Art. 4 wohl auch Vertragsabschlüsse im öffentlich-rechtlichen Bereich unter diese Regelungen fallen. Verträge sind zweckmäßigerweise befristet (kündbar). Es vermag noch nicht abschließend beurteilt werden können, welche Folgerungen hieraus zu ziehen wären.

8. Zu Art. 13 (Genehmigungsverfahren):

Die in Absatz 4 des Art. 13 bei Fristablauf vorgesehene Genehmigungsfiktion ist für den Bereich der ärztlichen Berufsausübung nicht akzeptabel. Es erscheint bei erstem Besicht wohl möglich, die Ausnahmeregelung des Satzes 2 des Absatzes 4 nutzen zu können. Anderenfalls müsste die Genehmigungsfiktion abgelehnt werden.

9. Zu Art. 14 (Unzulässige Anforderungen):

Für die ärztliche Berufsausübung wäre das Verbot der in Nr. 1 Buchst. b) geregelten Residenzpflicht sowie die Regelungen in Nr. 2, Nr. 3 allgemein, nicht akzeptabel. Im Interesse der Patientenversorgung muss es Residenzpflichten geben ebenso wie eine Registrierung bei Kammern für die Berufsausübung erforderlich ist.

10. Zu Art. 15 (Zu prüfende Anforderungen):

Absatz 2 Buchst. a), b), c) und d) berühren die Regelungen über die Berufsausübung der Ärzte (im übrigen auch im System der vertragsärztlichen Versorgung).



Auch wenn es sich hierbei um „zu prüfende Anforderungen“ handelt, stellt sich – wie schon zuvor zu Art. 9 (vgl. Nr. 5) – die Frage, ob im Rahmen der Berufsausübung Freier Berufe der Maßstab des zwingenden Erfordernisses des Allgemeininteresses eine zwar grundsätzlich zutreffende, aber für die Zusammenschau berufsrechtlicher Regelungen, welche die Identität eines bestimmten Freien Berufs ausmachen, ein zutreffender Maßstab ist.

Auch insoweit erscheint es hilfreich, wenn in die Richtlinien Bestimmungen aufgenommen werden, welche – wie auch in der Entschließung des Europäischen Parlaments – den Besonderheiten der Freien Berufe durch eine entsprechende normative Öffnungsklausel Rechnung tragen.

11. Zu Art. 16 (Herkunftslandprinzip):

Nach Art. 17 Nr. 8 sollen – bisher nicht präzise benannte – Bestimmungen aus der Richtlinie zur Anerkennung der Berufsqualifikationen vom Herkunftslandprinzip ausgenommen werden. Insoweit ist derzeit nicht hinreichend klar, in welchem Umfang das Herkunftslandprinzip, wie es in Art. 16 beschrieben ist, auch auf die ärztliche Berufsausübung Anwendung findet. Wenn insoweit lediglich die Richtlinie über die Anerkennung der Berufsqualifikationen in Bezug genommen wird, und dort wiederum nur bestimmte Bestimmungen, wäre das Herkunftslandprinzip im übrigen in seinem Anwendungsbereich auch für die ärztliche Berufsausübung gegeben, es sei denn in die Anerkennungsrichtlinie würde eine Regelung aufgenommen werden, wie sie im Europäischen Parlament in einem Abänderungsantrag zu Art. 6 vorgeschlagen worden ist, wonach der Dienstleistungserbringer beim Erbringen von Dienstleistungen die gleichen Rechte und Pflichten wie die im Aufnahmemitgliedstaat niedergelassenen Berufsangehörigen hat und dort insbesondere den beruflichen und administrativen Disziplinarvorschriften dieses Mitgliedstaats unterliegt. Einen solchen Vorschlag enthielt nämlich die von der Kommission eingebrachte Fassung des Vorschlags der Richtlinie über die Anerkennung der Berufsqualifikationen nicht. Anzumerken ist, dass eine entsprechende Regelung sich in der geltenden Richtlinie 93/16/EWG vom 5. April 1993 (zur Erleichterung der Freizügigkeit für Ärzte und zur gegenseitigen Anerkennung ihrer Diplome, Prüfungszeugnisse und sonstigen Befähigungsnachweise) findet, und zwar in Art. 17 Abs. 1 Satz 2:

„Der Begünstigte [Anm. BÄK: Gemeint ist der Dienstleistungserbringer] hat beim Erbringen von Dienstleistungen die gleichen Rechte und Pflichten wie die Staatsangehörigen des Aufnahmestaates; insbesondere unterliegt er den beruflichen und administrativen Disziplinarvorschriften dieses Mitgliedstaates ...“.

Vorsorglich weisen wir darauf hin, dass wir die Anwendung des Herkunftslandprinzips auf die ärztliche Tätigkeit für nicht akzeptabel halten. Dies gilt im übrigen auch in Bezug auf die Möglichkeit, durch den Herkunftsmitgliedstaat „Kontrollen“ ausüben zu können, da an-



gesichts der Besonderheiten der Versorgung von kranken Patienten eine Kontrolle aus einem Herkunftsmitgliedstaat nicht ausreichend sein kann.

Aus diesem Grunde lehnt die Bundesärztekammer auch ab, dass nach Art. 16 Abs. 3 für den freien Dienstleistungsverkehr z.B. nach Buchst. e) die Pflicht, die auf dem Hoheitsgebiet für die Erbringung einer Dienstleistung geltenden Anforderungen zu erfüllen, grundsätzlich ausgenommen ist. Es erscheint uns nicht hinnehmbar, dass ein Arzt aus einem anderen Mitgliedstaat in Deutschland nicht den hier geltenden Berufsregeln unterworfen ist.

Wir verkennen dabei nicht, dass vorrangig die Berufsanerkenntnis-Richtlinie, die vor dem Abschluss des Legislativprozesses steht, eine entsprechende Regelung enthalten müsste. Damit würde die Herkunftslandfrage weitestgehend gelöst sein.

12. Zu Art. 23 (Erstattung von Behandlungskosten):

Die Vorschrift wird grundsätzlich für zweckmäßig gehalten. Sie entspricht der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.

13. Zu Art. 26:

Die Vorschriften des Art. 26 Abs. 3 Buchst. a) i.V.m. Absatz 4 dürften nur schwerlich im Rahmen der ärztlichen Versorgung, insbesondere wenn es um Notfälle geht, anwendbar sein.

14. Zu Art. 27 (Berufshaftpflichtversicherung und Sicherheiten):

Die Bundesärztekammer lehnt den vorgeschlagenen Artikel insoweit ab, als der Kommission die Möglichkeit eingeräumt wird, Kriterien für eine angemessene Versicherung aufzustellen, weil auf diese Weise eine Veränderung des innerstaatlichen Haftungssystems durch mittelbare Regelungen herbeigeführt werden kann („ob eine Versicherung oder Sicherheit im Hinblick auf die Art und den Umfang des Risikos angemessen ist“).

Absatz 5 sollte daher gestrichen werden.

15. Zu Art. 31 (Maßnahmen zur Qualitätssicherung):

Der Ansatz in Absatz 3 wird für durchführbar gehalten.

16. Zu Art. 31 (Streitbeilegung):

In Deutschland existiert ein im Sinne dieser Vorschrift einzustufendes System der Streitbeilegung durch die Gutachterkommissionen und Schlichtungsstellen, welche bei den Ärztekammern eingerichtet sind und in Haftungsfällen tätig werden, ebenso wie die Ärztekammern in sonstigen Streitfällen zwischen Ärzten und Patienten tätig werden, hier allerdings nach Maßgabe der Berufsaufsicht. Unklar



erscheint nach dieser Vorschrift, was mit „ausführlichen“ Informationsunterlagen gemeint ist.

17. Zu Kapitel V (Kontrolle):

Insbesondere die Vorschriften des Art. 34, 35 und Art. 36, welche gleichsam die Kehrseite des Herkunftslandprinzips darstellen, indem sie umgekehrt den Herkunftsstaat mit entsprechenden Kontrollaufgaben versehen, kennzeichnen die asymmetrische Philosophie des Ansatzes der Dienstleistungsrichtlinie, in welcher einerseits möglichst genehmigungs- und anforderungsfrei Dienstleistungen von einem Mitgliedstaat in den anderen erbracht werden sollen – was im Grundsatz zu begrüßen ist –, umgekehrt indessen ein neues System von Kontrollbefugnissen des Herkunftsstaates errichtet wird mit Einwirkungen in den Mitgliedstaat, in dem die Leistung erbracht worden ist. Dabei zeigt sich, dass insbesondere im Hinblick auf die Tätigkeit Freier Berufe, die zudem Berufsgeheimnissen unterworfen sind, die Kontroll-, Ermittlungs- und Überprüfungsbefugnisse an ihrer Grenzen stoßen, teilweise unvertretbar wären. So ist schon der Ausgangspunkt des Art. 34 Abs. 2, wonach die Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen haben, dass die Dienstleistungserbringer ihren zuständigen Stellen alle Informationen zur Verfügung stellen, die für die Kontrolle ihrer Tätigkeiten erforderlich sind, für die Anwendung auf die ärztliche Berufsausübung nicht hinnehmbar.

Wir beschränken uns auf diese Bemerkungen, welche vorsorglicher Art sind, da wir zur Zeit noch davon ausgehen, dass das Herkunftslandprinzip auf die ärztliche Tätigkeit nicht angewendet wird. Wäre dies gleichwohl der Fall – auch in Teilaspekten – behalten wir uns vor, zu den einzelnen Vorschriften vertiefend unsere Bedenken geltend zu machen.

18. Zu Art. 39 (Verhaltenskodizes auf Gemeinschaftsebene):

Aus der Sicht der Bundesärztekammer bestehen keine Bedenken, der europäischen Ärzteschaft die Aufgabe zu erteilen, Verhaltenskodizes auf Gemeinschaftsebene zu entwickeln, welche sie in ihre nationalen Rechtsordnungen nach Maßgabe der dafür gegebenen Zuständigkeiten und Ermächtigungen übertragen, wie dies in Absatz 4 wohl vorgesehen ist. Unklar bleibt bei der gegenwärtigen Fassung der Vorschrift indessen, wer diese Verhaltenskodizes für die „Standesregeln der reglementierten Berufe“ ausarbeiten soll. Die Bundesärztekammer würde es ablehnen, wenn die entsprechende Befugnis hierzu anderen als den Berufsorganisationen in Gestalt der nationalen Ärztekammern oder mit vergleichbaren Aufgaben versehenen nationalen ärztlichen Organisationen zukommen würde.



Bundesärztekammer

Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern
Deutscher Ärztetag
Hauptgeschäftsführer

Seite
16 von 16

E.

Ergänzende und Schlussbemerkungen

Wir möchten Sie bitten, diese Anmerkungen und Bedenken bei der weiteren Meinungsbildung im Deutschen Bundestag aufzugreifen.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Dr. Christoph Fuchs