

HELGE SODAN

Freie Berufe
als Leistungserbringer
im Recht der gesetzlichen
Krankenversicherung

Jus Publicum

20

Mohr Siebeck

JUS PUBLICUM

Beiträge zum Öffentlichen Recht

Band 20



Helge Sodan

Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag
zum Umbau des Sozialstaates

Mohr Siebeck

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Sodan, Helge:

Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung:
ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaates /
Helge Sodan. – Tübingen: Mohr, 1997

(Jus publicum; Bd. 20)

ISBN 3-16-146729-9

978-3-16-158069-7 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

© 1997 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Typographic in Dettingen aus der Garamond Antiqua belichtet, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier der Papierfabrik Niefern gedruckt und von der Großbuchbinderei Heinr. Koch in Tübingen gebunden.

ISSN 0941-0503

*Meinen Eltern
in großer Dankbarkeit*

Vorwort

Die gesetzliche Krankenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland befindet sich in einer schweren Krise. Alarmierender Beleg dafür war die Meldung, daß diese Versicherung das erste Halbjahr 1996 mit einem Defizit von über sieben Milliarden DM abgeschlossen hat. Die sogenannte dritte Stufe der Gesundheitsreform mußte, soweit das vom Deutschen Bundestag beschlossene Gesetzeswerk der Zustimmung seitens des Bundesrates bedarf, im Sommer 1996 als politisch gescheitert gelten. Dringend geboten ist – nicht nur aus fiskalischen, sondern auch aus verfassungsrechtlichen Gründen – eine tiefgreifende Reform der gesetzlichen Krankenversicherung. Die vorliegende Schrift soll dazu einen Beitrag leisten, speziell durch eine kritische Untersuchung der Art und Weise, wie nach gegenwärtigen sozialgesetzlichen Bestimmungen »freie« heilkundliche Berufe – besonders Ärzte und Zahnärzte – als Leistungserbringer in die gesetzliche Krankenversicherung eingebunden sind.

Diese Arbeit ist die aktualisierte Fassung meiner Habilitationsschrift, die unter dem Titel »Freie Berufe im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung« im Sommersemester 1996 von der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg angenommen wurde. Den Herrn Professoren *Dr. Karl Albrecht Schachtschneider* und *Dr. Walter Leisner* bin ich für die jeweils in kürzester Zeit erfolgte sehr wohlwollende Begutachtung der Habilitationsschrift überaus dankbar. Ferner gilt mein Dank für die Förderung des zügig durchgeführten Habilitationsverfahrens allen Professoren der Fakultät, besonders dem Dekan, Herrn Professor *Dr. Harald Siems*, und Herrn Professor *Dr. Richard Bartlsperger*. Herzlich zu danken habe ich auch der Leiterin des Dekanats, Frau *Iris Anderka*, für wertvolle verwaltungstechnische Betreuung des Habilitationsverfahrens. Außerdem möchte ich den Umstand hervorheben, daß mir am Nürnberger Lehrstuhl für Öffentliches Recht im Institut für Wirtschaftsrecht in angenehmer persönlicher Atmosphäre sehr gute Arbeitsbedingungen zur Fertigstellung der Habilitationsschrift ermöglicht wurden.

Dem Verlag J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) und besonders Herrn *Dr. Franz-Peter Gillig* danke ich sehr für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe »JUS PUBLICUM«.

Erlangen/Nürnberg, im August 1996

Helge Sodan

Inhaltsübersicht

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Erläuterung zur Zitierweise	XXIV
 Einleitung	 1
 <i>Erster Teil: »Freier Beruf« als Typusbegriff</i>	 13
Erstes Kapitel: Historische Entwicklung des Freien Berufs	15
Zweites Kapitel: Eingang des »Freien Berufs« in die Rechtssprache	26
Drittes Kapitel: Versuche einer Definition des »Freien Berufs«	36
Viertes Kapitel: Zur Diskussion über den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes	47
Fünftes Kapitel: Typische Merkmale des Freien Berufs	63
 <i>Zweiter Teil: Rechtsstellung »freier« heilkundlicher Berufe im System der gesetzlichen Krankenversicherung</i>	 91
Erstes Kapitel: Vertragsärzte und Vertragszahnärzte	94
Zweites Kapitel: Apotheker	196
Drittes Kapitel: Leistungserbringer von Heilmitteln	208
 <i>Dritter Teil: Ausgewählte Verfassungsprobleme betreffend Vertrags(zahn)ärzte</i>	 215
Erstes Kapitel: Zulassungsbeschränkungen	221
Zweites Kapitel: Beschränkungen der Weitergabe einer Praxis oder eines Praxisanteils	251
Drittes Kapitel: Höchstaltersgrenze von 68 Jahren	267
Viertes Kapitel: »Kollektiver Verzicht auf die Zulassung«	273

Fünftes Kapitel: Degressiver Punktwert in der vertragszahnärztlichen Versorgung	281
<i>Vierter Teil: Zur Neugestaltung der gesetzlichen Krankenversicherung</i>	<i>305</i>
Erstes Kapitel: Zur Verfassungsmäßigkeit eines eigenständigen Vertrags(zahn)arztrechts	306
Zweites Kapitel: Folgerungen für die Einbindung anderer »freier« heilkund- licher Berufe in die gesetzliche Krankenversicherung	322
Drittes Kapitel: Zum Versichertenkreis	323
Viertes Kapitel: Zum Leistungsumfang	337
<i>Fünfter Teil: Zusammenfassung in Leitsätzen</i>	<i>343</i>
Literaturverzeichnis	348
Sachregister	391

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	XIX
Erläuterung zur Zitierweise	XXIV

<i>Einleitung</i>	1
-------------------------	---

Erster Teil

»Freier Beruf« als Typusbegriff

<i>Erstes Kapitel: Historische Entwicklung des Freien Berufs</i>	15
I. Rückgriff auf antike Vorstellungen	15
II. Entwicklungen im Mittelalter	17
III. Kampf um die »Freiheit vom Staatszwang« im 18. und	
19. Jahrhundert	19
1. Staatliche Inpflichtnahme von Anwälten, Ärzten und Apothekern	19
2. Entstehung »Freier Berufe« im frühliberalen Staat	22
<i>Zweites Kapitel: Eingang des »Freien Berufs« in die Rechtssprache</i>	26
I. Deutsches Recht	26
1. Steuerrecht	26
2. Gesellschaftsrecht	27
3. Baurecht	29
4. Recht der Industrie- und Handelskammern	29
5. Spezielle Berufsgesetze	30
a) Rechts- und wirtschaftsberatende Berufe	30
b) Seelotsen	30
c) Öffentlich bestellte Vermessungsingenieure	31
d) Heilberufe	34
II. Europäisches Gemeinschaftsrecht	35
<i>Drittes Kapitel: Versuche einer Definition des »Freien Berufs«</i>	36
I. Erläuterungen zum »Freien Beruf« in der 1. Hälfte des	
20. Jahrhunderts	37

1. Reichsfinanzhof	37
2. Theodor Heuss	38
3. Sigbert Feuchtwanger	39
II. Bemühungen um eine Definition des »Freien Berufs« in der 2. Hälfte des 20. Jahrhunderts	40
1. Versuche einer »gegliederten Begriffsbildung«	40
a) J. F. Volrad Deneke	40
b) Eugen Fleischmann	41
c) Differenzierungen in der Gesetzessprache	42
2. Bemühungen um eine Definition eines »Einheitsbegriffs« des Freien Berufs	43
a) J. F. Volrad Deneke	43
b) Weitere Definitionsversuche	44
<i>Viertes Kapitel: Zur Diskussion über den Freiheitsbegriff des Grundgesetzes</i>	47
I. Materiale Freiheitskonzeption	48
1. Dominanz des liberalen Grundrechtsverständnisses	48
2. Objektive Dimension der Grundrechte als Ergänzung zur Abwehr- funktion	51
II. Formale Freiheitskonzeption	54
1. Ablehnung einer Trennung von Staat und Gesellschaft	54
2. Das Sittengesetz als Schlüsselbegriff der Verfassung	55
3. Äußere und innere Freiheit in wechselseitiger Bedingung	56
4. Freiheitlichkeit als Gesetzlichkeit	57
5. Keine Regelungskompetenz des Gesetzgebers in bezug auf höchst- persönliche Entscheidungen des Menschen	58
6. Verhältnismäßigkeitsprinzip als materialer Kontrollmaßstab	59
III. Konsequenzen für die Bestimmung des »Freien Berufs«	60
1. Nach der materialen Freiheitskonzeption	60
2. Nach der formalen Freiheitskonzeption	61
3. Ergebnis	62
<i>Fünftes Kapitel: Typische Merkmale des Freien Berufs</i>	63
I. Unterscheidung von Klassenbegriff und Typusbegriff	63
II. Charakteristische Merkmale für den Typusbegriff »Freier Beruf«	66
1. Persönlicher Einsatz bei der Berufsausübung	67
2. Erwartung altruistischer Berufseinstellung	70
3. Verbot berufswidriger Werbung	73
4. Erfordernis einer qualifizierten Ausbildung und/oder einer schöpferischen Befähigung für die Berufsausübung	77
5. Besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Freiberufler und Auftraggeber bzw. Patienten	79

6. Weisungsunabhängigkeit und Selbstverantwortung	81
7. Wirtschaftliche Selbständigkeit	83
8. Erbringung ideeller Leistungen und Lieferungen	86
9. Errichtung von Kammern mit den Befugnissen zur Rechtsetzung und zur Ausübung einer Berufsgerichtsbarkeit	87

Zweiter Teil

Rechtsstellung »freier« heilkundlicher Berufe im System der gesetzlichen Krankenversicherung

<i>Erstes Kapitel: Vertragsärzte und Vertragszahnärzte</i>	94
I. Vertrags(zahn)ärzte als Angehörige des öffentlichen Dienstes?	95
1. Begriff des öffentlichen Dienstes	96
2. Fehlen von Dienstverhältnissen	98
II. Vertrags(zahn)ärzte als Beliehene?	102
1. Überblick über den Meinungsstand zur Beleihung	103
a) Die Lehre Otto Mayers vom Rechtsinstitut der »Verleihung eines öffentlichen Unternehmens«	103
b) Anerkannte Aspekte der Beleihung	104
c) Streit um den möglichen Gegenstand einer Beleihung	106
2. Formalität der staatlichen Aufgabe	109
a) Unterschiedliche Begrifflichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts	109
b) Begriff der öffentlichen Aufgabe	110
c) Zu den Bemühungen um eine materiale Bestimmung staatlicher Aufgaben	112
3. Formale Abgrenzung auch des Privaten vom Staatlichen	116
4. Folgerungen für den Anwendungsbereich der Beleihung	117
5. Staatliche Aufgaben und Befugnisse in bezug auf (zahn)ärztliche Behandlung	119
a) Begründung des Naturalleistungsprinzips	119
b) Zur Verpflichtung der Krankenkassen	125
c) Die Verteilung der Befugnisse in bezug auf (zahn)ärztliche Behandlung und Folgerungen für die Frage einer Beleihung von Vertrags(zahn)ärzten	133
III. Vertrags(zahn)ärzte als Angehörige eines »staatlich gebundenen Berufs«	136
1. »Staatlich gebundene Berufe« in der Lehre von Heinrich Triepel	137
2. »Staatlich gebundene Berufe« in der Rechtsprechung des Bundes- verfassungsgerichts	138
3. Folgerungen für die Vertrags(zahn)ärzte	144
IV. Vertrags(zahn)ärzte als »Freiberufler«?	147
1. Beruf und Berufsbild in der Rechtsprechung des Bundesverfassungs- gerichts	148

2. (Zahn)ärztlicher Beruf im weiteren und engeren Sinne	152
3. Gefährdungen der Freiberuflichkeit vertrags(zahn)ärztlicher Tätigkeit durch die Sozialgesetzgebung	157
4. Vorliegen typischer Merkmale freiberuflicher Tätigkeit	161
V. Vertrags(zahn)ärzte als Erfüllungsgehilfen des Staates?	165
1. Gewähr der Vertragszahnärzte für Füllungen und Zahnersatz	165
2. Haftung der Vertrags(zahn)ärzte für schuldhafte Behandlungsfehler wegen positiver Forderungsverletzung	166
3. Unmittelbare Haftung der Krankenkasse für schuldhafte Behandlungsfehler wegen positiver Forderungsverletzung in Verbindung mit § 278 BGB analog?	169
a) Ableitung der positiven Forderungsverletzung im öffentlichen Recht	170
b) Vertrags(zahn)ärzte als Erfüllungsgehilfen der Krankenkassen?	171
c) Ausschluß der Haftung der Krankenkasse durch § 76 Abs. 4 SGB V?	178
4. Mittelbare Haftung der Krankenkasse für schuldhafte Behandlungsfehler wegen positiver Forderungsverletzung in Verbindung mit Art. 34 Satz 1 GG?	180
a) Positive Forderungsverletzung als Haftungsbegründung	180
b) Haftungsverlagerung nach Art. 34 Satz 1 GG	181
5. Mittelbare Haftung der Krankenkasse für schuldhafte Behandlungsfehler gemäß § 839 BGB in Verbindung mit Art. 34 Satz 1 GG?	190
6. Naturalleistungsprinzip als Vermittlungspflicht	192
7. Folgerungen in bezug auf die Freiberuflichkeit	193
VI. Zusammenfassung	195
<i>Zweites Kapitel: Apotheker</i>	196
I. Kein Erfordernis spezieller Zulassung zur Leistungserbringung für die gesetzliche Krankenversicherung	196
II. Apotheker als Beliehene oder Angehörige eines »staatlich gebundenen Berufs«?	197
III. Selbständige Apotheker als »Freiberufler«	198
<i>Drittes Kapitel: Leistungserbringer von Heilmitteln</i>	208
I. Verschiedene Berufsgruppen	209
II. Erfordernis spezieller Zulassung zur Leistungserbringung für die gesetzliche Krankenversicherung	211
III. Leistungserbringer von Heilmitteln als Freiberufler	212

Dritter Teil

Ausgewählte Verfassungsprobleme betreffend Vertrags(zahn)ärzte

<i>Erstes Kapitel: Zulassungsbeschränkungen</i>	221
I. Sozialrechtliches Instrumentarium	221
1. Festlegung einer Altersgrenze	221
2. Bedarfsplanung und -zulassung nach § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9, § 101, § 103 Abs. 1 bis 3 und 5 sowie § 104 Abs. 2 SGB V in Verbindung mit den Zulassungsverordnungen	221
a) Bedarfsplanungs-Richtlinien der Bundesausschüsse	222
b) Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch die Landes- ausschüsse	223
c) Entscheidungen der Zulassungsausschüsse	225
3. Übergangsregelung in Art. 33 § 3 Abs. 1 und 4 GSG	226
4. Bedarfszulassung nach § 102 SGB V	226
II. Berufsausübungsregelungen mit erheblicher Wirkungsintensität	227
1. Verstoß gegen Parlamentsvorbehalt und Bestimmtheitsgebot	229
a) Verfassungsrechtliche Grundlagen	229
b) Folgerungen bezüglich der Regelung der Überversorgung in § 101 SGB V	231
2. Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	233
a) Zur Geeignetheit der Maßnahmen	236
b) Zur Erforderlichkeit der Maßnahmen	244
c) Zur Zumutbarkeit der Maßnahmen (Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne)	246
3. Ergebnis	250
<i>Zweites Kapitel: Beschränkungen der Weitergabe einer Praxis oder eines Praxisanteils</i>	251
I. Sozialgesetzliches Instrumentarium	251
II. Verletzung von Eigentums- und Erbrechtsgarantie	252
1. Verfassungsrechtlicher Schutz des Betriebseigentums	253
2. Verfassungsrechtlicher Schutz der Verfügungsbefugnis	254
3. Eigentums- und Erbrechtsschutz sozialversicherungsrechtlicher Positionen	256
4. Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	258
a) Anknüpfung an Bedarfsregelungen	259
b) Sicherung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung?	260
c) Schutz der »Volksgesundheit«?	261
d) Schutz der Bewerber vor ungerechtfertigt erhöhten Kaufpreisen? ...	261
e) »Belohnung« für Geduld beim Warten auf einen Vertrags(zahn)arztsitz?	263
f) Verstärkung des Grundrechtsschutzes durch Art. 6 Abs. 1 GG	265
5. Ergebnis	266

<i>Drittes Kapitel: Höchstaltersgrenze von 68 Jahren</i>	267
I. Sozialgesetzliche Regelung	267
II. Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und Eigentumsgarantie	267
III. Ergebnis	272
<i>Viertes Kapitel: »Kollektiver Verzicht auf die Zulassung«</i>	273
I. Sozialgesetzliches Instrumentarium	273
II. Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und Eigentumsgarantie	274
1. Verzicht auf die Zulassung als Pflichtwidrigkeit?	275
2. Vergütungsbeschränkungen	276
3. Befristete Wiederzulassungssperre	277
4. Ergebnis	280
<i>Fünftes Kapitel: Degressiver Punktwert in der vertragszahnärztlichen Versorgung</i>	281
I. Sozialrechtliches Instrumentarium	281
1. Grundstrukturen des Vergütungssystems	281
2. Regelung des degressiven Punktwerts	283
3. Regelung des Honorarflusses zwischen den Krankenkassen und den Kassenzahnärztlichen Vereinigungen	284
4. Auswirkungen auf den Vergütungsanspruch des Vertragszahnarztes	286
II. Verstoß gegen das Bestimmtheitsprinzip und den Parlamentsvorbehalt	287
III. Verletzung der Berufsausübungsfreiheit und der Eigentumsgarantie ...	289
1. Art. 12 Abs. 1 GG als betroffene Grundrechtsnorm	290
2. Einschlägigkeit der Eigentumsgarantie	293
3. Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit	293
a) Zur Eignung der Maßnahmen	293
b) Zur Zumutbarkeit der Maßnahmen	297
4. Ergebnis	300
IV. Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz	301
1. Erfordernis der Rechtfertigung ungleicher Behandlung	301
2. Folgerungen für die Bestimmungen über den degressiven Punktwert ...	302

Vierter Teil

Zur Neugestaltung der gesetzlichen
Krankenversicherung

<i>Erstes Kapitel: Zur Verfassungsmäßigkeit eines eigenständigen Vertrags(zahn)arztrechts</i>	306
I. Grundsatz des Vorrangs privater Lebensgestaltung	306
II. Rechtfertigung des Naturalleistungsprinzips?	310
1. Sozialpolitischer Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers?	311
2. Gewährleistung einer ausreichenden medizinischen Versorgung der Versicherten?	313
3. Schutz der Versicherten vor finanzieller Vorleistung?	313
4. Kostensteuerung zur Sicherung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung?	314
III. Konsequenzen für das System (zahn)ärztlicher Versorgung	319
<i>Zweites Kapitel: Folgerungen für die Einbindung anderer »freier« heilkundlicher Berufe in die gesetzliche Krankenversicherung</i>	322
<i>Drittes Kapitel: Zum Versichertenkreis</i>	323
I. Tendenz zur »Volksversicherung«	323
II. Verfassungsrechtliche Aspekte	325
1. Zulässigkeit einer Pflichtversicherung	325
2. Reduzierung der Pflichtversicherungsgrenze	328
3. Verfassungswidrigkeit der Familienversicherung	334
<i>Viertes Kapitel: Zum Leistungsumfang</i>	337
I. Ausgrenzung krankenversicherungsfremder Leistungen	337
II. Ausgliederung beeinflussbarer Gesundheitsrisiken	339
III. Reduzierung auf eine Grundsicherung	340
<i>Fünfter Teil: Zusammenfassung in Leitsätzen</i>	343
Literaturverzeichnis	348
Sachregister	391

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
ABl. des Saarl.	Amtsblatt des Saarlandes
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
a. F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AN	Amtliche Nachrichten für Reichsversicherung
Anm.	Anmerkung
AnwBl.	Anwaltsblatt
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApBetrO	Apothekenbetriebsordnung
ApG	Gesetz über das Apothekenwesen
ArbuR	Arbeit und Recht
Art.	Artikel
ArztR	Arztrecht
Aufl.	Auflage
BABl.	Bundesarbeitsblatt
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BAnz.	Bundesanzeiger
BauGB	Baugesetzbuch
BauNVO	Baunutzungsverordnung
BayGVBl.	Bayerisches Gesetz- und Verordnungsblatt
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BayVerfGH	Bayerischer Verfassungsgerichtshof
BayVGH (N. F.)	Sammlung von Entscheidungen des Bayerischen Verwaltungsgerichtshofs mit Entscheidungen des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs, des Bayerischen Dienststrafhofs und des Bayerischen Gerichtshofs für Kompetenzkonflikte
BB	Der Betriebs-Berater
BBG	Bundesbeamtengesetz
Bd.	Band
Bema	Einheitlicher Bewertungsmaßstab für zahnärztliche Leistungen
BFH	Bundesfinanzhof
BFHE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesfinanzhofs
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BKK	Die Betriebskrankenkasse

BMV-Z	Bundesmantelvertrag-Zahnärzte
BNotO	Bundesnotarordnung
BRÄK-Mitt.	Mitteilungen der Bundesrechtsanwaltskammer
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
Breith.	Breithaupt, Sammlung von Entscheidungen aus dem Sozialrecht
BRRG	Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BStBl.	Bundessteuerblatt
BT-Ausschuß	Ausschuß des Deutschen Bundestages
BT-Drucks.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BT-Plenarprotokoll	Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages
Buchst.	Buchstabe
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts
BZÄK	Bundeszahnärztekammer
bzw.	beziehungsweise
CDU	Christlich Demokratische Union
CSU	Christlich Soziale Union
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
dems.	demselden
dens.	denselden
ders.	derselbe
dies.	dieselben
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DOK	Die Ortskrankenkasse
Doppelbuchst.	Doppelbuchstabe
DStR	Deutsches Steuerrecht
DStZ	Deutsche Steuer-Zeitung
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
EFG	Entscheidungen der Finanzgerichte
EGH	Ehrengerichtshof
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EhrenG	Ehrengericht
EMRK	(Europäische) Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten
Ersk.	Die Ersatzkasse
EStG 1990	Einkommensteuergesetz 1990
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift
EuR	Europarecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWK	Europäischer Wirtschaftsraum
f.	folgende (Seite)
F.D.P.	Freie Demokratische Partei
ff.	folgende (Seiten)
FG	Finanzgericht

Fn.	Fußnote
GBI.	Gesetzblatt
GBI. f. BW	Gesetzblatt für Baden-Württemberg
Gesamthrsrg.	Gesamtherausgeber
GewArch.	Gewerbearchiv
GewO	Gewerbeordnung
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GOÄ	Gebührenordnung für Ärzte
GOZ	Gebührenordnung für Zahnärzte
GRG	Gesundheits-Reformgesetz
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht
GSG	Gesundheitsstrukturgesetz
GVBl. f. Bln.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Berlin
GVBl. f. das	Gesetz- und Verordnungsblatt für das
Land BBG	Land Brandenburg
GVBl. f. das	Gesetz- und Verordnungsblatt für das
Land Hessen	Land Hessen
GVBl. f. das	Gesetz- und Verordnungsblatt
Land NW	für das Land Nordrhein-Westfalen
GVBl. f. das	Gesetz- und Verordnungsblatt für das
Land Rh.-Pf.	Land Rheinland-Pfalz
GVBl. f. das	Gesetz- und Verordnungsblatt für das
Land Thüringen	Land Thüringen
GVBl. LSA	Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Sachsen-Anhalt
GVOBl. M-V	Gesetz- und Verordnungsblatt für Mecklenburg- Vorpommern
GVOBl. Schl.-H.	Gesetz- und Verordnungsblatt für Schleswig-Holstein
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
Halbbd.	Halbband
Halbs.	Halbsatz
HGB	Handelsgesetzbuch
HKaG	(Bayerisches) Heilberufe-Kammergesetz
Hmb. GVBl.	Hamburgisches Gesetz- und Verordnungsblatt
Hrsg.	Herausgeber
hrsg.	herausgegeben
HStR	Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland
HVerfR	Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland
insbes.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart
JR	Juristische Rundschau
Jur. Diss.	Juristische Dissertation
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
KVD	Kassenärztliche Vereinigung Deutschlands
KVG	Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter
LandesberufsG	Landesberufsgericht
LG	Landgericht
LS	Leitsatz
LSG Bad.-Württ.	Landessozialgericht Baden-Württemberg
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht

MedR	Medizinrecht
MPhG	Masseur- und Physiotherapeutengesetz
Nachw.	Nachweis(e)
N. F.	Neue Folge
n. F.	neue Fassung
Nieders. GVBl.	Niedersächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NW	Nordrhein-Westfalen
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
ÖbVI-BO	(Berliner) Verordnung über den Beruf des Öffentlich bestellten Vermessungsingenieurs
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE Bln.	Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichts Berlin
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PKV	Private Krankenversicherung
PrGS	Gesetz-Sammlung für die Königlichen Preußischen Staaten
ProVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RdA	Recht der Arbeit
RFHE	Sammlung der Entscheidungen und Gutachten des Reichsfinanzhofs
RG	Reichsgericht
RGBl.	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RiA	Das Recht im Amt
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
RStBl.	Reichssteuerblatt
RT-Drucks.	Drucksache des Reichstages
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite(n)
SächsGVBl.	Sächsisches Gesetz- und Verordnungsblatt
SächsVBl.	Sächsische Verwaltungsblätter
SG	Sozialgericht
SGB	Sozialgesetzbuch
SGB.	Die Sozialgerichtsbarkeit
Slg.	Sammlung
SozR	Sozialrecht. Rechtsprechung und Schrifttum, bearbeitet von den Richtern des Bundessozialgerichts
SozVers.	Die Sozialversicherung
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StGB	Strafgesetzbuch
StVZO	Straßenverkehrs-Zulassungs-Ordnung
ThürVBl.	Thüringer Verwaltungsblätter
TVG	Tarifvertragsgesetz
u. a.	und andere, unter anderem
Urt.	Urteil
v.	vom
Verf.	Verfasser

VermGBln	Gesetz über das Vermessungswesen in Berlin
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Vorbem.	Vorbemerkungen
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
WertV	Wertermittlungsverordnung
WiVerw.	Wirtschaft und Verwaltung
WM	Wertpapier-Mitteilungen
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs (Weimarer Reichsverfassung)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
Zahnärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte
z. B.	zum Beispiel
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
ZfS	Zentralblatt für Sozialversicherung, Sozialhilfe und Versorgung
ZfSH/SGB	Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZM	Zahnärztliche Mitteilungen
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Sozialreform

Erläuterung zur Zitierweise

Soweit in Fußnoten auf andere Fußnoten ohne Angabe der dazugehörigen Seitenzahl verwiesen wird, sind die Fußnoten aus demselben Teil der Schrift gemeint. Der Orientierung dient die jeweilige Kopfleiste, welche den Teil bezeichnet, von dem aus der Hinweis erfolgt. Wenn auf Fußnoten eines anderen Teils Bezug genommen wird, ist die betreffende Seitenzahl mit angegeben.

Einleitung

»Der Deutsche Bundestag bejaht die wirtschaftliche und soziale Bedeutung der freien Berufe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat. Die freien Berufe erbringen unentbehrliche Dienstleistungen für den einzelnen Bürger und die Volkswirtschaft. Sie tragen so wesentlich zur Erhaltung und Sicherung des Freiheitsraumes und damit auch zur Lebensqualität des einzelnen bei. Eine Vielzahl unabhängig freiberuflich Tätiger ist ein wesentlicher Faktor im Wirtschafts- und Arbeitsleben unseres Landes. Die Sicherung bestehender sowie die Förderung neuer selbständiger freiberuflicher Existenzen liegen daher im gesamtwirtschaftlichen Interesse. ... Der Deutsche Bundestag sieht das große Potential an qualifizierten Nachwuchskräften, die in den kommenden Jahren auf den Arbeitsmarkt treten werden, als eine Chance für die freien Berufe an. Die wachsende Zahl derer, die – entsprechend ausgebildet – an diesen Berufen interessiert sind, darf nicht dazu verleiten, über restriktive Regelungen der Berufszulassung und -ausübung den Zugang in die freien Berufe steuern zu wollen oder nach Aus- und Fortbildungsbeschränkungen zu suchen. Dies wäre nicht nur mit den in Artikel 12 GG verbrieften Grundrechten der freien Wahl von Beruf und Ausbildungsstätte unvereinbar; es würde auch bedeuten, daß diese Chance einer Stärkung der freien Berufe, für die z. T. lange Zeit Nachwuchssorgen bestanden, ungenutzt bliebe.«¹

Dieses Bekenntnis zu den Freien Berufen, welches ein einschlägiger Berufsverband kaum deutlicher hätte formulieren können, befindet sich in einer Entschlie-ßung, die der Deutsche Bundestag am 12. Juni 1980 *einstimmig* angenommen hat. Rund zwölfteinhalb Jahre später hat der Bundestag in das zwar nicht einstimmig, aber mit großer Mehrheit beschlossene Gesetz zur Sicherung und Strukturverbes-erung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz) vom 21. Dezember 1992² (nachfolgend verwandte Abkürzung: GSG) Regelungen auf-genommen, welche mit den im Jahre 1980 formulierten Grundsätzen und der da-mals vertretenen Rechtsauffassung in bezug auf Art. 12 GG kaum vereinbar schei-nen. Gemeint sind Vorschriften, die das Recht der gesetzlichen Krankenversiche-rung betreffen und insbesondere das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) ändern. Dieses Fünfte Buch ist durch Art. 1 des Gesetzes zur Strukturreform im

¹ Siehe BT-Plenarprotokoll 8/220, S. 17778 (D) sowie Beschlußempfehlung und Bericht des BT-Ausschusses für Wirtschaft vom 22. Mai 1980 zum Bericht der Bundesregierung über die Lage der freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland (BT-Drucks. 8/3139) und zum Entschlie-ßungsantrag der Abgeordneten Hauser (Krefeld) sowie anderer und der Fraktion der CDU/CSU zu der Beratung des Berichts der Bundesregierung über die Lage der freien Berufe in der Bun-desrepublik Deutschland (BT-Drucks. 8/3276), BT-Drucks. 8/4154 (neu), S. 2 f. Nr. I 2 und 7.

² BGBl. I, S. 2266.

Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetzes – GRG) vom 20. Dezember 1988³ in das Sozialgesetzbuch eingefügt worden.⁴ Zahlreiche Bestimmungen der wiederholt geänderten Reichsversicherungsordnung vom 19. Juli 1911⁵ (RVO) wurden dabei inhaltlich übernommen; einige Neuregelungen traten hinzu. Der seinerzeit zuständige Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung, *Norbert Blüm*, hatte das Reformgesetz aus dem Jahre 1988 noch als »Jahrhundertwerk« gepriesen⁶. Schon knapp vier Jahre später hielten die Bundestagsfraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. eine erneute grundlegende Reform des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung für unverzichtbar: Angesichts der »dramatischen Kostenentwicklung« in allen Bereichen der gesetzlichen Krankenversicherung seien »Sofortmaßnahmen« erforderlich, die »zur Sicherung der finanziellen Grundlagen der GKV beitragen und Beitragssatzstabilität gewährleisten« sollten⁷. Diese Überzeugung hat Ende 1992 zur Verabschiedung des Gesundheitsstrukturgesetzes geführt, in welchem der Präsident der Bundesärztekammer und des Ärztetages, *Karsten Vilmar*, die einschneidendsten Veränderungen des Gesundheitssystems seit Einführung der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahre 1883 angelegt sieht⁸.

Der zwischen der CDU, CSU und F.D.P. am 11. November 1994 abgeschlossene Koalitionsvertrag über die Schwerpunkte der Bundesregierung in der 13. Wahlperiode des Deutschen Bundestages enthält die Ankündigung einer Fortsetzung der »Reform des Gesundheitswesens durch eine dritte Stufe«⁹. Zahlreiche Stellungnahmen von Politikern aus der jüngeren Zeit lassen erkennen, daß das Gesundheits-Reformgesetz von 1988 als erste Stufe und das Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 als zweite Stufe einer nunmehr als Einheit angesehenen Reform der gesetzlichen Krankenversicherung begriffen werden. Damit soll offenbar der Eindruck einer langfristigen, wohldurchdachten Strategie zur Verbesserung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung erweckt werden. Für den Krankenhausbereich haben die Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. am 22. November 1995 im Deutschen Bundestag Entwürfe eines Gesetzes zur Stabilisierung der Krankenhausaufgaben 1996¹⁰ und eines Gesetzes zur Neuordnung der Kranken-

³ BGBl. I, S. 2477. Siehe zu diesem Gesetz etwa *K.-J. Bieback* (Hrsg.), Das Gesundheits-Reformgesetz – Eine gescheiterte Reform der Gesetzlichen Krankenversicherung?, 1992.

⁴ Das SGB V ist zuletzt geändert worden durch Art. 3 des Ersten SGB XI-Änderungsgesetzes vom 14. Juni 1996 (BGBl. I, S. 830 [838]).

⁵ RGBl., S. 509.

⁶ In einer Informationssendung des ZDF zur Gesundheitsreform vom 24. Januar 1989.

⁷ Siehe den Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P. betreffend das später beschlossene GSG, BT-Drucks. 12/3608, S. 1.

⁸ In einer Rede vor dem 96. Deutschen Ärztetag am 4. Mai 1993 in Dresden, zitiert nach dem Bericht mit der Überschrift »Vilmar: Leistungskatalog straffen« in der Frankfurter Allgemeinen Zeitung vom 5. Mai 1993, S. 5.

⁹ Zitiert nach dem auszugsweisen Abdruck des Koalitionsvertrages in BKK 1994, S. 750. Siehe dazu etwa *P. Hoffacker*, Stagnation in der Gesundheitspolitik?, in: BKK 1995, S. 2 ff.; vgl. in diesem Zusammenhang ferner *M. Zipperer*, Entwicklungstrends in der Gesundheitspolitik – Reformvorhaben in der 13. Legislaturperiode, in: Ersk. 1995, S. 41 ff.

¹⁰ BT-Drucks. 13/3061.

hausfinanzierung 1997¹¹ eingebracht. Auf der Grundlage der »Eckpunkte« einer »Koalitionsarbeitsgruppe zur Gesundheitsreform im ambulanten Bereich« vom 18. Dezember 1995 haben die soeben genannten Fraktionen ferner den Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Strukturreform in der gesetzlichen Krankenversicherung¹² beschlossen und am 30. Januar 1996 dem Deutschen Bundestag vorgelegt; in der Begründung¹³ heißt es, dieser Gesetzentwurf bilde zusammen mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung 1997 »das Konzept zur Weiterentwicklung der sozialen Krankenversicherung«. Ein ebenfalls am 30. Januar 1996 im Deutschen Bundestag durch die Fraktion der SPD eingebrachter Entwurf eines Zweiten Gesundheitsstrukturgesetzes¹⁴ betrifft sowohl den ambulanten als auch den stationären Bereich.

Die soeben genannten Gesetzentwürfe befinden sich mit Ausnahme des Entwurfs eines Gesetzes zur Stabilisierung der Krankenhausaussgaben 1996 gegenwärtig (d. h. am 15. August 1996) noch im Gesetzgebungsverfahren. Beschlossen und verkündet ist bislang lediglich das Gesetz zur Stabilisierung der Krankenhausaussgaben 1996 vom 29. April 1996¹⁵, das nach seinem § 4 rückwirkend am 1. Januar 1996 in Kraft getreten und auf ein Jahr befristet ist; es schreibt vor, daß die Erlöse der Krankenhäuser im Jahre 1996 nicht höher sein dürfen als die lineare Steigerungsrate der Vergütung nach dem Bundes-Angestelltentarifvertrag. Der Deutsche Bundestag hat jeweils in seiner Sitzung am 24. Mai 1996 den Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Strukturreform in der gesetzlichen Krankenversicherung und den Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung 1997 in den Fassungen der Beschlußempfehlungen des Ausschusses für Gesundheit¹⁶ angenommen¹⁷. Der Bundesrat dagegen hat in seiner Sitzung am 14. Juni 1996 in bezug auf diese beiden vom Bundestag beschlossenen Gesetze den Vermittlungsausschuß angerufen¹⁸. Dies gilt auch für den von den Fraktionen der CDU/CSU und F.D.P. am 10. Mai 1996 eingebrachten Entwurf eines Gesetzes zur Entlastung der Beiträge in der gesetzlichen Krankenversicherung¹⁹, der vom Bundestag am 28. Juni 1996 in der Fassung der Beschlußempfehlung des Ausschusses für Gesundheit²⁰ angenommen wurde²¹, zu dem der Bundesrat aber in seiner Sitzung am 19. Juli 1996 den Vermittlungsausschuß angerufen hat²². Die aktuelle Bedeutung der gesetzlichen Krankenversicherung in der Bundesrepublik

¹¹ BT-Drucks. 13/3062.

¹² BT-Drucks. 13/3608. Siehe zu diesem Gesetzentwurf näher S. 123 f.

¹³ BT-Drucks. 13/3608, S. 15.

¹⁴ BT-Drucks. 13/3607.

¹⁵ BGBl. I, S. 654.

¹⁶ Siehe BT-Drucks. 13/4691; 13/4693.

¹⁷ Siehe Plenarprotokoll 13/108, S. 9582 (D); S. 9583 (A).

¹⁸ Siehe Plenarprotokoll 698, S. 259 (C).

¹⁹ Siehe BT-Drucks. 13/4615.

²⁰ Siehe BT-Drucks. 13/5099.

²¹ Siehe Plenarprotokoll 13/117, S. 10616 (D).

²² Siehe Plenarprotokoll 700, S. 390 (A).

Deutschland wird dadurch unterstrichen, daß diese Versicherung etwa 73 Millionen Versicherte umfaßt und ihre Ausgaben im Jahre 1995 etwa 260 Milliarden DM betrugen²³.

Die tiefgreifenden Änderungen des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. Dezember 1992 betreffen insbesondere die »Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern« und damit das Vierte Kapitel des Fünften Buches Sozialgesetzbuch. Als »Leistungserbringer« nennt § 69 SGB V ausdrücklich auch Ärzte und Zahnärzte. Diese Berufsgruppen, die zu den klassischen sogenannten freien Heilberufen gezählt werden²⁴, haben eine zentrale Stellung im gesamten Gesundheitssystem und damit auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung. Bis zur Reform durch das Gesundheitsstrukturgesetz wurden diejenigen Ärzte und Zahnärzte, welche an der ambulanten Versorgung von Patienten im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung teilnahmen, in der Reichsversicherungsordnung und später im Fünften Buch Sozialgesetzbuch als »Kassenärzte« bzw. »Kassenzahnärzte« bezeichnet, soweit sich ihre Tätigkeit nicht auf die Behandlung von Ersatzkassenversicherten erstreckte. So definierte § 76 Abs. 1 Satz 1 SGB V in der bis zur Verabschiedung des Gesundheitsstrukturgesetzes geltenden Fassung die Kassenärzte als die »zu der kassenärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte«; diese Festlegung galt gemäß § 72 Abs. 1 Satz 2 SGB V a. F. für Zahnärzte entsprechend. Der Begriff »Vertragsarzt« war bislang ausschließlich der ärztlichen Versorgung von Ersatzkassenversicherten vorbehalten.²⁵ Der Grund für diese unterschiedliche Begrifflichkeit ist darin zu sehen, daß die vertragsärztliche Versorgung Gegenstand eigenständiger vertraglicher Beziehungen auf Bundesebene zwischen den Verbänden der Ersatzkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gewesen ist²⁶ und die Vertragspartner durch im Vergleich zum »Primärkassenbereich« geringere gesetzliche Bindungen eine größere Gestaltungsfreiheit besessen haben.²⁷ Das Gesundheitsstrukturgesetz jedoch hat die Bezeichnung »Kassenarzt« für den *gesamten* Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung fast vollständig durch den Begriff »Vertragsarzt« ersetzt.²⁸ In der Begründung zum entsprechenden Gesetzentwurf der

²³ Vgl. *Institut der Deutschen Wirtschaft Köln* (Hrsg.), *Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland*, Ausgabe 1996, Tabelle 86.

²⁴ Siehe etwa *J. F. V. Deneke*, *Die freien Berufe*, 1956, S. 119 ff.; *dens.*, *Klassifizierung der Freien Berufe*, 1969, S. 41 ff.; *A. Kühn*, *Die freien Berufe in der Sozialordnung*, 1962, S. 18 f.; *F. Karl*, *Recht der freien Berufe*, 1976, S. 23 ff.; *J. Taupitz*, *Die Standesordnungen der freien Berufe*, 1991, S. 203 ff., 313 ff.

²⁵ Vgl. Art. 66 GRG und § 95 Abs. 8 SGB V a. F., der durch Art. 1 Nr. 51 Buchst. i GSG gestrichen worden ist.

²⁶ Vgl. § 72 Abs. 3, § 82 Abs. 3 Satz 1, § 83 Abs. 3 und § 95 Abs. 8 SGB V in den bis zum Inkrafttreten des GSG geltenden Fassungen.

²⁷ *W. Funk*, *Die Wirtschaftlichkeitsprüfung im Vertragsarztrecht*, 1994, S. 13 f.

²⁸ Siehe z. B. § 72a Abs. 1 und Abs. 3 Satz 3, § 75 Abs. 2 und 8, § 86 Abs. 1 Satz 1, § 95 Abs. 2 Sätze 1 und 3, Abs. 3 Satz 1, Abs. 5 und 6, Abs. 7 Sätze 2 und 3 sowie Abs. 9 Satz 1, § 95b Abs. 1 und 2, § 103 Abs. 4 SGB V in der Fassung des GSG.

Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P.²⁹ heißt es, zur »Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen unter den Kassen und zur Angleichung der Rahmenbedingungen für die ärztliche Versorgung« würden »die bisher unterschiedlich geregelten Formen der Teilnahme an der kassenärztlichen und vertragsärztlichen Versorgung vereinheitlicht und durchgehend als vertragsärztliche Versorgung bezeichnet«. In einigen Vorschriften finden sich allerdings auch nach der Verabschiedung des Gesundheitsstrukturgesetzes noch – offensichtlich wegen gesetzgeberischer Nachlässigkeit – die Begriffe »kassenärztliche Versorgung«³⁰ und »Kassenarzt«³¹. Die »Kassenzahnärzte« sind durch das Gesundheitsstrukturgesetz in »Vertragszahnärzte« umbenannt.³² Es geht also nunmehr um die »Sicherstellung der vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgung«³³. Unverändert geblieben sind allerdings – in terminologischer Inkonsequenz³⁴ – die Bezeichnungen »Kassenärztliche« und »Kassenzahnärztliche Vereinigung«, welche jeweils die Vertragsärzte für den Bereich jedes Landes zur Erfüllung der ihnen übertragenen Aufgaben der vertragsärztlichen Versorgung bilden³⁵. Auch die »Kassenärztliche Bundesvereinigung« und die »Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung«, welche jeweils die Kassenärztlichen Vereinigungen bilden³⁶, haben ihre Namen behalten.

Die Beseitigung des »Kassenarztes« hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung mit den Worten kritisiert, der Gesetzgeber habe »ohne zwingenden Grund mit einem Federstrich einen Begriff liquidiert ..., der seit mehr als 60 Jahren in der deutschen Bevölkerung als Markenzeichen für die hohe Qualität der ambulanten Versorgung akzeptiert« sei; die »historische Niederlage« für die Ärzteschaft, »die in der Geschichte des Kassenarztrechts seit dem Jahre 1931 in ihren Auswirkungen einmalig« sei, beginne »im Grunde bereits bei der Namensgebung für die ambulante Versorgung«.³⁷ Die Begriffswahl »Vertragsarzt« für die einheitliche, alle Kassenarten umfassende Kassenzulassung³⁸ wird als »systematisch verfehlt« mit der Begründung bezeichnet, der Status des »Vertragsarztes« ergebe sich »nach wie vor ausschließlich aus der öffentlich-rechtlichen Kassenzulassung durch den Zulassungsausschuß und nicht aus einem Vertragsabschluß des Arztes mit der Kas-

²⁹ BT-Drucks. 12/3608, S. 83 (zu Nr. 30 und 31).

³⁰ Siehe die Überschrift zu § 73 SGB V sowie § 73 Abs. 3, 5 und 6 SGB V.

³¹ Siehe § 85 Abs. 4 Sätze 3 und 4 SGB V sowie § 85 Abs. 4 Satz 1 SGB V (dort im Plural: »Kassenärzte«).

³² Siehe § 95 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 SGB V in der Fassung von Art. 1 Nr. 51 Buchst. c Doppelbucht. bb GSG; diese Norm ist gemäß Art. 35 Abs. 3 GSG am 1. Januar 1994 in Kraft getreten.

³³ So lautet die Überschrift vor § 72 SGB V zum Ersten Titel des Zweiten Abschnitts des Vierten Kapitels des SGB V.

³⁴ W. Funk, Vertragsarztrecht, in: Handbuch des Sozialversicherungsrechts, hrsg. von B. Schulz, Bd. 1, 1994, § 32 Rn. 6; vgl. auch J. Siewert, Das Vertragsarztrecht, 5. Aufl. 1994, S. 36.

³⁵ § 77 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

³⁶ § 77 Abs. 4 SGB V.

³⁷ Kassenärztliche Bundesvereinigung (Hrsg.), Gesundheits-Strukturgesetz 1993, Informationen und Handlungsempfehlungen für den Kassenarzt, Beilage zum Deutschen Ärzteblatt Nr. 1/2 vom 11. Januar 1993, S. 8.

³⁸ Vgl. § 95 Abs. 3 SGB V.

senärztlichen Vereinigung oder den Krankenkassen«.³⁹ In der Literatur⁴⁰ wird sogar von einer »Provokation« gesprochen, die darin liege, »daß man mit dem Begriff des Kassenarztes eine eher engere Bindung des Arztes an rechtliche Vorgaben des Krankenversicherungsrechts« assoziiere »als mit dem Begriff des Vertragsarztes, bei dem umgekehrt die Vorstellung einer tendenziell stärkeren Freiheit gegeben« sei.

Die für viele Ärzte und Zahnärzte als Folgen insbesondere des Gesundheitsstrukturgesetzes entstandenen Probleme sind jedoch nicht begrifflicher Art, sondern betreffen die berufliche Tätigkeit selbst. Einleitend sollen einige wesentliche Neuregelungen hier nur skizziert werden. Das Gesundheitsstrukturgesetz hat zunächst den Zugang zur ambulanten Versorgung im System der gesetzlichen Krankenversicherung für Ärzte und Zahnärzte erheblich erschwert. Im Falle von Überversorgung hat der zuständige Landesausschuß der Ärzte (Zahnärzte) und Krankenkassen »nach den Vorschriften der Zulassungsverordnungen und unter Berücksichtigung der Richtlinien der Bundesausschüsse Zulassungsbeschränkungen anzuordnen«.⁴¹ Überversorgung liegt vor, wenn der vom Bundesausschuß der Ärzte (Zahnärzte) und Krankenkassen festzulegende »allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad« um 10 Prozent oder mehr überschritten ist.⁴² Weil es gegen Ende 1992 und insbesondere im Januar 1993 zu einer Lawine von Zulassungsanträgen gekommen ist, welche nach der Überleitungsvorschrift in Art. 33 § 3 Abs. 1 Satz 1 GSG noch nach altem Recht zu behandeln waren, hat sich schon bald nach Inkrafttreten der neuen Regelungen als deren Folge eine weitreichende Niederlassungssperre ergeben. Ab dem 1. Januar 1999 wird das »Überversorgungsinstrumentarium« durch die sogenannte Bedarfszulassung abgelöst. Von diesem Zeitpunkt an erfolgt die Zulassung auf Grund von Verhältniszahlen, die *gesetzlich* festgelegt werden. Zulassungsanträge von Ärzten (Zahnärzten), die zu einer Überschreitung der Verhältniszahl führen würden, sind vom Zulassungsausschuß grundsätzlich abzulehnen.⁴³ Mit der Einführung von Verhältniszahlen hat der Gesetzgeber ein Instrument wiederbelebt, welches § 368a Abs. 1 Satz 1 RVO in der Fassung des Gesetzes über Kassenarztrecht vom 17. August 1955⁴⁴ als Zulassungs-

³⁹ R. Hess, Wandel vom Kassenarzt zum Vertragsarzt – Definition oder Statusänderung? – Aus der Sicht der Kassenärzte, in: VSSR 1994, S. 395 (397). Siehe ferner E. Eichenhofer, Sozialrecht, 1995, Rn. 369. Vgl. auch F.J. Oldiges (Wandel vom Kassenarzt zum Vertragsarzt – Definition oder Statusänderung? – Aus der Sicht der Krankenkassen, in: VSSR 1994, S. 381 [385]), der in der Bezeichnung »Vertragsarzt« eine »Verbeugung vor den Ersatzkassen« sieht, »die im Prozeß der Angleichung der Rechte die größeren Einbußen« hätten hinnehmen müssen.

⁴⁰ B. Schulin, Wandel vom Kassenarzt zum Vertragsarzt – Definition oder Statusänderung?, in: VSSR 1994, S. 357.

⁴¹ § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB V.

⁴² Vgl. § 101 Satz 1 Nr. 1, Sätze 2 und 3 SGB V.

⁴³ § 102 Sätze 1 und 5 SGB V.

⁴⁴ BGBl. I, S. 513. Diese Bestimmung lautete wie folgt: »Um eine ausreichende ärztliche Versorgung und die freie Wahl unter einer genügenden Zahl von Ärzten zu gewährleisten, sind im Zulassungsbezirk (§ 368 b Abs. 1) in der Regel auf je fünfhundert Mitglieder ein Arzt und auf je neunhundert Mitglieder ein Zahnarzt zuzulassen (Verhältniszahl).«

beschränkung enthalten hatte. Diese Regelung ist jedoch vom Bundesverfassungsgericht wegen Verletzung des Art. 12 Abs. 1 GG sowohl in bezug auf Ärzte⁴⁵ als auch im Hinblick auf Zahnärzte⁴⁶ für nichtig erklärt worden.

Eine erhebliche Zulassungsbeschränkung hatte bereits das Gesundheits-Reformgesetz vom 20. Dezember 1988 in § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V aufgestellt, wonach die Zulassungsverordnungen Vorschriften enthalten müssen über den Ausschluß einer Zulassung von Ärzten und Zahnärzten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben. Durch das Gesundheits-Reformgesetz waren die Zulassungsverordnungen für Kassenärzte und für Kassenzahnärzte entsprechend geändert worden.⁴⁷ Wie kontrovers zentrale Fragen des früheren Kassen(zahn)arzt- und jetzigen Vertrags(zahn)arztsystems in verfassungsrechtlicher Hinsicht selbst innerhalb der Rechtsprechung beurteilt werden, zeigt sich daran, daß zwei Senate des Bundessozialgerichts in bezug auf die Altersgrenze für Ärzte und Zahnärzte zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen gekommen sind: Während der 14a-Senat des Bundessozialgerichts in einem Beschluß vom 16. Juni 1993⁴⁸ die Einführung einer Altersgrenze von 55 Jahren für die erstmalige Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung mit dem Grundrecht der Berufsfreiheit nicht für vereinbar hält, das Verfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG ausgesetzt und die Frage nach der Verfassungsmäßigkeit dieser Regelung dem Bundesverfassungsgericht zur Entscheidung vorgelegt hat, bezeichnet der 6. Senat desselben Gerichtes in zwei Urteilen vom 24. November 1993⁴⁹ den Ausschluß von Ärzten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, von der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als verfassungsgemäß.

Mit dem Ausscheiden aus der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung befassen sich im Gesundheitsstrukturgesetz Regelungen betreffend die Praxisweitergabe, den kollektiven Verzicht auf die Zulassung und die Altersbegrenzung. »Wenn die Zulassung eines Vertragsarztes in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, durch Erreichen der Altersgrenze, Tod, Verzicht oder Entziehung endet und die Praxis von einem Nachfolger fortgeführt werden soll, hat die Kassenärztliche Vereinigung auf Antrag des Vertragsarztes oder seiner zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben diesen Vertragsarztsitz in den für ihre amtlichen Bekanntmachungen vorgesehenen Blättern unverzüglich auszuscheiden und eine Liste der eingehenden Bewerbungen zu erstellen.«⁵⁰ Das Gesetz verpflichtet den Zulassungsausschuß, im Falle von mehreren Bewerbungen »den Nachfolger nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen«.⁵¹ Ähnliche Bestimmungen hatte bereits das bis zum Inkrafttreten des Gesundheits-

⁴⁵ BVerfGE 11, 30.

⁴⁶ BVerfGE 12, 144.

⁴⁷ Siehe Art. 19 Nr. 11 und 12 GRG.

⁴⁸ SGB. 1994, S. 332 ff.

⁴⁹ BSGE 73, 223 ff.; BSG, MedR 1994, S. 494 ff.

⁵⁰ § 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V.

⁵¹ § 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V.

strukturgesetzes geltende alte Recht enthalten.⁵² Entfallen ist jedoch die Regelung, daß es der Ausschreibung und Auswahl nicht bedarf, wenn die Praxis vom Ehegatten, von einem Kind des Kassen(zahn)arztes oder einem Kassen(zahn)arzt, mit dem die Praxis bisher gemeinschaftlich ausgeübt wurde, fortgeführt werden soll.⁵³ Nunmehr handelt es sich dabei jeweils nur noch um *ein* Kriterium, welches neben anderen Gesichtspunkten bei der Auswahl der Bewerber vom Zulassungsausschuß zu berücksichtigen ist.⁵⁴ Neu ist auch folgende Beschränkung: »Die wirtschaftlichen Interessen des ausscheidenden Vertragsarztes oder seiner Erben sind nur insoweit zu berücksichtigen, als der Kaufpreis die Höhe des Verkehrswerts der Praxis nicht übersteigt.«⁵⁵ Ebenfalls das Ausscheiden aus der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung betrifft die Regelung des »kollektiven Verzichts auf die Zulassung«. Danach ist es mit den Pflichten eines Vertragsarztes »nicht vereinbar, in einem mit anderen Ärzten aufeinander abgestimmten Verfahren oder Verhalten auf die Zulassung als Vertragsarzt zu verzichten.«⁵⁶ An den damit festgelegten Pflichtenverstoß knüpft das Gesetz in zweierlei Hinsicht Sanktionen: nämlich durch ein befristetes Rückkehrverbot und durch Beschränkungen der Vergütung von Leistungen, die ein Arzt oder Zahnarzt nach seinem Verzicht Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht hat.⁵⁷ Dazu bemerkte der Präsident der Bundesärztekammer und des Ärztetages, *Karsten Vilmar*, kritisch, die entsprechende Bestimmung lese sich »wie eine Litanei aus dem Strafgesetzbuch«⁵⁸. Ein zwangsweises Ausscheiden aus der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung führt das Gesetz durch die Festlegung der Errichtung einer Altersgrenze ein: Ab 1. Januar 1999 endet die Zulassung grundsätzlich am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Vertragsarzt oder Vertragszahnarzt sein 68. Lebensjahr vollendet.⁵⁹

⁵² Vgl. § 16c Abs. 1 Sätze 1 und 3 der Zulassungsverordnung für Kassenärzte (Ärzte-ZV) vom 28. Mai 1957 (BGBl. I, S. 572, mit Berichtigung auf S. 608), zuletzt geändert durch Art. 6 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vom 20. Dezember 1991 (BGBl. I, S. 2325 [2328]), sowie § 16c Abs. 1 Sätze 1 und 3 der Zulassungsverordnung für Kassenzahnärzte (Zahnärzte-ZV) vom 28. Mai 1957 (BGBl. I, S. 582), zuletzt geändert durch Art. 7 des Zweiten Gesetzes zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch vom 20. Dezember 1991 (BGBl. I, S. 2325 [2328]). Diese Vorschriften sind durch Art. 9 Nr. 11 und Art. 10 Nr. 10 GSG gestrichen worden.

⁵³ Siehe § 16c Abs. 1 Satz 5 Ärzte-ZV und § 16c Abs. 1 Satz 5 Zahnärzte-ZV in den jeweils soeben in Fn. 52 genannten Fassungen. Diese Vorschriften sind ebenfalls durch Art. 9 Nr. 11 und Art. 10 Nr. 10 GSG gestrichen worden.

⁵⁴ Vgl. § 103 Abs. 4 Satz 4 und Abs. 5 Satz 3 SGB V.

⁵⁵ § 103 Abs. 4 Satz 5 SGB V.

⁵⁶ § 95b Abs. 1 SGB V.

⁵⁷ Siehe § 95b Abs. 2 in Verbindung mit § 72a Abs. 1 sowie § 95b Abs. 3 SGB V.

⁵⁸ Siehe das Gespräch mit dem Titel »In zehn Jahren herrscht wieder Ärztemangel im Krankenhaus«, in: DIE WELT vom 3. Mai 1993, S. 9.

⁵⁹ Siehe § 95 Abs. 7 Sätze 2 und 3 SGB V.

Von den zahlreichen, vertrags(zahn)ärztlich relevanten Regelungen des GSG sind auch Bestimmungen hervorzuheben, welche die Vergütungsstruktur tiefgreifend ändern und die Verordnung von Arznei-, Verband- und Heilmitteln einschränken. Durch neue Vergütungsregelungen sind insbesondere Vertragszahnärzte nachhaltig betroffen. So ist etwa gesetzlich festgeschrieben, daß die am 31. Dezember 1992 geltenden Punktwerte für zahnärztliche Leistungen bei Zahnersatz und bei kieferorthopädischer Behandlung zum 1. Januar 1993 für die Dauer eines Kalenderjahres um 10 Prozent abgesenkt sind.⁶⁰ Deutlich spürbare Einkommensverluste können sich für Vertragszahnärzte ferner aus der Regelung ergeben, daß sich der Vergütungsanspruch ab bestimmten Gesamtpunktmengen je Vertragszahnarzt aus vertragszahnärztlicher Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz und Zahnkronen sowie kieferorthopädischer Behandlung je Kalenderjahr für die weiteren vertragszahnärztlichen Behandlungen um 20, 30 oder sogar 40 Prozent verringert⁶¹ (Regelung eines sogenannten degressiven Punktwerts). Eine »Honorardeckelung« ist für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte gesetzlich dadurch festgeschrieben worden, daß sich die Veränderungen der Gesamtvergütungen als Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertrags(zahn)ärztlichen Leistungen in den Jahren 1993 bis 1995 höchstens um den Prozentsatz verändern durften, um den sich die beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder aller Krankenkassen mit Sitz im Bundesgebiet außerhalb des Beitrittsgebiets je Mitglied veränderten.⁶² Zu Ausgabenbeschränkungen führt auch die gesetzliche Verpflichtung zur Vereinbarung eines Budgets »als Obergrenze für die insgesamt von den Vertragsärzten veranlaßten Ausgaben für Arznei-, Verband- und Heilmittel«.⁶³ Übersteigen diese Ausgaben das vereinbarte Budget und wird der übersteigende Betrag nicht durch geeignete Maßnahmen gegenüber den Krankenkassen ausgeglichen, so verringern sich die Gesamtvergütungen um den übersteigenden Betrag.⁶⁴

Daß die Einführung eines Arznei- und Heilmittelbudgets das berufliche Verhalten von Vertragsärzten nachhaltig beeinflussen kann, hat sich schon bald nach Inkrafttreten des Gesundheitsstrukturgesetzes darin gezeigt, daß viele Vertragsärzte ihren Patienten Arznei- und Heilmittel deutlich zurückhaltender verordnet haben, als dies früher der Fall war. Mit diesem veränderten Ordnungsverhalten sind zwangsläufig negative Auswirkungen für andere Leistungserbringer wie Apotheker sowie Masseure und medizinische Bademeister verbunden. So sind nach Angaben der Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände (ABDA)⁶⁵ die von Arztre-

⁶⁰ § 85 Abs. 2b Satz 1 SGB V.

⁶¹ § 85 Abs. 4b Satz 1 SGB V.

⁶² § 85 Abs. 3a Satz 1 SGB V.

⁶³ § 84 Abs. 1 Satz 1 SGB V.

⁶⁴ § 84 Abs. 1 Sätze 4 bis 6 SGB V.

⁶⁵ Siehe die Berichte mit der Überschrift »Zahlreiche Apotheken stehen vor dem Aus«, in: Pharmazeutische Zeitung 1993, Nr. 34, S. 16, sowie unter dem Titel »Apotheker sind »unter die Räder« gekommen«, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 21. August 1993, S. 12.

zepten veranlaßten Umsätze der deutschen Apotheken in den alten Bundesländern im ersten Halbjahr 1993 im Durchschnitt um 21 Prozent gegenüber dem Vorjahr zurückgegangen; dies habe zu Einkommensverlusten von durchschnittlich 32 Prozent pro Apothekenleiter geführt. Aufgrund dieser Entwicklung verdien rund die Hälfte aller Apothekenleiter in den alten Bundesländern weniger als ein angestellter Apotheker im öffentlichen Dienst. Die Leiter von kleinen Apotheken, die einen Umsatzrückgang von sogar 46 Prozent zu beklagen hätten, erzielten mit einem Jahreseinkommen von 39.000,- DM brutto sogar weniger als ein Facharbeiter. Im gesamten Jahr 1993 ist der Gewinn vor Steuern im Bundesdurchschnitt je Apotheke um 27 Prozent gesunken.⁶⁶

Die vorstehend jeweils kurz angesprochenen Regelungen des Gesundheitsstrukturgesetzes führen insbesondere im Hinblick auf die Grundrechte von Berufsfreiheit und Eigentumsgarantie (Art. 12 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG) betroffener Leistungserbringer zu erheblichen verfassungsrechtlichen Problemen. Die vorliegende Arbeit bemüht sich jedoch nicht nur um die Klärung verschiedener bedeutsamer Einzelfragen. Ihr wesentliches und weitergehendes Anliegen ist vielmehr eine systemkritische Untersuchung der Einbindung sogenannter freier heilkundlicher Berufe in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Für diese Untersuchung sind die bereits angesprochenen Regelungen des Gesundheitsstrukturgesetzes Anlaß und wichtiges »Anschauungsmaterial«, um das dadurch noch komplizierter gewordene Beziehungsgeflecht insbesondere von Krankenkassen, Leistungserbringern, Kassen(zahn)ärztlichen Vereinigungen und Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung zu entwirren. Daß unter den freien heilkundlichen Berufen hier Ärzte und Zahnärzte im Vordergrund stehen, beruht zum einen auf der zentralen Stellung dieser Berufsgruppen im gesamten Gesundheitssystem, die sich zunehmend auch in der Zahl der Berufsausübenden niederschlägt⁶⁷. Zum anderen sind es eben die schwierigen Rechtsfragen, welche nicht nur das Gesundheitsstrukturgesetz vor allem für Ärzte und Zahnärzte aufwirft. Eine kritische Untersuchung muß letztlich das wesentlich umgestaltete Vertrags-(zahn)arztsystem insgesamt auf den rechtlichen Prüfstand stellen. Dabei geht es jedoch nicht um eine handbuch- oder lehrbuchartige Darstellung dieses Rechtsgebiets⁶⁸. Vielmehr sollen hier die Grundstrukturen des Systems kritisch beleuchtet werden.

⁶⁶ F. Diener, Mehr Verantwortung für die Apotheker, in: Arbeitgeber 1994, S. 414.

⁶⁷ In der »Fortschreibung des Berichts der Bundesregierung über die Lage der Freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland« von Ende 1990 heißt es: »Bei den freien heilkundlichen Berufen wurden in der Einkommensteuerstatistik 1986 58953 Ärzte, 22308 Zahnärzte, 3662 Tierärzte, 3049 Heilpraktiker und 15040 sonstige Heilberufe erfaßt« (BT-Drucks. 12/21, S. 28).

⁶⁸ Siehe dazu die Abhandlungen etwa von G. Schneider, Kassenarztrecht – Rechtsbeziehungen zwischen Kassenarzt, Kassenärztlicher Vereinigung und Krankenkasse, 1983; *dems.*, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994; D. Krauskopf, Das Kassenarztrecht, in: A. Laufs/W. Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts, 1992, §§ 23 ff., S. 150 ff.; M. Jörg, Das neue Kassenarztrecht – Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung, Rechte und Pflichten des Vertragsarztes, Vergütung und Wirtschaftlichkeitsprüfung, Organisation, Verfahren und Rechtsmittel, 1993; W. Funk, Vertragsarztrecht, in: Handbuch des Sozialversicherungsrechts, hrsg. von B. Schulin, Bd. 1, 1994, § 32, S. 852 ff.

Dazu bedarf es zunächst der Klärung der Rechtsstellung sogenannter freier heilkundlicher Berufe im System der gesetzlichen Krankenversicherung. Im grundlegenden »Kassenarzt-Urteil« aus dem Jahre 1960 hat das Bundesverfassungsgericht die Ansicht vertreten, trotz der »Einbeziehung des Kassenarztes in ein subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System« bleibe »die Tätigkeit des Kassenarztes auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich«; die Krankenversicherung bediene »sich des freien Berufs der Ärzte zur Erfüllung ihrer Aufgaben«.⁶⁹ Dagegen ist der Gesetzgeber bei der Neufassung der Zulassungsbeschränkungen im Gesundheitsstrukturgesetz davon ausgegangen, »daß die organisatorische Einbindung des Vertragsarztes in das öffentlich-rechtliche System der gesetzlichen Krankenversicherung dazu« führe, »daß freiberufliche Elemente durch Elemente eines staatlich gebundenen Berufs überlagert« würden⁷⁰. Einen erheblichen Schritt weiter geht die in der Literatur vertretene Kritik an der Einführung einer Altersgrenze für Vertrags(zahn)ärzte durch das Gesundheitsstrukturgesetz: Eine derartige »Zwangspensionierung« pfpöpfe dem Status des Vertrags(zahn)arztes »Versatzstücke von Regelungsbereichen des öffentlichen Dienstrechts auf« und verfremde »den freien Beruf zum Amtswalter einer staatsbürokratischen Gesundheitsversorgung«⁷¹. Ähnlich heißt es im Schrifttum, die »Veränderungen der Rechtsposition des Kassenarztes« zielten »auf die Ablösung des freien Berufes durch die Tätigkeit als »Kassenbeamter«⁷². Vergleichsweise zurückhaltend ist die Charakterisierung,

⁶⁹ BVerfGE 11, 30 (40); im Ergebnis für die Kassenzahnärzte ebenso BVerfGE 12, 144 (147).

⁷⁰ So die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F.D.P., BT-Drucks. 12/3608, S. 98.

⁷¹ B. Tiemann/T. Muschallik, GSG '93 zwischen Staatsmedizin und Verfassungsbruch, in: ZM Nr. 2/1993, S. 22 (27); vgl. auch B. Tiemann, Wandel vom Kassenarzt zum Vertragsarzt – Definition oder Statusänderung?, in: VSSR 1994, S. 407 (417).

⁷² R. Pitschas, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Kassen- und Vertragsarztrecht, in: Festschrift zum 40jährigen Bestehen der Sozialgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz, 1994, S. 217 (227); vgl. auch schon *dens.*, Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen, insbesondere vertragsärztliche Versorgung, in: Jahrbuch des Sozialrechts der Gegenwart 15 (1993), S. 285 (291). Als »Dreiviertelbeamten« bezeichnet den Vertragsarzt H. Bogs, Das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12) im Spiegel des Arztsystems, in: Festschrift für W. Thieme zum 70. Geburtstag, 1993, S. 715 (718 f.). Vgl. ferner bereits *dens.*, Freie Zulassung zum freiberuflichen Kassenarztamt unter dem Bonner Grundgesetz, in: Festschrift für G. Wannagat zum 65. Geburtstag, 1981, S. 51 (62), der für den seinerzeitigen Kassenarzt die Auffassung vertreten hat, dieser stehe »als Glied der Kassenärztlichen Vereinigung sowohl in der *hoheitlichen Ämterwelt* des modernen Leistungs- und Daseinsvorsorgestaats als auch in der *marktlichen Privatwirtschaft*, die freilich aus der Natur der Sache nur rudimentär Elemente eines funktionierenden Wettbewerbs zwischen den in der Regel frei wählbaren, an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten« aufweise; siehe auch H. Bürk, Verfassungsrechtliche Probleme der Zulassung als Kassenarzt, in: DOK 1988, S. 362 (367). Ebenfalls in bezug auf den ehemaligen Kassenarzt hat I. Ebsen (Bedarfsorientierte Regulierungen der Zulassung von Leistungserbringern zur Gesetzlichen Krankenversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, in: ZSR 1992, S. 328 [332]) die Meinung geäußert, der Beruf des Kassenarztes sei »als echtes öffentliches Amt ausgestaltet«; siehe ferner H. Erhard, Die Rechtsnatur des kassenärztlichen Behandlungsverhältnisses, 1985, S. 71 ff.

der angebliche »freie Beruf« der Vertragsärzte sei »in den letzten Jahren ziemlich unfrei geworden«⁷³.

Der Gang der Untersuchung läßt sich wie folgt skizzieren: Zunächst werden die Freien Berufe allgemein ausführlich erörtert; die Darstellung der historischen Entwicklung des Freien Berufs sowie des Eingangs dieser Begriffsbildung in die Rechtssprache und die Diskussion verschiedener Definitionsversuche sollen als Grundlagen für die Herausarbeitung typischer Merkmale des Freien Berufs dienen (Erster Teil). Unter Verwendung der dabei gewonnenen Erkenntnisse wird sich der darauffolgende Zweite Teil eingehend mit der Rechtsstellung sogenannter freier heilkundlicher Berufe im System der gesetzlichen Krankenversicherung beschäftigen. Anschließend werden ausgewählte bedeutsame Regelungen insbesondere des Gesundheitsstrukturgesetzes, welche Vertrags(zahn)ärzte betreffen, auf ihre Verfassungsmäßigkeit hin untersucht werden; die diesbezügliche Kritik wird zunächst systemimmanent sein, d. h. unter prinzipieller Anerkennung des derzeitigen Systems der gesetzlichen Krankenversicherung erfolgen (Dritter Teil). Sodann jedoch werden Grundstrukturen der gesetzlichen Krankenversicherung auf den Prüfstand des Grundgesetzes gestellt werden; die zuvor aufgezeigten Schwachstellen geltender Sozialgesetze werden den Weg zu einem systemalternativen Konzept für das Verhältnis Freier Berufe zur gesetzlichen Krankenversicherung weisen, welches zur Neugestaltung dieser Versicherung führt und den verfassungsrechtlichen Anforderungen entspricht (Vierter Teil). Eine Zusammenfassung in Leitsätzen wird die Arbeit beschließen (Fünfter Teil).

⁷³ R. Wimmer, Rechtsstaatliche Defizite im vertragsärztlichen Berufsrecht, in: NJW 1995, S. 1577 (1580).

»Freier Beruf« als Typusbegriff

»Die Beschäftigung mit dem ›freien Beruf‹ beginnt mit einer ernüchternden Feststellung. Der Gegenstand der Untersuchung läßt sich nicht genau erfassen, bietet ein vielfältig schillerndes, umstrittenes, nicht nur in Randzonen verschwommenes Bild.« Diese Feststellung von *Walter Schick* aus dem Jahre 1973¹ hat auch nach mehr als zwei Jahrzehnten ihre Berechtigung nicht verloren. Der Grund dafür liegt insbesondere darin, daß unter dem Freien Beruf »eine Vielfalt von Berufen mit unterschiedlichem Erscheinungsbild zusammengefaßt wird, die nicht ohne weiteres der Betrachtung unter einheitlichen Gesichtspunkten zugänglich ist«². Dieser Umstand veranlaßte *Theodor Heuss* bereits in einer Veröffentlichung aus dem Jahre 1916³ zu der Bemerkung, der »geläufige Begriff des ›freien Berufes‹« sei »nur eine überlieferte Sprachgewöhnung, mit der man in concreto nicht viel anfangen« könne. Die Freien Berufe wurden sogar als »großer Topf« bezeichnet, »in dem man alles unterzubringen« versuche, »was in die bekannten übrigen Gruppen von Berufstätigkeiten nicht« hineinpasse⁴. »In keiner wie immer gestalteten Zählung und Bearbeitung« könnten die Freien Berufe »etwas anderes als eine Rest-Rubrik werden ..., weil jede Statistik suchen« müsse, »soviel wie möglich in bestimmt erkennbare Gruppen zu bringen und die unbestimmten tunlichst auf das zu beschränken, was anderweitig nicht unterzubringen« sei.⁵ Aus solchen Äußerungen hat *Jochen Taupitz*⁶ zutreffend gefolgert, »eine Vielzahl von Versuchen zur Erfassung des amorphen Phänomens freier Beruf« sei »von hochgradiger Resignation gekennzeichnet«.

Gewisse Unsicherheiten bei der Begriffsbestimmung läßt auch die »Fortschreibung des Berichts der Bundesregierung über die Lage der Freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland« aus dem Jahre 1990 erkennen: Darin heißt es, »der Begriff des Freien Berufes« sei »nach wie vor vergleichsweise wenig prägnant«; die »Vielfalt von Berufen und Berufsbildern, die in der Verkehrsanschauung als Freie

¹ Die freien Berufe im Steuerrecht, S. 1.

² *E. Fleischmann*, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 16; vgl. auch bereits *A. Kühn*, Die freien Berufe in der Sozialordnung, 1962, S. 3.

³ Organisationsprobleme der »freien Berufe«, in: Festschrift für L. Brentano, S. 237. *J. F. V. Deneke* (Klassifizierung der Freien Berufe, 1969, S. 13) berichtet, *T. Heuss* habe anlässlich der Verleihung des Ludwig-Sievers-Preises an ihn am 1. Dezember 1962 betont, die genannte Veröffentlichung aus dem Jahre 1916 sei von ihm bereits vor 1914 formuliert worden.

⁴ *K. Bräuer*, Die Frage einer Heranziehung der Ärzte zur Gewerbesteuer, 1929, S. 53.

⁵ *J. Jastrow*, Freie Berufe und Gewerbesteuer, 1930, S. 13 Fn. 12.

⁶ Die Standesordnungen der freien Berufe, 1991, S. 17.

Berufe gelten oder (steuer-)rechtlich als Freie Berufe anerkannt« seien, weise »auf die Breite der beruflichen Funktionen und Erscheinungsformen hin«, lasse »jedoch auch die Schwierigkeiten ihrer definitorischen Bestimmung und Abgrenzung erkennen«⁷. Angesichts dieser Schwierigkeiten kann es nicht verwundern, daß vor einigen Jahren eine umfangreiche Monographie speziell zum »Begriff« des Freien Berufs veröffentlicht worden ist⁸.

⁷ BT-Drucks. 12/21, S. 5 f.

⁸ Siehe L. Michalski, Der Begriff des freien Berufs im Standes- und im Steuerrecht, 1989.

Erstes Kapitel

Historische Entwicklung des Freien Berufs

In der Literatur⁹ ist wiederholt der Versuch unternommen worden, die Freien Berufe und ihre besondere Bedeutung für das Gemeinwesen als Ergebnis einer kontinuierlichen Entwicklung darzustellen, die sich über einen langen Zeitraum hinweg bis in die Antike zurückverfolgen lasse. So wird etwa von der »Jahrtausende alten besonderen Stellung des freiberuflich Tätigen«¹⁰ gesprochen. Tatsächlich ist jedoch die Heraushebung des Freien Berufs als eigenständiger Kategorie das »Ergebnis eines vielschichtigen Entwicklungsprozesses und Produkt ganz bestimmter gesellschaftspolitischer und rechtlicher Wandlungen, die zwar nicht isoliert von älteren Entwicklungen zu sehen sind, in ihrer umwälzenden Bedeutung aber erst im 18. Jahrhundert einsetzten, in der Mitte des 19. Jahrhunderts ihren Höhepunkt erreichten und die sich kreisförmig von den heute noch als klassisch freiberuflich geltenden Berufen des Anwalts und Arztes ausbreiteten«.¹¹

I. Rückgriff auf antike Vorstellungen

Zumeist werden die Freien Berufe aus den »artes liberales« der Antike hergeleitet¹². So heißt es etwa im Schrifttum¹³, der Begriff der Freien Berufe sei »eine (fast)

⁹ Vgl. insbesondere *K. Anraths*, Das Wesen der sogenannten freien wissenschaftlichen Berufe, 1930, S. 58; *W. Hellebrand*, Rezension von A. Bernard, La rémunération des professions libérales en droit romain classique, 1935, in: Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Romanistische Abteilung, Bd. 57 (1937), S. 481 ff.; *E. Martin-Achard*, La discipline des professions libérales, in: Zeitschrift für Schweizerisches Recht, N. F., Bd. 70 (1951), S. 137a (142a); *L. Michalski* (Fn. 8), S. 17 ff.

¹⁰ *G. Reinhart*, Änderung privatrechtlicher Begriffe durch Einflüsse des Kartellrechts, in: GRUR 1976, S. 517 (521).

¹¹ *J. Taupitz* (Fn. 6), S. 110.

¹² Siehe *K. Anraths* (Fn. 9), S. 58; *R. Marchetti*, Die Disziplinargewalt gegenüber den liberalen Berufsarten, in: Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung 1944, S. 193 (196); *R. Schwenter-Lipp*, Die französische Zivilrechtsgesellschaft der Freiberufler, 1984, S. 23; *C. Nürnberger*, Unfreie Berufe, in: Capital 3/1986, S. 307 (313); *L. Michalski* (Fn. 8), S. 17 f.; *G. Büschges*, Entwicklung und Aufgaben der Forschung über Wesen und Bedeutung der Freien Berufe, in: Jahrbuch des Bundesverbandes der Freien Berufe, 1992/1993, S. 154 (156). *J. Taupitz* (Fn. 6), S. 138 f., hingegen sieht als »sprachgeschichtlichen Vorläufer« der heutigen Freien Berufe den Begriff der »operae liberales« an, führt allerdings den »freiberuflichen« Wesenszug einer qualifizierten Ausbildung« insbesondere »auf den im Zentrum der antiken Diskussion über die Einstellung zur Arbeit stehenden Begriff der »artes liberales« zurück (a. a. O., S. 145).

¹³ *L. Michalski* (Fn. 8), S. 17.

wörtliche Übersetzung der römischen *artes liberales*«; aus den »freien Künsten« sei das Wort »freier Beruf« entstanden. Dagegen ist jedoch einzuwenden, daß bereits die Übersetzung von »*artes liberales*« als »freie Künste« unkorrekt ist. »Frei« heißt im Lateinischen »liber«. »Liberalis« hingegen bedeutet: eines freien Mannes würdig. Sprachlich verfehlt ist es ferner, »*artes*« durch das Wort »Berufe« zu übersetzen. »Alle Versuche, den Sinn der deutschen Bezeichnung mit Hilfe der lateinischen zu ergründen, sind zum Scheitern verurteilt, wenn man den langen Weg scheut, den die sprachliche Entwicklung nun einmal genommen hat.«¹⁴

Wesentlich für das Verständnis der antiken *artes liberales* ist die seinerzeitige Einteilung des Volkes in Freie und Unfreie (Sklaven und Freigelassene). Entsprechend dieser sozialen Schichtung wurden Tätigkeiten unterschieden, welche den einzelnen Gruppen vorbehalten waren. Die Sklaven und Freigelassenen hatten körperliche, dem Broterwerb dienende Handarbeit zu verrichten, mit der man die Vorstellung von politischer Unfreiheit verband; auch die Medizin genoß als vorwiegend praktische Tätigkeit bis ca. 100 v. Chr. nur ein geringes Ansehen und wurde von Sklaven und Freigelassenen, nicht jedoch von frei Geborenen ausgeübt.¹⁵ Den Freien hingegen kam »die Verkörperung des in den *septem artes liberales* zusammengefaßten Bildungsideals der Antike« zu.¹⁶ Die *septem artes liberales* bestanden in dem *Quadrivium*, also der Arithmetik, Geometrie, Astronomie und Musik, und der das *Trivium* bildenden Grammatik, Rhetorik und Dialektik; die Beschäftigung mit diesen *artes* empfand man als eines freien Mannes *würdig*, also als »liberales«.¹⁷ (Gleichwohl gab es im Altertum auch »überall Massen von Freien ..., die sich kümmerlich von ihrer Hände Arbeit ernährten«.¹⁸) *Marcus Tullius Cicero*¹⁹ bezeichnete es als ein gemeinsames Merkmal aller *artes*, daß sie sich mit irgendeiner Wissenschaft beschäftigten, daß aber jede *ars* ihre Wissenschaft habe. Bei den *artes liberales* handelte es sich »um Kenntnisse und Fertigkeiten höherer Art, die man sich um ihrer selbst willen aneignete oder im Rahmen persönlicher Diensttätigkeiten als Freundschaftsdienst oder *ex officio* als Inhaber eines Amtes anwendete«, wobei zu berücksichtigen ist, daß der römische Beamte ein Ehrenamt bekleidete.²⁰ Maßgebend waren hellenische Anschauungen, nach

¹⁴ J. Jastrow (Fn. 5), S. 1.

¹⁵ H. Hermann, Die »freien Berufe«, 1971, S. 37.

¹⁶ L. Michalski (Fn. 8), S. 17 f.; vgl. auch J. Taupitz (Fn. 6), S. 138 ff.

¹⁷ Siehe dazu insbesondere K. Anraths (Fn. 9), S. 58 f.; J. Jastrow (Fn. 5), S. 1 f.; E. Wolff, *Homo ethicus, homo oeconomicus*, in: JW 1931, S. 2348 (2349); J. Koch (Hrsg.), *Artes liberales. Von der antiken Bildung zur Wissenschaft des Mittelalters*, 2. Aufl. 1976; W. Müller, *Einbeziehung der Freien Berufe in das Handelsrecht unter besonderer Berücksichtigung von Arzt, Apotheker, Rechtsanwalt, Wirtschaftsprüfer und Architekt*, 1968, S. 18 ff.; H. Hermann (Fn. 15), S. 35 ff.; K. H. Schettler, *Abgrenzung zwischen gewerblicher und freiberuflicher Tätigkeit im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht*, 1972, S. 57 f.; L. Michalski (Fn. 8), S. 18.

¹⁸ J. Jastrow (Fn. 5), S. 2 Fn. 3.

¹⁹ *De finibus bonorum et malorum* V, 26: »... sed ut omnium artium recte dici potest commune esse, ut in aliqua scientia versentur, scientiam autem suam cuiusque artis esse ...«

²⁰ L. Michalski (Fn. 8), S. 18.

denen »jede auf Gelderwerb gerichtete Tätigkeit als Erniedrigung« erschien.²¹ Die Ausübung der artes liberales sollte der Muße und dem Erwerb von Tugend dienen und daher gerade nicht »gewerbsmäßig« erfolgen; infolgedessen war diese nur gelegentlich ausgeübte Tätigkeit für einen Freien, der über ausreichendes Vermögen oder andere Einkünfte verfügte, zunächst auch »eigentlich keine Berufsausübung«.²² Schon aus wirtschaftlichen Gründen konnten sich also grundsätzlich nur begüterte Freie den artes liberales widmen.²³

II. Entwicklungen im Mittelalter

Später bedienten sich die mittelalterlichen Kloster-, Dom- und Kathedralschulen für ihre Lehrtätigkeiten der septem artes liberales. »Wann und wo sich zuerst ein Bedürfnis herausstellte, diesen Ausdruck ins Deutsche zu übersetzen, wissen wir nicht. Aber das wissen wir, daß für eine Anschauung, wonach eine notwendige Beschäftigung eines Freien unwürdig sein könnte, in dem mittelalterlichen Ideenleben kein Platz war. Es kann daher nirgends der Versuch gemacht worden sein, für das Wort liberalis ein seinem ursprünglichen Gedankeninhalt entsprechendes deutsches Wort zu finden. Man hielt sich mechanisch an das Wurzelwort: liber = frei. Wie sich für Wörter mit Bedeutungs-Mannigfaltigkeit oft eine Übersetzung als die schulmäßige herausbildet, so hatte sich für ars die Übersetzung mit Kunst festgesetzt ... Daraus erwuchs die Ausdrucksweise der »sieben freien Künste«.²⁴

Diese Abgrenzung eines Wissensstoffes gewann mit der Gründung von Universitäten im frühen Mittelalter wie etwa denjenigen von Bologna im Jahre 1048, Paris 1150, Oxford 1167 oder Salerno 1173 größere Bedeutung. Die Universitäten übernahmen den Unterricht in den sieben freien Künsten, den sie vorgefunden hatten, als studium generale in der Form eines Grundstudiums für die drei Fachrichtungen Theologie, Medizin und Jurisprudenz.²⁵ So bestimmte etwa Titel 46 der von *Friedrich II.* für das Königreich Sizilien und die unteritalienischen Gebiete im Edikt von Salerno aus der Zeit um 1240²⁶ geschaffenen Medizinalordnung: »Da die medizinischen Wissenschaften niemals gelernt werden können, wenn nicht vorher Kenntnisse in der Logik erworben sind, bestimmen wir, daß keiner

²¹ O. Jäger, Die Abgrenzung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb von den Einkünften aus selbständiger Arbeit in der Einkommensteuer und in der Gewerbesteuer, 1959, S. 36.

²² J. Taupitz (Fn. 6), S. 146.

²³ L. Michalski (Fn. 8), S. 18.

²⁴ J. Jastrow (Fn. 5), S. 2.

²⁵ Vgl. J. Jastrow (Fn. 5), S. 3 ff.; H. Hermann (Fn. 15), S. 39 ff.; W. Hummes, Die rechtliche Sonderstellung der freien Berufe im Vergleich zum Gewerbe, 1979, S. 31 f.; L. Michalski (Fn. 8), S. 18.

²⁶ Siehe zu dieser zeitlichen Einordnung J. Taupitz (Fn. 6), S. 212 mit den Erläuterungen und Nachweisen in seiner Fn. 10.

Medizin studieren soll, wenn er nicht vorher mindestens drei Jahre Logik studiert hat. Nach diesen drei Jahren steht es ihm frei, in der Weise zum Studium der Medizin voranzuschreiten, daß er fünf Jahre studiere und die Chirurgie, die ein Teil der Medizin ist, innerhalb der angegebenen Zeit mit erlerne.«²⁷ Die Medizin und auch die Jurisprudenz wurden also, obgleich sie als eigenständige und ehrbare Wissenschaften allgemein anerkannt worden waren, noch nicht in den engeren Kreis der klassischen *septem artes liberales* aufgenommen.²⁸ Erst später beanspruchten die in ihrer Zahl gewachsenen Fachstudien die Bezeichnung »*artes liberales*« für sich. Die »freien Künste« wurden auf diese Weise zum Wissenschaftsbegriff des Mittelalters.²⁹

Aus der zunächst universalen Ausbildung aller Studierenden in den *septem artes liberales* entwickelte sich ein wesentliches Merkmal für die späteren Freien Berufe: nämlich das Fehlen einer Einbindung der Angehörigen der »gelehrten« Berufe in die im Handwerk und Gewerbe bestehenden Zünfte, Gilden und Innungen³⁰; der »zunächst kleine, aber bald zunehmende Teil der Bevölkerung an Studierenden war zwar in die damalige Gesellschaft eingeordnet, schloß sich jedoch nur gelegentlich – und zwar vor allem aus Gründen des Rechtsschutzes – freiwillig den im Handwerk und Gewerbe bestehenden zünftigen Organisationen an«³¹. Das im Bewußtsein der Berufsangehörigen tief verwurzelte Bestreben nach »Freiheit vom Zunftzwang« setzte sich später als Forderung nach »Freiheit vom Staatszwang« fort und stützte zugleich das Postulat einer Abgrenzung vom (»niedereren«) Gewerbe.³² Zur Abgrenzung vom Gewerbe wurde beispielsweise für den Beruf des Anwalts im übrigen hervorgehoben, daß »der Erwerb bloßes Mittel, also Nebensache« sein und »der Würde eines so ehrenvollen Berufs untergeordnet sein« müsse³³.

²⁷ Deutscher Text nach W.-H. Hein/K. Sappert, Die Medizinalordnung Friedrichs II., 1957, S. 55.

²⁸ H. Hermann (Fn. 15), S. 39.

²⁹ Vgl. L. Michalski (Fn. 8), S. 18.

³⁰ Siehe zur Entstehung, zur Struktur und zu den Aufgaben der Zünfte eingehend J. Ziekow, Freiheit und Bindung des Gewerbes, 1992, S. 16 ff., 45 ff., 226 ff., 248 ff., 268 ff., 359 ff.

³¹ J. Taupitz (Fn. 6), S. 147.

³² J. Taupitz (Fn. 6), S. 147.

³³ Gutachten einer Kommission der »Gesellschaft der öffentlichen Anwälte« in Darmstadt, wiedergegeben von Bopp, Anwaltliche Verhandlungen, besonders über die Frage: Anwaltskammer, in: Anwalt-Zeitung 1844, S. 10 (11 f.). Siehe näher zur geschichtlichen Entwicklung der Besinnung auf das »Besondere« Freier Berufe zur Abgrenzung vom Gewerbe J. Taupitz (Fn. 6), S. 132 ff.

III. Kampf um die »Freiheit vom Staatszwang« im 18. und 19. Jahrhundert

Die Forderung nach »Freiheit vom Staatszwang« ist als Reaktion auf die gesteigerte staatliche Inpflichtnahme einiger noch heute als klassisch freiberuflich geltender Berufe zu Ende des 18. und Beginn des 19. Jahrhunderts zu verstehen; darin kann zugleich der »Auslöser« für die Sonderung der Freien Berufe gesehen werden.³⁴

1. Staatliche Inpflichtnahme von Anwälten, Ärzten und Apothekern

Trotz der Verschiedenheit der partikularen Regelungen in den einzelnen Teilen Deutschlands lassen sich zunächst für die *Anwälte* Übereinstimmungen in der Abhängigkeit vom Staat feststellen: Diese Abhängigkeit war gekennzeichnet »durch die staatliche Ernennung (und zwar häufig nach Bedürfnis oder nach dem Ermessen der Regierung), die Möglichkeit der Versetzung sowie die Unterwerfung unter richterliche Kontrolle und Disziplinargewalt bis hinein in das Privatleben«.³⁵ Besonders ausgeprägt war die Abhängigkeit in *Preußen*: Dort wurden die Aufgaben der Anwaltschaft durch die Justizreform des Großkanzlers *v. Carmer*, die ihren Abschluß durch die »Allerhöchste Königliche Cabinets-Order die Verbesserung des Justitz-Wesens betreffend« vom 14. April 1780³⁶ und das durch Patent vom 26. April 1781³⁷ als neue Prozeßordnung eingeführte Corpus Juris Fridericianum fand, auf die beamteten und festbesoldeten Assistenzräte übertragen; diese Räte hatten ein richterliches Amt im Justizkollegium und wurden der Partei vom Gericht zur Aufklärung des Sachverhalts beigeordnet.³⁸ Weil sich diese Form der Rechtsberatung jedoch nicht bewährt hatte, wurden später »Justizcommissarien« eingeführt, welche nach der Allgemeinen Gerichtsordnung für die Preußischen Staaten vom 7. Juli 1793 an die Stelle der Assistenzräte traten.³⁹ Obwohl die Bindung der Justizkommissare an den Staat etwa durch die Abschaffung der Beamtenbesoldung und die Einführung einer Gebührenordnung gelockert

³⁴ *J. Taupitz* (Fn. 6), S. 113 f.

³⁵ *J. Taupitz* (Fn. 6), S. 114.

³⁶ *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum*, Bd. 6, 1781, Nr. XIII, Sp. 1935 ff.

³⁷ *Novum Corpus Constitutionum Prussico-Brandenburgensium Praecipue Marchicarum*, Bd. 7, 1786, Nr. XVIII, Sp. 249 ff.

³⁸ Siehe zu dieser Entwicklung näher *R. v. Gneist*, *Freie Advocatur*, 1867, S. 7 ff.; *A. Weißler*, *Die Umbildung der Anwaltschaft unter Friedrich dem Großen*, 1891; *dens.*, *Geschichte der Rechtsanwaltschaft*, 1905, S. 347 ff.; *F. Ostler*, *Der deutsche Rechtsanwalt*, 1963, S. 7 f.; *L. Müller*, *Die Freiheit der Advocatur*, 1972, S. 10 ff.; *C. Grabl*, *Die Abschaffung der Advocatur unter Friedrich dem Großen*, 1994, S. 103 ff.; *A. Krämer*, *Die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts*, in: *NJW* 1995, S. 2313.

³⁹ Siehe dazu *R. v. Gneist* (Fn. 38), S. 11 f.; *E. Döhring*, *Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500*, 1953, S. 115; *J. Taupitz* (Fn. 6), S. 115.