

DR. JUR. ERNST BOXBERG

RECHTSANWALT
FACHANWALT FÜR MEDIZINRECHT

Rechtsanwalt Dr. E. Boxberg, Müllerstraße 27, 80469 München

Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder)
Herrn Prof. Dr. Hartmut Schröder
Große Scharrnstrasse 59

15230 Frankfurt (Oder)

28.09.2009/Dr.B.-aw/

80469 MÜNCHEN
MÜLLERSTRASSE 27
TELEFON (089) 2 31 81 40
TELEFAX (089) 26 67 57
MOBIL 01 72-7 32 29 14
e-mail: info@dr-boxberg.de
website: www.dr-boxberg.de

Steuer-Nr. 144 / 159 / 70766
Finanzamt München I
USt-IdNr. DE129609372

STADTSPARKASSE MÜNCHEN
907-255 608, BLZ: 701 500 00

POSTBANK MÜNCHEN
2255 20-802, BLZ: 700 100 80

HypoVereinsbank München
6 060 546 485, BLZ: 700 202 70

Urteil des Bundesverwaltungsgerichts i.S. Physiotherapie – Ein Schritt zurück?

Im Jahre 2008 wurden vor deutschen Verwaltungsgerichten ca. 30 Prozesse geführt mit dem Ziel, Physiotherapeuten die selbstständige Ausübung ihrer beruflichen Heilkunde zu gestatten, ohne dass hierzu zunächst eine legitimierende ärztliche Verordnung vorliegen müsse. Die Therapeuten beanspruchten für sich den „First Contact“, d.h. die staatliche Anerkennung für ihr Recht, einen Patienten untersuchen und behandeln zu dürfen, ohne dass hierfür eine behandlungsführende ärztliche Verordnung vorliegen müsse. Diese Forderung entstand nicht aus dem Nichts. Vor mehr als einem Jahrzehnt hatte das Oberverwaltungsgericht Niedersachsen (8 M 6826/95) entschieden, dass der Masseur und med. Bademeister selbstständig und nicht nur im Rahmen des ärztlichen Delegierungsrechts Patienten behandeln dürfe (wie die Vorinstanz angenommen hatte), und das Bundessozialgericht (B 3 KR 13/00 R) hatte festgestellt, dass ein klinischer Linguist auch eine geschützte Berufsbezeichnung tragen könne, wenngleich ihm diese nicht aufgrund eines Gesetzes, sondern durch Verleihung seines Berufsverbands zuerkannt worden war. Das Landgericht Kiel (16 O 75/06) hatte die Fußreflexzonenmassage als verordnungsfreie therapeutische Leistung anerkannt, und das Schleswig-Holsteinische Oberlandesgericht (6 U 9/06) hatte geurteilt, dass ein Therapeut selbstständig behandeln könne, wenn er nur seinen Patienten darauf hinweisen würde, dass seine Behandlung die ärztliche Untersuchung und die ärztliche Heilkundeleistung nicht ersetze. Es gab eine Vielzahl von gerichtlichen Entscheidungen, die (oft in nur diffuser Weise) darauf hindeuteten, dass der Therapeut auch das Recht des First Practiker Conditioners besitze.

Vor gut 1 ½ Jahren wollten es daraufhin die Therapeuten wissen, wie ihr beruflicher Status sei und klagten gegen die diesen Status verweigernden Gesundheitsämter. Die Gesundheitsbehörden wollten die Therapeuten in einer arztabhängigen Position sehen, wer wolle, der *könne ja zusätzlich die Heilpraktikerprüfung ablegen*. Es gab zwei verschiedene Prozesstrategien. Die eine (aus der Sicht des Unterfertigten nicht sinnvolle) Strategie bestand darin, das vermeintliche Recht des Patientenerstkontaktes aufgrund rein tatsächlicher und rechtlicher Überlegungen anzustreben. Die andere Strategie wollte dasselbe Ziel, allerdings mit wissenschaftlichen Gutachten erreichen, mit welchen sicher festgestellt wurde, dass die klagenden Therapeuten auf eine sog. kenntnisvermittelnde Ausbildung zurückblicken könnten, die es gänzlich außer Zweifel stellte, dass von der Behandlung der Therapeuten irgendeine Gefahr für den behandelten Patienten oder die Volksgesundheit herrühren könne. Die vorgelegten Gutachten stammten von fachlich hochqualifizierten Universitätslehrern und einer Universität selbst und sagten u.a. aus, dass Physiotherapeuten und Masseur und med. Bademeister in ihrem Fachgebiet z.T. besser mit Wissen und fachlichen Erkenntnissen ausgestattet seien als Ärzte des gleichen Fachbereichs.

Das Prozessgeschehen zeigte sich insgesamt als erfolgreich¹. Auch die Entscheidungen in der Berufungsinstanz (soweit sie vor den Oberverwaltungsgerichten Rheinland-Pfalz und Baden-Württemberg geführt wurden) vermittelten höchste Zuversicht, wengleich die Entscheidungen in ihrer Begründung etwas auseinandergingen². Man hätte vielleicht versuchen sollen, in allen Bundesländern obsiegende Urteile der zweiten Instanz des Verwaltungsrechtszuges anzustreben. Stattdessen ging der Prozessführer des ohne stützende Gutachten geführten Prozesses mit der unterlegenen Behörde und auf Antrag dieser Behörde direkt zum Bundesverwaltungsgericht³. In diesem Verfahren entschied das Bundesverwaltungsgericht nicht mehr im Sinne der klagenden Therapeuten. Das schriftliche Urteil liegt noch nicht vor. In einer vorläufig veröffentlichten Pressenotiz wird vom Bundesverwaltungsgericht mitgeteilt, dass „*das Berufsbild des Physiotherapeuten ... ebenso wie andere Gesundheitsberufe auf eine Krankenbehandlung nach ärztlicher Verordnung ausgerichtet*“ ist, und damit werden die medizinischen Fachberufe⁴ wieder zu medizinischen Assistenzberufen gestempelt. Das Bundesverwaltungsgericht räumt den klagenden Therapeuten jedoch auch das Recht ein, in ihrem beruflichen Betätigungsfeld eine **sektorale Heilpraktikerprüfung** ablegen zu dürfen. Damit wird das Heilpraktikerwesen um viele kleine sektorale Heilpraktikererlaubnisse aufgespalten, eine Rechtsansicht, die die beklagten Gesundheitsämter aus rechtsdogmatischen Gründen als nicht begehbar bestritten hatten.

¹ Prozesse vor den Verwaltungsgerichten Ansbach, Stuttgart, Gießen, Oldenburg, Düsseldorf, Wiesbaden wurden gewonnen

² Das OVG Rheinland-Pfalz sprach dem klagenden Therapeuten das Recht auf eine sektorale Heilpraktikererlaubnis im Bereich ihres Berufes zu, ohne die Heilpraktikerprüfung ablegen zu müssen; der Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg erkannte den Therapeuten das Recht des First Access zu, ohne ihnen die sektorale Heilpraktikererlaubnis zu vermitteln, *weil das Heilpraktikergesetz für die klagenden Physiotherapeuten gar nicht anwendbar sei*.

³ Dies geschah in einer sog. Sprungrevision

⁴ z.B. Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Hebammen, etc.

Was besagt dies im praktischen Berufsleben (soweit man aus den bis jetzt veröffentlichten Gründen etwas Aussagekräftiges mitteilen kann)? Der Physiotherapeut, aber auch die Mitglieder anderer medizinischer Fachberufe können ihre Patienten nur behandeln, wenn eine legitimierende und die Arbeitsweise vorzeichnende ärztliche Verordnung vorliegt. Dies gilt in gleicher Weise für den Physiotherapeuten mit Fachschulabschluss wie auch für den Bachelor oder Master als Hochschulabschluss. Die Mitglieder der medizinischen Fachberufe können sich jedoch einer sektoralen Heilpraktikerprüfung unterziehen und nach erfolgreichem Abschluss ohne jedwelchen ärztlichen Erstkontakt den Patienten empfangen, ihn diagnostizieren und behandeln. Die sektorale Heilpraktikerprüfung darf sich daher nur auf das Betätigungsumfeld des jeweiligen medizinischen Fachberufers erstrecken. Sie muss auch das als bereits gekannt und beherrscht berücksichtigen, was der Berufsträger in seinem erlernten fachmedizinischen Beruf wissen musste und in seinem Examen als sicheres Wissen nachgewiesen hat. Und was bedeutet dies für die Gesundheitsämter? Sie müssen für jeden medizinischen Fachberuf Curricula ausarbeiten, in denen für den jeweiligen Beruf prüfungsrelevante Themen ausgearbeitet werden, aber jeweils unter der Berücksichtigung, welche Dinge der zu prüfende Therapeut in seinem Beruf bereits erlernt hat und welche Dinge in seinem Beruf überhaupt zur Anwendung kommen können.

Die Gesundheitsämter hatten schon in den Verwaltungsgerichtsprozessen als Gründe ihres klageabweisenden Antrages mitgeteilt, dass auf sie eine nicht zu bewältigende Arbeit zukäme, wenn die Kläger mit ihren Klagen Erfolg hätten. In diesem Falle hätten die Gesundheitsämter zwar keine Personen zu prüfen gehabt, die erfolgreich einen medizinischen Fachberuf erlernt haben, denn diese Leute wollten ja ihre Heilpraktikererlaubnis ohne erneute Heilpraktikerprüfung zuerkannt bekommen. Sie hätten allerdings die Personen im jeweiligen Berufsbild eines medizinischen Fachberufs zu prüfen gehabt, die eine sektorale Heilpraktikererlaubnis beantragt hätten, ohne den entsprechenden Beruf nachweislich erlernt zu haben. Genau wie jetzt ein Bürger auf die Gesundheitsämter zukommt und die Heilpraktikererlaubnis begehrt, ohne Arzt zu sein, hätten also nur im beruflichen Umfeld Personen das Recht gehabt, auf die Gesundheitsämter zuzugehen und in einem bestimmten sektoralen Ausschnitt des Medizinberufs eine Erlaubnis zu beantragen. Jetzt muss sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts allerdings auch jeder Träger eines medizinischen Fachberufs dieser Prüfung unterziehen. Die Einstellung der Gesundheitsämter, jetzt schon mit Arbeit ausreichend eingedeckt zu sein und dieselbe beim Hinzukommen einer sektoralen Heilpraktikererlaubnis in der Physiotherapie nicht mehr bewältigen zu können, wurde durch die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts konterkariert. Was die Gesundheitsämter schon im Bereich der Physiotherapie nicht mehr meinten, bewältigen zu können, müssen sie jetzt in vielen zusätzlichen Bereichen wie Ergotherapie, Logopädie, Physiotherapie, etc. bewältigen. Daher nimmt es kaum Wunder, dass Antragsteller für eine sektorale Heilpraktikererlaubnis in der Physiotherapie momentan gebeten werden, mit einem solchen Antrag in ca. einem Jahr noch einmal zu erscheinen. Dabei

übersehen die entsprechend aussagenden Gesundheitsämter jedoch, dass Untätigkeit bereits nach einigen Monaten gerichtlich beanstandet und behördliche Betätigung eingefordert werden kann. Wie kann man als Behörde und damit als Staat in einer solchen Situation zu Recht kommen? Bestimmt nicht durch Vertröstung! Man könnte allenfalls einigen nicht durch behördliche Schwerfälligkeit belasteten Institutionen das Recht zuerkennen, im Rahmen einer beruflichen Ausbildung eines medizinischen Fachberufs die Tätigkeit mit zu erledigen, die nach dem vielfach missglückten Heilpraktikergesetz und seiner Durchführungsverordnung (noch nicht einmal eindeutig) der Behörde zugewiesen wurde. Hier kämen vor allen Dingen die zum Gesundheitsberuf ausbildenden Universitäten in Frage.

Wie kann man die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beurteilen? Es ist sicherlich ein Schritt, der in die Vergangenheit zurückführt. Medizinische Fachberufe, wie die Berufe der Physiotherapeuten, Logopäden, Ergotherapeuten, Hebammen und vieler anderer, aber auch die nicht reglementierten Berufe wie Motopäde, Osteopath, Atemtherapeut, Kinesiologe befinden sich auf dem Vormarsch. Träger dieser Berufe wurden und werden z.T. an Universitäten ausgebildet⁵. Sie sind z.T. in das Leistungsprogramm der gesetzlichen Krankenkassen eingebunden⁶. Sie sind fachlich so gut ausgebildet, dass sie in ihrem erlernten Fach nach Feststellung der eingeholten Universitätslehrer-Gutachten besser ausgebildet sind als die Fachärzte desselben Fachgebietes. Die nun wieder von einer ärztlichen Verordnung in ihrer beruflichen Betätigung abhängig zu machen, heißt, sie im Berufssozialleben in einen Assistenzberuf zurückzustufen. Eine Rechtfertigung könnte sich allenfalls aus dem verheerend missglückten Heilpraktikergesetz ergeben, welches in der Absicht geschaffen wurde, den Beruf des Heilpraktikers zu beseitigen, was allerdings durch das Inkrafttreten unserer Verfassung unterbunden wurde. Das Heilpraktikergesetz musste in den vergangenen 70 Jahren immer wieder durch höchst richterliche Rechtsprechung nachgebessert werden⁷. Die Nachbesserung des Heilpraktikergesetzes wäre auch jetzt noch möglich und sinnvoll gewesen, und es ist leider nicht eingetreten, was der bekannte Direktor des Instituts für Rechtsmedizin der LMU München, Prof. Dr. Paul Bockelmann schon 1966 prophezeit hatte: Das Ende des Heilpraktikergesetzes!

- Rechtsanwalt -

Dr. Ernst Boxberg

Fachanwalt für Medizinrecht

⁵ Osteopathen, Motopäden, Linguisten, Musiktherapeuten, etc.

⁶ Hatha-Yoga, Tai-Chi und Qi-Gong

⁷ Es überlässt die heilkundliche Prävention jedem medizinischen Laien, beschränkt die Heilkunde auf Ärzte und Heilpraktiker, obwohl nachweisbar und nach der eigenen Definition des Gesetzes Berufsträger wie Physiotherapeuten, Ergotherapeuten, Logopäden, Hebammen, ebenso die Heilkunde ausüben.