Nr. 13 (Spezialisierte ambulante Palliativversorgung) sowie Abschnitt D Nr. 7 (Stationäre Hospizleistung). Der kostengünstigere Standard- bzw. Basistarif war damit in Bezug auf die Palliativversorgung umfassender als die sonstigen Tarife der privaten Krankenversicherer.

Besonderheiten gelten außerdem für Beamte. Soweit die Bundesbeihilfeverordnung anwendbar ist, sind gemäß § 40 BBhV die Aufwendungen für spezialisierte ambulante Palliativversorgung und stationäre oder teilstationäre Versorgung in Hospizen beihilfefähig. Abhängig vom Dienstherrn und dem einschlägigen Beihilferecht besteht in unterschiedlichem Umfang ein Anspruch auf Beteiligung an den Kosten der SAPV oder der Hospizversorgung. Den verbleibenden Teil der Kosten decken die Beihilfeberechtigten in der Regel durch eine private Krankenversicherung ab, so dass auch hier bei fehlender Aufnahme der Leistungen in die Versicherungsverträge der privaten Krankenversicherer ein Kostenrisiko für den Versicherten besteht.

E. Aussichten

Die Problematik der fehlenden Ansprüche in den Versicherungsverträgen wird sich in Zukunft weiter deutlich entschärfen. Im Jahre 2013 hatten lediglich drei Versicherer die stationäre Hospizversorgung und kein Versicherer hatte die SAPV in ihre Bedingungen aufgenommen.[35] Mittlerweile ist eine deutliche Veränderung erkennbar. Bereits einige der Krankenversicher haben ihre Allgemeinen Versicherungsbedingungen bzw. die jeweiligen Tarifbedingungen geändert und die Ansprüche rechtsverbindlich in den Tarifen verankert, um den Entwicklungen im Gesundheitswesen Rechnung zu tragen. Es bleibt zu erwarten, dass in den kommenden Monaten weitere Versicherer die Leistungen aufnehmen, um im Wettstreit um die Versicherten zu bestehen.

35 Befragt wurden 23 private Krankenversicherer, womit 95,5 % des Marktes abgedeckt sind, vgl. *Deutsche Stiftung Patientenschutz*, Weißbuch 2013 (Fn. 1), S. 41.

Neuro-Enhancement und Schönheitsoperationen – Berufsrechtliche Zulässigkeit und sozialrechtliche Rahmenbedingungen

von Prof. Dr. Constanze Janda, Heidelberg*

Der menschliche Körper ist vielgestaltig, ebenso wie sich Persönlichkeit und geistige Fähigkeiten individuell unterscheiden. Ungeachtet dieser naturgegebenen Vielfalt strebt so mancher nach einem perfekten Erscheinungsbild oder unbeschränkter geistiger Leistungsfähigkeit. Während die Möglichkeiten und Grenzen der plastischen Chirurgie bereits seit längerer Zeit erörtert werden, ist die Verbesserung von Konzentration und Gedächtnisleistung durch Neuro- oder Psychopharmaka eine vergleichsweise neue Entwicklung. Das so genannte Neuro-Enhancement[1] kommt, anders als die plastische Chirurgie,[2] mit rein medikamentösen Interventionen aus; die Körpersubstanz selbst wird nicht angetastet.[3] Gemeinsam ist beiden Varianten der wunscherfüllenden Medizin jedoch das Fehlen jeder medizinischen Indikation.[4] Die Bereitschaft, den gesunden Körper medizinischen Maßnahmen zu unterziehen, wirft zahlreiche ethische Fragen auf, ist aber auch rechtswissenschaftlich zu bewältigen. Der Beitrag untersucht die berufsrechtliche Zulässigkeit von ästhetischen Operationen und Neuro-Enhancement (A.) und zeigt die darauf bezogenen Leistungspflichten der gesetzlichen Krankenkassen (B.) auf. Straf-[5] und haftungsrechtliche[6] Fragen werden dagegen nicht thematisiert.

A. Berufsrechtliche Aspekte

Das Grundrecht der Berufsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG vermittelt Ärzten das Recht, jedwede medizinische Dienstleistung anzubieten.[7] Sie sind aber keine Gewerbetreibenden, sondern Angehörige eines freien Berufes, § 1 Abs. 2 BÄO.[8] Ihre wirtschaftliche und dienstleisterische Freiheit wird durch das ärztliche Berufsrecht konturiert und beschränkt. Eingriffe in den Schutzbereich der freien Berufsausübung sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG legitimiert, wenn sie dem Schutz allgemeiner öffentlicher Interessen dienen, geeignet und verhältnismäßig sind, also nicht über das zur Erreichung des Ziels Notwendige hinausgehen.[9]

* Prof. Dr. Constanze Janda, SRH Hochschule Heidelberg. Die Abhandlung beruht auf einem Vortrag, den die Autorin im Rahmen eines Workshops auf dem Richter- und Staatsanwältetag im April 2014 in Weimar gehalten hat.

1 Teilweise werden auch Begriffe wie »Hirndoping« verwendet, dazu *Repantis*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 63; *Gärditz*, PharmR 2011, 46 (46); *Krämer*, MDK forum 3/2010, 5 (5); *Kunz*, MedR 2010, 471 (472).

2 Zu den ästhetisch motivierten Schönheitsoperationen, aber auch anderen Formen der »body modification" ausführlich *Prehn*, NZS 2010, 260 (260 f.).

3 *Lindner*, MedR 2010, 463 (463) fasst den Begriff des Neuro-Enhancement weiter und subsumiert jedwede von außen wirkende Beeinflussung des Gehirns, beispielsweise auch durch genetische Veränderungen oder elektromagnetische Stimulation. Zu den vielfältigen Möglichkeiten auch *Groß*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 87 ff. In diesem Beitrag soll das medikamentöse Enhancement im Vordergrund stehen.

4 *Eberbach*, MedR 2011, 757 (764).

5 Dazu ausführlich *Merkel*, ZStW 121 (2009) 919.

6 Dazu ausführlich *Lorz*, Arzthaftung bei Schönheitsoperationen, 2007.

7 *Lindner*, MedR 2010, 463 (467).

8 Als Angehörige eines freien Berufes agieren Ärzte persönlich und fachlich unabhängig, können also – ungeachtet ihres arbeitsrechtlichen Status – ihrer Tätigkeit im Kern weisungsfrei nachgehen, § 1 PartGG. Ausführlich Schelling in *Spickhoff*, Medizinrecht, § 1 BÄO, Rn. 6 f.; *Wollersheim*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 6 Rn. 83; *Ratzel/Knüpper*, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, § 5 Rn. 15.

9 St. Rspr. seit BVerfGE 7, 377 (»Apothekenurteil"). Ausführlich *Ruffert*, in: Epping/Hillgruber, GG, Art. 12 Rn. 87 ff.; *Scholz*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 Rn. 335 ff.

I. Grundlagen und Ziele des ärztlichen Berufsrechts

Das Berufsrecht, welches seinen Niederschlag in der Bundesärzteordnung (BÄO) sowie den Berufsordnungen der Landesärztekammern gefunden hat, dient der Sicherung der Integrität des Arztberufs. Die dort verankerten Regelungen sollen eine hohe Qualität der medizinischen Versorgung gewährleisten und das Vertrauen der Patienten in die ärztliche Tätigkeit stärken.[10] Neben den Vorgaben zum Arzt-Patienten-Verhältnis enthält die Musterberufsordnung (MBO) der Bundesärztekammer, die als Basis für einheitliche Regelungen der Landesärztekammern dient, auch Regelungen zum Verhalten der Ärzteschaft untereinander. Zwar entfaltet das Berufsrecht keine Außenwirkung. Patienten haben daher keinen unmittelbaren Anspruch auf seine Einhaltung.[11] Verstöße werden über die aufgrund der Landesgesetze über die Heilberufe bei den Verwaltungsgerichten eingerichtete Berufsgerichtsbarkeit geahndet und können als ultima ratio gar den Entzug der Approbation nach sich ziehen.[12] Die berufsrechtlichen Pflichten geben damit einen klaren Rahmen für das ärztliche Tätigwerden vor.

II. Aufgaben des Arztes, § 1 Abs. 1 BÄO und Heilauftrag, § 1 Abs. 2 MBO

Nach § 1 Abs. 1 BÄO sind Ärzte nicht nur dem einzelnen Patienten, sondern der Gesundheit des gesamten Volkes verpflichtet. Die Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit sind oberste Richtschnur ihres Handelns. Die Vorgaben der Musterberufsordnung bieten ein ähnliches Bild. § 1 Abs. 2 MBO definiert die wichtigste Pflicht[13] der Ärzte unter anderem darin, Leben zu erhalten, Leiden zu lindern, die Gesundheit zu schützen und wiederherzustellen. Dabei sind sie – so das Gelöbnis, welches in der Präambel der Musterberufsordnung (MBO) seinen Ausdruck gefunden hat – bei aller fachlichen Ungebundenheit dem Gebot der Achtung der Menschlichkeit und Menschenwürde und ihrem Gewissen unterworfen. Der Heilauftrag beinhaltet eine Untersuchungs- und Behandlungspflicht. Die Zulässigkeit ärztlicher Interventionen ist aber weder an bestimmte Krankheitsbilder noch an bestimmte Methoden gebunden.

Der Terminus »Gesundheit« beinhaltet einen unbestimmten Rechtsbegriff. Ihn zu definieren heißt, den Rahmen zulässigen ärztlichen Handelns abzustecken. Der Wortlaut des § 1 Abs. 2 MBO deutet nicht zwingend auf die Vereinbarkeit der wunscherfüllenden Medizin mit dem Heilauftrag hin.[14] Es kommt somit wesentlich darauf an, ob ästhetische Abweichungen oder eine aus Sicht des Patienten ungenügende neuronale Leistungsfähigkeit dessen Gesundheit beeinträchtigen oder ob es sich um nicht behandlungsbedürftige, da dem Zustand des gesunden Menschen entsprechende Umstände handelt. Aus medizinischer Sicht ist ein Mensch gesund, wenn Organe wie Organismus uneingeschränkt funktionieren und weder subjektiv noch objektiv körperliche, geistige oder seelische Veränderungen vorliegen.[15] Die bloße Unzufriedenheit mit dem Äußeren oder dem Konzentrations- und Denkvermögen dürfte die Gesundheit als solche nicht beeinträchtigen, wenngleich sie im Einzelfall den Tatbestand des »Leidens« erfüllen mögen. Widmen sich Ärzte über den kurativen – und damit traditionell ihre Tätigkeit umschreibenden – Aspekt der Verbesserung des äußeren Erscheinungsbildes oder der neuronalen Leistungsfähigkeit des Menschen, treten sie jedenfalls kaum mehr als Angehörige eines Heilberufs auf. Eher agieren sie als Dienstleistende auf dem freien Markt.[16] Denn die wunscherfüllende Medizin dient nicht einmal der Prävention. Sie weist gerade keinen Bezug zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit auf: Heilbehandlungen sind denknotwendig an eine medizinische Indikation gekoppelt.[17]

Indes ist die Aufzählung des § 1 Abs. 2 MBO nicht als abschließender Kanon zu verstehen. Auch über den in dieser Norm verankerten Kern ihrer Aufgaben hinaus sind Ärzte berechtigt, medizinische Leistungen, insbesondere solche der wunscherfüllenden Medizin anzubieten.[18] Auf das Vorliegen einer Krankheit oder auf das Anliegen, den Gesundheitszustand des Patienten zu verbessern, kommt es nicht zwingend an. Dies gründet nicht zuletzt in der verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie aus Art. 2 Abs. 1 GG in ihrer Ausprägung als vertragliche Handlungsfreiheit, die Ärzten wie Patienten das Recht vermittelt, Verträge über die medizinische Optimierung von Körper und Geist abzuschließen.[19] Damit sind auch Schönheitsoperationen oder Methoden des Neuro-Enhancement dem Grunde nach vom Berufsrecht gedeckt.

III. Einzelne berufsrechtliche Pflichten

Die Anforderungen an das ärztliche Verhalten werden durch die weiteren Regelungen der MBO konkretisiert.

1. Pflicht zur gewissenhaften Berufsausübung

Nach § 2 Abs. 1 MBO sind Ärztinnen und Ärzte ihrem Gewissen, den Geboten der ärztlichen Ethik und der Menschlichkeit verpflichtet. Die Generalpflichtenklausel[20]

10 *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 252 ff.; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rn. 10; *Wollersheim*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, a.a.O., § 6 Rn. 80; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, II. 4.

11 Nach *Wollersheim*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, a.a.O., § 6, Rn. 109 resultieren aus den berufsrechtlichen Pflichten gegenüber den Patienten entsprechende Ansprüche der Patienten gegen ihren Arzt. Das Berufsrecht ist jedoch Ausprägung des Selbstverwaltungsrechts der verkammerten Berufe. Dies bedeutet nicht, dass die Regelungen für Patienten gänzlich ohne Bedeutung wären, sind sie doch als »allgemein anerkannter fachlicher Standard" i.S.v. § 630a II BGB zu werten und damit bei der Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe des Zivilrechts heranzuziehen.

12 *Janda*, Medizinrecht, S. 120.

13 *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rn. 50.

14 *Eberbach*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 19.

15 *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 27 SGB V, Rn. 14.

16 Instruktiv *Kirchhof*, ZMGR 2010, 210 ff.

17 *Prehn*, NZS 2010, 260 (260); *Gärditz*, PharmR 2011, 46 (47); *Kern*, in Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rn. 27; *Kern/Richter*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 129. Kritisch im Hinblick auf die Differenzierung zwischen »Heilung" und »Verbesserung" des Menschen *Beck*, MedR 2006, 95, 97.

18 *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1 MBO, Rn. 2; *Janda*, Medizinrecht, S. 113; im Ergebnis auch *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rn. 9; anders offenbar *Beck*, MedR 2006, 95, 97.

19 Der Anwendungsbereich des nunmehr in §§ 630a ff. BGB geregelten Behandlungsvertrags ist daher auch für medizinisch nicht indizierte Maßnahmen eröffnet, *Schreiber*, in: Schulze, BGB, § 630a Rn. 2; *Mansel*, in: Jauernig, BGB, § 630a Rn. 5; *Katzenmeier*, NJW 2013, 817 (Fn. 15); *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 14 Rn. 32; *Janda*, Medizinrecht, S. 124; *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 882.

20 *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 MBO, Rn. 1.

des § 2 Abs. 2 MBO beinhaltet das Gebot der gewissenhaften Ausübung des Arztberufs und die Achtung des vom Patienten entgegengebrachten Vertrauens. Die grundsätzliche berufsrechtliche Zulässigkeit der wunscherfüllenden Medizin birgt folglich keinen Freibrief für grenzenloses Behandeln oder gar Experimentieren. Die therapeutische Freiheit wird vielmehr durch die notwendige Würdigung der medizinischen und medizinethischen Vertretbarkeit der einzelnen Maßnahmen beschränkt. Ärzte sind damit auch außerhalb des hergebrachten Kerns ihrer kurativen Tätigkeit an die lex artis gebunden. Ihnen steht aufgrund ihrer Therapiefreiheit – auch diese ist ein spezifischer Aspekt der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG – zwar die freie Wahl der Behandlungsmethoden offen. Sie sind jedoch gehalten, den aktuellen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse zu berücksichtigen und den Patienten nur solche Behandlungen angedeihen zu lassen, die dem »Prinzip des sichersten Weges« genügen.[21] Keinesfalls dürfen sie Methoden anwenden, die geeignet sind, dem Patienten Schaden zuzufügen.[22]

2. Gesteigerte Aufklärungspflichten in der wunscherfüllenden Medizin

Nach § 8 MBO steigen die Anforderungen an die Aufklärung über Risiken und Folgen, je weniger eine Behandlung medizinisch indiziert ist.

a) Aufklärung über medizinische Aspekte

Ärzte haben ihren Patienten zunächst die fehlende medizinische Notwendigkeit der wunscherfüllenden Maßnahme vor Augen zu führen.[23] Sie müssen eingehend darüber informieren, ob der vom Patienten begehrte Erfolg – den als »gewiss zuzusichern« wiederum einen Verstoß gegen berufsrechtliche Pflichten bedeutet, vgl. § 11 Abs. 2 S. 2 MBO![24] – überhaupt erreichbar ist[25] und welche Folgen eine Medikation oder ein chirurgischer Eingriff nach sich ziehen kann. Über die Wahrscheinlichkeit des Auftretens von Nebenwirkungen, Unverträglichkeiten, Narben, Schmerzen oder Wundheilungsstörungen ist der Patient ebenso zu informieren wie über das Risiko des Fehlschlagens der gewählten Methode.[26] Die Aufklärung muss, anders als bei medizinisch indizierten Maßnahmen, »schonungslos« und »in aller Härte« erfolgen.[27]

Diese gesteigerte Aufklärungspflicht liegt darin begründet, dass die Behandlung objektiv weder notwendig noch erforderlich ist. Sie ist allein durch die Einwilligung des Patienten – der in dieser Konstellation wohl eher als »Kunde« zu bezeichnen ist[28] – ausgelöst und legitimiert. Der Patient muss sich daher in besonderem Maße darüber klar sein, ob er die Risiken von Eingriffen in seinen gesunden und funktionsfähigen Organismus in Kauf nehmen möchte. Von Bedeutung ist dies nicht nur bei kosmetischen Operationen, die im schlimmsten Fall weitere »Entstellungen« nach sich ziehen können.[29] Gleiches gilt für das Neuro-Enhancement, dessen (Neben)Wirkungen und Folgen (noch) nicht hinreichend abschätzbar sind.[30]

b) Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte

Neben der medizinischen Aufklärungspflicht steht die in § 12 MBO normierte Aufklärung über wirtschaftliche Aspekte der Behandlung. Ärzte sind danach gehalten, die Patienten umfassend über die von ihnen selbst zu tragenden Kosten zu informieren. Sie haben explizit und unaufgefordert darauf hinzuweisen, ob die gesetzliche Krankenversicherung die Behandlungskosten im konkreten Fall tragen wird bzw. ob die Kostenübernahme in Zweifel steht.[31] Die Aufklärungspflicht erstreckt sich darüber hinaus auf die vom Patienten selbst zu tragenden Kosten im Falle von Komplikationen, die einen behandlungsbedürftigen Zustand zur Folge haben.[32] Das Unterlassen der wirtschaftlichen Aufklärung führt – neben der berufsgerichtlichen Ahndung entsprechend den Vorgaben der Heilberufegesetze der Länder – zum Verlust des Vergütungsanspruchs gegen den Patienten.[33]

3. Achtung des Selbstbestimmungsrechts der Patienten

§ 7 Abs. 1 S. 1 MBO verpflichtet Ärzte zur Achtung des Selbstbestimmungsrechts ihrer Patienten. Dieses wird durch den in der Menschenwürdegarantie gründenden Anspruch auf Achtung des Willens und der eigenen Persönlichkeit (Art. 1 Abs. 1 GG) und der damit einhergehenden Handlungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) determiniert. Die Grundrechte gelten im Arzt-Patienten-Verhältnis zwar nicht unmittelbar, werden aber durch die Bezugnahme im berufsethischen Pflichtenkanon gleichwohl verbindliches Maß der ärztlichen Berufsausübung.

Gegen die Freiheit des Einzelnen, seinen Körper und Geist mithilfe (legal verfügbarer) Medikamente oder durch Operationen zu optimieren, ist als solche wohl kaum etwas einzuwenden.[34] Ob ein solches Verhalten von einigen oder

---

21 *Janda*, Medizinrecht, S. 324; *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 958.

22 *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 MBO, Rn. 3.

23 *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 1152.

24 *Kern/Richter*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 136.

25 *Eberbach*, MedR 2011, 757 (764).

26 Zum Ganzen *Janda*, Medizinrecht, S. 116; *Terbille*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, a.a.O., Medizinrecht, § 1, Rn. 53 mit zahlreichen Nachweisen aus haftungsrechtlicher Sicht. Die zivilrechtlichen Grundsätze sind in das Berufsrecht der Ärzte übernommen worden, *Wollersheim*, in: Terbille/Clausen/Schroeder-Printzen, a.a.O., § 6 Rn. 125.

27 OLG München, Urt. v. 19.9.1985 – 24 U 117/85 (juris); OLG Oldenburg, Urt. v. 25.3.1997 – 5 U 186/96 (juris); OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.10.1997 – 8 U 102/96 (juris); OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 89 (90); OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 – 3 U 263/05 (juris). So auch die Literatur, vgl. nur *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 1152; *Kern/Richter*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, a.a.O., S. 131: »absolut vollständige (Brutal)Aufklärung".

28 *Eberbach*, MedR 2011, 757 (764).

29 BGH NJW 1991, 2349 (2349); OLG Köln NJW-RR 1992, 986 (986 f.); OLG München NJW-RR 1994, 20 (20); OLG Düsseldorf NJW-RR 2003, 1331 (1332); OLG Hamm, Urt. v. 29.3.2006 – 3 U 263/05 (juris).

30 Dazu *Kunz*, MedR 2010, 471 (474 f.).

31 Zu dieser Frage ausführlich unter B.

32 Dies ist in § 52 Abs. 2 SGB V angeordnet. Dazu ausführlich unter B.IV.1. *Krüger/Helml*, GesR 2011, 584 (586); a.A. *Schelling*, MedR 2004, 422, 424.

33 OLG Stuttgart, NJW-RR 2002, 1604 (1605); *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 1155.

34 *Lindner*, MedR 2010, 463 (466); *Eberbach*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, a.a.O., S. 32. Dies gilt freilich nur im Hinblick auf die Selbstbestimmung über den eigenen Körper, nicht aber beispielsweise für die Einwilligung der Eltern in die »Verbesserung" von Körper und Geist ihrer Kinder, *Beck*, MedR 2006, 95, 100; *Kern*, NJW 1994, 753 (754).

großen Teilen der Gesellschaft missbilligt wird, ist ohne Belang.[35] Das Selbstbestimmungsrecht reicht jedoch nicht so weit, dass Patienten daraus ein Recht auf konkrete Leistungen ableiten könnten. Der wunscherfüllende Aspekt von Neuro-Enhancement und Schönheitschirurgie wirkt folglich nicht absolut. Dies verdeutlicht auch § 7 Abs. 2 MBO, wonach Ärzte – abgesehen von Notfällen – das Recht zur Ablehnung von Behandlungen haben.[36] Gestützt wird dieser Umstand nicht zuletzt durch § 11 MBO, der Ärzte zur gewissenhaften Versorgung ihrer Patienten mit geeigneten (!) Untersuchungs- und Behandlungsmethoden verpflichtet. Steht die Selbstwahrnehmung eines Patienten im Hinblick auf seinen Körper oder seine geistigen Kräfte im Widerspruch zum Leitbild des gesunden Menschen, müssen und dürfen Ärzte dessen Behandlungswünschen keineswegs blind Folge leisten.

4. Einhaltung der Grenzen des eigenen Fachs

Generell darf der Arztberuf erst nach Erteilung der Approbation ausgeübt werden, § 2 Abs. 1 BÄO. Diese setzt den erfolgreichen Abschluss des medizinischen Studiums sowie die – charakterliche wie gesundheitliche – Zuverlässigkeit des Arztes voraus.[37] Die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung erfordert darüber hinaus gemäß §§ 95 Abs. 2 S. 1, 95a I SGB V die Weiterbildung zum Allgemeinmediziner oder Facharzt. Damit soll die besondere Qualifikation der in der Versorgung gesetzlich versicherter Patienten tätigen Ärzte sichergestellt werden.[38] Die MBO schweigt zu diesen besonderen Qualifikationsnachweisen. Jedoch enthalten die Heilberufegesetze der meisten Bundesländer ein Verbot der ärztlichen Tätigkeit außerhalb der Facharztgrenzen.[39] Jeder Arzt darf danach nur in dem Fachgebiet Patienten versorgen, in dem er eine Facharztprüfung erfolgreich abgelegt hat. In der Praxis findet diese Vorgabe jedoch nicht stets Beachtung. Namentlich kosmetische Eingriffe werden häufig nicht von Chirurgen, sondern von Zahnärzten oder Gynäkologen angeboten.[40]

Das berufsrechtliche Gebot der Einhaltung der Fachgebietsgrenzen ist vom BVerfG als schwerwiegender Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Abs. 1 GG gewertet worden. Dieser sei nur zulässig, wenn es lediglich als »allgemeine Richtlinie« verstanden und zudem sehr weit ausgelegt werde.[41] Normzweck sei nicht etwa der Schutz des Vertrauens der Patienten in die durch das erfolgreiche Ablegen der Facharztprüfung dokumentierten Kenntnisse und Fähigkeiten des Arztes. Vielmehr ziele das Gebot darauf, dass die »Nebentätigkeit« die Qualität der Arbeit im angestammten Fachgebiet nicht beeinträchtigt.[42] Die Approbation berechtige den Arzt, sämtliche Maßnahmen vorzunehmen, zu denen die Approbation befähigt. Da diese unabhängig vom Erwerb einer Facharztqualifikation erteilt wird, sei das Interesse des Patienten am Vorhandensein besonderer Qualifikationen nicht gesondert geschützt.[43]

Im Ergebnis ist dem BVerfG zuzustimmen, verpflichtet doch bereits das Gebot der gewissenhaften Berufsausübung Ärzte dazu, die Grenzen des eigenen Könnens zu erkennen und zu beachten. Wenden sich Patienten mit einem wunschmedizinischen Anliegen an einen nicht entsprechend ausgewiesenen Arzt, liegt dies auch in ihrer eigenen Verantwortung. Der Arzt muss, wenn er nur über geringe Erfahrungen mit einer bestimmten Methode verfügt, im Aufklärungsgespräch darauf hinweisen. Schließlich kann die Vortäuschung von nicht vorhandenen Fähigkeiten und Kenntnissen auch durch das berufsrechtliche Verbot irreführender Werbung[44] angemessen geahndet werden.[45] Eine Verletzung der Grenzen des Fachgebiets wirkt sich damit lediglich im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung aus und ist in der wunscherfüllenden Medizin gänzlich irrelevant, führt sie doch zum Ausschluss der (ohnehin nicht gegebenen[46]) Abrechnungsfähigkeit der erbrachten Leistungen zulasten der Krankenkassen.[47]

IV. Schlussfolgerungen

Aus der Gesamtschau der berufsrechtlichen Vorgaben ergibt sich damit kein grundsätzliches berufsrechtliches Verbot, Leistungen der wunscherfüllenden Medizin zu erbringen. Ärzte treffen jedoch gesteigerte Sorgfaltspflichten.

1. Berufsrechtliche Zulässigkeit von Schönheitsoperationen

Eingriffe der kosmetischen Chirurgie mögen zwar gesellschaftlich durchaus diskutiert werden, etwa im Hinblick auf die ethische Vertretbarkeit, ein vermeintlich abweichendes Äußeres einem – womöglich dem Zeitgeist unterworfenen – Ideal anzupassen. Klar ist, dass Ärzte den Wunsch nach einer Schönheitsoperation nicht aktiv hervorrufen dürfen. Geht die Initiative aber vom Patienten aus, beschränkt sich die Aufgabe des Arztes auf eine umfassende und kritische Aufklärung

35 Ausführlich *Gärditz*, PharmR 2010, 46 (49 f.). Den freiheitlichen Charakter betont ein »Memorandum" für die Zulassung von Neuro-Enhancement, verknüpft diesen aber auf m.E. fragwürdige Weise und unter Ausblendung jedweder Nebenwirkungen oder physischer wie psychischer Suchtgefahren mit dem Gedanken der Chancengerechtigkeit: Die allgemeine Freigabe von Neuro-Enhancern führe zu besseren Teilhabechancen der Menschen »aus benachteiligten sozialen Schichten", die sich diese Präparate bislang nicht leisten können. Das Memorandum ist abrufbar unter https://www.wissenschaft-online.de/sixcms/media.php/976/Gehirn_und_Geist_Memorandum.pdf

36 Teilweise wird für die Ablehnung von Patienten ein sachlicher Grund gefordert. Die Ausführungen beziehen sich dabei jedoch stets auf Patienten, die an einer behandlungsbedürftigen Krankheit leiden, vgl. *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 14 Rn. 12.

37 Ausführlich *Janda*, Medizinrecht, S. 99; *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 164; *Schelling*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 BÄO, Rn. 1 ff.; *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rn. 15.

38 *Hess*, in: KassKomm, SGB V, § 95a Rn. 2; *Pawlita*, in: jurisPK-SGB V, § 95a Rn. 9.

39 *Igl/Welti*, Gesundheitsrecht, Rn. 174; *Hahn/Sendowski*, NZS 2011, 728 (728).

40 So die Konstellation in BSGE 106, 91 (Fettabsaugung durch Gynäkologen) sowie in BVerfG NZS 2012, 62 (Einsetzen von Brustimplantaten durch einen Mund-Kiefer-Gesichtschirurgen).

41 BVerfGE 33, 125 (168); BVerfG, NZS 2012, 62 (63).

42 Nimmt ein Arzt nur gelegentlich Behandlungen vor, mit denen er die Grenzen seines Fachs überschreitet, liegt darin keine Verletzung berufsrechtlicher Pflichten. Das BVerfG hat einen Umfang von 5 % der Gesamttätigkeit nicht beanstandet, BVerfG NZS 2012, 62 (63) zustimmend *Bonvie*, jurisPR-MedizinR 2/2011 Anm. 1.

43 BVerfG NZS 2012, 62 (64). Dazu kritisch *Hahn/Sendowski*, NZS 2011, 728 (730).

44 Dazu ausführlich *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rn. 73 ff.; *Ratzel/Knüpper*, in: Ratzel/Luxenburger, Handbuch Medizinrecht, § 5 Rn. 206 f.; *Janda*, Medizinrecht, S. 118.

45 BVerfG NZS 2012, 62 (63).

46 Dazu eingehend unter B.I, B.II., B.III.

47 BSGE 84, 290; *Steinhilper*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 17 Rn. 28 sowie *Pawlita*, in: jurisPK-SGB V, § 95 Rn. 52 m.w.N.

und Abwägung der Risiko-Nutzen-Relation für den Patienten sowie auf die fachgerechte Ausführung des Eingriffs. Bei der Entscheidung, ob der Arzt die gewünschte Behandlung überhaupt übernimmt, sollte er auch die Frage von Ursache und Wirkung einbeziehen: Wird die ästhetische Operation das Leiden des Patienten lindern oder steht zu befürchten, dass sich nach Behebung des einen vermeintlichen Makels ein anderer als störend entpuppt?

2. Berufsrechtliche Zulässigkeit des Neuro-Enhancement

Maßnahmen des Neuro-Enhancement werden derzeit weitaus heftiger diskutiert als kosmetische Operationen. Die Bandbreite der ethischen Bedenken ist weit und reicht von den Gefahren von Persönlichkeitsveränderungen[48] bis hin zur Beeinträchtigung der Chancengleichheit durch Einnahme entsprechender Substanzen vor Prüfungen.[49] Der »gesamtgesellschaftliche Tugenderhalt«[50] ist indes nicht Schutzgut des Berufsrechts, das in § 1 Abs. 1 BÄO wie § 1 Abs. 2 MBO explizit auf die Gesundheit der Bevölkerung abstellt.

Auch arzneimittelrechtliche Aspekte beeinflussen die berufsrechtliche Bewertung. Die Verschreibung von Arzneimitteln zum Zweck des Doping im Sport ist nach §§ 6a, 95 Abs. 1 Nr. 2a AMG verboten.[51] Daraus lässt sich im Umkehrschluss ableiten, dass Doping zu anderen Zwecken – de lege lata – nicht verboten, sondern von der Therapiefreiheit gedeckt ist, sofern die Risiko-Nutzen-Relation gewahrt bleibt.[52] Letztere zu beurteilen, kann sich jedoch als problematisch erweisen: Die arzneimittelrechtliche Zulassung von Medikamenten ist auf ein oder mehrere bestimmte Indikationen beschränkt, die der pharmazeutische Unternehmer in seinem Zulassungsantrag explizit aufgeführt hat, § 22 Abs. 1 Nr. 6 AMG. Dies gründet in dem Bedürfnis, die Patientensicherheit zu gewährleisten. Zugelassen werden nur solche Arzneimittel, deren pharmakologische Wirksamkeit und Unbedenklichkeit gerade in Bezug auf bestimmte Anwendungsgebiete durch Studien nachgewiesen sind, § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 AMG. Die für das Neuro-Enhancement verwendeten Medikamente sind zur Behandlung von psychischen Erkrankungen wie Demenz, Alzheimer, Narkolepsie oder Depressionen,[53] nicht aber zur Optimierung der Denk- und Konzentrationsfähigkeit zugelassen. Verordnen Ärzte Medikamente zum Zwecke des Neuro-Enhancement, liegt daher ein off-label use vor.[54] Wirksamkeit und Unbedenklichkeit der Anwendung des Arzneimittels außerhalb der in der Zulassung angegebenen Indikation sind indes nicht empirisch in klinischen Studien nachgewiesen. Dies gilt für sämtliche Arzneimittel, die zum Zweck des Neuro-Enhancement verwendet werden. Diese sind zwar fundiert getestet, jedoch nur im Hinblick auf die für die Zulassung beantragte Indikation. Die Wirkung als »Dopingmittel« ist nicht systematisch untersucht. Sie wäre im Übrigen auch nicht zulassungsfähig, da die Zulassung stets auf die Behandlung einer Krankheit oder die Linderung ihrer Auswirkungen abstellt, wie nicht zuletzt aus dem Terminus »therapeutische Wirkung« in § 25 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 AMG erkennbar ist.[55]

Fehlt es in Gänze an der Zulassung für das Inverkehrbringen in der Bundesrepublik bzw. in der Europäischen Union,[56] ist die Anwendung von Arzneimitteln ausgeschlossen. Ausnahmen werden lediglich in den eng umgrenzten Fällen des compassionate use zugelassen, wenn Patienten an einer zu einer »schweren Behinderung führenden Erkrankung leiden oder deren Krankheit lebensbedrohend ist«, vgl. § 21 Abs. 2 Nr. 6 AMG.[57] Diese Möglichkeit steht für das Neuro-Enhancement nicht offen, da es an der lebensbedrohlichen Komponente sowie dem Krankheitsbezug fehlt. Eine Verordnung nicht zugelassener Medikamente ist aufgrund der eindeutigen arzneimittelrechtlichen Regelungen nicht mit dem Gebot der gewissenhaften Berufsausübung vereinbar.

Da die Langzeitwirkungen des off-label use zum Zwecke des Neuro-Enhancement nicht hinreichend erforscht sind, sind Ärzte berufsrechtlich zu einer besonders gründlichen Abwägung zwischen Risiko und Nutzen verpflichtet. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf die Suchtgefahr der verwendeten Arzneimittel.[58] So ist beispielsweise die Verabreichung anaboler Steroide aufgrund einer »psychosozialen Indikation« als Verstoß gegen die gewissenhafte Berufsausübung gewertet worden, da mit diesen Medikamenten Gefahren und Nebenwirkungen verbunden sind, die völlig außer Verhältnis zu dem durch ihren Einsatz erzielten Nutzen stehen.[59]

B. Sozialrechtliche Aspekte

Steht die grundsätzliche berufsrechtliche Zulässigkeit wunscherfüllender medizinischer Maßnahmen damit fest, stellt sich die Frage nach der Kostentragung. Diese mag sich aus Sicht des Patienten als durchaus wichtiges Kriterium bei der Entscheidung für oder gegen entsprechende Behandlungen erweisen.

I. Der Versicherungsfall des Krankenversicherungsrechts

Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung zielen gemäß § 1 SGB V auf die Erhaltung oder Wiederherstellung der Gesundheit bzw. die Verbesserung des Gesundheitszustands der Versicherten. Auch die in § 11 Abs. 1 SGB V normierten Leistungsarten weisen einen Bezug zum gesundheitlichen Zustand des Versicherten auf.

48 Ob und in welchem Ausmaß sich die Persönlichkeit des Patienten verändert, wenn er Medikamente zum Neuro-Enhancement einnimmt, ist noch nicht hinreichend geklärt. Dazu *Gärditz*, PharmR 2010, 46 (50). Kritisch wegen der Unbestimmtheit des Begriffs der Persönlichkeitsveränderung einerseits und dem grundrechtlich geschützten Recht des Einzelnen auf Entfaltung, also auch und gerade Veränderung der Persönlichkeit *Lindner*, MedR 2010, 463 (469).

49 Dazu ausführlich *Kunz*, MedR 2010, 471 (474).

50 *Gärditz*, PharmR 2010, 46 (51).

51 *Nickel*, in: Kügel/Müller/Hofmann, AMG, § 6a Rn. 16.

52 *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 77 f.

53 *Repantis*, in: *Wienke/Eberbach/Kramer/Janke*, a.a.O., S. 70; *Glaeske*, MDK forum 3/2010, 10 (10 f.).

54 Zum Begriff *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 69 f.

55 *Gärditz*, PharmR 2010, 46 (47 f.); *Heßhaus*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 25 AMG, Rn. 11.

56 Die Medikamente zur Behandlung von psychischen und kognitiven Erkrankungen, die als Neuro-Enhancer eingesetzt werden, werden häufig über Umwege aus dem Ausland erworben, *Krämer*, MDK forum 03/2010, 5 (6).

57 Dazu ausführlich *Litz*, Off-Label-Use von Arzneimitteln, S. 69; *Jäkel*, PharmR 2009, 323.

58 *Lindner*, MedR 2010, 463 (469). Zum Suchtpotenzial der zum Neuro-Enhancement eingesetzten Medikamente – freilich aus juristischer Sicht – *Gärditz*, PharmR 2010, 46, 51.

59 BezirksberufsG Stuttgart, MedR 2000, 105 (106).

Sie umfassen Maßnahmen zur Verhütung von Krankheiten und deren Verschlimmerung, zur Früherkennung sowie zur Behandlung von Krankheiten. Der Begriff der Krankheit ist im Gesetz nicht definiert. Es existieren verschiedene Klärungsansätze.[60]

1. Subjektiver Krankheitsbegriff

Nach dem subjektiven Definitionsansatz[61] liegt eine Krankheit vor, wenn sich der Versicherte selbst als krank empfindet. Daraus einen Anspruch auf Krankenbehandlung herzuleiten, ginge zu weit: Die Einschätzung und der Wille des Patienten können keine konkreten leistungsrechtlichen Ansprüche auslösen. Zu bedenken ist freilich, dass jede ärztliche Behandlung durch eine subjektive Empfindung ausgelöst wird. Der Arzt wird erst tätig, wenn er vom Patienten aufgesucht wird, d.h. wenn dieser sich selbst krank fühlt. Ein weiteres subjektives Element des Krankheitsbegriffs liegt darin, dass der Arzt das Vorliegen einer Krankheit diagnostiziert. Die Diagnose ist nicht allein subjektiver Natur, hat sich der Arzt doch an die allgemeinen wissenschaftlichen Erkenntnisse zu halten, so dass sein persönlicher Eindruck vom Patienten aufgrund objektiver Leitlinien und Kriterien zu bewerten ist. Subjektiv empfundene ästhetische Abweichungen oder eine vermeintlich geringe Konzentrations- und Denkfähigkeit sind daher nicht ohne Weiteres als krankhaft einzustufen.

2. Gesundheitsbegriff der WHO

Auch der an objektiven Merkmalen ansetzende Gesundheitsbegriff der WHO hilft nicht weiter. Danach ist Gesundheit als Zustand völligen körperlichen, seelischen und sozialen Wohlbefindens, nicht aber als bloße Abwesenheit von Krankheit zu verstehen. Patienten, die mit ihrem Äußeren unzufrieden sind, fehlt es sicher an diesem Zustand völliger Zufriedenheit.[62] Sind sie damit aber als nicht mehr gesund, also krank anzusehen, sodass ihnen ein versicherungsrechtlicher Anspruch auf eine operative Korrektur zuzusprechen ist? Der weite Gesundheitsbegriff der WHO ist daher ebenso wie der subjektive Krankheitsbegriff untauglich, um den Leistungsanspruch gesetzlich versicherter Patienten einzugrenzen.[63]

3. Objektive Definitionsansätze der Rechtsprechung

Das BSG sieht den Versicherungsfall der Krankheit dann als gegeben an, wenn der Körper- oder Geisteszustand regelwidrig vom Leitbild des gesunden Menschen abweicht, der ärztlichen Behandlung bedarf und/oder Arbeitsunfähigkeit zur Folge hat.[64]

a) Behandlungsbedürftigkeit und/oder Arbeitsunfähigkeit

Insbesondere letzteres Kriterium berücksichtigt den Rechtscharakter der nach dem SGB V zu erbringenden Leistungen: Es handelt sich um einen Zweig der Sozialversicherung, welche den versicherten Personenkreis – i.e. die abhängig Beschäftigten – bei der Bewältigung sozialer Risiken zu unterstützen hat. Solche sozialen Risiken sind dadurch definiert, dass sie die Versicherten an der Ausübung einer Erwerbstätigkeit und damit am Erwerb ihres Lebensunterhalts hindern.[65] Ziel der gesetzlichen Krankenversicherung ist damit einerseits die Kompensation des Entgeltfortfalls und andererseits die Wiederherstellung der Arbeitsfähigkeit. Nicht geschuldet ist dagegen eine »Rundumversorgung«.[66]

b) Regelwidriger Zustand

Dass die wunscherfüllende Medizin nicht vom Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung erfasst ist, zeigt auch die Definition des regelwidrigen Zustands. Damit ist nicht jede Abweichung vom »lehrbuchmäßigen« Erscheinungsbild des menschlichen Körpers gemeint.[67] Vielmehr setzt der Leistungsfall eine Beeinträchtigung der Körperfunktionen voraus.[68] Daran fehlt es beim Neuro-Enhancement, denn dieses zielt auf eine Änderung des Normalzustands des gesunden Menschen, um eine optimale Gehirnfunktion zu erreichen.[69] Auch bei kosmetischen Abweichungen sind die Körperfunktionen normal. Das BSG spricht diesen nur dann Krankheitswert zu, wenn sie entstellend wirken und dadurch Teilhabe am Leben in der Gemeinschaft gefährden.[70] Ob der Tatbestand der Entstellung erfüllt ist, richtet sich nicht nach dem subjektiven Empfinden des Versicherten, sondern unterliegt entsprechend der notwendigen objektiven Überprüfbarkeit der Leistungsvoraussetzungen nach dem SGB V der gerichtlichen Kontrolle.[71] Ästhetische Abweichungen, die nicht mit einer Funktionsstörung einhergehen, weisen nach der gefestigten Rechtsprechung des BSG nur dann Krankheitswert auf, wenn sie gleichsam »im Vorbeigehen bemerkbar« seien und eine »beachtliche Erheblichkeit« aufweisen.[72] Dies ist beispielsweise bei fehlendem Kopfhaar einer Frau der Fall,[73] nicht aber bei fehlenden Augenbrauen und Wimpern.[74] Eine zu kleine Brust erfüllt das Kriterium ebenso wenig[75] wie eine asymmetrische Brust, zumal insofern kein einheitlicher Normalzustand auszumachen ist.[76] Generalisierend lässt sich festhalten, dass Körperteile und -regionen, die in der Regel durch Kleidung bedeckt sind, auch im Falle ihrer Abweichung vom Normalzustand nicht entstellend wirken.[77] Krankheitswert

60 Ausführlich *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, § 2 Rn. 1 ff.; *Janda*, Medizinrecht, S. 72 ff.; *Eichenhofer*, SGb 1994, 501 ff.

61 Vgl. die Nachweise bei *Janda*, Medizinrecht, S. 72 f.

62 Präambel der Verfassung der Weltgesundheitsorganisation vom 22.7.1946, abgedruckt in *Franzkowiak*, Dokumente der Gesundheitsförderung, S. 96 ff.

63 Gleiches gilt für rein medizinische Definitionen, *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 27 SGB V, Rn. 14.

64 BSGE 13, 134, 136; BSGE 26, 240 (242); BSGE 35, 10 (12); BSGE 72 96 (98); BSGE 85, 36 (38); BSGE 93, 252 (252 f.); BSG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 2. Kritisch aus ethischer Sicht *Beck*, MedR 2006, 95, 97.

65 Dazu *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn. 157 ff.

66 Insofern ist die Kritik von *Beck*, MedR 2006, 95 (96 f.) an der fehlenden Einheitlichkeit des Krankheitsbegriffs in sämtlichen Rechtsgebieten nicht gerechtfertigt.

67 *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 27 Rn. 16; *Nolte*, in: KassKomm, SGB V, § 27 Rn. 12a; *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 27 SGB V, Rn. 17.

68 BSGE 30, 151, 153; BSGE 82, 158 (163).

69 *Beck*, MedR 2006, 95, 96; *Lindner*, MedR 2010, 463 (464); *Gärditz*, PharmR 2011, 46 (46).

70 BSGE 93, 94; 93, 252; BSGE 100, 119 (122); BSG SozR 4-2500, § 27 Nr. 2; BSG SozR 2200 § 182 Nr. 11.

71 BSG, SozR 3-1750 § 372 Nr. 1.

72 BSG, SozR 3-2500 § 33 Nr. 45; BSG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 2; BSGE 93, 252; 100, 119 (122).

73 BSG, SozR 3-2500 § 33 Nr. 45.

74 BSG, SozR 4-2500, § 27 Nr. 2; zustimmend *Meyerhoff*, jurisPR-SozR 17/2005 Anm. 3.

75 BSGE 93, 252.

76 BSGE 100, 119 (122).

77 *Fahlbusch*, in: jurisPK-SGB V, § 27 SGB V, Rn. 41. *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 27 Rn. 20 m. zahlr. Nachw. a.d. Rspr.

dessen Entstehen zufällig, zumindest aber ungewiss und nicht vom Versicherten unmittelbar beeinflusst ist. Zwar ist der Leistungsfall des SGB V insofern neutral definiert, dass es für den Anspruch des Versicherten gegen die Krankenkasse nicht darauf ankommt, inwieweit dieser – etwa durch eine ungesunde Lebensweise oder durch die Ausübung gefährlicher Sportarten – selbst zum Entstehen einer Krankheit beigetragen hat.[111]

Das Kausalprinzip sieht im Einzelfall gleichwohl eine genaue Hinterfragung der Gründe für den Eintritt des Leistungsfalls vor, nämlich immer dann, wenn der eigene Beitrag des Versicherten zum Eintreten des Versicherungsfalls allgemein missbilligt wird.[112] Dieser Gedanke prägt das gesamte Sozial(versicherungs)recht und ist daher nicht von vornherein systemfremd. So ist die bewusste oder willentliche Inkaufnahme der Arbeitslosigkeit nach § 159 SGB III mit einer Sperrzeit belegt. Ähnliches gilt im Grundsicherungsrecht. Dieses beruht zwar nicht auf der Versicherungstechnik, sondern gewährt steuerfinanzierte Leistungen, dies aber ebenfalls nur im Falle unverschuldeter Bedürftigkeit. Die bewusste Herbeiführung der Hilfebedürftigkeit gilt als Pflichtverletzung i.S.v. § 31 Abs. 2 Nr. 1 SGB II, die eine Sanktion nach sich zieht. Werden Leistungen der Grundsicherung zur Überbrückung der selbst verursachten Bedürftigkeit erbracht, hat der Empfänger diese nach § 34 Abs. 1 SGB II zurückzugewähren.

3. Verfassungsrechtliche Bewertung der Norm

Die Verfassungsmäßigkeit des Leistungsausschlusses nach § 52 Abs. 2 SGB V ist umstritten.

a) Unzulässige Einschränkung der Privatautonomie?

Zum einen könnte die Privatautonomie der Versicherten nach Art. 2 Abs. 1 GG verletzt sein, wenn die Kosten fehlgeschlagener Schönheitsoperationen nicht von der Solidargemeinschaft zu tragen sind. Dies zu bewerten erfordert jedoch eine Vergewisserung über den Schutzgehalt dieses Grundrechts. Zwar mögen sich einzelne Versicherte in ihrer Entscheidungsfreiheit gestört sehen, wenn sie den Preis für ein gewünschtes Produkt nicht selbst aufbringen können oder wollen. Indes schützt die Handlungsfreiheit nicht die Freiheit, auf Kosten anderer zu leben. Privatautonom zu agieren heißt, dies im Rahmen der eigenen Möglichkeiten zu tun. Zudem vermittelt Art. 2 Abs. 1 GG keinen Anspruch auf konkrete Leistungen der Sozialversicherung, welche den Gebrauch der Handlungsfreiheit zu flankieren hätten. Die Entscheidung für eine Entfernung gesundheitsgefährdender Implantate dürfte überdies nicht allein von finanziellen Aspekten abhängig gemacht werden, sondern wesentlich durch die Sorge um den eigenen Gesundheitszustand motiviert sein. Eine Beteiligung an den Kosten der Explantation beeinträchtigt die Entscheidungsfreiheit daher nicht absolut. Unverhältnismäßige Folgen für Versicherte, die an den Folgen nicht indizierter Eingriffe leiden, werden zudem durch das Auswahlermessen der Krankenkassen aufgefangen.[113]

b) Gleichheitsprobleme

Kritisiert wird vor allem die abschließende Aufzählung einiger weniger körpermodifizierender Maßnahmen in § 52 Abs. 2 SGB V, wiewohl die Palette gesundheitsschädigender Interventionen weitaus größer ist.[114] Die Kosten für die Beseitigung unerwünschter gesundheitlicher Folgen anderer Arten von Body Modifications werden folglich von den Krankenkassen getragen. Darin könnte ein Verstoß gegen den Gleichheitssatz nach Art. 3 Abs. 1 GG liegen. Zur Begründung wird angeführt, dass die in § 52 Abs. 2 SGB V getroffene Auswahl nicht nachvollziehbar sei. Der Gesetzgeber habe sich weder Gedanken über die Kosten verschiedener Body Modifications gemacht, noch deren mögliche nachteilige Folgen erwogen. Zudem seien die möglichen gesundheitlichen Schäden so ähnlich, dass eine Differenzierung nicht sachgerecht sei. Allein die Häufigkeit von Gesundheitsschädigungen sei kein geeignetes Kriterium, das eine Ungleichbehandlung sachlich rechtfertige.[115]

Der gesetzgeberische Spielraum lässt indes Pauschalierungen zu. Die exemplarische Regelung der häufigsten Erscheinungsformen körpermodifizierender Eingriffe ist durchaus zulässig,[116] zumal aus den geregelten Fällen – Tätowierungen, Piercings und Schönheitsoperationen – allein aufgrund ihrer Häufigkeit verhältnismäßig oft Gesundheitsschäden resultieren. Der Behandlungsanspruch der Versicherten bleibt trotz § 52 Abs. 2 SGB V erhalten, fordert die Regelung doch lediglich eine Kostenbeteiligung in angemessenem Umfang. Zu bedenken ist schließlich, dass nicht das Krankenversicherungsrecht der richtige Ort zum Ausgleich solcher Schäden ist. Nicht die Solidargemeinschaft, sondern der Verursacher ist nach dem Recht der Produkthaftung in der Verantwortung.[117] Freilich ließe sich der Verursacher auch im Wege des Regress über § 116 SGB X zu einem Ausgleich der den Krankenkassen entstandenen Kosten heranziehen. § 52 Abs. 2 SGB V verlagert aber zu Recht das Risiko der Nichtbeitreibbarkeit der Schadenersatzforderungen auf die Person, die ohne Not Eingriffe hat vornehmen lassen. Eigenverantwortung i.S.v. § 1 SGB V bedeutet eben auch, sich keinen gefährlichen Eingriffen auszusetzen, wenn es dafür keine gesundheitliche Veranlassung gibt.

C. Fazit

Der grundsätzlichen berufsrechtlichen Zulässigkeit der wunscherfüllenden Medizin steht keine entsprechende Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber. Diese entsteht erst, wenn Abweichungen vom Normalzustand Krankheitswert aufweisen. Dies ist im Fall des Hirndoping generell nicht, bei ästhetischen Abweichungen nur im Ausnahmefall gegeben. Zwar ist das Leistungsrecht des SGB V nicht statisch, sondern muss sich dem medizinischen Fortschritt anpassen. Die Krankenkassen haben ihren Versicherten daher auch neue und (noch) unkonventionelle Methoden

111 *Fahlbusch*, in: jurisPK-SGB V, § 27 SGB V, Rn. 32; *Reyels*, in: jurisPK-SGB V, § 52 Rn. 30; *Nolte*, in: KassKomm, SGB V, § 27 Rn. 10; *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 27 SGB V, Rn. 13.

112 *Prehn*, NZS 2010, 260 (263).

113 A.A. *Prehn*, NZS 2010, 260 (266), die fordert, den Krankenkassen insofern auch Entschließungsermessen einzuräumen.

114 *Prehn*, NZS 2010, 260 (264 f.); *Reyels*, in: jurisPK-SGB V, § 52, Rn. 113; *Eberbach*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, Die Verbesserung des Menschen, S. 22 f.; *Wienke*, in: Wienke/Eberbach/Kramer/Janke, a.a.O., S. 174; *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 52 Rn. 9.

115 *Prehn*, NZS 2010, 260 (265).

116 SG Berlin, Urt. v. 10.12.2013 – S 182 KR 1747/12 (juris).

117 Eine Haftung des TÜV, der die Implantate im Auftrag des Herstellerunternehmens geprüft und zertifiziert hatte, hat die Rechtsprechung abgelehnt, OLG Zweibrücken, Urt. v. 30.01.2014 – 4 U 66/13 (juris) mit zustimmender Anmerkung *Hofmann*, jurisPR-Medizinrecht 4/2014 Anm. 3.

zu leisten.[118] Der Kern des Krankenversicherungsrechts liegt jedoch nicht in der Optimierung des Selbst, sondern in der Vorbeugung, der Wiederherstellung des Gesundheitszustands im Falle einer Erkrankung sowie der Linderung von Krankheitsbeschwerden. Dieser Fokus sollte nicht zugunsten eines dem Zeitgeist unterworfenen Bedürfnisses nach »Wellness« aufgegeben werden.

118 Dies gilt freilich nur in den Grenzen des § 135 SGB V, der ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt etabliert und die Anwendbarkeit neuer Behandlungsmethoden von einer positiven Bewertung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss abhängig macht. Dazu und zu den durch das BVerfG etablierten Ausnahmen im Falle lebensbedrohlicher, regelmäßig tödlich verlaufender Erkrankungen statt vieler *Janda*, Medizinrecht, S. 86 ff.

Berichte

Tagungsbericht zum 5. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag

Thomas Wostry*

Am 8. November 2014 fand der 5. Düsseldorfer Medizinstrafrechtstag im Industrie-Club Düsseldorf statt. Die gemeinsame Veranstaltung des Instituts für Rechtsfragen der Medizin Düsseldorf und der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DeutschenAnwaltVerein stieß auch in diesem Jahr auf ein reges Interesse. Die Beiträge der Referenten werden gesondert veröffentlicht.

Zu **strafrechtlichen Risiken in der Chefarztambulanz** referierte im Auftakt Rechtsanwalt Dr. *Alexander Dorn*, Mainz. Nach einer Einführung in den Begriff der Chefarztambulanz, der keine gesetzliche Definition erfahren habe und daher im Wesentlichen über die Behandlung nichtstationärer Patienten durch den Chefarzt als Behandlungsvertragspartner charakterisiert sei, befasste sich *Dorn* mit den sozialrechtlichen Voraussetzungen der Ermächtigung von Krankenhausärzten gemäß § 116 SGB V. Im Zentrum seines Vortrages stand sodann die persönliche Leistungspflicht des ermächtigten Krankenhausarztes (vgl. u.a. § 32a Ärzte-ZV sowie §§ 4 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. 15 Abs. 1 Satz 1 BMV-Ä). Strafrechtliche Risiken bei einem Verstoß gegen diese Pflicht bestünden insoweit aufgrund der vertragsärztlichen Prüfverfahren und der Möglichkeit zur Unterrichtung der Staatsanwaltschaften gemäß § 81a Abs. 4 SGB V. An dieser Stelle nannte *Dorn* insbesondere mögliche Verzerrungseffekte in den Zeitprofilen bei der Ermächtigung zur Erbringung nur weniger EBM-Ziffern und eine mangelnde Dokumentation der Leistungserbringung als Fehlerquellen. Im Anschluss wandte er sich der eigentlichen Privatambulanz zu und referierte zunächst die privatrechtlichen Grundlagen der Abrechnung, der Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung und des Einsatzes Dritter; beispielsweise im Wege der Delegation oder der Vertretung. In Bezug auf die genaue Festlegung der Grenzen des Einsatzes Dritter bestehe ein (auch strafrechtliches) Risiko. Schließlich widmete *Dorn* der bekannten Entscheidung des *Ersten Strafsenats* des BGH vom 25.1.2012[1] Aufmerksamkeit und referierte deren wesentliche Aussagen.

Im Anschluss trug Professor Dr. *Michael Lindemann*, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie, Universität Bielefeld, zur **strafrechtlichen Haftung von Entscheidungsträgern im Krankenhaus** vor. Der Vortrag thematisierte einleitend die Rahmenbedingungen moderner Klinikorganisation, die im Spanungsfeld zwischen Ökonomisierung und Patientensicherheit jedenfalls das Risiko zur Ausbildung schadensgeneigter Organisationsstrukturen aufwiesen. *Lindemann* machte zudem darauf aufmerksam, dass eine Divergenz in der Inanspruchnahme von Klinikträgern und der patientennahen Behandlungsebene bestehe, weil erstere vornehmlich zivilrechtlich, die letztere dagegen auch strafrechtlich in die Haftung genommen werde. Auf dieser Grundlage leitete das Referat zu einem Überblick der empirischen Grundlagen organisationsbedingter Behandlungsfehler über. Die vorgestellten Studien wiesen einen grundsätzlich geringen Anteil organisationsbedingter sog. »adverse events« aus, von denen allerdings ein Großteil als vermeidbar eingeschätzt wurde. *Lindemann* wies zugleich darauf hin, dass man bei der Interpretation dieser Ergebnisse auch den sog. Rückschaufehler berücksichtigen müsse, der in der Nachlese durchaus zu einer Überbetonung der Vermeidbarkeit solcher Ereignisse führen könne. Anschließend setzte sich der Referent mit der Problematik begrenzter medizinischer Ressourcen auseinander und erachtete die Berücksichtigung dieser Limitierungen bei der Bestimmung des erlaubten Risikos als grundsätzlich relevant. Eine Anwendung wirtschaftlicher Begrenzungen auf die Behandlung im Einzelfall sei dagegen

* *Thomas Wostry* ist Rechtsreferendar bei dem Landgericht Düsseldorf und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsfragen der Medizin sowie Doktorand bei Prof. Dr. Helmut Frister, Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Heinrich-Heine-Universität Düsseldorf. Der Bericht gibt die persönliche Auffassung des *Verf.* wieder.

1 BGH, Beschl. v. 25.1.2012 – 1 StR 45/11, GuP 2012, 115 = NJW 2012, 1377; vgl. hierzu auch *Wostry*, Der Abrechnungsbetrug in der jüngeren Rechtsprechung, medstra – Zeitschrift für Medizinstrafrecht, erscheint *im Frühjahr 2015*.