

SCHLEIFENBAUM & ADLER

RECHTSANWÄLTE | NOTARE | FACHANWÄLTE

gegründet 1929

Schleifenbaum & Adler · Postfach 100862 · 57008 Siegen
RA Prof. Herbert Landau, BVR a.D.

Deutscher Bundestag -
Ausschuss für Gesundheit
Paul-Löbe-Haus
Konrad-Adenauer-Straße 1
10557 Berlin

Deutscher Bundestag
Ausschuss f. Gesundheit

Ausschussdrucksache
18(14)0204(5)
gel. VB zur öAnhörnung am 17.10.
2016_PSGIII
11.10.2016

Vorab per Email: ma01.pa14@bundestag.de

Datum: 05.10.2016
Ihr Zeichen:
Unser Zeichen: **1810/16 FS76 mw/D46/6**
Zuständig: Prof. Herbert Landau
Telefon: 0271 23270-0
E-Mail: info@schleifenbaum-adler.de

Ihr Geschäftszeichen: PA14-5410/090

**Öffentliche Anhörung für Verbände/Institutionen und
Sachverständige am Montag, den 17.10.2016**

Sehr geehrter Herr Vorsitzender,

der Verband der Osteopathen Deutschland e.V. hat mich beauftragt, zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung, 3. Pflegestärkungsgesetz/PSG III, BT-Drucksache 18/9518 sowie den dazugehörigen Änderungsanträgen, insbesondere der Fraktionen der CDU/CSU und SPD, Stellung zu nehmen.

I. Grundsätzlich wird der vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung und die dazu gestellten Änderungsanträge der Fraktionen von CDU/CSU und SPD begrüßt.

DR. HENRICH SCHLEIFENBAUM
Notar a.D., Rechtsanwalt
Fachanwalt für Steuerrecht
Lehrbeauftragter der Universität Siegen

INGOLF ADLER † 2014
Rechtsanwalt und Notar a.D.

MARTIN STOCK
Notar, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Arbeitsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

HANSJÜRGEN WLOSZCZYNSKI
Rechtsanwalt und Notar a.D.

ECKHARD SCHORMANN
Fachanwalt für Steuerrecht
Fachanwalt für Versicherungsrecht

UTE SCHORMANN
Fachanwältin für Familienrecht
Fachanwältin für Medizinrecht

DR. FLORIAN SCHELL
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

DR. JULIA TIELSCH
Notarin, Rechtsanwältin
Fachanwältin für Arbeitsrecht
Fachanwältin für gewerblichen Rechtsschutz
Fachanwältin für Handels- und Gesellschaftsrecht

DR. CHRISTIAN SCHLEIFENBAUM
zugleich Notariatsverwalter
Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht

ARNIM OSTEROD
Notar, Rechtsanwalt

EIK LÖFFELBEIN
Notar, Rechtsanwalt
Fachanwalt für Familienrecht

GRIT SCHNOBL
Fachanwältin für Verkehrsrecht
ADAC-Vertragsanwältin

CAROLYN DIENER
Fachanwältin für Miet- und Wohnungseigentumsrecht

MELANIE RÜDIGER
Fachanwältin für Verkehrsrecht

DR. STEPHAN LARS SONDE

MARCO DOMANN

als Of Counsel
PROF. HERBERT LANDAU
Bundesverfassungsrichter a.D.
Justizstaatssekretär a.D.
Richter am Bundesgerichtshof a.D.

Rechtsanwälte

Schleifenbaum & Adler
Hindenburgstraße 1, 57072 Siegen
Zweigstelle
Arnim Osterod, Rechtsanwalt
Weidenauer Straße 60, 57076 Siegen

Telefon 0271 23270-0
Telefax 0271 21759

info@schleifenbaum-adler.de
www.schleifenbaum-adler.de

MEMBER OF CONSULEGIS EWIV/EEIG
AN INTERNATIONAL ASSOCIATION
OF LAW FIRMS

Konten Schleifenbaum & Adler
Sparkasse Siegen · BIC WELADED1SIE
IBAN DE61 4605 0001 0001 1093 62
Volksbank Siegerland eG · BIC GENODEM1SNS
IBAN DE88 4606 0040 0772 7843 01
Deutsche Bank Siegen · BIC DEUTDE33HAN
IBAN DE87 4607 0024 0044 9504 00
Commerzbank Siegen · BIC COBADE33HAN
IBAN DE29 4604 0033 0822 2465 00

Die Zielsetzung des 3. Pflegestärkungsgesetzes, die kommunale Ebene zu stärken, weil diese im Rahmen ihrer Zuständigkeit ganz entscheidend zur Versorgung pflegebedürftiger Menschen beiträgt, findet die Zustimmung des Verbandes.

- II. Indes bestehen **erhebliche Bedenken** hinsichtlich des Änderungsantrages 33 der Fraktionen CDU/CSU und SPD, BT-Drucksache I 8/9518. Der Änderungsantrag 33 der Fraktion CDU/CSU und SPD ermöglicht eine Änderung der Aus-, Fort- und Weiterbildung von Physiotherapeuten im Bereich der Osteopathie durch Veränderung der Anlagen 1, 2 und 3 zu §1 Abs. 1 Buchstabe A, der Ausbildungs- und Prüfungsverordnung für Physiotherapeuten (PhysTh-APrV).

Ziel der Reform muss es sein, auch die Qualität im niederschweligen Bereich der Pflege zu sichern, anstatt sie, wie es diese Änderungsanträge bewirken, zu gefährden.

Den Verband der Osteopathen treibt die Sorge, dass die Urheber des Änderungsantrags die eminenten gesundheitspolitischen, rechtlichen und verfassungsrechtlichen Bedenken verkennen, wenn sie die physiotherapeutische Ausbildung wie geplant um die Osteopathie ergänzen.

Osteopathie ist kein Teil der Physiotherapie und schon gar nicht eine Erweiterung der Physiotherapie. Osteopathie und manuelle Therapie wie auch Physiotherapie haben einen grundsätzlich unterschiedlichen Ansatz- und Tätigkeitsumfang. Osteopathie wird als Heilkunde im Primärkontakt ausgeübt und nicht als Heilhilfsberuf auf Anordnung eines Arztes, wie es bei den Physiotherapeuten der Fall ist. Es mag sein, dass es Probleme im Bereich der physiotherapeutischen Ausbildung und der Ausübung der Physiotherapie gibt, wie etwa die schlechte Vergütung und Fachkräftemangel. Dies kann indes nicht dazu führen, Physiotherapie durch osteopathische Behandlung und gar Diagnose zu ergänzen, weil hierdurch die Vergütungsproblematik innerhalb der Physiotherapie nicht gelöst wird und darüber hinaus durch die Angliederung der Osteopathie als einer fachfremden Medizinform eine massive Gesundheitsgefährdung der Patienten und ein hohes medizinisches Risiko ausgelöst wird.

- III. Die den internationalen und europäischen Standards genügenden Ausbildungsinhalte von Osteopathen umfassen ein grundständiges Hochschulstudium von mindestens 240 Credits bzw. eine dem entsprechende Fachschulausbildung oder Weiterbildung von mindestens 4 Jahren und 1350 Stunden. Die Ausbildungsinhalte des Osteopathen und des Arztes decken sich in wesentlichen Punkten. Die Einzelheiten und der Vergleich mit der ärztlichen Ausbildung ergeben sich aus Anlage 1.

Anlage 1 **-Ausbildungsinhalte Osteopath/Arzt-**

Die Verfasser des Änderungsantrags haben offenbar ein grundlegend falsches Verständnis von Osteopathie. Osteopathie ist eine ganzheitliche umfassende Medizinform, die nicht durch physiotherapeutische Behandlungstechniken abgelöst oder ersetzt werden kann. Während die BAO-Richtlinien für die Weiterbildung 1350 Stunden Mindestausbildung vorschreiben, soll die durch den Änderungsantrag vorgeschlagene Ergänzung der Physiotherapeutenausbildung lediglich 60 Stunden „Osteopathie“ enthalten. Dies entspricht nicht einmal 4 % des derzeitigen Ausbildungsumfanges, die nach dem Verständnis des Verbandes, und vor allem nach international anerkannten Standards von der Ausbildung von Osteopathen erwartet wird.

Dies führt zu erheblichen gesundheitlichen Risiken und Beeinträchtigungen der Patienten und daher gerade auch pflegebedürftiger Menschen. Nach der in Anlage 2

Anlage 2 **-Gutachterliche Stellungnahme Prof. Dr. med. habil Karl Ludwig Resch-**

beigefügten Stellungnahme von Herrn Prof. Dr. Resch, Deutsches Institut für Gesundheitsforschung, versteht sich Osteopathie als eigenständiger medizinischer Ansatz. Die Ausbildungsstandards in der Osteopathie und derjenigen Osteopathen, die dem deutschen Verband angeschlossen sind – inzwischen über 4500 Mitglieder – zeichnen sich durch eine spezifische diagnostische Vorgehensweise und durch eine typischerweise nicht medikamentöse, manuelle Behandlung aus. Behandelt werden können dabei im Prinzip alle Strukturen des menschlichen Körpers, also der muskuloskeletale Bereich sowie innere Organe und Regulationssysteme. Das für die Osteopathie typisch befundorientierte Vorgehen erfordert profunde Kenntnisse in der osteopathischen Diagnostik somatischer Dysfunktionen, die kompetente therapeutische Entscheidung, die praktische Durchführung sowie ein umfassendes Wissen und Verständnis um die Grenzen des therapeutischen Ansatzes und nicht zuletzt um die Kontraindikation osteopathischer Interventionen.

-Anlage 2, s.o., Pkt. 4-

In der in der Anlage 2 beigefügten Stellungnahme sind Beispiele für dramatische Gesundheitsrisiken bei zu geringer fachlicher Kompetenz, etwa bei Osteoporose, begleitenden inneren Erkrankungen und malignen Erkrankungen.

-Anlage 2, s.o., Pkt. 6-

- IV. Kapitel 2 der WHO-Benchmarks 2010 beschreibt die international als notwendig erachteten Anforderungen an die Ausbildung zum Osteopathen.

-Anlage 2, s.o., Pkt. 4-

Es ist für ein international so anerkanntes Gesundheits- und Pflegesystem wie dem deutschen, **skandalös**, wenn diese Standards völlig außer Acht bleiben und stattdessen der Eindruck, wie durch den oben genannten Änderungsantrag 33 – erreicht wird, 60 Stunden „Osteopathie-Ausbildung“ für nicht akademische Berufe, wie den Physiotherapeuten, könnten den medizinischen Anforderungen genügen.

- V. Diese völlig unterschiedliche Sichtweise der Verfasser des Änderungsantrags von CDU/CSU und SPD einerseits und der aktuellen medizinischen Diskussion andererseits, erhellt aus den Beschlüssen der 89. Gesundheitsministerkonferenz aus dem Jahre 2016 zu TOP 6.2, Berufsgesetz Osteopathie. Dort wird das Bundesministerium für Gesundheit ausdrücklich aus **Gründen des Patientenschutzes** gebeten, zu prüfen, wie die durch verschiedene Gerichtsurteile entstandenen Rechtsunsicherheiten im Hinblick auf Voraussetzung, Finanzierungs- und Haftungsfragen der osteopathischen Leistungserbringung ausgeräumt werden können. In diesem Zusammenhang, so heißt in diesem Beschluss, sei auch zu prüfen, ob das Berufsbild des Osteopathen einer Reglementierung durch ein eigenes Berufsgesetz bedürfe. Der vorgelegte Änderungsantrag Nr. 33 der Fraktion von CDU/CSU und SPD widerspricht dieser Intention fundamental. Dieser Weg wird nicht zu der notwendigen Rechtssicherheit und Qualitätssicherung führen sondern wird osteopathische Behandlungen nicht qualifizierten Therapeuten anvertrauen und dadurch ein hohes Risiko und eine massive Gesundheitsgefährdung von Patienten und dabei auch von pflegebedürftigen Menschen auslösen. Der Verband der Osteopathen kann hinter dieser Intention des Änderungsantrags deshalb nur spezifische Berufsinteressen vermuten. Dies wird allerdings dazu führen – sollte der Änderungsantrag Gesetzeskraft erlangen-, dass die Bevölkerung über den Inhalt und die Möglichkeiten der osteopathischen Behandlung vollständig im Unklaren gelassen, ja sogar getäuscht wird.

Dadurch, dass gesetzliche Kassen diese Behandlungskosten übernehmen würden, entstünde nämlich bei Patienten zwangsläufig der Eindruck, eine sichere osteopathische Behandlung lege artis werde gewährleistet:

Dies ist falsch!

Die Rechtslage, die sich schon in dem Beschluss der Gesundheitsministerkonferenz aus dem Jahr 2016 andeutet, wird entgegen der Unterstellung des Änderungsantrags in seiner Begründung nicht gelöst sondern weiter verkompliziert und verunklart. Das Oberlandesgericht Düsseldorf wird zwar mit seinem Urteil vom 08.09.2015 (AZ I-20 U 236/13, 20 U 236/13) zitiert, indes bezog sich dieses Urteil auf Osteopathie als Heilkunde, die in der Form von mindestens 1350 Stunden gemäß der BAO-Richtlinien erlernt werden muss. Diese internationalen Standards entsprechende Ausbildung zur Osteopathie kann keinesfalls durch die bloße Eingliederung von 60 Stunden „Ausbildung“ in den Beruf des Physiotherapeuten erfolgen.

Die beigegeführten Gutachten von Prof. Dr. Andreas Spickhoff sowie von Universitätsprofessor Dr. Dieter Dörr

Anlagen 3 und 4 **-Rechtsgutachten Spickhoff und Dörr-**

zur Osteopathie als eigenständigem und regelungsbedürftigem Beruf und zur Frage, ob die Osteopathie als ein eigenständiger und regelungsbedürftiger Heilberuf mit Primärkontakt anzusehen ist, werden zu Ihrer Kenntnis übersandt. Sie zeigen überdeutlich, dass die vorgeschlagenen Regelungen des Änderungsantrages unter keinen Umständen einfachrechtlich, aber vor allem auch nicht **verfassungsrechtlichen Anforderungen** entsprechen können.

- VI.** Der Verband weist deshalb darauf hin, dass der Änderungsantrag erhebliche verfassungsrechtliche Probleme auslöst, weil er nicht nur die Eigenständigkeit des Berufsbildes der Osteopathen negiert sondern darüber hinaus die Verpflichtung des Gesetzgebers zum Schutz der Patienten und der pflegebedürftigen Menschen unterläuft. Folge einer gesetzlichen Regelung, wie von den Antragstellern vorgeschlagen, wird sein, dass Menschen osteopathische Behandlungen bei Physiotherapeuten beauftragen und annehmen im Glauben, dies sei eine medizinisch ordnungsgemäße Versorgung ihrer Leiden. Diese fatale Fehlvorstellung der Patienten – einer Täuschung vergleichbar - wird dadurch verstärkt, dass die gesetzlichen Krankenkassen und die Pflegeversicherungskassen solche Leistungen der Physiotherapeuten bezahlen sollen. Daraus entsteht der irreführende Eindruck, Osteopathie könne von Therapeuten, wie Physiotherapeuten, eigenständig und eigenverantwortlich ausgeübt werden. Dies ist nicht der Fall. Das Gegenteil, nämlich eine massive Gesundheitsgefährdung und ein hohes Risiko für alle Patienten -Jung oder Alt- wird eintreten.

1. Für die Eigenständigkeit der Osteopathie spricht allein schon der Umstand, dass Osteopathen regelmäßig eine 4 jährige Ausbildung absolvieren müssen, auf deren Grundlage eine spezielle Diagnostik und Behandlung erfolgt. Dies beruht auf den weltweit anerkannten Richtlinien der WHO

-vgl. Anlage 2, s.o. Pkt. 3-

und trägt vielfältigen Bestrebungen in den europäischen Staaten Rechnung, ähnlich dem Vorbild der Vereinigten Staaten, diese osteopathische Ausbildung allein in Gleichstellung zur medizinischen Ausbildung der Bevölkerung als Versorgung anzubieten.

2. Auch der Berufsverband Deutscher Osteopathischer Ärzte (BDOÄ) hat sich in einer Erklärung vom 31.08.2016 klar zu Mindeststandards der osteopathischen Ausbildung bekannt, die **sogar für Ärzte ein Vielfaches der nun geplanten 60 Stunden** betragen.

So umfasst die Basisqualifikation in osteopathischer Medizin eine osteopathische/manualmedizinische Fortbildung von insgesamt 2050 Unterrichtsstunden über mindestens 4 Jahre. Dies macht auch aus ärztlicher Sicht den hohen Stellenwert und die erforderliche mehrjährige Mindestqualifikation in der Osteopathie deutlich.

Osteopathie stellt sich somit als eigenes Diagnose- und Behandlungsverfahren dar und ist keinesfalls ein Anhängsel oder ein Unterfall der Physiotherapie oder der Tätigkeit eines Chiropraktikers. Der internationale Standard zur Ausbildung im Bereich der Osteopathie, wie er in der Eckpunkten der WHO niedergelegt ist, bestätigt diese Sichtweise.

3. Wenn aber die Verletzung von nach internationalen Standards bestimmten Vorgaben für den Risikoausschluss und Gesundheitsgefährdung von Menschen deren Recht auf Leben und deren Recht auf Menschenwürde verletzen kann, so ergibt sich aus der Schutzpflichtdoktrin der Grundrechte, dass nicht nur ein Anspruch darauf besteht, berufsrechtliche Regelungen für Osteopathen zu schaffen sowie deren Ausbildung und Zulassung **staatlich** zu regeln sondern auch andere Therapeuten, also Physiotherapeuten oder Chiropraktiker, den Zugang zu diesem Fachgebiet und die entsprechende Handlung **gesetzlich** zu verwehren.

Der Änderungsantrag verfolgt genau das Gegenteil.

Das Bundesverfassungsgericht hat schon in mehreren Entscheidungen seine Lehre von aus den Grundrechten folgenden Schutzpflichten auf die Garantie der körperlichen Unversehrtheit angewandt und sich in mehreren Entscheidungen (BVerfGE 49,89 (141 F.); 53,30 (57); 75,40 (61 ff.)) inhaltsgleich mit der Frage auseinandergesetzt, ob die aus Artikel 2 Abs. 2 GG folgende Schutzpflicht gerade auch bei Gesundheitsgefährdung durch nicht lege artis angewandte medizinische Verfahren zu erstrecken sind. Wenn aus der Schutzpflichtkonzeption der Grundrechte ein Anspruch auf Erlass grundrechtlicher Regelungen zur Ausbildung, zur Zulassung zum Examen und zur Zulassung zum Beruf grundrechtlich folgen, so ist es geradezu die **Pflicht des Deutschen Bundestages**, dies nicht zu konterkarieren, indem nicht dazu befähigte Therapeuten, wie Physiotherapeuten, Behandlungsmethoden der Osteopathie anwenden. Die Risiken sind im Einzelnen oben geschildert. Sie sollten dem Gesetzgeber Anlass geben, statt die Ausbildungsordnung der Physiotherapeuten nun mit osteopathischen Inhalten zu befrachten und zu überfordern, ein eigenständiges Berufsregelungsgesetz für Osteopathen nach internationalen Standards zu erlassen.

Der Verband der Osteopathen e.V. kündigt deshalb an, nicht nur einzelne Fachgerichte mit den Auswirkungen der bevorstehenden Entscheidung, sollte der Änderungsantrag Gesetzeskraft erlangen, zu befassen, sondern behält sich auch Verfassungsbeschwerde gegen ein solches Gesetz vor.

Mit freundlichen Grüßen

Prof. Herbert Landau



Ausbildungsinhalte Osteopath / Arzt

Beruf	Osteopath (Studium FH) Bachelor of Science + Heilpraktiker	Arzt
Ausbildungsdauer	8 - 10 Semester (Bachelor / Master) + externe Heilpraktikerprüfung	10 Semester + 1 Praktisches Jahr
Ausbildung	<p>1. + 2. Semester:</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Osteopathische Grundlagen ❖ Inhalte aus den Bereichen: Anatomie, muskulo-skeletale Anatomie, Physiologie, Biologie, Wahrnehmung ❖ wissenschaftliches Arbeiten, Clinical Reasoning, Psychologie und Gesprächsführung ❖ Grundlagen der Palpation (Untersuchung des Körpers durch Er tasten) ❖ Behandlungstechniken ❖ osteopathische Tests, Diagnostik <p>3.- 5. Semester:</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Symptome und Aktivität des Gewebes ❖ Zusammenhänge von innerer und äußerer Befindlichkeit ❖ palpatorische Integration ❖ inhaltliche Schwerpunkte der Gesundheitswissenschaften <p>6. Semester: praktische klinische Ausbildung</p> <p>800 Stunden praktische Tätigkeit</p> <p>7. Semester:</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Therapeutischer Prozess ❖ Vertiefung der Pathophysiologie ❖ Integration der gelernten osteopathischen Techniken (Theorie und Praxis) ❖ Rahmenbedingungen des beruflichen Handelns von Osteopathen ❖ Vertiefen medizinischer Themen, als Vorbereitung auf die notwendige externe Heilpraktikerprüfung <p>8. Semester:</p> <p>Patho-Physiologie und Differentialdiagnostik, Palpatorische Kompetenz, Heilpraktikergesetz, rechtliche Aspekte, Praxismanagement, Organisation des Gesundheitswesens</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Bachelorabschlussphase ❖ Bachelor-Arbeit ❖ begleitendes Kolloquium 	<p>Vorklinischer Teil (4 Semester):</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Natur- und sozialwissenschaftliche Grundlagen der Medizin ❖ Praktika in Physik, Chemie, Biologie, Physiologie, Biochemie/ Molekularbiologie, Kurs der makroskopischen und mikroskopischen Anatomie, Kurs der medizinischen Soziologie und Psychologie, Seminar Physiologie, Biologie/ Molekularbiologie, Anatomie, Praktika zur Ein-führung in die klinische Medizin, Medizinischer Terminologie, Berufsfelderkundung ❖ Krankenpflegepraktikum (90 Tage) ❖ Erste-Hilfe-Ausbildung ❖ Prüfung <p>Klinischer Teil (6 Semester):</p> <p>Unterricht in:</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Allgemeinmedizin ❖ Anästhesiologie ❖ Arbeitsmedizin/Sozialmedizin ❖ Augenheilkunde ❖ Chirurgie ❖ Dermatologie/ Venerologie ❖ Frauenheilkunde/ Geburtshilfe ❖ Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde ❖ Humangenetik ❖ Hygiene/Mikrobiologie/ Virologie ❖ Innere Medizin ❖ Kinderheilkunde ❖ Klinische Chemie/ Laboratoriumsdiagnostik ❖ Neurologie ❖ Orthopädie ❖ Pathologie ❖ Pharmakologie/Toxikologie ❖ Psychiatrie und Psychotherapie ❖ Rechtsmedizin ❖ Urologie <p>Leistungsnachweise folgender Querschnittsbereiche: Epidemiologie, medizinische Biometrie und Informatik, Geschichte, Theorie, Ethik der Medizin, Gesundheitsökonomie, Gesundheitssystem, Öffentliches Gesundheitswesen, Infektiologie,</p>

	<p>9. und 10. Semester</p> <p>Masterstudiengang</p> <p>Wissenschaftstheorie und Ethik Informationsmanagement Wissenschaftliche Projektarbeit/Praktikum</p> <p>Sport</p> <p>Sportmedizinische Grundlagen, Verletzungen, Therapieplanung Bewegungsanalyse Qualitativ und Quantitativ, Leistungsdiagnostik Anti Doping/Ernährung/Personalmanagement Angepasste osteopathische Behandlungstechniken</p> <p>Kulturphilosophie</p> <p>Theorie kultureller Sinnbildung Praktische Kulturreflexion und Ethik</p> <p>Faszientherapie und Forschung</p> <p>Grundlagen und Faszienforschung Klinische Diagnostik, und Palpation Einführung in das Faszien-distorsionsmodell Integration in der Therapie Grundlagen und Faszienforschung Klinische Diagnostik und Palpation Einführung in das Faszien-distorsionsmodell Integration in der Therapie</p> <p>Osteopathie in der Pädiatrie</p> <p>Schwangerschaft und Geburt Theoretische Grundlagen der Pädiatrie Osteopathische Forschung in der Pädiatrie (1) Angepasste osteopathische Untersuchungs- und Behandlungstechniken</p> <p>Osteopathie in der Urologie, Gynäkologie und Schwangerschaft und Geburt</p> <p>Theoretische Grundlagen in der Urologie, Gynäkologie, Schwangerschaft und Geburt Osteopathische Forschung in der Urologie, Gynäkologie, Schwangerschaft und Geburt Angepasste osteopathische Untersuchungs- und Behandlungstechniken in der Gynäkologie</p> <p>Externe Heilpraktikerprüfung</p>	<p>Immunologie, Klinisch-pathologische Konferenz, Klinische Umweltmedizin, Medizin des Alterns und des alten Menschen, Notfallmedizin, Klinische Pharmakologie/Prävention, Gesundheitsförderung, Bildgebende Verfahren, Strahlenbehandlung, Strahlenschutz, Rehabilitation, Physikalische Medizin, Naturheilverfahren, Palliativmedizin, Schmerzmedizin</p> <ul style="list-style-type: none"> ❖ Prüfung erster Ärztlicher Abschnitt ❖ Vier Monate Farmatur in einer Einrichtung der ambulanten Krankenversorgung <p>Praktisches Jahr:</p> <p>Einteilung in drei Ausbildungsabschnitte von je 16 Wochen: Innere Medizin, Chirurgie und Allgemeinmedizin</p> <p>Ärztliche Prüfung</p>
--	---	---

Stellungnahme

Aus aktuellem Anlass erlaube ich mir, zur Frage der Notwendigkeit von Mindest-Ausbildungsstandards in der Osteopathie zur Gewährleistung einer adäquaten Patientensicherheit wie folgt Stellung zu nehmen.

1. Grundsätzliches

Grundsätzlich ist zunächst festzustellen, dass die Frage der Sicherheit in der medizinischen Behandlung von Menschen allgemein von zwei Teilaspekten bestimmt ist, nämlich

- a) Das inhärente Risiko einer medizinischen Intervention
- b) Das Risiko der „Malpractice“

Das inhärente Risiko einer medizinischen Intervention wird durch äußere Faktoren (z.B. Nebenwirkungen von Medikamenten, allergischer Reaktion des Behandelten, Lageanomalien einzelner Strukturen bei chirurgischen Eingriffen etc.) geprägt und ist weder durch Können und Wissen (skills) noch durch sorgfältiges Vorgehen im konkreten Fall (Performance) bzw. einschlägige praktische Erfahrung (experience) gezielt beeinflussbar. Daher ist vor jeder therapeutischen Entscheidung eine auf der Würdigung des konkreten klinischen Falles basierende Abschätzung des Verhältnisses von Nutzen und Risiko zu treffen.

Das Risiko der Malpractice (deutsche Synonyme z.B. Behandlungsfehler, Kunstfehler) beschreibt demgegenüber ein zusätzliches Risiko, das unabhängig vom inhärenten Risiko (also von Gegebenheiten seitens des Patienten) ist, mithin ausschließlich durch den Behandler zu verantworten ist. Im Wesentlichen sind dies Nachlässigkeit und/oder Inkompetenz („negligence or incompetence on the part of a professional“ [1]).

Nachlässigkeit (Fahrlässigkeit) stellt dabei typischerweise eine sporadische Komponente dar, Inkompetenz immer eine systematische, durch einen Mangel an Qualifikation verursachte Komponente. Letztere ist deshalb in besonderem Maße einer Kontrolle auf Systemebene zugänglich, nämlich durch entsprechend qualifizierende Ausbildungscurricula mit obligatorischer Abschlusskontrolle (Examen) sowie obligatorische Standards der Qualitätssicherung nach Abschluss der Ausbildung (CME, continuous medical education).

Die Qualitätssicherung (CME) ist üblicherweise unter der Kontrolle berufsständischer Organisation (Selbstverwaltung), die Definition und Kontrolle der Einhaltung von Ausbildungsstandards ist üblicherweise staatlich geregelt (vgl. Staatsexamina bei der ärztlichen Ausbildung).

2. Medizin und Osteopathie

Die Osteopathie versteht sich als ein eigenständiger medizinischer Ansatz. Ihre Wurzeln liegen in den USA, sie wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts durch den amerikanischen Arzt Andrew Taylor Still begründet und wird aktuell an über 30 osteopathischen Universitäten in den USA gelehrt. Seit über einem halben Jahrhundert sind die Absolventen osteopathischer Universitäten (DO, Doctor of Osteopathy) in den USA der universitären Medizin (MD, medical degree) in allen Belangen gleichgestellt. Absolventen beider Studiengänge können sich in der gesamten Bandbreite der fachärztlichen Weiterbildung für alle Fachgebiete qualifizieren, ein klares Indiz, dass es sich bei der Osteopathie nicht um ein fachärztliche Disziplin (oder eine „ärztliche Zusatzbezeichnung“) handelt.

¹ Black's Law Dictionary 9th ed. (West Group, 2009), Bryan A. Garner, editor, ISBN 0-314-19949-7

Die formelle Gleichstellung von Ärzten und Osteopathen ist (wohl aus historischen Gründen –bislang–) auf die USA begrenzt. In vielen anderen Ländern haben sich „Osteopathen“ als eine nicht-ärztliche Profession etabliert, die im Rahmen der Strukturen der jeweiligen nationalen Gesundheitssysteme tätig werden – in einer zunehmenden Zahl von Ländern als staatlich anerkannter Gesundheitsfachberuf, meist mit der Kompetenz/Berechtigung zum Erstkontakt.

3. Aktuelle internationale Standards

Auch in Ländern außerhalb der USA wird die Osteopathie seit vielen Jahrzehnten praktiziert, z.B. in Großbritannien, wo der Osteopath schon seit vielen Jahren ein staatlich anerkannter Gesundheitsfachberuf ist. Demgegenüber hat die Osteopathie in Deutschland erst in den letzten 20 Jahren zunehmend an Bedeutung gewonnen und rückte erst vor wenigen Jahren zum ersten Mal in den Blickpunkt z.B. der Bundesärztekammer (der Autor dieser Stellungnahme hat dazu im Jahre 2007 ein Gutachten zur Fragestellung „Osteopathie und Evidenz“ verfasst [2]).

Vor diesem Hintergrund, insbesondere der Tatsache, dass die gesamte Thematik in Deutschland vergleichsweise neu ist und entsprechende Fachkompetenz vor allem außerhalb der „osteopathic community“ eher bescheiden ist, soll im aktuellen Kontext der Stand der Entwicklung auf internationaler Ebene Berücksichtigung finden. In erster Linie sei auf das von einer Konsensusgruppe von ca. 200 Experten aus 57 Ländern entwickelte, 2010 verabschiedete Werk der WHO „Benchmarks for Training in Osteopathy“ verwiesen, das bis heute weltweit den Goldstandard darstellt [3], im Folgenden als WHO-Benchmarks 2010 bezeichnet.

Ein im Jahr 2003 gegründeter, internationaler Zusammenschluss von Osteopathen, die „Osteopathic International Alliance“ (OIA), repräsentiert inzwischen 75 ärztliche und nicht-ärztliche osteopathische Organisationen aus 30 Ländern mit insgesamt ca. 120000 praktizierenden professionellen Osteopathen [4].

Die OIA hat im Jahr 2013 ein Dokument veröffentlicht, das eine weltweite Übersicht über wesentliche Aspekte der Osteopathie zusammenfasst [5]. Dort wird mehrfach auf die europäische Initiative „Forum for Osteopathic Regulation in Europe“ (FORE) Bezug genommen [6]. Mitglieder aus 17 europäischen Ländern haben es sich zum Ziel gemacht „den Schutz der Patienten in Europa zu verbessern, in dem eine breitere Anerkennung und staatliche Regulierung von Osteopathen und hohe Standards der osteopathischen Behandlung befördert werden sollen („to enhance the protection of patients in Europe by promoting the wider recognition and regulation of osteopaths and high standards of osteopathic treatment“). Bereits im Jahr 2007 verständigte man sich auf Standards für die osteopathische Praxis (EFSOP [7]) bzw. osteopathische Grundregeln (EFCOP [8]), im darauf folgenden Jahr auch noch auf Standards für die osteopathische Ausbildung (EFSOET [9]).

Vor allem auf diese europa- bzw. weltweiten Initiativen und länderübergreifenden Standards wird im Folgenden ggf. Bezug genommen, da sie als Goldstandard in Bezug auf die weltweit als notwendig erachteten Minimalvoraussetzungen zu betrachten sind, was eine kompetente Ausübung der Osteopathie anbetrifft.

2 Resch KL. Gutachten zur Fragestellung „Osteopathie und Evidenz“. Bundesärztekammer 2007 (http://www.bundesaerztekammer.de/fileadmin/user_upload/downloads/StellOVLiteraturgutachtenResch.pdf)

3 WHO. Benchmarks for Training in Osteopathy. WHO Press, World Health Organization, 20 Avenue Appia, 1211 Geneva 27, Switzerland, 2010 (<http://apps.who.int/medicinedocs/documents/s17555en/s17555en.pdf>)

4 <http://wp.oialliance.org>

5 Osteopathy and Osteopathic Medicine. A Global View of Practice, Patients, Education and the Contribution to Healthcare Delivery. Osteopathic International Alliance (OIA), 142 E. Ontario St., Chicago, IL 60611, USA (: <http://wp.oialliance.org/?download=12412>)

6 <http://www.forewards.eu/>

7 EFSOP: European Framework for Standards of Osteopathic Practice (www.forewards.eu/app/download/5218871/EFSOP.pdf)

8 EFCOP: European Framework for Codes of Osteopathic Practice (www.forewards.eu/app/download/5218844/EFCOP.pdf)

9 EFSOET: European Framework for Standards of Osteopathic Education and Training (www.forewards.eu/app/download/5219307/EFSOET.pdf)

4. Ausbildungsstandards in der Osteopathie

Die Osteopathie zeichnet sich durch eine spezifische diagnostische Vorgehensweise und durch eine typischerweise nicht-medikamentöse, manuelle Behandlung aus. Behandelt werden können dabei im Prinzip alle Strukturen des menschlichen Körpers, also der muskuloskeletale Bereich (parietale Osteopathie) wie innere Organe und Regulationssysteme (viszerale Osteopathie, kraniosakrale Osteopathie). Das für die Osteopathie typische befundorientierte Vorgehen erfordert profunde Kenntnisse in der osteopathischen Diagnostik somatischer Dysfunktion, die kompetente therapeutische Entscheidung und praktische Durchführung sowie ein umfassendes Wissen und Verständnis um die Grenzen des therapeutischen Ansatzes und nicht zuletzt um die Kontraindikationen osteopathischer Interventionen (absolute und relative). Dies spiegelt sich wieder in den oben angeführten internationalen Dokumenten:

4.1. WHO. Benchmarks for Training in Osteopathy

Kapitel 2 der WHO-Benchmarks 2010 beschreibt die international als notwendig erachteten Anforderungen an die Ausbildung von nichtärztlichen Osteopathen (*"Training of osteopathic practitioners"*), neben inhaltlichen Details auch eine grundsätzliche Dimension von mindestens 1000 Stunden klinisch-therapeutischer Ausbildung und Supervision (*"1000 hours of supervised clinical practice and training"*). Kapitel 3 ist dem Thema Sicherheit gewidmet. Die dortigen Ausführungen implizieren einen Konsens, dass davon ausgegangen werden muss, dass die zur Verfügung stehende Literatur zur Sicherheit einzelner Techniken derzeit (noch) rudimentär ist (*"There is only little published evidence on which techniques should be avoided in specific conditions"*). Vor diesem Hintergrund wird gefordert, dass praktizierende Osteopathen über eine medizinisch hinreichend fundierte Ausbildung verfügen müssen, um kompetent bio-physiologische Überlegungen bezüglich möglicher Kontraindikationen anstellen zu können (*"Osteopathic practitioners use their understanding of the pathophysiology of the patient's condition and the mechanism of action of the technique to establish absolute and relative contraindications that are biologically plausible"*). Darauf aufbauend wird eine umfangreiche Liste von Kontraindikationen aufgeführt, aus der sich die hohen Anforderungen an die Kompetenz zwanglos ableiten lassen (siehe Anhang).

4.2. European Framework for Standards of Osteopathic Education and Training

EFSOET bekennt sich zu den WHO-Benchmarks, spezifiziert diese in wesentlichen Bereichen weiter und kann damit als maßgebliche Guideline für die hohen curriculären Anforderungen in Europa zumindest in den nächsten 5 bis 10 Jahren angesehen werden und macht dabei nachvollziehbar, welche hohe Anforderungen an die fachliche Qualifikation als erforderlich erachtet werden, um die Patientensicherheit zu gewährleisten.

4.3. European Framework for Standards of Osteopathic Practice

Kapitel 1 des EFSOP listet den Konsens über das erforderliche Wissen für das Praktizieren der Osteopathie (*"Section 1: Relevant knowledge for osteopathic practice"*) auf, eine breite und anspruchsvolle Liste. Kapitel 7 verweist auf die zentrale Bedeutung profunder Fähigkeiten in der Palpation für Diagnostik, Behandlung und Ergebniskontrolle (*"Palpation may be considered to be one of the primary communication channels for most osteopaths in undertaking their professional interactions with patients in terms of diagnosis, treatment and evaluation. They should be able to detect and respond to alterations of physiological and structural changes at all levels in the body of a patient and to monitor subtle changes."*) und Kapitel 8 auf die Notwendigkeit, auch den medizinischen Kontext der osteopathischen Behandlung zu verstehen und zu beherrschen (*"Planning, monitoring and justifying osteopathic treatment"*).

5. Grenzen von ärztlicher Verordnung/Delegierbarkeit

In Deutschland wird praktizierenden nichtärztlichen medizinischen Fachberufen die Verantwortung für therapeutische Entscheidungen insbesondere dadurch abgenommen, dass sie nur im Rahmen der De-

legation einzelner Maßnahmen bzw. im Rahmen der Verordnung einer Therapie durch einen verantwortlich zeichnenden Arzt tätig werden dürfen. Dabei ist grundsätzlich zu berücksichtigen, dass die meisten therapeutischen Fachberufe im Rahmen an deutschen medizinischen Fakultäten gelehrt diagnostischen und therapeutischen Prinzipien tätig werden (weshalb sie in der Vergangenheit nicht selten auch als „Heilhilfsberufe“ bezeichnet wurden).

Aus dem bislang zum Wesen des osteopathischen Ansatzes Ausgeführten lässt sich zwanglos folgern, dass sowohl profundes theoretisches Wissen (in den Bereichen osteopathische Diagnostik, therapeutische osteopathische Techniken, Kontraindikationen) über die allgemein auch nichtärztlichen Berufen vermittelten Grundkenntnisse von Anatomie, Physiologie und Pathologie hinaus eine unabdingbare Voraussetzung sind, die Risiken des osteopathischen Ansatzes zu minimieren und eine höchstmögliche Sicherheit der Patienten zu gewährleisten (wie dies auch vom ärztlichen und anderen Fachberufen gefordert wird). Hierbei ist nicht zuletzt zu berücksichtigen, dass der Gegenstandskatalog für die ärztliche Ausbildung in Deutschland (wie wohl in den meisten Ländern der Welt) keine und schon gar keine hinreichenden Grundlagen der Osteopathie vermittelt, die erwarten lassen könnten, dass eine ärztliche Verordnung bzw. Delegation häufiger als nur in Ausnahmefällen durch hinreichende spezifische Kenntnisse des verordnenden/delegierenden Arztes abgesichert sein dürfte. Als Konsequenz besteht nicht nur ein breiter internationaler Konsens, dass eine hinreichende Kompetenz (vgl. Punkt 4) von Praktizierenden der Osteopathie zu fordern ist – vor dem Hintergrund der konkreten Situation in Deutschland kommt entsprechenden Anforderungen eine zentrale Bedeutung zu, um die Patientensicherheit nicht zu gefährden.

6. Beispiele für potentielle Risiken bei zu geringer fachlicher Kompetenz

Aus den bisherigen Ausführungen wird deutlich, dass schon das „Beherrschen der osteopathischen Diagnostik und Intervention“ hohe Anforderungen an die praktischen Fähigkeiten des Osteopathen stellt. Deshalb wird allenthalben eine hohe Zahl an Stunden unter Anleitung gefordert, um eine hinreichende Sicherheit in der praktischen Ausübung zu gewährleisten. Lernen aus Büchern bzw. Videos allein ohne das unmittelbare Korrektiv eines erfahrenen Dozenten reichen sicherlich nicht aus, um die allein inhärenten Risiken der Osteopathie im möglichen Ausmaß zu kontrollieren.

Grundsätzlich gehen z.B. die palpatorischen Anforderungen weit über die üblicherweise von Ärzten geforderten und praktizierten „manuell-diagnostischen Anforderungen“ hinaus (z.B. Palpieren der Lebergrenzen, Perkussion der Lunge, Funktionstests in der Orthopädie zur Diagnostik von Bänderrissen), die ihre Diagnostik inzwischen weitestgehend auf bildgebende Verfahren (Röntgen, Computertomogramm, Kernspintomogramm, Ultraschall etc.) stützen. Damit lassen sich aber diskrete Störungen (Dysfunktionen), deren Identifikation und Behandlung ein zentrales Anliegen des osteopathischen Ansatzes ist, nicht erkennen. Die manuelle Palpation erfordert umgekehrt viel Erfahrung und Gefühl, um nicht wichtige Befunde zu übersehen oder erkrankte Strukturen zu verletzen. Hier ist zu bedenken, dass Osteopathen im Prinzip alle der Palpation zugänglichen Strukturen und Organe des Körpers zum Gegenstand ihrer Untersuchung machen, also z.B. auch die inneren Organe des Brust- und Bauchraums sowie des Beckens, Herz und Gefäße incl. der großen Arterien.

Dabei sind nicht nur physiologische Aspekte zu berücksichtigen, also Anforderungen an Achtsamkeit und Sorgfalt gegenüber gesunden Strukturen, sondern auch mögliche Pathologien, also besondere Verhältnisse bei krankhaft veränderten Strukturen. Besondere Relevanz kommt diesem Aspekt auch dadurch zu, dass der osteopathische Ansatz grundsätzlich keine lokale/regionale Beschränkung des manuellen diagnostischen und therapeutischen Vorgehens auf die prima vista erkrankte Stelle oder Region macht, sondern grundsätzlich den Patienten als Ganzes untersucht und ggf. auch behandelt. Gerade bei älteren Menschen, bei denen die Wahrscheinlichkeit zunimmt, dass neben dem vordergründigen Behandlungsanlass weitere, auch chronische Pathologien vorliegen, sind hier profunde Kenntnisse in Pathologie und auch medizinischer Befundung erforderlich.

Aus der breiten Liste an Kontraindikationen der WHO-Benchmarks lassen sich zwanglos schwere, z.T. sogar lebensbedrohliche Konsequenzen einer durch mangelnde Kompetenz begründeten Malpractice ableiten. Hier einige Beispiele:

6.1. Osteoporose

Veränderungen der Knochendichte und Stabilität sind bei älteren Menschen ein häufiges, fast regelhaftes Phänomen. Das rechtfertigt allerdings es nicht, Menschen ab einem bestimmten Alter eine osteopathische Therapie vorzuenthalten. Nicht selten führt gerade eine solche, lege artis durchgeführte Therapie zu einem erheblichen, längerfristigen Rückgang der Beschwerdesymptomatik und damit einer relevanten Verbesserung der Lebensqualität. Ein besonders häufig auftretendes Problem bei älteren Menschen betrifft degenerative Veränderungen der Gelenke (Arthrose) und/oder Schmerzen in der Muskulatur (Fibromyalgie, Weichteilrheuma, polymyalgia rheumatica). Bei nicht sachgemäßer Manipulation und/oder der (nicht genügend gefühlvollen) Anwendung potentiell traumatisierender Techniken wie z.B. High-Velocity Low-Amplitude (HVLA) Thrusts kann es bei fortgeschrittener, oftmals aber (noch) nicht klinisch manifester Osteoporose zu Frakturen im Bereich der Wirbelkörper führen, die schlimmstenfalls zur Querschnittslähmung führen können. Andere Techniken (oder auch etwa falsches Abstützen am Patienten) können die Ursache von Rippenbrüchen sein, zu kraftvolle Unterstützung beim Aufrichten kann z.B. einen Bruch des Oberarmknochens verursachen (ggf. mit Schädigung der diesem aufliegenden Nerven).

6.2. Kopf und Nacken

Ein für den Osteopathen wichtige Behandlungsregion nicht nur für lokale/regionale Problem ist der Kopf- und Nackenbereich. Bedingt durch ihre Lage ist vor allem die Vertebralarterie bei traumatischen Verletzungen im in diesem Bereich, z.B. beim Schleudertrauma gefährdet. Aber auch zu heftige Drehbewegungen im unteren Kopfgelenk sind ein bedeutendes Risiko in diesem Bereich, bei der es zur Überdehnung und dabei zu kleinen Einrissen der inneren Gefäßwand der Arterie kommen kann, an denen sich dann leicht Gerinnsel (Thromben) bilden können, die sich ablösen und als Emboli zu einem Schlaganfall auch bei ganz jungen Menschen führen können. Die Problematik wird zwar typischerweise als Risiko bei chiropraktischer Behandlung beschrieben, kann aber bei unsachgemäßer Anwendung bestimmter osteopathischer Techniken auftreten.

6.3. Begleitende innere Erkrankungen

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Patienten zuverlässig alle ihre „Risikofaktoren“ für eine osteopathische Behandlung spontan berichten. Gerade die Bedeutung einer Antikoagulation („Blutverdünnung“, um die Gefahr der Bildung von Thromben z.B. bei Vorhofflimmern zu verringern) wird in ihrer Bedeutung von einem Gutteil der Patienten nicht verstanden oder unterschätzt. Im Prinzip kann jede „kräftige“, diagnostische wie therapeutische Palpation innere Blutungen verursachen, die, je nach Lokalisation und Ausmaß, lebensbedrohlich werden können. Ähnliches gilt, wenn Patienten mit vorgeschädigten oder iatrogen veränderten Gefäßen behandelt werden (z.B. einem Aortenaneurysma oder Dialyseshunt).

6.4. Maligne Erkrankungen

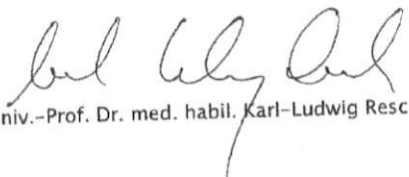
Viele Erkrankungen zeigen ein klares (verlässliches) Krankheitsbild. Maligne Erkrankungen zeigen im Gegensatz dazu nicht selten individuell sehr unterschiedliche Lokalisationen und/oder Ausprägungen, was auch Konsequenzen für die Primärtherapie (insbesondere Operation und Bestrahlung) hat. Oberflächliche, vor allem aber tiefer liegende Gewebsdefekte, aber auch Veränderungen der Gewebestruktur und -widerstandsfähigkeit können dabei auch noch längere Zeit nach Abschluss der Akutbehandlung hohe Anforderungen an das palpatorische Geschick des Osteopathen stellen. Fehlt die durch Erfahrung und Anleitung entsprechend intensiv geschulte palpatorische Feinfühligkeit, können Verletzungen bindegewebiger Strukturen (Narben!), Knochen, Bänder und Sehnen die Folge sein. Maligne Erkrankungen bergen immer das Risiko auf (noch nicht diagnostizierte) Absiedelungen, sog. Metastasen, wobei sich

je nach Primärtumoren teilweise besonders häufig befallene Areale benennen lassen. Kenntnisse dieser Zusammenhänge sind ein wichtiges Element der Patientensicherheit.

6.5. Behandlung von Kindern

Die Nachfrage nach osteopathischen Behandlungen von Kindern, insbesondere Säuglingen steigt ständig und kann als deutliches Indiz dafür gewertet werden, dass solche Behandlungen sehr häufig von Eltern als besonders erfolgreich eingeschätzt werden und deshalb eine starke positive Mundpropaganda besteht. Die Behandlung von Säuglingen ist allein schon wegen der geringen Größe vieler intrakorporaler Strukturen diagnostisch eine große Herausforderung, die eine lange und sensible Anleitung in der Lernphase ebenso erfordert wie ein besonders kundiges und sorgfältiges Vorgehen. Dies gilt neben der Diagnostik natürlich auch für die Therapie um die Gefahr der akzidentellen Verletzung von Geweben oder gar inneren Organen zu minimieren. Denkbar ist hier die gesamte Bandbreite an Schädigungen, von schmerzhaften Bagatellverletzungen bis zu lebensbedrohlichen Verletzungen. Das gilt insbesondere auch für den in der Kinderosteopathie so wichtigen Bereich des Schädels, da beim Säugling die Verknöcherung des Gehirns unvollständig und somit das Gehirn besonders gefährdet ist.

Bad Elster, 5.10.2016


Univ.-Prof. Dr. med. habil. Karl-Ludwig Resch

3. Safety issues

Osteopathic practitioners have a responsibility to diagnose and refer patients as appropriate when the patient's condition requires therapeutic intervention that falls outside the practitioner's competence. It is also necessary to recognize when specific approaches and techniques may be contraindicated in specific conditions.

Osteopathic practitioners consider that a contraindication to OMT in one area of the body does not preclude osteopathic treatment in a different area. Likewise, a contraindication for any specific technique does not negate the appropriateness of a different type of technique in the same patient. Absolute and relative contraindications for OMT are often based upon the technique employed in each particular clinical situation.

The contraindications identified by the community of osteopathic practitioners are regrouped in function of the osteopathic techniques considered: these can be direct, indirect, combined, fluid and/or reflex-based (1). Direct techniques, such as muscle energy, thrust and articular manoeuvres, pose different risks from indirect, fluid and reflex-based techniques. There is only little published evidence on which techniques should be avoided in specific conditions. Osteopathic practitioners use their understanding of the pathophysiology of the patient's condition and the mechanism of action of the technique to establish absolute and relative contraindications that are biologically plausible. On that basis the lists below have been established.

3.1 Contraindications to direct techniques

Direct techniques, may use thrust, impulse, muscle contraction, fascial loading or passive range of motion, to achieve tissue response. They can be applied specifically to a joint or nonspecifically to a larger area of the body. Often an area that should not be treated using a direct technique may safely and effectively be treated using an alternative technique, e.g. indirect, fluid or reflex-based. There are absolute and relative contraindications to direct techniques.

Systemic conditions that constitute absolute contraindications to direct techniques

- suspected bleeding disorder;
- prolonged bleeding times;
- anticoagulant pharmacotherapy without recent evaluation of therapeutic level;
- clotting abnormalities;
- congenital or acquired connective tissue diseases that result in compromised tissue integrity;
- compromised bone, tendon, ligament or joint integrity, such as might occur in metabolic disorders, metastatic disease and/or rheumatoid diseases.

Systemic conditions that constitute relative contraindications to direct techniques

- osteoporosis;
- osteopenia.

Absolute contraindications to direct techniques specifically applied at a local site

- aortic aneurysm;
- open wounds, skin derangement, recent surgery;
- acute hydrocephalus;
- hydrocephalus without diagnostic workup;
- acute intracerebral bleed;
- acute cerebral ischemia, including transient;
- suspected cerebral arterial-venous malformation;
- cerebral aneurysm;
- abdominal pain;
- acute cholecystitis with suspected leakage or rupture;
- acute appendicitis with suspected leakage or rupture;
- acute or subacute closed head injury;
- acute intervertebral disc herniation with progressive neurological signs;
- suspicion or evidence of vascular compromise;
- suspected vertebral artery compromise;
- known congenital malformation;
- acute cauda equine syndrome;
- ocular lens implant (early post-operative period);
- uncontrolled glaucoma;
- neoplasm;
- suspected bone compromise, such as osteomyelitis, bony tuberculosis, etc, or risk of same.

Absolute contraindications to direct techniques that specifically involve thrust or impulse applied at a local site

- specific technique at the site of surgical internal fixation of the joint;
- compromised bone or joint stability, such as might occur focally in neoplasm, metastatic disease, suppurative arthritis, septic arthritis, rheumatoid diseases, osteomyelitis, bony tuberculosis etc;
- acute fracture;
- bony or intramuscular haematoma or abscess.

Relative contraindications to direct techniques that specifically involve thrust or impulse applied at a local site

- intervertebral disc herniation;
- strained ligaments at the site;
- acute acceleration-deceleration injury of the neck.

3.2 Contraindications to indirect, fluid, balancing and reflex-based techniques

Indirect, fluid, balancing or reflex-based techniques may be applied specifically to a joint or non-specifically to a larger area of the body. These techniques do not

engage the restrictive barrier. They may include fascial and soft-tissue loading or unloading, hydraulic pressures, phases of respiration and cranial or postural adjustments, as part of the application of the technique. Relative contraindications to indirect techniques usually concern the clinical-temporal profile of the problem.

Absolute contraindications to indirect, fluid, balancing or reflex-based techniques applied at a local site

- acute hydrocephalus without diagnostic workup;
- acute cerebral bleed;
- acute intracerebral vascular accident;
- suspected cerebral arterial-venous malformation;
- cerebral aneurysm;
- suspected acute peritonitis;
- acute appendicitis or other visceral disease with suspected leakage or rupture;
- recent closed head injury.

Relative contraindications to any indirect, fluid, balancing or reflex-based technique applied at the local site

- metastatic disease;
- neoplasm;
- closed head injury.



Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Unterfeldring 34
37083 Göttingen
Telefon 0551/292 181 09

Zentrum für Medizinrecht
Institut für Notarrecht
Institut für Privat- und Prozessrecht
Georg-August-Universität
Platz der Göttinger Sieben 6
37073 Göttingen
Telefon 0551/39 7396
Telefax 0551/39 7395
andreas.spickhoff@jura.uni-goettingen.de

Rechtsgutachten
erstattet dem
Verband der deutschen Osteopathen e. V.

**Zur Frage, ob die Osteopathie als ein eigenständiger
und regelungsbedürftiger (Heil-) Beruf mit Primärkontakt
anzusehen ist**

Gliederung

A. Sachverhalt und Fragestellung

B. Rechtliche Stellungnahme

I. Osteopathie als verfassungsrechtlich geschützter Beruf

- 1. Zum verfassungsrechtlich geschützten Begriff des Berufs**
- 2. Neue Berufsbilder und Berufsfelder**
- 3. Zwischenergebnis**

II. Staatliche Schutzpflichten und verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf

- 1. Schutzpflichten im Gesundheitsrecht**
- 2. Anforderungen der Ausübung der Osteopathie nach dem Heilpraktikergesetz**
- 3. Sicherstellung des Standards der beruflichen Qualifikation durch das Straf- und Haftungsrecht**
- 4. Zwischenergebnis**

III. Gesamtergebnis

A. Sachverhalt und Fragestellung

Seit längerem wird in Deutschland darüber diskutiert, ob die Osteopathie als eigenständiger Heilberuf anzusehen ist. Wäre dies der Fall, würde es sich anbieten, im Gesundheitsrecht die Osteopathie insbesondere in Bezug auf ihre berufsqualifizierenden Zulassungsvoraussetzungen gesondert zu regeln. Die Alternative bestünde darin, die Osteopathie als bloße Methode und Ergänzung eines anderen Berufs wie der Physiotherapie auch im Rahmen des Gesundheitsrechts zu begreifen.

Der Verband der Osteopathen Deutschland e. V. bittet daher um gutachterliche Stellungnahme, ob die Osteopathie aus Rechtsgründen als eigenständiger (Heil-) Beruf mit Primärkontakt anzusehen ist und berufsrechtlichen Regelungen zugeführt werden sollte, welche die Anerkennung der Osteopathie als eigenständigen Heilberuf mit Primärkontakt voraussetzen.

B. Rechtliche Stellungnahme

Im Rahmen der folgenden rechtlichen Stellungnahme wird zunächst untersucht, ob die Osteopathie als grundgesetzlich geschützter Beruf anzusehen ist (I.). Wenn und soweit dies der Fall ist, erhebt sich sodann die Frage, ob daraus Folgerungen gezogen werden können, die eine gesetzlich verankerte und ggf. Zugangsvoraussetzungen regelnde Anerkennung der Osteopathie als eigenständiger Heilberuf mit Primärkontakt zu den Behandelten angezeigt erscheinen lassen (II.).

I. Osteopathie als verfassungsrechtlich geschützter Beruf

Die Berufsfreiheit ist verfassungsrechtlich bekanntermaßen in Art. 12 Abs. 1 GG verankert. Danach haben alle Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen. Die Berufsausübung kann durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Indes müssen nach allgemeiner Ansicht die gesetzlichen Regeln, die eine gegebenenfalls ein-

schränkende Regelung der Berufsausübung zur unmittelbaren oder mittelbaren Folge haben, ihrerseits verfassungsgemäß sein¹.

1. Zum verfassungsrechtlich geschützten Begriff des Berufs

Der durch Art. 12 Abs. 1 geschützte Beruf ist nach allgemeiner Ansicht weit auszulegen. Insbesondere beschränkt sich der verfassungsrechtliche Berufsbegriff, der Art. 12 Abs. 1 GG zugrunde liegt, nicht auf bereits vorhandene, auf Tradition oder rechtlichen Regelungen beruhende Berufsbilder oder Berufsinhalte². Herkömmlicherweise wird der Begriff des Berufs im Ausgangspunkt in der Weise definiert, dass es sich um eine auf Dauer angelegte Tätigkeit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage handelt³. Ergänzend wird hinzugefügt, dass sich die auf den Erwerb gerichtete Tätigkeit nicht in einem bloß einmaligen Erwerbsakt erschöpfen darf⁴. Insbesondere ist auch die freiberufliche und selbständige Tätigkeit vom Berufsbegriff des Grundgesetzes erfasst⁵. Nicht relevant ist, ob die Osteopathie nebenberuflich oder hauptberuflich ausgeübt wird, da die Berufsfreiheit auch die nebenberufliche Tätigkeit schützt⁶.

Es unterliegt demgemäß keinem Zweifel, dass ein Osteopath in diesem Sinne prinzipiell in seiner Betätigung verfassungsrechtlich durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützt ist, vorausgesetzt, er übt seine Tätigkeit auf Dauer zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage aus.

Damit, dass die Ausübung osteopathischer Tätigkeit prinzipiell in den

¹ Statt aller: von Münch/Kunig/Kämmerer, GG, 6. Aufl. 2012, Art. 12 Rn. 57, 58 m. w. N.

² BVerfGE 7, 377, 397; Maunz/Dürig/Scholz, GG, Bearb. 2006, Art. 12 GG Rn. 28.

³ BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 54, 301, 313; von Mangoldt/Klein/Starck, GG, 6. Aufl. 2010, Art. 12, Rn. 37.

⁴ BVerfGE 97, 228, 253.

⁵ BVerfGE 7, 377, 398 f.; BVerfGE 54, 301, 322. S. bereits *Bachof*, Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Band III/1, 1958, 155, 160.

⁶ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 12 GG Rn. 294.

Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG fällt, ist indes noch nicht entschieden, dass auch die Osteopathie einen eigenen Beruf prägt. Denkbar wäre demgegenüber, dass die Osteopathie nur als bloße Variante der Ausübung eines bereits etablierte Heilberufs anzusehen ist. Um der Antwort auf diese Frage näher zu kommen, ist es erforderlich, auf die in Art. 12 Abs. 1 GG in seinen beiden Sätzen angelegte Differenzierung von der echten Wahl zwischen von vornherein verschiedenen Berufen und der bloßen Ausgestaltung der Ausübung eines Berufes.

Das BVerfG hat insbesondere im Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts wiederholt Entscheidungen zur Abgrenzung von Berufswahlfreiheit und Berufsausübungsfreiheit getroffen. In Bezug auf das für Apotheken geltende Monopol für den Vertrieb von Arzneien ist etwa entschieden worden, dass Drogisten, die durch dieses Monopol in ihrer Betätigung beschränkt sind, lediglich einer entsprechenden Begrenzung ihrer Berufsausübung unterliegen, weil es sich insoweit um eine bloße Nebentätigkeit von Drogisten handeln würde⁷. Das BVerfG hat weiter die Tätigkeit von Kassenärzten nicht als einen eigenen Beruf angesehen, ebenso wenig die Zulassung zur Kassenpraxis⁸. Bloß die Berufsausübung betrifft auch die Tätigkeit eines Chefarztes im Krankenhaus, der gleichzeitig eine ärztliche Privatpraxis betreibt; letzteres ist bloße Nebenfunktion der Krankenhausbetätigung⁹. In der bekannten Facharztentscheidung¹⁰ hat das BVerfG sich mit einer Situation befassen müssen, in welcher ein Facharzt (konkret: für Frauenkrankheiten und Geburtshilfe) sich nicht auf sein Fachgebiet beschränkt hat, sondern – zumindest in einem Fall – einen männlichen Patienten (den Ehemann einer Patientin) behandelt hat. Das war berufsrechtlich beanstandet worden. In einem der gleichen Entscheidung zugrunde liegenden anderen Fall wurde ein Verbot gerügt, auf fachärztlichen Gebieten tätig zu sein. Das BVerfGE

⁷ BVerfGE 9, 73, 78.

⁸ BVerfGE 11, 30, 41 (Kassenarzt); BVerfGE 12, 144, 147 (Kassenzahnarzt); BVerfGE, 16, 286, 296 (Zulassung); weitergehend H. Bogs, Festschrift für Wannagat, 1981, 51 ff.

⁹ BVerfGE 16, 286, 294 ff.; kritisch (zwei selbständige Berufe) demgegenüber Maunz/Dürig/Scholz, Art. 12 GG Rn. 279.

¹⁰ BVerfGE 33, 125, 161 ff.

ließ in seiner Entscheidung offen, ob ein Facharzt als besonderer Berufszweig innerhalb des allgemeinen Berufs „Arzt“ angesehen werden kann.

Auf der Basis der bisherigen Rechtsprechung ergibt sich daher bezogen auf die Osteopathie folgendes Bild: Die Osteopathie wird nicht als Nebentätigkeit eines anderen Heilberufs ausgeübt, sondern umfasst (auch ohne derzeitige bundeseinheitliche Regelung) eine mindestens vier Jahre dauernde Ausbildung, auf deren Grundlage sie als Heilkunde im Primärkontakt als in sich geschlossenes System der Diagnostik und Behandlung ausgeübt wird. Im Unterschied zur Drogisten-Entscheidung des BVerfG¹¹ liegt hier keine bloße Nebentätigkeit vor. Das spricht für eine echte Berufswahl, wenn die Tätigkeit der Osteopathie ergriffen werden soll.

2. Neue Berufsbilder und Berufsfelder

Im Bereich der Fixierung oder Anerkennung von Berufsbildern hat der Gesetzgeber allerdings eine gewisse Fixierungs- und Typisierungskompetenz¹². Zulässig ist jedenfalls, dass der Gesetzgeber ausspricht, „was sich aus einem klar zusammenhängenden, von anderen Tätigkeiten deutlich abgegrenzten, vorgegebenen Sachverhalt von selbst ergibt“. Dagegen geht es nicht an, vorhandenen Gegebenheiten „ohne hinreichenden Grund eine andersartige Regelung willkürlich aufzuzwingen“¹³.

Bei der Konkretisierung der Eigenschaft einer Tätigkeit als Beruf greift das BVerfG offensichtlich zumindest im Ausgangspunkt auf den soziologischen Befund zurück¹⁴. Für die Anerkennung neuer Spezialberufe ist demgemäß letztlich entscheidend, ob sich eine Tätigkeit als sozial abgrenzbare Aktivität mit eigenem, von anderen Berufen oder dem sonstigen Berufsinhalt geschie-

¹¹ BVerfGE 9, 73, 78.

¹² S. dazu BVerfGE 17, 232, 241.

¹³ So wörtlich BVerfGE 13, 97, 106.

¹⁴ Maunz/Dürig/Scholz, Art. 12 GG Rn. 285.

denen charakteristischen Gepräge darzustellen vermag¹⁵.

Legt man diese Maßstäbe zugrunde, so ergibt sich für die Osteopathie folgendes Bild: Die Osteopathie ist zunächst nicht bloß eine Methode, sondern ein eigenständiger Heilberuf mit Primärkontakt zu den Patientinnen und Patienten. So wird sie in der Bevölkerung auch wahrgenommen. Nicht nur methodischer Ansatzpunkt, sondern zentraler Ausgangspunkt der Osteopathie ist die Selbstregulation des Körpers. Daher werden durch die Osteopathie zwar auch, aber nicht zuvörderst symptomhaft Krankheitsbilder behandelt. Vielmehr geht es um Heilung oder Verbesserung des Befundes durch die Wiederherstellung vorhandenen Heilungspotentials. Demgemäß erscheint die Osteopathie als eigenes Diagnose- und Behandlungsverfahren.

Ungeachtet dessen erscheint die Osteopathie als Ausübung von Heilkunde i. S. v. § 1 Abs. 2 HPrG, die einer eigenen, spezifischen Ausbildung bedarf. Diese ist indes bislang zumindest bundeseinheitlich nicht geregelt. Lediglich in Hessen existiert eine Weiterbildungs- und Prüfungsordnung, die der Hessische VGH¹⁶ in ihrer Rechtmäßigkeit bestätigt hat. Dem entspricht, dass selbst das „Heilmagnetisieren“ (das dem Heilpraktikergesetz unterliegt) als Beruf i. S. v. Art. 12 Abs. 1 GG angesehen worden ist¹⁷. Am Maßstab des Berufsbegriffs im Sinne von Art. 12 GG gemessen ändert sich an dieser Einschätzung auch nichts dadurch, dass der Hessische VGH weiter ausgeführt hat, in Hessen sollte vor dem besonderem Hintergrund der Art. 72 Abs. 1, 74 Abs. 1 Nr. 19 GG¹⁸ durch die Einführung der Weiterbildungsbezeichnung "Osteopath" in Hessen kein neuer, eigenständiger Gesundheitsberuf geschaffen werden. Denn diese Haltung hätte schlicht zur Verfassungswidrigkeit der Ordnung geführt hätte, was das Gericht vermeiden wollte und auf

¹⁵ S. BVerfGE 97, 12, 33; Sachs/Mann, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 12 GG Rn. 70.

¹⁶ Urt. v. 18.6.2009, Az. 3 C 2604/08.N. (Rn. 20) = DÖV 2009, 773 (Leitsatz), im Ergebnis bestätigt durch BVerwG, Beschl. v. 20.11. 2009 (Az: 3 BN 1/09).

¹⁷ S. BVerwGE 94, 269, 277; von Mangoldt/Klein/Starck/Manssen, Art. 12 Abs. 1 Rn. 45.

¹⁸ Dazu etwa Steiner, in: Spickhoff, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 74 GG Rn. 6, 7

diese Weise vermieden hat.

Zu beachten ist, dass sich die Ausbildung im Bereich der Osteopathie keinesfalls mit der Ausbildung zum Physiotherapeuten oder dem Chiropraktors allgemein auch nur im Wesentlichen überschneidet¹⁹. Demgemäß handelt es sich bei der Osteopathie keinesfalls um eine bloße Unterfallgruppe, gar im Sinne einer Subspezialisierung, anderer Heilberufe. Eine derartige Einschätzung würde dem gebotenen Erfordernis der Patientensicherheit nicht genügen.

Hinzu kommt, dass der Beruf des Osteopathen nicht nur in Deutschland zunehmend anerkannt und Gegenstand von Werbemaßnahmen wird, sondern ebenso im europäischen Ausland (England, Belgien, Frankreich, Schweiz, Portugal). Nicht zuletzt entspricht dies auch internationalem Standard, da die World Health Organization Eckpunkte zur Ausbildung im Bereich der Osteopathie ausgegeben hat²⁰. Auch von Patienten werden Osteopathen vielfach aufgesucht, was die Anerkennung dieses Zweiges als spezialisierten eigenständigen Heilberuf anzeigt.

Bei alledem versteht sich von selbst, dass es den Grundrechtsträgern des Art. 12 GG ohne weiteres erlaubt ist, auch eine bislang nicht geregelte Diagnose und Behandlungsform zu ergreifen und zum Inhalt eines Berufes zu erheben²¹.

3. Zwischenergebnis

Es unterliegt keinem Zweifel, dass die Osteopathie als eigenständiger Beruf im Sinne der Kriterien der grundgesetzlichen Definition des Berufes im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG durch das BVerfG sowie nach der praktisch allgemein akzeptierten herrschenden Auffassung in der Literatur anzusehen ist, gleich,

¹⁹ S. dazu bereits *Spickhoff*, Rechtsgutachten, Zur Erlaubnisbedürftigkeit der Ausübung osteopathischer Maßnahmen durch Physiotherapeuten, v. 2.11.2012, S. 12 ff. m. w. N.

²⁰ WHO, Bench Marks for Training in Osteopathy, 2010.

²¹ S. bereits BVerfGE 7, 377, 397; BVerfGE 13, 97, 106.

ob diese Tätigkeit als alleiniger Hauptberuf oder als Nebentätigkeit ausgeübt wird. Insbesondere im Bereich der Heilkunde kommt es zudem wohl nicht allein auf die soziologische Akzeptanz im Inland an, sondern – aufgrund der im Bereich der Heilkunde selbstverständlichen Internationalität der Standardbildung – nicht minder auf die entsprechende soziologische Akzeptanz auf internationaler Ebene. Auch von letzterem ist sowohl aufgrund entsprechender Stellungnahmen der World Health Organization als auch aufgrund entsprechender gesetzgeberischer Aktivitäten im (namentlich europäischen) Ausland auszugehen.

II. Staatliche Schutzpflichten und verfassungsrechtlicher Regelungsbedarf

Aus dem Befund, dass die Osteopathie als Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen ist, ergibt sich freilich noch nicht per se, dass die Osteopathie auch im Berufsrecht durch entsprechende Regeln als eigenständiger Beruf anzuerkennen ist, insbesondere durch die Festlegung von entsprechenden Regeln zur Ausbildung, Zulassung und Berufsausübung (einschließlich etwa der Werbung mit einer Tätigkeit als Osteopath).

Indes ist hervorzuheben, dass die Anwendung osteopathischer Behandlungsmaßnahmen nach der „Wissenschaftlichen Bewertung“ osteopathischer Verfahren der Bundesärztekammer, die auf einer von deren Vorstand zustimmend zur Kenntnis genommenen Ausarbeitung des wissenschaftlichen Beirats der Bundesärztekammer beruht, keineswegs risikofrei ist²². Da in der Osteopathie funktionsbezogen und gegebenenfalls an der Körperstruktur orientiert Befunde erhoben und auch behandelt werden, folgt daraus – insbesondere im Falle unsachgemäßer Anwendung – das Potential einer Gefahr der vertiefenden, zusätzlichen Schädigung von krankheitsbedingt bereits vorgeschädigten Strukturen²³. Die Osteopathie kann also gerade aufgrund des charakteristischen Primärkontaktes mit Patienten in bestimmten Tätigkeits-

²² BÄK, DÄBl. 2009, A 2325, A 2332.

²³ S. auch BÄK, DÄBl. 2009, A 2325, A 2529, A 2332.

feldern keineswegs unerhebliche Risiken an die betreffenden Patienten herantragen.

1. Schutzpflichten im Gesundheitsrecht

Vor diesem Hintergrund gewinnen die mittlerweile für alle Abwehrrechte allgemein anerkannten staatlichen Schutzpflichten, die die Integrität der jeweiligen Schutzgegenstände über die abwehrrechtliche Dimension der Grundrechte hinaus zur Geltung bringen, besondere Bedeutung²⁴. Die entsprechenden Schutzpflichten werden insbesondere im Kontext des grundrechtlichen Schutzes durch Art. 2 Abs. 2 GG (Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit) diskutiert und effektiviert²⁵. Allerdings verdichten sich entsprechende Schutzpflichten nur in Ausnahmefällen zu entsprechenden Handlungspflichten des Gesetzgebers²⁶, insbesondere dann, wenn das sogenannte Untermaßverbot verletzt ist. Danach hat der Gesetzgeber unter Berücksichtigung der zu schützenden und gegebenenfalls entgegenstehenden Interessen (wie Rechten und Rechtsgütern) angemessen durch wirksame Vorkehrungen für Schutz zu sorgen. So hat es das BVerfG für notwendig erachtet, für den Schutz des ungeborenen Lebens Straftatbestände bereitzuhalten²⁷. Dabei ergeben sich die abzuwehrenden Gefahren namentlich aus dem Verhalten Dritter, hier insbesondere in Bezug auf die qualitativ unzureichende und daher ggf. gefährdende Ausübung der Osteopathie.

Auch vor diesem Hintergrund ist die bereits erwähnte Facharztentscheidung des BVerfG²⁸ zu würdigen. Unabhängig von dieser verbliebenen Unklarheit

²⁴ S. dazu etwa BVerfGG 115, 320 Rn. 129 ff., auch zu den Grenzen solcher Schutzpflichten.

²⁵ S. etwa BVerfGE 49, 304, 320 (Haftung des Sachverständigen); *Sachs*, GG, vor Art. 1 Rn. 35 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

²⁶ Zur Zurückhaltung bei der Heranziehung der Schutzpflichtenlehre in Richtung auf die Konstruktion spezieller Handlungspflichten des Gesetzgebers *Sachs*, vor Art. 1 GG Rdnrn. 35, 36.

²⁷ BVerfG NJW 1993, 1751, 1778; näher dazu etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, 7. Aufl. 2014 Rn. 665 f.

²⁸ BVerfGE 33, 125.

bei der Abgrenzung von Berufsausübung und Berufswahl hat das BVerfG in dieser Entscheidung jedenfalls die Ansicht vertreten, im Bereich des Facharztwesens hätten die „statusbildenden“ Normen in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssen. Das folge u. a. daraus, dass das Publikum vom Facharzt eine qualifizierte ärztliche Leistung erwarte und erwarten dürfe. Folgerichtig seien durch förmliches Gesetz namentlich diejenigen Regeln zu erfassen, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharztrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung sowie schließlich auch die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des gesamten Gesundheitswesens betreffen. Das gelte im Übrigen auch für die jeweiligen Berufspflichten²⁹. Auch unter dem Aspekt der Erwartungshaltung potentieller Kunden werde eine dem fachlichen und sozialen Status des Heilkundigen entsprechende besonders qualifizierte Leistung erwartet und könne auch erwartet werden. Dabei hat das Gericht hervorgehoben, dass eine fachärztliche Tätigkeit in aller Regel auf Dauer angelegt sei (geradezu im Sinne einer Lebensentscheidung). Die Ausbildung stelle den Heilkundigen vor besondere Aufgaben, führe ihm einen besonderen Patientenkreis zu und eröffne ihm die besonderen wirtschaftlichen Chancen, die mit der Tätigkeit verbunden seien. Die entsprechende fachärztliche Bezeichnung gebe dem Berufsbild auch in den Augen der Öffentlichkeit ein eigenes Gepräge. Aus alledem folge, dass im Bereich des Facharztwesens – wie bereits bemerkt – jedenfalls statusbildende Normen (wie die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, Facharztrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung und die Gründe für die Zurücknahme einer Anerkennung sowie schließlich die allgemeine Stellung von Fachärzten innerhalb des gesamten Gesundheitswesens) in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssen. Nur die dann noch erforderlichen ergänzenden Regelungen können dem Satzungsrecht der Ärztekammern überlassen werden.

²⁹ Zur dadurch aufscheinenden Flexibilität im Hinblick auf die Kategorisierung Berufswahl/Berufsausübung Maunz/Dürig/Scholz, Art. 12 GG Rn. 279.

Damit drängt sich die Konsequenz auf, das, was das BVerfG für Fachärzte verlangt, auf den Bereich der anderen Heilberufe und auf entsprechende Spezialisierungen bzw. – erst recht – auf neuartige Wege und Formen der Heilbehandlung, insbesondere mit besonderem Risikospektrum, zu übertragen. Bezogen auf den Bereich der Osteopathie führt das zu zwei Folgefragen: Die erste besteht darin, ob nicht entsprechende Regelungen bereits in ausreichender Weise vorhanden sind, insbesondere im Heilpraktikergesetz (2.). Sodann erhebt sich die Frage, ob die Einhaltung der gebotenen Standards und die Abwehr der genannten potentiellen Gefahren für den Patienten durch sonstige rechtliche Regelungen, namentlich im Haftungsrecht, ausreichend sichergestellt sind (3.).

2. Anforderungen der Ausübung der Osteopathie nach dem Heilpraktikergesetz

Die Anforderungen an die Ausübung der Osteopathie sind – bezogen auf den besonderen Fall der Physiotherapeuten – namentlich in Bezug auf das Heilpraktikergesetz an anderer Stelle dargelegt worden³⁰.

Ausgangspunkt ist dabei, dass die Osteopathie – unstrittig – schon deswegen, weil die Anwendung osteopathischer Maßnahmen gesundheitliche Schädigungen verursachen und Gefahren auslösen kann, insbesondere bei unsachgemäßer Anwendung, als Teil der Heilkunde im Sinne des § 1 Abs. 2 HPrG anzusehen ist. Daher bedarf die Ausübung der Osteopathie gemäß § 1 Abs. 1 HPrG prinzipiell einer Heilpraktikererlaubnis³¹. Dabei ist weitgehend unstrittig, dass die Ausübung der Osteopathie einer unbeschränkten Heilpraktikererlaubnis bedarf. Deshalb genügt etwa eine auf die Physiotherapie beschränkte Heilpraktikererlaubnis nicht, wenn osteopathische Maßnahmen eigenverantwortlich und selbständig ausgeübt werden sollen.

³⁰ Spickhoff, Rechtsgutachten, erstattet dem VOD e. V., Zur Erlaubnisbedürftigkeit der Ausübung osteopathischer Maßnahmen durch Physiotherapeuten, v. 02.11.2012.

³¹ S. VG Düsseldorf, Urteil v. 08.12.2008 (Az. 7 K 967/07); vgl. auch VG Aachen, Beschluss v. 15.08.2012 (Az. 5 L 322/12); ferner BÄK, DÄBl. 2009, A 2325, A 2332.

Insgesamt ist für Heilpraktiker, die osteopathische Maßnahmen durchführen, festzuhalten, dass auch eine unbeschränkte Zulassung als Heilpraktiker keinesfalls zwingend die zureichenden Qualifikationsmerkmale für die Ausübung gezielt osteopathischer Maßnahmen sicherstellt. Im Gegenteil haben Personen, die im Rahmen der Ausübung der Heilkunde osteopathisch tätig werden, sich zuvor letztlich eigenverantwortlich bzw. nach den bislang nicht zureichend gesetzlich fixierten Ausbildungsinhalten der Osteopathie entsprechend fortzubilden. Patienten, die einen „Osteopath“ aufsuchen, den es in berufsrechtlich gesicherter Weise nicht gibt, sind demgemäß aktuell der Gefahr ausgesetzt, sich an jemanden zu wenden, ohne sicher sei zu können, über welches Ausbildungs- und Qualifikationsniveau der jeweilige Therapeut verfügt. Es ist zu konstatieren, dass Physiotherapeuten aktuell zum Teil Osteopathie ausüben, ohne dazu befugt zu sein. Die fehlende Regelung begründet damit auch ein (berufs- und wettbewerbsrechtliches) für den Therapeuten selbst. Ferner ist bedenklich, wenn dem Vernehmen nach die Gesetzlichen Krankenversicherungen Osteopathie-Leistungen von Physiotherapeuten erstatten, obwohl diese durch die Leistungserbringung gegen das HPG verstoßen. Eine gesetzliche Regelung sollte die entsprechenden Anforderungen an eine qualitativ hochwertige Ausbildung daher mit der Bezeichnung „Osteopath“ verbinden und auf diese Weise seine inhaltliche Ausfüllung zum Zwecke des Patientenschutzes sicherstellen.

Das führt zu dem eindeutigen Ergebnis, dass die unbeschränkte Erlaubnis nach dem Heilpraktikergesetz irgendwie geartete konkrete gesetzliche Vorgaben zur Ausbildung bzw. zur Sicherstellung einer standardgemäßen Durchführung entsprechender potentiell gefährdender Maßnahmen der Osteopathie nicht inkludiert. Gleichwohl dürfen osteopathische Maßnahmen von Heilpraktikern mit unbeschränkter Erlaubnis nach geltendem Recht ausgeübt werden.

3. Sicherstellung des Standards der beruflichen Qualifikation durch das Straf- und Haftungsrecht

Zu bedenken ist allerdings, dass sowohl im Strafrecht (insbesondere im Kon-

text der Körperverletzungs- oder Tötungsdelikte), vor allem aber auch im zivilen Haftungsrecht durch dessen mittlerweile zunehmend anerkannte präventive Wirkung³² eine nicht zu unterschätzende Verhaltenssteuerung herbeigeführt werden kann. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf den objektiv-typisierten Sorgfaltsmaßstab hinzuweisen, der im zivilen Haftungsrecht verkehrskreisbezogen zu konkretisieren ist und im Arztrecht auf den besonderen Verkehrskreis des sogenannten Facharztes bzw. Facharztstandards zugeschnitten wird³³.

Im neuen Patientenrechtegesetz ist dieser Standard im § 630 a Abs. 2 BGB dahingehend – in Weiterführung von § 276 Abs. 2 BGB mit seiner allgemeinen Definition der Fahrlässigkeit – fortgeschrieben worden, dass die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemein anerkannten fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Wesentlich ist für die Konkretisierung das, was in dem Verkehrskreis, in dem sich Arzt oder Krankenhaus bewegen, von der Patientenseite erwartet werden kann. In Bezug auf die Sorgfaltspflichten von Heilpraktikern hat dieser Ausgangspunkt dazu geführt, dass von einem Heilpraktiker, der invasive Methoden bei seinen Patienten anwendet, dieselben Sorgfaltspflichten erwartet werden – und zwar sogar bezüglich seiner Fortbildung – wie von einem Arzt für Allgemeinmedizin, der sich solcher Methoden bedient³⁴. Heilpraktiker, die demgemäß osteopathisch tätig werden, haben den entsprechenden Standard ebenso einzuhalten wie Ärzte³⁵. Es versteht sich von selbst, dass dies insbesondere bei besonders gefährdenden osteopathischen Maßnahmen anzunehmen ist.

³² Zur Präventionsfunktion und –wirkung des Haftungsrechts statt aller MünchKommBGB/Wagner, 6. Aufl. 2013, vor § 823 Rn. 40, 41; Soergel/Spickhoff, BGB, 13. Aufl. 2005, vor § 823 Rn. 31-34; Lange/Schiemann, Schadensersatz, 3. Aufl. 2003, S. 10; Deutsch, Allgemeines Haftungsrecht, 2. Aufl. 1996, Rn. 18.

³³ S. etwa BGH NJW 1996, 780; BGH NJW 1987, 1480.

³⁴ BGH NJW 1991, 1535; Deutsch, in: Spickhoff, Medizinrecht (Kommentar), 2. Auf. 2014, § 276 BGB Rn. 15.

³⁵ Vgl. dazu auch OLG München GesR 2013, 665 (Klage allerdings abgewiesen).

Bei alledem ist freilich zu bedenken, dass der Schutz durch das Zivilrecht und das Strafrecht zwar präventiv wirken kann, letztthin aber erst nachtatlich-sanktionierend eingreift. Ebenso wie im Kontext anderer berufsrechtlicher Regelungen insbesondere im Gesundheitsrecht erscheint eine solche nachtatliche Sanktionierung kaum als ausreichend, um den osteopathischen Standard von vornherein sicherzustellen. Hierfür sind vielmehr berufsrechtliche Maßnahmen und die Anerkennung der Osteopathie in besonderen berufsrechtlichen Regelungswerken erforderlich, in denen insbesondere geregelt werden sollte, welche Voraussetzungen ein Osteopath erfüllen muss, wie die Mindestdauer der Ausbildung ausgerichtet sein sollte, wie das Verfahren der Anerkennung ausgestaltet ist und welche Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung bestehen können³⁶.

Europarechtlich ist in diesem Zusammenhang bemerkenswert, dass der EuGH in Bezug auf die Ausübung der Osteopathie durch einen in England ausgebildeten Osteopath entschieden hat, dass europäisches Recht einer Regelung nicht entgegensteht, wonach ein Mitgliedstaat eine ärztähnliche Tätigkeit wie die Osteopathie den Inhabern eines Diploms eines Doktors der Medizin vorbehält³⁷. Das zeigt, dass auch die europäisch-rechtsvergleichende Linie einer berufsrechtlichen Anerkennung der Osteopathie nebst Reglementierung nicht entgegensteht, sondern sogar eher dafür streitet.

3. Zwischenergebnis

Nach alledem ist die Osteopathie nicht nur als verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen, sondern es ist darüber hinaus aus Gründen der staatlichen Schutzpflichten auch angezeigt, die von dem Beruf des Osteopathen potentiell ausgehenden Gefahren zum Anlass für die Schaffung von rechtlichen Rahmenregelungen zu nehmen, die

³⁶ In Anlehnung an BVerfGE 33, 125.

³⁷ EuGH Rs. C-61/89, Slg. 1990 I-3551; bestätigt von OGH ZfRV 2001, 71 (jedenfalls solange es in Bezug auf solche Tätigkeiten, deren Ausübung ausschließlich Ärzten vorbehalten sind, an einer Harmonisierung auf der Ebene der EU fehlt).

diesen Beruf als eigenständigen Beruf im Gesundheitswesen zugleich anerkennen und flankieren.

III. Gesamtergebnis

1. Die Osteopathie ist eindeutig als verfassungsrechtlich geschützter Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG anzusehen.

2. Aufgrund der staatlichen Schutzpflichten in Bezug auf den Schutz des Rechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) ist es angezeigt, den Beruf des Osteopathen nicht nur im Rahmen gesetzlicher Regelungswerke anzuerkennen, sondern den entsprechenden Beruf auch entsprechend mit statusbildenden Normen zu flankieren.

Göttingen, 17.02.2015



Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Osteopathie als eigenständiger und regelungsbedürftiger Beruf

Rechtsgutachten

im Auftrag des Verbandes der Osteopathen Deutschland e.V.
Untere Albrechtstraße 15
65185 Wiesbaden

erstellt von

Universitätsprofessor Dr. Dieter Dörr

Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Völker- und Europarecht,
Medienrecht der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Inhalt

Osteopathie als eigenständiger und regelungsbedürftiger Beruf.....	1
A. Einleitung	3
B. Die Osteopathie als verfassungsrechtlich geschützter Beruf	5
I. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit und die Tätigkeit als Osteopath	5
II. Die Osteopathie als eigenständiger Beruf	5
1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Medizin- und Gesundheitsrecht	6
2. Weitere Aspekte	7
3. Ergebnis	7
C. Die Berufsfreiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und die Schutzpflicht des Staates	7
I. Die Herleitung einer grundrechtlichen Schutzpflicht	7
1. Die Schutzpflicht als Teil der Menschenwürde und des Rechts auf Leben	8
2. Die allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht	9
3. Ergebnis	11
II. Schutzpflicht und Schutzanspruch	11
1. Allgemeines	11
2. Das Ergreifen von Schutzmaßnahmen und die Nachbesserung unzureichender Schutzmaßnahmen	13
D. Gesamtergebnis	17

A. Einleitung

Die Osteopathie stellt eine Behandlungsform dar, die sich in erster Linie von der allopathischen Medizin unterscheidet, da sie verstärkt auf biomechanische und funktionelle Störungen des gesamten Körpers ausgerichtet ist. Sie umfasst verschiedene sogenannte alternativmedizinische Krankheits- und Behandlungstechniken und bezweckt die Diagnostik und Therapie (Schmerzlinderung, Muskelentspannung, Mobilisierung) von reversiblen funktionellen Störungen insbesondere am Stütz- und Bewegungsapparat. Zur Behebung körperlicher Funktionsstörungen bedient sich die Osteopathie manueller Behandlungsmethoden, deren Zweck es ist, durch bestimmte Hand- und Massagegriffe Blockierungen insbesondere innerhalb des Gelenkapparates zu beseitigen.¹ Sie ist verstärkt auf biomechanische und funktionelle Störungen des gesamten Körpers ausgerichtet. Dabei werden Diagnose und Therapie ausschließlich manuell durchgeführt und auf die Gabe von Medikamenten zu Heilungszwecken verzichtet. Die Ausübung der Osteopathie stellt somit eine (berufs- bzw. gewerbsmäßig) vorgenommene Tätigkeit zur Feststellung, Heilung oder Linderung von Krankheiten, Leiden oder Körperschäden bei Menschen dar.

Die Osteopathie wurde in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts von *Andrew Taylor Still* in den USA entwickelt. Inzwischen praktizieren weltweit annähernd 90.000 osteopathische Ärzte und ca. 43.000 Osteopathen, die meisten davon in Frankreich, Deutschland, Italien, Großbritannien, Australien, Belgien und Kanada. Allerdings ist die Osteopathie in Deutschland noch relativ jung: Während sie in den 1950er Jahren nur vereinzelt praktiziert wurde, begann Ende der 1980er Jahre eine verstärkte Verbreitung. Auch die Weltgesundheitsorganisation (WHO) hat nach mehrjähriger Arbeitsphase die sogenannten Benchmarks zur Osteopathie veröffentlicht.² Darin werden fundamentale Prinzipien, die Ausbildung und die Anwendungssicherheit festgelegt. Die WHO definiert die Osteopathie als eigenständige Form der Medizin, die sowohl Diagnose als auch Behandlung umfasst und sich von anderen Gesundheitsberufen deutlich abgrenzen lässt. Sie unterstreicht darüber hinaus die Existenz des nicht-ärztlichen Osteopathen, der neben dem osteopathischen Arzt ebenfalls im Direktkontakt mit dem Patienten arbeitet.

Die Ausbildung zum Osteopathen erfolgt einmal an deutschen Niederlassungen von Osteopathie-Schulen, die vorwiegend in Frankreich und Belgien gegründet wurden. An diesen Schulen erlernen Physiotherapeuten sowie Ärzte und Heilpraktiker die Osteopathie. Mittlerweile gibt es mehr als 20 Privatschulen, die an rund 70 verschiedenen Standorten Osteopathie berufsbegleitend und/oder in Vollzeit lehren. Seit den 1990er Jahren hat zudem die Akademisierung in Form von Bachelor- oder Master-Studiengängen begonnen. Dies geschah unter anderem in Kooperation mit ausländischen Hochschulen. Inzwischen wurden Bologna-

¹ So OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. September 2015 – I-20 U 236/13, 20 U 236/13 –, juris, Rn. 16 unter Hinweis auf *Roche*, Lexikon Medizin, 5. Auflage 2003, Stichworte „Osteopathie“, „Chirotherapie“; Brockhaus Gesundheit, 8. Aufl. 2010, Stichwort: „Osteopathie (Therapie)“.

² Benchmarks for Training in Osteopathy, 2010, abrufbar unter http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/44356/1/9789241599665_eng.pdf?ua=1.

konforme grundständige Studiengänge Osteopathie eingerichtet, die zu einem akademischen Bachelor- bzw. Master-Grad in Osteopathie führen.

Allerdings sind in Deutschland im Gegensatz zu vielen anderen Ländern derzeit weder der Beruf des Osteopathen noch dessen Ausbildung staatlich geregelt. Dadurch ist auch die Bezeichnung „Osteopath“ nicht definiert und geschützt. Daher können sich Therapeuten „Osteopathen“ nennen, die keine entsprechende Ausbildung erhalten haben. Eine weitere Folge davon ist, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen (GKV) zu unterschiedlichen und uneinheitlichen Bedingungen Behandlungen erstatten. Ein Großteil von ihnen setzt für die Erstattung die Mitgliedschaft des Behandelnden in einem Berufsverband voraus, ohne aber den Begriff „Berufsverband“ zu definieren. Dies führte dazu, dass eine Vielzahl von „Verbänden“ gegründet worden sind, um den eigenen Mitgliedern den Zugang zur Kassenerstattung zu ermöglichen, ohne dass alle Verbände eine Qualitätssicherung gewährleisten.

Schließlich führt die fehlende gesetzliche Regelung dazu, dass für das Angebot einer osteopathischen Behandlung stets eine Erlaubnis nach § 1 HeilPrG erforderlich ist. Dies gilt selbst dann, wenn die Praxis des Osteopathen nur auf ärztliche Anordnung tätig wird und der Osteopath die Leistung durch eine besonders ausgebildete Mitarbeiterin erbringt.³ Grund dafür ist, dass es sich – wie bereits dargelegt – bei der Osteopathie um eine Tätigkeit handelt, die nach allgemeiner Auffassung ärztliche bzw. medizinische Fachkenntnisse erfordert. Dies belegt auch das Ausbildungs- und Prüfungscurriculum der BAO, das einen zeitlich sowie inhaltlich erheblichen Ausbildungsaufwand umfasst. Die BAO ist eine bundesweit tätige Organisation, deren Mitglieder die Ausbildungsstätten und sämtliche Berufsverbände für Osteopathen in Deutschland sind. Dieser Ausbildungsaufwand dient gerade auch dem Zweck, Schäden von Patienten und der Allgemeinheit abzuwenden.⁴ Daraus folgt im Umkehrschluss, dass die Ausübung osteopathischer Tätigkeit abstrakt mit gesundheitlichen Risiken verbunden ist.

Auch eine Erlaubnis zur Ausübung der Physiotherapie gemäß § 1 Abs. 1 MPhG reicht nicht aus, um osteopathische Behandlungen vorzunehmen zu dürfen. Dies folgt, wie das OLG Düsseldorf⁵ zutreffend dargelegt hat, bereits daraus, dass Osteopathie nicht Bestandteil des Ausbildungs- und Prüfungscurriculums für Physiotherapeuten ist. Da die Physiotherapeuten-Ausbildung Osteopathie somit nicht umfasst, kann auch die entsprechende Erlaubnis zur Ausübung der Physiotherapie die Osteopathie nicht miteinbeziehen.

Vor dem Hintergrund der derzeitigen Situation der Osteopathie in Deutschland hat mich der Verband der Osteopathen Deutschland e.V. gebeten, in einem Kurzgutachten zu der Frage Stellung zu nehmen, ob der Osteopath einen eigenständigen Heilberuf darstellt, den der Gesetzgeber einer gesonderten Regelung unterziehen muss, die u.a. das Berufsbild und die Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeit zum Gegenstand hat.

³ So OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. September 2015 – I-20 U 236/13, 20 U 236/13 –, juris, Rn. 14.

⁴ VG Düsseldorf, Urteil vom 08. Dezember 2008 – 7 K 967/07 –, juris, Rn. 26 f.

⁵ So OLG Düsseldorf, Urteil vom 08. September 2015 – I-20 U 236/13, 20 U 236/13 –, juris, Rn. 20.

B. Die Osteopathie als verfassungsrechtlich geschützter Beruf

I. Der Schutzbereich der Berufsfreiheit und die Tätigkeit als Osteopath

Im Ausgangspunkt ist zunächst zu klären, ob die Tätigkeit als Osteopath am Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG teilhat. Innerhalb dieser Prüfung ist bedeutsam, ob es sich bei der Osteopathie um einen eigenständigen Heilberuf handelt oder ob die Osteopathie lediglich eine Ausprägung, also eine bloße Unterfallgruppe, eines anderen Heilberufs darstellt. Nach ständiger Rechtsprechung gewährleistet die Grundrechtsbestimmung des Art. 12 Abs. 1 GG sowohl das Recht, seinen Beruf frei zu wählen als auch diesen auszuüben. Damit wird in dieser Grundrechtsbestimmung die Berufsfreiheit umfassend geschützt. Dabei wird unter Beruf im Sinne dieser Freiheitsgewährleistung jede auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Schaffung und dem Erhalt einer Lebensgrundlage dienen soll, verstanden.⁶ Fraglich ist, ob die Tätigkeit auch erlaubt sein muss, um am Schutz der Berufsfreiheit teilzuhaben. In seiner früheren Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht vertreten, dass es sich um eine erlaubte Tätigkeit handeln muss.⁷ Von dieser Einschränkung ist das Bundesverfassungsgericht aber in seiner neueren Rechtsprechung abgerückt.⁸ Zudem besteht Einigkeit darüber, dass nur solche Tätigkeiten als unerlaubt und damit nicht von der Berufsfreiheit geschützt angesehen werden können, die von vorneherein verboten, also sozialschädlich sind. Als Beispiele können in diesem Zusammenhang etwa Tätigkeiten, wie diejenige eines Geldfälschers oder eines gewerbsmäßigen Hehlers, genannt werden. Die Berufsfreiheit ist nicht nur ein in der klassischen Gewerbefreiheit tradiertes objektives Prinzip der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung. Vielmehr stellt sie ein echtes Grundrecht dar, das wegen seiner engen Beziehung zur Persönlichkeit des Menschen und ihrer Entfaltung über den Rahmen traditionell oder rechtlich fixierter Berufsbilder hinaus auch die vom Einzelnen frei gewählten untypischen Betätigungen schützt. Es ist also nicht auf bestimmte gesellschaftlich oder rechtlich anerkannte Berufsbilder abzustellen, wenn es darum geht, welche Tätigkeiten durch die Berufsfreiheit geschützt sind. Vielmehr kommt es auf die Entscheidungen des Einzelnen an.

Auf dieser Grundlage besteht kein Zweifel daran, dass die Tätigkeit der Osteopathen verfassungsrechtlich am Schutz der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG teilhat. Die Osteopathen üben ihre Tätigkeiten regelmäßig auf Dauer aus, um damit zur Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage beizutragen.

II. Die Osteopathie als eigenständiger Beruf

Mit der Aussage, dass die Tätigkeit der Osteopathen vom Schutz der Berufsfreiheit umfasst ist, ist allerdings nicht gesagt, dass die Osteopathie einen eigenständigen Beruf bildet. Dies liegt darin begründet, dass der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG die Freiheit der Berufswahl und die Freiheit der Berufsausübung umfasst. Obwohl beide Freiheiten zwei Aspekte des „ein-

⁶ So schon BVerfGE 7, 377 (397).

⁷ Vgl. etwa BVerfGE 14, 19 (22); 7, 377 (397).

⁸ Vgl. BVerfGE 115, 276 (301).

heitlichen Komplexes“ Berufsfreiheit sind,⁹ müssen sie sorgfältig voneinander unterschieden werden. Dies liegt auch daran, dass nach den Grundsätzen, die das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Apothekenurteil entwickelt hat¹⁰, gesetzgeberische Eingriffe in die Berufsfreiheit an verschiedenen Maßstäben zu messen sind. Entscheidende Bedeutung kommt dabei dem Umstand zu, ob durch den gesetzgeberischen Eingriff die Berufswahlfreiheit oder aber die Berufsausübungsfreiheit betroffen ist. Im Zusammenhang mit der Tätigkeit als Osteopath ist denkbar, dass es sich dabei um eine bloße Variante der Ausübung eines bereits etablierten anderen Heilberufs handelt oder dass die Osteopathie einen eigenständigen, von den anderen Heilberufen zu unterscheidenden Beruf darstellt.

1. Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts im Medizin- und Gesundheitsrecht

Es ist einzuräumen, dass die Unterscheidung zwischen einem eigenständigen Beruf und der Ausprägung schon vorhandener Berufe durchaus schwierig ist. Dies gilt auch im Bereich des Medizin- und Gesundheitsrechts, in dem das Bundesverfassungsgericht mehrfach Entscheidungen¹¹ getroffen hat, die sich mit der Abgrenzung von Berufswahlfreiheit und Berufsausübungsfreiheit auseinandersetzen. Eine Entscheidung¹² betraf die Tätigkeit von Drogisten, die auch Arzneimittel vertrieben. Durch das Monopol für Apotheken für den Vertrieb von Arzneien wurde dieses Tätigkeitsfeld den Drogisten genommen. Das Bundesverfassungsgericht ging davon aus, dass es sich bei Drogisten, die auch Arzneimittel vertrieben haben, lediglich um eine Nebentätigkeit der allgemeinen Drogistentätigkeit gehandelt habe.¹³ Deshalb bewirke das Monopol für die Apotheken lediglich eine Berufsausübungsregel für die betroffenen Drogisten. In weiteren Entscheidungen¹⁴, die sich mit der Abgrenzung von Berufsausübung und eigenständigem Beruf im medizinischen Bereich beschäftigten, ging es um die Tätigkeit von Kassenärzten. Das Bundesverfassungsgericht entschied dahingehend, dass die kassenärztliche Tätigkeit keinen eigenständigen Beruf bilde¹⁵, ebenso wenig wie die Zulassung zur Kassenpraxis einen eigenständigen Beruf begründe.¹⁶ Darüber hinaus vertrat das Bundesverfassungsgericht die Auffassung, dass ein Chefarzt in einem Krankenhaus, der gleichzeitig eine ärztliche Privatpraxis betreibe, mit dem Betreiben der ärztlichen Privatpraxis keinen eigenständigen Beruf ausübe. Vielmehr handele es sich um eine Funktion, die neben die Betätigung als Chefarzt im Krankenhaus trete.¹⁷ In einer weiteren wichtigen Entscheidung¹⁸ ging es um die Frage, ob es berufsrechtlich beanstandet werden kann, wenn sich ein Facharzt nicht auf sein Fachgebiet beschränkt, sondern den Ehemann einer Patientin außerhalb seines Fachgebiets mitbehandelt. Viele erwarteten von dieser Entscheidung, dass das Bun-

⁹ Vgl. BVerfGE 7, 377 (401).

¹⁰ Vgl. BVerfGE 7, 377.

¹¹ BVerfGE 9, 73 – Drogisten; 11, 30 – Kassenarzt; 12, 144 – Kassenzahnarzt; 16, 286 (296) – Kassenzulassung; 33, 125 – Facharzt.

¹² BVerfGE 9, 73 – Drogisten.

¹³ BVerfGE 9, 73 (78) – Drogisten.

¹⁴ BVerfGE 11, 30 – Kassenarzt; 12, 144 – Kassenzahnarzt; 16, 286 (296) – Kassenzulassung.

¹⁵ BVerfGE 11, 30 (41) – Kassenarzt; 12, 144 (147) – Kassenzahnarzt.

¹⁶ BVerfGE 16, 286 (296) – Kassenzulassung.

¹⁷ BVerfGE 16, 286 (294 ff.) – Kassenzulassung.

¹⁸ BVerfGE 33, 125 – Facharzt.

desverfassungsgericht klarstellt, ob es sich bei der Tätigkeit als Facharzt, hier als Facharzt für Frauenkrankheiten und Geburtshilfe, um einen eigenständigen Beruf innerhalb der Tätigkeit als Arzt handelt. Leider lies das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung diese Frage letztlich offen.¹⁹

2. Weitere Aspekte

Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung allein kann noch nicht mit Sicherheit gesagt werden, ob es sich bei der Osteopathie um einen eigenständigen Beruf handelt. Dafür spricht allerdings, dass dieser Tätigkeit regelmäßig eine vierjährige Ausbildung vorausgeht, auf deren Grundlage eine ganz spezielle Diagnostik und Behandlung erfolgt. Hinzu kommen weitere Umstände. Gerade wenn es um die Frage geht, ob neue oder vergleichsweise neue Tätigkeitsfelder einen neuen Beruf darstellen, ist vor allem darauf abzustellen, ob diese Tätigkeit sozial abgegrenzt von anderen Berufen stattfindet und ein eigenständiges Gepräge aufweist.²⁰ Legt man diesen Ausgangspunkt zugrunde, stellt sich die Osteopathie als ein eigenes Diagnose- und Behandlungsverfahren dar. So wird sie auch von der Gesellschaft wahrgenommen. Auch die Krankenkassen sehen diese Behandlung als eigenständig an. Die Osteopathie stellt gerade keinen Unterfall der Physiotherapie oder der Tätigkeit eines Chiropraktikers dar. Dies zeigt sich darüber hinaus in der jeweiligen Ausbildung. Für die Eigenständigkeit dieser Tätigkeit spricht zudem der Blick über die Grenzen. Im europäischen Ausland wird der Beruf des Osteopathen weitgehend anerkannt. Schließlich existiert mit den Eckpunkten der World Health Organisation (WHO) ein internationaler Standard zur Ausbildung im Bereich der Osteopathie. Auch dies belegt ganz deutlich, dass es sich hierbei um ein eigenständiges Tätigkeitsfeld handelt.

3. Ergebnis

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Osteopathie einen eigenständigen Beruf im Sinne von Art. 12 Abs. 1 GG darstellt. Sie bildet gerade keine bloße Unterfallgruppe im Sinne einer Subspezialisierung eines anderen Heilberufs. Daraus ergibt sich aber noch nicht, dass der Gesetzgeber Regelungen treffen muss, die die Ausbildung, Zulassung und Ausübung dieser Tätigkeit im Einzelnen ausgestalten.

C. Die Berufsfreiheit, das Recht auf körperliche Unversehrtheit und die Schutzpflicht des Staates

I. Die Herleitung einer grundrechtlichen Schutzpflicht

Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Gesetzgeber für die Osteopathie besondere Regelungen vorsehen muss, die u.a. das Berufsbild und die Erlaubnis zur Ausübung der Tätigkeit

¹⁹ BVerfGE 33, 125 (161 ff.).

²⁰ Vgl. auch BVerfGE 97, 12 (33).

zum Gegenstand haben, spielt die Lehre von den Schutzpflichten²¹ eine entscheidende Rolle. Das Bundesverfassungsgericht hat anknüpfend an das Urteil zum niedersächsischen Vorschaltgesetz²² in wichtigen Entscheidungen ausgeführt, dass der Staat von Verfassung wegen verpflichtet sei, zum Schutze des Lebens und der körperlichen Unversehrtheit tätig zu werden, wenn diese Grundrechte durch Eingriffe Dritter bedroht seien.²³ Darüber hinaus leitet es aus der Staatsangehörigkeit die Rechtspflicht der Bundesrepublik Deutschland ab, den Deutschen im Ausland diplomatischen Schutz zu gewähren.²⁴

Um diese Schutzpflicht herzuleiten, knüpft das Bundesverfassungsgericht vor allem an die objektiv-rechtliche Funktion der Grundrechte an. Die Grundrechte muss man nach seiner Ansicht nicht nur als Abwehrrechte, sondern zugleich auch als objektiv-rechtliche Wertentscheidungen verstehen. Aus diesen in den Grundrechten zum Ausdruck kommenden Wertentscheidungen folgen nach Ansicht des Gerichts Richtlinien und Impulse für die Staatsfunktionen, aus denen sich auch Schutzpflichten ergeben können.

1. Die Schutzpflicht als Teil der Menschenwürde und des Rechts auf Leben

Zur Begründung des Schutzpflichtgedankens wird zum einen auf Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG verwiesen. Nach dieser Vorschrift ist der Staat zum Schutze der Menschenwürde verpflichtet. In dem Bereich, der inhaltlich vom Begriff der Menschenwürde erfasst wird, muss der Staat nicht nur Eingriffe unterlassen, sondern aktiv zum Schutze der Menschenwürde tätig werden. Daraus hat das Bundesverfassungsgericht in der ersten Fristenlösung-Entscheidung²⁵ abgeleitet, dass das (sich entwickelnde) Leben an diesem Schutz teilhat. Wo menschliches Leben existiere, komme ihm Menschenwürde zu. Daher sei auch nicht entscheidend, ob der Träger sich dieser Würde bewusst sei und sie selbst zu wahren wisse. Die von Anfang an im menschlichen Sein angelegten potentiellen Fähigkeiten genügten, um die Menschenwürde zu begründen und die umfassende Schutzpflicht auszulösen.²⁶ Zudem hat das Bundesverfassungsgericht diese Schutzpflicht schon in der ersten Fristenlösung-Entscheidung unmittelbar aus dem in Art. 2 Abs. 2 GG verankerten Schutz des menschlichen Lebens abgeleitet, da dieses Grundrecht einen Höchstwert innerhalb der grundgesetzlichen Ordnung darstelle. Es sei die vitale Basis der Menschenwürde und die Voraussetzung aller anderen Grundrechte. Daher gebiete Art. 2 Abs. 2 GG dem Staat, sich schützend und fördernd vor das Leben zu stellen, das heiße vor allem, es auch vor rechtswidrigen Eingriffen

²¹ Grundlegend dazu *Benda*, Technische Risiken und Grundgesetz, in Blümel/Wagner (Hrsg.), Technische Risiken und Recht, Karlsruhe 1981, 5 ff.; *D. Dörr*, Faires Verfahren, Kehl am Rhein 1984, 139 f u. 160 ff.; *ders.*, Die deutsche Handelsflotte und das Grundgesetz, München 1988, 172 ff.; *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit. Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates, Berlin 1986; *E. Klein*, Diplomatischer Schutz und grundrechtliche Schutzpflicht, DÖV 1977, 704 ff.; *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, Berlin 1985, 101 ff.; *Ossenbühl*, Die Interpretation der Grundrechte in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1976, 2100 (2102).

²² BVerfGE 35, 79 (114).

²³ Vgl. grundlegend BVerfGE 39, 1 (41); 46, 160 (164); 49, 89 (141 f.).

²⁴ BVerfGE 36, 1 (31 f.).

²⁵ BVerfGE 39, 1.

²⁶ BVerfGE 39, 1 (42).

von Seiten anderer zu bewahren. Diese Schutzverpflichtung des Staates müsse umso ernster genommen werden, je höher der Rang des in Frage stehenden Rechtsgutes innerhalb der Wertordnung des Grundgesetzes anzusetzen sei.

Auch in der Schleyer-Entscheidung²⁷ bestätigt das Bundesverfassungsgericht nachdrücklich, dass Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG den Staat verpflichtet, jedes menschliche Leben zu schützen. Diese Schutzpflicht ist aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts umfassend. Daher haben sich alle staatlichen Organe, je nach ihren besonderen Aufgaben, an diesem Gebot auszurichten.

2. Die allgemeine grundrechtliche Schutzpflicht

Allerdings lässt sich damit noch keine allgemeine Schutzpflicht begründen, die sich auf alle Freiheitsrechte und damit auch auf die körperliche Unversehrtheit und die Berufsfreiheit erstreckt. Für eine solche, allen Grundrechten innewohnende Schutzpflicht können Art. 6 Abs. 1 und 4 GG ins Feld geführt werden. Gerade aus der in Art. 6 Abs. 1 GG betonten besonderen Schutzpflicht für Ehe und Familie lässt sich ableiten, dass nach den Vorstellungen des Verfassungsgebers auch eine allgemeine Schutzpflicht existiert, die allen Freiheitsrechten zugutekommt.²⁸

a) Schutzpflicht und Wissenschaftsfreiheit

Dies hat das Bundesverfassungsgericht bereits in seiner Entscheidung zum niedersächsischen Vorschaltgesetz²⁹, das die Wissenschaftsfreiheit und die Freiheit von Forschung und Lehre zum Gegenstand hat, deutlich gemacht. Es führt insoweit aus:

Eine solche Wertentscheidung enthält auch Art. 5 Abs. 3 GG... Diese Wertentscheidung bedeutet nicht nur eine Absage an staatliche Eingriffe in den zuvor gekennzeichneten Eigenbereich der Wissenschaft; sie schließt vielmehr das Entstehen des Staates, der sich als Kulturstaat versteht, für die Idee einer freien Wissenschaft und seine Mitwirkung an ihrer Verwirklichung ein und verpflichtet ihn, sein Handeln positiv danach einzurichten, d.h. schützend und fördernd einer Aushöhlung dieser Freiheitsgarantie vorzubeugen.³⁰

Daraus folgt, dass die Schutzpflicht keineswegs auf den Bereich der Menschenwürde oder die Garantie des Lebens begrenzt ist, sondern vom Bundesverfassungsgericht auch bei der Wissenschaftsfreiheit bejaht wird.

b) Schutzpflicht und Recht auf körperliche Unversehrtheit

Besonders reichhaltig ist die Rechtsprechung zu dem in Art. 2 Abs. 2 GG gewährleisteten Recht auf körperliche Unversehrtheit. So hat das Bundesverfassungsgericht in seinen beiden

²⁷ BVerfGE 46, 160.

²⁸ So etwa D. Dörr, Die deutsche Handelsflotte, 174.

²⁹ BVerfGE 35, 79.

³⁰ BVerfGE 35, 79 (114).

Atomrechts-Entscheidungen³¹ die Lehre von der Schutzpflicht auch auf den Umweltschutz angewandt und insoweit an die Garantie der körperlichen Unversehrtheit angeknüpft. In der Fluglärmentcheidung setzt sich das Bundesverfassungsgericht intensiv mit der Frage auseinander, ob sich die aus Art. 2 Abs. 2 GG folgende Schutzpflicht ausschließlich auf einen Schutz der körperlichen Unversehrtheit in biologisch-physiologischer Hinsicht beschränkt oder ob sie sich auch auf den geistig-seelischen Bereich, also das psychische Wohlbefinden erstreckt. Dabei neigt es der Auffassung zu, dass eine Beschränkung des Schutzes allein auf solche Einwirkungen, die Verletzungen des Körpers darstellen, der Bedeutung dieses Grundrechts jedenfalls dann nicht gerecht wird, wenn Art. 2 Abs. 2 GG im Lichte des Art. 1 Abs. 1 GG und der darin verbürgten Unantastbarkeit der Menschenwürde ausgelegt wird. Daher sind nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zumindest solche nicht körperlichen Einwirkungen von Art. 2 Abs. 2 GG erfasst, die ihrer Wirkung nach körperlichen Eingriffen gleichzusetzen seien. Das sind jedenfalls solche, die das Befinden einer Person in einer Weise verändern, die der Zufügung von Schmerzen entspricht.

Jedenfalls ist nach zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts anzunehmen, dass Fluglärm nach dem zum Zeitpunkt der Entscheidung vorliegenden Stand der Erkenntnisse zumindest eine nicht unerhebliche Gefährdung des durch Art. 2 Abs. 2 GG geschützten Rechtsguts bewirkt. Auch eine auf Grundrechtsgefährdungen bezogene Risikovorsorge wird also von der Schutzpflicht der staatlichen Organe umfasst.

Damit lässt sich jedenfalls festhalten, dass auch beim Recht auf körperliche Unversehrtheit eine Schutzpflicht des Staates besteht. Darauf wird noch zurückzukommen sein.

c) Schutzpflicht als Bestandteil der objektiven Wertordnung

Dass die Schutzpflicht keine Besonderheit der Wissenschaftsfreiheit und der Garantie der körperlichen Unversehrtheit darstellt, sondern auch für alle anderen Freiheitsrechte gilt, kommt in weiteren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts zum Ausdruck. So hat es eine Schutzpflicht im Zusammenhang mit der in Art. 7 Abs. 4 GG verankerten Privatschulfreiheit³² ebenso bejaht wie im Zusammenhang mit der Eigentumsgarantie³³. Die in den Grundrechten verkörperte objektive Wertordnung verpflichtet den Staat demnach, die in den Grundrechten gewährleistete Freiheit durch positives Handeln, also aktiv zu schützen. Damit ist die Schutzpflicht des Staates Bestandteil des Grundrechtssystems.³⁴ Diese in der Recht-

³¹ BVerfGE 49, 89 (141 f.) – Kalkar; BVerfGE 53, 30 (57) – Mülheim-Kärlich

³² BVerfGE 75, 40 (61 ff.).

³³ BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932).

³⁴ Dazu D. Dörr, *Faires Verfahren*, 160 ff.; *Isensee*, *Das Grundrecht auf Sicherheit*, Zu den Schutzpflichten des freiheitlichen Verfassungsstaates; D. Dörr, *Die deutsche Handelsflotte*, 172 ff. mit weiteren Nachweisen.

sprechung entwickelte Auffassung ist in der Literatur überwiegend auf Zustimmung gestoßen.³⁵

d) Schutzpflicht als Teil der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption

*Dietrich Murswiek*³⁶ und *Josef Isensee*³⁷ haben darüber hinaus nachgewiesen, dass die Schutzpflicht des Staates kein Gegensatz zum klassischen Grundrechtsverständnis, sondern ein Bestandteil der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption ist, der lediglich vorübergehend in Vergessenheit geraten war. Die Schutzpflicht wird nämlich von der klassischen Grundrechtskonzeption vorausgesetzt. Der Staat ist vor allem eine Friedensordnung. Daher ist der Staat verpflichtet, die Gewaltanwendung unter seinen Bürgern grundsätzlich zu unterbinden. Die Treuepflicht des Bürgers einerseits und die Schutzpflicht des Staates andererseits bedingen einander. Aus der Pflicht zur Beachtung des Gewaltverbotes folgt also die allgemeine Verpflichtung des Staates, seine Bürger vor rechtswidrigen Angriffen zu schützen.

Bei dieser Sichtweise sind also die Pflichten des Staates zum Schutz von Individualgütern Gewährleistungspflichten. Für die klassisch liberale Theorie war die Gewährleistung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Freiheit und Eigentum gegen Eingriffe auch von dritter Seite der wesentliche, wenn nicht der einzige Zweck des Staates. Zu Recht wird deshalb darauf hingewiesen, dass zwischen der Schutzpflicht des Staates und der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption gerade kein Widerspruch besteht. Vielmehr lässt sich die Schutzpflicht unmittelbar aus dieser Grundrechtskonzeption herleiten, ohne den Umweg über die „objektiv-rechtliche Wertordnung“ zu nehmen.³⁸

3. Ergebnis

Unabhängig davon, ob man mit dem Bundesverfassungsgericht die Schutzpflicht über die objektive Wertordnung begründet oder mit *Murswiek* und *Isensee* die Schutzpflicht als Teil der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption ansieht, steht jedenfalls fest, dass der Staat gehalten ist, sich schützend und fördernd vor alle Freiheitsrechte und damit auch vor die körperliche Unversehrtheit und die Berufsfreiheit zu stellen.

II. Schutzpflicht und Schutzanspruch

1. Allgemeines

Unklar ist allerdings, ob und inwieweit dieser Schutzpflicht auch ein individueller Schutzanspruch gegenübersteht. Das Bundesverfassungsgericht erkennt einen solchen Schutzan-

³⁵ Vgl. etwa *D. Dörr*, Faires Verfahren, 139 f. u. 160 ff.; *ders.*, Die deutsche Handelsflotte, 172 ff.; *E. Klein*, DÖV 1977, 704 ff.

³⁶ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 102 ff.

³⁷ *Isensee*, Das Grundrecht auf Sicherheit, 10 ff.

³⁸ So *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 106; *Isensee*, Diskussionsbeitrag, VVDStrL 41 (1983), 131.

spruch grundsätzlich an. Allerdings steht nach seiner Ansicht dem Gesetzgeber und der Verwaltung bei der Frage, wie sie der Schutzpflicht genügen wollen, ein weiter Ermessensspielraum zu. Es ist in erster Linie ihre Aufgabe, darüber zu befinden, welche Schutzmaßnahmen sie für zweckdienlich und geboten halten, um das jeweilige Freiheitsrecht zu gewährleisten.³⁹

Dies bedeutet aber nicht, dass der Staat bei der Erfüllung seiner Schutzpflicht bezüglich der Freiheitsrechte von einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle gänzlich freigestellt werden kann. Vielmehr bietet das Bundesverfassungsgericht einen Mittelweg dahingehend an, dass der Schutzanspruch als ein Anspruch auf pflichtgemäße Ausübung des dem Staat zustehenden Ermessens ausgewiesen wird. Damit wird vor allem dem Gesetzgeber der Gestaltungsspielraum offen gehalten, den er zur sachgerechten Erfüllung seiner Aufgaben braucht. Die verfassungsgerichtliche Kontrolle beschränkt sich nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts auf Willkür, also auf eine Missbrauchskontrolle.⁴⁰

Zwar sprechen für diese Ansicht des Bundesverfassungsgerichts durchaus gute Gründe. Es bleibt aber ein Stück weit unklar, wie aus der objektiven Schutzpflicht ein subjektiver Schutzanspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung wird.

Wenn man dagegen mit *Murswiek* und *Isensee* die Schutzpflicht des Staates als von der liberal-rechtsstaatlichen Grundrechtskonzeption vorausgesetzt ansieht, ergeben sich bei der Begründung eines individuellen Schutzanspruchs keine Probleme. Der individuelle Schutzanspruch folgt vielmehr unmittelbar aus der Abwehrfunktion der Grundrechte. Da der Staat kraft seiner Schutzpflicht zum Handeln aufgerufen ist, sind ihm die Folgen seines Unterlassens zuzurechnen. Demnach ist die Verletzung der Schutzpflicht auch zugleich ein Grundrechtsverstoß, wenn sie zu einer Beeinträchtigung des grundrechtlich geschützten Gutes führt. Mit der Verletzung der Schutzpflicht greift der Staat demnach durch Unterlassen in das Grundrecht ein. Schutzpflicht und Schutzanspruch sind damit grundsätzlich deckungsgleich.⁴¹

Mit dieser Lösung wird auch der gesetzgeberische Gestaltungsfreiraum nicht über Gebühr eingeschränkt. Vielmehr hat die Schutzpflicht für den Gesetzgeber nur äußere Grenzen seines Handelns zur Folge. Er muss zwischen den unterschiedlichen Rechtspositionen abwägen. Die Verfassung garantiert dem Betroffenen, dessen Rechte geschützt werden müssen, nur eine Mindestposition, die durch den Wesensgehalt und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu bestimmen ist. Wie der Gesetzgeber die Rechtspositionen im Einzelnen ausgleicht, unterliegt wieder seiner Gestaltungsfreiheit und seiner politischen Verantwortung.⁴²

³⁹ BVerfGE 39, 1 (44 f.); 46, 160 (164 f.); 49, 89 (142 f.).

⁴⁰ BVerfGE 39, 1 (44 f.); 46, 160 (164 f.).

⁴¹ So *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 107 f., 216 ff. u. 276; dazu auch *D. Dörr*, Die deutsche Handelsflotte, 176.

⁴² So *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 140, 180 f. und 286 f.

2. Das Ergreifen von Schutzmaßnahmen und die Nachbesserung unzureichender Schutzmaßnahmen

Mit der Aussage, dass der Staat verpflichtet ist, die Berufsfreiheit der Osteopathen und die körperliche Unversehrtheit der potentiell betroffenen Patientinnen und Patienten zu schützen, ist allerdings noch nicht viel gewonnen. Fraglich bleibt, unter welchen Voraussetzungen den Staat konkrete Handlungs- und Regelungspflichten treffen und inwieweit er ggfls. bei der Wahl der Schutzmaßnahmen rechtlich gebunden ist. Schon bei der Frage, ob überhaupt Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen, besteht für den Gesetzgeber ein Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum. Eine Verpflichtung zum Tätigwerden kann insbesondere dann zu bejahen sein, wenn der Gesetzgeber überhaupt keine Schutzmaßnahmen ergriffen hat, also gänzlich untätig geblieben ist. Dann ist der Gestaltungsspielraum jedenfalls insoweit reduziert, dass der Staat tätig werden muss. Bei der Auswahl der verschiedenen in Betracht kommenden Schutzmaßnahmen bestehen für den Gesetzgeber wieder weitreichende Gestaltungsspielräume. Es ist zunächst seine Aufgabe, darüber zu befinden, welche Schutzmaßnahmen für zweckdienlich und geboten gehalten werden.

a) Die Handlungspflicht des Gesetzgebers im Bereich der Osteopathie

Im Zusammenhang mit der Frage, ob der Gesetzgeber gehalten ist, überhaupt tätig zu werden, spielt der Umstand eine Rolle, dass die Anwendung osteopathischer Behandlungsmaßnahmen in jedem Fall Risiken mit sich bringen kann. Dies beruht darauf, dass in der Osteopathie funktionsbezogen und an der Struktur des Körpers orientiert zunächst Befunde erhoben und dann auch entsprechend dieser Befunde Behandlungen durchgeführt werden. Erfolgt eine solche Behandlung unsachgemäß, kann es zu zusätzlichen Schädigungen der Gesundheit und des körperlichen Wohlbefindens kommen.⁴³ Auf diese Risiken wurde bereits einleitend hingewiesen. Demnach gebietet es die aus dem Grundrecht der körperlichen Unversehrtheit abzuleitende Schutzpflicht, die in Art. 2 Abs. 2 GG verankert ist, dass der Gesetzgeber durch entsprechende Regelungen Schutzmaßnahmen ergreift. Hinzu kommt, dass die Berufsfreiheit der Osteopathen solche Regelungen ebenfalls fordert. Die Bestimmung des Art. 12 Abs. 1 GG gebietet, dass sich der Staat schützend und fördernd vor die Berufsfreiheit der Osteopathen stellt. Die Osteopathen müssen wissen, unter welchen Voraussetzungen und mit welcher Ausbildung sie ihre Tätigkeit durchführen dürfen und ob diese Tätigkeit ggfls. erstattungspflichtig ist.

Dafür, dass der Gesetzgeber generell solche Normen erlassen muss, spricht auch die bereits zitierte Facharztentscheidung des Bundesverfassungsgerichts.⁴⁴ Darin vertritt das Bundesverfassungsgericht die Ansicht, dass im Bereich des Facharztwesens die wesentlichen Bestimmungen in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz zu erfolgen haben. Zwar geht es dabei auch und in erster Linie um die Abgrenzung von standesrechtlichen Regeln-

⁴³ Vgl. dazu auch *Spickhoff*, Zur Frage, ob die Osteopathie als ein eigenständiger und regelungsbedürftiger (Heil-) Beruf mit Primärkontakt anzusehen ist, Rechtsgutachten erstattet dem Verband der deutschen Osteopathen e.V., 9.

⁴⁴ BVerfGE 33, 125.

gen und dem gesetzgeberischen Rahmen, also um die Frage, welche Entscheidungen durch förmliches Gesetz getroffen werden müssen. Allerdings kommt in den Ausführungen auch zum Ausdruck, dass die Patientinnen und Patienten bei einem Facharzt besonders qualifizierte Leistungen erwarten und dies auch dürfen. Zudem eröffnet die Facharztbezeichnung dem Heilkundigen besondere wirtschaftliche Chancen und führt ihm einen eigenen Patientenkreis zu. Aus diesen Umständen leitet das Bundesverfassungsgericht ab, dass in jedem Fall die Status bildenden Normen, wie z.B. die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die Facharztbildungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung und die Gründe für die Zurücknahme einer Anerkennung sowie schließlich die allgemeine Stellung von Fachärzten innerhalb des gesamten Gesundheitswesens in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden müssen. Darin kommt nicht nur zum Ausdruck, welche Regelungen der Gesetzgeber dem Satzungsgeber und damit der Verbandsautonomie der Ärztekammern überlassen darf. Vielmehr wird auch deutlich, dass dem Gesetzgeber eine Schutzpflicht zugunsten der körperlichen Unversehrtheit der potentiell betroffenen Patientinnen und Patienten aber auch im Hinblick auf die Berufsfreiheit der als Facharzt Tätigen trifft.

Damit steht jedenfalls fest, dass der Gesetzgeber im Bereich der Osteopathie im Hinblick auf die Schutzpflicht tätig werden muss. Daraus folgt allerdings nur dann eine unbedingte Handlungspflicht des Gesetzgebers, wenn er gänzlich untätig geblieben ist.

b) Die Nachbesserungspflicht im Hinblick auf die bisherigen Regelungen im Bereich der Osteopathie

Hat der Gesetzgeber dagegen bereits bestimmte vorbeugende Regelungen getroffen, geht es um die Frage, unter welchen Voraussetzungen Nachbesserungen geboten sind. Eine solche Nachbesserungspflicht kann dann bestehen, wenn sich die bisherigen Regelungen als unzureichend erwiesen haben.

Bereits die Ausführungen in der Einleitung haben deutlich gemacht, dass der Gesetzgeber im Hinblick auf die Ausübung der Osteopathie keineswegs gänzlich untätig geblieben ist. Vielmehr fällt die Osteopathie unter das Gesetz über die berufsmäßige Ausübung der Heilkunde ohne Bestallung (Heilpraktikergesetz, HPrG), weil sie bei unsachgemäßer Anwendung gesundheitliche Schädigungen verursachen und Gefahren auslösen kann. Daher bedarf sie gemäß § 1 Abs. 1 HPrG einer Heilpraktikererlaubnis. Die Rechtsprechung hat zudem klargestellt, dass etwa eine auf die Physiotherapie beschränkte Heilpraktikererlaubnis gerade nicht ausreicht, um osteopathische Maßnahmen eigenverantwortlich und selbständig auszuüben. Insoweit besteht mit § 1 Abs. 1 HPrG durchaus eine Regelung, die Patientinnen und Patienten vor Gefahren für die körperliche Unversehrtheit bewahren soll.

Fraglich ist aber, ob diese Regelung einen ausreichenden Schutz zur Folge hat. Dies wäre nur dann der Fall, wenn diejenigen, die über eine unbeschränkte Zulassung als Heilpraktiker verfügen und osteopathische Maßnahmen durchführen, zwingend die zureichenden Qualifikationsmerkmale besitzen. Dies ist aber keineswegs der Fall. Die Ausbildungsinhalte der Osteopathie sind nicht durch gesetzliche Vorgaben fixiert. Zudem wird nicht vorgegeben,

dass sich diejenigen, die Osteopathie durchführen, zwingend fortbilden. Damit können Patientinnen und Patienten, die einen Osteopathen aufsuchen, keineswegs sicher sein, dass sie sich an jemanden wenden, der über das Ausbildungs- und Qualifikationsniveau verfügt, das nach den Ausbildungsrichtlinien für Osteopathen vorausgesetzt wird. Es fehlen gesetzliche Regelungen, die im Einzelnen festschreiben, welche Ausbildung Personen besitzen müssen, die sich als Osteopathen bezeichnen. Damit stellt § 1 Abs. 1 HPrG in keiner Weise sicher, dass dem Schutz körperlicher Unversehrtheit von Patientinnen und Patienten hinreichend Rechnung getragen wird. Hinzu kommt ein weiteres. Auch mit der Bezeichnung Osteopath sind besondere wirtschaftliche Chancen verbunden. Daher gebietet es der Schutz der Berufsfreiheit, dass der Gesetzgeber die Voraussetzungen festlegt, unter denen diese Tätigkeit betrieben werden darf.

Dagegen ließe sich freilich einwenden, dass das Strafrecht und insbesondere das Zivilrecht in der Lage sind, den auf den ersten Blick fehlenden Schutz zu vermitteln. Insoweit könnte man in erster Linie § 630 a Abs. 2 BGB anführen, der zur Folge hat, dass die Behandlung nach den zum Zeitpunkt der Behandlung bestehenden, allgemeinen fachlichen Standards zu erfolgen hat, soweit nicht etwas anderes vereinbart ist. Auch von einem Heilpraktiker, der osteopathische Behandlungen durchführt, können dieselben Sorgfaltspflichten erwartet werden, wie von einem Arzt für Allgemeinmedizin, der sich solcher Methoden bedient.⁴⁵ Zwar ist einzuräumen, dass die zivilrechtlichen Haftungsregelungen durchaus in der Lage sind, auch präventiv zu wirken. Sie greifen aber erst ein, wenn ein Schaden eingetreten ist. Gerade im Bereich des gesamten Gesundheitswesens ist eine solche nachträgliche Sanktion nicht ausreichend, um die körperliche Unversehrtheit von Patientinnen und Patienten vorbeugend zu gewährleisten. Ein solcher vorbeugender Schutz der körperlichen Unversehrtheit vor möglichen gesundheitlichen Risiken ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geboten.⁴⁶ Hierfür ist es notwendig, Qualifikationserfordernisse und Fortbildungsregelungen für die Osteopathen aufzustellen. In solchen Bestimmungen kann dann wirksam geregelt werden, welche Voraussetzungen ein Osteopath erfüllen muss, wie seine Ausbildung ausgestaltet sein muss, unter welchen Voraussetzungen er die Bezeichnung Osteopath zu führen berechtigt ist und unter welchen Voraussetzungen ihm diese Bezeichnung entzogen werden kann. Solche Qualifikationserfordernisse sind durchaus mit dem Europarecht vereinbar. So hat der EuGH anerkannt, dass europäisches Recht einer Regelung nicht entgegensteht, in der ein Mitgliedstaat eine Tätigkeit wie die Osteopathie den Inhabern eines Diploms vorbehält.⁴⁷

Demnach bleibt festzuhalten, dass sich die bisherigen Maßnahmen als nicht ausreichend erwiesen haben. Dies gilt umso mehr, je bedeutsamer die Behandlung durch Osteopathie wird. Allerdings gesteht das Bundesverfassungsgericht bei der Frage, ob Schutzmaßnahmen nachgebessert werden müssen, dem Gesetzgeber einen relativ großen Freiraum zu, der der verfassungsgerichtlichen Kontrolle entzogen ist. Diesen Gestaltungsspielraum hat es in der

⁴⁵ Vgl. dazu BGH, NJW 1991, 1535; vgl. auch OLG München, GesR 2013, 665.

⁴⁶ Siehe oben C. 2. b).

⁴⁷ EuGH, RSC 61/89, Slg. 1990, I-2551.

Fluglärmentscheidung⁴⁸ und in der Entscheidung zum Waldsterben⁴⁹ deutlich hervorgehoben. Danach gebührt dem Gesetzgeber ein angemessener Erfahrungs- und Anpassungsspielraum, da meist verlässliche auf amtlichen Untersuchungen beruhende Erkenntnisse darüber, welche weiteren Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen, nicht vorliegen. Darüber hinaus hat es die verfassungsgerichtliche Kontrolle weiter begrenzt. Danach ist das Bundesverfassungsgericht erst dann zum Einschreiten berechtigt, wenn die Schutzpflicht „evident“ verletzt wurde. Die Grenze des Spielraums, ob eine Nachbesserung unzureichender Schutzmaßnahmen geboten ist, verläuft danach erst dort, wo sich eine Fehleinschätzung eindeutig nachweisen lässt.⁵⁰

Allerdings ist die Beschränkung des Prüfungsmaßstabs auf „Offenkundigkeit“ bzw. „Evidenz“ nicht überzeugend. Hier werden zwei Fragen miteinander vermischt. Es geht einmal um die Frage, ob weitere Schutzmaßnahmen ergriffen werden müssen. Zweitens ist zu klären, welche Schutzmaßnahmen verfassungsrechtlich geboten sind. Im Zusammenhang mit der Nachbesserung bereits ergriffener Schutzmaßnahmen bleibt der Gesetzgeber zu weiteren Schutzmaßnahmen verpflichtet, wenn seine Einschätzung eindeutig fehlsam war oder sich die Ungeeignetheit der Maßnahmen nachträglich herausgestellt hat. Welche Schutzmaßnahmen der Gesetzgeber dann ergreift, unterliegt wiederum seinem Einschätzungsspielraum. Dafür ist und bleibt er politisch verantwortlich; konkrete Schutzmaßnahmen können dem Gesetzgeber nur dann vorgegeben werden, wenn überhaupt nur diese Schutzmaßnahmen in der Lage sind, das Problem sachgerecht zu lösen.

Im Zusammenhang mit der Osteopathie haben sich die bisher getroffenen Regelungen eindeutig als unzureichend erwiesen, einen sachgerechten Schutz der Patientinnen und Patienten zu gewährleisten. Hinzu kommt, dass auch die Berufsfreiheit nicht angemessenen Schutz durch die bisherigen Regelungen findet. Daher ist der Gesetzgeber gehalten, die bisher getroffenen Regelungen nachzubessern. Dabei ist es Sache des Gesetzgebers, darüber zu entscheiden, welche Regelungen im Einzelnen sachgerecht und zielführend sind. Allerdings ist dieser Gestaltungsspielraum nicht unbegrenzt. Anknüpfend an die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Facharztwesen ist es vielmehr geboten, bestimmte Fragen in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festzulegen:

1. Zunächst ist der Gesetzgeber gehalten, die Voraussetzungen der Anerkennung als Osteopath zu regeln.
2. Zu diesem Zwecke ist es geboten, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung und die Gründe für eine Zurücknahme dieser Anerkennung gesetzlich festzuschreiben.
3. Der Gesetzgeber sollte auch festlegen, unter welchen Voraussetzungen osteopathische Leistungen von den gesetzlichen Krankenkassen zu erstatten sind.

⁴⁸ BVerfGE 56, 54 (80).

⁴⁹ BVerfG, NJW 1983, 2931 (2932).

⁵⁰ *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, 184 ff.

D. Gesamtergebnis

1. Die Osteopathie ist als eigenständiger Beruf durch die Bestimmung des Art. 12 Abs. 1 GG geschützt.
2. Der Gesetzgeber ist wegen der aus der körperlichen Unversehrtheit des Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG und der Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 GG folgenden Schutzpflicht gehalten, Schutzmaßnahmen durch den Erlass entsprechender Normen zu ergreifen.
3. Der Gesetzgeber hat bei der Frage, welche Regelungen er zum Schutz der körperlichen Unversehrtheit und der Berufsfreiheit ergreift, einen breiten Gestaltungsspielraum. Da die bisherigen Regelungen eindeutig unzureichend sind, um die angesprochenen Rechtsgüter wirksam zu schützen, muss der Gesetzgeber allerdings weitere Schutzmaßnahmen ergreifen.
4. Die entsprechenden gesetzlichen Bestimmungen müssen die Voraussetzungen der Anerkennung als Osteopath ebenso regeln wie das Verfahren der Anerkennung, die Mindestdauer der Ausbildung und die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung. Außerdem sollten sie Vorschriften darüber enthalten, unter welchen Voraussetzungen osteopathische Leistungen von den gesetzlichen Krankenkassen erstattet werden. Wie diese Regelungen im Einzelnen ausgestaltet werden, obliegt dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.