

Freiberuflichkeit und Vertragsarztrecht

Vortrag im Rahmen des „Ärztetages der Basis“
am 17. Mai 2009 im ZDF-Konferenzzentrum in Mainz

Von Universitätsprofessor Dr. *Helge Sodan*, Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)

Vor fast 29 Jahren, im Juni 1980, nahm der Deutsche Bundestag *einstimmig* eine EntschlieÙung zur Lage der Freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland an. Darin findet sich ein klares Bekenntnis zur Freiberuflichkeit: Die Freien Berufe erbrächten „unentbehrliche Dienstleistungen für den einzelnen Bürger und die Volkswirtschaft“ und trügen so „wesentlich zur Erhaltung und Sicherung des Freiheitsraumes und damit auch zur Lebensqualität des Einzelnen bei“. „Eine Vielzahl unabhängig freiberuflich Tätiger“ sei „ein wesentlicher Faktor im Wirtschafts- und Arbeitsleben unseres Landes“; die „Sicherung bestehender sowie die Förderung neuer selbständiger freiberuflicher Existenzen“ lägen „daher im gesamtwirtschaftlichen Interesse“.

Etwa 23 Jahre später, im Juli 2003, führte die Bundesministerin für Gesundheit im Rahmen einer Pressekonferenz der SPD im Willy-Brandt-Haus in Berlin bei der Vorstellung der „Eckpunkte der Konsensverhandlungen zur Gesundheitsreform“ wörtlich aus: Man müsse „endlich Schluss machen mit der Ideologie der Freiberuflichkeit“.

Das letztgenannte Zitat zeigt: Der frühere politische Konsens hinsichtlich der großen Bedeutung der Freien Berufe scheint, jedenfalls soweit es sich um das Gesundheitswesen handelt, nicht mehr zu bestehen. Im Gesundheitswesen ist die alte Forderung nach „Freiheit vom Staatszwang“ aktueller denn je. Historisch ist daran zu erinnern, dass am Ende des 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts Anwälte, Ärzte und Apotheker teilweise in Deutschland bis hin zur Verbeamtung in den Staatsdienst aufgenommen waren. Freie Berufe sind als eigenständige „Berufsschicht“ gerade im Kampf gegen diese „Verstaatlichung“ im Rechts- und Gesundheitswesen entstanden. Der Verzicht auf eine staatsdienstliche Einbettung beruhte nicht zuletzt auf der Einsicht, dass die Ausübung bestimmter Berufe auf Grund der Eigenart der Tätigkeit eine unabhängige berufliche Stellung erfordert. Typische Merkmale des Freien Berufs sind der persönliche Einsatz bei der Berufsausübung, die Erwartung altru-

istischer Berufseinstellung, das besondere Vertrauensverhältnis zum Patienten, die Eigenverantwortung bei der Berufsausübung und die wirtschaftliche Selbständigkeit in der Berufsstellung.

Die Freiberuflichkeit im Gesundheitswesen ist in vielfältiger Hinsicht gefährdet, teilweise sogar bereits erheblich beeinträchtigt. Obwohl noch immer das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch gerade in Bezug auf die Vertragsärzte ausdrücklich von den „Grundsätzen der Ausübung eines freien Berufes“ spricht, scheinen diese Grundsätze beim Gesetzgeber weitgehend in Vergessenheit geraten zu sein.

Zunächst stellt sich allerdings die Frage, ob sich ein eigenständiges Vertragsarztsystem aus verfassungsrechtlicher Sicht überhaupt rechtfertigen lässt. Besonders schwerwiegend unter dem Gesichtspunkt des Grundrechts der Berufsfreiheit ist das Erfordernis einer eigenständigen Zulassung als Vertragsarzt, welches sich für einen niedergelassenen Arzt regelmäßig wie eine zur Approbation hinzutretende *zweite* Berufszulassung auswirkt. Etwa 90 Prozent der Bevölkerung sind nämlich in den Versicherungsschutz durch die gesetzliche Krankenversicherung einbezogen.

Die notwendige Bedingung für ein eigenständiges Vertragsarztrecht ist das sogenannte Sachleistungs- oder Naturalleistungsprinzip. Nach den einschlägigen sozialgesetzlichen Bestimmungen müssen die Krankenkassen den Versicherten ärztliche Behandlung zur Verfügung stellen. Die Krankenkassen sind nur ausnahmsweise zur Erbringung ärztlicher Eigenleistungen ermächtigt und bedienen sich damit regelmäßig zur Erfüllung ihrer Verschaffungspflicht der Vertragsärzte als Freiberufler. Das Sachleistungsprinzip bedarf wegen seiner Grundrechtsrelevanz einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung. Es muss erforderlich sein, um der Verfassung gerecht zu werden. Angesichts der mit diesem Prinzip für Ärzte verbundenen erheblichen Grundrechtsbelastungen ist insoweit ein durchaus strenger Maßstab anzulegen.

Die in Rechtsprechung und Literatur zugunsten des Sachleistungsprinzips angeführten Ziele können m. E. nicht als Rechtfertigung dienen; sie lassen sich mindestens ebenso wirksam durch ein System der Kostenerstattung verfolgen. So mag das Ziel, den Versicherten eine ausreichende Zahl von Ärzten sämtlicher Fachrichtungen zur Verfügung zu stellen, in früheren Entwicklungsphasen der gesetzlichen Krankenversicherung ein berechtigtes Anliegen zur Rechtfertigung des Sachleistungsprinzips gewesen sein; angesichts der gegenwärtig festzustellenden Zahl von Ärzten steht heute und in absehbarer Zeit eine ausreichende

medizinische Versorgung der Sozialversicherten grundsätzlich nicht in Frage. Ebenso wenig zeitgemäß ist der Gesichtspunkt, durch die „Unmittelbarkeit der Bedarfsbefriedigung“ die angebliche „Hemmschwelle“ von Versicherten herabzusetzen, versicherungsmäßige Leistungen überhaupt in Anspruch zu nehmen. Wie der Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung vor einigen Jahren zutreffend feststellte, hat sich das Armutsproblem im Vergleich zum ausgehenden 19. Jahrhundert „grundlegend geändert, der Wohlstand und das durchschnittliche Bildungsniveau sind gestiegen“. Im Bereich der *privaten* Krankenversicherung ist es üblich, dass die Versicherungsunternehmen ihre Erstattungen auch auf bereits unbezahlte Rechnungen von Ärzten leisten, welche von den versicherten Mitgliedern regelmäßig erst nach Eingang der Erstattungsbeträge beglichen werden. Eine entsprechende Vorschusspflicht der Krankenkasse ließe sich gesetzlich ebenso regeln wie eine Pflicht zur Kostenübernahme im Falle aufwendiger Behandlungen, wie sie vor allem zumeist mit einer Krankenhauseinweisung verbunden sind. Zum Schutz einkommensschwacher Bevölkerungsteile vor unangemessen hoher finanzieller Vorleistung ist das Sachleistungsprinzip also nicht geboten.

Der Hauptgrund für das Festhalten am Sachleistungsprinzip dürfte allerdings staatlicherseits in der Zielsetzung liegen, den finanziellen Aufwand für die gesetzliche Krankenversicherung durch unmittelbare Einflussnahme der Krankenkassen auf die Festlegung zu gewählter Leistungen und die diesbezüglichen Vergütungen zu steuern. Zur Kostensteuerung bedarf es jedenfalls nicht des Sachleistungsprinzips. Dieses gefährdet vielmehr gerade die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung und muss als wesentliche Ursache für deren Probleme angesehen werden. Es bietet den Versicherten keine wesentlichen Anreize für eine sparsame Inanspruchnahme der Leistungen und fördert vielmehr die Bereitschaft der Versicherten zu der aus ihrer Sicht optimalen Nutzung der – vielfach hohen – Versicherungsbeiträge. Die Einführung des Kostenerstattungsprinzips hat den Vorteil, dass die Versicherten durch den Erhalt von Rechnungen eine gewisse Kontrolle ausüben können, ob die abgerechneten Leistungen auch erbracht worden sind. Eine wesentliche Schwäche des Sachleistungsprinzips, das offenbar von einem unmündigen Patienten ausgeht, liegt hingegen gerade darin, dass der einzelne Versicherte regelmäßig von dem ihn betreffenden Abrechnungsvorgang keine Kenntnis erlangt.

Wegen des notwendigen Zusammenhangs mit dem Sachleistungsprinzip fehlt eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung für ein eigenständiges Vertragsarzt-

recht. Gesetzgebung und Rechtsprechung halten jedoch leider nach wie vor unbeirrt an diesem sogenannten Vertragsarztssystem fest.

Seit langem ist speziell das vertragsärztliche *Vergütungssystem* durch Komplexität, Intransparenz und Unsicherheit hinsichtlich der konkreten Honorierung von ärztlichen Leistungen geprägt. Insbesondere der starke Verfall der sogenannten Punktwerte hat immer mehr die Frage in den Vordergrund gerückt, ob vertragsärztliche Leistungen angemessen vergütet werden. Das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch regelt ausdrücklich, dass die vertragsärztliche Versorgung im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften und der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses durch schriftliche Verträge der Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Verbänden der Krankenkassen u. a. so zu regeln ist, dass *die ärztlichen Leistungen angemessen vergütet* werden.

In Auslegung dieser „einfachgesetzlichen“ Vorschrift und unter gleichzeitiger Verkennung des Grundrechts der Berufsfreiheit geht die sozialgerichtliche Rechtsprechung insbesondere des Bundessozialgerichts davon aus, ein Vertragsarzt habe (regelmäßig) keinen Rechtsanspruch auf eine angemessene Vergütung seiner Tätigkeit; er habe vielmehr nur einen Anspruch auf eine angemessene Teilhabe an der Verteilung der Gesamtvergütung. Damit wird die Konsequenz in Kauf genommen, dass bei einer unangemessen niedrigen Gesamtvergütung und einer immerhin angemessenen Teilhabe an der Verteilung dieser Gesamtvergütung – mit anderen Worten: bei der Verteilung des Mangels – kein Rechtsanspruch von Vertragsärzten auf eine angemessene Vergütung der *einzelnen Leistungen* besteht. Ein subjektives Recht des einzelnen Vertragsarztes auf ein höheres Honorar für ärztliche Tätigkeiten kommt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts nur dann in Betracht, wenn durch eine allgemein zu niedrige Vergütung ärztlicher Leistungen das vertragsärztliche Versorgungssystem als Ganzes oder in Teilbereichen, etwa in einer Arztgruppe, in Frage gestellt und als Folge davon auch die berufliche Existenz der an dem Versorgungssystem teilnehmenden Ärzte gefährdet wird. Der Vorsitzende des für das Vertragsarztrecht zuständigen 6. Senats des Bundessozialgerichts *Wenner* führt dazu in einer Buchveröffentlichung aus dem Jahre 2008 aus: „Ein flächendeckend unangemessen niedriges Vergütungs-niveau der vertragsärztlichen Tätigkeit besteht derzeit weder generell noch hinsichtlich einzelner Arztgruppen. Im Jahre 2004 beliefen sich die Gesamteinnahmen eines niedergelassenen Arztes aus der vertragsärztlichen Tätigkeit auf ca. 202.000 € als Durchschnittswert. Das entspricht bei Annahme eines durchschnittlichen Praxiskostensatzes von 59 % einem Überschuss von mehr als

80.000 € im Jahr.“ Bemerkenswert ist ferner der Hinweis von *Wenner*, wenn zu den wirtschaftlichen Konditionen, die das Vergütungssystem bereitstelle, tatsächlich in ganz Deutschland in allen Fachrichtungen Ärzte an der Versorgung Versicherter teilnahmen, obwohl sie dazu niemand zwingen könne, sei das Vergütungssystem offensichtlich nicht völlig verfehlt. Was *Wenner* verschweigt: Durch die kontinuierliche Ausdehnung der gesetzlichen Krankenversicherung sind mittlerweile etwa 90 Prozent der deutschen Bevölkerung in den Schutz dieser Sozialversicherung einbezogen; aus wirtschaftlichen Gründen können es sich daher nur verhältnismäßig wenige Ärzte erlauben, ohne eine Zulassung als Vertragsarzt eine Praxis zu betreiben und deren Existenz über die Behandlung von Privatpatienten zu sichern.

Welche Grundsätze vertritt nun eigentlich das Bundesverfassungsgericht zum Recht auf angemessene Vergütung? Das Bundesverfassungsgericht stellte bereits im Jahre 1993 speziell in Bezug auf Konkursverwalter fest, die grundrechtlich geschützte Freiheit, einen Beruf auszuüben, sei „untrennbar verbunden mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu fordern“. Schon 1978 hatte das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, eine „Verpflichtung, berufliche Leistungen für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter“ den „als angemessen geltenden Regelgebühren liegt“, sei „verfassungsrechtlich als Einschränkung der freien Berufsausübung zu beurteilen“. In einer anderen Entscheidung aus Karlsruhe heißt es zu Recht, dass in das Grundrecht der Berufsfreiheit „nicht nur Vergütungsregelungen“ eingreifen, „die auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind [...] Bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen.“

Angesichts dieser zu anderen Berufsgruppen vertretenen Grundsätze muss es umso mehr verwundern, dass das Bundesverfassungsgericht gegen die einschlägige sozialgerichtliche Judikatur zur Angemessenheit vertragsärztlicher Vergütungen bislang nicht eingeschritten ist. Vor mehr als drei Jahren nahm eine Kammer des Bundesverfassungsgerichts die gegen ein Urteil des Bundessozialgerichts gerichtete Verfassungsbeschwerde eines Radiologen *nicht* zur Entscheidung an. Der Radiologe hatte eine Verletzung seines Grundrechts der Berufsfreiheit gerügt. Die Gesamteinnahmen seiner radiologischen Praxis deckten aufgrund des dramatischen Verfalls der Punktwerte selbst unter Hinzurechnung der Einnahmen aus der 16 %igen nichtvertragsärztlichen Tätigkeit mehrere Jahre lang nicht einmal die Gesamtkosten und ließen damit keinen Arztlohn übrig. Dabei stand nach unabhängigen betriebswirtschaftlichen Prü-

fungen seitens der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung fest, dass die Praxis des betroffenen Arztes voll ausgelastet war und wirtschaftlich betrieben wurde. Die sich bereits konkret abzeichnende Insolvenz dieser Praxis konnte insbesondere nur dadurch abgewendet werden, dass Lebensversicherungen des Radiologen und seiner Ehefrau, die ursprünglich zur Altersvorsorge gedacht waren, aufgelöst wurden.

Ob die Missstände im vertragsärztlichen Vergütungssystem durch die im sogenannten GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz geregelt, am 1. Januar 2009 in Kraft getretenen Änderungen beseitigt werden, ist schon jetzt sehr zweifelhaft. Wesentliche Elemente sind nach dem neuen Gesetz eine regionale Euro-Gebührenordnung, morbiditätsbedingte Gesamtvergütungen sowie arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina. Die einschlägigen Vorschriften sind sehr kompliziert und beinhalten letztlich ein klassisch planwirtschaftliches Regelungsinstrumentarium. Vor einigen Monaten schlugen beispielsweise Kinderzahnärzte und Anästhesisten Alarm: Danach hat sich die Befürchtung, dass Kleinkinder mit schweren kariesösen Gebisszerstörungen und erblichen Zahnkrankheiten, aber auch extrem ängstliche Kinder bis zu zwölf Jahren sowie Behinderte mit Beginn des neuen Jahres nicht mehr qualitativ gut ambulant versorgt werden können, bestätigt; bundesweit stehen die Kinderzahnärzte mittlerweile vor dem Problem, Anästhesisten zu finden, die in der Lage sind, für die seit dem 1. Januar 2009 geltenden Regelleistungsvolumina von 29 bis 49 Euro pro Einsatz die notwendigen zahnärztlichen Vollnarkosen ambulant durchzuführen.

Ich komme zum Schluss. Einmal mehr zeigt sich gerade am Beispiel der Vergütungen für vertragsärztliche Leistungen, dass – wie es der Heidelberger Staatsrechtler *Schmidt-Aßmann* schon im Jahre 2004 formuliert hat – „das Gesundheitsrecht in seinem Kern ein um sich selbst kreisendes Sonderrecht“ ist. Ein Sonderrecht, in dem die in anderen Rechtsbereichen angewandten Grundrechtsstandards nicht gelten sollen, ist jedoch ein Fremdkörper in einer Rechtsordnung, die zur Einhaltung rechtsstaatlicher Prinzipien verpflichtet ist. Dazu gehört auch der Grundsatz der Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung. Ob der unmittelbar demokratisch legitimierte Bundesgesetzgeber die notwendigen Korrekturen vorzunehmen bereit ist, wird sich ab dem Spätherbst diesen Jahres erweisen – nach der nächsten Bundestagswahl.