

# Pressemitteilung

Berlin, 09. Dezember 2010



## Reform der Gebührenordnung für Ärzte ist überfällig: Öffnungsklausel ermöglicht neue Vertragspartnerschaft

*Zu den Plänen der Bundesregierung für eine Reform der ärztlichen und zahnärztlichen Gebührenordnungen erklärt Reinhold Schulte, Vorsitzender des Verbandes der privaten Krankenversicherung (PKV):*

„Die private Krankenversicherung unterstützt die Absicht der Bundesregierung zur Novellierung der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) sowie zur Reform der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Das PKV-System bietet seit jeher große Vorzüge für die Versicherten – und auch für die Ärzte. Aber bei den Gebührenordnungen zeigen sich auch Fehlentwicklungen, die nicht ungebremst weitergehen dürfen, damit das Gesamtsystem auch in Zukunft so leistungsfähig bleibt.

Vor allem bei der jahrzehntealten Gebührenordnung für Ärzte ist der dringende Reformbedarf offenkundig. Die GOÄ hinkt dem medizinischen Fortschritt hinterher, enthält nicht nachvollziehbare Bewertungen der ärztlichen Leistungen und gibt überdies Fehlanreize zu medizinisch nutzlosen Mengenausweitungen. Die private Krankenversicherung fordert deshalb eine grundlegende Strukturreform der GOÄ.

Die PKV steht gegenüber ihren Versicherten wie auch gegenüber den Ärzten weiterhin zu ihrem Anspruch einer leistungsgerechten Vergütung. Dies ist auch ein Eckpunkt unseres Modells für eine GOÄ-Reform, das vor allem im Interesse der Patienten wesentlich mehr Transparenz in die ärztlichen Rechnungen bringen wird. Zum GOÄ-Konzept der PKV gehört ferner:

- eine deutliche Stärkung der „sprechenden Medizin“, also der persönlichen ärztlichen Zuwendung zum Patienten, durch eine relativ stärkere Honorierung der konkret aufgewendeten Zeit.
- Transparente betriebswirtschaftliche Kalkulationen auf der Basis nachvollziehbarer Kostendaten sowie eine klare Trennung zwischen ärztlichen Leistungen und technischen Leistungen.
- Ein unabhängiges Institut soll medizinische Innovationen möglichst zeitnah in die Gebührenordnung integrieren.
- Leistungskomplexe sollen zusammenfassen, was bei einer Behandlung zusammengehört. Das bringt mehr Transparenz für

---

**Dem PKV-Verband gehören 43 Unternehmen an, bei denen 30,5 Mio. Versicherungen bestehen: Rund 8,9 Mio. Menschen sind komplett privat krankenversichert, dazu gibt es ca. 21,6 Mio. Zusatzversicherungen.**

Pressesprecher  
Stefan Reker

Telefon  
(030) 204589-66

Telefax  
(030) 204589-33

E-Mail  
presse@pkv.de

Internet  
www.pkv.de

Friedrichstraße 191  
10117 Berlin

die Patienten als eine unübersichtliche Liste von Tausenden Einzelziffern.

- Mehr Vertragsfreiheit zwischen PKV und Ärzten durch eine Öffnungsklausel, um die medizinische Versorgung durch Vereinbarungen über gesicherte Qualitätskriterien zu verbessern.

In einigen Reaktionen von Ärztefunktionären wurden teilweise Kritikpunkte behauptet, die im Konzept der PKV gar nicht vorgesehen sind: Der Vorwurf, die PKV strebe eine „Budgetierung“ an, ist aus der Luft gegriffen. Dasselbe gilt für eine angebliche „Deckelung der Ausgaben für ärztliche Leistungen“. Auch die behauptete "Pauschalierung der ärztlichen Honorare" ist nicht nachvollziehbar.

Ärzeschaft und PKV sollten gemeinsam den ernsthaften Versuch unternehmen, die unterschiedlichen Konzepte und ihre Auswirkungen abzugleichen. Die PKV ist dazu bereit. Wir setzen nun auf eine sachliche Diskussion mit allen Beteiligten in der Ärzteschaft und in der Politik.

Das PKV-Konzept ist auf eine vertragliche Partnerschaft mit den Leistungserbringern angelegt: Verbesserungen in der Qualität lassen sich nach unserer Überzeugung nicht gegen die Ärzte, sondern nur mit ihnen durchsetzen. Dazu muss es erlaubt sein, von der GOÄ abweichen zu dürfen. Denn ohne eine solche „Öffnungsklausel“ gelten immer zwingend die starren Vorgaben einer staatlichen Gebührenordnung.

Ein Vertrag bedeutet, dass niemandem etwas aufgezwungen wird, sondern dass eine Vereinbarung ausgehandelt wird, mit der am Ende beide Seiten gut leben können. Schließlich muss jeder Vertrag immer zwei Unterschriften tragen, um wirksam zu werden. Außerdem muss der Patient zustimmen.

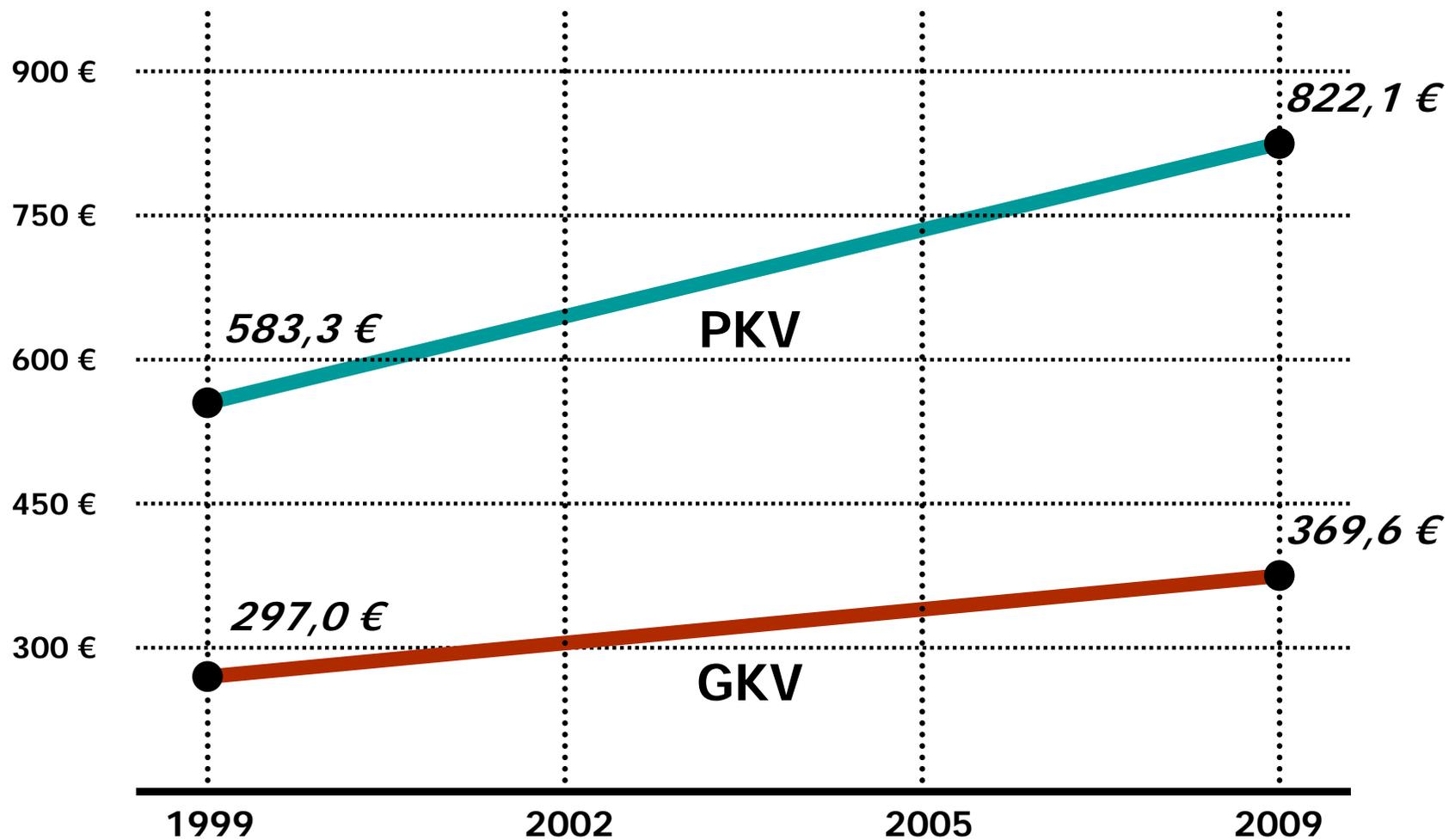
Zu dieser fairen Partnerschaft gehört auch, dass qualitativ nicht gerechtfertigte Mengenausweitungen unterbleiben. Denn sie sind eine Hauptursache dafür, dass die Leistungsausgaben der PKV in den vergangenen Jahren deutlich stärker angestiegen sind als in der GKV.

Diese weit überdurchschnittliche Kostenentwicklung wird von manchen Ärztevertretern bestritten, doch die Fakten sprechen für sich: Die niedergelassenen Ärzte rechnen heute weit mehr als das Doppelte für die Behandlung eines Privatversicherten im Vergleich zum gesetzlich Versicherten ab.

Die Ausgaben für die ambulante Arztbehandlung der Privatversicherten sind pro Kopf in den letzten zehn Jahren um 41 Prozent gestiegen, von 583,- Euro im Jahr 1999 auf 822,- Euro im Jahr 2009. Das kann nicht ungebremst so weitergehen. Dafür kämpfen wir im Interesse unserer Versicherten. Denn sie müssen sonst am Ende die Zeche bezahlen. Zum Vergleich: der allgemeine Preisanstieg in Deutschland betrug im selben Zeitraum 17 Prozent. Und in der GKV entwickelten sich die Ausgaben pro Kopf in diesen zehn Jahren von 297,- auf 370,- Euro, eine Zunahme um 24 Prozent.

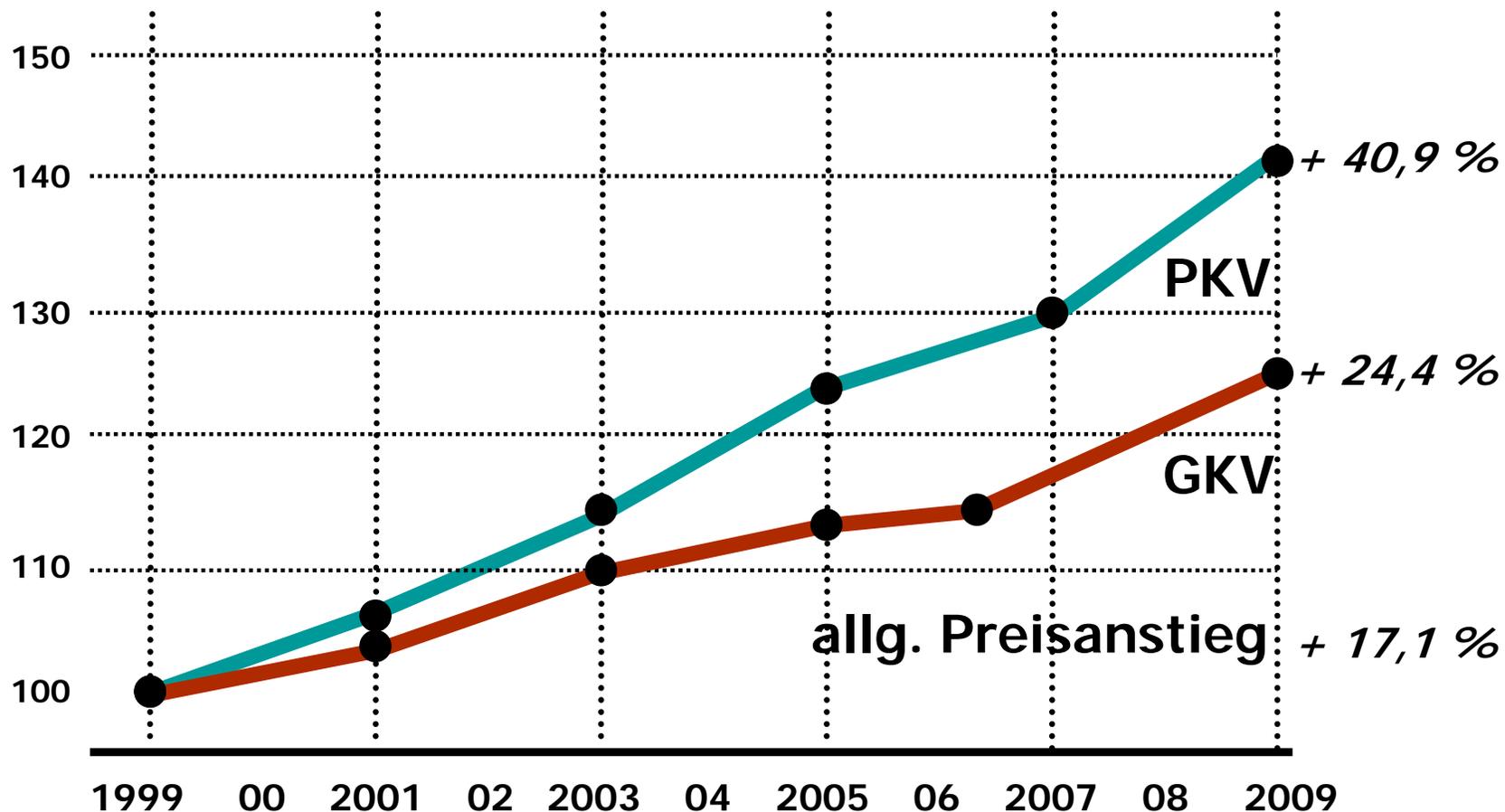
Die PKV ist und bleibt eine budgetfreie Zone, sie ist eine stabile Finanzsäule für das gesamte Gesundheitssystem und sie ist ein Motor für Innovation. Sie kann jedoch nicht der Zahlmeister sein, der für Ärzte und andere Leistungserbringer jene Ausfälle kompensiert, die durch Budgetierungen, Kürzungen und Rabatte im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entstehen. Deshalb wird die PKV im Interesse ihrer rund 9 Millionen privat Vollversicherten und rund 20 Millionen privat Zusatzversicherten weiterhin unbeirrt für mehr Handlungsspielräume kämpfen.“

Ausgaben der ärztlichen ambulanten Behandlung  
je Vollversicherten\*  
**mit Berücksichtigung der Beihilfe in €uro**



\* Mittlerer Jahresbestand; Quelle: BMG; PKV

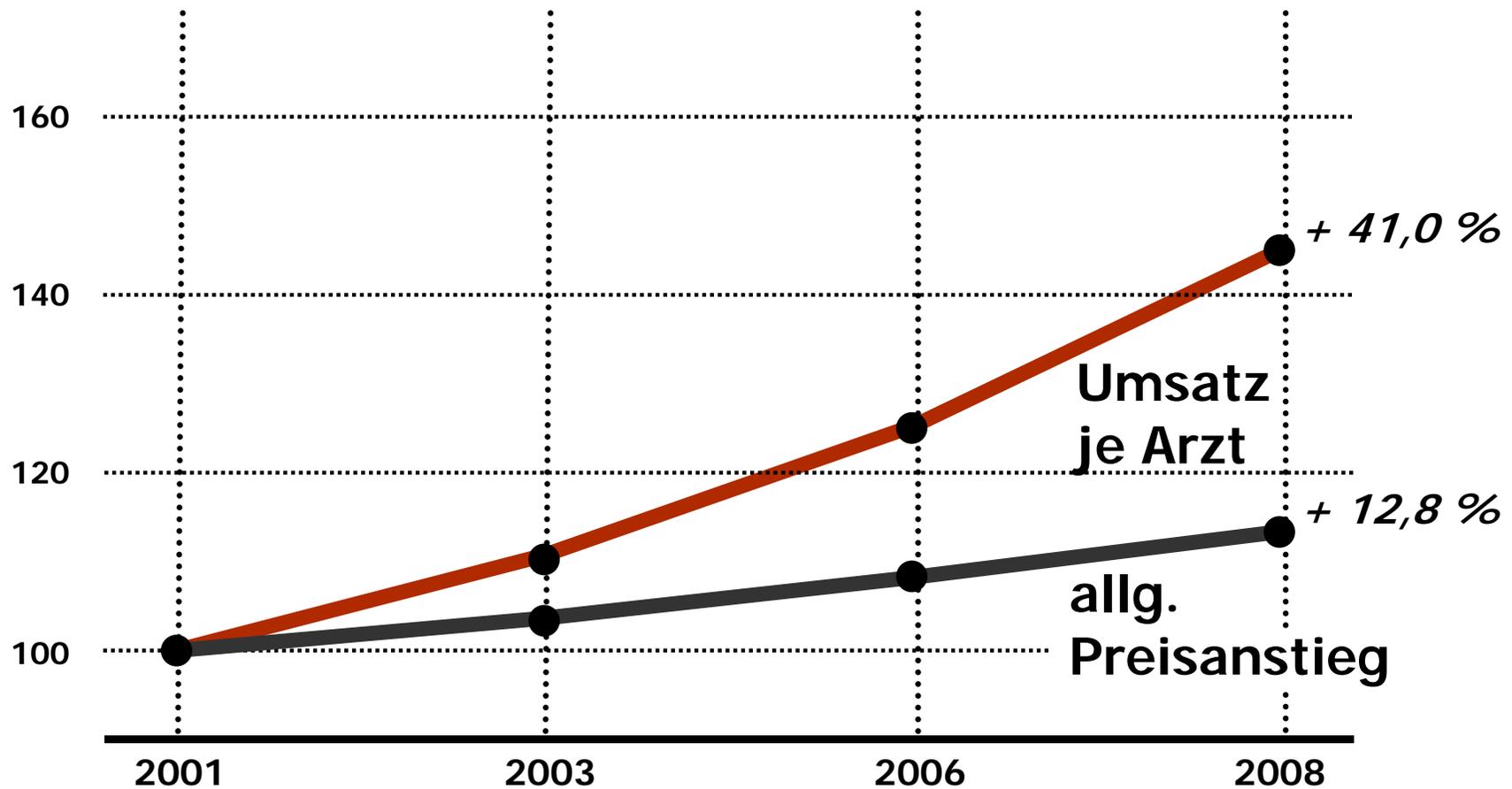
Versicherungsleistungen für ambulante Arztbehandlung\*  
je Vollversicherten\*\*  
mit Berücksichtigung des Beihilfeanteils (Index 1999 = 100)



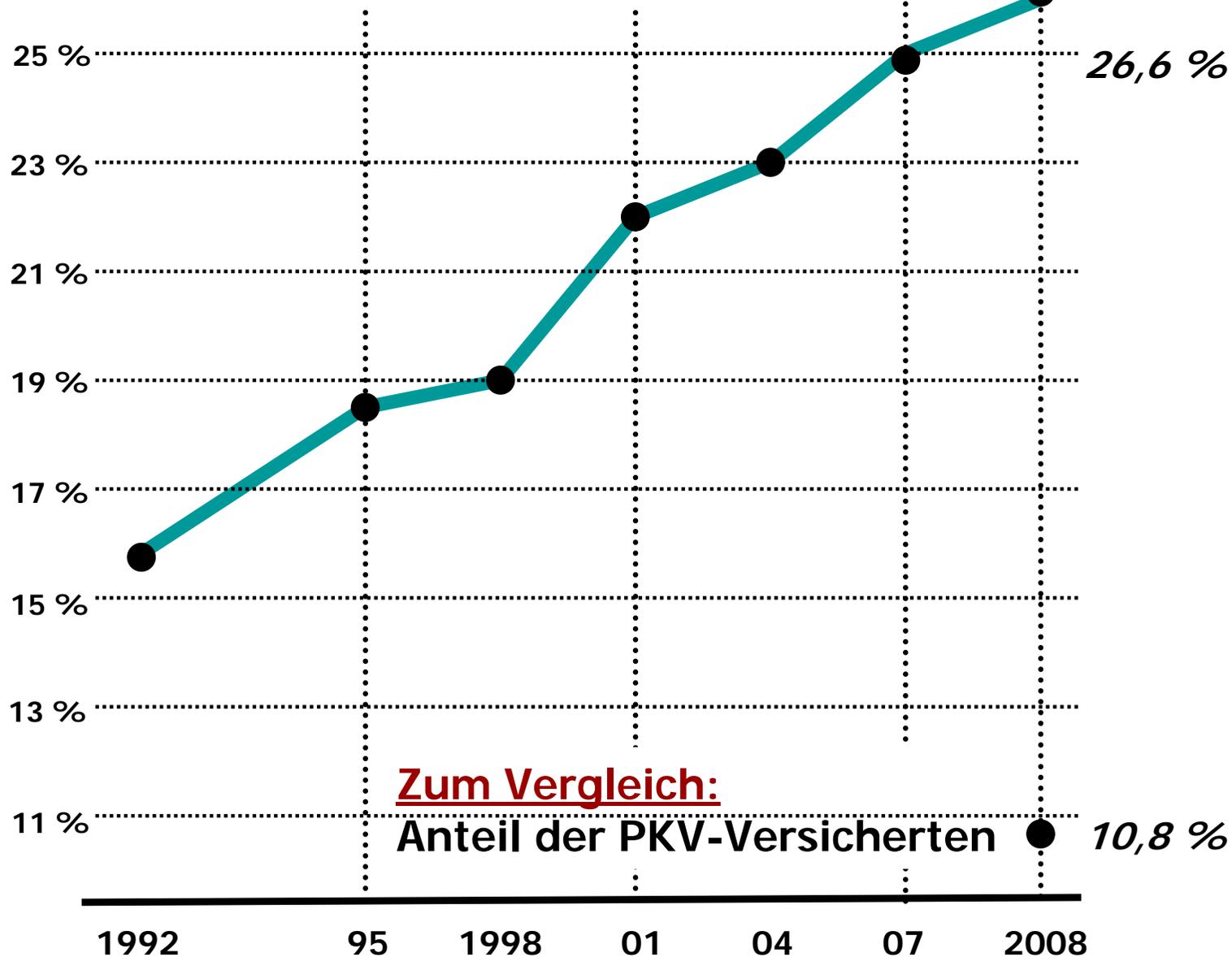
\* GKV: u. a. inklusive ambulantes Operieren und Ambulante Behandlung im Krankenhaus

\*\* Mittlerer Jahresbestand; Quelle: BMG; PKV

Entwicklung des durchschnittlichen Umsatzes je Arzt durch Privatpatienten **unter Berücksichtigung von Beihilfe + Selbstbehalte (Index 2001 = 100)**



# Anteil der Arzthonorare von PKV-Versicherten am Gesamthonorar (in Prozent)



**Pressekonferenz**  
**Verband der privaten Krankenversicherung**  
**(PKV)**

am 09. Dezember 2010 in Berlin:

**Statement Reinhold Schulte**  
**– Vorsitzender des PKV-Verbandes –**

*Es gilt das gesprochene Wort.*

---

Meine Damen und Herren,

wie Sie wissen, will die Bundesregierung Anfang 2011 den Entwurf einer Novellierung der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) vorlegen. Außerdem plant sie noch in dieser Wahlperiode auch die Reform der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Die private Krankenversicherung unterstützt beide Vorhaben.

Die PKV und ihr enormes Leistungsangebot bieten seit jeher große Vorzüge für die Versicherten – und auch für die Ärzte. Deshalb gilt zunächst: Privatversicherte sind im PKV-System gut aufgehoben und die allermeisten Ärzte leisten gute Arbeit. Aber es gibt eben auch Entwicklungen, die nicht ungebremst so weitergehen dürfen, damit das Gesamtsystem auch in Zukunft so leistungsfähig bleibt.

Vor allem bei der jahrzehntealten Gebührenordnung für Ärzte ist der dringende Reformbedarf offenkundig. Die GOÄ hinkt dem medizinischen Fortschritt hinterher und enthält überdies Fehlanreize zu medizinisch nutzlosen Mengenausweitungen. Die private Krankenversicherung fordert deshalb eine grundlegende Strukturreform der GOÄ.

Wir haben dafür ein schlüssiges Konzept erarbeitet und setzen nun auf eine sachliche Diskussion mit allen Beteiligten in der Ärzteschaft und in der Politik. Zu einer seriösen, auf gemeinsame Lösungen gerichteten Beratung gehört nach unserer Überzeugung, dass sich die Beteiligten auf Fachebene zusammensetzen, gegenseitig ihre Konzepte vorstellen und darüber diskutieren.

Dazu hat im Gesundheitsministerium im November bereits ein erstes Gespräch auf Fachebene stattgefunden. Dort hat der PKV-Verband die Grundstruktur seines GOÄ-Reformkonzepts vorgestellt. Darauf werde ich gleich noch näher eingehen.

An diesem Austausch hat auch die Bundesärztekammer teilgenommen.

Alle Beteiligten haben vereinbart, in den nächsten Monaten ihre jeweiligen Konzepte weiter zu verfeinern und im Frühjahr 2011 wiederum gemeinsam über die Ergebnisse zu beraten. Das halten wir für das richtige, konstruktive Vorgehen.

Mit einer gewissen Verwunderung müssen wir nun feststellen, dass einige Ärzteverbände mit teils polemischen Worten und überwiegend falschen Behauptungen zum Kampf gegen die so genannte Öffnungsklausel blasen. Offen gestanden verstehe ich nicht, wovor diese Ärztevertreter eine derart große Angst haben, dass sie jetzt – noch bevor überhaupt ein Referentenentwurf vorliegt – schon so laut pfeifen. Ich will versuchen, zur Versachlichung der Diskussion beizutragen.

Die private Krankenversicherung tritt in der Tat für Öffnungsklauseln in den Gebührenordnungen ein, und zwar aus folgenden Gründen:

Unsere Versicherten erwarten, dass ihre Krankenversicherung sich auch um eine gesicherte Qualität der Gesundheitsleistungen kümmert. Sie wollen von ihrer Versicherung konkrete Empfehlungen für optimale Qualität und leistungsgerechte Preise. Sie erwarten auch Angebote im Versorgungsmanagement.

Um diese berechtigten Erwartungen der Versicherten zu erfüllen, kann sich die PKV nicht auf eine Rolle als reiner Kostenerstatter zurückziehen. Unser Ziel ist es vielmehr, stärker Einfluss auf die Qualität und die sich daraus ergebenden Mengen und Preise von Heilbehandlungen zu nehmen.

Das fordert die PKV schon seit vielen Jahren. Inzwischen ist dieser Schritt sogar zu einer zwingenden Notwendigkeit geworden. Denn die Rechtslage hat sich gravierend verändert. Seit 2009 gilt in Deutschland für alle eine gesetzliche „Pflicht zur Versicherung“. Aus dieser Pflicht der Bürger, eine Krankenversicherung abzuschließen, ergibt sich wiederum die Pflicht der Versicherungen, diesen Schutz für eine qualitativ gute Gesundheitsversorgung zu bezahlbaren Beiträgen sicherzustellen.

Um diese Pflicht erfüllen zu können, benötigt die PKV einen rechtlichen Rahmen, der ihr heute fehlt. Unser Konzept ist dabei auf eine vertragliche Partnerschaft mit den Leistungserbringern angelegt: Verbesserungen in der Qualität lassen sich nach unserer festen Überzeugung nicht gegen die Ärzte, sondern nur mit ihnen durchsetzen.

Dazu muss es erlaubt sein, von der GOÄ abweichen zu dürfen. Ohne Öffnungsklausel gelten immer zwingend und alternativlos die starren Vorgaben der Gebührenordnung.

Ein Vertrag bedeutet, dass niemandem etwas aufgezwungen wird, sondern dass eine Vereinbarung ausgehandelt wird, mit der am Ende beide Seiten gut leben können. Schließlich muss jeder Vertrag immer zwei Unterschriften tragen, um wirksam zu werden. Außerdem muss im Einzelfall auch immer der Patient zustimmen.

Ich bin zuversichtlich, dass am Ende auch die meisten Ärzte erkennen werden, dass sich aus einer vernünftig modernisierten GOÄ für sie große Chancen ergeben. Sie würde das Arzt-Patienten-Verhältnis stärken, weil sie die persönliche Leistung aufwertet. Der Arzt steht damit noch stärker für gesicherte Qualität und für menschliche Zuwendung anstatt für ausufernde, anonyme Apparatedizin. Und das Arzt-Patienten-Verhältnis wird bei einer transparenten GOÄ nicht mehr durch Streit über die Rechnungen belastet. Eine modernisierte GOÄ mit neuen Verhandlungsoptionen stärkt die Freiberuflichkeit.

Offen gestanden bin ich etwas irritiert darüber, dass dieselben Ärztevertreter, die immer so

großen Wert auf den Status der Freiberuflichkeit legen, mit der Errungenschaft der Vertragsfreiheit offenbar nichts anfangen können. Sie wollen wohl lieber eine zentralistisch „von oben“ verordnete staatliche Vorgabe, anstatt eine transparente Vereinbarung selbst auszuhandeln. Sie setzen sich de facto für ein staatliches Verhandlungs-Verbot ein. Das hätte von einem freien Beruf niemand erwartet.

Wovor fürchten sie sich eigentlich? Jeder Vertrag, der ein solches Abweichen von der GOÄ regeln würde, könnte doch nur mit ausdrücklicher Zustimmung der Ärzte in Kraft treten.

Ein guter Arzt als selbstbewusster Freiberufler sollte keine Angst vor dem freiheitlichen Instrument eines Vertrages und vor der Vereinbarung hoher Qualitätsstandards haben. Wer keine Einheitslösungen will, der sollte mit uns für Öffnungsklauseln plädieren und die dann entstehenden Spielräume ausloten und ausfüllen.

Wo es den nötigen gesetzlichen Rahmen gibt, also im Krankenhausbereich, haben wir schon erfolgreich bewiesen, dass einvernehmliche Vertragslösungen für gute Qualität zu vernünftigen Preisen möglich sind.

Mit über 1.400 Krankenhäusern hat der PKV-Verband Verträge über transparente und angemessene Vergütungen der „Wahlleistung Unterkunft“ abgeschlossen. Mit den Ergebnissen sind alle Beteiligten mehr als zufrieden: die Versicherten, die Kliniken und auch die Versicherungen. Wenn man uns lässt, finden wir also sehr wohl faire, partnerschaftliche und attraktive Lösungen. Eine solche Entwicklung ist auch in der ambulanten Versorgung möglich.

Es liegt im gemeinsamen Interesse von Ärzten und PKV, das Leistungsversprechen der privaten Krankenversicherung werthaltig und zu tragbaren Kosten für unsere Versicherten einzulösen. Dazu gehört nach unseren Vorstellungen zum Beispiel die Stärkung der „sprechenden Medizin“ gegenüber der Gerätemedizin. Dazu gehört aber auch die Kompetenz, zwischen schlechter und guter, überflüssiger und nützlicher Versorgung zu unterscheiden und dies in der Vergütung zum Ausdruck kommen zu lassen.

Zu dieser Fairness gehört auch, dass qualitativ nicht gerechtfertigte Mengenausweitungen unterbleiben. Denn sie sind eine Hauptursache dafür, dass die Leistungsausgaben der PKV in den vergangenen Jahren deutlich stärker angestiegen sind als in der GKV.

Das kann nicht ungebremst so weitergehen. Dafür kämpfen wir im Interesse unserer Versicherten. Denn sie allein müssen die Zeche bezahlen – zunächst im Rahmen ihrer jeweiligen Selbstbeteiligung und zudem durch die bei steigenden Kosten zwangsläufig auch steigenden Beiträge.

Führende Vertreter der Bundesärztekammer haben diese weit überdurchschnittliche Kostenentwicklung als „Legende“ bezeichnet. Doch die Fakten sprechen für sich:

Die Ausgaben für die ambulante Arztbehandlung der Privatversicherten sind pro Kopf in den letzten zehn Jahren um 41 Prozent gestiegen, von 583,- Euro im Jahr 1999 auf 822,- Euro im Jahr 2009.

Zum Vergleich: der allgemeine Preisanstieg in Deutschland betrug im selben Zeitraum 17 Prozent. Und in der GKV entwickelten sich die Ausgaben pro Kopf in diesen zehn Jahren von 297,- auf 370,- Euro pro Kopf, eine Zunahme um 24 Prozent.

Diese Zahlen zeigen übrigens auch: Die niedergelassenen Ärzte verdienen heute mehr als das Doppelte an einem Privatversicherten im

Vergleich zum gesetzlich Versicherten. Genauer:  
das 2,2-fache.

Wie manche Ärztefunktionäre vor diesem  
Hintergrund einen „ruinösen Preiswettbewerb“ an  
die Wand malen können oder ihren  
Privatpatienten gar schon mit „schlechterer  
Behandlungsqualität“ wegen des angeblichen  
Kostendrucks drohen, das ist mir schleierhaft.  
Und das alles nur, weil wir mit ihnen Verträge  
über gesicherte Qualitätsstandards schließen  
wollen.

Angesichts all dieser Fakten ist es auch wenig  
seriös, wenn manche Ärztefunktionäre aus den  
üblichen statistischen Schwankungen willkürlich  
einen einzelnen Jahreswert herauspicken, bei  
dem der Kostenanstieg ausnahmsweise mal  
etwas geringer war – und damit allen Ernstes so  
tun wollen, als gäbe es gar kein Kostenproblem.

Alle Zahlen und Erläuterungen dazu finden Sie in  
Ihren Pressemappen. Übrigens haben wir haben  
auch zwei juristische Gutachten zur  
Verfassungsmäßigkeit einer Öffnungsklausel  
beigefügt, weil manche Ärzteverbände auch  
gerne mit vermeintlichen juristischen  
Hindernissen argumentieren.

Meine Damen und Herren,  
die private Krankenversicherung steht gegenüber ihren Versicherten wie auch gegenüber den Ärzten weiterhin zu ihrem Anspruch einer leistungsgerechten Vergütung. Dies ist auch ein Eckpunkt unseres Modells für eine GOÄ-Reform, das vor allem im Interesse der Patienten wesentlich mehr Transparenz in die ärztlichen Rechnungen bringen wird:

- ▶ Wir wollen eine deutliche Stärkung der „sprechenden Medizin“, also der persönlichen ärztlichen Zuwendung zum Patienten, und zwar durch eine relativ stärkere Honorierung der konkret aufgewendeten Zeit – anstelle von missbrauchsanfälligen Steigerungsfaktoren ohne klare Kriterien.
- ▶ Wir wollen transparente betriebswirtschaftliche Kalkulationen auf der Basis nachvollziehbarer Kostendaten sowie eine klare Trennung zwischen ärztlichen Leistungen und technischen Leistungen. Dabei soll es logischerweise keine Steigerungsfaktoren auf technische Leistungen mehr geben. Dafür gibt es keinen Grund.
- ▶ Wir wollen medizinische Innovationen möglichst zeitnah in die Gebührenordnung integrieren und schlagen dazu die Bildung eines unabhängigen Instituts vor.

► Wir wollen Leistungskomplexe bilden, die zusammenfassen, was bei einer Behandlung zusammengehört. Das bringt wesentlich mehr Transparenz für die Patienten als eine unübersichtliche Liste von Tausenden Einzelziffern.

► Und wir wollen die besagte Öffnungsklausel für mehr Vertragsfreiheit zwischen PKV und Ärzten, um die medizinische Versorgung durch Vereinbarungen über gesicherte Qualitätskriterien verbessern zu können.

Ihnen wird vielleicht aufgefallen sein, dass in den öffentlichen Reaktionen einzelner Ärztefunktionäre einige Dinge heftig kritisiert wurden – die freilich im Konzept der PKV gar nicht vorgesehen sind!

- Der Vorwurf, die PKV strebe eine „Budgetierung“ an, ist aus der Luft gegriffen. Dasselbe gilt für eine angebliche „Deckelung der Ausgaben für ärztliche Leistungen“.
- Auch die behauptete "Pauschalierung der ärztlichen Honorare" ist nicht nachvollziehbar. Die von uns vorgeschlagenen Leistungskomplexe können damit eigentlich nicht gemeint sein, denn das ist nichts anderes als eine Konkretisierung des schon jetzt für die GOÄ geltenden Zielleistungsprinzips.

Jeder, der die öffentlich erhobenen Vorwürfe mit dem tatsächlichen Konzept vergleicht, kann sich unschwer von den Fakten überzeugen.

Es wird Zeit, dass sich die Ärzte mit den konstruktiven Vorschlägen unseres GOÄ-Konzeptes auseinandersetzen.

Stattdessen werden virtuelle Pappkameraden aufgebaut, auf die man einprügelt. Darf man von dieser Polemik darauf schließen, dass die Ärzteverbände mehr Transparenz in den Gebührenordnungen scheuen?

Und schließlich greifen die ärztlichen Landesvertretungen immer wieder gern zum Vorwurf einer „GKV-isierung“ der PKV. Diese Parole ist nicht nur sprachlich verunglückt. Sie hat auch nicht mit der Wirklichkeit zu tun.

Denn der Systemwettbewerb zwischen PKV und GKV lebt von Unterschieden, über die sich die Versicherten jeden Tag ein Bild machen können:

- ▶ Die PKV ist und bleibt eine budgetfreie Zone.
- ▶ Sie garantiert jetzt und in Zukunft die freie Arzt- und Therapiewahl.

- ▶ Sie gibt eine lebenslange Leistungszusage mit unmittelbarer Teilhabe am medizinischen Fortschritt.
- ▶ und sie ist dank Kapitaldeckung generationengerecht finanziert.

Die PKV hat sich bislang erfolgreich allen Versuchen z.B. von Gesundheitsministerin Ulla Schmidt entgegengestellt, die Vergütung in GKV und PKV zu vereinheitlichen, etwa durch eine Ersetzung der GOÄ durch den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM). Genau dies wollen wir gerade nicht. Wir haben gemeinsam mit der Bundesärztekammer und der Bundeszahnärztekammer dagegen gekämpft. Dass deren Vertreter uns nun schlicht das Gegenteil unterstellen, ist für mich nicht nachvollziehbar.

Unser Credo lautet damals wie heute:

Der Systemwettbewerb zwischen PKV und GKV lebt vom Unterschied. Als eine „zweite GKV“ wird die private Krankenversicherung nicht gebraucht. Und klar ist auch: Die Freiberuflichkeit der Ärzte ist von einer stabilen PKV abhängig.

Nur weil wir verhandeln möchten, mutiert die PKV noch lange nicht zu einer zweiten GKV. Die Verhandlungsfreiheit und das Instrument des Vertrages sind älter als die deutsche

Sozialversicherung. Sie gehören zum Wesen unserer freiheitlichen Gesellschaft.

Die private Krankenversicherung ist eine starke, selbstbewusste Branche, die im Interesse ihrer Versicherten angemessene Preise für sehr gute medizinische Leistungen zahlen will.

Die PKV ist eine budgetfreie Zone, sie ist eine stabile Finanzsäule für das gesamte Gesundheitssystem und sie ist ein Motor für Innovation. Sie kann jedoch nicht der Zahlmeister sein, der für Ärzte und andere Leistungserbringer jene Ausfälle kompensiert, die durch Budgetierungen, Kürzungen und Rabatte im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung entstehen. Deshalb wird die PKV im Interesse ihrer rund 9 Millionen privat Vollversicherten und rund 20 Millionen privat Zusatzversicherten weiterhin unbeirrt für mehr Handlungsspielräume kämpfen.

Wir brauchen Bewegung auf beiden Seiten. Wir, die PKV, sind dazu bereit. Die Ärzteschaft ist herzlich eingeladen zum Dialog. Die Ärzteverbände sollten die Weihnachtsfeiertage nutzen, um zur Ruhe zu kommen, damit wir uns dann im neuen Jahr konstruktiv zusammensetzen können.

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit.

# Entwicklung der Arzthonorare bei privatversicherten Selbstzahlern

1. Einführung
  2. Ausgabenentwicklung in der ambulanten Arztbehandlung
  3. Ausgabenentwicklung in der zahnärztlichen Versorgung
  4. Schlussfolgerung
- 

## 1. Einführung

Die folgenden Zahlen und Hinweise zur Entwicklung der Ausgaben in der PKV auf der einen und zur Entwicklung der Einkommen der Ärzte auf der anderen Seite werden aus Daten des PKV-Verbandes, des Wissenschaftlichen Instituts der PKV (WIP) und aus Daten des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) generiert. Diesen Zahlen lassen sich zu Vergleichszwecken Auswertungen des Statistischen Bundesamtes gegenüberstellen. Dabei fällt grundsätzlich auf, dass - unabhängig von der Datenquelle - alle Ergebnisse in ein und dieselbe Richtung weisen und die herausragende Bedeutung der Privatpatienten für das Einkommen der Ärzte und Zahnärzte deutlich belegen. Mit der Einkommensentwicklung geht eine entsprechende Leistungsausgabenentwicklung einher - in den vergangenen zehn Jahren ist diese von einer überproportionalen Dynamik gekennzeichnet.

## 2. Ausgabenentwicklung in der ambulanten Arztbehandlung

### 2.1. Ergebnisse auf Basis der Leistungsausgabenstatistiken von PKV und GKV

Der Ausgabenanteil für ambulante privatärztliche Leistungen an den Gesamtausgaben der Krankenversicherung in der PKV ist in den letzten Jahren nicht konstant geblieben. Während in der GKV der Anteil der Ausgaben im Bereich ambulante Arztbehandlung an den Ausgaben von 17,2 % im Jahr 1999 auf inzwischen 16,1 % (2009) gesunken ist, ist der Anteil in der PKV in nur 10 Jahren um 2,0 %-Prozentpunkte von 23,1 % auf 25,1 % angestiegen.<sup>1</sup> Bei einer Erweiterung des Beobachtungszeitraums ist folgendes festzustellen: Während im Jahr 2009 der Ausgabenanteil der ambulanten privatärztlichen Versorgung bei 25,1 % liegt, lag im Jahr 1986 der Anteil der ambulanten Leistungen an den Gesamtausgaben noch bei 17,8%.

Ursächlich für diese Entwicklung sind die in der PKV deutlich höheren Honorare auf Basis der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ). Zwar trifft es zu, dass der GOÄ-Punktwert seit 1983 nur von 10 Pfennig auf heute 5,82 Cent gestiegen ist. Das Arzthonorar setzt sich aber keineswegs nur aus dem Punktwert, sondern aus den drei folgenden Faktoren zusammen:

**Punktwert x Punktzahl (der jeweiligen Leistungsziffer) x Steigerungsfaktor = Honorar**

Neben dem Punktwert ist auch die Punktzahl zunächst einmal statisch. Im Ermessen der Ärzte liegt der Steigerungsfaktor. Hier lässt sich der erste Grund für ein überproportionales Wachstum der Leistungsausgaben identifizieren:

*Die Anzahl der bis zum Regelhöchstsatz abgerechneten Leistungen (nach Umsatz) sank von 93,1 % in 2000 auf 87,7 % in 2009. Gleichzeitig stieg der Anteil der über dem Regelhöchstsatz abgerechneten Gebührenpositionen von 6,9 % (2000) auf nunmehr 12,3 %. Das heißt,*

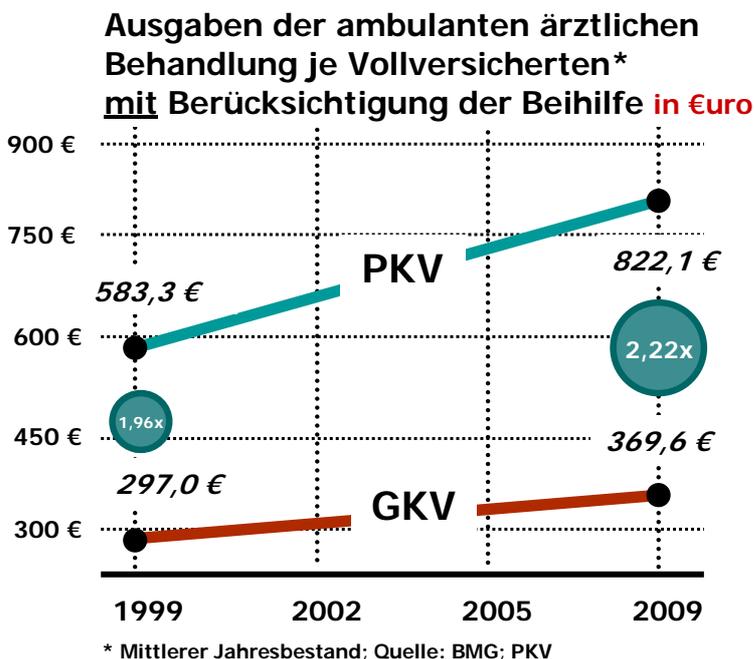
---

<sup>1</sup> Vgl. PKV-Zahlenberichte (1999/2000) und (2009/2010) unter Bereinigung der Ausgaben für Heilpraktiker.

die Häufigkeit der Anwendung eines Steigerungsfaktors über dem Regelhöchstsatz hat sich (nach Umsatz) innerhalb von 9 Jahren um über 78 % erhöht.

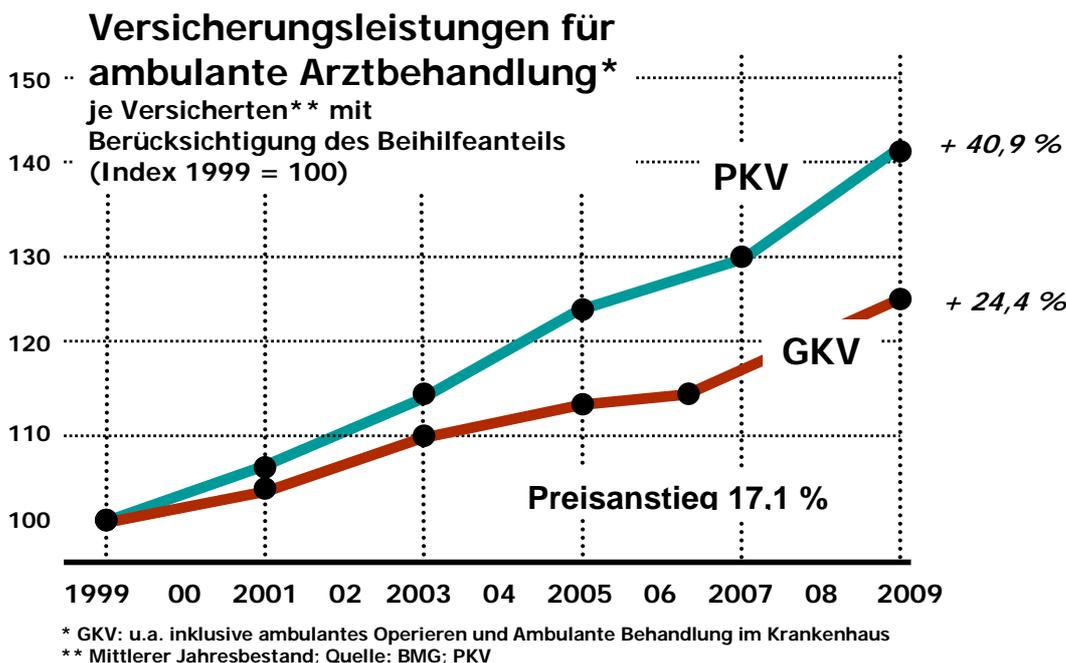
Die (sich verändernde) Anwendung der Steigerungsfaktoren führt zu einem Preiseffekt. Neben dem Preiseffekt ist insbesondere die Mengenkomponente zu betrachten. Ein Grund für die Kostendynamik in der PKV besteht nämlich in der Expansion der Behandlungsmengen. Insbesondere vor diesem Hintergrund lässt sich nachvollziehen, warum der Abstand zwischen PKV- und GKV-Honorar seit Jahren stetig zunimmt.

Die Ausgaben für die ambulante Arztbehandlung (unter Berücksichtigung der Beihilfe) lagen 2009 bei 822,10 € je Versicherten; im Jahr 1999 waren es noch 583,30 €. Das heißt: Die Leistungserbringer erhalten für Privatpatienten mit 822,10 € pro Kopf 2,22-mal mehr Honorar als für gesetzlich Versicherte (369,60 €). Im Jahr 1999 lag das Verhältnis bei 1,96.



Die Konsequenz ist - im Vergleich zur GKV - ein überproportionaler Ausgabenanstieg, der weit über das Inflationsniveau hinausgeht:

Bei den Privatversicherten sind - unter Berücksichtigung der Beihilfe - seit 1999 die Ausgaben im Bereich der ambulanten Arztbehandlung je Versicherten um 40,9 % angestiegen. Im gleichen Zeitraum stiegen die Ausgaben der GKV je Vollversicherten nur um 24,4 %. Die Inflation lag zwischen 1999 und 2009 bei lediglich 17,1 %.

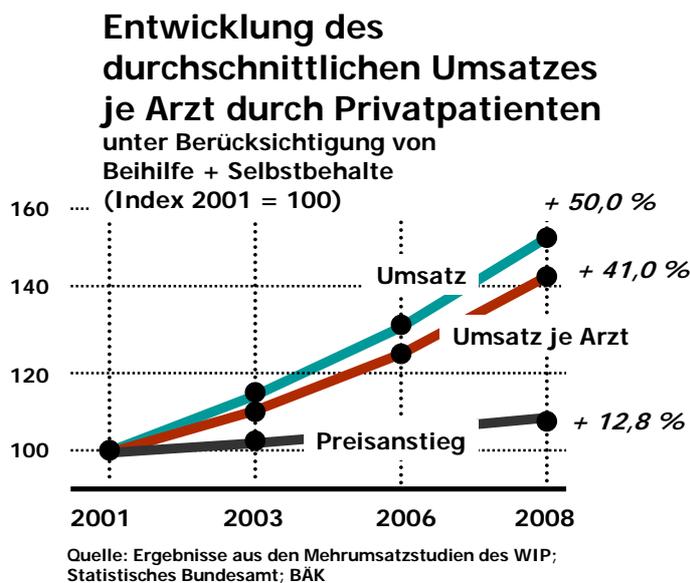


## 2.2. Ergebnisse auf Basis der Mehrumsatzstudien des Wissenschaftlichen Institutes der PKV

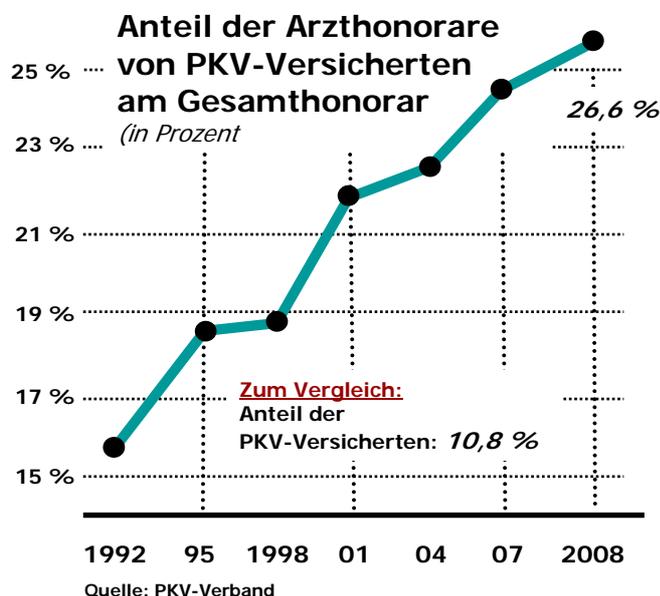
Die Ausgabenstatistik der PKV spiegelt in zwei Punkten nicht die volle Realität der Ausgabendynamik wider. Erstens fallen viele von ambulanten Ärzten erbrachte Leistungen unter die in der PKV weit verbreiteten Selbstbehalte. Diese Leistungen werden von den Versicherten nicht zur Kostenerstattung bei den Versicherungsunternehmen eingereicht. Demzufolge sind diese Leistungen nicht in der Ausgabenstatistik der PKV enthalten.

Zweitens sind Leistungen, die die Beihilfestellen der Beihilfeberechtigten übernehmen, bisher auf Basis der PKV-Ausgabenstatistik lediglich mittels einer durchschnittlichen Gewichtung der Beihilfeberechtigten hochgerechnet worden. Gerade weil sich die Beihilfevorschriften kontinuierlich verändert haben, kann das Hochrechnen der Beihilfeleistungen aber nur ein ungefähres Bild der Wirklichkeit wiedergeben.

In den Mehrumsatzstudien des Wissenschaftlichen Instituts der PKV (WIP) werden sowohl Beihilfeleistungen als auch Selbstbehalte explizit mit einbezogen. Mit den aus dem Risikostrukturausgleich der GKV (RSA) beziehungsweise aus den PKV-Kopfstatistiken generierten Ergebnissen des WIP lässt sich von 2001 bis einschließlich 2008 ein ergänzender und umfassenderer Blick auf die Bedeutung der Privatpatienten für das Ärztteeinkommen aus ambulanten Leistungen werfen.



Teilt man die Ausgaben der Selbstzahler, Beihilfestellen und privaten Krankenversicherungen für Arzthonorare in Höhe von 8,76 Milliarden € auf die 138.330 im Jahr 2008 ambulant tätigen Ärzte auf, ergibt sich ein durchschnittlicher Umsatz von ca. 63.327 € je Arzt. Im Jahr 2001 lag die Zahl der ambulant tätigen Ärzte noch bei 129.986. Auf diese entfielen Ausgaben der Selbstzahler, Beihilfe und PKV in Höhe von 5,84 Mrd. €. Damit ergibt sich im Jahr 2001 ein Umsatz von je ca. 44.928 €. Zwischen 2001 und 2008 ist damit der durchschnittliche Umsatz durch Privatpatienten je Arzt um 41 Prozent angestiegen. Der Preisanstieg lag bei nur 12,8 %.

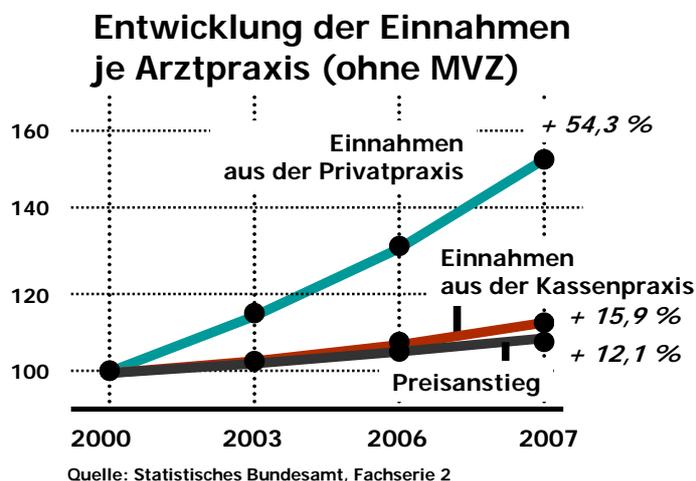


Die (relative) Bedeutung der privatärztlichen Behandlung für das Einkommen der Ärzte ist erheblich angestiegen, was mit Blick auf die absoluten Zahlen nicht überrascht. Auch das lässt sich mit Daten aus den verschiedenen Mehrumsatzstudien belegen. Die häufig formulierte Faustformel, dass 10 % Privatversicherte in Deutschland 20 % des Praxisumsatzes erzeugen, gilt nicht mehr. Hier hat sich in den letzten Jahren eine deutliche Entwicklung vollzogen. Heute verursachen in Deutschland 10,8 % Privatversicherte 26,6 % der Praxisumsätze.

## 2.3. Ergebnisse auf Basis der Kostenstrukturstatistik des Statistischen Bundesamtes

Bisher wurden alle Zahlen zur Entwicklung der Einkommen der Ärzte aus Daten des PKV-Verbandes, des Wissenschaftlichen Instituts der PKV (WIP) und aus Daten des Bundesministeriums für Gesundheit (BMG) generiert. Diesen Zahlen lassen sich zu Vergleichszwecken Auswertungen des Statistischen Bundesamtes auf Basis der Kostenstrukturstatistik bei Arztpraxen gegenüberstellen.

Der Anteil der Einnahmen aus der privatärztlichen Tätigkeit an den Gesamteinnahmen der Arztpraxen hat seit 2000, insbesondere aber seit dem Jahr 2003 erheblich zugenommen. Im Durchschnitt ergibt sich je Arztpraxis ein Arzthonorar von 66.990 € im Jahr 2000 aus der Privatpraxis<sup>2</sup>, welches bis 2007 um 54,3 % auf 103.341 € angewachsen ist. Der Zuwachs der Einnahmen in den Praxen insgesamt stammt damit vor allem aus den gestiegenen Einnahmen aus der Privatpraxis. Die Einnahmen aus der Kassenpraxis haben sich von 2000 bis 2007 je Arztpraxis nur um insgesamt 15,9 % erhöht. Die Preise sind im gleichen Zeitraum lediglich um rund 12 % angestiegen.



Zwischen den einzelnen Praxen gibt es je nach Fachrichtung und Organisationsform (Einzel- oder Gemeinschaftspraxis) erhebliche Unterschiede. Den geringsten Anteil der Einnahmen aus privatärztlicher Tätigkeit an den Gesamteinnahmen weisen die Allgemeinärzte mit 15,9 % (2007) bei den Einzelpraxen beziehungsweise mit 13,2 % bei den Gemeinschaftspraxen auf. Der höchste Wert findet sich bei den Einzelpraxen für Hautkrankheiten u.a. mit 47,6 % im Jahr 2007. Hier dürfte ein Teil der Einnahmen aus der Privatpraxis auch auf GKV-Versicherte zurückzuführen sein, die auf eigene Rechnung

Behandlungen aus dem kosmetischen Bereich in Anspruch nehmen, die nicht von der GKV gezahlt werden. Anders sind die Zusammenhänge bei den Radiologen und Nuklearmedizinern zu bewerten. Bei ihnen wird der hohe Anteil der Einnahmen aus der Privatpraxis (35,9 % in 2007 bei Einzelpraxen bzw. 37,0 % in 2007 bei Gemeinschaftspraxen) insbesondere durch die Behandlung von PKV-Versicherten realisiert.

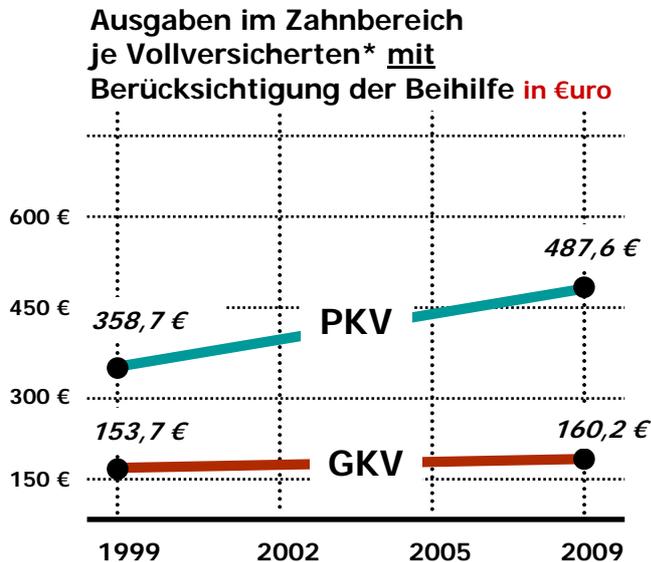
## 3. Ausgabenentwicklung in der zahnärztlichen Versorgung

### 3.1. Ergebnisse auf Basis der Leistungsausgabenstatistiken von PKV und GKV

Ähnlich der Situation in der ambulanten ärztlichen Versorgung gibt es auch in der zahnärztlichen Versorgung Hinweise auf eine ausgabensteigernde Wirkung von Preis- und Mengeneffekten. Für den Preiseffekt ergibt sich folgendes Bild:

<sup>2</sup> Inklusive IGEL-Leistungen.

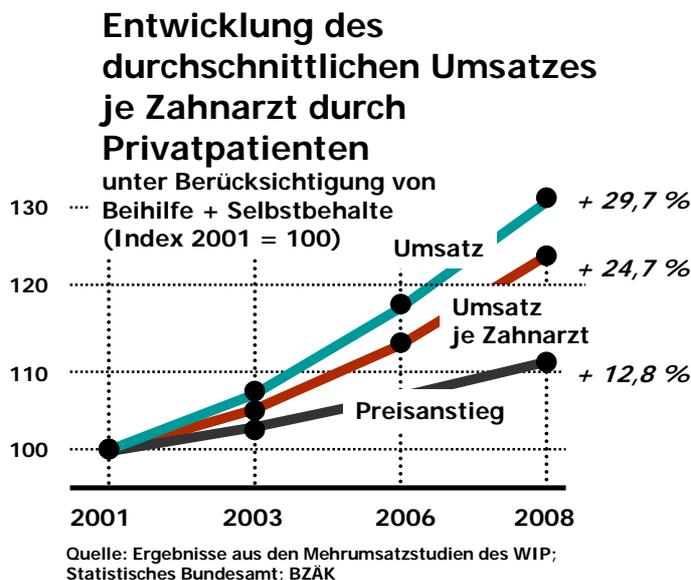
Die Anzahl der bis zum Regelhöchstsatz abgerechneten Leistungen sank von fast 68 % im Jahr 2000 auf 47 % im Jahr 2009. Gleichzeitig stieg der relative Anteil der über dem Regelhöchstsatz abgerechneten Gebührenpositionen von 32,2 % (2000) auf nunmehr 53 %. Das heißt, die Häufigkeit der Anwendung eines Steigerungsfaktors über dem Regelhöchstsatz hat sich (nach Umsatz) innerhalb von 9 Jahren um über 64 Prozent erhöht.



Preis- und insbesondere Mengeneffekte haben dazu geführt, dass die PKV-Ausgaben für die zahnärztliche Behandlung in den letzten 10 Jahren stets überproportional angestiegen sind. Unter Berücksichtigung des Beihilfeanteils der Beihilfeberechtigten sind seit 1999 die Ausgaben im Zahnbereich je Vollversicherten von 359 € auf 488 € angestiegen. Das entspricht einem Wachstum von 35,9 %. Die Inflation lag zwischen 1999 und 2009 bei lediglich 17,1 %. In gleicher Zeit sind die Ausgaben der GKV je Vollversicherten von 153,7 € auf 160,2 € (+4,3 %) angestiegen. Dabei darf aber nicht unerwähnt bleiben, dass im Zahnbereich in der GKV viele Leistungskürzungen stattgefunden haben.

### 3.2. Ergebnisse auf Basis der Mehrumsatzstudie des Wissenschaftlichen Instituts (WIP)

In den Mehrumsatzstudien des Wissenschaftlichen Instituts der PKV (WIP) werden Selbstbehalte und Beihilfeleistungen explizit mit einbezogen. Mit den aus dem Risikostrukturausgleich der GKV (RSA) beziehungsweise PKV-Kopfstatistiken generierten Ergebnissen des WIP lässt sich von 2001 bis einschließlich 2008 ein ergänzender und umfassenderer Blick auf die Bedeutung der Privatpatienten für das Ärztteinkommen aus Zahnleistungen werfen.



Teilt man die Ausgaben der Selbstzahler, Beihilfestellen und privaten Krankenversicherungen für Zahnleistungen in Höhe von 3,62 Milliarden € auf die 63.477 im Jahr 2008 tätigen Zahnärzte auf, ergibt sich ein durchschnittlicher Umsatz von ca. 57.029 € je Zahnarzt. Im Jahr 2001 lag die Zahl der Zahnärzte noch bei 61.019. Auf diese entfielen Ausgaben der Selbstzahler, Beihilfe und PKV in Höhe von 2,79 Mrd. €. Damit ergibt sich im Jahr 2001 ein Umsatz von je ca. 45.723 €. Von 2001 bis 2008 ist damit der Umsatz durch Privatpatienten je Zahnarzt um fast 25 % angestiegen. Der Preisanstieg lag bei nur 12,8 %.

### 3.3. Ergebnisse auf Basis der Kostenstrukturstatistik des Statistischen Bundesamtes

Die Zahnärzte beziehen ihre Einnahmen im Wesentlichen aus zwei Quellen. Die Leistung im Rahmen des Sachleistungsprinzips der GKV erhalten sie über die Kassenzahnärztlichen Vereinigungen nach dem BEMA vergütet. PKV-Versicherten und Selbstzahlern stellt der Zahnarzt eine Rechnung nach der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) aus, die der Patient (eventuell gegen Kostenerstattung) zu begleichen hat.

Aus den Daten des Statistischen Bundesamtes zur Einkommens- und Kostensituation der Zahnärzte für 2007 geht hervor, dass eine durchschnittliche Zahnarztpraxis im Jahr 2007 einen Umsatz von 462.000 € erzielt hat. Auf Privatabrechnungen entfiel hierbei ein Anteil von 48,1 % des Umsatzes. Die Einnahmen aus der Abrechnung über die GOZ macht damit fast die Hälfte der Einnahmen des Zahnarztes aus. Hierbei ist freilich auch zu berücksichtigen, dass die GOZ auch die Abrechnungsgrundlage für GKV-Versicherte bei Leistungen außerhalb der Festzuschuss-Systematik ist.

#### Umsätze in Zahnarztpraxen (in €)

	2003	2007	Anstieg in % (2003 - 2007)
<b>Gesamtumsatz je Zahnarztpraxis</b>	457.000 €	462.000 €	+ 1,1 %
<b>davon: Umsatz aus Privatabrechnungen</b>	192.000	222.000	+ 15,6 %
<b>Anteil der Privatabrechnungen am Gesamtumsatz</b>	42,0 %	48,1 %	+ 14,5 %

Quelle: Statistisches Bundesamt

### 4. Schlussfolgerung

Alle verfügbaren Statistiken belegen, dass sich der Anstieg der Ärztehonoreare für die Behandlung von Selbstzahlern auf der Basis der GOÄ/GOZ im Vergleich zur GKV-Vergütung überproportional entwickelt hat. Diese Dynamik bezahlen die Privatversicherten über entsprechend steigende Versicherungsbeiträge. Wird diese Entwicklung nicht gebremst und korrigiert, führt dies mittelfristig zur ökonomischen Überforderung der Versicherten und zu sozialpolitischen Verwerfungen. Die ambulante Vergütung im PKV-Bereich gefährdet das gesundheitspolitische Ziel eines Krankenversicherungsschutzes zu bezahlbaren Preisen.



UNIVERSITÄT ZU KÖLN  
SEMINAR FÜR  
STAATSPHILOSOPHIE UND RECHTSPOLITIK  
*Prof. Dr. Otto Depenheuer*

Albertus-Magnus-Platz  
50923 Köln (Lindenthal)  
Tel. 0221 470 22 30  
Fax. 0221 470 50 10  
[www.seminar-staatsphilosophie.de](http://www.seminar-staatsphilosophie.de)

## Öffnungsklauseln und staatliches Preisrecht

Rechtsgutachten zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einfügung  
einer Öffnungsklausel in die GOZ

### Zusammenfassendes Ergebnis des Rechtsgutachtens

- 1) Die Öffnungsklausel des § 2 a E-GOZ ist in jeder Hinsicht mit dem Grundgesetz vereinbar. Als freiheitliches Angebot zur freiwilligen Abweichung von einer staatlich festgesetzten Gebührenordnung stehen sie der freiheitlichen Werteordnung des Grundgesetzes deutlich näher als ein rigides staatliches Preisrecht. Die vorgesehene Änderung der GOZ wird durch die Ermächtigung des § 15 ZHG gedeckt, die dem Verordnungsgeber einen weiten Gestaltungsspielraum überläßt. Im einzelnen gilt:
- 2) Das eigenständige Verordnungsrecht durch die Exekutive nach Art. 80 GG ist nicht deduktive Ableitung aus gesetzlichen Vorgaben, sondern genuiner Raum eigener exekutiver Gestaltungsfreiheit.
- 3) Die Verordnungsermächtigung des § 15 ZHG begründet für den Adressaten grundsätzlich nur ein Recht zur Verordnungsgebung, d. h. die Möglichkeit, eine Rechtsverordnung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung zu erlassen: sie bedeutet ein rechtliches „Dürfen“, nicht aber ein verpflichtendes „Müssen“. Die Entscheidung über den Erlaß der Rechtsverordnung ist in das Ermessen des Verordnungsgebers gestellt und Teil des ihm zugewiesenen Entschließungsermessens.
- 4) Die Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung nach § 15 ZHG bedeutet die Befugnis des Verordnungsgebers, die Ermächtigung gar nicht,

teilweise oder vollständig auszuschöpfen. Mit einer Verordnungsermächtigung gibt der Gesetzgeber nur die maximale Reichweite möglicher Regelungen der Rechtsverordnung vor: es handelt sich um „delegierte authentische Interpretation“ durch den Ordnungsgeber.

5) Die freie Gestaltung des Ordnungsgebers reicht kompetenzrechtlich vom Erlaß einer zwingenden Gebührenordnung ohne Abweichungsmöglichkeit über eine Gebührenordnung, die an die Stelle oder neben einer vorgegebenen Gebührenordnung eine freiheitliche Preisfindung durch individuelle oder kollektive Öffnungsklauseln anregt bis hin zu einer völligen Freigabe der Vergütung.

6) Die Gegenauffassung des Boecken-Gutachtens geht unzutreffend davon aus, daß der Ordnungsgeber eine Gebührensatzung von Gesetzes wegen mit genau dem Inhalt zu erlassen hat, den sie in ihrer gegenwärtigen Fassung gefunden hat. Diese Annahme ist mit dem Gestaltungsermessen des Ordnungsgebers ebensowenig vereinbar wie es mit der kompetenzrechtlichen Abgrenzungsfunktion des Art. 80 Abs. 1 GG gerecht wird.

7) Fragen der Transparenz oder des Verbraucherschutzes sind nicht materieller Gegenstand der Verordnungsermächtigung des § 15 ZHG.

8) Zur grundrechtlichen Freiheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG und der Ärzte auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG) gehört das Recht, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder es mit allen an den ärztlichen Leistungsbeziehungen Beteiligten frei zu vereinbaren.

9) Der rechtliche Ist-Zustand des Preisrechts für privat Zahnärztliche Leistungen stellt sich verfassungsrechtlich dar als Eingriff in die Grundrechte der Beteiligten zur freien Vereinbarung der Entgelte. Die Verfassungskonformität des geltenden Preisrechts ist nicht Gegenstand des Gutachtens.

10) Öffnungsklauseln, die eine staatliche Regulierung des Preisrechts zurücknehmen und den Beteiligten ihre grundrechtlichen Freiheitsräume ganz oder teilweise wieder zurückgeben, sind grundsätzlich „näher“ am freiheitlichen Ideal des Grundgesetzes. Sie sind das Gegenteil eines Grundrechtseingriffs, sondern eine Rückgewähr von Freiheit, und damit a priori nicht grundrechtlich rechtfertigungsbedürftig und daher prinzipiell verfassungskonform.

11) Dem Ordnungsgeber obliegt im Hinblick auf die Grundrechte der Zahnärzte und der Patienten eine Pflicht zur begleitenden Beobachtung der Wirkungen der vorgesehenen Öffnungsklauseln. Wenn diese grundrechtlich bedenkliche Wirkungen zeitigen sollte, wofür gegenwärtig nichts spricht, kann er gegebenenfalls zur Nachsteuerung verpflichtet sein. Insoweit obliegt

ihm ein weiter legislativer Einschätzungs-, Beurteilungs- und Gestaltungsspielraum, der verfassungsrechtlich nur in äußersten Grenzen überprüft werden kann.

## *Gliederung*

### **I. Gutachtenauftrag und Problemformulierung**

1. Die geltende Vergütungsregelung
2. Der Gesetzesentwurf zur Einfügung eines § 2a E-GOZ
3. Das Boecken-Gutachten
4. Gutachtenauftrag

### **II. Öffnungsklausel und Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG**

1. Art. 80 GG als Kompetenznorm
2. Ermächtigung ohne Verpflichtung
3. Gestaltungsermessen des Ordnungsgebers

### **III. Grundrechte und Öffnungsklausel**

1. Staatliche Preisregulierung als Grundrechtseingriff
2. Öffnungsklauseln „näher am Grundgesetz“
3. Öffnungsklauseln – Freiheitseinräumung statt Grundrechtseingriff

### **IV. Einschätzungsprärogative und Beobachtungsauftrag des Ordnungsgebers**

1. Intransparenz der Preisfindung?
2. Runiöser Wettbewerb?

## **I. Gutachtenauftrag und Problemformulierung**

### **1. Die geltende Vergütungsregelung**

Die Entgelte für zahnärztliche Tätigkeit sind bundesrechtlich in der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ)<sup>1</sup> geregelt. Die GOZ ist Abrechnungsgrundlage für die Vergütung zahnärztlicher Leistungen gegenüber Privatpatienten. Die GOZ ist ihrer Rechtsnatur nach eine Rechtsverordnung, die auf Grundlage des § 15 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde (ZHG)<sup>2</sup> erlassen wurde. Danach wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für zahnärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln. In dieser Gebührenordnung sind nach § 15 ZHG auch Mindest- und Höchstsätze für die zahnärztlichen Leistungen festzusetzen, wobei insoweit „den berechtigten Interessen der Zahnärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen ist.“ Durch schriftliche Vereinbarung in Form einer Individualabrede zwischen Zahnarzt und Zahlungspflichtigem vor Erbringung der Leistung kann von der Höhe der Vergütung nach Maßgabe des § 2 GOZ abgewichen werden.

### **2. Der Gesetzesentwurf zur Einfügung von § 2a E-GOZ**

Das Bundesministerium für Gesundheit hat angekündigt, die GOZ im Laufe des Jahres 2008 zu ändern. Am 9.1.2008 wurde der Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte vorgelegt (nachfolgend E-GOZ). Auf der Grundlage von § 15 ZHG soll die derzeit geltende GOZ unter anderem dahingehend geändert werden, daß durch Art. 1 Nr. 2 der Änderungsverordnung folgender § 2a neu in die GOZ eingeführt wird:

„§ 2a Abweichende Vereinbarung mit dem Kostenträger

(1) Zahnärzte oder Gruppen von Zahnärzten können in Verträgen mit Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften die Vergütung zahnärztlicher Leistungen abweichend von dieser Verordnung festlegen und das Nähere zur Abrechnung der zahnärztlichen Lei-

---

<sup>1</sup> Gebührenordnung für Zahnärzte - (GOZ) vom 22. Oktober 1987 (BGBl. I, S. 2316) aufgrund des § 15 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde in der durch Artikel 5 des Gesetzes vom 22. Dezember 1981 (BGBl. I, S. 1568), zuletzt geändert durch Art. 18 des Gesetzes v. 4.12.2001 (BGBl. I, 3320).

<sup>2</sup> ZHG, neugefasst durch B. v. 16.04.1987 BGBl. I S. 1225; zuletzt geändert durch Artikel 3 der Verordnung v. 17.12.2007 BGBl. I S. 2945; Geltung ab 17.12.1963.

stung vereinbaren. Die Bundeszahnärztekammer oder zahnärztliche Verbände können mit dem Verband der privaten Krankenversicherung, Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften Rahmenempfehlungen zu Verträgen nach Satz 1 schließen.

(2) Die in einem Vertrag nach Absatz 1 Satz 1 festgelegte Vergütung gilt im Einzelfall erst, wenn der Zahlungspflichtige der Anwendung des Vertrages dem Zahnarzt gegenüber vor Erbringung der Leistung in einem Schriftstück, in dem über den wesentlichen Inhalt des Vertrages, dessen Vertragsparteien und das Widerrufsrecht des Zahlungspflichtigen nach Satz 3 informiert wird, zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt gegenüber dem Zahnarzt, solange sie nicht durch den Zahlungspflichtigen widerrufen wird. Der Zahlungspflichtige kann seine Zustimmung jederzeit widerrufen, mit der Folge, daß für Leistungen des Gebührenverzeichnisses, die im Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht abgeschlossen sind, die Vergütungen nach dieser Verordnung zu berechnen sind. Notfall- und akute Schmerzbehandlungen dürfen nicht von einer Zustimmung zu einem Vertrag nach Abs. 1 Satz 1 abhängig gemacht werden.

(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Verträge, die Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Träger der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften mit Krankenhausträgern oder Gruppen von Krankenhausträgern über die Vergütung stationärer privat Zahnärztlicher Leistungen abschließen. Rahmenempfehlungen nach Absatz 1 Satz 2 können von der Deutschen Krankenhausgesellschaft mit dem Verband der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften abgeschlossen werden.“

### **3. Das Boecken-Gutachten**

Die Bundeszahnärztekammer hat ein Gutachten von Prof. Dr. Winfried Boecken zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der in § 2a E-GOZ vorgesehenen Öffnungsklausel vorgelegt (nachfolgend Boecken-Gutachten). Das Boecken-Gutachten hält die geplante Ergänzung der GOZ durch die Öffnungsklausel für verfassungswidrig. Tragend ist insoweit allein die Feststellung, daß § 2a E-GOZ durch die Ermächtigung des § 15 ZHG nicht gedeckt sei.<sup>3</sup> Dieser Verfassungsverstoß führe über die durch Art. 12 Abs. 1 GG ga-

---

<sup>3</sup> Boecken-Gutachten, S. 11 ff.

rantierte Freiheit der zahnärztlichen Berufsausübung<sup>4</sup> sowie über die durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Vertragsfreiheit der Patienten<sup>5</sup> auch zu – derivativen – Grundrechtsverletzungen.

#### **4. Gutachtenauftrag**

Vor dem Hintergrund der geplanten Einführung einer Öffnungsklausel in § 2a E-GOZ und des Boecken-Gutachtens hat mich der Verband der Privaten Krankenversicherung e.V. gebeten, zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Öffnungsklausel im System der privatärztlichen Vergütung von zahnärztlichen Leistungen Stellung zu nehmen.

Im Ergebnis sind die vom Boecken-Gutachten aufgezeigten Bedenken nicht ansatzweise geeignet, die prinzipielle verfassungsrechtliche Zulässigkeit der hier zu untersuchenden Öffnungsklausel des § 2a E-GOZ in Frage zu stellen. Das betrifft zunächst die vom Boecken-Gutachten bezweifelte Vereinbarkeit der Öffnungsklausel mit § 15 ZHG (nachfolgend II.), sodann aber auch die verfassungsrechtlich irrlichternden rechtspolitischen Bedenken gegen Öffnungsklauseln. Vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen wird demgegenüber die prinzipielle verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit von Öffnungsklausel im (zahn-) ärztlichen Berufsrecht deutlich werden (nachfolgend III.). Europarechtliche Implikationen stehen außerhalb des Gutachtenauftrags.<sup>6</sup>

## **II. Öffnungsklausel und Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG**

Das Boecken-Gutachten beruht zentral auf der These, daß die geplante Öffnungsklausel des § 2a E-GOZ nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG gedeckt „und schon von daher mit objektivem Verfassungsrecht nicht in Einklang steht.“<sup>7</sup> Begründet wird dies mit der Intention des Ermächtigungsgesetzgebers, einen ruinösen Preiswettbewerb um Patienten im Interesse eines funktionierenden Gesundheitswesens und damit des Verbraucherschutzes zu verhindern.<sup>8</sup> Ferner sehe das ZHG eine Mitwirkung der Kostenträger bei der Vereinbarung von Vergütungen für zahnärztliche Leistun-

---

<sup>4</sup> Ebda. S. 15.

<sup>5</sup> Ebda S. 16.

<sup>6</sup> Dazu das Boecken-Gutachten S. 16 ff.

<sup>7</sup> Boecken-Gutachten S. 14.

<sup>8</sup> Boecken-Gutachten, S. 11 f.

gen nicht vor.<sup>9</sup> § 15 ZHG decke nur Abweichungsmöglichkeiten zur Wahrung der Privatautonomie der Patienten, nicht jedoch eine Kollektivierung der Preisregulierung durch Beteiligte wie die Kostenträger, die von den Einschränkungen der Vertragsfreiheit und Berufsausübungsfreiheit durch die Gebührenordnung nicht unmittelbar betroffen seien.<sup>10</sup> Zudem stehe die Öffnungsklausel dem Zweck des § 15 ZHG entgegen, im Interesse des zahlungsverpflichteten Patienten die Transparenz privatärztlicher Leistungen zu erhöhen.<sup>11</sup>

Alle diese Einwände vermögen nicht zu überzeugen: sie verkennen die Funktion des Art. 80 GG als Abgrenzung von Rechtsetzungskompetenzen zwischen Legislative und Exekutive (nachfolgend unter 1.). Daher verwechseln sie die Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung mit einer entsprechenden Verpflichtung (nachfolgend unter 2.) und negieren den dem Verordnungsgeber eingeräumten Gestaltungsspielraum grundsätzlich (nachfolgend unter 3.). Schließlich und darüber hinaus verkennen sie, daß inhaltliche Fragen (Verbraucherschutz, Intransparenz, Einbindung der Kostenträger) jenseits der kompetenziellen Rechtswirkung des Art. 80 GG gelegen sind und diese Bestimmung insoweit gar nicht verletzen können (nachfolgend unter 4.)

### **1. Art. 80 GG – Kompetenzabgrenzung zwischen Legislative und Exekutive**

Die Ermächtigung der Bundesregierung nach § 15 ZHG, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für zahnärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln, findet ihre verfassungsrechtliche Grundlage in Art. 80 Abs. 1 GG. Danach muß die Verordnungsermächtigung „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der möglichen Grundrechtseingriffe bestimmen, um derart einer demokratisch nicht legitimierten Rechtsetzung der Exekutive vorzubeugen. Diese Voraussetzung erfüllt § 15 ZHG unzweifelhaft:<sup>12</sup> er bestimmt den Inhalt (Gebührenordnung), den Zweck (Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Zahnärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten) und das Ausmaß (Mindest- und

---

<sup>9</sup> Ebda. S. 12 f.

<sup>10</sup> Ebda. S. 13.

<sup>11</sup> Ebda. S. 13 f.

<sup>12</sup> So auch das Boecken-Gutachten S. 8 ff.

Höchstsätze) der Gebührenordnung. Damit trägt § 15 ZHG den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG in vollem Umfang Rechnung.

Allerdings ist der Erlaß einer Rechtsverordnung nach Maßgabe einer Ermächtigungsnorm wie der des § 15 ZHG etwas grundsätzlich anderes als der Vollzug einer gesetzlichen Vorgabe.<sup>13</sup> Art. 80 GG überantwortet der Exekutive nämlich eine eigenständige, wenn auch gesetzesakzessorische Rechtsetzungskompetenz. Zwar muß das Gesetz nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG „Inhalt, Zweck und Ausmaß“ der erteilten Ermächtigung bestimmen. Doch die damit verbundene Anbindung des Ordnungsgebers an den Gesetzgeber interpretiert das Bundesverfassungsgericht rechtspraktisch flexibel:<sup>14</sup> das Recht zu eigenständiger Ordnungsgebung durch die Exekutive ist eben nicht deduktive Ableitung aus gesetzlichen Vorgaben, sondern genuiner Raum eigener exekutiver Gestaltungsfreiheit.<sup>15</sup> Daher muß das ermächtigende Gesetz nur „hinreichend bestimmt“ sein:<sup>16</sup> aus der Ermächtigung muß nur „erkennbar und vorhersehbar sein, was dem Bürger gegenüber zulässig sein soll.“<sup>17</sup> Müßte demgegenüber der Inhalt der Rechtsverordnung bereits aus dem ermächtigenden Gesetz abgeleitet werden können, bedürfte es keiner Ermächtigung mehr.

Dieser dem Ordnungsgeber von Verfassungs wegen zustehende Gestaltungsspielraum verkennt das Boecken-Gutachten grundsätzlich. Es entnimmt § 15 ZHG in einem ersten Schritt eine – nicht bestehende – Verpflichtung zum Erlaß einer GOZ, leitet in einem zweiten Schritt aus der Ermächtigung ein vollständiges und den Ordnungsgeber strikt bindendes Ordnungsprogramm ab, um sodann in einem dritten Schritt jede Abweichung davon für verfassungswidrig zu erklären. Dies ist in jeder Hinsicht unzutreffend:

## 2. Bloße Ermächtigung und keine Verpflichtung

---

<sup>13</sup> *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103 Rn. 40, 43; *Brenner*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 80 Rn. 68 ff.

<sup>14</sup> Kritisch gegen ein zu strikte Begrenzung auch die Staatsrechtslehre, vgl. *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103 Rn. 15 f. m.w.N.

<sup>15</sup> *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103 Rn. 40 mwN.

<sup>16</sup> BVerfGE 55, 207 (226); st. Rspr. Zuletzt BVerfGE 101, 1 (19).

<sup>17</sup> BVerfGE 55, 207 (226).

Unzutreffend geht das Boecken-Gutachten zunächst implizit davon aus, daß die Bundesregierung als Ermächtigungsadressat des § 15 ZHG eine Gebührenordnung erlassen *müsse*. Davon kann indes keine Rede sein: tatsächlich begründet eine wirksame Verordnungsermächtigung gem. Art. 80 Abs. 1 GG für den Adressaten grundsätzlich nur ein Recht zur Verordnungsgebung, d. h. die Möglichkeit, eine Rechtsverordnung im inhaltlichen Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung zu erlassen. Die Entscheidung über den Erlaß der Rechtsverordnung ist damit grundsätzlich in das Ermessen des Verordnungsgebers gestellt und Teil des der Exekutive insoweit zugewiesenen Entschlußermessens. Insoweit eignet einer kompetenzrechtlichen Ermächtigung nach Maßgabe des Art. 80 Abs. 1 GG nur eine begrenzte Rechtswirkung: sie ermächtigen, verpflichten aber grundsätzlich nicht, sie bedeuten ein rechtliches „Dürfen“, nicht aber ein verpflichtendes „Müssen“.<sup>18</sup> Das Verordnungsermessen umschließt daher grundsätzlich auch die Freiheit des Verordnungsgebers, eine Rechtsverordnung zu erlassen oder von einem solchen Erlaß abzusehen.<sup>19</sup> Eine Handlungspflicht, d. h. eine Einschränkung des Ermessens des Verordnungsgebers in der Weise, daß er zum Erlaß einer Rechtsverordnung und damit auch zu einer entsprechenden verwaltungsinternen Initiative verpflichtet wäre, besteht indes regelmäßig nicht.<sup>20</sup>

Daraus folgt, daß auch ein gänzliches Absehen vom Erlaß einer Rechtsverordnung eine rechtmäßige (Nicht-) Ausübung der Kompetenz zur Verordnungsermächtigung durch die Bundesregierung darstellen kann. D.h. auch eine völlige Freigabe der Preisfindung im Rahmen der privatärztlicher Versorgung zieht jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive keine kompetenzrechtlichen Bedenken aus Art. 80 Abs. 1 GG auf sich. Daraus folgt in der Konsequenz weiterhin: auch jede – gänzliche oder partielle – Rücknahme der Regelungen der derzeitigen GOZ ist von der Verordnungsermächtigung des § 15 ZHG gedeckt und damit verfassungsrechtlich legitimiert.

---

<sup>18</sup> Allgemeine Meinung, vgl. nur *Brenner*, in: v.Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Art. 80 Rn. 70; *Lücke/Mann*, in: Sachs (Hg.), Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Art. 80 Rn. 4.

<sup>19</sup> *Ossenbühl*, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103, Rn. 50.

<sup>20</sup> H.M. vgl. nur *Brenner*, in: Mangoldt/Klein/Starck (Hg.), Art. 80 Rn. 70. – Aus diesem Grund scheidet auch ein Anspruch potentiell Betroffener auf Erlaß einer Rechtsverordnung grundsätzlich aus, nicht zuletzt auch aus Gründen der Unvereinbarkeit eines solchen Anspruchs mit dem Gewaltenteilungsprinzip. Eine ganz andere Frage ist, ob gegebenenfalls aus Grundrechten oder sonstigen Verfassungsprinzipien sich eine Pflicht zur Rechtssetzung ableiten läßt. Aber das hat mit Art. 80 GG nichts zu tun.

Allerdings kann ausnahmsweise und im Einzelfall auch eine Pflicht zum Erlaß einer Rechtsverordnung mit bestimmten Inhalten gegeben sein. Dazu aber bedürfte es konkreter Anhaltspunkte in der ermächtigenden Norm oder in anderweitigen verfassungsrechtlichen Grundlagen. Diese sind im vorliegenden Zusammenhang aber nicht erkennbar: weder der Text der Ermächtigungsnorm normiert eine ausdrückliche Verpflichtung zum Erlaß einer GOZ noch lassen die Gesetzesmaterialien eine entsprechende Pflicht erkennen. Zwar könnte man die Ursprungsfassung des § 15 des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde aus dem Jahre 1952 noch im Sinne einer Verpflichtung lesen – „Der Bundesminister des Innern erläßt mit Zustimmung des Bundesrates eine Gebührendordnung für Zahnärzte“<sup>21</sup> – doch spätestens mit der heute noch geltenden Fassung aus dem Jahre 1981<sup>22</sup> wird der bloß ermächtigende Charakter der Verordnungsermächtigung deutlich.<sup>23</sup> Schließlich folgt auch aus dem Gesichtspunkt grundrechtlicher Schutzpflichten keine Pflicht zur Verordnungsgebung, weil – das Bestehen grundrechtlicher Schutzpflichten unterstellt – sich daraus keine konkreten Handlungspflichten ableiten lassen, sondern den staatlichen Organen insoweit ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum eröffnet ist.<sup>24</sup>

Im Ergebnis ist daher festzuhalten: die Verordnungsermächtigung des § 15 ZHG bedeutet nur eine Befugnis der Bundesregierung zum Erlaß einer GOZ, die wahrgenommen werden kann, aber nicht muß. Die Bundesregierung könnte kompetenzrechtlich auch vom Erlaß einer Gebührenordnung absehen und die Preisfestsetzung dem Markt überlassen. Schon aus diesem Grunde wird das Boecken-Gutachten den verfassungsrechtlichen Maßstäben und dem daraus fließenden Gestaltungsermessen des Verordnungsgebers nicht gerecht.

### **3. Nur Ermächtigung und keine Ausschöpfungspflicht**

Eine Ermächtigung zum Erlaß einer Rechtsverordnung bedeutet die Befugnis des Verordnungsgebers, die Ermächtigung gar nicht, teilweise oder vollständig auszuschöpfen. Der Verordnungsgeber verfügt insofern über einen Ermessens- und Gestaltungsspielraum, ob und wie er die Ermächtigung rechtspraktisch umsetzt. Dies ist insbesondere für Rechtsverordnungen be-

---

<sup>21</sup> BGBl I 1952, S. 222.

<sup>22</sup> Krankenhaus-Kostendämpfungsgesetz, BGBl 1981, S. 1568.

<sup>23</sup> Zumal der Gesetzgeber mit der Änderung dem Konkretisierungsgebot des Art. 80 GG besser Rechnung zu tragen suchte, vgl. BT.-Dr. 9/570, S. 30.

<sup>24</sup> Vgl. Isensee, HStR Bd. V, 1. Aufl., 1992, § 111 Rn. 162 ff. sowie u. 15 f.

deutsam, durch die in Grundrechte der Beteiligten eingegriffen wird. Mit der den verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 80 Abs. 1 GG Rechnung tragenden Verordnungsermächtigung gibt der Gesetzgeber aber nur die maximale Reichweite der möglichen Regelungen der Rechtsverordnung vor. Hingegen überläßt er es dem Ordnungsgeber, ein wenig an Rechtsverordnungsbefugnis auszuschöpfen oder gar ganz vom Erlaß der Rechtsverordnung abzusehen. Vielmehr darf die Bundesregierung die Ermächtigung legitimerweise durch eigene Gestaltungsentscheidungen ausfüllen, solange diese nur im Rahmen des Normprogramms des § 15 ZHG verbleiben.<sup>25</sup> Verfassungsrechtlich nachprüfbar ist daher nur, ob der Ordnungsgeber sich mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des vorgegebenen Bedeutungsrahmens und des Ziels der gesetzlichen Regelung bewegt. „Überall da, wo (sc. im Gesetz) nur Prinzipien und allgemeine Gedanken oder unbestimmte Rechtsbegriffe vorkommen, darf das Fehlende nicht als Gesetzesinhalt durch Auslegung gesucht werden, sondern es muß der Verzicht des Gesetzes auf eigene Regelung und Überlassung an die Verordnung angenommen werden.“<sup>26</sup> Bei einer Verordnungsermächtigung wie der des § 15 ZHG handelt es sich demnach um „delegierte authentische Interpretation“ durch den Ordnungsgeber.

Bei der gegenwärtigen Fassung der GOZ handelt es sich also nur um eine von vielen möglichen Gestaltungen des Preisrechts für zahnärztliche Leistungen im Bereich der Behandlung von Privatpatienten. Die freie Gestaltung des Ordnungsgebers reicht kompetenzrechtlich allerdings weit darüber hinaus und maximal bis hin zu einer zwingenden Gebührenordnung ohne Abweichungsmöglichkeit. Er könnte aber auch eine Gebührenordnung erlassen, die an Stelle oder neben einer vorgegebenen Gebührenordnung eine freiheitliche Preisfindung anregt, indem individuelle oder kollektive Öffnungsklauseln vorgesehen werden. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, daß § 15 ZHG die Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen und einen Ausgleich der berechtigten Interessen vorsieht. Zum einen wird die GOZ auch in ihrer Neufassung diese Vorgabe des § 15 ZHG Rechnung tragen. Die Festsetzung von Mindest- und Höchstsätzen ist darüber hinaus auch zwingende Konsequenzen für den Fall, daß sich der Ordnungsgeber für ein rigides Preisrecht entscheidet. Bei der Normierung von individuellen und kollektiven Öffnungsklauseln tritt hingegen ihre Re-

---

<sup>25</sup> Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103, Rn. 40.

<sup>26</sup> Ossenbühl, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 3. Aufl., 2005, § 103, Rn. 43.

levanz sachlogisch in den Hintergrund, weil dann die Zustimmung der Betroffenen den Ausgleich der beteiligten Interessen indiziert („volenti non fit iniuria“).

Demgegenüber unterlegt das Boecken-Gutachten der Verordnungsermächtigung des § 15 ZHG Zielsetzungen – Transparenzgebot, Verbraucherschutz, Schutz vor ruinösem Wettbewerb –, die im Wortlaut der Ermächtigungsnorm keinen Ausdruck gefunden haben und deshalb auch nicht für den Ordnungsgeber verbindlich sind. Tatsächlich identifiziert das Boecken-Gutachten den Inhalt der gegenwärtigen GOZ zu Unrecht mit dem Inhalt der Ermächtigungsnorm mit der Folge, daß der Ordnungsgeber eine Gebührensatzung von Gesetzes wegen mit ziemlich genau dem Inhalt zu erlassen hat, den die GOZ gegenwärtig hat. Nur von dieser doppelten Prämisse her lassen sich jedenfalls die Schlußfolgerungen des Boecken-Gutachtens nachvollziehen. Da aber die Prämisse nicht zutrifft, sind auch die Ableitungen unzutreffend.

Das betrifft zum einen die angebliche Unzulässigkeit der Öffnungsklauseln und der Einbeziehung von unmittelbar nicht betroffenen Kostenträgern. Plausibel wäre dieser Hinweis nur, wenn eine rigide Gebührenordnung gem. § 15 ZHG verpflichtend wäre, also jeder Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers bestritten würde. Daß diese Prämisse unzutreffend ist, wurde bereits gezeigt.<sup>27</sup> Erkennt man aber richtigerweise den weiten Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers an, so wird die Öffnungsklausel ebenso wie die Einbeziehung der Kostenträger in das Verfahren der Vereinbarung abweichender Vergütungssätze sachlich plausibel und erweist sich daher verfassungsrechtlich von der Verordnungsermächtigung auch gedeckt.

Unzutreffend sind darüber hinaus aber auch alle angeblichen inhaltlichen Abweichungen des § 2a E-GOZ von der Ermächtigungsnorm des § 15 ZHG. Ein Gebot allumfassender Transparenz als solches gibt es weder als verfassungsrechtliches noch als Inhalt des § 15 ZHG. Das wird mittelbar auch durch das Boecken-Gutachten selbst bestätigt: wenn dieses die geltende Öffnungsklausel des § 2 Abs. 2 GOZ für unbedenklich hält, ist dies zwar in der Sache zutreffend, steht aber im Widerspruch zu den Prämissen des – angeblichen – Transparenzgebotes: denn etwas intransparenteres als Individualabsprachen gibt es nicht. Auch der Verbraucherschutz und der Schutz vor ruinösem Wettbewerb sind zwar legitime politische Ziele des sozialgestaltenden Gesetzgebers, nicht aber verfassungsrechtlich und gesetzlich verbindliche Leitschnur für den Ordnungsgeber nach Maßgabe des § 15

---

<sup>27</sup> S.o. 7 f.

ZHG. Ganz abgesehen davon sind Fragen der materiellen Verfassungsmäßigkeit des § 2a GOZ-E nicht solche, die in Art. 80 GG ihren Maßstab finden. Dieser hat allein die kompetentielle Abgrenzung von Gesetzgeber und Verwaltung zum Gegenstand.

Fazit: Die Bundesregierung hält sich mit der derzeit geltenden Gebührenordnung ebenso wie mit deren geplanten Neufassung über „abweichende Vereinbarungen mit dem Kostenträger“ im kompetentiellen Rahmen des § 15 ZHG.

### **III. Grundrechte und gesetzliche Gebührenregelung**

Ungeachtet des Umstandes, daß gegen die vorgesehene Neufassung der GOZ aus kompetentieller Perspektive keine Bedenken bestehen, sei nachfolgend kurz auf die grundsätzliche Fragestellung der Zulässigkeit von Öffnungsklausel unter grundrechtlicher Perspektive eingegangen:

#### **1. Preisregulierung als Grundrechtseingriff**

Aus verfassungsrechtlicher Perspektive regeln ZHG und GOZ einen grundrechtsdurchwirkten Raum. Patienten, Ärzte und private Kostenträger partizipieren an grundrechtlichen Freiheitsversprechen: die Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG auf freie Arztwahl und freie Wahl (resp. Nichtwahl) eines Versicherers, die Ärzte ebenso wie die privaten Kostenträger auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG). Zu dieser Freiheit gehört unbestritten auch das Recht, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder es mit allen an den ärztlichen Leistungsbeziehungen Beteiligten frei zu vereinbaren.<sup>28</sup>

Bekanntlich prägt dieses verfassungsrechtliche Bild rechtspraktisch im Bereich des Gesundheitswesens nicht die Realität: Gesetze und Rechtsverordnungen haben ein dichtes Regulierungsnetz über diesen Sachbereich geworfen, in dem freie Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient eher seltene Ausnahme sind. Das ändert freilich nichts daran, daß alle diese staatlichen Regulierungsmaßnahmen verfassungsrechtlich als Beschränkungen grundrechtlicher Freiheit zu qualifizieren sind, die nur aus legitimen öffentlichen Interessen unter Wahrung der Verhältnismäßigkeit verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden können.<sup>29</sup> Ob die gegenwärtige Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen grundrechtlich legitimierten Ärzten, Privatpa-

---

<sup>28</sup> Vgl. BVerfG, NJW 2005, 1036 (1037 f.); BGH, NJW 2006, 1879 (1880).

<sup>29</sup> Vgl. grundsätzlich Peter Lerche, in: HStR Bd. V, 1. Aufl., 1992, § 122 Rn. 16 ff.

tienten und privaten Kostenträgern diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen zur Gänze genügt, ist nicht Gegenstand dieser Überlegungen. Die Verfassungskonformität des rechtlichen Ist-Zustandes des Preisrechts für privatärztliche Leistungen unterstellt, kann aber eine Aussage mit Sicherheit getroffen werden:

## **2. Öffnungsklauseln „näher am Grundgesetz“**

Jede Reform des Gebührenrechts im Bereich privatärztlicher Versorgung, die staatliche Regulierung des Preisrechts zurücknimmt und damit den Beteiligten ihnen zustehende grundrechtlich unterfangene Freiheitsräume wieder zurückgibt, ist grundsätzlich „näher“ am freiheitlichen Ideal des Grundgesetzes.<sup>30</sup> Sie bilden das Gegenteil eines Grundrechtseingriffs, nämlich eine Rückgewähr von Freiheit an den Bürger, und sind damit a priori grundrechtlich nicht rechtfertigungsbedürftig. Während staatliche Ingerenz in den grundrechtlichen Rechtskreis stets vor dem verbleibenden Freiheitsanspruch der Bürger der Rechtfertigung bedarf, ist die Rücknahme staatlicher Ingerenzen, d.h. die Rückgewähr grundrechtlicher Freiheit, a priori nicht rechtfertigungsbedürftig.<sup>31</sup> Die gesetzliche Einräumung von Freiheit muß nicht verfassungsrechtlich legitimiert werden. Sie ist ihrer Natur nach verfassungskonform.

## **3. Öffnungsklausel – Freiheitseinräumung statt Grundrechtseingriff**

Damit ist die Annahme einer Grundrechtseinschränkung durch Öffnungsklauseln, wie sie das Boecken-Gutachten erwägt, a limine unzutreffend. Dies gilt zum einen für die Annahme eines verfassungswidrigen Eingriffs in die Berufsfreiheit der Zahnärzte, weil § 2a GOZ-E angeblich durch die Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG nicht gedeckt sei.<sup>32</sup> Selbst wenn die

---

<sup>30</sup> Zum Topos „näher am Grundgesetz“: BVerfGE 4, 157 (169); 12, 261 (290 ff.); 14, 1 (7 f.); 15, 337 (348ff.); 18, 353 (365); 27, 253 (281 f.). Vgl. auch BVerfG 40, 141 (178 f.); 84, 90 (127 f.). Dazu Peter Lerche, Das Bundesverfassungsgericht und die Vorstellung der Annäherung an den verfassungsgewollten Zustand, DÖV 1971, 721 f.; Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, 1980, 213 ff.; Isensee, Normalfall und Grenzfall als Ausgangspunkt rechtsphilosophischer Konstruktion?, in: Brugger/Haverkate (Hg.), Grenzen als Thema der Rechts- und Sozialphilosophie, ARSP Beiheft 84, 2002, 51 (60 f.).

<sup>31</sup> Das bedeutet, daß selbst im Falle einer objektiven Verfassungswidrigkeit der Öffnungsklausel, diese nicht in Grundrechte der Beteiligten eingriffe und damit auch nicht verfassungsbeschwerdefähig wären.

<sup>32</sup> Boecken-Gutachten, S. 15

Prämisse zuträfe,<sup>33</sup> könnte selbst in diesem Fall aus der verfassungswidrigen Einräumung von mehr Freiheit niemals auf einen Eingriff in ein Grundrecht geschlossen werden.

Entsprechendes gilt zum anderen hinsichtlich der Vertragfreiheit der Patienten. Diese wird durch eine strikte Gebührenordnung, wie sie die gegenwärtig geltende GOZ vorsieht, in der Tat beschränkt. Aber sowohl die bestehende Öffnungsklausel nach § 2 Abs. 2 GOZ als auch die Zustimmungspflicht des Patienten nach § 2a Abs. 2 E-GOZ geben dem Patienten volle Bestimmungsfähigkeit über die Vergütung zahnärztlicher Leistungen. Ein Grundrechtseingriff durch die Normierung von Öffnungsklauseln kann vor diesem Hintergrund nicht ernsthaft angenommen werden.<sup>34</sup>

#### **IV. Einschätzungsprärogative, Beobachtungsauftrag und Nachbesserungspflicht des Verordnungsgebers**

Die tatsächlichen Wirkungen der Öffnungsklausel des § 2a E-GOZ werden derzeit unterschiedlich eingeschätzt: sie reichen von einer wettbewerblichen Effizienzsteigerung der Leistungserbringung bis hin zu Untergangsszenarien in Gestalt eines ruinösen Wettbewerbs der Ärzte zu Lasten der Patienten. Insoweit gilt es verfassungsrechtlich an den unbestrittenen Grundsatz zu erinnern, daß es in erster Linie dem Einschätzungs- und Beurteilungsermessens des Verordnungsgebers obliegt, im Rahmen der Verfassung und der Ermächtigungsgrundlage gegebene Tatsachen zu bewerten, künftige Entwicklungen abzuschätzen und auf dieser Grundlage gestaltende Entscheidungen zu treffen.<sup>35</sup> Sind diese nicht offensichtlich willkürlich, sind sie demokratisch legitimiert und damit verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Allerdings endet die Verantwortung des Verordnungsgebers nicht mit dem Erlass einer Rechtsverordnung. Ihm obliegt auch darüber hinaus, zur Wahrneh-

---

<sup>33</sup> Widerlegung o.S. 6 ff.

<sup>34</sup> Anders die Erwägungen des Boecken-Gutachtens auf S. 15 f.; zutreffend, aber damit nicht in Einklang stehend das Boecken-Gutachten auf S. 13: „Hinzu kommt, daß die in § 15 Satz 3 ZHG bei der Preisregulierung vorgeschriebene Beachtung der berechtigten Interessen von Zahnärzten und Patienten auch das Ziel hat, durch Eröffnung einer vertraglichen Abweichungsmöglichkeit von der Gebührenordnung den grundrechtlich verbürgten Positionen der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG) und Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) Rechnung zu tragen.“

<sup>35</sup> Peter Badura, in: Isensee/Kirchhof (Hg.), HStR Bd. VII, 1992, § 163 Rn. 7 ff. m.w.N. der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

mung grundrechtlicher Schutzpflichten die Auswirkungen seiner legislativen Akte auf die Grundrechte der Bürger fortlaufend zu beobachten.<sup>36</sup>

Nur unter dem Gesichtspunkt nachgelagerter Beobachtungs- und ggf. Nachbesserungspflichten des Ordnungsgebers lassen sich die zentralen Bedenken des Boecken-Gutachtens verfassungsrechtlich überhaupt thematisieren, namentlich die Gefahren einer möglichen Intransparenz sowie eines ruinösen Preiswettbewerbs auf dem Markt zahnärztlicher Versorgung.<sup>37</sup> Allerdings – das sei vorab klargestellt – berührt die nachgelagerte Beobachtungspflicht des Ordnungsgebers nicht die Verfassungsmäßigkeit der Verordnung im Zeitpunkt ihres Erlasses. D.h. erst muß § 2 E-GOZ erlassen worden sein, um Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten überhaupt entstehen zu lassen.

Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt einer nachgelagerten Beobachtungspflicht ist wiederum die Feststellung grundrechtlicher Freiheit der an der zahnärztlichen Versorgung Beteiligten in Hinblick auf die Preisfestlegung. Im Hinblick darauf erscheint das Intransparenzargument grundsätzlich, die Befürchtung eines ruinösen Preiswettbewerbs sachlich unbegründet, eine künftige Korrektur der Öffnungsklausel verfassungsrechtlich zu unterfangen.

### **1. Intransparenz der Preisfindung?**

Das Intransparenzargument scheint davon auszugehen, daß nur die in einer staatlichen Gebührenordnung normierten und dort nachlesbaren staatlich festgelegten Preise Transparenz vermitteln. Abgesehen davon, daß für diese Prämisse jeder verfassungsrechtliche Anhaltspunkt fehlt, würde als Konsequenz dieser Argumentation – seine immanente Logik interpoliert – nur eine planwirtschaftliche Preisregulierung als die einzig verfassungsrechtliche Zulässige angesehen können. Dieses Ergebnis indes spräche einer freiheitlichen Verfassungs- und Wirtschaftsordnung Hohn. Tatsächlich ist die berühmte „unsichtbare Hand“ des Marktes viel transparenter, weil in ihr die Preisbildungsmechanismen offen zum Tragen kommen und Effizienz- sowie Preisvergleiche ermöglicht werden, während bei staatlicher Preisregulierung

---

<sup>36</sup> Vgl. BVerfGE 56, 53 (71 f.); 88, 203 (309 ff.); BVerfG, NJW 1995, S. 2343; BVerfG, NVwZ 2002, 335 (336). Vgl. auch *Markus Möstl*, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029 ff. Vgl. auch *Christian Mayer*, Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers, 1996, JZ 1996, S. 786 ff.

<sup>37</sup> Daß die Ziele „Transparenz“ und „Vermeidung ruinösen Wettbewerbs“ weder im Rahmen des Art. 80 GG eine Rolle spielen noch in § 15 ZHG als „Ziel“ angelegt sind, vgl. bereits oben S. 12 f.

zahlreiche Interessen in einem teilweise wenig transparenten, von zahlreichen Einflüssen begleiteten Verfahren Einfluß gewinnen.

## **2. Ruinöser Wettbewerb?**

Schließlich befürchtet das Boecken-Gutachten als Folge der Öffnungsklausel des § 2a E-GOZ einen ruinösen Preiswettbewerb um Patienten. Dies müsse im Interesse eines funktionierenden Gesundheitswesens und damit des Verbraucherschutzes verhindert werden.

Für diese Befürchtung vermag das Boecken-Gutachten allerdings derzeit keine Erfahrungstatsachen oder auch nur plausible Wirkungszusammenhänge vorzutragen. Tatsächlich erscheint derzeit die gegenteilige Annahme zutreffender: zum einen geht es nur um den Bereich der privat Zahnärztlichen Versorgung, d.h. nicht um das ganze Spektrum zahnärztlicher Versorgung. Zum anderen führt jeder Wettbewerb – darin besteht ja gerade seine positive Wirkung – zu einer Differenzierung der Angebotslandschaft zwischen fachlich besseren und weniger guten, effizient arbeitenden und weniger effizient arbeitenden Ärzten. Wenn die Stärkung wettbewerblicher Elemente im Gebührenrecht im Einzelfall zum Ruin einer Praxis führen sollte, ist dies für den Betroffenen sicherlich ein schwieriges Schicksal, für den Markt insgesamt aber eine Bereinigung. Wie dem aber auch immer sei: der Ordnungsgeber wird die Folgen der geplanten Öffnungsklausel für die Praxis der privat Zahnärztlichen Versorgung beobachten. Sollten sich in Ansehung künftiger Entwicklungen problematische Wirkungen der Öffnungsklauseln zeigen, wird der Ordnungsgeber im Rahmen seines weiten Gestaltungsspielraums seine Regelungen gegebenenfalls überdenken müssen. Bloße Spekulationen über mögliche negative Folgen der Neuregelung sind aber derzeit kein verfassungsrechtlicher Titel, die Verfassungsmäßigkeit der Neuregelung plausibel in Frage stellen zu können.

Köln, 22. September 2008

  
\_\_\_\_\_  
Depenheuer

Wissenschaftliche Dienste



Deutscher Bundestag

---

**Ausarbeitung**

---

**Rechtliche Schranken für Öffnungsklauseln in der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)**

Dr. Dr. Gerhard Deter, Mareike Ragu

## **Rechtliche Schranken für Öffnungsklauseln in der Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)**

Verfasser/in: Ministerialrat Dr. Dr. Gerhard Deter,  
Rechtsreferendarin Mareike Ragu  
Aktenzeichen: WD 9 – 3000 – 063/10  
Abschluss der Arbeit: 21. April 2010  
Fachbereich: WD 9: Gesundheit, Familie, Senioren, Frauen und Jugend  
Telefon: (030) 227-35749, 35754

### Zusammenfassung

Die Einführung einer Öffnungsklausel in die Gebührenordnung für Ärzte, die dazu führen würde, dass Kostenträger und Ärzte die Vergütung für ärztliche Leistungen aushandeln können, ist äußerst umstritten. Aus verfassungsrechtlicher sowie europarechtlicher Sicht steht einer Einführung jedoch nichts entgegen.

Einigkeit besteht darüber, dass dem Bund die Gesetzgebungskompetenz für § 11 BÄO, der die Bundesregierung zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt, gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG zusteht. Darüber hinaus genügt die Ermächtigungsgrundlage dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2, da Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt werden.

Unterschiedliche Auffassungen werden in Bezug auf die Frage vertreten, ob eine Öffnungsklausel als solche von der Ermächtigungsgrundlage des § 11 BÄO gedeckt wäre und ob ein grundrechtlicher Verstoß vorliege.

Es wird vertreten, dass eine Öffnungsklausel mit der Zielsetzung der Ermächtigungsgrundlage, eine Gebührenordnung mit Mindest- und Höchstsätzen zu erlassen, unvereinbar sei. Sie führe zu einem ruinösen Preiswettbewerb, werde nicht den Interessen der Patienten gerecht und habe mangelnde Preistransparenz zur Folge. Eine Öffnungsklausel sei daher verfassungswidrig und verstoße gegen die Berufsfreiheit der Ärzte i.S.d. Art. 12 Abs. 1 GG.

Verfassungsrechtlich überzeugender ist jedoch der Ansatz, dass eine Öffnungsklausel von der Ermächtigungsgrundlage des § 11 BÄO gedeckt ist. Denn darin ist keine Pflicht zum Erlass einer Gebührenordnung mit Mindest- und Höchstsätzen zu sehen, sondern lediglich das Recht. Es besteht daher auch keine Pflicht, die Rechtsetzungsmöglichkeit voll auszuschöpfen. Im Übrigen liegt auch kein grundrechtlicher Verstoß vor. Eine Öffnungsklausel würde sowohl Ärzte als auch Patienten nicht einschränken, sondern ihnen lediglich die Entscheidungsmöglichkeit geben, von der Gebührenordnung abweichende Vergütungen zu vereinbaren.

Die Einführung einer Öffnungsklausel würde weder gegen die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit nach Art. 56 AEUV noch gegen das Kartellverbot nach Art. 101 AEUV verstoßen. Sie hat keine Beschränkung des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs zur Folge. Auch eine Unterstützung von Kartellabsprachen kann in einer Öffnungsklausel nicht gesehen werden.

---

## Inhaltsverzeichnis

<b>1. Einleitung</b> .....	<b>5</b>
<b>2. Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)</b> .....	<b>5</b>
<b>3. Öffnungsklauseln</b> .....	<b>6</b>
<b>4. Formelle Verfassungsmäßigkeit einer Öffnungsklausel</b> .....	<b>7</b>
4.1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Bezug auf § 11 BÄO .....	7
4.2. Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG.....	7
4.3. Öffnungsklausel und Ermächtigungsgrundlage .....	7
4.3.1. Auffassung der Bundesärztekammer.....	8
4.3.2. Auffassung des Verbandes der privaten Krankenversicherungen e.V. ....	9
4.3.3. Stellungnahme.....	10
<b>5. Verstoß gegen Grundrechte</b> .....	<b>12</b>
5.1. Auffassung der Bundesärztekammer.....	12
5.2. Auffassung des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. ....	13
5.3. Stellungnahme.....	13
<b>6. Verstoß gegen die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit</b> .....	<b>14</b>
<b>7. Wettbewerbsrechtliche Bedenken</b> .....	<b>14</b>

## 1. Einleitung

Seit einiger Zeit ist die Einführung einer sogenannten Öffnungsklausel in die Gebührenordnung für Ärzte<sup>1</sup> (GOÄ) im Gespräch. Eine entsprechende Klausel im Entwurf einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte scheiterte jedoch bisher. Ganz unterschiedlicher Auffassung über die Zulässigkeit und Notwendigkeit einer Öffnungsklausel in der GOÄ sind insbesondere die Bundesärztekammer und der Verband der privaten Krankenversicherung. Die privaten Krankenversicherungen fordern Vertragsfreiheit bei der Vergütung ärztlicher Leistungen, um die Kosten senken zu können.<sup>2</sup> Die Bundesärztekammer hingegen befürchtet, dass dadurch die Qualität der medizinischen Versorgung gefährdet werde.<sup>3</sup>

Im Zusammenhang mit einer geplanten entsprechenden Öffnungsklausel in der Gebührenordnung für Zahnärzte<sup>4</sup> (GOZ) gaben die Bundeszahnärztekammer und der Verband der privaten Krankenversicherung e.V. im Jahr 2008 jeweils ein Rechtsgutachten in Auftrag. Die von der Bundeszahnärztekammer in Auftrag gegebene gutachterliche Stellungnahme von Prof. Dr. Winfried Boecken<sup>5</sup> kam zu dem Ergebnis, dass eine Öffnungsklausel in der GOZ verfassungswidrig wäre. Prof. Dr. Otto Depenheuer stellte hingegen in seinem Rechtsgutachten<sup>6</sup>, mit dem ihn der Verband der privaten Krankenversicherung e.V. beauftragt hatte, fest, dass gegen eine Öffnungsklausel in der GOZ aus verfassungsrechtlicher Sicht nichts einzuwenden wäre.

## 2. Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)

Die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) ist eine Rechtsvorschrift, die auf Grundlage des § 11 BÄO<sup>7</sup> durch die Bundesregierung mit Zustimmung des Bundesrats erlassen worden ist. Sie regelt die Abrechnung der Vergütung ärztlicher Leistungen für Privatpatienten. Gemäß § 11 BÄO wurden in der Gebührenordnung Mindest- und Höchstsätze für die ärztlichen Leistungen festgelegt, wobei die berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten zu beachten waren,

---

1 Gebührenordnung für Ärzte in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. Februar 1996 (BGBl. I S. 210), zuletzt geändert durch Artikel 17 des Gesetzes vom 4. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3320).

2 „Der Traum von Direktverträgen“, Financial Times Deutschland v. 10.07.2006, S. 20.

3 „Der Traum von Direktverträgen“, Financial Times Deutschland v. 10.07.2006, S. 20.

4 Gebührenordnung für Zahnärzte in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Oktober 1987 (BGBl. I S. 2316), zuletzt geändert durch Artikel 18 des Gesetzes vom 4. Dezember 2001 (BGBl. I S. 3320).

5 Winfried Boecken, Zur Öffnung der GOZ durch die Zulassung abweichender Vereinbarungen zwischen Zahnärzten und Kostenträgern, Gutachterliche Stellungnahme, Juli 2008.

6 Otto Depenheuer, Öffnungsklauseln und staatliches Preisrecht, Rechtsgutachten, September 2008.

7 Bundesärzteordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. April 1987 (BGBl. I S. 1218), zuletzt geändert durch Artikel 6 des Gesetzes vom 30. Juli 2009 (BGBl. I S. 2495).

### 3. Öffnungsklauseln

Unter „Öffnungsklauseln“ werden gesetzliche Regelungen verstanden, die Ausnahmen von den festgelegten Mindest- und Höchstsätzen der GOÄ zulassen. Bisher enthält § 2 GOÄ zwar eine Öffnungsklausel, die die Voraussetzungen regelt, unter denen zwischen Arzt und Zahlungspflichtigem vor Erbringung der Leistung eine abweichende Gebührenhöhe vereinbart werden kann. Eine weitere Öffnungsklausel, die abweichende Vereinbarungen zwischen Ärzten und Unternehmen der privaten Krankenversicherung über die Vergütung ärztlicher Leistungen zulässt, ist bislang jedoch nur im Gespräch. Eine entsprechende Öffnungsklausel war in § 2a des Referentenentwurfs einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte vom 09.01.2008 des Bundesministeriums für Gesundheit vorgesehen. Zu einer Umsetzung des Entwurfs in der Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ) kam es jedoch nicht.

Als Beispiel für eine mögliche Öffnungsklausel in der GOÄ sei auf § 2a des Entwurfs einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte verwiesen:

#### „§ 2a Abweichende Vereinbarung mit dem Kostenträger

- (1) Zahnärzte oder Gruppen von Zahnärzten können in Verträgen mit Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften die Vergütung zahnärztlicher Leistung abweichend von dieser Verordnung festlegen und das Nähere zur Abrechnung der zahnärztlichen Leistung vereinbaren. Die Bundeszahnärztekammer oder zahnärztliche Verbände können mit dem Verband der privaten Krankenversicherung, Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften Rahmenempfehlungen zu Verträgen nach Satz 1 schließen.
- (2) Die in einem Vertrag nach Abs. 1 Satz 1 festgelegte Vergütung gilt im Einzelfall erst, wenn der Zahlungspflichtige der Anwendung des Vertrages dem Zahnarzt gegenüber vor Erbringung der Leistung in einem Schriftstück, in dem über den wesentlichen Inhalt des Vertrages, der Vertragsparteien und das Widerrufsrecht des Zahlungspflichtigen nach Satz 3 informiert wird, zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt gegenüber dem Zahnarzt, solange sie nicht durch den Zahlungspflichtigen widerrufen wird. Der Zahlungspflichtige kann seine Zustimmung jederzeit widerrufen, mit der Folge, dass für Leistungen des Gebührenverzeichnisses, die zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht abgeschlossen sind, die Vergütungen nach dieser Verordnung zu berechnen sind. Notfall- und akute Schmerzbehandlungen dürfen nicht von einer Zustimmung von einem Vertrag nach Abs. 1 Satz 1 abhängig gemacht werden.
- (3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für Verträge, die Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Träger der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften mit Krankenhausträgern oder Gruppen von Krankenhausträgern über die Vergütung stationärer privat Zahnärztlicher Leistungen abschließen. Rahmenempfehlungen nach Abs. 1 Satz 2 können von der deutschen Krankenhausgesellschaft mit dem Verband der privaten Krankenversicherung oder Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften abgeschlossen werden.“

#### 4. Formelle Verfassungsmäßigkeit einer Öffnungsklausel

Um zu bewerten, ob eine Öffnungsklausel in der GOÄ formell verfassungsgemäß wäre, muss geprüft werden, ob dem Bund überhaupt die Gesetzgebungskompetenz für § 11 BÄO obliegt und ob das Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG eingehalten wurde.

##### 4.1. Gesetzgebungskompetenz des Bundes in Bezug auf § 11 BÄO

Der Bund müsste die Gesetzgebungskompetenz für § 11 BÄO haben, der die Bundesregierung i.S.d. Art. 80 Abs. 1 GG zum Erlass einer Rechtsverordnung ermächtigt. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ergibt sich die Befugnis des Bundes, die Bundesregierung zu ermächtigen, die Entgelte für ärztliche Tätigkeiten durch Rechtsverordnungen zu regeln, aus der Kompetenz für das Recht der Wirtschaft, Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG.<sup>8</sup> Zu diesem Ergebnis komme man, wenn man die historische Entwicklung, die bisherige Staatspraxis zum Erlass des geltenden ärztlichen Gebührenrechts sowie den wirtschaftsregulierenden Sinn der Kompetenzvorschrift berücksichtigt.<sup>9</sup>

##### 4.2. Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG

Darüber hinaus muss § 11 BÄO dem Bestimmtheitsgebot des Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG genügen. Dies ist der Fall, wenn Inhalt, Zweck und Ausmaß der erteilten Ermächtigung in § 11 BÄO bestimmt wurden. Der Wortlaut des § 11 BÄO wird nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts diesen Anforderungen gerecht.<sup>10</sup> Die in dieser Vorschrift ausgesprochene Ermächtigung bezieht sich ausdrücklich auf den Erlass einer Gebührenordnung, die Entgelte für ärztliche Tätigkeiten regelt. Das Ausmaß der Ermächtigung beschränkt sich gemäß § 11 S. 2 BÄO auf die Festlegung von Mindest- und Höchstsätzen für die ärztlichen Leistungen. Zweck der Ermächtigung muss es nach § 11 S. 3 BÄO sein, den berechtigten Interessen sowohl der Ärzte als auch der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen.

##### 4.3. Öffnungsklausel und Ermächtigungsgrundlage

Um ihre Verfassungsmäßigkeit bejahen zu können, müsste die Öffnungsklausel als solche von der Ermächtigungsgrundlage des § 11 BÄO gedeckt sein. Der Wortlaut des § 11 BÄO entspricht dem der Ermächtigungsgrundlage zum Erlass einer Gebührenordnung für Zahnärzte in § 15 ZHG<sup>11</sup>.

---

8 BVerfG v. 12.12.1984, 1 BvR 1249/83, Rn. 24 ff.

9 BVerfG v. 12.12.1984, 1 BvR 1249/83, Rn. 27 ff.

10 BVerfG v. 12.12.1984, 1 BvR 1249/83, Rn. 38 ff.

11 Gesetz über die Ausübung der Zahnheilkunde in der Fassung der Bekanntmachung vom 16. April 1987 (BGBl. I S. 1225), zuletzt geändert durch Artikel 9 des Gesetzes vom 2. Dezember 2007 (BGBl. I S. 2686).

---

Legt man beispielhaft die oben genannte Vorschrift des § 2a des Entwurfs einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte zugrunde, müsste diese also von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG getragen werden.

#### 4.3.1. Auffassung der Bundesärztekammer

Das von der Bundeszahnärztekammer in Auftrag gegebene Rechtsgutachten von Prof. Dr. Winfried Boecken<sup>12</sup>, das sich mit der Öffnung der GOZ durch die Zulassung abweichender Vereinbarungen zwischen Zahnärzten und Kostenträgern beschäftigt, kommt zu dem Ergebnis, dass die geplante Öffnungsklausel mit ihrem Regelungsgehalt in § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG gedeckt ist. Aus der Ermächtigungsnorm lasse sich eine Trias von Zielsetzungen entnehmen, an die sich die Bundesregierung als Verordnungsgeber zu halten habe.

Zweck des § 15 ZHG sei es ganz offensichtlich, einen ruinösen Preiswettbewerb um Patienten im Interesse eines funktionierenden Gesundheitswesens zu verhindern sowie gleiche rechtliche Voraussetzungen für die auf diesem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen.<sup>13</sup> Diese Zielsetzung spreche ausdrücklich dagegen, Kostenträgern zusammen mit Zahnärzten die Möglichkeit einer von der GOZ abweichenden vertraglichen Festsetzung der Entgelte für zahnärztliche Leistungen einzuräumen. Die Kostenträger könnten so ihr primäres Interesse an einer Senkung der Kosten durchsetzen und eine Vergütung erreichen, die einer qualitativ anspruchsvollen zahnärztlichen Tätigkeit nicht angemessen sei.<sup>14</sup>

§ 15 ZHG verfolge darüber hinaus das Ziel, einen Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen von Zahnärzten und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten herbeizuführen. Die eigenen Interessen der Unternehmen der privaten Krankenversicherungen als Kostenträger fänden hingegen keine Berücksichtigung.<sup>15</sup> § 15 ZHG umfasse zwar grundsätzlich auch die Möglichkeit einer abweichenden Regelung zum vorgegebenen Gebührensystem, um der Berufsfreiheit der Zahnärzte nach Art. 12 GG bzw. der allgemeinen Handlungsfreiheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG Rechnung zu tragen. Eine Öffnungsklausel zur Kollektivierung der Preisregulierung durch die Unternehmen der privaten Krankenversicherung sei jedoch nicht vorgesehen.<sup>16</sup>

Darüber hinaus verfolge § 15 ZHG mit der Ermächtigung zur Schaffung einer preisregulierenden Gebührenordnung den Zweck, die Transparenz privatärztlicher Liquidation zu erhöhen. Es kön-

---

12 Winfried Boecken, Zur Öffnung der GOZ durch die Zulassung abweichender Vereinbarungen zwischen Zahnärzten und Kostenträgern, Gutachterliche Stellungnahme, Juli 2008.

13 Winfried Boecken, a.a.O., S. 9; vgl. auch KG Berlin v. 31.08.2007, 5 W 253/07, Rn. 14.

14 Winfried Boecken, a.a.O., S. 12.

15 Winfried Boecken, a.a.O., S. 12 f.

16 Winfried Boecken, a.a.O., S.13.

ne davon ausgegangen werden, dass nach Einführung einer Öffnungsklausel eine Vielzahl von der GOZ abweichender Vereinbarungen zwischen Zahnärzten und Kostenträgern geschlossen würden, an denen der Patient nicht beteiligt werde. Dies bedeute ein intransparentes Preissystem für den Verbraucher.<sup>17</sup>

#### 4.3.2. Auffassung des Verbandes der privaten Krankenversicherungen e.V.

Das im Auftrag des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. erstellte Rechtsgutachten von Prof. Dr. Otto Depenheuer zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit der Einfügung einer Öffnungsklausel in die GOZ<sup>18</sup> kommt zu dem Ergebnis, dass eine solche Öffnungsklausel von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG gedeckt wäre.

Art. 80 Abs. 1 GG gewähre der Exekutive eine eigenständige Rechtsetzungskompetenz. Das ermächtigende Gesetz – hier § 15 ZHG – müsse lediglich hinreichend bestimmt sein, aus der Ermächtigungsnorm müsse nur vorhersehbar und erkennbar sein, was dem Bürger zulässig sein solle.<sup>19</sup> Der Inhalt der zu erlassenden Rechtsverordnung müsse also nicht bereits aus dem ermächtigenden Gesetz abgeleitet werden können, dem Ordnungsgeber stehe hingegen Gestaltungsfreiheit zu.<sup>20</sup>

Die Bundesregierung als Ermächtigungsadressat müsse keine Gebührenordnung erlassen. Vielmehr begründe eine Verordnungsermächtigung nach Art. 80 Abs. 1 GG grundsätzlich nur ein Recht zum Erlass einer Verordnung. Dem Ordnungsgeber stehe diesbezüglich Entschließungsermessen zu, daher könne er auch vom Erlass der Rechtsverordnung absehen.<sup>21</sup> Die Bundesregierung könne also ebenso darauf verzichten, eine Gebührenordnung nach § 15 ZHG zu erlassen und somit die Vergütung privatärztlicher Behandlungen dem Markt überlassen. Daraus folge, dass auch jede Rücknahme von den derzeitigen Regelungen in der GOZ von der Ermächtigung in § 15 ZHG gedeckt und damit verfassungsrechtlich legitimiert sei.<sup>22</sup>

Ausnahmsweise könne im Einzelfall jedoch auch eine Pflicht zum Erlass einer Rechtsverordnung mit bestimmtem Inhalt bestehen. Dies sei dann der Fall, wenn dafür konkrete Anhaltspunkte vorlägen. Der Wortlaut der Ermächtigungsnorm des § 15 ZHG, in der es heißt: „Die Bundesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung (...) zu regeln“, deute jedoch nicht auf eine derartige

---

17 Winfried Boecken, a.a.O., S. 13 f.

18 Otto Depenheuer, Öffnungsklauseln und staatliches Preisrecht, Rechtsgutachten, September 2008.

19 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 9.

20 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 9.

21 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 10.

22 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 10.

Pflicht hin. Stattdessen stehe der Bundesregierung ein weiter Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu.<sup>23</sup>

Mit der Verordnungsermächtigung gebe der Gesetzgeber lediglich die maximale Reichweite der Rechtssetzungsbefugnis vor. Es bestehe aber keine Pflicht, diese Befugnis auch vollständig auszu-schöpfen. Verfassungsrechtlich überprüfbar sei daher nur, ob der Ordnungsgeber sich mit seiner Gesetzeskonkretisierung innerhalb des Ziels der gesetzlichen Regelung bewege.<sup>24</sup>

Die Einbeziehung der Kostenträger in das Vereinbarungsverfahren sei aufgrund des weiten Gestaltungsspielraumes des Ordnungsgebers sachlich plausibel und von § 15 ZHG gedeckt.<sup>25</sup>

Die tatsächlichen Wirkungen der Öffnungsklausel könnten im Vorfeld nur geschätzt werden. Ob es zu einer wettbewerblichen Effizienzsteigerung der Leistungserbringung oder zu einem ruinösen Wettbewerb der Ärzte zulasten der Patienten komme, sei nicht mit Sicherheit vorherzusehen. Es obliege jedoch dem Einschätzungs- und Beurteilungsermessen des Ordnungsgebers, im Rahmen der Verfassung und der Ermächtigungsgrundlage gegebene Tatsachen zu bewerten, künftige Entwicklungen abzuschätzen und auf dieser Grundlage Entscheidungen zu treffen.<sup>26</sup>

Im Übrigen seien die in dem Rechtsgutachten von Prof. Winfried Boecken aufgeworfenen Bedenken sachlich unbegründet. Die angesprochene Trias der Zielsetzung der Ermächtigungsnorm sei dem Wortlaut des § 15 ZHG nicht zu entnehmen. Auch in der aktuellen Fassung der GOZ sei die Einzelvereinbarung einer abweichenden Vergütung zwischen Arzt und Patient möglich, so dass keine unbedingte Preistransparenz bestehe. Zudem sei das Gebot allumfassender Transparenz auch weder ein verfassungsrechtliches Gebot noch Inhalt des § 15 ZHG. Auch die Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbs sowie der Ausgleich widerstreitender Interessen seien zwar legitime politische Ziele, nicht aber verfassungsrechtlich vorgegeben.<sup>27</sup>

#### 4.3.3. Stellungnahme

Die überzeugenderen Argumente sprechen dafür, dass eine Öffnungsklausel i.S.d. § 2a des Entwurfs einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG bzw. § 11 BÄO gedeckt ist.

Die Einführung einer Öffnungsklausel in der GOZ bzw. GOÄ würde eine Deregulierung bedeuten. Die gesetzlichen Gebührensatzungen würden teilweise und unter bestimmten Voraussetzungen wieder zurückgenommen, so dass in diesen Fällen die Ausgangsposition wieder herge-

---

23 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 11.

24 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 12.

25 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 13.

26 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 16.

27 Otto Depenheuer, a.a.O. S. 13.

stellt wäre und Vergütungen für ärztliche Tätigkeiten zwischen den Beteiligten frei verhandelbar wären. Dies würde dazu führen, dass die Ermächtigung zum Erlass einer Gebührenordnung lediglich nicht voll ausgeschöpft wäre und eine Regelung der Vergütung privatärztlicher Behandlungen durch den Markt wieder möglich wäre.

Eine Verpflichtung zum Erlass einer Gebührenordnung ergibt sich aus der Ermächtigungsgrundlage nicht. Eine Verordnungsermächtigung begründet für den Adressaten das Recht zur Verordnungsgebung, d.h. die Möglichkeit, eine Verordnung im Rahmen der gesetzlichen Ermächtigung zu erlassen. Die Entscheidung über den Erlass der Rechtsverordnung ist damit grundsätzlich in das Ermessen des Ordnungsgebers gestellt, eine Handlungspflicht besteht regelmäßig nicht.<sup>28</sup> Eine Verpflichtung ist nur dann anzunehmen, wenn eine solche im Ermächtigungsgesetz selbst ausdrücklich enthalten ist oder sie sich ausnahmsweise unmittelbar aus der Verfassung ergibt.<sup>29</sup>

Die Ermächtigungsgrundlage muss lediglich hinreichend bestimmt sein, so dass vorhersehbar und erkennbar ist, was geregelt werden kann.<sup>30</sup> Hinsichtlich des Inhalts der zu erlassenden Rechtsverordnung hat der Ordnungsgeber Gestaltungsfreiheit.

Die von Prof. Dr. Boecken aufgeworfene Trias der Zielsetzungen kann daher auch nicht ohne weiteres aus der Ermächtigungsgrundlage gelesen werden. Die Bundesregierung wird darin lediglich ermächtigt, eine Gebührenordnung mit Mindest- und Höchstsätzen zu erlassen, wobei den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung des Entgelts Verpflichteten Rechnung zu tragen ist. Ziel dieser Regelung ist es also, der Bundesregierung die Möglichkeit zu geben, eine Gebührenordnung für (Zahn-) Ärzte zu erlassen, die bestimmten Voraussetzungen genügen muss. Die Bundesregierung kann die Vergütung ärztlicher Leistungen jedoch auch dem freien Markt überlassen und von einer Rechtsverordnung absehen.

Obwohl die Ermächtigungsgrundlage die Kostenträger nicht erwähnt, können sie im Rahmen der Öffnungsklauseln in das Vereinbarungsverfahren mit einbezogen werden. Danach ist zwar den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen. Dies bezieht sich jedoch auf den Erlass der Gebührenordnung an sich. Öffnungsklauseln, die Vereinbarungen zwischen Ärzten und Kostenträgern zulassen, bedeuten eine teilweise Aufhebung der Regulierung und führen zurück zur Ausgangssituation vor Erlass der Gebührenordnung.

Auch das Argument Prof. Dr. Boeckens, dass eine Öffnungsklausel zu einem intransparenten Preissystem führen würde, ist nicht überzeugend. Zwar ist durch eine Gebührenordnung ohne Öffnungsklausel genau erkennbar, welche Kosten für welche ärztliche Behandlung entstehen. Jedoch ist zu beachten, dass auch bei Einführung einer Öffnungsklausel der Patient selbst entscheiden kann, ob er einer abweichenden Vergütungsvereinbarung zustimmt. Daher hat er selbst Einfluss darauf, ob er sich dem gesetzlichen Preissystem anschließen möchte oder anderweitigen Vereinbarungen.

---

28 Ossenbühl in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Band 5, 3. Auflage 2007, § 103 Rn. 50; Brenner in: v. Mangoldt/Klein (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Band 2, 5. Auflage 2005, Art. 80 Rn. 70.

29 Ossenbühl, a.a.O., § 103 Rn. 50.

30 BVerfG v. 25.11.1980, 2 BvL 7/76, Rn. 85 f.

## 5. Verstoß gegen Grundrechte

Eine Öffnungsklausel, wie sie § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ vorsieht, ist nur dann verfassungsgemäß, wenn sie nicht gegen Grundrechte verstößt. Betroffen sein könnten die Berufsfreiheit der Ärzte nach Art. 12 GG sowie die allgemeine Handlungsfreiheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG.

Die Berufsfreiheit der Ärzte nach Art. 12 GG umfasst auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen bzw. auszuhandeln.<sup>31</sup> Eingeschränkt werden darf die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes. Eine Öffnungsklausel i.S.d. § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ, die die Berufsausübung regelt, müsste also verfassungsgemäß sein. Darüber hinaus ist für die Verfassungsmäßigkeit einer Berufsausübungsregelung erforderlich, dass diese durch Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sowie verhältnismäßig ist.<sup>32</sup>

Die allgemeine Handlungsfreiheit der Patienten nach Art. 2 Abs. 1 GG schützt das Recht auf Privatautonomie, worunter auch die Vertragsfreiheit zu fassen ist.<sup>33</sup> Patienten haben somit grundsätzlich das Recht auf freie Arztwahl und freie Wahl des Versicherungsunternehmens.

### 5.1. Auffassung der Bundesärztekammer

Nach Auffassung der Bundesärztekammer verstößt die Öffnungsklausel mit ihrem Regelungsinhalt in § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ schon gegen Art. 12 Abs. 1 GG, weil die geplante Öffnungsklausel nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG gedeckt sei. Eine Einschränkung dürfe gemäß Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG nur durch oder aufgrund eines verfassungsgemäßen Gesetzes erfolgen, die Öffnungsklausel sei jedoch aus den oben genannten Gründen verfassungswidrig.<sup>34</sup>

In Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit der Patienten i.S.d. Art. 2 Abs. 1 GG erfolge durch die Öffnungsklausel schon kein Eingriff. Es fehle an einer Beschränkung der Vertragsfreiheit, da lediglich die Möglichkeit geschaffen werde, Abweichungsregelungen von der gesetzlich vorgegebenen Gebührenordnung zu treffen, daran gebunden seien die Patienten jedoch nicht.

---

31 BVerfG v. 25.10.2004, 1 BvR 1437/02, Rn. 20.

32 BVerfG v. 20.10.1981, 2 BvR 201/80, Rn. 24.

33 BVerfG v. 19.10.1993, 1 BvR 567/89, Rn. 53.

34 Winfried Boecken, a.a.O., S. 16.

## 5.2. Auffassung des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V.

Nach Auffassung des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. erfolge durch die Öffnungsklausel in § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ kein grundrechtlicher Eingriff. Die gesetzlich geregelte Gebührenordnung an sich bedeute hingegen eine Einschränkung in die Grundrechte der Beteiligten, da eine freie Vereinbarung der Entgelte nicht vorgesehen sei. Öffnungsklauseln, die eine staatliche Regulierung des Preisrechts zurücknehmen und den Beteiligten ihre grundrechtlichen Freiheitsräume wieder zurückgeben, seien grundsätzlich näher am freiheitlichen Ideal des Grundgesetzes. Es handele sich um eine Rückgewähr von Freiheit und somit um das Gegenteil eines Grundrechtseingriffs. Daher sei eine Öffnungsklausel auch nicht rechtfertigungsbedürftig. Ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG oder Art. 2 Abs. 1 GG könne nicht festgestellt werden.<sup>35</sup>

Jedoch sei der Ordnungsgeber auch nach Erlass der Rechtsverordnung in der Verantwortung, zur Wahrnehmung grundrechtlicher Schutzpflichten die Auswirkungen seiner legislativen Akte auf die Grundrechte der Bürger fortlaufend zu beobachten.<sup>36</sup> Die nachgelagerten Beobachtungs- und Nachbesserungspflichten bestünden aber erst, wenn die Öffnungsklausel erlassen wurde.

## 5.3. Stellungnahme

Überzeugender ist die Argumentation, dass durch eine Öffnungsklausel gegen kein Grundrecht der Beteiligten verstoßen wird. Art. 12 Abs. 1 GG gewährt den Ärzten und den privaten Krankenversicherungen Berufsfreiheit, die auch die freie Gestaltung der Vergütung der ärztlichen Tätigkeit umfasst. Art. 2 Abs. 1 GG garantiert den Patienten wiederum im Rahmen der allgemeinen Handlungsfreiheit Vertragsfreiheit, worunter auch die freie Arztwahl fällt. Die GOZ sowie die GOÄ legen ein Gebührensystem fest, von dem nur unter strengen Voraussetzungen im Rahmen einer Vereinbarung zwischen Patienten und Ärzten abgewichen werden darf. Die Gebührenordnungen an sich bedeuten somit schon einen Eingriff in die Grundrechte der Beteiligten. Eine Öffnungsklausel ermöglicht Vergütungsvereinbarungen zwischen Ärzten und privaten Krankenversicherungen, die mit Zustimmung des Patienten Wirksamkeit erhalten. Dadurch wird die gesetzliche Regulierung gelockert, so dass den Beteiligten wieder mehr Freiheiten gewährt werden und die Einschränkung der Grundrechte diesbezüglich aufgehoben wird. Alle Beteiligten haben die Möglichkeit, die Gebühren für ärztliche Tätigkeiten frei auszuhandeln. Dies führt auch nicht dazu, dass die privaten Krankenversicherungen ihren Versicherten eine Versorgung zu ihren Bedingungen vorschreiben können. Letztendlich hängt die Geltung einer vertraglich festgelegten Vergütung gemäß § 2a Abs. 2 des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ immer noch von der Zustimmung des Patienten ab.

Ein Problem könnte dahingehend entstehen, dass sich die Ärzte nach Einführung einer Öffnungsklausel aus finanziellen Gründen gedrängt sehen könnten, sich ausgehandelten Vergü-

---

35 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 15.

36 Otto Depenheuer, a.a.O., S. 15.

tungsvereinbarungen anzuschließen. Da sie dann faktisch nicht mehr die freie Entscheidung hätten, könnte darin eine Grundrechtsbeschränkung liegen.

Jedoch basieren diese Bedenken auf in der Zukunft liegenden Abschätzungen. Wie sich die Beteiligten verhalten werden und ob es zu einer faktischen Grundrechtsbeschränkung kommen wird, kann nicht vorausgesagt werden. Aus diesem Grund kann eine Öffnungsklausel aus heutiger Sicht auch nicht als verfassungswidrig eingestuft werden. Vielmehr müsste der Verordnunggeber nach Erlass einer Öffnungsklausel die Entwicklungen und Auswirkungen beobachten und unter Umständen nachbessern.<sup>37</sup>

## 6. Verstoß gegen die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit

Eine Öffnungsklausel i.S.d. § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ verstößt nicht gegen die europarechtlich garantierte Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV.

Nach Art. 56 Abs. 1 AEUV ist die Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Europäischen Union für Angehörige anderer Mitgliedstaaten verboten. Nicht nur eine Inländergleichbehandlung ist erforderlich, sondern auch die Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs.<sup>38</sup> Der EuGH sieht auch schon dann eine Beschränkung, wenn aufgrund der betreffenden Regelung die Erbringung der Dienstleistung weniger attraktiv gemacht wird.<sup>39</sup>

Dadurch, dass die gesetzlich festgelegte Gebührenordnung aufgelockert wird und abweichende Vergütungsvereinbarungen möglich werden, wird die Erbringung grenzüberschreitender ärztlicher Leistungen jedoch nicht weniger attraktiv, sondern eher erleichtert. Ärzte aus anderen Mitgliedstaaten müssen sich dann nicht an die Gebührenordnung halten, sondern können die Vergütung mit Zustimmung der Patienten frei aushandeln. So haben auch Ärzte aus anderen Mitgliedstaaten eine Chance, im Wettbewerb mit deutschen Ärzten ihre Dienste auf dem deutschen Markt anzubieten.

## 7. Wettbewerbsrechtliche Bedenken

Eine Öffnungsklausel i.S.d. § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ ist mit dem europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar und verstößt insbesondere nicht gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV.

---

37 BVerfG v. 28.05.1993, 2 BvF 2/90, Rn. 8c; BVerfG v. 07.12.2001, 1 BvR 1806/98, Rn. 38.

38 Kluth in: Callies/Ruffert, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union, 3. Auflage 2007, Art. 49 EG Rn. 54.

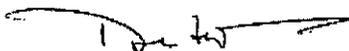
39 EuGH, C-3/95, Slg. 1996, I-6511, Rn. 25 (Reisebüro Broede); Rs. C-222/95, Slg. 1997, I-3899, Rn. 18 (Parodi); Verb. Rs. C-369/95 und C-376/95, Slg. 1999, I-8453, Rn. 33 (Arblade).

Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen können und eine Beschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Binnenmarkts bezwecken oder bewirken, mit dem Binnenmarkt unvereinbar und verboten. Unter dieses Verbot fallen gemäß Art. 101 Abs. 1 lit. a) AEUV auch Preisabsprachen.

Art. 101 AEUV verbietet allerdings lediglich wettbewerbsbeschränkendes Verhalten von Unternehmen und Unternehmensvereinigungen. Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die als Gesetz oder Verordnung ergangen sind, sind hingegen grundsätzlich nicht von den Wettbewerbsvorschriften des AEUV betroffen.<sup>40</sup>

In Verbindung mit Art. 4 Abs. 3 EUV, der eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur Zusammenarbeit begründet, ist Art. 101 AEUV jedoch auch auf Maßnahmen von Mitgliedstaaten in Form von Gesetzen anwendbar, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.<sup>41</sup> Mitgliedstaaten dürfen keine gegen Art. 101 AEUV verstoßende Kartellabsprache vorschreiben, begünstigen, die Auswirkung solcher Absprachen verstärken oder ihren eigenen Regelungen dadurch ihren staatlichen Charakter nehmen, indem sie die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern übertragen.<sup>42</sup>

Durch § 2a des Referentenentwurfs zur Änderung der GOZ wird keine Kartellabsprache von Unternehmen vorgeschrieben, begünstigt oder deren Auswirkung verstärkt. Durch die Öffnungsklausel wird auch der Gebührenordnung nicht der staatliche Charakter genommen. Ärzte und Kostenträger haben lediglich die Möglichkeit, von der festgelegten Gebührenordnung abweichende Vereinbarungen über die Vergütung zu treffen. Die Wirkung einer solchen Vereinbarung hängt jedoch von der Zustimmung der Patienten ab. Diese können auch weiterhin entscheiden, dass nach der gesetzlich geregelten Gebührenordnung abgerechnet werden soll.<sup>43</sup>



Dr. Dr. Gerhard Deter

Mareike Ragu

---

40 EuGH v. 05.12.2006, Rs C-94/04, Rn. 46 (Cipolla).

41 EuGH v. 05.12.2006, Rs C-94/04, Rn. 46 (Cipolla).

42 EuGH v. 05.12.2006, Rs C-94/04, Rn. 47 (Cipolla).

43 So auch Boeckel, a.a.O., S. 19 f.