

Freiberuflichkeit im Gesundheitswesen – Theorie und Praxis

Vortrag im Rahmen des Ersten bayerischen Tages der Heilberufe
am 23. Juli 2008 in der Ludwig-Maximilians-Universität München

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

Sehr verehrte Frau Staatsministerin, sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete, sehr geehrte Herren Präsidenten, meine sehr geehrten Damen und Herren,

vor mehr als 28 Jahren, im Juni 1980, nahm der Deutsche Bundestag *einstimmig* eine EntschlieÙung zur Lage der Freien Berufe in der Bundesrepublik Deutschland an. Darin findet sich ein klares Bekenntnis zur Freiberuflichkeit: Die Freien Berufe erbrächten „unentbehrliche Dienstleistungen für den einzelnen Bürger und die Volkswirtschaft“ und trügen so „wesentlich zur Erhaltung und Sicherung des Freiheitsraumes und damit auch zur Lebensqualität des Einzelnen bei“. „Eine Vielzahl unabhängig freiberuflich Tätiger“ sei „ein wesentlicher Faktor im Wirtschafts- und Arbeitsleben unseres Landes“; die „Sicherung bestehender sowie die Förderung neuer selbständiger freiberuflicher Existenzen“ lägen „daher im gesamtwirtschaftlichen Interesse“.

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

Das letztgenannte Zitat zeigt: Der noch 1980 bestehende politische Konsens hinsichtlich der großen Bedeutung der Freien Berufe scheint, jedenfalls soweit es sich um das Gesundheitswesen handelt, nicht mehr zu bestehen. Auffällig ist allerdings, dass die Entwicklung Freier Berufe sehr unterschiedlich verlaufen ist. Das Berufsrecht speziell der Rechtsanwälte wurde vom Gesetzgeber – unter dem Druck einiger grundlegender Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts – erheblich liberalisiert. Beispielhaft zu nennen sind etwa wesentliche Lockerungen des früher strikten Werbeverbots und die Ermöglichung des Aufgehens traditioneller deutscher Anwaltspraxen in große interna-

tionale Kanzleien. In Umsetzung jüngster Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist seit kurzem unter bestimmten Voraussetzungen sogar die Vereinbarung eines Erfolgshonorars zwischen einem Rechtsanwalt und seinem Mandanten gesetzlich erlaubt.

Für das Gesundheitswesen ergibt sich jedoch ein anderer Befund, wie ich sogleich an ausgewählten Beispielen verdeutlichen werde. Hier ist die alte Forderung nach „Freiheit vom Staatszwang“ aktueller denn je. Historisch ist daran zu erinnern, dass am Ende des 18. und in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts Anwälte, Ärzte und Apotheker teilweise in Deutschland bis hin zur Verbeamtung in den Staatsdienst aufgenommen waren. Freie Berufe sind als eigenständige „Berufsschicht“ gerade im Kampf gegen diese „Verstaatlichung“ im Rechts- und Gesundheitswesen entstanden. Der Verzicht auf eine staatsdienstliche Einbettung beruhte nicht zuletzt auf der Einsicht, dass die Ausübung bestimmter Berufe auf Grund der Eigenart der Tätigkeit eine unabhängige berufliche Stellung erfordert. Typische Merkmale des Freien Berufs sind der persönliche Einsatz bei der Berufsausübung, die Erwartung altruistischer Berufseinstellung, das besondere Vertrauensverhältnis zum Patienten, die Eigenverantwortung bei der Berufsausübung und die wirtschaftliche Selbständigkeit in der Berufsstellung.

Die Freiberuflichkeit im Gesundheitswesen ist in vielfältiger Hinsicht gefährdet, teilweise sogar bereits erheblich beeinträchtigt. In der Kürze der mir zur Verfügung stehenden Zeit möchte ich diese These anhand einiger ausgewählter Regelungen aus vier Bereichen verdeutlichen, welche speziell die Vertragsärzte und -zahnärzte betreffen. Obwohl noch immer das Fünfte Buch Sozialgesetzbuch gerade in Bezug auf die Vertragsärzte ausdrücklich von den „Grundsätzen der Ausübung eines freien Berufes“ spricht, scheinen diese Grundsätze beim Gesetzgeber weitgehend in Vergessenheit geraten zu sein.

1. Das Gesundheitsstrukturgesetz von 1992 enthält Regelungen, welche den Zugang zur ambulanten Versorgung im System der gesetzlichen Krankenversicherung für Ärzte und Zahnärzte erheblich erschweren. Eine wesentliche Verschärfung der Vorschriften über die *Zulassungsbeschränkungen* wegen vermeintlicher Überversorgung führte in den Folgejahren dazu, dass insbesondere vielen jungen Ärzten der Zugang zur vertragsärztlichen Tätigkeit verwehrt blieb. Erst in jüngerer Zeit ist es infolge eines teilweise festzustellenden Ärztemangels zu einer Lockerung der Bedarfsplanungsregelungen gekommen. Im letzten Jahr entfielen die Zulassungsbeschränkungen speziell für Zahnärzte. Viele Bereiche in Ballungszentren unterliegen jedoch weiterhin Zulas-

sungsbeschränkungen im vertragsärztlichen Sektor. Da rund 90 Prozent der Bevölkerung in Deutschland in den Versicherungsschutz der gesetzlichen Krankenversicherung einbezogen sind, benötigen niedergelassene Ärzte regelmäßig eine Zulassung als Vertragsarzt, um die Existenzfähigkeit ihrer Praxen zu sichern. Für sie kommen Anforderungen an die Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit im Rahmen einer Bedarfsplanung zumindest faktisch objektiven Berufszulassungsvoraussetzungen gleich, auf deren Erfüllung sie mit ihrer individuellen Qualifikation gar keinen Einfluss haben. Damit wird in empfindlicher Weise in die Berufsfreiheit und letztlich auch die Freiberuflichkeit eingegriffen. Zum Vergleich: Obwohl es bei den Rechtsanwälten in Deutschland in den letzten Jahren zu einem dramatischen Anstieg der Zahl der Berufsausübenden gekommen ist, steht bislang eine Bedarfsplanung für diesen klassischen Freien Beruf *nicht* ernsthaft zur Diskussion. Man vertraut vielmehr weiterhin dem Wettbewerb und seinen Kräften.

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

In Auslegung dieser „einfachgesetzlichen“ Vorschrift und unter gleichzeitiger Verkennung des Grundrechts der Berufsfreiheit geht die sozialgerichtliche Rechtsprechung insbesondere des Bundessozialgerichts davon aus, ein Vertragsarzt habe (regelmäßig) keinen Rechtsanspruch auf eine angemessene Vergütung seiner Tätigkeit; er habe vielmehr nur einen Anspruch auf eine angemessene Teilhabe an der Verteilung der Gesamtvergütung. Damit wird die Konsequenz in Kauf genommen, dass bei einer unangemessen niedrigen Gesamtvergütung und einer immerhin angemessenen Teilhabe an der Verteilung dieser Gesamtvergütung – mit anderen Worten: bei der Verteilung des Mangels – kein Rechtsanspruch von Vertragsärzten auf eine angemessene Vergütung der *einzelnen Leistungen* besteht. Das Bundesverfassungsgericht stellte aber bereits im Jahre 1993 speziell in Bezug auf Konkursverwalter fest, die grundrechtlich geschützte Freiheit, einen Beruf auszuüben, sei „untrennbar

verbunden mit der Freiheit, eine angemessene Vergütung zu fordern“. Auch hier lohnt ein Seitenblick: Man möge sich einmal vorstellen, welche Proteste die Rechtsanwaltschaft erheben würde, wenn sie den Eindruck hätte, für ihre konkreten einzelnen Leistungen auf Grund staatlicher Vorgaben nicht angemessen vergütet zu werden. Ob die Missstände im vertragsärztlichen Vergütungssystem durch die im GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz geregelt, am 1. Januar 2009 in Kraft tretenden Änderungen beseitigt werden, bleibt abzuwarten, darf aber schon heute bezweifelt werden. Wesentliche Elemente werden künftig eine regionale Euro-Gebührenordnung, morbiditätsbedingte Gesamtvergütungen sowie arzt- und praxisbezogene Regelleistungsvolumina sein. Die einschlägigen Vorschriften sind sehr kompliziert und beinhalten letztlich ein klassisch planwirtschaftliches Regelungsinstrumentarium.

3. Ein fundamentaler Bestandteil ärztlicher Freiberuflichkeit ist die *Therapiefreiheit*, die als Berufsausübungsfreiheit auch grundrechtlichen Schutz genießt. Die Therapiefreiheit wird durch das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung in vielfacher Hinsicht eingeschränkt, etwa durch die Regelungen der Festbeträge für Arzneimittel; insofern formuliert das Bundesverfassungsgericht im sogenannten Festbetrags-Urteil aus dem Jahre 2002: „Den Ärzten wird im Rahmen ihrer – wenn auch begrenzten – Therapiefreiheit für den Arzneimittelsektor die Grenze vorgegeben, bis zu der eine zweckmäßige, ausreichende und wirtschaftliche Versorgung des Patienten reicht“.

Besondere Probleme wirft allerdings die im Gesetz zur Verbesserung der Wirtschaftlichkeit in der Arzneimittelversorgung aus dem Jahre 2006 enthaltene sogenannte Bonus-Malus-Regelung auf. *Überschreitet* der Vertragsarzt mit seinen Ausgaben für Arzneimittel die Durchschnittskosten je definierter Dosiereinheit, so muss er für einen Teil des Überschreibungsbetrages selbst aufkommen. *Unterschreiten* die Ausgaben der von den Ärzten einer Kassenärztlichen Vereinigung insgesamt verordneten Arzneimittel die Durchschnittskosten je definierter Dosiereinheit, entrichten die Krankenkassen einen Bonus an die Kassenärztliche Vereinigung. Dieser Bonus ist unter denjenigen Vertragsärzten zu verteilen, die nach den gesetzlichen Vorgaben wirtschaftlich verordnen. Diese Regelung kann den Vertragsarzt jedoch in eine nicht lösbare Konfliktsituation versetzen: Zum einen gebietet diesem der ärztliche Heilauftrag die bestmögliche Behandlung seiner Patienten; zum anderen ist der Vertragsarzt zu einer wirtschaftlichen Verordnungsweise von Arzneimitteln verpflichtet. Zwei Grundsätze verpflichten ihn gleichermaßen, die im Einzelfall im Widerspruch zueinander stehen können. Der Arzt als Adressat einander

widersprechender Normen sieht sich entweder einem Schadensersatzanspruch oder einem Regress ausgesetzt. Zwar wurde durch gesetzlich ermöglichte Vereinbarungen in der gemeinsamen Selbstverwaltung von Vertragsärzten und Krankenkassen auf die Anwendung der Bonus-Malus-Regelung im Jahr 2008 verzichtet; weiterhin schweben die einschlägigen Vorschriften jedoch wie ein Damoklesschwert über den Vertragsärzten.

4. In ihrem Koalitionsvertrag vom 11. November 2005 hatten CDU, CSU und SPD vereinbart, „eine *Behandlungspflicht* zu bestimmten Gebührensätzen für privatversicherte Personengruppen, wie zum Beispiel Beihilfeberechtigte und Standardtarifversicherte, sowohl bei wahlärztlichen Leistungen in Krankenhäusern als auch bei ambulanten Leistungen niedergelassener Ärzte“ zu schaffen. Unter dem Eindruck erheblicher verfassungsrechtlicher Einwände ließ die Regierungskoalition jedoch von der Einführung einer unmittelbaren Behandlungspflicht ab. Ausweislich der Begründung zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26. März 2007 wollte der Bundesgesetzgeber in diesem Reformgesetz eine (zahn)ärztliche Behandlungspflicht für bestimmte Privatversichertengruppen auf indirektem Wege, gleichsam „durch die Hintertür“ verankern. So wurde eine Regelung im Fünften Buch Sozialgesetzbuch geschaffen, wonach die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen auch die ärztliche Versorgung der in den brancheneinheitlichen Standardtarifen sowie dem brancheneinheitlichen Basistarif Versicherten mit den in diesen Tarifen versicherten ärztlichen Leistungen sicherzustellen haben.

In zwei Beschlüssen jeweils vom 5. Mai 2008 führte die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts aus: „Die Übertragung eines von der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung unabhängigen weiteren Sicherstellungsauftrags an die Kassenärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen führt nicht als solche zu einer Ausweitung der Pflichten des einzelnen Vertragsarztes. Von Gesetzes wegen ist der Vertragsarzt [...] nur zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung verpflichtet [...]. Da sich die Versorgung der Standard- und Basistarifversicherten außerhalb des Systems vertragsärztlicher Versorgung vollzieht, führt die [...] Übertragung des diesbezüglichen Sicherstellungsauftrags nicht zu einer unmittelbaren Erstreckung der gesetzlichen Behandlungsverpflichtung des Vertragsarztes auf diese Patientengruppe. [...] Die Übertragung des Sicherstellungsauftrags steht einer gesetzlichen Verpflichtung der Kassenärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, alle ihre Mitglieder zur Behand-

lung der Standard- und Basistarifversicherten zu verpflichten, daher nicht gleich. Ihnen ist vielmehr eine Gestaltungsfreiheit eingeräumt, kraft derer sie selbstverantwortlich und aufgrund eigener Sachkunde und Willensbildung zu entscheiden haben, wie sie die Aufgabe am zweckmäßigsten lösen“ (Beschluss im Verfahren 1 BvR 808/08, S. 3 f.; fast wortgleich Beschluss im Verfahren 1 BvR 807/08, S. 3 f.).

Das Bundesverfassungsgericht ist damit den Vorstellungen des Gesetzgebers nicht gefolgt. Vertrags(zahn)ärzte könnten unter Berufung auf die beiden Beschlüsse des Bundesverfassungsgerichts die Behandlung von Standard- und Basistarifversicherten mit der Begründung verweigern, sie seien eben nur zur Teilnahme an der vertrags(zahn)ärztlichen Versorgung verpflichtet und die Versorgung der Standard- und Basistarifversicherten vollziehe sich außerhalb des Systems vertrags(zahn)ärztlicher Versorgung. Auf dieser Grundlage lässt sich in der Verweigerung der Behandlungen von Standard- und Basistarifversicherten keine Pflichtwidrigkeit der betreffenden Vertrags(zahn)ärzte sehen. Dies gilt selbstverständlich nicht in Fällen, in denen eine ärztliche Pflicht besteht, Menschen in Lebensgefahr bzw. mit Befunden, deren medizinische Versorgung keinen Aufschub duldet, zu behandeln.

Lassen Sie mich nach all den kritischen Ausführungen abschließend noch einen positiven Hinweis geben. Die seit 1999 geltende grundsätzliche Höchstaltersgrenze von 68 Jahren für Vertragsärzte und -zahnärzte steht offenbar vor der Abschaffung durch den Gesetzgeber, zumindest soweit sie Zahnärzte betrifft. Nach der Beseitigung der Zulassungsbeschränkungen im Rahmen einer Bedarfsplanung speziell in Bezug auf Vertragszahnärzte ist für diese der innere Zusammenhang mit der Höchstaltersgrenze entfallen. Eine solche Grenze greift etwa in langjährig verfestigte Vertrauensverhältnisse zwischen noch leistungsfähigen und -willigen Ärzten bzw. Zahnärzten und ihren Patienten ein. Daher widerspricht sie in besonderem Maße den Grundsätzen eines Freien Berufs. Es bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber nach und nach auch weitere seiner vielfältigen Regelungen im Gesundheitswesen, deren Sinn nicht oder nicht mehr erkennbar ist, auf den Prüfstand stellt und beseitigt. Mit der Deregulierung ginge zugleich eine Liberalisierung einher. Freiberuflichkeit im Gesundheitswesen hätte dann wieder eine Chance.