

# Einheitliche Vergütung im dualen Krankenversicherungssystem?

Memorandum zur Diskussion einer  
Einheitlichen Gebührenordnung für Ärzte (EGO)<sup>1</sup>

*Dr. Rainer Hess, Rechtsanwalt*  
*Prof. Dr. Gregor Thüsing, Universität Bonn*  
*Prof. Dr. Volker Ulrich, Universität Bayreuth*  
*Prof. Dr. Eberhard Wille, Universität Mannheim*  
*Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger, Universität Augsburg*

---

<sup>1</sup> Auf Initiative der Bundesärztekammer (BÄK) und des Verbandes der Privaten Krankenversicherung (PKV).

# **Inhaltsverzeichnis**

## **1. Einleitung**

## **2. Zur historischen Genese der dualen Gebührenordnung in Deutschland**

## **3. Einheitliche Gebührenordnung unter gesundheitsökonomischen Aspekten**

3.1 Ziele und Ausgestaltung

3.2 Auswirkungen einer einheitlichen Gebührenordnung

3.3 Wartezeiten und einheitliche Gebührenordnung

3.4 Einheitliche Gebührenordnung und medizinische Versorgung auf dem Land

3.5 Einheitliche Gebührenordnung: Mehr Nach- als Vorteile für die Versicherten

## **4. Verfassungs- und europarechtliche Hürden einer einheitlichen Gebührenordnung**

4.1 Unvereinbarkeit mit der Berufs- und Vertragsfreiheit

4.2 Gleichheitsrechtliche Schranken und das Gebot der Systemstimmigkeit

4.3 Institutionelle Grenzen: Keine Regelungsbefugnis  
der GKV-Selbstverwaltung für den PKV-Kontext

4.4 Europarechtliche Grenzen: Niederlassungsfreiheit

## **5. Zusammenfassung**

## 1. Einleitung

Amtliche Gebührenordnungen haben in Deutschland eine lange Tradition und finden sich als Abrechnungsgrundlage in vielen freien Berufen (u.a. für Steuerberater). Gebührenordnungen dienen dem Verbraucherschutz, da sie einen ungeordneten Preiswettbewerb verhindern. Zudem sorgen sie für Transparenz im Rahmen der Rechnungsstellung und schützen damit den Verbraucher vor Übervorteilung. Auch approbierte Ärzte dürfen ihr Honorar in der Regel nicht selbst kalkulieren, sondern sind nach dem ärztlichen Berufsrecht insbesondere im ambulanten privatmedizinischen Bereich an die Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) gebunden. Für Versicherte der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) gilt der Einheitliche Bewertungsmaßstab (EBM) als Abrechnungsgrundlage der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen.

Die unterschiedliche Vergütung für ambulante ärztliche Leistungen je nach Versicherungsstatus wird häufig politisch kritisiert. So beklagen u.a. Befürworter einer sogenannten Bürgerversicherung („GKV für alle“), dass unterschiedliche Vergütungsregelungen vermeintlich problematische Anreize für Leistungserbringer setzen. Sie würden zu einer bevorzugten Behandlung von Privatversicherten führen. Vor allem kürzere Wartezeiten für Privatpatienten stehen dabei im Fokus. Zudem würden die unterschiedlichen Vergütungen in Struktur und Höhe zu einer medizinischen Unterversorgung in ländlichen Regionen beitragen. Als Konsequenz wird häufig gefordert, die Gebührenordnung für Ärzte und den Einheitlichen Bewertungsmaßstab in eine einheitliche Gebührenordnung zu überführen.

## 2. Zur historischen Genese der dualen Gebührenordnung in Deutschland<sup>2</sup>

Die duale Gebührenordnung in Deutschland hat sich historisch entwickelt. Bis Ende des 19. Jahrhunderts hat es in Deutschland keine Gebührenordnung zur Vergütung ärztlicher Leistungen gegeben. Allgemeine Gewerbeordnungen regulierten die Vergütungshöhe der freien Vereinbarung zwischen Arzt und Patient, wobei alle Patienten den Status eines Privatpatienten hatten. Auch die damals bereits bestehenden Systeme kollektiver Sicherung im Krankheitsfall hatten einen privatrechtlichen, oft genossenschaftlichen Status. Die Einführung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) durch Otto von Bismarck 1884 ist ein Wendepunkt: Erstmals wird für einen definierten Personenkreis (zunächst gewerbliche Arbeiter) eine verpflichtende, gesetzliche Krankenversicherung geschaffen. Von nun an wird zwischen „gesetzlich“ und „privat“ unterschieden. Spätestens mit der Einführung der GKV wird die freie Vergütungsvereinbarung zumindest zwischen Arzt und gesetzlich versichertem Patienten obsolet. Um für seine Leistungen bezahlt zu werden, muss sich der Arzt als „Kassenarzt“ anerkennen lassen. Die Krankenkassen erhalten ein Vertragsmonopol und bestimmen das Honorar der Ärzte in Einzelverträgen. Zudem wird das bisherige Kostenerstattungsprinzip in der Gesetzlichen Krankenversicherung durch das Sachleistungsprinzip ersetzt.

Zum 01.01.1897 setzt der Staat als alleinige Grundlage für die ärztliche Abrechnung die „Preußische Gebührenordnung für approbierte Ärzte und Zahnärzte (Preugo)“ in Kraft. Damit sollen alle Patienten vor Überforderung geschützt und den Ärzten ein auskömmliches Honorar garantiert werden. Trotz des einheitlichen Rahmenwerkes unterscheidet sich die ärztliche Rechnungsstellung im dualen Krankenversicherungssystem von Anfang an je nach Versicherungsstatus. In der Privatliquidation kann der Arzt sein Honorar in der Spanne der festgelegten Mindest- und Höchstsätze frei festsetzen, während Kassenpatienten lediglich die Mindestsätze in Rechnung gestellt werden dürfen. In der niedrigeren Vergütung durch die GKV lässt sich unschwer die Gestaltungsform einer sozialpolitischen Preisregulierung erkennen, die konsequent den Organisationsprinzipien eines Sozialversicherungssystems mit Pflichtmitgliedschaft, einkommensabhängigen Pflichtbeiträgen und Sachleistungsprinzip folgt.

Bei der einheitlichen Gebührenordnung mit systemspezifischer Anwendung und Vergütungshöhe bleibt es nicht. Die Ärzteschaft sieht sich infolge der staatlichen Preisvorgaben durch die Preugo und ihrer Anwendung durch die gesetzlichen Krankenkassen in einem Verteilungskampf. Der Hartmann-

---

<sup>2</sup> Quellen stehen beim Autor zur Verfügung.

bund entwickelt daher die „Allgemeine Deutsche Gebührenordnung für Ärzte (Adgo)“, die 1928 in Kraft tritt. Auf dieser Basis können Ärzte (mit Einwilligung des Patienten) deutlich höhere Honorare vereinbaren. Die Adgo bildet im Jahr 1929 auch die Basis für die Ersatzkassen-Adgo („E-Adgo“, später „E-GO“), die ab diesem Zeitpunkt für alle Ersatzkassen-Versicherten gilt.

Um die andauernden Arbeitskämpfe zwischen Ärzten und Krankenkassen zu schlichten, verfügt der Staat im Jahr 1931, dass auf Landesebene Kassenärztliche Vereinigungen (KVen) zu bilden sind (1933 ist die Geburtsstunde der heutigen Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV)). Seitdem sind allein die KVen Verhandlungspartner und damit Gegengewicht der Krankenkassen. Zudem wird das bisherige System der Einzeldienstverträge durch das Kollektivvertragssystem ersetzt.

Parallel zu dieser Entwicklung rechnet der Arzt im privatärztlichen Bereich seine Leistungen gegenüber dem Patienten weiterhin auf Basis der Preugo ab, die 1965 durch die „Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ)“ abgelöst wird. Im Unterschied zu den Ersatzkassen nutzen die Primärkassen nach wie vor die Preugo (und anfangs auch die neue GOÄ) als Grundlage ärztlicher Abrechnung. Allerdings werden in Abstimmung zwischen den Krankenkassenverbänden und der KBV zunehmend „analoge Bewertungen“ eingeführt. Da dies auf Dauer nicht praktikabel ist, vereinbaren Primärkassen und KBV im Jahr 1971 einen „Bewertungsmaßstab-Ärzte (BMÄ)“. Für rund 10 Jahre existieren damit parallel vier Abrechnungsgrundlagen für ärztliche Leistungen: Für Privatpatienten die GOÄ und die Adgo, für Ersatzkassen-Versicherte die E-Adgo bzw. E-GO und für Primärkassen-Versicherte der BMÄ. Allen ist jedoch gemeinsam, dass jede ärztliche Leistung mit einem DM-Betrag bewertet wird.

Mit dem ersten Krankenversicherungs-Kostendämpfungsgesetz werden Kassenverbände und KBV verpflichtet, ab 1978 einen einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) für die ärztlichen Leistungen als Bestandteil der Bundesmantelverträge einzuführen. Der EBM soll den Inhalt der abrechnungsfähigen ärztlichen Leistungen und ihr wertmäßiges, in Punkten ausgedrücktes Verhältnis zueinander bestimmen. Aufgrund der stark steigenden Ausgaben in der GKV koppelt das Sozialversicherungsrecht erstmalig die kassenärztliche Vergütung an die Entwicklung der beitragspflichtigen Einnahmen.

Politisch besteht bereits seit Einführung des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes die Absicht, die unterschiedlichen Vergütungssysteme von Ersatzkassen und Primärkassen zu beseitigen. Der Gesetzgeber ermöglicht es den Ersatzkassen jedoch, auch nach 1978 ihre eigene Gebührenordnung (E-GO) mit relativ höheren Preisen beizubehalten.

1983 tritt die neue Gebührenordnung für Ärzte (GOÄ) in Kraft und gleichzeitig wird die Adgo außer Kraft gesetzt. Seitdem gibt es nur noch eine Gebührenordnung, die die ärztliche Honorierung außerhalb des GKV-Systems regelt. Wie bereits bei Einführung der ersten GOÄ im Jahr 1965, wird erneut die E-GO als Grundlage übernommen, da bis dahin kein eigenständiges Leistungsverzeichnis entwickelt war. Damit besteht (nach der Preugo 1896 - 1964) für eine kurze Zeit ein weitgehend einheitliches Leistungsverzeichnis für alle Patienten mit allerdings ganz unterschiedlichen Vergütungskonsequenzen: Die GOÄ als verbindliche, staatliche Gebührentaxe, die E-GO als Vertragsgebührenordnung und der EBM/BMÄ als für die Vertragsärzte verbindlicher Bewertungsmaßstab.

Das Gesundheitsreformgesetz (GRG) führt ab 1989 den Grundsatz der Beitragsstabilität in der GKV ein, das Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) ab 1993 die Budgetierung der ärztlichen Vergütung. Beide Aspekte wirken bis in die heutige Zeit fort. Mit dem GSG wird zudem die ärztliche Vergütung für Ersatzkassen- und Primärkassen-Versicherte vereinheitlicht (Ende der E-GO). Seit 2009 gibt es eine morbiditätsorientierte Euro-Gebührenordnung, welche vor allem Pauschalvergütungen enthielt. Die letzte Reform des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) geschieht durch das 2012 in Kraft getretene GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG).

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass es hinsichtlich der Ausgestaltung durchaus Ähnlichkeiten zwischen GOÄ und EBM gibt (u.a. Leistungsdefinition, Gebührennummer). Dies ist der langen Tradition geschuldet, dass in Deutschland immer wieder Gebührenordnungen (oder Aspekte aus diesen) aus dem kassenärztlichen in den privatärztlichen Bereich und umgekehrt übernommen wurden. Diese wechselseitige Beeinflussung lässt sich auch als Korrektivfunktion in einem Systemwett-

bewerb verstehen. Trotz der Vereinheitlichung der Gebührenordnungen im jeweiligen Versicherungssystem ist es dennoch nicht zu einer Konvergenz der Vergütung in GKV und PKV gekommen.

Vielmehr folgt von Beginn an die Vergütungslogik der Systemlogik: Die Gesetzliche Krankenversicherung unterliegt zwangsläufig Restriktionen im Leistungsangebot und im Vergütungssystem. Sie kann nicht alle Bedürfnisse nach medizinischer Versorgung bedienen. Damit gehen „Sozialpreise“ für Kassenpatienten, Pauschalen und Budgetierungen einher. Untrennbar mit der ärztlichen Vergütung in der GKV verbunden ist zudem das komplexe System der Honorarverteilung im Rahmen der Selbstverwaltung. Derartige Restriktionen bestehen in der PKV nicht. Die PKV gewährt in ihren Verträgen bis heute die nicht budgetierte Erstattung jeder ärztlichen Leistung – d.h. ohne Pauschalierung.

Der Unterschied zwischen der amtlichen Gebührentaxe als Grundlage sachgerechter Honorare in der Privatliquidation und dem Bewertungsmaßstab als Grundlage der ärztlichen Vergütung durch die GKV lässt sich nicht nivellieren, ohne wesentliche Systemunterschiede zwischen Gesetzlicher Krankenversicherung (GKV) und Privater Krankenversicherung (PKV) zu beseitigen. In anderen Worten: Die Systementscheidung geht der Vergütungslogik zeitlich, logisch und systematisch voran.

### **3. Einheitliche Gebührenordnung unter gesundheitsökonomischen Aspekten<sup>3</sup>**

#### **3.1 Ziele und Ausgestaltung**

Wer das duale Vergütungssystem durch eine einheitliche Gebührenordnung ersetzen will, zielt in der gesundheitspolitischen Debatte auf die Transformation des dualen Krankenversicherungssystems aus GKV und PKV in eine Bürgerversicherung nach dem Vorbild der GKV mit einkommensabhängigen Beiträgen. Mit Blick auf die in Abschnitt 2 skizzierte historische Entwicklung der Vergütungslogik in Abhängigkeit von der Systemlogik ist durchaus fraglich, ob eine einheitliche Gebührenordnung nicht zwingend mit einer Systemtransformation einhergehen muss. In jedem Fall lohnt es sich, die Einführung einer einheitlichen Gebührenordnung als isolierte Maßnahme auf der Leistungsseite zu simulieren und unter gesundheitsökonomischen Aspekten zu bewerten.

Bei einer Darstellung und Würdigung der beiden derzeit bestehenden Gebührenordnungen gilt es, ihr jeweiliges Verhältnis zu den zugehörigen Leistungskatalogen mit in die Betrachtung einzubeziehen. Der EBM in der GKV basiert auf einer kollektiven Vereinbarung. Der Bewertungsausschuss, der sich aus drei Vertretern des GKV-Spitzenverbandes und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) zusammensetzt, beschließt den EBM. Auf die im SGB V festgeschriebenen medizinischen Leistungen haben alle Versicherten der GKV den gleichen rechtlichen Anspruch. Ausnahmen bilden lediglich die quantitativ relativ unbedeutenden Satzungsleistungen, mit denen sich die Krankenkassen hinsichtlich ihres Angebotes unterscheiden können.

Im Unterschied dazu korrespondiert in der PKV die GOÄ, die eine Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit ist, mit einer sehr flexiblen Tariflandschaft, die den privat Versicherten eine Vielfalt von Versicherungstarifen bietet. Die Privatversicherten besitzen somit die Möglichkeit, sich ihren individuellen Leistungsumfang entsprechend ihrer Präferenzen zusammenzustellen. Der vereinbarte Tarif kann mehr, aber auch weniger Leistungen als der gesetzlich festgelegte Leistungskatalog der GKV umfassen. Zudem weisen EBM und GOÄ keine durchgängig einheitliche beziehungsweise gleiche Definition und Abgrenzung der Leistungen auf. Diese Unterschiede verdeutlichen bereits die Probleme, die systemspezifischen Abrechnungsgrundlagen in GKV und PKV zu einer einheitlichen Gebührenordnung zusammenzufassen.

Bei der GKV und der PKV handelt es sich insofern um solidarische Versicherungssysteme, als weitgehend gesunde Versicherte die „Schadensfälle“ von relativ kranken Patienten finanziell mittragen. Beide Versicherungssysteme streben auch eine bestmögliche Leistungsqualität in Verbindung mit

---

<sup>3</sup> Quellen stehen bei den Autoren zur Verfügung.

einer hohen Patientenzufriedenheit sowie eine effiziente Leistungserbringung an, setzen bei der Verwirklichung dieser Ziele aber unterschiedliche Schwerpunkte. Die PKV bietet neben einer höheren Flexibilität bei der Leistungsauswahl eine besonders niedrige Barriere beim Zugang zu neuen innovativen Leistungen, während bei der GKV die Wirtschaftlichkeit der Leistungen in Verbindung mit der Evidenz ihres (Zusatz-)Nutzens stärker im Vordergrund steht. Entsprechend setzt die GKV auch gezielt Instrumente zur Mengenbegrenzung ein.

Bei einer Wahl zwischen den beiden derzeitigen Gebührenordnungen dürfte der EBM im System der GKV mit rund 72,5 Mio. Versicherten gegenüber der GOÄ im System der PKV mit knapp 8,8 Mio. Versicherten – zumindest in den Augen der Befürworter einer einheitlichen Gebührenordnung – eindeutige Priorität haben. Bei der GOÄ als einheitlicher Gebührenordnung für beide Versicherungssysteme bestünde wegen deren Einzelleistungsvergütung die Gefahr einer erheblichen Mengenausweitung mit einem entsprechenden (zusätzlichen) Ausgabenwachstum. Im Sinne ihrer Zielsetzung schließt die einheitliche Gebührenordnung Preiszuschläge für gleiche beziehungsweise identische Leistungen aus, soweit diese den Leistungskatalog der GKV betreffen. Unklar bliebe dabei aber das Preissystem für Leistungen, die zum Beispiel im Rahmen von Zusatzversicherungen über den Leistungskatalog der GKV hinausgehen. Die Preise für diese (Zusatz-)Leistungen könnten die Entscheidungen der niedergelassenen Ärzte bei ihrer Terminvergabe aber durchaus, zumindest in Grenzen, beeinflussen (siehe hierzu auch Abschnitt 3.3).

### **3.2 Auswirkungen einer einheitlichen Gebührenordnung**

Mit einer Einführung einer Bürgerversicherung, die unabhängig von verfassungsrechtlichen Problemen eine Übergangsphase von mindestens einer Generation benötigen würde, wäre zwingend auch die Einführung einer einheitlichen Gebührenordnung im ambulanten Bereich verbunden. Die heute geltenden Gebührenordnungen müssten von der Höhe der Vergütung, der Funktionalität und der Abrechnungsarithmetik vereinheitlicht werden.

#### ***(a) Mengensteuerung und Budgetierung***

Beide Abrechnungssysteme weisen eine unterschiedliche monetäre Bewertung und in der Regel auch eine unterschiedliche Abgrenzung der Leistungen auf. Daher kann eine durchgeführte medizinische Behandlung je nach Versicherungsschutz des Patienten mit einer unterschiedlichen Vergütung einhergehen. Grundsätzlich erhalten die Leistungserbringer für die Behandlung von privat versicherten Patienten eine höhere Vergütung, die nicht budgetiert ist. Für die stationäre Regelleistung stellt sich die Situation anders dar, da bei den Krankenhäusern über die Vergütung mit Hilfe von Fallpauschalen weitgehend ein einheitlicher Preis vorliegt. Vergütungsunterschiede im Krankenhaus entstehen nur im Rahmen der ambulanten Behandlung und bei den Wahlleistungen.

Eine einheitliche Gebührenordnung in einem von der GKV dominierten beitragsfinanzierten Versicherungsmarkt ist letztlich nur vorstellbar, wenn die Systematik der GKV zum Tragen kommt, da nur hier die bislang in der GKV durchgeführte Mengensteuerung Fortbestand hätte. Ein reines Einzelleistungssystem ohne Mengenbegrenzung (und mit entsprechender Ausgabenausweitung) scheidet für die Befürworter einer Bürgerversicherung eher aus. Der Regulierungsapparat des EBM mit Budgetierung, Mengenbegrenzungen, Quotierungen und Abstufungen würde dann auch in der PKV gelten.

Eine solche Neuordnung der Gebührenordnung wirft aber zahlreiche Fragen auf. Nicht nur nach der Gestaltung der Gebührenordnung, sondern auch nach ihrem Leistungsumfang oder nach der Gestaltung einer Konvergenzphase und möglicher Kompensationszahlungen insbesondere an die niedergelassenen Ärzte aufgrund des Wegfalls von Einkünften aus der GOÄ. Denn obwohl der Privatversichereranteil in Deutschland bei nur 11 % liegt, lösen diese Versicherten 24 % der Praxisumsätze aus. Aktuelle empirische Arbeiten kommen zu dem Ergebnis, dass sich der sogenannte Mehrumsatz von Privatversicherten im ambulanten ärztlichen Bereich für das Jahr 2015 auf bis zu 6 Mrd. Euro summiert. Für jeden niedergelassenen Arzt in Deutschland entspräche dies im Durchschnitt einem Mehrumsatz von bis zu 50.000 Euro im Jahr. Auf Basis der Daten des Jahres 2010 kommt eine andere Studie auf ein Kompensationsvolumen von über 4 Mrd. Euro (bei voller Kompensation) mit errechne-

ten Zuschlagsfaktoren auf die bisherige ambulante Vergütungssumme in Höhe von 13 % bis 17 % für die Jahre 2010 bis 2030. Ohne Kompensation fehlt zudem die Basis der Finanzierung für Personal und Investitionen. Viele Praxen würden wirtschaftlichen Druck verspüren. Infolgedessen würde die Versorgungslandschaft weiter ausgedünnt und/oder die Versorgungsqualität sinkt.

### **(b) Markt für Zusatzversicherungen**

Die Folge einer in einer einheitlichen Gebührenordnung inkludierten Mengensteuerung und Budgetierung nach Vorbild des EBM im GKV-System wäre ein sich schnell entwickelnder neuer Markt für „Premiumpatienten“. Denn niemand kann der PKV oder den Ärzten [auch nicht der Gesetzgeber] verbieten, neue Zusatzangebote in den Markt zu bringen, die zum Beispiel einen Honorarzuschlag auf die einheitliche Vergütung nach sich ziehen würde. Teil dieses Zusatzangebotes könnte explizit oder implizit unter anderem auch eine kürzere Wartezeit sein. Eine derartige Entwicklung hat sich auch in der Schweiz und in den Niederlanden ergeben, nachdem dort ein einheitlicher Versicherungsmarkt vom Gesetzgeber initiiert wurde. Im Ergebnis führt der „neue“ Markt für Zusatzversicherungen auf dem Versicherungs- und Leistungsmarkt eine Leistungs- und Preisdifferenzierung *ex post* wieder ein, die vom Gesetz- und Verordnungsgeber durch die einheitliche Gebührenordnung gerade vermieden werden sollten.

### **(c) Honorarvolumen in der EGO**

Die Preisunterschiede von GOÄ und EBM erklären den PKV-Mehrumsatz im ambulant ärztlichen Leistungsbereich nur zum Teil. Darüber hinaus wirken in der GKV Mechanismen zur Mengensteuerung, die auf eine Ausgabenbegrenzung abzielen, die es in dieser Form in der PKV nicht gibt. Die Abrechnungen der Vertragsärzte werden von den KVen einer Plausibilitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung unterzogen. Eine Ausgaben- und Mengenbegrenzung ist die Folge. Bei der Plausibilitätsprüfung wird die ordnungsgemäße Abrechnung der ärztlichen Leistungen und bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung die ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Leistungserbringung der Vertragsärzte überprüft. Ärztliche Leistungen dürfen das notwendige Maß nicht überschreiten (§ 12 Abs. 1 SGB V).

Die Regelleistungsvolumina in der GKV, die budgetierend wirken, tragen ebenfalls zur Ausgabenbegrenzung bei. Inzwischen ist es den regionalen KVen freigestellt, Regelleistungsvolumina anzuwenden oder andere Regelungen zu treffen. Das Regelleistungsvolumen ist ein *ex ante* festgelegter Teil der Praxiseinnahmen aus vertragsärztlicher Tätigkeit. Das Regelleistungsvolumen erschwert eine übermäßige Leistungsausweitung, da erbrachte Leistungen nur bis zur vereinbarten Höhe mit einem festen EBM-Punktwert vergütet werden, wogegen ab einer Überschreitung eine Abstufung des Punktwertes erfolgt.

Bei Privatversicherten erfolgt die Steuerung der Leistungsausgaben allein über den privatrechtlichen Versicherungsvertrag. Dort sind der Leistungsumfang, Erstattungshöchstgrenzen und vor allem Selbstbeteiligungen vereinbart. In der Gebührenordnung für Ärzte wird die Abrechenbarkeit von Leistungen durch Abrechnungsausschlüsse im Verhältnis zwischen einzelnen Leistungen reguliert. Mengenbegrenzungen existieren hingegen nicht.

Durch die Systemunterschiede können Versorgungsdifferenzen entstehen. Dies gilt auch für neue Behandlungsmethoden. Nicht in der GOÄ enthaltene ärztliche Leistungen kann der Arzt bei Privatpatienten analog mit einer gleichwertigen ärztlichen Leistung der GOÄ berechnen (§ 6 Abs. 2 GOÄ); darüber hinaus besteht die Möglichkeit zur abweichenden Honorarvereinbarkeit. In der GKV dürfen neue Behandlungsmethoden im ambulanten Sektor dagegen erst dann verordnet werden, wenn eine Überprüfung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss (G-BA) erfolgt ist und dieser das Ergebnis für den Patienten als nutzbringend, notwendig und wirtschaftlich einstuft. Im Ergebnis stehen neue Behandlungsmethoden in der GKV (im ambulanten Sektor) unter Erlaubnisvorbehalt. Dieser unterschiedliche Umgang der Vergütungssysteme im System der GKV und PKV mit Innovationen begründet sicherlich auch einen Teil des Mehrumsatzes der Privatversicherten.

Eine einheitliche Gebührenordnung nach Vorbild der GKV würde zu einem Wegbrechen der gesamten preis- und mengeninduzierten (ambulanten) Mehrumsätze bei den ärztlichen Leistungserbrin-

gern führen. Alternativ käme es – falls Honorarkürzungen politisch nicht mehrheitsfähig sind - zu einer Mehrbelastung der Beitragszahler. Die gesetzlich Krankenversicherten müssten dann die (ambulanten) Mehrumsätze der PKV-Versicherten mitfinanzieren. Der GKV-Beitragssatz würde sich um etwa 0,46 Prozentpunkte auf rund 16 % erhöhen.

### **3.3 Wartezeiten und einheitliche Gebührenordnung**

Wartezeiten können den Zugang zu einer medizinischen Versorgung behindern und dadurch den Behandlungsprozess der betreffenden Patienten mit dem Risiko schlechterer gesundheitlicher Ergebnisse verzögern. Grundsätzlich erlauben Wartezeiten per se aber noch keine fundierten Aussagen über ihre medizinische Angemessenheit, denn es bleibt zunächst noch offen, ob es sich hierbei um einen akuten Behandlungsbedarf oder um eine gesundheitlich unbedenkliche und vertretbare Termingestaltung des betreffenden Arztes handelt. Diese Feststellung gilt unabhängig von den jeweiligen Terminwünschen der betreffenden Patienten. Gleichwohl besteht ein politisches Interesse dahingehend, die Unterschiede in den Wartezeiten im nationalen und internationalen Vergleich zu beleuchten, kritisch zu hinterfragen und gegebenenfalls Reformmaßnahmen abzuleiten.

Das deutsche Gesundheitssystem weist im internationalen Vergleich durchgängig die geringsten Wartezeiten auf Arzttermine auf. In Deutschland fanden laut Versichertenbefragung (2017) der Kassenärztlichen Bundesvereinigung gesetzlich Versicherte zu 57 % innerhalb von drei Tagen einen Zugang zur ärztlichen Versorgung. Bei Privatversicherten waren es 55 %. In diese Werte fließt allerdings auch ein, dass 14 % der GKV-Versicherten ohne Terminanfrage direkt in die Praxis gehen und offensichtlich Wartezeiten in der Praxis in Kauf nehmen. (Privatversicherte suchen Ärzte nur zu 6 % ohne Termin auf). Die Unterschiede in den Wartezeiten zwischen GKV- und PKV- Versicherten haben sich seit Beginn der KBV-Umfragen im Jahr 2008 verringert.

Die (Befragungs-)Ergebnisse zu den Wartezeiten auf Haus- und Facharzttermine in Deutschland und vor allem entsprechende internationale Vergleiche deuten darauf hin, dass die Bürger bzw. Patienten in Deutschland die Wartezeiten weit weniger problematisch sehen beziehungsweise als relevante Belastung empfinden, als es die politische Diskussion vermuten lässt. Trotzdem hat die Bundesregierung mit dem Versorgungsstärkungsgesetz, um die Wartezeiten-Situation weiter zu verbessern, bei den Kassenärztlichen Vereinigungen regionale Terminservicestellen installiert. Patienten mit einer als dringlich gekennzeichneten Überweisung sollen innerhalb von 4 Wochen einen Termin beim Facharzt oder Psychotherapeuten vermittelt bekommen. Die Inanspruchnahme dieser seit Anfang 2016 existierenden Servicestellen bewegt sich – im Verhältnis zu den rund 1 Mrd. Arzt-Patienten-Kontakten im Jahr – auf einem relativ niedrigen Niveau.

Die Forderung nach einer einheitlichen Gebührenordnung soll die Wartezeitenproblematik weiter entschärfen. Schon rein rechnerisch kann das nicht gelingen. Rund 10 % Privatversicherte können die Wartezeiten der 90 % gesetzlich Versicherten substantiell nicht verkürzen. Darüber hinaus führt nicht das Nebeneinander von EBM und GOÄ, sondern die GKV-Budgetierung der ärztlichen Vergütung zu Wartezeiten – insbesondere am Ende des Quartals. Dieses „Quartalsphänomen“ wird von wissenschaftlichen Studien gestützt. Ende 2017 haben Gesundheitsökonominnen auf Basis von Daten der Techniker Krankenkasse Zahlen vorlegen können, die zeigen, dass Ärzte immer am Ende eines Quartals weniger Patienten für einen Routinetermin annehmen. Im Ergebnis würden auch im Fall einer einheitlichen Gebührenordnung quartalsbedingte Wartezeiten entstehen, sofern diese – analog zum EBM – in der Systemlogik der Mengensteuerung und Budgetierung funktioniert.

Insgesamt gesehen bieten die derzeitigen Wartezeiten von GKV- und PKV-Versicherten unter Versorgungsaspekten keinen relevanten Anlass für eine einheitliche Gebührenordnung in GKV und PKV. Unabhängig davon gibt es auch im Rahmen des derzeitigen Systems, das heißt bei Fortbestehen der beiden Gebührenordnungen, Möglichkeiten, die Wartezeiten der gesetzlich Versicherten zu verkürzen. So können zum Beispiel selektive Verträge zwischen den Krankenkassen und ausgewählten Ärzten bestimmte Wartezeiten bindend vorsehen. Bei ihrer hausarztzentrierten Versorgung und den darauf aufbauenden Facharztverträgen vereinbarte zum Beispiel die AOK Baden-Württemberg mit

den teilnehmenden Ärzten eine Wartezeit von höchstens 14 Tagen. Zudem könnte eine Änderung der quartalsbezogenen Pauschalen von bestimmten fachärztlichen Leistungen die Wartezeiten verkürzen. Die derzeitige Honorierung setzt finanzielle Anreize, die einzelnen Leistungen einer bestimmten Pauschale nicht in einem Termin zu erbringen, sondern auf zwei Quartale zu verteilen. Schließlich könnte auch eine Reform der Bedarfsplanung zur Verkürzung der Wartezeiten beitragen. Die Bedarfsplanung sollte zielgerichtet, bevölkerungsorientiert und sektorübergreifend ausgerichtet sein. Dabei ist das Morbiditätsniveau zu berücksichtigen.

### **3.4 Einheitliche Gebührenordnung und medizinische Versorgung auf dem Land**

Unabhängig von der Finanzierung der jeweiligen Gesundheitssysteme besteht in fast allen europäischen Ländern im ambulanten Bereich eine ungleiche Verteilung der niedergelassenen Ärzte zwischen Ballungszentren und strukturschwachen ländlichen Regionen. Insofern steht auch die Gesundheitspolitik in Deutschland vor der Aufgabe, den Bürgern eine flächendeckende medizinische Versorgung auf einem gleich hohen Niveau zu gewährleisten. Eine einheitliche Gebührenordnung wäre Teil dieser Gesundheitspolitik. Sie soll – so die Idee – dazu beitragen, unterschiedliche (regionale) Vergütungen in Struktur und Höhe beseitigen, um Ärzten einen Anreiz zu geben, sich auch in strukturschwachen Regionen mit relativ wenig Privatpatienten niederzulassen. Bei gleichem Honorarvolumen insgesamt soll durch eine regionale Umverteilung der Honorare einer Landflucht der niedergelassenen Ärzte entgegengewirkt werden.

Diese Argumentation und These überschätzt die Bedeutung der Honorare für die Standortwahl niedergelassener Ärzte. Zunächst erzielen die Haus- und Fachärzte in strukturschwachen ländlichen Gebieten schon heute tendenziell nicht niedrigere, sondern häufig höhere Honorare als in Ballungsgebieten, wenn auch mit einem spürbar höheren Arbeitseinsatz. Darüber hinaus verfügen die KVen die Möglichkeit, mit Hilfe von Sicherstellungszuschlägen nach § 105 SGB V niedergelassene Ärzte in strukturschwachen Regionen finanziell zu unterstützen. Und schlussendlich spielt für die Niederlassungsentscheidungen der ambulant tätigen Ärzte, das zeigen Ergebnisse zahlreicher wissenschaftlicher Studien, das Umfeld für die Familie, d.h. die Arbeitsmöglichkeiten für den Partner, die Betreuungs- und Bildungsmöglichkeiten für die Kinder, die Verkehrsstruktur und die Freizeitangebote, die viel entscheidendere Rolle.

### **3.5 Einheitliche Gebührenordnung: Mehr Nach- als Vorteile für die Versicherten**

Die GKV zeichnet sich im internationalen Vergleich der sozialen Krankenversicherungssysteme durch eine einmalige Kombination aus umfangreichem Leistungskatalog, unbegrenzter Wahlfreiheit zwischen Haus- und Fachärzten, geringen Wartezeiten der Patienten, moderaten Zuzahlungen und schnellem Zugang zu innovativen Behandlungsmöglichkeiten aus. Diese Vorzüge bei der Inanspruchnahme der gewünschten Gesundheitsleistungen erwachsen für die gesetzlich Versicherten auch aus der Dualität von GKV und PKV sowie den zugehörigen unterschiedlichen Gebührenordnungen.

Ein für die Gesamtheit der niedergelassenen Ärzte einkommens- beziehungsweise aufkommensneutraler Übergang zu einer einheitlichen Gebührenordnung würde den Versicherten der GKV zunächst eine Erhöhung ihrer Beitragssätze, aber nahezu keine Vorteile bei den Wartezeiten bringen. Nach einer Umfrage des Instituts für Demoskopie *Allensbach* bewerteten 91 % der Privatversicherten und 86 % der gesetzlich Versicherten die Gesundheitsversorgung in Deutschland als „gut“ oder „sehr gut“. Mit ihrer eigenen medizinischen Versorgung äußerten 96 % der privat Versicherten und 85 % der gesetzlich Versicherten ihre Zufriedenheit. Diese äußerst positive Resonanz bei den Bürgern schließt nicht aus, dass das deutsche Gesundheitssystem noch zahlreiche Möglichkeiten, insbesondere an den Schnittstellen der Leistungssektoren, für eine Verbesserung von Effizienz und Effektivität der Versorgung bietet. Zu den hierzu erforderlichen Reformen gehört eine einheitliche Gebührenordnung jedoch eindeutig nicht. Die Debatte um dieses Thema lenkt eher von den eigentlichen Problemen des deutschen Gesundheitswesens ab, beispielsweise die Bewältigung des demographischen Wandels in Kombination mit dem medizinisch-technischen Fortschritt, die ärztliche Versorgung in der Fläche, der Mangel an Pflegekräften oder die Probleme an der Schnittstelle zwischen den Sektoren.

## 4. Verfassungs- und europarechtliche Hürden einer einheitlichen Gebührenordnung

Die – ökonomisch fragwürdige – Vereinheitlichung der kassen- und privatärztlichen Vergütungen stößt zudem auf hohe verfassungsrechtliche und europarechtliche Hürden. Die einheitliche Gebührenordnung wäre im Ergebnis ein in großen Teilen verfassungswidriges Unterfangen. In die Vertragsfreiheit der Versicherten und in die Berufsfreiheit der Ärzte sowie der Krankenversicherer würde eingegriffen werden, ohne dass ausreichende Rechtfertigungsgründe ersichtlich wären, die den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) genügen würden. Mit der Vereinheitlichung der kassen- und privatärztlichen Vergütungen würde ein Mischsystem geschaffen, das auch unter Gleichheitsgesichtspunkten ebenso wie unter dem Aspekt der Systemstimmigkeit erhebliche Fragen aufwirft. Überdies ließe sich die Vereinheitlichung der Vergütungen ohne eine grundlegende Umgestaltung der gemeinsamen Selbstverwaltung im Bereich der GKV nicht realisieren.

### 4.1 Unvereinbarkeit mit der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und der Vertragsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG)

#### a) Schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit und Vertragsfreiheit

Verfassungsrechtliche *lex regia* ist zunächst die in Art. 12 Abs. 1 GG verankerte Berufsfreiheit.<sup>4</sup> Bereits die geltende GOÄ greift als Taxe für die ärztlichen Leistungen in die Berufsfreiheit ein. Sie lässt aber Raum für die ärztliche Berufsausübung, indem sie keinerlei Vorgaben zum Umfang der Menge der ärztlichen Leistungen macht. Sie ermöglicht darüber hinaus Analogabrechnungen innovativer Behandlungsformen. Sie lässt zudem Raum für die Vertragsfreiheit, in dem sie die Möglichkeit von Individualvereinbarungen ausdrücklich zulässt. Mit der Geltung des EBM als einheitliche Gebührenordnung würde dieser Freiheitsraum auf das Angebot abschließend bestimmter Leistungen zu einem vorgegebenen Preis reduziert. Damit würde gleichzeitig einhergehen, Ärzten und Patienten das Angebot und die Inanspruchnahme anderer medizinischer Regelleistungen als die im EBM aufgeführten zu anderen als den insoweit geltenden Preisen zu verbieten. Denn anders ließe sich ein nicht regulierter Sektor neben dem Einheitlichen Bewertungsmaßstab nicht verhindern. Das stellt eine Freiheitsbeschränkung dar, die verfassungswidrig wäre.

Denn Eingriffe in die Berufsfreiheit bedürfen einer gesetzlichen Grundlage, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen muss. Vergütungsregelungen müssen nach der Rechtsprechung als Berufsausübungsregeln ein legitimes Gemeinwohlziel verfolgen und zu dessen Erreichung geeignet, erforderlich und angemessen sein.<sup>5</sup> Entsprechend gilt dies auch für den damit korrespondierenden Eingriff in die Vertragsfreiheit der Patienten (Art. 2 Abs. 1 GG) und in das einen besonders hohen Rang einnehmende Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG).

#### b) Keine verfassungsgemäße Rechtfertigung

Als legitimes Ziel von Vergütungsordnungen hat das BVerfG bislang das Interesse der Marktgegenseite an erhöhter Transparenz anerkannt. Für die GOÄ hat das BVerfG u.a. festgestellt: „Die Gebührenregelung der GOÄ 1982 erhöht im Interesse der zahlungspflichtigen Patienten die Transparenz privatärztlicher Liquidationen. Sie dient damit einem vernünftigen Gemeinwohlgrund in geeigneter Weise. [...]“<sup>6</sup> Daneben tritt das Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs zwischen Ärzten und Patienten, wie es in § 11 BÄO ausdrücklich formuliert wird.<sup>7</sup> Ziel ist damit letztlich auch der Patientenschutz, in einer Situation ohne Verhandlungsmacht übervorteilt zu werden.<sup>8</sup> Freilich müssen diese

<sup>4</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02, NJW 2005, 1036 (1037); vgl. auch BVerfG, Beschl. v. 30.3.1993, E 88, 145 (159); Beschl. v. 15.12.1999, E 101, 331 (347).

<sup>5</sup> BVerfG, Urt. v. 30.7.2008 – 1 BvR 3262/07 u.a., E 121, 317 (346).

<sup>6</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 19.4.1991 – 1 BvR 1301/89, NJW 1992, 737.

<sup>7</sup> BVerfG, Beschl. v. 12.12.1984 – 1 BvR 1249/83 u.a., E 68, 319 (333); s. auch BVerfG, Beschl. v. 15.12.1999 – 1 BvR 1904/95 u.a., E 101, 331 (347 ff.).

<sup>8</sup> Zum Patientenschutz als Verfassungsgut: KG, Beschl. v. 31.8.2007 – 5 W 253/07, NJW-RR 2008, 910.

Ziele verhältnismäßig verfolgt werden, also die geschaffene Gebührenordnung geeignet, erforderlich und angemessen zur Verfolgung von Transparenz, Interessenausgleich und Patientenschutz sein.

Nimmt man daran Maß, dann zeigt sich die fehlende verfassungsrechtliche Grundlage recht schnell: Dem Anspruch an Transparenz würde ein System mit einheitlicher Gebührenordnung nicht gerecht. Im Gegenteil: bei Übertragung der Systemstrukturen des EBM mit zum Teil floatenden Preisen auf die privatärztliche Liquidation wären die Höhe der Vergütung und das Ausmaß des Interessenausgleichs zum Zeitpunkt des Abschlusses des Behandlungsvertrags unklarer gegenüber dem *Status quo*. Anders als bisher – und anders als ohne jede GOÄ – wüsste der Patient zum Zeitpunkt der Inanspruchnahme der Leistung nicht, welches Honorar fällig und welchen Teil einer Honorarvereinbarung der Versicherer gegebenenfalls nicht übernehmen würde. Diese Ungewissheit ist im Sachleistungssystem der GKV mit abweichenden Vergütungsstrukturen systembedingt. Das aber widerspricht grundlegenden Prinzipien sowohl des Vertrags- als auch des Versicherungsrechts.

### **c) Einheitliche Gebührenordnung vs. Vergütungs- und Leistungsvereinbarung**

Die Zielsetzung, über eine einheitliche Vergütung Anreize zur unterschiedlichen Behandlung von GKV- und PKV-Patienten zu beseitigen, setzt voraus, dass eine gedachte einheitliche Gebührenordnung nach dem Muster des EBM sowohl hinsichtlich der Leistungen als auch der Vergütung keine Abweichung erlauben dürfen. Dass Ärzte und Patienten aber eine Möglichkeit haben müssen, unter bestimmten Voraussetzungen Vergütungen und auch Leistungen zu vereinbaren, ist verfassungsrechtlich notwendige Voraussetzung für eine Gebührenordnung. Insoweit kann auf fest gesicherte Rechtsprechung des BVerfG zurückgegriffen werden. Die Möglichkeit der privatautonomen Abweichung sichert die Angemessenheit der gesetzlichen Vergütungsregelungen.<sup>9</sup>

Demgegenüber taugt auch die bloße Zielsetzung, eine Angleichung der kassenärztlichen Vergütung in der GKV und der Privatliquidation in der PKV zu erreichen, als Rechtfertigung nicht. Der plakative Vorwurf einer möglichen „Zwei-Klassen-Wartezeit“ kann dafür ebenfalls nicht genügen. Es wäre vielmehr umfassend darzulegen, dass durch die Angleichung der Vergütung die Qualität der medizinischen Versorgung verbessert würde oder auch keine anderen gleich effektiven, aber weniger einschneidenden Maßnahmen zur Verfügung stehen. Dieser Nachweis wird wohl kaum gelingen. Im Gegenteil: eine Verschlechterung der Versorgung ist zu befürchten, die für die einheitliche Vergütung angeführten Versorgungsziele werden – wie dargelegt – nicht erreicht. Es ist offensichtlich, dass eine solche Regelung das Entstehen eines Privatmarkts nicht verhindert.

Mit anderen Worten: Es verbliebe zur möglichen Rechtfertigung allein das Anliegen, vermeintliche Ungleichbehandlungen von privat und gesetzlich Versicherten bei der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen entgegenzuwirken, die aus Vergütungsunterschieden resultieren, wie etwa eine bevorzugte Terminvergabe oder vermeintliche Anreize zur Niederlassung in Gebieten mit einem relativ hohen Anteil Privatversicherter. Hierfür wäre aber als offensichtlich milderes – und effektiveres – Mittel eine Regulierung der Qualitätsstandards für die GKV möglich, etwa durch Vorgaben zur Terminvergabe, wie erfolgt, oder durch eine Anpassung des Zulassungsregimes (siehe überdies zur nur beschränkten Eignung oben 3.3. und 3.4.).

### **d) Keine Rechtfertigung durch die „Bürgerversicherung“**

Bei all diesen Überlegungen ist es verfassungsrechtlich offensichtlich, dass für eine Angleichung der kassenärztlichen Vergütung in der GKV und der Privatliquidation in der PKV nicht auf die möglichen Fernziele einer wie auch immer konkret zu gestaltenden und in ihrer Verfassungskonformität zu beurteilenden Bürgerversicherung abgestellt werden kann. Die für die Einführung einer Bürgerversicherung vorgebrachten Argumente, eine umfassende Solidarbasis für dieselbe und einen einheitlichen

<sup>9</sup> S. nur BVerfG (K), Beschl. v. 25.10.2004 – 1 BvR 1437/02, NJW 2005, 1036. Hieran knüpft auch die Rspr. des BGH an: „Eine Anwendung der Gebührenordnung für Ärzte belastet den Arzt auch nicht unverhältnismäßig. Ihm steht es frei, im Rahmen des § 2 GOÄ eine abweichende Vereinbarung mit den an seinen Leistungen Interessierten über die Gebührenhöhe zu treffen [Urt. v. 23.3.2006 – III ZR 223/05, NJW 2006, 1879 (1881)]. Aus verfassungsrechtlichen Gründen für geboten hält das KG, Beschl. v. 31.8.2007 – 5 W 253/07, NJW-RR 2008, 910 auch die Möglichkeit einer Gebührenunterschreitung.

Beitragsmaßstab zu sichern, gelten hier nicht, da der Gesetzgeber am dualen System festhält und gerade keine Bürgerversicherung schafft. Auch das Fernziel, eine solche einzuführen, vermag nicht von der Notwendigkeit, für die inmitten stehenden Maßnahmen tragfähige Rechtfertigungsgründe zu finden, zu entbinden. Für jede einzelne Maßnahme des Gesetzgebers muss durch eine eigene, in sich tragfähige Rechtfertigung gefunden werden. Bei dem politischen Kalkül, sich durch eine Angleichung der Gebührenordnungen schrittweise einer Bürgerversicherung zu nähern, sind demnach die Voraussetzungen für eine Einschränkung der Grundrechtsverbürgungen nicht gegeben.

#### 4.2 Gleichheitsrechtliche Schranken und das Gebot der Systemstimmigkeit

Erstreckt man das GKV-Vergütungssystem auf PKV-Behandlungen, so ist aus gleichheitsrechtlicher Sicht zu berücksichtigen, dass die von den Privatversicherten zu entrichtende Vergütung nach demselben Maßstab wie die von der GKV zu entrichtende Vergütung zu bemessen wäre. Berücksichtigt man, dass das Vergütungsniveau in der GKV unter dem der PKV liegt, führt dies zu einer Reduktion des der Ärzteschaft insgesamt zufließenden Gesamthonorars, da die Erlöse aus der Behandlung von privat Voll- oder Zusatzversicherten zwangsläufig sinken. Möchte man das aktuelle Gesamthonorar erhalten, ist dies nur über eine Erhöhung der Vergütung durch die Gesetzliche Krankenversicherung möglich, die zu einer Kosten- und damit auch Beitragssteigerung in der GKV führt.

Man mag dies politisch hinnehmen, doch es verbleiben Ungleichbehandlungen, die der Rechtfertigung bedürften: Art. 3 Abs. 1 GG verbietet die Ungleichbehandlung ohne rechtfertigenden Grund. Der Privatversicherte würde nun für die gleiche Leistung nach anderen Kriterien und Maßstäben zahlen müssen, als der gesetzlich Versicherte. Warum? Und ebenso entscheidend ist: Das Grundgesetz verbietet nicht nur die ungerechtfertigte Ungleichbehandlung, sondern auch die ungerechtfertigte Gleichbehandlung, oder in den Worten des BVerfG: „*Der allgemeine Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG) gebietet dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln*“.<sup>10</sup> Ein wesentliches Element des Gleichbehandlungsgebots des Art. 3 Abs. 1 GG ist die Konsistenz, Folgerichtigkeit und Systemstimmigkeit.<sup>11</sup>

GKV und PKV sind nun vom Wesen und den verfassungsrechtlichen Voraussetzungen her unbestritten ungleich: staatliche Sozialversicherung einerseits, grundrechtlich fundierte Privatversicherung andererseits. Das gilt auch für die daraus resultierende Bemessung der Prämien und Beiträge – und eben auch für die Art und Höhe der Vergütung. Der EBM entspringt seinem Herkommen, seiner Funktion und seiner Bemessung nach nicht dem privatrechtlichen Behandlungsvertrag und nicht dem privatrechtlichen Versicherungsvertrag. Mengensteuerung ist dem bipolaren Verhältnis des Behandlungsvertrags fremd. Der Behandlungsvertrag ist ein zweiseitiges Verhältnis, das den Austausch von Leistungen in ihrem Wert ohne den Blick auf mögliche Allokationseffekte im Gesundheitssystem insgesamt bestimmt. Durch eine diesem Verhältnis fremde Vergütungsbemessung würde das Austauschverhältnis nach ihm fremden Parametern bestimmt. Eine Rechtfertigung dafür fehlt, denn noch einmal: Der bloße Wille, eine Angleichung der Vergütung zur GKV zu erreichen, taugt als Rechtfertigung nicht, *stat pro ratione voluntas* ist keine verfassungsrechtliche Argumentation.

Wenn dem aber so ist, dann wird schnell klar, dass eine Angleichung der Vergütung in PKV und GKV nichts anderes ist als eine „halbe“ Bürgerversicherung auf der Leistungsseite, die die Beitragsseite ausspart. Ob und wie eine Bürgerversicherung möglich ist, ist umstritten. Für eine Chimäre zwischen PKV und GKV sind die verfassungsrechtlichen Bedenken aber sicherlich nicht geringer. Für eine Beschränkung der ärztlichen Leistung und der ärztlichen Vergütung außerhalb des Systems der Sozialversicherung auf das Niveau der Sozialversicherung fehlen tragfähige Gründe.

<sup>10</sup> Jüngst z.B. BVerfG, Beschl. v. 23.5.2017 – 2 BvL 10/11, juris, Rn. 96 m.w.N.

<sup>11</sup> Exemplarisch: BVerfG, Beschl. v. 10.10.2011 – 1 BvL 17/00, E 104, 74 (87). Im Überblick: F. Wollenschläger, in: Huber/Voßkuhle (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3, Rn. 197 ff., i.E.

### 4.3 Institutionelle Grenzen: Keine Regelungsbefugnis der GKV-Selbstverwaltung für den PKV-Kontext

Der das deutsche Gesundheitssystem kennzeichnende Dualismus von GKV und PKV spiegelt sich nicht nur in einer unterschiedlichen inhaltlichen Ausgestaltung der beiden Versicherungssysteme hinsichtlich Leistungsumfang und Vergütung, sondern auch in einem divergierenden institutionellen Rahmen für deren Bestimmung. Im GKV-System kommen nämlich den am Leistungsgeschehen beteiligten Vertragsärzten und Krankenversicherungen wesentliche Regelungsbefugnisse zu (gemeinsame Selbstverwaltung). Dies begrenzt aus verfassungsrechtlichen Gründen die Möglichkeit, eine einheitliche Gebührenordnung im bestehenden System einzuführen. Voraussetzung einer Erstreckung des EBM auf den PKV-Kontext wären vielmehr weitreichende, auf ihre gesundheitspolitische Sinnhaftigkeit freilich zu prüfende Eingriffe in das System der GKV-Selbstverwaltung, nämlich entweder eine Weitung der Legitimationsbasis oder eine Verstaatlichung.

Bereits innerhalb des Systems der GKV wird in Frage gestellt, ob sich gerade die in der Organisationsstruktur des Gemeinsamen Bundesausschusses liegende Abweichung „vom Erfordernis lückenloser personeller, durch Wahl- und Bestellungsakte vermittelter demokratischer Legitimation aller Entscheidungsbefugten“<sup>12</sup> verfassungsrechtlich rechtfertigen lässt. Das Bundesverfassungsgericht hat jüngst auf das „Vorbringen – durchaus gewichtiger – genereller und allgemeiner Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses als Institution“ verwiesen,<sup>13</sup> diese Frage indes bislang offen gelassen.<sup>14</sup>

Wie auch immer man die Frage der hinreichenden demokratischen Legitimation der GKV-Selbstverwaltungsstrukturen beurteilt,<sup>15</sup> so liegt für die hier interessierende Fragestellung eines auf der Hand: Der GKV-Selbstverwaltung kann keine Regelungsbefugnis für den PKV-Kontext zukommen. Denn ein verfassungsrechtlich hinreichendes, auf den Selbstverwaltungsgedanken gestütztes Legitimationsniveau scheidet aus, wenn umfangreiche und grundrechtssensible Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich systemfremder, nicht an der Entscheidungsfindung beteiligter Dritter – hier: der privat versicherten Patienten, der privaten Krankenversicherungen und der Ärzteschaft jenseits des vertragsärztlichen Bereichs – eingeräumt werden.

Auch der scheinbar einfache Umweg über eine Erstreckung des EBM auf den PKV-Kontext im Wege staatlicher Rechtsetzung scheidet aus, da das politische Ziel, eine einheitliche Gebührenordnung sicherzustellen, nur mittels einer dynamischen Verweisung erreichbar ist und eine solche, wie das Bundesverfassungsgericht (nicht nur) für das notarielle Gebührenrecht herausgearbeitet hat, verfassungswidrig ist: Nicht nur werden Gesetzgebungsbefugnisse entgegen der grundgesetzlichen Kompetenzordnung verlagert; vielmehr würde sich der Gesetz- respektive Verordnungsgeber in demokratisch, rechtsstaatlich und grundrechtlich bedenklicher Weise seiner Verantwortung für den Norminhalt entäußern, was die Übertragung von Normen aus einem anderen Kontext (hier: GKV auf PKV) weiter verschärft.<sup>16</sup> Eine statische Verweisung<sup>17</sup> würde zur Realisierung des gesetzgeberischen Zieles demgegenüber nicht genügen, da eine solche keine Bindung pro futuro und damit keine Einheitlichkeit sicherstellt; eine nur politisch, nicht aber rechtsförmig festgelegte Angleichung würde erhebli-

<sup>12</sup> Zu diesem grundsätzlichen Erfordernis nur BVerfG, Beschl. v. 6.5.2014 – 2 BvR 1139/12 u.a., NVwZ 2014, 1306 (1313).

<sup>13</sup> BVerfG (K), Beschl. v. 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, NJW 2016, 1505 (1507).

<sup>14</sup> Siehe BVerfG, Beschl. v. 6.12.2005 – 1 BvR 347/98, E 115, 25 (47); (K), Beschl. v. 12.12.2012 – 1 BvR 69/09, NJW 2013, 1220 (1222).

<sup>15</sup> Siehe dazu *Hartmann/Haucap/Wollenschläger*, Vorschläge zur Reform des Gemeinsamen Bundesausschusses: Gemeinwohlorientierung und Innovationsoffenheit stärken, in: Stiftung Münch (Hrsg.), Reformkommission Gemeinsamer Bundesausschuss, 2017, S. 10 ff., abrufbar unter: <http://www.stiftung-muench.org/wp-content/uploads/2017/05/16.pdf> (26.1.2018).

<sup>16</sup> BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvR 786/70 u.a., E 47, 285 (313 ff.); ferner Urt. v. 14.6.1983 – 2 BvR 488/80, E 64, 208 (214 f.); Beschl. v. 25.2.1988 – 2 BvL 26/84, E 78, 32 (36); Beschl. v. 26.1.2007 – 2 BvR 2408/06, K 10, 227 (231); Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04, K 17, 273 (285 f.). Freilich schließt die Rechtsprechung dynamische Verweisungen auch bei unterschiedlichen Gesetzgebern nicht kategorisch aus, so, anders als hier, keine rechtsstaatlichen, demokratischen und grundrechtlichen Gründe entgegenstehen, siehe BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978, 1 BvR 786/70 u.a., E 47, 285 (312); Beschl. v. 23.3.1982 – 2 BvL 13/79, E 60, 135 (155); Beschl. v. 25.2.1988 – 2 BvL 26/84, E 78, 32 (36); Beschl. v. 26.1.2007 – 2 BvR 2408/06, K 10, 227 (231); Beschl. v. 29.4.2010 – 2 BvR 871/04, K 17, 273 (285 f.); BVerfG, Urt. v. 27.6.2013, E 147, 100 (115 ff.).

<sup>17</sup> Zu deren Zulässigkeit BVerfG, Beschl. v. 1.3.1978 – 1 BvR 786/70 u.a., E 47, 285 (311 f.); Beschl. v. 25.2.1988 – 2 BvL 26/84, E 78, 32 (35 f.); Beschl. v. 26.1.2007 – 2 BvR 2408/06, K 10, 227 (231).

chen, fortlaufenden begründen und wäre als verkappte dynamische Verweisung auch legitimatorisch fragwürdig.

#### 4.4 Europarechtliche Grenzen: Niederlassungsfreiheit

Das Vorhaben einer einheitlichen Gebührenordnung hat eine europarechtliche Dimension. Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat in der Vergangenheit deutlich gemacht, dass verbindliche Gebührenordnungen immer auch einen Eingriff in die Niederlassungsfreiheit bedeuten, der der Rechtfertigung nach der Gebhard-Formel bedarf. Der EuGH fordert für den Eingriff in die Grundfreiheiten, dass „*nationale Maßnahmen, die die Ausübung der durch den Vertrag garantierten grundlegenden Freiheiten behindern oder weniger attraktiv machen können, vier Voraussetzungen erfüllen müssen: Sie müssen in nicht-diskriminierender Weise angewandt werden, sie müssen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt sein, sie müssen geeignet sein, die Verwirklichung des mit ihnen verfolgten Zieles zu gewährleisten, und sie dürfen nicht über das hinausgehen, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist.*“<sup>18</sup>

Was verfassungsrechtlich nicht als Rechtfertigung taugt, das dürfte auch europarechtlich nicht zur Rechtfertigung taugen und – wohl erst recht kennt doch der EuGH – ungeachtet des weiten Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten für ihr Gesundheitssystem im Allgemeinen (Art. 168 Abs. 7 AEUV) – nicht im gleichem Maße eine weite Einschätzungsprärogative des nationalen Gesetzgebers bei der Beurteilung der Geeignetheit und Erforderlichkeit der Zielerreichung an, wie es das BVerfG im Hinblick auf eine mögliche Grundrechtsverletzung anzuerkennen bereit ist. Das Konzept einer einheitlichen Gebührenordnung kann schon im Inland den Nachweis nicht erbringen, die angestrebten Versorgungsziele zu erreichen – ihm droht dann erst recht Schiffbruch in Luxemburg vor dem EuGH.

## 5 Zusammenfassung

Im Rahmen der Koalitionsverhandlungen zwischen CDU, CSU und SPD hat die SPD eine einheitliche Gebührenordnung auf die politische Agenda gesetzt. Eine einheitliche Gebührenordnung sei – so die Begründung – ein geeignetes Instrument, um die „Zwei-Klassen-Medizin“, die „Zwei-Klassen-Wartezeiten“ oder die eingeschränkten Möglichkeiten der Inanspruchnahme medizinischer Leistungen in strukturschwachen Regionen zu beseitigen beziehungsweise zu nivellieren. Das vorliegende Memorandum legt dar, warum die Vereinheitlichung der Vergütungsordnungen nicht nur ein in großen Teilen verfassungswidriges Unterfangen darstellt, sondern auch, warum die mit einer einheitlichen Gebührenordnung verknüpften politischen Ziele kaum zu erreichen sind und eine einheitliche Gebührenordnung für die Versicherten bzw. für die Patienten mehr Nach- als Vorteile mit sich bringt. Die Ergebnisse im Überblick:

- Die historische Genese zeigt, dass sich Gebührenordnungen in Deutschland zwar stets im Korrektiv wechselseitig beeinflusst haben. Eine Konvergenz der Vergütungssystematik von GKV und PKV ist dabei aber nicht wahrzunehmen. Vielmehr folgt von Beginn an die Vergütungslogik der Systemlogik.
- Schon mit Blick auf die historische Entwicklung lässt sich die ärztliche Vergütung nicht nivellieren, ohne wesentliche Systemunterschiede zwischen GKV und PKV zu beseitigen. In anderen Worten: Die Systemscheidung geht der Vergütungslogik zeitlich, logisch und systematisch voran.
- Bei einer Wahl zwischen den beiden derzeitigen Gebührenordnungen dürfte der EBM im System der GKV mit rund 72,5 Mio. Versicherten gegenüber der GOÄ – zumindest in den Augen der Befürworter einer einheitlichen Gebührenordnung – Priorität haben. Im Fall der GOÄ als einheitliche Gebührenordnung hingegen bestünde wegen deren Einzelleistungsvergütung für die GKV die Gefahr einer erheblichen Mengenausweitung mit einem entsprechenden (zusätzlichen) Ausgabenwachstum.
- Eine einheitliche Gebührenordnung mit dem Regulierungsapparat des EBM (Budgetierung, Mengengrenzungen, Abstaffelungen etc.) wirft zahlreiche Fragen unter anderem nach Kompensationszahlungen für die Leistungserbringer auf. Ohne Kompensation würde die Finanzierungsbasis für medi-

<sup>18</sup> EuGH, Rs. C-55/94, Slg. 1995, I-4165, Rn. 37 – Gebhard.

zinisches Personal und Investitionen fehlen. Die Versorgungslandschaft würde (weiter) ausgedünnt, die Versorgungsqualität entsprechend sinken.

- Alternativ käme es – falls Honorarkürzungen politisch nicht mehrheitsfähig sind – zu einer Mehrbelastung der Beitragszahler. Die gesetzlich Krankenversicherten müssten dann die (ambulanten) Mehrumsätze der PKV-Versicherten tragen. Der Beitragssatz zur GKV würde sich um etwa 0,46 Prozentpunkte auf rund 16 % erhöhen.

- Die Folge einer in einer einheitlichen Gebührenordnung inkludierten Mengensteuerung und Budgetierung nach Vorbild des EBM im GKV-System wäre ein sich schnell entwickelnder neuer Markt für „Premiumpatienten“. Denn niemand kann der PKV oder Ärzten – auch nicht der Gesetzgeber – verbieten, neue Zusatzangebote auf den Markt zu bringen, die zum Beispiel einen Honorarzuschlag auf die einheitliche Vergütung nach sich ziehen würden. Teil dieses Zusatzangebotes könnte explizit oder implizit unter anderem auch eine kürzere Wartezeit sein. Diese Entwicklung hat sich auch in der Schweiz und in den Niederlanden ergeben, nachdem dort ein einheitlicher Versicherungsmarkt vom Gesetzgeber initiiert wurde.

- Das deutsche Gesundheitssystem weist im internationalen Vergleich durchgängig die geringsten Wartezeiten auf Arzttermine auf. Schon rein rechnerisch ist fragwürdig, was eine einheitliche Gebührenordnung verbessern könnte. Rund 10 % Privatversicherte können die Wartezeiten der 90 % gesetzlich Versicherten substantiell nicht verkürzen.

- Nicht das Nebeneinander von EBM und GOÄ, sondern die GKV-Budgetierung der ärztlichen Vergütung führt zu Wartezeiten – insbesondere am Ende des Quartals. Dieses „Quartalsphänomen“ wird von wissenschaftlichen Studien gestützt. Ende 2017 haben Gesundheitsökonominnen auf Basis von Daten der Techniker Krankenkasse Zahlen vorlegen können, die zeigen, dass Ärzte immer am Ende eines Quartals weniger Patienten für einen Routinetermin annehmen. In der Konsequenz würden auch im Fall einer einheitlichen Gebührenordnung quartalsbedingte Wartezeiten entstehen, sofern diese – analog zum EBM - weiter mit Mengensteuerung und Budgetierung operiert.

- Die derzeitigen Wartezeiten von GKV- und PKV-Versicherten bieten unter Versorgungsaspekten keinen relevanten Anlass für eine einheitliche Gebührenordnung. Auch bei Fortbestehen der beiden Gebührenordnungen gäbe es Möglichkeiten, die Wartezeiten der gesetzlich Versicherten zu verkürzen. So könnten zum Beispiel selektive Verträge bestimmte Wartezeiten bindend vorsehen. Zudem könnte eine Änderung der quartalsbezogenen Pauschalen bestimmte fachärztlicher Leistungen die Wartezeiten verkürzen. Auch eine Reform der Bedarfsplanung könnte zur Verkürzung der Wartezeiten beitragen. Die Bedarfsplanung sollte zielgerichtet, bevölkerungsorientiert und sektorübergreifend ausgerichtet sein. Dabei ist das Morbiditätsniveau zu berücksichtigen.

- Die These, eine einheitliche Gebührenordnung würde Anreize schaffen, dass sich Ärzte stärker in strukturschwachen Regionen mit relativ wenig Privatpatienten niederlassen, überschätzt die Bedeutung der Honorare für die Standortwahl niedergelassener Ärzte. Für die Niederlassungsentscheidungen der ambulant tätigen Ärzte spielt, das zeigen Ergebnisse zahlreicher wissenschaftlicher Studien, das Umfeld für die Familie, Berufsalternativen für den Partner, Betreuungs- und Bildungsmöglichkeiten für Kinder, Verkehrsstruktur und Freizeitangebote eine viel entscheidendere Rolle.

- Der gute „Zustand“ des deutschen Gesundheitssystems schließt nicht aus, dass das Gesundheitssystem noch zahlreiche Möglichkeiten, insbesondere an den Schnittstellen der Leistungssektoren, für eine Verbesserung von Effizienz und Effektivität der Versorgung bietet. Zu den hierzu erforderlichen Reformen gehört eine einheitliche Gebührenordnung jedoch eindeutig nicht. Die Debatte um eine einheitliche Gebührenordnung lenkt eher von den eigentlichen Problemen und Verbesserungsmöglichkeiten des deutschen Gesundheitswesens ab.

- Die Vereinheitlichung der kassen- und privatärztlichen Vergütungen wäre zudem aus rechtlicher Sicht ein verfassungswidriges und gegebenenfalls auch ein europarechtswidriges Unterfangen. In die Vertragsfreiheit der Versicherten und in die Berufsfreiheit der Ärzte sowie der Krankenversicherer

würde eingegriffen werden, ohne dass ausreichende Rechtfertigungsgründe ersichtlich wären, die den Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts genügen würden.

- Mit der Vereinheitlichung der kassen- und privatärztlichen Vergütungen würde ein Mischsystem geschaffen, das auch unter Gleichheitsgesichtspunkten ebenso wie unter dem Aspekt der Systemstimmigkeit erhebliche Fragen aufwürfe. Überdies ließe sich die Vereinheitlichung der Vergütungen ohne eine grundlegende Umgestaltung der gemeinsamen Selbstverwaltung im Bereich der GKV (Erweiterung der Legitimationsbasis oder Verstaatlichung) nicht realisieren.

Fazit: Die Forderung nach einer einheitlichen Gebührenordnung ohne Mengensteuerung und Budgetierung nach dem Vorbild der Einzelvergütung in der Gebührenordnung für Ärzte birgt für den Gesetz- und Ordnungsgeber das Risiko von Kosten- und Beitragssatzsteigerungen. Auch mit Blick auf die 40 %-Grenze, die die Sozialversicherungsbeiträge in der Summe nicht übersteigen sollte, schüfe eine derartige „Vereinheitlichungsrichtung“ eher Probleme als Probleme zu lösen. Mit Blick auf die Finanzierbarkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung dürfte eine einheitliche Gebührenordnung sich vielmehr an den Mengen- und Preisregulierungen des GKV-Systems orientieren. Dies würde der medizinischen Infrastruktur in der Folgezeit nicht nur erhebliche finanzielle Mittel entziehen, sondern auch einen ordnungspolitischen wie rechtlich fragwürdigen Systembruch bedeuten. Zugleich würde man dem „Ideal“ der Gleichheit nicht näher kommen: In der Folge würde sich schnell ein neuer Zusatzversicherungsmarkt etablieren, der all diejenigen Leistungs- und Preisdifferenzierungen erneut wiedereinführt, die vom Gesetz- und Ordnungsgeber durch die einheitliche Gebührenordnung gerade vermieden werden sollten.

## Hinweise zu den Autoren

**Dr. Rainer Hess** verantwortet insbesondere *Abschnitt 2*.

**Prof. Dr. Volker Ulrich** und **Prof. Dr. Eberhard Wille** verantworten insbesondere *Abschnitt 3*.

**Prof. Dr. Gregor Thüsing** verantwortet insbesondere *Abschnitt 4* (mit Ausnahme 4.3).

**Prof. Dr. Ferdinand Wollenschläger** verantwortet insbesondere *Abschnitt 4.3*.

Berlin, den 29. Januar 2018