



Stellungnahme der Bundesärztekammer

zum Referentenentwurf einer Verordnung zur Änderung der
Gebührenordnung für Zahnärzte (GOZ)

Berlin, 09.12.2008

Korrespondenzadresse:

Bundesärztekammer
Herbert-Lewin-Platz 1
10623 Berlin

Inhaltsverzeichnis

Inhalt	Seite
0. Einleitung	4
1. Grundaussagen und Folgenabschätzung	4
1.1. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken	4
1.2. Gefährdung des Vertrauensverhältnisses zwischen Patient und Zahnarzt/Arzt	4
1.3. Unzureichende Abbildung des modernen Behandlungsspektrums im Leistungsverzeichnis	5
1.4. Keine Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung	6
1.5. Missachtung des „human factor“ in der Medizin	7
1.6. Falsches Signal für die Gesundheitswirtschaft	7
1.7. Fragwürdigkeit des ordnungspolitischen Richtungswechsels	7
2. Rechtliche Stellungnahme zu Änderungen und Ergänzungen des allgemeinen Teils der GOZ-E	8
2.1. Vorbemerkungen	8
2.2. § 2 GOZ-E – Abweichende Vereinbarung mit dem Zahlungspflichtigen zur Gebührenhöhe	9
a) Rechtfertigung durch § 15 Satz 3 ZHG (§ 11 Satz 3 BÄO)	9
b) Rechtfertigung durch europarechtliche Bestimmungen	11
Folgerungen	12
Vorschlag	13
2.3. § 2a GOZ-E – Abweichende Vereinbarung mit dem Zahlungspflichtigen nach Maßgabe von Verträgen mit Kostenträgern	13

Inhalt	Seite
a) Europarechtliche Bestimmungen	14
b) Verfassungsrechtliche Bestimmungen	16
c) Vereinbarkeit mit § 15 ZHG bzw. § 11 BÄO	17
Folgerungen	18
Vorschlag	19
2.4. Auswirkungen einer abweichenden Vereinbarung gem. § 2a GOZ-E auf das Privatliquidationsrecht	19
2.5. § 6 Abs. 2 GOZ-E und der Vorrang des Berufsrechts	19
Vorschlag	20
2.6. Wegegeld als Entschädigung	20
2.7. § 10 Abs. 7 GOZ-E (Gebührevorschuss)	21
Vorschlag	21
2.8. Zusammenfassende rechtliche Bewertung	22

0. Einleitung

Die Weichenstellungen im vorliegenden Referentenentwurf einer Verordnung zur Änderung der Gebührenordnung für Zahnärzte (im Folgenden GOZ-E) stellen ein Präjudiz für die geplante Novellierung der Gebührenordnung für Ärzte (im Folgenden GOÄ) dar.

Die Bundesärztekammer konzentriert sich nach einer allgemeinen Folgenabschätzung der in dem GOZ-E erkennbaren Weichenstellungen in Richtung einer Angleichung der Versicherungssysteme auf eine eingehende Kommentierung der Änderungen und Ergänzungen des allgemeinen Teils (sog. Paragrafenteil).

1. Grundaussagen und Folgenabschätzung

1.1. Verfassungsrechtliche und europarechtliche Bedenken

Trotz der von Bundeszahnärztekammer und Bundesärztekammer bereits vorgetragenen schwerwiegenden rechtlichen Bedenken gegen die geplante Öffnungsklausel nach § 2a GOZ wird im Referentenentwurf daran festgehalten, dass exklusiv für die Seite der Kostenerstatter – PKV-Unternehmen und Beihilfe-Träger – die Möglichkeit von Selektivverträgen mit einzelnen Zahnärzten oder Ärztegruppen abweichend von der GOZ eröffnet werden soll, während die Möglichkeit der abweichenden Honorarvereinbarung auf der Individualebene zwischen Patient und Zahnarzt nach § 2 GOZ-E eingeschränkt werden soll.

Die geplante Öffnungsklausel nach § 2a GOZ-E fördert Preis- statt Qualitätswettbewerb und wird aufgrund der Vertragsvielfalt zu einer Zersplitterung und Intransparenz der privatärztlichen Versorgung führen, wie es im GKV-System jetzt schon der Fall ist bzw. dort beklagt wird. In diesem Zusammenhang sei der Hinweis erlaubt, dass die Einführung von Vertragswettbewerb im GKV-System bislang den Nachweis schuldig geblieben ist, einen Beitrag zur Steigerung von Effizienz und Wirtschaftlichkeit und Optimierung der Patientenversorgung zu leisten.

Die Bundesärztekammer bekräftigt ihre Kritik, dass die geplante Öffnungsklausel nach § 2a GOZ-E weder mit europarechtlichen und verfassungsrechtlichen Bestimmungen noch mit § 15 Zahnheilkundengesetz (ZHG) oder § 11 Bundesärzteordnung (BÄO) vereinbar ist.

Die Bundesärztekammer behält sich eine eingehendere rechtliche Prüfung des § 2a GOZ-E im Zusammenhang mit § 2 GOZ-E vor bzw. empfiehlt, den § 2a GOZ komplett zu streichen.

1.2. Gefährdung des Vertrauensverhältnisses zwischen Patient und Zahnarzt/Arzt

Daneben tangiert der in § 2a Abs. 1 Satz 1 GOZ-E gewählte Aufbau bzw. die Struktur das Berufsrecht erheblich. Die abweichende Vergütung auf Basis von Verträgen nach § 2a Abs. 1 GOZ-E 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 (...) informiert wird, zugestimmt hat.“ (§2 a Abs. 2 Satz1 GOZ-E).

Bliebe es bei diesem gesetzlichen Konstrukt, würde der Zahnarzt/Arzt quasi zum Erfüllungshelfen der Krankenversicherung, da ihm die Rolle zugewiesen wird, die Zustimmung des Patienten über die nach § 2a GOZ-E abweichend geregelte Vergütung einzuholen. Der Zahlungspflichtige erhält möglicherweise den Eindruck, dass die Behandlung nicht primär an seinem Wohl, sondern an der Vergütungsvereinbarung der Vertragspartner ausgerichtet ist. Die für die privatärztliche Versorgung typische Vertragsautonomie von Patient und Zahnarzt/Arzt wird fremdbestimmt von sekundären Anreizstrukturen.

Die Konstruktion des § 2a GOZ-E birgt das Risiko in sich, die zahnärztliche/ärztliche Unabhängigkeit im Sinne der Ökonomisierung des Gesundheitswesens und zwar zu Lasten des Patienten zu unterlaufen und das Vertrauensverhältnis zwischen Zahnarzt/Arzt und Patient zu beschädigen.

Die Bundesärztekammer lehnt eine solche Entwicklung strikt ab, weil nicht vereinbar mit dem stets am Primat des Patientenwohls ausgerichteten professionellen Selbstverständnis des freien Arztberufes, wie es entsprechend in der (Muster-)Berufsordnung (MBO) verankert ist:

„Ärztinnen und Ärzte dienen der Gesundheit des einzelnen Menschen und der Bevölkerung. Der ärztliche Beruf ist kein Gewerbe. Er ist seiner Natur nach ein Freier Beruf.“ (vgl. ebenso § 1 BÄO) „Ärztinnen und Ärzten ist es nicht gestattet, ...von anderen ...andere Vorteile für sich oder Dritte zu fordern, sich oder Dritten versprechen zu lassen oder anzunehmen, wenn hierdurch der Eindruck erweckt wird, dass die Unabhängigkeit der ärztlichen Entscheidung beeinflusst wird...“

1.3. Unzureichende Abbildung des modernen Behandlungsspektrums im Leistungsverzeichnis

Auch wenn die „im Rahmen einer Rechtsverordnung erlassene GOZ dem medizinischen und technischen Fortschritt immer nur mit zeitlicher Verzögerung folgen kann“ (Begründung zur GOZ-E, S. 2), so bleibt die Überarbeitung des Leistungsverzeichnisses doch weiter als erwartet hinter dem aktuellen und perspektivisch relevanten internationalen „state of the art“ in der Zahnheilkunde zurück. Ursache hierfür ist, dass die Vorschläge aus der Honorarordnung für Zahnärzte (HOZ), wie sie von der Bundeszahnärztekammer in Zusammenarbeit mit der Deutschen Gesellschaft für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde (DGZMK) eigens im Hinblick auf die Novellierung der GOZ entwickelt wurden, nur punktuell Eingang in die Neubeschreibung des Leistungsverzeichnisses gefunden haben, im Übrigen aber eine enge Orientierung am vertragsärztlichen BEMA stattgefunden hat, der zuletzt 2004 neugefasst wurde und im Wesentlichen das gängige Leistungsspektrum der 90er Jahre des letzten Jahrhunderts abbildet. Dem Anspruch einer wissenschaftlich begründeten Neubeschreibung einer präventionsorientierten Zahnheilkunde wird das im GOZ-E vorgelegte Leistungsverzeichnis nicht gerecht.

1.4. Keine Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung

Eine staatliche Gebührenordnung wie die GOZ oder die GOÄ muss eine doppelte Schutzfunktion erfüllen. Durch Festlegung der Höchstsätze dienen sie dem Patienten- bzw. dem Verbraucherschutz, durch Festlegung der Mindestsätze soll für die Zahnärzte bzw. Ärzte die Ausgangsbasis für eine wirtschaftliche Existenz gewährleistet werden. Nach 21 Jahren Stillstand ist im Referentenentwurf nunmehr eine Anhebung des Punktwerts für privatärztliche Leistungen von 5,62421 Cent auf 5,65 Cent vorgesehen. Dies entspricht einer Steigerung von 0,46 % und widerspricht der in Aussicht gestellten Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung.

Der kostendeckende Mindestumsatz pro Stunde für die durchschnittliche Zahnarztpraxis liegt laut Auskunft der parlamentarischen Staatssekretärin des BMG, Frau Caspers-Merck, bei € 194. Dieser betriebswirtschaftlich erforderliche Mindestumsatz wird auf Basis einer 0,46 %igen Punktwert-Anhebung in Kombination mit dem BEMA-orientierten Bewertungsgefüge bei vielen GOZ-Leistungen nicht mehr erreicht werden können.

Zwar darf die Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung nicht allein an der Anhebung des Punktwerts gemessen werden, aber der mehr oder weniger eingefrorene Punktwert sowie das streng am BEMA orientierte Bewertungsgefüge lassen erkennen, dass eine kostenneutrale Umsetzung der neuen GOZ geplant ist. Dabei geht das Bundesministerium für Gesundheit davon aus, dass bisher „auch ohne finanziell wirksame Veränderung der GOZ sich ein deutlicher Anstieg der Ausgaben für Zahnbehandlung im Privatbereich“ seit 1988 gezeigt habe, und dass „unter Berücksichtigung des bisherigen Ausgabenanstiegs ohne Veränderung der GOZ eine angemessene Anpassung an die Kosten- und Einkommensentwicklung erfolgt“ sei (Begründung zur GOZ-E, S. 7).

Dieser Interpretation, dass eine Anpassung an die wirtschaftliche Entwicklung zwischenzeitlich auch ohne Gebührenanhebung erfolgt sei, muss vehement widersprochen werden. Die prioritären Ursachen für die Ausgabensteigerungen bei den privatärztlichen/privatärztlichen Leistungen auch ohne Punktwertanhebung liegen nicht in einem etwaigen medizinisch nicht indizierten, kompensatorischen Abrechnungsverhalten der Zahnärzte/Ärzte, sondern im gestiegenen Versorgungsbedarf durch die demographische Entwicklung und die stetige Erweiterung des diagnostischen und therapeutischen Leistungsspektrums durch die medizinische Forschung, medizintechnische und pharmazeutische Innovationen. Es handelt sich hierbei um eine Wachstumsdynamik, die in gleicher Weise im PKV- wie – trotz Budgetierung – im GKV-System zu beobachten ist, und die im deutschen Gesundheitssystem im Vergleich zu anderen westlichen Industrieländern als moderat bezeichnet werden kann. Wenn in der Differentialbetrachtung zwischen GKV- und PKV-System die Ausgabensteigerungen für vertragszahnärztliche/vertragsärztliche Leistungen hinter den Ausgabensteigerungen für ambulante privatärztliche/privatärztliche Leistungen liegen, so ist dies nicht Ausdruck einer etwaigen Kostenexplosion im PKV-Bereich, sondern Resultat der strikten Budgetierung der vertragszahnärztlichen/vertragsärztlichen Leistungen.

Eine Steigerung der Ausgaben für medizinische Versorgung im privatärztlichen Bereich ist also nicht automatisch gleichzusetzen mit einer Honorarsteigerung und ersetzt nicht die längst überfällige Anpassung der Gebühren an die wirtschaftliche Entwicklung.

1.5. Missachtung des „human factor“ in der Medizin

Die GOZ-Punktwertanhebung um 0,46 % und die einzelnen Bewertungsvorschläge unterschreiten teilweise das betriebswirtschaftlich Notwendige. Die fehlende Anpassung der Gebühren an die wirtschaftliche Entwicklung wird nur dadurch kompensiert werden können, dass immer mehr Leistungen in immer weniger Zeit erbracht werden müssen. Die sogenannte sprechende zuwendungsorientierte Medizin, wie vom Gesetzgeber beabsichtigt, wird damit nicht gestärkt.

Die Übertragung der Budgetierungs- und Massenproduktionsphilosophie, wie sie vom Gesetzgeber im GKV-System etabliert wurde, auf die privatärztliche Versorgung konterkariert eine patientenzentrierte Medizin und muss schlichtweg als patientenfeindlich bezeichnet werden.

Diese Art von Ökonomisierung der privatärztlichen Versorgung ist mit dem professionellen Selbstverständnis und der Verantwortlichkeit der Zahnärzte/Ärzte für ihre Patientinnen und Patienten nicht vereinbar und trägt mit dazu bei, die Ausübung des Arztberufs im deutschen Gesundheitssystem noch unattraktiver werden zu lassen.

1.6. Falsches Signal für die Gesundheitswirtschaft

Aktuell ist bereits jeder neunte Arbeitsplatz in Deutschland in der Gesundheitswirtschaft angesiedelt. Von der wirtschaftlichen Entwicklung der rund 170.000 Arztpraxen in Deutschland hängen derzeit die Arbeitsplätze von über 500.000 Medizinischen Fachangestellten und von mehr als 40.000 Auszubildenden ab. Die Anreizwirkung einer Gebührenordnung, die wie die GOZ-E mit dem Leistungsspektrum und der wirtschaftlichen Entwicklung nicht Schritt hält, kann vor diesem Hintergrund nur als kontraproduktiv bezeichnet werden.

1.7. Fragwürdigkeit des ordnungspolitischen Richtungswechsels

Der im GOZ-E erkennbare ordnungspolitische Richtungswechsel beschränkt sich damit nicht nur auf eine „BEMA-tisierung“ der GOZ, sondern ist daraufhin angelegt, sich schrittweise zu einer „GKV-isierung der PKV“ auszudehnen.

Die Einführung des Vertragswettbewerbs auf Basis der Öffnungsklausel nach § 2a GOZ-E verspricht vordergründig mehr Gestaltungsraum, wird de facto aber auf eine Entwertung der GOZ bzw. der GOÄ und eine Schwächung der individuellen Vertragsautonomie im privat-zahnärztlichen/privatärztlichen Bereich hinauslaufen.

Statt einer Stärkung des freien Arztberufs und der Eigenverantwortung der Versicherten /Patienten bahnt der Gesetzgeber mit Einführung der Öffnungsklausel nach § 2a GOZ-E einer krankenkassengesteuerten Einkaufsmodellpolitik nach GKV-Vorbild den Weg; zudem die Einführung im gleichen Zeitraum erfolgen soll, in dem der Gesetzgeber die gesetzlichen Krankenkassen mit Instrumenten ausstattet, die zu den klassischen Elementen der privaten Krankenversicherung gehören, zum Beispiel mit Selbstbehalt-Tarifen oder dem Wahltarif „Kostenerstattung“. Diese auf den ersten Blick paradox erscheinende Entwicklung dient

letztendlich der Angleichung zwischen gesetzlichen Krankenkassen und privaten Krankenversicherungen und zielt auf die Schaffung eines einheitlichen Krankenversicherungsmarktes, zu dem als zentrales Element – um Wettbewerbsverzerrungen innerhalb dieses Einheitsmarktes zu vermeiden – die Verfügbarkeit eines einheitlichen Vergütungssystems gehört, wie es zum Beispiel im Gutachten von WASEM angedacht [^I]wird.

Ob eine solche Entwicklung „unter versicherungsökonomischen Aspekten notwendig“, d. h. unausweichlich ist (Gutachten des Sachverständigenrats zur Begutachtung der wirtschaftlichen Entwicklung^{II}), muss bezweifelt werden. Der 111. Deutsche Ärztetag 2007 in Ulm hat eine etwaige Sanierung der Finanzierungsseite des GKV-Systems zu Lasten des PKV-Systems abgelehnt und sich im Interesse eines leistungsfähigen, qualitativ hochwertigen und im internationalen Vergleich wettbewerbsfähigen deutschen Gesundheitswesens für den Erhalt eines eigenständigen PKV-Systems ausgesprochen [^{III}].

2. Rechtliche Stellungnahme zu Änderungen und Ergänzungen des allgemeinen Teils der GOZ-E

2.1. Vorbemerkungen

Die Änderungen und Ergänzungen des allgemeinen Teils lassen folgende Tendenzen erkennen:

1. Anpassung von Bestimmungen des allgemeinen Teils der GOZ-E an die GOÄ,
2. Harmonisierung der GKV- und PKV-Systeme, beispielhaft sei auf § 2a GOZ-E verwiesen,
3. Schaffung neuer Regelungen, z. B. § 10 Abs. 7 GOZ-E.

Die folgenden Anmerkungen beschränken sich im Wesentlichen auf die Analyse der §§ 2 und 2a GOZ-E. Dabei wird auch dargestellt, welche Auswirkungen die Änderungen im Paragrafenteil der GOZ auf die GOÄ haben könnten.

^I *Anke Walendzik, Stefan Greß, Maral Manouguian, Jürgen Wasem: Vergütungsunterschiede im ärztlichen Bereich zwischen PKV und GKV auf Basis des standardisierten Leistungsniveaus der GKV und Modelle der Vergütungsangleichung, Februar 2008*

^{II} *Sachverständigenrat zur Begutachtung der gesamtwirtschaftlichen Entwicklung: Die Finanzkrise meistern – Wachstumskräfte stärken, Jahresgutachten 2008/2009, Wiesbaden 2008*

^{III} *Bundesärztekammer: Gesundheitspolitische Leitsätze der Ärzteschaft „Ulmer Papier“, Beschluss des 111. Deutschen Ärztetages, Ulm 2008*

2.2. § 2 GOZ-E – Abweichende Vereinbarung mit dem Zahlungspflichtigen zur Gebührenhöhe

Diese Regelungen im Referentenentwurf der GOZ stellen zum einen eine Anpassung an die geltenden Bestimmungen in § 2 GOÄ dar, zum anderen findet eine Verschärfung statt. Diese betrifft beispielsweise die zwingende Vereinbarung der Leistung und der Vergütung in einem Heil- und Kostenplan sowie den Zusatz in § 2 Abs. 4 GOZ-E, da diese Leistungen nur vom Wahlzahnarzt **höchstpersönlich** zu erbringen sind.

Soweit sich § 2 GOZ-E an § 2 GOÄ orientiert, wird die Auffassung vertreten, dass die Regelung zu öffnen ist und nicht nur abweichende Vereinbarungen zur Gebührenhöhe vorzusehen sind.

Die Bundesärztekammer fordert seit langem, die in § 2 GOÄ enthaltenen Beschränkungen aufzuheben und abweichende Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient als Ausfluss der allgemeinen Handlungsfreiheit und der Berufsfreiheit zuzulassen. Damit wären auch Vereinbarungen, die der Entwicklung des medizinischen Fortschritts Rechnung tragen, möglich. Die geltende Regelung in § 2 GOÄ, an der sich § 2 GOZ-E orientiert, begrenzt abweichende Individualvereinbarungen in unzulässiger Weise. Sie berücksichtigt insbesondere den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 12.12.2006 (Az.: 1 BvR 2576/04) nicht. Denn eine Begrenzung abweichender Vereinbarungen in § 2 GOZ-E bzw. § 2 GOÄ ist mit dem Grundrecht auf freie Berufsausübung nicht vereinbar, soweit diese Regelung besonderen Umständen in der Person des Patienten, besonderen Leistungen und einem besonderen Standard nicht Rechnung trägt.

Abweichende Vereinbarungen sollten – wie bisher – im Rahmen einer Notfall- und akuten Schmerzbehandlung nicht zulässig sein. Im Übrigen ist nicht erkennbar, warum Leistungen nach den Abschnitten A, E, M, und O nicht abweichend vereinbart werden dürfen. Die diesbezügliche Diskriminierung bzw. Ungleichbehandlung der verschiedenen Arztgruppen, vornehmlich der Fachärzte für Physikalische und Rehabilitative Medizin, sollte beseitigt werden.

Die GOZ basiert auf § 15 ZHG; die GOÄ auf § 11 BÄO. Nach diesen Regelungen wird die Bundesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für ärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln. In dieser Gebührenordnung sind Mindest- und Höchstsätze für ärztliche Leistungen festzusetzen. Dabei ist den berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten Rechnung zu tragen.

Danach sind abweichende Vereinbarungen zwischen Arzt und Patient nur insoweit beschränkt, als die berechtigten Interessen der Ärzte und der zur Zahlung der Entgelte Verpflichteten zu berücksichtigen sind. Deshalb ist zu fragen, ob § 11 Satz 3 BÄO bzw. § 15 Satz 3 ZHG die restriktive Regelung in § 2 GOÄ bzw. in § 2 GOZ-E rechtfertigt (a) und inwieweit diese Regelung mit europarechtlichen Bestimmungen und der Rechtsprechung des EuGH vereinbar ist (b).

- (a) Die einschränkenden Regelungen zu abweichenden Vereinbarungen in § 2 GOÄ und in § 2 GOZ-E des vorliegenden Referentenentwurfes sind mit § 11 Satz 3 BÄO bzw. § 15 Satz 3 ZHG nicht vereinbar. Dies zeigt insbesondere der Be-

schluss des Bundesverfassungsgerichts vom 25.10.2004 (Az.: 1 BvR 1437/02) zu prüfen. Das BVerfG hat sich hier deutlich zu den Anforderungen, die aus verfassungsrechtlicher Sicht an Honorarvereinbarungen zu stellen sind, geäußert und den in der GOZ eingeräumten Gestaltungsspielraum bei Abschluss von Honorarvereinbarungen aufgezeigt. Dieser Gestaltungsspielraum wird durch die vorliegenden Änderungen und Ergänzungen von § 2 GOZ-E nicht entsprechend erweitert, sondern begrenzt. Das Gericht hat die Individualvereinbarung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG geprüft und das OLG insoweit gerügt, als an die Individualabrede zusätzliche Anforderungen gestellt wurden, für die es in den maßgeblichen Regelungen keine Stütze gab. Das BVerfG hat u. a. den Leitsatz aufgestellt, dass es eine gravierende Einschränkung des von der Berufsausübungsfreiheit umfassten Preisbestimmungsrechts darstellt, es faktisch aushöhlt, wenn die Anforderungen an eine Individualabrede so hoch gestellt werden, dass es praktisch kaum noch zu beweisbaren Vereinbarungen kommen kann.

Darüber hinaus hat das Gericht festgestellt, dass Vergütungsregelungen nur dann mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, die durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen. Die Grenzen der Zumutbarkeit hat das Gericht dort gesehen, wo unangemessen niedrige Einkünfte zugemutet werden und auf der Grundlage der bestehenden Vergütungsregelung eine wirtschaftliche Existenz generell nicht möglich ist. Bemerkenswert ist die Feststellung des Gerichts, dass

„die Gebührenmarge bei Zahnärzten besonders schmal ist. Für überdurchschnittliche Fälle steht nur der Rahmen zwischen 2,4 und 3,5 zur Verfügung, weil ein Absinken unter die Honorierung, die auch die gesetzliche Krankenversicherung zur Verfügung stellt, wohl kaum noch als angemessen zu bezeichnen ist. Die im Regelfall nur schmale Marge schadet jedoch nicht, weil der Zahnarzt gem. § 2 GOZ eine abweichende Vereinbarung treffen kann“ (23).

Dem Patienten stehe es frei, die Leistungen eines anderen Anbieters „einzukaufen“, wenn der Preis zu hoch erscheine. Die Gebührenordnung gehe von einem mittleren Standard bei der Leistungsqualität aus. Soweit Leistungen von außergewöhnlicher Qualität in Anspruch genommen würden, bestehe kein schutzwertes Interesse daran, diese Leistungen nur in dem üblichen Rahmen zu vergüten. Diese Feststellung korrespondiert mit der Aussage des BVerfG, dass innerhalb des gesetzlichen Gebührenrahmens wenig Spielraum für die Berücksichtigung qualitativer Besonderheiten bestehe.

„Wo aber wegen des besonderen Aufwandes einer Leistung eine angemessene Vergütung durch den vorgegebenen Gebührenrahmen nicht mehr gewährleistet ist, bedarf es einer Öffnungsklausel, die im Einzelfall ein Abweichen von der Gebührenordnung erlaubt. Damit wird sichergestellt, dass dem Leistungserbringer nicht unangemessen niedrige Vergütungssätze oder von ihm abgelehnte Leistungsstandards zugemutet werden.“

Diese grundlegenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts müssten den Gesetzgeber dazu anhalten, § 2 GOÄ und § 2 GOZ-E zu öffnen, nicht aber, für solche Vereinbarungen weitere Bedingungen und Einschränkungen zu bestimmen.

Gleiches betrifft die ergänzende Regelung in § 2 Abs. 4 GOZ-E, wonach diese Leistungen nur vom Wahlzahnarzt **höchstpersönlich** zu erbringen sind. Auch diese Beschränkung ist mit dem Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH abzulehnen. In dem Urteil vom 20.12.2007 (Az.: III ZR 144/07) hat der BGH herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen eine Stellvertretervereinbarung im Wege der Individualabrede zulässig ist. Die Leitsätze lauten:

1. Klauseln in einer formularmäßigen Wahlleistungsvereinbarung, durch die die einem Wahlarzt obliegende Leistung im Fall seiner Verhinderung durch einen Vertreter erbracht werden darf, sind nur wirksam, wenn sie auf die Fälle beschränkt sind, in denen die Verhinderung im Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung nicht bereits feststeht und wenn als Vertreter der namentlich benannte ständige ärztliche Vertreter im Sinne des § 4 Abs. 2 Satz 3 und 4, § 5 Abs. 5 GOÄ bestimmt ist.
2. Wird eine Stellvertretervereinbarung im Wege der Individualabrede geschlossen, bestehen gegenüber dem Patienten besondere Aufklärungspflichten, bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht.
3. Danach ist der Patient so früh wie möglich über die Verhinderung des Wahlarztes zu unterrichten und ihm das Angebot zu unterbreiten, dass an dessen Stelle ein bestimmter Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen die wahlärztlichen Leistungen erbringt. Weiter ist der Patient über die alternative Option zu unterrichten, auf die Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen zu verzichten und sich ohne Zuzahlung von dem jeweils diensthabenden Arzt behandeln zu lassen. Ist die jeweilige Maßnahme bis zum Ende der Verhinderung des Wahlarztes verschiebbar, ist dem Patienten auch dies zur Wahl zu stellen.
4. Die Vertretervereinbarung unterliegt der Schriftform.“

In Umsetzung dieser Rechtsprechung ergibt sich kein Regelungsbedürfnis für die höchstpersönliche Leistungserbringung in der GOZ oder in der GOÄ. Deshalb ist § 2 Abs. 4 GOZ-E zu streichen und § 2 GOZ-E bzw. § 2 GOÄ für abweichende Vereinbarungen zu öffnen.

- (b) Die Gewährleistung der Dienstleistungsfreiheit enthält in Art. 49 EGV über den Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot, Art. 50 Abs. 3 EGV) hinaus ein umfassendes Beschränkungsverbot. Beschränkungen können nur durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses und nur insoweit gerechtfertigt werden, als sie zur Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sind. Eine Beschränkung des in Art. 49 EGV vorgesehenen freien Dienstleistungsverkehrs hat der EuGH auch in einer Regelung gesehen, die es ausnahmslos verbietet, im Wege einer Vereinbarung von den durch eine Rechtsanwaltsgebührenordnung festgelegten Mindesthonoraren

für Leistungen abzuweichen, die zum einen Gerichtsbezug aufweisen und zum anderen Rechtsanwältinnen vorbehalten sind (EuGH, Rs. C-94/04 und C-202/04, Cipolla u. a.). Im Zusammenhang mit der Frage, ob Art. 49 EGV einer Regelung entgegensteht, die es verbietet, im Wege einer Vereinbarung von den durch eine Gebührenordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden festgelegten Mindesthonoraren für Leistungen abzuweichen, hat das Gericht u. a. Folgendes festgestellt:

„(56) Nach ständiger Rechtsprechung verlangt Artikel 49 EG nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistenden aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen - selbst wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleistende wie für solche aus anderen Mitgliedstaaten gelten -, die geeignet sind, die Tätigkeiten des Dienstleistenden, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden oder zu behindern (vgl. u. a. Urteile vom 29. November 2001 in der Rechtssache C17/00, De Coster, Slg. 2001, I9445, Randnr. 29, sowie vom 8. September 2005 in den Rechtssachen C544/03 und C545/03, Mobistar und Belgacom Mobile, Slg. 2005, I7723, Randnr. 29).

(58) Das Verbot, durch Vereinbarung von den durch die Gebührenordnung festgesetzten Mindesthonoraren abzuweichen, wie es die italienischen Rechtsvorschriften vorsehen, kann den Zugang von in einem anderen Mitgliedstaat als der Italienischen Republik niedergelassenen Rechtsanwältinnen zum italienischen Markt für juristische Dienstleistungen erschweren und ist somit geeignet, die Ausübung ihrer Dienstleistungstätigkeiten in diesem Mitgliedstaat zu beschränken. Folglich stellt sich dieses Verbot als eine Beschränkung im Sinne von Artikel 49 EG dar.

(61) Ein derartiges Verbot kann jedoch gerechtfertigt sein, wenn es zwingenden Gründen des Allgemeinwohls entspricht, geeignet ist, die Verwirklichung des mit ihm verfolgten Zieles zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Zieles erforderlich ist (vgl. u. a. Urteile vom 5. Juni 1997 in der Rechtssache C398/95, SETTG, Slg. 1997, I3091, Randnr. 21, und Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, Randnr. 37).

(62) Zur Rechtfertigung der Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs, die aus dem streitigen Verbot folgt, macht die italienische Regierung geltend, dass ein überzogener Wettbewerb zwischen Rechtsanwältinnen die Gefahr eines Preiskampfs mit sich bringe, der zu einem Verfall der Qualität der geleisteten Dienste zulasten der Verbraucher insbesondere in ihrer Eigenschaft als Rechtssuchende führen könne, die vor Gericht qualitativ hochwertiger Beratung bedürften.“

Folgerungen:

Die Beschränkungen, die sich aus der GOÄ, insbesondere aus § 2 aber auch aus § 5 ergeben und die sich im GOZ-Entwurf mit Verschärfungen wiederfinden, sind stets daran zu messen, ob die damit verbundenen Beschränkungen durch zwingende Gründe des Allge-

meininteresses gerechtfertigt und zur Verwirklichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sind. Die Patienten- bzw. Verbraucherinteressen sind über die geltenden Bestimmungen insbesondere in § 5 GOÄ ausreichend berücksichtigt. Für spezielle Konstellationen (z. B. besondere Wünsche der Patienten oder eine besondere Qualität) sind abweichende Vereinbarungen ohne die gegenwärtig bestehenden Beschränkungen zuzulassen. Die Einführung weiterer Beschränkungen ist insbesondere mit Blick auf die Bestimmungen in § 2a GOZ-E geradezu widersinnig. Einerseits möchte der Gesetzgeber den Zahlungspflichtigen bei einer abweichenden Vereinbarung mit dem Zahnarzt/Arzt vor einer Übervorteilung schützen, andererseits hält er ihn für mündig, einem ohne seine Beteiligung geschlossenen Selektiv- oder Kollektivvertrag zuzustimmen oder ihn abzulehnen. Der Gesetzentwurf ist insofern nicht stimmig. Die Öffnung für abweichende Vereinbarungen zwischen Zahlungspflichtigem und Zahnarzt/Arzt drängt sich geradezu auf. Damit würde auch den Anforderungen, die Art. 49 EGV stellt, entsprechen.

Vorschlag:

- „(1) Durch schriftliche Vereinbarung kann eine von dieser Verordnung abweichende Regelung getroffen werden, soweit die Mindestsätze nicht unterschritten oder die Höchstsätze nach § 5 Abs. 1 dieser Verordnung nicht willkürlich überschritten werden.
- (2) Eine Vereinbarung nach Absatz 1 ist nach persönlicher Information und Aufklärung vor Erbringung der Leistung zu treffen. ...“ (Im Übrigen weiter wie § 2 Abs. 2 GOÄ).
- (3) Notfall- und akute Schmerzbehandlungen dürfen nicht von einer Vereinbarung nach Absatz 1 abhängig gemacht werden.“

2.3. § 2a GOZ-E – Abweichende Vereinbarung mit dem Zahlungspflichtigen nach Maßgabe von Verträgen mit Kostenträgern

Durch Vereinbarung zwischen Zahnarzt und Zahlungspflichtigen kann die **Vergütung** (in der Begründung sind Pauschalvergütungen oder Zeithonorare beispielhaft genannt) zahnärztlicher Leistungen nach Maßgabe von Verträgen nach Satz 2 abweichend von der GOZ festgelegt werden. Folglich sieht § 2a Abs. 1 Satz 2 GOZ-E die Möglichkeit vor, dass Zahnärzte oder Gruppen von Zahnärzten in **Verträgen** mit privaten Krankenversicherungsunternehmen oder anderen Kostenträgern von der GOZ abweichende Vergütungsregelungen treffen können.

Daneben können die Bundeszahnärztekammer oder zahnärztliche Verbände mit dem Verband der privaten Krankenversicherung oder Unternehmen der privaten Krankenversicherung oder Kostenträgern **Rahmenempfehlungen** zu Verträgen nach Satz 2 schließen.

Der Zahlungspflichtige ist vom Zahnarzt vor der Erbringung der Leistung schriftlich (auch in einem Schriftstück) über den wesentlichen Inhalt des Vertrages, dessen Vertragsparteien und das Widerrufsrecht des Zahlungspflichtigen zu informieren. Auf dieser Grundlage erteilt

der Zahlungspflichtige gegenüber dem Zahnarzt seine Zustimmung, die er innerhalb einer Woche mit der Folge widerrufen kann, dass für Leistungen des Gebührenverzeichnisses, die im Zeitpunkt des Zugangs! des Widerrufs noch nicht abgeschlossen sind, die Vergütung nach der GOZ zu berechnen ist.

Der Zahnarzt und der Zahlungspflichtige sind mindestens ein Jahr an die Vereinbarung gebunden; danach kann diese mit einer Frist von vier Wochen gekündigt werden. „Unabhängig von der Bindungsfrist bleibt“, so die Begründung zum Referentenentwurf (S. 15), „das Recht des Zahlungspflichtigen bestehen, jederzeit zu einem anderen Zahnarzt zu wechseln mit der Folge, dass die Bindung an die von der GOZ abweichende Vergütungsvereinbarung entfällt.“ Notfall- und akute Schmerzbehandlungen sind ausgenommen.

§ 2a Abs. 3 GOZ-E sieht eine mit Abs. 1 und 2 vergleichbare Vertragsabschlußkompetenz u. a. für die Krankenträger und hinsichtlich der Rahmenempfehlungen, z. B. für die Deutsche Krankenhausgesellschaft, vor.

Diese Bestimmungen sind weder mit europarechtlichen (a) und verfassungsrechtlichen Bestimmungen (b) noch mit § 11 BÄO bzw. § 15 ZHG (c) vereinbar.

(a) Europarechtliche Bestimmungen

Die vorgesehenen Selektivverträge werden eine **Preisabsprache** für zahnärztliche Leistungen enthalten, denn mit § 2a GOZ-E werden Vereinbarungen über abweichende Vergütungen bezweckt. Dieser Regelungsvorschlag ist daher an dem Verbot wettbewerbsbeschränkender Verhaltensformen (Art. 81 Abs. 1 EGV) zu messen.

Art. 81 Abs. 1 EGV verbietet u. a.

„alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken, insbesondere die unmittelbare oder mittelbare Festsetzung der An- oder Verkaufspreise oder sonstiger Geschäftsbedingungen“.

Die Vorschrift gilt unmittelbar nur für Verhaltensweisen von Unternehmen, nicht aber für Gesetze und andere hoheitliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten können jedoch dadurch gegen ihre Verpflichtung aus Art. 81 EGV verstoßen, dass sie Unternehmen Kartellabsprachen vorschreiben, solche Absprachen in sonstiger Weise fördern oder die Verantwortung für Wettbewerbsbeschränkungen privaten Wirtschaftsunternehmen übertragen. Mit dieser Frage hat sich der EuGH insbesondere in seinem Urteil vom 19.02.2002, Az.: C-35/99 – Arduino sowie in seinem Urteil vom 05.12.2006, Az.: C-94/04 und C-202/04 – Cippola u. a. auseinandergesetzt. In der Rechtssache C-35/99 war die Frage zu entscheiden, ob die durch einen nach dem Real Decreto Legislativo der italienischen Regierung genehmigter Beschluss des CNF (Nationaler Rat der Rechtsanwälte), mit dem eine unabdingbare Gebührenordnung für Rechtsanwälte festgelegt wurde, in den Geltungsbereich des Verbotes nach Art. 85 Abs. 1 EGV (jetzt Art. 81 EGV) fällt. Der EuGH hat entschieden, dass es nicht gegen die Art. 5 und 85 EGV (jetzt Art. 10 EGV und Art. 81 EGV) verstößt, wenn ein Mit-

gliedstaat eine Maßnahme in Form eines Gesetzes oder einer Verordnung erlässt, durch die auf der Grundlage eines von einer berufsständigen Vertretung von Rechtsanwälten erstellten Vorschlags eine Gebührenordnung mit Mindest- und Höchstsätzen für die Leistungen der Angehörigen des Berufsstands genehmigt wird, soweit diese staatliche Maßnahme in einem bestimmten Verfahren ergeht. Im Wesentlichen hat das Gericht folgende Leitsätze aufgestellt:

- Art. 85 EGV (jetzt Art. 81) betrifft zwar an sich nur das Verhalten von Unternehmen und nicht durch Gesetz oder Verordnung getroffene Maßnahmen der Mitgliedstaaten; i. V. m. Art. 5 EGV (jetzt Art. 10) verbietet es jedoch den Mitgliedstaaten, Maßnahmen, auch in Form von Gesetzen oder Verordnungen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit der für die Unternehmen geltenden Wettbewerbsregeln aufheben könnten.
- Eine Verletzung der Art. 10 und 81 EGV liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder erleichtert oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seinen eigenen Regelungen dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern überträgt.
- Allein die Tatsache, dass ein Mitgliedstaat einen Berufsverband mit der Ausarbeitung einer Gebührenordnung für Dienstleistungen betraut, führt nicht automatisch dazu, dass die schließlich verabschiedete Gebührenordnung den Charakter einer staatlichen Regelung verliert.

Entscheidend ist, dass bei der Gebührenfestsetzung nicht nur die Interessen der Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen des Sektors vertreten werden, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit und das Interesse der Unternehmen anderer Sektoren oder derjenigen, die die betreffenden Dienstleistungen in Anspruch nehmen. **In diesem Sinne sind in einem Gesetz Kriterien des Allgemeininteresses aufzustellen und zu beachten.** Zum einen entfaltet der Vorschlag für die Gebührenordnung keine Bindungswirkung; zum anderen waren durch das Gesetz (Art. 57 und Art. 60 Real Decreto Legislativo) bestimmte Maßstäbe und außergewöhnliche Umstände für die Abweichung festgelegter Höchst- und Mindestsätze vorgeschrieben, so dass unter diesen Umständen nicht angenommen werden konnte, dass

„der italienische Staat die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsunternehmen übertragen hatte, was zur Folge hätte, dass die dem Ausgangsverfahren zugrunde liegende Regelung ihren staatlichen Charakter verlieren würde“.

In dem Urteil des EuGH vom 05.12.2006 (Cipolla u. a.) bekräftigt der EuGH die in der Rechtssache Arduino aufgestellten Grundsätze: Danach liegt eine Verletzung der Art. 10 und 81 EGV vor,

„wenn ein Mitgliedstaat gegen Art. 81 EG verstoßende Kartellabsprachen vorschreibt oder begünstigt oder die Auswirkungen solcher Absprachen verstärkt oder wenn er seinen eigenen Regelungen dadurch ihren staatlichen Charakter nimmt, dass er die Verantwortung für in die Wirtschaft eingreifende Entscheidungen privaten Wirtschaftsteilnehmern...“ oder

„...er die Verantwortung für Entscheidungen auf diesem Gebiet Rechtsanwälten überträgt“.

Der Staat darf nicht auf die Ausübung seiner Letztentscheidungsbefugnis oder auf die Kontrolle der Anwendung der Gebührenordnung verzichten. Insofern widerspricht die Struktur des § 2a GOZ-E und die darauf basierende (zukünftige) Verfahrensweise den Art. 10, 81 und 82 EG.

Dieses Hindernis kann nach der Rechtsprechung des EuGH ausgeräumt werden,

„(54)... wenn ein Mitgliedstaat eine Norm erlässt, die auf der Grundlage eines von einer berufsständischen Vertretung von Rechtsanwälten wie dem CNF erarbeiteten Vorschlags eine Gebührenordnung genehmigt, die eine Mindestgrenze für die Honorare der Mitglieder der Rechtsanwaltschaft festlegt, von der grundsätzlich ebenso wenig bei Leistungen, die diesen Mitgliedern vorbehalten sind, wie bei Leistungen abgewichen werden kann, die, wie außergerichtliche Dienstleistungen, auch von jedem anderen, der genannten Gebührenordnung nicht unterworfenen Wirtschaftsteilnehmer erbracht werden können. ...“

(b) Verfassungsrechtliche Bestimmungen

Es ist zu fragen, ob § 2a GOZ-E mit dem Grundsatz des formellen Gesetzesvorbehalts vereinbar ist, der bei wesentlichen Entscheidungen des Gesetzgebers zu beachten ist. Die Regelungen, die mit § 2a GOZ-E getroffen werden sollen, sind von der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage in § 15 ZHG nicht gedeckt. Sie bedürften einer eigenen Regelung in einem formellen Gesetz, das auf der Basis von Art. 74 Nr. 11 GG erlassen werden müsste. Ein solches Gesetz existiert gegenwärtig nicht. Würde es erlassen, müsste sich der Bundesgesetzgeber auf den Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG berufen.

Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG kann als Kompetenztitel für das privatrechtliche Versicherungswesen bejaht werden, weil die Adressaten der Regelung privatrechtlich organisierte Versicherungsunternehmen sind. Dies ergibt sich insbesondere aus der Begründung des Bundesverfassungsgerichts in seiner Entscheidung zur privaten Pflegepflichtversicherung. Darin hat das Gericht festgestellt, dass der Kompetenztitel auch voraussetzt, dass die Regelung inhaltlich den Strukturmerkmalen des privaten Versicherungswesens entspricht. Das Bundesverfassungsgericht führt hierzu aus:

„Jedenfalls kann sich der Bundesgesetzgeber auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG stützen, wenn sich seine Regelungen auf Versicherungsunternehmen beziehen, die in Wettbewerb mit anderen durch privatrechtliche Verträge Risiken versichern, die Prämien grundsätzlich am individuellen Risiko und nicht am Erwerbseinkommen des Versicherungsnehmers orientieren und die vertraglich zugesagten Leistungen im Versicherungsfall aufgrund eines kapitalgedeckten Finanzierungssystems erbringen (BVerfGE 76, 256, 300 ff.). Ebenso wie die Kompetenz „Sozialversicherung“ in Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG (BVerfGE, 75, 108, 146) ist auch die Kompetenznorm „privatrechtliches Versicherungswesen“ Entwicklungen nicht von vornherein verschlossen. Der Gesetzgeber des Bundes kann sich deshalb auf Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG auch dann berufen, wenn er für einen von ihm neu geschaffenen Typ von privatrechtlicher Versicherung Regelungen des sozialen Ausgleichs vorsieht und ins-

besondere während einer Übergangszeit die das privatwirtschaftliche Versicherungswesen prägenden Merkmale nur begrenzt wirken lässt.“

Das Bundesverfassungsgericht umreißt damit präzise den Typus der Privatversicherung und beschreibt das Ausmaß, in dem von dessen typischen Elementen abgewichen werden kann. Die mit § 2a GOZ-E geplanten Regelungen behalten die Formen des Privatrechts insofern bei, als das Versicherungsverhältnis durch den Abschluss eines privatrechtlichen Vertrages begründet wird; verlassen aber diese Grundkonzeption, wenn „Selektivverträge“ nach § 2a GOZ-E vorliegen. Denn der Zahnarzt soll unter bestimmten Voraussetzungen den Beitritt des Versicherungsnehmers zu diesem Vertrag herbeiführen; wird quasi zum Erfüllungsgehilfen der Versicherung und soll den Versicherungsnehmer beraten. Dabei gehört es gemäß § 6 VVG zu den primären Pflichten einer Versicherung, ihre Versicherungsnehmer über den Versicherungsvertrag, Zusatztarife oder Vertragsänderungen u. ä. zu informieren.

Inhaltlich weichen die vorgesehenen Regelungen erheblich vom typischen und herkömmlichen Bild des privatrechtlichen Versicherungsvertrages ab. Im privatrechtlichen Versicherungswesen herrscht grundsätzlich Privatautonomie und Vertragsabschlussfreiheit. Ist der Versicherungsvertrag geschlossen, dann bindet dieser die Vertragsparteien, es sei denn, es erfolgt eine Kündigung oder eine Änderung des Vertrages. Nach dem Gesetzentwurf soll die Vertragsbindung aber enden, wenn der Versicherungsnehmer den Zahnarzt wechselt (vgl. S. 15 der Begründung zum Referentenentwurf).

Wird die private Krankenversicherung in ihrer herkömmlichen Gestalt betrachtet und diese mit der geplanten verglichen, wird deutlich, dass die private Krankenversicherung mit einer Vielzahl von Selektivverträgen grundlegend vom Typus der privatrechtlichen Versicherung abweicht. Zwar verblieben nach der Einführung beachtliche **Unterschiede zur Sozialversicherung**, diese würden aber **in der Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der Regelungen zum brancheneinheitlichen Basistarif immer geringer**. In der Summe führen die geplanten Bestimmungen dazu, dass der privaten Krankenversicherung in einem erheblichen Umfang gleiche Regelungsmechanismen auferlegt werden wie der gesetzlichen Krankenversicherung, so dass sie dem Typus der Privatversicherung nicht mehr entspricht. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist zwar Entwicklungen von vornherein nicht verschlossen. Wenn der Gesetzgeber die private Krankenversicherung aber dauerhaft, nicht nur für eine Übergangszeit oder in einem untergeordneten Bereich, aushöhlt und systematisch der gesetzlichen Krankenversicherung angleicht, dann überschreitet er die kompetenzrechtlichen Grenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, auf dem sowohl § 15 ZHG als auch § 11 BÄO beruhen.

(c) Vereinbarkeit mit § 15 ZHG bzw. § 11 BÄO

Diesbezüglich wird auf das Gutachten von Herrn Prof. Boecken „Zur Öffnung der GOZ durch die Zulassung abweichender Vereinbarungen zwischen Zahnärzten und Kostenträgern...“ Bezug genommen.

In dem Gutachten kommt Herr Prof. Boecken u. a. zu dem Ergebnis, dass

„die geplante Vorschrift des § 2a GOZ-E mit ihrem Regelungsinhalt nicht von der Ermächtigungsgrundlage des § 15 ZHG gedeckt und deshalb bereits aus diesem Grunde verfas-

sungswidrig (ist). § 15 ZHG kann die Verordnungsregelung des § 2a GOZ-E im Hinblick darauf nicht tragen, als diese ihrem Inhalt nach nicht mit der Trias der von § 15 ZHG bezüglich der Ermächtigung zum Erlass einer Gebührenordnung verfolgten Zielsetzung (Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbs, Herbeiführung eines Ausgleichs zwischen widerstreitenden Interessen von Zahnärzten und Patienten unter Beachtung der jeweiligen berechtigten Interessen sowie Erhöhung der Transparenz privat Zahnärztlicher Liquidation) im Einklang steht“ (S. 24).

Da sich § 15 ZHG und § 11 BÄO im Wortlaut gleichen, sind diese grundlegenden Feststellungen auf den ärztlichen Bereich übertragbar.

Folgerungen:

Die abweichenden Vereinbarungen mit Kostenträgern nach **§ 2a Abs. 1 GOZ-E** führen zu Preisabsprachen zwischen Zahnärzten oder Gruppen von Zahnärzten und Unternehmen der privaten Krankenversicherung sowie letztlich zur Abdingung der staatlichen Gebührenordnung. Der Staat behält sich keine Überprüfung vor und gibt auch keine Kriterien für die Berücksichtigung des „Allgemeininteresses“ vor, obwohl erkennbar ist, dass sowohl die Zahnärzte als auch die Unternehmen der privaten Krankenversicherung andere als die Allgemeininteressen vertreten könnten. Selbst die Interessen der Unternehmen der privaten Krankenversicherung, die auf möglichst hohe Gewinne und niedrige Preise gerichtet sein dürften, könnten mit den Interessen ihrer Versicherungsnehmer, die an eine möglichst hohe Qualität der zahnärztlichen Betreuung zu angemessenen Preisen interessiert sein dürften, kollidieren.

Die Regelung über die „**Rahmenempfehlungen**“ (**§ 2a Abs. 2 GOZ-E**) ist aus europarechtlicher Sicht nicht wesentlich anders zu bewerten, weil es sich lediglich um Rahmenempfehlungen zu Verträgen und nicht um Rahmenempfehlungen zur Gebührenordnung handelt.

Nach den o. g. Maßstäben müsste das Gesetz (§ 15 ZHG oder § 11 BÄO) Kriterien bestimmen, insbesondere für die Berücksichtigung des Allgemeininteresses, damit diese Verträge oder die Rahmenempfehlungen zu Verträgen in eine Gebührenordnung für die Leistungen des Berufsstandes in einem staatlich vorgesehenen Verfahren (Gesetzgebungsverfahren) übernommen werden können.

In dem Gesetzentwurf fehlt nicht nur eine Legaldefinition für den Begriff „Rahmenempfehlung“, sondern auch eine Bestimmung zur staatlichen Letztentscheidungsbefugnis bzw. zur Kontrolle der Ausgestaltung der Vergütung. Deshalb handelt es sich bei den im Gesetzentwurf vorgesehenen Verträgen oder Rahmenempfehlungen zu Verträgen nach § 2a GOZ-E um Kartellvereinbarungen, die gegen Art. 81 Abs. 1 Nr. 1 EGV verstoßen.

Mit dem Regelungsvorschlag in § 2a Abs. 2 GOZ-E konterkariert der Gesetzgeber seine Verantwortung, die er für die Erstellung einer Gebührenordnung nach § 11 BÄO bzw. § 15 ZHG hat, insbesondere im Hinblick auf die Geltendmachung der Allgemeininteressen. Dieser Mangel wird durch das gesetzliche Konstrukt, den Vertrag zwischen dem Zahlungspflichtigen und dem Zahnarzt/Arzt zu schließen, nicht geheilt; vielmehr wird der Widerspruch zu § 2 GOZ-E deutlich.

Auf dieser Ebene (Zahnarzt/Arzt und Versicherter) besteht lediglich die Möglichkeit, einem Selektivvertrag beizutreten, aber keine Gestaltungsfreiheit. Solche Verträge können den Wettbewerb aber einschränken oder aufheben.

Der räumliche bzw. örtliche Regelungsbereich der Verträge kann differieren; Verträge könnten sich auch auf das gesamte Bundesgebiet beziehen. Insofern sind solche Verträge geeignet, den Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 81 EGV zu beeinträchtigen.

Vorschlag:

Diese Erkenntnisse führen in der Konsequenz dazu, die Streichung von § 2a GOZ-E zu fordern.

Wenn der Wettbewerb zwischen den privaten Krankenversicherungen verstärkt werden soll, so könnte dies maßgeblich über die Schaffung eines differenzierten Tarifsystems erreicht werden. Damit würde der Wettbewerb um den Versicherungsnehmer und um die Steigerung Qualität eröffnet und nicht ein Wettbewerb um den niedrigsten Preis im Sinne einer Kosten- und Gewinnoptimierung.

2.4. Auswirkungen einer abweichenden Vereinbarung gem. § 2a GOZ-E auf das Privatliquidationsrecht

Die gesamte Konzeption des § 2a GOZ-E beinhaltet eine Gefahr für das Privatliquidationsrecht. Diese erhöht sich insbesondere mit Blick auf § 2a Abs. 3 GOZ-E, wenn die Zahnärzte/Ärzte nicht Vertragspartner sind. Zielrichtung ist es, von der GOZ/GOÄ abweichende vertragliche Regelungen zu treffen, was sich zwingend auf das Privatliquidationsrecht auswirkt, es sei denn, gesetzlich würde bestimmt, dass das Privatliquidationsrecht davon unberührt bleibt. Allein der Hinweis darauf in der Begründung des Gesetzentwurfs (vgl. S. 15/16) ist nicht ausreichend.

Inwieweit durch eine solche Umstellung des Vergütungssystems Grundrechtsverletzungen intendiert sind, bedürfte einer gesonderten Prüfung. Deshalb ist zu fordern, dass das Privatliquidationsrecht durch die vorgesehenen Vertragslösungen nicht beeinträchtigt wird.

2.5. § 6 Abs. 2 GOZ-E und der Vorrang des Berufsrechts

§ 6 Abs. 2 GOZ-E sieht vor, dass der Zahnarzt bestimmte Leistungen nach der Gebührenordnung für Ärzte liquidieren darf, soweit die Leistungen nicht als selbständige Leistungen oder als Teil einer anderen Leistung im Gebührenverzeichnis der Gebührenordnung für Zahnärzte enthalten ist oder nach Abs. 1 (Analogbewertung) berechnet werden kann.

Zahnärzte üben ihren Beruf auf der Grundlage des Gesetzes über die Ausübung der Zahnheilkunde (ZHG) aus. Daneben gilt das Gesetz über die Zulassung von nach § 19 des Zahnheilkundengesetzes berechtigten Personen zur Behandlung der Versicherten in der gesetzlichen Krankenversicherung; nach § 4 wird der Umfang, in welchem die Zahnheilkunde ausgeübt werden darf, im Beschluss über die Zulassung geregelt. In Abgrenzung zum Arztberuf

enthält insbesondere § 1 ZHG wesentliche Bestimmungen zur Berufsausübung. So regelt § 1 Abs. 3 ZHG:

„Ausübung der Zahnheilkunde ist die berufsmäßige auf zahnärztlich wissenschaftliche Erkenntnis gegründete Feststellung und Behandlung von Zahn-, Mund- und Kieferkrankheiten. Als Krankheit ist jede von der Norm abweichende Erscheinung im Bereich der Zähne, des Mundes und der Kiefer anzusehen, einschließlich der Anomalien der Zahnstellung und des Fehlens von Zähnen.“

Auf der Grundlage von § 15 ZHG wird die **Bundesregierung** ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die Entgelte für die zahnärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln. Der durch das BMG vorgelegte Entwurf vermischt in § 6 Abs. 2 GOZ-E das Berufsausübungsrecht mit der Honorierung von Leistungen. Die Bundesregierung ist aber nur ermächtigt, die Entgelte für die ärztliche/zahnärztliche Tätigkeit in einer Gebührenordnung zu regeln und nicht Berufsausübungsregeln mit der Vergütung zu verknüpfen. Erbringen Mund-, Kiefer-, Gesichtschirurgen, die als Zahnärzte approbiert sind, Leistungen, die in der Gebührenordnung für Zahnärzte nicht abgebildet sind, so ist primär zu prüfen, ob diese analog berechnet werden können. Für die Analogbewertung könnte auf die Gebührenordnung für Ärzte zurückgegriffen werden, wenn die ausgeübten Tätigkeiten mit der Approbation als Zahnarzt vereinbar sind, die Leistungen aber in dem Gebührenverzeichnis für Zahnärzte nicht aufgenommen wurden.

Vorschlag:

§ 6 Abs. 2 GOZ-E sollte gestrichen werden. Der geäußerte Grundgedanke ist in § 6 Abs. 1 GOZ-E enthalten. Die Bestimmung könnte dahingehend ergänzt werden, dass unter den o. g. Voraussetzungen für die Analogbewertung auch auf die Gebührenordnung für Ärzte zurückgegriffen werden kann. Dies hätte den Vorteil, dass die Regelung allgemein gefasst werden könnte und gleichzeitig der Geltungsbereich dieser Verordnung nicht verlassen wird.

2.6. Wegegeld als Entschädigung

In § 8 GOZ-E wird die Regelungssystematik der GOÄ zu Entschädigungen (Wegegeld und Reiseentschädigung) übernommen.

Nach der Begründung zum Referentenentwurf werden die Beträge entsprechend der Kostensteigerung seit 1996 (Inkrafttreten der letzten GOÄ-Novelle) angepasst. Die Erhöhung des Kostenanteils würde sich an den Angaben des Statistischen Bundesamtes zum Verbraucherpreisindex im Bereich Waren und Dienstleistungen für Privatfahrzeuge orientieren. Die Erhöhung des Aufwandsanteils entspräche der allgemeinen mit dieser Verordnung vorgesehenen Honorarsteigerung (S. 21 der Begründung zum Referentenentwurf).

Die Überprüfung der Kalkulation der Bundesregierung zur Anpassung der Gebühren an den Verbraucherpreisindex im Bereich Waren und Dienstleistungen für Privatfahrzeuge anhand der Statistischen Jahrbücher des Statistischen Bundesamtes hat folgendes ergeben:

Die Erhöhung um 0,72 Cent in § 8 Abs. 2 GOZ-E von 3,58 Euro GOÄ bzw. auf 4,30 Euro GOZ-E in § 8 Abs. 2 Nr. 1 GOZ-E berücksichtigt nur die Veränderung des Indexes im Zeitraum 2000 bis 2006 von 100 auf 121,3 Prozentpunkte, was exakt von 3,58 auf 4,30 Euro führt. Der Zeitraum von 1996 bis 2000 von 102,8 auf 109,3 = 6,5 Prozentpunkte bleibt aber genauso unberücksichtigt wie der Zeitraum 2007/2008 mit geschätzten weiteren 6,5 Prozentpunkten (aufgrund der exorbitant gestiegenen Benzinpreise). Das ergibt dann einen Betrag in Höhe von 4,81 Euro anstelle der geplanten 4,30 Euro.

Zudem zeigt der Vergleich mit der Zweiten Verordnung zur Änderung der Tierärztegebührenordnung vom 30. Juni 2008 (BGBl. I Nr. 27, S. 1110) das hier mit zweierlei Maß gemessen wird. Danach beträgt

- „das Wegegeld bei Benutzung des eigenen Kraftfahrzeuges je Doppelkilometer
1. bei Tag 2,30 Euro, mindestens jedoch 8,60 Euro,
 2. bei Nacht (zwischen 19.00 und 7.00 Uhr), an Feiertagen und an Wochenenden 3,40 Euro, mindestens jedoch 11,40 Euro“.

Die Abweichungen für den zahnärztlichen/ärztlichen Bereich lassen sich mit Blick auf die Begründung des Gesetzgebers nicht erklären. Der Preis- und Kostenanstieg betrifft die genannten Berufsgruppen gleichermaßen.

2.7. § 10 Abs. 7 GOZ-E (Gebührevorschuss)

Nach § 10 Abs. 7 GOZ-E soll der Zahnarzt nur eingeschränkt Vorauszahlungen verlangen dürfen. Im Referentenentwurf heißt es hierzu:

„Der Zahnarzt kann mit dem Zahlungspflichtigen bei einem voraussichtlich entstehenden Gesamtrechnungsbetrag von über 5.000,00 €, bezogen auf einen Behandlungszeitraum von drei Monaten, eine Vorauszahlung in Höhe von bis 30 % des voraussichtlich entstehenden Gesamtrechnungsbetrages vereinbaren.“

Aktuell kann ein Zahnarzt nach der Rechtsprechung zumindest bezogen auf die Zahntechnik Kosten einer Vorauszahlung verlangen. Daneben sollte es zulässig sein, einen Vorschuss zu fordern.

Wenn der Gesetzgeber diese Möglichkeit ausdrücklich vorsieht, dann sollte die Regelung auch die in der Praxis bestehenden Problemfälle einer Lösung zuführen und nicht eine praxisferne Mindestobergrenze bestimmen.

Vorschlag:

„Der Zahnarzt/ Arzt kann von dem Zahlungspflichtigen für die entstandenen und die voraussichtlich entstehenden Gebühren und Auslagen einen im angemessenen Verhältnis zum Gesamtrechnungsbetrag stehenden Vorschuss fordern.“

2.8. Zusammenfassende rechtliche Bewertung

Der besondere Aufwand einer Leistung ist angemessen zu vergüten. Wenn dies durch den vorgegebenen Gebührenrahmen nicht mehr gewährleistet ist, bedarf es einer Öffnungsklausel, die im Einzelfall ein Abweichen von der Gebührenordnung erlaubt. Diese grundlegende Feststellung des Bundesverfassungsgerichts sollte den Gesetzgeber veranlassen, § 2 GOZ-E (auch § 2 GOÄ) zu öffnen, nicht aber – wie vorgesehen – weitere Einschränkungen vorzusehen.

Dies betrifft auch die ergänzende Regelung in § 2 Abs. 4 GOZ-E, dass diese Leistungen nur vom Wahlzahnarzt höchstpersönlich zu erbringen sind. Diesbezüglich hat der BGH in dem Urteil vom 20.12.2007 (Az.: III ZR 144/07) herausgearbeitet, unter welchen Voraussetzungen eine Stellvertretervereinbarung im Wege der Individualabrede zulässig ist.

Die Einführung weiterer Beschränkungen in § 2 GOZ-E ist geradezu widersinnig. Einerseits möchte der Gesetzgeber den Zahlungspflichtigen bei einer abweichenden Vereinbarung mit dem Zahnarzt/Arzt vor einer Übervorteilung schützen, andererseits hält er ihn für mündig, einem ohne seine Beteiligung geschlossenen Selektiv- oder Kollektivvertrag zuzustimmen oder ihn abzulehnen (vgl. § 2a GOZ-E). Der Gesetzentwurf ist insofern nicht stimmig. Die Öffnung für eine abweichende Vereinbarung zwischen Zahlungspflichtigem und Zahnarzt/Arzt drängt sich auch aus dieser Perspektive geradezu auf. Damit würde zudem den Anforderungen, die Art. 49 EGV stellt, entsprochen.

Die Bestimmungen in § 2a GOZ-E sind weder mit europarechtlichen noch mit verfassungsrechtlichen Bestimmungen vereinbar.

Wird die private Krankenversicherung in ihrer herkömmlichen Gestalt betrachtet und diese mit der geplanten verglichen, wird deutlich, dass die private Krankenversicherung mit einer Vielzahl von Selektivverträgen grundlegend vom Typus der privatrechtlichen Versicherung abweicht. Zwar verblieben nach der Einführung beachtliche Unterschiede zur Sozialversicherung, diese würden aber in der Gesamtbetrachtung unter Einbeziehung der Regelungen zum brancheneinheitlichen Basistarif immer geringer. In der Summe führen die geplanten Bestimmungen dazu, dass der privaten Krankenversicherung in einem erheblichen Umfang gleiche Regelungsmechanismen auferlegt werden wie der gesetzlichen Krankenversicherung, so dass sie dem Typus der Privatversicherung nicht mehr entspricht. Der Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG ist zwar Entwicklungen von vornherein nicht verschlossen. Wenn der Gesetzgeber die private Krankenversicherung aber dauerhaft, nicht nur für eine Übergangszeit oder in einem untergeordneten Bereich, aushöhlt und systematisch der gesetzlichen Krankenversicherung angleicht, dann überschreitet er die kompetenzrechtlichen Grenzen des Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG, auf dem sowohl § 15 ZHG als auch § 11 BÄO beruhen.

Aus europarechtlichen Gründen darf der Staat nicht auf die Ausübung seiner Letztentscheidungsbefugnis oder auf die Kontrolle der Anwendung der Gebührenordnung verzichten. Insofern widerspricht die Struktur des § 2a GOZ-E und die darauf basierende (zukünftige) Verfahrensweise den Artikeln 10, 81 und 82 EGV.

Die abweichenden Vereinbarungen mit Kostenträgern nach § 2a Abs. 1 GOZ-E führen zu Preisabsprachen zwischen Zahnärzten oder Gruppen von Zahnärzten und Unternehmen der privaten Krankenversicherung sowie letztlich zur Abdingung der staatlichen Gebührenordnung. Der Staat behält sich keine Überprüfung vor und gibt keine Kriterien für die Berücksichtigung des „Allgemeininteresses“ vor, obwohl erkennbar ist, dass sowohl die Zahnärzte als auch die Unternehmen der privaten Krankenversicherung andere als die Allgemeininteressen vertreten könnten. Selbst die Interessen der Unternehmen der privaten Krankenversicherung, die auf möglichst hohe Gewinne und niedrige Preise gerichtet sein dürften, könnten mit den Interessen ihrer Versicherungsnehmer, die an eine möglichst hohe Qualität der zahnärztlichen Betreuung zu angemessenen Preisen interessiert sein dürften, kollidieren.

Eine Regelung über die Rahmenempfehlungen ist aus europarechtlicher Sicht nicht wesentlich anders zu bewerten, weil es sich lediglich um Rahmenempfehlungen zu Verträgen und nicht zur Gebührenordnung handelt.

Nach den o. g. Maßstäben müsste das Gesetz (§ 15 ZHG oder § 11 BÄO) Kriterien für die Berücksichtigung des Allgemeininteresses bestimmen, damit diese Verträge oder die Rahmenempfehlungen zu den Verträgen in eine Gebührenordnung für die Leistungen des Berufsstandes in einem staatlich vorgesehenen Verfahren übernommen werden könnten.

In dem Gesetzentwurf fehlt nicht nur eine Legaldefinition für den Begriff „Rahmenempfehlung“, sondern auch eine Bestimmung zur staatlichen Letztentscheidungsbefugnis bzw. zur Kontrolle der Ausgestaltung der Vergütung.