

§ 116b Abs. 2 SGB V Konkurrenzschutz der Vertragsärzte Aus der Neuen Welt der ambulanten Versorgung in der GKV

Rechtsanwalt Holger Barth
Fachanwalt für Medizinrecht
Wilhelmstraße 46, 79098 Freiburg
www.arztrechtplus.de

Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im DAV am 25.9.2010

§ 116b Abs. 2 SGB V

Konkurrenzschutz der Vertragsärzte

- A. Gründe und Reichweite der Regelung nach dem GKV-WSG und Bedeutung für konkurrierende Vertragsärzte
- B. Drittrechtsschutz konkurrierender Vertragsärzte
 - I. Ableitung aus den materiellen Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG)
 - II. Ableitung aus dem Berücksichtigungsgebot des § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB: einfach-rechtlich und im Lichte des Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG
 - III. Konsequenzen für die Verwaltungsentscheidung
- C. Schluss

A.I. Motive des Gesetzgebers

- Entwickelt zu § 116b SGB V i. d. F. des GMG = Vertragslösung (seit 1.1.2004, BT- Drucks. 15/1525, S. 120 und 174), Vorteile amb. KH-Behandlung:
- Generell: Wettbewerb zwischen verschiedenen Versorgungsformen durch „Weiterentwicklung der Versorgungsstrukturen“ (MVZ, HZV, IV, DMP, Verträge über spezielle ärztliche Leistungen) -> Effizienzreserven
- Bessere Versorgung aus einer Hand
- Risikobeherrschung bei best. Leistungen
- Wirtschaftliche Ausnutzung vorh. Einrichtungen

Motive des Gesetzgebers

- Weiterentwickelt durch das GKV-WSG (seit 1.4.2007, BT-Drucks. 16/3100, S. 87 f., 139 f.):
- Verbesserung von Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung durch Vertragswettbewerb
- Die ambulante Versorgung stützt sich weiterhin auf freiberuflich tätige Haus- und Fachärzte sowie in besonderen Fällen auf die Behandlung am Krankenhaus.
- Die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen ... wird ... durch die Einführung eines Zulassungsverfahrens durch die Länder vorangetrieben (KK'en zu passiv).
- Ziel, die Bedarfszulassung im Sinne von Zulassungssperren zu einem späteren Zeitpunkt abzulösen und künftig auf eine Versorgungsplanung zu konzentrieren, die auch sektorenübergreifend sein sollte.

A.II. Reichweite und Bedeutung

- „Wenn § 116b Abs. 3 Nr. 2 zu den „seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen“ auch onkologische Erkrankungen und multiple Sklerose zählt, und die Leistungen des Krankenhauses alle zur „Diagnostik und Therapie“ von Patienten mit diesen Erkrankungen erforderlichen Behandlungsmaßnahmen einschließlich der Verordnung von Arzneimitteln (§ 116b Abs. 6) umfassen, wird unmittelbar deutlich, dass der Gesetzgeber nicht mehr die besonderen Diagnose- und Therapiemöglichkeiten der Krankenhäuser für die ambulante Behandlung nutzen will, sondern eine **komplette zweite ambulante Facharztschiene** eröffnet hat.“ (Wenner, GesR, 2009, 505, 509)

§ 116b Abs. 3 SGB V

(3) Der Katalog zur ambulanten Behandlung umfasst folgende hochspezialisierte Leistungen, seltene Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen:

1.hochspezialisierte Leistungen

- CT/MR-gestützte interventionelle schmerztherapeutische Leistungen
- Brachytherapie,

2.seltene Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen

- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit HIV/Aids
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit schweren Verlaufsformen rheumatologischer Erkrankungen
- spezialisierte Diagnostik und Therapie der schweren Herzinsuffizienz (NYHA Stadium 3-4)
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Tuberkulose
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Mucoviszidose
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Hämophilie
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Fehlbildungen, angeborenen Skelettsystemfehlbildungen und neuromuskulären Erkrankungen
- Diagnostik und Therapie von Patienten mit schwerwiegenden immunologischen Erkrankungen
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Multipler Sklerose
- Diagnostik und Versorgung von Patienten mit Anfallsleiden
- Diagnostik und Versorgung von Patienten im Rahmen der pädiatrischen Kardiologie
- Diagnostik und Versorgung von Frühgeborenen mit Folgeschäden.

Für die sächlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses gelten die Anforderungen für die vertragsärztliche Versorgung entsprechend.

§ 116b Abs. 4 SGB V

- (4) Der Gemeinsame Bundesausschuss hat erstmals bis zum 31. März 2004 den Katalog nach Absatz 3 zu ergänzen um weitere seltene Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen sowie um hochspezialisierte Leistungen, die die Kriterien nach Satz 2 erfüllen. Voraussetzung für die Aufnahme in den Katalog ist, dass der diagnostische oder therapeutische Nutzen, die medizinische Notwendigkeit und die Wirtschaftlichkeit belegt sind, wobei bei der Bewertung der medizinischen Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit die Besonderheiten der Leistungserbringung im Krankenhaus im Vergleich zur Erbringung in der Vertragsarztpraxis zu berücksichtigen sind. Die Richtlinien haben außerdem Regelungen dazu zu treffen, ob und in welchen Fällen die ambulante Leistungserbringung durch das Krankenhaus die Überweisung durch den Hausarzt oder den Facharzt voraussetzt. In den Richtlinien sind zusätzliche sächliche und personelle Anforderungen sowie die einrichtungsübergreifenden Maßnahmen der Qualitätssicherung nach § 135a in Verbindung mit § 137 an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses zu regeln; als Mindestanforderungen gelten die Anforderungen nach § 135 entsprechend. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat den gesetzlich festgelegten Katalog, die Qualifikationsanforderungen und die Richtlinien spätestens alle zwei Jahre daraufhin zu überprüfen, ob sie noch den in den Sätzen 2 bis 4 genannten Kriterien entsprechen sowie zu prüfen, ob neue hochspezialisierte Leistungen, neue seltene Erkrankungen und neue Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen in den Katalog nach Absatz 3 aufgenommen werden müssen.

Aufgaben des G-BA

- Ergänzungen des gesetzlichen Kataloges (Abs. 4 S. 1, 2)
- Zusätzliche sächliche und personelle Anforderungen; Mindestanforderung nach § 135 (Abs. 4 S. 4) SGB V
- Überweisungserfordernis (Abs. 4 S. 3): medizinische Leitgesichtspunkte, aber weites Ermessen (BSG, Urteile vom 3.2.2010, B 6 KA 30/09 R und B 6 KA 31/09 R)
- Überprüfung der Richtlinie und der Anforderungen sowie auf mögliche Erweiterungen des Katalogs alle 2 Jahre (Abs. 4 S. 5) => Kompetenz zur Einschränkung des gesetzlichen Katalogs gering

Verfahrensordnung des G-BA 3. Kapitel: Verfahren für Richtlinienbeschlüsse nach § 116b Abs. 4 SGB V

- > Hoch spezialisierte Leistungen

§ 5 Kriterien für die Aufnahme und den Verbleib als Kataloginhalt nach § 116b SGB V

- (1) 1 Als hoch spezialisiert gelten Leistungen,
 - a) zu deren qualifizierter Erbringung medizinische Kenntnisse und Erfahrungen erforderlich sind, die über die Facharztqualifikation deutlich hinausgehen, und entweder
 - b) zu deren qualifizierter Erbringung besonders aufwändige organisatorische (z. B. bei interdisziplinärer Behandlung), bauliche, apparativ-technische oder hygienische Anforderungen vorliegen müssen,oder
 - c) die Leistungserbringung mit einem spezifischen Komplikationsrisiko für den Patienten oder mit einem Gefährdungspotential für Dritte verbunden ist, das mit der Infrastruktur eines entsprechend spezialisierten Krankenhauses besser beherrscht werden kann als in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung.
- 2 In begründeten Ausnahmefällen reicht auch a) oder c) alleine aus.

-> Seltene Erkrankungen

(2) Eine seltene Erkrankung liegt vor, wenn angenommen werden kann, dass bundesweit nicht mehr als fünf von zehntausend Personen von ihr betroffen sind oder bei einer vergleichbaren Prävalenz wegen der Eigenart der Erkrankung eine Konzentration der fachlichen Expertise im Rahmen der stationären Behandlung am Krankenhaus bereits gegeben ist.

-> Erkrankungen mit besonderen Verläufen

- (3) Eine Erkrankung hat einen besonderen Verlauf, wenn empirisch durch entsprechendes Datenmaterial belegt ist, dass beim überwiegenden Teil der Patientinnen und Patienten
- a) mindestens zweimal kalenderjährlich eine stationäre Behandlung erfolgt,
 - b) mehr als eine ambulante Behandlung pro Quartal über ein Jahr stattfindet und
 - c) ein durchgängig abgestimmtes Versorgungskonzept aus einer Hand erforderlich ist.

=> Sehr weiter Leistungsbereich

- Bei Vertragsärzten häufig Gegenstand einer Sonderbedarfszulassung wegen Subspezialisierung:
 - Onkologie, Kinderkardiologie etc.
- Konkurrenz auch im Querschnitt bei diagnostischen Fachgebieten: Radiologie, Labormedizin etc.
- „Planungssicherheit für hohe Investitionen in eine onkologisch ausgerichtete Praxis lässt sich daraus kaum ableiten.“ (*Wenner, a.a.O.*)
- Kompetenz des G-BA zur Einschränkung des gesetzlichen Katalogs sehr beschränkt

§ 116b Abs. 2 SGB i. d. F. des GKV-WSG

- „Ein zugelassenes Krankenhaus ist zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach Absatz 3 und Absatz 4 genannten hochspezialisierten Leistungen seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers **unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation** dazu bestimmt worden ist. Eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist. Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist anzustreben.“
- Aus der Begründung: „... *Eine Bedarfsprüfung erfolgt nicht.*“

Auslegungsfragen zu § 116b Abs. 2 SGB V

- Beurteilungsspielraum hinsichtlich
 - a.) Geeignetheit des Krankenhauses? (Beweislast?)
 - b.) **vertragsärztlicher Versorgungssituation?**
- Ermessens- oder gebundene Entscheidung?
- Bedeutung des **Berücksichtigungsgebots?**
 - a.) gar keine?
 - b.) objektiv-rechtliche? und/oder
 - c.) **drittschützende?**
- Maßstäbe der Krankenhausplanung relevant?

B. Drittrechtsschutz konkurrierender Vertragsärzte

- I. Ableitung aus den materiellen Grundrechten (Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG)
 - Die Frage stellte sich verschärft, wenn der Gesetzgeber eindeutig einen Rechtsanspruch des geeigneten Krankenhauses auf gebundene und schrankenlose Bestimmung ohne Rücksicht auf die Belange der Vertragsärzte geregelt hätte, was einige Autoren schon dem aktuellen Gesetzestext entnehmen (bspw. *Wagner/Weddehage*, MedR 2007, 643, 648).
 - Zur Verdeutlichung dieser Position und nur für die Zwecke der Prüfung, ob Grundrechte berührt sind, sei folgender Text des § 116b Abs. 2 SGB V **fingiert**:

§ 116b Abs. 2 SGB V hypothetisch (ermessensfrei und schrankenlos)

- „Ein zugelassenes Krankenhaus ist zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach Absatz 3 und Absatz 4 genannten hochspezialisierten Leistungen seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers dazu bestimmt worden ist. Eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist; **ansonsten ist sie ungeachtet der vertragsärztlichen Versorgungssituation antragsgemäß auszusprechen.** Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist anzustreben.“ (fiktiver Gesetzestext)
- Aus der (fiktiven) Begründung: „... *Eine Bedarfsprüfung erfolgt nicht. Krankenhäuser haben einen Rechtsanspruch auf Bestimmung, soweit ihre Ungeeignetheit nicht erwiesen ist.*“

BVerfG, Beschluss vom 17.8.2004 (1 BvR 378/00), zu § 116 Satz 2 SGB V

- „Im Grundsatz gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz (vgl. BVerfGE 34, 252 <256>). Eine **Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt**, die **erhebliche Konkurrenz Nachteile** zur Folge hat, kann aber das **Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen**, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht (vgl. BVerfGE 82, 209 <223 f.>; für die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan). Insbesondere **bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen**. Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt **durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen** zu weiter gehenden, **an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen** in die Marktbedingungen, die zu einer **Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse** führen, so besteht die **Möglichkeit**, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus **Art. 12 Abs. 1 GG verletzt** sind. ...“
- **Zitat aus BVerfG, Beschluss vom 23.4.2009 (1 BvR 3405/08), KH-Planung**

Begründungslinien des BVerfG

- 1.a. Gesetzlicher Vorrang der Zugelassenen auf dem regulierten Markt zum Systemerhalt, aber auch als
- 1.b. Ausgleich der Belastungen der Vertragsärzte durch Bedarfsplanung und Vergütungsbeschränkungen
=> Aspekt einer quantitativ begrenzten Konkurrenz
- 2. Wettbewerbsvorteile der Krankenhausärzte
Rezeption durch das BSG => Anknüpfung ausschließlich an 1.a., und zwar konkret-individuell verengt auf den „einfach-rechtlichen“ Vorrang des zugelassenen Arztes (gerade) gegenüber dem externen Wettbewerber

BSG, Urteil vom 7.2.2007 (B 6 KA 8/06 R), Dialysegenehmigung

- **Zulässigkeit** der Anfechtung nur ausgeschlossen, wenn drittschützende Wirkung „offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise“ gegeben
- **Anfechtungsberechtigung** = Vorprüfung auf der Ebene der Begründetheit, wenn
- (1) Kläger und Konkurrenten im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbieten;
- (2) dem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird;
- (3) **der hierdurch vermittelte Status gegenüber demjenigen des Anfechtenden nachrangig ist.**

Grundaussagen des BSG

- Für die Entscheidung des BVerfG vom 17.8.04 sei maßgebend gewesen, dass Krankenhausärzten der Zugang zum System der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 116 Satz 2 SGB V nur nachrangig im Falle noch nicht gedeckten Versorgungsbedarfs (...) gewährt wird.
- Bei der so genannten defensiven Konkurrentenklage könne die Anfechtungsbefugnis daher **nicht aus materiellen Grundrechten** abgeleitet werden, sondern nur aus einschlägigen „einfach-rechtlichen“ Regelungen folgen, welche ein **Gebot der Rücksichtnahme** auf die Interessen des Anfechtenden enthalten und diesem somit Drittschutz vermitteln.
- Bei dem Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung müsse hierfür ein gesetzliches Vorrang-Nachrang-Verhältnis des Anfechtenden gegenüber dem Konkurrenten bestehen.

Grundaussagen des BSG

- Die Erwägungen des BVerfG zur Grundrechtsrelevanz des Eingriffs in den regulierten Wettbewerb durch Ermächtigung des Krankenhausarztes und der hiermit verbundenen Verschärfung der Wettbewerbsbedingungen für den VA relativiert das BSG:
- „Nur zusätzlich hat das BVerfG die Ausführungen zum Vergütungssystem (...), zur Bedarfsplanung (...) und zum Zweitberuf (...) gemacht, um den aus § 116 SGB V abgeleiteten Drittschutz für den niedergelassenen Vertragsarzt zu verdeutlichen.“
- => Der Kammerbeschluss vom 17.8.2004 wird als eine Art Superrevisionsentscheidung bagatellisiert.

Grundaussagen des BSG

- Art. 12 Abs. 1 GG wird inakzeptabel entwertet. Das BSG bleibt auch nicht konsequent (Sonderbedarf).
- Zuzustimmen ist dem BSG aber darin, dass der „einfach-rechtliche“ Vorrang nach § 116 Satz 2 SGB V insoweit maßgebend für das BVerfG ist, als er das streng am Bedarfsdeckungsprinzip orientierte vertragsärztliche Zulassungssystem prägt und ein Grundrechtseingriff durch – am Maßstab des eigenen Schutzkonzepts des Gesetzgebers - inkonsequente Zulassung von Konkurrenz nur in einem solchen geschlossenen Zulassungssystem denkbar erscheint!

BVerfG, Beschluss vom 23.4.2009 (1 BvR 3405/08), KH-Planung

- Fortsetzung von Folie 17 (dort schon zitiert):
- „Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse ist dann zu besorgen, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern **ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten** eingeräumt ist (vgl. BVerfG, a.a.O., NJW 2005, S. 274 f.). Fehlt es hieran, so realisiert sich in dem Marktzutritt lediglich ein dem jeweiligen Markt bereits immanentes Wettbewerbsrisiko.“

BSG, Urteil vom 28.10.2009 (B 6 KA 42/08), Zweigpraxis

- „Das BVerfG hat jüngst an diese Rechtsprechung angeknüpft (*BVerfG <Kammer>, Beschluss vom 23.4.2009 - 1 BvR 3405/08 - GesR 2009, 376 = NVwZ 2009, 977*). Es hat ausgeführt, dass eine unter dem Aspekt der Berufsfreiheit nach Rechtsschutz verlangende Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse dann in Frage steht, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber **den** auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist (*BVerfG, aaO unter II.1.a unter Bezugnahme auf seinen früheren Beschluss vom 17.8.2004*). Da die von der Rechtsprechung des Senats aufgestellten Grundsätze für alle Fallgruppen von defensiven Konkurrentenklagen Geltung beanspruchen ...“ (**den = Fehlzitat!**)

BVerfG, Beschluss vom 23.4.2009

(1 BvR 3405/08), KH-Planung

- Im Grundsatz gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz (vgl. BVerfGE 34, 252 <256>). Eine **Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt**, die **erhebliche Konkurrenz Nachteile** zur Folge hat, kann aber das **Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen**, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht (vgl. BVerfGE 82, 209 <223 f.>; für die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausplan). Insbesondere **bei einem regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen**. Wird zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und kommt es in einem dergestalt **durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen** zu weiter gehenden, **an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen** in die Marktbedingungen, die zu einer **Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse** führen, so besteht die **Möglichkeit**, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus **Art. 12 Abs. 1 GG verletzt** sind. Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse ist dann zu besorgen, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern **ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten** eingeräumt ist (vgl. BVerfG, a.a.O., NJW 2005, S. 274 f.). Fehlt es hieran, so realisiert sich in dem Marktzutritt lediglich ein dem jeweiligen Markt bereits immanentes Wettbewerbsrisiko.“

§ 116b Abs. 2 SGB V hypothetisch (ermessensfrei und schrankenlos)

- „Ein zugelassenes Krankenhaus ist zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach Absatz 3 und Absatz 4 genannten hochspezialisierten Leistungen seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers dazu bestimmt worden ist. Eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist; **ansonsten ist sie ungeachtet der vertragsärztlichen Versorgungssituation antragsgemäß auszusprechen.** Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist anzustreben.“ (fiktiver Gesetzestext)
- Aus der (fiktiven) Begründung: „... *Eine Bedarfsprüfung erfolgt nicht. Krankenhäuser haben einen Rechtsanspruch auf Bestimmung, soweit ihre Ungeeignetheit nicht erwiesen ist.*“

These zum Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1

i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG

- Die schrankenlose „Bestimmung“ eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V stellt auf dem regulierten Markt der ambulanten Behandlung in der GKV eine Wettbewerbsveränderung durch staatlichen Einzelakt dar, die erhebliche Konkurrenz Nachteile für Vertragsärzte zur Folge hat.
- Sie impliziert auch einen an den vom Gesetz geschützten Gemeinwohlbelangen nicht (folgerichtig) ausgerichteten Eingriff in den dergestalt durchstrukturierten Markt, dies mit der Folge grundrechtsrelevanter Konkurrenzverwerfungen.
- Grund: faktischer Entzug von Berufsausübungsmöglichkeiten aufgrund der punktuellen Umkehrung des bisherigen gesetzlichen Schutzkonzepts (Berufsfreiheit) und der hiermit verbundenen Verschärfung der Belastungen für betroffene Vertragsärzte durch gravierende Wettbewerbsvorteile der Krankenhäuser (Wettbewerbsgleichheit).

Charakterisierung des Marktes der Vertragsärzte in Abgrenzung zum Markt der KH-Zulassung (Lehre aus BVerfG vom 23.4.2009):

- Vertragsärzte (und MVZ):
 - Vorrang der Zugelassenen gegenüber externen Bewerbern: strenges Bedarfsdeckungsprinzip
 - Strikte Zulassungs- und Vergütungsgrenzen zur Verhinderung „angebotsinduzierter Nachfrage“
 - Zulassung dafür dauerhaft und „nachfolgefest“
 - Investitionssicherheit und Bestandsschutz der Zugelassenen bei monistischer Finanzierung

Charakterisierung des Marktes der Vertragsärzte in Abgrenzung zum Markt der KH-Zulassung (Lehre aus BVerfG vom 23.4.2009):

- Krankenhäuser:
 - Kein Vorrang gegenüber externen Bewerbern, Zulassung auch bei aktueller Bedarfsüberdeckung
 - Zulassung daher nicht notwendig dauerhaft (zur schwierigen Herausnahme aus dem Krankenhausplan s. *Vitkas*, MedR 2010, 539 ff.)
 - Begrenzte Investitionssicherheit bei dualistischer Finanzierung
 - Grundsätzlich „gleichrangige“ Konkurrenz zwischen bereits Zugelassenen und Zulassungsbewerbern, daher kein „vorbeugender“ Rechtsschutz des Plankrankenhauses
 - Zur Kritik hieran siehe *Schillhorn*, MedR 2010, 639 ff.

Konkurrenzvorteile der Krankenhäuser durch die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V

- Vorrangige Zulassung außerhalb Bedarfsplanung, also auch bei Überversorgung nach Fachgebieten (keine Investition in Praxisübernahme mit Zulassungsübertragung erforderlich; anders bei MVZ-Gründung seit 2004!)
- Vorrangige Zulassung ohne Bedarfsprüfung i.e.S. (keine „Versorgungslücke“ wie i.d.R. bei Sonderbedarfszulassung oder Ermächtigung zu prüfen)
- Vorrangige Zulassung des Krankenhauses als Institut (nicht nur qualifizierter Krankenhausärzte in begrenzter Zahl mit Verpfl. zur persönlichen Leistungserbringung, sondern Möglichkeit der Delegation der Leistungen auf Assistenzärzte)

Konkurrenzvorteile der Krankenhäuser durch die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V

- Vorrangige Vergütung ohne Budgetierung (außerhalb MGV [RLV und QZV]) nach Abs. 5
- Monistische Vergütung trotz Investitionsförderung und Defizitausgleich; kein Investitionskostenabschlag wie in § 120 Abs. 2 Satz 5 und Abs. 3 Satz 2 SGB V (HSA, ermächtigte Ärzte und Einrichtungen) vorgesehen
- Größere Therapiefreiheit (kein Erlaubnisvorbehalt nach § 135 Abs. 1 SGB V; BSG, Urt. vom 27.3.2007, B 1 KR 25/06 R)
- Faktischer „Erstzugriff“ auf Patienten bei stationärer Indikation (vor und zwischen ambulanten Episoden)
- „Quersubventionierung“ der Ambulanz durch Krankenhausapotheke (heute allerdings in Frage gestellt)

Auswirkungen der Konkurrenzvorteile der Krankenhäuser auf Vertragsärzte

- Die Aufhebung bzw. Umkehrung des Vorrangs des VA kann existenzvernichtend sein, insbesondere bei Zulassung wegen eines Sonderbedarfs (SBZ):
 - Vorrang hat bei SBZ sogar existenzermöglichende Funktion (§ 24 Satz 1 Buchst. b Satz 5 BP-RL)
 - VA kann insbesondere bei SBZ weder inhaltlich noch räumlich ausweichen (§ 25 Abs. 1 BP-RL)
 - Patienten mit stationären Episoden müssen nicht mehr zum Niedergelassenen („Erstzugriff“ der KH-Ambulanz)
 - VA kann nicht ausweiten, also der Konkurrenz kein (ggf. auch kooperatives) Angebot entgegensetzen

BSG, Urteil vom 17.6.2009 (B 6 KA 25/08 R), Sonderbedarfzulassung

- Bezugnahme auf die Trias des BSG zur Begründung der Anfechtungsberechtigung vom 7.2.2007 und sodann:
- „Das BVerfG hat jüngst in einem Beschluss vom 23.4.2009 an diese Rechtsprechung angeknüpft (*BVerfG <Kammer>, Beschluss vom 23.4.2009 - 1 BvR 3405/08 - GesR 2009, 376 = NVwZ 2009, 977*). Es hat ausgeführt, dass eine unter dem Aspekt der Berufsfreiheit nach Rechtsschutz verlangende Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse dann in Frage steht, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist (*BVerfG, aaO, unter II.1.a unter Bezugnahme auf seinen früheren Beschluss vom 17.8.2004*).“

Nicht folgerichtig an Gemeinwohlbelangen orientierter Markteingriff oder „gleichrangige“ Konkurrenz von zwei Parallelmärkten?

- These: Ein an den Gemeinwohlbelangen – hier: der Finanzstabilität der GKV - nicht ausgerichteter Eingriff liegt in dem (Re-)Regulierungswiderspruch, wenn der Gesetzgeber selbst - nicht folgerichtig und damit inkohärent - sein eigenes Schutzkonzept einseitig und ungleich zugunsten bislang bewusst nachrangiger Marktteilnehmer aufhebt bzw. konterkariert und hierdurch Konkurrenzverwerfungen provoziert.
- Es verwirklicht sich dann ein systemwidriges Risiko, das dem bisherigen Markt nicht immanent war (vgl. BVerfG, Beschluss vom 23.4.2009, 1 BvR 3405/08; zu kurz gegriffen hingegen Quaas, GesR 2010, 455, 460 m.w.N.)

BVerfG, Urteil vom 30. Juli 2008

(1 BvR 3262/07, 1 BvR 402/08, 1 BvR 906/08)

- (135) „Hat sich der Gesetzgeber aufgrund des ihm zukommenden Spielraums zu einer bestimmten Einschätzung des Gefahrenpotenzials entschlossen, auf dieser Grundlage die betroffenen Interessen bewertet und ein **Regelungskonzept** gewählt, so muss er diese Entscheidung auch **folgerichtig weiterverfolgen**. Gefahreinschätzungen sind nicht schlüssig, wenn identischen Gefährdungen in demselben Gesetz unterschiedliches Gewicht beigemessen wird (vgl. BVerfGE 107, 186 <197>).“
- (145) „... Die gesetzliche Regelung verschärft so die Belastung der Betreiber kleinerer Gaststätten, indem sie größeren Gaststätten, bei denen abgetrennte Raucherräume eingerichtet werden können, **Vorteile im Wettbewerb** um die Gäste verschafft. Vor diesem Hintergrund können die unterschiedlichen Auswirkungen der gesetzlichen Regelungen auf die einzelnen Gaststättensparten nicht lediglich als Ausdruck der jeweiligen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und des Wettbewerbs unbeachtet bleiben.“

Zwischenergebnis (Meinung des Verf.):

- Eine schrankenlose institutionelle Zulassung von Krankenhäusern nach § 116b Abs. 2 SGB V greift wegen der hiermit verbundenen Ungleichbehandlung in die Berufsausübungsfreiheit von Vertragsärzten ein, die sich in realer Konkurrenzsituation befinden (Art. 12 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG).
- Je nach Einzelfall sind die resultierenden Belastungen, die einen faktischen Grundrechtseingriff darstellen (vgl. BVerfGE 116, 202, 222; Tariftreueerklärungen), dem konkurrierenden Vertragsarzt unzumutbar.
- Für eine verfassungskonforme Auslegung bedürfte es eines geeigneten Konfliktschlichtungsprogramms !

§ 116b SGB V i. d. F. des GKV-WSG

- (2) Ein zugelassenes Krankenhaus ist zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach Absatz 3 und 4 genannten hochspezialisierten Leistungen, seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers **unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation** dazu bestimmt worden ist. Eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist. Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist anzustreben.

Auslegungsfragen zu § 116b Abs. 2 SGB V

- **Beurteilungsspielraum** hinsichtlich
 - a.) Geeignetheit des Krankenhauses? (-)
 - b.) **vertragsärztlicher Versorgungssituation?** (+)
- **Pflichtgemäßes Ermessen** (+)
- Bedeutung des **Berücksichtigungsgebots?**
 - ~~a.) gar keine?~~
 - b.) **objektiv-rechtliche** (+) und
 - c.) **drittschützende** (+)?
- Maßstäbe der Krankenhausplanung relevant? (-)

B. Drittrechtsschutz konkurrierender Vertragsärzte

- II. Ableitung aus dem Berücksichtigungsgebot des § 116b Abs. 2 SGB V: einfach-rechtlich und im Lichte des Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG.**
1. SG Dresden, Beschluss vom 29.09.2009, S 11 KA 114/09 ER, ZMGR (Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 19 Abs. 4 GG und einfach-rechtlich)
 2. **LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010, L 1 KR 94/10 B ER, (ausschließlich einfach-rechtlicher „Paukenschlag“)**
 3. SG Dresden, Beschluss vom 18.05.2010, S 18 KA 10/10 ER, noch nicht rechtskräftig, (Art. 3 Abs. 1 i. V. m. Art. 12 Abs. 1 GG und einfach-rechtlich), sehr ausführlich begründet!
 4. SG Hannover, Beschluss vom 24.8.2010, S 61 KA 358/10 ER (ausschließlich einfach-rechtlich), gute Ergänzung zu LSG Sachsen!
 5. SG Duisburg, Beschluss vom 19.8.2010, S 19 KA 14/10 ER, (Art. 12 Abs. 1 GG und einfach-rechtlich)
 6. SG Düsseldorf, 3 Beschlüsse vom 20.8. 2010, S 2 KA 379/10 ER, S 2 KA 386/10 ER, und 26.8.2010, S 9 KR 578/10 ER, (indifferent in der Hauptsache, daher als einziges SG kein einstweiliger Rechtsschutz!)

Beschluss des SG Dresden vom 29.9.2009 (11 KA 114/09 ER)

- ZMGR 2009, 312 ff.: Rezeption des Beschlusses des BVerfG vom 17.8.2004! Aber Art. 12 Abs. 1 **und** Art. 19 Abs. 4 GG.
- Die Möglichkeit einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG gebietet den Drittrechtsschutz, wobei es nicht darauf ankommt, dass die Maßstäbe des BSG hier mangels Vorrang des Zugelassenen nicht zielführend wären.
- In diesem Lichte enthält die Berücksichtigungsklausel außerdem schon nach teleologischer und historischer Auslegung des Gesetzestexts („Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung“) ein Gebot der **Rücksichtnahme** auf die Zugelassenen.

Beschluss des SG Dresden vom 29.9.2009 (11 KA 114/09 ER)

- ZMGR 2009, 312 ff.: Rezeption des Beschlusses des BVerfG vom 17.8.2004! Aber Art. 12 Abs. 1 **und** Art. 19 Abs. 4 GG.
- Die Möglichkeit einer Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG gebietet den Drittrechtsschutz, wobei es nicht darauf ankommt, dass die Maßstäbe des BSG hier mangels Vorrang des Zugelassenen nicht zielführend wären.
- In diesem Lichte enthält die Berücksichtigungsklausel außerdem schon nach teleologischer und historischer Auslegung des Gesetzestexts („Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung“) ein Gebot der **Rücksichtnahme** auf die Zugelassenen.

SG Dresden zur „Berücksichtigung“

- „Dem Substantiv ist der Bedeutungsgehalt beizumessen, dass die maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen und eine sachliche Auseinandersetzung mit ihnen zu erfolgen hat, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden kann (BSG, Urteil vom 10.05.2000 – B 6 KA 20/99 R = SozR 3-2500 § 85 Nr. 37).“ (im Vgl. zur zu ”beachtenden” Beitragssatzstabilität)
- Das erscheint **irreführend** im Sinne weitgehend **freien** Ermessens. Die Berufung auf den semantischen Unterschied zwischen ”berücksichtigen” und ”beachten” ist bei der Auslegung von § 116b Abs. 2 SGB V allenfalls bedingt überzeugend (kein absoluter Vorrang des VA).

Meinung des Verfassers:

- Die Pflicht zur **Rücksichtnahme** auf die existenziellen wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Vertragsärzte impliziert zumindest - die Ausübung **pflichtgemäßen Ermessens** in dem Sinne, dass die Behörde erforderlichenfalls auch **Anträge** nach § 116b SGB
 - - **zurückweisen** oder jedenfalls
 - - so **einschränken** muss, dass die **Existenz betroffener Vertragsärzte nicht gefährdet** wird.
- Das SG Dresden erwähnt selbst die räumliche Begrenzung der Bestimmung als Schutzmechanismus (vgl. BSG, Urteil vom 17.10.2007, B 6 KA 42/06 R).

BSG, Urteil vom 17.10.2007 (B 6 KA 42/06 R), § 116 SGB V räumlich

- Für die Anfechtungsberechtigung bei Ermächtigung ist die reale Konkurrenzsituation, nicht die Grenze des Planungsbereichs entscheidend; sie liegt vor,
- wenn die vom Krankenhausarzt behandelten Patienten aus dem Einzugsbereich der Vertragsarztpraxis mehr als fünf Prozent der durchschnittlichen Patientenzahl dieser Praxis ausmachen.
- § 116 Satz 2 SGB V und § 31a Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV enthalten ein Gebot der Rücksichtnahme (...).

LSG Sachsen, B. vom 03.06.2010 (L 1 KR 94/10 B ER)

- 1. Für Rechtsstreite über einen Bestimmungsbescheid nach § 116b Abs. 2 SGB V sind die **Fachkammern** der Sozialgerichte für das **Vertragsarztrecht** und die Fachsenate der Landessozialgerichte für das Vertragsarztrecht **nicht zuständig** (§§ 10 Abs. 2, 31 Abs. 2 SGG).
- 2. Auch während eines bereits anhängigen Rechtsstreits kann die zum Erlass des Bestimmungsbescheides, eines Verwaltungsaktes nach § 31 SGB X, zuständige Behörde die **sofortige Vollziehbarkeit anordnen**.
- 3. Bei den von § 116b SGB V erfassten Leistungen besteht **kein absoluter Vorrang** der vertragsärztlichen Versorgung gegenüber der ambulanten Behandlung durch die **Krankenhäuser**. Eine völlige Gleichrangigkeit besteht hingegen auch nicht.

LSG Sachsen, B. vom 03.06.2010 (L 1 KR 94/10 B ER)

- 4. Vertragsärzte, die sich im regionalen Einzugsbereich eines nach § 116b Abs. 2 SGB V zur ambulanten Leistungserbringung bestimmten Krankenhaus befinden und dieselben Leistungen anbieten, haben die Befugnis, den Bestimmungsbescheid anzufechten (**defensive Konkurrentenklage**).
- 5. Die in § 116b Abs. 2 SGB V angeordnete „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ entfaltet schon einfachrechtlich zugunsten der Vertragsärzte **drittschützende Wirkung**.
- 6. Das **Berücksichtigungsgebot** beinhaltet, dass die regionale vertragsärztliche Versorgungssituation durch die Bestimmung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung, bezogen auf die Leistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V, nicht wesentlich beeinträchtigt werden darf. Der einzelne Vertragsarzt hat aber weder einen Anspruch auf Konkurrenzschutz noch einen Anspruch auf wirtschaftlichen Bestandsschutz.

LSG Sachsen, B. vom 03.06.2010 (L 1 KR 94/10 B ER)

- 7. Die den Bestimmungsbescheid erlassende Behörde hat bei der Entscheidung über den Antrag des Krankenhauses neben der vertragsärztlichen Versorgungssituation zu berücksichtigen, ob und in welchem Umfang die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung den Zielen der **Qualitäts- und Effizienzsteigerung** sowie der **Patientengerechtigkeit** entspricht. Der Wettbewerb zwischen den verschiedenen Versorgungsformen ist kein Selbstzweck.
- 8. Die behördliche Entscheidung kann vor dem Hintergrund des **Prognoserisikos** künftiger Entwicklungen auch **Einschränkungen** bei der Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung vorsehen, etwa in Gestalt **befristeter Kontingentierungen**.
- 9. Der Bestimmungsbescheid muss die maßgeblichen Gesichtspunkte angemessen berücksichtigen.
- 10. Maßstäbe der **Krankenhausplanung** sind nicht relevant.

SG Dresden, Beschl. v. 18.05.2010 (S 18 KA 10/10 ER)

- 1. Zur Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Krankenbehandlung gemäß § 116b SGB V und zur Anfechtungsbefugnis eines Vertragsarztes, der im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen erbringt.
- 2. Das Berücksichtigungsgebot des § 116b SGB V wirkt auf Grund des Wertgehalts der Grundrechte aus Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG potentiell drittschützend (vgl. SG Dresden vom 29.9.2009 - S 11 KA 114/09 ER = KHR 2009, 200).

SG Dresden, Beschl. v. 18.05.2010 (S 18 KA 10/10 ER)

- 3. Erst wenn sich ein Verstoß gegen das Gebot der Rücksichtnahme auf die Berufsausübung der im selben Einzugsbereich die gleichen Leistungen erbringenden Vertragsärzte in qualifizierter und individualisierter Weise auswirkt, die über eine bloße Verschärfung des Konkurrenzdruckes hinausgeht, kann sich der potentiell drittschützende Gehalt des § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V zu einem subjektiven Recht verdichten.
- 4. Die über eine reine Konkurrenzbetreffenheit hinausgehende besondere Betroffenheit im Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 GG kann aus einem strukturell bedingten Wettbewerbsungleichgewicht zwischen Vertragsarzt und Krankenhaus resultieren. Eine konkrete Wettbewerbsasymmetrie kann sich beispielsweise ergeben:

SG Dresden, Beschl. v. 18.05.2010 (S 18 KA 10/10 ER)

- - aus einem Wettbewerbsvorsprung des Krankenhauses in der ambulanten Versorgung von Tumorpatienten, wenn es versorgungsbereichsübergreifend den Therapieverlauf der an sie überwiesenen Patienten mitbestimmen kann, dagegen vertragsärztliche Onkologen nicht über eine vergleichbare Schlüsselposition im Behandlungsverlauf verfügen,
- - aus der eingeschränkten Möglichkeit des betroffenen Vertragsarztes, wegen Einschränkungen des vertragsärztlichen Leistungsspektrums durch die Fachgebietsgrenzen und den Methodenvorbehalt nach § 135 SGB V auf die mit dem Hinzutreten eines Krankenhauses geänderten Bedingungen in wettbewerbsadäquater Weise durch Verlagerung des Behandlungsspektrums und Erschließung anderer Tätigkeitsschwerpunkte zu reagieren, so dass den wettbewerblichen Risiken keine entsprechenden beruflichen Chancen gegenüberstehen (hier bejaht in Bezug auf eine Sonderbedarfszulassung des betroffenen MVZ ausschließlich zur onkologischen Versorgung).

SG Dresden, Beschl. v. 18.05.2010 (S 18 KA 10/10 ER)

- 5. Die Krankenhausplanungsbehörde hat auf Grund einer Abwägung dafür Sorge zu tragen, dass die unvermeidlichen Ungleichheiten im Wettbewerb zwischen vertragsärztlichen Leistungserbringern und Krankenhäusern noch von dem mit § 116b SGB V verfolgten gesetzgeberischen Anliegen gerechtfertigt sind und nicht zu unverhältnismäßigen Auswirkungen für die vertragsärztlichen Leistungserbringer führen.
- Zu diesem Zweck kann die Krankenhausplanungsbehörde die Bestimmung nach § 116b SGB V in grundrechtskonformer Auslegung und Anwendung des Gesetzes und der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses nicht nur **räumlich begrenzen**, sondern auch **gegenständlich einschränken**.

Wahl, in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblattsammlung, 18. Aufl. 2009, § 42, Rz. 113:

- Zitiert bei *Quaas*, GesR 2010, 455, 461 (Nachw. in Fn. 35):
- „Im Bereich des **Wirtschaftsverwaltungsrechts unter den Regeln der Marktwirtschaft**, die idealiter auf möglichst viele Konkurrenten setzt, ist die Rücksichtnahme hingegen kein taugliches Kriterium. Der Wettbewerb funktioniert gerade ohne diese Rücksichtnahme und durch die Eliminierung der schwächeren Wettbewerber. Was aber entscheidend gefordert ist, sind **gleiche Wettbewerbschancen**. Wenn also der Staat durch Regulierungen die **Wettbewerbschancen** verändert, dann muss er mindestens unter dem Gebot stehen, die Chancen gleich zu verändern und zu vermeiden, dass ungleiche Auswirkungen entstehen. So ist Grunddirektive der wirtschaftlichen Regulierungen die Wahrung gleicher Wettbewerbschancen. Auch hier setzt eine Subjektivierung des Normprogramms die Möglichkeit voraus, dass sich die Begünstigung des einen als Nachteil des anderen darstellt. Für die Bestimmung subjektiver öffentlicher Rechte eines Wettbewerbers ist daher entscheidend, ob ein Regelungsprogramm die **Möglichkeit gleicher Teilnahme am Wettbewerb sichert**.“

B.III. Fragen an die Rechtsprechung

- Den Zulassungsbehörden fehlt die Sachkompetenz schon zur Aufklärung der vertragsärztlichen VS!
- Also Amtshilfe der KÄV oder Zulassungsgremien in Anspruch nehmen?
- Die Abwägungslage ist unter Berücksichtigung der vielfältigen öffentlichen und privaten Interessen so komplex (bspw. Qualitätsvergleich!?), dass ein ermessensfehlerfreier Bescheid schwer darstellbar erscheint.
- Wie ist mit den Interessen der ungleich behandelten Zulassungsbewerber zu verfahren: Sonderbedarf versus § 116b Abs. 2 SGB V (BVerfG K MedR 2001, 639 ff.)?

C. Lösungen des Dilemmas?

- Wenn die drittschützende Auslegung am entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers scheitern und auch sonst keine verfassungskonforme Einschränkung von § 116b SGB V gefunden würde, spräche viel für unheilbare Verfassungswidrigkeit (zumindest von Teilen) der Bestimmung (soweit Schwerpunktbereiche erfasst).
- Zu lösendes Problem bei „Wettbewerb“ zwischen den Sektoren ohne „einheitlichen Ordnungsrahmen“: Einseitige Aufhebung des Vorrangs der Vertragsärzte führt nicht zu „Gleichrang“, sondern zu schwer begründbarem Vorrang der Krankenhäuser!

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.5.2009 (L 4 KR 116/09 B ER) zur KÄV:

- Nicht selbst Trägerin von Grundrechten und auch nicht von subjektiv-öffentlichen Rechten nach § 116b SGB V, daher keine Anfechtungsbefugnis.
- Die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben allein macht die juristische Person des öffentlichen Rechts nicht zum grundrechtsgeschützten Sachwalter des Einzelnen bei der Wahrnehmung seiner Grundrechte.
- Institutionelle Verantwortung gemäß § 75 Abs. 1 Satz 1 SGB V ausreichend? (*Wenner, GesR 2009, 505,509!*)

Richtiger Spruchkörper?

- Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG: Angelegenheit des Vertragsarztrechts i. S. v. § 10 Abs. 2 SGG?
- Unterschiedliche obiter dicta des BSG: 3. Senat (in Abst. mit 1. Senat) gegen den 6. Senat:
- 3. Senat: neue Versorgungsform ... auch zur Förderung des Wettbewerbs; keine ZA-Beteiligung; maßgebliche Voraussetzungen orientiert an KH-Planung(?).
- 6. Senat: In der Sache Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung betroffen => „Vertragsarztrecht im prozessualen Sinne“, vom Gesetzgeber nicht explizit geändert.
- Ironie der Rechtsprechung(?): BSG, 6. Senat, setzt auf sachkompetente Spruchkörper, LSG Sachsen auf weniger sachkompetente!

Literaturhinweise

- *Barth*, Die Gefährdung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) niedergelassener Vertragsärzte durch die Zulassung von Krankenhausambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V n.F., Stand 2007, auf Basis des Gutachtens *Barth/Hänlein* zur a.F., Stand 2005
- *Barth*, Anm. zu BSG, Urteil vom 17.6.2009 – B 6 KA 25/08 R -, MedR 2010, 205, 209-211
- *Becker* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, 2. Aufl. 2010, § 116b, Rn. 8f. und § 117, Rn. 8
- *Dahm* in: *Rieger/Dahm/Steinhilper*, HK-AKM, 25. Aktualisierung November 2008, 720, Rn. 213
- *Düring* in: *Festschrift Schnapp*, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, 2008, S. 389-400
- *Hencke* in: *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, § 116b SGB V, 19. Aufl., Stand 01.09.2008
- *Hänlein* in: *Kruse/Hänlein*, LPK-SGB V, 3. Aufl. 2009, § 116b, Rn. 9
- *Meschke*, juris PR vom 19.11.2009, „Anfechtung der einem Krankenhaus gemäß § 116b Abs. 2 SGB V erteilten Bestimmung zur ambulanten Behandlung durch einen Vertragsarzt“
- *Pitschas*, MedR 2008, 473, 481; ders., Skript, IGMR-Workshop vom 07.05.2010 in Bremen
- *Quaas*, GesR 2010, 455 ff.
- *Schoch* in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle*, Grundlagen des Verwaltungsrechts, München 2008, Band 3, § 50, Rn. 141 (S. 771)
- *Reiter* in: *Heidelberger Kommentar*, 2010, Konkurrenzschutz im Vertragsarztrecht, Rn. 75-82 [79]
- *Schroeder* (SM Bayern), NZS 2010, 437 ff., *Stollmann* (SM NRW), NZS 2009, 248 ff.
- *Wenner*, GesR 2009, 505, 509
- *Weimer/Multmeier*, AZR 2008, 31-37

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

- Holger Barth
Rechtsanwalt
Fachanwalt für
Medizinrecht
Wilhelmstr. 46
79098 Freiburg
T 0761 / 217 08 90
F 0761 / 217 08 91
info@arztrechtplus.de
www.arztrechtplus.de