

**Die Gefährdung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)
niedergelassener Vertragsärzte durch die
Zulassung von Krankenhausambulanzen
nach § 116b Abs. 2 SGB V n. F.**

***Rechtliche Stellungnahme im Auftrag des**

**BERUFSVERBANDES DER NIEDERGELASSENEN HÄMATOLOGEN UND
ONKOLOGEN IN DEUTSCHLAND E.V. (BNHO)**

(Stand: August 2007)

**Verfasser:
Holger Barth
Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Medizinrecht
Freiburg i. Br.
www.arztrechtplus.de**

***Aktualisierung und Ergänzung von:**

**Die Gefährdung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG)
niedergelassener Vertragsärzte durch Verträge
nach § 116b Abs. 2 SGB V**

**- materiellrechtliche und verfahrensrechtliche Folgerungen aus dem „Ermächtigungsbeschluss“ des
Bundesverfassungsgerichts vom 17.8.2004 (1 BvR 378/00) -**

Kurzgutachten im Auftrag des

**BERUFSVERBANDES DER NIEDERGELASSENEN HÄMATOLOGEN UND
ONKOLOGEN IN DEUTSCHLAND E.V. (BNHO)**

(Stand: Mai 2005)

Verfasser:

Holger Barth, Rechtsanwalt in Freiburg i. Br. & Prof. Dr. Andreas Hänlein, Universität Kassel

**(veröffentlicht im Internet u. a. unter www.arztrechtplus.de/gutachten.pdf,
nachfolgend zitiert als *Kurzgutachten 2005*)**

Inhaltsübersicht:

I.	Gesetzliche Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V	3
II.	Verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V	5
	1. Vorgehensweise und Gegenstand der verfassungsrechtlichen Bewertung	5
	2. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Vertragsärzte durch die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung	6
	a) Eingriffsnatur der Marktöffnung gem. § 116b Abs. 2 SGB V	6
	b) Irrelevanz der Rechtsform einer Marktöffnung für deren Eingriffsnatur	10
	3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit	10
	a) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage	10
	b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in förmlicher Hinsicht	10
	c) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in materieller Hinsicht	12
	aa) Gemeinwohlgründe, die § 116b Abs. 2 SGB V motivieren	13
	bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Marktöffnung	13
	cc) Zumutbarkeit der Marktöffnung für die Vertragsärzte	15
	d) Zwischenergebnis	17
	4. Verfassungskonforme Auslegung des § 116b Abs. 2 SGB V?	17
III.	Rechtsschutz niedergelassener Vertragsärzte gegen die Zulassung von Ambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V	19
	1. Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren	19
	2. Rechtsschutz im Gerichtsverfahren	20
	3. Rechtsschutz gegen (rechtsmissbräuchliche) Integrationsverträge	22
IV.	Fazit	23

I. Gesetzliche Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V

Die Befugnis zugelassener Krankenhäuser zur ambulanten Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V wird seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung vom 26.3.07¹ in Abs. 2 der genannten Vorschrift wie folgt geregelt:

„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.“

Weiterhin sieht § 116b Abs. 5 SGB V eine möglichst weitgehende Angleichung der Vergütung der Krankenhäuser für ambulante Tätigkeit an die vertragsärztliche Vergütung vor. Die Vergütung für Leistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V zahlen die Krankenkassen an die Krankenhäuser direkt, also nicht aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung gemäß § 85 SGB V.

Voraussetzung für die „Bestimmung“ eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V ist zunächst, dass es sich um ein „zugelassenes“ Krankenhaus handelt (Hochschulklinik, Plankrankenhaus oder Krankenhaus mit Versorgungsvertrag). Auch muss das Krankenhaus „geeignet“ sein, das heißt hinsichtlich seiner sächlichen und personellen Ausstattung mindestens den Anforderungen für die vertragsärztliche Versorgung entsprechen (Abs. 3 Satz 3); zu berücksichtigen sind gemäß Abs. 4 Satz 4 außerdem zusätzliche Anforderungen in den einschlägigen Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses²; hiernach muss im Rahmen der entsprechend geltenden Mindestanforderungen des § 135 SGB V mindestens der „Facharztstandard“ erfüllt sein, soweit die Richtlinie selbst keine strengeren Anforderungen aufstellt (§ 3 Abs. 1 Satz 2 der RL zu § 116b SGB V a. F.). Bei Krankenhäusern der Grundversorgung fehlt es nach der Gesetzesbegründung regelmäßig an der Eignung (BT-Drs. 16/3100, S. 139).

Sind die genannten Voraussetzungen für die „Bestimmung“ eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung gemäß Abs. 2 gegeben, steht es nach hier vertretener Auffassung im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Landesbehörde, ob sie die „Bestimmung“ aussprechen soll³. Von der Existenz eines *Versorgungsbedarfs* soll die Zulassung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung zwar nicht abhängig sein (so BT-Drs. 16/3100, S. 139). Diese Aussage ist jedoch - unabhängig von ihrer verfassungsrechtlichen Bewertung - nicht mit der später im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens eingefügten Klausel zu vereinbaren, wonach die „Bestimmung“ des geeigneten Krankenhauses „unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ zu erfolgen hat. Diese in der Gesetzesbegründung leider nicht erläuterte Formulierung kann nur so verstanden werden, dass die Behörde - im Rahmen ihrer Ermessensbetätigung - prüfen muss, ob das Krankenhaus in Konkurrenz zu niedergelassenen Fachärzten treten würde. Ist dies der Fall, kommt die Zulassung eines Krankenhauses wohl jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Zulassung die berufliche Existenz eines niedergelassenen Konkurrenten konkret gefährden würde⁴.

¹ GKV-WSG, BGBI. I, 30.3.07, Nr. 11, S. 378.

² In der Fassung vom 18.10.2005, BAnz 58, 11.01.06, S. 88, zuletzt geändert am 18.01.07, BAnz 59, 18.04.07, S. 4002 f.

³ Siehe hierzu und zu folgendem auch Kruse/Hänlein, LPK-SGB V, 3. Aufl. 2007 (erscheint demnächst), § 116b, sub III.

⁴ So auch Kruse/Hänlein, aaO.

Dieser Auslegung widerspricht in der Sache die Deutsche Krankenhausgesellschaft e.V. in ihrem Positionspapier zur Umsetzung des § 116b SGB V n. F. vom 23.4.07 (im folgenden „DKG-PP“)⁵. So bestehe bei Geeignetheit in fachlicher Hinsicht ein Rechtsanspruch des Krankenhauses auf Zulassung zur ambulanten Behandlung, ohne dass der Behörde ein Ermessen eingeräumt werde. Die Berücksichtigungsklausel orientiere sich weder an der (regelmäßig fachgebietsbezogenen) Bedarfsplanung, noch impliziere sie eine Bedarfsprüfung. Ihr Sinn bleibe vielmehr „weitgehend offen“⁶.

Das hier vertretene Verständnis der Berücksichtigungsklausel als eine Ermessen eröffnende Bestimmung wird demgegenüber bekräftigt durch den Appell des Bundestages an die Bundesländer vom 2.2.07, „bei ihrer Entscheidung über die Berechtigung eines Krankenhauses zur Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V ... die *Belange der vertragsärztlichen Leistungserbringer* durch Beteiligung der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung zu berücksichtigen“⁷. Denn diese im DKG-PP nicht erwähnte Aufforderung des Bundestages stellt ersichtlich auf die Berücksichtigung der wirtschaftlichen Interessen betroffener Vertragsärzte ab, wodurch diese Interessen auch in rechtlicher Hinsicht als schutzwürdig angesehen werden⁸. Der unbestimmte Rechtsbegriff der bei der Entscheidung zu berücksichtigenden „vertragsärztlichen Versorgungssituation“ prägt offensichtlich den Zweck der Ermessensermächtigung und bestimmt so das Steuerungsprogramm für das Ermessen. Bei ähnlichen - wenngleich als Ausnahmetatbestand konzipierten - Normtexten geht die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts davon aus, dass nicht die Koppelung eines unbestimmten Rechtsbegriffs auf der Tatbestandsseite mit einer Ermessensermächtigung, sondern *insgesamt* eine - gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare - *Ermächtigung zur Ermessensausübung* vorliege, die sich am unbestimmten Rechtsbegriff im Sinne einer Direktive zu orientieren habe⁹. Die vage gesetzliche Formulierung „*Bestimmung*“ und „*unter Berücksichtigung ...*“ legt eine derartige Normauslegung nahe. Es scheint dem Gesetzgeber hier mithin zwar nicht um ein Planungsermessen der Behörde, jedoch zumindest um die Eröffnung eines Ausnahmeermessens zur Vermeidung von Härtefällen auf Seiten der konkurrierenden Vertragsärzte zu gehen.

Der Gesetzestext beantwortet allerdings ebenso wenig wie die Materialien die Frage, in welcher Form und bis zu welchem Grad die Länder im Rahmen ihrer Zulassungsentscheidung die Belange der vertragsärztlichen Leistungserbringer berücksichtigen sollen. Dass etwa die in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V statuierte „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ eine förmliche und differenzierte Bedarfsprüfung erfordert, die derjenigen entspricht, wie sie die Zulassungsgremien innerhalb des vertragsärztlichen Systems bei Entscheidungen über die Ermächtigung von Krankenhausärzten durchführen, kann nicht angenommen werden. Die zum Verständnis der Berücksichtigungsklausel schweigende Gesetzesbegründung bietet keine Anhaltspunkte für eine derart weitgehende Auslegung. Die bei Einfügung der Klausel in den Materialien nicht revidierte

⁵ Anlage zum DKG-Rundschreiben Nr. 104/2007 vom 23. April 2007: „Positionen der DKG zur Umsetzung des § 116b SGB V nach Inkrafttreten des GKV-WSG“, KH 2007, 411-419, hier zitiert aus der Internet-Veröffentlichung: www.dkegv.de/pdf/1720.pdf.

⁶ Zum Ganzen DKG-PP, S. 3 f. und S. 9 f.

⁷ BR-Drs. zu Drs. 75/07, S. 6, sub IV. (*Hervorhebung durch den Verf.*); die rechtstechnische Bedeutung des Appells bedürfte allerdings (hier nicht zu leistender) näherer Untersuchung.

⁸ Daneben mag die Berücksichtigungsklausel, worin kein Widerspruch zu sehen ist, auch das öffentliche Interesse einer hinreichenden Patientenversorgung gerade auch durch niedergelassene Vertragsärzte im Blick haben, das jedenfalls im Falle erdrückender Konkurrenz seitens der Krankenhäuser gefährdet wäre.

⁹ Grundlegend GemSOGb in BVerwGE 39, 355 ff. zum Erlass der Steuereinzahlung, wenn sie „unbillig“ wäre (heute § 227 Abs. 1 AO); zum Ganzen Sodan-Ziekow-Wolff, VwGO, 2. Aufl. 2006, § 114, Rz 78 f. mit weiteren Beispielen aus der jüngeren Rechtsprechung.

vorhergehende Begründung, wonach eine Bedarfsprüfung nicht stattfindet, widerspricht ihr zudem explizit.

Es muss daher außerdem bezweifelt werden, dass die der einfachgesetzlichen Regelung entnommene Anordnung zur Ausübung pflichtgemäßen Ermessens im Sinne einer Verhinderung eines rücksichtslosen Verdrängungswettbewerbs zum Nachteil vertragsärztlicher Konkurrenten überhaupt praktikabel ist. Denn ohne eine umfassende und differenzierte Analyse des ambulanten Versorgungsbedarfs im Einzugsbereich der Praxis des niedergelassenen Vertragsarztes wird sich die Frage nach dessen Existenzgefährdung durch zusätzliche ambulante Krankenhauskonkurrenz nur schwer beantworten lassen.

Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden: Wie schon die „Vertragslösung“ nach § 116b Abs. 2 SGB V a. F. fordert auch § 116b Abs. 2 SGB V n. F. weder eine (differenzierte) Bedarfsprüfung noch irgendeine Form von Bedarfsplanung, welcher allerdings niedergelassene wie niederlassungswillige Vertragsärzte nach wie vor unterworfen sind. Die seitens der Krankenhäuser ausgeübte „transsektorale“ Konkurrenz soll vielmehr nach der Vorstellung des Reformgesetzgebers des GKV-WSG grundsätzlich frei von Bindungen dem regulierten vertragsärztlichen Markt hinzutreten. Mit dem neuen Tatbestandsmerkmal der „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ wird andererseits ein - wenn auch schwer handhabbares - Erfordernis aufgestellt, das den wirtschaftlichen Belangen der vertragsärztlichen Leistungserbringer zumindest in Fällen schwerwiegender Beeinträchtigungen der Berufsausübung Schutz zu verleihen scheint. Wie diese zwiespältige gesetzliche Lage verfassungsrechtlich zu bewerten ist, und welche verfahrensrechtlichen Konsequenzen hieraus gezogen werden können, soll unter II. und III. summarisch erörtert werden.

II. Verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V

1. Vorgehensweise und Gegenstand der verfassungsrechtlichen Bewertung

Die nachfolgende verfassungsrechtliche Bewertung der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V orientiert sich - teils auch in verweisender Form - an dem *Kurzgutachten 2005* von *Barth/Hänlein*¹⁰ zu der Vorgängerregelung einer vertraglichen Zulassung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V in der Fassung des GMG 2004, soweit dem Verfasser die dortigen Argumente und Ergebnisse auch auf die Neuregelung übertragbar erscheinen. Berücksichtigt werden hierbei zwischenzeitlich verlautbarte kritische Stimmen in der Literatur zu dem *Kurzgutachten 2005* und eine wichtige Entscheidung des BSG vom 7.2.07 - B 6 KA 8/06 R - zu Fragen des Drittrechtsschutzes im Rahmen defensiver Konkurrentenstreitigkeiten, die sich jeweils für eine engere Sichtweise hinsichtlich Interpretation und Übertragbarkeit des Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 17.8.04 (NZZ 2005, 199) aussprechen.

Neu ist weiterhin eine Regelung für Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V im Rahmen von Verträgen zur integrierten Versorgung, wie sie § 140b Abs. 4 Satz 4 SGB V in der Fassung des GKV-WSG enthält. Hiernach gelten für die ambulante Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V die Einschränkungen des § 140 b Abs. 4 Satz 3 SGB V nicht mehr. Krankenhäuser können vielmehr ihren (stationären) Zulassungsstatus zwecks ambulanter Tätigkeit nach § 116b Abs. 3 SGB V jetzt überschreiten, ohne dass sich die Partner des IV-Vertrags, wie im allgemeinen erforderlich, „auf der Grundlage ihres jeweiligen Zulassungsstatus“ auf diese Möglichkeit verständigen müssen. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber klarstellen, dass Krankenhäuser ambulante Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V unabhängig davon erbringen dürfen, „ob ein Vertragsarzt an der integrierten Versorgung teilnimmt und einen entsprechenden Zulassungsstatus in den Vertrag einbringt“ (BT-Drs.

¹⁰ Im weiteren Text zitiert als *Kurzgutachten 2005*, ausführliches Zitat oben auf dem Deckblatt.

16/3100, S. 152)¹¹. Da der Abschluss eines - weiterhin von der einprozentigen Anschubfinanzierung begünstigten - sektoren- oder fachübergreifenden Integrationsvertrags nach §§ 140a ff. SGB V zur Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V mithin auch ohne die Beteiligung von Vertragsärzten erfolgen kann, soll die Frage der Relevanz derartiger Verträge für die Berufsausübungsfreiheit der nicht am Vertrag beteiligten vertragsärztlichen Konkurrenten in summarischer Form mit erörtert werden.

Im Vordergrund der Begutachtung steht ungeachtet dessen die Zulassung von Kliniken durch Verwaltungsakt nach § 116b Abs. 2 SGB V. Diese wird im Rahmen des Gutachtens am Maßstab materiellen Verfassungsrechts geprüft¹².

2. **Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Vertragsärzte durch die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung**

a) *Eingriffsnatur der Marktöffnung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V*

Die zentrale Aussage des BVerfG in seinem Beschluss vom 17.08.04, wonach „die Ermächtigung eines Krankenhausarztes derselben Fachrichtung und Qualifizierung (...) in die Berufsausübungsfreiheit eines Vertragsarztes eingreift, der in demselben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbietet, indem sie die Erwerbsmöglichkeiten über das dem Vertragsarztrecht immanente Maß einschränkt“ (Rz 17), lässt sich auch auf die Öffnung des Marktes durch die Zulassung von Ambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V übertragen. Dass die Öffnung hier durch einen Verwaltungsakt der Krankenhausplanungsbehörde der Länder erfolgt, kann keinen Unterschied machen, zumal die Vertragsärzte nach der Begründung des BVerfG „durch jede Öffnung ihres gesetzlich regulierten Marktes für Dritte“ belastet werden (Rz 16). Entscheidend müssen vielmehr die Auswirkungen der Marktöffnung sein¹³.

Zwischenzeitlich wird demgegenüber in der Literatur der Eingriffscharakter von Verträgen nach § 116b Abs. 2 SGB V a. F. teilweise abgelehnt, und zwar mit Argumenten, die grundsätzlich auch auf die aktuelle Zulassungslösung übertragbar sind. So erfolge die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung zum einen nicht zu Lasten der Gesamtvergütung, während sie zum anderen nach dem einfachen Gesetz nicht von einer Bedarfsplanung abhängig sei, weshalb es sich - „ähnlich wie beim MVZ“ - um eine „gleichrangige Form der Leistungserbringung“ handele¹⁴. Die Bundesverfassungsgerichtsentscheidung gehe nicht so weit, „eine quasi Bestandsgarantie für die vertragsärztliche Versorgung in freiberuflich niedergelassener Form zu geben“¹⁵. Für die von der Kritik eingeräumten faktischen Einschränkungen der Betätigungs- und Gewinnchancen der niedergelassenen Vertragsärzte durch gleichrangige Konkurrenz seitens der Krankenhäuser gelte der Grundsatz, wonach Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz und insbesondere keinen Rechtsanspruch auf die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit gewähre.

¹¹ Ob diese Klarstellung eine Änderung der Rechtslage impliziert, woran man zweifeln mag, muss hier nicht entschieden werden.

¹² Ob etwa das gesamte GKV-WSG in verfassungswidriger Weise zustande gekommen ist, weil die Abgeordneten wichtige Gesetzesmaterialien erst wenige Stunden vor der Abstimmung zur Durchsicht und Beurteilung erhalten haben, bedürfte einer eingehenden gesonderten Prüfung (angekündigt von *Steinhilper/Schiller*, MedR 2007, 418 in Fn 6).

¹³ Siehe zur analog bewerteten „Vertragslösung“ das *Kurzgutachten 2005*, sub III.2.a).

¹⁴ *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 574.

¹⁵ *Beeretz*, ZMGR 2005, 311, 317.

Ähnlich äußert sich ohne Not das BSG in der Begründung seines (im Ergebnis wohl richtigen)¹⁶ Urteils vom 07.02.07 - B 6 KA 8/06 R - zur (verneinten) Zulässigkeit der defensiven Konkurrentenklage eines niedergelassenen Vertragsarztes gegen die einem konkurrierenden Vertragsarzt erteilte Dialysegenehmigung. Für die Entscheidung des BVerfG vom 17.8.04 sei, so das BSG, „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“ (Rz 20). Dementsprechend stellt das BSG explizit fest, bei der so genannten defensiven Konkurrentenklage könne die Anfechtungsbefugnis 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 (Rz 16). Bei dem Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung müsse hierfür ein gesetzliches Vorrang-Nachrang-Verhältnis des Anfechtenden gegenüber dem Konkurrenten bestehen (Rz 21).

Die geschilderte Kritik in der Literatur und die Begründung des BSG erscheinen nicht schlüssig und beruhen nach hier vertretener Auffassung auf einer Verkennung der Entscheidung des BVerfG vom 17.8.04, die dem betroffenen Vertragsarzt auf dem regulierten Markt ausnahmsweise eben doch grundrechtlich basierten Schutz vor - zumindest externer - Konkurrenz gewähren möchte, wenn auch beschränkt auf die Abwehr von nicht mehr durch Gemeinwohlbelange gerechtfertigten „Eingriffen in die gesetzlich durchstrukturierten Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen können“ (Rz 25). Das BVerfG hat hierbei den ausdrücklich festgestellten Eingriffscharakter der Ermächtigung selbstverständlich nicht aus dem einfach-rechtlichen Vorrang des niedergelassenen Vertragsarztes gemäß § 116 Satz 2 SGB V abgeleitet, sondern genuin verfassungsrechtlich begründet. In diesem Zusammenhang hat das BVerfG seine Ausführungen zu den vielfältigen Beschränkungen und Regulierungen, denen der Vertragsarzt von Gesetzes wegen bereits unterliegt - namentlich zur Bedarfsplanung und zum Vergütungssystem - wie auch zum vergleichsweise geringen Unternehmerrisiko des lediglich im Zweitberuf ambulant tätigen, mithin im Wettbewerb bevorzugten Krankenhausarztes auch nicht etwa lediglich „zusätzlich“ gemacht, „um den aus § 116 SGB V abgeleiteten Drittschutz für den niedergelassenen Vertragsarzt zu verdeutlichen“¹⁷. Es handelt sich vielmehr um verfassungsdogmatische Ausführungen grundlegender Natur.

Entscheidend für die verfassungsrichterliche Bewertung der Marktöffnung als Grundrechtseingriff ist für das BVerfG, dass die resultierende „Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, (...) im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht“¹⁸. Der hier zur Begründung in Bezug genommene Beschluss des BVerfG vom 12.6.1990 - 1 BvR 355/86 - (BVerfGE 82, 209, 223 f.) betraf die als Eingriff in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG gewertete Nichtaufnahme in den staatlichen Krankenhausplan, einen Fall staatlicher Planung und Subventionierung mit „berufsregelnder Tendenz“ (ebd., 224). Der Beschluss des BVerfG vom 17.8.04¹⁹ erwähnt letzteres Merkmal zwar nicht mehr ausdrücklich, impliziert es aber aufgrund äquivalenter Beurteilung. Die strikten gesetzlichen Bedingungen der Marktregulierung im Vertragsarztrecht - vor allem die Bedarfsplanung und daneben das Vergütungssystem - haben (ähnlich wie das KHG für die Krankenhausplanung) eine objektiv berufsregelnde Tendenz, weshalb die Zulassung faktischer Eingriffe in die derart durchstrukturierten

¹⁶ Mehrere bereits zugelassene Vertragsärzte, so im Fall des BSG, konkurrieren innerhalb des „geschlossenen vertragsärztlichen Systems“ grundsätzlich gleichrangig miteinander, weshalb die Genehmigung zur Abrechnung einzelner (Dialyse-)Leistungen nicht mit einer extern ausgelösten Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse gleichgesetzt werden kann.

¹⁷ So aber das BSG, aaO, Rz 21.

¹⁸ BVerfG, aaO, Rz 19-25; siehe auch *Kurzgutachten 2005*, sub II. mit Fn 5 und sub III.2.b).

¹⁹ Vgl. zur Krankenhausplanung BVerfG, Beschluss vom 14.01.04 (1 BvR 506/03).

Regeln des vertragsärztlichen Marktes, die aufgrund überlegener Wirtschaftsmacht der subventionierten staatlichen Krankenhäuser zu Verwerfungen der Konkurrenzverhältnisse führen können, den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG beeinträchtigt²⁰.

Auf dem nach wie vor strikt regulierten vertragsärztlichen Markt kommt für das BVerfG dem sich vor allem aus der Bedarfsplanung ergebenden und durch die budgetierte Gesamtvergütung verstärkten Aspekt einer „quantitativ begrenzten Konkurrenz“ zentrale Bedeutung zu. Entscheidend wird hierbei nicht auf absinkende Punktwerte abgestellt, sondern auf die bedrohte Möglichkeit des Vertragsarztes, eine hinreichende Auslastung zu erlangen und insbesondere diejenigen Patienten zu versorgen, die der zum Markt hinzutretende Krankenhausarzt „in demselben räumlichen Bereich“ bereits absorbiert²¹. Das BVerfG (Rz 22) verweist hierzu auf die Entscheidung des BSG vom 25.11.1998²², in welcher einem Vertragsarzt ein (wettbewerbsrechtlicher) Schadenersatzanspruch gegen einen Krankenhausarzt zugesprochen wurde, der ohne wirksame Ermächtigung ambulant behandelt hatte. Dieser konnte mangels Abrechnungsbefugnis an der Gesamtvergütung nicht partizipieren und dennoch dem niedergelassenen Radiologen einen Erwerbsschaden zufügen. Dem BVerfG geht es also in erster Linie um das auf dem Markt der gesetzlichen Krankenversicherung begrenzte „Patientenkontingent“ im Einzugsbereich der vertragsärztlichen Praxis und weniger um das „Vergütungskontingent“ als mit dem externen Konkurrenten zu teilende Einnahmenquelle. Die Relevanz budgetierter Vergütung besteht allerdings darin, dass diese es dem in das regulierte System eingesperren Vertragsarzt - neben den strikten Regeln der Bedarfsplanung - aufgrund diverser Begrenzungsmechanismen wie Regelleistungsvolumina etc. erschwert, seinerseits externem Wettbewerb durch die Steigerung von Fallzahlen oder Einzelleistungen auszuweichen bzw. standzuhalten. Hingegen kann der insbesondere durch die Ermächtigung von Krankenhausärzten eintretende „Verdünnungseffekt“ bezüglich der erzielbaren Punktwerte eher vernachlässigt werden, da er für sich genommen wohl nicht zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führt.

Die budgetierte Gesamtvergütung ist mithin entgegen einem mitunter vorgebrachten Missverständnis²³ nicht als gleichsam grundrechtlich geschütztes „Vergütungskontingent“ relevant. Entscheidend ist vielmehr, dass der betroffene Vertragsarzt der ggf. übermächtigen externen Konkurrenz mit der Folge verringerten Patientenaufkommens nicht ausweichen kann, und zwar wegen der zumeist flächendeckenden Bedarfsplanung weder in räumlicher Hinsicht²⁴ noch durch Ausweitung seiner Tätigkeit. Das Argument, dass Leistungen nach § 116b Abs. 2 SGB V von den Krankenkassen außerhalb der Gesamtvergütung direkt vergütet werden, ändert vor diesem Hintergrund nichts an der Diagnose eines Eingriffs in den Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG.

Soweit das BVerfG (Rz 24) in diesem Zusammenhang den in § 116 Satz 2 SGB V geregelten gesetzlichen Vorrang der Vertragsärzte gegenüber Krankenhausärzten hervorhebt, ist damit dessen Funktion angesprochen, das spezifische unternehmerische Risiko der gegenüber subventionierter Krankenhaus Konkurrenz benachteiligten vertragsärztlichen Marktteilnehmer auszugleichen und so deren im Interesse des Gemeinwohls - durch Bedarfsplanung und Vergütungsbeschränkungen - ohnehin schon sehr eingeschränkte Berufsausübungsfreiheit zu schützen²⁵. Es leuchtet nun unmittelbar ein, dass diese für den Grundrechtsschutz wesentliche Funktion des § 116 Satz 2 SGB V dort außer Kraft gesetzt wird, wo andere hoheitliche Maßnahmen wie die hier untersuchte Krankenhauszulassung zur ambulanten Behandlung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V funktional an die

²⁰ Siehe auch Sachs-*Tettinger/Mann*, 4. Aufl. 2007, Art. 12 GG, Rz 72 f. mit Fn 313.

²¹ *Kurzgutachten 2005*, sub I. a. E. mwN.

²² SGB 1999, 710 ff.

²³ Vgl. etwa *Szabado*, GesR 2007, 97, 102.

²⁴ Zu den Schwierigkeiten eine Verlegung des Vertragsarztsitzes selbst innerhalb eines Planungsbereichs vgl. *Schallen*, *Ärzte-ZV*, 5. Aufl. 2007, Rz 715 ff.

²⁵ Siehe *Kurzgutachten 2005*, sub II., S. 2 f.

Stelle ersterer Regelung treten und hierbei auf den Filter einer den Vorrang sichernden Bedarfsprüfung verzichten. Wenn aber das BVerfG den Bedarfsschranken des § 116 Satz 2 SGB V gleichsam den Charakter einer verfassungsrechtlich gebotenen Kompensationsregelung verleiht, so bedeutet dies gerade nicht, dass es die Anfechtungsbefugnis des Vertragsarztes nur „einfach-rechtlich“ begründet. Vielmehr impliziert umgekehrt jede Öffnung des regulierten Marktes, die zu Verwerfungen der Konkurrenzverhältnisse führen kann, die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung zu Lasten betroffener Vertragsärzte²⁶.

Weiterhin greift auch nicht die Kritik, die Annahme eines Grundrechtseingriffs führe zu einer unzulässigen „Bestandsgarantie“ zugunsten der Vertragsärzte. Denn der Gesetzgeber hätte es in der Hand gehabt, zunächst in vorsichtigen Schritten die interne Regulierung des vertragsärztlichen Marktes zu beseitigen, bevor er störende Eingriffe in das normativ sorgsam austarierte wirtschaftliche Gleichgewicht von außen zulässt. Dies hat er jedoch bislang nicht in hinreichendem Maße getan, und zwar auch nicht mit dem am 1.1.07 in Kraft getretenen Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts, das an der Bedarfsplanung nicht geändert hat und den Vertragsärzten nur in sehr begrenztem Ausmaß mehr Flexibilität vermittelt. So ist etwa die nur geringfügig erleichterte Gründung von Zweigpraxen gemäß § 24 Abs. 2 Ärzte-ZV immer noch an Versorgungskriterien wie auch daran gebunden, dass die Präsenzpflcht am Stammsitz zeitlich nicht vernachlässigt wird (vgl. § 17 Abs. 1a BMV-Ä). Auch besteht die Budgetierung der Gesamtvergütung einstweilen fort.

Schließlich räumt die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V Krankenhäusern in Bezug auf ambulante Tätigkeit vergleichsweise wesentlich leichtere Marktzutrittsbedingungen ein, als dies die Regeln der Bedarfsplanung für Vertragsärzte tun. Dies wird am besten an den hier als bekannt vorausgesetzten rechtlichen Hürden der Ausnahmezulassung wegen eines qualitativen Sonderbedarfs bspw. für Leistungen der internistischen Onkologie gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V i. V. m. Nr. 24 Satz 2 b BPI-RL Ä deutlich. Während die Sonderbedarfszulassung ähnlich wie die Ermächtigung eine höchst differenzierte Bedarfsprüfung durch die vertragsärztlichen Zulassungsgremien erfordert, haben Krankenhäuser nach dem Willen des Gesetzgebers ohne weiteres einen Rechtsanspruch auf Zulassung bspw. zur Behandlung onkologischer Erkrankungen ohne eine vergleichbare Prüfung, wenn auch möglicherweise unter dem Vorbehalt, dass eine nur schwer handhabbare Härtefallregelung hinsichtlich der „Bestimmung“ ein (Versagungs-)Ermessen auslöst (s. o. I.). Da im beplanten Bereich auch eine reguläre vertragsärztliche Zulassung im Wege der Ausschreibung zur Praxisnachfolge gemäß § 103 Abs. 4 SGB V nur mit Mühe und in der Regel hohem finanziellem Einsatz zu erlangen ist, kann dieser Befund verallgemeinert werden. Wo jedoch der Zulassungsakt die für alle gleichen Zutrittsbedingungen ignoriert und dem Konkurrenten einen erleichterten Marktzugang eröffnet, liegt wegen der gleichheitsrechtlichen Dimension der Berufsfreiheit auch unter diesem Aspekt ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG nahe²⁷. Betroffen ist hiervon zwar in erster Linie der den Marktzutritt beherrschende Konkurrent, der sich in offensiver Konkurrentensituation zu bereits zugelassenen Vertragsärzten, ermächtigten Ärzten und Krankenhausambulanzen befindet²⁸. Es erscheint jedoch auch aus der Sicht bereits niedergelassener Vertragsärzte, die weiterhin der Bedarfsplanung unterliegen, als gleichheitswidrige Zumutung, wenn Krankenhäusern im Anwendungsbereich des § 116b Abs. 2 SGB V der konkurrierende Marktzutritt freigestellt wird. Denn dies impliziert, dass die von der entfesselten externen Konkurrenz betroffenen Vertragsärzte selbst

²⁶ Ungeklärt ist übrigens, wie eine ohne weiteres vorstellbare Konkurrenzkonstellation zwischen einschlägigen Ermächtigungen und der Zulassung einer Ambulanz nach § 116b Abs. 2 SGB V gelöst werden soll (vgl. zum ambulanten Operieren gemäß § 115b SGB V BSG, Urteil vom 09.06.1999 - B 6 KA 25/98 R -: Subsidiarität der Ermächtigung).

²⁷ Vgl. *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftrecht, Tübingen 2004, S. 270 mwN.

²⁸ Vgl. *Degener-Hencke*, VSSR 2006, 93, 102 f.: Zulassungsbeschränkungen seien neben § 116b Abs. 2 SGB V (a. F.) am Maßstab der Artt. 12 Abs. 1, 3 Abs. 1 GG ggf. obsolet.

keine Möglichkeit haben, diesem ungleichen - ggf. auch subventionierten - Wettbewerb bspw. durch Verlegung ihres Vertragsarztsitzes in einen anderen Planungsbereich auszuweichen.

Die erleichterte Zulassung transsektoraler Konkurrenz ohne Bedarfsprüfung greift im Ergebnis zweifelsohne in die Berufsausübungsfreiheit konkurrierender Vertragsärzte ein.

b) Irrelevanz der Rechtsform einer Marktöffnung für deren Eingriffsnatur

Steht auch hinsichtlich der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V fest, dass die auf ihr basierende Einzelfallregelung den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG tangiert, so kann es wiederum keinen Unterschied machen, ob der Eingriff wie bei der Vorgängerregelung durch Vertrag oder wie schon bei der Ermächtigung sowie nunmehr bei der neu geregelten „Bestimmung“ des geeigneten Krankenhauses zur ambulanten Behandlung durch Verwaltungsakt erfolgt. Auf die Ausführungen sub III.3.b) des Kurzgutachtens 2005 kann verwiesen werden²⁹.

Es kann weiterhin ergänzt werden, dass sich nach hier vertretener Auffassung auch ein - bspw. ausschließlich fachübergreifender - Integrationsvertrag einer Krankenkasse mit einem oder mehreren Krankenhausträgern nach §§ 140a ff. SGB V zur Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V, der ohne die Beteiligung einschlägig konkurrierender Vertragsärzte abgeschlossen wird, als Zulassung transsektoraler Konkurrenz darstellt und daher grundsätzlich in die Berufsausübungsfreiheit betroffener Konkurrenten eingreift. Ob ein solcher Vertrag Art. 12 Abs. 1 GG im Einzelfall verletzt, dürfte vom konkreten Vertragsinhalt und insbesondere davon abhängen, ob er ohne Rücksicht auf einen durch niedergelassene Wettbewerber bereits gedeckten Bedarf abgeschlossen wurde. Nähere Erwägungen hierzu können im Rahmen dieses Gutachtens nicht angestellt werden. Auf Verträge zur integrierten Versorgung mit Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V soll daher nur noch bei den sich stellenden Rechtsschutzfragen (unten sub III.3.) kurz eingegangen werden.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit

a) Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG wird entnommen, dass ein Eingriff in die Berufsfreiheit nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zulässig ist. Die „Bestimmung“ des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung stellt als hoheitliche Einzelfallregelung der zuständigen Planungsbehörde mit Außenwirkung gemäß § 31 Satz 1 SGB X ohne Zweifel einen Verwaltungsakt dar. Dieser basiert seinerseits auf § 116b Abs. 2 SGB V, weshalb es sich um einen Grundrechtseingriff „aufgrund eines Gesetzes“ handelt.

b) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in förmlicher Hinsicht

Bereits die Vorgängerregelung des § 116b Abs. 2 SGB V („Vertragslösung“) war wegen des unbeschränkten Marktöffnungsermessens der Krankenkassen am Maßstab verfassungsrichterlicher Rechtsprechung in förmlicher Hinsicht als zu unbestimmt anzusehen³⁰. Insbesondere waren in dieser Regelung der Umfang und die Grenzen des - ggf. bis zur Existenzvernichtung reichenden - Eingriffs mangels begrenzender, am Sicherstellungsbedarf orientierter Regelungen nicht erkennbar³¹.

²⁹ Insoweit zustimmend auch *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 574.

³⁰ Siehe *Kurzgutachten 2005*, sub III.2.b) mwN.

³¹ Die gegen diese Diagnose vorgebrachte Kritik von *Vollmöller* (NZS 2006, 572, 575) überzeugt nicht; sie verwechselt Fragen der Bestimmtheit der Norm als solche mit derjenigen nach der

Die Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V scheitert aus der Sicht betroffener Vertragsärzte wiederum an der Unbestimmtheit des Eingriffs zunächst dann, wenn man der oben unter I. referierten Auffassung des DKG-PP folgt, wonach Krankenhäuser ohne Rücksicht auf den vertragsärztlichen Versorgungsbedarf einen Rechtsanspruch auf Zulassung zur ambulanten Versorgung haben. Denn in diesem Fall hängen Umfang und Grenzen des Eingriffs in die Berufsausübungsfreiheit der Vertragsärzte ohnehin von ihrer zufälligen Betroffenheit ab, wobei das Krankenhaus es außerdem in der Hand hätte, durch seine Entscheidung über Größe und Ausstattung der Ambulanz das Versorgungsangebot zu beeinflussen und so die Intensität des Grundrechtseingriffs sogar selbst zu bestimmen³².

Folgt man demgegenüber der hier vertretenen Auffassung, wonach das Gebot der Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation die Ausübung pflichtgemäßen Ermessens zur Vermeidung von existenziellen Härtefällen impliziert, werden Umfang und Grenzen des Eingriffs gleichwohl nicht hinreichend erkennbar. Denn es fehlt an Kriterien, wie das Berücksichtigungsgebot im Einzelfall umgesetzt werden soll, was ohne die vom Gesetzgeber nicht gewollte Prüfung eines Versorgungsbedarfs, wie sie etwa im Rahmen der Entscheidung über Ermächtigungen stattfindet, kaum möglich erscheint. Die Krankenhausplanungsbehörde ist hierzu mangels Sachnähe auch gar nicht in der Lage. Sie müsste sich etwa der Amtshilfe der vertragsärztlichen Zulassungsgremien bedienen, was das Gesetz jedoch nicht vorsieht. Hinzu kommt, dass auch die Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V - anders als das Ermächtigungsrecht gemäß §§ 31a, 31 Abs. 7 Ärzte-ZV - selbst keinerlei Vorkehrungen für die gegenständliche, räumliche und zeitliche Beschränkung einer Ambulanzzulassung enthält, weshalb es nach der speziellen Norm allein dem Krankenhausträger überlassen ist, in welchem Umfang er nach einmal erfolgter (institutioneller!) Zulassung den Ambulanzbetrieb betreibt oder ausdehnt und so existenzielle Zwänge und Nöte auf Seiten der betroffenen Vertragsärzte ggf. erst auslöst oder verstärkt. Theoretisch denkbar wäre zwar nach allgemeinem Verfahrensrecht die Anordnung von Nebenbestimmungen - Bedingung, Befristung, Widerrufsvorbehalt oder Auflage bzw. Auflagenvorbehalt - gemäß § 31 Abs. 2 SGB X zur Absicherung des hier postulierten Härtefallschutzes. Nebenbestimmungen dürfen jedoch dem Zweck des Verwaltungsakts, der trotz der unklaren Berücksichtigungsklausel in einer möglichst gleichrangigen Zulassung von Krankenhausambulanzen zu sehen sein dürfte, nicht zuwiderlaufen, was im Zweifel für deren Unzulässigkeit spricht³³.

Der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum GKV-WSG verlaubliche Appell des Bundestages an die Bundesländer vom 2.2.07, „bei ihrer Entscheidung über die Berechtigung eines Krankenhauses zur Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V ... die Belange der vertragsärztlichen Leistungserbringer durch Beteiligung der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung zu berücksichtigen“³⁴, wirkt vor diesem Hintergrund eher als ein Zeichen schlechten Gewissens denn als effektive Schutzmaßnahme zur Steuerung des Grundrechtseingriffs im Rahmen pflichtgemäßer Ermessensausübung. Der Grund des Appells aus Sicht des Bundestages dürfte darin zu sehen sein, dass gemäß § 116b Abs. 2 Satz 3 SGB V zwar eine „eilvernehmliche Bestimmung mit den

Erkennbarkeit von Umfang und Grenzen des Grundrechtseingriffs, die wegen des gänzlich freien Vertragsermessens der Krankenkassen zu verneinen war.

³² Als unbestimmt wird insoweit also nicht der ggf. einen Zulassungsanspruch der Krankenhausträger regelnde Normtext kritisiert, sondern die vom Gesetz mangels Bedarfssteuerung offen gelassene Reichweite des *zugelassenen faktischen Eingriffs* in die Rechte Drittbetroffener.

³³ Der Verfasser folgt hier im Ergebnis dem DKG-PP, S. 8 f., das sich insoweit lediglich in der Begründung über § 32 Abs. 1 SGB X unterscheidet, weil es von einem gebundenen Verwaltungsakt ausgeht.

³⁴ Siehe oben I.

an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten anzustreben“ ist³⁵, dass jedoch die Kassenärztlichen Vereinigungen als Sachwalter der vertragsärztlichen Belange in vielen Bundesländern überhaupt nicht als unmittelbare Planbeteiligte in dem entsprechenden Gremium repräsentiert sind³⁶, wenn nicht das betreffende Landesrecht entsprechend geändert wird. Ob der Bundestag mit seinem Appell über das nahe liegende Ziel der Schaffung der landesgesetzlichen Voraussetzungen einer bundesweiten Planbeteiligung hinaus die Kassenärztlichen Vereinigungen auch förmlich am Verwaltungsverfahren beteiligen möchte³⁷, bleibt offen, dürfte allerdings mangels eigener Rechtsbetreffenheit als Körperschaften des öffentlichen Rechts eher unwahrscheinlich sein.

In jedem Fall wird der Einfluss der Repräsentanten der Kassenärztlichen Vereinigungen auf die Entscheidung der zuständigen Landesbehörde eher gering sein. Sie können im Kreise der Planbeteiligten oder auch im Rahmen einer förmlichen Anhörung durch die zuständige Landesbehörde die Belange ggf. betroffener Vertragsärzte zwar vorbringen. Da jedoch nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers einerseits eine Bedarfsprüfung nicht stattfinden soll und andererseits hiervon unabhängige Kriterien zur „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ kaum vorstellbar sind, ist die Relevanz einer solchen Stellungnahme für die Zulassungsentscheidung höchst fraglich. Allenfalls in offensichtlichen Extremfällen mag sich nach entsprechender Stellungnahme der hierzu befragten KV auch ohne differenzierte Bedarfsprüfung nach pflichtgemäßem Ermessen die Ablehnung der beantragten Ambulanzzulassung aufdrängen³⁸. Soweit jedoch einerseits die Gefährdung der Existenz niedergelassener Vertragsärzte nicht geradezu auf der Hand liegt und andererseits eine differenzierte Ermittlung des Versorgungsbedarfs abgelehnt wird, führt auch der über die KV vermittelte Einfluss der Vertragsärzte nicht zu einer hinreichenden Erkennbarkeit der Grenzen und des Umfangs des Grundrechtseingriffs.

Auch der „Berücksichtigungsappell“ des Bundestages und das ebenso vage „Berücksichtigungsgebot“ des Gesetzes selbst ändern daher nichts an der fehlenden Bestimmtheit des Grundrechtseingriffs. Diese wäre nach hier vertretener Auffassung nur über eine § 116 Satz 2 SGB V vergleichbare Regelung erreichbar, wonach eine Ermächtigung zu erteilen ist, „soweit und solange eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnis von hierfür geeigneten Krankenhausärzten nicht sichergestellt wird“, mithin unter bestimmten Maßgaben, die in §§ 31, 31a Ärzte-ZV und im BMV-Ä weiter konkretisiert werden und spezifische Bedarfsermittlungen voraussetzen. Die hier unterstellte Pflicht zur Rücksichtnahme auf erkennbare Härtefälle lässt sich aber nach Ansicht des Verfassers nicht in vorstehendem Sinne auslegen.

c) *Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in materieller Hinsicht*

Zu prüfen ist die Verhältnismäßigkeit der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V. Auf die Ausführungen des Kurzgutachtens 2005 sub III.3.c) kann hierzu verwiesen werden, soweit nicht

³⁵ Dies impliziert das ernsthafte Bemühen um eine Einigung, ohne die Alleinentscheidungskompetenz des Landes im Falle des Scheiterns der Einigungsbemühungen anzutasten.

³⁶ Ansonsten sind die Vertreter der KV weitaus in der Minderheit; so ist in Baden-Württemberg nur ein Repräsentant der KV Mitglied des Krankenhausplanungsausschusses.

³⁷ Siehe hierzu unten III.

³⁸ Beispiel: Im Einzugsbereich des betreffenden Krankenhauses, in welchem bislang auch kein einschlägig ermächtigter Arzt tätig war, praktiziert lediglich *ein* nicht ausgelasteter internistischer Onkologe, dem das örtliche Krankenhaus mit einer onkologischen Ambulanz Konkurrenz machen möchte, die den Leistungsumfang einer vertragsärztlichen Praxis mutmaßlich abdeckt.

nachfolgend abweichende Stimmen in der Literatur³⁹ aufgegriffen und Besonderheiten der Neuregelung erörtert werden. Zu fragen ist, ob eine Marktöffnung für Klinikambulanzen auf Basis von § 116b Abs. 2 SGB V durch Gründe des Gemeinwohls in der Weise gerechtfertigt erscheint, dass diese Marktöffnung geeignet und erforderlich ist, die gesetzlichen Ziele zu erreichen, ohne die Vertragsärzte durch den resultierenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit unzumutbar zu belasten.

aa) Gemeinwohlgründe, die § 116b Abs. 2 motivieren

An den Gründen des Gesetzgebers⁴⁰, die sich zweifelsohne am legitimen Ziel der Sicherstellung der Versorgung der gesetzlich Versicherten orientieren, hat sich durch die Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V nichts geändert. So hat der Gemeinsame Bundesausschuss im Rahmen der ihm gemäß § 116b Abs. 4 Satz 5 SGB V obliegenden regelmäßigen Fortentwicklung und Überprüfung des Leistungskatalogs bei der Bewertung der medizinischen Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung nach Abs. 4 Satz 2 unverändert die Besonderheiten der Leistungserbringung im Krankenhaus im Vergleich zur Erbringung in der Vertragsarztpraxis zu berücksichtigen. Neben den Aspekten der im Krankenhaus verorteten besseren Strukturqualität - auch der behandelnden Ärzte - und der besseren Risikobeherrschung sowie größeren Wirtschaftlichkeit bei bestimmten (vor allem hochspezialisierten) Leistungen sieht der Gesetzgeber für die Behandlung der Katalogkrankheiten in medizinischer Hinsicht nach wie vor ein durchgängig abgestimmtes Versorgungskonzept aus einer Hand als herausragendes therapeutisches Anliegen der Regelung, um insbesondere auch bei onkologischen Erkrankungen „Versorgungsbrüche und Schnittstellenfragen“ zu vermeiden, die mit dem häufigen Arztwechsel zwischen stationärer und ambulanter ärztlicher Versorgung verbunden seien⁴¹. Der Gesetzgeber verfolgt mit diesen Aspekten einschließlich dem genannten einer kontinuierlichen Behandlung über die Sektorengrenzen hinweg sicherlich einen legitimen Zweck, der einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Vertragsärzte grundsätzlich rechtfertigen kann.

bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Marktöffnung

Auch die Marktöffnung auf Basis der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V erscheint zwar möglicherweise geeignet, jedoch keineswegs erforderlich, um die Ziele des Gesetzgebers zu verwirklichen. Die im *Kurzgutachten 2005* unter III.3.c.bb) angeführten Argumente sind trotz der Einwände in der Literatur⁴² hiergegen unverändert gültig.

(1) Dass Qualität und Erfahrung der behandelnden Ärzte im Krankenhaus im Zusammenhang mit der Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V höher als diejenige niedergelassener Vertragsärzte sein sollen, die sich auf dieselben Leistungen etwa im Bereich der Onkologie spezialisiert haben, erscheint nicht plausibel. Die häufige Delegation ärztlicher Leistungen in Krankenhäusern auf Assistenzärzte ist schon aufgrund der kostenbedingt quantitativ eher gefährdeten personellen Versorgung mit Oberärzten ein bekanntes Phänomen. Um auf sicherer Basis von der vertragsärztlichen Gesamtvergütung zu profitieren, sind Krankenhäuser im ambulanten Bereich außerdem zunehmend darum bemüht, die Tätigkeit ehemals ermächtigter Oberärzte ganz oder teilweise in zu diesem Zweck gegründete Medizinische Versorgungszentren auszulagern⁴³. Der

³⁹ Insbesondere diejenige von *Vollmöller*, NZS 2006, 572-578, der sich spezifisch mit dem allein im Internet veröffentlichten *Kurzgutachten 2005* (bspw. www.arztrechtplus.de/gutachten.pdf) kritisch befasst.

⁴⁰ Siehe *Kurzgutachten 2005*, sub III.3.c.aa); *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 576.

⁴¹ Vgl. *Orlowski/Wasem*, Gesundheitsreform 2007(GKV-WSG), 119.

⁴² *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 576 f.

⁴³ Das Vertragsarztrecht sieht hierzu seit dem 1.1.07 etwa mit der Erleichterung der gleichzeitigen Tätigkeit in MVZ und Krankenhaus gemäß § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV flexible Mechanismen vor.

notwendige Einsatz von Assistenzärzten dürfte daher auch im Anwendungsbereich des § 116b Abs. 2 SGB V eher noch zunehmen als abnehmen. Dasselbe gilt für den personellen Wechsel der Krankenhausärzte im Allgemeinen.

(2) Die von dem Gesetzgeber angestrebte Bündelung der Kompetenzen der Krankenhäuser ist auf dem vertragsärztlichen Sektor durch vielfältige Möglichkeiten der Kooperation und Vernetzung, die auch genutzt werden, mindestens ebenso gut gewährleistet. Sie ist seit dem 1.1.07 noch erleichtert worden durch die Zulassung überörtlicher⁴⁴ Berufsausübungsgemeinschaften gemäß § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV. Die vertragsärztliche Tätigkeit kann im Rahmen einer solchen Kooperation grundsätzlich auch interdisziplinär konvergent auf einzelne Leistungen oder Leistungsausschnitte begrenzt werden, was sich gerade bei Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V anbietet⁴⁵. Die Versorgung der Patienten in der Nähe ihres Wohnorts ist ebenfalls gesichert, dies zusätzlich dadurch, dass zur dortigen Verbesserung des Versorgungsangebots die Gründung vertragsärztlicher Zweigpraxen gemäß § 24 Abs. 3 Ärzte-ZV etwas erleichtert wurde.

(3) Das „Versorgungskonzept aus einer Hand“ im Sinne kontinuierlicher Behandlung über die Sektorengrenzen hinweg kann, wie bereits ausgeführt wurde⁴⁶, auch durch weniger einschneidende Maßnahmen erreicht werden, indem der Gesetzgeber es etwa fördert, dass spezialisierte Vertragsärzte in Verträge zur Integrierten Versorgung gemäß §§ 140a ff. eingebunden und an der Schnittstelle zur stationären Behandlung im Krankenhaus tätig werden. Hiergegen lässt sich nicht einwenden, dass der Gesetzgeber die Verzahnung von ambulanter und stationärer Versorgung mit einer Reihe von verschiedenen Maßnahmen erreichen möchte, da es ihm um einen „Wettbewerb der Versorgungsstrukturen“ im Sinne eines „Einkaufsmodells“ der Krankenkassen gehe⁴⁷. Denn zum einen ist der schon wegen des Prinzips gleicher Vergütung (§ 116b Abs. 5 SGB V) zweifelhafte Gedanke des „Einkaufsmodells“ endgültig obsolet geworden, nachdem der Gesetzgeber den Krankenkassen die Vertragskompetenz gerade wieder entzogen hat. Zum anderen dürfte ein derart allgemeines Ziel, wie ihn der mit ökonomischen Hoffnungen eher abstrakter Natur verbundene „Wettbewerb der Versorgungsstrukturen“ darstellt, den Gesetzgeber nicht von der Prüfung entbinden, ob es Regelungsmöglichkeiten gibt, welche weniger einschneidende Konsequenzen für die Berufsausübung der Vertragsärzte mit sich bringen als die einseitige und ungleichgewichtige Öffnung des unverändert regulierten Markts.

Zu den Aspekten der angeblich besseren Risikobeherrschung (4) und größeren Wirtschaftlichkeit der ambulanten Behandlung im Krankenhaus (5) kann zunächst uneingeschränkt auf die Ausführungen im *Kurzgutachten 2005*⁴⁸ verwiesen werden.

(4) Das von *Vollmöller*⁴⁹ zum Punkt der Risikobeherrschung in Bezug genommene allgemeine Überweisungserfordernis, das der Gemeinsame Bundesausschuss in seinen Richtlinien gemäß § 116b Abs. 4 Satz 3 SGB V anordnen kann und teilweise auch angeordnet hat, ist nicht dazu geeignet, die Belange gerade des hochspezialisierten Vertragsarztes zu schützen, da es anders als im Recht der Ermächtigung (§ 31 Abs. 7 Satz 2 Ärzte-ZV) nicht auf Fachärzte mit entsprechendem

⁴⁴ Die Tätigkeit von verschiedenen Vertragsarztsitzen aus kann hierbei selbstverständlich in unmittelbarer Nachbarschaft im selben Quartier erfolgen.

⁴⁵ Beispiele: Gründung einer überörtlichen „Teilgemeinschaftspraxis“ zur gemeinsamen onkologischen und gastroenterologischen Versorgung von Patienten mit kolorektalen Tumoren etc. oder auch zur gemeinsamen kinder- und jugendärztlichen sowie kardiologischen Versorgung von Patienten im Rahmen der pädiatrischen Kardiologie.

⁴⁶ *Kurzgutachten 2005*, sub III.3.c.bb.(3).

⁴⁷ So *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 576.

⁴⁸ unter III.3.c.bb.(4) und (5).

⁴⁹ AaO, 576 f.

Weiterbildungsschwerpunkt begrenzt werden kann⁵⁰. Die Verfasser des Kurzgutachtens 2005 hatten jedoch eben das Erfordernis einer Überweisung „durch den vertragsärztlichen Spezialisten“ als milderes Mittel erwähnt, wie es im Recht der Ermächtigung immer dann praktiziert wird, wenn der Krankenhausarzt im Einzelfall ergänzend zur Behandlung - etwa von Risikopatienten - herangezogen werden soll. Auf Basis spezialisierter Überweisungsvorbehalte wird je nach Fall durchaus auch eine umfangreichere Kooperation zwischen niedergelassenem Arzt und ermäßigtem Krankenhausarzt praktiziert. Da der niedergelassene Spezialist im Rahmen einer solchen Kooperation den „Patientenstrom“ steuern kann, werden damit zugleich seine wirtschaftlichen Belange im Rahmen medizinischer Vertretbarkeit gewahrt.

(5) Wenn *Vollmöller*⁵¹ hinsichtlich des Wirtschaftlichkeitsvergleichs, der schon wegen des in der Neuregelung noch verstärkt abgesicherten Prinzips gleicher Vergütung in beiden Sektoren gemäß § 116b Abs. 5 SGB V stark relativiert wird, die erstrebte Reduzierung der Anschaffung teurer Spezialgeräte (etwa zur Protonentherapie) erwähnt, so ist hiergegen einzuwenden, dass es augereicht hätte, wenn der Gesetzgeber sich erforderlichenfalls auf eine gesonderte Regelung dieses wohl nicht im Mittelpunkt des § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V stehenden Details (Verbesserung der Wirtschaftlichkeit bei Großgeräten) konzentriert hätte⁵².

Nach all dem ist trotz des diesbezüglichen Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers überwiegend bereits die Eignung der Marktöffnung durch die Zulassung von Ambulanzen nach § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V zur Erreichung der erörterten Ziele zweifelhaft. Von der Erforderlichkeit der Marktöffnung ist nicht auszugehen.

cc) *Zumutbarkeit der Marktöffnung für Vertragsärzte*

Selbst wenn davon ausgeht, dass die Marktöffnung aufgrund der Neuregelung des § 116b Abs. 2 SGB V zur Sicherung einer qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Versorgung erforderlich sei, so wäre sie wegen der damit verbundenen Belastungen der konkurrierenden Vertragsärzte unverhältnismäßig im engeren Sinne⁵³. Inakzeptabel erscheint insbesondere die auch in § 116b Abs. 2 SGB V n. F. enthaltene grundsätzliche Aufhebung des gesetzlichen Vorrangs der betroffenen Vertragsärzte gegenüber den Krankenhausärzten bzw. den Krankenhäusern als Institut. In den Gründen des Beschlusses des BVerfG vom 17.8.04 wurden die Bedarfsschranken des § 116 Satz 2 SGB V als notwendig identifiziert, um die vielfältigen Beschränkungen der Vertragsärzte zu kompensieren⁵⁴. Wird das regulierte Marktgefüge allein durch Aufhebung dieser Schranken gestört, so erweist sich dies auch unter Würdigung der Gründe für die Marktöffnung auf der anderen Seite der Waagschale als unzumutbarer Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der vertragsärztlichen Wettbewerber.

Bezweifeln könnte man diese Wertung allenfalls mit Blick darauf, dass § 116b Abs. 2 SGB V mit dem Erfordernis der „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ nach hier vertretener Auffassung im Rahmen pflichtgemäß auszuübenden Ermessens bei der „Bestimmung“ zur ambulanten

⁵⁰ In § 116b Abs. 4 Satz 3 SGB V heißt es „Überweisung durch den Hausarzt oder den Facharzt“; gemäß § 4 Abs. 1 der Richtlinie vom 18.10.2005 (s. o. Fn 2) wird dementsprechend auch nur allgemein die „Überweisung durch einen Vertragsarzt“ in den dortigen Anlagen geregelt; nach § 31 Abs. 7 Satz 2 Ärzte-ZV ist auszusprechen, „ob der ermächtigte Arzt unmittelbar oder auf Überweisung in Anspruch genommen werden kann“, was die Variante einer „Schwerpunktüberweisung“ einschließt.

⁵¹ AaO, 577.

⁵² Etwa durch Wiedereinführen einer räumlichen Großgeräteplanung, wie sie zwischen 1989 und 1997 bestand.

⁵³ Siehe zur näheren Begründung wiederum *Kurzgutachten 2005*, sub III.3.c.cc).

⁵⁴ Siehe oben sub II.2.a).

Behandlung wenigstens erkennbaren Härtefällen Rechnung zu tragen scheint⁵⁵. Da jedoch gleichzeitig keine differenzierte Bedarfsprüfung stattfinden soll, ist dieses vage, letztlich kaum zu handhabende Erfordernis jedenfalls im Regelfall nicht geeignet, den grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Belangen der Vertragsärzte Rechnung zu tragen, zumal die Ambulanzzulassung anders als eine Ermächtigung grundsätzlich nicht zusätzlich gegenständlich, räumlich und zeitlich beschränkt werden kann⁵⁶. An der generellen Unzumutbarkeit des Eingriffs ändert die Berücksichtigungsklausel daher nichts⁵⁷.

Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht erfolgreich eingewandt werden, dass sich „die Nachteile der Vertragsärzte infolge zusätzlicher Konkurrenz ... aufgrund des eingeschränkten Leistungskatalogs ... in Grenzen halten“⁵⁸. Denn allein der gesetzliche Leistungskatalog des § 116b Abs. 3 SGB V deckt in mehreren Fällen jeweils ganz oder weitgehend das Spektrum des betroffenen Weiterbildungsschwerpunkts eines Facharztes ab, so bei der „Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen“ dasjenige des Internisten mit Schwerpunkt Hämatologie und Onkologie und bei der „Diagnostik und Versorgung von Patienten im Rahmen der pädiatrischen Kardiologie“ sowie (teilweise) bei der „Diagnostik und Versorgung von Frühgeborenen mit Folgeschäden“ dasjenige des Kinder- und Jugendmediziners mit jeweils entsprechendem Schwerpunkt. Von diesen Leistungsspektren der Krankenhausambulanzen sind nicht nur die zugehörigen Spezialisten, sondern auch eine Reihe anderer Fachärzte mit oder ohne Schwerpunkt (bspw. Radiologen, Gynäkologen, Kardiologen, Labormediziner etc.) ggf. betroffen. Unabhängig davon, ob man bei diesen und weiteren Katalogkrankheiten von „seltenen Erkrankungen“ oder (schwer definierbaren) „Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen“⁵⁹ ausgeht, können durch die unregelmäßige Zulassung von Krankenhauskonkurrenz verschiedene Spezialisten, die etwa im Rahmen eines einschlägigen Sonderbedarfs (§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V i. V. m. Nr. 24 Satz 2 a bis c BPI-RL Ä) zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen wurden, bis hin zur Existenzgefährdung betroffen sein.

Auch hat der Gemeinsame Bundesausschuss nach hier vertretener Auffassung nicht etwa die Kompetenz, innerhalb des vom Gesetzgeber in § 116b Abs. 3 SGB V vorgegebenen Katalogs, der „seltene Erkrankungen“ und „Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen“ umfassen soll, einzelne Katalogkrankheiten im Rahmen seiner Pflicht zur regelmäßigen Überprüfung gemäß § 116b Abs. 4 Satz 5 SGB V ohne weiteres auf bestimmte Krankheitsbilder konkretisierend zu beschränken, um die Belange betroffener Vertragsärzte zu schützen. Denn die dem Gemeinsamen Bundesausschuss obliegende Überprüfung der Aufnahme bspw. der „onkologischen Erkrankungen“⁶⁰ in den gesetzlichen Katalog kann wohl nur dann zu einer Einschränkung führen, wenn neue wissenschaftliche Erkenntnisse dafür sprechen, dass die Einordnung in ihrer vollen Breite nach den vorgegebenen Kriterien der medizinischen Notwendigkeit und Wirtschaftlichkeit (§ 116b Abs. 4 Satz 2 SGB V)

⁵⁵ Siehe oben sub I.

⁵⁶ Siehe oben sub II.3.b), wonach Nebenbestimmungen auch nach § 32 Abs. 2 SGB X im Zweifel nicht zulässig erscheinen; ob im Einzelfall ausnahmsweise etwas anderes gilt, kann hier offen bleiben.

⁵⁷ Die oben sub II.3.b) diskutierten Aspekte, wonach Umfang und Grenzen des Grundrechteingriffs nicht hinreichend erkennbar sind, kommen auch bzw. jedenfalls hier zum Tragen.

⁵⁸ Zur „Vertragslösung“ siehe *Vollmöller*, NZS 2006, 572, 577.

⁵⁹ Der GBA schlägt die oben genannten Bereiche (Onkologie, pädiatrische Kardiologie und Frühgeborene mit Folgeschäden) in Anlage 3 zur Richtlinie vom 18.10.05 über die ambulante Behandlung im Krankenhaus nach § 116b SGB V dieser Gruppe zu.

⁶⁰ Laut Pressemitteilung der DKG vom 23.5.07 (abrufbar unter www.dkev.de) hat der GBA am 10.5.07 beschlossen, unter anderem bezüglich der onkologischen Erkrankungen „Konkretisierungen“ zu erarbeiten.

nicht mehr sachgerecht ist⁶¹. Noch weniger erscheint die zuständige Landesbehörde nach Sinn und Zweck des § 116b Abs. 2 und 3 SGB V berechtigt, im Rahmen der „Bestimmung“ von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung entsprechende Konkretisierungen der Katalogkrankheiten selbst vorzunehmen⁶². Allein wegen der Berücksichtigungsklausel ist vielmehr in erkennbaren Härtefällen die Ambulanzzulassung ganz abzulehnen.

Es ist mithin auch keine einschränkende Auslegung der Vorschrift ersichtlich bzw. absehbar, die an der diagnostizierten Unzumutbarkeit der Marktöffnung für die betroffenen Vertragsärzte etwas ändern könnte.

d) *Zwischenergebnis*

Auch die Neufassung des § 116b Abs. 2 SGB V erweist sich aus dreifachem Grund als verfassungswidrig. Die Vorschrift erfüllt nicht die Bestimmtheiterfordernisse, die an eine Ermächtigung zum Eingriff in die Berufsfreiheit zu stellen sind. Die Vorschrift ermöglicht Eingriffe in die Berufsfreiheit, die mit Blick auf das mit ihr verfolgte Gemeinwohlinteresse nicht erforderlich und damit unverhältnismäßig sind. Schließlich ermöglicht die Regelung eine Öffnung des staatlich regulierten Marktes der vertragsärztlichen Versorgung, ohne die berechtigten Interessen der Vertragsärzte angemessen in Rechnung zu stellen; eine solche Öffnung des Marktes führt zu unzumutbaren und damit auch aus diesem Grund unverhältnismäßigen Belastungen der betroffenen Vertragsärzte.

4. **Verfassungskonforme Auslegung des § 116b Abs. 2 SGB V?**

Für eine einschränkende verfassungskonforme Auslegung des § 116b Abs. 2 SGB V ist nach Ansicht des Verfassers ein tragbares Konzept nicht ersichtlich. Jeder Versuch einer solchen Gesetzeskorrektur liefe letztlich der erklärten Zielvorstellung des Gesetzgebers zuwider, im Anwendungsbereich des § 116b Abs. 3 SGB V die Marktöffnung für Krankenhausambulanzen ohne Bedarfsprüfung zuzulassen. Zwar könnte man hiergegen einwenden, dass die später in das Gesetz eingefügte Berücksichtigungsklausel die vorhergehende Aussage in den Motiven, dass eine Bedarfsprüfung ausgeschlossen sei, obsolet macht und daher einen Anhaltspunkt für eine verfassungskonforme Auslegung im entgegenstehenden Sinne bietet. Die Tatsache, dass die Materialien zur Bedeutung der selbst wenig aussagekräftigen Berücksichtigungsklausel gänzlich schweigen, lässt jedoch nach Ansicht des Verfassers diese weitgehende Schlussfolgerung nicht zu.

Keine Lösung wäre daher zunächst ein Verständnis der Berücksichtigungsklausel, das die Notwendigkeit einer differenzierten Bedarfsprüfung - etwa mit der Amtshilfe der vertragsärztlichen Zulassungsgremien - in diese Klausel hineinlesen wollte. Denn der Gesetzgeber wollte die Krankenhäuser den Schranken des Ermächtigungsrechts gerade nicht unterwerfen. Schon die hier unter I. vertretene Auslegung der Berücksichtigungsklausel als Härtefallregelung im Sinne eines Ausnahmeermessens erscheint mit Blick auf die erwähnte Zielvorstellung des Gesetzgebers problematisch, wenn er auch diesen Konflikt mit der vagen Formulierung einer „Bestimmung“ „unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ selbst angelegt hat⁶³. Zuzugeben ist zwar, dass die Berücksichtigungsklausel wegen ihres unter I. diskutierten Bezugs zu den Belangen der vertragsärztlichen Leistungserbringer theoretisch einen Anknüpfungspunkt für eine

⁶¹ Vgl. *Quaas/Zuck*, Medizinrecht, München 2005, 346, Rz 80; der ggf. berechtigte Einwand, diese Einordnung sei noch nie sachgerecht gewesen, spricht für die Verfassungswidrigkeit der Regelung, nicht aber für die kompetenzwidrige Korrektur des Normtextes.

⁶² So aber erwogen von *Orlowski/Wasem*, Gesundheitsreform 2007 (GKV-WSG), 119 f.

⁶³ Zur zweifelhaften Zulässigkeit von Nebenbestimmungen gemäß § 32 Abs. 2 SGB X siehe oben II.3.b) und II.3.c.c).

verfassungskonforme Auslegung in Richtung einer Bedarfszulassung darstellen könnte. Eine vernünftige Handhabung dieser Klausel im Sinne eines Kompromisses zwischen differenzierter Bedarfsprüfung nebst Beschränkungen des Ermächtigungsrechts einerseits und bloßer Härtefallregelung andererseits ist jedoch auch im Rahmen verfassungskonformer Auslegung kaum vorstellbar und mit den Zielen des Gesetzgebers letztlich nicht in Einklang zu bringen.

Keine Lösung ist wohl auch die unter IV.4. des Kurzgutachtens 2005 erwogene Anordnung eines möglichst spezialistischen Überweisungsvorbehalts⁶⁴ zu den Katalogkrankheiten durch den Gemeinsamen Bundesausschuss gemäß § 116b Abs. 4 Satz 3 SGB V. Denn ein solches Steuerungsinstrument käme zwar den Belangen der konkurrierenden Vertragsärzte entgegen, nicht aber dem Wunsch des Gesetzgebers nach einer quantitativ ausreichenden Versorgung mit Krankenhausambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V. Wo andererseits die Krankenhausträger bereits Medizinische Versorgungszentren gegründet haben, in welchen entsprechend spezialisierte Vertragsärzte als potenziell Überweisende tätig sind, dürfte wiederum der Schutz der außerhalb des Einflussbereichs des Krankenhauses konkurrierenden Vertragsärzte gefährdet sein, die auf eigenes Risiko nicht subventioniert unternehmerisch tätig sind.

Nicht tragfähig wäre schließlich nach Ansicht des Verfassers auch die oben unter II.3.c.cc) bereits nach einfacher Gesetzesauslegung abgelehnte Möglichkeit, wonach die zuständige Landesbehörde einzelne Katalogkrankheiten beschränkend konkretisiert und das Krankenhaus etwa nur zur ambulanten Behandlung bestimmter seltener onkologischer Erkrankungen oder solcher, bei denen wirklich von besonderen Krankheitsverläufen gesprochen werden kann, zulässt. Denn auch eine solche Gesetzeskorrektur widerspräche dem offensichtlichen Ziel des Gesetzgebers nach einer umfassenden, auch wirtschaftlich tragfähigen Auslastung der Krankenhausambulanzen mit der Diagnostik und Versorgung u. a. von Patienten mit „onkologischen Erkrankungen“ aller Erscheinungsformen. Eine nur punktuelle ambulante onkologische Versorgung im Krankenhaus hat der Gesetzgeber wohl bewusst nicht geregelt⁶⁵. Sollte der Gemeinsame Bundesausschuss hier gemäß § 116b Abs. 4 Satz 2 und 5 SGB V aufgrund wissenschaftlicher Erkenntnisse eine konkretisierende Neubewertung mit der Folge der Beschränkung auf bestimmte onkologische Krankheiten durchführen, können außerdem Vertragsärzte, die sich entsprechend spezialisiert haben, immer noch unverhältnismäßig in ihrer Berufsausübung betroffen sein. Derartige abstrakte Beschränkungen ersetzen nach hier vertretener Auffassung nicht die verfassungsrechtlich gebotene Bedarfsprüfung und die begrenzenden Maßgaben, wie sie im Ermächtigungsrecht aus guten Gründen auf den jeweiligen Einzelfall zugeschnitten werden.

Eine verfassungskonforme Auslegung des § 116b SGB V kommt im Ergebnis der im Rahmen dieses Gutachtens nur möglichen summarischen Prüfung nicht in Betracht, weil jede der erörterten Möglichkeiten den normativen Gehalt und Zweck der Vorschrift verändern oder grundlegend neu bestimmen würde⁶⁶. Wollte man die Regelung trotz dieses Fazits durch verfassungskonforme Auslegung vor dem Verdikt der Nichtigkeit bewahren, so müsste dies nach Ansicht des Verfassers in Form einer Annäherung an die Regeln über die Bedarfsprüfung und die beschränkenden Anordnungen geschehen, wie sie für die Ermächtigung von Krankenhausärzten vorgesehen sind⁶⁷.

⁶⁴ Beispiel: Überweisung in die Ambulanz des Krankenhauses bei „onkologischen Erkrankungen“ nur durch Fachärzte für Innere Medizin mit Schwerpunkt Hämatologie und Onkologie.

⁶⁵ Bemühungen des BNHO, im Gesetzgebungsverfahren zum GKV-WSG eine konkretisierende Einschränkung der „onkologischen Erkrankungen“ zu erreichen, sind dementsprechend gescheitert.

⁶⁶ Vgl. zu den Grenzen verfassungskonformer Auslegung *Sachs*, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Einf., Rz 54-56 sowie *Kurzgutachten 2005*, sub III.4. mwN.

⁶⁷ Praktikabel wäre dies allenfalls mit der Amtshilfe der Zulassungsgremien oder der KV.

III. Rechtsschutz niedergelassener Vertragsärzte gegen die Zulassung von Ambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V

Zu den Fragen des Rechtsschutzes soll im Folgenden nur noch summarisch zusammenfassend Stellung genommen werden. Der von einem Antrag auf Ambulanzzulassung seitens eines Krankenhausträgers betroffene Vertragsarzt ist in jedem Fall gut beraten, wenn er seine Verfahrensrechte möglichst frühzeitig bereits gegenüber der zuständigen Planungsbehörde geltend macht und sich hierzu ebenso sach- wie rechtskundiger Hilfe bedient.

1. Rechtsschutz im Verwaltungsverfahren

Die „Bestimmung“ i. S. v. § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V ist ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X. Die Verfahrensregeln des SGB X werden ergänzt durch eine dem § 7 Abs. 1 Satz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG) nachgebildete Regelung, wonach „eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ... anzustreben (ist)“. Dies impliziert das ernsthafte Bemühen, sich mit den Beteiligten zu einigen. Wer in diesem Sinne Planungsbeteiligter ist, ergibt sich aus den (nicht in allen Bundesländern einheitlichen) landesrechtlichen Regeln zur Krankenhausplanung. Die Gesetzesbegründung bezieht sich insoweit exemplarisch auf das Land Baden-Württemberg; dort sind folgende Stellen an der Planung beteiligt: die Landeskrankengesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung, die Landesärztekammer, die Kassenärztliche Vereinigung, der Landkreistag, der Städtetag und schließlich der Gemeindetag⁶⁸. Die Kassenärztliche Vereinigung ist im Übrigen nur in einem Teil der Bundesländer Planungsbeteiligte. Zuständig für den Erlass des „Bestimmungsakts“ selbst ist die nach Landesrecht für die Aufnahme in den Krankenhausplan zuständige Behörde, das wird in der Regel die jeweilige Landesmittelbehörde sein⁶⁹.

Von den Planungsbeteiligten zu unterscheiden sind die Beteiligten im Sinne des Verwaltungsfahrensrechts (§ 12 Abs. 1 SGB X). Außer dem antragstellenden Krankenhaus kommen insbesondere Vertragsärzte als Beteiligte in Betracht, wenn die beantragte „Bestimmung“ eine Abwanderung von Patienten erwarten lässt. In einem solchen Fall besteht ein verfahrensrechtlicher Anspruch auf (notwendige) Hinzuziehung gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X, und zwar über den zu engen Wortlaut dieser Vorschrift hinaus⁷⁰. Auch die Ambulanzzulassung nach § 116b Abs. 2 SGB V stellt, wie oben unter II.2.a) nachgewiesen, für niedergelassene Konkurrenten wegen der hiermit verbundenen erheblichen Gefährdung ihrer beruflichen Chancen einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit dar und kann daher auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG beinhalten. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung der Konkurrenten im Verwaltungsverfahren ergibt sich entsprechend auch aus dem Hinweis in dem Beschluss des BVerfG vom 17.8.04 auf die notwendige Beiladung bei Ermächtigungen (Rz 30).

Zu bedenken ist auch, dass bei der „Bestimmung“ die „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ gefordert wird. Diese Gesetzesformulierung kann als drittschützende Regelung zur Vermeidung von Härtefällen aufgefasst werden⁷¹, die schon aus Sicht des einfachen Gesetzes den Konkurrenten zu Verfahrensrechten verhilft. Denn eine drittschützende Regelung ist nach der Rechtsprechung des BSG gegeben, wenn dem Normprogramm, das dem angefochtenen Verwaltungsakt zugrunde liegt, entnommen werden kann, dass auf die Interessen betroffener Konkurrenten Rücksicht zu nehmen ist⁷². Dies ist, wie oben unter I. begründet wurde, jedenfalls bei

⁶⁸ BT-Drs. 16/3100, 139 f.

⁶⁹ So in Baden-Württemberg nach § 7 Abs. 1 Satz 1 LKHG das Regierungspräsidium.

⁷⁰ Siehe hierzu ausführlich *Kurztgutachten 2005*, sub IV.1.a) mwN.

⁷¹ Siehe oben I.

⁷² Siehe BSG, Urteil vom 7.2.07 - B 6 KA 8/06 - (Dialysegenehmigung), Rz 16.

erkennbarer Existenzbedrohung des konkurrierenden Vertragsarztes der Fall; ausnahmsweise besteht dann schon nach einfachem Recht ein Vorrang des Anfechtenden gegenüber dem Krankenhaus.

Ob überdies - neben ihrer Rolle als Planungsbeteiligte in manchen Bundesländern - auch die Kassenärztliche Vereinigung gemäß § 12 Abs. 2 SGB X am Verfahren zu beteiligen ist, ist mangels eigener Rechtsbetroffenheit als Körperschaft öffentlichen Rechts zweifelhaft⁷³. Die Beteiligungsbefugnis der in ihren rechtlichen Interessen betroffenen Vertragsärzte besteht unabhängig hiervon.

Will sich ein konkurrierender Vertragsarzt gegen die erfolgte „Bestimmung“ eines Krankenhauses zur ambulanten Versorgung wehren, muss er zunächst (Dritt-)Widerspruch gegen den Verwaltungsakt der zuständigen Krankenhausplanungsbehörde einlegen. Nur wenn ausnahmsweise die oberste Landesbehörde (etwa das Sozialministerium) nach Landesrecht für den Erlass des Bescheids zuständig sein sollte, wäre ein durch den Widerspruch einzuleitendes Vorverfahren gemäß § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG entbehrlich. Danach - bzw. im zuletzt erwähnten Fall (Zuständigkeit der obersten Landesbehörde) sofort - wäre die (Dritt-)Anfechtungsklage beim zuständigen Sozialgericht zu erheben. Aus dem Krankenhausplanungsrechtlichen Kontext kann nicht etwa eine Zuständigkeit der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit abgeleitet werden. Dies hätte eine Änderung des § 8 Abs. 1 Satz 4 KHG oder des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG erfordert⁷⁴.

Im Idealfall wurde der betroffene Vertragsarzt bereits im Ausgangsverfahren vor Erlass des Bestimmungsbescheids auf seinen Antrag hin oder von Amts wegen zum Verwaltungsverfahren hinzugezogen. Er hätte dann als gekorener Verfahrensbeteiligter nach Zustellung des Bescheids auch die hierin enthaltene Rechtsmittelbelehrung nebst Fristen für die Anfechtung zu beachten. Die Widerspruchfrist beträgt gemäß § 84 SGG einen Monat nach Bekanntgabe. Ist die Hinzuziehung des Betroffenen jedoch unterblieben, laufen grundsätzlich auch keine Fristen gegen ihn. Es wird allerdings vertreten, dass wegen des Rechtsgedankens der Verwirkung in derartigen Fällen § 66 Abs. 2 SGG analog anzuwenden sei, weshalb es sich empfiehlt, zur Sicherheit innerhalb eines Jahres nach Kenntniserlangung von der Ambulanzzulassung Rechtsmittel einzulegen. Welches Rechtsmittel der Vertragsarzt einlegen darf, hängt im Übrigen vom Stadium des bislang ohne ihn laufenden Verfahrens ab.

Im Vorverfahren geht der Vertragsarzt im Übrigen mit seinem Drittwiderspruch gegen die Ambulanzzulassung eines Krankenhauses nach dem SGB X kein Risiko ein, die Anwaltskosten der Gegenseite erstatten zu müssen⁷⁵.

2. Rechtsschutz im Gerichtsverfahren

Wird dem Widerspruch des Vertragsarztes nicht abgeholfen, oder erhält das Krankenhaus erstmals im Widerspruchsverfahren die ambulante „Bestimmung“, steht jenem die Anfechtungsklage zu Gebote (§ 54 Abs. 1 SGG). Macht er geltend, es drohe ihm eine Abwanderung von Patienten, ergibt sich die Klagebefugnis bereits aus der gesetzlichen Vorgabe, bei der „Bestimmung“ sei die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen. Diese Formulierung hat, wie oben erörtert, drittschützenden Charakter zumindest im Sinne einer Härteklausele. Jedenfalls aber sind vertragsärztliche Konkurrenten aus grundrechtlicher Sicht als widerspruchs- und klagebefugt anzusehen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG zur Drittanfechtung der Ermächtigung von Krankenhausärzten durch konkurrierende Vertragsärzte⁷⁶ muss sich ein Vertragsarzt auch im Klagewege - in einem Klageverfahren in der

⁷³ Ablehnend in diesem Punkt das DKG-PP, S. 11 f.

⁷⁴ Zustimmend in diesem Punkt auch das DKG-PP, S. 9.

⁷⁵ Siehe BSG, Beschluss vom 31.05.2006 - B 6 KA 62/04 R - zu § 63 Abs. 1 SGB X.

⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 17.8.04 (1 BvR 378/00), NZS 2005, 199.

Hauptsache - gegen die „Bestimmung“ eines Krankenhauses zur ambulanten Versorgung wehren können, die seine Rechtsposition aus Art. 12 Abs. 1 GG bedroht.

Drittwiderrspruch und Drittanfechtungsklage des konkurrierenden Vertragsarztes - so genannter defensiver Konkurrentenwiderrspruch bzw. defensive Konkurrentenklage - haben aufschiebende Wirkung (§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG). Die Krankenhausplanungsbehörde wird daher möglicherweise bereits in ihrem Ausgangsbescheid oder ggf. die Widerspruchsbehörde in dem Widerspruchsbescheid zugunsten des Krankenhauses die sofortige Vollziehung des Bestimmungsakts anordnen, falls hierfür neben dem etwaigen rechtlichen Interesse des Krankenhausträgers⁷⁷ ein spezifisches öffentliches Interesse - insbesondere an der Sicherstellung der ambulanten Patientenversorgung - erkennbar ist.

Hiergegen sind jedoch niedergelassene Konkurrenten nicht rechtlos gestellt. Sie können vielmehr bereits im Vorverfahren noch vor Erlass des Widerspruchsbescheids oder auch erst beim zuständigen Sozialgericht gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG einen gesonderten Eilantrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ihres Drittwiderrspruchs bzw. ihrer - in der Hauptsache bereits erhobenen - Drittanfechtungsklage stellen. Ob das Sozialgericht einem derartigen Antrag im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes stattgibt, hängt neben seiner Einschätzung der Erfolgsaussichten des Widerrspruchs bzw. der Klage in der Hauptsache von einer umfassenden Abwägung der öffentlichen sowie der privaten Interessen der Beteiligten ab. Geht man davon aus, dass das Gericht, wofür einiges spricht, die Erfolgsaussichten der Drittanfechtung bei summarischer Würdigung weder eindeutig bejahen noch eindeutig verneinen kann, mithin den Verfahrensausgang als offen beurteilt, steht die Abwägung der auf dem Spiel stehenden Interessen im Vordergrund. Es kommt dann auf die konkrete Situation an. Ist der konkurrierende Vertragsarzt beispielsweise im weiteren Einzugsbereich des Krankenhauses der einzige Onkologe, in dessen Interesse in der Vergangenheit schon umfangreiche Ermächtigungen von angestellten Ärzten der betreffenden Klinik beendet oder eingeschränkt worden sind, wird das Gericht sicher eher zur Anordnung der aufschiebenden Wirkung neigen als in einem Fall, in welchem trotz der Zulassung mehrerer Onkologen im großstädtischen Planungsbereich noch umfangreiche Ermächtigungen bestehen, die gleichzeitig mit der Zulassung der Krankenhausambulanz ablaufen werden.

Umgekehrt kann der Krankenhausträger, dem eine von der Behörde nicht für sofort vollziehbar erklärte Ambulanzzulassung erteilt wurde, die wegen der aufschiebenden Wirkung des Drittwiderrspruchs oder der Anfechtungsklage eines Vertragsarztes noch nicht genutzt werden kann, beim zuständigen Sozialgericht die gerichtliche Anordnung des Sofortvollzugs gemäß § 86b Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGG beantragen. Antragsgegnerin wäre die für die Entscheidung nach § 116b Abs. 2 SGB V zuständige Behörde. Der in diesem Fall zum Verfahren beizuladende anfechtende Vertragsarzt kann dem seinerseits mit einem eigenen Antrag vor Gericht auf Zurückweisung des Begehrens⁷⁸ des Krankenhausträgers oder durch bloße Stellungnahme in der Sache entgegenreten.

Zumindest die Betroffenheit des konkurrierenden Vertragsarztes in seinem Grundrecht gemäß Art. 12 Abs. 1 GG zieht im Ergebnis in verschiedenen Konstellationen, die hier nicht abschließend aufgeführt und diskutiert werden können, effektive Rechtsschutzmöglichkeiten nach sich. Diese sind a.) in der Hauptsache auf die möglichst frühzeitige Beteiligung am Verwaltungsverfahren und die Drittanfechtung der Ambulanzzulassung des Krankenhauses und b.) im Eilverfahren auf die Blockade der Vollziehbarkeit dieser Zulassung bis zum Abschluss des Verfahrens in der Hauptsache gerichtet.

⁷⁷ Eigene Rechte aus Art. 12 Abs. 1 GG können vornehmlich private Krankenhausträger geltend machen.

⁷⁸ Ein solcher Antrag löst Kostenerstattungsrisiken für den beigeladenen Vertragsarzt aus, impliziert für ihn aber bessere Kostenerstattungschancen.

3. Rechtsschutz gegen (rechtsmissbräuchliche) Integrationsverträge

Ein Vertrag nach §§ 140a ff. SGB V, der Krankenhausambulanzen zur Erbringung von Leistungen nach § 116b Abs. 3 SGB V ohne Rücksicht auf den durch konkurrierende Vertragsärzte bereits abgedeckten Sicherstellungsbedarf vertraglich zulässt, greift nach hier vertretener Ansicht ebenfalls in die Berufsausübungsfreiheit der übergangenen Konkurrenten ein, da er sich als einseitige transsektorale Marktöffnung darstellt⁷⁹. Verträge zur integrierten Versorgung werden zudem noch mittels eines einprozentigen Vorwegabzugs von der Gesamtvergütung subventioniert, was den Eingriffcharakter verstärkt. Soweit aber nach dem konkreten Vertragsinhalt eines Integrationsvertrags, wie in obigem Beispiel, ein Eingriff in Rechte übergangener vertragsärztlicher Konkurrenten anzunehmen ist, liegt in verfahrensrechtlicher Hinsicht eine ähnliche Situation vor wie bei Verträgen nach § 116b Abs. 2 SGB V in der vor dem 1.4.07 geltenden Fassung, wonach der Vertragsabschluss in das Ermessen der Krankenkassen gestellt war. Es kann daher hierzu grundsätzlich auf die verfahrensrechtlichen Ausführungen des Kurzgutachtens 2005 unter IV. verwiesen werden.

Im Fall eines Vertrags nach §§ 140a ff. SGB V, der im Sinne der einseitigen Zulassung ambulanter Krankenhauskonkurrenz in Rechte konkurrierender Dritter eingreift, spräche allerdings einiges dafür, § 57 Abs. 1 SGB X anzuwenden und für die Wirksamkeit des Vertrags die schriftliche Zustimmung des betroffenen Vertragsarztes zu fordern. Denn anders als die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V a. F.⁸⁰ liefen die Vorschriften über Integrationsverträge keineswegs leer, wenn man hierfür - in Fällen eines „Gestaltungsmisbrauchs“ - die notwendige Mitwirkung des Vertragsarztes forderte, in dessen Berufsausübungsfreiheit eingegriffen wird. In jedem Fall aber muss es dem betroffenen Vertragsarzt möglich sein, gegen derartige Verträge etwa im Wege einer Klage auf Feststellung der Rechtswidrigkeit bzw. Unwirksamkeit ggf. in Verbindung mit einem Antrag auf einstweilige Anordnung wegen Unterlassung des Vertragsvollzugs (§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG) vor dem zuständigen Sozialgericht vorzugehen⁸¹.

⁷⁹ Siehe oben sub II.1. und II.2.a); denkbar wäre dies bei einem mit mehreren Krankenhäusern und ggf. Rehabilitationseinrichtungen abgeschlossener rein interdisziplinären Integrationsvertrag.

⁸⁰ Siehe hierzu *Kurzgutachten 2005*, sub IV.1.b) mit der These des impliziten Ausschlusses der Anwendung des § 57 Abs. 1 SGB X durch § 116b Abs. 2 SGB V a. F.

⁸¹ Siehe auch *Kurzgutachten 2005*, sub IV.2.

IV. Fazit

Auch die Marköffnung auf der Grundlage von § 116b Abs. 2 SGB V in der Fassung des GKV-WSG muss im Ergebnis als in materieller Hinsicht verfassungswidrig angesehen werden, da sie wegen der nahezu unbeschränkten Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung durch die Krankenhausplanungsbehörde - trotz des (unklaren) Erfordernisses der „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“, das ein Ausnahmeermessen in Härtefällen zu eröffnen scheint - Umfang und Grenzen des hiermit verbundenen Eingriffs in die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) niedergelassener Vertragsärzte in einschlägiger Konkurrenzsituation nicht hinreichend bestimmt, und da dieser Grundrechtseingriff weder erforderlich noch zumutbar erscheint.

Für die verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift bestehen zwar insbesondere mit der Berücksichtigungsklausel gewisse Anhaltspunkte im Gesetz. Der erklärte oder implizite Wille des Gesetzgebers, der im Anwendungsbereich des § 116b Abs. 2 SGB V eine differenzierte Bedarfsprüfung ablehnt und den Krankenhausträgern grundsätzlich den gleichen Rang einräumen möchte wie den konkurrierenden Vertragsärzten, führt jedoch letztlich zu einem auch durch verfassungskonforme Auslegung nicht auflösbaren Konflikt mit allen Versuchen, die grundrechtlich geschützten wirtschaftlichen Belange der vertragsärztlichen Leistungserbringer durch Mechanismen und Beschränkungen zu schützen, die sich denjenigen des Ermächtigungsrechts annähern oder ihnen gleichen. Eine einschränkende Auslegung des Leistungskatalogs des § 116b Abs. 3 SGB V erscheint als Ausweg ebenfalls nicht zulässig. Die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V ist daher nach hier vertretener Auffassung verfassungswidrig und nichtig. Hält man entgegen dieser Einschätzung eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift für möglich, müsste diese sich nach Ansicht des Verfassers - im Sinne einer Bedarfsprüfung und beschränkender Maßgaben für die Ambulanzzulassung im Einzelfall - weitgehend den Regeln des Ermächtigungsrechts annähern.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht haben konkurrierende Vertragsärzte, weil die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V als Verwaltungsakt ausgestaltet ist, gute Rechtsschutzmöglichkeiten sowohl im ggf. „zweistufigen“ Verfahren vor den zuständigen Behörden als auch im sozialgerichtlichen Verfahren. Es empfiehlt sich für die betroffenen Vertragsärzte, einen möglichst frühzeitigen Antrag auf Hinzuziehung zum Verwaltungsverfahren zu stellen. Sie können sich zur Begründung ihrer Beteiligungs- und Anfechtungsrechte mit guten Gründen sowohl auf die Berücksichtigungsklausel des einfachen Rechts als auch unmittelbar auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Wegen der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage sind Streitigkeiten über Fragen des Sofortvollzugs der Ambulanzzulassung zu erwarten.

Erfolgt die Zulassung von Krankenhausambulanzen ohne Rücksicht auf die Belange übergangener vertragsärztlicher Konkurrenten über den Umweg eines Integrationsvertrags gemäß §§ 140a ff. i. V. m. 116 Abs. 3 SGB V, so können die betroffenen Vertragsärzte ebenfalls in ihrer Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt sein. Möglicherweise ist die Wirksamkeit derartiger Verträge im Einzelfall sogar von der notwendigen Mitwirkung der konkurrierenden Vertragsärzte abhängig. Es dürfte zumindest zulässig sein, gegen diese Verträge gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, wie dies bereits für Verträge nach der Vorgängerregelung des § 116b Abs. 2 SGB V untersucht wurde.

Freiburg, den 17.8.07

Holger Barth
Rechtsanwalt