Defensiver Konkurrentenrechtsschutz im Vertragsarztrecht unter besonderer Berücksichtigung von § 116b SGB V

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

Vortrag vor der Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht
im Freiburger Anwaltverein am 8. Dezember 2009

BVerfG, Beschluss vom 17.8.2004 (1 BvR 378/00), zu § 116 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 Konkurrenznachteile** 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**.**

Begründungslinien des BVerfG

- A. Gesetzlicher Vorrang der Zugelassenen auf dem regulierten Markt auch z. Ausgleich der Belastungen durch Bedarfsplanung u. Vergütungsbeschränkungen => Aspekt einer quantitativ begrenzten Konkurrenz
- B. Asymmetrische Konkurrenzsituation zwischen den Sektoren: Wettbewerbsvorteile der Krankenhausärzte
- Wie verhalten sich A. und B. zueinander?
- **Rezeption durch das BSG** => Anknüpfung ausschließlich an A., und zwar konkret-individuell und 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 (u.a.) ein gesetzliches Vorrang-Nachrang-Verhältnis des Anfechtenden gegenüber dem Konkurrenten bestehen.

Grundaussagen des BSG

- Die Erwägungen des BVerfG zur Grundrechtsrelevanz der Wettbewerbsbedingungen 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.“
- Die Bremse des BSG zielt wohl bereits auf die Bestimmung zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V.

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 (…).
- Ermächtigung darf räumlich begrenzt werden.

LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.11.2007 (L 5 KA 3892/07 ER), § 117 Abs. 1 SGB V

- Statusrelevanz und reale Konkurrenzsituation (Humangenetik) unproblematisch.
- Ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis kommt auch in § 117 Abs. 1 Satz 2 SGB V zum Ausdruck, denn:
- Ermächtigung der Hochschulambulanz (mindestens wie) höchstens „in dem für Forschung und Lehre erforderlichen Umfang“.
- => Anfechtungsberechtigung gegeben.

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

- Anfechtung früher nur bei Willkür; BSG, Urteil vom 10.05.2000 (B 6 KA 9/99 R).
- Das nach BSG heute zu prüfende Vorrang-Nachrangverhältnis begründet zwanglos eine Anfechtungsberechtigung des konkurrierenden Vertragsarztes:
- Gesetzlicher Nachrang in § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V: Bedarfsprüfung in den Grundzügen nicht anders als bei § 116 SGB V.
- Statusmäßiger Gleichrang (Zulassung versus Zulassung) spricht nicht gegen dieses Ergebnis.

BSG, Urteil vom 17.6.2009

- 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)* .“

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

- Fortsetzung von Folie 2 (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

- Genehmigung gemäß § 24 Abs. 3 Sätze 1 und 2 Ärzte-ZV begründet für den begünstigten Arzt keinen Status, sondern erweitert in tatsächlicher Hinsicht seine Behandlungsmöglichkeiten.
- Auch ist die Berechtigung, einen zweiten Standort zu unterhalten, nicht nachrangig gegenüber dem Status der an diesem Ort bereits tätigen Ärzte, denn eine Bedarfsprüfung wie bei Ermächtigungen und Sonderbedarfszulassungen findet insoweit nicht statt.
- KÄV darf „Versorgungssituation“ an dem weiteren Ort aber nicht außer Betracht lassen (Willkürkontrolle?; vgl. SG Düsseldorf, Beschluss vom 25.11.2009 - S 2 KA 247/09 ER)

§ 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.

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 erfolgten 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).”
- Das erscheint irreführend im Sinne weitgehend **freien** Ermessens. Auch die Gegner des Drittrechtsschutzes berufen sich auf den semantischen Unterschied zwischen ”berücksichtigen” und ”beachten” in der zitierten Entscheidung (zur Gesamtvergütung).

Meinung des Verfassers:

- Die Pflicht zur **Rücksichtnahme** gerade auch auf die existenziellen wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Vertragsärzte impliziert vielmehr 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.
- Unklar ist allerdings, ob die Auslegung praktikabel ist.

Lösungen des Dilemmas?

- Wenn die drittschützende Auslegung am entgegen-stehenden Willen des Gesetzgebers scheitert und auch sonst keine verfassungskonforme Einschränkung von § 116b SGB V gefunden wird, spricht viel für unheilbare Verfassungswidrigkeit zumindest von Teilen der Bestimmung (soweit ganze Schwerpunktbereiche erfasst).
- Problem bei Wettbewerb zwischen den Sektoren ohne „einheitlichen Ordnungsrahmen“: Einseitige Aufhebung des Nachrangs der Krankenhäuser führt nicht zu „Gleichrang“, sondern zu Nachrangigkeit der konkurrierenden Vertragsärzte.

LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.5.2009 (L 4 **KR** 116/09 B ER): und die 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!)

Funktionelle Zuständigkeit der 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.

Weitere Fälle der defensiven Drittanfechtung

- Ermächtigungen nach §§ 116a, 117 Abs. 2, 119, 119a SGB V
- § 73 Abs. 1a Satz 3 SGB V? (dafür LGS Nds.-Bremen, Beschluss vom 23.12.2005 - L 3 KA 301/05 ER)
- § 73 Abs. 1a Satz 5 SGB V? (Wechsel in fachärztlichen Versorgungsbereich)?
- „Kalte“ KV-Abrechnungsgenehmigung (BSG, Urteil vom 28.10.2008 - B 6 KA 22/08 R); ergänzende Vereinbarung zur Reform des EBM zum 1.4.2005, §§ 72 Abs. 1, 75 Abs. 1 SGB V; Drittanfechtung wegen Willkürkontrolle?
- § 103 Abs. 7 SGB V – Belegarztsonderzulassung? (dafür LSG Nds.-Bremen, Beschluss vom 18.2.2009 - L 3 KA 98/08 ER; dagegen SG Marburg, Urteil vom 01.07.2009 - S 12 KA 833/08).

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