

**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
INTERNISTISCHEN ONKOLOGEN IN DEUTSCHLAND E.V. (BNHO)

Verfasser:

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

Inhaltsübersicht:

I.	Anlass, Fragestellung und Vorgehensweise des Gutachtens	3
II.	Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17.8.2004	4
III.	Verfassungsrechtliche Prüfung von § 116b Abs. 2 SGB V	6
	1. § 116b Abs. 2 SGB V als Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung	6
	2. Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Vertragsärzte durch die vertragliche Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung	6
	a) <i>Eingriffsnatur vertraglicher Marktöffnung gem. § 116b Abs. 2 SGB V</i>	6
	b) <i>Irrelevanz der Rechtsform einer Marktöffnung für deren Eingriffsnatur</i>	7
	c) <i>Irrelevanz der Gesetzesbasierung einer Marktöffnung für deren Eingriffscharakter</i>	8
	3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit	8
	a) <i>Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage</i>	8
	b) <i>Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in förmlicher Hinsicht</i>	9
	c) <i>Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in materieller Hinsicht</i>	10
	aa) <i>Gemeinwohlgründe, die § 116b Abs. 2 SGB V motivieren</i>	10
	bb) <i>Geeignetheit und Erforderlichkeit der Marktöffnung</i>	11
	cc) <i>Zumutbarkeit der Marktöffnung für die Vertragsärzte</i>	13
	d) <i>Zwischenergebnis</i>	14
	4. Konsequenz der Verfassungswidrigkeit des § 116b Abs. 2 SGB V: Verfassungskonforme Auslegung?	15
IV.	Konsequenzen der Berufsfreiheit für die rechtliche Stellung niedergelassener Vertragsärzte im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren	18
	1. Konsequenzen für das Verwaltungsverfahren	18
	a) <i>Notwendige Hinzuziehung der niedergelassenen Konkurrenten zum Verfahren</i>	18
	b) <i>Notwendige Mitwirkung der niedergelassenen Konkurrenten beim Vertragsschluss?</i>	20
	c) <i>Schließung der Rechtsschutzlücke im Verwaltungsverfahren?</i>	22
	2. Konsequenzen für das sozialgerichtliche Verfahren	23
	a) <i>Notwendige Beiladung niedergelassener Vertragsärzte in Auseinandersetzungen zwischen den Parteien des Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V</i>	23
	b) <i>Feststellung der Rechtswidrigkeit/Unwirksamkeit des Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V</i>	24
	c) <i>Klage gegen den Krankenhausträger auf Unterlassung der ambulanten Behandlung aufgrund des unwirksamen/rechtswidrigen Vertrags; Klage gegen die Krankenkasse bzw. deren Verband auf Unterlassung der Vergütung ambulanter Krankenhausbehandlung aufgrund unwirksamen/rechtswidrigen Vertrags</i>	25
V.	Fazit	26

I. Anlass, Fragestellung und Vorgehensweise des Gutachtens

Das BSG hatte in langjähriger Rechtsprechung niedergelassenen Kassen- bzw. Vertragsärzten die Befugnis versagt, Dritten erteilte Ermächtigungen zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung anzufechten¹. Lediglich bei „Willkürentscheidungen“ der Zulassungsgremien hatte es ausnahmsweise eine Anfechtungsbefugnis bejaht². Gegen eine Entscheidung vom 29.9.1999, in der ein solcher Ausnahmefall nicht anerkannt worden war³, wurde unter Berufung auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit Verfassungsbeschwerde eingelegt. In einem spektakulären Beschluss hat daraufhin die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG die Entscheidung des BSG aufgehoben⁴. Dieser Beschluss wertet die Berufsfreiheit der Vertragsärzte deutlich auf. Er macht das Grundrecht gewissermaßen zu einer Bastion der niedergelassenen Ärzte gegen externe Konkurrenz.

Es stellt sich nun die Frage, welche Konsequenzen sich aus dieser neuen Rechtsprechung über den entschiedenen Fall hinaus ableiten lassen. Dabei ist insbesondere von Interesse, wie die durch das GMG eingeführte Vorschrift des § 116b Abs. 2 SGB V im Lichte der neuen Rechtsprechung des BVerfG zu beurteilen ist. Im besonderen ist zu untersuchen, ob und gegebenenfalls mit welchen Maßgaben die selbständige Befugnis der Krankenkassen und ihrer Verbände, zugelassenen Krankenhäusern einzelvertraglich die Erbringung bestimmter ambulanter Leistungen zu gestatten, mit der Berufsfreiheit niedergelassener Vertragsärzte in Einklang gebracht werden kann.

Mit der gutachtlichen Klärung dieser Fragen wurden die Unterzeichner vom Berufsverband der niedergelassenen Hämatologen und Internistischen Onkologen in Deutschland e.V. beauftragt.

Die Fragestellung wird im folgenden in drei Abschnitten bearbeitet. Als Grundlage für die weiteren Überlegungen wird zunächst über Inhalt und Gegenstand der Entscheidung des BVerfG näher berichtet (nachfolgend sub II). Es folgt eine verfassungsrechtliche Prüfung des § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V im Lichte des Beschlusses vom 17.8.2004 (nachfolgend sub III). Im abschließenden Teil wird (sub IV) untersucht, welche Konsequenzen gegebenenfalls aus der verfahrensrechtlichen Dimension der Berufsfreiheit für das auf den Abschluss von Verträgen nach § 116b Abs. 2 SGB V gerichtete Verwaltungsverfahren und die gerichtliche Kontrolle dieser Verträge im Interesse niedergelassener Vertragsärzte zu ziehen sind.

¹ Seit BSG v. 15.05.1991 - 6 RKa 22/90 = BSGE 68, 291 = SozR 3 - 1500 § 54 Nr. 7.; außerdem BSG v. 28.8.1996 - 6 RKa 37/95 - = SozR 3-1500 § 54 Nr. 30

² Zuletzt BSG v. 11.12.2002 - B 6 KA 32/01 R betr. Institutsermächtigung = BSGE 90,207 = SozR 3-1500 § 54 Nr. 47.

³ BSG v. 29.09.1999 - B 6 KA 30/98 R - = BSG SozR 3-1500 § 54 Nr. 40.

⁴ BVerfG, Beschluss vom 17.8.2004 - 1 BvR 378/00 = NZS 2005, S. 199 f.; nach Redaktionsschluss zu diesem Gutachten (17.5.05) hat sich das BSG in dem betroffenen Fall dem BVerfG angeschlossen und die Sache zur erneuten Entscheidung und Verhandlung an das zuständige Sozialgericht zurückverwiesen (Urteil vom 28.9.05 - B 6 KA 70/04 R -).

II. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 17.8.2004

Im Fall des BVerfG war Beschwerdeführer ein in Hamburg niedergelassener Facharzt für Radiologie und Strahlenheilkunde mit Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung. Er betreibt eine Praxis mit strahlentherapeutischem Schwerpunkt, in die er mehr als 17 Mio. DM investiert hat. Der Beschwerdeführer hatte im Klagewege Ermächtigungen angegriffen, auf deren Grundlage fünf Krankenhausärzte ambulante strahlentherapeutische Leistungen erbrachten. Das SG hatte die Klage als unzulässig abgewiesen. Auch die Sprungrevision des Beschwerdeführers war ohne Erfolg geblieben, denn die angefochtenen Ermächtigungen waren nach Auffassung des BSG jedenfalls nicht willkürlich erteilt worden.

Mit der Verfassungsbeschwerde rügte der Beschwerdeführer unter anderem eine Verletzung seines Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG durch das Revisionsurteil.

Die 2. Kammer des Ersten Senats des BVerfG gab der Verfassungsbeschwerde statt. Es sei mit der verfahrensrechtlichen Dimension der Berufsfreiheit nicht zu vereinbaren, dass das BSG die defensive Konkurrentenklage eines Vertragsarztes gegen Ermächtigungsentscheidungen nur bei besonders schweren Mängeln zulasse. Art. 12 Abs. 1 GG fordere eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung. Die Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit durch die Zulassungsgremien korreliere mit der Befugnis, die Gesetzmäßigkeit von deren Entscheidungen gerichtlich überprüfen zu lassen, und zwar nicht erst bei Willkür.

Vor diesem Hintergrund kam es entscheidend darauf an, ob die Erteilung einer Ermächtigung an einen Krankenhausarzt derselben Fachrichtung und Qualifizierung als „Eingriff“ in das Grundrecht eines Vertragsarztes angesehen werden kann, der in demselben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbietet. Faktisch werden, wie das BVerfG feststellt, Vertragsärzte durch die Öffnung ihres gesetzlich regulierten Marktes für Krankenhausärzte belastet, denn diese sind zusätzliche Konkurrenten, die zudem durch die Zusammenarbeit mit dem Krankenhaus Wettbewerbsvorteile haben und - anders als Vertragsärzte - kein eigenes wirtschaftliches Risiko tragen müssen.

Ermöglichen die Zulassungsgremien eine solche Veränderung des Wettbewerbs, berührt dies, so das BVerfG weiter, den Schutzbereich des Grundrechts, wenn die Wettbewerbsveränderung „im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht“⁵. Dass dieser Zusammenhang beim vertragsärztlichen Wettbewerb gegeben ist, wird eingehend mit der Bedarfsplanung und der budgetierten Gesamtvergütung begründet. Die

⁵ Der hier von der Kammer 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); vorliegender Beschluss vom 17.08.2004 (so auch zur Krankenhausplanung BVerfG, Beschluss vom 14.01.2004 - 1 BvR 506/03) zitiert letzteres Merkmal nicht mehr und argumentiert so letztlich mit einem rein faktischen „Eingriff durch (*hier: Zulassung von*) Konkurrenz“ (vgl. zu den relevanten faktischen Beeinträchtigungen der Berufsfreiheit bis hin zur Problematik staatlicher *Ausübung* von Konkurrenz *Tettinger*, in: Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 12, Rz 72 f. mwN).

daraus resultierenden vielfältigen Einschränkungen der Berufsfreiheit der Vertragsärzte sieht das BVerfG gewissermaßen dadurch als kompensiert an, dass das Gesetz (damaliger Fassung) Krankenhausärzten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung nur bei Versorgungslücken ermöglicht („Vorrang der Vertragsärzte“). Hoheitliche Maßnahmen (z.B. Ermächtigungen), welche die solchermaßen „gesetzlich durchstrukturierten Marktbedingungen“ stören, stellen diesen Ausgleich in Frage und können deshalb die in das (geschlossene) System eingebundenen Leistungserbringer in ihrer Berufsfreiheit verletzen, wenn sie nämlich den gesetzlichen Vorrang der Vertragsärzte nicht beachten. Entscheidend ist dabei für das BVerfG nicht etwa die Betroffenheit des niedergelassenen Konkurrenten aufgrund eines sinkenden Punktwerts wegen der nunmehr mit ermächtigten Krankenhausärzten zu teilenden limitierten Gesamtvergütung⁶, sondern die durch erhebliche Konkurrenz Nachteile verminderte Möglichkeit des einschlägig tätigen Vertragsarztes, bei entsprechender Kapazität diejenigen Patienten zu versorgen, die der ermächtigte Krankenhausarzt auf demselben Markt bereits absorbiert (Rz 22 f.). Impliziert die Erteilung einer Ermächtigung demnach die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung, ist damit zugleich gesagt, dass sie sich als rechtfertigungsbedürftiger Grundrechtseingriff darstellt. Ob die Rechtfertigung gelingt, muss der belastete Vertragsarzt gerichtlich überprüfen lassen können⁷.

⁶ Von diesem das Problem allenfalls akzentuierenden Aspekt ist auch der nicht einschlägig konkurrierende Vertragsarzt (v.a. innerhalb derselben Fachgruppe) betroffen, dem aber das BVerfG sicher kein Anfechtungsrecht zubilligen möchte (e contrario Rz 32).

⁷ Auch die paritätische Besetzung der Zulassungsgremien mit Vertretern der Vertragsärzte und der Krankenkassen kompensiere das Fehlen dieser Befugnis nicht, da insbesondere nicht gesichert sei, dass die zum Ausgleich unterschiedlicher Interessen der von ihr repräsentierten Vertragsärzte verpflichtete kassenärztliche Vereinigung ihr Recht zur Anfechtung der Ermächtigungsentscheidung zum Schutze des niedergelassenen Konkurrenten ausüben wird.

III. Verfassungsrechtliche Prüfung von § 116b Abs. 2 SGB V

1. § 116b Abs. 2 SGB V als Gegenstand der verfassungsrechtlichen Prüfung

Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz - GMG) vom 14.11.2003⁸ hat im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung durch verschiedene Maßnahmen den Zutritt der Krankenhäuser zu diesem Markt erleichtert⁹. Eine dieser Maßnahmen findet sich in § 116b Abs. 2 SGB V. Danach können die Krankenkassen und ihre Verbände mit zugelassenen Krankenhäusern Verträge über die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen sowie über die ambulante Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen schließen, sofern diese Leistungen und diese Therapien in dem Katalog des § 116b Abs. 3 SGB V enthalten sind. Dort wird u.a. die Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen genannt (§ 116b Abs. 3 Satz 1 Ziff. 2 SGB V). Den nach § 116b Abs. 3 SGB V gesetzlich vorgegebenen Katalog zu ergänzen, ist gemäß Abs. 4 dieser Bestimmung Aufgabe des Gemeinsamen Bundesausschusses, der in seinen diesbezüglichen Richtlinien außerdem Regelungen über haus- oder fachärztliche Überweisungserfordernisse sowie die sächlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses zu regeln hat, die nicht hinter den in § 135 SGB V genannten Anforderungen zurückbleiben dürfen. Die vertragliche Vergütung der ambulanten Leistungen des Krankenhauses erfolgt ebenso wie die Prüfung der Wirtschaftlichkeit und Qualität unmittelbar durch die Krankenkassen und hat der Vergütung vergleichbarer vertragsärztlicher Leistungen zu entsprechen (§ 116b Abs. 5 SGB V).

Im folgenden Abschnitt des Gutachtens wird geprüft, ob durch die Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung auf der Grundlage dieser neuen Regelung das Grundrecht niedergelassener Konkurrenten auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) verletzt werden kann. Dabei wird bei den einzelnen Schritten der verfassungsrechtlichen Prüfung stets der Bezug zum Beschluss des BVerfG vom 17.8.2004 hergestellt.

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

a) *Eingriffsnatur vertraglicher Marktöffnung gem. § 116b Abs. 2 SGB V*

Eine zentrale Aussage des BVerfG besteht in der Feststellung, dass "die Ermächtigung eines Krankenhausarztes derselben Fachrichtung und Qualifizierung (...) in die Berufsausübungsfreiheit eines Vertragsarztes eingreift, der in demselben räumlichen Bereich die gleichen

⁸ BGBl 2003 - I, 2190.

⁹ Überblick bei *Hänlein* in: Kruse/Hänlein (Hrsg.), Das neue Krankenversicherungsrecht, 2004, S. 127 ff.

Leistungen anbietet, indem sie die Erwerbsmöglichkeiten über das dem Vertragsarztrecht immanente Maß hinaus einschränkt" (Rz 17).

Diese Aussage lässt sich auf die Öffnung des Marktes in anderer Weise als durch Ermächtigung ohne weiteres übertragen. Das ergibt sich schon daraus, dass es wenige Sätze zuvor heißt, die Vertragsärzte würden "durch jede Öffnung ihres gesetzlich regulierten Marktes für Dritte" belastet (Rz 16). Die rechtliche Ausgestaltung einer solchen Marktöffnung, mag sie nun durch Verwaltungsakt oder durch Vertrag, mag sie durch die Zulassungsgremien oder durch die Krankenkassen oder ihre Verbände erfolgen, kann demnach ebensowenig eine Rolle spielen wie ihre etwaige Gesetzeskonformität. Entscheidend müssen vielmehr die Auswirkungen der Marktöffnung sein.

b) Irrelevanz der Rechtsform einer Marktöffnung für deren Eingriffsnatur

Die These vom "Eingriffscharakter" der Marktöffnung durch Ermächtigung beruht auf der Annahme, dass die Ermächtigung von Krankenhausärzten Wettbewerbsveränderungen in Form erheblicher Konkurrenz Nachteile für konkurrierende Vertragsärzte bewirkt, die im Zusammenhang stehen mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel (Rz 19). Das regulierte System des Vertragsarztrechts, das von Zulassungsbeschränkungen, von der Budgetierung der Gesamtvergütung und einer Reihe weiterer Einschränkungen der Berufsausübungsfreiheit der Vertragsärzte geprägt ist, besteht nach wie vor. Vor diesem Hintergrund ist der mit der Bedarfsplanung verbundene „Aspekt einer quantitativ begrenzten Konkurrenz“ (Rz 22) „innerhalb des geschlossenen Systems der vertragsärztlichen Versorgung“ für die Berufsausübung der einzelnen Vertragsärzte unverändert von zentraler Bedeutung. Hinsichtlich der ermächtigten Krankenhausärzte hat das BVerfG hervorgehoben, dass diese insbesondere gegenüber einem vertragsärztlichen Erstanbieter entsprechender Leistungen im Planungsbereich „schon insofern einen Wettbewerbsvorteil (haben), als sie im strahlentherapeutischen Bereich mit Krankenhäusern zusammenarbeiten und selbst Krankenhausärzte sind. Eine angemessene Auslastung (könne) der niedergelassene Arzt nur erreichen, wenn der Bedarf durch die Krankenhausärzte zuvor nicht annähernd gedeckt (sei). (Hätten) die Ermächtigungen aber eine schwache oder ungenügende Auslastung der strahlentherapeutischen Einrichtungen zur Folge, (könnten) die ermächtigten Krankenhausärzte die wirtschaftlichen Einbußen leichter tragen, weil sie ... kein unternehmerisches Risiko (trügen, während) für den nicht ausgelasteten niedergelassenen Strahlentherapeuten die hohen Investitionskosten hingegen ruinös sein (könnten)“ (Rz 23). Hingewiesen wird in diesem Zusammenhang auch auf den (wettbewerbsverzerrenden) Umstand, dass allein die Investitionen der Krankenhäuser in der Regel mit staatlichen Mitteln subventioniert sind (Rz 24).

All diese Aussagen treffen umso mehr zu, wenn es Krankenhäuser selbst sind, die als Institut zur ambulanten Versorgung zugelassen werden. Es liegt auf der Hand, dass der von dem wirtschaftlich überlegenen Krankenhaus ausgehende Wettbewerb für den niedergelassenen Vertragsarzt schwerwiegende (selbst erdrosselnde) Auswirkungen auch dann haben kann, wenn er eine vergleichsweise weniger investitionsintensive - etwa rein onkologische - Praxis betreibt als ein Radiologe¹⁰. Die vertragliche Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung führt daher zu äquivalenten Wettbewerbsveränderungen, so dass auch hier Grundrechtseingriffe angenommen werden müssen.

c) *Irrelevanz der Gesetzesbasierung einer Marktöffnung für deren Eingriffscharakter*

Vor dem Hintergrund der vielfältigen Belastungen der Vertragsärzte durch ihren staatlich regulierten Markt hat das BVerfG gefordert, dass Vertragsärzte eine gesetzeswidrige Öffnung dieses Marktes als Grundrechtseingriff und ggf. eben auch als Grundrechtsverletzung müssen bekämpfen können. Die Einführung von § 116b Abs. 2 und 3 SGB V stellt nun in den dort angesprochenen Fällen eine gesetzliche Grundlage für eine Marktöffnung bereit, ohne jedoch die systembedingten Belastungen der Vertragsärzte zu ändern. Wird ein Krankenhaus auf Basis des neuen Rechts zu hochspezialisierter oder sonstiger ambulanter Behandlung zugelassen, läuft dies, wie dargestellt, auf eine Belastung der konkurrierenden Vertragsärzte hinaus, die derjenigen durch eine (möglicherweise) gesetzeswidrige gleichkommt. Deshalb kann auch die neue gesetzliche Grundlage für die Marktöffnung nichts an der Eingriffsqualität einer Marktöffnung durch Einzelakt ändern.

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung des Eingriffs in die Berufsfreiheit

a) *Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage*

Spricht man - im Einklang mit dem Konzept des BVerfG - der vertraglichen Zulassung eines Krankenhauses zur ambulante Versorgung die Qualität eines Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Vertragsärzte zu, ergibt sich daraus die verfassungsrechtliche Rechtfertigungsbedürftigkeit dieses Eingriffs. Art. 12 Abs. 1 S 2 GG ist dann zu entnehmen, dass ein solcher Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung nur durch oder aufgrund eines Gesetzes erfolgen darf. Ein Vertrag, durch den eine Krankenkasse ein Krankenhaus zur ambulanten Versorgung mit hochspezialisierten Leistungen zulässt, wäre ein Eingriff "aufgrund eines Gesetzes", nämlich auf der Grundlage des § 116b Abs. 2 und 3 SGB V. Eine gesetzliche Grundlage ist mithin vorhanden.

¹⁰ Auch das BVerfG selbst geht implizit hiervon aus, wenn es feststellt, dass die Ermächtigung von Krankenhausärzten „gelegentlich - je nach Gebiet - zahlreiche niedergelassene Ärzte“ berührt (Rz 30), weshalb es die (Massen-)Beiladung dieser Ärzte gemäß § 75 Abs. 2 a SGG für (ggf.) notwendig hält.

b) *Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in förmlicher Hinsicht*

Für die Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs genügt allerdings nicht die bloße Existenz einer gesetzlichen Grundlage. Diese muss vielmehr ihrerseits verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen. Dabei sind zunächst Aspekte der Verfassungsmäßigkeit in förmlicher Hinsicht in den Blick zu nehmen. Zu den Voraussetzungen der Verfassungsmäßigkeit in förmlicher Hinsicht gehört, dass die gesetzliche Regelung, die eine Behörde zu einem Grundrechtseingriff ermächtigt, die Voraussetzungen des Eingriffs hinreichend bestimmt regeln muss, d.h. Umfang und Grenzen des Eingriffs müssen deutlich erkennbar sein, wobei die Anforderungen an die Bestimmtheit mit der Intensität des Eingriffs ansteigen¹¹.

Eben darauf verzichtet § 116b Abs. 2 SGB V. In dieser Vorschrift wird nur festgelegt, wer als Vertragspartner der Krankenhäuser in Betracht kommt und auf welche Leistungen bzw. Krankheitsbilder sich die Verträge beziehen dürfen. Im übrigen jedoch wird es in das Ermessen der Krankenkassen bzw. ihrer Verbände gestellt, ob und mit welchen zeitlichen, räumlichen und fachlich-inhaltlich leistungsbezogenen Maßgaben derartige Verträge geschlossen werden sollen. Insbesondere kommt es - in prägnantem Unterschied zu § 116a SGB V¹² - nicht darauf an, ob die Einbeziehung des Krankenhauses wegen eines anders nicht zu deckenden Bedarfs erforderlich ist. Erst recht verzichtet § 116b Abs. 2 SGB V auf die differenzierten Vorgaben des Ermächtigungssystems gemäß § 116 Satz 2 SGB V i.V.m. §§ 31, 31a Ärzte-ZV für die notwendige Ermittlung eines quantitativen oder qualitativen Bedarfs mit entsprechender Bedarfssteuerung im konkreten Fall, wonach insbesondere die persönliche Ermächtigung von Krankenhausärzten - gerade auch zur Vermeidung einer Verletzung niedergelassener Vertragsärzte in ihrem Grundrecht auf freie Berufsausübung - zeitlich, räumlich und ihrem Umfang nach zu bestimmen und erforderlichenfalls an die Überweisung durch niedergelassene Vertragsärzte¹³ zu binden ist (§§ 31a Abs. 3, 31 Abs. 7 Ärzte-ZV).

Vor dem Hintergrund der generellen Grundrechtsrelevanz der Marktöffnung, die ein Vertrag nach § 116b Abs. 2 SGB V bewirkt, kann die Einräumung eines solchen unbeschränkten Marktöffnungsermessens, das keine Vorkehrungen gegen die möglicherweise existenzvernichtenden wirtschaftlichen Auswirkungen des Vertragsschlusses auf niedergelassene Vertragsärzte beinhaltet, nicht mehr als hinreichend bestimmt betrachtet werden. Bei dieser Bewertung ist im übrigen zu berücksichtigen, dass es allein die Kassenseite ist, in deren Belieben die Entscheidung gestellt ist; anders als in den Fällen des § 116a und des § 116 SGB V i.V.m. §§ 31, 31a Ärzte-ZV sind für die Marktöffnung nicht die Zulassungsgremien zuständig, so dass die Kassen sich bei ihrer Entscheidung nicht mit Vertretern der Vertragsärzteschaft

¹¹ BVerfGE 86, 28, 40; 87, 287, 316 f.; 98, 49, 60 f.; *Umbach* in *Umbach/Clemens*, Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar, 2002, Band I, Art. 12, Rz 79; *Tettinger* in: *Sachs*, GG, 3. Aufl., Art. 12 Rz 84; *Wieland* in: *Dreier*, GG, Bd. I, 2. Aufl., 2004, Art. 12, Rz 107 ff..

¹² Voraussetzung der Anwendung von § 116a SGB V ist eine zuvor festgestellte Unterversorgung.

¹³ Siehe hierzu unten III.4.

auseinandersetzen müssen, so dass also jegliches Mitspracherecht der Ärzteschaft ausgeschlossen ist¹⁴.

c) Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Grundlage in materieller Hinsicht

Nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG muss die gesetzliche Grundlage eines Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung auch materiell verfassungsmäßig sein. Insoweit ist insbesondere erforderlich, dass die Regelung dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht¹⁵. Dieser Gesichtspunkt wird auch im Beschluss vom 17.8.2004 angesprochen, wo es - in Bezug auf (Einzel-)Eingriffe in Form der Öffnung eines regulierten Marktes - heißt, diese seien mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, "wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden" (Rz 18). Es stellt sich demnach die Frage, ob eine Marktöffnung 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 ins Auge gefassten Gemeinwohlgründe zu befördern, ohne dabei eine unzumutbare Belastung der durch den Eingriff belasteten Vertragsärzte zu bewirken.

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

Die Gründe, die sich der Begründung des GKV-Modernisierungsgesetzes zu § 116b Abs. 2 SGB V entnehmen lassen¹⁶, sind nicht sehr klar. Zum einen wird davon ausgegangen, dass bei den im gesetzlichen Katalog aufgeführten Leistungen eine medizinische Notwendigkeit der Durchführung der Behandlung im Krankenhaus gegeben sein muss¹⁷. Im Rohentwurf vom 18.2.2003 hatte es insofern geheißen:

"Der Katalog enthält hochspezialisierte Leistungen, für deren Erbringung das Krankenhaus aufgrund der besonderen Qualifikation der Krankenhausärzte und der hohen Patientenfrequenz (Erfahrung und Routine), der vorhandenen Struktur (Kompetenzbündelung) und der Möglichkeit, Risiken in der Behandlung besser beherrschen zu können (Sicherheitsaspekt), besonders geeignet ist." (S. 173)¹⁸

¹⁴ Es besteht im übrigen insoweit auch ein prägnanter Unterschied zu § 115b SGB V über die Einräumung der Möglichkeit des ambulanten Operierens im Krankenhaus: auch hier sind die Vertragsärzte, vertreten durch die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen bei der Beschlussfassung über die maßgeblichen Regularien beteiligt.

¹⁵ Ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 7, 377 (403 ff.) - Apothekenurteil; außerdem z.B. BVerfGE 95, 173 (183); eingehend zur Entwicklung der Rechtsprechung *Tettinger* in: Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Art. 12 Rz 100 ff.

¹⁶ BT-Drs 15/1525, S. 119 f,

¹⁷ BT-Drs 15/1525, S. 120 f,

¹⁸ Dieser Rohentwurf wurde nicht veröffentlicht, liegt den Unterzeichnern jedoch vor.

Die medizinische Notwendigkeit der Behandlung im Krankenhaus soll sich auch daraus ergeben können, dass bei wiederkehrenden stationären Krankenhausaufenthalten ein durchgängig abgestimmtes Versorgungskonzept aus einer Hand therapeutisch erforderlich ist¹⁹. Schließlich spreche in bestimmten Fällen die Wirtschaftlichkeit der Behandlung für die ambulante Behandlung im Krankenhaus, wenn z.B.

"eine Leistung, die in der Vergangenheit stationär erbracht worden ist und für deren Erbringung die Krankenhäuser deshalb die notwendigen kostspieligen Einrichtungen vorhalten, zukünftig grundsätzlich auch ambulant erbringbar ist²⁰".

Die Aspekte der medizinischen Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit haben überdies einen Niederschlag in den gesetzlichen Kriterien gefunden, die der Gemeinsame Bundesausschuss bei der Fortentwicklung des Kataloges in § 116b Abs. 3 SGB V zu beachten hat (vgl. § 116b Abs. 4 S. 2 SGB V).

Grundsätzlich spricht nichts dagegen, dass Eingriffe in die Berufsfreiheit im Interesse einer qualitativ hochstehenden und wirtschaftlichen Versorgung in Betracht gezogen werden. Im Gegenteil, die Versorgung der Patienten ist unbestritten ein hohes Gut von öffentlichem Interesse, das grundsätzlich durchaus die mit der Regulierung der vertragsärztlichen Versorgung verbundenen Beschränkungen der Berufsfreiheit der Leistungserbringer zu legitimieren vermag (BVerfG, Beschluss vom 17.8.2004, Rz 16).

bb) Geeignetheit und Erforderlichkeit der Marktöffnung

Der Umstand, dass das Anliegen des § 116b Abs. 2 und 3 SGB V ein anerkanntes Interesse des Gemeinwohls befördern will, entbindet aber nicht von der Prüfung, ob der durch die Regelung ermöglichte Eingriff verhältnismäßig ist²¹. Dies erfordert zunächst eine Vergewisserung dahingehend, ob der Eingriff zur Beförderung des besagten Ziels geeignet und erforderlich ist²². Davon, dass die Möglichkeit der Marktöffnung für Krankenhäuser in der Weise, wie sie § 116b Abs. 2 SGB V ermöglicht, erforderlich wäre, um eine qualitativ hochwertige Versorgung der Patienten sicherzustellen, kann aber nicht die Rede sein.

(1) Soweit die Versorgungsqualität dadurch gesichert werden soll, dass mit Krankenhausärzten erfahrener und damit besser qualifizierte Ärzte für die fraglichen Behandlungen zur Verfügung stehen, ist darauf zu verweisen, dass es stets Fachärzte mit langjähriger klinischer Ausbildung sind, die in diesem Bereich als niedergelassene Ärzte tätig werden. Im Krankenhaus hingegen werden die Patienten meist gerade nicht von Fachärzten mit besonderer Qualifikation, sondern von Ärzten in Weiterbildung behandelt, die zudem überaus häufig

¹⁹ Ebd.

²⁰ Ebd.

²¹ Im Beschluss vom 17.8.2004 heißt es an anderer Stelle ausdrücklich, dass am legitimen Zweck der Beschränkungen der Berufsfreiheit der im System tätigen Leistungserbringer diese Beschränkungen auch zu messen seien, vgl. Rz 25 unter Verweisung auf BVerfGE 94, 372, 395 und 103, 172, 184 f.

²² Vgl. nur *Umbach* in *Umbach/Clemens*, Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar, 2002, Band I, Art. 12, Rz 93 f.

wechseln. Laufend wechselnde Assistenzärzte in einer Ambulanz sind aber gerade kein Garant für Routine und Erfahrung.

(2) Eine Bündelung der Kompetenzen, die als weiteres Argument für die Vorzüge ambulanter Behandlung im Krankenhaus benannt wird, ist im ambulanten Sektor mindestens ebenso gut gewährleistet wie im Krankenhaus. Im ambulanten Sektor, und zwar insbesondere unter den Fachärzten, die hochspezialisierte Behandlungsmaßnahmen durchführen oder die seltenen Katalogkrankheiten behandeln, wird der fächerübergreifende Meinungs austausch durch institutionalisierte Netzwerke mit anderen Fachdisziplinen hergestellt, nicht zuletzt im Wege entsprechend ausgerichteter Fortbildungsmaßnahmen. Auch kooperieren in der täglichen Praxis niedergelassene Internistische Onkologen beispielsweise mit niedergelassenen Gynäkologen, Gastroenterologen, Urologen und Strahlentherapeuten in enger gegenseitiger Abstimmung in Gemeinschaftspraxen oder Praxisgemeinschaften oder auch im Wege der (ggf. konsiliarischen) Überweisung.

(3) Tragfähig ist auch nicht das Argument, die ambulante Behandlung im Krankenhaus erleichtere ein "Versorgungskonzept aus einer Hand". Zum einen zeigt die Erfahrung, dass die rein räumliche Zusammenfassung verschiedener Disziplinen keineswegs automatisch ein abgestimmtes Versorgungskonzept ermöglicht. Umgekehrt ist es bei den Vertragsärzten längst Standard, vor Beginn einer Behandlung ein abgestimmtes und auch sektorübergreifendes Versorgungskonzept zu entwickeln. Außerdem hätte es der Gesetzgeber in der Hand, dieses Ziel mit weniger einschneidenden Maßnahmen zu erreichen und beispielsweise in verstärktem Maße die Niederlassung von hochspezialisierten Vertragsärzten in enger räumlicher und organisatorischer Verbundenheit mit Krankenhäusern zu fördern. Dies wird im Rahmen von Modellen Integrierter Versorgung (§§ 140a ff. SGB V) oder auch auf weniger förmlicher Grundlage²³ bereits praktiziert.

(4) Soweit es der umstrittenen Vorschrift um die Beherrschung von Risiken im Zusammenhang mit den jeweiligen hochspezialisierten Behandlungen geht, ist der Eingriff ebenfalls nicht in dieser Form erforderlich. Im Vertragsärzterbereich gibt es seit langem ein etabliertes und bewährtes System der Qualitätssicherung, z.B. die Onkologievereinbarung, das die betroffenen Ärzte auf eine bestimmte Struktur- und Prozessqualität verpflichtet. So hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung bereits 1993 Richtlinien über das Verfahren zur Qualitätssicherung beschlossen. Im Krankenhaussektor entwickeln sich vergleichbare Instrumente erst in jüngster Zeit²⁴.

Der niedergelassene Spezialist wird sich, wie es auch sonst ganz üblich ist und den Regeln der ärztlichen Kunst entspricht, zunächst vergewissern, ob er einen Risikopatienten vor sich hat, bei dem sich Komplikationen ergeben könnten, die er in seiner Ambulanz nicht beherrschen könnte. Gegebenenfalls hätte der Niedergelassene den Patienten in ein Krankenhaus einzuweisen. Es würde vor diesem Hintergrund zudem ausreichen, wenn Krankenhäuser zur

²³ Etwa in Form der Ansiedelung einer Vertragsarztpraxis auf dem Krankenhausgelände ggf. sogar im Sinne einer „Praxisgemeinschaft“ des niedergelassenen Arztes mit dem Krankenhaus.

²⁴ Überblick bei *Bieback*, Qualitätssicherung in der Pflege im Sozialrecht, 2004, S. 30 - 55.

ambulanten Versorgung solcher Patienten vertraglich zugelassen würden, die ihnen von den vertragsärztlichen Spezialisten wegen eines besonderen, in der Praxis nicht beherrschbaren Risikos zu ambulanter Behandlung überwiesen werden. Eben in diesem Sinne wird im übrigen im Bereich der Ermächtigung von Krankenhausärzten oder Krankenhäusern auf der Grundlage der §§ 31 Abs. 7, 31a Abs. 3 Ärzte-ZV ganz selbstverständlich verfahren.

(5) Was schließlich die in § 116b Abs. 4 Satz 2 SGB V angesprochene Wirtschaftlichkeit der ambulanten Behandlung im Krankenhaus anbelangt, ist zu bedenken, dass § 116b Abs. 5 SGB V gerade eine der vertragsärztlichen vergleichbare Vergütung vorschreibt. Schon deshalb kann nicht von einer erhöhten Wirtschaftlichkeit der ambulanten Behandlung im Krankenhaus ausgegangen werden kann. Der seitens des Gesetzgebers angeführte Aspekt einer erhöhten Wirtschaftlichkeit des Einsatzes der im Krankenhaus vorgehaltenen kostspieligen Einrichtungen (v.a. Großgeräte) kann hierbei vernachlässigt werden. Er spielt auf dem Gebiet der Onkologie praktisch keine und in den übrigen Bereichen des § 116b Abs. 3 SGB V allenfalls eine untergeordnete Rolle.

(6) Im Ergebnis kann die Marktöffnung für die Krankenhäuser in den von § 116b Abs. 2 SGB V avisierten Bereichen nicht als geeignete und erforderliche Maßnahme im Interesse eine besseren Versorgung der Versicherten angesehen werden.

cc) Zumutbarkeit der Marktöffnung für die Vertragsärzte

Selbst wenn man der Ansicht wäre, dass die Möglichkeit der Marktöffnung nach § 116b Abs. 2 SGB V in vollem Umfang erforderlich sei, um eine qualifizierte und sichere Versorgung der Patienten zu ermöglichen, wären die so ermöglichten Eingriffe in die Berufsfreiheit der Vertragsärzte doch zumindest als unverhältnismäßig im engen Sinne einzustufen.

Eingriffe in die Berufsfreiheit sind nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG und nach allgemeiner Meinung nur gerechtfertigt, wenn sie sich auch als angemessen darstellen, wenn die Beeinträchtigung also nicht außer Verhältnis zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck steht²⁵. Auch in diesem Zusammenhang erlangt der Beschluss des BVerfG vom 17.8.2004 Bedeutung. Diesem Beschluss liegt die Vorstellung zugrunde, dass das Vertragsarztrecht in seiner Gestalt vor dem GMG in gewissem Sinne ein ausgewogenes System von Lasten und Vorteilen darstellte. Einerseits ist das System geprägt von erheblichen und grundrechtsrelevanten Belastungen der Vertragsärzte (Bedarfsplanung, budgetierte Gesamtvergütung, Einschränkungen des Behandlungsspektrums, Wirtschaftlichkeitsprüfung). Diese Lasten haben die Vertragsärzte hinzunehmen, weil die Teilnahme am System andererseits für sie auch Chancen mit sich bringt. Dabei spielt vor allem der gesetzlich eingeräumte Vorrang der Vertragsärzte gegenüber den Krankenhausärzten eine Rolle. Das System gleicht also gewissermaßen die Lasten durch diese kompensierende Vorteile wieder

²⁵ Z.B. BVerfGE 30, 292, 316 f.; 37, 1 (22); 46, 120, 148; 51, 193, 208; *Umbach* in *Umbach/Clemens*, Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar, 2002, Band I, Art. 12, Rz 95.

aus. In einer gesetzwidrig erteilten Ermächtigung sah das BVerfG konsequenterweise "eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge haben" kann (Rz 19). Denkt man dieses Konzept des Beschlusses vom 17.8.04 weiter, so muss auch eine Relativierung des Vorrangs der Vertragsärzte durch Gesetz, die auf erhebliche, wenn nicht schwerwiegende Konkurrenz Nachteile für die Vertragsärzte hinausläuft, als inakzeptable Störung des zuvor ausgewogenen Gefüges angesehen werden. Dies gilt selbstverständlich nur unter der Voraussetzung, dass die Belastungen durch den staatlich regulierten Vertragsarztmarkt unverändert geblieben sind. Eben dies aber war und ist nach wie vor der Fall. Ist aber eine Störung des regulierten Marktgefüges als inakzeptabel zu bewerten, ist damit zugleich gesagt, dass eine gesetzliche Marktöffnung - ceteris paribus - als unangemessener, als unzumutbarer Eingriff in die rechtliche Stellung der betroffenen Vertragsärzte angesehen werden muss. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn den berechtigten Interessen der Vertragsärzte auf anderem Wege Rechnung getragen wird.

§ 116b Abs. 2 ermöglicht Krankenkassen und Kassenverbänden die vertragliche Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung in den in Abs. 3 genannten Bereichen. Dabei stellt Abs. 2 die berechtigten Interessen der durch die neue Konkurrenz beeinträchtigten Vertragsärzte, wie schon oben (sub III.3.b) ausgeführt, nicht im Ansatz in Rechnung. Damit erweist sich die Regelung nach allem auch im Blick auf das mit dieser Öffnung verfolgte Ziel als unzumutbarer, sprich unverhältnismäßiger Eingriff in die grundrechtlich geschützte Berufsfreiheit der Vertragsärzte. Bei der Bewertung der Zumutbarkeit dieses gravierenden Eingriffs in die Berufsfreiheit unternehmerisch tätiger, jedoch staatlich eng gebundener Ärzte muss § 116b Abs. 2 SGB V auch unter Berücksichtigung eines weiten Beurteilungsspielraums des Gesetzgebers hinsichtlich der von ihm unterstellten Überlegenheit ambulanter Krankenhausbehandlung als verfassungswidrig qualifiziert werden.

d) Zwischenergebnis

§ 116b Abs. 2 SGB V erweist sich mithin aus dreifachem Grund als verfassungswidrig. Die Vorschrift erfüllt nicht die Bestimmtheitserfordernisse, 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 Grunde unverhältnismäßigen Belastungen der betroffenen Vertragsärzte.

4. Konsequenz der Verfassungswidrigkeit des § 116b Abs. 2 SGB V: Verfassungskonforme Auslegung?

Die festgestellte Verfassungswidrigkeit des § 116b Abs. 2 SGB V führt nicht zwangsläufig zur Annahme der Nichtigkeit dieser Regelung. Vor einer solchen Annahme ist vielmehr zu prüfen, ob eine verfassungskonforme Auslegung in Betracht kommt, die den festgestellten Gravamina Rechnung trägt²⁶. Eine verfassungskonforme Auslegung kommt allerdings nur insoweit in Betracht, als sie nicht den normativen Gehalt und Zweck der auszulegenden Vorschrift verändert oder grundlegend neu bestimmt²⁷. Es kommt also darauf an, ob das auszulegende Gesetz Ansatzpunkte bietet, an denen die verfassungskonforme Auslegung anknüpfen kann.

Das ist bei § 116b Abs. 2 SGB V prima facie der Fall, und zwar gerade im Hinblick auf das eingeräumte und oben beanstandete Ermessen der Kassen. Dieser gesetzlich eingeräumte Handlungsspielraum kann nämlich - im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung - durchaus als in dem Sinne strukturiert verstanden werden, dass seine Ausübung nur in Betracht kommt, soweit die Interessen solcher Vertragsärzte nicht beeinträchtigt werden, die mit den vertraglich zugelassenen Krankenhäusern konkurrieren würden. Ein Instrument, mit dem sich der Konkurrenzschutz der niedergelassenen Konkurrenten verwirklichen lässt, spricht das Gesetz selbst an, und zwar als Regelungsoption des Gemeinsamen Bundesausschusses: Der Ausschuss muss in Richtlinien Regelungen darüber treffen, „ob und in welchen Fällen die ambulante Leistungserbringung durch das Krankenhaus die Überweisung durch den Hausarzt oder den Facharzt voraussetzt“ (§ 116b Abs. 4 S. 3 SGB V). Dieser Regelungsauftrag ist vor dem Hintergrund der dargelegten verfassungsrechtlichen Situation verfassungskonform in dem Sinne zu verstehen, dass die ambulante Leistungserbringung im Krankenhaus zwingend an eine (ggf. qualifizierte²⁸) Facharztüberweisung zu binden ist, wenn in der betreffenden Region (hochqualifizierte) niedergelassene Fachärzte tätig sind, die mit dem Krankenhaus um gesetzlich versicherte Patienten konkurrieren würden. Solange eine Richtlinie mit dem gebotenen Überweisungsvorbehalt fehlt, ist eine entsprechende Einschränkung in § 116b Abs. 2 SGB V hineinzulesen. Mit Blick auf § 116b Abs. 4 S. 3 SGB V ließe sich dies einigermaßen zwanglos mit dem Regelungskonzept des Gesetzgebers vereinbaren. Im übrigen würde sich diese Auslegung auch zwanglos in das bisherige System des Ermächtigungsrechts einordnen; auch dort gibt es die Möglichkeit, die Ermächtigung von Krankenhausärzten mit einem (erforderlichenfalls qualifizierten) Facharztüberweisungsvorbehalt zu verknüpfen (§§ 31 Abs. 7, 31a Abs. 7 Ärzte-ZV), eine Möglichkeit, die in der Praxis

²⁶ Dazu etwa *Klein* in: Umbach/Clemens (Hrsg.), Mitarbeiterkommentar - Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 1992, § 80, Rz. 49 ff; Sachs, GG, 3. Aufl., 2003, Einf., Rz 42 ff.; *Dreier*, GG, 2. Aufl., 2004, Art. 1 III, Rz 84.

²⁷ Ebd., Rz 55.

²⁸ Vor ruinöser onkologischer Konkurrenz seitens des Krankenhauses schützt ggf. nur die von den Zulassungsgremien bei Ermächtigungen praktizierte Bindung ambulanter Krankenhausbehandlung an die Überweisung durch niedergelassene Internistische Onkologen und nicht etwa durch alle niedergelassenen Internisten oder gar alle Vertragsärzte.

dazu genutzt wird, die berechtigten Interessen der niedergelassenen Vertragsärzte vor ruinöser Konkurrenz zu schützen²⁹. Mit einer derartigen Auslegung, die mithin dem Willen des Gesetzgebers der Tendenz nach gerecht wird, würden - bei materieller Betrachtung - die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Interessen der in das GKV-System einbezogenen Vertragsärzte ggf. angemessen berücksichtigt; überdies würde - in formeller Hinsicht - ein so ausgelegter § 116b Abs. 2 SGB V aus Sicht der Vertragsärzte in seiner Handhabung berechenbar, so dass auch dem Bestimmtheitsgrundsatz Rechnung getragen wäre.

Allerdings kann demgegenüber nicht ohne Grund bezweifelt werden, dass die Forderung nach einem qualifizierten fachärztlichen Überweisungsvorbehalt, der zum Schutz vorhandener Konkurrenz durch niedergelassene Vertragsärzte aufgrund verfassungskonformer Auslegung des § 116b Abs. 2 SGB V regelmäßig vertraglich zu vereinbaren wäre, dem Zweck der auszulegenden Vorschrift noch gerecht wird. Denn die Erfahrungen aus der Ermächtigungspraxis zeigen, dass hiernach die Krankenhäuser mit ihren hochspezialisierten Ambulanzen möglicherweise nur noch mit einer Anzahl von Behandlungsfällen zum Zuge kämen, die der vom Gesetzgeber eigentlich gewünschten quantitativen Beteiligung der Krankenhäuser an der ambulanten Behandlung von Katalogkrankheiten nicht genügt.

Weiterhin bestehen Bedenken gegen die oben erwogene Lösung aus Sicht der Vertragsärzte, weil sie möglicherweise doch zu undifferenziert ist. Denn ihr fehlen weitere rechtliche Instrumente zur Feinsteuerung des Bedarfs, wie sie das Ermächtigungsrecht bereithält und die eine (in ein förmliches Verfahren vor den Zulassungsgremien eingebettete) situationsbezogene Abwägung der einander gegenüberstehenden Grundrechte auf Berufsfreiheit der beteiligten Ärzte und Krankenhäuser ermöglichen. So sind nach § 31 Abs. 7 Ärzte-ZV Ermächtigungen neben der bereits erwähnten Pflicht zur Entscheidung über eine Überweisungsbindung zeitlich, räumlich und ihrem Umfang nach zu beschränken.

Demgegenüber enthält § 116b SGB V insbesondere keinerlei Anhaltspunkte für eine Auslegung im Sinne einer zeitlichen Beschränkung entsprechender Verträge. Während Ermächtigungen regelmäßig für zwei Jahre ausgesprochen werden, vor deren Ablauf der quantitative und qualitative Bedarf im Antragsfalle erneut zu prüfen ist, unterliegen die Vertragspartner nach § 116b Abs. 2 SGB V insoweit keinen Beschränkungen. Im Falle eines langfristigen - etwa fünfjährigen - Vertrags, der zunächst mangels einschlägiger Konkurrenz ohne die Anordnung einer Überweisungsbindung abgeschlossen wurde, wären damit niedergelassene oder auch niederlassungswillige Vertragsärzte während des Vertragslaufes aufgrund des hiermit verbundenen Wettbewerbsdrucks faktisch daran gehindert, eine entsprechend spezialisierte Konkurrenzfähigkeit aufzunehmen. Als Ausweg in solchen Situationen müsste man wiederum die Verpflichtung der Vertragspartner zur nachträglichen Vereinbarung einer Überweisungsbindung zugunsten niedergelassener Konkurrenten fordern. Selbst wenn eine sol-

²⁹ Vgl. hierzu bereits *Schiller*, Zur Beschränkung der Ermächtigung von Krankenhausärzten auf Überweisung durch niedergelassenen Fachkollegen, MedR 1993, 409: „Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz macht es dabei erforderlich, dass im Rahmen der Notwendigkeit einer Abwägung der Interessen aller zur ambulanten Versorgung der Versicherten berufenen Ärzte die Ermächtigung eines Krankenhausarztes auf das Maß des Erforderlichen beschränkt wird.“

che Forderung grundsätzlich noch an § 116b Abs. 4 S. 3 SGB V angeknüpft werden könnte, bestünden hiergegen wiederum Bedenken mit Blick auf den Wunsch des Gesetzgebers nach einer quantitativ ausreichenden Versorgung mit Krankenhausambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V.

Eine ebenfalls wichtige gegenständliche Beschränkung von Ermächtigungen erreicht die Praxis der Zulassungsgremien vor allem durch einen detaillierten Leistungskatalog mit Angabe der abrechnungsfähigen Gebührennummern nach dem EBM (2000plus). Auch werden dort erforderlichenfalls die erwähnten Überweisungsbeschränkungen zum Schutze niedergelassener Konkurrenten im Detail weiter ausdifferenziert³⁰. Hinreichende Anhaltspunkte für die Auslegung von § 116b Abs. 2 SGB V in diesem oder ähnlichem Sinne zur Gewährleistung einer situationsbezogenen Bedarfsfeinsteuerung und Grundrechtsabwägung an der Schnittstelle zwischen vertragsärztlichem System und hinzukommender Vertragsfreiheit der Krankenkassen und Krankenhäuser bestehen jedoch nicht.

Es würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen, die vorstehend diskutierte Frage abschließend zu entscheiden, die Frage also, ob die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V noch verfassungskonform ausgelegt werden kann, ohne entweder den Willen des Gesetzgebers zu konterkarieren oder die Grundrechte der niedergelassenen Vertragsärzte zu vernachlässigen. Im Ergebnis bleibt festzuhalten, dass die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V entweder wegen eines unheilbaren Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG verfassungswidrig ist oder mittels entsprechender Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses im Sinne einer strikten - ggf. auch nachträglich vertraglich zu regelnden - (qualifizierten) Facharztüberweisungsbindung analog § 116b Abs. 4 S. 3 SGB V noch verfassungskonform ausgelegt werden müsste. Sofern die verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift inakzeptabel erscheint, müsste es bei dem Ergebnis bleiben, dass § 116b Abs. 2 SGB V verfassungswidrig und nichtig ist.

³⁰ So kann es etwa im Einzelfall angemessen sein, vornehmlich die Behandlung bestimmter Tumoren durch den Krankenhausarzt, auf die sich ein niedergelassener Vertragsarzt spezialisiert hat, zum Schutze des Letzteren einer entsprechend qualifizierten Überweisungsbindung zu unterwerfen.

IV. Konsequenzen der Berufsfreiheit für die rechtliche Stellung niedergelassener Vertragsärzte im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren

Im folgenden wird untersucht, welche Konsequenzen aus der Entscheidung des BVerfG vom 17.8.2004 für den Rechtsschutz durch die (Sozial-) Verwaltungs- und (Sozial-) Gerichte zu ziehen sind, wenn niedergelassene Vertragsärzte von einem Vertragsvorhaben nach § 116b Abs. 2 und 3 SGB V betroffen sind. Hierbei wird zum einen unterstellt, dass sich diese Regelung im Sinne einer grundrechtsadäquaten Steuerung des ambulanten Behandlungsbedarfs grundsätzlich noch verfassungskonform auslegen lässt. Zum anderen muss sich jedoch die Regelung in § 116b SGB V auch daran messen lassen, ob sie in Gestalt der oben in Grundzügen vorgestellten verfassungskonformen Auslegung der verfahrensrechtlichen Dimension von Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung trägt, indem sie den niedergelassenen Vertragsärzten hinreichenden Rechtsschutz vermittelt.

Im Vordergrund stehen hierbei die Konsequenzen des Grundrechtsschutzes für das Verwaltungsverfahren (IV.1.). Nur die frühzeitige Verfahrensbeteiligung der betroffenen niedergelassenen Ärzte kann diese davor schützen, vor vollendete Tatsachen im Sinne irreparabler Wettbewerbsnachteile gestellt zu werden. Insbesondere ist zu klären, ob und auf welchem Wege niedergelassene Vertragsärzte an einem auf einen Vertragsschluss gerichteten Verwaltungsverfahren förmlich zu beteiligen sind (a), ob und inwieweit sie am Vertragsschluss selbst mitwirken müssen (b) oder ob sie vor einem beabsichtigten Vertragsschluss wenigstens seitens der Krankenkasse und ihrer Verbände anzuhören sind (c).

Sodann wird erörtert, auf welchem Wege die von einem Vertragsschluss beeinträchtigten Vertragsärzte ihre Rechte vor den Sozialgerichten geltend machen können (IV.2.). Neben der notwendigen Beiladung niedergelassener Betroffener in gerichtlichen Auseinandersetzungen zwischen den Vertragsparteien oder auch zwischen der Krankenkasse und einem den Vertragsschluss begehrenden Krankenhaus sind hier vor allem die Klagearten von Interesse, die der Verteidigung des Niedergelassenen gegen einen ihn belastenden Vertrag dienlich sein könnten.

1. Konsequenzen für das Verwaltungsverfahren

a) Notwendige Hinzuziehung der niedergelassenen Konkurrenten zum Verfahren

Schließen die Krankenkassen oder deren Verbände mit zugelassenen Krankenhäusern einen Vertrag über die ambulante Erbringung der in § 116b Abs. 3 genannten Leistungen, so handelt es sich um den gesetzlich explizit geregelten Fall eines öffentlich-rechtlichen Vertrags (§ 53 SGB X). Der Abschluss eines solchen Vertrages ist verfahrensrechtlich als eine Form des Verwaltungshandelns einzuordnen, für die gemäß § 61 Satz 1 SGB X die Vorschriften des SGB X gelten, soweit sich aus den §§ 53 ff. SGB X nichts anderes ergibt.

Beteiligte dieses Verfahrens sind gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 3 SGB X der Träger des zugelassenen Krankenhauses, mit welchem die Behörde den öffentlich-rechtlichen Vertrag schließen will, sowie diejenigen, die ggf. nach § 12 Abs. 1 Nr. 4 i.V.m. Abs. 2 SGB X von der Behörde zu dem Verfahren hinzugezogen werden. Hiernach *kann* die Behörde von Amts wegen oder auf Antrag diejenigen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden, als Beteiligte hinzuziehen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 SGB X: sog. einfache Hinzuziehung; Ermessen). Hat der Ausgang des Verfahrens überdies „rechtsgestaltende Wirkung“ für einen Dritten, so *ist* dieser auf Antrag als Beteiligter zu dem Verfahren hinzuzuziehen; soweit er der Behörde bekannt ist, hat sie ihn von der Einleitung des Verfahrens zu benachrichtigen (§ 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X: sog. notwendige Hinzuziehung; kein Ermessen). Da die vertragliche Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Versorgung innerhalb eines nach wie vor staatlich reglementierten vertragsärztlichen Systems in die Berufsausübungsfreiheit desjenigen Arztes eingreift, der in demselben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbietet (s.o. II.1.a), werden dessen rechtliche Interessen hierdurch zweifelsfrei berührt, weshalb die Krankenkasse diesen als verfahrensführende Behörde in jedem Fall zum Verfahren hinzuziehen kann. Man könnte bereits an dieser Stelle erwägen, ob wegen der Grundrechtsrelevanz der hier zumindest berührten rechtlichen Interessen das grundsätzlich bestehende Hinzuziehungsermessen nach § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB X nicht ausnahmsweise auf Null reduziert ist. Dies kann jedoch offen bleiben, wenn sogar ein Fall notwendiger Hinzuziehung vorliegt.

Dies ist zunächst dann der Fall, wenn die Entscheidung, die das Verfahren beendet, in die Rechtssphäre des Dritten möglicherweise³¹ eingreift³², indem sie ihm gegenüber unmittelbar Rechte begründet, ändert oder aufhebt³³. Eine in diesem engen Sinne rechtsgestaltende Wirkung liegt insbesondere bei Verwaltungsakten mit Doppelwirkung vor, aber auch dann, wenn der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages in die Rechte eines Dritten eingreift. Allerdings könnte eine solche rechtsgestaltende Wirkung i.e.S. des Vertrags nach § 116b Abs. 2 ff. SGB V für den Dritten hier bezweifelt werden, da von einer förmlichen Änderung oder Aufhebung von Rechten des niedergelassenen Konkurrenten wohl nicht gesprochen werden kann. Bei der notwendigen Hinzuziehung handelt es sich jedoch um einen wesentlichen Bestandteil des rechtsstaatlichen Verwaltungsverfahrens, weshalb über den eng anmutenden Wortlaut des § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X hinaus die Hinzuziehung auch dann erforderlich ist, wenn Grundrechtspositionen Dritter durch die Entscheidung unmittelbar beeinträchtigt sind³⁴. Die konkrete Möglichkeit der Gestaltungswirkung und damit auch der unmittelbaren Beeinträchtigung von Grundrechtspositionen muss hierbei für die Notwendigkeit der Hinzuziehung ausreichen³⁵.

³¹ BSGE 88, 75, 79 f.

³² *Rixen* in LPK-SGB X, 1. Aufl. 2004, § 12, Rz. 6; *von Wulffen*, SGB X, 5. Aufl. 2005, § 12, Rz 13.

³³ *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, VwVfG, 6. Aufl. 2001, § 13, Rdn. 38 ff.).

³⁴ *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk/Schmitz*, aaO, Rz 39 mit Nachw. u.a. aus der Rsp. in Fn. 66.

³⁵ Ebd., Rz 40.

Da jede Öffnung des regulierten vertragsärztlichen Marktes für einschlägige Konkurrenten nicht lediglich einen rechtlich irrelevanten wirtschaftlichen Reflex, sondern wegen der hiermit verbundenen erheblichen Gefährdung ihrer beruflichen Chancen einen Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit darstellt und daher auch eine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG beinhalten kann (s.o. II.1.a), muss somit auch hier die Notwendigkeit der Hinzuziehung angenommen werden. Auch das Bundesverfassungsgericht hat schließlich in seiner Entscheidung vom 17.8.2004 (Rz 30) angemerkt, dass in Fällen des Ermächtungsverfahrens von einer notwendigen Beiladung der niedergelassenen Konkurrenten im Sozialgerichtsverfahren gemäß § 75 Abs. 2 ggf. i.V.m. Abs. 2 a SGG auszugehen ist. Die Übertragung dieses Aspekts auf die notwendige Beteiligung der Betroffenen bereits im Verwaltungsverfahren ist schon deshalb folgerichtig, weil mit der Hinzuziehung lediglich die gerichtliche Beiladung in das Verwaltungsverfahren übernommen werden sollte³⁶. Bekräftigt wird dieses Zwischenergebnis außerdem dadurch, dass bereits dem Verwaltungsverfahren die Aufgabe eines effektiven Schutzes der Grundrechte klagebefugter Dritter zukommt, wie das Bundesverfassungsgericht grundlegend am Beispiel des atomrechtlichen Genehmigungsverfahrens ausgeführt hat³⁷. Entsprechend hat auch die Rechtsweggarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG Vorwirkungen für das Verwaltungsverfahren, das nicht so angelegt werden darf, den gerichtlichen Rechtsschutz zu vereiteln oder unzumutbar zu erschweren³⁸. Wird aber der (einschlägig konkurrierende) niedergelassene Vertragsarzt insbesondere von der Einleitung eines auf den Abschluss eines Vertrags nach § 116b Abs. 2 f. SGB V gerichteten Verwaltungsverfahrens schon nicht gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 SGB X benachrichtigt, könnte er im Hinblick auf die durch den in Angriff genommenen Vertragsvollzug bereits geschaffenen Tatsachen mit seinem Rechtsschutzbegehren zu spät kommen.

b) Notwendige Mitwirkung der niedergelassenen Konkurrenten beim Vertragsschluss?

Zum Schutz der grundrechtlich geschützten Interessen der niedergelassenen Ärzte ließe sich ferner erwägen, ob der Abschluss von Verträgen nach § 116b Abs. 2 SGB X an die Zustimmung der niedergelassenen Konkurrenten des Krankenhauses zu binden ist, mit dem der Vertrag geschlossen werden soll. In diesem Sinne ließe sich möglicherweise § 57 SGB X im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG verstehen. Gemäß § 57 Abs. 1 SGB X (vgl. auch § 58 VwVfG) wird ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Grund dieser Regelung ist, dass der beim Verwal-

³⁶ Rixen in LPK-SGB X, § 12, Rz 10 mwN.

³⁷ BVerfG, Beschluss vom 20.12.1979 - 1 BvR 385/77 - (= BVerfGE 53, 30 - 96), Rz 68: „Es bedarf keiner abschließenden Prüfung, welchen atomrechtlichen Verfahrensvorschriften verfassungsrechtliche Relevanz im Sinne der vorstehenden Erwägungen zukommt. Vielmehr kann davon ausgegangen werden, dass dazu auch die Vorschriften über die Beteiligung klagebefugter Dritter am Genehmigungsverfahren gehören und dass daher die Beschwerdeführerin entgegen der Ansicht des Oberverwaltungsgerichts auch geltend machen durfte, die Änderung der Gebäudeanordnung habe ein erneutes atomrechtliches Genehmigungsverfahren erfordert.“

³⁸ Siehe Krüger/Sachs in Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl. 2003, Art. 19, Rz 140, 143, mwN.

tungsakt vorhandene Schutz eines Dritten, in dessen Rechte eingegriffen wird, beim öffentlich-rechtlichen Vertrag versagt³⁹. So ist hier von Gesetzes wegen - anders als bei Verwaltungsakten - weder eine Anhörung des Beteiligten vorgesehen (§ 24 SGB X), in dessen Rechte eingegriffen wird, noch eine Bekanntgabe (§ 37 SGB X) des Vertrags gegenüber diesem. Vor allem aber ist in der Konsequenz auch eine (Dritt-) Anfechtung des Vertrags durch Widerspruch und Anfechtungsklage nicht geregelt. Stattdessen soll nach § 57 Abs. 1 SGB X der zu Lasten des Dritten gehende öffentlich-rechtliche Vertrag „erst“⁴⁰ wirksam werden, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Versagt dieser seine Zustimmung, so gibt es hiergegen grundsätzlich⁴¹ keine Handhabe der Vertragsparteien.

Dieser Ansatz würde hier freilich dazu führen, dass Verträge nach § 116b Abs. 2 SGB X faktisch nicht geschlossen werden könnten. Denn diese greifen, wie oben festgestellt wurde, regelmäßig in das Grundrecht auf Berufsausübungsfreiheit einschlägig betroffener vertragsärztlicher Konkurrenten ein⁴², deren Zustimmung zum Vertragsschluss nicht zu erwarten und in aller Regel auch nicht erzwingbar wäre. Ein Ausweg aus diesem Dilemma kann auch nicht etwa darin bestehen, den Terminus des *Eingriffs* in § 57 Abs. 1 SGB X auf eine *Rechtsverletzung* zu reduzieren und so Verträge unterhalb der Schwelle einer nachgewiesenen Grundrechtsverletzung zustimmungsfrei zu stellen, da in diesem Fall die genannte Norm keinen eigenständigen Verfahrensgehalt mehr hätte. Ein zustimmungspflichtiger Eingriff im Sinne von § 57 Abs. 1 SGB X liegt vielmehr bereits dann vor, wenn der rechtliche Status des Dritten durch den Vertragsabschluss verschlechtert, vermindert oder beeinträchtigt wird⁴³ und eine Rechtsverletzung hierdurch lediglich möglich erscheint. Ohne die faktisch nicht zu erwartende schriftliche Zustimmung der von den Wettbewerbsveränderungen durch Vertragsschluss nachteilig betroffenen niedergelassenen Vertragsärzte könnte daher ein Vertrag nach § 116b Abs. 2 SGB X keine Wirksamkeit erlangen.

Der Wille des Reformgesetzgebers steht einem solchen Ergebnis allerdings offensichtlich entgegen. Denn § 116b SGB V wurde gerade als effektives Instrument dafür geschaffen, um Krankenhäuser nach freiem Ermessen der Krankenkassen und ihrer Verbände vertraglich

³⁹ Siehe KK-Krasney, SGB X, § 57, Rz 2, von Wulffen-Engelmann, SGB X, § 57, Rz 2.

⁴⁰ Strittig ist wegen dieser Formulierung, ob die Wirksamkeit im Falle der später erteilten Zustimmung ex nunc eintritt (so KK-Krasney, SGB X, § 57, Rz 6 mwN) oder entsprechend § 184 BGB ex tunc, also mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses (Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk, VwVfG, § 58, Rz 19 mwN).

⁴¹ Lediglich wenn die Verweigerung der Zustimmung wegen früherer Zusagen o.a. rechtsmissbräuchlich wäre, wird ausnahmsweise die Erzwingung der Zustimmung des Betroffenen mittels einer Leistungsklage gemäß §§ 202 SGG i.V.m. 894 Abs. 1 ZPO postuliert (vgl. von Wulffen-Engelmann, SGB X, § 57, Rz 7 mwN).

⁴² Die Formel in BSGE 87, 25, 30 (zum Abschluss eines Versorgungsvertrags gemäß § 109 Abs. 2 Satz 2 SGB V), wonach eine bloße faktische Benachteiligung etwa durch die Vereitelung künftiger Erwerbschancen keinen *Eingriff* in ein subjektiv-öffentliches Recht im Sinne von § 57 Abs. 1 SGB X darstelle, ist gerade nach der diesem Gutachten zu Grunde gelegten Entscheidung des BVerfG vom 17.8.04 obsolet, zudem auch mit Blick auf den wiederum den Krankenhaussektor betreffenden Vorgängerbeschluss des BVerfG vom 14.01.2004 - 1 BvR 506/03 - (NZS 2004, S. 199 - 201) nicht mehr aufrechtzuerhalten.

⁴³ Vgl. Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk, VwVfG, § 58, Rz 13 mwN; vgl. auch Kopp/Ramsauer, VwVfG, 8. Aufl. 2003, § 58, Rz 5, 6, wonach bei einem (hier allerdings nicht gegebenen) *subordinationsrechtlichen* Vertrag ein Eingriff immer dann vorliegt, wenn der Dritte einen Verwaltungsakt gleichen Inhalts anfechten könnte.

zur ambulanten Behandlung heranzuziehen. Eine Anwendung des Gesetzes im Lichte der Verfassung, die diese Zielsetzung des Gesetzgebers gänzlich vereiteln würde, würde jedoch die Grenzen einer verfassungskonformen Auslegung überschreiten. Man müsste daher im Rahmen einer solchen Auslegung davon ausgehen, dass § 116b Abs. 2 SGB V als spezielle Regelung die Vorschrift des § 57 SGB X verdrängt⁴⁴. Damit entfielen jedoch gleichzeitig die Drittrechtsschutz vermittelnde Funktion dieser Verfahrensvorschrift ersatzlos⁴⁵. Es liegt somit hier auch im Bereich effektiven Rechtsschutzes durch Verwaltungsverfahren eine Regelungslücke vor. Insbesondere fehlt ein adäquates Verfahren, das den Rechtsschutz, wie er vor und nach Erlass eines drittbelastenden Verwaltungsakts gegeben wäre, ersetzen oder wenigstens teilweise kompensieren könnte⁴⁶.

c) *Schließung der Rechtsschutzlücke im Verwaltungsverfahren?*

Eine annehmbare Lösung des Problems könnte darin bestehen, dass man den vertragsärztlichen Konkurrenten - ggf. auch nach ihrer Hinzuziehung gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X - das Recht gewährt, vor Abschluss eines Vertrages nach § 116b Abs. 2 SGB V analog § 25 SGB X angehört zu werden. Bevor die Behörde einen Vertrag schließt, der in die Rechte vertragsärztlicher Konkurrenten eingreift, müsste sie diesen also analog § 24 SGB X Gelegenheit geben, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern. Entsprechend dem Rechtsgedanken des § 42 Satz 2 SGB X müsste man dann für den Fall der unterbliebenen Anhörung wie auch der unterlassenen notwendigen Hinzuziehung den hiervon Betroffenen wiederum die Möglichkeit eröffnen, den Vertrag im Wege der Feststellungsklage entsprechend § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG für rechtswidrig und nichtig erklären zu lassen⁴⁷.

Außerdem sollte wegen der naheliegenden Gefahr einer irreversiblen Verletzung der Grundrechte niedergelassener Konkurrenten durch den alsbald bevorstehenden Vertragsvollzug entgegen dem auch im Sozialgerichtsverfahren geltenden Rechtsgedanken des § 44a VwGO ausnahmsweise die isolierte Anfechtung der ggf. seitens der Behörde gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X abgelehnten Hinzuziehung zum Verfahren über den Vertragsschluss zugelassen werden⁴⁸. Ob in diesem Fall die unterlassene Anhörung und die unterbliebene Hinzuziehung wie im Fall eines Verwaltungsakts analog § 41 Abs. 1 Nr. 3 und 6 i.V.m. Abs. 2

⁴⁴ Dies könnte man auch damit begründen, dass nach § 37 Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 SGB I das Zehnte Buch des SGB nur gilt, „soweit sich aus den übrigen Büchern nichts Abweichendes ergibt“.

⁴⁵ Der Gesetzgeber sieht für den Vertragsschluss nach § 116b SGB Abs. 2 V auch keine anderweitige Verfahrenssicherung zugunsten niedergelassener Vertragsärzte vor, wie sie etwa das Ermächtigungsrecht aufgrund der Tatsache bietet, dass innerhalb eines in Teilen gesondert geregelten Verfahrens Zulassungsgremien durch Verwaltungsakt über die Ermächtigung eines Krankenhausarztes oder Krankenhauses entscheiden (siehe §§ 96, 97, 98 Abs. 2 Nr. 11, 116 SGB V, 31, 31a Ärzte-ZV).

⁴⁶ Auch fehlt es umgekehrt an einer Möglichkeit der Verwaltungsbehörde, die Drittbetroffenen nach Bekanntgabe des öffentlich-rechtlichen Vertrags entsprechend § 37 SGB X nebst Präkludierung entsprechender Einsprüche (wie an einen bestandskräftigen Verwaltungsakt) an den Vertrag zu binden (de lege ferenda siehe *Schmitz*, NVwZ 2000, 1238, 1241).

⁴⁷ Vgl. in diesem Sinne generell *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk*, VwVfG, § 58, Rz 1.

⁴⁸ Vgl. *Meyer-Ladewig*, SGG, 7. Aufl. 2002, § 54, Rz 8c und 8e.

SGB X bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozialgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden dürfen, bedürfte sorgfältiger Prüfung.

Auch diese Lösung im Sinne weitreichender verfahrensrechtlicher Analogien wäre freilich systemfremd und deshalb mit erheblichen Zweifeln behaftet. Daran zeigt sich erneut, wie fragwürdig eben bereits die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V als solche ist, wenn man sie im Lichte der neuen Rechtsprechung des BVerfG betrachtet. Es spricht daher im Ergebnis viel dafür, dass diese Vorschrift auch deshalb von vornherein unheilbar verfassungswidrig ist, weil sie zu den verfassungsrechtlich gebotenen Verfahrensrechten der Betroffenen bereits im Verwaltungsverfahren (bewusst!) keine Regularien enthält.

2. Konsequenzen für das sozialgerichtliche Verfahren

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, dass § 116b Abs. 2 SGB V aus unterschiedlichen Gründen als verfassungswidrig anzusehen ist, weil auf der Grundlage dieser Vorschrift in nicht vertretbarer Weise die grundrechtlich geschützten Berufsfreiheit niedergelassener Ärzte beeinträchtigt wird. Zuletzt wurde gezeigt, dass die Verfassungswidrigkeit der Regelung wohl auch daraus folgt, dass sie den von einem Vertragsschluss nach § 116b Abs. 2 SGB V benachteiligten Vertragsärzten die grundrechtlich gebotenen Verfahrensrechte vorenthält. Vor dem Hintergrund dieses umfassenden Negativbefundes soll im Rahmen des Gutachtens nur noch cursorisch auf die Frage eingegangen werden, wie mit Blick auf den Beschluss des BVerfG vom 17.8.2004 die Rechtsstellung betroffener niedergelassener Ärzte im sozialgerichtlichen Verfahren auszugestalten wäre.

a) Notwendige Beiladung niedergelassener Vertragsärzte in Auseinandersetzungen zwischen den Parteien des Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V

Bereits das BVerfG hat in seinem Beschluss vom 17.8.04 (Rz 32) implizit betont, dass im Rechtsstreit zwischen Krankenhausärzten und den Zulassungsgremien über die Erteilung einer Ermächtigung von einer notwendigen Beiladung der betroffenen niedergelassenen Vertragsärzte gemäß § 75 Abs. 2 Alt. 1 SGG auszugehen ist⁴⁹. Hiernach ist die Beiladung notwendig, wenn die gerichtliche Entscheidung auch gegenüber den an dem streitigen Rechtsverhältnis beteiligten Dritten nur einheitlich ergehen kann. Dies ist auch hier insbesondere deshalb der Fall, weil der Vertragsschluss nach § 116b Abs. 2 SGB V wie auch die ggf. hierauf gestützte Erweiterung der vertraglich geregelten Befugnisse zur ambulanten Behandlung einen Grundrechtseingriff zum Nachteil konkurrierender Vertragsärzte beinhalten, deren rechtliche Interessen innerhalb des staatlich regulierten ambulanten Sektors situationsbezogen mit denjenigen des Krankenhauses abzuwägen sind (s.o. III.4.). Die Tatsache, dass nie-

⁴⁹ Die vom BVerfG gemäß § 75 Abs. 2 a SGG ggf. für notwendig gehaltene Massenbeiladung von mehr als 20 Vertragsärzten setzt einen Fall der notwendigen Beiladung nach Abs. 2 Alt. 1 voraus.

dergelassene Ärzte von Regelungen über die ambulante Versorgung der auch von ihnen umworbenen Patienten im Krankenhaus unmittelbar betroffen werden, führt dazu, dass die Entscheidung gegenüber allen zur einschlägigen Bedarfsdeckung berufenen Ärzten und Institutionen ggf. nur einheitlich ergehen kann. Auch kommt die vertragliche Bedarfsregelung einer Gestaltungswirkung für die Rechte der hiervon betroffenen Niedergelassenen gleich⁵⁰. Auf die insoweit deckungsgleichen rechtlichen Erwägungen zur Begründung der Notwendigkeit der Hinzuziehung Niedergelassener zum Verfahren über den Vertragsschluss gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X kann zusätzlich verwiesen werden (s.o. IV.1.a).

Streitet also etwa ein Krankenhaus mit der Krankenkasse über die vertragliche Zulassung zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V oder auch über den Umfang der hieraus resultierenden Behandlungsbefugnisse, so werden die niedergelassenen Konkurrenten gemäß § 75 Abs. 2 (ggf. i.V.m. Abs. 2 a) SGG von Amts wegen oder zumindest auf ihren Antrag⁵¹ hin zum Gerichtsverfahren notwendig beizuladen sein.

b) Feststellung der Rechtswidrigkeit/Unwirksamkeit des Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V

Von Interesse ist des weiteren die Frage, ob niedergelassene Ärzte prozessual gegen einen Vertrag vorgehen können, den eine Krankenkasse mit einem Krankenhaus auf der Grundlage von § 116b Abs. 2 SGB V geschlossen hat. Hier kann man insbesondere an eine Feststellungsklage denken, die darauf abzielt, den Vertrag entsprechend § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG für rechtswidrig⁵² oder unwirksam⁵³ und ggf. nichtig erklären zu lassen. Ein berechtigtes Interesse des Betroffenen an dieser Feststellung läge in derartigen Fällen auf der Hand⁵⁴.

Eine Feststellungsklage wäre zwar grundsätzlich gegenüber einer zulässigen Leistungsklage (hier v.a. Unterlassungsklage⁵⁵) subsidiär. Dies gilt jedoch nicht gegenüber juristischen Personen des öffentlichen Rechts, mithin auch nicht gegenüber den gesetzlichen Krankenkassen, von denen erwartet werden kann, dass sie sich wegen ihrer in der Verfassung verankerten Bindung an Gesetz und Recht auch einem gerichtlichen Feststellungsurteil beugen und von sich aus für die Beendigung des ggf. rechtswidrigen Vertragsvollzugs sorgen würden⁵⁶.

⁵⁰ Vgl. allgemein zur notwendigen Beiladung *Meyer-Ladewig*, § 75 SGG, Rz 10 ff. mwN.

⁵¹ Im Massenbeiladungsverfahren gemäß § 75 Abs. 2 a SGG kann das Gericht den Betroffenen eine Frist zur (in diesem Fall unabdingbaren) Antragsstellung setzen.

⁵² Bei unterstellter Nichtanwendbarkeit von § 57 Abs. 1 SGB X.

⁵³ Bei (entgegen IV.1.b) unterstellter notwendiger Mitwirkung Dritter gemäß § 57 Abs. 1 SGB X.

⁵⁴ Siehe auch nochmals oben IV.1.c) sowie *Stelkens/Bonk/Sachs-Bonk*, VwVfG, § 58, Rz 1.

⁵⁵ Siehe hierzu unten IV.2.c)

⁵⁶ Vgl. *Meyer-Ladewig*, SGG, § 55, Rz 19a, 19b.

- c) *Klage gegen den Krankenhausträger auf Unterlassung der ambulanten Behandlung aufgrund des unwirksamen/rechtswidrigen Vertrags; Klage gegen die Krankenkasse bzw. deren Verband auf Unterlassung der Vergütung ambulanter Krankenhausbehandlung aufgrund unwirksamen/rechtswidrigen Vertrags*

Sofern das Krankenhaus ambulante Leistungen aufgrund eines unwirksamen⁵⁷ oder auch (bspw. wegen krasser Rechtswidrigkeit gem. §§ 58 Abs. 1 Nr. 1, 40 Abs. 1 SGB X) nichtigen Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V erbringt und/oder die Krankenkasse derartige Leistungen vergütet, kann dem hiervon betroffenen niedergelassenen Vertragsarzt ein entsprechender Unterlassungsanspruch gegen die Vertragsparteien (zum Beispiel gemäß §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG 2004) zustehen⁵⁸. Die Zulässigkeit einer entsprechenden (eventuell auch vorbeugenden) Unterlassungsklage ließe sich unschwer begründen⁵⁹. Auch dürfte die Vorfrage der Zulässigkeit des Sozialrechtswegs für eine solche Klage nunmehr zu bejahen sein, jedenfalls soweit sie sich vor dem Hintergrund des öffentlich-rechtlich geprägten Leistungserbringungsrechts (§ 69 SGB V) gegen die Krankenkasse oder deren Verband richtet⁶⁰. Denn nach der Rechtswegzuweisung des § 51 Abs. 2 SGG entscheiden (seit dem 1.1.00) die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auch über privatrechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, auch soweit durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden. Aufgrund der immer noch nicht ganz einheitlichen Rechtsprechung vor allem der Zivilgerichte zu dieser Frage verbleiben an diesem Ergebnis zwar restliche Zweifel⁶¹. Diese mögen hinsichtlich einer Unterlassungsklage der betroffenen Vertragsärzte gegen das Krankenhaus zudem vergleichsweise größer sein. Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens muss es jedoch genügen, auf diese Zweifel hinzuweisen.

Soweit das Krankenhaus ambulante Leistungen aufgrund eines wirksamen⁶² und „lediglich“ rechtswidrigen Vertrags nach § 116b Abs. 2 SGB V erbringt und/oder die Krankenkasse derartige Leistungen vergütet, müsste man - ausgehend etwa von einem entsprechenden Anspruch nach § 8 UWG⁶³ - im Rahmen der gebotenen verfassungskonformen Anwendung von

⁵⁷ Bei (entgegen IV.1.b) unterstellter notwendiger Mitwirkung Dritter gemäß § 57 Abs. 1 SGB X.

⁵⁸ Vgl. zu § 1 UWG a.F. für die Behandlung außerhalb einer wirksamen Ermächtigung BSG, Urteil vom 25.11.1998 - B 6 KA 75/97 - = BSGE 83, 128 - 134.

⁵⁹ Vgl. *Meyer-Ladewig*, SGG, § 54, Rz 42a; zulässig wäre im Falle drohender irreversibler Nachteile zudem ein vorheriger oder ergänzender Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Sozialgericht gemäß § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG (zum Rechtsweg siehe sogleich im Text und Fn. 61).

⁶⁰ In diesem Verhältnis liegt außerdem ein unmittelbar aus der Abwehrfunktion des Art. 12 Abs. 1 GG abgeleiteter Unterlassungsanspruch des betroffenen Vertragsarztes nicht fern (vgl. *Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band III/1, 1988, § 66 I 2, S. 621 mwN).

⁶¹ Vgl. hierzu ausführlich *Diekmann, Wildberger, von Quast*, Rechtswegzuweisung nach § 51 Abs. 2 SGG bei unlauterem Wettbewerb gesetzlicher Krankenkassen, NZS 2005, S. 187 - 192.

⁶² Bei unterstellter Nichtanwendbarkeit von § 57 Abs. 1 SGB X und fehlender Vertragsnichtigkeit gem. § 58 SGB X.

⁶³ Da eine „Bestandskraft“ des Vertrags gemäß § 116b Abs. 2 SGB V nicht vorgesehen ist, könnte es für den Anspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11, 8 UWG 2004 nicht darauf ankommen, ob und ggf. unter welchen Umständen die Ausnutzung einer rechtswidrigen bestandskräftigen Regelung *unlauter* sein kann (vgl. hierzu etwa OLG Hamburg NJW-RR 1993, 941 - 943); dies zeigt aber wiederum die sehr problematische Rechtsunsicherheit, mit welcher eine Lösung behaftet wäre, die auf das Mitwirkungserfordernis des § 57 Abs. 1 SGB X verzichten möchte.

Verfahrensrecht gleichwohl wiederum auch die (ggf. vorbeugende) Unterlassungsklage gegen die Vertragsparteien zulassen. Die Unterlassungsklage wäre mangels „Bestandskraft“ des Vertrags nicht an verfahrensrechtliche Fristen gebunden und damit bis zur Grenze der Verjährung oder Verwirkung des eingeklagten Anspruchs bzw. der Klage zulässig und sachdienlich. Auch dieses Ergebnis zeigt letztlich, dass auch die verfassungskonforme Einbettung von § 116b Abs. 2 SGB V in ein adäquates Verfahren mittels systemfremder Analogien auf große Schwierigkeiten stößt, die für die unheilbare Verfassungswidrigkeit der hier zu prüfenden Regelung sprechen.

V. Fazit

Als Ergebnis des Gutachtens kann festgehalten werden, dass die Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V in materieller Hinsicht als verfassungswidrig angesehen werden muss, da sie wegen des unbeschränkten Markteröffnungsermessens der Krankenkassen und ihrer Verbände 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 eine verfassungskonforme Auslegung der Regelung bestehen zwar gewisse Anhaltspunkte im Gesetz, das insbesondere die vertragliche Bindung der Zulassung der Krankenhäuser zur ambulanten Behandlung an die Überweisung durch entsprechend qualifizierte Vertragsärzte ermöglicht. Andererseits ist eine verfassungskonforme Auslegung, welche die Notwendigkeit eines Überweisungsvorbehalts in § 116b Abs. 2 SGB V hineininterpretieren müsste, letztlich doch mit den Zielen des Gesetzgebers kaum zu vereinbaren, so dass dieser Ausweg zur Vermeidung des Verdikts der Verfassungswidrigkeit wohl nicht gangbar ist. Ein noch ungünstigeres Bild ergibt sich, wenn man die vom Gesetzgeber bewusst unzureichend geregelte verfahrensrechtliche Absicherung der Grundrechte niedergelassener Vertragsärzte in die Betrachtung einbezieht. So scheidet die Anwendung der zentralen Schutzvorschrift, nach welcher die Wirksamkeit eines öffentlich-rechtlichen Vertrags von der schriftlichen Zustimmung Dritter abhängt, in deren Rechte eingegriffen wird, im Rahmen der gebotenen verfassungskonformen Auslegung von § 116b Abs. 2 SGB V wegen eines unauflösbaren Widerspruchs zu der von dem Gesetzgeber verfolgten Zielsetzung aus. Ob dieser Verlust an Rechtsschutz durch weitgehende verfassungskonforme Analogien zu Normen des Sozialverwaltungsverfahrensrechts wie auch des Verfahrens vor der Sozialgerichtsbarkeit, die zum großen Teil auf die Anfechtung eines Verwaltungsakts zugeschnitten sind, hinreichend ausgeglichen werden kann, ist höchst zweifelhaft. Der nicht vorgesehene Rechtsschutz durch Verfahren zugunsten niedergelassener Vertragsärzte spricht vielmehr zusätzlich für die Nichtigkeit der Regelung des § 116b Abs. 2 SGB V.

*Freiburg/Kassel,
den 17.05.2005*

*Holger Barth
Rechtsanwalt, Freiburg i. Br*

*Prof. Dr. Andreas Hänlein
Universität Kassel*