

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 28

Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung

**Begriff, Inhalt und Sicherstellung
der flächendeckenden Versorgung
der gesetzlich Krankenversicherten mit
vertragsärztlichen Leistungen**

Von

Stefan Bauer-Schade



Duncker & Humblot · Berlin

STEFAN BAUER-SCHADE

Die flächendeckende
vertragsärztliche Versorgung

Schriften zum Gesundheitsrecht

Band 28

Herausgegeben von Professor Dr. Helge Sodan,
Freie Universität Berlin,
Direktor des Deutschen Instituts für Gesundheitsrecht (DIGR)
Präsident des Verfassungsgerichtshofes des Landes Berlin a.D.

Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung

Begriff, Inhalt und Sicherstellung
der flächendeckenden Versorgung
der gesetzlich Krankenversicherten mit
vertragsärztlichen Leistungen

Von

Stefan Bauer-Schade



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät
der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg
hat diese Arbeit im Jahre 2011
als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2013 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Textforma(r)t Daniela Weiland, Göttingen
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin
Printed in Germany

ISSN 1614-1385
ISBN 978-3-428-14034-3 (Print)
ISBN 978-3-428-54034-1 (E-Book)
ISBN 978-3-428-84034-2 (Print & E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ∞

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2011 von der Juristischen und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg als Dissertation angenommen. Sie teilt das Schicksal vieler sozialrechtlicher Arbeiten, die bereits im Entstehungsprozess von der gesetzgeberischen Aktivität überholt werden. Im vorliegenden Falle war dies das GKV-Versorgungsstrukturgesetz. Das Manuskript wurde bereits im März 2011 abgeschlossen. Die im Zuge des am 01.01.2012 in Kraft getretenen Versorgungsstrukturgesetzes zu verzeichnenden Neuerungen wurden für die Publikation berücksichtigt. Allerdings konnte die nach Abschluss des Manuskripts ergangene Rechtsprechung ebenso wenig eingearbeitet werden wie die seitdem erschienene Literatur, von wenigen Ausnahmen abgesehen. Die Neufassung der Bedarfsplanungs-Richtlinie lag bei Abschluss der Arbeiten noch nicht vor. Allerdings stellt die Arbeit die wesentlichen gesetzgeberischen Erwägungen für die Neugestaltung der Bedarfsplanung dar.

Mein Dank gebührt zahlreichen Personen und Institutionen, die die Entstehung der Arbeit in Halle und Wien sowie ihre Veröffentlichung unterstützt haben. Besonders hervorheben möchte ich die folgenden: Professor Dr. Winfried Kluth hat mich nicht nur ermutigt, das vorliegende Thema ausführlich wissenschaftlich zu erörtern. Er hat meine juristische Ausbildung und wissenschaftliche Entwicklung von Anfang an fördernd begleitet, auch später als ich die Universität verließ, um mein Referendariat zu absolvieren. Seinem Zuspruch verdanke ich meine wissenschaftlichen Gehversuche. Er war mein jahrelanger Mentor, dem ich an dieser Stelle für all seine Förderung danken möchte. Professor Dr. Reimund Schmidt-De Caluwe danke ich nicht nur für die Erstellung des Zweitgutachtens, sondern vor allem für die Bereitschaft, den Arbeitsprozess mit Rat zu begleiten, und sein Vorbild, die gefundenen Ergebnisse stets aufs Neue kritisch zu hinterfragen. Professor Dr. Helge Sodan danke ich für die Aufnahme der Arbeit in die von ihm betreute Schriftenreihe.

Die Arbeit wurde durch ein Promotionsstipendium der Friedrich-Naumann-Stiftung für die Freiheit mit Mitteln des Bundesministeriums für Bildung und Forschung gefördert. Das Stipendium ermöglichte mir ein Höchstmaß an Freiheit, mich dem vorliegenden Thema zu widmen.

Der Druck der Arbeit wurde durch großzügige Druckkostenzuschüsse der Ludwig Sievers Stiftung und der Deutschen Gesellschaft für Kassenarztrecht e.V. ermöglicht. Hierfür danke ich herzlich.

Herrn Wilhelm Stach danke ich herzlich dafür, dass er die Last der Korrekturarbeiten übernommen hat und bereit war, seine Zeit für die Besprechung von Ver-

besserungsmöglichkeiten zu opfern. Hierdurch wurde eine Vielzahl sachlicher Mängel sowie sprachlicher Ungenauigkeiten und Schwurbeleien beseitigt.

Josephine Skrzypczak danke ich für ihre Bereitschaft, allerlei Rechtsfragen zu durchdenken und gefundene Ergebnisse auf die Probe zu stellen.

Meinen Eltern, Romy und Hans-Joachim Bauer, danke ich für die lebenslange liebevolle Förderung, insbesondere während des Studiums.

Anna und Valentin danke ich für all das Schöne in meinem Leben. Euch widme ich diese Arbeit.

Lüneburg, im Februar 2013

Stefan Bauer-Schade

Inhaltsverzeichnis

Einführung. Läutet dem Arzt in strukturschwachen Regionen das Totenglöckchen? . . .	25
--	----

Teil 1

Grundlagen	31
-------------------	----

1. Kapitel

Problemstellung	31
------------------------	----

2. Kapitel

Begriffsverständnis	34
----------------------------	----

A. Maßstäbe für eine flächendeckende vertragsärztliche Versorgung	35
I. Allgemeine Verhältniszahlen nach der Bedarfsplanungs-RL	36
II. Unterversorgung nach der Bedarfsplanungs-RL	38
B. Zwischenergebnis	40

3. Kapitel

Der Stand der Gesundheitsversorgung in Deutschland	41
---	----

A. Blick in die Statistik	41
I. Internationaler Befund	41
II. Deutscher Fokus	42
B. Interpretation der Zahlen	42
C. Versorgungsdefizite als regionales bzw. lokales Problem	43
I. Die aktuelle Versorgungssituation: nicht flächendeckend versorgte Regionen . . .	44
II. Ursachen für die nicht-flächendeckende vertragsärztliche Versorgung	46

4. Kapitel

Zusammenfassung	48
------------------------	----

Teil 2

Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und ihre Sicherstellung im geltenden Recht	50
--	-----------

1. Kapitel

Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung im Gesundheitsrecht	50
---	-----------

A. Textbefund: flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und vergleichbare Begriffe im SGB V	50
I. Der Begriff der flächendeckenden Gesundheitsversorgung im SGB V	51
1. Flächendeckende Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung, § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V	51
2. Flächendeckende Sicherstellung der integrierten Versorgung, § 140a Abs. 1 S. 2 SGB V	52
3. Flächendeckende Sicherstellung des Krankentransports, § 133 Abs. 1 S. 3 SGB V	54
4. Flächendeckung und Richtlinien zur Qualitätssicherung, § 137 Abs. 3 S. 3 SGB V	55
5. Flächendeckende zahnärztliche Gruppenprophylaxe, § 21 Abs. 1 S. 2 SGB V	56
6. Bedarfsplanung und flächendeckende Versorgung, § 101 Abs. 1 S. 6 SGB V	57
7. Zwischenergebnis	57
II. Vergleichbare Begriffe im SGB V	58
1. Bedarfsgerechte Versorgung, § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V	58
2. Gleichmäßige Versorgung, § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V	59
3. Ausreichende und zweckmäßige Versorgung, §§ 70 Abs. 1 S. 2, 72 Abs. 2 SGB V	60
a) Ausreichende Versorgung	60
b) Zweckmäßige Versorgung	61
4. Maß des Notwendigen, § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V	61
5. Zwischenergebnis	62
III. Bedarfsplanung, Unterversorgung und Maßnahmen zur Vermeidung bzw. Beseitigung von Unterversorgung	62
IV. Die Ziele der GKV gem. § 1 SGB V und flächendeckende Versorgung	63
V. Sachleistungsprinzip und flächendeckende Versorgung	64
VI. Soziale Rechte nach dem SGB I und flächendeckende Versorgung	64
VII. Die Begründung des Gesetzentwurfes der Bundesregierung zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz	65
B. Textbefund: flächendeckende Gesundheitsversorgung und vergleichbare Begriffe in der Ärzte-ZV und der Bedarfsplanungs-RL	65

I. Ärzte-ZV	66
II. Bedarfsplanungs-RL	67
C. Ergebnis	68

2. Kapitel

Flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und Grundgesetz	68
A. Objektiv-rechtliche Vorgaben des Grundgesetzes	68
I. Flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und Sozialstaatsprinzip	69
II. Flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und Gleichwertigkeit der Lebens- verhältnisse	70
B. Nicht-flächendeckende vertragsärztliche Versorgung und Grundrechte	72
I. Die Leistungs- und Teilhabefunktion der Grundrechte	73
1. Grundsatz: zurückhaltende leistungsrechtliche Interpretation	73
2. Ausnahmen: Existenzminimum und Recht auf Leben und körperliche Unver- sehrtheit (i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip)	75
a) Existenzminimum	75
b) Art. 2 Abs. 2 i. V. m. dem Sozialstaatsprinzip	79
II. Die abwehrrechtliche Grundrechtsdimension: Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Sozial- staatsprinzip	80
1. Nicht-flächendeckende Versorgung als Auflösung der Angemessenheit von Beitrag und Leistung?	81
2. Konsequenzen der Beseitigung des Angemessenheitszusammenhangs zwischen Beitrag und Leistung	84
III. Die Schutzpflichtdimension der Grundrechte	85
IV. Allgemeiner Gleichheitssatz, Art. 3 Abs. 1 GG	88
V. Zwischenergebnis	89
C. Zusammenfassung	90

3. Kapitel

Die Komposition der verschiedenen Regelungen mit Unterversorgung als Gegenstand	90
A. Unterversorgung im SGB V	91
B. Bedarfsplanungs-RL: Konkretisierung des Feststellungsverfahrens	95
C. Bundesmantelvertrag	97
D. Zusammenfassung	98

4. Kapitel

Die Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung	98
A. Die Wirkungsweise des Leistungserbringerrechts und die Akteure der Gesundheitsversorgung	99
I. Sachleistungs- und Dienstleistungsprinzip als Charakteristikum der Gesundheitsversorgung	99
II. Akteure und gesetzliche Aufgabenverteilung bzgl. der Gesundheitsversorgung	101
1. Die Hauptakteure: Krankenkassen und KV	101
a) Allgemeiner Sicherstellungsauftrag, § 72 Abs. 1 SGB V	101
b) Besonderer Sicherstellungsauftrag, § 75 Abs. 1 SGB V	102
c) Aufgaben der Krankenkassen und ihrer Verbände	105
d) Aufgaben der Kassenärztlichen (Bundes-)Vereinigung	106
2. Weitere Akteure	107
a) Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen	107
b) Zulassungsausschüsse	108
c) Gemeinsamer Bundesausschuss	108
III. Ergebnis	109
B. Die gesetzlichen Instrumente zur Sicherstellung der flächendeckenden Gesundheitsversorgung	110
I. Sicherstellung und freier Markt	111
II. Sicherstellungsinstrumente	115
1. Sicherstellungsinstrumente nach dem Vierten Kapitel, Achter Titel SGB V	116
a) Bedarfsplanung als Grundlage aller Sicherstellungsbemühungen	116
b) Maßnahmen der KV zur Abwendung bzw. Beseitigung der Unterversorgung	117
aa) Öffentlichkeit des Bedarfs – Die Ausschreibungspflicht gem. § 15 Ärzte-ZV	118
bb) Dienstleistungsfunktion der KV	118
cc) Finanzielle Anreize, § 105 Abs. 1 S. 1 SGB V	119
(1) Darlehen und Investitionszuschüsse	119
(2) Sicherstellungszuschläge	120
(3) Umsatzgarantien	120
(4) Sonstige finanzielle Anreize	123
dd) Sonstige Maßnahmen nach § 105 Abs. 1 S. 1 SGB V	125
ee) Betrieb von/Beteiligung an unmittelbar der ärztlichen Versorgung dienenden Einrichtungen, § 105 Abs. 1 S. 2 SGB V	125
ff) Kommunale Eigeneinrichtungen, § 105 Abs. 5. S. 1 SGB V	129
gg) Zusammenfassung	129

c) Anordnung von Zulassungsbeschränkungen, § 100 Abs. 2 SGB V, § 16 Ärzte-ZV	129
aa) Verfahren	131
bb) Verfassungsmäßigkeit von Zulassungssperren	131
(1) Prüfungsmaßstab – Berufsausübungs- oder Berufszulassungsregelung?	132
(2) Anwendung des Prüfungsmaßstabs auf Zulassungssperren	136
cc) Rechtmäßigkeit des § 16 Abs. 3, 4 Ärzte-ZV	139
(1) Darstellung des Problems	140
(2) § 104 Abs. 1 SGB V als Verordnungsvorbehalt?	142
(3) Verfassungsrechtliche Aspekte	143
(4) Einschränkung des § 104 Abs. 1 SGB V aus teleologischen und rechtslogischen Gründen	144
(5) Einschränkung der gefundenen Lösung durch die Rechtsprechung des BSG?	145
(6) Zwischenergebnis	147
d) Ausnahme von Zulassungsbeschränkungen im Fall vorheriger Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung in unterversorgten Planungsbereichen, § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 4 SGB V	147
2. Maßnahmen zur Sicherstellung außerhalb des Achten Titels des 4. Titels des SGB V	148
a) Aufhebung der Altersgrenzen	148
b) Beschränkung des Versorgungsauftrags	150
c) Zulassung von polnischen und ungarischen Ärzten, § 95 Abs. 2a S. 2 SGB V	151
aa) Hintergrund der Regelung	151
bb) Entzug der Zulassung gem. § 95 Abs. 6 SGB V nach Wegfall der Unterversorgung?	152
d) Ermächtigung von stationär tätigen Ärzten, § 116 SGB V, §§ 31 Abs. 1 lit. a, 31a Ärzte-ZV	153
aa) Unterversorgung als Gegenstand der § 116 SGB V, § 31a Ärzte-ZV? ..	153
bb) Anforderungen an die Ermächtigung	157
cc) Rechtsfolgen der Ermächtigung	158
dd) Ende der Ermächtigung	159
ee) Vorteile und Risiken der Ermächtigung bei Minderversorgung	159
e) Ermächtigung von Krankenhäusern, § 116a SGB V	161
aa) Inhalt und Rechtsfolge der Ermächtigung	161
bb) Rechtsanspruch auf Ermächtigung?	161
cc) Institutsermächtigung nur bei bestehender Unterversorgung?	164
f) Schwierigkeiten der Ermächtigung von Krankenhäusern	165

g) Errichtung von Eigeneinrichtungen der Krankenkassen, § 140 SGB V . . .	166
aa) Bestandseinrichtungen gem. § 140 Abs. 1 SGB V	167
bb) Neue Eigeneinrichtungen gem. § 140 Abs. 2 SGB V	167
cc) Zwischenergebnis	168
h) Vergütungsanreize	168
aa) Ausnahmen von Fallzahlenbegrenzungen gem. § 87b Abs. 3 S. 1 SGB V	169
bb) Vergütungsanreize gem. § 87 Abs. 2e SGB V a.F.	170
(1) Überblick über die Regelung	170
(2) Die Bedeutung der Orientierungswerte und des EBM für die Vergütung der Vertragsärzte	171
(3) Die Überprüfungspflichten gem. § 87 Abs. 7 SGB V a.F.	172
(4) Bewertung der Vergütungsanreize	173
cc) Vergütungsanreize nach § 87a Abs. 2 S. 3 SGB V	177
i) Kooperations- und Niederlassungsmodelle als Sicherstellungsinstrumente	177
aa) MVZ gem. § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V	178
bb) Gemeinschaftspraxen	180
(1) Organisationsgemeinschaft	180
(2) Berufsausübungsgemeinschaft	181
cc) Zweigpraxen	182
(1) Keine Beeinträchtigung der Versicherten am Vertragsarztsitz	183
(2) Anfechtungsbefugnis der Konkurrenten	186
(3) Auswirkungen auf die Unterversorgung	186
dd) Ausnahme von der Residenzpflicht gem. § 24 Abs. 2 S. 3 Ärzte- ZV a.F.	188
ee) Keine Verlegung des Vertragsarztsitzes gem. § 24 Abs. 7 Ärzte-ZV . .	188
ff) Nebentätigkeiten von Vertragsärzten	189
j) Die Abschmelzung des Arztvorbehaltes als Sicherstellungsinstrument . . .	190
aa) Der Arztvorbehalt	190
bb) Die Reduzierung persönlicher ärztlicher Aufgaben im geltenden Recht	191
cc) Praktische Ausgestaltung und Auswirkungen auf die Versorgung	193
C. Übergang des Sicherstellungsauftrags auf die Krankenkassen bei Fehlschlägen der Sicherstellungsbemühungen?	194
I. Übergang des Sicherstellungsauftrags auf die Krankenkassen gem. § 72a SGB V	195
II. Übergang des Sicherstellungsauftrags auf die Krankenkassen bei Unterversor- gung?	195
D. Zusammenfassung	197

5. Kapitel

Systematisierung der Sicherstellungsinstrumente	197
A. Kategorisierung der Sicherstellungsinstrumente	197
I. Kategorisierung nach den Adressaten der Sicherstellungsinstrumente	198
1. Der Vertragsarzt als Adressat	198
2. Die KV als Adressat	198
3. Die Krankenkassen als Adressaten	199
4. Der Landesausschuss als Adressat	199
5. Der Zulassungsausschuss als Adressat	200
6. Der Bewertungsausschuss als Adressat	201
7. Die Ärztekammern als Adressaten	201
II. Kategorisierung nach dem Inhalt der Sicherstellungsinstrumente	201
1. Steigerung der Attraktivität der vertragsärztlichen Versorgung	201
a) Attraktivitätssteigerung durch finanzielle Anreize	201
b) Attraktivitätssteigerung durch Teilzeittätigkeit	202
c) Kooperations-, Anstellungs- und Niederlassungsmöglichkeiten	202
2. Versorgung durch nicht-freiberufliche Ärzte – Ausweitung der Leistungserbringer	203
3. Zugangsbeschränkungen	203
B. Sicherstellungsinstrumente als Steuerung	204
I. Recht und Steuerung	204
1. Das Steuerungspotenzial des (Gesundheits-)Rechts	205
2. Die Fruchtbarkeit der sog. Steuerungswissenschaft für die Interpretation der bestehenden Sicherstellungsinstrumente	209
3. Steuerungsbegriff	210
a) Sozialwissenschaftlicher Steuerungsbegriff nach Mayntz	211
b) Sicherstellungsinstrumente als Wirtschaftslenkung	211
c) Sicherstellungsinstrumente als Regulierung	212
d) Fazit: der hier zugrunde gelegte Steuerungsbegriff	215
II. Ziele der Steuerung im Gesundheitswesen	216
III. Sicherstellungsinstrumente und Steuerung – Systematisierung anhand des öffentlichen Wirtschaftsrechts	217
1. Direkte Verhaltenssteuerung	218
a) Marktzugangskontrolle	219
aa) Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung	219
bb) Ermächtigung	220
cc) Sperrung von Zulassungsbereichen gem. § 100 Abs. 2 SGB V	221
dd) Delegation ärztlicher Leistungen	221

b) Direkte Steuerung des Marktverhaltens	222
2. Indirekte Verhaltenssteuerung	222
3. Unspezifische Instrumente	223
4. Zwischenergebnis	223
IV. Schwierigkeiten und Auswirkungen der Wirtschaftslenkung im Gesundheitswesen	224
1. Externe Steuerung durch „Beifahrer“	224
2. Existenzielle Bedeutung der Gesundheitsversorgung und Grundrechte der Betroffenen	224
3. Wirtschaftslenkung und das Leitbild des freien Berufs	225
a) Finanzielle Anreize und gemäßigtes Gewinnstreben	226
b) Freiberuflichkeit und Öffnung der ambulanten Versorgung der Versicherten für angestellte Ärzte	228
4. Zentrales Problem: systemexterne Ursachen, systeminterne Lösungen	229

6. Kapitel

Zusammenfassung	232
------------------------	-----

Teil 3

Instrumente zur Sicherstellung der flächendeckenden vertragsärztlichen Versorgung de lege ferenda	233
--	-----

1. Kapitel

Diskutierte Maßnahmen innerhalb des bestehenden Systems	234
A. Marktzugangsregelungen	234
I. Änderung der Rahmenbedingungen für die Zulassung zum Medizinstudium ...	234
1. Aufhebung des Numerus Clausus	235
2. Ausweitung der Universitätskapazitäten	236
3. Einführung einer sog. „Vorabquote“	237
a) Funktionsweise der „Vorabquote“	237
b) Bindung der Studierenden an die Voraussetzungen der „Vorabquote“? ...	237
aa) Probleme der Bindung an die Zusage	238
bb) Mildere Maßnahmen zur Durchsetzung der verfolgten Ziele	238
4. Weitere Reformvorschläge im Bereich des Medizinstudiums	240
II. Abbau von Überversorgung	240
1. Rechtliche Probleme des Abbaus von Überversorgung	240
2. Finanzierung des Ankaufs	241

a) Querfinanzierung durch einen allgemeinen Topf der KV?	241
b) Gründe gegen eine Querfinanzierung	242
III. Zuweisung unterversorgter Planungsbereiche	242
1. Grundrechtspositionen des Arztes	243
2. Wettbewerb des ambulanten Sektors mit Forschung, Ausland und stationärem Sektor	245
3. Hohe Fluktuation der Ärzte	246
IV. Erhöhung der Anzahl der Leistungserbringer	246
1. Anwerben ausländischer Ärzte	246
2. Delegation/Substitution ärztlicher Aufgaben unter gleichzeitiger „Hochzonung“ der Ausbildungsanforderungen	247
B. Direkte Marktverhaltenskontrolle: Zweig-, Gemeinschafts- und Filialpraxen, mobile Arztpraxen, Rotation und Telemedizin, Arbeitszeiten	250
I. Zweigpraxen	251
1. Beitrag zur Ärztekammer	251
2. Teilnahme an Notdiensten	252
II. Gemeinschaftspraxen und Rotation	253
1. Ärztegemeinschaft in einer Praxis	253
2. Rotation in Kooperationspraxen	254
III. Vernetzte Versorgungspraxen (mit Telemedizin)	255
1. Verbot der ausschließlichen Fernbehandlung durch das Berufsrecht	256
2. Arzthaftung bei fehlerhafter Diagnose durch Einsatz von Telemedizin	257
a) Sorgfaltsmaßstab im Arzthaftungsrecht	257
b) Abgesenkter Sorgfaltsstandard bei Unterversorgung?	258
3. Datensicherheit und Datenschutz	259
a) Datenübermittlung und Schweigepflicht	260
b) Sicherheit und Schutz der Daten	260
4. Vergütung telemedizinisch erbrachter Leistungen	262
5. Kosten für die Einrichtung eines Telemedizin-Netzwerks	262
IV. Mobile Arztpraxen	263
C. Indirekte Verhaltenssteuerung: Anreize und Attraktivitätssteigerungen	264
I. Verbesserte Positionierung der Allgemeinmedizin im Medizinstudium	264
II. Finanzielle Anreize im Rahmen der Ausbildung	265
III. Bessere Vergütung der „Problemärzte“	266
D. Sonstige Instrumente: Fahrdienste	268
E. Finanzierung	269
F. Zusammenfassung	270

2. Kapitel

**Mögliche Sicherstellungsinstrumente
bei einem Systemwandel**

	271
A. Öffentlicher Gesundheitsdienst in langfristig irregulär versorgten Gebieten	271
I. Öffentlicher Gesundheitsdienst	271
II. Rechte der verbliebenen Vertragsärzte	273
III. Finanzierung	274
B. Übergang des Sicherstellungsauftrags auf die Krankenkassen	274
I. Vergleichbarkeit der Ausgangslagen	274
II. Inhalt des § 72a SGB V	275
III. Sachgerechtigkeit der Ausweitung des § 72a SGB V auf die irreguläre Versorgung	276

3. Kapitel

Sicherstellungsinstrumente in Österreich

	277
A. Der status quo der Gesundheitsversorgung in Österreich	278
B. Die vertragsärztliche Versorgung in Österreich im Überblick	280
I. Die verschiedenen Regelungsebenen des österreichischen Gesundheitssystems	280
II. Die Einbeziehung der Ärzte in die Gesetzliche Krankenversicherung	283
III. Gegenstände der Gesamtverträge gem. § 338 Abs. 1 ASVG	284
1. Stellenplanung als Vorgabe für die optimale vertragsärztliche Versorgung	284
2. Die Auswahl des Vertragsarztes durch den Hauptverband	285
3. Sonstige Regelungen der vertragsärztlichen Tätigkeit	288
C. Sicherstellungsinstrumente	290
I. Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung als Ziel des Gesundheitsrechts	290
II. Sicherstellungsinstrumente nach dem Gesamtvertrag und dem ÄrzteG	291
III. Honorarregelungen	292
IV. Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung durch Planstellenbewirtschaftung	293
V. Das Selektivvertragssystem als Schlüssel für eine bedarfsgerechte Verteilung der Ärzte	295
D. Anwendbarkeit auf das deutsche System	297
I. Neuregelung der Bedarfsplanung in Deutschland?	297
II. Abschied vom Anspruch auf Zulassung?	300
E. Zusammenfassung	302

4. Kapitel

Fazit

303

Teil 4

Reformvorschläge	305
A. Ausweitung der Leistungserbringer	305
B. Abbau und Verhinderung von Überversorgung	305
C. Flexibilisierung des Berufsrechts	306
D. Finanzielle Anreize	306
E. Errichtung eines öffentlichen Gesundheitsdienstes	307
F. Finanzierungsregelungen	307
 Literaturverzeichnis	 308
Verzeichnis der verwendeten Internetquellen	328
Sachwortverzeichnis	331

Abkürzungsverzeichnis

A&R	Arzneimittel und Recht
a. A.	anderer Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
abgedr.	abgedruckt
ABl	Amtsblatt
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
ABSF	Ausführungsbestimmungen zur Verwendung der Mittel aus dem Sicherstellungsfonds (Brandenburg)
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
ÄK	Ärztekammer
allg.	allgemein
Alt.	Alternative
amtl.	amtlich
Änd.	Änderung
ÄndG	Änderungsgesetz
Anh.	Anhang
Anl.	Anlage
Anm.	Anmerkung
AOK	Allgemeine Ortskrankenkasse
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ApoGÖ	Apothekengesetz (Österreich)
Art.	Artikel
ÄrzteG	Bundesgesetz über die Ausübung des ärztlichen Berufes und die Standsvertretung der Ärzte (Österreich)
Ärzte-ZV	Zulassungsverordnung für Vertragsärzte
ArztR	Arztrecht
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz (Österreich)
Aufl.	Auflage
ausf.	ausführlich
Az	Aktenzeichen
BÄK	Bundesärztekammer
BÄO	Bundesärzteordnung
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Beck-OK	Beck'scher Online-Kommentar
Bedarfsplanungs-RL	Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung

Begr.	Begründung
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMV	Bundemantelvertrag
BR	Bundesrat
BR-Drs.	Drucksachen des Bundesrats
BSG	Bundessozialgericht
BSGE	Amtliche Entscheidungssammlung des Bundessozialgerichts
Bsp.	Beispiel
bspw.	beispielsweise
BT	Bundestag
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
BVerwGE	Bundesverwaltungsgerichtsentscheidung
bzgl.	bezüglich
bzw.	Beziehungsweise
ca.	circa
d. h.	das heißt
DÄBl	Deutsches Ärzteblatt
DÄBl Int	Deutsches Ärzteblatt International
dass.	dasselbe
DDR	Deutsche Demokratische Republik
ders.	derselbe
dies.	dieselbe, dieselben
Diss.	Dissertation
DMW	Deutsche Medizinische Wochenschrift
DOK	Die Ortskrankenkasse
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DRdA	Das Recht der Arbeit (Österreich)
Drucks.	Drucksache
DuD	Datenschutz und Datensicherheit
DVBt.	Deutsches Verwaltungsblatt
e. V.	eingetragener Verein
ebd.	ebenda
EBM	Einheitlicher Bewertungsmaßstab
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
EG	1) Europäische Gemeinschaften 2) Einführungsgesetz
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 (in der Fassung des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992)
einschl.	einschließlich
endg.	endgültig
Entsch.	Entscheidung
entspr.	entsprechend
Entw.	Entwurf

Erg.	Ergänzung
Erl.	Erläuterung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EuGH Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften
EUV	Vertrag über eine Europäische Union
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende, -r, -s; für
FAS	Frankfurter Allgemeine Sonntagszeitung
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
ff.	folgende
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
G+G	Gesundheit + Gesellschaft
GBI.	Gesetzblatt
gegr.	gegründet
gem.	gemäß; gemeinsam
GesR	Gesundheitsrecht
GewArch	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GGW	Gesundheit + Gesellschaft Wissenschaft
GKV	Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-GMG	Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung
GKV-OrgWG	Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
GKV-VStG	Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung
GKV-WSG	Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
gpk	gesellschaftspolitische kommentare
grds.	Grundsätzlich
GVBl	Gesetz- und Verordnungsblatt
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
HeilBerG	Heilberufegesetz
Hinw.	Hinweis
HKaG	Heilberufe-Kammergesetz (Bayern)
HKG	Kammergesetz für die Heilberufe (Niedersachsen)
Hrsg.	Herausgeber
HS.	Halbsatz
HStR	Handbuch des Staatsrechts (Band)
i. d. F.	in der Fassung
i. d. R.	in der Regel

i. d. S.	in diesem Sinn
i. E.	im Einzelnen
i. E.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinne
i. S.	im Sinne
i. Ü.	im Übrigen
i. V. m.	in Verbindung mit
i. w. S.	im weiteren Sinne
insb.	insbesondere
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
jur.	juristisch
JURA	Juristische Ausbildung
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KBV	Kassenärztliche Bundesvereinigung
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Eingegangene Dokumente und Veröffentlichungen
KrankenhausFinG	Krankenhausfinanzierungsgesetz
krit.	kritisch
KV	Kassenärztliche Vereinigung(en)
lfd.	laufend
Lfg.	Lieferung
LG	Landgericht
Lit.	Literatur
lit.	littera (Buchstabe)
LS	Leitsatz
LSG	Landessozialgericht
m. E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
MBO	(Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte
MedR	Medizinrecht
Mio.	Million(en)
MPIfG	Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung
Mrd.	Milliard(en)
mtl.	monatlich
Mv.	Mecklenburg-Vorpommern; Mecklenburg-Vorpommersch
MVZ	Medizinisches Versorgungszentrum
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
o. a.	oder anderes
o. ä.	oder ähnliches
ÖÄK	Österreichische Ärztekammer
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
öffentl.	öffentlich

OGH	Oberster Gerichtshof (Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PartGG	Partnerschaftsgesellschaftsgesetz
PVS	Politische Vierteljahresschrift
qkm	Quadratkilometer
RDG	Rechtsdepesche für das Gesundheitswesen
Reihungskriterien-VO	Reihungskriterien-Verordnung (Österreich)
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite; Satz
s.	siehe
s. a.	siehe auch
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
SDSRV	Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes e. V.
SG	Sozialgericht
SGb	Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB I	Sozialgesetzbuch (SGB) Erstes Buch (I) – Allgemeiner Teil
SGB V	Sozialgesetzbuch (SGB) Fünftes Buch (V) – Gesetzliche Krankenversicherung
Slg.	Sammlung
sog.	so genannte (r, s)
SozR	Sozialrecht (Folge), Entscheidungssammlung
Sp.	Spalte
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
StGB	Strafgesetzbuch
str.	streitig
SVA	Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft (Österreich)
u. a.	und andere; und anderes; unter anderem; unter anderen
u. ä.	und ähnliches
u. ö.	und öfter
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
v.	vom; von; vor; versus
v. a.	vor allem
v. H.	von Hundert
VAEB	Versicherungsanstalt für Eisenbahn und Bergbau (Österreich)
VÄndG	Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze
Var.	Variante
VDStRL	Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
Verf.	Verfassung
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VersR	Versicherungsrecht
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof

vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VSSR	Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
weit. Nachw.	weitere Nachweise
WHO	World Health Organisation
WRV	Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919 (Weimarer Reichsverfassung)
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
z. Zt.	zur Zeit
zahlr.	zahlreich
ZESAR	Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZG	Zeitschrift für Gesetzgebung
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft
Ziff.	Ziffer
ZMGR	Zeitschrift für das gesamte Medizin- und Gesundheitsrecht
ZParl	Zeitschrift für Parlamentsfragen
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
zul.	zuletzt
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

*„Der (...) Staat lebt von Voraussetzungen,
die er selbst nicht garantieren kann.“*

Ernst-Wolfgang Böckenförde¹

Einführung

Läutet dem Arzt in strukturschwachen Regionen das Totenglöckchen?

Der Landarzt ist eine Figur von epischer Bedeutung.² Gustave Flaubert hat ihm in „Madame Bovary“ ein zweifelhaftes Denkmal gesetzt.³ Von überschaubaren ärztlichen Fähigkeiten und geringer Durchsetzungsstärke ist Charles Bovary der Inbegriff des Mittelmäßes und zugleich Abbild des ländlichen Stumpfsinns. Bovarys Ehefrau Emma verstrickt sich in Romanzen, um ihrer Ehe zu entfliehen, bevor sie schließlich zum Giftfläschchen greift.

Auch Franz Kafka hat sich dem Landarzt gewidmet.⁴ Er zeichnet einen engagierten, doch vor vielfältige Schwierigkeiten des ländlichen Alltags gestellten Mann, der sich aufgrund der gegebenen Umstände als „zwecklos“ wahrnimmt, unnötig von seinen Patienten beansprucht wird, zu denen er keine Beziehung aufbauen kann und deren unerfüllbare Erwartungen er beklagt.

Der Landarzt und sein Wirken wird in der Literatur – im Gegensatz zu seiner medialen Romantisierung in vielen Groschenromanen und Vorabendserien – also in recht düsteren Farben gemalt, sein Umfeld unvorteilhaft und trist dargestellt. Dem scheint sich die reale Situation insbesondere in strukturschwachen Gebieten teilweise anzunähern, die diese Arbeit vornehmlich (aber nicht ausschließlich) in den Blick nimmt.

Der Landarzt ist nicht alleiniger Betrachtungsgegenstand dieser Arbeit. Vielmehr geht es um unterversorgte und von Unterversorgung bedrohte Regionen, die häufig strukturschwach sind, aber nicht zwingend ein ländliches Gepräge haben (auch wenn dies häufig der Fall ist). Auch größere Städte, sogar Großstädte sind betroffen oder drohen von einer Mangelversorgung betroffen zu werden. Der Begriff des Landarztes ist deshalb zwar griffig, greift dabei aber zu kurz.

Die wohnortnahe flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit Gesundheitsleistungen ist ein Zustand, der bis in die jüngste Zeit nicht anders vorstellbar schien. Dies hat sich geändert, obwohl so viele Ärzte praktizieren wie nie zuvor.

¹ Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, S. 92 (112).

² Einen kurzen, pointierten Überblick gibt Hank, FAS vom 11.04.2010, S. 37.

³ Flaubert, Madame Bovary.

⁴ Kafka, Die Erzählungen, S. 253.

Das Problemfeld der defizitären Versorgung wurde zuerst von den Standesvertretern der Akteure im Gesundheitssystem thematisiert und hat nach und nach auch die Politik erreicht.⁵ So wurde das Thema des Ärztemangels in strukturschwachen Gebieten im April 2010 öffentlichkeitswirksam auf die Tagesordnung der Politik und Medien gesetzt, bevor es den üblichen Verlauf abnehmender medialer Aufmerksamkeit genommen hat und schließlich keiner größeren Beachtung mehr wert schien.⁶

In der Rechtswissenschaft hingegen wird das Problem bislang eher stiefmütterlich behandelt, sie beschäftigt sich mit speziellen Fragen, etwa des Haftungsrechts. So sind bislang keine nennenswerten Beiträge über nicht-flächendeckende Gesundheitsversorgung zu verzeichnen, von Ausführungen in der Kommentarliteratur zum SGB V und zur Ärzte-ZV (insbesondere zu den Vorschriften zur Bekämpfung von Unterversorgung) einmal abgesehen.⁷ Die Rechtswissenschaft hat sich dieses drängenden Problems also bisher nicht mit einem angemessenen Aufwand angenommen. Das Ziel dieser Untersuchung ist es, diese Lücke zu schließen. Dabei soll herausgearbeitet werden, dass und inwieweit die nicht-flächendeckende Gesundheitsversorgung ein – zu behebendes – Rechtsproblem darstellt. Die Überlegungen werden sich auf die vertragsärztliche Versorgung beschränken, da hier die dringendsten Probleme entstehen.

Dabei wird zu zeigen sein, dass die Ursachen einer unbefriedigenden vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten kaum mit den Mitteln des Gesundheits-, Berufs- und Sozialrechts zu beheben sind, da diese Ursachen hauptsächlich auf einer komplett anderen Ebene liegen. Dem demographischen und strukturellen Wandel in bestimmten Regionen, die deshalb geringe Anziehungskraft auf Ärzte ausstrahlen, kann nur im begrenzten Rahmen durch gesundheits- sozial- und berufsrechtliche Instrumente begegnet werden. Die vertragsärztliche Versorgung lässt sich gleichsam als Spiegel der Attraktivität einer Region begreifen, deren Steigerung Aufgabe der Raumplanung und der Kommunen ist. Das Gesundheitsrecht kann nur innerhalb seines eigenen Systems auf diese Herausforderungen reagieren, ohne an die Ursachen der mangelnden Attraktivität einer Region reichen zu können. Dennoch: Sicherstellungsinstrumente sind erforderlich, um wenigstens im geringen Rahmen Erfolge bewirken zu können und den Mangel so

⁵ Vgl. BT-Drucks. 15/3581: Die flächendeckende ambulante hausärztliche Versorgung sichern; Wachstum. Bildung. Zusammenhalt. Koalitionsvertrag von CDU, CSU und FDP (2009), S. 88 f.

⁶ Angestoßen wurde die Diskussion vom Bundesgesundheitsminister der 17. Bundestags-Legislaturperiode, Rösler, in einem Interview mit der FAS vom 04.04.2010, S. 33.

⁷ Hingewiesen sei jedoch auf folgende Monographie, die jedoch nicht mehr für die Veröffentlichung der vorliegenden Arbeit berücksichtigt werden konnte: *Kühl*, Sicherstellung ambulanter medizinischer Versorgung in ländlichen Regionen, Baden Baden 2012.

⁸ Zum Begriff des Gesundheitsrechts vgl. *Hart*, MedR 2000, 1, der das Gesundheitsrecht weit versteht und als das Rechtssystem bezeichnet, „das die individuelle und systemische Versorgung der Bürger mit Gesundheitsgütern und -dienstleistungen regelt.“

gut wie möglich einzuhegen. Für Regionen, deren Attraktivität etwa infolge einer sehr dünnen Besiedlung so gering ist, dass sich dort mit hoher Wahrscheinlichkeit kein Vertragsarzt mehr niederlassen wird, sind Instrumente zu entwickeln, die mit dem Mangel umgehen und seine Wirkungen dämpfen. Es sind jedoch systemübergreifende Diskussionen und Lösungen erforderlich, um die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen. Die Attraktivität einer Region zu steigern ist zentrale Aufgabe der Raumplanung und Wirtschaftspolitik. Dem kann sich die Arbeit nicht widmen, sie beschränkt sich auf den Bereich des Gesundheitsrechts und versucht, dessen Mechanismen und Auswirkungen darzustellen, jedoch in dem Bewusstsein, dass das Gesundheitsrecht nur ergänzend wirken kann und nur beschränkte Effekte auf die Niederlassungsentscheidung der Ärzte hat. Das liegt auch an der Ausgestaltung des Sozialrechts, das auf einen privaten Leistungserbringerstand zurückgreift, um öffentliche Aufgaben zu erfüllen, ohne dass Weisungsrechte oder „harte“ Befugnisse bestehen, um die Niederlassung in einer bestimmten Region zu erzwingen. Das bekannte und eingangs zitierte Böckenförde-Diktum,⁹ das die Schwierigkeiten freiheitlicher, säkularisierter Staaten beschreibt, die Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenhalts sowie die soziale Regulierung individueller Freiheit zu verankern und somit auch ihre eigene Existenz zu sichern, ist deshalb in abgewandelter Form auch auf den Sozialstaat anwendbar. Auch die Bereitstellung sozialer Leistungen hat die Grundrechte der Leistungserbringer zu achten, vor allem, wenn sich der soziale Staat dafür entscheidet, die Leistungen durch Private zu erbringen. Auf diese Leistungserbringer hat der Staat nur einen begrenzten Zugriff, die Ziele des Gesetzgebers laufen deshalb schon aus diesem Grund Gefahr, nicht verwirklicht zu werden. Zudem machen es das Recht und die Praxis der Bedarfsplanung den Ärzten leicht, sich nicht in einer unterversorgten Region niederzulassen, da die vorhandenen Sanktionsmaßnahmen spät eingreifen und zudem einer Überversorgung von Planungsbereichen nicht entschieden genug begegnet wird. Deshalb lebt der Sozialstaat in seiner derzeitigen Ausprägung von der Bereitschaft der Vertragsärzte, sich auch in unattraktiven, strukturschwachen Regionen niederzulassen, wobei er diese Bereitschaft nicht erzwingen kann, ohne seine Freiheitlichkeit aufzugeben. Der soziale Leistungsstaat bewegt sich im Spannungsfeld von Grundrechtsgewährleistung in Bezug auf die Versicherten und Grundrechtswahrung hinsichtlich der privaten Leistungserbringer.

Ausdruck des derzeitigen Systems ist die nicht bedarfsgerechte Verteilung der Vertragsärzte: ihre Konzentration in attraktiven Regionen einerseits, ihr Mangel in strukturschwachen und/oder unattraktiven Regionen andererseits.

Diese erste, grobe Problembeschreibung wird im ersten Teil der Arbeit verfeinert, auch unter Rückgriff auf öffentlich zugängliche empirische Erkenntnisse. Zudem werden eine Arbeitsdefinition für den Begriff der flächendeckenden ver-

⁹ Zum Böckenförde-Diktum *Dirsch*, ZfP 2009, 123 ff.; *Schröder*, JZ 2010, 869 ff.