

Speyerer Schriften zu Gesundheitspolitik und Gesundheitsrecht

Herausgegeben von Rainer Pitschas

5

Rainer Pitschas

Vertragswettbewerb in der ambulanten Gesundheitsversorgung

Zu den tatsächlichen und rechtlichen Grenzen
hausarztzentrierter Versorgung durch Selektivverträge
gemäß § 73 b Abs. 4 und 4 a SGB V



PETER LANG

Internationaler Verlag der Wissenschaften

Einführung: Zur aktuellen Diskussion um die hausarztzentrierte Versorgung

I. Die hausarztzentrierte Versorgung als eigenständiges Versorgungsmodell der ambulanten vertragsärztlichen Leistungserbringung

Nach § 73b Abs. 1 SGB V haben die (gesetzlichen) Krankenkassen ihren Versicherten eine *besondere* hausärztliche Versorgung („hausarztzentrierte Versorgung“) anzubieten. Die hausärztliche Versorgung ist bereits durch das Gesundheitsmodernisierungsgesetz (GMG) zum 1. Januar 2004 als eigenständiges Versorgungsmodell vom Gesetzgeber eingeführt worden.¹ Seine eigentliche praktische Bedeutung hat es jedoch erst durch das vielgescholtene „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG)“² entfaltet, das zum 1. April 2007 in Kraft trat und allgemein den Vertragswettbewerb um Versicherte, Leistungen, Preise und Qualität in der gesetzlichen Krankenversicherung erweiterte sowie stärkte.³ Das Gesetz sah hierfür in § 73b SGB V a. F. ein neu durchgestaltetes *Hausarztmodell* vor, in das eine Ausschreibungspflicht für die Krankenkassen unter Gewährleistung enger Vertragsspielräume integriert wurde.

Mit diesem Regelwerk öffnete der Gesetzgeber die hauszentrierte Versorgung erstmals Einzelverträgen, denen zugleich eine selektive Wirkung durch die Möglichkeit zur Auswahl bestimmter Vertragspartner unter den ärztlichen Leistungserbringern innewohnte. Gleichzeitig sah sich der Grundsatz aufgeben, dass die „Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung mit besonders qualifizierten Hausärzten“ (§ 73b Abs. 2 SGB V i. d. F. des GMG) in den Gesamtverträgen auszuformen ist. In der Folge dessen waren bereits Mitte des Jahres 2007 bundesweit 40 separate Hausarztverträge bekannt, von denen 88 % eine Beschränkung auf eine bestimmte Region aufwiesen und 60 % unter Beteiligung einer Kassenärztlichen Vereinigung (KV) geschlossen worden waren.⁴

1 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) v. 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190); hierzu u. a. *Muckel/Hiddemann*, Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung, NJW 2004, 7 ff.

2 Vom 26.03.2007 (BGBl. I; S. 378); dazu u. a. *Bitter*, GesR 2007; *Pfeiffer*, ZMGR 2007, 119.

3 *Pitschas*, Verfassungs- und sozialrechtliche Bewertung der Regelungen des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes, in: Ders. (Hrsg.), Gesetzliche Krankenversicherung und Wettbewerb, Frankfurt a. M. 2008, S. 109 ff.

4 Vgl. die Angaben bei *Walter*, Neue gesetzgeberische Akzente in der hausarztzentrierten Versorgung, NZS 2009, 307 ff. m. Anm. 8.

II. Regulative Steuerungsverantwortung des Hausarztes

Die Idee, einen *Wettbewerb um die besseren ambulanten Versorgungsangebote und höhere Versorgungseffizienz* zu entwickeln, damit aber auch eine regulative Steuerungsverantwortung des Hausarztes als „Lotsen“ durch das Versorgungsgeschehen nicht zuletzt aus Wirtschaftlichkeitsgründen zu verbinden⁵, scheint zunächst zu überzeugen. Denn kaum jemand bezweifelt heute noch, dass der Einbau sozialpolitisch flankierter Wettbewerbselemente in die GKV stimulierende Impulse für Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung freisetzt. So wurde vor allem der Wettbewerb um eine qualitativ hochwertige und effiziente medizinische Versorgung mit dem GKV-WSG auf allen Ebenen deutlich intensiviert. Neben den besonderen Versorgungsverträgen, die von der kollektivvertraglichen Versorgung abweichen oder darüber hinausgehen, ist die integrierte Versorgung zu nennen, die sowohl eine interdisziplinäre als auch eine sektorenübergreifende Kooperation vorsehen darf.

Die Möglichkeit der Kooperation und Verzahnung über Versicherungszweige hinweg ist zugleich auf Pflegeleistungen ausgedehnt worden. Jeweils dürfen besondere Versorgungsverträge mit Ärzten, Gruppen von Ärzten und Managementgesellschaften geschlossen werden. Krankenkassen dürfen für die Inanspruchnahme bestimmter Leistungen besondere Tarife anbieten, wenn und soweit die Versicherten ein vertraglich vereinbartes Netz von Leistungserbringern in Anspruch nehmen. Eigenverantwortung und Solidarität ergänzen sich auf diese Weise wechselseitig.⁶

Überhaupt ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass die GKV den Versicherten Leistungen nur nach Maßgabe eines allgemeinen Leistungskatalogs (§ 11 SGB V) unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 SGB V) zur Verfügung stellt, soweit diese Leistungen nicht der Eigenverantwortung des Versicherten zugerechnet werden.⁷ Dabei darf der Leistungskatalog der GKV auch von finanzwirtschaftlichen Erwägungen mitbestimmt werden⁸; gerade der Kostenaspekt hat für gesetzgeberische Entscheidungen aus verfassungssprinzipieller Perspektive ein erhebliches Gewicht. Die gesetzlichen Krankenkassen sind von Verfassungen wegen auch nicht gehalten, alles das zu leisten, was an

5 So bereits die Intention des GMG (Fn. 1), vgl. Becker/Kingreen/Huster, SGB V, Kommentar, München 2008, § 73 b Rn. 1; siehe ferner aus den Materialien zum GKV-WSG (Fn. 2) BT-Drs. 16/3100, S. 112: „Steuerungsverantwortung“.

6 Pitschas, Die Zukunft der sozialen Sicherungssysteme, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 64 (2005), S. 109 (111 ff.).

7 Vgl. BVerfGE 115, 25 (45); Becker, Das Recht auf Gesundheitsleistungen, FS U. Steiner, Stuttgart 2009, S. 51 (67 ff.).

8 BVerfGE 68, 193 (218); 70, 1 (26, 30); 103, 172 (184); 115, 25 (46); BSG, SozR 4 – 2500 § 62 Nr. 6 RdNr. 14 m. w. Nachw.

Mitteln zur Erhaltung und Wiederherstellung der Gesundheit verfügbar ist. Freilich sind hier engste Grenzen zu beachten.⁹

Offen ist allerdings die Frage, ob dies auch gilt, wenn die besondere hausarztzentrierte Versorgung nach § 73b SGB V in der nunmehr geltenden Fassung jenseits expliziter rechtlicher Sonderregelungen im Gesetz aus dem Grundkonzept der GKV heraus fällt. Ich möchte das verneinen. Immer dann, wenn es an gesetzlichen Maßgaben für die hausarztzentrierte Versorgung fehlt, findet das allgemeine Vertragsarztrecht wieder Anwendung (vgl. § 73b Abs. 5 S. 4 SGB V). Verantwortlich für diese *Auffangfunktion* zeichnet nicht zuletzt der Normalcharakter der das allgemeine Recht des SGB V konkretisierenden kollektivvertraglichen Abreden.

III. Vorrang der Hausarztverbände bei der hausarztzentrierten Versorgung: Vertragsärztliche Versorgung am Scheideweg

Anlass für diese „Nachfrage“ gibt u. a. die vom Gesetzgeber zu Beginn des Jahres 2009 getroffene Vorrangentscheidung zur Sicherstellung ambulanter ärztlicher Versorgung durch legislatorisch bestimmte Hausarztverbände. Die „innere Logik“ der Entwicklung des Wettbewerbs als Steuerungsprinzip der ambulanten ärztlichen Leistungserbringung hat dadurch Schaden genommen; der Gesetzgeber hat mit der partiellen Herausnahme der *Kassenärztlichen Vereinigungen* (KV'en) aus dem Kreis der Vertragspartner der konsequenten weiteren wettbewerblichen Ausformung der ärztlichen Versorgung Einhalt geboten. Das „Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung – OrgWG“¹⁰, das am 1. Januar 2009 in Kraft trat, sieht nämlich in § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V n. F. vor, dass „zur flächendeckenden Sicherstellung“ der besonderen hausärztlichen Versorgung („hausarztzentrierte Versorgung“) die Krankenkassen „allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen spätestens bis zum 30.06.2009 Verträge mit Gemeinschaften zu schließen (haben), die mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten“.

Diese Vorrangstellung der durch das Gesetz solchermaßen privilegierten Hausarztverbände wird noch durch die Regelung unterstrichen, im Falle fehlender Einigung mit den Krankenkassen gem. § 73b Abs. 4 S. 2 i. V. m. § 73b Abs. 4a SGB V n. F. ein spezifisches „Schiedsverfahren“ zu beantragen, in dessen Folge eine „Schiedsperson“ bestimmt wird, in deren Dafürhalten es dann liegen soll, „den Inhalt des Vertrages“ zur hausärztlichen Versorgung festzulegen. Offenkundig hat damit der Gesetzgeber in den KV-Regionen, in denen die Hausarzt-

9 Vgl. BVerfGE 115, 25 (46); BSGE 96, 153 (158).

10 Vom 15.12.2008 (BGBl. I, S. 2426).

verbände mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte vertreten, *parallel* zu den Kollektivverträgen eine eigenständige Versorgungsstruktur über Selektivverträge geschaffen.

Auch diese Regelung lässt zahlreiche rechtliche Fragen offen, auf die später noch einzugehen sein wird. Und nur dann, wenn die Krankenkassen in dem Bezirk einer KV keinen Vertragspartner gefunden haben, der die Vertretungsvoraussetzungen für die Hausarztgemeinschaft erfüllt, „haben sie zur flächendeckenden Sicherstellung des Angebots (nach § 73 Abs. 1 SGB V) Verträge mit einem oder mehreren der (in § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V) genannten Vertragspartner“ zu schließen. Doch besteht in diesem Fall *kein Anspruch* auf Vertragsabschluss; die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots ist unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien auszuschreiben. Hierfür könnte das Vergaberecht maßgeblich sein, was zu klären bleibt. Überdies zählen in diesem Kontext auch die KV'en, „soweit Gemeinschaften der vertragsärztlichen Leistungserbringer“ nach § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 2 SGB V „sie hierzu ermächtigt haben“, zu den potentiellen Vertragspartnern.

Bei alledem darf allenfalls von einem rechtlich ausgeformten *vorläufigen* „Vertragsmonopol“ der Hausarztgemeinschaft die Rede sein; die Hausarztverbände haben auch keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt.¹¹ Doch stellt der Gesetzgeber nicht nur die Hausarztverbände als *bevorzugte* Vertragspartner der gesetzlichen Krankenkassen heraus. Mit der (partiellen) Ausschaltung der KV'en aus dem Vertragsgeschehen nimmt er den bislang dominierenden *gesamtvertraglichen Abreden* zur hausärztlichen Versorgung weithin die ihnen bislang innewohnende entsprechende rechtliche Reichweite. Stattdessen wird zur Förderung des Versorgungswettbewerbs dem Aufbau einer „zweiten Versorgungsstruktur“ in der hausärztlichen Versorgung über Selektivverträge der Hausarztverbände mit den gesetzlichen Krankenkassen nahezu unbegrenzter Spielraum geboten. Die hieran anknüpfende entscheidende Frage ist, ob ein solches *versorgungsfunktionales Parallelsystem* (H. Schirmer) mit den Maßgaben des SGB V, dem (Verfassungs-)Gesundheitsrecht sowie dem Wettbewerbsrecht, aber auch mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist.¹²

Hieran zu zweifeln, besteht aller Anlass. Denn es fehlt vor allem an einem ausformulierten *gesetzlichen Ordnungsrahmen*, innerhalb dessen sich die detaillierten kollektivvertraglichen Versorgungsabsprachen zur Versorgung und einzel-

11 Vgl. Walter (Fn. 4), 308 I. Sp.; gegen die Annahme einer (dauerhaften) rechtlichen Monopolstellung des Hausärzteverbandes auch J. Schütz, Es gibt keine „Lex Hauärzteverband“, Der Hausarzt 20/2008, 16 (17 f.).

12 Dazu siehe aus der bisherigen Literatur mit unterschiedlichen Antworten Adolf, jurisPK – SGB V, § 73b, Rn. 30 ff.; Engelmann, Kommentierung zu § 73b SGB V, in: D. Prütting (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 2010, S. 964 ff.; Kingreen/Temizel, ZMGR 2009, 134 ff.; Orlowski, ZMGR 2009, 124 ff.; Paquet, Gesellschaftspolitische Kommentare 5/09, 3 ff.; Schirmer, ZMGR 2009, 143 ff.; Schütz, ZMGR 2009, 155 ff.; Walter, a. a. O. (Fn. 4); Wenninghoff, ZMGR 2009, 167 ff.; Wigge, MedR 2008, 139 ff.

vertragliche Regelungen mit einander verbinden ließen. Neben rechtlichen Eckpunkten zur Art und Weise des Wettbewerbs der strukturparallelen Versorgungsangebote bedürfte es auch und zugleich gesetzlicher Festlegungen zur künftigen Rolle und Funktion der KV'en sowie zur Einpassung der Selektivverträge in das System der Gemeinsamen Selbstverwaltung insgesamt. Erforderlich ist somit auch ein *institutioneller Rahmen* für den künftig doppelt strukturierten Vertragswettbewerb.

Nicht von ungefähr muss sich also der Gesetzgeber der gewichtigen Bedeutung bewusst werden, die den KV'en zukommt. Zumal im aktuellen Übergang der Gesundheitswirtschaft zu ausdifferenzierten Marktstrukturen¹³ bedarf es deren Einbezugs bei der Disziplinierung des „freien Spiels der Kräfte“ im Wettbewerb um Kassenmitglieder, Preise und Leistungen sowie um Qualität. So richtig es ist, aus gesundheitspolitischer Sicht auf den Stellenwert von Verhandlungen über Versorgungsangebote zu verweisen, fehlen jedoch „Anker“ für die richtigen Auswahl- bzw. Vertragsentscheidungen durch die Versicherten und sind Regulierungs- und Sicherstellungsinstanzen, wie sie die KV'en darstellen, unverzichtbar.¹⁴ Demgegenüber steht schon heute der *Gewährleistungsfunktion* von Kollektivverträgen und der Ordnungskraft dieses Systems normativer Vor-Entscheidungen in der gesundheitlichen Versorgung eine systeminterne Verbändepolitik entgegen, die sich zugunsten kurzfristiger finanzieller Vorteile über Einzel- bzw. Direktverträge der Vertretung durch die KV'en zu entziehen sucht.¹⁵

Es scheint deshalb nicht übertrieben festzustellen, dass in dieser Situation die vertragsärztliche Versorgung gegenwärtig an ihrem *Scheideweg* steht. Nicht nur haben die vorangegangenen Gesundheitsreformen das bisherige Vertragsmonopol der Kassenärztlichen Vereinigungen aufgebrochen und den (Ver-)Handlungsspielraum für freie Ärztevereinigungen („Gemeinschaften“) erweitert. Die Möglichkeit, Selektivverträge mit den Krankenkassen zu schließen, hat vielmehr auch und zugleich die Ärzteverbände gestärkt. Der Wettbewerb um den Versorgungsauftrag zwischen ihnen und den KV'en ist deshalb, wie nicht zuletzt die Auseinandersetzung um die Hausarztverträge zeigt¹⁶, mit zerstörerischer Wirkung entfacht – und mit ihm flammt auch die Debatte um die künftige Organisation und Ausgestaltung einer flächendeckenden ambulanten ärztlichen Versorgung sowie um deren Sicherstellung auf.

13 Hierzu die empirischen Daten bei *Dostal*, Gesundheitswirtschaft in Deutschland: Aufbruch ins Markenzeitalter, Vilsbiburg 2009.

14 Ebenso *B. Fischer*, FAZ v. 12.11.2009, S. 13; *Paquet* (Fn. 12), S. 5 f.

15 Der Deutsche Hausärzteverband mit seinen Regionalverbänden ist nur ein Beispiel hierfür, siehe *Schütz* (Fn. 11), 16 ff.; vgl. aber auch *Bittmann*, Regionale Versorgungskonzepte – das werden die KVen nicht leisten können, *Ärzte-Zeitung* v. 12.11.2009.

16 Vgl. zuletzt etwa *Rieser*, Friedensangebot an die Hausärzte, *Dt. Ärztebl.* 2009, Jg. 106, H. 50, S. C 2079 f.

IV. Gang der Untersuchung

Vor dem vorausgehend skizzierten Hintergrund fragt die hiesige Untersuchung nach den (verfassungs-)rechtlichen Maßgaben und Grenzen des Vertragswettbewerbs durch Selektivverträge in der ambulanten ärztlichen Versorgung, wie er durch § 73b Abs. 4 und 4a SGB V ausgeweitet wird.¹⁷ Sie geht davon aus, dass der gesetzlich definierte Einstieg in eine wettbewerbliche Ordnung der ärztlichen Versorgung – unabhängig von der konkreten und künftigen Ausgestaltung des § 73b SGB – nicht mehr umkehrbar ist.¹⁸ Dem Versuch, die darin geborgene *Ausgangsthese des Gutachtens* vom gelenkten Vertragswettbewerb als verfassungskongruentes Steuerungskonzept der Gesundheitspolitik zu belegen, dienen denn auch die nachfolgenden Ausführungen zu *Teil A* der Untersuchung. Die Regelungen des § 73b SGB V bilden in Bezug darauf – soviel wird deutlich – ein Beispiel für die Chancen und Risiken der neuen Vertragswelt, die parallel zur überkommenen vertragsärztlichen Versorgung – aber nicht etwa völlig ohne Verbindung zu dieser – im Entstehen begriffen ist.

Hinzu treten die näher dargestellten Auswirkungen des selektivvertraglich geprägten Versorgungssystems auf den Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen. Dem Problembefund hierzu widmen sich aus rechtlicher Perspektive in der Form einer Wirkungsanalyse die Überlegungen im *Teil B* des Gutachtens. Sie setzen sich mit den Anwendungsschwierigkeiten der Vorschrift im Rahmen des „einfachen“ Rechts sowie mit deren Fehleranfälligkeit auseinander.

Die daraus erfließende Zwischenbilanz zum Normbefund leitet zum *Teil C* der Untersuchung über. In diesem werden die neuralgischen verfassungs- und gemeinschaftsrechtlichen Eckpunkte sowie der Kompetenzrahmen der gesetzgeberischen Ausgestaltung hausarztzentrierter Versorgung unter dem Grundgesetz diskutiert. Verfassungsrechtliche Bedenken gegenüber deren jetziger Fassung finden sich aus materiell-rechtlicher Perspektive im anschließenden *Teil D* formuliert, und zwar einerseits aus Art. 12 Abs. 1 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 GG, andererseits aus der Verletzung des Gebotes der Systemgerechtigkeit (Art. 3 GG) in seiner Ausprägung als Grundsatz der Folgerichtigkeit und Widerspruchsfreiheit bzw. Kohärenz von Regelungen zur hausärztlichen Versorgung. Dem schließen sich Ausführungen zum Verfassungsgebot eines auf Ineffektivität hinauslaufenden Gesetzesvollzugs an. *Teil E* des Gutachtens formuliert sodann die wettbewerbs- und vergaberechtlichen Schranken des Gemeinschaftsrechts gegenüber den (Verfahrens-)Regelungen des § 73b SGB V. Zugleich verstößt der Vorrang ausgewählter Gemeinschaften bei der Zulassung zur Versorgung gegen die gemeinschaftsrechtliche Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit. Der *Teil F*

17 Dazu die Beiträge a. a. O. (Fn. 12); s. ferner KassKomm/Hess, § 73b SGB V RdNr. 21 ff.; Schlegel, Wettbewerbsrechtliche Schranken eines selektiven Vertragswettbewerbs, in: R. Pitschas (Fn. 3), S. 23 ff.

18 Vgl. Orłowski (Fn. 12), 133.

fasst sodann die Ergebnisse der (verfassungs- und gemeinschafts)rechtlichen Analyse zusammen.