



*Sodan, Helge, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Jus Publicum, Bd. 20. Tübingen 1997, Mohr. 410 S.*

1. Das deutsche Gesundheitswesen zählt zu den besten der Welt. Hervorragend ist im internationalen Vergleich der Standard der medizinischen Versorgung, ebenso die soziale Absicherung breiter Kreise der Bevölkerung im Krankheitsfall. Einer der Garantien hierfür ist die Gesetzliche Krankenversicherung (GKV), in der 90% der Bevölkerung versichert sind. Durch sie wird eine hochwertige und umfassende Behandlung von Kranken unabhängig von Einkommen und Vermögen garantiert.

Gleichwohl hat es sich eingebürgert, in Deutschland im Hinblick auf die GKV von einer „Krise“ zu sprechen. In der Tat sind gewisse Krisensymptome unübersehbar.

Sowohl die Krankenkassen, als auch die Versicherten, als auch die sog. Leistungserbringer leiden unter der zunehmenden Finanzknappheit. Politische und gesellschaftliche Bereitschaft, für die sich weiterentwickelnde medizinische Versorgung verhältnismäßig mehr als bisher zu bezahlen, ist nicht vorhanden. Die Abgabenlasten für abhängige Arbeit sollen – aus gutem Grund – nicht weiter steigen. Der Gesetzgeber sieht sich deshalb in immer kürzeren Abständen zu gesetzlichen Regelungen gezwungen, um die Ausgabenentwicklung im Gesundheitswesen zu begrenzen. Als Folge hiervon nehmen die Verteilungskämpfe zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern (Krankenhäusern, Ärzten, Zahnärzten, Apothekern, Heil- und Hilfsmittellieferanten) an Schärfe zu.

*Helge Sodan* hat in seiner Erlanger Habilitationsschrift den angesichts der Kurzlebigkeit von Gesetzen, Verordnungen und sonstigen Regelungen im Gesundheitswesen mutigen Versuch unternommen, einen „verfassungs- und verwaltungsrechtlichen Beitrag zum Umbau des Sozialstaates“ zu erbringen. Sodan konzentriert sich hierbei auf die „Freien Berufe als Leistungserbringer in der GKV“. Gegliedert wird die Arbeit in fünf Teile. Zunächst beschäftigt sich Sodan mit dem Begriff des „Freien Berufs“ (S. 13 ff.). Anschließend wird die Rechtsstellung freier heilkundlicher Berufe im System der GKV dargestellt (S. 91 ff.). In einem vierten Teil behandelt Sodan ausgewählte Probleme betreffend die Vertrags(zahn)ärzte (S. 215 ff.). Schließlich wird ein Vorschlag zur Neugestaltung der GKV unterbreitet (S. 305 ff.) Mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse schließt Sodan seine Ausführungen ab (S. 343 ff.).

2. Eine Monographie zu den „Freien Berufen“ im Gesundheitswesen muß sich notwendigerweise der Frage stellen, was unter einem „Freien Beruf“ zu verstehen ist. *Sodan* beginnt seine Annäherung an diesen Begriff nach einer kurzen Darstellung der historischen Entwicklung (S. 36 – 46) mit einer Diskussion über den „Freiheitsbegriff des Grundgesetzes“. „Freier Beruf“ könnte, so die Begründung, etwas mit dem „Freiheitsbegriff“ zu tun haben, da in beiden Begriffen das Wort „frei“ auftauche. Dargestellt werden im folgenden das liberale Grundrechtsverständnis, die objektive Dimension der Grundrechte und – vergleichsweise viel zu ausführlich – die von Sodans Habilitationsbetreuer *Karl Albrecht Schachtschneider* entwickelte „Formale Freiheitskonzeption“ (S. 54 ff.).

Es ist ein typischer Wesenszug neuer Habilitationsschriften, daß sich die Habilitanden oft sehr ausführlich mit den Werken ihrer akademischen Lehrer und dem Forschungsprofil ihrer Heimatfakultät auseinandersetzen. Dies ist in gewissen Grenzen legitim. Die von *Sodan* zunächst hergestellte Verbindung zwischen „Freien Berufen“ und dem Freiheitsbegriff des Grundgesetzes existiert jedoch nicht. Zu diesem Ergebnis kommt auch *Sodan* selbst. Das Adjektiv in der Begriffsbildung „Freier Beruf“ könne nicht in einem verfassungsrechtlichen Sinne wie der Freiheitsbegriff des Grundgesetzes verstanden werden (so S. 62).

Nach dem „Abweg“ zum Freiheitsverständnis des Grundgesetzes arbeitet *Sodan* das der weiteren Untersuchung zugrundegelegte Verständnis von Freien Berufen heraus. Beim Freien Beruf handele es sich um einen „Typusbegriff“, also einen Begriff, der keine geschlossene Anzahl ihn konstituierender Kriterien kenne, sondern lediglich eine Vielzahl ihn prägender typischer Merkmale (S. 64). Hierzu zählt *Sodan* unter anderem den „persönlichen Einsatz bei der Berufsausübung“, die „Erwartung altruistischer Berufseinstellung“, das „Verbot berufswidriger Werbung“, das „Erfordernis einer qualifizierten Ausbildung“, das „besondere Vertrauensverhältnis zwischen Freiberuflern und Auftraggeber/Patient“, „Weisungsunabhängigkeit und Selbstverantwortung“ sowie schließlich wirtschaftliche Verselbständigung und Verkammerung. *Sodan* bewegt sich bei seinen Ausführungen im Rahmen dessen, was

bisher in der Literatur herausgearbeitet worden ist. Die Schwierigkeiten einer Umgrenzung der Freien Berufe werden an seinen Ausführungen deutlich. So läßt sich gegen jedes der genannten Merkmale Einwendungen erheben. Dürfen Angehörigen Freier Berufe deshalb Werbebeschränkungen auferlegt werden, weil es sich um Angehörige eines Freien Berufes handelt, oder muß eine zusätzliche Begründung hinzutreten? Ist die Vorstellung einer „altruistischen Berufsauffassung“ noch zeitgemäß, insbesondere wenn man bedenkt, wie insbesondere Zahnärzte und Ärzte jede Beschneidung ihrer Verdienstmöglichkeiten im Rahmen der GKV bekämpfen? Grenzt der Vertrauensgesichtspunkt die Freien Berufe von anderen beruflichen Tätigkeiten wirklich ab, muß man nicht auch zu einem Elektriker oder einem Kfz-Meister „Vertrauen“ haben? Da die Rechtsordnung die Unterscheidung von „freien“ und sonstigen Tätigkeiten jedoch kennt, wird man mit den genannten Merkmalen arbeiten müssen. Vorsicht ist allerdings geboten, wenn Beschränkungen für freiberufliche Tätigkeiten deshalb als verfassungswidrig angesehen werden, weil die Tätigkeit freiberuflich ist. Verfassungsgleiche Bindungswirkung hat eine Typusbestimmung nicht.

3. Im zweiten Hauptteil seiner Arbeit beschäftigt sich *Sodan* mit der Rechtsstellung freier heilkundlicher Berufe (S. 91 ff.). Sehr ausführlich geht er hierbei auf die Vertragsärzte und Vertragszahnärzte ein (S. 94 - 195), eher knapp hingegen auf die Apotheker (S. 196 - 207) und die Leistungserbringer von Heilmitteln (S. 208 - 214).

Hinsichtlich der Vertrags(zahn)ärzte diskutiert *Sodan* zunächst die Frage, ob es sich um Angehörige des Öffentlichen Dienstes handelt. Dies wird nach etwas breiten Darlegungen im Ergebnis richtig verneint (S. 102). Um Beamte kann es sich schon deshalb nicht handeln, weil es an den entsprechenden statusrechtlichen Voraussetzungen fehlt. Interessanter ist schon die von *Sodan* anschließend gestellte Frage, ob Vertrags(zahn)ärzte Beliehene oder Angehörige eines „staatlich gebundenen Berufes“ sind (S. 102 ff.). Eine solche Einordnung wird mittlerweile überwiegend verneint; *Sodan* schließt sich diesem Ergebnis an. Interessanterweise wird dann auf Seite 147 ff. ausführlich auf die Freiberuflichkeit der Vertrags(zahn)ärzte, Apotheker und Heilmittelerbringer eingegangen. Anlaß für eine Infragestellung von Freiberuflichkeit sind nach Auffassung von *Sodan* die vielfältigen Bindungen, die die Gesetzgebung allen Leistungserbringern mittlerweile auferlegt hat. Im Ergebnis wird gleichwohl der freiberufliche Charakter aller genannten Berufsgruppen mit mehr oder weniger großen Einschränkungen bejaht. Gelegentlich hätte sich der Leser an dieser Stelle gewünscht, daß deutlicher herausgearbeitet worden wäre, wofür die Einordnung als „voll und ganz“ oder „nur mit Einschränkungen“ „freiberuflich“ konkret Bedeutung erlangen soll.

4. Den eigentlichen zentralen Teil der Arbeit bilden die Überlegungen zu den ausgewählten Verfassungsproblemen betreffend die Vertrags(zahn)ärzte (S. 215 ff.). Als Kennzeichen wissenschaftlicher Tätigkeit wird oft die „Ergebnisoffenheit“ genannt. Viele wissenschaftliche Untersuchungen gehen deshalb so vor, daß zunächst das Problem herausgearbeitet und dann versucht wird, eine nach allen Seiten abgewogene Lösung zu entwickeln. *Sodan* verfährt anders. Gleich am Anfang seiner Überlegungen gibt er kund, daß er mehr auf Entschiedenheit als auf Ausgewogenheit setzt. Aufgezeigt werden solle, zu welchen *verfassungswidrigen Maßnahmen* der Gesetzgeber gegriffen habe, um die Finanzierbarkeit der GKV zu sichern (S. 215). Die eigentlichen „Angeklagten“, die sich hinter der neutralen Bezeichnung „Gesetzgeber“ verbergen, werden anschließend genannt. Es sind die Fraktionen der CDU / CSU, SPD und F.D.P. Die folgenden verfassungsrechtlichen Ausführungen von *Sodan* zu den Zulassungsbeschränkungen für Vertrags(zahn)ärzte, Beschränkungen bei der Weitergabe von Praxen, Höchstaltersgrenzen, zum kollektiven Verzicht auf die Zulassung und zum

degressiven Punktwert lassen sich auf folgenden gemeinsamen Nenner zusammenfassen: Die genannten Regelungen enthielten ungeeignete, nicht erforderliche und nicht verhältnismäßige Eingriffe in die Grundrechte der Vertrags(zahn)ärzte. Gelegentlich seien die Regelungen auch formell verfassungswidrig, da der Gesetzgeber den Anforderungen der Wesentlichkeitstheorie nicht nachgekommen sei.

*Sodan* widmet sich zunächst schwerpunktmäßig den Zulassungsbeschränkungen für Vertrags(zahn)ärzte nach §§ 92, 101, 103 f. SGB V. Nach Darstellung der nicht besonders übersichtlichen gesetzlichen Regelungen und insbesondere der verschiedenen Entscheidungsebenen (Bundesausschüsse, Landesausschüsse, Zulassungsausschüsse) wird zutreffend festgestellt, daß es sich bei den Zulassungsbeschränkungen zwar um eine Berufsausübungsregelung handelt, die wegen ihrer Wirkungsintensität jedoch einer objektiven Zulassungsschranke entspreche (S. 228). Allein von Privatbehandlungen kann eine Arztpraxis normalerweise nicht existieren. Die Nichtzulassung zur gesetzlichen Krankenversicherung kommt deshalb einem Niederlassungsverbot gleich. Den Verstoß gegen die Wesentlichkeitstheorie begründet *Sodan* damit, daß der Gesetzgeber es in § 101 SGB V unterlassen habe, den Bundesausschüssen genaue Vorgaben für die Festlegung der Verhältniszahlen zu machen, die dann über die Überversorgung und damit über die Sperrung eines Planbereichs entscheiden. *Sodan* weist allerdings selbst darauf hin, daß gewisse Anhaltspunkte für die Bestimmung der Verhältniszahlen in § 101 Satz 4 SGB V enthalten sind. Zudem wird sich das Problem der Wesentlichkeitstheorie durch die Regelung von § 102 SGB V voraussichtlich erledigen, da ab dem 1. Januar 1999 die Zulassung aufgrund von Verhältniszahlen erfolgt, die gesetzlich festgelegt werden. Interessanter als der formelle Gesichtspunkt der Notwendigkeit eines formellen Gesetzes wäre deshalb die Frage gewesen, ob die inhaltlichen Kriterien, die den Verhältniszahlen derzeit und wohl auch in Zukunft zugrunde liegen, sachgerecht sind. Warum werden beispielsweise in ländlichen Gebieten verhältnismäßig weniger Fachärzte zugelassen als in Ballungsräumen? Insoweit hätte sich eine verfassungsrechtliche Hinterfragung des Zahlenmaterials gelohnt.

Bestritten wird von *Sodan* anschließend die Geeignetheit von Zulassungsbeschränkungen zur Sicherung der Finanzierbarkeit der GKV. Ein Zusammenhang zwischen Arztzahl und Finanzentwicklung sei nicht plausibel dargetan (S. 239). Hingewiesen wird auf sonstige Faktoren, die ebenfalls für Ausgabensteigerungen mitverantwortlich sind oder sein können, etwa die steigende Zahl älterer Versicherter und die Entwicklung neuer, aufwendiger Behandlungsmethoden. Mit dieser Einschätzung steht *Sodan* nicht alleine, der Zusammenhang von Arztzahl und Kostenentwicklung ist auch von anderen Stimmen bereits in Abrede gestellt worden. Die Auseinandersetzung mit sozialwissenschaftlichen Zusammenhängen ist nun allerdings nicht unbedingt eine Stärke von primär normativ orientierten Juristen. Es läßt sich aber feststellen, daß gute Gründe für die vom Gesetzgeber angenommenen Zusammenhänge sprechen. Erfahrungen der Krankenkassen, die auf eine Steigerung der Behandlungskosten pro Patient bei steigender Arztdichte hinweisen, sind vielfach dokumentiert. Es gibt auch plausible ökonomische Erklärungsmodelle, die die Annahme des Gesetzgebers stützen. Daß auch andere Ursachen für die Kostenentwicklung zu vermuten sind, wird von niemandem bestritten. Der Gesetzgeber hat sich aber beim Bemühen um Kostenstabilität auch nicht auf eine Maßnahme beschränkt, sondern alle Beteiligten (Patienten, Krankenkassen und Leistungserbringer) zu Opfern herangezogen und damit auch anderen Ursachen entgegengewirkt. Das verfassungsrechtliche Verdikt der Ungeeignetheit der Maßnahmen läßt sich deshalb nicht begründen.

Die Erforderlichkeit von Zulassungsbeschränkungen zur Kostendämpfung wird von *Sodan* ebenfalls in Abrede gestellt. Er fordert „verstärkte Wirtschaftlichkeits-

prüfungen“ (S. 244) und eine „neue Konzeption der Einzelfallprüfung“ (S. 245). Gedacht ist insoweit vor allem an mehr Kostentransparenz und eine Abschaffung des „Naturalleistungsprinzips“, das den Patienten von Abrechnungsfragen entlastet. Hierüber läßt sich sicherlich diskutieren. Für die Beibehaltung des Naturalleistungsprinzips bestehen jedoch vertretbare sozialstaatliche Gründe. Für einkommensschwächere und geschäftlich unerfahrene Bevölkerungsschichten ist die Bezahlung von Privatrechnungen mit einem daran anschließenden Erstattungsverfahren nicht ohne wirtschaftliches Risiko. Zudem eröffnet das Naturalleistungsprinzip Steuermöglichkeiten hinsichtlich der Gesamtvergütung, die beim Kostenerstattungsprinzip nur schwer oder gar nicht gegeben sind. Es ist zudem einfach, die permanenten Kostensteigerungen vor allem darauf zurückzuführen, daß die Patienten in der GKV nicht wissen, was die von ihnen veranlaßten Maßnahmen kosten. Nicht zu unterschätzen ist die Anspruchsmentalität der Versicherten im Hinblick auf eine kostenlose gesundheitliche Rundumversorgung. Auch stärkere Wirtschaftlichkeitsprüfungen werden die Probleme entgegen der Auffassung von Sodan nicht lösen. Hier ist bereits viel versucht worden. Eine ex-post-Kontrolle von ärztlichen Tätigkeiten ist nur unter großen Schwierigkeiten durchzuführen. Es gibt eben keinen Ersatz für ein verantwortliches Handeln des einzelnen Vertragsarztes.

Die Frage, ob die Zulassungsbeschränkungen zumutbar sind, wird von *Sodan* erwartungsgemäß verneint (S. 246 ff.). Letztlich wird man dem Gesetzgeber aber nicht absprechen können, daß er sich um einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Interessen bemüht hat. Die bereits niedergelassenen Ärzte müssen Abstriche bei ihrer Vergütung hinnehmen, erhalten aber einen gewissen Konkurrenzschutz, um angesichts von Deckelung und Budgetierung von Ausgaben ihre Praxis einigermaßen rentabel weiterführen zu können. Den Interessen der nachwachsenden Ärztegation dienen Regelungen über die Altersgrenzen, wonach i. d. R. keine Zulassung mehr nach dem 55. Lebensjahr möglich ist und eine erteilte Zulassung mit Vollendung des 68. Lebensjahres erlischt. Gerade in diesem Punkt darf man aber auf die verfassungsrechtliche Beurteilung durch das BVerfG gespannt sein (jüngst: NJW 1998, 1776).

Die in § 103 Abs. 4 SGB V geregelte Beschränkung für den Verkauf von Arztpraxen in zulassungsbeschränkten Bezirken stuft *Sodan* ebenfalls als verfassungswidrig ein (S. 251 ff.). Dem läßt sich eine gewisse Konsequenz nicht absprechen: Die Zulassungsbeschränkung ist die „Sünde“, die immer neue „Sünden“ gebiert, beispielsweise die Beschränkung der Praxisweitergabe. Hält man hingegen Zulassungsbeschränkungen an sich für zulässig, so ergeben sich auch keine Einwände gegen § 103 Abs. 4 SGB V. Der Staat muß neben den Interessen des ausscheidenden Arztes und seiner Nachkommen auch die Interessen der Allgemeinheit an der Vermeidung von „Knappheitsgewinnen“ und die Interessen der Zulassungsbewerber beachten. Daher gibt es entgegen der Auffassung von Sodan auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen das Erlöschen der Zulassung mit Vollendung des 68. Lebensjahres (§ 95 Abs. 7 Satz 2 SGB V). Dem Gesetzgeber muß weiterhin auch das Recht zustehen, die Versicherten vor kollektiven Erpressungsversuchen der Ärzte oder Zahnärzte zu schützen, wie dies durch die Regelung des § 95b SGB V geschehen ist. Danach tritt bei kollektivem Verzicht auf die Zulassung eine Zulassungssperre von sechs Jahren und ein Vergütungsausschluß ein. Allerdings wird man, insoweit ist Sodan zuzustimmen, Bedenken dagegen erheben können, ob der Begriff des abgestimmten Verhaltens bzw. abgestimmten Verfahrens in § 95b Abs. 1 SGB V den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen entspricht (s. S. 273 ff.).

5. Da die derzeitige Gesundheitspolitik nach Auffassung von *Sodan* zu weitgehend verfassungswidrigen Zuständen geführt hat, liegt die Frage nach einer Neugestaltung

der GKV nahe. Sodan wärmt zu diesem Zweck eine Reihe von Vorschlägen auf, die in diversen Kommissionen und Untersuchungsberichten schon oft diskutiert, zum Teil ansatzweise verwirklicht, oft aber auch verworfen worden sind. Dazu gehören die Abschaffung des Naturalleistungsprinzips (S. 310 ff.), die Reduzierung des Leistungsumfangs auf eine Grundversorgung (S. 313 ff., 337 ff.), die generelle Eigenbeteiligung der Versicherten mit Selbstbehalt (S. 317), die Beitragsrückerstattung bei Nichtanspruchnahme von Leistungen (S. 318), die Beschränkung des Versichertenkreises (S. 324 ff.), die Reduzierung der Pflichtversicherungsgrenze (S. 328 ff.) und die Abschaffung der Familienmitversicherung (S. 334 ff.). Für alle diese Vorschläge gibt es ebensoviele gesundheitspolitische Argumente wie Gegenargumente. Bei der *verfassungsrechtlichen* Beurteilung der geltenden Gesetze und der Reformvorschläge sollte man allerdings die Verfassung nicht nur bis Art. 14 GG lesen. Das Demokratieprinzip verlangt, dem Gesetzgeber bei der Auswahl von wirtschafts- und sozialpolitischen Maßnahmen einen gewissen Vorrang einzuräumen. Das Sozialstaatsprinzip ist genauso Bestandteil des geltenden Verfassungsrechts wie die Berufsfreiheit von Leistungserbringern. Ob der Gesetzgeber bei allen von Sodan diskutierten Maßnahmen den richtigen Mittelweg zwischen den verschiedenen Verfassungsprinzipien gefunden hat, mag man in Frage stellen. Nichts spricht jedoch für die Annahme, alles sei eindeutig und mehrfach verfassungswidrig. Auch bei der anstehenden verfassungsgerichtlichen Überprüfung, vor allem der Zulassungsbeschränkungen, ist ein solches Ergebnis nicht zu erwarten. Die Rechtsprechung des BVerfG kennzeichnet sich durch das, was die Arbeit von Sodan wohl bewußt nicht versucht: das Bemühen um den Ausgleich zwischen widerstreitenden Verfassungsprinzipien.

