

§ 116b SGB V - Überwindung der Sektorengrenzen durch Wettbewerb?

Skript zum Vortrag auf dem 13. Deutschen Medizinrechtstag, Berlin

I. Einleitung

Der Sachverständigenrat für die konzertierte Aktion im Gesundheitswesen schreibt es regelmäßig in seine Gutachten: An den Schnittstellen der Sektoren verliert das Gesundheitswesen Ressourcen. Maßgeblich angesprochen wird die Sektorengrenze zwischen dem ambulanten und stationären Sektor.

Der Gesetzgeber hat darauf reagiert und inzwischen ein vielfältiges regulatorisches Instrumentarium geschaffen, das die Schnittstellenproblematik aufgreifen und beseitigen soll. Neben sektorenübergreifenden Versorgungsmodellen auf vertraglicher Basis zwischen den Leistungserbringern (etwa integrierte Versorgung) wird teilweise versucht, die Schnittstelle zu beseitigen, in dem dem jeweils vor- oder nachversorgenden Leistungserbringer Sachleistungen auch im fremden Sektor ermöglicht werden (vgl. etwa ohne praktische Bedeutung § 119a SGB V).

Mit § 116b SGB V in der Fassung des GKV-Versorgungsstrukturgesetzes (GKV-VStG) hat der Gesetzgeber einen neuen Weg beschritten. Er schafft einen neuen Versorgungssektor, in dem ausgewählte Leistungserbringer aus beiden Sektoren zur Versorgung der GKV-Versicherten zugelassen werden. Formell entstehen dadurch - leistungserbringerrechtlich - anstatt einer nunmehr zwei Sektorengrenzen und findet eine Verdoppelung der Schnittstellen statt.

Faktisch führt die Ausgrenzung des neuen „sektorenverbindenden Versorgungsbereichs“ allein aus dem bisherigen ambulanten Sektor dazu, dass tatsächlich den Krankenhäusern die Fortbehandlung ihrer Patienten im ambulanten Bereich ermöglicht wird. Sie dürfen ambulante Leistungen in Bereichen erbringen, die ihnen bisher versperrt geblieben sind. Unter Berücksichtigung der praktischen Betrachtung „leistungssektorenübergreifender Versorgung“¹ verschwindet dadurch eine Schnittstelle für Patienten des Krankenhauses. Was allerdings durch die Schaffung des sektorenverbindenden Versorgungsbereichs sicher erreicht worden ist, ist die Verdopplung der juristischen Fragen und Abgrenzungsprobleme in der praktischen Durchführung.²

II. Entwicklung des § 116b SGB V

Der § 116b SGB V hat bis zum GKV-WStG eher ein Schattendasein geführt. Eingeführt wurde die Vorschrift bereits durch das GMG zum 1.1.2004, ebenfalls als Möglichkeit, sektorenübergreifende Tätigkeit für Krankenhäuser zu ermöglichen. Die Krankenkassen waren befugt, mit Krankenhäusern besondere Vereinbarungen zu treffen, die die Tätigkeit im ambulanten Bereich bei besonderen Erkrankungen ermöglichen sollte.³ Die Vorschrift blieb praktisch bedeutungslos. An dem juristischen Konzept lag es nicht. Warum die Krankenkassen von der Möglichkeit trotz der relativ deutlichen Aufforderung durch den Gesetzgeber keinen Gebrauch gemacht haben, ist keine hier zu beantwortende Frage. Festzustellen ist allerdings, dass die weiteren, den Krankenkassen eingeräumten Möglichkeiten zum selektiven

Sektorenüberwinden ebenfalls eher ein Schattendasein im Vergleich zur trennscharfen Regelversorgung führen. Bei den Äußerungen der Wortführer in der Öffentlichkeit kann dabei der Eindruck entstehen, dass der für den freiwilligen Vertragsschluss unverzichtbare Vertrauensvorschuss in die Integrität des Partners fehlt.⁴

Dem hat der Gesetzgeber Rechnung getragen und im Rahmen des GKV-WStG zum 1.4.2007 eine vertragsfreie Lösung konzipiert. Krankenhäuser konnten nunmehr durch Verwaltungsakt der Krankenhausplanungsbehörde auch für die ambulante Leistungserbringung bestimmt (also zugelassen) werden. Der Gesetzgeber hat berechtigt den Planungsbehörden aufgegeben, dabei die ambulante Versorgung zu berücksichtigen. Gleichwohl bestand nach dem Normkonzept für Krankenhäuser die Möglichkeit, unbeschränkt im bislang nur den Vertragsärzten obliegendem Sektor tätig zu werden, also in den unmittelbaren Anbieterwettbewerb einzutreten.

Neben den zahlreichen neuen Rechtsfragen, denen sich die Krankenhausplanungsbehörden zu diesem Konzept zu stellen hatten⁵, war für sie praktisch die ambulante Versorgung bislang ohne Bedeutung. Tatsächliches Wissen musste daher ergänzend erworben und in das neue rechtliche Konzept integriert werden. Im Ergebnis hat dies dazu geführt, dass die Krankenhausplanungsbehörden Anträgen nur deutlich verzögert oder in Ausnahmefällen⁶ entsprochen haben und die den Gerichten vorgestellten Bescheide vielfach als rechtswidrig beurteilt worden sind.

Behindert wurde die Umsetzung dieser Regelung ebenfalls durch den Widerstand aus dem ambulanten Sektor. Durch negativen Konkurrentenwiderspruch und -klage hat der ambulante Sektor versucht, den Einfluss der Krankenhäuser in der ambulanten Versorgung gering zu halten. Argumentiert wurde mit dem Wortlaut („Berücksichtigung“ der ambulanten Versorgung) und einer verfassungsrechtlich geschützten Position mit Rücksicht darauf, dass normativ vorgegebene ungleiche Wettbewerbsvoraussetzungen zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten bestünden. Das BSG hat die Möglichkeit zur Behinderung inzwischen auf ein moderates Maß zurückgeführt, allerdings anerkannt, dass unterschiedliche normative Ausgangspositionen im Wettbewerb bei existenzbedrohenden Nachteilen zur Drittanfechtung berechtigen können.⁷ Negative Konkurrentenrechtsmittel sollen danach nur zulässig sein, wenn die Bestimmung des Krankenhauses willkürlich war oder die wirtschaftliche Existenz des Vertragsarztes betroffen ist.

Nach einer Reihe sorgfältig begründeter Instanzurteile, die die Argumentation der Vertragsärzte aufgenommen und eine deutlich weitgehendere Widerspruchsbefugnis gesehen hatten, hat der Gesetzgeber die nunmehr vorliegende Neuregelung eingeführt und versucht, die Asymmetrie in den Ausgangslagen zu beseitigen.

III. Konzept

Konzeptioniert wurde ein neuer Versorgungsbereich als gleichsam dritter Sektor, zu dem geeignete Leistungserbringer aus den Sektoren ambulante und stationäre Versorgung Zugang haben. Das vom Gesetzgeber vorgeschlagene neue Konzept hat die Argumentation, die seitens der Instanzgerichte zur Begründung des Widerspruchsrechts herangezogen worden ist⁸, weitgehend entkräftet. Es ist sowohl der Wortlaut um jeden Anhaltspunkt zugunsten der Widerspruchsbefugnis bereinigt worden als auch eine kooperative Lösung in dem bis dato umstrittensten Bereich, dem der Onkologie, vorgesehen worden. Dies sollte der beklagten Asymmetrie im praktischen Wettbewerb begegnen, die zu der Ableitung der Widerspruchsbefugnis aus verletzten Grundrechten Anlass gegeben hat.

1. Sektorenübergreifender Versorgungsbereich

Den genauen Umfang des Versorgungsbereichs hat der Gemeinsame Bundesausschuss festzulegen. Er hat dabei zu beachten, dass Gegenstand des Versorgungsbereichs nur noch „schwere Verlaufsformen von Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen“ sind, wobei der Gesetzgeber eine Reihe der gemeinten Erkrankungen bereits benannt hat (§ 116b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V). Der G-BA hat diese Liste auszugestaltet und kann auf Antrag eines Mitgliedes die Liste erweitern (§ 116b Abs. 5 SGB V). Die Umschreibung des Regelungsinhaltes der im Einzelnen näher benannten Erkrankungen ist Ergebnis der parlamentarischen Diskussion. Im ursprünglichen Gesetzesentwurf war die Beschränkung auf „schwere Verlaufsformen“ nicht enthalten. Sie soll sicherstellen, dass tatsächlich nur solche Erkrankungen Gegenstand der spezialfachärztlichen Versorgung sind, die eine besondere Komplexität etwa durch Nebenwirkungen, Krankheitsstadien oder Begleiterkrankungen aufweisen und deshalb die spezielle Qualifikation, die besondere Ausstattung oder die interdisziplinäre Zusammenarbeit, die bei der spezialfachärztlichen Versorgung gewährleistet sein soll (vgl. § 116b Abs. 1 S. 1 SGB V), erfordert. Die bisherige Richtlinie ist damit unbrauchbar, soweit nicht bereits in der Vergangenheit nur „schwere Verlaufsformen“ wie etwa bei der Herzinsuffizienz berücksichtigt werden sollen. Der neue sektorenverbindende Versorgungsbereich ist deutlich kleiner zu bestimmen. Auf der anderen Seite ist eine Bedarfsplanung mit Rücksicht auf die Anzahl der betroffenen Patienten nicht angezeigt.

Berechtigt ist der Gemeinsame Berufungsausschuss ferner zu Mengenvorgaben. Dies betrifft sowohl die quantitative Beschränkung der Leistungszahlen pro Leistungserbringer als auch die Vorgaben von Mindestmengen.⁹

Unklar ist, ob eine Ausgrenzung aus dem Versorgungsauftrag der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Vertragsärzte gem. § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V vorgenommen und dem Leistungserbringer damit ein neuer und zusätzlicher Status gewährt oder lediglich ein Abrechnungsgenehmigungsvorbehalt konstituiert wird. Viele Formulierungen des Gesetzgebers sprechen für letzteres: Es ist lediglich ein Anzeigeverfahren vorgesehen; Voraussetzung ist die Erfüllung bestimmter

Qualitätsanforderungen. Allerdings findet sich die Norm im 4. Abschnitt des Leistungserbringerkapitels des SGB V, der Statusregelungen für Krankenhäuser zum Gegenstand hat. Es erfolgt inhaltlich für den stationären Sektor die Eröffnung eines völlig neuen Versorgungsbereichs, der sich dort nicht als Ausgliederung aus dem bereits bestehenden Versorgungsauftrag gem. § 108, 109 SGB V zeigt, sondern als statusbegründende Berechtigung zur Erbringung ambulanter Leistungen. Dafür spricht weiter der Versuch des Gesetzgebers, nahezu alle Einzelheiten des Versorgungsbereichs individuell zu regeln. So finden sich Vorgaben über die Verordnung von Leistungen, Anwendung von G-BA-Richtlinien, Abrechnungsverfahren und Überprüfung der Wirtschaftlichkeit (vgl. etwa § 116b Abs. 7 SGB V). Es wird danach ein umfangreiches Regelungsgeflecht geschaffen, das in wesentlichen Teilen von der vertragsärztlichen Versorgung abweicht. Durch den Gesetzgeber ist auch keine Geltung der vertragsarztrechtlichen Bestimmungen gesehen worden, sonst hätte es der Regelungen zur Verordnung analog der vertragsarztrechtlichen Bestimmungen nicht bedurft. Nach der funktionalen Betrachtung des BSG zum Sektorenbegriff ist danach – obwohl ausdrückliche leistungsrechtliche Vorgaben fehlen – von der Schaffung eines neuen Sektors und nicht nur von Qualitätssicherungsvorschriften auszugehen.¹⁰

2. Leistungserbringer des Versorgungsbereichs

Der Kreis der Zugangsberechtigten findet sich denkmöglich weit gefasst. Grundsätzlich teilnahmeberechtigt sind neben Plankrankenhäusern alle an der ambulanten Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer, also auch ermächtigte Ärzte. Diese Lösung ist insbesondere deshalb sinnvoll, weil ermächtigte Ärzte namentlich die vom Gesetzgeber geforderten besonderen persönlichen Kenntnisse bei der Behandlung mitbringen und nur über die so gewährte persönliche Leistungserbringung ein Qualitätsabfall in der ambulanten Versorgung durch die Beteiligung von Assistenzärzten ohne besondere Qualifikation vermieden wird.¹¹

3. Zulassung zum Versorgungsbereich

Die Zulassung soll nunmehr erteilt werden durch einen „erweiterten Landesausschuss“, also dem Gremium, dass vor allem für die Sperrung oder Öffnung der vertragsärztlichen Planungsbezirke zuständig ist, erweitert um Vertreter der Krankenhausseite in paritätischer Zahl zur Anzahl der Vertragsarzt- und Kassenseite. Nach den gesetzlichen Vorgaben wird das Gremium dann über 30 Mitglieder verfügen.

Es ist lediglich ein Anzeigeverfahren vorgesehen; Voraussetzung ist das Erfüllen bestimmter Qualitätsanforderungen. Allerdings findet sich die Norm im vierten Abschnitt des Leistungserbringer-Kapitels des SGB V, der maßgeblich Statusregelungen für Krankenhäuser zum Gegenstand hat. Inhalt ist auch die für den

stationären Sektor erfolgende Eröffnung eines völlig neuen Versorgungsbereichs, der sich dort nicht als additiv oder Ausgliederung aus dem bereits bestehenden Versorgungsauftrag gem. § 95 Abs. 3 SGB V zeigt, sondern als statusbegründende Berechtigung zur Erbringung ambulanter Leistungen. Als Statusentscheidung kann die Anzeige danach nicht zum Zeitpunkt der Antragstellung oder eines fiktiven Zeitpunkts Rückwirkung entfalten, sondern erst nach Ablauf der Zwei-Monats-Frist oder durch ausdrücklichen Statusbescheid des Erweiterten Landesausschusses, zu dem der Erweiterte Bewertungsausschuss auch ermächtigt ist, ebenso wie zur Feststellung des Ablaufdatums der zwei Monats-Frist. Ein Hinauszögern der Frist etwa auf den Quartalsbeginn oder eine Beschränkung der Annahmemöglichkeit auf einen Zeitpunkt zweite Monate vor Quartalsbeginn nicht möglich. Die klare gesetzliche Vorgabe erlaubt keine Anpassungen durch den Gemeinsamen Bundesausschuss.

Durch das Ablauf der Zwei-Monats-Frist wird der Zulassungsbescheid fingiert.¹² Kommt es zu einer Ablehnung oder wird von Dritter Seite (etwa durch unberücksichtigte potenzielle Vertragspartner¹³) Rechtsmittel eingelegt, tritt aufschiebende Wirkung ein.¹⁴

Konstitutiv für die Leistungsberechtigung ist daneben die weitere Anzeige gegenüber den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen, die analog der in § 115b Abs. 2 S. 2 SGB V enthaltenen Mitteilungspflicht zu beurteilen ist.¹⁵

4. Vergütung

Die Vergütung richtet sich in einem ersten Schritt nach dem EBM. Krankenhäuser haben sich bei der Abrechnung einen Investitionskostenabschlag von 5 % anrechnen zu lassen. Die Ausgangsvoraussetzungen im Wettbewerb sind damit angenähert.

Der Bewertungsausschuss hat innerhalb von sechs Monaten nach der Veröffentlichung der Richtlinie des G-BA die Leistungen für die Erkrankungen zu bewerten. Dies soll innerhalb eines eigenen Vergütungsansatzes (DKG, KBV, SpiBU GKV) erfolgen. Die vertragsärztliche Gesamtvergütung ist um diese Leistungen zu bereinigen.¹⁶

Perspektivisch beabsichtigt der Gesetzgeber die Vergütung an der Krankenhausvergütung zu orientieren. Es sollen Komplexe gebildet werden, die die Leistungen, ggf. getrennt nach Diagnostik und Behandlung, abbilden (§ 116b Abs. 6 S. 2, 3 SGB V).

Die Vergütung erfolgt unmittelbar über die Krankenkassen. Leistungserbringer aus dem vertragsärztlichen Bereich können die Abrechnung über die Kassenärztlichen Vereinigungen wählen.

5. Kooperationsvereinbarungen

Das eigentliche „sektorenverbindende“ Element ist in der Verpflichtung enthalten, dass die Teilnehmer des Versorgungsbereichs Kooperationsvereinbarungen abhängig von den Vorgaben des G-BA für die jeweilige Erkrankung abzuschließen haben. Die Einführung der Kooperationspflicht ist in zweifacher Hinsicht bemerkenswert. Es ist zunächst denklogische Konsequenz bei der bemängelten Kooperation der Leistungserbringer an der Schnittstelle zwischen ambulant und stationär, diese Kooperation durch den Normgeber zu regulieren. Auf der anderen Seite ist dieser Gedanke die Fortsetzung der Rechtsentwicklung, Vorgaben nicht mehr nur in dem Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer vorzusehen, sondern auch das Rechtsverhältnis zwischen den Leistungserbringern untereinander - von einigen Ausnahmen abgesehen Rechtssubjekte des Privatrechts - normativ zu regulieren.¹⁷ Bislang ist ein solcher Eingriff als Verbot bestimmter Formen der Zusammenarbeit (vgl. etwa § 20 Ärzte-ZV oder § 128 SGB V) erfolgt. Nunmehr sieht § 116 Abs. 4 S. 10 SGB V ein Gebot der Zusammenarbeit vor.

Erstaunlich ist, dass trotz dieser regulativen Vorgaben die Neufassung des § 116b SGB V teilweise als „Markt-Modell“ in der Versorgung verstanden wird.¹⁸ Dass allerdings das „Markt-Modell“ Schnittstellenproblemen nicht entgegengewirkt hat, belegen jedenfalls die konsequenten Mahnungen des Sachverständigenrates.¹⁹ Es stellt sich also die Frage, ob diese Versorgungsmängel mit Rücksicht auf die sinnvolle und gegenwärtig weiter gewollte doppelte Facharztschiene hingenommen werden, oder ob zusätzlich steuernd in den Wettbewerb um Patienten eingegriffen wird. Klar ist jedenfalls, dass bei aller Zurücknahme der grundrechtlichen Freiheitsrechte in der GKV der regulatorischen Ordnungsmacht des Gesetzgebers Grenzen gesetzt sind.²⁰

Für die Onkologie ist der Abschluss einer Kooperationsvereinbarung durch den Gesetzgeber bereits verpflichtend vorgesehen worden (§ 116b Abs. 4 S. 10 SGB V). Eine Beschränkung der Vertragspflicht auf Leistungserbringer aus einem Sektor, insbesondere Krankenhäuser, hat der Gesetzgeber nicht vorgesehen. Gleichwohl wird sie teilweise in die Systematik hineininterpretiert gestützt auf die Begründung des Gesetzgebers, dass mit der Kooperationsvertrags-Verpflichtung der Vorteil der Krankenhäuser im Wettbewerb zugunsten der Vertragsärzte ausgeglichen werden solle.²¹ Allerdings legt das sektorenübergreifende Element nahe, dass zwingend auch Vertragsärzte in die vertragliche Systematik einbezogen werden. Eine

einschränkende Auslegung erlaubt der Wortlaut der Norm nicht. Insbesondere müssen Vertragsärzte die Teilnehmer aus dem stationären Bereich in ihre Therapieüberlegungen einbeziehen und dann auf Krankenhäuser zurückgreifen, die ausweislich ihres Teilnahmestatus über die notwendigen Voraussetzungen verfügen. Der Gesetzgeber hat deshalb zutreffend betont, dass der Abschluss von Kooperationsvereinbarungen Voraussetzung aller Teilnehmer für die Leistungserbringung ist, differenziert also nicht nach dem Primärstatus des Leistungserbringers.

5.1 Kompetenzen des G-BA

Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) hat gem. § 116b Abs. 4 S. 10 SGB V die Befugnis, Regelungen zu den Vereinbarungen zu treffen, die eine Kooperation zwischen den beteiligten Leistungserbringern fördern sollen. Der gesetzliche Auftrag an den G-BA gleicht damit einer herkulischen Aufgabe: Es soll der Inhalt von Kooperationsvereinbarungen entwickelt werden, an der beide Vereinbarungspartner jedenfalls bisher kein Interesse hatten und das nach Äußerungen aus dem Krankenhaussektor nach Möglichkeit vermieden werden soll, und die Inhalte sollen die Zusammenarbeit fördern. Der Gesetzgeber fordert allerdings richtig dazu den Überweisungsvorbehalt aus dem ambulanten Sektor als Inhalt. Vertragsärzte als Leistungserbringer unterliegen in dem Wettbewerb der Teilnehmer an dem Sektor zwei maßgeblichen strukturellen Nachteilen im Wettbewerb um den Patienten: Als Fachärzte werden sie regelmäßig erst nach einem ersten stationären Aufenthalt hinzugezogen, in dem die Diagnose der schweren Erkrankung bestätigt und häufig unmittelbar therapiert wird. Zudem sind sie nicht in der Lage, den gesamten Krankheitsverlauf des Patienten begleiten zu können, sondern müssen zumal bei den vom Gesetzgeber in den Focus genommenen schweren Verlaufsformen der Erkrankungen stets Krankenhäuser in die Behandlung einbinden²². Ohne den vertraglich vorgesehenen Überweisungsvorbehalt besteht bei den Teilnehmern aus dem vertragsärztlichen Bereich wenig Motivation, dem Patienten ein Krankenhaus des sektorenübergreifenden Versorgungsbereichs zu empfehlen. Er muss stets befürchten, dass der Patient nicht nur poststationär sondern dauerhaft vom Krankenhaus weiterbehandelt wird. Jede Regelung in dieser Situation kann daher die Zusammenarbeit fördern. Ohne einen solchen Überweisungsvorbehalt wäre die

Versuchung naheliegend, faktische Kooperationen mit solchen Krankenhäusern zu suchen, die nicht an dem neuen Versorgungsbereich teilnehmen und möglicherweise

auch nicht über immer optimale Voraussetzungen zur Behandlung der Patienten verfügen.

5.2 Potenzielle Vertragspartner

Es liegt in der Natur der Sache, dass die sektorenübergreifende Zusammenarbeit nur dann funktionieren kann, wenn Teilnehmer aus beiden Sektoren kooperieren. Vertragspartner einer Kooperationsvereinbarung können danach nur Leistungserbringer aus dem jeweils anderen Sektor sein. Teilweise wird vertreten, dass die Aufforderung des Gesetzgebers in der Gesetzesbegründung zugunsten der Möglichkeit einer Kooperationsvereinbarung auch zwischen zwei Krankenhäusern ermögliche, da die sinnvolle Arbeitsteilung ausweislich der Gesetzesbegründung Gegenstand der Versorgung sein soll²³. Dies verkürzt jedoch den Inhalt der Gesetzesbegründung, der ausdrücklich betont, dass sowohl die vom Gesetzgeber bereits zwingend vorgesehene Kooperationsvereinbarung in der Onkologie als auch die Kooperationsvereinbarungen, die der Gemeinsame Bundesausschuss festlegt, dem sektorenübergreifenden Ansatz der Versorgung Rechnung tragen soll. Es wird deshalb ausdrücklich betont, dass die Kooperationsvereinbarungen intersektoral abzuschließen sind. Intrasektorale Kooperationsvereinbarungen sollen dem nicht genügen. Daran ändert sich auch dadurch nichts, dass sich die Gesetzesbegründung noch auf die im Entwurf zunächst vorgesehene spezialärztliche und nicht auf die daraus später evolutionierte spezialfachärztliche Versorgung bezieht. Hinsichtlich der Kooperationsvereinbarungen hat sich der Wortlaut der Norm mit Ausnahme der terminologischen Anpassung nicht geändert. Des Weiteren will der Gesetzgeber mit der Einführung der Kooperationsvereinbarung Nachteile ausgleichen, die sich aus der Herkunft der Leistungserbringer aus den unterschiedlichen Sektoren ergeben. Es handelt sich insoweit um einen regulatorischen Ausgleich der strukturellen Benachteiligung der Leistungserbringer aus dem ambulanten Bereich.²⁴

Sehr wohl möglich sind allerdings Vereinbarungen mit ermächtigten Ärzten oder ermächtigten Einrichtungen also etwa SPZ oder Heimen, bei denen eine Ermächtigung mit indikationsspezifischen Vorgaben bestehen. Die Ermächtigungen sind regelmäßig durch einen Überweisungsvorbehalt eingeschränkt, so dass die

weitere Beteiligung der vertragsärztlichen Leistungserbringer am Versorgungsbereich erhalten bleibt.

Die Zahl der Vertragspartner ist nicht beschränkt. Da jede Kooperationsvereinbarung sinnvoll ist, ist es letztlich auch zulässig, mehr als nur eine Kooperation einzugehen. Mit Rücksicht auf den kooperativen Ansatz zur Überwindung der Sektorengrenzen ist entscheidend, dass eine Kooperation ambulant/stationär mit dem ausgewählten

Leistungserbringer auch tatsächlich möglich ist, also nicht Vertragspartner aus einem faktisch nicht relevanten räumlichen Bereich gewählt werden. Konzernverbundene Unternehmen können dann ausreichend sein, um dem Vertragserfordernis zu entsprechen, wenn andere Leistungserbringer nicht vorhanden sind.²⁵

5.3 Kontrahierungszwang

Ein Kontrahierungszwang sieht das Gesetz nicht vor. Ein solcher wäre auch in das Gesetz allenfalls dann - mit allen sich daraus ergebenden Friktionen im Verhältnis zu Art. 12 Abs. 1 GG - hinein zu interpretieren, sofern nicht die Härteklausel enthalten wäre: Existiert kein geeigneter Vertragspartner oder ist dieser nicht Willens oder zu vertretbaren Konditionen bereit, sich auf eine Kooperationsvereinbarung einzulassen, ist der Leistungserbringer von der Pflicht zum Abschluss einer Kooperationsvereinbarung befreit.²⁶ Diese Einschränkung der Kooperationsverpflichtung wäre wohl bereits aus dem Grundsatz der verfassungskonformen Norminterpretation geboten, findet sich allerdings auf Vorschlag des Ausschuss für Gesundheit ausdrücklich im Gesetz geregelt. Die nachträgliche Einführung der Dispensierung lässt auf eine nicht allzu strenge Handhabung der Vertragspflicht schließen. Dass allerdings der Gesetzgeber grundsätzlich an der Pflicht auch dann festhält, wenn die Forderungen des Vertragspartners hoch sind – also zumindest ein ernsthaftes Bemühen verlangt –, führt zu einer restriktiven Handhabung der Ausnahme „Dispensierung“, die nach allgemeinen Auslegungsregeln ohnehin restriktiv zu verstehen ist. Die Systematik ist auf eine in den relevanten Indikationen kooperative Behandlung angelegt und fordert danach den Erweiterten Landesausschuss ebenfalls auf, die Möglichkeiten der Dispensierung streng zu prüfen.

Eine pauschalierende Bewertung ist dazu nicht möglich. Es wird im Einzelfall abhängig von der tatsächlichen Situation bewertet werden müssen, ob die

Vereinbarung einer Kooperation möglich war. Dies ist schon daraus zu ersehen, dass die Kooperationsgegenstände vielfältig sind und strenge Forderungen in einem Bereich durch moderate Positionen zu anderen inhaltlichen Fragen aufgewogen werden können. Es kann fraglos ungerechtfertigt sein, die gleichen Positionen, die gegenüber konzernverbundenen Unternehmen begehrt werden, von einem Dritten zu beanspruchen. Auf der anderen Seite bedarf es einer plausiblen Begründung, sofern eine Kooperation zu einem Vertragspartner mit anderen Bedingungen erfolgen soll, als mit den Partnern, mit denen bereits Kooperationen vereinbart sind. Das Fernhalten vom Wettbewerb eines Konkurrenten ist keine Legitimation für eine

Verweigerungshaltung mit Rücksicht darauf, dass die Kooperation auch der Behandlung des Patienten dienen soll.

5.4 Verhältnis zum Versicherten/Haftung

Das Verhältnis zum Versicherten ist letztlich durch die Möglichkeiten der Kooperationsvereinbarung unbeeinflusst. Sozialleistungsrechtlich besteht unverändert ein Leistungsanspruch auf ärztliche Behandlung (§ 27 SGB V), der im Rahmen des Sachleistungsprinzips durch das Krankenhaus oder den Vertragsarzt erfüllt wird. Haftungsrechtlich kann sich die Situation in Einzelfällen etwas differenzierter darstellen. Es ist etwa möglich, innerhalb der Kooperationsvereinbarungen auch prä- und poststationäre Leistungen im Auftrag des Krankenhauses zu definieren und durch den Vertragsarzt in seiner Arztpraxis erbringen zu lassen²⁷. Eine solche Vorgehensweise würde eine Verpflichtung des Krankenhauses (auch) für die Leistungen des Vertragsarztes bedeuten ähnlich der Situation, in der der Arzt als angestellter Arzt die Leistungen übernimmt.

Kommt es darüber hinaus zu Verschiebungen von Erlösanteilen, die sich durch die Leistungserbringung selbst nicht erklären lassen, wäre dies im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung zu würdigen. Es kann Therapieempfehlungen beeinflussen, wenn sich dies unverhältnismäßig monetär auswirkt. Ist die Therapie nur eine Variante und nicht alternativlos, müssen solche Einflüsse zu einer sorgfältigen Aufklärung Anlass geben.

5.5 Rechtsnatur und Rechtsweg

Ob die Kooperationsvereinbarung bürgerlich-rechtlicher oder sozialrechtlicher Natur ist, bestimmt sich danach, ob der Vertragsgegenstand dem öffentlichen oder dem

bürgerlichen Recht zuzurechnen ist.²⁸ Dabei ist für den öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen einem Träger öffentlicher Verwaltung und einer Privatperson typisch, dass er an die Stelle einer sonst möglichen Regelung durch Verwaltungsakt tritt. Allerdings existiert auch der koordinationsrechtliche – zwischen gleichgeordneten Subjekten zu vereinbarende – Vertrag. Der Vertrag wird hier überwiegend durch Privatrechtssubjekte (Anstalten des öffentlichen Rechts oder Eigenbetriebe auf Krankenhausseite einmal ausgenommen) durchgeführt. Allerdings ergibt sich die Motivation zum Vertragsschluss aus dem öffentlichen Recht – nämlich der bindenden Vorgabe durch den § 116b SGB V – und es ist letztlich der Behandlungsablauf beim Versicherten zu thematisieren, der anhand konkreter inhaltlicher Vorgaben durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vorgegeben ist. Ergänzend ist § 69 SGB V zu beachten, der deutlich macht, dass die im Zusammenhang mit der Erfüllung der Leistungsverpflichtungen bestehenden Rechtsverhältnisse stets dem öffentlichen Recht zugeordnet sein sollten, selbst wenn Dritte betroffen sind. Vieles spricht daher für einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.

Für den Rechtsweg im Falle einer Auseinandersetzung ist diese Einordnung zunächst ohne Bedeutung. Dem Sozialrechtsweg werden auch solche Rechtsstreitigkeiten zugeordnet, die privatrechtlicher Natur sind (§ 51 Abs. 2 S. 2 SGG). Dazu gehören auch Streitigkeiten, die die Einhaltung der Vorgaben des § 116b SGB V selbst zum Gegenstand haben.²⁹ Von dieser Rechtswegzuordnung sind mithin auch solche Auseinandersetzungen erfasst, die die Rechte und Pflichten aus den Kooperationsvereinbarungen zum Gegenstand haben, der letztlich im Lichte der Konkretisierungen durch den G-BA auszulegen und insbesondere durchzuführen ist.

5.6 Inhalte

Die Frage der verpflichtenden Inhalte der Kooperationsvereinbarungen obliegt der Disposition des Gemeinsamen Bundesausschusses. Sie ist eingegrenzt durch die Vorgaben des Gesetzgebers, die sich maßgeblich in der Gesetzesbegründung niedergelegt finden. Die weitere Grenze ergibt sich aus den Inhalten, die die Vertragspartner einander in den Verträgen aufgeben können, ohne die andere Seite von dem Vertragserfordernis zu dispensieren.

a) Vorgaben für und durch den Gemeinsamen Bundesausschuss

Grundsätzlich soll die Kooperationsverpflichtungen verhindern, dass eine stationäre Aufnahme und die Befugnis, die Behandlung auch ambulant fortzusetzen, zu einer

deutlichen Ausdünnung der Patientennachfrage bei den bislang die Versorgung sicherstellenden Vertragsärzten erfolgt. Mindestinhalt der Kooperationsvereinbarungen sind also die Vereinbarung zur „Rücküberweisung“ zum vertragsärztlichen Leistungserbringer und Fortsetzung der Behandlung nur nach erneuter Überweisung von dort aus. Einschränkungen durch den Grundsatz der freien Arztwahl (§ 76 Abs. 1 SGB V) sind damit zunächst nicht verbunden, da sich dieses Recht auf die vertragsärztlichen Leistungserbringer innerhalb der Zulassung gem. § 95 SGB V beschränkt. Zwar ist § 116b SGB V nach wie vor auch im § 76 Abs. 1 SGB V benannt, findet aber – selbst unterstellt, es finde weitere eine vertragsärztliche Versorgung im Rahmen des § 116b SGB V statt – seine Grenze in den inneren Begrenzungen des Status, also auch in den verpflichtenden Kooperationsvereinbarungen, soweit diese ein Überweisungserfordernis vorsehen.³⁰ Unabhängig davon darf die Rücküberweisung nicht zu Nachteilen für die Behandlung führen. Es ist also zu gewährleisten, dass die Behandlung nur dann durch den vertragsärztlichen Leistungserbringer fortgeführt wird, wenn die Struktur- und Prozessqualität ohne Abstriche gewahrt ist.

Die Verpflichtung, diesen Umstand zu regeln, führt zugleich zu der Notwendigkeit, die Schnittstellenproblematik zu berücksichtigen. Legitimiert ist der G-BA danach auch dazu, den sachgerechten Informationstransfer zur Vermeidung von Brüchen in der Versorgung zu definieren. Die deutliche gesetzliche Vorgabe des § 73 Abs. 1b S. 2 SGB V erlaubt den unmittelbaren Informationstransfer mit Zustimmung des Patienten. § 73 SGB V bezieht sich allerdings nur auf die Kassenärztliche Versorgung. Geht man konsequent von einem neuen Sektor aus, dem spezialfachärztlichen Versorgungsbereich, kann die Norm als Ermächtigungsgrundlage nicht dienen. Allenfalls analog wäre dies möglich. Dem steht allerdings die restriktive Rechtsprechung des BSG entgegen, die selbst die Zustimmung des Versicherten zum Umgang mit seinen Sozialdaten nicht ausreichen lässt, sondern ausdrücklich gesetzliche, „bereichsspezifische“ Regelungen verlangt.³¹ Die normative Grundlage zum Informationsaustausch hat mithin auch der G-BA zu schaffen und wird dies im Rahmen der ihm obliegenden Befugnisse auch vornehmen können.

Ebenso wie den Informationsaustausch kann der G-BA auch die Entscheidung über weitere Therapien - etwa bei off-label-use oder neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden - einem Abstimmungsmodus zwischen den beteiligten

Leistungserbringern unterwerfen. Abstimmungen erscheinen ferner immer dann sinnvoll, wenn Therapieentscheidungen getroffen werden.

Neben den inhaltlichen Vorgaben kann der G-BA darüber hinaus die zur Durchführung des Gesetzes erforderliche Informationsweitergabe vorsehen. Dies betrifft sowohl Informationspflichten hinsichtlich der vorgesehene Evaluation, als auch Auflagen hinsichtlich der Durchführung, Änderung oder Beendigung der Kooperationsvereinbarung.

b) Bilaterale Vertragsinhalte

Über die Vorgaben des G-BA hinaus können die Vertragspartner zusätzliche Inhalte vereinbaren. Denkbar wären dabei insbesondere Abreden über Vertragsstrafen oder pauschalierten Schadensersatz, wenn eine Vertragspartei ihrer Verpflichtung etwa zur Informationsweitergabe nicht oder nicht vereinbarungsgemäß nachkommt und dadurch vermeidbarer Aufwand - insbesondere Doppeluntersuchungen - entsteht. Die Regelungen erscheinen auch geboten, um die Kooperationsvereinbarung nicht zu einem bloßen Schubladenvertrag zu degenerieren. Es sind bekanntlich insbesondere im vertragsärztlichen Bereich zahlreiche Verträge vorhanden, die zwar unterzeichnet aber nicht durchgeführt werden.

Auf der anderen Seite sind Vergütungsvereinbarungen für die Einhaltung bestimmter Vorgaben denkbar, soweit dadurch nicht gegen geltendes Recht, etwa die Vorgaben der Musterberufsordnung der Ärzte, verstoßen wird.

Unabhängig davon können die Vertragsparteien über die durch den G-BA vorgegebenen Inhalte Abstimmungsprozeduren und Informationspflichten vereinbaren. Dies setzt wiederum allerdings eine Ermächtigungsnorm zum Informationsaustausch voraus.

Ergänzende Inhalte, wie Kündigungsfristen (soweit nicht § 627 BGB für eine angemessene Regelung gehalten wird), Streitschlichtungs- oder Schiedsgerichtsabreden und Heilungsvorschriften sind denkbar.

c) Nichterfüllung bzw. Vertragsbeendigung

Wird der Vertrag nicht erfüllt bzw. kurzfristig wieder beendet, stellen sich neben den bilateralen Fragen nach Vertragsstrafe, Unterlassung oder Schadensersatz

insbesondere die Frage nach der Konsequenz für die Zulassung zum spezialfachärztlichen Versorgungsbereich und die Abrechnungsfähigkeit der einzelnen Leistung an sich. Für die Berufsausübungsgemeinschaft hat das BSG bekanntlich festgelegt, dass nicht nur eine Genehmigung für die gemeinsame Berufsausübung vorliegen muss, sondern diese rechtmäßig erteilt worden sein muss und die tatsächliche Handhabung dem Vertragsinhalt zu entsprechen hat.³² Fehlt es an letzterem Merkmal, endet die Zulassung der Berufsausübungsgemeinschaft. Allerdings wird die Zulassung zum spezialfachärztlichen Versorgungsbereich nicht einer Kooperation erteilt, sondern den einzelnen Leistungserbringern. Selbst wenn also die Kooperationsvereinbarung faktisch nicht umgesetzt oder materiell wirksam beendet wird, beseitigt dies die Zulassung, also den Status, nicht, sondern nur die Voraussetzungen für die Zulassung, was durch den erweiterten Landesausschuss zu beantworten ist.

Etwas anderes kann sich für die einzelne Leistung ergeben. Schreibt der G-BA für die Behandlung von Erkrankungen in bestimmten Leistungsbereichen zwingend eine Kooperation vor und wird diese Leistungsverpflichtung nicht eingehalten, schließt dies die Leistungserbringung und Abrechnung im Rahmen der spezialfachärztlichen Versorgung aus, unabhängig davon, ob der Status besteht oder nicht.³³ Ob der Leistungserbringer die Leistungen dann im Rahmen der vertragsärztlichen Leistungserbringung oder als poststationäre Leistung vergütet erhält, ist separat zu bewerten.

IV. Fazit

Die Entwicklung des spezialärztlichen Versorgungsbereichs ist danach ambivalent zu betrachten. Sicherlich innovativ ist der Versuch, die Schnittstellenprobleme in der Versorgung durch Kooperationsvereinbarungen zwischen den Protagonisten in den Griff zu bekommen. Es hat sich gezeigt, dass der Wettbewerb um den Patienten nicht dazu geeignet ist, diese Schnittstellenprobleme zu beseitigen. Der gesetzgeberische Eingriff in die Vertragsautonomie ist deshalb logische Konsequenz und beendet im Ergebnis den Wettbewerb.

Gelingt dieser Eingriff trotz der erzwungenen vertraglichen Zusammenarbeit, wird dieser Kunstgriff über die spezialfachärztliche Versorgung hinaus auch für andere Schnittstellen erwogen werden können.

Ob es dafür stets eines neuen Versorgungsbereichs mit allen sich daraus ergebenden Regulationsnotwendigkeiten bedarf, wie sie nunmehr für die spezialfachärztliche Versorgung erkennbar und weitgehend umgesetzt sind, ist

allerdings fraglich. Bei dem hier nunmehr vorliegenden limitierten Anwendungsbereich der spezialfachärztlichen Versorgung ist dies zu bezweifeln. Die neu entwickelte Terminologie in Richtung eines eigenen Sektors schafft Probleme, ohne dass die dadurch geschaffene Wettbewerbsgleichheit diese Komplexität erzwingen. Faktisch ist im Ergebnis ohnehin durch jede Verpflichtung zur Kooperation der Wettbewerb um den Patienten deutlich reduziert.

Essen, 11.09.2012

Rechtsanwalt Dr. Roland Flasbarth
Sozietät Schmidt, von der Osten & Huber, Haumannplatz 28, 45130 Essen
Flasbarth@soh.de
www.soh.de

- ¹ Normativ-funktional: BSG, Urt. v. 6.2.2008 – GesR 2008, 260 ff.
- ² Siehe dazu die angesprochenen Fragen bei Penner, ZMGR, 2012, 16 ff.
- ³ Zur Entwicklung des § 116b SGB V detailliert Stollmann, NZS 2012, 485, 486.
- ⁴ Ähnlich Prütting, GesR 2012, 334, 336.
- ⁵ Siehe dazu Wagner/Wedehage, MedR 2007, 643 ff.
- ⁶ Siehe dazu das Sondergutachten 2012 des Sachverständigenrates für das Gesundheitswesen, Kurzfassung S. 83, 87.
- ⁷ BSG, Urt. v. 15.3.2012 – B 3 KR 13/11 R, KH 2012, 808, 809.
- ⁸ Ausführlich LSG NRW, Beschl. v. 9.2.2011 - MedR 2011, 317 ff.
- ⁹ Prütting, GesR 2012, 334, 336; Ähnlich LSG NRW, Beschl. v. 9.2.2011 - MedR 2011, 317 ff.
- ¹⁰ Ebenso Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff.
- ¹¹ Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff.
- ¹² Stollmann, NZS, 2012, 485 ff.
- ¹³ Siehe zur Klagebefugnis im Fall der Dispensierung vom Vertragserfordernis Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff. A.A. Penner, ZMGR 2012, 17, 24 ff; Stollmann, NZS 2012, 485.
- ¹⁴ Ein Vorverfahren ist gem. § 78 Abs. 1 Nr. 2 SGG nicht erforderlich.
- ¹⁵ Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff.
- ¹⁶ Ausführlich Penner, ZMGR 2012, 17, 23, 24.
- ¹⁷ Flasbarth, MedR 2009, 709 ff.
- ¹⁸ Kuhla, dK 2012, 463 ff.
- ¹⁹ Optimistisch allerdings nunmehr das Sondergutachten 2012 des Sachverständigenrates für das Gesundheitswesen, S. 87 ff.
- ²⁰ Dazu Rixen, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, 257 ff.
- ²¹ Henkel, Der Radiologe, 4/2012, S. 388
- ²² Dies übersieht Penner, ZMGR 2012, 16, 22, der allein auf die Situation der letzten Behandlung abstellt und deshalb Wertungswidersprüche erkennt, weil für Vertragsärzte Verpflichtungen zur Überweisung in bestimmte Krankenhäuser nicht vorgesehen werden.
- ²³ Kuhla, dK 2012, 463, 466; in diese Richtung auch Sondergutachten 2012 des Sachverständigenrates für das Gesundheitswesen, S. 87 ff – Effizienzvorteile verspricht sich der Sachverständigenrat vom gleichberechtigten Wettbewerb um Patienten und fordert ergänzend Selektivvertragsmodelle, um auch unter den Krankenkassen Wettbewerb um optimale Versorgungsstrukturen zu gestalten.
- ²⁴ Wie hier Stollmann, NZS 2012, 485 ff.
- ²⁵ Strenger noch Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff.
- ²⁶ Siehe dazu auch Penner, ZMGR 2012, 21, 22.
- ²⁷ Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2012, 77, 82 ff.
- ²⁸ GemSOGB, BGHZ 97, 120 ff
- ²⁹ BGH, GesR 2012, 107, 108.
- ³⁰ Hesral, in Schlegel/Voelzke (Hrsg.), JurisPK-SGB V, § 76 Rdnr. 18.
- ³¹ BSG, Urt. v. 10.12.2008 – MedR 2009, 685 ff.
- ³² BSG, Urt. v. 23.6.2010 – MedR 2011, 298ff.
- ³³ BSG, Urt. v. 23.6.2010 – MedR 2011, 298ff.