

## Abhandlungen

### Zur Vereinbarkeit der Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte gemäß §§ 101 bis 103 SGB V in der Fassung des Gesundheitsstrukturgesetzes mit höherrangigem Recht\*

von *Andreas Hänlein*

#### Übersicht

- A. Einleitung
  - B. Historischer Überblick
  - C. Regelungen des Gesundheitsstrukturgesetzes
  - D. Überprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG
    - I. Grundlegung
    - II. Grundrechtserheblichkeit der §§ 101 bis 103 SGB V n.F.
    - III. Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG in formaler Hinsicht
      - 1. Gesetzliche Vorgaben für die Bedürfnisprüfung
      - 2. Gesetzliche Vorgaben für die Bewerberauswahl
    - IV. Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG in sachlicher Hinsicht
  - E. Überprüfung an EG-rechtlichen Maßstäben
    - I. Berufsfreiheit
    - II. Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EWGV)
      - 1. Grundlegung
      - 2. Schutzintensität der Niederlassungsfreiheit
      - 3. Konsequenzen für die Zulassungsbeschränkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes
  - F. Zusammenfassung
- 1. Legitimität des Regelungszieles
  - 2. Geeignetheit der Zulassungsbeschränkungen
  - 3. Erforderlichkeit der Zulassungsbeschränkungen
  - 4. Zumutbarkeit der Zulassungsbeschränkungen

#### A. Einleitung

»So wird der Nachwuchs ausgesperrt«<sup>1</sup>. Dieser Kommentar zielt auf die Folgen der Zulassungsbeschränkungen für Kassenärzte, die mit dem Gesundheitsstrukturgesetz eingeführt wurden. Die Angst, schon die im Jahr 1993 wirksam werdenden Zulassungssperren würden Berufsanfängern weite Teile des Bundesgebietes versperren, führte zu einer Flut von Zulassungsanträgen im Januar 1993<sup>2</sup> (»Seehofersche Springflut«<sup>3</sup>). Es wird zu einer Vielzahl von Klagen ausgesperrter Berufsanwärter kommen. »Verfassungsklagen werden

\* Für seine Unterstützung bei der Materialbeschaffung und für die Bereitschaft zu eingehender Diskussion über die Vorstufen dieses Aufsatzes danke ich herzlich Herrn Rechtsanwalt *Holger Barth*, Freiburg.

1 Süddeutsche Zeitung vom 13.4.1993, S. 4.

2 Vgl. etwa Süddeutsche Zeitung vom 16./17.1.1993, S. 6: »Ansturm auf die eigene Praxis«.

3 Wie Fn. 1.

vorbereitet«<sup>4</sup>. Der Marburger Bund hat ein Gutachten vorlegen lassen, das die Zulassungssperren für verfassungswidrig hält.<sup>5</sup>

Aus diesem Anlaß sollen im folgenden die neuen Regeln auf ihre Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht überprüft werden. Vor dem Hintergrund eines historischen Überblicks werden die Regeln des Gesundheitsstrukturgesetzes kurz vorgestellt. Es folgt ihre eingehende Überprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG. Abschließend wird erörtert, ob sich dem EG-Recht eine weitere Meßlatte entnehmen läßt.

## B. Historischer Überblick<sup>6</sup>

Seit dem Beginn der gesetzlichen Krankenversicherung im Jahr 1883<sup>7</sup> haben die Versicherten gegen ihre Kasse einen Anspruch auf »ärztliche Behandlung«. Diesen Anspruch erfüllten die Kassen zunächst dadurch, daß sie sich Ärzte durch privatrechtliche Verträge verpflichteten, ihre Versicherten zu behandeln<sup>8</sup>. Das Gesetz enthielt über das Verhältnis zwischen Kassen und Ärzten keine Regelungen. Nachdem es anfangs für die Ärzteschaft wenig attraktiv erschienen war, sich als »Armenärzte« bei den Kassen zu verdingen, entdeckte sie angesichts der zunehmenden Zahl der gesetzlich Versicherten bald die Vorzüge der von den Kassen stammenden Einkünfte. Die erste Novelle zum Krankenversicherungsgesetz<sup>9</sup> räumte jedoch den Kassen ausdrücklich das Recht ein, die ärztliche Behandlung nur von seitens der Kassen zu bestimmenden Ärzten ausführen zu lassen. Reaktion auf die starke Stellung der Kassen war eine »gewerkschaftsähnliche Solidarisierung«<sup>10</sup> in der Ärzteschaft, die bisweilen in Gestalt von Ärztestreiks zu drastischen Aktionen führte. Im Jahr 1900 wurde der Hartmannbund (zunächst: Leipziger Verband) gegründet, zu dessen Zielen es gehörte, insbesondere den freien Zugang zur Kassenpraxis zu eröffnen.

Nachdem Versuche, die Beziehungen zwischen Kassen und Ärzteschaft auf der Basis von Kollektivverträgen zu regeln, gescheitert waren, beließ es auch die Reichsversicherungsordnung (RVO) vom 19.7.1911, deren krankenversicherungsrechtliche Regeln am 1.1.1914 in Kraft traten, bei dem bisherigen Rechtszustand. Daraufhin beschloß der Ärztetag vom 26.10.1913, »mit keiner Krankenkasse einen Vertrag abzuschließen und die kassenärztliche Versorgung aller früheren, wie auch der neu hinzutretenden Versicherten unbedingt abzulehnen«<sup>11</sup>. Die Krise wurde gelöst, indem sich die Spitzenverbände der Ärzte und die Krankenkassen auf das auf zehn Jahre befristete »Berliner Abkommen« vom 23.12.1913 einigten. Hiernach blieb es zwar bei dem zwischen Arzt und Kasse abzu-

4 So Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 4.2.1993, S. 14.

5 marburger bund, *Ärztliche Nachrichten*, 12.2.1993, S. 5.

6 Vgl. zum folgenden: *Peter Krause*, *Das Kassenarztrecht*, SGB. 1981, S. 404 ff.; *Theo Siebeck*, *Vertrags- und Vergütungssystem im Kassenarztrecht*, 1964.

7 »Gesetz betreffend die Krankenversicherung der Arbeiter« (KVG) vom 13.6.1883 (RGBl. 1883, S. 15 ff.).

8 Zum »Bezirksarztssystem« der Anfangszeit *Siebeck* (Fn. 6) S. 26.

9 Gesetz vom 10.4.1894, RGBl. 1894, S. 379.

10 *Krause* (Fn. 6), S. 405.

11 *Krause* (Fn. 6), S. 405 mit Fn. 33.

schließenden Einzeldienstvertrag, der nun jedoch auf der Grundlage eines Vertragsmuster abgeschlossen werden mußte, das von einem gemischt besetzten Vertragsausschuß entworfen wurde<sup>12</sup>. Ferner war vorgesehen, daß auf 1350 Versicherte mindestens ein Arzt in Dienst genommen werden sollte<sup>13</sup>. Im Jahr 1923 wurden die Regeln des »Berliner Abkommens« durch eine Notverordnung in die RVO übernommen<sup>14</sup>.

Zu einer grundlegenden Neugestaltung des Kassenarztwesens kam es - im Zusammenhang mit der Weltwirtschaftskrise - in den Jahren 1930 bis 1934. Zwischen Kasse und Arzt wurden die »Kassenärztlichen Vereinigungen« geschaltet, als deren Mitglieder die Kassenärzte nunmehr an der Versorgung der Versicherten teilnahmen. Die Kassenärztlichen Vereinigungen schlossen nun mit den Kassen kollektive Verträge<sup>15</sup>. Die Ärzte rechnen seitdem nicht mehr unmittelbar mit der Kasse ab. Vielmehr zahlt die Kasse auf kollektivvertraglicher Grundlage eine sogenannte »Gesamtvergütung« an die Kassenärztliche Vereinigung, die diese unter Berücksichtigung der erbrachten Einzelleistungen an ihre Mitglieder verteilt. Zur Entlastung der Kassen wurde die Verteilungsmasse in Gestalt der Gesamtvergütung nicht an den tatsächlich erbrachten Einzelleistungen ausgerichtet. Die Höhe der Gesamtvergütung wurde vielmehr nach einem Kopfpauschale und der Mitgliederzahl bestimmt<sup>16</sup>. Im Ansatz wurde die Höhe des Pauschalbetrages auf der Grundlage des durchschnittlichen Jahresbedarfs für ein Mitglied im Jahr 1930 bzw. 1931 bestimmt. Änderungen dieses Ausgangswertes waren (nur) möglich entsprechend der Entwicklung des Grundlohnes (§ 26 der Vertragsordnung vom 30.12.1931<sup>17</sup>; § 368e RVO i.d.F. der Verordnung über kassenärztliche Versorgung vom 14.1.1932<sup>18</sup>; §§ 1 und 4 des Abkommens über die kassenärztlichen Vergütungen vom 6.7.1932<sup>19</sup>), was damals zu einer Absenkung des Kopfpauschales führte<sup>20</sup>. Zu dem neuen Kassenarztssystem sollte ein Arzt auf 600 Versicherte zugelassen werden. Es war u.a. diese Herabsetzung der Verhältniszahl, die jetzt allerdings als Höchstzahl gemeint war, ein Grund, weshalb die Ärzteschaft dem Systemwechsel zugestimmt hatte<sup>21</sup>.

An dieses System knüpfte der Gesetzgeber in den fünfziger Jahren mit dem »Gesetz über Kassenarztrecht« (GKAR) vom 17.8.1955<sup>22</sup> an<sup>23</sup>. Geändert wurde die Verhältniszahl, indem nun ein Kassenarzt auf 500 Versicherte zugelassen werden sollte. Bedeutsa-

12 *Siebeck* (Fn. 6), S. 13.

13 *Krause* (Fn. 6), S. 405.

14 Zur Entwicklung in den Jahren 1920 bis 1930 *Krause* (Fn. 6), S. 405 f.; *Siebeck* (Fn. 6), S. 13 - 16, 29 - 31.

15 *Siebeck*(Fn. 6), S. 16 f.

16 Das neue System wurde mit den Notverordnungen vom Dezember 1931 und vom Januar 1932 eingeführt, vgl. *Krause* (Fn. 6), S. 406 m.N. Zu dem neuen Vergütungssystem *Siebeck* (Fn. 6), S. 32 - 35.

17 RGBl. 1932, I S. 2.

18 RGBl. 1932, I S. 19.

19 DOK 1932, Sp. 757 - 761.

20 *Siebeck* (Fn. 6), S. 34; *Arnold Hess/Robert Venter*, Das Gesetz über Kassenarztrecht, 1955, S. 38.

21 *Sauerborn*, Kassenärztereht in der Entwicklung, BArBl., 1953, S. 212 ff.

22 BGBl. 1955, I S. 513.

23 Zur Entwicklung während der Zeit des Nationalsozialismus und in den ersten Nachkriegsjahren *Krause* (Fn. 6), S. 407 f.

me Änderungen ergaben sich ferner für die Berechnung der Gesamtvergütung, deren Anpassung nicht mehr entscheidend von der Höhe des Grundlohns abhängig war. Sogar während der Laufzeit eines Vertrages war nunmehr eine Anpassung an eine »Vermehrung oder Verminderung der kassenärztlichen Leistungen« vorgesehen (§ 368 f Abs. 2 Nr. 2 RVO i.d.F. des GKAR). Damit hatte sich der Charakter des Kopfpauschale entscheidend verändert<sup>24</sup>. Darüber hinaus wurde die Berechnung der Gesamtvergütung nach Einzelleistungen zur Wahl gestellt (§ 368 f Abs. 3 RVO i.d.F. GKAR). Auf diese Berechnungsmethode, die es gestattet, die Verteilungsmasse offen an den erbrachten Leistungen auszurichten, wurde in der Zeit von 1965 bis 1976 allgemein umgestellt<sup>25</sup>. Damit war das Morbiditätsrisiko auf die Kassen verlagert!

Im Entwurf eines Krankenversicherungsneuregelungsgesetzes aus dem Jahr 1959<sup>26</sup> war die Beseitigung der Verhältniszahl als Bedarfsplanungsinstrument vorgesehen. Diesen Schritt vollzog dann jedoch das *Bundesverfassungsgericht* in seinem bedeutsamen »Kassenarzturteil« vom 23.3.1960. Das Gericht erklärte die Regelung über die Verhältniszahl in § 368 a Abs. 1 Satz 1 RVO aufgrund von Verfassungsbeschwerden junger Ärzte für nichtig, da sie mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar sei<sup>27</sup>.

Nachdem das System von 1931 hinsichtlich der Berechnung der Gesamtvergütung schon stark verwässert worden war, hatte das *Bundesverfassungsgericht* durch Abschaffung der Zulassungsbeschränkung »einen Eckpfeiler aus dem überkommenen Kassenarztsystem herausgebrochen«<sup>28</sup>. Das Gericht hatte sich im Jahr 1960 nicht davon überzeugen können, daß die freie Kassenzulassung existenzgefährdende Mehrbelastungen für die Kassen zeitigen werde<sup>29</sup>.

In den Jahrzehnten seither hat sich die Zahl der Kassenärzte mehr als verdoppelt. War das *Bundesverfassungsgericht* noch von 36 973 zugelassenen Ärzten am 1.1.1959 ausgegangen, stieg die Zahl über 47 000 im Jahr 1971, 62 000 im Jahr 1984 auf 74 063 im Jahr 1991 in den alten Bundesländern<sup>30</sup>. Besonders stark nahm die Ärztedichte in städtischen und anderen attraktiven Regionen zu. Parallel stiegen die Ausgaben der Kassen für die ambulante ärztliche Versorgung beträchtlich: von 1,874 Mrd DM im Jahr 1960 auf 20,295 Mrd. DM im Jahr 1986<sup>31</sup>.

24 Siebeck (Fn. 6) S. 41: »... denn das Kopfpauschale neuer Art ist mit dem alten Kopfpauschale nicht identisch.«

25 Krause (Fn. 6) S. 408 bei Fn. 91; Rolf Liebold/Thomas Zalewski, Kassenarztrecht, Band I, 5. Aufl., 27. Lieferung, 9/92, C 85-19 (zit.: Heinemann/Liebold).

26 BR-Drucks. 363/59.

27 Zu diesem Urteil weiter unten (sub D I) Näheres.

28 Siebeck (Fn. 6), S. 49.

29 BVerfGE 11, 30 (45); bemerkenswert ist, daß das Gericht bei seiner Gefahrenprognose den Wandel bei der Berechnung der Gesamtvergütung nicht wahrgenommen zu haben scheint. Dies läßt jedenfalls die Auffassung vermuten, daß »theoretisch (...) die Kassen von einer vermehrten Zulassung von Kassenärzten überhaupt unberührt (bleiben); lediglich der Anteil des einzelnen Arztes an der Gesamtvergütung würde sich im Durchschnitt vermindern« (BVerfGE ebd. 46 f.). In der Kassenzahnarztentscheidung (BVerfGE 12, 144) wird die schon damals bei Zahnärzten übliche Berechnung der Gesamtvergütung nach Einzelleistungen deswegen für unschädlich gehalten, weil man zum Zahnarzt nur gehe, wenn es nötig sei.

30 Angaben im Regierungsentwurf zum Gesundheitsstrukturgesetz BT-Drucks. 12/3209, S. 51.

31 Ebda.

Diese Entwicklung veranlaßte den Gesetzgeber zunächst zu einem vorsichtigen Gegensteuern, indem er zum 1.1.1977 ein Instrumentarium zur Bedarfsplanung einführte. Als stärkste Maßnahme gab er den Partnern der Kollektivverträge die Möglichkeit zur Hand, im Falle einer *Unterversorgung* in gewissen Regionen in anderen Gegenden Zulassungsbeschränkungen anzuordnen<sup>32</sup>. Das »Gesetz zur Verbesserung der kassenärztlichen Bedarfsplanung« aus dem Jahr 1986 räumte den Gremien der Ärzte und Krankassen darüber hinaus das Recht zur Anordnung von Zulassungsbeschränkungen in Fällen kassenärztlicher *Übersorgung* ein. Allerdings: *Übersorgung* konnte nur dann angenommen werden, wenn der »bedarfsgerechte Versorgungsgrad um wenigstens 50 vom Hundert überschritten« war. Außerdem mußten 50 % der Planungsbereiche offengehalten werden<sup>33</sup>. An diesem System änderte das Gesundheits-Reformgesetz des Jahres 1989 nur insofern etwas, als es die Ersatzkassen einbezog und die Vorschriften über die Bedarfsplanung in das neue SGB V übernahm<sup>34</sup>. Der Bedarfsplanungsmechanismus zielte nur auf regionale Umverteilung von Kassenärzten ab, nicht auf echte Kostendämpfung. Aus Kostendämpfungsgründen wurde seit 1977 das System der Berechnung der Gesamtvergütung nach Einzelleistungen von den Vertragspartnern wieder verlassen<sup>35</sup>. Seither wurde teilweise mit Mischsystemen operiert. Übergangsweise, nämlich während der Erprobungsphase des neuen »Einheitlichen Bewertungsmaßstabes« (»EBM - 1987«) von 1987 bis März 1990, war ein Kopfpauschalssystem vereinbart<sup>36</sup>. Seitdem wird in unterschiedlichem Umfang wieder nach Einzelleistungen berechnet<sup>37</sup>. In einer »gemeinsamen Bundesempfehlung« vom 15.2.1990 bekräftigen die Spitzengremien des Kassenarztsystems dementsprechend die Absicht, »zur Errechnung der ärztlichen Vergütung nach Einzelleistungen zurückzukehren«<sup>38</sup>.

32 §§ 368 Abs. 4, 368 c Abs. 2 Nr. 1, 368 p Abs. 7, 368 n Abs. 7 Satz 2, 368 r RVO i.d.F. des Krankenversicherungs-Weiterentwicklungsgesetzes vom 28.12.1976, BGBl. I, S. 3871.

33 § 368 t RVO i.d.F. des »Gesetzes zur Verbesserung der kassenärztlichen Bedarfsplanung« vom 19.12.1986, BGBl. I, S. 2593.

34 §§ 99 bis 105 SGB V i.d.F. des GRG.

35 *Heinemann/Liebold* (Fn. 25), C 85-20.

36 »Strukturierte Kopfpauschalvergütung«; vgl. *Heinemann/Liebold* (Fn. 25), A 129, C 85 - 29/30.

37 *Heinemann/Liebold* (Fn. 25), A 129: »Die 'schützende Glocke' [u.a. für die Kassen vor übermäßigen Mehrforderungen] wurde nach Erprobung und mehrfacher Nachbesserung des EBM '87 wieder angehoben. Am weitesten ging die KV Nordwürttemberg und die dortigen Betriebskrankenkassen, die für alle rund 1850 Leistungen des EBM feste Einzelleistungsvergütungen vereinbarten. So schwingt das Pendel zwischen Pauschal- und Einzelleistungsvergütung seit etwa 70 Jahren hin und her.«

38 »Gemeinsame Bundesempfehlung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, K.d.ö.R., und der Spitzenverbände der Krankenkassen vom 15.2.1990 zur Weiterentwicklung der Vergütungsvereinbarung in der Zeit vom 1.1.1990 bis zum 31.12.1991 und zur Anwendung des Gesundheitsreformgesetzes«, abgedruckt bei *Heinemann/Liebold* (Fn. 25), Band II, G 26.

C. Regelungen des Gesundheitsstrukturgesetzes

»Union und FDP (hatten) 1988 wider besseres Wissen das von Blüm vorgelegte Gesundheitsreformgesetz durch faule Kompromisse verwässert und damit strukturelle Eingriffe in das fehlgesteuerte System verhindert«<sup>39</sup> mit der Folge gravierender Defizite in der Krankenversicherung in den Jahren 1991 und 1992. Im Jahr 1992 belief sich das Defizit der Krankenkassen in den westlichen Bundesländern auf rund 9 Mrd. DM<sup>40</sup>

Gans anders erging es dem Konzept, das Bundesgesundheitsminister *Horst Seehofer* erst wenige Wochen im Amt - Anfang Juni 1992 vorlegte. Bereits am 7.9.1992 brachte die Bundesregierung den »Entwurf eines Gesetzes zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz 1993)« in den Bundestag ein<sup>41</sup>. Verhandlungen mit der SPD-Fraktion im Oktober führten zu einem Kompromiß, der dem Bundestag am 5.11.1992 als gemeinsamer Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und FDP unterbreitet wurde<sup>42</sup>. Am 9.12.1992 beschloß der Bundestag das Gesetz ungeachtet einstimmiger verfassungsrechtlicher Bedenken des Rechtsausschusses betreffend die darin vorgesehenen Zulassungsbeschränkungen<sup>43</sup>. Am 18.12.1992 stimmte der Bundesrat zu. Am 1.1.1993 trat das Gesetz in Kraft<sup>44</sup>.

Ein Bestandteil der Reform sind erheblich verschärfte Zulassungsbeschränkungen für jetzt sogenannte Vertragsärzte<sup>45</sup>. Ab 1.1.1999 erfolgt die Zulassung aufgrund von Verhältniszahlen, die gesetzlich festgelegt werden. Zulassungsanträge von Ärzten, die zu einer Überschreitung der Verhältniszahl führen, müssen dann von den für die Kassenarztzulassung zuständigen Zulassungsausschüssen abgelehnt werden (§ 102 SGB V).

In den Jahren 1993 bis 1998 haben die Bundesausschüsse der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Krankenkassen Verhältniszahlen zu beschließen, die der Feststellung eventueller Überversorgung dienen. Überversorgung ist jedoch jetzt schon dann anzunehmen, wenn der bedarfsgerechte Versorgungsgrad um 10 % überschritten ist. Die Überversorgung ist von den zuständigen Landesausschüssen nicht mehr auf Antrag, sondern von Amts wegen festzustellen. Bei festgestellter Überversorgung müssen (bisher: können) Zulassungsbeschränkungen angeordnet werden, ohne daß - wie bisher - 50 % der Planungsbereiche offengehalten werden müßten (§§ 101 und 103 SGB V). Zulas-

39 Süddeutsche Zeitung vom 3.6.1991, S. 3.

40 Süddeutsche Zeitung vom 11.3.1993, S. 21; in der Süddeutschen Zeitung vom 17.2.1993, S. 28 ist von einem Defizit in Höhe von rund 10 Mrd. DM die Rede.

41 BT-Drucks. 12/3209.

42 BT-Drucks. 12/3608.

43 Stellungnahme des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 25.11.1992; Drucksache des Ausschusses für Gesundheit 12/0514.

44 Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz - GSG) vom 21.12.1992, BGBl. 1992 I S. 2266; zum Inkrafttreten: Art. 35.

45 Das SGB V spricht jetzt nicht mehr von der »kassenärztlichen«, sondern von der »vertragsärztlichen« Versorgung. Der Begriff umfaßt die Versorgung durch die früheren sog. »RVO-Kassen« (§ 225 RVO) und durch die Ersatzkassen; vgl. die neue Überschrift des Ersten Titels des Zweiten Abschnitts im Vierten Kapitel des SGB V (ab § 72 SGB V). Im weiteren Text ist daher nicht mehr von »Kassenärzten« sondern von »Vertragsärzten« die Rede. Vgl. zur neuen Terminologie auch BT-Drucks. 12/3608, S. 83.

sungsanträge, die bis zum 31.1.1993 gestellt wurden, fallen noch nicht unter die verschärften Regeln (Art. 33 § 3 GSG).

D. Überprüfung am Maßstab des Art. 12 Abs. 1 GG

I. Grundlegung

Art. 12 I GG gewährt allen Deutschen das Recht, ihren Beruf frei zu wählen. Die Berufsausübung - so heißt es weiter - kann nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden. Es war gerade das Gesundheitswesen, das dem *Bundesverfassungsgericht* Gelegenheit gab, die Tragweite dieses Rechts als vom Gesetzgeber zu beachtendes Grundrecht zu entfalten. Am Beginn der Rechtsprechung steht das berühmte Apothekenurteil: Auf die Verfassungsbeschwerde eines bayerischen Apothekers hob das Gericht eine Regelung des damaligen Bayerischen Apothekengesetzes auf, die die Neuzulassung einer Apotheke vom Vorhandensein eines Bedürfnisses abhängig gemacht hatte. Das *Bundesverfassungsgericht* betonte, es handele sich bei Art. 12 GG um ein echtes Grundrecht des einzelnen Bürgers, »das seiner Idee nach mit der Entfaltung der menschlichen Persönlichkeit zusammenhäng(e) und das eben deshalb auch praktisch von größter Bedeutung für die gesamte Lebensgestaltung jedes einzelnen sei<sup>46</sup>. Deshalb müßten gesetzlichen Eingriffen grundsätzlich enge Grenzen gezogen werden.

Hierzu werden folgende Grundsätze entwickelt: Entgegen seinem Wortlaut räumt das Grundgesetz dem Gesetzgeber Eingriffsmöglichkeiten nicht nur in bezug auf die *Berufsausübung* ein. Art. 12 Abs. 1 GG ist vielmehr als ein einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit in dem Sinn aufzufassen, daß sich der Regelungsvorbehalt «dem Grunde nach» auch auf die *Berufswahl* erstreckt. Dem Wortlaut des Abs. 1, demzufolge die Berufswahl «frei» ist und lediglich die Berufsausübung regelungsfähig, ist jedoch zu entnehmen, daß der Gesetzgeber um so stärker beschränkt ist, je stärker er in die Freiheit der Berufswahl eingreift. Hiervon ausgehend entwickelt das Gericht seine bekannte »Stufenlehre«, die dem Gesetzgeber unterschiedliche Regelungsspielräume zubilligt, je nachdem ob sich eine Regelung auf die »Stufe«<sup>47</sup> der Berufsausübung oder auf diejenige der Berufswahl bezieht, wobei weiter danach unterschieden wird, ob eine Regelung subjektive Voraussetzungen für die Aufnahme eines Berufes vorsieht, oder aber solche Voraussetzungen, deren »Erfüllung ... dem Einfluß des einzelnen schlechthin entzogen« ist. Solche sog. objektiven Zulassungsvoraussetzungen wirkten dem Sinn des Grundrechts entgegen und würden als umso schwerer empfunden, »je länger und je fachlich spezialisierter die Vor- und Ausbildung war, je eindeutiger also mit der Wahl dieser Ausbildung dieser konkrete Beruf gewählt wurde«<sup>48</sup>. Die Gefahr sachfremder, also unzulässiger Motive liege bei derartigen Regelungen besonders nahe - vor allem das Motiv des Konkurrenzschutzes der bereits im Beruf Tätigen<sup>49</sup>. An den Nachweis der Notwendigkeit einer

46 BVerfGE 7, 377 (400) - Apothekengesetz.

47 BVerfGE 7, 377 (405).

48 BVerfGE 7, 377 (407).

49 BVerfGE 7, 377 (408).

solchen Freiheitsbeschränkung müssen daher besonders strenge Anforderungen gestellt werden: »Im allgemeinen wird nur die Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut diesen Eingriff in die freie Berufswahl legitimieren können«<sup>50</sup>.

Zur Überwachung der Einhaltung dieses Verfassungsgebotes sieht sich das Gericht als befugt an. Es prüft bei der Anordnung objektiver Zulassungsbeschränkungen, ob ein überragendes Gemeinschaftsgut gefährdet ist, ob die gesetzliche Regelung zur Gefahrenabwehr geeignet ist und ob der Gesetzgeber die Gefahr nicht mit Regelungen auf einer vorausgehenden Stufe hätte bekämpfen können<sup>51</sup>.

In seiner späteren Rechtsprechung hat das *Bundesverfassungsgericht* zu diesen sachlichen Anforderungen an berufsregelnde Gesetze noch Anforderungen formaler Natur gestellt. Art. 12 Abs. 1 GG gestattet es dem Gesetzgeber, Regelungsbefugnisse zu delegieren. Ermächtigt er zum Erlaß von Rechtsverordnungen, obliegt es ihm nach Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG, Inhalt, Zweck und Ausmaß der Ermächtigung selbst zu bestimmen. Überträgt er entsprechende Befugnisse an autonome Körperschaften, indem er etwa Berufsverbänden des öffentlichen Rechts Satzungsgewalt verleiht, gilt Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG freilich nicht unmittelbar. Trotzdem darf sich der Gesetzgeber seiner Regelungsbefugnis nicht vollständig entäußern. Er muß vielmehr nach ständiger, mit dem sog. Facharztbeschluss<sup>52</sup> einsetzender Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen. Die Wesentlichkeit beurteilt das Gericht in entsprechender Anwendung der Stufenlehre des Apothekenurteils<sup>53</sup> nach der Intensität des Eingriffs. Dementsprechend muß der Gesetzgeber die Grundzüge von Berufswahlregelungen selbst treffen<sup>54</sup>. Allenfalls die Regelung von »Einzelfragen fachlich-technischen Charakters« kann insoweit delegiert werden<sup>55</sup>. Eine gesetzliche Regelung wird freilich - entsprechend der Judikatur zu Art. 80 Abs. 1 Satz 2 GG<sup>56</sup> - schon dann als ausreichend angesehen, wenn sich die erforderlichen Vorgaben durch Auslegung dem Gesetz entnehmen lassen<sup>57</sup>. Wird die Zulassung eines Berufsanwärters vom Vorhandensein eines Bedürfnisses abhängig gemacht, muß mithin dem Gesetz selbst zu entnehmen sein, nach welchen Maßstäben eine zulassungshinderliche Überversorgung zu messen ist<sup>58</sup>. Nötig sind darüber hinaus gesetzliche Grundlagen, die für die Besetzung frei werdender Stellen Auswahlmaßstäbe und ein Auswahlverfahren bereitstellen<sup>59</sup>.

50 *BVerfGE* 7, 377 (408).

51 *BVerfGE* 7, 377 (409).

52 *BVerfGE* 33, 125 - Facharzt -; vgl. etwa auch *BVerfGE* 80, 1 (20 f.); 80, 124 (132); 83, 130 (142 und 151 f.).

53 *BVerfGE* 33, 125 (160).

54 *BVerfGE* 33, 125 (160,163).

55 *BVerfGE* 33, 125 (160).

56 *BVerfGE* 80, 1 (20 f. m.w.N.).

57 *BVerfGE* 82, 209 (224 f.) - Krankenhausplan

58 Vgl. *BVerfGE* 82, 209 (225); das Gericht hat es in diesem Beschlusse akzeptiert, daß sich im Krankenhausfinanzierungsgesetz lediglich allgemeine Planungsgrundsätze für die Krankenhausbedarfsplanung finden.

59 *BVerfGE* 73, 280 (295) - Notarassessor.

II. Grundrechtserheblichkeit der §§ 101 bis 103 SGB V n.F.

Die verfassungsrechtliche Prüfung setzt mit der Frage ein, ob und auf welcher Stufe die Zulassungsbeschränkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes den Schutzbereich des Grundrechts berühren. Im Kassenzurteil ist das *Bundesverfassungsgericht* in einer ersten Überlegung davon ausgegangen, die Tätigkeit als Kassenzurteil sei kein eigener Beruf, da diese Tätigkeit »im ganzen« derjenigen des nicht zugelassenen, frei praktizierenden Arztes gleich komme. Regelungen betreffend die Zulassung als Kassenzurteil sind auf dieser Grundlage innerhalb der Sphäre des Berufes »frei praktizierende Ärzte« angesiedelt und demnach als »Berufsausübungsregelungen« aufzufassen<sup>60</sup>. Gleichwohl räumt das Kassenzurteil dem Gesetzgeber nicht die weitgehende Regelungsbefugnis ein, über die er sonst bei der Regelung von Berufsausübungsfragen verfügt. Da rund 80 % der Bevölkerung von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßt würden, sei die Kassenzurteilzulassung für den Arzt wirtschaftlich derart bedeutsam, daß erst sie ihm die Verwirklichung seines Berufes ermögliche. Die freie Praxis sei im allgemeinen lediglich eine zusätzliche Einkommensquelle<sup>61</sup>. Wenn die Kassenzulassung von einer Verhältniszahl abhängig gemacht werde, komme die Wirkung der Regelung einer objektiven Zulassungsbeschränkung »nahe«, so daß sie nur gerechtfertigt sei, »wenn sie durch besonders wichtige Interessen der Allgemeinheit gefordert (werde), die anders nicht geschützt werden könn(t)en« vor mit einiger Sicherheit voraussehbaren erheblichen Gefahren<sup>62</sup>.

Seit dem Kassenzurteil ist der von der gesetzlichen Krankenversicherung erfaßte Anteil der Bevölkerung noch weiter gestiegen. In den alten Bundesländern dürfte er nun ca. 90 % betragen<sup>63</sup>. Damit ist für den Berufsanfänger der Betrieb einer freien Praxis ohne Kassenzulassung noch unrealistischer geworden. Man muß wohl deshalb heute formulieren, daß die Bindung von Kassenzulassungen an Verhältniszahlen einer Beschränkung der Berufswahl durch objektive Zulassungsbeschränkungen der Wirkung nach nicht nur nahe, sondern gleich kommt. Damit kann der Änderung der Verhältnisse durch eine Verschärfung des verfassungsrechtlichen Maßes Rechnung getragen werden. Der Sache nach macht dies keinen Unterschied zu dem Vorschlag, angesichts geänderter Verhältnisse nunmehr vom Beruf des Kassenzurteiltes als eigenständigem Beruf zu sprechen<sup>64</sup>.

Die unmittelbare Bindung der Kassenzulassung an vom Gesetzgeber vorgegebene Verhältniszahlen ab 1.1.1999 durch § 102 SGB V beeinträchtigt mithin die Berufsfreiheit zwar auf der Stufe der Berufsausübung, ist jedoch nach dem strengen Maßstab für objektive Zulassungsbeschränkungen zu überprüfen. Fraglich ist, ob für die Regelungen der Übergangszeit (§§ 101, 103 SGB V) etwas anderes gilt, weil sich »bis zum Jahre 1998 (...)

60 *BVerfGE* 11, 30 (42) - Kassenzurteil.

61 *BVerfGE* 11, 30 (44).

62 *BVerfGE* 11, 30 (44 f.); dieselbe Argumentation findet sich zum Beruf des Krankenhausbetreibers in der Entscheidung zum Krankenhausplan; *BVerfGE* 82, 209 (229 f.).

63 *Rolf Stober*, Kassenzurteilliche Bedarfsplanung und Freiheit der Berufsausübung, *MedR* 1990, S. 10 (12; Fn. 24: Hinweis auf BT-Drucks. 10/5630).

64 So *Axel Azzola/Adalbert Podlech*, Die Zulassungsbeschränkung als Instrument ärztlicher Berufssteuerung?, *ZfSH/SGB* 1985, S. 241 (242).

alle Ärzte, die sich heute noch in der klinischen Ausbildung bef(i)nden, niederlassen (können) (und) lediglich die Ortswahl (...) eingeschränkt« ist<sup>65</sup>.

Es ist allerdings schon diese Prognose skeptisch zu beurteilen. So gehen die Verfasser des Regierungsentwurfs offenbar von anderen Annahmen aus, wenn sie die Beseitigung des bisherigen § 102 Abs. 2 Satz 4 SGB V (Freihalten von 50 % der Planungsbereiche) damit begründen, daß sich ausschließlich umverteilende Maßnahmen gegen die zunehmende Überversorgung nicht als wirksam erwiesen hätten<sup>66</sup>. Dementsprechend wird im Bundesministerium für Gesundheit erwartet, daß in ganz Deutschland Überversorgung schon vor dem 1.1.1999 eintreten werde<sup>67</sup>. Nachdem der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen im März 1993 auf der Grundlage des Gesundheitsstrukturgesetzes neue Verhältniszahlen beschlossen hat<sup>68</sup>, wird damit gerechnet, daß im Jahr 1994 in den alten Bundesländern nur ca. 7000 Plätze zur Verfügung stehen werden<sup>69</sup>. Demgegenüber sollen sich derzeit ca. 60.000 bis 70.000 junge Ärzte in den alten Bundesländern in der Facharztweiterbildung befinden<sup>70</sup>. Angesichts dieser Zahlen ist anzunehmen, daß es schon lange vor dem Jahr 1999 Zulassungsbeschränkungen im gesamten Bundesgebiet geben wird.

Im übrigen ändert die Möglichkeit, in Regionen ohne Zulassungsbeschränkungen auszuweichen, nichts an der soeben entwickelten Einordnung der Zulassungsbeschränkungen. Das *Bundesverfassungsgericht* hat in seinem Beschluß zum Mühlengesetz dem Gesetzgeber ausdrücklich vorgehalten, daß die freie Berufswahl auch die Befugnis umfasse, den Beruf des selbständigen Mühlenunternehmers an jedem gewünschten Ort aufzunehmen<sup>71</sup>. Demzufolge könnten etwa vorhandene regionale Ausweichmöglichkeiten, sollte es sie wider Erwarten noch für längere Zeit geben, erst bei der Frage nach der Zumutbarkeit des Eingriffs in das Grundrecht der Berufsfreiheit bedeutsam werden<sup>72</sup>.

Die Zulassungsbeschränkungen bei Überversorgung beeinträchtigen nach allem die Berufsfreiheit zulassungswilliger Ärzte derart gravierend, daß sie sich nach den Kriterien beurteilen lassen müssen, die für objektive Zulassungsbeschränkungen gelten.

65 So der Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 12/3937, S. 16.

66 BT-Drucks. 12/3209, S. 51.

67 *Manfred Zipperer*, Wichtige strukturelle Änderungen für Ärzte, Zahnärzte und Versicherte im Gesundheitsstrukturgesetz, NZS 1993, S. 53 (55); die Begründung des Regierungsentwurfs, NZS 1993, S. 53 (55); die Begründung des Regierungsentwurfs geht davon aus, »daß sich ab 1996 die strukturellen Wirkungen des vorgesehenen § 101 entfalten werden«, BT-Drucks. 12/3209, S. 54.

68 Siehe hierzu: marburger bund, Ärztliche Nachrichten, vom 26.3.1993, S. 12 (»Neue Meßzahlen beschlossen«).

69 So die Schätzung des Verbandes der Angestelltenkrankenkassen, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 11.3.1993, S. 21; vgl. auch: marburger bund, Ärztliche Nachrichten, 5.3.1993, S. 6 (»Hochrechnungen beweisen: Kaum noch Niederlassungen möglich.«); *Süddeutsche Zeitung* vom 13.7.1993, S. 13: »In fast allen Teilen Bayerns: Niederlassungssperre für Ärzte.«

70 Nach Angaben des »Marburger Bundes«, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 4.2.1993, S. 14.

71 *BVerfGE* 25, 1 (19) - Mühlengesetz.

72 Vgl. etwa *Rüdiger Breuer*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhoff* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Band VI, *Freiheitsrechte*, 1989, § 148, Rdnr. 68, S. 927.

### III. Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG in formaler Hinsicht

Fraglich ist zunächst, ob die Einschränkungen der Berufsfreiheit den formalen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG Rechnung tragen.

#### 1. Vorgaben für die Bedürfnisprüfung

Ab dem 1.1.1999 wird die Zulassung aufgrund noch gesetzlich festzulegender Verhältniszahlen erfolgen. Zulassungsanträge, die zu einer Überschreitung der Verhältniszahl führen, sind von den für die Zulassung zuständigen sog. »Zulassungsausschüssen« (§ 96 SGB V) abzulehnen. Mit dieser Regelung des neu gefaßten § 102 SGB V über die sog. »Bedarfszulassung« kündigt der Gesetzgeber an, daß er es selbst zahlenmäßig festzulegen gedenkt, wieviele Vertragsärzte notwendig sind. Delegationsprobleme stellen sich insoweit nicht.

Für die Zeit bis 1998 hat das Gesundheitsstrukturgesetz das »Überversorgungsinstrumentarium« verschärft, das - jedenfalls bisher - lediglich auf die Umverteilung von Anwärtern in nicht überversorgte Gebiete abzielte. In diesem Zusammenhang finden sich Verhältniszahlen nicht im Gesetz. Vielmehr obliegt den Landesausschüssen der Ärzte und Krankenkassen (§ 90 SGB V) die Feststellung, ob Überversorgung vorliegt, die sie zur Anordnung von Zulassungsbeschränkungen nötigt (§ 103 Abs. 1 SGB V). Die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen hindert den Zulassungsausschuß, Zulassungsanträgen stattzugeben.

Überversorgung ist anzunehmen, »wenn der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad (gemeint: in einem Planungsbereich) um 10 vom Hundert überschritten ist« (§ 101 Satz 2 SGB V). Entscheidend ist mithin als Bezugsgröße der »allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad«. Die Regelungen, die seine Feststellung betreffen, sind wenig klar geraten. Das Gesetz weist zunächst den Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen (§ 91 SGB V) an, in »Richtlinien« - das dem Bundesausschuß gemäß § 92 SGB V zu Gebote stehende Instrument - Bestimmungen über einheitliche Verhältniszahlen für den allgemeinen bedarfsgerechten Versorgungsgrad zu beschließen (§ 101 Satz 1 SGB V). Nähere Vorgaben finden sich in § 101 Sätze 2 und 3 SGB V: »Der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad ist erstmals bundeseinheitlich zum Stand vom 31. Dezember 1990 zu ermitteln. Bei der Ermittlung des Versorgungsgrades ist die Entwicklung des Zugangs zur vertragsärztlichen Versorgung seit dem 31. Dezember 1980 arztgruppenspezifisch angemessen zu berücksichtigen.«

Was hiermit gemeint ist, erhellt die Begründung des Gesetzes, demzufolge es sich um eine Aktualisierung des bisher geltenden Rechts in der Weise handle, daß die bisherigen Verhältniszahlen durch Verhältniszahlen zum Stand 31. Dezember 1990 ersetzt würden<sup>73</sup>. Bisher lautete die Vorschrift über die Verhältniszahlen: »Die Verhältniszahlen ... sind erstmals nach dem bundeseinheitlichen Versorgungsstand vom 31. Dezember 1980 arztgruppenbezogen im Verhältnis der Zahl der zugelassenen Kassenärzte zur Bevölkerung zu ermitteln« (§ 102 Abs. 2 Satz 1 SGB V a.F.). Auf dieser Grundlage hatte der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen am 12.1.1989 Bedarfsplanungs-

73 BT-Drucks. 12/3209, S. 50.

richtlinien erlassen, die beispielsweise für Allgemeinärzte die Verhältniszahl 1/2460 vorsahen<sup>74</sup>. Der Ausschuß ist also davon ausgegangen, daß es am 31.12.1980 auf 2 460 Einwohner einen Allgemeinarzt gab. Diese Zahl war dann Ausgangspunkt für die Feststellung eventueller Überversorgung nach näherer Bestimmung des § 102 Abs.2 SGB V a.F. Die bisherigen Verhältniszahlen, etwa die Zahl »2 460«, sollen nach der Gesetzesbegründung nunmehr durch Zahlen zum Stand 31.12.1990 ersetzt werden. Damit ist offenbar gemeint, daß der Versorgungsgrad zu eben diesem Zeitpunkt als bedarfsgerecht gesetzt wird, wobei der Bundesausschuß lediglich noch auf statistischer Grundlage arztgruppenspezifisch zu ermitteln hat, wieviele Einwohner am 31.12.1990 auf einen Kassenarzt entfielen. Der Gesetzgeber hat mithin dem Ausschuß im Ansatz eine einfache Rechenregel vorgeschrieben<sup>75</sup>. Es schließt sich der weitere einfache, dem Landesausschuß obliegende, Rechenschritt an, den Wert »110 % der Verhältniszahlen« zu ermitteln, dessen Überschreitung zur Annahme von Überversorgung im Planungsbezirk führt. Nach dieser Konzeption des Gesetzes hat der Gesetzgeber den Institutionen des Kassenarztsystems keinen nennenswerten eigenen Handlungsspielraum mehr belassen, sondern selbst die Vorgaben festgelegt. Damit ist den formalen Anforderungen des Art. 12 Abs. 1 GG insoweit genügt<sup>76</sup>.

## 2. Vorgaben für die Bewerberauswahl

Bewerben sich nach dem 1.1.1999 mehr Bewerber um freie Vertragsarztstellen, als zugelassen werden können, muß der Zulassungsausschuß notwendig eine Auswahl treffen. Maßstäbe und Verfahrensregelungen finden sich in der als Ankündigungsvorschrift gemeinten<sup>77</sup> Regelung des § 102 SGB V nicht. Wird diese Unterlassung nicht behoben, steht die Bewerberauswahl im Belieben des Zulassungsausschusses. Dies wäre mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Auch eine Anleitung der Zulassungsausschüsse durch die Zulassungsverordnung des Bundesministers für Gesundheit (§ 98 SGB V) würde mangels gesetzlicher Vorgaben den Verfassungsverstoß nicht beheben können.

Mit dem entsprechenden Problem in der Übergangszeit bis zum Jahr 1998 befaßt sich das Gesetz allerdings: Endet die Zulassung eines Vertragsarztes in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, ist zweierlei denkbar. Es kann beabsichtigt sein, daß die Praxis von einem Nachfolger fortgeführt werden soll. Dieser Fall ist eingehend in § 103 Abs. 4 SGB V geregelt - eine Vorschrift, durch die der frühere § 16c der Zulassungsverordnung für Kassenärzte in modifizierter Fassung in Ge-

74 Bedarfplanungs-Richtlinien-Ärzte vom 12.1.1989 sub D 2, BArbBl. 1989, Heft 4, S. 162.

75 Im März 1993 hat der Bundesausschuß in Anwendung dieser Regel für große Städte im Hinblick auf Allgemeinärzte die Verhältniszahl 1/2269 festgelegt (Badische Zeitung vom 11.3.1993, S. 22). Erstmals hat jetzt der Ausschuß das Bundesgebiet in Regionalklassen aufgeteilt und in Abhängigkeit von der Regionalklasse unterschiedliche Meßzahlen festgesetzt. Dies Verfahren soll nach Hochrechnungen des Marburger Bundes die Niederlassungsmöglichkeiten stärker einschränken als bundeseinheitliche Meßzahlen (vgl. marburger bund, Ärztliche Nachrichten vom 5.3.1993, S. 6). Die Frage, ob die neue Verfahrensweise vom Gesetz gedeckt ist, soll hier nicht vertieft werden.

76 Ebenso zum bisherigen Recht *Matthias Schnath*, Bedarfplanung und Konkurrenzschutz im Kassenarztrecht, 1992, S. 160 gegen *Stober* (Fn. 63), S. 18.

77 So jedenfalls der Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drucks. 12/3937, S. 16.

setzesrang erhoben wird<sup>78</sup>. Es ist dem Zulassungsausschuß ein Ausschreibungs- (Satz 1) und ein Auswahlverfahren (Satz 3) vorgeschrieben. Die Auswahl ist nach pflichtgemäßem Ermessen (Satz 3) unter Beachtung verschiedener Auswahlkriterien (Eignung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit, eventuelle Verwandtschafts- oder bisherige Anstellungsverhältnisse, Satz 4). Ferner ist die Dauer der Eintragung des potentiellen Erwerbers auf der von der Kassenärztlichen Vereinigung zu führenden Warteliste zu berücksichtigen (§ 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V). Diese Regelung dürfte Art. 12 Abs. 1 GG in formaler Hinsicht gerecht werden.

Soll die Praxis nicht weitergeführt werden, etwa weil sich wegen Überschuldung kein Käufer finden wird, endet die Zulassung (§ 95 Abs. 7 Satz 1 SGB V). Enden Zulassungen auf diese Weise, kann sich bestehende Überversorgung abbauen. Wird die kritische Prozentzahl (110 %) unterschritten, hat der Landesausschuß die Zulassungsbeschränkungen aufzuheben (§ 103 Abs. 3 SGB V). Nun kann es sich ergeben, daß eine beschränkte Zahl von Zulassungen möglich wird, um die sich ein Überschuß von Anwärtern bewerben mag. Diese Konstellation kann ebenso entstehen, wenn sich die Zahl der Zulassungen der 110-%-Grenze nähert, ohne daß zuvor schon einmal Überversorgung festgestellt gewesen wäre. So oder so: Die Notwendigkeit in solcher Lage zu selektieren, was von Verfassungen wegen gesetzlich strukturiert zu geschehen hat, sieht das Gesetz nicht. Auch die Regelung über die Warteliste wird vom Gesetz nur auf die Fälle der Praxisübernahme bezogen (§ 103 Abs. 5 SGB V). Damit genügt es insoweit nicht den aus Art. 12 Abs. 1 GG zu entnehmenden formalen Anforderungen.

#### *IV. Anforderungen des Art 12 Abs. 1 GG in sachlicher Hinsicht*

In sachlicher Hinsicht müssen die Zulassungsbeschränkungen geeignet, erforderlich und zumutbar sein, um schwere Gefahren von einem Gemeinschaftsgut abzuwenden, dem überragende Bedeutung zukommt.

##### 1. Legitimität des Regelungszieles

Dem Gesundheitsstrukturgesetz geht es darum, der expansiven Ausgabenentwicklung in der gesetzlichen Krankenversicherung entgegenzusteuern, um gefährliche Belastungen der Arbeitnehmer und Betriebe - insbesondere angesichts der Belastungen durch den Aufbau der neuen Bundesländer und angesichts der Herausforderungen durch den europäischen Binnenmarkt - zu vermeiden<sup>79</sup>. Anders ausgedrückt: Es soll die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung erhalten werden<sup>80</sup>. Die Institution der gesetzlichen Krankenversicherung ist verfassungsrechtlich verankert im Sozialstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 1 GG. Ihre Existenz und ihre Finanzierbarkeit wird daher allgemein als ein

<sup>78</sup> Vgl. hierzu BT-Drucks. 12/3608, S. 99.

<sup>79</sup> BT-Drucks. 12/3209, S. 38; gleichlautend BT-Drucks. 12/3608, S. 97.

<sup>80</sup> BT-Drucks. 12/3209, 51.

wichtiges Gemeinschaftsgut angesehen, das grundsätzlich auch gravierende Eingriffe in die Freiheit der Berufswahl rechtfertigen kann<sup>81</sup>.

## 2. Geeignetheit der Zulassungsbeschränkungen

Die Begrenzung der Zahl der Vertragsärzte ist im Blick auf das Regelungsziel dann als geeignetes Mittel zu beurteilen, wenn schwere Gefahren für die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung auf die Anzahl der zugelassenen und zulassungswilligen Ärzte zurückzuführen sind. Die gesetzliche Krankenversicherung hatte im Jahr 1991 Ausgaben in Höhe von 158,9 Mrd. DM mit der Folge, daß der durchschnittliche Beitragssatz bei 12,6 % bzw. 12,7 % lag<sup>82</sup>. Die Kassen erwirtschafteten im Jahr 1992 ein Defizit von rund 9 Mrd. DM<sup>83</sup>. Insbesondere unter Berücksichtigung der Kosten für den Aufbau der neuen Bundesländer - die damit einhergehende bzw. bevorstehende hohe Abgabenlast läßt weitere Beitragserhöhungen in der gesetzlichen Krankenversicherung als kaum mehr vertretbar erscheinen - gefährdet diese Ausgabenentwicklung die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung erheblich.

Erhebliche Ausgabensteigerungen gab es auch im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung, wo die Ausgaben von 22,7 Mrd. DM im Jahr 1990 auf 26,7 Mrd. DM im Jahr 1991 stiegen<sup>84</sup>. Neben diesem auf den ersten Blick - etwa im Vergleich zu den Krankenhauskosten i.H.v. 49 Mrd. DM im Jahr 1991<sup>85</sup>- relativ geringen Kostenanteil der Arztkosten - sind die von den Kassenärzten veranlaßten Leistungen zu bedenken: Vor allem die Abgabe von Arzneimitteln (1991: 24,4 Mrd. DM), die Inanspruchnahme von Heil- und Hilfsmitteln und Kuren (1991: 9,5 Mrd. DM) wie auch von Krankenhausbehandlung hängen von ärztlicher Verordnung ab (§ 73 Abs. 2 Nr. 9 SGB V). Das Volumen der von den Ärzten veranlaßten Leistungen beträgt das Vier- bis Fünffache ihres Honorars<sup>86</sup>. Man sagt deshalb, daß »der Kassenarzt den Schlüssel des Kassenschanks (...) in der Hand hält«<sup>87</sup>.

Die Entwicklung der Ausgaben für ärztliche und ärztlich veranlaßte Leistungen hat allerdings verschiedene Ursachen. Von großer Bedeutung ist beispielsweise die Veränderung des Altersaufbaus der Bevölkerung. Die - kostenintensive - geriatrische Versorgung erlangt ein immer größeres Gewicht<sup>88</sup>. Diesbezügliche Defizite in der medizinischen Ausbildung führen in großem Umfang zu überflüssiger Diagnostik und inadäquater Behandlung<sup>89</sup>. Ebenso sind Ausbildungsdefizite im pharmakologischen Bereich verantwort-

81 *BVerfGE* 82, 209 (230); 70, 1 (29); vgl. auch Endbericht der *Enquete-Kommission »Strukturreform der gesetzlichen Krankenversicherung«* BT-Drucks. 11/6380 (nachfolgend zitiert als »Endbericht«), S. 53 (Nr. 9); ferner *Schnath* (Fn. 76), S. 141; *Wolfgang Riefner*, Das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung (Gesundheitsstrukturgesetz), *NJW* 1993, S. 753 (754).

82 BT-Drucks. 12/3209, S. 39.

83 *Süddeutsche Zeitung* vom 11.3.1993, S. 21.

84 BT-Drucks. 12/3209, 39.

85 BT-Drucks. 12/3209, 39.

86 »Endbericht« (Fn. 81), S. 58.

87 *Krause* (Fn. 6), S. 411.

88 »Endbericht« (Fn. 81), S. 54 (Nr. 22).

89 »Endbericht« (Fn. 81), S. 55 (Nr. 24).

lich für den starken Einfluß der Werbung der Arzneimittelhersteller und das entsprechend verbreitete, unrationelle Verschreibungsverhalten<sup>90</sup>. Andererseits wird in der Begründung des Gesundheitsstrukturgesetzes mit Recht darauf hingewiesen, daß auch das Überangebot von Kassenärzten Folgen für die Ausgabenentwicklung hat<sup>91</sup>. Aufgrund seiner »Definitionsmacht über das Kranksein«<sup>92</sup> hat es der Arzt in der Hand, den Behandlungsbedarf selbst festzulegen. Bei starker Konkurrenz verführt dies zu (nicht indizierten) Gefälligkeitsleistungen, -verschreibungen und -überweisungen<sup>93</sup>. Ein weiterer Anreiz zu unwirtschaftlichem Verhalten bei rauen Marktbedingungen besteht in dem System der Abrechnung nach Einzelleistungen<sup>94</sup>.

Festzuhalten bleibt, daß die Gefahren für die Finanzen der Kassen von der hohen Anzahl der zugelassenen und potentiell zulassungswilligen Kassenärzte *mitverursacht* sind. Die Einschätzung des Gesetzgebers, Zulassungsbeschränkungen seien ein taugliches Mittel, den Gefahren zu wehren, erscheint mithin - soweit die Mitverursachung reicht - als plausibel<sup>95</sup>.

### 3. Erforderlichkeit der Zulassungsbeschränkungen

Erforderlich sind die scharfen Zulassungsbeschränkungen, wenn die gebotene Kostensenkung nicht ebensogut mit Maßnahmen erreicht werden kann, die das Grundrecht der Berufsfreiheit weniger beeinträchtigen.

Das Gesundheitsstrukturgesetz hält einen Strauß sonstiger Kostendämpfungsmaßnahmen bereit, die sich auf die ambulante ärztliche Versorgung beziehen. Die Zahl der Vertragsärzte wird - auf der Ebene der Zulassung - durch die Einführung einer *Altersgrenze* reduziert: Nach § 95 Abs. 7 Satz 2 SGB V endet die Zulassung am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Arzt das achtundsechzigste Lebensjahr vollendet. Freilich: Die geplante Altersgrenze bei Erreichen des fünfundsechzigsten Lebensjahres<sup>96</sup> konnte nicht durchgesetzt werden. Weitere Neuerungen betreffen die Ebene der Berufsausübung. Das *Volumen der Arzthonorare* wird nunmehr von Gesetzes wegen konsequent »gedeckt«. Die Gesamtvergütungen dürfen nur noch entsprechend dem Zuwachs der beitragspflichtigen Einnahmen der Mitglieder steigen (§ 85 Abs. 3 a bis 3 c SGB V). Damit ist der Gesetzgeber zum - neben der Verhältniszahl - zweiten Element des Systems von 1931 zurückgekehrt. Freilich: Dies gilt nur für die Jahre 1993 bis 1995. Und: Gewisse Leistungen bleiben teilweise »entdeckelt« (§ 85 Abs. 3 a Sätze 6 und 7 SGB V n.F.<sup>97</sup>).

Auf den Umfang der veranlaßten Leistungen zielt die *Budgetierung der Ausgaben für Arznei-, Verband- und Heilmittel* ab. § 84 SGB V sieht erstmals vor, daß auf Landesebene »ein Budget als Obergrenze für die insgesamt von den Vertragsärzten veranlaßten Ausgaben für Arznei-, Verband- und Heilmittel« zu vereinbaren ist. Für das Jahr 1993 und

90 »Endbericht« (Fn. 81), S. 59 (Nm. 56 u. 57).

91 BT-Drucks. 12/3209, S. 52.

92 »Endbericht« (Fn. 81), S. 58 (Nr. 51).

93 »Endbericht« (Fn. 81), S. 62 (Nr. 84).

94 »Endbericht« (Fn. 81), S. 58 (Nr. 52).

95 Ähnlich *Schnath* (Fn. 76), S. 141 - 145.

96 BT-Drucks. 12/3209, S. 8 und 49; so auch schon »Endbericht« (Fn. 81), S. 72 (Nr. 192).

97 Vgl. demgegenüber § 85 Abs. 3 a i.d.F. des Regierungsentwurfs, BT-Drucks. 12/3209, S. 7.

für die Zeit bis zum Abschluß einer Vereinbarung wird das Budget vom Gesetz selbst - in Art. 29 GSG - festgelegt - und zwar im Grundsatz auf das Ausgabenvolumen des Jahres 1991. In den folgenden Jahren haben die Vertragspartner das Budget auf dieser Grundlage fortzuschreiben (§ 84 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V). Überschreitungen des Budgets, die nicht im Folgejahr ausgeglichen werden können, führen - und das soll schmerzen - zu einer entsprechenden Verringerung der Gesamtvergütung, also der in einem Bezirk für alle Ärzte zur Verfügung stehenden Verteilungsmasse (§ 84 Abs. 1 Satz 6 SGB V; für 1993: Art. 29 Abs. 3 und 4 GSG). Freilich: Den Vertragspartnern wird die Möglichkeit eingeräumt, ab dem 1.1.1994 (im Entwurf: ab 1.1.1995!<sup>98</sup>) das Budget auszusetzen (§ 84 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Voraussetzung ist, daß gültige »Richtgrößenvereinbarungen« für 1993 und 1994 getroffen worden sind (§ 84 Abs. 4 Satz 2 SGB V).

Auf diese Weise wird die Anwendung eines schon vom GRG eingeführten Instruments der Wirtschaftlichkeitskontrolle des Verschreibungsverhaltens wahrscheinlich gemacht: Nach § 84 SGB V (a.F.) hatten die Partner der Gesamtverträge Richtgrößen für das Volumen verordneter Leistungen zu vereinbaren, deren Überschreitung eine artzbezogene Wirtschaftlichkeitsprüfung und gegebenenfalls (auf Antrag) Sanktionen gegen den Arzt auslösen sollte (§ 106 Abs. 2 Nr. 2 und Abs. 5 SGB V a.F.). Zum Abschluß der erforderlichen Richtgrößenvereinbarungen war es - mit Ausnahme der Bezirke Nordbaden und Hessen<sup>99</sup> - nicht gekommen, da - wie es in der Begründung des Regierungsentwurfs zurückhaltend heißt - »Interessengegensätze den Abschluß von Vereinbarungen durch die Selbstverwaltung verhindert« haben<sup>100</sup>. Die Richtgrößen sollen sich an den Volumenvorgaben der Budgets, die sie ablösen, orientieren (§ 84 Abs. 4 Satz 5 SGB V). Ihre Überschreitung um bestimmte Prozentsätze löst nunmehr zwingend artzbezogene Überprüfungen bzw. Erstattungspflichten aus (§ 106 Abs. 5 a SGB V). Den Aufsichtsbehörden wurde das Recht eingeräumt, von sich aus Schiedsverfahren einzuleiten, falls Vereinbarungen wie solche betreffend die Richtgrößen einfach nicht abgeschlossen werden (§ 89 Abs. 1 a SGB V<sup>101</sup>). Ob die Richtgrößenkontrolle in gleicher Weise wirksam sein kann wie die Budgetierung, an deren Stelle sie treten soll, erscheint gleichwohl fraglich.

In der Begründung zum GSG wird die Auffassung vertreten, alle diese Maßnahmen reichten nicht aus. Veränderungen im Vergütungssystem hätte sich als nicht hinreichend wirksam erwiesen. Da bei Beschränkungen der Gesamtvergütung der Punktwert für die einzelnen Leistungen sinke, kompensiere der einzelne Arzt den hieraus folgenden Verlust durch Leistungsausweitungen, wodurch zwangsläufig auch der Umfang der veranlaßten Leistungen steige. Auch Wirtschaftlichkeitsprüfungen - auf der Grundlage von Durchschnittswerten bzw. als Stichprobenprüfungen - könnten nur begrenzte Wirkung erzielen<sup>102</sup>.

98 BT-Drucks. 12/3209, S. 6.

99 Mangold, Das kommt auf die Ärzte 1993 zu, ÄBW 1992, S. 625 (627).

100 BT-Drucks. 12/3209, S. 38.

101 Vgl. hierzu BT-Drucks. 12/3209, S. 48.

102 BT-Drucks. 12/3209, S. 53 f.

Diese Ausführungen wecken Skepsis. Derart konsequent wie durch das Gesundheitsstrukturgesetz ist die Gesamtvergütung bisher noch nicht gedeckelt worden<sup>103</sup>. Insbesondere die strikte Bindung der Veränderung der Gesamtvergütung an die Lohnentwicklung von Gesetzes wegen ist neu. Im Hinblick auf die Verteilung der Gesamtvergütung wird die in den Gesetzgebungsmaterialien betonte Gefahr der Leistungsausweitung als Folge der Abrechnung nach Einzelleistungen wohl durch die teilweise Zurückdrängung dieses Abrechnungsmodus bereits ein Stück weit entschärft (vgl. § 87 Abs. 2 a SGB V). Übergangen wird in der Begründung des Regierungsentwurfs in diesem Zusammenhang vor allem, daß angesichts der vom Gesundheitsstrukturgesetz gleichzeitig eingeführten Budgetierung der Ausgaben der Arznei-, Verband- und Heilmittel die befürchtete Kompensation im Bereich der veranlaßten Leistungen erheblich erschwert wird. Die Wirksamkeit der Budgetierung läßt sich bereits nach wenigen Monaten an den Krisenmeldungen etwa im Pharmabereich ablesen: Im Frühjahr 1993 finden sich in kurzen Abständen Meldungen über drastische Umsatzeinbußen vieler Hersteller<sup>104</sup>. Die Medikamentenausgaben haben sich im ersten Quartal 1993 um etwa 20 bis 25 % verringert. Entsprechende Umsatzeinbußen gibt es bei den Heilmitteln Massage und Krankengymnastik<sup>105</sup>.

Was schließlich die Effektivität von Wirtschaftlichkeitskontrollen angeht, deren Sabotage durch die Selbstverwaltung die Begründung des Gesetzes an anderer Stelle selbst beklagt<sup>106</sup>, wird im Zusammenhang der Erörterung von Alternativen zu den Zulassungsbeschränkungen kein Wort auf die nun (vielleicht) erstmals greifbaren Richtgrößenprüfungen verloren (§ 106 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, Abs. 5 a SGB V n.F.), die an anderer Stelle immerhin als »dauerhaft wirksamer Steuerungsmechanismus« bezeichnet werden<sup>107</sup>.

Die Kostendämpfungspolitik der vergangenen Jahre war eben keineswegs so konsequent, wie die Entwurfsbegründung vorgibt: Die Sparansätze des Gesundheitsreformgesetzes wurden teils schon im Vorfeld, teils im Gesetzgebungsverfahren verwässert. Seine Umsetzung ließ u.a. aufgrund der fragwürdigen Umorganisation des zuständigen Ministeriums und seiner Besetzung zu wünschen übrig<sup>108</sup>.

Es erscheint nach allem wenig einleuchtend, daß es schon jetzt nötig sein soll, jungen Ärzten ihre Lebensperspektive zu verstellen, ohne erst ein denkbare Greifen der neuen Sparinstrumente abzuwarten. Es kommt hinzu, daß in puncto Altersgrenze, Deckelung der Honorare und Verschreibungsbudget leicht noch schärfere Maßnahmen hätten ergriffen werden können<sup>109</sup>, wie schon die Preisgabe von Positionen im Gesetzgebungsverfahren zeigt.

103 So auch die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 12/3209, S. 42.

104 Vgl. etwa: Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 5.4.1993, S. 22: »Gehe (AG) spürt Folgen der Gesundheitsreform«.

105 Süddeutsche Zeitung vom 11.3.1993, S. 21.

106 BT-Drucks. 12/3209, S. 38 und 48.

107 BT-Drucks. 12/3209, S. 43.

108 Vgl. Franz Knieps, Die AOK im neuen Ordnungssystem der GKV, DOK 1993, S. 152 (155).

109 So auch Rüfner (Fn. 81), S. 754; Rüfner sieht eine mögliche Alternative in der »Budgetierung der Arzthonorare auf Dauer, möglicherweise mit Ausschluß der Honorierung nach Einzelleistungen«. Vgl. insoweit jetzt § 87 Abs. 2a SGBV.

Festzuhalten bleibt mithin vorerst, daß an der Erforderlichkeit der §§ 101 bis 103 SGB V erhebliche Zweifel bestehen<sup>110</sup>.

#### 4. Zumutbarkeit der Zulassungsbeschränkungen

In einem letzten Schritt prüft das *Bundesverfassungsgericht*, ob sich die Freiheitsbeschränkung im Rahmen einer Gesamtabwägung mit den betroffenen Gemeinschaftsinteressen für die Betroffenen als zumutbar herausstellt<sup>111</sup>. An dieser Stelle wurde bei der Überprüfung des Mühlengesetzes darauf abgehoben, daß die freiheitsbeschränkende Wirkung des Mülenerrichtungsverbotens angesichts des hohen Kapitalaufwandes für die Errichtung einer neuen Mühle vor allem »ideeller Natur« sei<sup>112</sup>. Ganz anders verhält es sich bei Ärzten, denen reale Berufschancen verbaut werden. Wie schon oben<sup>113</sup> deutlich wurde, dürfte das Gewicht dieses Eingriffs auch kaum durch regionale Ausweichmöglichkeiten gemildert werden. Es ist deshalb das Grundrecht der Berufsfreiheit mit seinem vollen Gewicht in die Waagschale zu werfen.

In jüngster Zeit versuchen allerdings einige Autoren die Bindungen des Gesetzgebers im Bereich des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung zu lockern. Bei der Zulassung eines Leistungserbringers zur gesetzlichen Krankenversicherung soll es »nicht um originäre Freiheit, sondern primär um Teilhabe - Teilhabe an den Entgeltleistungen der GKV« gehen<sup>114</sup>. Der Sinn des Grundrechts der Berufsfreiheit könne nur durch seine Erweiterung zum Teilhaberecht gewahrt werden. Die Änderung der Schutzrichtung müsse jedoch durch eine Erleichterung der Rechtfertigungsfähigkeit von Grundrechtseingriffen kompensiert werden<sup>115</sup>. Diese Argumentation geht zurück auf einen Festschriftbeitrag von *Harald Bogs*, dem es allerdings mehr um die grundrechtsdogmatische Deutung des Kassenarzturnteils ging als darum, die von diesem Urteil hochgehängte Maßlatte abzusenken<sup>116</sup>.

Ein gewisses Gewicht gewinnt die skizzierte These durch Beschlüsse des *Bundesverfassungsgerichts*, die Eingriffe des Gesetzgebers in das an sich den Leistungserbringern und Kassen anvertraute Gefüge der Preise für Gesundheitsleistungen unter Hinweis darauf gebilligt haben, daß die Leistungserbringer an dem umfassenden sozialen Leistungssystem der gesetzlichen Krankenversicherung beteiligt seien, das aus Beiträgen finanziert

110 Ebenso *Peter Wigge*, Kassenarztrecht im Wandel, SGB. 1993, S. 158 (160 f.).

111 BVerfGE 25, 1 (22 f.); 82, 209 (230 f.).

112 BVerfGE 25, 1 (22).

113 Sub D II bei Fn. 67.

114 *Ingwer Ebsen*, Bedarfsorientierte Regulierungen der Zulassung von Leistungserbringern zur Gesetzlichen Krankenversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, ZSR, 1992, S. 328 (334).

115 *Ebsen* (Fn. 114), bes. Fn. 34; vgl. auch *Schnath* (Fn. 76), S. 140 - 148.

116 *Harald Bogs*, Freie Zulassung zum freiberuflichen Kassenarztamt unter dem Bonner Grundgesetz, in: Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 51 ff.; auf S. 76 heißt es etwa, das behauptete subjektive Teilhaberecht aus Art. 12 GG müsse in seiner inhaltlichen Stärke dem subjektiven Abwehrrecht aus demselben Grundrecht nahezu gleichkommen. Die Vermutung für die Freiheit aus diesem Grundrecht, welche gegen übermäßig steuernde, also dirigistische Eingriffe des Gesetzgebers stets bereit gehalten werden müsse, bestehe also trotz überlagernder Amtsrechtssphäre des Kassenarztes prinzipiell fort.

werde und größere wirtschaftliche Sicherheit vermittele als ein freies Konkurrenzsystem<sup>117</sup>. Soweit die Anbieter in das öffentlich-rechtlich ausgestaltete Vertragssystem eingebunden seien, unterlägen sie deshalb in erhöhtem Maße der Einwirkung sozialstaatlicher Gesetzgebung<sup>118</sup>.

Der Gedankengang überzeugt jedoch nur in dem Bereich, für den er entwickelt worden ist. Es ging in diesen Entscheidungen um Vergütungsregelungen, die als *Berufsausübungsregelungen* anzusehen waren und Anbieter belasteten, die andererseits aus ihrer Teilnahme an dem von vornherein gerade nicht freien Markt erhebliche Vorteile ziehen können. Bei der Zulassung von Kassenärzten geht es jedoch gerade um den *Zugang* zu diesem Markt, der für den einzelnen existenznotwendig ist, d.h. notwendig, um seinen »Existenzsinn«<sup>119</sup> zu finden. Hier benötigt der einzelne den uneingeschränkten Schutz des Grundrechts. Mit Recht ist daher für das Zulassungswesen entschieden davor gewarnt worden, dem Gesetzgeber mit dem Schlüssel des Teilhabedenkens einen größeren Gestaltungsspielraum zu eröffnen<sup>120</sup>.

In den Gesetzesmaterialien zum Gesundheitsstrukturgesetz findet sich die verwandte These, die Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gehe bei der Regelung der kassenärztlichen Tätigkeit weiter als bei anderen freien Berufen, da »freiberufliche Elemente durch Elemente eines staatlich gebundenen Berufes überlagert« seien<sup>121</sup>. Auch diese These findet nur auf den ersten Blick in der Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts* eine Stütze. Erstmals im Apothekerurteil hat das Gericht die These aufgestellt, staatlich gebundene Berufe, die durch öffentlich-rechtliche Bindungen an den öffentlichen Dienst herangeführt seien, könnten unter Umständen in Anlehnung an Art. 33 GG Sonderregelungen unterworfen werden, die die Wirkung des Grundrechts aus Art. 12 GG zurückdrängen könnten<sup>122</sup>. Auf diese Weise wird in späteren Entscheidungen die staatliche Festsetzung der Zahl der Notarstellen gerechtfertigt<sup>123</sup>. Selbst wenn man die Figur des »staatlich gebundenen Berufs« nicht von vornherein verwirft<sup>124</sup>, gilt für das hier in Rede stehende Kassenarztrecht, daß das *Bundesverfassungsgericht* den Beruf des Kassenarztes gerade *nicht* als »staatlich gebundenen Beruf« eingeordnet hat. Entscheidend ist dem Kassenarzturteil zufolge, daß die Tätigkeit des Kassenarztes auch im Rahmen dieses Systems freiberuflich bleibt<sup>125</sup>. Die Aufgaben des Kassenarztes sind eben nicht wie diejenigen des Notars »originäre Staatsaufgaben«<sup>126</sup>. Sein Grundrecht ist daher nicht schon vorab durch die staatliche Organisationsgewalt eingeschränkt.

117 *BVerfGE* 70, 1 (30 f.) - Heil- und Hilfsmittelberufe; 68, 193 (221) - Zahntechniker.

118 *BVerfGE* 70, 1 (31); 68, 193 (220 f.).

119 Vgl. die Formulierung in *BVerfGE* 16, 286 (297) - Chefarztbeteiligung.

120 *Bertram Schulin*, Die Freiheit des Berufs im Sozialrecht, *SGb.* 1989, S. 94 (102).

121 *BT-Drucks.* 12/3209, S. 53; vgl. auch S. 49; so offenbar auch *Bernd v. Maydell* auf einer Tagung der Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung; vgl. *DOK* 1993, S. 81 (83); ferner *Ebsen* (Fn. 114), S. 331 - 333.

122 *BVerfGE* 7, 377 (398); zur Herkunft dieses topos vgl. etwa *Breuer* (Fn. 72) § 147, Rdnr. 49.

123 *BVerfGE* 17, 371 (376 ff.); 73, 280 (292).

124 So aber *Breuer* (Fn. 72), § 147, Rdnr. 51, und *Rupert Scholz*, in: *Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz*, Grundgesetz, Kommentar, Art. 12 Rdnr. 223.

125 *BVerfGE* 11, 30 (40, 41); vgl. ferner die Betonung der Freiberuflichkeit des Kassenarztes in *BVerfGE* 16, 286 (294 und 298).

126 Zum Notar *BVerfGE* 73, 280 (292).

Es erscheint äußerst erstaunlich, daß in der Gesetzesbegründung schlichtweg und apodiktisch das Gegenteil behauptet wird. Dies nötigt zu der Feststellung, daß die Begründungsverfasser die Tragsweite des Grundrechts der Berufsfreiheit schon im Ansatz verkannt haben. Ein solcher Fehlgriff der am Gesetzgebungsverfahren Beteiligten besagt allerdings nicht ohne weiteres, daß das Gesetz verfassungswidrig wäre. Es wird die These vertreten, daß es bei der verfassungsgerichtlichen Kontrolle des Gesetzgebers (nur) um die Kontrolle des Gesetzes als Ergebnis des Verfahrens gehe<sup>127</sup>. Die Diagnose der groben Grundrechtsfehlschätzung in der Gesetzesbegründung, die auch vom Ausschluß für Gesundheit nicht korrigiert wurde<sup>128</sup>, verdichtet jedoch im Falle des Gesundheitsstrukturgesetzes den aus der bisherigen Analyse folgenden starken Verdacht zu der Gewißheit, daß die in Rede stehenden Vorschriften des Gesundheitsstrukturgesetzes vorschnell - und der Wirkung nach zum Vorteil der bereits Niedergelassenen<sup>128a</sup> - beschlossen wurden und gerade nicht, jedenfalls noch nicht erforderlich waren. Achtung seines Prognosespielraums kann der Gesetzgeber nur beanspruchen, wenn er bei derart gravierenden Grundrechtseingriffen seinerseits die gebotene Achtung vor der Wertigkeit des Grundrechts erkennen läßt<sup>129</sup>.

## E. Überprüfung an EG-rechtlichen Maßstäben

### I. Berufsfreiheit

Als Kontrollmaßstab könnte man zum einen an das EG-rechtliche Grundrecht der Berufsfreiheit denken, das vom *Europäischen Gerichtshof* gerade jüngst wieder bestätigt worden ist. Der *Europäische Gerichtshof* hat entschieden, er habe das Recht auf freie Berufsausübung zu wahren, welches Grundrecht jedoch Beschränkungen unterworfen werden könne, sofern diese dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und der Eingriff nicht unverhältnismäßig sei<sup>130</sup>. Diese Rechtsprechung<sup>131</sup> bezweckt jedoch, eine Grundrechtsbindung der Gemeinschaftsorgane herbeizuführen<sup>132</sup>. Soweit dies Grundrecht auch gegen die Mitgliedstaaten gewendet wird<sup>133</sup>, findet sich jedoch - soweit ersichtlich - kein Anhalt in der Rechtsprechung des

127 Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 2. Auflage, 1991, Rdnr. 503 bis 507 unter Hinweis auf *BVerfGE* 51, 1 (27); 63, 152 (171); 64, 243 (249).

128 BT-Drucks. 12/3937, S. 15.

128a Vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 14/15.8.1993, S. 119 (Leserbrief). »Sichere Pfründe für praktizierende Ärzte«.

129 Vgl. insoweit auch *Breuer* (Fn. 72), § 148, Rdnr. 18 mit Fn. 76.

130 *EuGH* NJW 1993, S. 316 (LS) = *EuZW* 1992, S. 155, Rs. C-177/90 (Ralf-Herbert Kühn/Landwirtschaftskammer Weser-Ems).

131 Vgl. auch *EuGH* Slg. 1969, S. 419, Rs. 26/69 (Stauder/Ulm); *EuGH* Slg. 1974, S. 491, Rs. 4/73 (Nold/Kommission); *EuGH* Slg. 1979, S. 3727, Rs. 44/79 (Hauer/Rheinland-Pfalz).

132 Vgl. auch *BVerfGE* 73, 339 (387).

133 Dieter Blumenwitz, Rechtsprobleme im Zusammenhang mit der Angleichung von Rechtsvorschriften auf dem Gebiet des Niederlassungsrechts der freien Berufe, NJW 1989, S. 621 (624).

Europäischen Gerichtshofs<sup>134</sup> - im Gegenteil<sup>135</sup>. Dieser Ansatz wird deshalb hier nicht weiter verfolgt.

## II. Niederlassungsfreiheit (Art. 52 EWGV)

### 1. Grundlegung

Art. 52 EWGV gebietet den Mitgliedstaaten den Abbau der Beschränkungen der freien Niederlassung von Staatsangehörigen eines Mitgliedsstaates im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaates. Neue Niederlassungsbeschränkungen dürfen die Mitgliedstaaten für Angehörige der anderen Mitgliedstaaten nicht einführen. Nach Art. 52 Abs. 2 EWGV »umfaßt die Niederlassungsfreiheit die Aufnahme und Ausübung selbständiger Erwerbstätigkeiten«. Im Unterschied zur Dienstleistungsfreiheit (Art. 59 EWGV) ist damit die »andauernde Integration« in die Wirtschaft des Aufnahmestaates angesprochen<sup>136</sup>. Tätigkeiten, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, sind von der Niederlassungsfreiheit ausgenommen (Art. 55 EWGV). Diese Ausnahme findet auf niedergelassene Ärzte keine Anwendung, wie schon Art. 57 Abs. 3 EWGV zeigt<sup>137</sup>. Art. 56 EWGV läßt Beschränkungen aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit zu. Im Unterschied zu den EG-Assoziierungsabkommen mit Ungarn, Polen und Rumänien, mit denen sich gerade die Gesetzgebungsorgane befassen, enthält der EWGV keine nationalen Vorbehalte für die Niederlassung freier Berufe<sup>138</sup>.

Die Niederlassungsfreiheit begünstigt in erster Linie die Angehörigen anderer Mitgliedstaaten der EG. Wenn es nicht um rein innerstaatliche Verhältnisse geht, können jedoch u.U. auch die eigenen Staatsangehörigen von der Niederlassungsfreiheit profitieren, so etwa wenn sie Inhaber eines in einem anderen Mitgliedstaat erworbenen Diploms sind<sup>139</sup>. Es unterliegt keinem Zweifel, daß die Niederlassung eines in diesem Sinne begünstigten Arztes in den »Schutzbereich« des Art. 52 EWGV fällt (vgl. nochmals Art. 57 EWGV).

Bei Art. 52 EWGV handelt es sich um eine die Mitgliedstaaten verpflichtende Norm des primären Gemeinschaftsrechts, der - nach Ablauf der Übergangszeit des Art. 8

134 *Blumenwitz* (Fn. 133) beruft sich insoweit lediglich auf verschiedene Autoren (Fn. 39).

135 *EuGH* Slg. 1978, S. 1365 (1379 f.), Rs. 149/77 (Defrenne/Sabena); vgl. auch *Michael Schweitzer/Waldemar Hummer*, *Europarecht*, 4. Aufl. 1993, S. 198.

136 *Albrecht Randelzhofer*, in: *Eberhard Grabitz* (Hrsg.), *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Losbeblattwerk, Art. 52, Rdnr. 8.

137 Auch dies diskreditiert die Figur vom »staatliche gebundenen Beruf«!

138 *Marburger Bund*, *Ärztliche Nachrichten* vom 16.4.1993, S. 7. (»Marburger Bund: EG-Assoziierungsabkommen verschärft Niederlassungsproblematik«/Gesundheitsausschuß des Bundestages drängt auf Abhilfe«); vgl. zu diesen Abkommen auch: *Hans Dieter Kuschel*, *Die Niederlassungsfreiheit für Unternehmer der Europäischen Gemeinschaft in den Europaabkommen mit der CSFR, Polen und Ungarn*, *EuZW* 1992, S. 571.

139 *EuGH* Slg. 1979, S. 437, Rs. 136/78 (Auer); vgl. auch *BGHZ* 108, 342 (344 f.); *Randelzhofer* (Fn. 136), Art. 53, Rdnr. 49 - 53.

EWGV - unmittelbare Geltung zukommt<sup>140</sup>. Dementsprechend ist die Vorschrift von den Gerichten der Mitgliedstaaten anzuwenden. Ergeben sich bei der Auslegung des Art. 52 EWGV Fragen, entscheidet der *Europäische Gerichtshof* im Wege der Vorabentscheidung. Die nationalen Gerichte können bzw. müssen (Art. 177 Abs. 2 bzw. 3 EWGV) derartige Auslegungsfragen dem Europäischen Gerichtshof unterbreiten, der insoweit »gesetzlicher Richter« im Sinne von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG ist<sup>141</sup>. Im Falle einer Verletzung einer Verpflichtung aus dem EWGV kann überdies die Kommission gemäß Art. 169 EWGV den Gerichtshof anrufen.

## 2. Schutzintensität der Niederlassungsfreiheit

Näherer Betrachtung bedarf die Frage, vor welcher Art von Eingriffen die Begünstigten bewahrt werden sollen. Nach seinem Wortlaut schützt Art. 52 EWGV die freie Niederlassung »nach den Bestimmungen des Aufnahmestaates für seine eigenen Angehörigen«. Auf den ersten Blick stellt sich die Norm mithin als Ausprägung des in Art. 7 EWGV enthaltenen Verbotes der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit dar. Die somit gebotene Inländergleichbehandlung wird von den Zulassungsbeschränkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes, das nicht auf die Staatsangehörigkeit abstellt, nicht verweigert<sup>142</sup>.

In jüngerer Zeit wird demgegenüber zunehmen die Auffassung vertreten, Art. 52 EWGV gebiete nicht nur die »Inländergleichbehandlung«, sondern verbiete alle Zulassungsbeschränkungen, die nicht durch das öffentliche Interesse des Aufnahmestaates gerechtfertigt seien<sup>143</sup>. Diese Meinung knüpft an Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofes* zur Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit an. Der Gerichtshof hatte zunächst die Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EWGV) weit verstanden und auf »jede Handelsregelung der Mitgliedstaaten, die geeignet ist, den innergemeinschaftlichen Handel unmittelbar oder mittelbar tatsächlich oder potentiell zu behindern«, erstreckt<sup>144</sup>. Hemmnisse für den Binnenhandel aufgrund nationaler Regelungen hat er gebilligt, »soweit diese Bestimmungen notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes«<sup>145</sup>.

140 Zuerst *EuGH* Slg. 1974, S. 631, Rs. 2/74 (Reyners/Belgien); *EuGH* Slg. 1984, S. 2971, Rs. 107/83 (Klopp); *Schweitzer/Hummer* (Fn. 135), S. 212 f.

141 *BVerfGE* 73, 339 (366 ff.).

142 Eine vom EWG-Vertrag ebenfalls verbotene versteckte Diskriminierung könnte freilich darin liegen, daß bei Praxisübergaben in gesperrten Planbereichen Ehegatten, Kinder und bisherige Mitarbeiter bevorzugt behandelt werden (§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V) - ein Vorzug, der sich de facto nur zugunsten von Inländern wird auswirken können.

143 *Ernst Steindorff*, Reichweite der Niederlassungsfreiheit, *EuR* 1988, S 19; *Blumenwitz* (Fn. 133), S. 622; zum Folgeproblem der Benachteiligung der Inländer, die sich auf die Niederlassungsfreiheit nicht berufen können, *Peter Behrens*, Die Konvergenz der wirtschaftlichen Freiheiten im europäischen Gemeinschaftsrecht, *EuR* 1992, S. 145 (161).

144 *EuGH* Slg. 1974, S. 837, Rs. 8/73 (Dassonville).

145 Sog. »Cassis«-Formel, *EuGH* Slg. 1979, S. 649, Rs. 120/78 (Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein); vgl. zu beiden Urteilen *Schweitzer/Hummer* (Fn. 135), S. 255 - 261.

Im Bereich der Dienstleistungsfreiheit, die nach dem Wortlaut des Art. 60 Abs. 3 EWGV lediglich die Ausländerdiskriminierung verbietet, hat der *Europäische Gerichtshof* entschieden, daß »der freie Dienstleistungsverkehr als fundamentaler Grundsatz des Vertrages nur durch Regelungen beschränkt werden (kann), die durch das Allgemeininteresse gerechtfertigt sind«<sup>146</sup>.

Beide Freiheiten haben sich demnach vom (bloßen) Diskriminierungsverbot zum Beschränkungsverbot gewandelt<sup>147</sup>. Hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit ist eine solche Entwicklung nicht in gleicher Weise eindeutig festzustellen. Immerhin findet sich auch zu Art. 52 EWGV Rechtsprechung, an der die Verfechter der integrationsfreundlichen Auffassung von der Niederlassungsfreiheit anknüpfen können.

In der Rechtssache Klopp hat es der *Europäische Gerichtshof* der Republik Frankreich verwehrt, die Zulassung eines deutschen Rechtsanwalts in Paris unter Berufung auf das in Frankreich innerstaatlich geltende Verbot einer Zweitniederlassung deshalb zu versagen, weil er bereits in einem anderen Mitgliedstaat - Deutschland - ein Anwaltsbüro unterhielt<sup>148</sup>. Über eine Ärzte betreffende Zulassungsregelung entschied der *Europäische Gerichtshof* in einem von der Kommission angestrebten Verfahren gegen Frankreich. Vorschriften der Mitgliedstaaten, die (u.a.) die Niederlassungsfreiheit beschränkten, seien »mit dem EWG-Vertrag nur vereinbar, wenn die in ihnen enthaltenen Beschränkungen wirklich in Anbetracht allgemeiner Verpflichtungen gerechtfertigt sind, von denen die ordnungsgemäße Ausübung der fraglichen Berufe abhängt, und wenn sie unterschiedslos für die eigenen Staatsangehörigen gelten. Dies ist nicht der Fall, wenn die Beschränkungen geeignet sind, eine Diskriminierung der in anderen Mitgliedstaaten niedergelassenen Ärzte und Zahnärzte zu bewirken oder<sup>149</sup> den Zugang zum Beruf über das zur Erreichung der genannten Ziele erforderliche Maß hinaus zu behindern«<sup>150</sup>. Die in Rede stehende französische Norm wurde vom *Europäischen Gerichtshof* als unverhältnismäßig angesehen.

Über die Tragweite dieser Entscheidungen wird gestritten. M.E. läßt sich auf ihrer Grundlage sagen, daß der *Europäische Gerichtshof* den innerstaatlichen Zweck einer Niederlassungsbeschränkung wohl noch nicht eingehend prüft, daß er aber eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vornimmt<sup>151</sup>. Für diese (beschränkte) Erweiterung der Schutzintensität des Art. 52 EWGV spricht insbesondere die Ausrichtung des EWGV auf das Ziel des Binnenmarktes seit der Einheitlichen Europäischen Akte vom 28.2.1986, die zur Aufnahme des Art. 8a in den Vertrag führte. Hiernach umfaßt »der Binnenmarkt einen Raum ohne Binnengrenzen, in dem der freie Verkehr von Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital gemäß den Bestimmungen des Vertrages gewährleistet ist«<sup>152</sup>.

146 *EuGH* Slg. 1974, S. 1299, Rs. 33/74 (van Binsbergen/Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid).

147 Darstellung dieser Entwicklung etwa bei *Behrens* (Fn. 143), S. 148.

148 Zur Resonanz auf dieses Urteil *Peter Troberg*, in: *Hans von der Groeben* u.a. (Hrsg.), Kommentar zum EWG-Vertrag, 4. Aufl., Band 1, 1991, Rdnr. 37; Nachweise Fn. 34.

149 Hervorhebung vom Verf.

150 *EuGH* Slg. 1986, S. 1475, Rs. 96/85 (Kommission/Frankreich).

151 So *Behrens* (Fn. 143), S. 153.

152 Dieses einleuchtende Argument für die erweiterte Auslegung des Art. 52 findet sich bei *Steindorff* (Fn. 143), passim.

### 3. Konsequenzen für die Zulassungsbeschränkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes

Für die bedarfsbezogenen Zulassungsbeschränkungen bei den Vertragsärzten bedeutet diese Auffassung, daß der *Europäische Gerichtshof* das Ziel, die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland zu sichern, wohl kaum verwerfen würde. Sehr fraglich ist jedoch, ob er die Beschränkungen als verhältnismäßig erachten würde, da - wie dargetan - an ihrer Erforderlichkeit erhebliche Zweifel bestehen<sup>153</sup>. Zudem liegt auf der Hand, daß es mit dem freien Verkehr von Personen im Binnenmarkt nichts zu tun hat, wenn ein Teilmarkt einer (neuen) Bedarfskontrolle unterworfen wird. Diese Auffassung wird übrigens im Schrifttum auch von einer Stimme vertreten, die sich skeptisch über die weite Auslegung der Niederlassungsfreiheit äußert: Es sei mit dem Gedanken des Binnenmarktes kaum vereinbar, daß ein einzelner Mitgliedstaat über Marktbedürfnisse Entscheidungen treffe. Im Zweifel sei daher die Bedürfnisprüfung als nicht gerechtfertigte Beschränkung anzusehen<sup>154</sup>,

In den bevorstehenden Rechtsstreitigkeiten um die Zulassung der Vertragsärzte liegt mithin eine Vorlage an den *Europäischen Gerichtshof* nahe, wenn ein EG-Ausländer vom Markt ausgesperrt werden soll. Ferner sollte eine Anregung an die Kommission erwogen werden, ein Vertragsverletzungsverfahren einzuleiten.

### F. Zusammenfassung

1. Das Kassenarztssystem des Jahres 1931 war geprägt von der Zulassung nach Verhältniszahlen sowie von einer strengen Begrenzung der Gesamtvergütung. Zu beiden Elementen ist das Gesundheitsstrukturgesetz zurückgekehrt.

2.a) Die Zulassungsbeschränkungen, die nach den §§ 101 bis 103 SGB V in zwei Phasen zum Zuge kommen sollen, berühren den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG derart erheblich, daß sie nach dem Maßstab zu beurteilen sind, der für sog. objektive Zulassungsbeschränkungen gilt.

b) § 101 SGB V läßt sich hinreichend deutlich entnehmen, nach welchen Kriterien die Institutionen des Vertragsarztsystems über das Vorliegen von »Übersorgung« zu entscheiden haben.

§ 103 SGB V wird Art. 12 Abs. 1 GG nur insoweit gerecht, als für den Fall der Praxisübergabe in einem gesperrten Bezirk Regelungen betreffend die Bewerberauswahl vorgesehen sind. Hinsichtlich anderer Konkurrenzkonstellationen fehlen jedoch Auswahlkriterien.

c) Zulassungsbeschränkungen sind geeignet, den Gefahren für die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu wehren, soweit diese Gefahren auf einem Überangebot zugelassener Ärzte beruhen.

Es bestehen jedoch erhebliche Zweifel, ob die Einführung scharfer objektiver Zulassungsbeschränkungen bei Übersorgung (§§ 101, 103 SGB V) erforderlich ist. Es hätte

153 Entsprechend hält *Blumenwitz*(Fn. 133) die objektiven Zulassungsbeschränkungen in den Niederlanden für einen Verstoß gegen Art. 52 EWGV, NJW 1989, S. 621 (623).

154 *Troberg* (Fn. 148), Art. 52, Rdnr. 36.

nahegelegen, zunächst die Spareffekte der anderen vom Gesundheitsstrukturgesetz vorgesehenen Kostendämpfungsinstrumente im Bereich der ambulanten ärztlichen Versorgung abzuwarten (Altersgrenze, Deckelung der Gesamtvergütung, Arzneimittelbudget), zumal diese anderen Instrumente schärfer hätten gefaßt werden können.

d) Dem auch vor der Verfassung legitimen Ziel, die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu sichern, steht die Berufsfreiheit junger Ärzte gegenüber, deren Lebensperspektive das Gesundheitsstrukturgesetz vereitelt. Die Auffassung der Gesetzesverfasser, Vertragsärzte übten einen »staatlich gebundenen Beruf« aus, der erleichtertem Zugriff unterliege, wird der Bedeutung des Grundrechts ebensowenig gerecht wie der bisherigen Rechtsprechung des *Bundesverfassungsgerichts*. Dies erhärtet den Verdacht zur Gewißheit, daß die Zulassungsbeschränkungen vorschnell beschlossen wurden.

3.a) Es gibt Hinweise in der Rechtsprechung des *Europäischen Gerichtshofs*, daß die Niederlassungsfreiheit des Art. 52 EWGV nicht nur als Diskriminierungsverbot aufzufassen ist, sondern als Verbot auch solcher nationaler Regelungen, die den Zugang zu einem Beruf übermäßig behindern.

b) Die neuen Bedarfskontrollen, deren Notwendigkeit zweifelhaft ist und die mit dem Binnenmarktkonzept kaum vereinbar sind, verletzen die Niederlassungsfreiheit ausgesperrter Ärzte aus den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft. In geeigneten Fällen sollten die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit eine Vorabentscheidung des *Europäischen Gerichtshofs* herbeiführen.