

**Kompetentielle Fragen**  
**des Entwurfs eines Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes**  
**(BR-Drs. 353/06)**

Rechtsgutachtliche Stellungnahme  
im Auftrag  
der Bayerischen Landesärztekammer

erstattet von  
Universitätsprofessor Dr. Christian Pestalozza

Berlin

Juni 2006

## Kompetentielle Fragen des Entwurfs eines Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes

Universitätsprofessor Dr. Christian Pestalozza, Berlin

- 1 Der unter dem 17. Mai 2006 vorgelegte von der Bundesregierung beschlossene und unter dem 26. Mai 2006 dem Bundesrat zugeleitete Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze (Vertragsarztrechtsänderungsgesetz – VändG)<sup>1</sup> sieht unter anderem Änderungen des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches und der Ärzte-Zulassungsverordnung vor, die das bislang geltende, von den Ärztekammern gesetzte Berufsrecht, auf das bislang Bezug genommen wurde, ersetzen sollen. Das Vertragsarztrecht soll insoweit vom Berufsrecht der Länder als Rechtsquelle abgekoppelt werden.

Die Bayerische Landesärztekammer hat den Unterzeichnenden gebeten zu prüfen, ob die einschlägigen Regelungen, sollten sie Gesetz werden, mit der Gesetzgebungskompetenzordnung des Grundgesetzes im Einklang stehen.

- 2 Die Frage ist aus dreifachem Grunde zu verneinen: Erstens steht dem Vorhaben des Bundes kein Kompetenztitel zur Seite: Eine ausschließliche Zuständigkeit steht ohnehin nicht zur Debatte, und aus dem Bereich der konkurrierenden Zuständigkeit versagen Nrn. 12 und 19 des Art. 74 Abs. 1 GG ihren Dienst. Auch ein kompetenzerweiternder Sachzusammenhang steht nicht zur Verfügung (dazu sub B). Zweitens: Selbst wenn ein Titel des Art. 74 Abs. 1 GG einschläge, wären die hier interessierenden Regelungen, wie sie der Entwurf vorschlägt, nicht im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich (dazu sub C). Drittens: Auch wenn der Entwurf sich auf die Artt. 74 Abs. 1, 72 Abs. 2 GG stützen könnte, wäre er verfassungswidrig, soweit er der Grundkonzeption existierender und ihrerseits kompetenzgemäß erlassener landesrechtlicher Regelungen – hier: des Berufsrechts der Ärzte – widerspricht (dazu sub D).
- 3 Im einzelnen wird die Untersuchung den folgenden Gang nehmen:

<b>A. Änderungsschwerpunkte.....</b>	<b>3</b>
<b>I. Der Entwurf .....</b>	<b>3</b>
1. Die wesentlichen berufsrechtsrelevanten Änderungen .....	3
a) Die Beschäftigung angestellter Praxisärzte .....	3
b) Vertragsärztliche Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes .....	4
c) Vertragsärztliche Berufsausübung mit anderen Leistungserbringern .....	4
2. Die Herleitung der Bundeszuständigkeit .....	5
<b>II. Die Auswirkungen auf das Landesberufsrecht der Ärzte.....</b>	<b>6</b>
1. Die Beschäftigung angestellter Praxisärzte .....	6
a) Abweichung von der Muster-Berufsordnung .....	6
b) Zusätzlicher Konflikt mit acht landesberufsrechtlichen Regelungen .....	7
c) Berufsrechtliche Folgen der Nutzung der vertragsarztrechtlichen Neuregelungen .....	8
2. Vertragsärztliche Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes .....	8
3. Vertragsärztliche Berufsausübung mit anderen Leistungserbringern .....	8
4. Das Fazit: Bestenfalls Versteinerung, schlimmstenfalls Verdrängung .....	9
a) Versteinerung: Inkorporierung des unveränderten Berufsrechts .....	10
b) Verdrängung: Inkorporierung des veränderten Berufsrechts.....	10

---

<sup>1</sup> BR-Drs. 353/06.

<b>B. Die kompetentielle Zuordnung der fraglichen Regelungen.....</b>	<b>11</b>
<b>I. Sozialversicherung, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG?.....</b>	<b>11</b>
1. Der kompetentielle Begriff.....	11
2. Die gesetzliche Krankenversicherung als Teil der „Sozialversicherung“.....	12
3. Die Vertragsärzte als Teil der „Sozialversicherung“? .....	12
4. Subsumtion .....	14
<b>II. Zulassung zu den ärztlichen Heilberufen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG?.....</b>	<b>14</b>
1. Die Nichteinschlägigkeit der Nr. 19 .....	14
2. Die systematische Sperrwirkung der Nr. 19 .....	15
<b>III. Kompetenzerweiterung durch legislative Fakten? .....</b>	<b>15</b>
<b>IV. Kompetenzerweiterung durch Sachzusammenhang?.....</b>	<b>16</b>
<b>C. Erforderlichkeit der vorgesehenen Regelungen? .....</b>	<b>18</b>
<b>I. Art. 72 Abs. 2 GG im Lichte der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts .....</b>	<b>18</b>
1. 2002: Die (Teil-)Erforderlichkeit des Altenpflegegesetzes .....	19
a) Die „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“.....	19
b) Die „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“ .....	19
c) „... wenn und soweit ... erforderlich ...“ .....	20
2. 2004, 2005: Die Nichterforderlichkeit hochschulrahmenrechtlicher Vorschriften.....	21
a) BVerfGE 111, 226.....	21
b) BVerfGE 112, 226.....	22
3. 2005: Die Erforderlichkeit des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung.....	22
<b>II. Fehlende Erforderlichkeit der Verdrängung des Landesberufsrechts.....</b>	<b>23</b>
1. Erforderlich zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“? .....	24
2. Erforderlich zur „Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“? .....	25
3. Erforderlich zur „Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“? .....	25
4. „... wenn und insoweit ... erforderlich ...“? .....	26
<b>III. Fehlende Nachvollziehbarkeit der Prognose des Bundes und mangelhafte Darlegung ihrer Grundlagen.....</b>	<b>27</b>
<b>D. Anforderungen der Bundestreue.....</b>	<b>28</b>
<b>I. Rücksichtnahme auf die Konzeption des jeweils anderen Gesetzgebers .....</b>	<b>28</b>
<b>II. Rücksichtnahmepflicht auch des Bundes.....</b>	<b>28</b>
<b>III. Rücksichtnahmepflichten der Sachgesetzgeber .....</b>	<b>29</b>
<b>IV. Folgerungen für den Entwurf.....</b>	<b>31</b>
1. Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot .....	31
2. Geltung des Rücksichtnahmegebots auch gegenüber dem von den Kammern gesetzten Recht.....	31
<b>E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse.....</b>	<b>33</b>

## A. Änderungsschwerpunkte

### I. Der Entwurf

#### 1. Die wesentlichen berufsrechtsrelevanten Änderungen

- 4 Von den Regelungen des Entwurfs ist aus der Sicht des Landesberufsrechts von besonderem Interesse die Ausweitung der Möglichkeit des Vertragsarztes, Ärzte anzustellen (dazu sub a), an mehreren Orten vertragsärztlich tätig zu sein (dazu sub b) und die Vertragsarztstätigkeit gemeinsam mit allen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringern auszuüben (dazu sub c). Ihr Kerngehalt läßt sich so skizzieren:

##### a) Die Beschäftigung angestellter Praxisärzte

- 5 Nach bisher geltendem Recht dürfen Vertragsärzte einen ganztags beschäftigten Arzt desselben Fachgebietes oder höchstens zwei halbtags beschäftigte Ärzte desselben Fachgebietes anstellen, § 95 Abs. 9 SGB V in Verbindung mit § 32b Abs. 1 Ärzte-ZV, vorausgesetzt, der anstellende Vertragsarzt verpflichtet sich, das im entsprechenden Vorjahresquartal anerkannte Leistungsvolumen um nicht mehr als 3% des Fachgruppendurchschnitts dieses Vorjahresquartals zu überschreiten, § 101 Abs. 1 Nr. 5 SGB V in Verbindung mit Ziffer 1.3/Ziffer 3 der Angestellte-Ärzte-Richtlinien.<sup>2</sup>
- 6 Die beabsichtigte Neufassung des § 95 Abs. 9 SGB V sieht demgegenüber vor:  
„(9) <sup>1</sup>Der Vertragsarzt kann mit Genehmigung des Zulassungsausschusses Ärzte, die in das Arztregister eingetragen sind, anstellen, sofern für die Arztgruppe, der der anzustellende Arzt angehört, keine Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind. .... <sup>3</sup>Das Nähere zu der Anstellung von Ärzten bei Vertragsärzten bestimmen die Zulassungsverordnungen. ...“<sup>3</sup>
- 7 § 32b Abs. 1 Ärzte-ZV soll entsprechend neu gefaßt werden:  
„(1) Der Vertragsarzt kann Ärzte nach Maßgabe des § 95 Abs. 9 und 9a des Fünften Buches Sozialgesetzbuch anstellen. In den Bundesmanteltarifverträgen sind einheitliche Regelungen zu treffen über den zahlenmäßigen Umfang der Beschäftigung angestellter Ärzte unter Berücksichtigung der Versorgungspflicht des anstellenden Vertragsarztes.“<sup>4</sup>
- 8 Danach soll – in den Worten der Regierungsbegründung – der Vertragsarzt künftig „Ärzte anstellen können, deren Anzahl nicht mehr numerisch begrenzt ist“<sup>5</sup> sowie „ohne Begrenzung Ärzte auch mit anderen Facharztbezeichnungen sowie mit individueller Arbeitszeitgestaltung anstellen [können], sofern Zulassungsbeschränkungen nicht entgegenstehen.“<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> Richtlinien über die Beschäftigung von angestellten Praxisärzten in der Vertragsarztpraxis vom 1. Oktober 1997 (BAnz. 1998, S. 372), zuletzt geändert am 22. Oktober 2001 (BAnz. 2002, S. 1618).

<sup>3</sup> Art. 1 Nr. 5 lit. f VÄndG-E, BR-Drs. 353/06, S. 5.

<sup>4</sup> Art. 5 Nr. 10 VÄndG-E, BR-Drs. 353/06, S. 16.

<sup>5</sup> Begründung zu Art. 1 Nr. 5 lit. f, BR-Drs. 353/06, S. 47.

<sup>6</sup> Begründung A II (Inhalt und Maßnahmen des Gesetzes) 1 (Vertragsarztrechtliche Regelungen zur Liberalisierung der ärztlichen Berufsausübung), BR-Drs. 353/06, S. S. 30 (2. Absatz, erster Spiegelstrich).

## **b) Vertragsärztliche Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes**

**9** Nach Art. 1 Nr. 6 lit. c) VÄndG-E<sup>7</sup> soll in Nr. 13 des § 98 Abs. 2 SGB V das Wort „gemeinsam“ durch die Wörter „an weiteren Orten“ ersetzt werden.<sup>8</sup> Dementsprechend ändert Art. 5 Nr. 7 lit. a VÄndG-E Absatz 3 des § 24 Ärzte-ZV dahin, daß nach dessen Satz 1 vertragsärztliche Tätigkeiten „außerhalb des Vertragsarztsitzes an weiteren Orten zulässig sind, wenn und soweit

1. dies die Versorgung der Versicherten an den weiteren Orten verbessert und
2. die ordnungsgemäße Versorgung der Versicherten am Ort des Vertragsarztsitzes nicht beeinträchtigt wird.“

**10** Dazu heißt es in der Regierungsbegründung des Entwurfs zu § 24 Abs. 3 Ärzte-ZV:<sup>9</sup>

„Die berufsrechtliche Neuregelung in § 17 Abs. 2 MBO-Ä gestattet es den Ärzten, über den Praxissitz hinaus an zwei weiteren Orten ärztlich tätig zu sein, sofern sie Vorkehrungen für eine ordnungsgemäße Versorgung ihrer Patienten an jedem Ort ihrer Tätigkeit treffen.

Diese berufsrechtliche Änderung wird in Absatz 3 in der Weise umgesetzt [!] daß dem Vertragsarzt ermöglicht wird, neben der Tätigkeit an seinem Vertragsarztsitz an weiteren Orten tätig zu sein, wenn diese die Versorgung der Versicherten an den weiteren Orten verbessert und die ordnungsgemäße Versorgung der Versicherten am Vertragsarztsitz nicht gefährdet; eine bestimmte Höchstzahl der weiteren Orte gibt das Vertragsarztrecht anders als die MBO-Ä [!] nicht vor (Satz 1).“<sup>10</sup>

**11** Dieser nicht viel mehr als eine Wiederholung des Wortlauts und eine verbale Verharmlosung der Abweichung vom neuen Berufsrecht enthaltenden „Begründung“ hatte die Bundesregierung im Allgemeinen Teil ihrer Erläuterungen bereits vorausgeschickt, daß „es zur Herstellung effizienter und auch medizinisch sinnvoller Versorgungsstrukturen in einigen Bereichen notwendig [sei], im Vertragsarztrecht über die im ärztlichen Berufsrecht erfolgte Liberalisierung hinaus zu gehen“ und als eines der Anwendungsbeispiele die hier soeben skizzierte Regelung genannt.<sup>11</sup>

## **c) Vertragsärztliche Berufsausübung mit anderen Leistungserbringern**

**12** § 33 Abs. 2 Ärzte-ZV lautet bislang:

„(2)<sup>1</sup>Die gemeinsame Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit ist nur zulässig unter Vertragsärzten. Sie bedarf der Genehmigung durch den Zulassungsausschuß. ...<sup>3</sup>Die Genehmigung darf nur versagt werden, wenn die Versorgung der Versicherten beeinträchtigt wird oder landesrechtliche Vorschriften über die ärztliche Berufsausübung entgegenstehen.“

**13** Art. 5 Nr. 11 lit. b) VÄndG-E<sup>12</sup> sieht vor, diese Regelung durch zwei neue Absätze 2 und 3 zu ersetzen, in denen von ggf. entgegenstehendem Landesberufsrecht nicht mehr die Rede ist und „die gemeinsame Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit ... unter allen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungs-

---

<sup>7</sup> BR-Drs. 353/06, S. 6.

<sup>8</sup> § 98 Abs. 2 Nr. 13 SGB V in der bislang geltenden Fassung lautet: „(2) Die Zulassungsverordnungen müssen Vorschriften enthalten über ... 13. die Voraussetzungen, unter denen nach den Grundsätzen der Ausübung eines freien Berufes die Vertragsärzte angestellte Ärzte, Assistenten und Vertreter in der vertragsärztlichen Versorgung beschäftigen dürfen oder die vertragsärztliche Tätigkeit gemeinsam ausüben können.“ Die zweite Variante der jetzigen Nr. 13 wird nach dem Entwurf (Art. 5 Nr. 6 lit. d), a.a.O., S. 6) in eine neue Nr. 13a verlagert.

<sup>9</sup> BR-Drs. 353/06, S. 67.

<sup>10</sup> Man bemerkt hier wie an anderen Stellen das Bemühen, die berufsrechtsrelevanten Veränderungen etwas herunterzuspielen. Am Befund ändert dies nichts.

<sup>11</sup> Begründung A II 1, BR-Drs. 353/06, S. 30.

<sup>12</sup> BR-Drs. 353/06, S. 16.

erbringern an einem gemeinsamen Vertragsarztsitz (örtliche Berufsausübungsgemeinschaft)“ für zulässig<sup>13</sup> erklärt wird.

- 14** Statt von Vertragsärzten ist nunmehr umfassender von „allen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringern“ die Rede, „um zu verdeutlichen, daß vertragsarztrechtlich nicht nur Berufsausübungsgemeinschaften zwischen Ärzten, sondern zwischen ... Ärzten, Psychotherapeuten und medizinischen Versorgungszentren zulässig sind und bezüglich der medizinischen Versorgungszentren auch unabhängig davon, ob sie als juristische Personen oder Personengesellschaften organisiert sind“.<sup>14</sup> In dieser neuen Möglichkeit, Berufsausübungsgemeinschaften nicht nur mit anderen ärztlichen, sondern auch mit anderen heilkundlichen Leistungserbringern einzugehen, sieht die Bundesregierung einen Schritt über die im ärztlichen Berufsrecht erfolgte Liberalisierung hinaus gehend, der „zur Herstellung effizienter und auch medizinisch sinnvoller Versorgungsstrukturen in einigen Bereichen notwendig“ sei.<sup>15</sup>

## **2. Die Herleitung der Bundeszuständigkeit**

- 15** Die Zuständigkeit des Bundes (auch) für die skizzierten Regelungen sucht die Bundesregierung in dieser Weise zu begründen:

„Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Regelungen der Artikel 1 (Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch), 2 (Änderung der Bundespflegegesetzverordnung), 3 (Änderung des Krankenhausentgeltgesetzes), 5 und 6 (Änderung der Zulassungsverordnungen für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte) folgt aus Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 Grundgesetz (GG).

Nach Artikel 74 Abs. 1 Nr. 12 GG erstreckt sich die konkurrierende Gesetzgebung auf das Gebiet der Sozialversicherung.

- 16** Die Neuregelungen durch die Artikel 1, 5 und 6 dienen der Weiterentwicklung des Vertragsarztrechts als Teilgebiet des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung, wie es im SGB V und in den Zulassungsverordnungen für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte nach § 98 SGB V geregelt ist.
- 17** Eine bundesgesetzliche Regelung des Vertragsarztrechts ist erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG. Der Bund hat im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht.
- 18** Die Erforderlichkeit setzt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts voraus, daß ohne die bundesgesetzliche Regelung konkrete Gefahren für die in Art. 72 Abs. 2 GG enthaltenen Zielvorgaben bestehen. Die "Wahrung der Rechtseinheit" liegt dabei im gesamtstaatlichen Interesse, wenn die unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen kann. Die "Wahrung der Wirtschaftseinheit" liegt demgegenüber im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht.
- 19** Vorliegend hat der Bundesgesetzgeber auf dem ihm kompetentiell vom Grundgesetz gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zugewiesenen Gebiet der Sozialversicherung ein umfassendes Regelungskonzept entwickelt, das zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich ist. Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung hat elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. Eine in allen Landesteilen gleich funktionsfähige Sozialversicherung ist auf der Basis unterschiedlicher Ländergesetze praktisch kaum denkbar, so daß die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse entscheidend von einer bundesgesetzlichen Regelung abhängt.

---

<sup>13</sup> § 33 Abs. 2 Satz 1 Ärzte-ZV (neu).

<sup>14</sup> Begründung, BR-Drs. 353/06, S. 70.

<sup>15</sup> Begründung A II 1, BR-Drs. 353/06, S. 30.

- 20 Nicht zuletzt die gleichheitsrechtlich gebotene bundesweite Regelung der Teilnahme der Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten an der vertragsärztlichen Versorgung, der zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung erforderlichen Bedarfsplanung und der Beschränkung von Zulassungen läßt sich mit unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen nicht erreichen. Divergierendes Landesrecht würde die Möglichkeit der Vertragsärzte aller Länder, im gesamten Bundesgebiet praktizieren zu können, erschweren. Divergierendes Landesrecht könnte auch die Mobilität der Versicherten innerhalb des Bundesgebiets einschränken und für die Unternehmen Handlungsbeschränkungen verursachen, so daß der Bund auch zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland bundeseinheitliches Recht setzen durfte.
- 21 Einzelne Teile dieses Regelungskonzepts können nur dann gemäß Art. 72 Abs. 2 GG ("soweit") aus diesem Konzept als zu regelungsintensiv herausgenommen werden, wenn das Gesamtkonzept und damit die Wirkung der gesetzlichen Regelung ohne sie nicht gefährdet wird.
- 22 Der vorliegende Gesetzentwurf entwickelt in der Folge der durch die neuen (Muster-) Berufsordnungen geschaffenen Spielräume für die Berufsausübung der niedergelassenen Ärzte, Zahnärzte und Psychotherapeuten das Vertragsarztrecht, wie es im Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) und in den Zulassungsverordnungen für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte geregelt ist, mit gleicher Zielrichtung fort. Darüber hinaus sieht der Gesetzentwurf Änderungen der gesetzlichen Rahmenbedingungen für die vertragsärztliche Leistungserbringung durch medizinische Versorgungszentren und organisationsrechtliche Instrumente zur Verbesserung der vertragsärztlichen Versorgung und zur Abmilderung von regionalen Versorgungsproblemen vor.
- Einzelne Teile hieraus, insbesondere das Recht der vertragsärztlichen Berufsausübung, zugunsten von einander abweichender Regelungen durch die Länder herauszubrechen, würde das gesetzliche Regelungskonzept und dessen Sachgerechtigkeit gefährden. ...<sup>16</sup>

## **II. Die Auswirkungen auf das Landesberufsrecht der Ärzte**

### **1. Die Beschäftigung angestellter Praxisärzte**

- 23 Die oben (RN 5-8) skizzierte Neuregelung geht – bewußt und gewollt – über das in der (Muster-) Berufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte<sup>17</sup> Vorgesehene hinaus und kollidiert damit mit den berufsrechtlichen Vorschriften derjenigen Länder, in denen das von den Kammern gesetzte Recht mit der MBO übereinstimmt. Es gerät darüber hinaus in Konflikt mit dem Berufsrecht derjenigen Länder, die insbesondere die 2004 verabschiedeten Neuerungen der MBO *nicht* übernommen haben. Im einzelnen:

#### **a) Abweichung von der Muster-Berufsordnung**

- 24 § 19 Abs. 2 MBO sieht in der Fassung von 2004 erstmals vor:
- „(2) In Fällen, in denen der Behandlungsauftrag der Patientin oder des Patienten regelmäßig nur von Ärztinnen und Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann, darf eine Fachärztin oder ein Facharzt als Praxisinhaberin oder Praxisinhaber die für sie oder ihn fachgebietsfremde ärztliche Leistung auch durch eine angestellte Fachärztin oder einen angestellten Facharzt des anderen Fachgebietes erbringen.“
- 25 Dazu heißt es in den einschlägigen Hinweisen und Erläuterungen der Bundesärztekammer vom 17. Februar 2006:<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Regierungsbegründung, A (Allgemeiner Teil) III (Gesetzgebungskompetenz des Bundes) 1 (Regelungen der Artikel 1, 2, 3, 5 und 6), BR-Drs. 353/06, S. 34-36.

<sup>17</sup> MBO-Ärzte 1997 i.d.F. der Beschlüsse des 100. Deutschen Ärztetages 1997 in Eisenach, zuletzt geändert durch die Beschlüsse des 107. Deutschen Ärztetages 2004 in Bremen; hier künftig: MBO.

<sup>18</sup> „Niederlassung und berufliche Kooperation – Neue Möglichkeiten – Hinweise und Erläuterungen zu §§ 17–19 und 23a–d (Muster-)Berufsordnung (MBO) Stand 17. Februar 2006“, Deutsches Ärzteblatt 103, Ausgabe 12 vom 24. März 2006, Seite A-801 (A-805).

„Während § 19 Abs. 1 MBO der bisher geltenden Bestimmung entspricht, stellt § 19 Abs. 2 MBO klar, daß die Beschäftigung fachgebietsfremder angestellter Ärztinnen und Ärzte zulässig ist. Dies setzt voraus, daß ein Behandlungsauftrag regelhaft nur von Ärztinnen und Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann. Es ist jetzt also möglich, daß z. B. operativ tätige Ärztinnen und Ärzte eine Anästhesistin bzw. einen Anästhesisten anstellen können oder umgekehrt. Aber auch im Rahmen von DMP-Programmen<sup>19</sup> kann es sinnvoll sein, die erforderliche fachgebietsüberschreitende Versorgung gemeinsam mit angestellten Ärztinnen und Ärzten zu gewährleisten.“

- 26 Die vorgesehene Bundesregelung geht über § 19 Abs. 2 MBO ersichtlich hinaus. Nach ihr hängt die Anstellung fachgebietsfremder Ärzte *nicht* davon ab, daß „der Behandlungsauftrag der Patientin oder des Patienten regelmäßig nur von Ärztinnen und Ärzten verschiedener Fachgebiete gemeinschaftlich durchgeführt werden kann“. Nach ihr wäre es daher z.B. auch vorstellbar, daß ein Hals-Nasen-Ohren-Arzt einen Urologen anstellt.
- 27 Eine solche Anstellung verstieße in allen Kammerbezirken gegen das Landesberufsrecht, denn keine Kammer geht in der Art des Entwurfs über § 19 Abs. 2 MBO hinaus (verzichtet also auf den Vorbehalt eines einschlägigen Behandlungsauftrags), und acht Kammern bleiben<sup>20</sup> ohnehin hinter der Neuregelung des § 19 Abs. 2 MBO 2004 zurück, gestatten also auch unter dessen einschränkenden Kautelen nicht die Anstellung fachgebietsfremder Ärzte, geschweige denn nach den großzügigeren Maßgaben des Entwurfs.

#### **b) Zusätzlicher Konflikt mit acht landesberufsrechtlichen Regelungen**

- 28 Dabei ist die Abweichung des Entwurfs vom Berufsrecht in acht Kammerbezirken<sup>21</sup> (und damit in acht Ländern<sup>22</sup>) besonders kraß, weil dort von der Neuerung des § 19 Abs. 2 MBO 2004 kein Gebrauch gemacht worden ist.
- 29 Beispiel: Im Zuständigkeitsbereich der Bayerischen Landesärztekammer ist für die Beschäftigung angestellter Praxisärzte unverändert § 19 Abs. 1 der Berufsordnung für die Ärzte Bayerns (künftig: BayBO) i.d.F. der Bek. vom 1. August 2005<sup>23</sup> maßgeblich, der in sachlicher (und weitgehend auch wörtlicher) Übereinstimmung mit § 19 Abs. 1 MBO 2004 vorsieht:
- „(1) Der Arzt muß die Praxis persönlich ausüben. Die Beschäftigung ärztlicher Mitarbeiter in der Praxis setzt die Leitung der Praxis durch den niedergelassenen Arzt voraus. Der Arzt hat die Beschäftigung der ärztlichen Mitarbeiter dem ärztlichen Bezirksverband anzuzeigen.“
- 30 „Leitung der Praxis“ im Sinne des Satzes 2 umfaßt nach herrschender Meinung insbesondere die medizinisch-fachliche Leitung, nicht etwa nur die administrativ-kaufmännische Leitung. Dies schließt – auch ohne ausdrückliches Verbot – die Beschäftigung fachfremder angestellter Ärzte aus, da der einem anderen Fachgebiet angehörende Praxisinhaber sie nicht fachlich überwachen könnte.

---

<sup>19</sup> Disease-Management-Programme.

<sup>20</sup> Nach einer Aufstellung der Rechtsabteilung der Bundesärztekammer nach dem Stande vom 24. April 2006).

<sup>21</sup> Kammern Bayern, Berlin, Bremen, Mecklenburg-Vorpommern, Nordrhein, Saarland, Sachsen, Sachsen-Anhalt.

<sup>22</sup> In Nordrhein-Westfalen für den Kammerbezirk Nordrhein, nicht auch für den Kammerbezirk Westfalen-Lippe.

<sup>23</sup> Bayerisches Ärzteblatt SPEZIAL 2/2005.

### c) Berufsrechtliche Folgen der Nutzung der vertragsarztrechtlichen Neuregelungen

- 31 Ein Vertragsarzt, der die von § 95 Abs. 9 SGB V und § 32b Abs. 1 Ärzte-ZV i.d.F. des Entwurfs eingeräumten Möglichkeiten nutzen würde, verstieße in jedem Falle gegen Landesberufsrecht:
- 32 Stellt er unter Vernachlässigung der in § 19 Abs. 2 MBO 2004 aufgestellten Einschränkungen fachfremde Ärzte an,<sup>24</sup> so verstößt er in *allen* Kammerbezirken gegen das Berufsrecht, in den einen (die § 19 Abs. 2 MBO 2004 übernommen haben), weil er die geltenden Voraussetzungen für die Anstellung nicht beachtet hat, in den anderen (die § 19 Abs. 2 MBO 2004 nicht übernommen haben), weil die Anstellung fachfremder Ärzte überhaupt nicht zugelassen ist.
- 33 Der Vertragsarzt, der bei der Anstellung fachfremder Ärzte die Maßgaben des § 19 Abs. 2 MBO 2004 beachtet, verstößt in den Kammerbezirken gegen Berufsrecht, die – wie Bayern - § 19 Abs. 2 MBO 2004 nicht übernommen haben.
- 34 In allen Fällen müßte die zuständige Kammer mit dem ihr eigenen berufsrechtlichen Sanktionsinstrumentarium (Rüge, Antrag auf berufsgerichtliche Entscheidung) gegen diesen Arzt vorgehen. Der Vertragsarzt sähe sich einander widersprechenden rechtlichen Anforderungen an seine Berufsausübung ausgesetzt.
- 35 Und wenn der Konflikt der Rechtsordnungen zugunsten des Vertragsarztrechts aufgelöst würde, schrumpfte der Anwendungsbereich des insoweit einschlägigen Berufsrechts auf die Behandlung von *Privatpatienten*. Damit würde nicht nur das Berufsrecht aus seinem angestammten Felde verdrängt, es stellte sich auch die zusätzliche Frage, wie sich die divergierende Behandlung von Privat- und Kassenpatienten rechtfertigen lassen sollte.

### 2. Vertragsärztliche Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes

- 36 § 17 Abs. 2 MBO 2004 sieht vor:
- „(2) Ärztinnen und Ärzten ist es gestattet, über den Praxissitz hinaus an *zwei* weiteren Orten ärztlich tätig zu sein. Ärztinnen und Ärzte habe Vorkehrungen für eine ordnungsgemäße Versorgung ihrer Patientinnen und Patienten an jedem Ort ihrer Tätigkeit zu treffen.“<sup>25</sup>
- 37 Die Bayerische Ärztekammer hat dies für ihren Zuständigkeitsbereich durch den – nach dem Wort „Tätigkeit“ und vor die Wörter „zu treffen“ eingefügten – Zusatz „...“, insbesondere durch räumliche Nähe der weiteren Praxen zum Praxissitz, ...“ präzisiert.
- 38 Die oben (RN 9-11) skizzierte Regelung des Entwurfs geht gezielt über die eine wie die andere berufsrechtliche Version hinaus, indem sie eine Höchstzahl der weiteren Orte nicht vorgibt. Auch dies bringt den Arzt in einen Konflikt zwischen seinem Berufsrecht und dem Vertragsarztrecht; es gilt nichts anderes als das zur Beschäftigung angestellter Ärzte (sub II 1) Gesagte.

### 3. Vertragsärztliche Berufsausübung mit anderen Leistungserbringern

- 39 Die oben (RN 12-14) vorgestellte Regelung des Entwurfs weicht von § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 23b MBO 2004<sup>26</sup> ab. Nach § 18 Abs. 1 MBO dürfen sich Ärztinnen und Ärzte zu Berufsausübungsgemeinschaft-

---

<sup>24</sup> Beispiel: Der oben apostrophierte HNO-Vertragsarzt stellt einen Urologen an.

<sup>25</sup> Hervorhebung durch Kursivdruck nicht im Original. Dazu die Hinweise und Erläuterungen der Bundesärztekammer, FN 18, Seite A-802.

ten – auch beschränkt auf einzelne Leistungen –, zu Organisationsgemeinschaften, zu medizinischen Kooperationsgemeinschaften und Praxisverbänden zusammenschließen. Unter einer medizinischen Kooperationsgemeinschaft versteht § 23b MBO einen Zusammenschluß von Ärzten mit Angehörigen der dort genannten anderen Fachberufe für Zwecke der kooperativen Berufsausübung. Ein Zusammenschluß mit nicht natürlichen Personen ist – anders als nach dem Entwurf – nicht vorgesehen. Berufsrechtlich ist also die hier gemeinte Kooperation eines Vertragsarztes mit einem Krankenhaus oder einem Medizinischen Versorgungszentrum, sofern juristische Personen, nicht vorgesehen.

- 40 Diese Divergenz zwischen Vertragsarztrecht und Berufsrecht birgt das gleiche Konfliktpotential wie die beiden anderen zuvor (RN 5-11) beschriebenen Regelungen des Entwurfs.

#### 4. Das Fazit: Bestenfalls Versteinerung, schlimmstenfalls Verdrängung

- 41 Die skizzierten Regelungen lösen damit das Vertragsarztrecht ein weiteres Mal<sup>27</sup> von dem Fundament des Ärzteberufsrechts, das, was die *Berufsausübung* anlangt, an sich unstrittig als ausschließliche Angelegenheit der Länder angesehen wurde und wird.<sup>28</sup>
- 42 Sie ersetzen insbesondere die bisherigen ausdrücklichen und stillschweigenden Verweise des Bundesrechts auf das Berufs-Landesrecht durch eigenständige Vorschriften. An die Stelle dynamischer und die Eigenständigkeit des Landesrechts respektierender Verweisungen soll Bundesrecht treten, das das Landesrecht mit oder ohne Änderungen inkorporiert. Die Inkorporierung ohne Veränderung wirkt sich auf das Berufsrecht der Länder nicht weniger gravierend aus als die Ersetzung durch anderslautendes Bundesrecht.

---

<sup>26</sup> Sachlich (wenngleich nicht ganz wörtlich) ebenso § 18 Abs. 1 in Verbindung mit § 23a BayBO.

<sup>27</sup> Zu früheren Eingriffen des Bundes in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder für das Berufsrecht der Ärzte vgl. kritisch unter eingehender Auswertung der einschlägigen Rechtsprechung und Literatur *Riedel/Derpa*, Kompetenzen des Bundes und der Länder im Gesundheitswesen – dargestellt anhand ausgewählter Regelungen im Sozialgesetzbuch, Fünfter Teil (SGB V), Berlin/Heidelberg/New York 2002.

<sup>28</sup> Vgl. nur BVerfGE 71, 162 (171f.): „Denn nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes steht jedenfalls den Ländern und nicht dem Bund die ausschließliche Befugnis zu, die Berufsausübung der Ärzte *nach* ihrer Zulassung zu regeln und im Zusammenhang mit der Ordnung des ärztlichen Berufsbildes Werbeverbote für den zugelassenen Arzt zu normieren (vgl. BVerfGE 33, 125 [154 f.]; Dünisch, BayVBl. 1982, S. 102 [105 f.]).“

Im Grundsatz nicht anders z.B. BVerfGE 98, 265 (303): „Grundsätzlich liegt das ärztliche Berufsrecht – abgesehen von der Zulassung zu den ärztlichen und anderen Heilberufen (Art.74 Abs.1 Nr.19 GG) und dem Recht der Vertragsärzte (Art.74 Abs.1 Nr.12 GG) sowie berufsbezogenen Strafvorschriften (Art.74 Abs.1 Nr.1 GG) – in der ausschließlichen Kompetenz der Länder. Mit Rücksicht darauf regeln Bundesgesetze, die auf die Kompetenztitel der Nummern 1, 12 oder 19 von Art.74 Abs.1 GG gestützt sind, das Berufsrecht nicht abschließend. Insbesondere ist der strafrechtliche Rechtsgüterschutz in aller Regel nicht abschließend und hindert nicht, daß die Länder im Rahmen ihrer Zuständigkeit andere Gesetze nicht strafrechtlicher Art zum Schutz solcher Rechtsgüter erlassen, die entweder durch Strafansetzung geschützt werden oder eines strafrechtlichen Schutzes ermangeln.“ Dabei muß man allerdings sehen, daß das Gericht in dieser Entscheidung beiläufig das „Recht der Vertragsärzte“ ausdrücklich herausnimmt. Aber die Bedeutung dieser Herausnahme bleibt völlig ungewiß, solange nicht geklärt ist, was alles dem „Recht der Vertragsärzte“ in einem kompetentiell relevanten Sinne, d.h. mit der Folge der Zuordnung zur „Sozialversicherung“ i.S. des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, zuzurechnen ist.

**a) Versteinerung: Inkorporierung des unveränderten Berufsrechts**

- 43 Im ersten Falle wird sich das neue Vertragsarztrecht gewissermaßen zufällig mit dem augenblicklich geltenden Berufsrecht decken. Diese Lage ergibt sich, soweit das (nunmehr inkorporierte) Berufsrecht der Länder, einmütig der Musterberufs-Ordnung folgend, bundesweit übereinstimmt. Künftige Änderungen des Berufsrechts in einem Land oder auch in mehreren oder allen Ländern werden auf das nunmehr komplett bundesrechtlich geregelte Vertragsarztrecht keinen Einfluß mehr haben; dieses hat sich von jenem abgekoppelt. Das inkorporierte und zu Bundesrecht umgewandelte Landesrecht ist, was den Vertragsärzterbereich anlangt, für den Landesgesetzgeber „versteinert“. Gleich, welche Änderungen er beschließt, sie werden auf das Vertragsärzterecht keinen Einfluß mehr ausüben – es sei denn, der Bund übernehme sie früher oder später.
- 44 Zugleich wird die Inkorporierung den Landesgesetzgeber und die Kammern vor Änderungen ihres Rechts künftig zögern lassen, weil sie mit ihnen Dissonanzen mit dem Bundesrecht und damit Konflikte zwischen berufsrechtlichen und sozialversicherungsrechtlichen Konzepten heraufbeschwören könnten.

**b) Verdrängung: Inkorporierung des veränderten Berufsrechts**

- 45 Im zweiten Falle – der Änderung und Ersetzung des Landesrechts – stellt sich die Konfliktlage sofort, also unabhängig von kommenden Änderungen des Landesrechts, ein. Das Berufsrecht fordert, erlaubt oder verbietet Anderes als das Vertragsärzterecht, und konfliktfrei kann das Berufsrecht nurmehr in dem schmalen Sektor fungieren, in dem der Arzt nicht als Vertragsarzt tätig ist.

## B. Die kompetentielle Zuordnung der fraglichen Regelungen

- 46 Die Begründung des Entwurfs stützt auch die hier interessierenden Regelungen – mit auffällig dünnen Worten – auf den Kompetenztitel „Sozialversicherung“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>29</sup> Sie dienen „der Weiterentwicklung des Vertragsarztrechts als Teilgebiet des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung, wie es im SGB V und in den Zulassungsverordnungen für Vertragsärzte und Vertragszahnärzte nach § 98 SGB V geregelt ist“.<sup>30</sup>
- 47 Der Satz trifft (natürlich) zu, soweit er den redaktionellen Standort des Vertragsarztrechts und des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung betrifft. Zu einer Antwort auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen denn eine Regelung, die sich selbst dem Vertragsarztrecht, damit dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, damit schließlich der Sozialversicherung einfügen will, kompetentiell der „Sozialversicherung“ im Sinne der Nr. 12 des Art. 74 Abs. 1 GG zuzuordnen ist, trägt er nichts bei. Es bewendet also bei der schieren Behauptung, und klar ist, daß der redaktionelle Standort einer Vorschrift zwar über die kompetentiellen Vorstellungen und Wünsche ihres Autors etwas verrät, aber nichts über die wirkliche Verfassungslage. So fehlt denn in der Entwurfsbegründung auch jeder Versuch, die *einzelnen* Vorschriften, die in das Landesberufsrecht hinübergreifen, je für sich kompetentiell zu würdigen und unter Nr. 12 zu subsumieren.
- 48 Dies aber wäre um so notwendiger angesichts des Umstandes gewesen, daß sich bislang das Landesberufsrecht – kompetentiell unbeanstandet – eines Teils der Materie angenommen und der Bundesgesetzgeber sich weithin mit einem Verweis auf dieses Landesrecht begnügt hat, und zwar nicht deswegen, weil er meinte, insoweit von seiner konkurrierenden Zuständigkeit zur Regelung der „Sozialversicherung“ keinen Gebrauch im Sinne des Art. 72 Abs. 1 GG machen zu brauchen oder zu sollen, sondern offenkundig deswegen, weil er insoweit die Grenze des Kompetenztitels „Sozialversicherung“ als erreicht ansah. Der nun geplante Übergreif in das Landesberufsrecht bleibt ein solcher, auch wenn ihm neuerdings das Mäntelchen „Sozialversicherung“ umgehängt wird.

### I. Sozialversicherung, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG?

#### 1. Der kompetentielle Begriff

- 49 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts umfaßt „Sozialversicherung“ als verfassungsrechtlicher Gattungsbegriff alles, was sich der Sache nach als Sozialversicherung darstellt. Auch neue Lebenssachverhalte könnten in das Gesamtsystem „Sozialversicherung“ einbezogen werden, wenn die neuen Sozialleistungen in ihren wesentlichen Strukturelementen, insbesondere in der organisatorischen Bewältigung ihrer Durchführung dem Bild entsprächen, das durch die „klassische“ Sozialversicherung geprägt sei.<sup>31</sup> Zur „Sozialversicherung“ gehöre jedenfalls die gemeinsame Deckung eines möglichen, in seiner Gesamtheit

---

<sup>29</sup> Begründung A III 1, BR-Drs. 353/06, S. 34.

<sup>30</sup> Begründung A III 1, BR-Drs. 353/06, S. 34-

<sup>31</sup> Zum Begriff der „öffentlichen Fürsorge“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG, entsprechend BVerfGE 108, 186 (214).

schätzbaren Bedarfs durch Verteilung auf eine organisatorische Vielfalt. Das soziale Bedürfnis nach Ausgleich besonderer Lasten und die Art und Weise, wie die Aufgabe organisatorisch bewältigt werde (durch Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, die ihre Mittel durch Beiträge der „Beteiligten“ aufbringen) kennzeichneten die „Sozialversicherung“.<sup>32</sup>

## **2. Die gesetzliche Krankenversicherung als Teil der „Sozialversicherung“**

50 Nach diesen etwas verlegenen Definitionsansätzen ist klar, daß der Begriff entwicklungsfähig und Neuerungen gegenüber aufgeschlossen sein soll. Klar scheint auch, daß auch die gesetzliche Krankenversicherung, soweit sie das Verhältnis der Versicherten zu den Versicherern betrifft, sich in diesen dynamischen Begriff gut einfügt.

51 *Insoweit* mag gegen die Selbstverständlichkeit, mit der Gesetzgeber nicht weniger als die Gerichte die gesetzliche Krankenversicherung zur „Sozialversicherung“ im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG schlagen, wenig einzuwenden sein. So heißt es etwa in der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. Juli 2005 zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung:<sup>33</sup>

„Die Einführung des Risikostrukturausgleichs ist eine Maßnahme der Sozialversicherung im Sinne dieser Vorschrift (zum Begriff der Sozialversicherung BVerfGE 11, 105 [111ff.]; 75, 108 [146ff.]; 87, 1 [34]; 88, 203 [313]; stRspr). Die Kompetenz aus Art.74 Abs. 1 Nr.12 GG ist bereits aus sich heraus auch auf die Regelung der Finanzierung der Sozialversicherung gerichtet. Dies gilt nicht nur in einem engeren Sinn für die Erhebung von Sozialversicherungsbeiträgen, sondern in einem weiteren Sinn auch für Regelungen über die Erstattung und den Ausgleich von Sozialversicherungsleistungen (vgl. BVerfGE 75, 108 [146ff.]; 81, 156 [185]; 99, 202 [212]).“

## **3. Die Vertragsärzte als Teil der „Sozialversicherung“?**

52 Klar muß nur sein, daß damit über die kompetentielle Zuordnung des Vertragsarztrechts nichts gesagt ist. Die Vorfrage, was denn alles zum Vertragsarztrecht rechnet, ist ebenso offen wie die Hauptfrage, was davon wirklich „Sozialversicherung“ darstellt.

53 Keine der beiden Fragen ist in der Rechtsprechung abschließend geklärt, obwohl auch insofern manche Formulierungen das Gegenteil zu implizieren scheinen.

54 Beispiele: 1998 meinte das Bundesverfassungsgericht, ganz beiläufig das – von ihm nicht definierte – Vertragsarztrecht der Nr. 12 des Art. 74 Abs. 1 GG zuschlagen zu sollen:<sup>34</sup>

„Grundsätzlich liegt das ärztliche Berufsrecht – *abgesehen von* der Zulassung zu den ärztlichen und anderen Heilberufen (Art.74 Abs. 1 Nr.19 GG) und *dem Recht der Vertragsärzte* (Art.74 Abs. 1 Nr.12 GG) sowie berufsbezogenen Strafvorschriften (Art.74 Abs. 1 Nr.1 GG) – in der ausschließlichen Kompetenz der Länder. Mit Rücksicht darauf regeln Bundesgesetze, die auf die Kompetenztitel der Nummern 1, 12 oder 19 von Art.74 Abs. 1 GG gestützt sind, das Berufsrecht nicht abschließend.“<sup>35</sup>

55 1999 führte die 2. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Trennung zwischen der hausärztlichen und der fachärztlichen Versorgung in der

---

<sup>32</sup> Vgl. etwa BVerfGE 11, 105 (111-114); 29, 221 (233); 62, 354 (366); 63, 1 (35); 75, 108 (146-149); 87, 1 (34); 88, 203 (313); 99, 202 (212); 103, 197 (215); 109, 96 (109-111).

<sup>33</sup> BVerfGE 113, 167 (195-197).

<sup>34</sup> BVerfGE 98, 265 (303).

<sup>35</sup> Kursivdruck nicht im Original.

gesetzlichen Krankenversicherung aus:<sup>36</sup> Die Regelung gehöre „der Sache nach“ zum Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Sie konkretisiere die abrechenbaren ärztlichen Leistungen an die Versicherten im ambulanten Bereich. Die Gegenauffassung berücksichtige „nicht die selbständige Bedeutung der Sozialversicherung, in der eigenständige Regelungen auf Grundlage ihres Auftrags jederzeit möglich sind“. Der Satz gab und gibt Rätsel auf. Er begnügt sich mit schierer Behauptung und einer Reihung von Leerformeln.<sup>37</sup> Eine nachvollziehbare Begründung fehlt,<sup>38</sup> ebenso ein Hinweis auf etwa einschlägige Senatsrechtsprechung des Gerichtes, der sie entbehrlich machen könnte.<sup>39</sup>

- 56 2001 schließlich sprach das Bundesverfassungsgericht in einem Verfahren, das die Altersgrenze für Vertragsärzte betraf, die Kompetenzfrage überhaupt nicht an, setzte es also die Zuständigkeit (einschließlich der Erfüllung der Vorgaben des Art. 72 Abs. 2 GG) offenbar als selbstverständlich voraus und begnügte es sich mit der Prüfung der rein inhaltlichen Grundrechtskonformität der angegriffenen Regelung.<sup>40</sup>
- 57 Keine der Entscheidungen<sup>41</sup> erlaubt den sicheren Schluß, „das“ Vertragsarztrecht schlechthin, also etwa alles Recht, das Vertragsärzte irgendwie betrifft, falle unter die Sozialversicherung im Sinne des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG.<sup>42</sup> Allenfalls gestatten sie – und dies auch nur, wenn man sich an der Selbstverständlichkeit und Kargheit der Aussagen nicht stört – anzunehmen, daß der jeweils verfahrensgegenständliche Aus-

---

<sup>36</sup> Beschluß vom 17. Juni 1999 – 1 BvR 2507/97, NJW 1999, 2730 (2731).

<sup>37</sup> Von dieser Vorgehensart unterscheidet sich – ungeachtet des mit der Kammer-Entscheidung übereinstimmenden Ergebnisses – vorteilhaft das Bemühen des Bundessozialgerichts um inhaltliche Argumentation und Auseinandersetzung zur selben Frage in BSGE 80, 256 (258-260).

<sup>38</sup> Jedenfalls im veröffentlichten Abdruck der Entscheidung. Auch eine Auseinandersetzung mit der kritischen Literatur fehlt gänzlich. So hat etwa *G. Schneider* schon 1995 die kompetentielle Zuordnung der Trennung von haus- und fachärztlicher Tätigkeit zu Nr. 12 mit guten Gründen beanstandet; vgl. *dens.*, Rechtsfragen zur Hausarzt- und Facharztregelung. Die Neugliederung des Arztsystems nach dem Gesundheitsstrukturgesetz, MedR 1995, S. 175 (178f.).

<sup>39</sup> Möglicherweise haben diese deutlichen Schwächen der Entscheidung die Bundesregierung bewogen, aus der Begründung (dort S. 9) zum Referenten-Entwurf nach dem Stand vom 10. April 2006 den Hinweis auf diesen Beschluß nicht in ihre eigene Begründung zu übernehmen. Möglicherweise war es aber auch die Einsicht, daß auch bei Zugrundelegung dieser Entscheidung für die hier interessierenden ganz andersartigen Themen nichts gewonnen wäre.

<sup>40</sup> BVerfGE 103, 172 (183-195).

<sup>41</sup> Für die knappen Bemerkungen des Bundesverwaltungsgerichts (vgl. etwa BVerwGE 65, 362 [365] zum Notfall- und Bereitschaftsdienst der Kassenärztlichen Vereinigung; BVerwGE 99, 10 [12] zum Entgelt für notärztliche Behandlung im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung) gilt nichts anderes.

<sup>42</sup> Auch die Überlegungen des Bundessozialgerichts (BSGE 80, 256 [258]) bleiben insofern blaß: „[D]as GG hat das Vertragsarztrecht als Teil der in der früheren RVO geregelten Versicherung gegen Krankheit als Bundeskompetenz übernommen, und die Kassen- bzw. Vertragsärzte sind als Leistungserbringer in das öffentlich-rechtliche System der gesetzlichen KV einbezogen ...“ Ersichtlich läßt sich so nicht darlegen, daß das Recht der Leistungserbringer generell der Nr. 12 zuzuordnen ist.

Immerhin respektiert das Bundessozialgericht anschließend (a.a.O., S. 259f.) den Umstand, daß das allgemeine ärztliche Berufsrecht in die ausschließliche Zuständigkeit der Länder fällt, indem es die Zuordnung der streitgegenständlichen Regelung (Trennung der hausärztlichen und der fachärztlichen Tätigkeiten von Vertragsärzten) zu Nr. 12 dadurch zu retten versucht, daß es annimmt, sie knüpfe an landesberufsrechtlich vorgegebene Modelle lediglich an. Vgl. zu diesem aus Gründen der Bundestreue gebotenen Respekt auch unten RN 115-132.

schnitt aus dem Vertragsarztrecht der Nr. 12 zugeordnet werden kann. Keiner dieser Ausschnitte betraf Regelungen der hier interessierenden Art.

#### 4. Subsumtion

- 58 Angesichts dieser Umstände erscheint die berichtete apodiktische Annahme der Regierungsbegründung, es gehe bei den vorgesehenen Regelungen um Vertragsarztrecht, damit um Krankenversicherung, also um Nr. 12, kühn. Dem Bund wächst eine Zuständigkeit für das Berufsrecht der Ärzte, auch für das „nur“ der Vertragsärzte, nicht dadurch zu, daß er es aus seinem genuinen und bislang unstrittigen Standort im Landesbereich herauslöst, um seine – wirklichen oder vermeintlichen – „Liberalisierungstendenzen“ zu übernehmen, zu vereinheitlichen und zu übertreffen. Nicht der Wunsch begründet Zuständigkeiten, sondern allein die Verfassung.

### II. Zulassung zu den ärztlichen Heilberufen, Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG?

#### 1. Die Nichteinschlägigkeit der Nr. 19

- 59 Der Vertragsarzt (früher: Kassenarzt) ist trotz aller Besonderheiten kein eigenständiger ärztlicher Beruf. Diese Auffassung hat das Bundesverfassungsgericht schon frühzeitig begründet, und an ihrer Berechtigung hat die zwischenzeitliche Perfektionierung und Arrondierung des Vertragsarztrechts durch den Bundesgesetzgebers nichts geändert. Daß das Gericht seine Sicht, der Vertragsarzt sei kein eigener Beruf, sondern eine besondere Erscheinungsform des ärztlichen Heilberufs,<sup>43</sup> zunächst im Zusammenhang mit Art. 12 Abs. 1 GG – nicht mit Nr. 19 – entwickelt hat, tut dem keinen Abbruch; die grundrechtliche Unterscheidung zwischen Wahl und Ausübung des Berufs kehrt mit anderen Worten (wenngleich mit anderer Funktion, wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend hervorgehoben hat) im Kompetenzbereich wieder, der dem Bund (nach Maßgabe des Art. 72 Abs. 2 GG) Zugang zur „Zulassung“, nicht aber zur Ausübung des ärztlichen Berufs verschafft. Das Vertragsarztrecht kann schon deswegen nicht der Nr. 19 des Art. 74 Abs. 1 GG (Zulassung zu den ärztlichen und anderen Heilberufen) zugeordnet werden.
- 60 Selbst wenn aber angenommen werden könnte, der Vertragsarzt habe sich unterdessen zu einem eigenen Beruf entwickelt, so daß *insoweit* Nr. 19 also einschlägig sein könnte, betreffen die hier interessierenden Regelungen des Entwurfs doch nicht die „Zulassung“ zum (vorgeblichen) „Beruf“ des Vertragsarztes. Den Begriff der „Zulassung“ sah schon die Facharzt-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts als „geklärt“ an:
- „[E]r ist wortgetreu auszulegen und umfaßt im wesentlichen die Vorschriften, die sich auf Erteilung, Zurücknahme und Verlust der Approbation oder auf die Befugnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs beziehen (BVerfGE 4, 74 [83 ff.]; 7, 18 [25]; 17, 287 [292]). Die Regelung der ärztlichen Weiterbildung *nach* Erteilung der Approbation und damit die gesamte Regelung des Facharztwesens gehört dagegen zur ausschließlichen Gesetzgebungszuständigkeit der Länder.“<sup>44</sup>
- 61 Auch die doch wohl weitere Deutung des Wortes durch das Altenpflege-Urteil von 2002<sup>45</sup> gibt keinen Anhaltspunkt dafür, die hier interessierenden Regelungen könnten die „Zulassung“ betreffen.

---

<sup>43</sup> Vgl. bereits BVerfGE 11, 30 (41).

<sup>44</sup> BVerfGE 33,125 (154f.). Später ebenso z.B. BVerfGE 68, 319 (331f.).

<sup>45</sup> BVerfGE 106, 62 (124-128).

Die Bundesregierung hat daher zu Recht darauf verzichtet, sich in der Begründung ihres Entwurfs auch auf Nr. 19 zu berufen.

## 2. Die systematische Sperrwirkung der Nr. 19

- 62 Die gezielte Schmalheit des Kompetenztitels „Zulassung zu den ärztlichen Heilberufen“ (Nr. 19) wirkt sich auf die Deutung der anderen Kompetenztitel des Art. 74 Abs. 1 GG aus: Sie dürfen nicht so ausgelegt werden, daß sie die Enge der Nr. 19 konterkarieren. Nachdem Nr. 19 den Sinn hat, dem Bund eine umfassende Zuständigkeit im Gesundheitswesen zu versagen, verbietet sich jede Interpretation des Kompetenzkataloges des Art. 74 Abs. 1 GG im übrigen – sei es einzelner seiner Ziffern, sei es einer Kombination von ihnen –, die sie ihm im Ergebnis (wenn auch immer unter dem Vorbehalt des Art. 72 Abs. 2 GG) doch eröffnet. Sie unterliefe die gewollte Begrenztheit der Kompetenz aus Nr. 19.<sup>46</sup> Nachdem auch Nr. 19 mit all ihren Teilgebieten keine „Globalermächtigung des Bundes für den Bereich des Gesundheitswesens“ darstellt,<sup>47</sup> können *andere* Kompetenztitel keinen Ersatz für eine solche Globalermächtigung liefern.
- 63 Auch aus diesem systematischen Grunde darf (auch) in den Begriff der „Sozialversicherung“, wie weit auch immer er gefaßt werde, nicht die Ermächtigung zur Regelung der Berufsausübung der ärztlichen Berufe, betreffe sie auch „nur“ die Vertragsärzte, hineingelesen werden.
- 64 Freilich schließt andererseits die Enge der Nr. 19 den Bund nicht schlechthin vom Zugang zu anderen Materien des Gesundheitswesens endgültig aus.<sup>48</sup>

## III. Kompetenzerweiterung durch legislative Fakten?

- 65 Bei seinem Verständnis der Kompetenztitel läßt sich das Bundesverfassungsgericht regelmäßig auch von der „Staatspraxis“ leiten, d.h. von der kompetentiellen Sicht des Gesetzgebers selbst. So heißt es etwa im Altenpflege-Urteil von 2002:<sup>49</sup>
- „Bei der Bestimmung der einzelnen Materien, die Art.74 GG aufzählt, verdienen der Grundsatz des Art.30 GG und der historische Zusammenhang in der deutschen Gesetzgebung besondere Aufmerksamkeit; dem Merkmal des „Traditionellen“ oder „Herkömmlichen“ kommt dabei wesentliche Bedeutung zu (BVerfGE 7, 29 [44]; 28, 21 [32]; 33, 125 [152f.]). Aus diesem Grunde gewinnen Entstehungsgeschichte des Art.74 GG und *Staatspraxis* für die Auslegung besonderes Gewicht (vgl. BVerfGE 33, 125 [152]; 61, 149 [175]; 68, 319 [328]).“<sup>50</sup>
- 66 Diese – andernorts wiederholte – Redeweise könnte die Vermutung nähren, der Bund hätte es in der Hand, durch anhaltende Übergriffe in Bereiche ausschließlicher Landeszuständigkeit gewissermaßen vollendete – weil die Auslegung des usurpierten Kompetenztitels schließlich prägende – Kompetenz-Tatsachen zu schaffen. Nachdem der Entwurf eines Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes durchaus nicht der erste Schritt des

---

<sup>46</sup> So BVerfGE 88, 203 (330) zur Begrenzung des an sich durchaus „weit“ auszulegenden Begriffs der „öffentlichen Fürsorge“, Art. 74 [Abs. 1] Nr. 7 GG, durch Nr. 19. In derselben Weise diszipliniert Nr. 19 den „Gattungsbegriff“ der „Sozialversicherung“ in Nr. 12.

<sup>47</sup> BVerfGE 106, 62 (108f.).

<sup>48</sup> Vgl. nur BVerfGE 68, 319 (332): „Daraus läßt sich indessen nicht ableiten, daß dem Bund in Art. 74 Nr. 19 GG ausschließlich und abschließend [nur] die Zulassung zum ärztlichen Beruf als Teil der früheren Regelungsmaterie Gesundheitswesen zugewiesen werden sollte.“

<sup>49</sup> BVerfGE 106, 62 (105).

<sup>50</sup> Hervorhebung durch Kursivdruck nicht im Original.

Bundes zu Vereinnahmung des Landesberufsrechts unter Inanspruchnahme des Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG ist, könnten, so gesehen, die vorausliegenden Usurpations-Versuche bereits ihren bleibenden Schatten auf Nr. 12 geworfen haben.

- 67 So weit würde aber wohl auch das Bundesverfassungsgericht nicht gehen wollen. Die legislative Deutung der Kompetenztitel hat ihm bisher wohl zu nicht mehr als zur Vergewisserung gedient, ob seine, des Gerichts, Sicht der Dinge auch vom „Täter“ geteilt wird und, wenn ja, dann auch deshalb nicht „aus der Welt“ sein kann. Insofern liegt es ähnlich wie beim Gewicht, das der Vor- und Entstehungsgeschichte einer Norm beigemessen wird: Sie kann das Gericht bestätigen, aber nicht widerlegen.
- 68 Alles andere würde auch dazu führen, den einfachen Gesetzgeber zum Herrn der zu seiner Disziplinierung gedachten Kompetenzordnung zu machen.
- 69 Insofern vermag die Entwicklungsgeschichte des Vertragsarztrechts, die auch eine Geschichte der mählichen Ablösung des Landesberufsrechts ist, eine Zuständigkeit, die der Bund – nach dem Bisherigen – nicht hat, nicht zu begründen.

#### **IV. Kompetenzerweiterung durch Sachzusammenhang?**

- 70 Wenn es deswegen dabei bleibt, daß Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 (und erst recht Nr. 19) GG keine tragfähige Grundlage für die beabsichtigten Neuregelungen, soweit sie hier interessieren, darstellt, käme doch eine Kompetenzerweiterung dank Sachzusammenhanges in Betracht. Die Bundesregierung beruft sich auf sie in ihrer Begründung ihres Entwurfs zwar nicht. Aber das allein spricht nicht gegen sie; es belegt wohl nur die Sicherheit, in der sich die Entwurfs-Autoren (wenngleich irrig) wiegen.
- 71 Zum Sachzusammenhang heißt es etwa in der Altenpflege-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts:<sup>51</sup>  
„Die ... Kompetenz kraft Sachzusammenhangs stützt und ergänzt eine zugewiesene Zuständigkeit nur dann, wenn die entsprechende Materie verständigerweise nicht geregelt werden kann, ohne daß zugleich eine nicht ausdrücklich zugewiesene andere Materie mitgeregelt wird, wenn also das Übergreifen unerläßliche Voraussetzung für die Regelung der zugewiesenen Materie ist (vgl. BVerfGE 3, 407 [421]; 8, 143 [149]; 12, 205 [237]; 15, 1 [20]; 26, 246 [256]; 26, 281 [300]; 97, 228 [251]; 98, 265 [299]; stRspr). Die umfassende Regelung eines den Ländern vorbehaltenen Bereichs ist dem Bund in keinem Fall eröffnet (vgl. BVerfGE 61, 149 [205]; 98, 265 [299]).  
Wann ein solch zwingender Konnex zwischen der Wahrnehmung einer ausdrücklich zugewiesenen Kompetenz des Bundes und der punktuellen Inanspruchnahme einer Landeskompetenz besteht, läßt sich nicht generell und abstrakt bestimmen. Die Frage kann vielmehr nur mit Blick auf die Besonderheiten des jeweiligen Regelungsgegenstands beantwortet werden.“
- 72 Diesen – zu Recht – strengen Anforderungen der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts an die kompetenzerweiternde Wirkung eines Sachzusammenhanges zwischen einer eigenen und einer fremden Materie genügt die Situation, die der VÄndG-Entwurf vorfindet, nicht annähernd:
- 73 Daß in unserem Falle der Übergriff auf die Landesmaterie Berufsrecht durch Aneignung und Änderung nicht „unerläßlich“ ist, ergibt sich bereits daraus, daß der Bund bisher mit durchaus weniger ausgekommen und nicht ersichtlich ist, daß sich die Lage zwischen der letzten und dieser Reform derart geändert hätte, daß es jedenfalls heute ohne Arrondierung durch Landeszuständigkeiten nicht mehr geht. Der bloße Wunsch des

---

<sup>51</sup> BVerfGE 106, 62 (114f.).

Bundes, sich von der „Kette“ des Landesberufsrechts zu lösen und das Berufsrecht selbständig zu regeln, begründet die Unerläßlichkeit naturgemäß nicht.<sup>52</sup>

- 74** Hinzu kommt, daß der Zugriff des Bundes auf das Landesrecht hier nicht im Punktuellen verharrt, sondern Dimensionen annimmt, die über das vom Bundesverfassungsgericht (unter der zuvor bejahten Voraussetzung der „Unerläßlichkeit“) zugestandenem Maß weit hinausgehen.

---

<sup>52</sup> Selbst wenn man gewisse Aufweichungen der Sachzusammenhangs-Vorstellungen beim Gericht an anderer Stelle beobachten kann. Sie dürfen hier, da nicht einschlägig, beiseite gelassen werden.

### **C. Erforderlichkeit der vorgesehenen Regelungen?**

- 75 Selbst wenn sich die Auffassung der Bundesregierung, die hier interessierenden Regelungen seien der „Sozialversicherung“ zuzuordnen, entgegen der hier vertretenen Annahme halten ließe, müßte der Bund noch die zusätzliche Hürde der „Erforderlichkeit“ im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG überspringen. Danach hat im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung der Bund „das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht“.
- 76 Die Begründung des Entwurfs widmet sich dieser Frage in ihrem Allgemeinen Teil relativ ausführlich, kommt auf sie bei den einzelnen Vorschriften aber ebenso wenig zurück wie<sup>53</sup> auf die ihr vorausliegende Frage, ob Nr. 12 des Art. 74 Abs. 1 GG die betreffende Einzelregelung wirklich trage. Sie gibt dabei die vom Bundesverfassungsgericht zu Art. 72 Abs. 2 GG entwickelten Obersätze (zu ihnen sogleich unten sub I, RN 78-99) nur teilweise und verkürzt wieder (RN 18, 21) und scheitert vor allem an der Subsumtion: Es gelingt ihr (RN 19, 20, 22) nicht wirklich darzulegen, warum der neuerliche Übergriff des Bundes in das Landesberufsrecht „erforderlich“ sei (dazu unten sub II, RN 101-113). Damit genügt sie auch nicht der dem Gesetzgeber vom Bundesverfassungsgericht auferlegten Last der Darlegung, daß seine Regelung „erforderlich“ sei (dazu unten sub III, RN 114).

#### **I. Art. 72 Abs. 2 GG im Lichte der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts**

- 77 Während die Kammer-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, von der bereits die Rede war, (im veröffentlichten Text jedenfalls<sup>54</sup>) Art. 72 Abs. 2 GG schlicht übergeht, widmet ihm die Judikatur seit 2002 diejenige Aufmerksamkeit, die er spätestens seit der Reform von 1994 verdient. Maßgebliches hat zunächst das Altenpflege-Urteil aus dem Jahre 2002 beigesteuert.<sup>55</sup> Das von ihm entwickelte Verständnis des Art. 72 Abs. 2 GG hat sich insbesondere in den Jahren 2004 und 2005 im Bereich des Hochschulrechts<sup>56</sup>, 2005 auch im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung<sup>57</sup> bewähren müssen. Die drei betreffenden Entscheidungen haben gezeigt, daß Art. 72 Abs. 2 GG i.d.F. von 1994, so wie ihn das Bundesverfassungsgericht versteht, handhabbar und fair sowohl gegenüber dem Bund als auch gegenüber den berechtigten Belangen der Länder ist. Dies bestätigt sich auch im hier interessierenden Zusammenhange, freilich mit einem anderen als dem von der Bundesregierung angestrebten Ergebnis.

---

<sup>53</sup> Zu diesem ersten Manko bei der kompetentiellen Zuordnung vgl. bereits oben RN 47, 48.

<sup>54</sup> Vgl. NJW 1999, 2730 (2731).

<sup>55</sup> BVerfGE 106, 62 (135-153 [Obersätze]; 153-165 [Subsumtion]).

<sup>56</sup> 2004: BVerfGE 111, 226 (253-255) – Juniorprofessur. 2005: BVerfGE 112, 226 (243-250) – Studiengebühren; verfaßte Studierendenschaften.

<sup>57</sup> BVerfGE 113, 167 (197-199).

## 1. 2002: Die (Teil-)Erforderlichkeit des Altenpflegegesetzes

### a) Die „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“

78 Zu dem ersten Erforderlichkeits-Kriterium, der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse, vermerkt das Altenpflege-Urteil:<sup>58</sup>

„Die Ersetzung des Begriffs der „Einheitlichkeit“ der Lebensverhältnisse durch den der „Gleichwertigkeit“ geht auf die Beratungen in der Gemeinsamen Verfassungskommission zurück, die die Änderung im Hinblick auf Maßnahmen zur Herstellung der inneren Einheit für erforderlich gehalten hat. Nach Auffassung der Mehrheit der Mitglieder der Verfassungskommission entspricht der Begriff „Gleichwertigkeit“ mehr dem föderalistischen Gedanken als die Idee der „nivellierenden Vereinheitlichung“ ... Ausdrücklich wurde klar gestellt, die neuen Länder sollten hierdurch nicht benachteiligt werden, die Änderung solle vielmehr den regionalen Besonderheiten der einzelnen Länder Rechnung tragen ...

Nach dem Willen der Gemeinsamen Verfassungskommission bedeutet „gleichwertige Lebensverhältnisse“ mithin nicht „einheitliche Lebensverhältnisse“. Der nunmehr gewählte Begriff nimmt das Niveau der kompetentiell legitimierten Vereinheitlichung vielmehr deutlich zurück ...

Das Erfordernis der „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“ ist nicht schon dann erfüllt, wenn es nur um das Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen geht. Dem Bundesgesetzgeber ist ein Eingreifen auch dann nicht erlaubt, wenn lediglich eine Verbesserung der Lebensverhältnisse in Rede steht. Dies folgt nicht nur aus dem Wortlaut der Norm, sondern auch, in systematischer Auslegung, aus einem Vergleich mit Art. 91 a Abs. 1 GG. Dort ist die Mitwirkung des Bundes bei der Erfüllung von Aufgaben der Länder gestattet, wenn dies „zur Verbesserung der Lebensverhältnisse erforderlich ist“. Es ist kein Grund ersichtlich, der den Verfassungsgeber dazu hätte veranlassen können, sich bei der Kompetenznorm für eine andere Wortwahl zu entscheiden, wenn er in der Sache dasselbe gemeint hätte wie in Art.91 a GG. Der Zweck des Art.72 Abs. 2 GG, die Bundeskompetenzen einzuschränken, würde zudem an Kraft verlieren, wäre es dem Bund erlaubt, irgendwelche Verbesserungen, die immer möglich und wünschenswert sind, ohne Weiteres zum Anlaß für einen Eingriff in das grundsätzlich bestehende Gesetzgebungsrecht der Länder zu nehmen.

Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist vielmehr erst dann bedroht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet.“

### b) Die „Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“

79 Zur Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse heißt es alsdann u.a.:<sup>59</sup>

„Die Auslegung der ersten Zielvorgabe des Art.72 Abs. 2 GG legt zugleich den Grund für die Konkretisierung der anderen Ziele, auf die sich das Erforderlichkeitskriterium bezieht: Die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit betrifft unmittelbar institutionelle Voraussetzungen des Bundesstaats und erst mittelbar die Lebensverhältnisse der Bürger. Weder die Zielvorgaben der Rechts- oder Wirtschaftseinheit noch das Tatbestandsmerkmal des gesamtstaatlichen Interesses ... geben dem Bundesgesetzgeber die Erlaubnis, ausschließlich zur Verfolgung von sonstigen Gemeinwohlinteressen oder auch nur mit dem allgemeinen Ziel einer Verbesserung der Lebensverhältnisse tätig zu werden.

80 aa) Da es bei Art.72 Abs. 2 GG in aller Regel um den Erlaß eines rechtsvereinheitlichenden Bundesgesetzes geht, kann das Tatbestandsmerkmal „Wahrung der **Rechtseinheit**“ in Art.72 Abs. 2 GG nicht so verstanden werden, dass die Setzung bundeseinheitlichen Rechts stets erforderlich wäre. Unterschiedliche Rechtslagen für die Bürger sind notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus. Das Grundgesetz lässt unterschiedliche rechtliche Ordnungen in den Gliedstaaten zu und begrenzt insoweit auch eine Berufung auf Art.3 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 10, 354 [371]; 12, 139 [143]). Eine Unterschiedlichkeit von Regelungen in den Ländern allein kann deshalb ein gesamtstaatliches Interesse an einer bundesgesetzlichen Regelung nicht begründen.

81 Eine Gesetzesvielfalt auf Länderebene erfüllt die Voraussetzungen des Art. 72 Abs. 2 GG erst dann, wenn sie eine Rechtszersplitterung mit problematischen Folgen darstellt, die im Interesse sowohl des Bundes als auch der Länder nicht hingenommen werden kann. Gerade die Unterschiedlichkeit des Gesetzesrechts oder

---

<sup>58</sup> BVerfGE 106, 62 (144f.).

<sup>59</sup> BVerfGE 106, 62 (145-148).

der Umstand, dass die Länder eine regelungsbedürftige Materie nicht regeln, müssen das gesamtstaatliche Rechtsgut der Rechtseinheit, verstanden als Erhaltung einer funktionsfähigen Rechtsgemeinschaft, bedrohen. So würden beispielsweise unterschiedliche Personenstandsregelungen in den Ländern verhindern, dass die Eheschließung oder die Scheidung überall in Deutschland gleichermaßen rechtlich anerkannt und behandelt werden. Gäbe es in den Ländern grundlegend unterschiedliche Regelungen für das Gerichtsverfassungsrecht, könnten der Einzelne oder überregional agierende Unternehmen nicht darauf vertrauen, in allen Ländern in gleicher Weise Rechtsschutz zu erlangen. Ein unterschiedliches Verfahrensrecht erschwerte die Rechtswege zu den Bundesgerichten.

- 82 Auf allen in Art.74 und Art.75 GG genannten Gebieten lässt das Grundgesetz eine Rechtsvielfalt prinzipiell zu. Einheitliche Rechtsregeln können in diesen Bereichen aber erforderlich werden, wenn die unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen kann. Um dieser sich unmittelbar aus der Rechtslage ergebenden Bedrohung von Rechtssicherheit und Freizügigkeit im Bundesstaat entgegen zu wirken, kann der Bund eine bundesgesetzlich einheitliche Lösung wählen (eine Verpflichtung dazu enthält Art.72 Abs. 2 GG nicht).
- 83 bb) Die „Wahrung der **Wirtschaftseinheit**“ liegt im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtssetzung geht. „Wirtschaftseinheit“ setzt also mehr voraus als die Schaffung von „Rechtseinheit“. Die beiden Zielvorgaben werden allerdings häufig eine Schnittmenge haben, da viele der in Art.74 Abs. 1 und Art.75 Abs. 1 GG aufgeführten Bereiche einen mittelbaren wirtschaftlichen Bezug aufweisen und sich Wirtschaftseinheit typischerweise über die Vereinheitlichung von Rechtslagen herstellen kann. Gleichwohl haben beide Zielvorgaben unterschiedliche Schwerpunkte. Geht es in erster Linie um wirtschaftspolitisch bedrohliche oder unzumutbare Auswirkungen einer Rechtsvielfalt oder mangelnder länderrechtlicher Regelung, greift die dritte Zielvorgabe des Art.72 Abs. 2 GG ein.
- 84 Wirtschaftliche Lagen vermögen die Länder grundsätzlich ebenso zu regulieren wie der Bund. Unterschiedliche landesrechtliche Regelungen können jedoch Schranken oder Hindernisse für den wirtschaftlichen Verkehr im Bundesgebiet errichten und insbesondere die Verteilung des wirtschaftlichen (personellen und sachlichen) Potentials verzerren; auch tatsächliche Verschiedenheiten zwischen den Ländern können der Gesamtwirtschaft in erheblichem Umfang abträglich sein. Der Erlass von Bundesgesetzen zur Wahrung der Wirtschaftseinheit steht dann im gesamtstaatlichen, also im gemeinsamen Interesse von Bund und Ländern, wenn Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich bringen.“

c) „... wenn und soweit ... erforderlich ...“

- 85 Schließlich klärt das Gericht über den Sinn der Wörter „wenn und soweit eine bundesgesetzliche Regelung ... erforderlich ist“, die zu einer Gesamtschau der Regelung („wenn“) und zu einer Detailbetrachtung („soweit“) auffordern. Danach mag sich eine bundesgesetzliche Regelung im Großen und Ganzen – nach ihrem Ziel und ihrer Wirkung – als erforderlich darstellen; gleichwohl kann sie dabei das nach Art. 72 Abs. 2 GG zulässige Ausmaß des Erforderlichen mit der Folge überschreiten, daß Einzelvorschriften verfassungswidrig sind.

„aa) Bezieht sich der erste Prüfungsschritt auf die Frage, ob eine Regelung des Bundesgesetzgebers zum Schutz der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Rechtsgüter zulässig ist („wenn ... erforderlich“), so ist im zweiten Schritt das Ausmaß der Eingriffsbefugnis („soweit ... erforderlich“) festzustellen.

- 86 Im Kompetenzgefüge des Grundgesetzes gebührt bei gleicher Eignung von Regelungen zur Erfüllung der grundgesetzlichen Zielvorgaben grundsätzlich den Ländern der Vorrang (Art. 30 und Art. 70 GG). Art. 72 Abs. 2 GG trägt dem – mit dem Kriterium der Erforderlichkeit bundesgesetzlicher Regelung – Rechnung und verweist den Bund damit auf den geringst möglichen Eingriff in das Gesetzgebungsrecht der Länder. „Erforderlich“ ist die bundesgesetzliche Regelung danach nur soweit, als ohne sie die vom Gesetzgeber für sein Tätigwerden im konkret zu regelnden Bereich in Anspruch genommene Zielvorgabe des Art. 72 Abs. 2 GG, also die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse oder die im gesamtstaatlichen Interesse stehende Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit, nicht oder nicht hinlänglich erreicht werden kann. Dabei muß dem Gesetzgeber eine Prärogative für Konzept und Ausgestaltung des Gesetzes verbleiben. Wenn er ein Konzept gewählt hat, das sowohl die Hürde des Art. 74 Abs. 1 GG genommen hat als auch zum Schutz

der Rechtsgüter des Art. 72 Abs. 2 GG nach Ziel und Wirkung erforderlich ist, können Teile des Konzepts nur dann als zu regelungsintensiv herausgenommen werden, wenn das Gesamtkonzept, und damit die Wirkung des Gesetzes, ohne sie nicht gefährdet wird.

- 87 bb) Eine Bundeskompetenz besteht nicht, wenn landesrechtliche Regelungen zum Schutz der in Art. 72 Abs. 2 GG genannten gesamtstaatlichen Rechtsgüter ausreichen; dabei genügt allerdings nicht jede theoretische Handlungsmöglichkeit der Länder. Insbesondere schließt die bloße Möglichkeit gleich lautender Ländergesetze eine Bundeskompetenz nicht aus. Andernfalls wäre, da diese Möglichkeit theoretisch immer besteht, die konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegenstandslos. Die Vorschrift will nicht bundeseinheitliche Bundes- von bundeseinheitlicher Ländergesetzgebung abgrenzen. Sinn der föderalen Verfassungssystematik ist es, den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikular-differenzierte Regelungen zu eröffnen ...“

## 2. 2004, 2005: Die Nichterforderlichkeit hochschulrahmenrechtlicher Vorschriften

- 88 Die beiden hochschulrechtlichen Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts aus den Jahren 2004 und 2005 bestätigen und präzisieren die 2002 entwickelte Deutung des Art. 72 Abs. 2 GG und wenden sie erstmals im Rahmen des Art. 75 GG an. Da das Gericht zu Recht betont, daß Art. 72 Abs. 2 GG in diesem Zusammenhang nicht anders zu lesen ist als im Bereich des Art. 74 Abs. 1 GG,<sup>60</sup> sind die Lehren aus den beiden Entscheidungen ohne weiteres auch im hier interessierenden Zusammenhang, in dem es um Art. 74 Abs. 1 GG, nicht um Art. 75 Abs. 1 Satz 1 GG, geht, einschlägig.

### a) BVerfGE 111, 226

- 89 In enger, z.T. wörtlicher Anlehnung an die Ausführungen des Altenpflege-Urteils<sup>61</sup> umschreibt die Entscheidung von 2004 die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG:

„Das Erfordernis der ‚Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse‘ ist nicht schon dann erfüllt, wenn es lediglich um das Inkraftsetzen bundeseinheitlicher Regelungen oder um eine Verbesserung der Lebensverhältnisse geht. Das bundesstaatliche Rechtsgut gleichwertiger Lebensverhältnisse ist vielmehr erst dann bedroht und der Bund erst dann zum Eingreifen ermächtigt, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik Deutschland in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet (vgl. BVerfGE 106, 62 [144]).<sup>62</sup> ...

- 90 Das Tatbestandsmerkmal ‚Wahrung der Rechtseinheit‘ kann nicht so verstanden werden, dass die Setzung bundeseinheitlichen Rechts stets erforderlich wäre. Unterschiedliche Rechtslagen für die Bürger sind notwendige Folge des bundesstaatlichen Aufbaus. Auf allen in Art.74 und Art.75 GG genannten Gebieten lässt das Grundgesetz eine Rechtsvielfalt prinzipiell zu. Einheitliche Rechtsregeln können in diesen Bereichen aber erforderlich werden, wenn eine unterschiedliche rechtliche Behandlung desselben Lebenssachverhalts unter Umständen erhebliche Rechtsunsicherheiten und damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr erzeugen kann. Um dieser sich unmittelbar aus der Rechtslage ergebenden Bedrohung von Rechtssicherheit und Freizügigkeit im Bundesstaat entgegen zu wirken, kann der Bund eine bundesgesetzlich einheitliche Lösung wählen (vgl. BVerfGE 106, 62 [146]).<sup>63</sup> ...
- 91 Die ‚Wahrung der Wirtschaftseinheit‘ berechtigt den Bund im gesamtstaatlichen Interesse dann zur Gesetzgebung, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland durch einheitliche Rechtssetzung geht (vgl. BVerfGE 106, 62 [146f.]). Dies ist allerdings nicht schon dann der Fall, wenn die Länder eine sachlich nicht optimale Regelung wählen.<sup>64</sup> ...

---

<sup>60</sup> BVerfGE 111, 226 (252f.). Der Sache nach ebenso BVerfGE 112, 226 (243-250).

<sup>61</sup> Die in manchen Passagen ausführlicher sind, wohl auch sein mußten, weil sie sich *erstmal*s ernsthaft dem Art. 72 Abs. 2 GG zuwandten.

<sup>62</sup> BVerfGE 111, 226 (250).

<sup>63</sup> BVerfGE 111, 226 (253f.).

<sup>64</sup> BVerfGE 111, 226 (254).

- 92 Eine Bundeskompetenz besteht nicht, wenn landesrechtliche Regelungen zum Schutz der in Art.72 Abs.2 GG genannten gesamtstaatlichen Rechtsgüter ausreichen; dabei genügt allerdings nicht jede theoretische Handlungsmöglichkeit der Länder. Vor allem schließt die bloße Möglichkeit gleich lautender Ländergesetze eine Bundeskompetenz nicht aus. Andernfalls wäre, da diese Möglichkeit – zumindest theoretisch – immer besteht, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegenstandslos. Die Vorschrift will nicht bundeseinheitliche Bundes- von bundeseinheitlicher Ländergesetzgebung abgrenzen. Sinn der föderalen Verfassungssystematik ist es, den Ländern eigenständige Kompetenzräume für partikulardifferenzierte Regelungen zu eröffnen (vgl. BVerfGE 106, 62 [150] m.w.N.). Das Verdikt der Verfassungswidrigkeit hängt allerdings davon ab, dass das Gesetz auf einer fehlerhaften Tatsachenfeststellung des Gesetzgebers beruht, dass also nicht etwa andere, zutreffende Erwägungen zu seiner Begründung herangezogen werden können (BVerfG, a.a.O., S.150).<sup>65</sup>
- 93 Alle diese Erwägungen führten dazu, die verfahrensgegenständliche Regelung der Juniorprofessur (auch) an Art. 72 Abs. 2 GG scheitern zu lassen.<sup>66</sup>

**b) BVerfGE 112, 226**

- 94 Auch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu der bundesgesetzlichen Regelung der Studiengebühren und der verfaßten Studierendenschaften sah die Anforderungen des Art. 72 Abs. 2 GG in concreto als nicht erfüllt an.<sup>67</sup> Die Obersätze wurden dabei als bekannt und durch die vorausgegangenen Entscheidungen hinreichend konturiert vorausgesetzt. Z.T. bewendet es bei einem Hinweis auf die einschlägigen Passagen des Altenpflege-Urteils. Z. T. wird die bekannte Definition knapp wiederholt, so hinsichtlich der „gleichwertigen Lebensverhältnisse“<sup>68</sup>

„Zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse ist eine bundesgesetzliche Regelung erst dann erforderlich, wenn sich die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret abzeichnet (vgl. BVerfGE 106, 62 [144]).“

und hinsichtlich der „Wirtschaftseinheit“<sup>69</sup>

„Die Wahrung der Wirtschaftseinheit im Sinne von Art.72 Abs.2 GG liegt im gesamtstaatlichen Interesse, wenn es um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik durch bundeseinheitliche Rechtsetzung geht, wenn also Landesregelungen oder das Untätigbleiben der Länder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft mit sich brächten (vgl. BVerfGE 106, 62 [146f.]).“

**3. 2005: Die Erforderlichkeit des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung**

- 95 Der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung aus dem vergangenen Jahr verdanken wir zwar keine Weiterentwicklung der Obersätze zu Art. 72 Abs. 2 GG, wohl aber deren instruktive Anwendung auf einen Bereich, der dem hier interessierenden nicht ganz ferne liegt. Dort<sup>70</sup> heißt es u.a.:

---

<sup>65</sup> BVerfGE 111, 226 (254).

<sup>66</sup> BVerfGE 111, 226 (265-268).

<sup>67</sup> BVerfGE 112, 226 (244-248, 251f. – zu den Lebensverhältnissen; 249f. – zur Wirtschaftseinheit; 250 – zur Rechtseinheit).

<sup>68</sup> BVerfGE 112, 226 (244, 252).

<sup>69</sup> BVerfGE 112, 226 (248f.).

<sup>70</sup> BVerfGE 113, 167 (197-199).

- 96 „Eine bundesgesetzliche Regelung des Risikostrukturausgleichs war erforderlich im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG.

Der Bund hat im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebung das Gesetzgebungsrecht, wenn und soweit die Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse im Bundesgebiet oder die Wahrung der Rechts- oder Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Regelung erforderlich macht. Das Gesetzgebungsrecht des Bundes ist danach vom Ergebnis einer doppelten Erforderlichkeitsprüfung abhängig, die zwischen der grundsätzlichen Regelungsbefugnis – wenn – und dem zulässigen Ausmaß bundesgesetzlicher Regelungen – soweit – unterscheidet. Entsprechend dieser Differenzierung sind die Gegenstände der jeweiligen Prüfung nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts verschieden. Die erste Prüfung zielt nicht auf die einzelnen unselbständigen Teile eines gesetzlichen Regelungswerks, sondern zunächst ist das Gesamtkonzept als solcher Prüfungsgegenstand. Hat der Bundesgesetzgeber auf einem ihm kompetentiell vom Grundgesetz gemäß Art. 74 Abs. 1 GG zugewiesenen Gebiet ein umfassendes Regelungskonzept entwickelt, das zum Schutz der Rechtsgüter des Art. 72 Abs. 2 GG nach Ziel und Wirkung erforderlich ist, können einzelne Teile dieses Regelungskonzepts mit dem zweiten Prüfungsschritt nur dann gemäß Art. 72 Abs. 2 GG („soweit“) als zu regelungsintensiv herausgenommen werden, wenn das Gesamtkonzept und damit die Wirkung des Gesetzes ohne sie nicht gefährdet wird (vgl. BVerfGE 106, 62 [149f.]).

- 97 Nach diesen Maßstäben hatte der Bund nicht nur gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr.12 GG in Verbindung mit Art. 72 Abs. 2 GG das Gesetzgebungsrecht für die gesetzliche Krankenversicherung. Der Bund konnte auch die gesetzlichen Grundlagen des Risikostrukturausgleichs selbst erlassen, weil es sich hierbei lediglich um unselbständige Bestandteile des umfassend bundesrechtlich im Sozialgesetzbuch V geregelten Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung handelt. Diese konnten ohne Gefährdung der gesetzlichen Gesamtkonzeption nicht abgetrennt und den Ländern zu eigenständiger Regelung überlassen werden.
- 98 Die bundesgesetzliche Regelung des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung war zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse und zur Wahrung der Rechts- und Wirtschaftseinheit erforderlich (zu den Anforderungen im Einzelnen BVerfGE 106, 62 [135f., 143ff.]; 111, 226 [252ff.]). Die bundesweite Funktionsfähigkeit der Sozialversicherung hat elementare Bedeutung für die Lebensverhältnisse in der Bundesrepublik Deutschland. Eine in allen Landesteilen gleich funktionsfähige Sozialversicherung ist auf der Basis unterschiedlicher Landesgesetze praktisch kaum denkbar, so dass die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse entscheidend von einer bundesgesetzlichen Regelung abhängt. Nicht zuletzt die gleichheitsrechtlich gebotene bundesweite Angleichung der Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung (vgl. BVerfGE 89, 365 [375ff.]) lässt sich mit unterschiedlichen landesrechtlichen Regelungen nicht erreichen. Divergierendes Landesrecht könnte auch die Mobilität der Versicherten innerhalb des Bundesgebiets einschränken und für die abführungspflichtigen Unternehmen Handlungsbeschränkungen verursachen, so dass der Bund auch zur Erhaltung der Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraums der Bundesrepublik Deutschland bundeseinheitliches Recht setzen durfte.
- 99 Der Risikostrukturausgleich ist ein integraler Bestandteil der vom Bundesgesetzgeber im Sozialgesetzbuch V einheitlich normierten und aufeinander abgestimmten Leistungs-, Mitgliedschafts- und Organisationsregelungen der gesetzlichen Krankenversicherung. Einzelne Teile hieraus zugunsten divergierender Normierungen durch die Länder herauszubrechen, würde die Tragfähigkeit der Gesamtkonstruktion gefährden. Dies gilt gerade auch für den von §§ 266, 267 SGB V geregelten Teilbereich des Organisations- und Finanzrechts der gesetzlichen Krankenversicherung. Der Gesetzgeber hat dem Risikostrukturausgleich die Aufgabe zugeordnet, den mit der Einführung des Rechts der freien Kassenwahl etablierten Wettbewerb zwischen den Krankenkassen sozial zu flankieren, indem vor allem der Vorteil der Zusammenballung guter Risiken ausgeglichen, hierdurch der Wettbewerb um die guten Risiken unter den Versicherten unattraktiv gemacht und auch im Übrigen für alle Kassen annähernd gleiche Wettbewerbsbedingungen hergestellt werden. Unvereinbar mit der gesetzgeberischen Konzeption eines bundesweiten Wettbewerbs um die bundesweit wahlberechtigten Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung wären sozialrechtliche Regelungen einzelner Länder, die jeweils für sich über das Ob und das Wie eines kassenübergreifenden Finanzausgleichs zwischen den auf ihrem Staatsgebiet tätigen Krankenkassen entscheiden.“

## II. Fehlende Erforderlichkeit der Verdrängung des Landesberufsrechts

- 100 Nach diesen dank der konturierenden Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts gefestigten Maßstäben, die Art. 72 Abs. 2 GG an eine bundesgesetzliche Regelung im Ganzen und im Detail anlegt, sind die hier interessierenden Regelungen des Entwurfs *nicht* im Sinne des Art. 72 Abs. 2 erforderlich, auch denn die

Bundesregierung (RN 19) vorsorglich, freilich nur verbal, alle drei Varianten der Erforderlichkeit zugunsten ihres Entwurfs ins Feld führt:

**1. Erforderlich zur „Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse“?**

- 101** Die Entwurfsbegründung behauptet zwar (RN 19), die vorgesehenen Regelungen seien auch zur Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse erforderlich, aber sie vermeidet – offenbar vorsichtshalber –, die Definition, die das Bundesverfassungsgericht dieser ersten Variante der Erforderlichkeit gegeben hat, mitzuteilen. Allzu offensichtlich wäre dann wohl geworden, daß eine Subsumtion unter diesen Obersatz mißlungen *muß*.
- 102** Nach den oben berichteten Maßstäben des Bundesverfassungsgerichts müssen sich „die Lebensverhältnisse in den Ländern der Bundesrepublik in erheblicher, das bundesstaatliche Sozialgefüge beeinträchtigender Weise auseinander entwickelt haben oder sich eine derartige Entwicklung konkret“ abzeichnen.
- 103** Von einer derartigen Auseinanderentwicklung ist nichts zu sehen und nichts vorauszusehen. Dies gilt jedenfalls hinsichtlich der Themen der hier interessierenden Regelungen des Entwurfs. Die Länder und ihre Kammern haben das Berufsrecht der Ärzte maßvoll weiter entwickelt. Nichts davon ist geeignet, das „bundesstaatliche Sozialgefüge“ in irgendeiner Weise zu bedrohen, speziell zu zersplittern. Soweit die Kammerregelungen in einzelnen Punkten von einander abweichen, sind diese zwar – vor allem aus der Sicht der Kammern, die insoweit der Muster-Berufsordnung nicht folgen – gewichtig, aber sie bedrohen vor allem aus drei Gründen nicht die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse: Erstens und konkret stimmen die Landesregelungen nach wie vor in weiten Bereichen miteinander überein. Das freiwillig bundeseinheitliche Berufsrecht überwiegt nach wie vor. Zweitens hat die Bundesregierung nicht dargetan und ist auch nicht ersichtlich, daß die Divergenzen überhaupt geeignet sind, zu einer Ungleichwertigkeit der Lebensverhältnisse in den Länder (oder auch in den Kammerbezirken) beizutragen. Das Vertragsarztrecht, um das es dem Bunde geht, gerät durch diese Divergenzen nicht ins Wanken. Drittens muß daran erinnert werden, daß die erste Variante des Art. 72 Abs. 2 GG dem Bund nicht erlaubt einzugreifen, „wenn lediglich eine Verbesserung der Lebensverhältnisse in Rede steht“.<sup>71</sup> Selbst wenn es denkbar wäre, daß die Rechte und Pflichten der Vertragsärzte dank der Divergenzen in Teilen des zugrunde liegenden Landesberufsrechts hier und da anders ausfallen, sie sich also so oder anders auf das Vertragsarztrecht auswirken, ist nicht zu sehen, wie dies die Gleichwertigkeit der Lebensverhältnisse – sei es der Vertragsärzte, sei es der Versicherten, sei es anderer Beteiligter – erheblich bedrohen könnte.
- 104** Insofern *kann* der Entwurf in seinen hier interessierenden, das Landesberufsrecht übernehmenden und nivelierenden Teilen nicht im Sinne der ersten Variante des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich sein. Und was von der gegenwärtigen Situation gilt, trifft auch für die Zukunft zu: Es gibt keine Anhaltspunkte, daß eine – auf divergierendes oder nicht hinreichend liberalisiertes Landesberufsrecht zurückführbare – Ungleichwertigkeit der Lebensverhältnisse *droht*.
- 105** Der eine Satz der Regierungsbegründung, eine in allen Landesteilen gleich funktionsfähige Sozialversicherung sei „auf der Basis unterschiedlicher Ländergesetze praktisch kaum denkbar, so daß die Gleichwertig-

---

<sup>71</sup> BVerfGE 106, 62 (144).

keit der Lebensverhältnisse von einer bundesgesetzlichen Regelung abhängen (RN 19 am Ende), ist nicht dazu angetan, vom Gegenteil zu überzeugen. Die Bundesregierung hat an keiner Stelle das Ausmaß der Divergenzen<sup>72</sup>, geschweige denn das Gewicht ihrer Auswirkungen auf das Vertragsarztrecht, auch nur andeutungsweise dargetan. Und wenn sie etwas für „praktisch kaum denkbar“ hält, ersetzt dies nicht die vom Bundesverfassungsgericht im Rahmen des Art. 72 Abs. 2 GG geforderte nachvollziehbare Prognose.

## **2. Erforderlich zur „Wahrung der Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“?**

**106** Hier gibt die Regierungsbegründung (RN 18) zwar wörtlich (wenngleich ohne Anführungszeichen und Nachweis) immerhin einen Satz aus der der „Rechtseinheit“ gewidmeten Passage des Altenpflege-Urteils<sup>73</sup> wieder. Aber es fehlt jeder Ansatz zu einer Subsumtion. Woraus könnten sich denn die vom Bundesverfassungsgericht vorausgesetzten „erheblichen Rechtsunsicherheiten“ ergeben, woraus „damit unzumutbare Behinderungen für den länderübergreifenden Rechtsverkehr“? Weder von jenen noch von diesen kann die Rede sein, und wohl auch deswegen verzichtet auch die Bundesregierung in ihrer Begründung darauf, von ihnen näher und konkret zu reden.

**107** Was die hier interessierenden, das Landesberufsrecht betreffenden Regelungen des Entwurfs anlangt, gilt dies auch und in besonderem Maße deshalb, weil jeder Anhalt dafür fehlt, daß die gewisse Verknüpfung von Landesberufsrecht und Vertragsarztrecht *in der Vergangenheit* die Funktionsfähigkeit der vertragsärztlichen Versorgung (oder gar der Sozialversicherung schlechthin) beeinträchtigt hätte. Der schiere – wie auch immer motivierte – Wunsch des Bundes, diese Verknüpfung zu lösen, erlaubt oder erzwingt jedenfalls nicht die Prognose, zukünftig stünden das Landesrecht und seine (denkbare) Vielfalt der Funktionsfähigkeit des Vertragsarztrechts in irgendeiner relevanten Weise entgegen, so daß die Rechtseinheit im gesamtstaatlichen Interesse eine bundesgesetzliche Vereinheitlichung erfordern könnte.

## **3. Erforderlich zur „Wahrung der Wirtschaftseinheit im gesamtstaatlichen Interesse“?**

**108** Schließlich bemüht die Bundesregierung auch die dritte Variante des Art. 72 Abs. 2 GG als Kronzeugen der Erforderlichkeit ihres Entwurfs und bedient sich dazu auch hier (RN 18) *eines* (wiederum als Zitat nicht kenntlich gemachten) Satzes<sup>74</sup> aus der längeren Darstellung<sup>75</sup> des Altenpflege-Urteils. Der anschließende Versuch, die Situation unter diesen Satz zu subsumieren (RN 20) fällt dann etwas gesprächiger als das Bisherige aus, aber es bleibt doch auch hier bei leerformelartigen, durch nichts belegten und nur verbal an Formulierungen des Gerichts angelehnten Behauptungen:

**109** Daß die bundesweite Regelung „gleichheitsrechtlich geboten“ sei – ein Argument, mit dem, würde es gelten, *jede* Rechtsvielfalt ausgehebelt und der Bundesstaat ad absurdum geführt werden könnte –, wird weder erläutert noch begründet. Im übrigen: Daß sich eine bundesweite<sup>76</sup> Regelung nicht mit „unterschiedlichen

---

<sup>72</sup> Übrigens wohl weniger der Ländergesetze als der Kammersatzungen.

<sup>73</sup> BVerfGE 106, 62 (146) aus BVerfGE 102, 62 (145f.).

<sup>74</sup> BVerfGE 106, 62 (146).

<sup>75</sup> BVerfGE 106, 62 (146-148).

<sup>76</sup> Gemeint ist wohl *bundeseinheitliche*.

landesrechtlichen Regelungen“ erreichen läßt, wird niemand bestreiten wollen, aber es besagt nichts dafür, daß jener die Präferenz gegenüber diesen gegeben werden dürfte oder gar müßte.

**110** Inwiefern, ist weiter zu fragen, würde divergierendes Landesrecht die Möglichkeit der Vertragsärzte aller Länder, im gesamten Bundesgebiet praktizieren zu können, erschweren? Welche Divergenzen hätten denn diese Wirkung? Wo überall bestehen sie? Was daran ist neu, und was daran gefährdet die „Funktionsfähigkeit des Wirtschaftsraumes“ Deutschland? Schon das Altenpflege-Urteil ist in dem von ihm entschiedenen Fall mit diesem, vom Gericht selbst eingesetzten Kriterium relativ großzügig umgegangen,<sup>77</sup> aber es hat sich doch um konkrete und detaillierte Begründung bemüht; davon kann, was die Regierungsbegründung anlangt, nicht im Ansatz die Rede sein.

**111** Fast frivol mutet denn auch der sich anschließende Zusatz (RN 20) an, divergierendes Landesrecht „könnte auch die Mobilität der Versicherten ... einschränken und für die Unternehmen Handlungsbeschränkungen verursachen“. Er bleibt, wie alles andere, unerläutert und damit reine Behauptung. Das wirkliche Ausmaß der Divergenz und ihr Gewicht für das Vertragsarztrecht bleiben dabei auch hier unerörtert.

#### **4. „... wenn und insoweit ... erforderlich ...“?**

**112** Schließlich greift die Regierungsbegründung (RN 21, 22) die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht dem Text des Art. 72 Abs. 2 GG entnommene Unterscheidung des „Ob überhaupt“ und des „Wenn ja, in welchem Umfang“<sup>78</sup> auf und meint (RN 22) ohne Begründung und formelhaft, das „Herausbrechen“ einzelner Teile, insbesondere des Rechts der vertragsärztlichen Berufsausübung, würde das Regelungskonzept des Gesetzgebers und dessen Sachgerechtigkeit gefährden. Wenn es zutrifft, daß der Entwurf „in der Folge der durch die neuen (Muster-) Berufsordnungen geschaffenen Spielräume für die Berufsausübung der niedergelassenen Ärzte ... das Vertragsarztrecht ... mit gleicher Zielrichtung“ fortentwickelt (RN 22), deutet dies doch – wie die bisherige Rechtslage zeigt, die sich offenbar weithin mit dem Verweis auf Landesberufsrecht begnügen konnte, ohne dieses und jenes in Gefahr zu bringen – auf eine grundsätzliche Übereinstimmung des Bundes mit der Entwicklung des Landesrechts. Warum war es dann „erforderlich“, es „insoweit“ nicht bei der jetzt noch geltenden Rechtslage zu belassen? In Wahrheit geht es darum, daß die „Liberalisierung“ des Berufsrechts der Bundesregierung offenbar nicht weit genug geht, so daß sie jedenfalls für das Vertragsarztrecht die Sache selbst in die Hand nehmen und gehörig vorantreiben will; die Gefahr der Vielfalt ist ein Nebenschauplatz. Aber, wie schon öfter betont, begründet der rechtspolitische Wunsch keine Zuständigkeit; dazu bedürfte es einer gehörigen Verfassungsänderung – an die nicht einmal die aktuelle Föderalismusreform gedacht hat.

**113** Die (in RN 101-111) vorangegangene Durchsicht der drei Varianten und der dazugehörigen Argumente der Bundesregierung hat die Unterscheidung zwischen dem „Wenn“ und dem „Insoweit“ stets berücksichtigt

---

<sup>77</sup> Freilich mit einer speziellen, aus der Entstehungsgeschichte des neuen Art. 72 Abs. 2 GG abgeleiteten Argumentation, die im hier interessierenden Kontext nicht greift (und von der Bundesregierung denn auch zu Recht gar nicht erst bemüht wird).

<sup>78</sup> Vgl. BVerfGE 106, 62 (149f.).

und darzulegen versucht, daß Anhaltspunkte für die Unentbehrlichkeit der bundesrechtlichen Aneignung des Landesberufsrechts, wie sie der Entwurf vorsieht, nicht ersichtlich sind. Dem ist nichts hinzuzufügen.

### **III. Fehlende Nachvollziehbarkeit der Prognose des Bundes und mangelhafte Darlegung ihrer Grundlagen**

**114** Die Analyse (RN 101-113) der insgesamt knappen und vage gehaltenen Ausführungen der Bundesregierung (RN 16-22) zur Erforderlichkeit ihres Entwurfs im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG hat keinen Aufschluß darüber erbracht, auf welche tatsächlichen und objektiv zugänglichen Grundlagen sich ihre Prognose stützt, die Neuregelung sei „erforderlich“. Zwar kommt dem Bundesgesetzgeber insoweit nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine „Einschätzungsprognose“ zu. Dies ändert aber nichts daran, daß das Gericht im Streitfall die Prognose umfänglich überprüfen kann und muß, und ebenso wenig daran, daß den Bundesgesetzgeber die Last der Darlegung trifft, daß seine Einschätzung auf nachvollziehbaren Tatsachen und Annahmen beruht.<sup>79</sup> Dieser Darlegungslast ist der Gesetzgeber – jedenfalls bislang, also in Gestalt der das Verfahren initiiierenden Bundesregierung – nicht nachgekommen; die Regierungsbegründung begnügt sich statt dessen mit einem Cocktail von Halbdefinitionen und Behauptungen. Dieses Versäumnis allein bewirkt – wenn es nicht nachträglich geheilt wird (was angesichts des objektiven Befundes der Nichterforderlichkeit der Neuregelung kaum möglich erscheint) – die Verfassungswidrigkeit der hier interessierenden Teile des Entwurfs.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> BVerfGE 106, 62 (150-153).

<sup>80</sup> Diese prozedurale Strenge des Bundesverfassungsgerichts entspricht einer allgemeineren aktuellen Tendenz der Verfassungsgerichte, ein Verfassungsverfahren zu entwickeln und den Gesetzgeber an ihm mit Sanktionsfolgen zu binden. Vgl. dazu – zunächst im mecklenburg-vorpommerschen Kontext *Pestalozza*, Vom hohen Rang des Verfassungsverfahrensrechts, NJ 2006, 1.

## D. Anforderungen der Bundestreue

115 Selbst wenn man – entgegen den Ausführungen sub B und C – die Zuständigkeit des Bundes für die vorgesehenen Regelungen unterstellt, könnten sie, soweit sie in Konflikt mit dem Berufsrecht der Länder geraten, keinen Bestand haben.

### I. Rücksichtnahme auf die Konzeption des jeweils anderen Gesetzgebers

116 Das Bundesverfassungsgericht hat 1998 in zwei Entscheidungen den Gedanken entwickelt, daß ein Gesetzgeber bei der Wahrnehmung seiner Zuständigkeit Rücksicht auf diejenige Konzeption zu nehmen hat, die ein anderer Gesetzgeber im Rahmen seiner Zuständigkeit verfolgt. Ohne Not darf der eine nicht das Konzept des anderen schmälern oder konterkarieren.

117 „Das Rechtsstaatsprinzip und die bundesstaatliche Kompetenzordnung verpflichten alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Vorschriften erreichen, die Rechtsordnung also nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird ...

118 a) Konkurrierende Gesetzgebungskompetenzen werden vom Grundgesetz bereits in der Weise aufeinander abgestimmt, daß der Landesgesetzgeber grundsätzlich nur insoweit zur Gesetzgebung befugt ist, als nicht der Bund von seiner Gesetzgebungszuständigkeit Gebrauch gemacht hat. Stehen landesgesetzliche Regelungen mit einer bundesgesetzlichen Regelung im Bereich der konkurrierenden Gesetzgebungszuständigkeit in Widerspruch, überschreiten sie den dem Landesgesetzgeber belassenen Zuständigkeitsbereich.

119 b) Besteht eine Kompetenz sowohl für ein Bundes- als auch für ein Landesgesetz, so kann sich ein Widerspruch dennoch ergeben, wenn einerseits der Bundesgesetzgeber eine Sachregelung trifft, andererseits der Landesgesetzgeber eine Abgabe erhebt. Eine solche Kollision kann vor allem auftreten, wenn mit dem Abgabengesetz Lenkungswirkungen erzielt werden sollen, die den Regelungen des zuständigen Sachgesetzgebers zuwiderlaufen. In einem solchen Fall trifft der Abgabengesetzgeber in den vom Sachgesetzgeber erlassenen Regelungen auf eine Grenze der Kompetenzausübung. Nach der Kompetenzordnung des Grundgesetzes und dem Rechtsstaatsprinzip darf der Abgabengesetzgeber aufgrund einer Abgabenkompetenz nur insoweit lenkend in den Kompetenzbereich eines Sachgesetzgebers übergreifen, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft.“<sup>81</sup>

120 Beide Entscheidungen betrafen Landesabgabenregelungen, die mit ihrem Lenkungszweck dem Kooperations-Konzept, das der Bundesgesetzgeber für den Bereich der Abfallwirtschaft realisiert hatte, widersprachen und dementsprechend zu weichen hatten.

121 Da Bundesrecht ohnehin Landesrecht bricht, Art. 30 GG, erscheint das Ergebnis auf ersten Blick nicht weiter auffällig, und es könnte zudem sein, daß die vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Vorstellung des legislativen Rücksichtnahmegebots nur dem Verhältnis von *Abgaben-* und *Sachgesetzgeber* gilt. Beides könnte dagegen sprechen, die Sicht des Gerichts ohne weiteres zu verallgemeinern und die hier interessierende Konstellation zu übertragen. Der zweite Blick zeigt, daß es sich anders verhält:

### II. Rücksichtnahmepflicht auch des Bundes

122 Das Bundesverfassungsgericht machte erstens zugleich ausdrücklich deutlich, daß das Gebot der Rücksichtnahme auf den anderen Gesetzgeber *allgemein* gilt, nicht nur die Länder gegenüber dem Bund bindet, sondern auch umgekehrt den Bund gegenüber den Ländern:

---

<sup>81</sup> BVerfGE 98, 83 (97f.) unter Bezug auf BVerfGE 98, 106 (118f.) vom selben Tage.

- 123 „aa) Die Verpflichtung zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme (vgl. BVerfGE 81, 310 [339]) wird durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtsetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen. Welche der einen Widerspruch begründenden Regelungen zu weichen hat, bestimmt sich grundsätzlich nach dem Rang, der Zeitenfolge und der Spezialität der Regelungen. Sachkompetenz und Steuerkompetenz werden vom Grundgesetz bereits in der Weise aufeinander abgestimmt, daß grundsätzlich der Sachgesetzgeber Verhaltenspflichten, der Steuergesetzgeber Zahlungspflichten regelt. Das Nebeneinander dieser Kompetenzen und ihre Wahrnehmung führen insoweit nicht zu sachlichen Widersprüchen. Begründet der Steuergesetzgeber aber Zahlungspflichten, die den Adressaten zur Vermeidung des steuerbelasteten Tatbestandes veranlassen sollen, so kann diese Lenkung Wirkungen erreichen, die den vom zuständigen Sachgesetzgeber getroffenen Regelungen widersprechen. Der Gesetzgeber darf deshalb aufgrund einer Steuerkompetenz nur insoweit lenkend und damit mittelbar gestaltend in den Kompetenzbereich eines Sachgesetzgebers übergreifen, als die Lenkung weder der Gesamtkonzeption der sachlichen Regelung noch konkreten Einzelregelungen zuwiderläuft.
- 124 bb) Diese rechtsstaatlichen Vorgaben begründen im Rahmen der bundesstaatlichen Ordnung der Gesetzgebungskompetenzen zugleich Schranken der Kompetenzausübung. Der Steuergesetzgeber darf die vom Sachgesetzgeber getroffenen Entscheidungen nicht durch Lenkungsregelungen verfälschen, deren verhaltensbestimmende Wirkungen dem Regelungskonzept des Sachgesetzgebers zuwiderlaufen. Sobald der Sachgesetzgeber für einen Sachgegenstand Regelungen trifft, muß der Gesetzgeber diese bei steuerlichen Lenkungen beachten (zur Auferlegung von Abgaben aufgrund einer Sachkompetenz vgl. BVerfGE 91, 186 [201ff.]).
- 125 Würde der *Bundesgesetzgeber* etwa durch eine Lenkungsteuer mit Lenkungsdruck in einem vom Landesgesetzgeber geregelten Bereich des Kultusrechts gestaltend einwirken, überschritte er seine Steuerkompetenz, wenn er dadurch zu einer dem Regelungskonzept oder einer Einzelaussage des *Landesgesetzgebers* zuwiderlaufenden Verhaltensweise veranlassen würde. Umgekehrt dürfte der Landesgesetzgeber oder der kommunale Satzungsgeber nicht durch eine Lenkungsteuer in den Regelungsbereich des Bundesgesetzgebers einwirken, wenn dieser den steuerlich verfolgten Lenkungszweck ausgeschlossen oder gegenläufige Lenkungswirkungen oder Handlungsmittel vorgeschrieben hat.“<sup>82</sup>

### III. Rücksichtnahmepflichten der *Sachgesetzgeber*

- 126 Zweitens: Beide Entscheidungen betreffen zwar speziell das Verhältnis des *Abgabengesetzgebers* zum *Sachgesetzgeber*, lassen sich aber ohne weiteres auf alle die Fälle ausdehnen, in denen *zwei Sachgesetzgeber*<sup>83</sup> sich beide zwar auf einschlägige Kompetenztitel stützen können, aber inhaltlich einander in die Quere kommen. Im Bereich der – noch existierenden – Rahmengesetzgebung wird dieses, dort alltägliche Risiko speziell durch Art. 75 GG gebändigt. Außerhalb der Rahmengesetzgebung kommt es zum beschriebenen Konflikt zwischen zwei Sachgesetzgebern deswegen selten, weil sich das Grundgesetz jenseits des Art. 75 GG bemüht, Zuständigkeitsüberschneidungen zu vermeiden, und sog. Doppelzuständigkeiten dementsprechend selten zutage treten und dann auch als solche akzeptiert werden.<sup>84</sup>

---

<sup>82</sup> BVerfGE 98, 106 (118-120). Kursivdruck nicht im Original.

<sup>83</sup> Vielleicht auch *zwei Abgabengesetzgeber* – aber das braucht im hier interessierenden Zusammenhang, in dem es um *Sachgesetzgebung* geht, nicht weiter verfolgt zu werden.

<sup>84</sup> Das Bundesverfassungsgericht wird öfter so verstanden, als meine es – darüber hinausgehend – sogar, daß es sie gar nicht gebe. Das wäre, wie der Gesetzgebungs-Alltag mit seinen ständigen Berührungen zwischen an sich kompetentiell abgeschichteten Bundes- und Landesregelungen lehrt, wohl übertrieben. Das Grundgesetz konnte und kann nicht jede denkbare Regelungsüberschneidung voraussehen und dann mit Hilfe der Kompetenztitel vermeiden wollen. Im übrigen ist dies wohl auch gar nicht die Sicht des Gerichts. So heißt es in der Altenpflege-Entscheidung (BVerfGE 106, 62 [115]) etwa: „Das Berufsbild, wie es das Altenpflegegesetz entwirft, enthält danach einerseits Elemente der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG und andererseits solche der ausschließlichen Gesetzgebungskompetenz der

127 Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Sinne ein knappes halbes Jahr nach seinen beiden referierten Entscheidungen zum Verhältnis des Abgabengesetzgebers zum Sachgesetzgeber unmißverständlich klargestellt, daß das Rücksichtnahme-Gebot auch im Verhältnis zweier Sachgesetzgeber zueinander gilt; im Zusammenhang mit den Bundesregelungen zum Schwangerschaftsabbruch hielt es die verfahrensgegenständlichen ergänzenden Landesregelungen zwar für kompetenzgemäß erlassen, verlangt es aber – unter ausdrücklichem Bezug auf seine abgabenrechtlichen Judikate – die Rücksichtnahme des Landes auf die Bundeskonzeption.<sup>85</sup>

128 „Überdies verpflichtet die bundesstaatliche Kompetenzordnung alle rechtsetzenden Organe, ihre Regelungen so aufeinander abzustimmen, daß die Rechtsordnung nicht aufgrund unterschiedlicher Anordnungen widersprüchlich wird. Die Verpflichtungen einerseits zur Beachtung der bundesstaatlichen Kompetenzgrenzen und andererseits zur Ausübung der Kompetenz in wechselseitiger bundesstaatlicher Rücksichtnahme werden durch das Rechtsstaatsprinzip in ihrem Inhalt verdeutlicht und in ihrem Anwendungsbereich erweitert. Beide setzen damit zugleich der Kompetenzausübung Schranken. Konzeptionelle Entscheidungen eines zuständigen Bundesgesetzgebers dürfen auch durch auf Spezialzuständigkeiten gründende Einzelentscheidungen eines Landesgesetzgebers nicht verfälscht werden. Insbesondere dürfen den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen ...“

129 Und schon gut anderthalb Jahrzehnte früher hieß es – im Zusammenhang mit der mißglückten Reform der Staatshaftung, die noch ohne den heutigen Art. 74 Abs. 1 Nr. 25, Abs. 2 GG auskommen mußte – zur umgekehrten Konstellation (Einbruch des Bundes in die Gefilde der Länder) unmißverständlich:

„Zwar kann der Bund - was er hier schon formell nicht getan hat - unter Inanspruchnahme seiner Gesetzgebungsbefugnis aus Art. 74 Nr. 1 GG durch eine Änderung der die Beamtenhaftung regelnden Vorschrift des § 839 BGB über Art. 34 GG in das ihm sonst grundsätzlich verschlossene Gebiet des Staatshaftungsrechts der Länder hineinwirken und auf diese Weise landesgesetzliche Regelungen ausschließen oder verdrängen (Art. 31 GG). Diese verfassungsgesetzliche Besonderheit, die es dem Bund ausnahmsweise erlaubt, in Ausübung seiner ihm für eine bestimmte Materie verliehenen Gesetzgebungsbefugnis (mittelbar) rechtlich regelnd in einen anderen Bereich hineinzuwirken, in dem die Länder das Recht der Gesetzgebung haben, führt indessen nicht dazu, daß die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Ländern unterlaufen oder ausgehöhlt werden darf. Dem Gestaltungsspielraum des Bundes sind hier mit Rücksicht auf die für die bundesstaatliche Struktur der Verfassungsordnung grundlegenden Vorschriften der Art. 30, 70 Abs. 1 GG verhältnismäßig enge Grenzen gezogen. Der das gesamte verfassungsrechtliche Verhältnis zwischen Bund und Ländern beherrschende Grundsatz der wechselseitigen Pflicht des Bundes und der Länder zu bundesfreundlichem Verhalten verlangt gegenseitige Rücksichtnahme und schließt eine mißbräuchliche Interessenwahrnehmung aus (vgl. BVerfGE 43, 291 [348] m. w. N.). Diese dem Bund verfassungsrechtlich abverlangte Rücksichtnahme

---

Länder. Dieses Zwischenergebnis enthebt das Bundesverfassungsgericht nicht der Notwendigkeit, die Materie am Ende entweder dem einen oder dem anderen Kompetenzbereich zuzuweisen. Eine ‚Doppelzuständigkeit‘, auf deren Grundlage Bund und Länder *ein und denselben Gegenstand in unterschiedlicher Weise regeln* könnten, ist dem System der verfassungsrechtlichen Kompetenznormen fremd und stünde mit ihrer Abgrenzungsfunktion (Art. 70 Abs. 2 GG) nicht im Einklang ...“ (Kursivdruck nicht im Original). Weniger die Überschneidung als solche als die Sorge vor der gegenläufigen Nutzung der Kompetenzen im Überschneidungsbereich treibt ersichtlich das Gericht um. Vgl. weiterhin etwa BVerfGE 36, 193 (202f.); 61, 149 (204); 67, 299 (321).

Im übrigen: Eine Doppelzuständigkeit in dem Sinne, daß beide Gesetzgeber sich auf ein und denselben Kompetenztitel stützen können, mag es nicht geben können. Eine andere Sache ist es, daß u. U. sowohl der Bund als auch ein Land, gestützt auf je *unterschiedliche* Kompetenztitel, ein und denselben Gegenstand regeln zu dürfen beanspruchen können. Jedenfalls dies ist dem Gericht, wie sogleich zu zeigen sein wird, nicht fremd.

<sup>85</sup> BVerfGE 98, 265 (301).

auf die Rechte der Länder verwehrt es ihm deshalb, jedenfalls an der Leine des § 839 BGB über Art. 34 GG in Wahrheit umfassend *die* Staatshaftung zu regeln.<sup>86</sup>

**130** Fest steht danach, daß auch der *Bundesgesetzgeber* die kompetenzgemäß entwickelte und in Kraft gesetzte *landesrechtliche* Konzeption, die er vorfindet und auf die seine Regelung einzuwirken droht, zu respektieren. Auch *seine* Kompetenzausübung unterliegt dem Gebot der Rücksichtnahme – hier auf die Konzeption des anderen Gesetzgebers.

**131** Es liegt hier – im Sektor der Gesetzgebung – nach alledem nicht anders als in anderen Bereichen, in denen Bund und Länder bei der Ausübung ihrer legitimen Zuständigkeiten miteinander in Berührung kommen. So hatte das Bundesverfassungsgericht wiederholt Gelegenheit, im Zusammenhang mit der Ausführung von Bundesgesetzen durch die Länder und die Aufsicht des Bundes über sie zu betonen, daß der Bund bei der Ausübung seiner einschlägigen (und als solcher unbestrittenen) Aufsichts-Kompetenz Rücksicht auf die Belange der Länder zu nehmen habe.<sup>87</sup> Zwar verstößt er gegen diese Pflicht nicht schon dadurch, daß er überhaupt von seiner Zuständigkeit Gebrauch macht; aber es kann im einzelnen Falle die Inanspruchnahme der – an sich gegebenen – Zuständigkeit mißbräuchlich und daher verfassungswidrig sein.<sup>88</sup>

#### **IV. Folgerungen für den Entwurf**

##### **1. Verstoß gegen das Rücksichtnahmegebot**

**132** Der Entwurf des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes verstößt ohne Not gegen die skizzierte Bundestreueverpflichtung zur Respektierung der kompetenzgemäßen Landesregelungen zum Berufsrecht der Ärzte durch Modifikation, Versteinerung und Vorgriff (vgl. zu diesen Formen des Konzeptionsverstoßes oben sub RN 41-45). Er mißachtet damit in verfassungswidriger Weise die tradierte Auffassung, daß das allgemeine – landesrechtlich ausgeformte – ärztliche Berufsrecht das unverzichtbare Fundament auch der vertragsärztlichen Tätigkeit ist, daß also insbesondere – in den Worten des Bundessozialgerichts – „diejenigen Pflichten, die bereits als generelle berufsrechtliche Pflichten den speziellen Erfordernissen [vertrags]ärztlicher Tätigkeit vorausgehen, zugleich auch Bestandteil des [vertrags]ärztlichen Pflichtenkatalogs sind“.<sup>89</sup> Alle vertragsärztlichen Regelungen haben – ihre hinreichende kompetentielle Absicherung durch Artt. 74 Abs. 1 Nr. 12, 72 Abs. 2 GG unterstellt – „den Vorrang des in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder (Art. 70 Abs. 1 GG) fallenden allgemeinen ärztlichen Berufsrechts“<sup>90</sup> zu respektieren. Ein Bundesgesetz, das sich das Landesberufsrecht aneignet und damit – ob im Zuge der Einverleibung geändert oder nicht geändert – als Teil des Bundes-Vertragsarztrechts dem Zugriff der Länder entzieht, läßt diesen Respekt vermissen.

##### **2. Geltung des Rücksichtnahmegebots auch gegenüber dem von den Kammern gesetzten Recht**

**133** Rein vorsorglich sei klargestellt, daß das beschriebene und durch den Entwurf verletzte Gebot der Rücksichtnahme nicht nur den *Landesgesetzgeber*, sondern auch die *Kammern* schützt, wenn sie von der Ermäch-

---

<sup>86</sup> BVerfGE 61, 149 (204f.).

<sup>87</sup> BVerfGE 81, 310 (337); 104, 249 (269f., 283f.); 106, 1 (27); 110, 33 (52).

<sup>88</sup> BVerfGE a.a.O.

<sup>89</sup> BSGE 62, 224 (226); der Sache nach ebenso zuvor etwa BSGE 23, 97 (99).

<sup>90</sup> BSGE 80, 256 (258) im Zusammenhang mit der Trennung von hausärztlicher und fachärztlicher Tätigkeit.

tigung ihres Gesetzgebers zum Erlaß der Berufsordnungen Gebrauch machen. Diese Berufsordnungen halten sich im Rahmen der landesgesetzlichen Ermächtigungen und sind Teil des Landesrechts. Der Schutz der Bundestreue kommt ihnen daher nicht weniger zugute als dem ermächtigenden Landesgesetzgeber. Nichts anderes meint das Bundesverfassungsgericht, wenn es in seinen einschlägigen Entscheidungen von „*allen rechtsetzenden Organen*“, die den Verpflichtungen und dem Schutz der Bundestreue unterliegen, spricht und den Gedanken maßgeblich in Fällen konkretisiert hat, an denen *Satzungsgeber* beteiligt waren (vgl. RN 116-130).

### **E. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse**

1. Der Entwurf eines Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (BR-Drs. 353/06) greift in das der ausschließlichen Zuständigkeit der Länder vorbehaltene Berufsrecht der Ärzte in mehreren Bereichen und auf mehrfache Weise ein.
  - a. Wesentlich betroffen wird das Landesberufsrecht insbesondere durch die Neuregelungen zur Beschäftigung angestellter Praxisärzte, zur vertragsärztlichen Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes und zur vertragsärztlichen Berufsausübung mit anderen Leistungserbringern (RN 4-14).
  - b. Die Inkorporierung der bisher allein im Landesberufsrecht geregelten und vom Bundesrecht in Bezug genommenen Themen in das neue Vertragsarztrecht des Bundes entzieht den allein zuständigen Ländern einen wesentlichen Teil ihrer originären Kompetenz. Dies gilt für solche Regelungen, die unverändert Eingang in das Bundesrecht finden sollen; sie werden der landesrechtlichen Disposition im Vertragsarztbereich entzogen. Es gilt aber auch und verstärkt für solche Vorschriften, die der Bund in veränderter Form inkorporieren will (RN 23-45).
2. Die Bundesregierung leitet die Zuständigkeit des Bundes für den Entwurf insgesamt – unter Einschluß der das Landesberufsrecht tangierenden Vorschriften – ohne nähere Begründung aus dem Kompetenztitel „Sozialversicherung“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG her und hält die vorgeschlagene Bundesregelung aus allen drei in Art. 72 Abs. 2 GG genannten Gründen für erforderlich (RN 15-22).
3. Die Einschlägigkeit des Kompetenztitels „Sozialversicherung“, Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG, ist jedenfalls für diejenigen Regelungen, die das Landesberufsrecht betreffen, überaus zweifelhaft. Sie kann sich auf keine gesicherten Erkenntnisse der maßgeblichen Judikatur stützen (RN 46-58). Andere Kompetenztitel, insbesondere Art. 74 Abs. 1 Nr. 19 GG, stützen die Regelungen ebenso wenig (RN 59-61). Die Enge der Nr. 19 spricht im Gegenteil für eine strikte, d.h. im Ergebnis länderfreundliche, Deutung der sonstigen Kompetenztitel, auch der Nr. 12 (RN 62-64).
4. Weder die „Staatspraxis“ des Bundes (die auch schon früher das Landesberufsrecht tangiert hat) noch die Vorstellung eines unerläßlichen Sachzusammenhanges von Vertragsarztrecht und Landesberufsrecht vermögen die fehlende Zuständigkeit des Bundes für die hier interessierenden Regelungen zu begründen (RN 65-74).
5. Selbst wenn dem Bund ein Kompetenztitel zur Seite stünde, wäre die im Entwurf vorgeschlagene Regelung jedenfalls, was die landesberufsrechtlichen Themen anlangt, nicht im Sinne des Art. 72 Abs. 2 GG erforderlich (RN 75-114).
  - a. Sie dient weder der Herstellung gleichwertiger Lebensverhältnisse (RN 101-105) noch im gesamtstaatlichen Interesse der Wahrung der Rechtseinheit (RN 106, 107) oder der Wahrung der Wirtschaftseinheit (RN 108-111).

- b. Die landesberufsrechtlichen Themen stellen auch keinen im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts objektiv unerläßlichen Teil der Konzeption des Bundesgesetzgebers dar, so daß die vorgesehene Bundesregelung jedenfalls „insoweit“ nicht erforderlich ist (RN 112, 113).
  - c. Unabhängig von diesem objektiven Befund genügt die Gesetzesvorlage nicht den Anforderungen des Bundesverfassungsgerichts an die Nachvollziehbarkeit der zur „Erforderlichkeit“ angestellten Prognose und an die Darlegung der ihr zugrunde liegenden Tatsachen und Erwägungen im Gesetzgebungsverfahren (RN 114).
6. Selbst wenn dem Bund für die hier interessierenden Regelungen des Entwurfs eine Zuständigkeit zukäme, wären sie wegen Verstoßes gegen die Bundestreue verfassungswidrig. Sie verletzen das vom Bundesverfassungsgericht entwickelte Gebot der Rücksichtnahme des einen (unterstellt zuständigen) Gesetzgebers gegenüber dem (ebenfalls zuständigen) anderen. Dieses Gebot verpflichtet den Bund gegenüber den Ländern zu einem schonenden Umgang mit dem geltenden Landesrecht (RN 115-131). Es schützt auch die Kammern, wenn sie von der Ermächtigung ihrer Landesgesetzgeber durch den Erlaß von Berufsordnungen Gebrauch machen (RN 133). Dieses Gebot hat der Entwurf mit seinen Übergriffen in das Landesberufsrecht der Ärzte nicht hinreichend beachtet (RN 132, 133).



*Berlin, den 10. Juni 2006*

*(Pestalozza)*