

Verfassungsrechtliche Probleme des Gesundheitsstrukturgesetzes aus der Sicht des Vertragsarztes (Art. 12 und 19 Abs. 4 GG)

*Vortrag vom 19.10.2012, gehalten auf der 25-jährigen Jubiläumsveranstaltung der
Bundesvereinigung Öffentliches Recht in Berlin*

I. Die historische Entwicklung

Das Gesundheitsstrukturgesetz (Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung) datiert vom 21.12.1992.¹ Das Gesetz enthält 35 Artikel. Es wurden hierdurch mehr als 30 Gesetze und – wenn sich der Referent nicht verzählt hat – mehr als 500 Paragraphen geändert. Zielsetzung des Gesundheitsstrukturgesetzes war, wie auch bei früheren Kostendämpfungsgesetzen, die Ausgabenentwicklung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) zu bremsen. Die verfassungsrechtliche Problematik, wie z.B. zur Vereinbarkeit der Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte gem. §§ 101-103 SGB V, wurde in der Folgezeit heftig diskutiert². Aber auch im Jahre 2012 sind noch nicht alle verfassungsrechtlichen Fragen geklärt. Dies ist allerdings auch darauf zurückzuführen, dass der Gesetzgeber nicht untätig geblieben ist, sondern am 14.11.2003 das GKV-Modernisierungsgesetz – GMG (Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung)³ sowie am 22.11.2011 das GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VsTG vom (Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung)⁴ erlassen hat. Das GKV-Modernisierungsgesetz – GNG umfasst 37 Artikel und das GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VsTG „nur“ 15 Artikel. Stets wurde eine größere Anzahl einschlägiger Gesetze geändert mit der Folge, dass die gesamte Materie ziemlich undurchschaubar geworden ist. Es entsteht der Eindruck, dass auch der Gesetzgeber den Über- oder Durchblick verloren hat. So wirft Quaas⁵ dem Gesetzgeber vor, dass dieser – möglicherweise unbeabsichtigt – die an einem Plankrankenhaus angegliederte Privatpatientenklinik (PPK) den Preisvorschriften des Krankenhausfinanzierungsgesetzes unterworfen hat mit der Folge, dass Privatpatienten, die in einer Privatklinik in räumlicher Nähe zu einem Plankrankenhaus behandelt werden, im Vergleich zu den gesetzlich Versicherten keine höheren Entgelte für vergleichbare Leistungen zahlen dürfen. Quaas bejaht insoweit eine Verletzung der Grundrechte aus Art. 12 und 14 GG des Betreibers der Privatpatientenklinik. Auf jeden Fall belegt dieses Beispiel, dass die verfassungsrechtliche

¹ BGBl. I S. 2266.

² Siehe z.B. Bieback, ZSR 1993, 197 ff, Hänlein, VSSR 1993, 169 ff. sowie Krölls, GewArch 1993, 217 ff. Siehe zur verfassungsrechtlichen Problematik der Kassenärztlichen Bedarfsplanung gem. §§ 368 c IV, 368 t RVO, Zimmerling/Jung, NJW 1988, 2934 ff.

³ BGBl. I S. 2190.

⁴ BGBl. 2983.

⁵ Vortrag auf der 7. Jahresarbeitsstagung Medizinrecht vom 02./03.03.2012, S. 41 ff., 48 ff. = GesR 2012, 193 ff.

Diskussion als Folge der verschiedenen Gesundheitsstrukturgesetze noch kein Ende gefunden hat. Einige verfassungsrechtliche Probleme sollen im Folgenden dargestellt werden.

II. Zur Verfassungsmäßigkeit der Regelungen über Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte

1)

Die Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte korrespondieren mit der Überversorgung. Gem. § 101 Abs. 1 SGB V beschließt der Gemeinsame Bundesausschuss in Richtlinien Bestimmungen u.a. über

1. einheitliche Verhältniszahlen für den allgemeinen bedarfsgerechten Versorgungsgrad in der vertragsärztlichen Versorgung,
2. Maßstäbe für eine ausgewogene hausärztliche und fachärztliche Versorgungsstruktur,
3. Vorgaben für die ausnahmsweise Besetzung zusätzlicher Vertragsarztsitze, soweit diese zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung in einem Versorgungsbezirk unerlässlich sind.⁶

Hierbei betont die Rechtsprechung, dass die Übertragung von Regelungsbefugnissen zur Verfahrensweise bei der Anordnung oder Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss keine kompetenzwidrige Subdelegation beinhaltet.⁷

Gem. § 91 SGB V wird der – rechtsfähige – Gemeinsame Bundesausschuss gebildet gem. § 91 SGB V. aus den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft (eingetragener Verein) und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen. Bei rechtswidrigen und schuldhaften Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses gelten die Grundsätze der Amtshaftung gem. § 839 BGB.⁸ Gegen einen Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses ist eine Klage als Normfeststellungsklage statthaft.⁹ Soweit ersichtlich hat bislang noch kein Gericht die Zuständigkeit und Kompetenz des Gemeinsamen Bundesausschuss gem. § 91, 101 SGB V problematisiert.¹⁰ Vielmehr betont die Rechtsprechung, dem Grundgesetz lasse sich nicht das Verbot entnehmen, für einen begrenzten Bereich Satzungsautonomie auch auf eine Einrichtung zu übertragen, die von zwei Körperschaften gebildet und durch diese demokratisch legitimiert ist. Einer solchen

⁶ Siehe zur Auslegung des § 101 Abs. 1 Ziff. 3 SGB V BVerfG, Beschl. v. 08.10.1996 – 1 BvL 3/95, MedR 1997, 77 m. Anm. Scheuffler, MedR 1997, 78 ff. sowie Beschl. v. 27.04.2001 – 1 BvR 1282/99, MedR 2001, 639, BSG, Urt. v. 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R MedR 2005, 661.

⁷ BSG, Urt. v. 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R, MedR 2005, 666.

⁸ LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.02.2011 – L 7 KA 15/09 WA, juris.

⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 21.12.2011 – L 7 KA 77/10 KL, juris.

¹⁰ Siehe beispielhaft BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4 sowie Urt. v. 05.05.2010 – B 6 KA 2/09 R, SozR 4-2500 § 95 Nr. 16.

Einrichtung könne die Befugnis zur Satzungsgebung eingeräumt werden, wenn von den Mitgliedern beider Körperschaften her eine (verbands-) demokratische Legitimation besteht.¹¹

Die Zulassungsbeschränkungen gem. § 96 ff. SGB V sind nach Auffassung des BVerfG nicht verfassungswidrig, da die insoweit zulassungswilligen Ärzte zwar nicht im Planungsbereich ihrer Wahl, aber immerhin in anderen, nicht gesperrten Bereichen zugelassen werden. Die Zulassungsbeschränkungen wahren hiernach den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Den Betroffenen wird weder die Aufnahme noch die Fortführung ihres Arztberufes überhaupt verwehrt; sie sind lediglich in Bezug auf den Praxissitz als Vertragsarzt eingeschränkt.¹² Diese Rechtsauffassung des BVerfG wird zweifelhaft, wenn nach der Rechtsprechung des BSG für Ärztinnen, die durch Ehe und Kindererziehung ortsgebunden sind, Ausnahmen von den Zulassungsbeschränkungen nicht vorgesehen und auch verfassungsrechtlich nicht für erforderlich erachtet werden.¹³ Außerhalb des Vertragsarztesrechtes ist sich die Literatur darüber einig, dass auch Selbständigen die Freiheit der Arbeitsplatzwahl verfassungsrechtlich garantiert ist. Der Arbeitsplatz ist die Stelle, an welcher der Einzelne einen gewählten Beruf im konkreten Fall nachgehen möchte.¹⁴ Indes hat auch das BSG die Zulassungsbeschränkungen nicht als Berufswahlregelung, sondern als schlichte Berufsausübungsregelung angesehen, die verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei.¹⁵ Die Rechtsprechung hat somit keinerlei verfassungsrechtliche Bedenken, dass die Berufswahl von Ärzten durch die Vorgaben gem. § 101 Abs. 1 Ziff. 3 SGB V eingeschränkt werden kann. Vielmehr hat die Rechtsprechung immer wieder betont, dass die Vorschriften der § 101, 103 und 104 SGB V über die Bedarfsplanung und die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen im überversorgten Planungsbereich mit dem Grundgesetz vereinbar seien.¹⁶

Soweit ersichtlich wurden Entscheidungen des Bundesausschusses bzw. des Landesausschusses gem. § 103 Abs. 1 SGB V hinsichtlich der Feststellungen der Überversorgung von der Rechtsprechung bislang nicht beanstandet. Der Gemeinsame Bundesausschuss ist ermächtigt, im Zusammenhang mit Änderungen in den Grundlagen der Bedarfsplanung Übergangsregelungen für die Behandlung solcher Zulassungsanträge zu stellen, die im Zeitraum zwischen der Bekanntmachung der Bedarfsplanungs-Richtlinien-

¹¹ BSG, Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 78/96 R, SozR 3-5520 § 24 Nr. 3.

¹² BVerfG, Beschl. v. 27.04.2001 – 1 BvR 1282/99, MedR 2001, 639.

¹³ BSG, Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 37/96 R, MedR 1999, 232.

¹⁴ Ausführlich hierzu v. Münch/Kunig/Kämmerer, GG, 6. Auflage 2012, Band 1, Art. 12 Rz. 30.

¹⁵ BSG, Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 37/96 R, SozR 3-2005 § 103 Nr. 2; Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 78/96 R – SozR 3-5520 § 24 Nr. 3; Urt. v. 25.11.2003 – B 6 KA 53/02 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 1.

¹⁶ BSG, Urt. v. 05.11.2003 – B 6 KA 53/02 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 1 sowie Urt. v. 23.02.2005 B 6 KA 81/03 R, MedR 2005, 666.

Ärzte und einer Beschlussfassung des Landesausschusses der Ärzte und Krankenkassen über das Bestehen von Zulassungsbeschränkungen gestellt werden¹⁷.

Bei einer – behaupteten oder festgestellten – Überversorgung wird grundsätzlich eine Verletzung der Berufsausübungsfreiheit gem. Art. 12 Abs. 1 GG ausgeschlossen. Die Beschneidung der Berufsausübungsmöglichkeiten sei sachlich gerechtfertigt.¹⁸ Wie bereits dargelegt wurde, würde sich die Vereinbarkeit von Zulassungsbeschränkungen mit dem Grundrecht der zulassungswilligen Ärzte aus Art. 12 Abs. 1 GG erst dann als problematisch darstellen, wenn ein Arzt seinen Zulassungswunsch weder an dem von ihm gewünschten Ort noch in einem anderen Planungsbereich verwirklichen könnte.¹⁹ Ausgehend hiervon hält die Rechtsprechung auch die nur teilweise Aufhebung einer Zulassungsbeschränkung für Vertragsärzte bei Wegfall der Überversorgung in einem Planungsbereich für rechtmäßig.²⁰

Bei Überversorgung gem. § 101 SGB V hat die Nachbesetzung gem. § 103 SGB V zu erfolgen. Ein Nachbesetzungsrecht gem. § 103 Abs. 4 SGB V eines bisher als Vertragsarzt zugelassenen Praxisinhabers darf nur ausgeübt werden, wenn der ausscheidende Vertragsarzt zum Zeitpunkt der Beendigung seiner Zulassung tatsächlich unter einer bestimmten Anschrift noch vertragsärztlich und nicht ausschließlich privatärztlich tätig gewesen ist. Privatrechtliche Vereinbarungen können die Vorgaben des Vertragsarztrechts nicht verändern.²¹ Weiterhin hat das BSG betont, dass die Konzeption, für Vertragsärzte und Medizinische Versorgungszentren nur in eingeschränktem Umfang die (Neu)-Anstellung von Ärzten zu ermöglichen, auch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden sei. Das Ziel, Ausnahmen von der Bedarfsplanung bzw. von den damit verbundenen Zulassungssperren eng zu halten, sei nicht sachwidrig.²² Gem. § 16 Abs. 3 Ärzte-ZV sind die Voraussetzungen für die Sperrung im 6-Monatsturnus zu prüfen. Die Rechtsprechung beschränkt sich jedoch häufig mit dem Hinweis, es bestünden keine Hinweise für einen Wegfall der Überversorgung.²³

Bei der Beschlussfassung des Landesausschusses gem. § 103 Abs. 3 SGB V handelt es sich als Verwaltungsinternum auch gegenüber dem Zulassungsausschuss um schlichtes Verwaltungshandeln, das sich selbst vollzieht. Eine Bekanntgabe ist für die Geltung oder

¹⁷ BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 6 KA 45/06 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 4.

¹⁸ Siehe beispielhaft BayLSG, Urt. v. 23.09.2009 – L 12 KA 405/07, juris, bestätigt durch BSG, Urt. v. 09.02.2011 – B 6 KA 1/10 R, juris.

¹⁹ BSG, Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 78/96 R, SozR 3-5520/ § 24 Nr. 3.

²⁰ BSG, Urt. v. 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R, MedR 2005, 661.

²¹ BSG, Urt. v. 02.02.2007 – B 6 KA 6/06 R, MedR 2007, 669; Urt. v. 28.11.2007 – B 6 KA 26/07 R, MedR 2008, 305; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 29.06.2011 – L 11 KA 2/11 B ER, juris.

²² BSG, Urt. v. 23.03.2011 – B 6 KA 8/10 R, SozR 4-2500 § 103 Nr. 7.

²³ So z.B. BayLSG, Urt. v. 23.09.2009 – L 12 KA 405/07, juris; LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 15.09.2010 – L 11 KA 69/08, juris.

Wirksamkeit des Beschlusses nicht erforderlich. Dadurch wird der Planungsbereich jedoch nicht der gerichtlichen Kontrolle entzogen, sondern ist Prüfgegenstand der auf ihrer Grundlage ergangenen Zulassungsentscheidung. Die Feststellung der Überversorgung und die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen können nicht unmittelbar angefochten werden. Sie entfalten keine unmittelbare Rechtswirkung gegenüber Dritten, insbesondere den Zulassungsbewerbern, auch wenn die Zulassungsgremien an sie gebunden sind. Angefochten werden kann aber die Entscheidung des Zulassungsausschusses.

Die Gerichte haben daher inzident deren Voraussetzungen, also auch die Anordnung der Zulassungsbeschränkung zu überprüfen. Dies gilt nicht nur bei belastenden Entscheidungen wie der Versagung einer Zulassung, sondern auch dann, wenn Dritte, wie z.B. die beigeladene Kassenärztliche Vereinigung, eine Zulassungsentscheidung anfecht.²⁴ Die Rechtsprechung vertritt insoweit die Auffassung, dass eine Kassenärztliche Vereinigung im Hinblick auf ihre besondere, gesetzlich begründete Verantwortung berechtigt ist, in allen Zulassungsangelegenheiten Rechtsmittel, insbesondere auch Klagen, einzulegen, ohne dass eine konkrete, greifbare Beeinträchtigung geschützter Belange gerade durch die streitbefangene Entscheidung geltend gemacht werden müsste.²⁵

Zusammenfassend ist somit festzuhalten, dass die Rechtsprechung keinerlei durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen gem. § 103 SGB V bei Überversorgung gem. § 101 SGB V hat.

2.

Weitaus größere Bedeutung haben heute der Antrag auf Erteilung einer Sonderbedarfszulassung sowie die Anfechtung dieser Erteilung einer Sonderbedarfserlaubnis durch einen Vertragsarzt. Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass gem. § 16 b Abs. 3 S. 1 Ärzte-ZV der Landesausschuss spätestens alle 6 Monate zu prüfen hat, ob die Voraussetzung für die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen fortbestehen.²⁶ Da früher weder das SGB V noch die Ärzte-ZV im Falle der Zulassung in einem nicht gesperrten Planungsbereich ein Auswahlverfahren nach Eignungskriterien vorsah, da die fachliche Eignung des niederlassungswilligen Arztes bereits durch die notwendige Eintragung in das Arztregister nachgewiesen wird, wurde vielfach das

²⁴ SG Marburg, Urt. v. 14.03.2012 – S 12 KA 42/11, juris unter Bezugnahme auf BSG, Urt. v. 05.11.2003 – B 6 KA 53/02 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 1.

²⁵ BSG, Urt. v. 03.03.2010 – B 6 KA 31/09 R, MedR 2011, 52.

²⁶ Siehe zum Verfahren der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen und ihre Rechtsfolgen Reiter, MedR 2001, 624 ff.

„Windhundverfahren“ nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen praktiziert.²⁷ Die Rechtsprechung hatte grundsätzlich keine Bedenken gegen dieses sog. „Windhundverfahren“. Es wurde einschränkend allerdings die Auffassung vertreten, dass nach dem „Windhundverfahren“ der Zulassungsausschuss nur dann entscheiden dürfe, wenn in dem Eröffnungsbeschluss auf dieses Auswahlkriterium hingewiesen wurde,²⁸ Weiter hat die Rechtsprechung einschränkend die Auffassung vertreten, dass eine Bewerbung für die Zulassung als Vertragsarzt erst möglich ist nach der Veröffentlichung der „partiellen“ Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen.²⁹ Weiter hat die Rechtsprechung betont, dass Ziff. 23 S. 2 der Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte dahingehend verfassungskonform zu interpretieren ist, dass den Anträgen, über die nach Maßgabe der Reihenfolge ihres Einganges beim Zulassungsausschuss zu entscheiden ist, auch solche Anträge zählen, die bereits aufgrund der früher bestehenden Zulassungssperre abgelehnt worden sind, wobei es unerheblich ist, ob diese Ablehnung bestandskräftig geworden ist oder nicht.³⁰

Das „Windhundverfahren“ ist bekannt aus dem Subventionsrecht. Nach Auffassung der Rechtsprechung verstößt dort das „Windhundverfahren“ nicht gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes. Es wird in Kauf genommen, dass das „Windhundverfahren“ einem „Lotterieverfahren“ nicht unähnlich sei.³¹ Das „Windhundverfahren“ ist weiter bekannt aus der Finanzverwaltung, nämlich im Zusammenhang mit der Gewährung von Zollbegünstigungen bei einer Zollkontingentware.³² Erst im Jahre 2005 hat das BSG judiziert, dass das sog. „Windhundprinzip“ kein faires Verfahren für den Berufszugang darstellt und den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht genügt. Dem Gemeinsamen Bundesausschuss wurde aufgegeben, nähere Regelung zu treffen, nach denen künftig in einem für alle Bewerber fairen Verfahren die Auswahl unter mehreren Zulassungsanträgen erfolgen soll.³³ Der Gemeinsame Bundesausschuss ist dem – wie noch darzustellen sein wird – gefolgt.

III. Die Altersgrenze bei der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung)

1.

²⁷ Kritisch hierzu Dahm in: Rieger, Lexikon des Arztrechts, 2. Auflage, Nr. 720 Rz. 56 u. 57 sowie Reiter, MedR 2001, 624 ff., 627.

²⁸ So SG Gotha, Urt. v. 14.02.2001 – S 12 KA 2708/99, MedR 2001, 592.

²⁹ BSG, Urt. v. 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R, MedR 2005, 666 sowie LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 23.09.2009 – L 5 KA 1375/09, MedR 2010, 519.

³⁰ LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 05.11.2003 – L 3 KA 101/01, MedR 2004, 339.

³¹ VG Saarlouis, Urt. v. 21.12.2011 – 1 K 200/10, juris; siehe weiterhin Frotscher, Wirtschaftsverfassungs- und Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage, S. 241 Rz. 83 m.w.N.; ausführlich zum „Windhundverfahren“ Voßkuhle, Verw 32, 21 ff.

³² BFH, Urt. v. 24.04.2001 – VII R 114/99, BFHE 1995, 466.

³³ BSG, Urt. v. 23.02.2005 – B 6 KA 81/03 R, MedR 2005, 666.

Die Zulässigkeit einer Altersgrenze für die Berufsausübung war mehrfach Gegenstand von Entscheidungen des BVerfG.³⁴ Soweit es um die Ausübung der vertragsärztlichen Versorgung geht, durfte (früher) der Arzt bei der Zulassung das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet haben (gem. § 98 Abs. 2 Zif. 12 SGB V in der Fassung des Gesetzes vom 21.12.1992) und die vertragsärztliche Tätigkeit durfte nicht über die Vollendung des 68. Lebensjahres hinaus ausgeübt werden (§ 95 Abs. 7 SGB V in der Fassung des Gesetzes vom 21.12.1992)

Eine Übergangsregelung gab es für diejenigen Vertragsärzte, die am 01.01.1999 weniger als 20 Jahre als Vertragsarzt tätig waren; deren Zulassung endete längstens nach Erreichen einer 20-jährigen Tätigkeit als Vertragsarzt (vergl. Art. 33 § 1 Gesundheitsstrukturgesetz 1992). Gem. § 98 Abs. 2 Ziff. 12 SGB V (in der Fassung des Gesetzes vom 21.12.1992). Die Altersgrenze gem. § 95 Abs. 7 SGB V wurde sowohl vom BSG³⁵ als auch vom BVerfG³⁶ gebilligt. Entsprechendes gilt für die Billigung der Zugangsgrenze in § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V durch das BSG³⁷ sowie des BVerfG.³⁸

2.

Die Rechtsprechung hat im Hinblick auf die Altersgrenze des § 95 Abs. 7 SGB immer wieder betont, dass die Beendigung der Kassenzulassung wegen Erreichens der 68-Jahresgrenze verfassungsmäßig und europarechtskonform sei. Begründet wurde dies damit, dass die Altersgrenze gerechtfertigt ist, so lange noch in den meisten Planungsbereichen und in den meisten ärztlichen Fachgebieten eine Überversorgung besteht.³⁹ Weiter hat die Rechtsprechung betont, nach allgemeiner Lebenserfahrung könne angenommen werden, dass die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit bei zunehmendem Alter steigt.⁴⁰ Auch wurde ein Verstoß der Altersgrenze gegen § 10 AGG verneint, weil das Ziel der Altersbegrenzung ein legitimes Ziel i.S.d. § 10 AGG darstelle.⁴¹

³⁴ Siehe z.B. BVerfG, Beschl. v. 07.08.2007 – 1 BvR 1941/07, SozR 4-2500 § 95 Nr. 13 für den Vertragsarzt; BVerf. Beschl. v. 30.01.2008 – 1 BvR 76/08, NJW 2008, 1212 für den Notar, BVerfG, Beschl. v. 09.03.2007 – 1 BvR 2887/06, NVwZ 2007, 804 für den Fluglotsen; BVerfG, Beschl. v. 15.11.2004 – 1 BvR 2459/04, MDR 2005, 341 für den Piloten.

³⁵ BSG, Urt. v. 06.02.2008 – B 6 KA 41/06 R, BSGE 100, 43; BSG, Urt. v.09.04.2008 – B 6 KA 44/07 R, USK 2003-23 sowie vom 18.08.2010 – B 6 KA 18/10 B, SozR 4-2005 § 95 Nr. 17.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 31.03.1998 – 1 BvR 2167/93 u.a., NJW 1998, 1776; Beschl. v. 18.05.2001 – 1 BvR 522/01, PsychR 2001, 153; Beschl. v. 04.10.2001 – 1 BvR 1435/01, juris; Beschl. v. 07.08.2007 – 1 BvR 1941/07, SozR 4-2005 § 95 Nr. 13.

³⁷ BSG, Urt. v. 24.11.1993 – 6 RKA 26/91, juris; Beschl. v. 08.05.1996 – 6 S (KA) 1/94 (Vertragszahnarzt); Urt. v. 12.09.2001 – B 6 KA 90/00 R, SozR 3-5520 § 25 Nr. 5; Urt. v. 28.04.2004 – B 6 KA 9/03 R, MedR 2004, 574.

³⁸ BVerfG, Beschl. v. 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, NJW 2001, 1779.

³⁹ BSG, Beschl. v. 18.08.2010 – B 6 KA 18/10 B, juris.

⁴⁰ BVerfG, Beschl. v. 26.01.2007 – 2 BvR 2408/06, EuGRZ 2007, 231 sowie Beschl. v. 07.08.2007 – 1 BvR 1941/07, SozR 4-2500 § 95 Nr. 13.

⁴¹ So LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 25.05.2007 – L 4 B 406/07, GesR 2007, 413.

„Verkompliziert“ wurde die gesetzliche Regelung des § 95 Abs. 7 SGB V durch Ergänzung des Satzes 8 durch das Änderungsgesetz vom 22.12.2006. Hiernach findet die Altersgrenze des § 95 Abs. 7 S. 3 SGB V keine Anwendung, wenn der Landesausschuss für Ärzte und Krankenkassen nach § 100 Abs. 1 S. 1 SGB V feststellt, dass in einem bestimmten Gebiet eines Zulassungsbezirkes eine ärztliche Unterversorgung eingetreten ist oder unmittelbar droht.⁴² Die Lockerung der „strengen“ Altersgrenze von 68 Jahren wurde vom Gesetzgeber damit gerechtfertigt, dass die Erfahrungen mit Leistungserbringern, die über das 68. Lebensjahr hinaus in einem Bezirk mit Unterversorgung Patientinnen und Patienten behandelten, dies rechtfertigten und zugleich Versorgungsprobleme bei nicht gesicherter Nachfolge vermieden werden.⁴³

Hierbei hat die Rechtsprechung betont, dass dem Gesetzgeber grundsätzlich ein weiter Einschätzungs- und Prognosespielraum zukommt. Eine Neubewertung durch den Gesetzgeber (mit Wirkung ab 01.10.2008) habe keine Auswirkungen auf die Zulassung von Ärzten, die vor dem 01.10.2008 nach bisherigem Recht ihre Zulassung verloren haben. Die Gerichte waren sich darin einig, dass aus politischen Plänen, eine geltende und verfassungsgemäße Rechtslage zukünftig zu ändern, keine Rechte hergeleitet werden können.⁴⁴ Im Jahre 2008 stellte sich somit folgendes verfassungsrechtliche Problem: In Zulassungsbezirken ohne Überversorgung konnte der Vertragsarzt auch nach Vollendung des 68. Lebensjahres noch weiter praktizieren. Dies galt allerdings nicht für diejenigen Vertragsärzte, die bis zum 30.09.2008 das 68. Lebensjahr vollendet hatten. Deren Zulassung endete mit Vollendung des 68. Lebensjahres, auch wenn Kollegen, die das 68. Lebensjahr erst ab dem 01.10.2008 vollendet haben, weiter praktizieren konnte. Die Rechtsprechung hat dies – um dies noch einmal zu betonen – nicht beanstandet.

Weiter hat die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die umstrittene Altersgrenze des § 95 Abs. 7 S. 3 SGB V nicht im Widerspruch zum Verbot der Diskriminierung wegen Alters stehe, das sich aus europäischen Gleichbehandlungs-RL 2000/78/EG bzw. den diese umsetzenden AGG ergebe.⁴⁵ § 95 Abs. 7 SGB V in der seit dem 01.10.2008 geltenden Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG)⁴⁶ sieht ein Ende der Zulassung mit Vollendung des 68. Lebensjahres nicht mehr vor. Wie bereits ausgeführt wurde, ist dies

⁴² Siehe hierzu LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.01.2010 – L 3 KA 29/09, juris.

⁴³ BSG, Beschl. v. 18.08.2010 – B 6 KA 18/10 B, MDR 1994, 1022.

⁴⁴ Siehe z.B. SG Berlin, Beschl. v. 16.09.2008 – S 83 KA 433/08 ER, juris; SG Marburg, GB v. 08.10.2008 – S 12 KA 284/08, juris.

⁴⁵ LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.01.2010 – L 3 KA 29/09, juris unter Bezugnahme auf EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C 341/08 -.

⁴⁶ v. 15.12.2008 – BGBl. I S. 2426.

jedoch ohne jegliche Auswirkung auf die Rechtstellung derjenigen Ärzte, die nach alter Rechtslage ihre Zulassung verloren haben.⁴⁷ Indes hat der EuGH im Gegensatz zu den nationalen Gerichten sehr deutlich gemacht, dass gegen das Verbot der Altersdiskriminierung verstoßen werde, wenn eine nationale Bestimmung zur Festlegung des Höchstalters für die Ausübung des Berufs eines Vertragszahnarztes auf 68 Jahre mit der Begründung gerechtfertigt werde, dies sei für den Gesundheitsschutz erforderlich, wobei jedoch dies nicht gelte für Zahnärzte außerhalb des Vertragszahnarztsystems.⁴⁸ Dies hat jedoch das BSG nicht irritiert, das auch nach der Entscheidung des EuGH ausdrücklich betont hat, dass die bis zum 30.09.2008 geltende Altersgrenze für Vertragsärzte sowohl mit dem Grundgesetz als auch mit europäischem Recht vereinbar sei.⁴⁹

3.

Das BSG hatte auch keine Bedenken gegen die vom Gesetz vorgesehene Altersgrenze für die Kassenzulassung und die Beschränkung auf 55 Jahre gem. § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V.a.F.⁵⁰

Gerechtfertigt wurde diese Altersgrenze mit dem gesetzgeberischen Gesamtkonzept zur Beschränkung der Zahl der Vertragsärzte. Hierbei war allerdings auch von Bedeutung, dass § 25 S. 2 ÄrzteZV eine Härteklausele enthielt.⁵¹ Der Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte berufliche Betätigungsfreiheit sei zur Sicherung besonders wichtiger Interessen der Allgemeinheit gerechtfertigt.⁵² Mit der Regelung soll gewährleistet werden, dass grundsätzlich nur solche Ärzte (und Psychotherapeuten) zugelassen werden, die noch ausreichend Zeit haben, ihre für die Praxistätigkeit nötigen Investitionen zu amortisieren und eine ausreichende Altersversorgung aufzubauen. Dadurch soll der Gefahr entgegengewirkt werden, dass Vertragsärzte vorrangig ihr Leistungs- und Einkommensvolumen ausweiten wollen und dabei das Gebot wirtschaftlicher Behandlungs- und Ordnungsweise vernachlässigen. Diese Rechtsprechung des BSG wurde durch das BVerfG bestätigt.⁵³

Der Gesetzgeber hat die Regelung in § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V mit Wirkung vom 31.12.2006 aufgehoben. Nunmehr wird darüber gestritten, ob bei einer Bewerberkonkurrenz zur

⁴⁷ So ausdrücklich LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 27.01.2010 – L 3 KA 29/09, juris.

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 12.01.2010 – C 341/08, NJW 2010, 587m. Anm. Horn, SuP 2010, 534.

⁴⁹ BSG, Beschl. v. 18.08.2010 – B 6 KA 18/10 B, SozR 4-2500 § 95 Nr. 17.

⁵⁰ BSG, Urt. v. 24.11.1993 – 6 RKA 26/91, juris Urt. v. 12.09.2001 – B 6 KA 90/00 R, SozR 3-5520 § 25 Nr. 5; Urt. v. 28.04.2004 – B 6 KA 9/03 R, MedR 2004, 574.

⁵¹ BSG, Urt. v. 24.11.1993 – 6 R Ka 26/91; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 17.05.2006 – L 5 KA 5158/04, juris.

⁵² BSG, Urt. v. 12.09.2001 – B 6 KA 90/00 R, SozR 3-5520 § 25 Nr. 5; Urt. v. 28.04.2004 – B 6 KA 9/03 R, MedR 2004, 574.

⁵³ BVerfG, Beschl. v. 20.12.1996 – 1 BvL 10/96, NJW 1997, 791 sowie Beschl. v. 20.03.2001 – 1 BvR 491/96, NJW 2001, 1779.

Besetzung eines Vertragsarztsitzes zu berücksichtigen ist, ob ein 65 Jahre alter Bewerber noch langfristig an der Versorgung der Versicherten teilnehmen kann oder will.⁵⁴

IV. Der kollektive Verzicht auf die Zulassung gem. § 95 b SGB V

Gem. § 95 b SGB V ist es mit den Pflichten eine Vertragsarztes nicht vereinbar, in einem mit anderen Ärzten aufeinander abgestimmten Verfahren oder Verhalten auf die Zulassung als Vertragsarzt zu verzichten. Verzichten Vertragsärzte in einem mit anderen Vertragsärzten aufeinander abgestimmten Verfahren oder Verhalten auf ihre Zulassung als Vertragsarzt und kommt es aus diesem Grunde zur Feststellung der Aufsichtsbehörde nach § 72 a Abs. 1 SGB V, kann eine erneute Zulassung frühestens nach Ablauf von 6 Jahren nach Abgabe der Verzichtserklärung erteilt werden. Erforderlich ist insoweit gem. § 72 a Abs. 1 SGB V, dass mehr als 50 v.H. aller in einem Zulassungsbezirk oder einem regionalen Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte auf ihre Zulassung nach § 95 b Abs. 1 SGB V verzichten oder die vertragsärztliche Versorgung verweigert haben.

Die Bestimmung des § 95 b Abs. 2 SGB V wurde eingeführt durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 und ist somit seit dem 01.01.1993 in Kraft. Weder das BSG⁵⁵ noch das LSG Niedersachsen-Bremen⁵⁶ hatten – im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG sowie Art. 19 Abs. 4 GG-verfassungsrechtliche Probleme.⁵⁷ Das BSG hat hierbei sowohl die gesetzlichen Regelungen, die die Rechtsfolgen des Kollektivverzichtes normieren sollen, als auch die Wiederezulassungssperre als verfassungskonform bezeichnet. Für den Erlass war der Bundesgesetzgeber nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 GG zuständig. Im Zusammenhang mit der Wiederezulassungssperre wurde betont, dass insoweit nicht die Wahl der Berufsfreiheit, sondern lediglich die Berufsausübung begrenzt werde. Begründet wird die Zulässigkeit dieser gesetzlichen Regelungen damit, dass ein kollektiver Zulassungsverzicht dadurch, dass die Krankenkassen in der Regel kurzfristig in der Lage sind, die Versorgung außerhalb des über die Kassenärztliche Vereinigung sichergestellten System zu organisieren, die Stabilität der vertragsärztlichen Versorgung erschüttert. Die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ist jedoch in sachlicher sowie finanzieller Hinsicht ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung. Hierbei stehe die Eignung der

⁵⁴ Siehe hierzu BSG, Urt. v. 19.10.2011 – B 6 KA 20/11 R, MedR 2012, 540.

⁵⁵ BSG, Urt. v. 26.07.2007 – B 6 KA 97/06 R, ArztR 2008, 290; BSG, Urt. v. 17.06.2009 – B 6 KA 16/08 R, SozR 4-2500 § 95 b Nr. 2; BSG, Urt. v. 17.06.2009 – B 6 KA 18/08 R, MedR 2010, 652; hierzu Ruland, JuS 2011, 286 ff.

⁵⁶ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschl. v. 16.03.2005 – L 3 KA 367/04 ER, juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 09.04.2008 – L 3 KA 149/06, juris; LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 09.04.2008 – L 3 KA 139/06, juris.

⁵⁷ a.A. Schinnenburg, MedR 2005, 26 ff.; Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, 1997, S. 274 ff.

Wiederzulassungssperre (Zahn-)Ärzte generalpräventiv davon abzuhalten, sich an einem Kollektivverzicht zu beteiligen, außer Zweifel. Die Regelung sei auch erforderlich, da mildere Mittel als eine Wiederzulassungssperre nicht in Betracht kommen.

Eine gegen diese Rechtsprechung gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen.⁵⁸ Es ist hiernach auch nicht zu beanstanden, dass bei einem kollektiven Verzicht auf die Zulassung gem. § 95 b Abs. 3 SGB V der Vergütungsanspruch des Arztes gegen die Krankenkasse auch das 1,0-fache des Gebührensatzes der Gebührenordnung für Ärzte oder der Gebührenordnung für Zahnärzte beschränkt wird. Ein Vergütungsanspruch des Arztes oder Zahnarztes gegen den Versicherten ist von Gesetzes wegen ausgeschlossen. Abweichende Vereinbarungen sind nichtig.⁵⁹ Ein Eingriff in Art. 14 GG wird im Übrigen verneint, weil der Vertragsarzt die Möglichkeit des Verkaufs oder Übertragung der Praxisräume und des Stammes der Privatpatienten weiterhin habe.

V. Die Gesamtvergütung gem. § 85 SGB V

Ärzte und Zahnärzte streiten gerne über das ihnen zustehende Honorar. Rechtsgrundlage für den Anspruch von Ärzten und Zahnärzten gegen die Kassenärztliche Vereinigung auf Zahlung vertragsärztliche Honorars ist § 85 Abs. 4 SGB V. Danach steht jedem Vertragsarzt ein Anspruch auf Teilhabe an den von den Krankenkassen entrichteten Gesamtvergütungen entsprechend der Art und dem Umfang der von ihm erbrachten – abrechnungsfähigen – Leistungen nach Maßgabe der Verteilungsregelungen im Honorarverteilungsmaßstab (HVM) zu. Bei der Ausformung des Honorarverteilungsmaßstabes räumt das Gesetz den Kassenärztlichen Vereinigungen einen Gestaltungsspielraum ein.⁶⁰ Bei der Ausfüllung dieses Spielraumes sind allerdings insbesondere das in § 85 Abs. 4 S. 3 SGB V angesprochene Gebot leistungsproportionaler Verteilung des Honorars⁶¹ sowie der aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG herzuleitenden Grundsatz der - Honorarverteilungsgerechtigkeit⁶² weiter zu beachten. Dies bedeutet jedoch nicht, dass

⁵⁸ BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 3067/07 -.

⁵⁹ Siehe hierzu BSG, Urt. v. 27.06.2007 – B 6 KA 37/06 R, ArztR 2008, 290; Urt. v. 27.06.2007 – B 6 KA 38/06 R, MedR 2008, 384; Urt. v. 27.06.2007 – B 6 KA 39/06 R, juris.

⁶⁰ Ständige Rechtsprechung des BSG, Urt. v. 09.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, SozR 4-2500 § 72 Nr. 2; Urt. v. 22.06.2005 – B 6 KA 5/04 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 17.

⁶¹ Siehe z.B. BSG, Urt. v. 31.01.2001 – B 6 KA 13/00 R, SozR 3-2500 § 85 Nr. 38.

⁶² Siehe z.B. BSG, Urt. v. 31.01.2001 – B 6 KA 13/00 R, SozR 3-2500 § 85 Nr. 38 sowie Urt. v. 11.09.2002 – B 6 KA 30/01, SozR 3-2500 § 85 Nr. 48-

gleiche Leistungen stets gleich vergütet werden müssen. Beide Prinzipien stellen vielmehr nur Grundsätze dar, von denen aus sachlichem Grund abgewichen werden darf.⁶³

Ausgehend hiervon hat die Rechtsprechung die Auffassung vertreten, dass die Kassenärztliche Vereinigung berechtigt war, in ihrem Honorarverteilungsmaßstab einen Fond für die Fachgruppe der Laborärzte vorzusehen.⁶⁴ Sehr streitig war die Honorierung von Psychotherapeuten, weil das Einkommen von ärztlichen und nicht-ärztlichen Psychotherapeuten, die ausschließlich oder ganz überwiegend die zeitgebundenen und genehmigungspflichtigen Leistungen erbrachten, unzureichend war und das „Überleben“ dieser Arztgruppe nicht gewährleistet war.⁶⁵ Gestritten wird weiter über die Frage, ob nach dem Honorarverteilungsvertrag Einzelpraxen gegenüber Gemeinschaftspraxen benachteiligt werden,⁶⁶ ob die Tätigkeit einer Gemeinschaftspraxis mit mehreren Fachärzten für diagnostische Radiologie im ländlichen Raum eine Sonderregelung erforderlich macht⁶⁷ und ob bei atypischem Versorgungsbedarf einer Fachgruppe eine Sonderregelung geboten ist.⁶⁸

Soweit es um die Degressionsregelungen der §§ 85 Abs. 4 b ff. SGB V geht, hat die Rechtsprechung judiziert, dass die Festlegung unterschiedlicher Grenzwerte im Rahmen dieser Degressionsregelung für Kieferorthopäden und übrige Zahnärzte ab 01.01.2004 verfassungsmäßig ist.⁶⁹ Gebilligt wurden ebenfalls die Degressionsregelungen der Oralchirurgen⁷⁰ sowie für MKG-Chirurgen.⁷¹ Soweit es sich hierbei „nur“ um Berufsausübungsregelungen handelt, hat die Rechtsprechung keine (verfassungsrechtlichen) Bedenken,⁷² solange nicht die Willkürgrenze überschritten ist.⁷³ Ob es sinnvoll ist, nach der Trennung zwischen der hausärztlichen und der fachärztlichen Versorgung dennoch für beide Arztgruppen gemeinsam die Honorarverteilung zu regeln, ist durchaus zweifelhaft. Zusammenfassend ist insoweit festzuhalten, dass die Rechtsprechung sich bei der „verfassungsmäßigen“ Prüfung der Honorarverteilung auf die verschiedenen Arztgruppen sehr zurückhält.

⁶³ BSG, Urt. v. 22.05.2005 – B 6 KA 5/04 R SozR 4-2500 § 85 Nr. 17; LSG Sachsen, Urt. v. 29.08.2006 – L 11 KA 20/01, juris.

⁶⁴ LSG Sachsen, Urt. v. 29.08.2006 – L 1 KA 20/01, juris.

⁶⁵ Grundlegend BSG, Urt. v. 20.01.1999 – B 6 KA 46/97 R, SozR 3-2500 § 85 Nr. 29; SG Dresden, Urt. v. 13.12.2006 – S 11 KA 795/01, juris.

⁶⁶ Siehe hierzu SG Marburg, Urt. v. 08.10.2008 – S 12 KA 469/07, juris sowie Urt. v. 08.10.2008 – S 12 KA 409/07, juris; SG Stuttgart, Urt. v. 01.10.2009 – S 11 KA 5163/06.

⁶⁷ SG Marburg, Urt. v. 10.12.2008 – S 12 KA 162/07, juris.

⁶⁸ SG Marburg, Urt. v. 30.01.2008 – S 12 KA 12/07 u.a., juris.

⁶⁹ BSG, Urt. v. 16.12.2009 – B 6 KA 10/09 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 48; siehe auch BSG, Urt. v. 16.12.2009 – B 6 KA 39/08 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 49.

⁷⁰ BSG Urt. v. 29.11.2006 – B 6 KA 23/06 R, MedR 2007, 310 sowie v. 13.10.2010 – B 6 KA 35/09 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 59

⁷¹ BSG, Urt. v. 13.10.2010 – B 6 KA 32/09 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 60.

⁷² Siehe z.B. BVerfG, Beschl. v. 17.06.2009 – 1 BvR 2507/97, NJW 1999, 2730.

⁷³ LSG Hessen, Urt. v. 09.08.2006 – L 4 KA 7/05, juris.

Das Recht der Vertragsärzte auf angemessene Honorierung ihrer Leistung ist durch Art. 12 Abs. 1 GG grundsätzlich geschützt ist. Die Grundrechtsnorm des Art. 12 Abs. 1 GG wird von der Rechtsprechung regelmäßig „angeprüft“, um alsdann festzustellen, dass ein unverhältnismäßiger Eingriff in dieses Grundrecht nicht vorliegt. Dies betrifft nicht nur die materielle Gerechtigkeit bei der Honorarverteilung, sondern auch die formelle Gerechtigkeit im Abrechnungsverfahren (u.a. im Hinblick auf bestehende Ausschlussfristen).⁷⁴ Immerhin ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass eine Härtefallregelung notwendig ist als Ausfluss des aus Art. 12 Abs. 1 GG abgeleiteten Grundsatzes der Honorargerechtigkeit. Eine Härtefallregelung sei allerdings nur in Ausnahmefällen geboten. Das BSG hat die Notwendigkeit zusätzlicher Honorarzahungen aufgrund einer Härte anerkannt, wenn der Vertragsarzt anderenfalls in existentielle Schwierigkeiten geraten sowie ggfls. seine Praxis nicht fortführen könnte und darüber hinaus ein Versorgungsbedarf besteht.⁷⁵

Nur ausnahmsweise wird von der Rechtsprechung ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Abs. 1 GG (Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit) bejaht.⁷⁶ Insoweit ist noch einmal darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung aus dem objektiv-rechtlichen, von den Partnern der Gesamtverträge zu beachtenden Gebote angemessenen Vergütung i.S.d. § 72 Abs. 2 SGB V im Allgemeinen keine subjektiven Rechte des einzelnen Vertragsarztes entstehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn – wie bereits ausgeführt – eine zu niedrige Vergütung ärztlicher Leistungen das vertragsärztliche Versorgungssystem als Ganzes und als Folge davon auch die berufliche Existenz der daran teilnehmenden Vertragsärzte gefährden würde. Bei dem Gebot der leistungsproportionalen Vergütung handelt es sich um einen Grundsatz, von dem abgewichen werden darf, wenn die Kassenärztliche Vereinigung damit anderen billigenwerte Ziele verfolgt. Solche anerkanntswerten Zielsetzungen können in einer Stabilisierung des Auszahlungspunktwertes durch die Begrenzung des Anstiegs der zu vergütenden Leistungsmenge liegen, weil auf diese Weise die Vertragsärzte einen Teil des vertragsärztlichen Honorars sicherer kalkulieren können.⁷⁷

VI. Die Sonderbedarfszulassung (§ 24 Abs. 1 S. 1 d, Bedarfsplanungs-Richtlinie)

Gem. § 24 S. 1 Bedarfsplanungsrichtlinie **darf** unbeschadet der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuss der Zulassungsausschuss den

⁷⁴ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 01.12.2011 – L 11 KA 104/10, juris.

⁷⁵ BSG, Urt. v. 08.02.2006 – B 6 KA 25/05 R, MedR 2006, 603 sowie LSG Rheinland-Pfalz, Urt. v. 05.05.2011 – 11 5 KA 13/10, juris.

⁷⁶ So z.B. BSG, Urt. v. 23.03.2011 – B 6 KA 6/10 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 63.

⁷⁷ BSG, Urt. v. 10.03.2004 – B 6 KA 3/03 R, SozR 4-2500 § 85 Nr. 9; LSG Schleswig-Holstein, Urt. v. 19.05.2009 – L 4 KA 17/08, juris.

Zulassungsantrag eines Vertragsarztes bei Erfüllung einer der sechs genannten Voraussetzungen entsprechen. Der Zulassungsausschuss bei der Kassenärztlichen Vereinigung des Saarlandes hat diese Bestimmung dahingehend interpretiert, dass kein Arzt einen Anspruch auf eine Sonderbedarfszulassung habe, was sich zwingend aus der Verwendung des Begriffes „darf“ ergebe. Es liege alsdann in der freien Entscheidung des Zulassungsausschusses, bei Vorliegen einer der sechs genannten Ausnahmen eine Zulassung auszusprechen. Dass diese Rechtsauffassung im Hinblick auf Art. 12 Abs. 1 GG nicht richtig sein kann, bedarf keiner weiteren Darlegung.

Es ist jedoch durchaus bemerkenswert, dass sich die Rechtsprechung mit dieser Rechtsfrage in der Regel nicht beschäftigt, sondern sich auf die Prüfung beschränkt, ob einer der genannten 6 Ausnahmetatbestände erfüllt ist und dies in aller Regel verneint. Nach der Rechtsprechung kommt den entsprechenden Gremien grundsätzlich ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Dieser Beurteilungsspielraum besteht zumindest hinsichtlich der Einschätzung des (lokalen oder besonderen) Versorgungsbedarfes nicht aber bezüglich des Vorliegens der „sonstigen“ Anspruchsvoraussetzungen nach den Ausnahmeregelungen des § 24 Bedarfsplanungsrichtlinie.⁷⁸

Die Voraussetzungen für einen Sonderbedarf nach § 24 Abs. 1 S. 1 d Bedarfsplanungsrichtlinie liegen vor, wenn unbeschadet der festgestellten Überversorgung die konkrete Versorgungsform nicht in ausreichendem Maße angeboten wird. Insoweit bedarf es für eine Sonderbedarfszulassung keiner Defizitsituation im gesamten Spektrum des Fachgebietes.⁷⁹ Streitig ist allerdings, ob Voraussetzung für die Erteilung einer Sonderbedarfszulassung eine wirtschaftlich tragfähige Praxis ist.⁸⁰

Das BSG hat keinen Zweifel daran, dass die Bedarfsplanungs-Richtlinien des Bundesausschusses für Ärzte und Krankenkassen wirksame untergesetzliche Rechtsnormen sind.⁸¹

Dass die Erteilung einer Sonderbedarfszulassung bei den bereits praktizierenden Vertragsärzten nicht immer auf Gegenliebe stößt, ist nachvollziehbar. Dies ist indes das Problem der defensiven Konkurrentenklage.

⁷⁸ LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 13.11.2002 - L 5 KA 1247/02 – sowie Urt. v. 17.05.2006 – L 5 KA 3584/04, ArztR 2007, 105.

⁷⁹ BayLSG, Urt. v. 23.09.2009 – L 12 KA 405/07, juris.

⁸⁰ Bejahend SG Schwerin, Urt. v. 07.09.2011 – S 3 KA 58/09, juris; verneinend LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 10.12.2008 – L 11 KA 47/08, juris

⁸¹ BSG, Urt. v. 18.03.1998 – B 6 KA 37/96 R, MedR 1999, 232.

VII. Die Auswahlentscheidung gem. § 23 Abs. 3 Ziff. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie

Es wurde bereits dargestellt, dass früher Zulassungen nach dem sog. „Windhundverfahren“ vergeben wurden. Das BSG hat dies im Jahre 2005 beanstandet. Nunmehr wird in § 23 Abs. 3 für die Anträge auf (Neu-)Zulassung geregelt, dass der Zulassungsausschuss nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung folgender Kriterien zu entscheiden hat:

- berufliche Eignung
- Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit
- Approbationsalter
- Dauer der Eintragung in die Warteliste gem. § 103 Abs. 5 S. 1 SGB V.

Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern soll die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes und ihre Beurteilung im Hinblick auf die bestmögliche Versorgung der Versicherten berücksichtigt werden. Mit dem Vergleich von mehreren Bewerbern durch die Zulassungsinstanzen musste sich das SG Hannover mehrfach beschäftigen. Das SG Hannover hatte insoweit judiziert, dass beim Vergleich mehrerer Bewerber um einen Vertragsarztsitz zur Beurteilung des Kriteriums „berufliche Eignung“ objektifizierbare Umstände maßgebend sind. Die Zulassungsinstanzen müssen ihrer Entscheidung praktikable und handhabbare Kriterien zugrunde legen.⁸² Weiter wurde judiziert, für den Fall, dass die Zulassung lediglich für die Ausübung eines „Hobbys“ oder zur Umgehung des Zulassungsverfahrens für die Übergabe der Zulassung an einen jungen Kollegen beantragt werde, dem älteren Bewerber als sog. „zulassungsrechtlicher Strohmann“ in der Regel ein geringerer grundrechtlicher Schutz im Hinblick die durch Art. 12 GG geschützte Berufsfreiheit zukomme als den anderen jüngeren Mitbewerbern. Dieser geringere grundrechtliche Schutz sei bei der Gewichtung der Kriterien gem. § 23 Abs. 3 Ziff. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie zu berücksichtigen. Dies gelte insbesondere für Vertragsärzte, denen ab dem Alter von 68 Jahren ein geringerer grundrechtlicher Schutz im Hinblick auf die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit zukomme.⁸³

VIII. Die Voraussetzungen einer Drittanfechtung (Art. 19 IV GG)

Die Sozialgerichte müssen sich immer wieder mit der Anfechtungsbefugnis gegen die Erteilung einer Zweitpraxisgenehmigung für Kollegen⁸⁴ sowie der Erteilung einer

⁸² SG Hannover, Urt. v. 11.03.2009 – S 16 KA 52/07, juris.

⁸³ SG Hannover, Beschl. v. 21.02.2011 – S 65 KA 775/10 ER, juris.

⁸⁴ Siehe hierzu BSG, Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511.

Sonderbedarfszulassung⁸⁵ beschäftigen. Es entsteht hierbei der Eindruck, als nähere sich das BSG bei der Zulässigkeit einer sog. defensiven Konkurrentenklage⁸⁶ der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage an⁸⁷.

Die Prüfung der Begründetheit von Drittanfechtungen vertragsärztlicher Konkurrenten erfolgt nach der Rechtsprechung des BSG zweistufig. Zunächst ist zu klären, ob der Vertragsarzt berechtigt ist, die dem konkurrierenden Arzt erteilte Begünstigung (z.B. Zulassung, Ermächtigung) anzufechten. Ist dies zu bejahen, muss geprüft werden, ob die den Dritten begünstigende Entscheidung in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig ist. Danach bestehen drei Voraussetzungen für die Anerkennung einer Drittanfechtungsberechtigung, nämlich (1), dass der Kläger und der Konkurrent im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbieten,⁸⁸ weiterhin (2), dass dem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird⁸⁹ und ferner (3), dass der dem Konkurrenten eingeräumte Status gegenüber demjenigen des Anfechtenden nachrangig ist. Letzteres ist der Fall, wenn die Einräumung des Status an den Konkurrenten vom Vorliegen eines Versorgungsbedarfs abhängt, der von den bereits zugelassenen Ärzten nicht abgedeckt wird.⁹⁰ Diese Kriterien finden auch Anwendung, wenn sich ein niedergelassener Vertragsarzt gegen die Zulassung eines Krankenhauses zur ambulanten Erbringung von Katalogleistungen nach § 116 b SGB V wehrt.⁹¹

Hiernach ist zunächst einmal erforderlich, dass der Kläger und der konkurrierende Beigeladene in dem selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbietet. Es muss somit ein faktisches Konkurrenzverhältnis vorliegen, durch das plausibel wird, dass der bereits zugelassene Arzt eine nicht nur geringfügige Schmälerung seiner Erwerbsmöglichkeiten zu befürchten hat.⁹² Die Möglichkeit der Drittanfechtung wurde verneint bei einer Zweitpraxisgenehmigung, weil insoweit dem Konkurrenten lediglich die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert wird, während

⁸⁵ Siehe z.B. BSG, Urt. v. 17.06.2009 – B 6 KA 25/08 R, MedR 2010, 205; Urt. v. 17.08.2011 – B 6 KA 27/10 R, MedR 2012, 479; BSG, Urt. v. 17.08.2011 – B 6 KA 26/10 R, SozR 4-2500 § 101 Nr. 11.

⁸⁶ Siehe hierzu auch Steinhilper, MedR 2007, 469 ff. sowie Steinhilper, MedR 2012, 482 ff.; Reiter/Spiegel, ZMGR 2008, 247 ff. sowie Wollersheim, GesR 2008, 281 ff.

⁸⁷ Grundsätzlich zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage BVerwG, Urt. v. 21.08.2003 – 2 C 14/02, NJW 2004, 870; Schnellebach, Beamtenrecht in der Praxis, 7. Auflage 2011, § 3 Rz. 47 ff.

⁸⁸ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499, weiterführend BSG, Urt. v. 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R, SozR 4-2500 § 116 Nr. 4.

⁸⁹ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499.

⁹⁰ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499.

⁹¹ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 23.03.2011 – L 11 KA 97/10 B ER u.a., juris sowie Beschl. v. 30.03.2011 – L 11 KA 98/10 B ER, juris.

⁹² BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499 sowie Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511.

hingegen die Voraussetzungen für eine Anfechtung bejaht wurde im Falle einer Sonderbedarfszulassung.⁹³ Verneint wiederum wurde es bei einer Dialysegenehmigung, weil durch diese lediglich ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wurde.⁹⁴ Soweit Voraussetzung für die defensive Konkurrentenklage ein Nachrang des Konkurrenten gefordert wird, wird dieser von der Rechtsprechung bejaht bei Ermächtigungen⁹⁵ sowie bei Sonderbedarfszulassungen.⁹⁶ Ein etwaiges Vorrang-Nachrang-Verhältnis muss sich dabei wegen des damit verbundenen Eingriffs in die grundsätzlich bestehende Wettbewerbsfreiheit aus dem Gesetz selbst ergeben; auch das BVerfG betont insoweit den „gesetzlich angeordneten“ bzw. „gesetzlichen“ Vorrang.⁹⁷ Nach der Rechtsprechung des BVerfG sowie des BSG gewährt die Rechtsordnung bei der Ausübung beruflicher Tätigkeiten grundsätzlich keinen aus Art. 12 Abs. 1 GG herzuleitenden Schutz vor Konkurrenz. Demgemäß haben Wettbewerber regelmäßig keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben, insbesondere nicht darauf, dass Konkurrenten vom Markt fernbleiben.⁹⁸

Das BVerfG hat im Hinblick auf diese Rechtsprechung ausgeführt,⁹⁹ dass eine unter dem Aspekt der Berufsfreiheit nach Rechtsschutz verlangende Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse dann in Frage steht, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber den auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist. Für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist – natürlich – auf den Zeitpunkt des Bescheiderlasses abzustellen.

Die defensive Konkurrentenklage ist gerade bei den Nephrologen sehr „beliebt“. Mit der Konkurrenz unter Nephrologen hat sich die Rechtsprechung vielfach beschäftigen müssen. Hierbei betont die Rechtsprechung, dass die insoweit zu prüfenden Normen der §§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 6 Abs. 1 und Abs. 2 Anlage 9.1 BMV-Ä, in denen auch – als Zwischenziel – ein Schutzreflex zugunsten der nephrologisch tätigen Vertragsärzte, die Dialyseleistungen erbringen, enthalten ist, so dass damit auch subjektive Rechte bereits Versorgungsaufträge inne habender Vertragsärzte geschützt werden, im Grundsatz der Sicherung einer qualitativ hochstehenden und optimalen sowie wirtschaftlichen vertragsärztlichen Versorgung schwerkranker Patienten, mithin auch öffentlichen Belangen dienen (vergl. § 1 Anlage 9.1 BMV-Ä sowie § 2 Abs. 7 MBV-Ä). Dies soll u.a. auch durch ein Schutz bestehender

⁹³ BSG, Urt. v. 17.06.2009 – B 6 KA 38/08 R, MedR 2010, 205 sowie Urt. v. 17.06.2009 – B 6 KA 25/08 R, MedR 2010, 205 m. Anm. Barth, MedR 2010, 209.

⁹⁴ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499.

⁹⁵ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007 499.

⁹⁶ BSG, Urt. v. 17.06.2008 – B 6 KA 38/08 R, MedR 2010, 205.

⁹⁷ BSG, Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511 unter Bezugnahme auf BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977.

⁹⁸ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499; Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511.

⁹⁹ BVerfG, Beschl. v. 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08, NVwZ 2009, 977.

Dialysepraxen an dem jeweiligen Praxissitz gewährleistet werden, so dass einem Vertragsarzt ein Versorgungsauftrag nur dann erteilt werden kann, wenn die weiteren im Umkreis liegenden Dialysepraxen ein Auslastungsgrad in Höhe von mindestens 90% i.S.d. §§ 4 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 6 Abs. 1 und Abs. 2 Anlage 9.1 BMV-Ä eVM § 5 Abs. 7 lit c der Qualitätssicherungsvereinbarung zu dem Blutreinigungsverfahren aufweist.

Bei einer Drittanfechtung kann es nur auf den Auslastungsgrad der eigenen Dialysepraxis ankommen. Unerheblich ist, dass möglicherweise andere nephrologische Praxen nicht ausgelastet seien, da es einem Kläger nicht möglich ist, andere als seine subjektive Rechte geltend zu machen.¹⁰⁰ Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass bei einem eigenen Auslastungsgrad von mindestens 90 v.H. die Erteilung weiterer Versorgungsaufträge nicht angefochten werden kann, auch nicht mit der Begründung, dass hierdurch die Möglichkeit zur eigenen Praxiserweiterung erschwert wird.

Alsdann prüfen die Sozialgerichte, ob sich eine Anfechtungsberechtigung des Klägers „unter Willkürgesichtspunkten“ ergibt. Nach der älteren Rechtsprechung des BSG ist eine „Anfechtungsbefugnis“ bei willkürlicher Erteilung einer Ermächtigung durch die Zulassungsgremien dem Grunde oder dem Umfang nach anzuerkennen. Das BSG hat dies damit begründet, dass das Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG) des niedergelassenen Vertragsarztes diesem Schutz gegenüber Beeinträchtigung seiner Tätigkeit durch willkürliche behördliche Entscheidungen gewähre, auch wenn diese den Arzt nicht rechtlich, sondern nur tatsächlich (wirtschaftlich) zu beeinträchtigen geeignet sind.¹⁰¹ Einschränkend vertritt allerdings die Rechtsprechung die Auffassung, dass eine Berechtigung zur Anfechtung nicht allein darauf gestützt werden könne, dass die Genehmigungserteilung nach Ansicht des Klägers gegen das sog. Willkürverbot verstoße, erforderlich sei weiterhin, dass der angegriffenen Rechtseinräumung ein grundsätzlicher Nachrang gegenüber der Position des Anfechtenden inne wohne. Das BSG hat ausdrücklich betont, dass es an seiner Rechtsprechung festhalte und dass diese Rechtsprechung auch auf die Drittanfechtung einer Zweitpraxisgenehmigung anwendbar sei.¹⁰² Fehlerhafte Rechtsanwendung allein ist noch keine Willkür. Diese liege vielmehr erst dann vor, wenn gravierende Rechtsverstöße vorliegen und diese den Konkurrenten schwer beeinträchtigen.¹⁰³ Ob damit tatsächlich effektiver Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs 4 GG gewährleistet wird, ist fraglich.

¹⁰⁰ So SG Saarland, Urt. v. 21.03.2012 – S 2 KA 1/08 -.

¹⁰¹ BSG, Urt. v. 10.05.2000 – B 6 KA 9/99 R, NJW 2001, 1814 sowie Urt. v. 11.12.2002 – B 6 KA 32/01 R, MedR 2003, 595.

¹⁰² BSG, Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511.

¹⁰³ BSG, Urt. v. 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R, MedR 2007, 499; Urt. v. 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R, MedR 2010, 511.