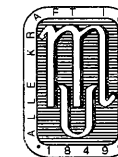


SW

**Der Vertragsarzt
im Spannungsfeld zwischen
gesundheitspolitischer Steuerung
und Freiheit der Berufsausübung**

Herausgegeben von

**O. Univ.-Prof. Dr. Peter Jabornegg
Ao. Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch
Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald**



Wien 1999

Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung

Zitiervorschlag: *Autor, in Jabornegg/Resch/Seewald, Der Vertragsarzt im Spannungsfeld (1999) [Seite]*

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

Der Vertragsarzt im Spannungsfeld zwischen gesundheitspolitischer Steuerung und Freiheit der Berufsausübung / hrsg. von Peter Jabornegg ... –
Wien : Manz, 1999
ISBN 3-214-06215-8

Printed in Austria

Alle Rechte, insbesondere das Recht der Vervielfältigung und Verbreitung sowie der Übersetzung, vorbehalten. Kein Teil des Werkes darf in irgendeiner Form (durch Photokopie, Mikrofilm oder ein anderes Verfahren) ohne schriftliche Genehmigung des Verlages reproduziert oder unter Verwendung elektronischer Systeme gespeichert, verarbeitet, vervielfältigt oder verbreitet werden.

© 1999 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH
A-1014 Kohlmarkt 16
Telefon: (01) 531 61-0
eMail: verlag@MANZ.at
World Wide Web: www.MANZ.at
Druck: Novographic, 1238 Wien

Vorwort

Der vorliegende Band widmet sich den Rechtsbeziehungen zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und Ärzteschaft. Grundrechtliche Positionen wie Erwerbsfreiheit und Berufsausübungsfreiheit stehen ebenso zur Diskussion wie Fragen der Auswahl der Vertragspartner und Fragen der Beendigung der Rechtsbeziehung zwischen Arzt und gesetzlicher Krankenversicherung. Die mit diesen Fragestellungen verbundenen überaus komplexen juristischen Probleme werden im vorliegenden Band einer wissenschaftlichen Analyse unterzogen, wobei vor allem aus dem rechtsvergleichenden Ansatz heraus neue Lösungsmöglichkeiten gesucht werden.

Die Beiträge gehen zurück auf Referate im Rahmen einer juristischen Tagung, die am 28. und 29. 1. 1999 unter dem Titel „Deutsch-österreichische Sozialrechtsgespräche“ an der Universität Linz stattgefunden hat. Diese Tagung wurde gemeinsam vom Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht der Universität Linz, dem Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Sozialrecht der Universität Passau und der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse veranstaltet. Die Herausgeber danken der Oberösterreichischen Gebietskrankenkasse für die Mitorganisation und Mitfinanzierung der Tagung sowie des vorliegenden Bandes.

Linz/Klagenfurt/Passau, im August 1999

Peter Jabornegg Reinhard Resch Otfried Seewald

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort.....	III
Autorenverzeichnis.....	VII
Abkürzungsverzeichnis	IX
<i>Ingwer Ebsen</i>	
Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Deutschland.....	1
<i>Christian Kopetzki</i>	
Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich	31
<i>Ulrich Becker</i>	
Altersgrenze(n) für Vertragsärzte in der deutschen Gesetzlichen Krankenversicherung.....	59
<i>Christoph Grabenwarter</i>	
Altersgrenze für Vertragsärzte in Österreich	85
<i>Otfried Seewald</i>	
Die Auswahl der Vertragspartner durch die Versicherungsträger in Deutschland.....	101
<i>Reinhard Resch</i>	
Die Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger in Österreich	149
<i>Dagmar Felix</i>	
Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Deutschland.....	171
<i>Reinhard Geist</i>	
Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Österreich	195

Autorenverzeichnis

Prof. Dr. Ulrich Becker, LL.M. (EHI)

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Sozialrecht,
Universität Regensburg, D-93040 Regensburg.

Prof. Dr. Ingwer Ebsen

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, insbesondere Sozialrecht, Universität
Frankfurt am Main, Postfach 111932, D-60054 Frankfurt am Main.

Prof. Dr. Dagmar Felix

Professorin für Öffentliches Recht und Sozialrecht, Universität Hamburg,
Edmund-Siemers-Allee 1, D-20146 Hamburg.

Ass.-Prof. Dr. Reinhard Geist

Institut für Arbeitsrecht und Sozialrecht sowie Institut für Europarecht,
Universität Linz, Altenbergerstr 69, A-4040 Linz.

Prof. DDr. Christoph Grabenwarter

Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Universität Bonn,
Adenauerallee 24-42, D-53113 Bonn.

Ao.Univ.-Prof. DDr. Christian Kopetzki

Institut für Staats- und Verwaltungsrecht,
Schottenbastei 10-16, A-1010 Wien.

Ao.Univ.-Prof. Dr. Reinhard Resch

Institut für Rechtswissenschaft, Universität Klagenfurt,
Universitätsstr 65-67, A-9020 Klagenfurt.

Univ.-Prof. Dr. Otfried Seewald

Lehrstuhl für Staats- und Verwaltungsrecht, insbesondere Sozialrecht,
Universität Passau, D-94030 Passau.

Abkürzungsverzeichnis

aA	= anderer Ansicht
ÄA	= Abkommen Ärzte/Unfallversicherungsträger (Ärzteabkommen)
aaO	= am angegebenen Ort
ÄAppO	= Approbationsordnung für Ärzte
AB	= Ausschlußbericht
ABl	= Amtsblatt
ABGB	= Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Abs	= Absatz
AHG	= Amtshaftungsgesetz
aM	= anderer Meinung
Anh	= Anhang
Anm	= Anmerkung
ArbVG	= Arbeitsverfassungsgesetz
ARD	= ARD-Betriebsdienst
Arg	= Argument aus
ArztuR	= Der Arzt und sein Recht (Zeitschrift)
Ärzte-ZV	= Ärzte-Zulassungsverordnung
Art	= Artikel
ASVG	= Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AVG	= Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
BAG	= Bundesarbeitsgericht
BAnz	= Bundesanzeiger
BÄO	= Bundesärzteordnung
BayKrG	= Bayerisches Krankenhausgesetz
BayLSG	= Bayerisches Landessozialgericht
BayVBl	= Bayerische Verwaltungsblätter
BBG	= Bundesbeamtengesetz
BDG	= Beamtendienstrechtsgesetz
Beil	= Beilage(n)
Bek	= Bekanntmachung
BGB	= Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	= Bundesgesetzblatt
BGH	= Bundesgerichtshof
BGSW	= Berufsgenossenschaftliche stationäre Weiterbehandlung
BlgNR	= Beilagen zu den stenografischen Protokollen des Nationalrates
BMA	= Bundesminister bzw Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung
BMAGS	= Bundesministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales
BMV-Ä	= Bundesmantelvertrag - Ärzte
BRAGO	= Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung
BRD	= Bundesrepublik Deutschland
BRG	= Betriebsrätegesetz
BRRG	= Beamtenrechtsrahmengesetz
BSG	= Bundessozialgericht
BSGE	= Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BSK	= Bundesschiedskommission

BT-Dr	= Bundestags-Drucksache
BVA	= Bundesversicherungsamt
BVerfG	= Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	= Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGG	= Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVergG	= Bundesvergabegesetz
BVerwG	= Bundesverwaltungsgericht
B-VG	= Bundesverfassungsgesetz
bzw	= beziehungsweise
ca	= cirka
DÄBl	= Deutsches Ärzteblatt
DB	= Der Betrieb
DDR	= Deutsche Demokratische Republik
ders	= derselbe
dh	= das heißt
dies	= dieselben
Diss	= Dissertation
DJT	= Deutscher Juristentag
DOK	= Die Ortskrankenkasse
DÖV	= Die öffentliche Verwaltung
DRdA	= Das Recht der Arbeit
DtÄrzteBl	= Deutsches Ärzteblatt
DVBl	= Deutsches Verwaltungsblatt
E	= Entscheidung
EB	= Erläuternde Bemerkungen
EG	= Europäische Gemeinschaft
EGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Einf	= Einführung
ELR	= European Law Reporter
Erk	= Erkenntnis
EU	= Europäische Union
EuGH	= Europäischer Gerichtshof
EuR	= Europäisches Recht
EuZW	= Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	= Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWGV	= Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
EWR	= Europäischer Wirtschaftsraum
EWS	= Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
f, ff	= folgende, fortfolgende
FDGB	= Freier Deutscher Gewerkschaftsbund
FN	= Fußnote
FS	= Festschrift
G	= Gesetz
gem	= gemäß
GK-SGB	= Gemeinschaftskommentar zum Sozialgesetzbuch
GewArch	= Gewerbe-Archiv
GG	= Grundgesetz
GKK	= Gebietskrankenkasse
GKV	= Gesetzliche Krankenversicherung
GKV-NOG	= (zweites) Gesetz zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung

GleichbG	= Gleichbehandlungsgesetz
GmbH	= Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	= Gesetzgebungsperiode
GRG	= Gesundheits-Reformgesetz
GSG	= Gesundheitsstrukturgesetz
G+G	= Gesundheit und Gesellschaft
GVBl	= Gesetz- und Verordnungsblatt
hA	= herrschende Ansicht
HKaG	= Heilberufe-Kammergesetz
hM	= herrschende Meinung
Hrsg	= Herausgeber
HS	= Halbsatz
HS-KV	= Handbuch des Sozialversicherungsrechts – Krankenkassenversicherungsrecht
HStR	= Handbuch des Staatsrechts
HVGB-Rdschr	= Hauptverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften – Rundschreiben
idF	= in der Fassung
idFd	= in der Fassung des
idR	= in der Regel
idS	= in diesem Sinne
ieS	= im engeren Sinne
IGV	= Internationale Gesundheitsvorschriften
insb	= insbesondere
iSd	= im Sinne des
iü	= im übrigen
iv	= intravenös
iVm	= in Verbindung mit
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JBl	= Juristische Blätter
JZ	= Juristenzeitung
Kap	= Kapitel
KassKomm	= Kasseler Kommentar
KBV	= Kassenärztliche Bundesvereinigung
KHG	= Krankenhausfinanzierungsgesetz
KollV	= Kollektivvertrag
krit	= kritisch
KrV	= Die Krankenversicherung
KSchG	= Kündigungsschutzgesetz
KV	= Krankenversicherung
KVWG	= Krankenversicherungs-Weiterentwicklungsgesetz
LDL-Elimination	= low density lipoproteins-Elimination
lit	= litera
LSG	= Landessozialgericht
Ltnr	= Leitnummer
L/U	= <i>Laufs/Uhlenbruck</i> , Handbuch des Arztrechts ² (1999)
MDK	= Medizinischer Dienst der Krankenversicherung
mE	= meines Erachtens
MedR	= Medizinrecht
MRK	= Menschenrechtskonvention
MusterGV	= Mustergesamtvertrag

MuWO	= Muster-Weiterbildungsordnung des Deutschen Ärztetages von 1976
mW	= mit Wirkung
mwN	= mit weiteren Nachweisen
NF	= Neue Fassung
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
NO	= Notariatsordnung
NÖ GKK	= Niederösterreichische Gebietskrankenkasse
Nr	= Nummer
NRW	= Nordrhein-Westfalen
NUB-Richtlinien	= Richtlinien über neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden
NZA	= Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (bis 1992: Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht)
NZS	= Neue Zeitschrift für Sozialrecht
NZVw	= Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
ÖBI	= Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
OGH	= Oberster Gerichtshof
ÖJT	= Österreichischer Juristentag
ÖJZ	= Österreichische Juristenzeitung
OLG	= Oberlandesgericht
OÖ	= Oberösterreich
OVG	= Oberverwaltungsgericht
ÖZW	= Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PBeG	= Personenbeförderungsgesetz
RdW	= Recht der Wirtschaft
RegEntw	= Regierungsentwurf
RGBI	= Reichsgesetzblatt
RL	= Richtlinie
RRG	= Rentenreformgesetz
RV	= Rentenversicherung
RVO	= Reichsversicherungsordnung
Rz	= Randziffer
S	= Satz
SDSRV	= Schriftenreihe des Deutschen Sozialrechtsverbandes
SF	= Sozialer Fortschritt
SG	= Sozialgericht
SGb	= Die Sozialgerichtsbarkeit
SGB	= Sozialgesetzbuch
SGG	= Sozialgerichtsgesetz
Slg	= Sammlung
sog	= sogenannt
SozR	= Sozialrecht, Entscheidungssammlung, hrsg. von Richtern des Bundessozialgerichts
SozSi	= Soziale Sicherheit (ö)
SozSich	= Soziale Sicherheit (d)
Sp	= Spalte
SRÄG	= Sozialrechtsänderungsgesetz
SSV-NF	= Entscheidungen des Obersten Gerichtshofes in Sozialrechtssachen
StGB	= Strafgesetzbuch
StGG	= Staatsgrundgesetz über die allgemeinen Rechte der Staatsbürger
StPO	= Strafprozeßordnung

StVG	= Straßenverkehrsgesetz
SV	= Sozialversicherung
SVA	= Sozialversicherungsanstalt
SVSlg	= Sozialversicherungsrechtliche Entscheidungen
SV-ÜG	= Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz
SZ	= Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Zivil- (und Justizverwaltungs-)sachen
ua	= und andere, -s; unter anderem
udgl	= und dergleichen
UOG	= Universitätsorganisationsgesetz
USK	= Urteilssammlung für die gesetzliche Krankenversicherung
uU	= unter Umständen
UV	= Unfallversicherung
v	= vom, von
VA	= Versicherungsanstalt
VäD	= Vertrauensärztlicher Dienst
VAV	= Verletzungsartenverfahren
VBG	= Vertragsbedienstetengesetz
VDR	= Verband Deutscher Rentenversicherungsträger
Verh	= Verhandlungen
VersR	= Versicherungsrecht
VerwArch	= Verwaltungsarchiv
VfGH	= Verfassungsgerichtshof
VfSlg	= Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
VGH	= Verwaltungsgerichtshof
vgl	= vergleiche
VO	= Verordnung
Vorb	= Vorbemerkung
VR	= Die Versicherungsrundschau
VSSR	= Vierteljahresschrift für Sozialrecht
VVDStRL	= Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwGH	= Verwaltungsgerichtshof
VwGO	= Verwaltungsgerichtsordnung
VwSlg	= Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
WBI	= Wirtschaftsrechtliche Blätter
Z	= Zahl, Ziffer
ZAS	= Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
zB	= zum Beispiel
ZfSH/SGB	= Zeitschrift für Sozialhilfe und Sozialgesetzbuch
ZfV	= Zeitschrift für Verwaltung
ZIAS	= Zeitschrift für ausländisches und Internationales Arbeits- und Sozialrecht
Ziff	= Ziffer
zit	= zitiert
ZSR	= Zeitschrift für Sozialreform
zT	= zum Teil
zust	= zustimmend
zutr	= zutreffend
zZt	= zur Zeit
zZ	= zur Zeit

Ingwer Ebsen

Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Deutschland

I. Zur Funktion von Bedarfsplanung in der vertragsärztlichen Versorgung

Das System der deutschen ambulanten ärztlichen Versorgung ist gekennzeichnet durch die Verknüpfung von öffentlicher Gesundheitsversorgung als Gemeinschaftsgut mit privatwirtschaftlicher realer Leistungserbringung durch die einzelnen Gesundheitsberufe. Hierbei stehen die niedergelassenen Ärzte, welche die ambulante ärztliche Versorgung tragen, im Mittelpunkt. Im Gegensatz sowohl zu Systemen staatlicher Gesundheitsversorgung als auch zu privatwirtschaftlich organisierten Systemen verbindet die gesetzliche Krankenversicherung (GKV) eine öffentlich-rechtlich organisierte Versorgung mit medizinischen Leistungen – in Form von sogenannten „Sachleistungen“ der Krankenkassen – mit einer im Prinzip privatunternehmerisch ausgestalteten Position der zur ambulanten Versorgung zugelassenen Ärzte.¹⁾

Vereinfacht bedeutet dies folgendes: Die Krankenkassen sind letztlich dem Staat zuzurechnen und besitzen aufgrund der gesetzlichen Versicherungspflicht ein weitgehendes Versorgungsmonopol. Sie erbringen *ihre* Behandlungsleistungen an die Versicherten, indem sie diesen *tatsächlich* Leistungen von Privatunternehmern – insb von niedergelassenen Ärzten – zur Verfügung stellen. Insofern ist das Grundmodell ein System, wie es auch aus anderen Bereichen bekannt ist. Der Staat bedient sich zur Erfüllung seiner Aufgaben privater Unternehmer, der sogenannten „Verwaltungshelfer“. Für die vertragsärztliche Versorgung hat dieses Grundmodell allerdings eine ganz spezifische Komponente.

Während im Normalfall der Aufgabenerfüllung durch Verwaltungshelfer der Staat diese mit den üblichen Rechtsformen des Vertragsrechts engagiert – zB Rentenversicherungsträger, die ihre Rehabilitationsleistungen mit Hilfe privater Einrichtungen erbringen –, ist das Verhältnis der Krankenkassen zu den Leistungserbringern öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Insb wird das Verhältnis zu den Vertragsärzten durch die Kassenärztlichen Vereinigungen als öffentlich-rechtliche Körperschaften mediatisiert. Im Verhältnis zur Krankenkasse ist es nicht unmittelbar der Vertragsarzt, der ihre Pflicht gegenüber dem

¹⁾ Siehe zu den Grundstrukturen *Schulin in ders* (Hrsg), Handbuch des Sozialversicherungsrechts I Krankenversicherung (1994) (= *Schulin*, HS-KV) § 6.

Versicherten erfüllt, sondern die Kassenärztliche Vereinigung, welche die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung nach §§ 72, 75 SGB V zu garantieren hat.

Sie bedient sich der Vertragsärzte, die ihre Mitglieder sind. Vertragsarzt, und damit Mitglied der Kassenärztlichen Vereinigung, wird ein Arzt auf Antrag durch Zulassung (§§ 95, 77 Abs 3 SGB V). Hiermit wird der Arzt in ein umfassendes, sowohl seine Tätigkeit für die GKV als auch seine Honorierung regulierendes, öffentlich-rechtliches System einbezogen, dem er im Grundsatz entweder ganz oder gar nicht angehören kann – jedoch ohne seine unternehmerische, privatwirtschaftliche Stellung aufzugeben. Dem Vertragsarzt wird nicht nur die reale Erbringung von Gesundheitsleistungen überantwortet, sondern er hat auch Entscheidungsfunktionen mit Wirkung im Verhältnis zwischen Versichertem und Krankenkasse. Das hierdurch begründete Auseinanderklaffen von Unternehmertum und öffentlicher Aufgabe, von betriebswirtschaftlicher und gesamtwirtschaftlicher Rationalität ist die zentrale, die strukturelle und gar nicht vermeidbare Ursache für Spannungen. Im Rahmen der vertragsärztlichen Stellenplanung besteht die Spannung zwischen dem Prinzip freier und am Markt ausgerichteter unternehmerischer Entscheidung über das „Ob“, „Wo“ und „Wie“ der Niederlassung als ambulant behandelnder Arzt und dem Prinzip bedarfsorientierter Planung der vorzuhaltenden Ressourcen für das Gemeinschaftsgut Gesundheitsversorgung. Konkret drückt sie sich aus in dem Konflikt zwischen dem durch das Grundrecht der Berufsfreiheit geschützten Recht auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung sowie dem durch das Eigentumsgrundrecht geschützten Recht auf wirtschaftliche Verwertung der Praxis als Unternehmen einerseits und den am Bedarf ausgerichteten Zulassungskriterien andererseits.

Auf die Frage, warum der Gesetzgeber diese Spannung durch die Instrumente der Bedarfsplanung selbst geschaffen hat, wird im Kontext der Rechtfertigung von Eingriffen in die Berufsfreiheit noch einzugehen sein. Im allgemeineren, das Modell der vertragsärztlichen Versorgung skizzierenden Kontext, zunächst nur so viel:

Die als Sachleistungen der GKV zu erbringenden Gesundheitsleistungen könnten im Prinzip – ohne Ausdehnung auf medizinisch Sinnloses, aber unter vollständiger Einbeziehung des medizinisch-technisch Möglichen – so ausgeweitet werden, daß sie schlechterdings unbezahlbar werden.²⁾ Eine Begrenzung über den Markt, also auch über das individuelle Kosten-Nutzen-Kalkül der Versicherten, ist aus sozialpolitischen Gründen nur in Grenzbereichen gewollt. Statt dessen wird die Vermittlung von medizinischem Bedarf und Kostenkalkül anhand der Kategorien der Notwendigkeit und der Wirtschaftlichkeit in abstracto durch Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, also durch die sogenannte „gemeinsame Selbstverwaltung“, geleistet und in concreto durch die Therapieentscheidungen der behandelnden Vertragsärzte, die sich der Versicherte selbst aussuchen kann.

²⁾ Siehe auch *Ulrich in Burchert/Hering* (Hrsg), *Gesundheit und Ökonomie: Interdisziplinäre Lösungsvorschläge* (1998) 217 ff (232, 234).

In diesem System ist eine Planung der Menge und der räumlichen Verteilung der verschiedenen Ärzteguppen aus drei Gründen geboten.

Erstens – das leuchtet am evidentesten ein – ist es in einem System, das den Vertragsarzt nicht nur hinsichtlich der von ihm selbst zu erbringenden Leistungen, sondern auch der von ihm zu verordnenden sonstigen Leistungen zum Schlüssel der gesamten ambulanten Versorgung macht, ein Gebot der Verteilungsgerechtigkeit zwischen den Versicherten, daß ihnen grundsätzlich eine einigermaßen gleiche Infrastruktur auch an Vertragsärzten zur Verfügung steht. Da nun eine solche – auch nur grobe – Verteilungsgerechtigkeit über ökonomisch gesteuerte Standortentscheidungen der niederlassungswilligen Ärzte nicht im gewünschten Umfang erreicht werden konnte, wurden Instrumente der Bedarfsplanung zur Vermeidung von Unterversorgung geschaffen.³⁾ Die erste Funktion der Bedarfsplanung ist also die Vermeidung von regionaler Unterversorgung aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit.

Die zweite Funktion hängt mit der unternehmerischen Position der Vertragsärzte in einem nicht marktmäßig organisierten System zusammen. Die Vertragsärzte bestimmen in concreto, welche Leistungen den Versicherten im Verhältnis zu ihrer Krankenkasse zustehen. Hiervon ist auch ihre eigene Honorierung abhängig. Sie haben es deshalb in bestimmten Grenzen in der Hand, die Menge der von den Kassen zu bezahlenden Leistungen, und damit die Höhe ihres Honorars, zu steuern. Für die hierin liegende Gefahr von Interessenkonflikten, zumal die Versicherten verständlicherweise nicht als Bremse wirken, gibt es zwar wiederum Instrumente der Gegensteuerung, insb die Wirtschaftlichkeitsprüfung. Aber trotz dieser Instrumente haben Untersuchungen gezeigt, daß jedenfalls bei den Vertragsärzten – wenn auch nicht im gleichen Maße bei den Vertragszahnärzten – viel für die These von der „angebotsinduzierten Nachfrage“ und der dadurch ausgelösten Verteuerung der Krankheitsbehandlung in der GKV spricht.⁴⁾ Insofern gilt, wenn nicht weitere Steuerungsinstrumente greifen, der Grundsatz: je mehr Ärzte bei gleicher Versichertenzahl, um so mehr Leistungen werden erbracht und verordnet. In diesem Zusammenhang ist die Bedarfsplanung ein Instrument der Begrenzung der Menge der Vertragsärzte, um so die Menge der zu Lasten der GKV erbrachten Leistungen zu begrenzen. Die zweite Funktion ist also: Vermeidung von Überversorgung zur Kostenbegrenzung.

Eine dritte Funktion ist weniger offensichtlich und auch deutlich heikler als die vorher genannten. Bereits durch die Instrumente zur Vermeidung von Überversorgung, aber noch deutlicher durch das in § 102 SGB V angekündigte Konzept der Bedarfszulassung nach Verhältniszahlen, wird für die Ärzte, die es schaffen, eine Zulassung zu erhalten, ein rechtlicher Schutzzaun errichtet, der sie vor Konkurrenz bewahrt. Auch wenn dies nicht häufig explizit angesprochen wird, hat dies ebenfalls eine wichtige Funktion im gegebenen System

³⁾ Durch das KVWG v 28. 12. 1976, BGBl I 3871.

⁴⁾ Zur durchaus empirisch belegten These von der „angebotsinduzierten Nachfrage“ siehe auch v. *Maydell/Pietzker*, *Begrenzung der Kassenarztzulassung. Verfassungs- und sozialrechtliche Aspekte*, 1993, 33f; *Krölls*, *GewArch* 1993, 217ff (221 f); *BT-Dr 12/3608*, 98.

der vertragsärztlichen Versorgung. Die unternehmerische Stellung des Vertragsarztes führt in Verbindung mit der freien Vertragsarztwahl der Versicherten zu einer – durchaus gewollten – Konkurrenz der Vertragsärzte um Versicherte als Patienten. Andererseits verlangt die Stellung des Vertragsarztes im System der GKV nicht selten, Wünschen des Versicherten nicht nachzugeben. Das kann sowohl bei gewünschten Leistungen der Fall sein als auch bei der Bestätigung von Arbeitsunfähigkeit. In diesem Kontext hat der durch Zulassungsbegrenzungen bewirkte Konkurrenzschutz die Funktion, die „amtlichen“ Aufgaben des Vertragsarztes im System der GKV abzusichern.

Zusammenfassend kann von

- der Verteilungsfunktion,
- der Mengenbegrenzungsfunktion und
- der Aufgabensicherungsfunktion

der Bedarfsplanung und ihrer Instrumente gesprochen werden, so daß sich folgende Übersicht ergibt:

Funktionen der Bedarfsplanung im Hinblick auf die Zulassung von Vertragsärzten

1. Verteilungsfunktion:

Lenkung der zulassungswilligen Ärzte in Gebiete mit Unterversorgung aus Gründen der Verteilungsgerechtigkeit unter den Versicherten.

2. Mengenbegrenzungsfunktion:

Begrenzung der Zahl zugelassener Vertragsärzte in Gebieten mit Überversorgung mit dem Ziel der Begrenzung der Menge erbrachter und veranlaßter Leistungen; zugleich indirekt: Begrenzung der Gesamtmenge zugelassener Vertragsärzte.

3. Aufgabensicherungsfunktion:

Milderung der Konkurrenzbedingungen in Gebieten mit Überversorgung zur Verhinderung eines Wettbewerbs durch aufgabenwidriges Handeln (zB Gefälligkeitsleistungen, Abschieben von Patienten).

II. Das System der vertragsärztlichen Bedarfsplanung

Nachdem das bis 1960 existierende System der strikt an Verhältniszahlen, also einem normativ gesetzten Bedarf, orientierten Kassenarztzulassung vom Bundesverfassungsgericht⁵⁾ wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs 1 GG beseitigt worden war, hatte es für eine gewisse Zeit eine normativ ungesteuerte Zulassungspraxis gegeben. Dh jeder Arzt, der die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllte, mußte dort, wo er sich niederlassen wollte, zuge-

⁵⁾ BVerfGE 11, 30.

lassen werden. Allerdings gab es bereits ab 1977⁶⁾ für die Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen (Landesausschüsse) die Möglichkeit, der Unterversorgung in bestimmten Gebieten durch Zulassungsbeschränkungen in anderen Gebieten gegenzusteuern. Darüber hinaus waren ab 1987⁷⁾ Zulassungsbeschränkungen wegen Überversorgung möglich. Durch das GSG v 21. 12. 1992⁸⁾ wurde dieses Instrument erheblich verschärft, wobei insb die bisherige Gewährleistung von 50% nicht beschränkter regionaler Planungsbereiche wegfiel. Der Landesausschuß hat außerdem keinen Gestaltungsspielraum mehr für die nunmehr von Amts wegen zu treffende Feststellung von Überversorgung sowie für die Anordnung entsprechender Zulassungsbeschränkungen. Dieses System wurde durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz v 23. 6. 1997⁹⁾ im Hinblick auf die Erleichterung von „Job-Sharing“ – im Rahmen einer Gemeinschaftspraxis oder mit einem angestellten Arzt – und im Hinblick auf die Ermächtigung des Bundesausschusses zur Anpassung der allgemeinen Verhältniszahlen nochmals modifiziert.

1. Die Bestimmung der bedarfsgerechten Ärztedichte als Zielgröße der Bedarfsplanung

Die rechtliche Grundlage für die vertragsärztliche Bedarfsplanung bilden die §§ 99ff SGB V zusammen mit den nach §§ 92 Abs 1 S 2 Nr 9, 101 SGB V vorgesehenen Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (nachfolgend kurz „Bundesausschuß“) über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Über- und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung.¹⁰⁾ Ergänzende Bestimmungen enthält die vom Bundesminister für Gesundheit mit Zustimmung des Bundesrates erlassene Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV).

Die im Rahmen der Bedarfsplanung und des bedarfsabhängigen Zulassungswesens anzuwendenden Instrumente und zu treffenden Entscheidungen bilden ein Stufensystem, welches von den Vorgaben des Gesetzgebers über die Bestimmungen des Bundesausschusses in den Bedarfsplanungs-Richtlinien und den Bedarfsplan für die Ebene des einzelnen Planungsbezirks bis zu den Entscheidungen des Landesausschusses hinsichtlich der Feststellung von Unterversorgung oder Überversorgung sowie den Festsetzungen von Zulassungsbeschränkungen und schließlich den Beschlüssen der Zulassungsgremien reicht.

In diesem System sind die Vorgaben der Bundesebene von überragender Bedeutung. Zentrale Zielgrößen der Bedarfsplanung sind die vom Gesetz im Prinzip vorentschiedenen und vom Bundesausschuß in den genannten Richtlinien festzusetzenden Verhältniszahlen für den bedarfsgerechten Versor-

⁶⁾ Vgl FN 3.

⁷⁾ Bedarfsplanungsg v 19. 12. 1986, BGBl I 2593.

⁸⁾ BGBl I 2266.

⁹⁾ BGBl I 1520.

¹⁰⁾ Bedarfsplanungs-Richtlinien Ärzte v 9. 3. 1993, zuletzt geändert am 18. 2. 1998, BAnz Nr 115a v 26. 6. 1998.

ungsgrad in der vertragsärztlichen Versorgung nach § 101 Abs 1 Nr 1 SGB V. Alle anderen Aspekte der Bedarfsplanung sind hierzu praktisch nachrangig. Durch die Verhältniszahlen, die getrennt nach Arztgruppen gem der Facharzt-einteilung festzusetzen sind, wird bestimmt, auf wie viele Einwohner ein Arzt der jeweiligen Ärztegruppe kommen muß, damit eine optimale Ärztedichte besteht. Suboptimal kann die Ärztedichte sowohl bei zu niedriger Ärztezahl sein (dann Unterversorgung) als auch bei zu hoher Ärztedichte (dann Überversorgung). Die Verhältniszahlen sind die Grundlage für die von den Kassensärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen aufzustellenden Bedarfspläne nach § 99 SGB V iVm §§ 12 ff Ärzte-ZV. Aus ihnen ergibt sich ferner, wann Unterversorgung, insb aber wann Überversorgung anzunehmen ist, mit der Folge der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuß. Sie sind das eigentliche planerisch gestaltende Element der Bedarfsplanung, während die sich daran anknüpfenden Entscheidungen der Bedarfsplanung deren Umsetzung darstellen.

Diese Gestaltungsentscheidung hat der Gesetzgeber im wesentlichen selbst getroffen, was im Hinblick auf die harten, teilweise Berufszugangssperren darstellenden Konsequenzen bei Überversorgung wegen des Grundrechts der Berufsfreiheit und der daraus erwachsenden Pflicht des Gesetzgebers zur eigenen Regelung der wesentlichen berufsregelnden Fragen auch geboten war.¹¹ Der Gesetzgeber hat im GSG von 1992 in § 101 Abs 1 S 3 SGB V – mit unmaßgeblichen Modifikationsmöglichkeiten – schlicht den tatsächlichen, nach Arztgruppen zu unterscheidenden Versorgungsgrad in der alten Bundesrepublik zum Stand vom 31. 12. 1990 zum prinzipiellen Standard einer bedarfsgerechten Versorgung erklärt.

Auf dieser Grundlage hat der Bundesausschuß noch ein zusätzliches planerisches Differenzierungskriterium für allgemeine Verhältniszahlen in den Regionen eingeführt, welches vom Gesetzgeber nicht vorgegeben, aber durch das gesetzliche Gebot der Berücksichtigung der Ziele und Erfordernisse der Raumordnung und Landesplanung bei der Bedarfsplanung (§ 99 Abs 1 S 2 SGB V) legitimiert ist. Es gelten unterschiedliche Verhältniszahlen in unterschiedlich verdichteten Planungsregionen. Dabei werden 4 Regionstypen (Agglomerationsräume, verstärkte Räume, ländliche Räume und – als Sonderregion – das Ruhrgebiet) und in deren Rahmen 10 Planungsgebietstypen unterschieden.

¹¹) Zur sogenannten „Wesentlichkeitstheorie“ des BVerfG siehe zB *Umbach*, FS Faller (1984) 111 ff; da die für die Einschränkung der Berufsfreiheit wesentlichen Entscheidungen, nämlich die normative Relation von Bevölkerung und Ärzten im Planungsbereich als Grundlage für beschränkende Maßnahmen, durch den Gesetzgeber selbst getroffen wurden, dürfte der dem Bundesausschuß verbleibende Rest an Gestaltungskompetenz unter dem Aspekt der Wesentlichkeit verfassungsrechtlich unbedenklich sein; ebenso *Hänlein*, VSSR 1993, 169 ff (180); aA aber *Pitschas*, Das Grundrecht der Berufsfreiheit im Kassen- und Vertragsarztrecht, in 40 Jahre Landessozialgerichtsbarkeit. FS zum 40jährigen Bestehen der Sozialgerichtsbarkeit in Rheinland-Pfalz (1994) 217 ff (234 f).

Durch die Zuordnung der einzelnen Planungsbereiche, nämlich der Kreise und kreisfreien Städte,¹² zu den jeweiligen Verdichtungskategorien und durch die Festsetzung jeweiliger allgemeiner Verhältniszahlen ergibt sich für die Erstellung des Bedarfsplans für die einzelnen Planungsbereiche für jede Arztgruppe eine bestimmte Verhältniszahl als normativer Standard allgemeiner bedarfsgerechter Versorgung. Bei 10 unterschiedlichen Verdichtungstypen und 12 Ärztegruppen ergeben sich insgesamt 120 verschiedene Verhältniszahlen, welche für die Bedarfsplanung aus den Richtlinien des Bundesausschusses einfach zu entnehmen sind. Davon sind bestimmte Abweichungen möglich, und die Bedarfsplanung ist in gesetzlich vorgegebener Weise fortzuschreiben. Dies kann aber hier vernachlässigt werden. Grundsätzlich bleibt es dabei, daß das zentrale Element der Bedarfsplanung in der Festlegung der bedarfsgerechten Ärztedichte durch den Bundesausschuß liegt.

Dies ist – im allgemeinen Kontext der Infrastrukturplanung, zu der die vertragsärztliche Bedarfsplanung letztlich ebenfalls gehört – auch insofern interessant, als hier die wesentlichen Planungsentscheidungen auf Bundesebene getroffen werden, wenn auch nicht allein durch den Bund selbst, sondern ferner durch ein Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung, das seinerseits wieder rückgebunden ist an die gestufte mitgliedschaftliche Struktur der entscheidenden Körperschaften.

Nach dem durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz v 23. 6. 1997¹³) eingefügten § 101 Abs 2 SGB V haben die Bundesausschüsse die Kompetenz zur Anpassung bzw Änderung der allgemeinen Verhältniszahlen unter bestimmten Voraussetzungen, die mit einer Ausnahme marginal und unproblematisch sind. Die Ausnahme ist Nr 3, wonach eine Änderung auch „zur Gewährleistung des Zugangs einer ausreichenden Mindestzahl von Ärzten in den einzelnen Arztgruppen zur vertragsärztlichen Versorgung“ stattzufinden hat. Hierdurch ist der Bundesausschuß verpflichtet, gegebenenfalls durch Änderung der allgemeinen Verhältniszahlen dafür zu sorgen, daß in den Arztgruppen keine bundesweite Überversorgung mit Zulassungsbeschränkungen eintritt.¹⁴) Damit hat der Gesetzgeber dem Instrumentarium der Zulassungssperren bei Überversorgung die Spitze genommen.

Die Ärztedichte ist eine einigermaßen abstrakte und damit „elegante“ Planungsgröße, die für die Erstellung und Fortschreibung der Bedarfspläne und für die Feststellung, ob Überversorgung vorliegt, nur geringen Ermittlungsaufwand erfordert. So ist Überversorgung gem § 101 Abs 1 S 2 SGB V gegeben, wenn die relevante Verhältniszahl um mindestens 10 vH überschritten ist. Die Relevanz der Ärztedichte für die – heute nicht sonderlich praktische – Unterversorgung und auch für die Überversorgung mit ärztlicher Kapazität ist evident. Die Verteilung der Ärzte im jeweiligen Planungsbezirk wird zwar durch diese Planzahl selbst nicht gesteuert; aber zum einen entspricht es grundsätzlich dem unternehmerischen Kalkül der Ärzte, sich so zu verteilen,

¹²) § 101 Abs 1 S 5 SGB V.

¹³) BGBI I 1520.

¹⁴) BT-Dr 13/7264, 66.

daß die räumlichen Konkurrenzbedingungen eher günstig sind. Und zum anderen besteht bei sektoralen und lokalen Versorgungsdefiziten in einem insgesamt überversorgten Planungsgebiet nach dem 5. Abschnitt der Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte für die Zulassungsausschüsse die Möglichkeit zusätzlicher Zulassungen zur Abdeckung dieses spezifischen Bedarfs. Außerdem wird der mit der Ärztedichte zusammenhängende Kostenaspekt – Stichwort: angebotsinduzierte Nachfrage – mit der Orientierung an der Ärztedichte unmittelbar berührt.

Allerdings ist die Grundlage für die durch den Bundesgesetzgeber festgelegte Orientierung am durchschnittlichen Ist-Zustand des Jahres 1990 ersichtlich dünn. Warum soll dies der optimale Zustand bedarfsgerechter Versorgung gewesen sein? Hier wird man aber – auch im Hinblick auf die Rechtfertigung grundrechtseinschränkender Maßnahmen, die sich auf die normativ „gegriffenen“ Verhältniszahlen stützen – sagen können, daß mangels objektiver, aus sich heraus einleuchtender Standards eine politische Setzung des als quantitativ bedarfsgerecht anzusehenden Standards unvermeidlich war und ist. Auch spricht angesichts der im Laufe des davor liegenden Jahrzehnts angewachsenen Zahl von Kassenärzten alles dafür, daß der Standard jedenfalls nicht unvertretbar niedrig angesetzt wurde.

2. Der Bedarfsplan als informatorische Entscheidungsgrundlage

Die Bedarfspläne sind das Planungsinstrument auf Landesebene. Sie dienen als Grundlage für die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung im ambulanten Bereich, und zwar sowohl mittel- als auch langfristig. Gem § 99 Abs 1 SGB V iVm §§ 12 ff Ärzte-ZV sind sie von den Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen nach Maßgabe der von den Bundesausschüssen erlassenen Richtlinien auf Landesebene aufzustellen und der jeweiligen Entwicklung anzupassen. Wenn sich die primär für die Aufstellung des Bedarfsplans Zuständigen nicht einigen, entscheidet auf Antrag irgendeines Beteiligten der Landesausschuß (§ 99 Abs 3 SGB V). Dieser berät gem § 99 Abs 3 SGB V auch bereits während der einzelnen Planungsphasen über den Bedarfsplan. Er ist also selbst dann über den jeweiligen Planungsstand zu unterrichten, wenn es zu einer einvernehmlichen Aufstellung kommt.

Die Kassenärztlichen Vereinigungen haben außerdem das Benehmen mit den zuständigen Landesbehörden herzustellen,¹⁵⁾ das heißt, diese sind rechtzeitig zu unterrichten und ihre Anregungen – ohne Bindungswirkung – in die Beratung miteinzubeziehen. Außerdem sind sonstige Träger zu informieren, soweit deren Belange durch die Bedarfsplanung berührt werden, nämlich insb andere Träger der Krankenversicherung, die berührten kommunalen Gebietskörperschaften, andere Sozialversicherungsträger und die Krankenhausgesellschaften (§ 13 Ärzte-ZV).

¹⁵⁾ § 99 Abs 1 S 1 SGB V iVm § 13 Abs 2 Ärzte-ZV.

Die Bedarfspläne enthalten – jeweils für die Kreise und kreisfreien Städte als Planungsbereiche – neben den normativen arztgruppenspezifischen Verhältniszahlen für den allgemeinen bedarfsgerechten Versorgungsgrad Angaben über den tatsächlichen Stand der Versorgung. Dazu gehören insb die tatsächlichen Verhältniszahlen aufgrund der Einwohnerzahl und der tatsächlich zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte.

Auch haben die Bedarfspläne gem § 12 Abs 3 Ärzte-ZV für die einzelnen Planungsbereiche Feststellungen zu enthalten über

- die Einrichtungen der Krankenhausversorgung sowie der sonstigen medizinischen Versorgung, soweit sie Leistungen der vertragsärztlichen Versorgung erbringen bzw erbringen können,
- Bevölkerungsdichte und -struktur,
- Umfang und Art der Nachfrage nach vertragsärztlichen Leistungen, sowie deren Deckung,
- für die vertragsärztliche Versorgung bedeutsame Verkehrsverbindungen.

Die Bedarfspläne enthalten selbst keine Regelung, sondern sind nur informatorische Grundlage für Regelungen und Maßnahmen, nämlich insb für

- die Feststellung von Überversorgung durch den Landesausschuß,
- die Feststellung von Unterversorgung durch den Landesausschuß,
- die darauf gegründete Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuß,
- die Anerkennung eines örtlichen oder sachlichen Sonderbedarfs trotz bestehender Zulassungsbeschränkungen durch die Zulassungsgremien und darauf gestützte Zulassungen oder Ermächtigungen von Ärzten oder ärztlich geleiteten Einrichtungen nach §§ 116 SGB V, 31, 31 a Ärzte-ZV,
- die Beratung niederlassungswilliger Ärzte durch die Kassenärztlichen Vereinigungen und eventuelle Maßnahmen zur Förderung der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung nach § 105 SGB V.

Um konkrete Sicherstellungsmaßnahmen treffen zu können, soll die Bedarfsplanung umfassende und vergleichbare Übersichten nicht nur über den Stand der vertragsärztlichen Versorgung sondern auch über die Bedarfsentwicklung enthalten.¹⁶⁾ Hierfür sehen die Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte in ihren Anlagen die Planungsblätter vor,¹⁷⁾ die nicht zu veröffentlichen sind.¹⁸⁾

Nach Abschluß des Aufstellungsverfahrens ist der Bedarfsplan gem § 99 Abs 1 S 3 SGB V zu veröffentlichen. Da die Bedarfspläne selbst keine Regelungen enthalten, können sie auch nicht mit Rechtsbehelfen angegriffen werden.

¹⁶⁾ § 12 Abs 1 Ärzte-ZV.

¹⁷⁾ 2. Abschnitt Nr 4 Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte.

¹⁸⁾ Hess, Kasseler Kommentar § 99 SGB V Rz 7.

3. Die Feststellung von Überversorgung und die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuß der Ärzte und Krankenkassen

Der Landesausschuß ist gem § 103 Abs 1 SGB V verpflichtet, Zulassungsbeschränkungen anzuordnen, wenn eine Überversorgung vorliegt. Dieses gegenüber dem vorher geltenden Recht erheblich verschärfte und dem Landesausschuß keinen Spielraum lassende Institut ist eine der wichtigsten Neuerungen des GSG von 1992. Sowohl die Feststellung der Überversorgung als auch die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen ist eine gebundene Entscheidung.

a) Feststellung der Überversorgung

Eine Überversorgung ist gem § 101 Abs 1 S 2 SGB V gegeben, wenn der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad im Planungsbereich um 10 vH überschritten ist. Ausgangspunkt ist demnach, wie bereits oben dargestellt, die normative planungsbereichsbezogene und arztgruppenspezifische Verhältniszahl. Ihr ist die entsprechende tatsächliche Verhältniszahl entgegenzustellen. Wenn in den jeweiligen Arztgruppen die tatsächliche örtliche Verhältniszahl mehr als 110% der normativen allgemeinen Verhältniszahl beträgt, liegt grundsätzlich Überversorgung vor.

b) Anordnung von Zulassungsbeschränkungen

Notwendige und durch den Landesausschuß von Amts wegen auszusprechende Rechtsfolge von Überversorgung ist die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen in der jeweiligen Arztgruppe. Grundsätzlich haben Ärzte, welche die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung erfüllen und in das Arztregister eingetragen sind (§§ 95, 95 a SGB V) einen Anspruch auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung im von ihnen gewählten Zulassungsbezirk, wenn es keine Zulassungsbeschränkungen gibt. Dieses Recht entfällt mit der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen. Die Zulassungsbeschränkungen sind gem § 103 Abs 2 SGB V räumlich auf einzelne Planungsbereiche zu begrenzen und arztgruppenbezogen anzuordnen. Die Anordnung ist gem § 16b Abs 4 Ärzte-ZV in den für amtliche Bekanntmachungen der Kassenärztlichen Vereinigung vorgesehenen Blättern zu veröffentlichen.

Rechtsfolge dieser Anordnung ist, daß die Zulassungsgremien (Zulassungsausschuß und Berufungsausschuß, §§ 96, 97 SGB V) grundsätzlich einem Antrag auf Zulassung nicht stattgeben dürfen. Wegen dieser Rechtsfolge, die unmittelbar für alle im Prinzip zulassungsfähigen Ärzte die Rechtslage verändert, dürfte die in der Literatur vertretene Auffassung¹⁹⁾ nicht zutreffen, die Zulassungsbeschränkungen entfalteten nur verwaltungsinterne Bindungswirkungen gegenüber den Zulassungsinstanzen. Man wird die Anordnung von

¹⁹⁾ Hess, Kasseler Kommentar § 103 SGB V Rz 10; BSG SozR 3-2500 § 103 Nr 1.

Zulassungsbeschränkungen als einen weiteren Fall atypischer Rechtssetzung ansehen müssen, von denen es so viele im Recht der GKV gibt.²⁰⁾

Gemäß § 16b Abs 3 Ärzte-ZV ist spätestens alle 6 Monate zu überprüfen, ob die Voraussetzungen für die Zulassungsbeschränkungen noch bestehen. Gegebenenfalls sind diese unverzüglich aufzuheben.

4. Unterversorgung

Zulassungsbeschränkungen sind nicht nur im Falle der Überversorgung, sondern gem § 100 SGB V auch im Falle der Unterversorgung vorgesehen. In diesem Fall werden Zulassungsbeschränkungen für andere Gebiete erlassen, um so zulassungswillige Ärzte zur Niederlassung in dem unterversorgten Gebiet zu bewegen.²¹⁾

Eine Unterversorgung wird nach dem 6. Abschnitt Nr 29 Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte vermutet, wenn die allgemeinärztliche Versorgung den für den Planungsbereich durch die allgemeinen Verhältniszahlen bestimmten Bedarf um mehr als 25 vH und die fachärztliche Versorgung um mehr als 50 vH unterschreitet. Unterversorgung droht, wenn aufgrund der Altersstruktur der niedergelassenen Ärzte eine derartige Unterschreitung der Bedarfszahlen zu befürchten ist. In beiden Fällen ist auf Veranlassung der Kassenärztlichen Vereinigung, eines Landesverbandes der Krankenkassen oder eines Verbandes der Ersatzkassen eine Prüfung von Struktur und Stand der vertragsärztlichen Versorgung vorzunehmen. Bei dieser Prüfung sind die im 6. Abschnitt Nr 31 Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte genannten Kriterien, wie zB die Altersstruktur der Versicherten, zu berücksichtigen. Ergibt die Prüfung, daß weitere Arztsitze nicht erforderlich sind, oder zumindest nicht in dem Umfang, wie es die regionalen Bedarfspläne vorsehen, so ist aufgrund der Prüfung vor Ort der tatsächliche Bedarf auszuweisen. Wird die bestehende oder die drohende Unterversorgung durch die Prüfung jedoch bestätigt, so ist der Landesausschuß zu benachrichtigen. Dieser überprüft dann seinerseits, ob eine Unterversorgung vorliegt oder droht. Ist dies der Fall, so gibt er nach § 16 Abs 2 Ärzte-ZV der Kassenärztlichen Vereinigung auf, die Unterversorgung binnen einer von ihm zu bestimmenden angemessenen Frist zu beseitigen. Gelingt die Beseitigung nicht, sind unter Beachtung von § 100 Abs 2 SGB V iVm § 16 Abs 3 und 4 Ärzte-ZV für einen oder mehrere andere Planungsbezirke Beschränkungen anzuordnen.

5. Die Zulassung in Gebieten mit Zulassungsbeschränkungen

Auch soweit Zulassungsbeschränkungen bestehen, gibt es einige Zulassungsmöglichkeiten. Es sind zum einen Tatbestände bestimmter Unterversorgung im Detail – etwa bestimmten Spezialisierungen, die trotz allgemeiner Überversorgung in der Arztgruppe nicht abgedeckt sind. So bestimmt § 101 Abs 1 Nr 2 und 3 SGB V, daß die Bundesausschüsse Richtlinien über die aus-

²⁰⁾ Dazu Ebsen in Schulin, HS-KV (vgl FN 1) § 7.

²¹⁾ Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts (1994) Rz 443.

gewogene hausärztliche und fachärztliche Versorgung und die ausnahmsweise Besetzung zusätzlicher Vertragsarztsitze zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung zu treffen haben. Derartige Regelungen sind im 5. Abschnitt bzw. 7. Abschnitt Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte enthalten. Hiernach kann beispielsweise ein die Zulassung rechtfertigender Sonderbedarf vorliegen, wenn die Bildung einer Gemeinschaftspraxis mit speziellen Versorgungsaufgaben (etwa kardiologischer Schwerpunkt) ermöglicht wird.

Es sind zum anderen Tatbestände, denen gemeinsam ist, daß mit der Zulassung keine wesentliche Änderung des Stands der vertragsärztlichen Versorgung eintritt.

Um auch in einem gesperrten Gebiet den wirtschaftlichen Wert einer Praxis zu erhalten, ist ein Vertragsarztsitz von der Kassenärztlichen Vereinigung gem § 103 Abs 4 SGB V auszuschreiben, wenn die Zulassung des Vertragsarztes endet und er, bzw seine Erben, einen entsprechenden Antrag gestellt haben. Die Zulassung kann aufgrund Erreichens der Altersgrenze, Tod, Verzicht oder Entziehung enden. Entsprechendes gilt, wenn eine Praxis bisher gemeinschaftlich ausgeübt wurde und die Zulassung eines Vertragsarztes endet (§ 103 Abs 6 SGB V).

Darüber hinaus sind in § 101 Abs 1 S 1 Nr 4 SGB V Ausnahmeregelungen für die Zulassung eines Arztes vorgesehen, wenn die vertragsärztliche Tätigkeit gemeinsam mit einem dort bereits tätigen Vertragsarzt desselben Fachgebiets ausgeübt werden soll und sich die Partner der Gemeinschaftspraxis zu einer Leistungsbegrenzung verpflichten. Gleiches gilt gem § 101 Abs 1 Nr 5 SGB V für die Anstellung eines ganztags bzw zweier halbtags beschäftigter Ärzte.

Bestehen in einem Planungsbereich Zulassungsbeschränkungen, sind gem § 103 Abs 7 SGB V auch Belegarztstellen durch die Krankenhausträger auszuschreiben, da diese gem § 121 Abs 2 SGB V an eine Kassenzulassung gebunden sind. Auch ein nicht in dem Planungsbereich niedergelassener Arzt kann dann zugelassen werden, wenn mit einem bereits niedergelassenen Vertragsarzt ein Belegarztvertrag nicht zustande kommt. Die Zulassung ist in diesem Fall auf die Dauer der belegärztlichen Tätigkeit beschränkt. Die Beschränkung endet jedoch spätestens nach zehn Jahren.

6. Zusammenfassende Übersicht

Eine zusammenfassende Übersicht gibt die folgende Tafel:

Das Stufensystem der vertragsärztlichen Bedarfsplanung durch Gesetzgebung und gemeinsame Selbstverwaltung

Gesetzgeber:

Bestimmung des tatsächlichen Versorgungsstandes Ende 1990 in den einzelnen Ärztegruppen als normativ vorgegebener optimaler Versorgungsstand (allgemeine Verhältniszahlen) durch § 101 SGB V; Festlegung der Stadt- und Landkreise als Planungsbereiche

Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen:

Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben auf die einzelnen Planungsbereiche; Verfeinerung der Verhältniszahlen nach Graden der Bevölkerungsdichte; Änderung der Verhältniszahlen ua zur Offenhaltung von Planungsbereichen

Kassenärztliche Vereinigungen mit Landesverbänden der Krankenkassen:

Erstellung des Bedarfsplans als informatorische Grundlage für Entscheidungen über Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuß, Zulassungen wegen Versorgungslücken durch die Zulassungsgremien sowie Beratung und Förderungsmaßnahmen durch die KÄV

Landesausschuß der Ärzte und Krankenkassen:

Feststellung von Unter- und Überversorgung; Anordnung von Zulassungsbeschränkungen für einzelne Planungsbereiche und Ärztegruppen

Zulassungsausschuß und Berufungsausschuß:

Umsetzung von Zulassungsbeschränkungen; Ausschreibungs- und Auswahlverfahren für Praxisnachfolge in Gebieten mit Zulassungsbeschränkung; Zulassungen und Ermächtigungen zum Schließen von Versorgungslücken aufgrund eigener Beurteilung

III. Zu einigen Einzelproblemen im Zusammenhang mit Zulassungsbeschränkungen

1. Die Zulassungsbeschränkungen wegen Überversorgung als Grundrechtsproblem

Zulassungsbeschränkungen wegen Unterversorgung sind praktisch bedeutungslos. Sie wurden bisher nur einmal vorgenommen, und zwar im Bereich der Kassenärztlichen Vereinigung Bayern im Jahr 1982.²²⁾ Hingegen bestehen in den meisten Planungsbereichen Zulassungsbeschränkungen wegen Überversorgung.²³⁾ Bundesweit war die Situation Anfang 1998 folgendermaßen:²⁴⁾

Planungsbereiche gesamt	Offene Planungsbereiche Anfang 1998 für die Arztgruppen:											
	Allg./ Prakt. Ärzte	Augenärzte	Chirurgen	Frauenärzte	HNO-Ärzte	Hautärzte	Internisten	Kinderärzte	Nervenärzte	Orthopäden	Radiologen	Urologen
461	195	136	47	119	105	78	127	68	136	147	110	105
100%	42%	30%	10%	26%	23%	17%	28%	15%	30%	32%	24%	23%

Durch die Zulassungsbeschränkungen in mindestens ca 60% der Planungsbereiche (Allgemeinärzte/Praktische Ärzte) wird die freie Wahl des Arztsitzes faktisch ganz erheblich eingeschränkt; besonders deutlich für Chirurgen, für die gerade noch 10% der Planungsbereiche offen sind. Dies hat in der Rechtsprechung bereits zu Versuchen der Vorlage an das BVerfG geführt²⁵⁾ und ist, wie zu erwarten, ein in der Literatur kontrovers diskutierter Punkt. Der vorliegende Beitrag beschränkt sich darauf, die Diskussionslinien aufzuzeigen und die Position des Verfassers knapp zu skizzieren.

Bekanntlich hat das BVerfG eine – heute nicht unbestrittene²⁶⁾ – Dogmatik des Art 12 Abs 1 GG entwickelt, nach welcher unterschiedliche Rechtfertigungsanforderungen für Eingriffe in das Grundrecht gelten, je nach dem es sich um (nur) Berufsausübungsregelungen oder Berufszulassungsschranken handelt und innerhalb derselben um „subjektive“ Schranken oder um „objektive“, vom einzelnen Bewerber nicht zu beeinflussende Schranken. Aufgelok-

²²⁾ Hess, Kasseler Kommentar § 100 SGB V Rz 5.

²³⁾ Vgl Broglie, ArztlR 1997, Nr 2, 17, 21.

²⁴⁾ Quelle: Statistik der KBV aufgrund von Meldungen der KÄVen.

²⁵⁾ SG München, SGB 1996, 134 mit zust Anm von Schöbener.

²⁶⁾ Vgl Lücke, Die Berufsfreiheit – Eine Rückbesinnung auf den Text des Art 12 Abs 1 GG (1994); Hufen, MedR 1996, 394, 399; ders, NJW 1994, 2913, 2917; vgl auch Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (1997) 150ff.

kert ist diese Stufenlehre durch die anerkannte Möglichkeit, bestimmte Eingriffe aufgrund ihrer durch Wertung zu bestimmenden „Intensität“ der Rechtfertigungsstufe zuzuordnen, welche in unmittelbarer Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit angemessen erscheint.

Die Anordnung von Zulassungssperren durch den Landesausschuß ist unstrittig ebenso wie die Verweigerung der beantragten Zulassung durch die Zulassungsgremien ein Eingriff in die Berufsfreiheit.²⁷⁾ Interessanter, und weniger einfach zu beantworten, ist die Frage, ob es sich um Ausübungsregelungen handelt oder um Berufszulassungsschranken.

Der problematische Kern dieser Frage ist hierbei unabhängig davon, ob die Tätigkeit als Vertragsarzt gegenüber dem nur privatärztlich tätigen niedergelassenen Arzt ein eigenständiger Beruf im verfassungsrechtlichen Sinne ist oder ob es – so das Kassenarzturteil des BVerfG – nur den einheitlichen Beruf des niedergelassenen Arztes gibt. Denn auch wenn man diese Frage entgegen dem Kassenarzturteil des BVerfG mit mE überzeugenden Argumenten bejaht,²⁸⁾ könnten Zulassungsbeschränkungen nur als Ausübungsregelungen zu qualifizieren sein. Und umgekehrt dürfte bei Verneinung dieser Frage auch hier – wie im Kassenarzturteil – die Wertung gerechtfertigt sein, daß Beschränkungen der Wahl der Tätigkeit als Vertragsarzt dann eben wegen ihrer Intensität so zu behandeln sind wie Berufszulassungssperren.

Das eigentliche Problem liegt in den durch die Überversorgungsregelungen bewirkten Rechtsfolgen. Es fragt sich nämlich, ob nicht so lange, wie Ärzte tatsächlich in Gebiete ohne sie berührende Zulassungsbeschränkungen ausweichen können, nicht nur der Ort ihrer Berufstätigkeit berührt ist und ob es sich daher nur um eine Ausübungsregelung handelt. Dies ist die Auffassung, die sich insb in der Rechtsprechung durchgesetzt hat.²⁹⁾ Hier drängen sich jedoch Zweifel auf, die an dieser Stelle allerdings nur kurz angesprochen werden können. Angesichts der historischen Grundlagen der Berufsfreiheit als eigenes Grundrecht und auch unter Berücksichtigung der eigenständig geschützten Freizügigkeit (Art 10 GG) spricht viel dafür, eine so massive Beschränkung der Wahl des Ortes der Berufsausübung zumindest auf dem Wege über die Eingriffsintensität einer Beschränkung der Berufswahl gleichzustellen. Es sei nur auf die aus der obigen Tabelle ersichtliche Situation für einige Facharztgruppen hingewiesen.

Konsequenterweise handelt es sich dann – wie bei allen bedarfsorientierten Zugangssperren – um eine objektive Zulassungsschranke. Allerdings ist hier zu berücksichtigen, daß der Beruf des Vertragsarztes in die Kategorie des sogenannten „staatlich gebundenen“, nämlich in gewissen Hinsichten „beam-

²⁷⁾ Zwar wird dem nicht zugelassenen Arzt nichts verboten; vielmehr wird er „nur“ daran gehindert, an der staatlich organisierten Versorgung der Versicherten der GKV teilzuhaben (dazu Bogs, FS Wannagat (1981) (51); ders, FS Thieme (1993) 715 (717ff); Manssen, ZfSH/SGB 1994, 1 (6); jedoch ist dies wegen des faktischen Monopols der GKV für die Gesundheitsversorgung ein faktischer Freiheitseingriff; vgl Ebsen, ZSR 1992, 328 (329f); BVerfGE 86, 28 (37ff).

²⁸⁾ Siehe auch Krölls (FN 4) 221.

²⁹⁾ Vgl BSGE 79, 152 (157); 81, 207 (212).

tenähnlich“ mit öffentlichen Aufgaben betrauten Berufs gehört, für welchen jedenfalls nach der Rechtsprechung des BVerfG Beschränkungen eher gerechtfertigt sind als für nicht staatlich gebundene Berufe.³⁰⁾ Diese Frage ist jedoch stark umstritten.³¹⁾ Immerhin ist nicht zu verkennen, daß die Vertragsärzte mit ihrer im Sachleistungssystem angelegten Kompetenz, weitgehend allein zu entscheiden, welche Leistungen den Versicherten als Sachleistung der GKV zustehen und ihrer Kompetenz, quasi „amtlich“ Arbeitsunfähigkeit zu bescheinigen, zumindest hoheitsähnliche Funktionen ausüben. Aus diesen Gründen sollten für Zulassungssperren zum Beruf des Vertragsarztes die Standards der subjektiven Berufszulassungsschranken gelten.³²⁾

Für die verfassungsrechtliche Rechtfertigung ist relevant, welchen Zwecken die Zulassungsbeschränkungen dienen und ob hierauf bezogen die Kriterien der Verhältnismäßigkeit erfüllt sind. Als Zwecke bei Überversorgung kommen insb die oben so genannte Kostenbegrenzung im Rahmen der sozialpolitisch als vertretbar angesehenen Beitragseinnahmen und die Aufgabensicherung in Betracht. Der Kostenbegrenzungsfunktion liegt die zwar bestrittene, aber mE belegte These von der angebotsinduzierten Nachfrage³³⁾ zugrunde. Bezogen auf diesen Zweck allein könnte natürlich fraglich sein, ob nicht mildere, weniger intensiv eingreifende Maßnahmen ebenso gut wirken, nämlich unmittelbares Ansetzen bei den Kosten, wie die Instrumente der Dekkung einschließlich der nunmehr praxisbezogenen Budgets, und ob nicht deshalb im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit die Erforderlichkeit zu verneinen ist. In der Tat dürften Regulierungen, die nicht zugunsten bereits zugelassener Vertragsärzte einen Schutzzaun bilden, mildere Eingriffe in die Berufsfreiheit darstellen.³⁴⁾

Hier kommt aber der zweite legitime Zweck hinzu, die oben sogenannte Aufgabensicherungsfunktion. ME läßt sich gut vertreten, daß eine offene Konkurrenz unter einer nicht beschränkten Zahl von Vertragsärzten um gedeckelte Leistungen eine kaum widerstehliche Versuchung schafft, den Wettbewerb auch durch „Großzügigkeiten“ zu bestreiten – von großzügiger Krankschreibung bis zu nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit nicht gebotenen Leistungen. Dies löst wiederum erheblichen organisatorischen Kontrollaufwand aus. Auch haben Instrumente wie Praxisbudgets den Nachteil, daß sie einen Anreiz schaffen, bestimmte Versicherte, die im Hinblick auf die Budgets

³⁰⁾ Dazu mwN *Tettinger* in *Sachs* (Hrsg), GG-Kommentar² (1999) Art 12 Rz 46ff.

³¹⁾ Krit etwa *Tettinger* (FN 30) Rz 50; *Hufen*, NJW 1994, 2913 (2919f).

³²⁾ Siehe hierzu *Bürck*, MedR 1989, 63 (67); *Ebsen*, ZSR 1992, 328 333; wohl zu weit gehend, den von ihm so genannten „Dreiviertelbeamten“ einer Verhältnismäßigkeitsvermutung für staatliche Lenkungsmaßnahmen unterwerfend *Bogs* 1993 (FN 27) 719; dem Ansatz gegenüber krit *Pitschas* (FN 11) 220ff; *Hufen*, MedR 1996, 394, 401.

³³⁾ Vgl oben FN 4.

³⁴⁾ Vgl auch *Stober*, MedR 1990, 10, 16f; *Hufen*, MedR 1996, 394 (399f). Allerdings können Maßnahmen, die anstelle der eine Zulassung anstrebenden Ärzte andere Personen belasten, wie zB die Belastung der Versicherten mit Eigenanteilen an den Kosten zur Nachfragesteuerung, nicht als mildere Mittel angesehen werden.

Schwierigkeiten machen (zB wegen Bedarfs an besonders aufwendiger Arzneimitteltherapie), nach Möglichkeit abzuschieben. Dies läßt sich dahingehend zusammenfassen, daß der Schutz vor zu intensivem Wettbewerb, der in Zulassungsbeschränkungen liegt, notwendig ist, um die besondere Verantwortung der Kassenärzte im Sachleistungssystem nicht durch den Druck ruinöser Konkurrenz zu gefährden. Insgesamt dürfte daher viel dafür sprechen, daß bezogen auf diese Zweckkombination die Erforderlichkeit der Zulassungsbeschränkungen kaum zu verneinen ist.

Dies ist übrigens der systematische Ort für die Auseinandersetzung mit dem Kassenarzturteil des BVerfG von 1960. Das BVerfG, das seinerzeit die Erforderlichkeit zum Schutze hinreichend wichtiger Ziele verneint hatte, hat sich in seiner Prognose zur Entwicklung der Kassenarzzahlen deutlich vertan.³⁵⁾ Auch dürfte hinsichtlich der Kostensituation eine gegenüber 1960 schwierigere Lage bestehen.

Für die Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne (oder Proportionalität) kommt es auf das Gewicht der Maßnahmezwecke in Abwägung mit der Intensität des Eingriffs an. Für diese Wertung ist im System des Art. 12 GG relevant, ob es sich um eine objektive oder subjektive Zulassungsschranke handelt. Für letztere sind auch vom einfachen Gesetzgeber durch seine politische Entscheidung hervorgehobene Zwecke im Zweifel zur Eingriffsrechtfertigung geeignet. Für erstere bedarf es hingegen der Unabweisbarkeit des Eingriffs für ein überragend wichtiges, insb Verfassungsrang besitzendes Gemeinschaftsgut.

Wer die hier vertretene Ansicht teilt, es gelte der Standard der subjektiven Zulassungsschranken, hat keine Probleme mit der Proportionalität. Aber auch wenn man den Standard für objektive Zulassungsschranken zugrunde legt, spricht viel dafür, daß die Kombination der Zwecke, die Kosten des Gesundheitssystems sozialpolitisch erträglich zu halten und zugleich im Rahmen des bestehenden Sachleistungsprinzips die Rolle des freiberuflich tätigen, aber auch öffentliche Aufgaben wahrnehmenden Vertragsarztes nicht zu gefährden, ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut als Schutzziel begründen kann. Das wird allerdings bestritten³⁶⁾ – bis hin zur These, wegen der Berufsfreiheit der Leistungserbringer müsse eher das Sachleistungsprinzip aufgegeben werden.³⁷⁾

Mein Ergebnis zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit von Zulassungssperren bei Überversorgung ist deshalb, daß selbst dann, wenn einmal alle Planungsbereiche überversorgt wären und es auch keine Absenkung der Verhältniszahlen nach § 101 Abs 2 Nr 3 SGB V gäbe, mit der Folge daß die Zulassungsbeschränkungen faktisch wie die eigentlich für die Zeit ab Anfang 1999 in § 102 SGB V geplante allgemeine Zulassung nach Verhältniszahlen wirkten, die dann bestehende Bedarfszulassung im Prinzip mit Art. 12 Abs 1 GG vereinbar wäre. Um so weniger Bedenken bestehen, solange noch irgend-

³⁵⁾ Dazu BT-Dr 12/3608, 96ff; v. *Maydell/Pietzker* (FN 4) 13.

³⁶⁾ Vgl etwa *Hänlein* (FN 11) 186ff; *Krölls* (FN 4) 226.

³⁷⁾ Dazu *Sodan* (FN 26) 320f

wo für alle Ärztegruppen Zulassungsmöglichkeiten gegeben sind. Aufgrund der obigen Argumentation erübrigen sich auch zusätzliche Ausführungen zur Verfassungsmäßigkeit von § 102 SGB V.

2. Probleme der Praxisnachfolge in Gebieten mit Zulassungsbeschränkung

a) Verfassungsanforderungen an die Auswahl aus den Bewerbern

Besondere, sowohl einfachrechtlich als auch verfassungsrechtlich vertrackte, Probleme ergeben sich aus der gesetzgeberischen Entscheidung für eine Art Bestandsschutz zugunsten der Praxen zugelassener und nunmehr ausscheidender Vertragsärzte. Wie bereits kurz angesprochen, ist es gem § 103 Abs 4 SGB V auch in einem wegen Über- oder Unterversorgung gesperrten Gebiet möglich, daß ein Vertragsarzt oder seine Erben die bestehende Praxis durch einen Nachfolger fortführen lassen. Voraussetzung ist, daß die Zulassung des Vertragsarztes endet und er bzw im Falle seines Todes seine Erben einen Antrag auf Ausschreibung des Vertragsarztsitzes bei der Kassenärztlichen Vereinigung stellen. Diese schreibt dann den Vertragsarztsitz in den für ihre amtlichen Bekanntmachungen vorgesehenen Blättern gem § 103 Abs 4 S 1 SGB V aus. Sowohl der Zulassungsausschuß als auch der Antragsteller erhalten gem § 103 Abs 4 S 2 SGB V eine Liste aller eingehenden Bewerbungen. Aus allen Bewerbern hat der Zulassungsausschuß gem § 103 Abs 4 S 3 und 4 sowie Abs 5 SGB V den Nachfolger nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen, wobei neben Eignung, Approbationsalter und Dauer der ärztlichen Tätigkeit sowie der Eintragung in eine Warteliste auch zu berücksichtigen ist, ob der Bewerber ein Ehegatte, ein Kind, ein angestellter Arzt oder der Partner der Gemeinschaftspraxis des ausscheidenden Vertragsarztes ist. Darüber hinaus sind die wirtschaftlichen Interessen des Vertragsarztes bzw seiner Erben nach § 103 Abs 4 S 5 SGB V zu berücksichtigen, jedenfalls soweit der Kaufpreis der Praxis die Höhe ihres Verkehrswertes nicht übersteigt.

Dieses Verfahren der Zulassung eines Nachfolgers in einem gesperrten Gebiet birgt eine Reihe rechtlicher Probleme, die sich letztlich daraus ergeben, daß das Konzept der öffentlich-rechtlichen Vergabe einer Rechtsposition, die in dieser Form erst durch die Zulassungsbeschränkungen geschaffen wurde, mit dem Konzept der privatrechtlichen Praxisveräußerung im Wege der Wertbestimmung durch Angebot und Nachfrage und entsprechendem freiem Aus handeln nicht gut zusammenpaßt.

Die Vertragsarztpraxis als Unternehmen ist ein – auch durch die Eigentumsgarantie des Art 14 GG geschützter – Vermögensgegenstand. Umgekehrt ist die Möglichkeit, aufgrund der Zulassung in einem grundsätzlich gesperrten Gebiet tätig sein zu können, eine allein aufgrund staatlicher Gewährung begründete öffentlich-rechtliche Position, die nicht durch Art 14 GG geschützt ist. Diesen beiden Aspekten versucht die gesetzliche Regelung durch Gestaltung des Verfahrens Rechnung zu tragen. Einerseits können der bisherige Praxisinhaber oder seine Erben die Praxis als Unternehmen praktisch nur an

denjenigen verkaufen, der vom Zulassungsausschuß ausgewählt wurde und deshalb keinen Wettbewerber für diesen Kauf hat. Zum anderen sollen in der Ermessensentscheidung zwischen verschiedenen Konkurrenten um die Zulassung nach § 103 Abs 4 S 4 SGB V bestimmte Arten der „Nähe“ des Bewerbers zum Vorgänger (Verwandtschaft und vorherige Praxiszusammenarbeit) und nach Satz 5 die wirtschaftlichen Interessen berücksichtigt werden, letztere aber nur, soweit „der Kaufpreis die Höhe des Verkehrswerts der Praxis nicht übersteigt“.

Diese Gestaltung, die dem Zulassungsausschuß einen weiten Entscheidungsspielraum gibt, ist insb in zweifacher Hinsicht verfassungsrechtlich problematisch, wobei vorrangig die Berufsfreiheit und das Recht auf Gleichbehandlung der Bewerber im Blick sind.

Erstens ist fraglich, ob der Gesetzgeber alle im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit *wesentlichen* Entscheidungen hinreichend konkret vorgezeichnet hat, was verfassungsrechtlich geboten ist.³⁸⁾ Der Entscheidungsspielraum des Zulassungsausschusses beschränkt sich nämlich nicht auf die unvermeidlichen Beurteilungs- und Abwägungsspielräume bei der Auswahl nach den Kriterien der Eignung, des Approbationsalters und der Dauer der ärztlichen Tätigkeit, die für sich betrachtet zwar legitim sein dürften, allerdings auch schon bedenklich vage sind. Wann etwa schlägt das Approbationsalter in ein Negativkriterium um? Es sind aber neben diesen sachbezogenen Kriterien auch die Partikularinteressen des Vorgängers – bzw seiner engen Angehörigen, Mitarbeiter oder Partner – zu berücksichtigen. Nach welchen Kriterien sollen die Zulassungsgremien diese Gesichtspunkte gegeneinander abwägen? Hier könnten – und das ist gemessen am Maßstab der Wesentlichkeitstheorie des BVerfG bedenklich – verschiedene Zulassungsgremien ganz unterschiedliche Standards entwickeln. Darüber hinaus hat der Zulassungsausschuß – anders als etwa die zuständigen staatlichen Behörden bei der Zulassung zu sonstigen von einer Bedarfszulassung abhängigen Berufen, wie dem des Notars – nur eine geringe Distanz zu den beteiligten Interessenten.

Zweitens dürfte bei den Kriterien selbst das Gebot der besonderen Berücksichtigung von Verwandtschafts- oder beruflichen Beziehungen nicht mit dem verfassungsrechtlichen Erfordernis in Einklang stehen, daß die Auswahl aus den Konkurrenten allein nach sachlichen Gesichtspunkten zu erfolgen hat. Wenn der Staat eine berufliche Tätigkeit so organisiert, daß sie den Marktmechanismen weitgehend entzogen ist und von einer nicht allein der Qualitätssicherung dienenden, sondern mengensteuernden Zulassung abhängt, wenn der Staat also ein nicht marktmäßig ausgestaltetes Konzessionssystem schafft, reduziert sich die Berufsfreiheit insoweit auf ein Recht auf Verfahrenszugang zu dem so geschaffenen Konzessionssystem. In diesem Fall ist die Situation ähnlich dem Zugang zum öffentlichen Dienst, wie er in Art 33 Abs 2 GG geregelt ist. Dann müssen die Konkurrenten um die staatlich zu vergebende Position aber – sonst ist der Eingriff in die Berufsfreiheit nicht verhältnismäßig – ein Recht darauf haben, daß die Auswahl allein nach sachlichen Kriterien stattfin-

³⁸⁾ Vgl schon oben FN 11.

det, die sich aus der wahrzunehmenden Tätigkeit rechtfertigen – so wie es das Grundgesetz für die Konkurrenz um öffentliche Ämter bestimmt: nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung. Oder der Staat schafft ein Wartelistensystem. Jedenfalls passen die Kriterien der Verwandtschaft oder der beruflichen Zusammenarbeit mit dem Vorgänger in der zu vergebenden Position nicht in ein solches Konzessionssystem.

b) Die Verwertung der Praxis durch den ausscheidenden Vertragsarzt oder seine Erben

Es bleibt das Problem des Praxiswertes. Von Verfassungs wegen – nämlich als Erfordernis der Verhältnismäßigkeit bei der Bestimmung von Inhalt und Schranken des Eigentums (Art 14 Abs 1 S 2 GG) – dürfte es in der Tat als Übergangsregelung geboten sein, das Vertrauen der Vertragsärzte nicht zu enttäuschen, die eine Praxis in der berechtigten Erwartung aufgebaut und ausgestattet haben, diese einmal wie ein normales Unternehmen veräußern oder vererben zu können. Denn im Vertrauen hierauf wurden Dispositionen – etwa Investitionen – getroffen. Demgegenüber ist für Vertragsärzte, die von Anfang an damit rechnen müssen, daß sie ihre Nachfolge nicht durch Praxisverkauf regeln können, das Gebot der Berücksichtigung ihrer wirtschaftlichen Interessen bei der Auswahl des Nachfolgers ebenso wenig erforderlich wie bei anderen Berufen, deren Ausübung auf einer Konzession beruht. Allerdings bleibt auch hier als politisch zu lösendes Problem, daß nur demjenigen kontinuierliche Investitionen in seine Praxis zuzumuten sind, der für den Fall seines Ausscheidens mit angemessener Verwertung rechnen kann. Und solche kontinuierlichen Investitionen sind zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung auf dem jeweils gebotenen Qualitätsniveau evident erforderlich. Insofern bliebe die Thematik der Praxisnachfolge als politisch zu lösendes Problem auch dann auf der Tagesordnung, wenn es einmal zu einem generellen System der Bedarfszulassung käme.

Es ist also die Berufsfreiheit der Zulassungswilligen mit der Eigentums- und Verwertungsgarantie des Ausscheidenden nach dem Prinzip der praktischen Konkordanz zu vermitteln.³⁹⁾ Jedenfalls ist die zusätzliche Beschränkung der Berufsfreiheit von Zulassungsbewerbern, die darin liegt, daß ihre Zulassung praktisch von Zahlungen an den ausscheidenden Praxisinhaber abhängt, grundsätzlich gerechtfertigt – generell wegen des Gemeinwohlinteresses an durchgängigen Investitionen in die Praxis und in einer Übergangszeit wegen des gebotenen Vertrauensschutzes für die unter anderen Vorzeichen angetretenen derzeitigen Praxisinhaber. Allerdings ist auch hier wegen des Gebots der Verhältnismäßigkeit die Beschränkung der Berufsfreiheit nur insoweit gerechtfertigt, wie es zur Erreichung der genannten Ziele erforderlich ist.

Dem entspricht im Ansatz das Gebot des § 103 Abs 4 S 5 SGB V, die wirtschaftlichen Interessen des ausscheidenden Vertragsarztes oder seiner Erben nur insoweit zu berücksichtigen, als der Kaufpreis die Höhe des Verkehrswertes der Praxis nicht übersteigt. Allerdings ist die Vorschrift denkbar

³⁹⁾ Dazu mwN Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts²⁰ (1995) Rz 72, 317 ff.

unklar. Teilweise wird angenommen, es handle sich insoweit um eine Schutzvorschrift zugunsten des Veräußerers, damit dieser zumindest den Verkehrswert erziele.⁴⁰⁾ Meines Erachtens ist § 103 Abs 4 S 5 SGB V dahingehend auszulegen, daß die Bereitschaft von Bewerbern, die Praxis zum Verkehrswert zu kaufen und die Kaufpreiszahlung in geeigneter Weise sicherzustellen, von den Zulassungsgremien als – nicht alleiniges – Auswahlkriterium zu berücksichtigen ist. Fraglich – und gerade hier keineswegs schlicht ökonomisch zu beantworten – ist allerdings die Bedeutung von „Verkehrswert“. Denn ein Markt für Praxen, auf dem sich ein Verkehrswert bilden könnte, ist in Gebieten und Sektoren mit Zulassungsbeschränkungen ja gerade beseitigt. Auch wäre es wieder mit den durch Art 12 Abs 1 GG geschützten Interessen der Bewerber nicht vereinbar, die ökonomischen Effekte, die sich gerade aus der Zulassungsbeschränkung als „Schutzzaun“⁴¹⁾ ergeben, in die Bewertung einfließen zu lassen. Eine Lösung könnte in der Richtung zu suchen sein, daß bei dem neben dem Substanzwert zu berücksichtigenden „good will“ ein gewisser Abschlag vorgenommen wird. Hierdurch würde nicht nur ein Ansteigen der Praxisverkaufspreise aufgrund des begrenzten Angebots verhindert, sondern zugleich würde eine unangemessene Ausweitung der Leistungen des Nachfolgers zur Finanzierung eines überhöhten Kaufpreises vermieden.⁴²⁾

c) Aspekte einer verfassungskonformen Auslegung von § 103 Abs 4 SGB V

Trotz der genannten inhaltlichen Bedenken läßt sich § 103 Abs 4 SGB V noch gerade verfassungskonform auslegen. Dies betrifft erstens den Einfluß des ausscheidenden Vertragsarztes auf das Ausschreibungs- und Auswahlverfahren, zweitens die Kriterien der Auswahl durch die Zulassungsgremien und drittens den Begriff des Verkehrswertes.

Einfluß auf das Ausschreibungsverfahren hat der Praxisveräußerer dadurch, daß nur auf seinen Antrag auszuschreiben ist. Ist das Zulassungsverfahren durch Ausschreibung jedoch erst einmal in Gang gesetzt, darf es ihm nicht möglich sein, das Ergebnis zu manipulieren. Der Antrag darf daher nicht zurücknehmbar sein, nachdem die Ausschreibung erfolgt ist. Andernfalls hätte der Praxisveräußerer bis zur Zulassungsentscheidung ein nicht legitimes Druckmittel gegenüber den Bewerbern.

Dieser Aspekt des Druckmittels ist noch deutlicher beim konkreten Ausschreibungsgegenstand, dem „Vertragsarztsitz“. Dies ist im üblichen Verständnis der konkrete Ort der Niederlassung (§ 95 Abs 1 S 2 SGB V), also die Anschrift der Praxis, wie dies § 24 Ärzte-ZV besonders deutlich ausspricht. Bei einer solchen Auslegung wäre aber die Zulassung davon abhängig, daß der Bewerber tatsächlich die Möglichkeit erhält, an der Anschrift des Vorgängers tätig zu sein, was letzterem ebenfalls einen übermäßigen Einfluß auf das Auswahlverfahren gäbe. Eine Lösung dieses Dilemmas könnte darin liegen, daß

⁴⁰⁾ SG Detmold, MedR 1995, 171, 172.

⁴¹⁾ Dazu oben im Zusammenhang mit der Aufgabensicherungsfunktion.

⁴²⁾ Vgl auch Rieger, MedR 1996, 144, 146.

dem zugelassenen Bewerber sofort die Möglichkeit eingeräumt wird, nach § 24 Abs 4 Ärzte-ZV die Verlegung des Vertragsarztsitzes zu beantragen. Nur dann ist der Einfluß des Praxisverkäufers auf das Zulassungsverfahren so weit reduziert, wie es die Berufsfreiheit der Bewerber verlangt.

Noch passender zur Konzeption des § 103 Abs 4 SGB V wäre allerdings eine Auslegung des Begriffes „Vertragsarztsitz“, die zum Begriff des Kassenarztsitzes zurückkäme, wie er bis zum KVVWG v 28. 12. 1976 gegolten hatte, nämlich als Praxiseinzugsbereich,⁴³⁾ der allerdings heute, im Gegensatz zum bis Ende 1976 geltenden Recht, nicht mehr normativ festgelegt werden kann.⁴⁴⁾

Der zweite Problembereich einer verfassungskonformen Auslegung sind die Auswahlkriterien. Art 12 Abs 1 GG iVm dem Gleichbehandlungsgebot des Art 3 Abs 1 GG gebietet es, den sachlichen Auswahlkriterien, die sich letztlich alle auf die Eignung zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung und die Wartedauer reduzieren lassen, Vorrang vor den Kriterien der „Nähe“ zum Ausscheidenden zu geben. Unter den Bedingungen eines bedarfsgesteuerten Konzessionssystems ist es schwerlich vertretbar, die hierdurch geschaffene öffentlich-rechtliche Position gewissermaßen „vererblich“ oder zu einem handelbaren Gegenstand zu machen. Dem entspricht zwar in einigen Bereichen, insb hinsichtlich Taxikonzessionen in faktisch, nämlich durch langjährige Wartezeiten, gesperrten Gebieten, nicht die Gesetzeslage. Aber auch das ist verfassungsrechtlich bedenklich, weil unverhältnismäßig.⁴⁵⁾ Es ist nämlich ein schwerer Eingriff in die Berufsfreiheit der Bewerber, wenn ihre Chancen durch die Übertragbarkeit der Konzession geschmälert werden. Allenfalls könnte man daran denken, die Gesichtspunkte der „Nähe“ als Sekundärkriterien zu berücksichtigen, wenn die Primärkriterien der Eignung und Wartedauer keine Entscheidung ermöglichen. Etwas anderes könnte für das Kriterium vorheriger Praxiszusammenarbeit (etwa in einer Job-Sharing-Gemeinschaftspraxis) gelten. Denn hier liegt es nahe, das aufgebaute Vertrauensverhältnis zu den Patienten zu wahren. Allerdings würde hierdurch einer recht einfachen Manipulation des Zulassungsverfahrens die Tür geöffnet, denn kurz vor der Veräußerung der Praxis könnte ein Partner aufgenommen werden. Aus diesem Grund ist derzeit gem § 101 Abs 3 S 4 SGB V die gemeinschaftliche Praxis-

⁴³⁾ Vgl BSGE 20, 86.

⁴⁴⁾ Dieser Punkt ist zu unterscheiden von der – vom LSG Essen, Urteil vom 21. 10. 1998 – L 11 KA 74/98 bejahten – Frage, ob als Voraussetzung der Ausschreibung des Vertragsarztsitzes überhaupt eine Praxis vorhanden sein muß, die übernommen werden kann. In der Tat fehlt bei veräußerungsfähiger Praxis die Grundlage für die dem Bestandsschutz dienende Ausschreibung.

⁴⁵⁾ Ausführlich und überzeugend zur Verfassungswidrigkeit der Verkäuflichkeit von Taxikonzessionen im Rahmen der Übertragung nach § 2 Abs 3 PBefG *Frotscher/Becht*, NVwZ 1986, 81 ff; dem widerspricht auch nicht BVerfGE 81, 40, wo die prinzipielle Bedenklichkeit bestätigt, aber die Übertragbarkeit zur Verwertung des Unternehmens einschließlich des good will für akzeptabel gehalten wird; zu den wertbildenden Faktoren darf nämlich die Konzession als solche gerade nicht gehören. Siehe auch noch BVerfGE 40, 196 (232) zur Unzulässigkeit des Handels mit Kontingenten für den Güterfernverkehr.

ausübung bei der Bewerberauswahl erst nach mindestens fünfjähriger gemeinsamer vertragsärztlicher Tätigkeit zu berücksichtigen.⁴⁶⁾

Schließlich muß drittens die Bestimmung des „Verkehrswertes“, bis zu welchem die wirtschaftlichen Interessen des Praxisveräußerers zu berücksichtigen sind, in der Hand des Zulassungsausschusses liegen. Für einen Bewerber muß es also genügen, schlicht zu erklären, den Verkehrswert zahlen zu wollen, und diese Bereitschaft in geeigneter Weise abzusichern. Gegenüber einem solchen Bewerber darf ein anderer nicht mit der Begründung vorgezogen werden, mit ihm habe sich der Praxisveräußerer geeinigt.

Auch wenn insoweit inhaltliche Bedenken gegen § 103 Abs 4 SGB V ausgeräumt werden können, bleibt das Problem der zu geringen inhaltlichen Programmierung dieses äußerst grundrechtsrelevanten Bereichs durch das Gesetz selbst. So könnten selbst bei Anerkennung der soeben ausgeführten Konkretisierungen die verschiedenen Zulassungsgremien ganz unterschiedliche Auswahlssysteme entwickeln – etwa dem Approbationsalter oder der Dauer der ärztlichen Tätigkeit oder der Warteliste nach § 103 Abs 5 SGB V eine größere oder geringere Bedeutung beimessen. Dies beläßt wesentliche Entscheidungen, die bei einem so intensiven Eingriff in die Berufsfreiheit der Gesetzgeber treffen muß, in den Händen der Zulassungsgremien.

d) Der Zulassungsverzicht als Ausschreibungsgrund nach § 103 Abs 4 SGB V

Rechtliche Schwierigkeiten bereitet der Verzicht auf die Zulassung durch den ausscheidenden Arzt als Tatbestand für die Nachfolgerauswahl nach § 103 Abs 4 SGB V. Der Verzicht wird gem § 95 Abs 7 S 1 SGB V iVm § 28 Abs 1 Ärzte-ZV mit dem Zugang des auf die Verzichtserklärung folgenden Kalendervierteljahres wirksam. Da sich das Zulassungsverfahren jedoch regelmäßig über mindestens 3 bis 5 Monate, teilweise – etwa bei Streit um die Auswahl des Nachfolgers – auch über einen erheblich längeren Zeitraum, erstreckt,⁴⁷⁾ ist vor dem Wirksamwerden der Erklärung häufig noch kein Nachfolger zugelassen. Würde die Praxis bis zur Zulassung des Nachfolgers monatelang nicht fortgeführt, bestünde die Gefahr, daß sich die Patienten anderweitig orientieren und der „good will“ als ideeller Praxiswert⁴⁸⁾ verloren geht. Dies ist – auch im Hinblick auf Art 14 GG – nicht akzeptabel.

Um dies zu vermeiden ist daran zu denken eine Ausschreibung bereits dann vorzunehmen, wenn der Vertragsarzt lediglich die Absicht erklärt, auf seine Zulassung zu verzichten.⁴⁹⁾ Dieses Verfahren verstößt jedoch gegen den eindeutigen Wortlaut von § 103 Abs 4 S 1 SGB V, der für die Ausschreibung ausdrücklich den Verzicht und nicht eine bloße Absichtserklärung vorsieht. Auch bliebe der ausscheidende Vertragsarzt Herr des Zulassungsverfahrens. Er

⁴⁶⁾ BT-Dr 13/7264, 66.

⁴⁷⁾ *Plagemann*, Vertragsarztrecht – Psychotherapeutengesetz (1998) Rz 341; *Karst*, MedR 1996, 554, 555.

⁴⁸⁾ *Hencke in Peters*, KV, § 103 Rz 14.

⁴⁹⁾ *Karst*, MedR 1996, 554, 555.

könnte nämlich den angekündigten Verzicht einfach unterlassen, wenn ihm das Ergebnis des Zulassungsverfahrens mißfällt.

Keine Bedenken bestehen gegen die Anerkennung einer aufschiebend – durch die bestandskräftige Zulassung eines Nachfolgers – bedingten Verzichtserklärung. Zwar sind durch einseitige Willenserklärung auszuübende Gestaltungsrechte grundsätzlich bedingungsfeindlich.⁵⁰⁾ Das ergibt sich aber nicht etwa direkt aus dem Gesetz, sondern ist von der Rechtsprechung zum Schutze des Erklärungsempfängers entwickelt worden, dem nicht zuzumuten ist, in Ungewißheit über das Wirksamwerden der Erklärung zu bleiben. Diese für privatrechtliche Gestaltungsrechte entwickelte Rechtsprechung paßt hier jedoch nicht, zumal auch im Zivilrecht anerkannt ist, daß in den Fällen, in denen für den Erklärungsempfänger keine anzumutbare Ungewißheit besteht, auch die Ausübung eines Gestaltungsrechts an eine Bedingung geknüpft werden kann.⁵¹⁾

Im Falle des durch die Nachfolgerzulassung bedingten Praxisverzichts ist nicht ersichtlich, wessen Interessen hier durch den Schwebezustand während des nicht abgeschlossenen, aber vom Verzichtenden nicht mehr zu stoppenden Zulassungsverfahrens unzumutbar berührt sein könnten. Denn auch beim bedingten Verzicht liegt es nunmehr nur noch in der Hand des Zulassungsausschusses das Verfahren durchzuführen. Sollte das Verfahren aber erfolglos bleiben, – zB weil sich auf die Ausschreibung kein Bewerber findet – so ist es interessengerecht, wenn der Praxisinhaber nicht an seinem Verzicht festgehalten wird. Folglich ist es zulässig, wenn der ausscheidende Arzt die Wirksamkeit seiner Verzichtserklärung von der unanfechtbaren Zulassung eines Nachfolgers abhängig macht.⁵²⁾ Weiteren Bedingungen – etwa dem Abschluß eines Nachfolgevertrages – stünde allerdings wieder der Gesichtspunkt entgegen, daß der Zulassungsausschuß Herr des Verfahrens zu bleiben hat.

e) Rechtsschutz und Konkurrentenklage

Gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses im Rahmen der Zulassung eines Praxisnachfolgers nach § 103 Abs 4 SGB V ist gem § 96 Abs 4 SGB V die Anrufung des Berufungsausschusses, das heißt die Einlegung eines Widerspruchs, möglich. Der Widerspruch kann gem § 96 Abs 4 S. 1 SGB V nicht nur von einem nicht berücksichtigten Konkurrenten, sondern auch von dem die Praxis abgebenden Arzt bzw seinen Erben, den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen bzw den Verbänden der Ersatzkassen eingelegt werden.⁵³⁾ Für den abgelehnten Konkurrenten handelt es sich bei dem Zulassungsbescheid um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung, durch den er in seinem Recht auf fehlerfreie Auswahl-

⁵⁰⁾ Karst, MedR 1996, 554, 556; vgl hierzu auch Möller, MedR 1994, 218, 219 f; Steinhilper, MedR 1994, 227, 229.

⁵¹⁾ Palandt, BGB⁵⁶ Einf vor § 158 Rz 13.

⁵²⁾ Vgl Karst, MedR 1996, 554, 556 f.

⁵³⁾ Dahm, MedR 1994, 223, 225 f.

entscheidung beeinträchtigt wird.⁵⁴⁾ Er kann deshalb, wenn ihm gegenüber kein mit ordnungsgemäßer Rechtsmittelbelehrung versehener Bescheid ergangen ist, binnen eines Jahres Widerspruch gegen den Zulassungsbescheid einlegen.⁵⁵⁾ Auch kann er zugleich seinen eigenen konkludent oder ausdrücklich abgelehnten Zulassungsantrag vor dem Berufungsausschuß weiterverfolgen.

Ein eingelegter Widerspruch hat nach § 96 Abs 4 S 2 SGB V aufschiebende Wirkung, so daß der zugelassene Bewerber die vertragsärztliche Tätigkeit nicht ausüben kann.⁵⁶⁾ Der Berufungsausschuß kann zwar gem § 97 Abs 4 SGB V die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung im öffentlichen Interesse anordnen, jedoch können bis dahin bereits Monate vergangen sein, in denen die stillliegende Praxis erheblich an Wert verloren hat.⁵⁷⁾ Darüber hinaus ist das öffentliche Interesse an einer sofortigen Vollziehung nur schwer begründbar, da es sich um einen bereits mit Vertragsärzten übertversorgten Zulassungsbezirk handelt.⁵⁸⁾ Allerdings darf bei der Gewichtung des öffentlichen Interesses auch nicht völlig außer Acht bleiben, daß der die Praxis aufgebende Arzt nicht faktisch zur Weiterarbeit gezwungen werden darf, um den Wert der durch Art 14 GG geschützten Vertragsarztpraxis zu erhalten.⁵⁹⁾

Gegen die Entscheidung des Berufungsausschusses kann Klage erhoben werden, die ihrerseits gem § 97 Abs 1 Nr 4 SGG aufschiebende Wirkung hat, sofern der Berufungsausschuß nicht die sofortige Vollziehung angeordnet hat. Das Gericht kann auf Antrag gem § 97 Abs 3 SGG sowohl eine durch den Berufungsausschuß angeordnete sofortige Vollziehung aussetzen als auch selbst die Vollziehung der angefochtenen Entscheidung anordnen. Hierbei ist jedoch eine Interessenabwägung erforderlich, wobei erneut das öffentliche Interesse maßgeblich ist.⁶⁰⁾ Mit der Anfechtung kann die Verpflichtungsklage auf Zulassung verbunden werden. Kommen Berufungsausschuß oder Sozialgericht zu dem Ergebnis, daß der Zulassungsbescheid rechtswidrig ist, weil der Zulassungsausschuß nicht alle notwendigen Gesichtspunkte berücksichtigt oder diese falsch gewertet hat,⁶¹⁾ ist die angefochtene Zulassung aufzuheben. Eine Verurteilung auf Zulassung des klagenden Konkurrenten dürfte regelmäßig nicht in Betracht kommen, da der Beurteilungsspielraum der Zulassungsgremien nicht überspielt werden darf. In Betracht kommt insoweit darum regelmäßig nur ein Bescheidungsurteil.

f) Zusammenfassende Übersicht

Eine zusammenfassende Übersicht zu dem Verfahren der Praxisnachfolge in Gebieten mit Überversorgung nach § 103 Abs 4 SGB V und zu den Rechtsbehelfen gibt die folgende Tafel:

⁵⁴⁾ Dahm, MedR 1994, 223, 225.

⁵⁵⁾ Steinhilper, MedR 1994, 227, 232.

⁵⁶⁾ Herzog, MedR 1998, 297, 301.

⁵⁷⁾ Dahm, MedR 1994, 223, 226; vgl auch LSG Berlin, MedR 1997, 518, 519 f.

⁵⁸⁾ Steinhilper, MedR 1994, 227, 231; Schroeder-Printzen, MedR 1997, 520.

⁵⁹⁾ LSG Berlin, MedR 1997, 518, 519.

⁶⁰⁾ Meyer-Ladewig, SGG, § 97 Rz 7 b.

⁶¹⁾ Steinhilper, MedR 1994, 227, 231.

Verfahrensschritte bei der Praxisnachfolge in Gebieten mit Zulassungsbeschränkungen

I. Zulassungsbeendigung eines Vertragsarztes durch Erreichen der Altersgrenze, Tod, Verzicht oder Entziehung.

II. Antrag des ausscheidenden Vertragsarztes oder seiner Erben auf Ausschreibung des Vertragsarztsitzes und Ausschreibung durch die Kassenärztliche Vereinigung.

III. Mitteilung der Bewerber an den Zulassungsausschuß und an den Vertragsarzt oder die Erben.

IV. Auswahl unter den Bewerbern nach Ermessen des Zulassungsausschusses oder des Berufungsausschusses; dabei sind folgende Belange zu berücksichtigen (ohne gesetzliche Rangbestimmung):

a) berufliche Eignung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit (Eignungskriterien);

b) ob Bewerber ein Kind, Ehegatte, angestellter Arzt oder Partner in Gemeinschaftspraxis ist oder war (Kriterien der „Nähe“ zum Ausscheidenden);

c) wirtschaftliche Interessen des Ausscheidenden oder seiner Erben – Dh praktisch: gesicherte Bereitschaft des Bewerbers zum Praxiskauf – bis zur Höhe des Verkehrswertes der Praxis (Bestandsschutzkriterium);

d) Dauer der Eintragung in die bei der Kassenärztlichen Vereinigung zu führende Warteliste (Wartedauerkriterium).

V. Möglichkeit von Rechtsbehelfen mit Suspensiveffekt sowohl der abgelehnten Bewerber als auch der Antragsteller auf Ausschreibung; Möglichkeit für den Berufungsausschuß und die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über, den Suspensiveffekt oder die Vollziehbarkeit zu entscheiden.

3. Bildung von Gemeinschaftspraxen und die Anstellung eines Arztes mit Selbstverpflichtung zur Leistungsbegrenzung (§ 101 Abs 1 Nr 4 und 5 SGB V)

Das 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 23. 06. 1997 schuf durch die Einführung von § 101 Abs 1 S 1 Nr 4 und Nr 5 iVm Abs 3 SGB V zwei Möglichkeiten, durch Neuaufnahme von Ärzten in bereits bestehende Praxen ohne wesentliche Leistungsausweitung eine Art „Job Sharing“ zu erreichen. § 101 Abs 1 Nr 4 SGB V iVm 4. Abschnitt Nr 23 a bis g Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte regelt die Neugründung einer Gemeinschaftspraxis bzw die Neuaufnahme eines Arztes in die bereits bestehende Partnerschaft einer Gemeinschaftspraxis in einem gesperrten Gebiet. Demgegenüber betrifft die Regelung in § 101 Abs 1 S 1 Nr 5 SGB V iVm den Angestellte-Ärzte-Richtlinien die Anstellung eines Arztes, und zwar nicht nur in gesperrten Ge-

bieten, sondern auch in Gebieten ohne Zulassungsbeschränkungen.⁶²⁾ Beide Neuerungen setzen die Genehmigung durch den Zulassungsausschuß voraus,⁶³⁾ auf die bei Erfüllung der rechtlichen Voraussetzungen ein Anspruch besteht.

Ihnen ist ferner gemeinsam, daß der neu hinzukommende Arzt derselben Arztgruppe angehören muß, wie ein Partner der Gemeinschaftspraxis bzw wie der anstellende Arzt. Entscheidend ist hier also die Gebietsbezeichnung nach der Weiterbildungsordnung.⁶⁴⁾ Darüber hinaus ist bei der gemeinschaftlichen Berufsausübung eine Übereinstimmung erforderlich, soweit Schwerpunktbezeichnungen geführt werden. Fehlt es an dieser Übereinstimmung und wird die Art der vom Vertragsarzt bisher erbrachten Leistungen nicht von der von einem der Ärzte geführten Schwerpunktbezeichnung erfaßt, so darf der neu hinzukommende Arzt seine Schwerpunktbezeichnung nicht führen.⁶⁵⁾ Der anzustellende Arzt darf hingegen von vornherein gem Nr 2 Angestellte-Ärzte-Richtlinien keine Schwerpunktbezeichnung führen. Durch diese Regelungen soll gem der Gesetzesbegründung die Praxisidentität gewahrt bleiben.⁶⁶⁾

Zentral für den „Job Sharing“-Effekt ist vor allem, daß sich sowohl die Partner der Gemeinschaftspraxis nach § 101 Abs 1 Nr 4 SGB V als auch der anstellende Vertragsarzt nach § 101 Abs 1 Nr 5 SGB V gegenüber dem Zulassungsausschuß zu einer Leistungsbegrenzung verpflichten müssen, die den bisherigen Praxisumfang nicht wesentlich übersteigt. Die Umsetzung, insb die Festlegung dessen, was im Sinne dieser Regelung „wesentlich“ ist, regelt der Bundesausschuß der Ärzte und Krankenkassen.⁶⁷⁾ Gemeinsame Obergrenze pro Quartal ist hiernach grundsätzlich ein Punktzahlvolumen, welches das Volumen des Vertragsarztes in dem jeweils entsprechenden Vorjahresquartal um nicht mehr als 3% des jeweiligen Fachgruppendurchschnitts überschreitet. Für den Fall, daß die Praxis für eine entsprechende Vergleichsberechnung noch nicht lange genug besteht, werden die Punktzahlvolumina auf der Grundlage des Durchschnitts der Fachgruppe ermittelt.

Entgegen Stimmen in der Literatur⁶⁸⁾ hat der Bundesausschuß damit die Vorgaben des Gesetzgebers in § 101 Abs 1 Nr 4 und 5 SGB V korrekt umgesetzt. Insb ist es vertretbar, eine Überschreitung um mehr als 3% des Fachgruppendurchschnitts bereits als „wesentlich“ einzustufen. Auch die amtliche Begründung⁶⁹⁾ zeigt, daß der Gesetzgeber nur eine minimale Ausweitung des

⁶²⁾ Hess, Kasseler Kommentar § 101 Rz 20.

⁶³⁾ § 32b Abs 2 S 1 Ärzte-ZV iVm Nr 1.1 Angestellte-Ärzte-Richtlinien bzw § 33 Abs 2 S 2 Ärzte-ZV iVm 4. Abschnitt Nr 23 a Z 2 Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte.

⁶⁴⁾ 4. Abschnitt Nr 23 a Z 3 iVm Nr 23b Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte bzw Nr 1. 2 iVm Nr 2 Angestellte-Ärzte-Richtlinien.

⁶⁵⁾ 4. Abschnitt Nr 23b Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte.

⁶⁶⁾ BT-Dr 13/7264, 65.

⁶⁷⁾ Nr 3.1 und 3.2 Angestellte-Ärzte-Richtlinien; 4. Abschnitt Nr 23c. und d. Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte.

⁶⁸⁾ Kamps, MedR 1998, 103, 104 f.

⁶⁹⁾ BT-Dr 13/7264, 65.

Leistungsumfangs zulassen wollte. Diese soll derart gering sein, daß es faktisch zu keiner Ausweitung kommt.

Allerdings hat die in Nr 3.4 Angestellte-Ärzte-Richtlinien und im 4. Abschnitt Nr 23 f. Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte vorgesehene Erteilung von Auflagen durch den Zulassungsausschuß keine gesetzliche Grundlage.⁷⁰⁾ Die Auflagen sollen gewährleisten, daß die Art der bisher erbrachten Leistungen erhalten bleibt. Nach dem Wortlaut von § 101 Abs 1 Nr 4 und 5 SGB V kommt es jedoch nicht auf die Art der Leistung an. Zwar ist auch in der Gesetzesbegründung von der Art der Leistung die Rede, jedoch wird diese in Zusammenhang mit der Fachgebietsidentität gebracht und ist daher bereits durch die entsprechenden Regelungen abgedeckt.

Der gem § 101 Abs 1 Nr 4 SGB V in die Praxis aufgenommene Arzt erhält keine eigenständige, sondern nur eine akzessorische Zulassung.⁷¹⁾ Sie endet gem § 101 Abs 3 S 1 SGB V zusammen mit der Beendigung der gemeinsamen ärztlichen Tätigkeit. Die Beschränkung der Zulassung und die Leistungsbegrenzung enden erst nach 10 Jahren, falls nicht bereits zuvor die Zulassungsbeschränkungen für den Zulassungsbezirk insgesamt entfallen sind.⁷²⁾ Im Falle der Praxisfortführung ist die gemeinschaftliche Praxisausübung gem § 101 Abs 3 S 4 SGB V erst nach fünf Jahren zu berücksichtigen.

Fraglich ist, ob es im Lichte des Grundrechts der Berufsfreiheit hinreichend gewichtige Gründe gibt, nach § 101 Abs 1 Nr 5 SGB V die Anstellung eines Arztes auch in einem Gebiet ohne Zulassungsbeschränkungen nur in Verbindung mit einer Leistungsbegrenzung zu erlauben. Ziel der Regelung ist es, die Zulassungschancen niederlassungswilliger Ärzte nicht zu schmälern. Es sollen also selbständige Ärzte Vorrang vor angestellten Ärzten haben. Im Hinblick darauf, daß es ansonsten in den noch nicht gesperrten Bereichen für die bereits zugelassenen Ärzte eine plausible Strategie wäre, durch Anstellung von Ärzten den Zustand der Überversorgung zu erreichen, spricht in der Tat viel dafür, daß die Regelung erforderlich ist, um die vertragsärztliche Versorgung für selbständig tätige Ärzte offener zu halten. Ob dies seinerseits ein legitimes Ziel ist, welches den faktischen Ausschluß abhängig arbeitender Ärzte von der vertragsärztlichen Versorgung rechtfertigen kann, hängt davon ab, wie die dem gesamten Zulassungssystem zugrundeliegende Präferenz für den niedergelassenen freiberuflich tätigen Arzt zu werten ist. Dies wird in der Literatur⁷³⁾ teilweise kritisch gewürdigt, dürfte aber überwiegend als grundsätzlich legitime Entscheidung des Gesetzgebers für die „Präponderanz“ der niedergelassenen Vertragsärzte anerkannt sein.⁷⁴⁾

⁷⁰⁾ Siehe auch *Kamps*, MedR 1998, 103, 106.

⁷¹⁾ *Broglie*, MedR 1998, 82, 83.

⁷²⁾ § 101 Abs 3 S 2 SGB V.

⁷³⁾ *Isensee*, Kassenarztmonopol und nichtärztliche Leistungserbringer (1995) 9 ff.

⁷⁴⁾ Siehe bereits BVerfGE 16, 286; BSG SozR 2200 § 368a RVO Nr 7; s auch *Funk in Schuljin HS-KV* (1994) § 32 Rz 61.

4. Das gesetzgeberische Programm der Rückkehr zur generellen Bedarfszulassung in § 102 SGB V nach Verstreichen der dort genannten Frist

Abschließend ist noch kurz die gesetzlich für die Zeit ab 1999 – also eigentlich schon für jetzt – vorgesehene Rückkehr zum System der Bedarfszulassung nach Verhältniszahlen anzusprechen. Der durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21. 12. 1992 eingeführte § 102 SGB V sieht ab dem 1. 1. 1999 eine strenge Bedarfszulassung vor. Die Zulassung soll von der Nichtüberschreitung gesetzlich festgelegter Verhältniszahlen abhängig gemacht werden. Nur ausnahmsweise soll zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung im Falle der Überschreitung der Verhältniszahlen eine Zulassung möglich sein. Zweck dieses Gesetzesvorhabens ist es, der weiter steigenden Überversorgung mit Ärzten entgegenzutreten.⁷⁵⁾ Diese Regelung ist auf das heftigste umstritten. In der geplanten strengen Bedarfszulassung wird von einigen eine verfassungsrechtlich, vor allem im Hinblick auf Art 12 GG, nicht tragbare objektive Zulassungsschranke gesehen.⁷⁶⁾ Darüber hinaus wird argumentiert, es handle sich um einen enteignenden oder enteignungsgleichen Eingriff des Gesetzgebers, wenn die Wiederbesetzung des Vertragsarztsitzes aufgrund der Überschreitung der Verhältniszahl nicht möglich sei, da die Praxis des ausscheidenden Vertragsarztes dann faktisch unverkäuflich sei.⁷⁷⁾

Demgegenüber ging der Gesetzgeber davon aus, daß die in § 102 SGB V vorgesehene Zulassung aufgrund von Verhältniszahlen zwar grundsätzlich dem früheren § 368a RVO entspreche, der durch die Entscheidung des BVerfG⁷⁸⁾ vom 23. 3. 1960 für verfassungswidrig erklärt wurde, daß aber eine wesentliche Änderung der tatsächlichen Verhältnisse seit der damaligen Entscheidung eingetreten sei, nämlich insb eine vom BVerfG seinerzeit nicht erwartete starke Zunahme der Zahl der Vertragsärzte.⁷⁹⁾

Zum 1. 1. 1999 wurden entgegen § 102 SGB V keine Verhältniszahlen gesetzlich festgeschrieben. Nunmehr fragt sich, ob § 102 SGB V – nach Ablauf des festgeschriebenen Stichtages vom 1. 1. 1999 – noch Grundlage dafür sein kann, bei Einführung einer generellen Bedarfszulassung aufgrund von Verhältniszahlen Vertrauensschutz zu verneinen.⁸⁰⁾ Hier meine ich, daß zwar ein kurzes Überschreiten der Anfang des Jahres abgelaufenen Frist unschädlich wäre, da dies ohne Einfluß auf getroffene Dispositionen wäre. Bei länger andauerndem Rechtszustand, der dem in § 102 SGB V angekündigten Konzept nicht entspricht, dürfte der mit der Vorschrift angestrebte Erfolg der Beseitigung von Vertrauensschutz in die Möglichkeit bedarfsunabhängiger Zulassung aber entfallen. Darum dürfte mE spätestens mit Ablauf des Jahres 1999, sobald

⁷⁵⁾ BT-Dr 12/3608, 96.

⁷⁶⁾ *Schneider*, MedR 1994, 383, 388; *Kramer*, ZfSH/SGB 1995, 19, 22; *Hufen*, MedR 1996, 394, 401.

⁷⁷⁾ *Broglie*, ArztuR, 1997 H 2, 17, 23.

⁷⁸⁾ BVerfGE 11, 30 ff.

⁷⁹⁾ BT-Dr 12/3608, 96 ff.

⁸⁰⁾ Hierzu *Broglie*, MedR 1998, 82, 84.

neue Studenten das Studium der Medizin beginnen, § 102 SGB V obsolet werden.

IV. Schluß

Der Überblick dürfte gezeigt haben, wie kompliziert das deutsche Recht der Leistungserbringung im Rahmen der GKV und gerade auch das Bedarfsplanungs- und Zulassungsrecht für die vertragsärztliche Versorgung ist. Dabei hat diese Kompliziertheit nicht etwa dazu geführt, daß dafür aber jedenfalls Rechtssicherheit erreicht worden wäre. Das juristische Feld stellt sich im Gegenteil als äußerst konfliktrichtig – gerade zu als „vermint“ – dar. Dennoch – das ist mein Fazit – sollten „einfache Lösungen“ vermieden werden. Auch unter den Bedingungen finanzieller Knappheit und eines Überangebots an zulassungswilligen Ärzten ist es möglich, die Kombination von drei Strukturelementen der Leistungserbringung aufrechtzuerhalten: öffentlicher Sachleistung der ambulanten Krankenbehandlung, Therapiefreiheit und freiberuflich-privatunternehmerischer Organisation der vertragsärztlichen Leistungserbringung und Arztwahlfreiheit der Versicherten. Die dafür nötigen Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte müssen aber – das ist letztlich auch ein Gebot der Gerechtigkeit gegenüber den jungen nachrückenden Ärzten – so wenig wie möglich für Besitzstände der Generation der derzeitigen Zulassungsinhaber instrumentalisierbar sein. Hier zeigt das Recht der Praxisnachfolge in Gebieten mit Zulassungsschranken noch offene Flanken.

Christian Kopetzki

Rechtsfragen der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich

I. Einleitung: Das System der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich

Der Versuch, das System der vertragsärztlichen Stellenplanung in Österreich darzustellen, ist – verglichen mit der deutschen Rechtslage – einfacher und schwieriger zugleich. Einfacher zunächst deshalb, weil auf der gesetzlichen Ebene nur sehr rudimentäre Regelungen bestehen, die schnell skizziert sind, die aber wenig inhaltliche Aussagen enthalten. Und schwieriger deshalb, weil die eigentliche rechtliche Steuerung in die einzelnen Gesamtverträge verlagert ist, die ihrerseits zwar einige Eckpfeiler des Stellenplanes, der Bewerbung und der Auswahl regeln, die jedoch weder notwendig einheitlich gestaltet sind noch eine flächendeckende Regelung aller maßgeblichen Aspekte vorsehen. Manches wird in zusätzliche Richtlinien verlagert, manches bleibt unbestimmt oder gänzlich offen. Im Kern erscheint die Stellenplanung daher hierzulande schwerpunktmäßig eher als politische denn als rechtliche Frage. Von einem differenzierten und dichtgewobenen Regelungsnetzwerk wie in Deutschland kann für Österreich jedenfalls nicht berichtet werden.

Im Mittelpunkt der folgenden Überlegungen sollen keine Einzelfragen des Sozialversicherungsrechts, sondern aktuelle Grundsatzprobleme verfassungsrechtlicher Natur stehen, die ich am Beispiel des ASVG näher beleuchten möchte. Auf Abweichungen und Besonderheiten in anderen Sozialversicherungsgesetzen, in einzelnen Bundesländern oder in einzelnen Vertragsbeziehungen kann in diesem Rahmen nicht eingegangen werden.

Auszugehen ist zunächst von dem bekannten Befund, daß die Einbindung von niedergelassenen Ärzten als Erbringer von Leistungen der Krankenbehandlung für die Versicherungsträger durch Kassenverträge erfolgt, die als sog Einzelverträge zwischen dem Arzt und dem Träger der Krankenversicherung abgeschlossen werden.¹⁾ Durch den Abschluß dieses Vertrages wird der Arzt berechtigt und verpflichtet, ärztliche Behandlung der Versicherten gegen direkte Verrechnung mit dem Versicherungsträger zu erbringen. Er wird dadurch aber nicht Dienstnehmer des Versicherungsträgers, sondern bleibt freiberuflich

¹⁾ Dazu und zum folgenden eingehend *Selb/Schrammel*, Die Beziehungen der Sozialversicherungsträger zueinander und zu Dritten, in *Tomandl* (Hrsg), System des österreichischen Sozialversicherungsrechts (Loseblattausgabe 1980ff) 551 ff.

tätiger Arzt. Ein Anspruch auf Vertragsabschluß besteht, von wenigen Ausnahmen abgesehen,²⁾ nicht. Erlangt der Arzt keinen Vertrag, so bleibt ihm zwar die Berufsausübung (auch gegenüber den Versicherten) als „Wahlarzt“ unbenommen, doch muß der Patient diese Leistungen vorfinanzieren und bekommt die Kosten nur zum Teil rückerstattet.

Einzelverträge sind daher ein knappes Gut, das vom Gesetz einer Art *Planstellenbewirtschaftung* unterworfen wird.³⁾ Die rechtliche Steuerung der Vertragsvergabe erfolgt über sog Gesamtverträge, die zwischen dem Hauptverband (für die Versicherungsträger) und den Ärztekammern abgeschlossen werden. In diesen Gesamtverträgen ist nach § 342 ASVG auch die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte zu regeln. Dies erfolgt im sogenannten „*Stellenplan*“, der die Kassenplanstellen nach Arztkategorien und Verwaltungsbezirken gegliedert festlegt. Als Verteilungskriterium gilt, daß unter Berücksichtigung der örtlichen und Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung sichergestellt sein muß; in der Regel soll die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten freigestellt sein.⁴⁾ Viel mehr Auskunft gibt der Gesetzeswortlaut nicht.

Die *Auswahl* der Vertragsärzte ist wiederum in den Gesamtverträgen geregelt, wobei diese als wesentliche Elemente die Ausschreibung des Vertrages, die Antragstellung im Wege der Ärztekammer sowie die Herstellung des Einvernehmens zwischen der vorschlagenden Kammer und dem Versicherungsträger vorsehen.⁵⁾ Kommt das Einvernehmen nicht zustande, wird in den Gesamtverträgen eine Entscheidung der Landesschiedskommission vorgesehen. Ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen sieht das Gesetz auch einen außerplanmäßigen Vertragsabschluß vor.⁶⁾

Die Stellenplanung als solche ist nach diesem System also rechtlich schwach strukturiert: Materiellrechtlich sind im wesentlichen die Versorgungsziele des ASVG zu beachten, und verfahrensrechtlich bedarf es des Einvernehmens zwischen Kammer und Versicherungsträger. Spezifischere Rechtsfragen tauchen erst bei geplanten Änderungen des Stellenplanes nach unten auf, weil dies – abgesehen vom Nichtersetzen des „natürlichen Abganges“ – nur über die Beendigung bestehender Verträge⁷⁾ möglich ist; insofern berührt sich die Stellenplanung mit Problemen der Vertragsbefristung, des Kündigungsrechts und der Honorarordnung, worauf hier nur hingewiesen

²⁾ Vgl zB § 343a Abs 2 ASVG (betreffend Jugendlichen- und Gesundenuntersuchung gem § 132a und b ASVG).

³⁾ *Funk*, Rechtsstaatliche Anforderungen an die Vergabe von Kassenverträgen, VR 1995, 51 (52).

⁴⁾ Vgl §§ 342 Abs 1 Z 1 iVm § 135 Abs 2 ASVG.

⁵⁾ Vgl statt aller § 5 des Muster-Gesamtvertrages für die „§ 2 Kassen“.

⁶⁾ § 343 Abs 1 ASVG.

⁷⁾ Näher § 343 Abs 2 ff ASVG. Zum Sonderproblem des „Aushungerns“ durch Honorarkürzungen sowie des Umgehens von Stellenplanänderungen vgl *Krejci*, Untergang der Kassenärzte? Wie man Laborärzte durch Honorarkürzungen wegrationalisiert (1998) insb 109 ff.

werden kann. Davon abgesehen ist die Stellenplanung im wesentlichen eine Frage der Budgetierung und der Politik.

Aus verfassungsrechtlicher Sicht interessieren vor allem drei unterschiedliche – wenngleich miteinander verwobene – Themenbereiche, deren Aktualität durch die in den Medien geführte Diskussion der letzten Monate⁸⁾ eindrucksvoll belegt wird:

1. Die erste – und zentrale – Frage geht dahin, ob eine Stellenplanung bei der Zulassung von Vertragsärzten verfassungsrechtlich *überhaupt zulässig* ist. Denn jede rechtliche Stellenplanung stellt ein System der Stellenbewirtschaftung dar, in dem nicht alle, sondern nur ausgewählte Ärzte zum Zug kommen. Dieses System impliziert daher notwendigerweise auch eine *Bedarfsprüfung*. Das Gesetz verwendet diesen Begriff zwar nicht explizit; die jeder Stellenplanung notwendigerweise zugrundeliegende Bedarfseinschätzung ist wegen ihrer generell-abstrakten Natur aber in Wahrheit noch viel einschneidender als eine Bedarfsprüfung im Rahmen eines individuellen Zulassungs- oder Konzessionsverfahrens. Damit ist jenes Reizwort bereits gefallen, das sofort an die einschlägige Judikatur des VfGH zur Erwerbsfreiheit denken läßt und damit zugleich an jene lange Kette aufhebender Entscheidungen, mit denen das Höchstgericht in den letzten Jahren scheinbar ähnliche Konstruktionen als verfassungswidrig aufgehoben hat.⁹⁾ Die Kassenvertragsentscheidung des deutschen BVerfG und ihre Rezeption in der österreichischen Literatur¹⁰⁾ zeigen, daß die Folgerungen für das österreichische Stellenplansystem keineswegs ausdiskutiert sind. Bei dieser Frage geht es nicht um irgendwelche Einzelprobleme, sondern um die Zukunft des österreichischen Systems schlechthin.

2. Die zweite Frage zielt auf die Zulässigkeit der österreichischen Regelungstechnik, die den Stellenplan als Teil des Gesamtvertrages konstruiert, ihm also den Stellenwert eines Vertragsbestandteils zuweist. Sie hängt mit der alten Streitfrage nach der *Rechtsnatur* der Gesamtverträge und deren Stellung im Verfassungssystem zusammen.

3. Die dritte Frage richtet sich nach den verfassungsrechtlichen Vorgaben für die *Stellenvergabe*. Sie berührt zwar schon das Thema des nächsten Vortrages, sei in diesem Zusammenhang aber dennoch kurz gestreift.

⁸⁾ Vgl zB *Newole*, Normierter Nepotismus, Die Presse 28. 1. 1999, 2; *Christl*, Kassenlose Gesellschaft, Profil Nr 4 v 25. 1. 1999, 60.

⁹⁾ Vgl mwN *Walter/Mayer*, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts⁸ (1997) Rz 1387.

¹⁰⁾ BVerfGE 11, 30. In der Folge vgl für Österreich *Raschauer*, Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht, in *Tomandl* (Hrsg), Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts (1989) 79 (88f); *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung (1994) 154f; *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung. Eine rechtsdogmatische Untersuchung zum Vertragspartnerrecht (1995) 239 ff; *Nauta*, Das Recht der freien Berufe. Verfassungs- und europarechtliche Grenzen (1998) 53 ff.

II. Gesamtvertrag und Stellenplan im Verfassungsgefüge

1. Zur Rechtsnatur des Stellenplans

Der Streit um die Rechtsnatur des Stellenplans betrifft das heutige Thema im Grunde nur am Rande: Denn die inhaltliche Frage der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit eines (wie auch immer einzuordnenden) Stellenplans stellt sich in ganz gleicher Weise, ob man den Stellenplan nun als Phänomen des öffentlichen Rechts oder des Privatrechts deutet. Die Frage nach der inhaltlichen Zulässigkeit einer Bedarfsplanung und den dabei zu beachtenden Maßstäben ist nicht gleichbedeutend mit der Frage nach der verfassungsrechtlichen Einordnung der Stellenpläne im Gesamtsystem der Rechtsordnung.¹¹⁾ Wer mit der öffentlichrechtlichen Konstruktion eine schlagartige Lösung der Sachprobleme erhofft, ist daran zu erinnern, daß es Stellenpläne ja auch (und gerade) im öffentlichen Recht gibt, ohne daß man daraus etwas für ihre inhaltliche Rechtfertigung gewinnen könnte. Der zentrale Unterschied liegt im Rechtsschutz, da der Stellenplan bei einer öffentlichrechtlichen Deutung wohl nur als Verordnung verstanden werden könnte¹²⁾ und somit einer unmittelbaren Bekämpfung vor dem VfGH gem Art 139 B-VG zugänglich wäre.

Für die weiteren Überlegungen kann mit der ganz hA davon ausgegangen werden, daß es sich beim Gesamtvertrag (und damit auch beim Stellenplan) nicht um eine Erscheinung des öffentlichen Rechts, sondern des Privatrechts handelt.¹³⁾ Die Vertragspartner handeln diesbezüglich also im Rahmen ihrer privatwirtschaftlichen Verwaltung. Dies freilich nicht deshalb, weil dem Gesamtvertrag – wie dies gelegentlich vertreten wird – der heteronome, generell-rechtssetzende Charakter fehle;¹⁴⁾ denn die einseitig-normativen Wirkungen des Gesamtvertrages sind mE nicht ernsthaft zu bezweifeln¹⁵⁾ (wenngleich sie

¹¹⁾ Vgl jedoch *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung 155; *Raschauer* in *Tomandl*, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts 89.

¹²⁾ Es sei denn, man nimmt eine öffentlichrechtliche Rechtsquelle sui generis an. Dazu (und zum Problem der Geschlossenheit des Rechtsquellensystems) mwN *Funk*, VR 1995, 53 f.

¹³⁾ MwN *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 104 ff; *Krejci*, Probleme des individuellen Kassenarztvertrages, ZAS 1989, 109 (121); *ders*, Dürfen Kassenärzte durch Honorarkürzungen wegrationalisiert werden? VR 1998, 163 (166); *Korinek*, Die Organisation der Sozialversicherung, in *Tomandl*, System 512; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 232, 238; *Schrammel*, Ausgewählte Probleme des ärztlichen Gesamtvertrages, in *Tomandl* (Hrsg), Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen (1996) 79 (81).

¹⁴⁾ So (unter Berufung auf *Selb*) zB noch *Funk*, Die Ausstrahlung öffentlich-rechtlicher Gestaltungsmittel der Sozialversicherungsträger auf die Erbringung von Sachleistungen durch Dritte, in *Tomandl* (Hrsg), Sachleistungserbringung durch Dritte in der Sozialversicherung (1987) 1 (15).

¹⁵⁾ Ausführlich und mwN *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 110 ff; *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 82; nunmehr auch *Funk*, VR 1995, 53.

gerade beim Stellenplan nicht zum Ausdruck kommen¹⁶⁾). Der privatrechtliche Charakter der Gesamtverträge ergibt sich vielmehr daraus, daß er in einer hinreichend deutlichen Weise im Gesetz verankert ist: Nach § 338 Abs 1 ASVG sind die Beziehungen zwischen den Sozialversicherungsträgern und den Ärzten durch „privatrechtliche Verträge“ zu regeln, und *Mosler* hat schlüssig nachgewiesen, daß diese gesetzliche Etikettierung nicht nur für die Einzelverträge, sondern ebenso für die Gesamtverträge gilt.¹⁷⁾ Angesichts dieser unmißverständlichen gesetzlichen Anordnung erübrigen sich für eine positivrechtliche Untersuchung auch alle theoretischen Überlegungen nach der privatrechtlichen Einordenbarkeit sog Normenverträge:¹⁸⁾ Der Gesetzgeber kann eben neue Strukturelemente erfinden, die den Rahmen des bisher im Privatrecht Vorstellbaren sprengen, und diese dennoch dem Privatrecht zuordnen. Die Schwierigkeiten der Lehre, diese Phänomene mit der Privatautonomie in harmonischen Einklang zu bringen, hindern ihn daran nicht. Mangels eines grundsätzlichen theoretischen Unterschieds zwischen privatem und öffentlichem Recht¹⁹⁾ bedeutet diese privatrechtliche Etikettierung ja ohnehin nicht mehr und nicht weniger als eine implizite gesetzliche Anordnung behördlicher Zuständigkeiten sowie des auf solche Verträge anwendbaren rechtssystematischen Umfelds des ABGB. Im übrigen sind die Konsequenzen aus der privatrechtlichen bzw öffentlichrechtlichen Einordnung – zumindest auf der Ebene des materiellen Rechts – weit weniger kraß als vielfach angenommen.²⁰⁾

2. Zur Zulässigkeit der gesetzlichen Formenwahl

Die relevante Fragestellung hat daher nicht zu lauten, ob die Gesamtverträge privatrechtlicher Natur sind, sondern ob diese gesetzliche Zuordnung im Hinblick auf die nicht unbegrenzte Wahlfreiheit des Gesetzgebers zwischen hoheitlichen und privatrechtsförmigen Handlungsformen²¹⁾ verfassungskonform ist oder nicht.

Das Problem, das sich hier stellt, betrifft die Geschlossenheit des Rechtsquellensystems im allgemeinen und die verfassungsrechtliche Zulässigkeit sog „Normenverträge“ im besonderen, denen wegen ihrer – zumindest teilweise – einseitig normativen Wirkungen ein generell-rechtssetzender Charakter zukommt und die daher in einer gewissen Konkurrenz zur hoheitlichen Rechts-

¹⁶⁾ Der Stellenplan zählt zum schuldrechtlichen, nicht zum „normativen“ Teil der Gesamtverträge: vgl *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 234.

¹⁷⁾ *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 120 ff.

¹⁸⁾ Vgl dazu nur *Tomandl*, Rechtsnatur und Rechtswirkungen des ärztlichen Gesamtvertrages iSd ASVG, FS Schmitz II (1967) 478; mwN *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 119 ff.

¹⁹⁾ Vgl nur *Antoniolli/Koja*, Allgemeines Verwaltungsrecht³ (1996) 107 ff.

²⁰⁾ Vgl *Funk*, VR 1995, 54.

²¹⁾ Vgl zum (uneinheitlichen) Meinungsstand zB *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 184 ff; *Raschauer*, Grenzen der Wahlfreiheit zwischen den Handlungsformen der Verwaltung im Wirtschaftsrecht, ÖZW 1977, 1.

form der Verordnung stehen.²²⁾ Dem B-VG kann aber eine grundlegende Systementscheidung dahingehend entnommen werden, daß jede einseitige Gestaltung von Rechten grundsätzlich nach einer hoheitsrechtlichen Ausgestaltung verlangt, um die daran anknüpfenden Rechtsschutzeinrichtungen und sonstigen verfassungsrechtlichen Sicherungen nicht leerlaufen zu lassen.²³⁾ Einseitige rechtsgestaltende Auswirkungen privatrechtlicher Verträge auf die Rechtsposition am Vertrag nicht beteiligter Dritter – wie dies auf den Inhalt des Gesamtvertrages zutrifft, der kraft Gesetzes unmittelbar zum Inhalt der zwischen Arzt und Versicherungsträger abgeschlossenen Einzelverträge wird (§ 341 Abs 3 ASVG) – begegnen daher immer wieder verfassungsrechtlichen Bedenken.²⁴⁾

Im Zusammenhang des hier behandelten Themas werden diese Bedenken allerdings nicht durchschlagen. Denn erstens fehlt gerade dem Stellenplan und den Auswahlrichtlinien die skizzierte heteronome Wirkung, da es dabei um Bestimmungen im Vorfeld des Vertragsabschlusses geht, die – mangels eines abgeschlossenen Einzelvertrages – noch gar nicht auf bestehende Zivilrechtsverhältnisse „einwirken“ können.²⁵⁾ Die Stellenplanung ist also kein gutes Beispiel, um die Verfassungsfragen von Normenverträgen neu aufzurollen.

Abgesehen davon ist – zweitens – anerkannt, daß der erwähnte Grundsatz der hoheitsrechtlichen Gestaltung von einseitig-normativen Wirkungen durchaus begründete Ausnahmen einer privatrechtlichen heteronomen Rechtssetzung zuläßt, etwa im Familienrecht. Eine traditionelle Argumentation, solche Ausnahmen dogmatisch zu begründen, stützt sich auf eine historische Interpretation der Verfassung und den „Antwortcharakter“ des B-VG: Finden sich für bestimmte Strukturelemente hinreichende Anhaltspunkte in der Rechtsordnung zur Entstehungszeit des B-VG, kann dies mangels anderweitiger Hinweise zumindest als Indiz dafür gewertet werden, der Verfassungsgesetzgeber habe diese Ausnahme eben „vorgefunden“ und „stillschweigend akzeptiert“.²⁶⁾ Es bestehen gute Gründe für die Auffassung, daß sich diese – gewiß nicht unbestreitbare, aber doch weithin akzeptierte – Überlegung auch zur Rechtfertigung der Gesamtverträge im Sozialversicherungsrecht fruchtbar machen läßt: Wie *Mosler* gezeigt hat, sind die Gesamtverträge ein im System des B-VG jedenfalls ansatzweise vorgefundenes und demnach grundsätzlich zulässiges Gestaltungsmittel im

²²⁾ Zum – am Beispiel der Kollektivverträge umfassend diskutierten – Problem näher und mwN *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 104 ff, insb 119 ff; *Aichreiter*, Österreichisches Verordnungsrecht II (1988) 353 ff; *Funk*, VR 1995, 52 ff; *Nauta*, Recht der freien Berufe 55.

²³⁾ MwN *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 190; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I (1995) 185 ff.

²⁴⁾ Vgl mwN *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 124 ff; siehe auch *Raschauer* in *Tomandl*, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts 89; *Funk*, VR 1995, 53 f.

²⁵⁾ *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 111, 234.

²⁶⁾ Nachweise bei *Aichreiter*, Verordnungsrecht I 354; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht I 186 f.

Vertragspartnerrecht²⁷⁾ – wenngleich unter der weiteren Voraussetzung, daß verfassungsrechtliche Mindestanforderungen an Rechtsstaatlichkeit und Rechtsschutz eingehalten werden, was eher ein Problem der verfassungskonformen Detailgestaltung und Feinsteuerung ist. Auch der VfGH hat bislang keine verfassungsrechtlichen Bedenken erkennen lassen, obwohl es eine Vielzahl anhängiger Fälle zum Vertragspartnerrecht gegeben hat.²⁸⁾ Mehr noch: Der VfGH hat die „privatrechtlichen Verträge“ iSd § 338 Abs 1 ASVG sogar dem Kernbereich des Zivilrechts iSd Art 6 MRK zugeordnet,²⁹⁾ worüber man (wegen der Autonomie der Konventionsbegriffe) zwar streiten kann, was aber jedenfalls zeigt, daß der VfGH die ausdrückliche gesetzliche Zuordnung zum „Privatrecht“ bisher mit allen Konsequenzen akzeptiert hat.³⁰⁾ Das trifft auch und insb auf die privatrechtliche Qualität des Gesamtvertrages zu: So hat der VfGH etwa die Anfechtung einer – einen Bestandteil des Gesamtvertrages bildenden – Honorarordnung als unzulässig zurückgewiesen, weil „gem §§ 338 ff ASVG ... Gesamtverträge privatrechtliche Verträge [sind], die nicht als Rechtsverordnungen iSd Art 139 B-VG qualifiziert werden können“.³¹⁾

Man kann daher festhalten, daß die Gesamtverträge und damit auch die Stellenpläne nicht nur de lege lata, sondern auch in verfassungsrechtlich zulässiger Weise als privatrechtliche Verträge zu qualifizieren sind. Die Vertragspartner werden in diesem Zusammenhang folglich im Rahmen der staatlichen Privatwirtschaftsverwaltung tätig. Allerdings muß man mit dieser Privatrechtsnatur auch ernst machen und sich für eine konsequente Anwendung zivilrechtlicher Grundsätze aussprechen,³²⁾ will man nicht den Vorwurf auf sich ziehen, es handle sich nur um einen Etikettenschwindel zum Zweck der Rechtsschutzvernichtung.

Auf der anderen Seite bedeutet die privatrechtliche Einordnung nicht zugleich das Abstreifen aller für den Hoheitsbereich geltenden Kautelen und Bindungen. Damit rückt die zentrale Frage ins Blickfeld, nämlich nach der Vereinbarkeit des Systems der Stellenplanung und Stellenbewirtschaftung mit der Grundrechtsordnung, namentlich der Erwerbsfreiheit des Arztes. Dazu einige Vorbemerkungen, um den verfassungsrechtlichen Rahmen abzu- stecken:

²⁷⁾ *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 124 ff; *Funk*, VR 1995, 54 zust *Krejci*, Untergang 36; *Nauta*, Recht der freien Berufe 55.

²⁸⁾ Vgl aus jüngerer Zeit zB VfSlg 13.946; 14.840; VfGH 15. 6. 1998, B 3011/96.

²⁹⁾ ZB VfSlg 13.553; vgl schon VfSlg 12.083, 11.729.

³⁰⁾ Vgl VfSlg 13.407 (Anwendbarkeit der Bestimmungen des ABGB über die Verzinsung auch ohne darauf abzielende Vereinbarung); VfGH 23. 2. 1999, B 2121/98 (Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte im Streit um Abschluß eines Kassenvertrags).

³¹⁾ VfSlg 14.740; ebenso *Nauta*, Recht der freien Berufe 56.

³²⁾ Vgl *Krejci*, Untergang, insb 74 ff, 88.

III. Stellenplanung und Grundrechtsordnung

1. Allgemeine dogmatische Grundlagen

Daß der Stellenplan und die Vertragsarztwahl dem Privatrecht zugehören, sagt über die dabei zu beachtenden verfassungsrechtlichen Bindungen noch gar nichts aus. Denn zum einen ist auch die private Rechtssetzung letztlich verfassungsabgeleitet; und zum anderen handeln hier ja nicht irgendwelche Privatpersonen, sondern Ärztekammern und Sozialversicherungsträger, mithin also staatliche (wenngleich selbstverwaltete) Einrichtungen. Als solche unterliegen sie jenen verfassungsrechtlichen Bindungen, die für die staatliche Privatwirtschaftsverwaltung auch sonst gelten, und im Gegensatz zu früheren Diskussionen können wir in diesem Zusammenhang heute auf einen über weite Strecken gesicherten Meinungsstand zurückgreifen.³³⁾ Daß dieser Meinungsstand zu einem Teil am Beispiel des Vergaberechts entwickelt wurde, macht die Übertragung auf unser Problem umso leichter, geht es doch auch hier um die privatrechtsförmige Verteilung beschränkter öffentlicher Mittel auf einen großen Kreis von Erwerbsausübenden:

Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß die sogenannte *Fiskalgeltung* der Grundrechte für den privatwirtschaftlich handelnden Staat mittlerweile unbestritten ist.³⁴⁾ Auch die Partner des Gesamtvertrages unterliegen daher nach zutreffender Auffassung der Grundrechtsbindung,³⁵⁾ und zwar der „unmittelbaren“ und nicht nur der über das Privatrecht vermittelten Grundrechtsbindung.³⁶⁾ Das bedeutet zwar nicht, daß die Grundrechte im privatrechtlichen Handeln der Rechtsträger immer in gleicher Weise wirken wie gegenüber dem hoheitlich handelnden Staat; soweit die Vertragspartner dem Einzelnen aber als Wirtschaftsmacht und Standesvertretung gegenüberreten, gibt es keinen Ansatzpunkt für eine irgendwie „verdünnte“ Grundrechtswirkung.³⁷⁾ Man muß sich also von der Vorstellung verabschieden, den Vertragspartnern käme im Umweg der privatrechtlichen Handlungsform eine ungebundene Privatautonomie nach dem Modell des „normalen Privaten“ zu.³⁸⁾ Dem Staat und seinen Untergliederungen ist keine Privatautonomie im Sinne eines Rechts zur willkürlichen Selbstgestaltung eingeräumt; der Staat hat nirgends wie ein Privater das „Recht zur Beliebigkeit“,³⁹⁾ mag auch bei Selbstverwaltungskörpern der Spielraum etwas größer sein.

Diese Grundrechtsbindung der Vertragspartner sagt freilich noch nichts darüber aus, welche Bindungen sich aus welchen Grundrechten im Einzelnen

³³⁾ Vgl. umfassend *Korinek/Holoubek*, Grundlagen.

³⁴⁾ Vgl. allgemein *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 146 ff.

³⁵⁾ Statt vieler *Funk*, VR 1995, 54; *Tomandl*, Schadenersatz wegen „inkorrekt“ ärztlicher Honorarordnung, *ecolex* 1993, 328 (330 f); *Krejci*, Untergang 74, 94; *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 84 mwN.

³⁶⁾ AM *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 236, 266.

³⁷⁾ Vgl. *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 150.

³⁸⁾ *Funk*, VR 1995, 54.

³⁹⁾ MwN *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 160; *dies*, Bundesverfassungsrechtliche Probleme privatrechtsförmiger Subventionsverwaltung, *ÖZW* 1995, 1; 108 (114).

ergeben. Das ist eine Frage der Interpretation konkreter Grundrechtsbestimmungen, auf die daher im folgenden genauer einzugehen ist.

2. Gleichheitssatz

Zentrale Bedeutung kommt zunächst dem Gleichheitssatz zu, der in der verfassungsgerichtlichen Judikatur zu einem allgemeinen Sachlichkeitsgebot weiterentwickelt wurde.⁴⁰⁾ Er bindet nicht nur den Gesetzgeber, sondern auch unmittelbar die Vertragspartner des Gesamtvertrages. Vor diesem Hintergrund können nicht nur die einschlägigen gesetzlichen Regelungen, sondern auch der Gesamtvertrag als solcher ebenso wie die einzelfallbezogene Auswahl des Vertragsarztes daran gemessen werden, ob sie im Hinblick auf die zu verfolgenden öffentlichen Interessen sachlich gerechtfertigt sind. Im Kern verbietet der Gleichheitssatz unsachliche Differenzierungen und – auf der individuellen Ebene – Willkür. Auf einige Folgerungen aus diesem Verfassungsgrundsatz wird später noch zurückzukommen sein. Hier mag der Hinweis genügen, daß durch das Verbot unsachlicher, nicht an Unterschieden im Tatsächlichen anknüpfender Differenzierungen letztlich nicht weniger als ein Recht aller Stellenbewerber auf *gleichen Zugang zur Kassenplanstelle* begründet wird. Das bedeutet kein absolutes Recht auf einen Kassenvertrag, sehr wohl aber das Recht auf Gleichbehandlung bei der Auswahlentscheidung in Anwendung sachlich gerechtfertigter Auswahlkriterien. Welche Leistungsfähigkeit diesem Grundrecht bei Vergabe- und Auswahlentscheidungen zukommen kann, läßt sich im Vergaberecht exemplarisch studieren.⁴¹⁾

3. Gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter

Ob darüber hinaus auch das in Art 3 StGG verankerte Recht auf gleiche Zugänglichkeit öffentlicher Ämter auf unseren Fall anwendbar ist, erscheint vor diesem Hintergrund gar nicht mehr ausschlaggebend, handelt es sich doch bei Art 3 StGG auch nur um eine spezielle Ausprägung des Gleichheitssatzes, der seine Wirkung auch ohne Umweg über Art 3 StGG entfaltet. Abgesehen davon kann die Frage nach der Anwendbarkeit des Art 3 StGG im Kassenarztsystem für Österreich ohnehin klar verneint werden: „Öffentliches Amt“ iSd Art 3 StGG ist jede Funktion, die einer juristischen Person öffentlichen Rechts zuzurechnen ist.⁴²⁾ Das trifft auf den Kassenarzt aber nicht zu, weil er auch bei Einbindung ins System der Sozialversicherung weiterhin einen freien Beruf ausübt und nicht Dienstnehmer der Versicherungsträger ist. Die deutsche Lehre vom „staatlich gebundenen Beruf“ und die daran anknüpfende Unterstellung bestimmter „staatsnaher“ Berufsausübungen unter das korre-

⁴⁰⁾ Nachweise bei *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitssatzes, *ÖZW* 1991, 72; *Walter/Mayer*, Grundriß Verfassung⁸ Rz 1347 ff.

⁴¹⁾ Hiezu mwN *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 152 ff; konkret zur Vergabe von Einzelverträgen im Kassenarztrecht zB *Funk*, VR 1995, 54 ff.

⁴²⁾ *Walter/Mayer*, Grundriß Verfassung⁸ Rz 1360.

spondierende Grundrecht des Art 33 GG⁴³⁾ hat in Österreich keine Gefolgschaft gefunden; der „staatlich gebundene Beruf“ ist keine verfassungsrechtlich relevante Figur⁴⁴⁾ und es erübrigen sich daher alle Überlegungen, ob der Vertragsarzt nun dieser Kategorie unterfällt oder nicht. Außerdem würde – wie schon erwähnt – die Anwendung des Art 3 StGG keinen erkennbaren verfassungsdogmatischen „Mehrwert“ bringen: Ein Recht auf Aufnahme auf eine Stelle enthält auch Art 3 StGG nicht, und ein gleiches Zugangsrecht ergibt sich schon aus dem Gleichheitssatz.

4. Freiheit der Berufs- und Erwerbsausübung

a) Meinungsstand

Damit komme ich zu den spezifischeren Grundrechten der Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit, nämlich zu Art 18 StGG (Freiheit der Berufswahl) und Art 6 StGG (Freiheit der Erwerbsausübung). Sie verdienen nicht zuletzt deshalb eine nähere Prüfung, weil sich in Anlehnung an das Kassenarzturteil des deutschen BVerfG⁴⁵⁾ und der in diesem Punkt offenbar einhelligen deutschen Lehre⁴⁶⁾ auch im österreichischen Schrifttum mittlerweile die Meinung durchgesetzt hat, der Stellenplan stelle einen schweren *Eingriff* in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit des Arztes dar.⁴⁷⁾ Man kann zwar darüber staunen, daß die österreichische Rezeption der Karlsruher Entscheidung mehrere Jahrzehnte gedauert hat, was wohl mit der erst durch die jüngere Verfassungsrechtsprechung gestiegenen Sensibilität für die Erwerbsfreiheit zu erklären ist. Die Konsequenzen aus der Anwendbarkeit dieser Grundrechte wären aber jedenfalls weitreichend: Denn sobald man einen Eingriff in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit bejaht, zieht dies die Anwendung jener strengen Prüfungskriterien nach sich, die der VfGH zu diesem Grundrecht entwickelt hat: Demnach sind Beschränkungen dieses Grundrechts nur dann zulässig, wenn sie ausschließlich im öffentlichen Interesse liegen und überdies ein taugliches und adäquates Mittel zur Verfolgung dieses Interesses darstellen. Besonders streng hat der VfGH wegen des Zusammenhanges zwischen Art 6 und Art 18 StGG jene Regelungen geprüft, die den Antritt einer Erwerbstätigkeit –

⁴³⁾ Vgl – gerade auch im Kontext der Stellung des Vertragsarztes – mwN *Francke*, *Ärztliche Berufsfreiheit und Patientenrechte* (1994) 66 ff.

⁴⁴⁾ Zurecht erstreckt *Oberndorfer* (Die Berufswahl- und Berufsausbildungsfreiheit in der neueren Grundrechtsjudikatur, JBl 1992, 273 [285]) daher die Erwerbs- und Berufsfreiheit auch auf die „staatlich gebundenen Berufe“.

⁴⁵⁾ BVerfGE 11, 30.

⁴⁶⁾ mwN *Sodan*, *Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung* (1997) 227 ff; *Francke*, *Ärztliche Berufsfreiheit* 256 ff.

⁴⁷⁾ Vgl unter Berufung auf BVerfGE 11, 30 zB *Raschauer* in *Tomandl*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts* 88 ff; *Günther*, *Verfassung und Sozialversicherung* 154; *Mosler* in *Strasser*, *Arzt und gesetzliche Sozialversicherung* 250; *Schrammel* in *Tomandl*, *Sozialrechtliche Probleme* 88 ff. Vgl auch *Nauta*, *Recht der freien Berufe* 54.

etwa in Form eines Zulassungssystems – beschränken.⁴⁸⁾ Die Palette der Zulassungssysteme und Bedarfsprüfungsmodelle, die dieser rigorosen Prüfung nicht standgehalten haben, ist weitgespannt und reicht – um nur ein paar Beispiele zu nennen – von den Taxis über Fahrschulen bis zu privaten Ambulatorien. Seither löst das Stichwort der *Bedarfsprüfung* geradezu zwangsläufig den Verdacht der Verfassungswidrigkeit aus, und es war eine Frage der Zeit, bis dieser Verdacht auch den Stellenplan des Sozialversicherungsrechts erfassen mußte. Ob das österreichische Stellenplansystem dieser Prüfung – insb unter dem Aspekt einer rigorosen Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung – standhalten könnte, ist also zweifelhaft und in der Lehre dementsprechend umstritten.⁴⁹⁾

Bevor man sich nun über die Rechtfertigung des Grundrechtseingriffs und die Verhältnismäßigkeitsprüfung Gedanken macht, sollte freilich zunächst bei den grundrechtsdogmatischen Prämissen verweilt und die Frage nach den grundrechtlichen Schutzbereichen bzw dem Vorliegen eines „Grundrechtseingriffs“⁵⁰⁾ neuerlich gestellt werden. Erstaunlicherweise ist die Lehre mit diesem Punkt – sofern er überhaupt thematisiert wird – recht schnell fertig, und man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, daß sich unter der Sogwirkung des deutschen Kassenvertragsurteils eine „herrschende Meinung“ herausgebildet hat, deren Vertreter eine genaue Begründung dafür, weshalb es sich bei der Vertragsarztzulassung um einen zweifelsfreien „Eingriff“ in die Erwerbsfreiheit handle, gar nicht mehr für erforderlich halten.

b) Freiheit der Berufswahl und des Antritts der Erwerbstätigkeit (Art 6 iVm Art 18 StGG)

Was die Freiheit der Berufswahl bzw des Antritts einer Erwerbstätigkeit betrifft, so kann der Stellenplan bzw die beschränkte Vertragsarztzulassung schon deshalb nicht als Eingriff gewertet werden, weil die Funktion als „Kassenvertragsarzt“ keinen eigenen Beruf darstellt, sondern lediglich eine Art der Ausübung des Arztberufes. Das läßt sich daraus begründen, daß der – im ÄrzteG näher und viel umfassender umschriebene – Beruf des Arztes⁵¹⁾ ja auch ohne Kassenvertrag ausgeübt werden kann und daher in der Verweigerung der Kassenarztzulassung auch kein Eingriff in das Recht der Berufswahl oder des Berufsantritts liegen kann.⁵²⁾ Die Nichtzulassung ist daher, wenn überhaupt,

⁴⁸⁾ Nachweise bei *Grabenwarter*, *Freiheit der Erwerbsbetätigung – Art 6 StGG*, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), *Grund- und Menschenrechte in Österreich II* (1992) 553 (563 ff); *Oberndorfer*, *JBl* 1992, 274 ff.

⁴⁹⁾ Eine Verfassungswidrigkeit bejahend zB *Raschauer* in *Tomandl*, *Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts* 89; *Günther*, *Verfassung und Sozialversicherung* 154 ff; *Schrammel* in *Tomandl*, *Sozialrechtliche Probleme* 87 ff; dagegen *Mosler* in *Strasser*, *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 239 ff; *Nauta*, *Recht der freien Berufe* 53 ff.

⁵⁰⁾ Dazu allgemein näher *Holoubek*, *Der Grundrechtseingriff*, DVBl 1997, 1031.

⁵¹⁾ Vgl §§ 2 ff ÄrzteG 1998, BGBl I 1998/169. Zum Begriff des „Berufs“ aus verfassungsrechtlicher Sicht vgl *Oberndorfer*, *JBl* 1992, 280 ff.

⁵²⁾ Vgl in diese Richtung schon BVerfGE 11, 41 ff.

eine Beschränkung der *Ausübungsmöglichkeiten* des Arztberufes, nicht hingegen des *Zugangs* zum Arztberuf.⁵³⁾

c) Freiheit der Erwerbsausübung

Damit bin ich bei der von der hA zugrundegelegten These angelangt, der Stellenplan und die begrenzte Vertragsarztzulassung stelle einen Eingriff in die Freiheit der Erwerbsausübung dar. Daß der Stellenplan die Erwerbsfreiheit irgendwie „berührt“, wird man nicht ernsthaft in Zweifel ziehen können, denn gewiß wirkt sich die Nichtzulassung im Kassenarztsystem empfindlich auf die wirtschaftlichen Erträge der ärztlichen Erwerbsausübung aus. Aus grundrechtsdogmatischer Sicht geht es aber um die Frage, an welchem Punkt diese „Berührung“ in einen *Grundrechtseingriff* umschlägt, ab welcher Berührungsqualität oder -quantität also jene verfassungsrechtlichen Rechtfertigungen erforderlich werden, die das jeweilige Grundrecht verlangt.

Man sollte sich an dieser Stelle noch einmal die rechtliche Bedeutung der Zulassung bzw Nichtzulassung als Vertragsarzt vor Augen führen: Nach dem ÄrzteG 1998 kann sich jeder Arzt nach Erfüllung der allgemeinen gesetzlichen Voraussetzungen überall niederlassen, ohne hiefür einer Bewilligung oder Zulassung zu bedürfen.⁵⁴⁾ Die Nichtzulassung zum Kassenarztsystem bedeutet daher auch keine rechtliche Einschränkung der Erwerbs- bzw Berufsausübungsfreiheit, und zwar auch nicht gegenüber den versicherten Patienten. Anders als bei echten Konzessionssystemen, wo die Nichtzulassung bzw die Nichterteilung einer Berechtigung einem Verbot der Tätigkeit gleichkommt, steht es dem Arzt weiterhin uneingeschränkt frei, als sog „*Wahlarzt*“ auch krankenversicherte Personen zu behandeln. Allerdings werden die Kosten dann nicht direkt von der Krankenkasse an den Arzt (auf „*Krankenschein*“) erstattet, sondern es muß sich der Patient um ihre (mit 80 % der Kosten limitierte) Refundierung bemühen (vgl §§ 131, 135 ASVG).⁵⁵⁾

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, daß das Stellenplansystem weder eine rechtliche Berufszugangsbeschränkung noch eine *rechtliche* Beschränkung der ärztlichen Erwerbsausübung darstellt. Die von der Lehre vertretene Begründung für den Eingriffscharakter stützt sich daher auch gar nicht auf den rechtlichen Charakter der Beschränkung, sondern auf den *wirtschaftlichen* Aspekt: Mit der Nichtzulassung sei der Arzt von einem wirtschaftlichen Markt abgeschnitten.⁵⁶⁾ Dies trifft insofern zu, als dem Wahlarzt – nicht zuletzt wegen der Hürde der beschränkten Kostenrückerstattung – zwar nicht der

⁵³⁾ So auch *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 112.

⁵⁴⁾ Vgl §§ 4ff ÄrzteG 1998.

⁵⁵⁾ Näher zum Wahlarzt *Grillberger* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 413ff; *Selb* in *Tomandl*, System 614ff. Die auf 80 % begrenzte Kostenerstattung ist allerdings bereits Gegenstand eines Gesetzesprüfungsverfahrens vor dem VfGH (G 92/98, V 44/98).

⁵⁶⁾ *Raschauer* in *Tomandl*, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts 88f; *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 252; *Sodan*, Freie Berufe 227ff.

rechtliche,⁵⁷⁾ aber doch der faktische Zugang zum „Markt“ der versicherten Personen erschwert wird.

Legt man die Judikatur des VfGH zu Erwerbsfreiheit zugrunde, dann genügt dieser Befund allerdings noch nicht, um einen Eingriff zu bejahen. Ein solcher Grundrechtseingriff wurde bisher nur dann angenommen, wenn die Erwerbsbetätigung untersagt (also rechtlich verboten) wurde oder dem Gesetz die versteckte Absicht innewohnt, die Ausübung eines Erwerbszweiges unmöglich zu machen.⁵⁸⁾ Diese rechtliche Ausschlußwirkung muß sich zwar nicht unbedingt auf die gesamte Erwerbstätigkeit beziehen, weshalb auch Hemmnisse in Teilsektoren (etwa der Entzug zusätzlicher, zu einer privaten Erwerbsausübung hinzutretender Betrauungen oder Funktionen) grundsätzlich an Art 6 StGG zu messen sind.⁵⁹⁾ Voraussetzung bleibt jedoch, daß die Beeinträchtigung zumindest in diesem Sektor eine *rechtliche* ist. Bloß „mittelbare“, „wirtschaftliche“ und „faktische“ Beeinträchtigungen der Erwerbsfreiheit – Beispiele sind etwa das Abbiegeverbot zur Tankstelle oder der Führerscheinentzug beim Berufskraftfahrer – fallen nach hA grundsätzlich nicht in den Schutzbereich.⁶⁰⁾

Auch die literarische Kritik an dieser restriktiven Judikatur⁶¹⁾ hat faktische Fern- und Reflexwirkungen außerhalb echter Verbote bzw rechtlicher Zulassungsschranken erst dann als Eingriff gewertet, wenn sie den Gebrauch der Freiheit „unmöglich machen“⁶²⁾ oder wenn der faktische Reflex einem Verbot zumindest wertungsmäßig gleichzuhalten ist (Schulbeispiel ist die Erlassung eines Fahrverbots auf der einzigen Tankstellenzufahrt).⁶³⁾ Sonstige tatsächliche oder wirtschaftliche Berührungen von Erwerbstätigkeiten, die

⁵⁷⁾ Rechtliche Marktzugangsbeschränkungen stellen zweifellos einen Eingriff in die Erwerbsausübungsfreiheit dar: vgl mwN *Grabenwarter* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte II 597.

⁵⁸⁾ Nachweise bei *Korinek*, Das Grundrecht der Freiheit der Erwerbsbetätigung als Schranke für die Wirtschaftslenkung, FS Wenger (1983) 243 (254ff).

⁵⁹⁾ MwN *Grabenwarter* in *Machacek/Pahr/Stadler*, Grund- und Menschenrechte II 556. In der Judikatur des VfGH ist allerdings nicht einmal geklärt, ab welcher „Schwelle“ der Entzug gewisser (einkommensrelevanter) Berechtigungen bzw Betrauungen überhaupt einen Eingriff in Art 6 StGG darstellt; vgl mwN *Grabenwarter* ibid 556; *Oberndorfer*, JBl 1992, 285.

⁶⁰⁾ Vgl näher *Walter/Mayer*, Grundriß Verfassung⁸ Rz 1389; *Mayer*, B-VG-Kommentar² (1997) Art 6 StGG Anm I.2; *Oberndorfer/Binder*, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insb gewerblicher Betätigung, FS Klecatsky (1980) 677 (686). Ähnlich (wenngleich zu Art 18 StGG) *Loebenstein*, Freie Berufe im Rechtsstaat, JBl 1984, 457 (463) (bloß wirtschaftliche Schranken fallen nicht in den Schutzbereich).

⁶¹⁾ ZB *Oberndorfer/Binder*, FS Klecatsky 686.

⁶²⁾ MwN *Korinek*, FS Wenger 254f. Ein Ansatz in diese Richtung findet sich schon im Verstaatlichungserkenntnis VfSlg 3118, wo der VfGH – freilich eher obiter dictum – faktische Marktzugangsbeschränkungen für ganze Branchengruppen im Wege der Verstaatlichung eines Industriezweiges als Verletzung des Wesensgehalts der Erwerbsfreiheit angesehen hat, „weil dann das verfassungsgesetzlich gewährleistete Recht des Staatsbürgers auf Freiheit der Erwerbsbetätigung (Art 6 StGG) in diesem Sektor praktisch beseitigt worden wäre“. Dazu auch *Korinek*, FS Wenger 257.

⁶³⁾ *Holoubek*, DVBl 1997, 1035.

unterhalb dieser markanten Schwellen liegen, sind jedenfalls nach derzeitigem Meinungsstand nicht als Eingriff zu werten. Es liegt auf der Hand, daß die Eingriffsintensität in unserem Fall nicht dieses Ausmaß erreicht, und zwar nicht nur, weil es neben der Vertragsarztfunktion eine Vielzahl von – wenn gleich weniger lukrativen – selbständigen und unselbständigen ärztlichen Erwerbsmöglichkeiten gibt, sondern auch, weil wegen des Wahlarztsystems ja auch der Nichtkassenarzt letztlich wieder in das System eingebunden ist. Ein echtes „Nachfragemonopol“ der sozialen Krankenversicherung gegenüber dem freiberuflichen Arzt⁶⁴⁾ liegt daher mE nicht vor, zumal sich auch diese „Nachfrage“ nach Kassenärzten durchaus auf mehrere Krankenversicherungsträger verteilt. Man kann demnach auch nicht von einem verfassungswidrigen De-facto-Monopol sprechen, welches die Freiheit der Erwerbsbetätigung in diesem Sektor „praktisch beseitigt“.⁶⁵⁾

Die undifferenzierte Unterstellung des Stellenplansystems unter das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit ist auf dem Boden der herrschenden Ansicht also nicht nachvollziehbar. Doch selbst wenn man die – von Lehre und Rechtsprechung zugrundegelegte – Unterscheidung zwischen „faktischen“ und „rechtlichen“ Beeinträchtigungen nicht teilt,⁶⁶⁾ spricht hier noch eine andere, grundsätzlichere Überlegung gegen die Annahme eines Grundrechtseingriffs:

Wollte man im Stellenplansystem bzw in der Nichtzulassung als Vertragsarzt einen rechtfertigungspflichtigen „Eingriff“ in das Grundrecht der Erwerbsausübungsfreiheit erblicken, dann müßte man nämlich zugleich die Prämisse bejahen, daß die Zulassung als Vertragsarzt jedenfalls in den grundrechtlichen Schutzbereich fällt. Oder anders gewendet: daß Art 6 StGG auf der Tatbestandsebene ein „Recht auf den Kassenvertrag“ verbürgt. Dagegen spricht aber, daß bei einer solchen Auslegung der Erwerbsfreiheit eine *Leistungs- und Teilhabekomponente* zugeschrieben werden müßte, die den Freiheitsrechten des StGG nach ganz herrschender Auffassung fehlt.⁶⁷⁾ Die erwerbsbeschränkende Wirkung der Nichtzulassung liegt nicht darin, daß der Staat in ein Freiheitsrecht des Arztes eingreift, sondern darin, daß diesem – bei aufrechter Freiheit der Berufsausübung – die Teilnahme an einem Vertrags- und Verrechnungssystem und damit letztlich an einem Honorarpool verwehrt wird. Insofern trifft die Parallelisierung zwischen der vertragsärztlichen Bedarfsprüfung und jener etwa bei den Apotheken,⁶⁸⁾ den Notaren⁶⁹⁾ oder den Taxifahrern⁷⁰⁾ nicht zu. Letzteren wird damit etwas verboten, was sie aus eigener Kraft an sich bewerkstelligen könnten (nämlich die Ausübung der beruflichen Tätigkeit); den Ärzten hingegen wird eine Leistung bzw eine vertragliche

⁶⁴⁾ Vgl Krejci, VR 1998, 165.

⁶⁵⁾ Vgl VfSlg 3118. Zum Problem der Monopolisierung im Lichte der Erwerbsfreiheit zB Oberndorfer, JBl 1992, 284f; Mayer, Staatsmonopole (1976) 32.

⁶⁶⁾ Vgl zB Raschauer in Tomandl, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts 88f.

⁶⁷⁾ Vgl nur Walter/Mayer, Verfassung⁸ Rz 1325.

⁶⁸⁾ Vgl zuletzt VfGH 2. 3. 1998, G 37/97.

⁶⁹⁾ Dazu Knechtel, Das Recht der Notare auf Berufsausübung (1996) 35ff.

⁷⁰⁾ Vgl zB VfSlg 10.932.

Bindung vorenthalten, für die es das Tätigwerden eines Dritten – nämlich des Vertragspartners – bedarf. Rechtliche Beschränkungen bei der Zulassung einer freien (und unter eigenem wirtschaftlichen Risiko stattfindenden) beruflichen oder unternehmerischen Tätigkeit sind grundrechtlich nicht gleichzusetzen mit Beschränkungen der Finanzierung solcher Leistungen aus öffentlichen Mitteln. Bedenkt man, daß die Erwerbsfreiheit ja auch unselbständig Erwerbstätige (einschließlich der Beamten) schützt,⁷¹⁾ so wird sichtbar, daß die gegenteilige Auffassung – konsequent zu Ende gedacht – letztlich zu einem Recht auf Anstellung, einem Recht auf Arbeit, mithin also zu einem sozialen Recht und einer staatlichen Berufs- und Finanzierungsgarantie führen müßte, die erst auf der Rechtfertigungsebene wieder etwas zurückgenommen werden könnte.⁷²⁾ Eine solche Leistungs- und Teilhabekomponente ist der Berufs- und Erwerbsfreiheit des StGG aber, anders als nach Art 12 GG,⁷³⁾ fremd.⁷⁴⁾ Wenn nicht einmal das sachlich viel näherliegende Recht der freien Berufswahl nach Art 18 StGG oder das Recht auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern ein solches soziales Teilhaberecht verbürgt,⁷⁵⁾ dann kann ein solches – so sehr man das Ergebnis im konkreten Fall vielleicht auch begrüßen mag – auch nicht über die Hintertür einer „effektiven“ Interpretation dem Art 6 StGG unterstellt werden.

Als Ergebnis ist daher zusammenzufassen, daß weder der Stellenplan (und die damit verbundene Beschränkung der vertragsärztlichen Niederlassung auf bestimmte „Kassenplanstellen“) noch die Nichtzulassung als Vertragsarzt per se einen Eingriff in die Berufs- und Erwerbsausübungsfreiheit darstellen; sie sind daher als solche grundsätzlich gar nicht an diesem Grundrecht zu mes-

⁷¹⁾ Vgl nur VfSlg 4501; 7798.

⁷²⁾ Bei dieser Interpretation hätte letztlich auch jeder Bewerber um eine Aufnahme in den öffentlichen Dienst einen aus Art 6 StGG ableitbaren Anspruch auf das „Amt“, was im systematischen Kontext des – weit weniger weitreichenden – Art 3 StGG wenig plausibel erscheint. Man müßte dann nämlich das Recht auf gleichen Zugang zum öffentlichen Dienst gem Art 3 StGG entgegen seiner historischen Bedeutung als *Einschränkung* (und nicht als *Ergänzung*: Gumpowicz, Das österreichische Staatsrecht³ [1907] 259) des Art 6 StGG deuten. Bemerkenswert ist freilich, daß die überwiegende deutsche Lehre genau in diese Richtung geht, indem sie das Recht auf gleichen Zugang zum öffentlichen Amt (Art 33 II GG) als *Beschränkung* der Berufsfreiheit (Art 12 GG) deutet: statt vieler Jarass/Pieroth, Art 12 GG Rz 5, 43a.

⁷³⁾ Vgl zur Ableitung von Teilhabe- und Leistungsrechten aus Art 12 GG zB Bleckmann, Staatsrecht II – Die Grundrechte³ (1989) 874ff; Wieland, Art 12 GG, in Dreier (Hrsg), Grundgesetz I (1996) 781 ff.

⁷⁴⁾ Vgl zu Art 6 StGG schon VfSlg 2586: „Art 6 StGG hat nicht die Bedeutung, daß der Staat oder seine Verwaltungsbehörden verpflichtet wären, jedem Staatsbürger die wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Ausübung des von ihm gewählten Berufes oder Erwerbszweiges zu schaffen. Nur rechtliche Hindernisse dürfen ... der freien Erwerbsbetätigung nicht in den Weg gelegt werden, wenn sie nicht in einem Gesetz vorgesehen sind.“ Ähnlich Oberndorfer/Binder, FS Klecatsky 693: „Als Freiheitsrechte gewähren Art 6 und Art 18 StGG nur Schutz vor hoheitlichen Eingriffen, jedoch keinen Anspruch auf Einräumung von Sondernutzungsrechten.“

⁷⁵⁾ Vgl (zu Art 18 StGG) Oberndorfer, JBl 1992, 282; ders in Machacek/Pahr/Stadler (Hrsg), Grund- und Menschenrechte in Österreich II (1992) 617 (628).

sen.⁷⁶⁾ Insb besteht kein grundrechtlich begründbarer Anspruch auf einen Kassenvertrag. Die vorschnelle Übertragung der Kassenvertragsjudikatur des deutschen Bundesverfassungsgerichts auf das österreichische Kassenarztrecht erweist sich somit – nicht zuletzt wegen einer abweichenden Grundrechtslage – als verfehlt.

Das bedeutet freilich nicht – wie zur Vermeidung von Mißverständnissen gleich anzufügen ist –, daß die Erwerbsfreiheit im Zulassungssystem gänzlich ohne Belang ist. Zweifellos bedeutet etwa die Kündigung⁷⁷⁾ eines einmal abgeschlossenen Einzelvertrages einen Eingriff in die Freiheit der Erwerbsausübung.⁷⁸⁾ Mit anderen Worten: es gibt einen grundrechtlichen Schutz *des* Vertrages, hingegen kein Recht *auf* den Vertrag. Dazu kommt, daß der Erwerbsfreiheit sehr wohl auch bei der *Vertragsarztzulassung* eine gewichtige Bedeutung zukommen kann. Schließt man sich der Auffassung an, daß etwa die wettbewerbsverzerrende Subventionsgewährung oder die Vergabe öffentlicher Aufträge (worauf ja auch kein grundrechtlicher Anspruch besteht) als Eingriff in die Erwerbsfreiheit des übergangenen Mitbewerbers anzusehen ist,⁷⁹⁾ dann gelangt man auch über Art 6 StGG zu einem Recht auf gleichen Zugang zu den zu verteilenden Leistungen,⁸⁰⁾ hier also: auf ein *gleiches Zugangsrecht* zum Markt der Kassenstellen. Viel mehr als aus dem Gleichheitssatz ist aus dieser Sicht freilich nicht zu gewinnen: In beiden Fällen richtet sich der grundrechtliche Anspruch auf eine sachlich gerechtfertigte Auswahlentscheidung, während die Begrenztheit der zur vergebenden Mittel bzw deren örtliche Verteilung als solche nicht in gleicher Dichte verfassungsrechtlich hinterfragbar ist.

⁷⁶⁾ Wenngleich gute Gründe für die Auffassung von *Mosler* sprechen, daß das österreichische System diese Prüfung – zumindest im Grundsätzlichen – auch durchaus bestehen könnte: *Mosler in Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 253 ff. Auch der VfGH hatte in VfSlg 13.826 offenbar keine Bedenken, wenn er die Bedarfsprüfung von ärztlichen Zweitordinationen ua deshalb nicht als zur Erreichung einer flächendeckenden qualifizierten ärztlichen Versorgung geeignet und adäquat erachtete, da diesem Bedürfnis bereits durch § 342 Abs 1 Z 1 ASVG [das ist die gesetzliche Grundlage des Stellenplanes] Rechnung getragen sei. Vgl auch VfSlg 14.870, sowie jüngst VfGH 10. 3. 1999, G 64, 65/98.

⁷⁷⁾ Nicht hingegen die Befristung: Wenn das Grundrecht überhaupt kein Recht auf Abschluß eines Einzelvertrages verbürgt, dann kann umsoweniger der Abschluß eines befristeten Vertrages als Grundrechtseingriff qualifiziert werden.

⁷⁸⁾ Unbestritten ist daher auch, daß etwa die Versetzung eines Beamten in den Ruhestand bei herabgesetzten Bezügen einen Eingriff in Art 6 StGG darstellt (VfSlg 4501), ohne daß es einen korrespondierenden Anspruch auf Aufnahme in den öffentlichen Dienst gibt.

⁷⁹⁾ Vgl *Korinek/Holoubek*, ÖZW 1995, 115; *Holoubek*, DVBl 1997, 1034.

⁸⁰⁾ Vgl (zu Art 12 GG) *Gusy*, Die Freiheit von Berufswahl und Berufsausübung, JA 1992, 257 (262 f).

IV. Einige rechtsstaatliche Anforderungen an Stellenplan und Vertragsarztzulassung

1. Vorhersehbarkeit und Determinierung

Da die zentralen Elemente des rechtsstaatlichen Prinzips – nämlich die Grundsätze der Berechenbarkeit und Überprüfbarkeit allen staatlichen Handelns – auch in der Privatwirtschaftsverwaltung gelten,⁸¹⁾ müssen diese Maßstäbe auch an den Stellenplan und die Vergabekriterien angelegt werden. Betrachten wir zunächst die Frage nach der hinreichenden Determinierung. Sie kann auf zwei Ebenen gestellt werden, nämlich auf der Ebene der *vertragspartnerrechtlichen* Regelungen und auf der Ebene des *Gesetzes*.

a) Vertragspartnerrecht

Nach dem Modell des § 342 ASVG ist sowohl die „Zahl“ und die „örtliche Verteilung“ der Planstellen als auch die „Auswahl der Vertragsärzte“ im Gesamtvertrag „zu regeln“. Daraus ist zu schließen, daß der Gesamtvertrag das Zulassungssystem jedenfalls insoweit inhaltlich zu bestimmen hat, daß neben der Zahl und Verteilung der Vertragsärzte auch die Art und die konkreten materiellen Kriterien ihrer Auswahl aus dem Gesamtvertrag ersichtlich sind.⁸²⁾ Eine Auslagerung aller oder einzelner dieser Punkte – etwa der konkreten Vergabekriterien – in andere Dokumente oder „Richtlinien“ ist insoweit unproblematisch, als die verwiesenen Normen ihrerseits nach den Regeln der §§ 338ff ASVG vertraglich vereinbart sind.⁸³⁾ In diesem Fall sind derartige Richtlinien – auch wenn sie sich nicht in dem als „Gesamtvertrag“ bezeichneten Hauptdokument befinden – nämlich ohnehin Teil des Gesamtvertrages, da darunter die Summe aller vertraglichen Regeln unabhängig von ihrer Bezeichnung zu verstehen ist.⁸⁴⁾ Unzulässig ist hingegen eine Delegation an Richtlinien, die *einseitig* durch Organbeschluß von einem der Vertragspartner erlassen werden, da dies der gesetzlich verankerten Regelungspflicht im Gesamtvertrag zuwiderliefe. Ebenso unzulässig wäre weiters eine vertragliche Delegation an Dritte,⁸⁵⁾ namentlich an Behörden wie etwa die Landesschiedskommission;⁸⁶⁾ eine derartige Vorgangsweise mag unter dem Titel der „Leistungsbestimmung durch Dritte“ vielleicht zivilrechtlich konstruierbar sein, würde jedoch neben dem ASVG⁸⁷⁾ auch noch das Recht auf den gesetzlichen Richter verletzen,

⁸¹⁾ *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 80.

⁸²⁾ Vgl zur gesamtvertraglichen Regelungspflicht hinsichtlich des Zulassungssystems *Selb in Tomandl*, System 586ff; *Krejci*, ZAS 1989, 113.

⁸³⁾ So etwa, wenn § 5 Abs 2 des Muster-Gesamtvertrages für die „§ 2 Kassen“ von zu „vereinbarenden“ Richtlinien spricht.

⁸⁴⁾ *Selb in Tomandl*, System 584.

⁸⁵⁾ Zum Delegierungsverbot des Gesamtvertrages zB *Krejci*, Untergang 44.

⁸⁶⁾ So zB § 3 Abs 3 des Muster-Gesamtvertrages für die „§ 2 Kassen“.

⁸⁷⁾ Arg „haben ... zu regeln“ (§ 342 Abs 1 ASVG); *Selb in Tomandl*, System 586f.

weil behördliche Kompetenzen nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen begründet werden können.⁸⁸⁾

Aus rechtsstaatlicher Sicht genügt nicht, daß der Gesamtvertrag die Stellenverteilung und die Vergabekriterien irgendwie regelt; er muß sie auch in einer inhaltlich ausreichend bestimmten Weise *selbst* regeln. Das ergibt sich nicht nur unmittelbar aus der Regelungspflicht des § 342 ASVG,⁸⁹⁾ sondern auch aus der Stellung des Gesamtvertrages im Stufenbau der Rechtskonkretisierung, die funktionell jener einer Verordnung vergleichbar ist. Daraus folgt neben dem eben erwähnten Delegierungsverbot auch, daß die Regelung jedenfalls in ihrer Determinierungsdichte erheblich über jene Bestimmtheit hinausgehen muß, die bereits das Gesetz aufweist. Nur auf diese Weise läßt sich auf der Ebene der individuellen Rechtskonkretisierung jenes Maß an Transparenz und Vorhersehbarkeit erzielen, das für einen Rechtsstaat konstitutiv ist.

Vorhersehbarkeit des Verwaltungshandelns hängt nicht nur von der Bestimmtheit der generell-abstrakten Rechtsgrundlagen ab, sondern auch von deren zeitlicher Beständigkeit, die es dem einzelnen ermöglicht, sein Handeln längerfristig danach einzurichten und zu planen. Unter dem Aspekt des *Vertrauensschutzes* (und damit der Gleichheitssatzes) wird daher etwa sorgfältig zu prüfen sein, ob es bei Änderung insb von Vergabekriterien für Kassenplanstellen nicht gewisser Übergangsbestimmungen bedarf, um die Dispositionen der Anwärter zu schützen. In dem aus der Judikatur entlehnten Beispiel,⁹⁰⁾ wo während eines laufenden Bewerbungsverfahrens die Vergaberichtlinien der Ärztekammer zuungunsten der – nach der alten Reihung am Zug gewesenen – Bewerberin geändert wurden, bleibt zumindest der Verdacht einer gleichheitswidrigen Verletzung des Vertrauensschutzes im Raum.⁹¹⁾

In Zusammenhang mit dem Aspekt der Bestimmtheit steht aus rechtsstaatlicher Perspektive schließlich auch die Frage nach der Kundmachung des Stellenplanes und der Vergabekriterien. § 342 Abs 1 Z 8 ASVG sieht eine zwingende Verlautbarung des Gesamtvertrages (und damit auch der – einen Bestandteil der Gesamtverträge bildenden – Stellenpläne) vor, schweigt aber über die Art und Weise dieser Verlautbarung.⁹²⁾ Im Hinblick auf das rechtsstaatliche Prinzip wird zumindest eine Mindestpublizität in Analogie zur Verordnungskundmachung zu fordern sein.⁹³⁾ Das setzt die Wahl einer Kundmachungsform voraus, die eine effektive Kenntnisnahmemöglichkeit für den betroffenen Adressatenkreis eröffnet. Zu denken ist dabei insb an die (in vielen

⁸⁸⁾ Vgl zum Stellenplan VfSlg 8692: „Die Vertragsparteien haben die Planstellen selbst festzusetzen“.

⁸⁹⁾ Zur Bestimmtheit der Gesamtverträge vgl *Selb* in *Tomandl*, System 586.

⁹⁰⁾ Vgl den Sachverhalt in OLG Graz 29. 2. 1996, 4 R 168/95.

⁹¹⁾ Vgl zum Problem des Vertrauensschutzes im Zusammenhang mit Berufsantrittsregelungen *Grabenwarter*, Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Erwerbsfreiheit (1994) 81f.

⁹²⁾ Zur hier nicht weiter erörterten Frage, ob die Verlautbarung Gültigkeitsvoraussetzung des Gesamtvertrages ist: verneinend *Krejci*, ZAS 1989, 113; *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 222.

⁹³⁾ Vgl *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 223.

Gesamtverträgen vorgesehene) Veröffentlichung in Zeitschriften der Kammern bzw der „Sozialen Sicherheit“. Wenn man bedenkt, daß wegen des gleichen Zugangsrechts zu Kassenvertragsstellen zu den Adressaten des Stellenplanes jedenfalls auch die potentiellen Bewerber um einen Kassenvertrag gehören, so ist klar, daß etwa bloße Rundschreiben an Vertragsärzte schon deshalb nicht ausreichen können, weil diese für den Kreis der Anwärter um eine Stelle voraussetzungsgemäß nicht erreichbar sind.⁹⁴⁾

b) Gesetz

Die Frage der Determinierung läßt sich auch an den Gesetzgeber richten. Blickt man ins ASVG, so wird freilich deutlich, daß zwar die Kriterien für die *örtliche Verteilung* der Kassenplanstellen in groben Zügen geregelt ist (§ 342 Abs 1 Z 1), nicht hingegen die materiellen Kriterien für die *Auswahl* der Vertragsärzte (Z 2). In diesem Punkt (wie in vielen anderen) überläßt das Gesetz die inhaltliche Regelung völlig der Willenseinigung durch die Vertragspartner.⁹⁵⁾ In verfassungsrechtlicher Terminologie könnte man auch sagen: Das Gesetz enthält eine formalgesetzliche Delegation an den Gesamtvertrag. Daß dies bisher offenbar nicht zu verfassungsrechtlichen Bedenken Anlaß gab,⁹⁶⁾ hat einen einfachen Grund: Denn nach bislang völlig hA fehlt in der Verfassung eben eine dem Art 18 B-VG entsprechende Determinierungspflicht für die Privatwirtschaftsverwaltung im allgemeinen⁹⁷⁾ und jene der Vertragspartner im besonderen.⁹⁸⁾

Ob sich diese Sicht der Dinge heute noch aufrechterhalten läßt, erscheint allerdings fraglich: Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang ein neueres Erkenntnis des VfGH, in welchem eine Bestimmung des Rundfunkgesetzes über die Vergabe von Sendezeiten mangels ausreichender inhaltlicher Determinierung wegen Verstoß gegen Art 18 B-VG aufgehoben wurde⁹⁹⁾ – und dies, obwohl die Sendezeitvergabe geradezu als Schulbeispiel privatwirtschaftlichen Handelns eines (wegen der rechtlichen Selbständigkeit des ORF) nicht einmal staatlichen Rechtsträgers gilt. Als Begründung führte der VfGH an, die Vergabe von Sendezeiten erfolge zwar privatautonom, bei der gesetzlichen Regelung über die Vergabe handle es sich aber um eine Beschränkung der Privatautonomie, und diese bedürfe jedenfalls – insb auch im Hinblick auf die davon berührten Grundrechte – der gesetzlichen Determinierung. Verallgemeinert man die Grundthese dieser Entscheidung, so ist klar, daß eine solche Determinierungspflicht in gleicher Weise für die staatliche Privatwirtschaftsverwaltung (einschließlich der Privatwirtschaftsverwaltung durch Selbstver-

⁹⁴⁾ Vgl (auch zur Praxis) *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 223.

⁹⁵⁾ Vgl *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 80.

⁹⁶⁾ Krit allerdings schon *Raschauer* in *Tomandl*, Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts 89; *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 84; *Funk*, VR 1995, 54.

⁹⁷⁾ *MwN Potacs*, ÖZW 1998, 118.

⁹⁸⁾ Vgl nur *Korinek* in *Tomandl*, System 505 f.

⁹⁹⁾ VfSlg 15.059 = ÖZW 1998, 116 Anm *Potacs*.

waltungskörper) gelten muß. Dabei spielt es mE keine entscheidende Rolle, ob man der Ableitung dieser Determinierungspflicht aus Art 18 B-VG folgt oder nicht: Denn letzten Endes gelangt man aus allgemeinen rechtsstaatlichen Prinzipien sowie aus einem allfälligen Grundrechtsbezug des staatlichen Handelns zum selben Ergebnis.¹⁰⁰⁾

Für die gesetzliche Regelung des Gesamtvertrages bedeutet dies nun wohl nichts anderes, als daß der Gesetzgeber die inhaltliche Gestaltung des Gesamtvertrages nicht völlig den Vertragspartnern überlassen darf, ohne hiefür zumindest gewisse *inhaltliche Richtlinien* vorzugeben. Er darf dies im vorliegenden Fall insb auch deshalb nicht, weil es um wichtige grundrechtsrelevante Aspekte bei der Stellenbewerbung geht, mögen sich diese nun aus der Erwerbsfreiheit, oder „nur“ aus dem Gleichheitssatz ergeben. Diese Forderung nach dichter gesetzlicher Regelung leuchtet im übrigen auch ein, wenn man sich die funktionelle Vergleichbarkeit des Gesamtvertrages mit einer Verordnung vor Augen hält: Die grundsätzliche Zulässigkeit der Wahl der Vertragsform an Stelle der Verordnung bedeutet nicht gleichzeitig, daß der Gesetzgeber Regelungsgegenstände in einem Ausmaß an die niedrigerrangige Rechtsquelle „Gesamtvertrag“ delegieren darf, welches – würde er dies gegenüber dem Verordnungsgeber tun – einer unzulässigen formalgesetzlichen Delegation gleichkäme. Das Schweigen der Sozialversicherungsgesetze über die Kriterien der Stellenvergabe erscheint vor diesem Hintergrund verfassungswidrig.

Dagegen könnte man nun einwenden, daß bei einer vertraglichen Rechtskonkretisierung, wie wir sie bei den Gesamtverträgen vor uns haben, von einer an die Verordnungserlassung angelehnten Vorherbestimmung im Gesetz schon deshalb nicht gesprochen werden dürfe, weil man ja nicht einmal den Vertragsabschluß erzwingen kann und daher den Vertragspartnern größere Spiel- und Kompromißräume offenstehen müßten.¹⁰¹⁾ Aus der Nähe betrachtet spricht dies nun freilich nicht gegen eine gewisse gesetzliche Determinierung, sondern wirft vielmehr die zusätzliche Frage auf, ob das Gesetz nicht auch für den Fall der Nichteinigung über den Stellenplan oder die Vergabekriterien Vorsorge für eine vorhersehbare Einzelentscheidung treffen muß.¹⁰²⁾ Insb wenn man ein Recht auf gleichen Zugang zu den Kassenplanstellen bejaht, müßten gewisse Mindestanforderungen auch bei einem Scheitern der Vertragspartnereinigung wohl auch im Gesetz verankert sein, weil sonst der anzuwendende Maßstab (insb was die konkreten Vergabekriterien betrifft) vollends unbestimmt wird. Oder um es anders zu formulieren: Sofern und soweit die vom Vertragspartnerrecht intendierte und – wie gezeigt: grundsätzlich nicht zu beanstandende – Rechtssetzung im „freien Spiel der Kräfte“¹⁰³⁾ mißlingt, muß

¹⁰⁰⁾ Vgl *Raschauer*, Gesetzmäßigkeitsgrundsatz und Wirtschaftsrecht, FS Rill (1995) 515 (519ff); *Potacs*, ÖZW 1998, 119.

¹⁰¹⁾ Vgl *Selb* in *Tomandl*, System 588.

¹⁰²⁾ Die vertragliche Bestimmung, wonach die Landesschiedskommission bei Nichteinigung über den Stellenplan entscheidet, ist jedenfalls unzulässig, weil Behördenzuständigkeiten nicht durch Parteienvereinbarung begründet werden können: *Selb* in *Tomandl*, System 586; VfSlg 8692.

¹⁰³⁾ *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 80.

der Gesetzgeber in die Bresche springen. Hinzuzufügen ist freilich, daß sich dieses Problem überhaupt nur dann stellt, wenn man die Regelung des Stellenplanes und der Vertragsarztauswahl nicht zu den *essentialia negotii* des Gesamtvertrages zählt; denn anderenfalls gibt es im Fall der Nichteinigung ohnehin keinen Gesamtvertrag und damit auch keine Stellenvergabe mehr.

2. Inhaltliche Determinanten des Stellenplanes und der Vergabekriterien

Welche Anforderungen ergeben sich nun aus der Verfassung für die inhaltliche Gestaltung des Stellenplanes und der Vergabekriterien?¹⁰⁴⁾

1. Was den *Stellenplan* als solchen betrifft, so geht es dabei zunächst und im wesentlichen um die Frage der sachlich gerechtfertigten Ausgestaltung im Lichte des Gleichheitssatzes, insb im Hinblick auf die örtliche Verteilung der Stellen. In diesem Punkt wird man gegen die gesetzlichen Vorgaben, die auf die *Versorgungsdichte* und die *freie Arztwahl* abstellen, keine verfassungsrechtlichen Bedenken haben können. Was die Gesamtzahl der zur Verfügung zu stellenden Planstellen angeht, so sind nur sehr grobe Aussagen möglich, da – wie erwähnt – eine Verfassungspflicht, jedem Bewerber eine Stelle anzubieten, nicht besteht. Eine (freilich schwer zu bestimmende) Mindestdichte von Vertragsärzten ist wegen bestehender Schutzpflichten für Leben und Gesundheit (Art 2, 8 MRK) und aus Gründen der allgemeinen Sachlichkeit aber durchaus verfassungsrechtlich begründbar. Die Alternative zwischen einer großzügigen und einer restriktiven Stellenplanpolitik ist daher nicht nur eine politische Frage.¹⁰⁵⁾

2. Verfassungsrechtlich ergiebiger ist die Frage nach den konkreten *Auswahl- und Vergabekriterien*. Diese unterliegen – wiederum als Folge des Gleichheitssatzes und des Rechts auf gleichen Zugang zur Kassenplanstelle – dem Maßstab der *Sachlichkeit* und der *Willkürfreiheit* und gehen damit über weite Strecken mit jenen Kriterien parallel, die sich ebensogut aus dem Zivilrecht begründen lassen.¹⁰⁶⁾ Zusätzliche Beurteilungsmaßstäbe können dem einfachgesetzlichen Recht entnommen werden, namentlich den aus § 342 Abs 1 Z 1 ASVG ableitbaren Versorgungszielen. Verkürzt können die sich daraus ergebenden Anforderungen dahingehend zusammengefaßt werden, daß die Auswahlkriterien für die Vertragsärzte im Hinblick auf die zu schützenden öffentlichen Interessen¹⁰⁷⁾ – und das sind hier die kollektiven Gesamtinter-

¹⁰⁴⁾ Auf die einschlägigen Formvorschriften sei nur hingewiesen: Zur Schriftlichkeit gem §§ 338 ASVG vgl *Mosler* in *Strasser*, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 218; zur Ausdrücklichkeit *Krejci*, Untergang 110.

¹⁰⁵⁾ Zur Sachlichkeit der Stellenplanpolitik vgl krit *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 90f.

¹⁰⁶⁾ Vgl *Funk*, VR 1995, 54.

¹⁰⁷⁾ Zum öffentlichen Interesse bei der Sachlichkeitsprüfung im Kontext der Privatwirtschaftsverwaltung vgl *Korinek/Holoubek*, Grundlagen 155; im Kontext der Vertragsarztauswahl *Schrammel* in *Tomandl*, Sozialrechtliche Probleme 86ff.

sen der Ärzteschaft und der Versicherten¹⁰⁸⁾ – sachlich gerechtfertigt sein müssen. Hinzukommen noch europarechtliche Determinanten aus der Niederlassungsfreiheit gem Art 52 (43 neu) EGV.

Es ist in diesem Zusammenhang unmöglich, alle denkbaren und in der bunten Rechtswirklichkeit und Rechtspraxis des Vertragspartnerrechts anzu treffenden Auswahlkriterien hinreichend zu würdigen oder auch nur flächen deckend zu kommentieren. Einige Eckpfeiler lassen sich im Anschluß an *Funk*¹⁰⁹⁾ und *Mosler*¹¹⁰⁾ aber dennoch ausmachen:

Unbedenklich erscheinen zunächst Kriterien, die auf formale Aspekte der zeitlichen Reihung auf einer Warteliste und auf sachlich relevante fachliche Gesichtspunkte der Ausbildung bzw allfälliger Zusatzqualifikationen¹¹¹⁾ udgl abstellen.

Problematisch sind Bedachtnahmen auf soziale und wirtschaftliche Aspekte auf der Seite einzelner Bewerber. Auch wenn man die Berücksichtigung sozialer Gesichtspunkte nicht von vornherein als unsachlich ansehen kann,¹¹²⁾ so bedarf es doch besonderer Begründungen, weshalb eine solche Bedachtnahme im Einzelfall tatsächlich im *öffentlichen* Interesse – und nur darum kann es gehen – liegen soll. Bei der Privilegierung von Verwandten ist ein solches Interesse nicht ersichtlich.¹¹³⁾ Auch das Fehlen von Altersgrenzen bei Vertragsärzten ist unter dem Aspekt der intergenerativen Verteilungsgerechtigkeit schwerwiegenden Verfassungsbedenken ausgesetzt, zumal dadurch auch der Zugang jüngerer Ärzte zu potentiell freiwerdenden Kassenplanstellen vom Gutdünken des bisherigen Vertragsinhabers abhängig gemacht wird. Für eine vorhersehbare und nachvollziehbare Stellenplanpolitik ist das keine brauchbare Rahmenbedingung.

Unzulässig erscheint eine an der *Staatsbürgerschaft* anknüpfende Privilegierung von Inländern gegenüber EU-Bürgern, da dies mit dem Diskriminierungsverbot des Art 52 (43 neu) EGV im Widerspruch steht. EU-Bürger müssen jedenfalls den gleichen Zugang zu Kassenplanstellen haben.¹¹⁴⁾ Fraglich

¹⁰⁸⁾ § 23, § 31 Abs 2 ASVG; § 65 Abs 1 ÄrzteG 1998. Vgl *Tomandl*, *ecolex* 1993, 330.

¹⁰⁹⁾ *Funk*, VR 1995, 54 ff.

¹¹⁰⁾ *Mosler* in *Strasser*, *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 265 ff; *ders*, *Probleme bei der „Vergabe“ von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen*, DRdA 1996, 430.

¹¹¹⁾ Dabei ist allerdings zu beachten, daß die Gewichtung von Zusatzqualifikationen in einem sachlichen Bezug zur angestrebten Vertragsarztstätigkeit stehen muß. Nicht jedes „Diplom“ einer Ärztekammer wird daher für jedes Sonderfach gleich bewertet werden dürfen.

¹¹²⁾ Vgl *Mosler* in *Strasser*, *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 266 f.

¹¹³⁾ Medienberichte, wonach sich Planstellenbewerber schnell noch vom Vorgänger adoptieren lassen, um zu einem Kassenvertrag zu kommen, erinnern in unangenehmer Weise an überkommene Muster der Erbpacht von Ämtern.

¹¹⁴⁾ Vgl *Pitschas*, *Heilberufe im Europäischen Gesundheitsrecht*, in *Tomandl* (Hrsg), *Sozialrechtliche Probleme bei der Ausübung von Heilberufen* (1996) 1 (26); *Wallner*, *Auswahl von Bewerbern um Kassenstellen aus der Sicht des EU-Rechts*, RdM 1999, 67 (68). Vgl auch § 343 Abs 1 ASVG.

könnte lediglich sein, ob der Gleichheitssatz iVm dem Verbot rassistischer Diskriminierung auch zwischen Österreichern und EU-Ausländern gilt, oder ob sich das Gleichbehandlungsgebot diesfalls auf die Gleichbehandlung zwischen Österreichern bzw EU-Ausländern beschränkt. Das Diskriminierungsverbot gilt – wenngleich nicht nach Europarecht, so doch nach dem Gleichheitssatz – im Ergebnis umsomehr unter Österreichern, weshalb der bisherige Wohnsitz oder gar der Ausbildungsort des Arztes in einem bestimmten Bundesland als taugliches Kriterium auszuschneiden sind. Sachlich gerechtfertigt könnte im Hinblick auf die Versorgungsziele nur eine Bedachtnahme auf den Wohnort sein, wobei es dabei auch wieder nur auf eine künftige Residenzpflicht und nicht auf den bisherigen Wohnort ankommen dürfte.¹¹⁵⁾

Nicht minder bedenklich ist die Praxis, den Vertragsabschluß mehr oder weniger davon abhängig zu machen, daß sich der Stellenbewerber mit seinem Vorgänger über die Konditionen der Praxisübernahme einigt, was im Effekt auf eine Spielart des „Weitergaberechts“ von Kassenverträgen hinausläuft. Der Schutz bestimmter Ablöseforderungen der früheren Vertragsinhaber ist sicher kein sachliches und im öffentlichen Interesse liegendes Kriterium – ganz abgesehen davon, daß Ablösen für den „Patientenstock“ auch noch mit dem (hierzulande freilich noch nicht ganz vertrauten) rechtlichen Makel der damit häufig in Kauf genommenen Schweigepflichtverletzung gegenüber dem Patienten behaftet sind.¹¹⁶⁾ Auch hier fehlt es jedenfalls an einer verfahrensrechtlichen Strukturierung mit dem Ziel eines angemessenen Interessenausgleichs nach deutschem Vorbild.

3. Verfahrensrechtliche Aspekte und Rechtsschutz

Das materielle Recht ist nicht viel mehr wert als jene verfahrensrechtlichen Instrumente, die für seine Durchsetzung bereit stehen. Ich möchte daher abschließend noch auf einige ausgewählte prozessuale Aspekte der Stellenvergabe sowie auf das Problem des Rechtsschutzes zu sprechen kommen.

¹¹⁵⁾ Vgl auch *Wallner*, RdM 1999, 70 f; *Mosler*, DRdA 1996, 433 f. Aus diesem Grund ist auch die Zugehörigkeit zur lokalen Ärztekammer als Kriterium für die Vertragsarztzulassung problematisch, weil dies wiederum eine bereits bestehende Berufsausübung im (örtlichen) Bereich dieser Ärztekammer voraussetzt (vgl § 68 Abs 1 Z 2 ÄrzteG 1998). ME zwingt das ÄrzteG – bei verfassungskonformer Auslegung – nicht zu einer ausschließlichen Bevorzugung der eigenen Kammerangehörigen, wenngleich dies gewiß eine naheliegende Konsequenz aus der bundesweiten Aufsplitterung der ärztlichen Interessenvertretung in Landes-Ärztekammern sein mag. Die schwierigste Frage in diesem Zusammenhang ist wohl, inwiefern der Aspekt der sozialen und kulturellen „Nähe“ des Vertragsarztes zur Bevölkerung seines Versorgungssprengels ein sachgerechtes Kriterium für die Vertragsvergabe abgeben kann.

¹¹⁶⁾ Nach der in der BRD herrschenden (und grundsätzlich auch auf Österreich übertragbaren) Rechtsprechung und Lehre bedarf die Übergabe von Patientenkarteen an Praxismachfolger der Zustimmung des Patienten: Vgl BGH NJW 1992, 737; *Deutsch*, *Medizinrecht*³ (1997) Rz 364.

a) Verfahrensrechtliche Stellung im „Bewerbungsverfahren“

Geht man auf Verfassungsebene von einem gleichen Zugangsrecht zu den Kassenplanstellen aus, so leuchtet ein, daß ein solches Recht ohne Verfahrens-äquivalente nicht effektiv wäre. Man erinnere sich in diesen Zusammenhang an die literarische Diskussion zu den prozeduralen Aspekten des Rechts auf gleichen Zugang zu öffentlichen Ämtern nach Art 3 StGG, bei der sich gewisse Mindestanforderungen an die Verfahrensgestaltung, an die Rechtsstellung des Bewerbers und an den Rechtsschutz des übergangenen Bewerbers herauskristallisiert haben.¹¹⁷⁾ Diese Überlegungen lassen sich im Ergebnis durchaus auch auf das oben erwähnte „Recht auf gleichen Zugang zur Kassenplanstelle“ übertragen.

Blickt man vor diesem Hintergrund ins Vertragspartnerrecht, so zeigt sich, daß das Bewerbungs- bzw Auswahlverfahren im Gesetz so gut wie gar nicht und in den Gesamtverträgen nur in groben Zügen geregelt ist. Läßt man einmal die auch hier aufzuwerfende Frage nach der gesetzlichen Regelungspflicht beiseite, dann zeigt sich folgendes Bild: Gesamtvertraglich regelmäßig vorgesehen ist jedenfalls die Ausschreibung der Stelle sowie die Antragstellung des Bewerbers; hinsichtlich des Auswahlverfahrens schreibt das ASVG lediglich das Einvernehmen der Vertragspartner des Gesamtvertrages vor, Details werden dem Gesamtvertrag überlassen. Bei Nichteinigung der Vertragspartner über die Besetzung einer ausgeschriebenen Stelle wird idR eine Entscheidung der Landesschiedskommission vorgesehen, die hier kompetenzgemäß – nämlich über Streitigkeiten aus einem Gesamtvertrag gem § 345a ASVG – tätig wird.¹¹⁸⁾ Auffallend ist bei alledem, daß die verfahrensrechtliche Position des Bewerbers auf recht schwachen Beinen steht, was daraus zu erklären ist, daß auch die Stellenvergabe dem Zivilrecht zugehört und es an einer spezifischen (öffentlichrechtlichen) Strukturierung der Vergabeentscheidung fehlt.¹¹⁹⁾ Nach dem Konzept des ASVG scheint dem Bewerber auch die Anrufung der Landesschiedskommission nicht offenzustehen (obwohl sich seine Parteistellung vielleicht noch verfassungskonform begründen ließe¹²⁰⁾, da

¹¹⁷⁾ Vgl *Kucsko-Stadlmayer*, Beamtenernennung im Rechtsstaat, FS Walter (1991) 387; *Mayer*, B-VG-Kommentar, Art 3 StGG Anm II. Der VfGH hat diese verfahrensrechtlichen Aspekte allerdings nur sehr eingeschränkt anerkannt (mwN *Mayer*, B-VG-Kommentar, Art 3 StGG Anm II.); das jüngste Erkenntnis zur Parteistellung der auf einen verbindlichen Vorschlag aufgenommenen Bewerber im Berufungsverfahren nach dem UOG (Erk 11. 12. 1998, B 1654/97) hätte sich wohl auch mit Art 3 StGG begründen lassen. Im übrigen werden zurecht auch dem Gleichheitssatz bestimmte Verfahrensanforderungen entnommen (vgl zum Recht auf Entscheidungsbegründung und auf rechtliches Gehör etwa Bundesvergabeamt 25. 5. 1998, N-8/98-16).

¹¹⁸⁾ Vgl *Selb* in *Tomandl*, System 592.

¹¹⁹⁾ Zur Frage der Anwendbarkeit vergaberechtlicher Vorschriften vgl den Beitrag von *Resch* in diesem Band.

¹²⁰⁾ Streitigkeiten über den Abschluß eines Einzelvertrages betreffen die Anwendung eines Gesamtvertrages iSd § 345a Abs 2 Z 1 ASVG. Bei sinngemäßer Anwendung des § 8 AVG könnte man im Hinblick auf das verfassungsrechtlich geschützte Recht auf Gleichbehandlung bei der Vertragsvergabe ein entsprechendes rechtliches Interesse des Bewerbers bejahen. Ablehnend *Mosler*, DRdA 1996, 437.

diese nur zur Streitschlichtung zwischen den Parteien des Gesamtvertrages eingerichtet ist.¹²¹⁾ Verfassungsrechtlich unproblematisch ist das nicht; vielmehr trifft den Staat eine Verantwortung für ein *de lege ferenda* erst zu schaffendes rechtsstaatliches Zulassungsverfahren mit entsprechenden Parteirechten und Rechtsschutzmöglichkeiten.

b) Rechtsschutzmöglichkeiten

Welche rechtlichen Möglichkeiten hat nun ein übergangener Bewerber für eine Kassenplanstelle? Dabei ist vorauszuschicken, daß es dabei – mangels eines entsprechenden materiellen Anspruchs – nicht um rechtliche Instrumente zur direkten Erzwingung des Vertragsabschlusses gehen kann, sondern nur um die Frage, ob der Bewerber rechtswidrigerweise übergangen wurde, also um die Rechtmäßigkeitskontrolle der Auswahlentscheidung.

Von vornherein auszuschließen sind *de lege lata* zunächst alle öffentlich-rechtlichen Rechtsschutzwege: Da es sich bei der Stellenbesetzung – rechtlich gesehen – um den Abschluß eines zivilrechtlichen Vertrages handelt, fehlt es schon an den öffentlich-rechtlichen Handlungsformen, die einen Rechtsweg zu VfGH oder VwGH eröffnen könnten. Die Ablehnung eines Bewerbers bzw die Nichtaufnahme in einen Besetzungsvorschlag stellt mit Sicherheit keinen Bescheid und auch keine verwaltungsbehördliche Zwangsgewalt dar. Auch, was ja immerhin denkbar wäre, eine spezialgesetzlich normierte Entscheidungsbefugnis einer Verwaltungsbehörde ist nicht verlässlich auszumachen – es sei denn, man erstreckt die Zuständigkeit der paritätischen Schiedskommission gem § 344 ASVG hinsichtlich „Streitigkeiten in rechtlichem oder tatsächlichem Zusammenhang mit dem Einzelvertrag“ auch auf Streitigkeiten über das „Ob“ des Vertragsabschlusses.¹²²⁾ Dazu kommt, daß auch die Vergabekriterien als solche nicht bei den Gerichtshöfen öffentlichen Rechts bekämpfbar sind, weil diese wiederum – wie schon erwähnt – Teil des Gesamtvertrages und folglich privatrechtlicher Natur sind.

Im Ergebnis folgt daraus, daß der Rechtsschutz in Fragen der Kassenarztzulassung wegen der Einordnung ins Privatrecht und mangels verwaltungsbehördlicher Sonderkompetenzen gem § 1 JN nur bei den *ordentlichen Gerichten* gesucht werden kann. Zurecht geht daher auch die wohl hL davon aus, daß für Streitigkeiten um die *Vergabe* von Kassenverträgen – anders als bei Streitigkeiten im Zusammenhang mit einem bereits bestehenden Einzelvertrag¹²³⁾ – der Zivilrechtsweg offensteht.¹²⁴⁾ Eine gesicherte Gerichtspraxis

¹²¹⁾ § 345a Abs 2 ASVG.

¹²²⁾ Ob diese Auslegung *de lege lata* möglich ist, muß hier offen bleiben (vermeintend *Mosler*, DRdA 1996, 437). Der Wortlaut des § 344 Abs 1 ASVG, der die Antragsberechtigung den „Parteien des Einzelvertrages“ zuspricht, deutet eher darauf hin, daß bereits ein bestehender Einzelvertrag vorliegen muß, um eine Kompetenz der paritätischen Schiedskommission auszulösen.

¹²³⁾ Hiefür besteht eine verwaltungsbehördliche Kompetenz der paritätischen Schiedskommission gem § 344 ASVG.

¹²⁴⁾ *Mosler*, DRdA 1996, 437; *ZB Nauta*, Recht der freien Berufe 56; vgl auch *Krejci*, ZAS 1989, 121 ff. In diesem Sinn nun auch VfGH 23. 2. 1999, B 2121/98.

gibt es dazu freilich soweit ersichtlich noch nicht.¹²⁵⁾ Wie groß die Unsicherheit auf diesem Gebiet noch ist, zeigt vielmehr eine jüngere Entscheidung des OLG Graz, mit der die Klage einer Planstellenbewerberin gegen die Ärztekammer auf Ausübung ihres Vorschlagsrechts gegenüber dem Sozialversicherungsträger wegen Unzulässigkeit des Rechtswegs zurückgewiesen wurde, da – so das Rechtsmittelgericht – die Ärztekammer im Zuge des Auswahlverfahrens zwar aufgrund privatrechtlicher Verträge, nichtsdestoweniger aber in Ausübung einer übergeordneten, zu heteronomer Rechtsgestaltung befugten Stellung tätig geworden sei. Diese Rechtsschutzverweigerung macht nun freilich schlagartig deutlich, wie leicht sich der Rechtsschutz des Bewerbers im Bermudadreieck eines negativen Kompetenzkonfliktes verflüchtigen kann: Es kann nicht angehen, daß man zwar einerseits die Stellenplanung und das Auswahlverfahren als privatrechtlich etikettiert und damit den Rechtsweg zu VfGH und VwGH abschneidet, den zu kurz gekommenen Bewerber aber andererseits bei der ordentlichen Gerichtsbarkeit mit dem schlichten Hinweis abblitzen läßt, die Angelegenheit sei doch nicht „privatrechtlich“ genug, um den justiziellen Rechtsweg auszulösen. Hier muß man sich für eine der beiden Varianten mit all ihren Konsequenzen entscheiden, und der Gesetzgeber hat diese Entscheidung ja auch hinreichend klar getroffen. Unabhängig von der Frage, wie man die Erfolgchancen einer solchen Klage im Detail einschätzt, hätte das Gericht erkennen müssen, daß die vom Gesetz gewählte Vertragsform bei der Arztzulassung zur Folge hat, daß auch alle Teillakte im Vorfeld dieses Vertragsabschlusses (wie zB Besetzungsvorschlag der Ärztekammer etc) dem Privatrecht zuzuzählen sind und daher grundsätzlich vor die Gerichte gebracht werden können.^{125a)}

Die eigentlich spannende Frage geht dahin, was nun eigentlich genau im Zivilrechtsweg einklagbar ist. Ich möchte mich darauf im Hinblick auf die folgenden Referate nicht näher einlassen. Die offenkundige Nähe des *Vergaberechts* zeigt aber jedenfalls, daß diese Möglichkeiten ganz beträchtlich sind, und es empfiehlt sich daher für die Zukunft, diese Parallelen (einschließlich der Frage nach der unmittelbaren Anwendbarkeit des Vergaberechts) verstärkt auszuloten.¹²⁶⁾ Die Palette der rechtlichen Ansprüche reicht dabei von Schadenersatzansprüchen des gleichheitswidrig überangenen Bewerbers über Teilnahmeansprüche des ausgeschlossenen Bewerbers bis hin zu Unterlassungsansprüchen für künftige Auswahlverfahren.¹²⁷⁾ Von besonderer Bedeutung ist dabei die Feststellung, daß nach der bisherigen Rechtsprechung auch die Verletzung bloß interner Vergabe- bzw Auswahlrichtlinien Schadenersatzansprüche begründen kann. Insofern steht die lapidare Aussage des OLG Graz, daß derartige Richtlinien nur interne Bedeutung haben und niemandem einen klagbaren Anspruch in die Hand geben, auf überholtem Boden. Ebenso festzu-

¹²⁵⁾ Vgl lediglich OGH 17. 7. 1997, 6 Ob 126/97s (Zurückweisung mangels Beschwer nach Abschluß eines Einzelvertrages); OLG Graz 29. 2. 1996, 4 R 168/95.

^{125a)} Vgl nun auch VfGH 23. 2. 1999, B 2121/98.

¹²⁶⁾ Vgl dazu Mosler, DRdA 1996, 434 ff, sowie den Beitrag von Resch.

¹²⁷⁾ MWN Korinek/Holoubek, Grundlagen 152, 167; Holoubek, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, ZfV 1998, 593 (597 ff).

halten ist freilich auch, daß die unmittelbare gerichtliche Durchsetzung eines Kontrahierungszwanges bei Auswahlentscheidungen wohl kaum in Betracht kommen wird.¹²⁸⁾

Sofern sich in einem konkreten Fall der Willkürvorwurf nicht auf eine Mißachtung der Richtlinien gründet, sondern vielmehr darauf, daß bereits die Richtlinie selbst unsachliche Kriterien enthalte, ist damit der zivilrechtliche Rechtsschutz auch noch nicht beendet: Da sich die Vertragspartner auch nicht auf die generelle Formulierung unsachlicher Kriterien berufen können, wird man in einer derartigen Konstellation zum Ergebnis kommen müssen, daß solche gesetzwidrigen (weil grundrechtswidrigen) Teile des Gesamtvertrages wegen Verstoßes gegen den Gleichheitssatz *nichtig* sind.¹²⁹⁾

Eine Gesamtbeurteilung des gegenwärtigen Systems der Stellenplanung läßt sich daher verkürzt so formulieren: Die gesetzliche Konzeption einer Planstellenbewirtschaftung ist als solche verfassungskonform, bedürfte aber gewichtiger *rechtsstaatlicher Detailkorrekturen und Präzisierungen*, insb im Hinblick auf die verfahrensrechtliche Strukturierung der Stellenvergabe. Auf der Vollzugebene müßten die verfassungsrechtlichen Anforderungen ernster genommen werden, will man nicht das System als ganzes in Gefahr bringen.

V. EU-Recht

Abschließend muß darauf hingewiesen werden, daß die zentrale rechtliche „Bedrohung“ des österreichischen Weges auf dem Gebiet der Stellenplanung in Wahrheit auf der Ebene des Europäischen Gemeinschaftsrechts stattfindet. Das hängt mit dem offenbar im Wandel befindlichen Verständnis der *Niederlassungsfreiheit* gem Art 52 (43 neu) EGV zusammen. Man hat sich bisher weitgehend mit der Auffassung beruhigt, Art 52 (43 neu) EGV enthalte lediglich ein Diskriminierungsverbot gegenüber EU-Bürgern.¹³⁰⁾ Trifft dies zu, dann ist die österreichische Rechtslage zumindest insofern unproblematisch, als sie ja EU-Bürger nicht schlechter behandelt als Österreicher und diese daher nicht diskriminiert. Sie behandelt in gewisser Weise alle gleich „schlecht“. In den letzten Jahren hat allerdings eine Interpretation an Raum gewonnen, wonach Art 52 (43 neu) EGV über ein reines Diskriminierungsverbot hinaus auch als generelles Verbot von Beschränkungen der freien Niederlassung zu deuten ist.¹³¹⁾ Bei dieser Sicht der Dinge scheint es kaum möglich, das österreichische System der Zulassung nicht als „Beschränkung“ der Niederlassungsfreiheit zu qualifizieren, da man – anders als nach österreichischem Verständnis des Art 6 StGG – in diesem Zusammenhang auch mittelbare und

¹²⁸⁾ MWN Korinek/Holoubek, ÖZW 1995, 117.

¹²⁹⁾ Schrammel in Tomandl, Sozialrechtliche Probleme 84.

¹³⁰⁾ Vgl Nauta, Recht der freien Berufe 188 f; Mosler in Strasser, Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 264; Wallner, RdM 1999, 67 ff.

¹³¹⁾ Umfassende Nachweise bei Sodan, Freie Berufe 217 ff. Vgl auch Nachbaur, Art 52 EWGV – Mehr als nur ein Diskriminierungsverbot? EuZW 1991, 471; Bleckmann, Europarecht⁶ (1997) Rz 1649 ff; Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil, Die Europäische Union⁴ (1993) 328 f.

bloß wirtschaftliche Hindernisse und Erschwernisse berücksichtigen wird müssen.¹³²⁾ Gewiß ist damit über die EU-Konformität insgesamt noch nichts ausgesagt, man käme aber um eine sorgfältige Prüfung nicht herum, welche „zwingenden Gründe des Allgemeinwohls“ tatsächlich eine derartige Beschränkung rechtfertigen. Mit anderen Worten: Das Gemeinschaftsrecht würde gerade zu jener strengen Erforderlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsprüfung zwingen, die sich auf der Ebene der Erwerbsfreiheit als entbehrlich erwiesen hat. Der Ausgang dieser – erst anzustellenden – Prüfung muß hier dahinstehen. Es verwundert aber jedenfalls nicht, daß namhafte Autoren in dieser Frage bereits deutlich von einer Gemeinschaftsrechtswidrigkeit sprechen.¹³³⁾ Zweifelhaft bleibt allerdings, ob die zugrundeliegende Auslegung der Niederlassungsfreiheit wirklich haltbar ist. Art 52 (43 neu) EGV ist – in Kontrast zur Freiheit des Warenverkehrs und zur Dienstleistungsfreiheit nach den Art 30 (28 neu) und 59 (49 neu) EGV – gerade nicht als absolutes Recht bzw als generelles Beschränkungsverbot formuliert. Die gänzliche Loslösung des Art 52 (43 neu) vom Gedanken des Diskriminierungsschutzes durch richterliche oder doktrinäre Rechtsfortbildung scheint mir daher im EGV keine Deckung zu finden.¹³⁴⁾ Doch wie auch immer man dazu steht: Auch in dieser Frage wären die Vertragspartner gut beraten, wenigstens auf der Vollzugsebene die letzten diskriminierenden Auswüchse zu beseitigen, wenn sie der gemeinschaftsrechtlich motivierten Kritik nicht weitere Nahrung geben wollen.

¹³²⁾ Vgl. Bleckmann, Europarecht Rz 1649.

¹³³⁾ Pitschas in Tomandl, Sozialrechtliche Probleme 19.

¹³⁴⁾ Vgl. Zacker, Compendium Europarecht (1997) 103.

Ulrich Becker

Altersgrenze(n) für Vertragsärzte in der deutschen Gesetzlichen Krankenversicherung

I. Einführung

1. Altersgrenzen scheinen derzeit Konjunktur zu haben. Jedenfalls bereitet es keinerlei Schwierigkeiten, immer wieder Beispiele zu finden, die diese Vermutung stützen. Die meisten von ihnen besitzen allerdings nur beschränkten Neuigkeitswert, so daß sich wohl eher sagen ließe, Altersgrenzen seien ewig jung. Drei Wochen vor Weihnachten letzten Jahres hat etwa der deutsche Verkehrsminister vorgeschlagen, man müsse darüber nachdenken, ob im hohen Alter noch Kraftfahrzeuge gelenkt werden dürften,¹⁾ also nicht ein Verfallsdatum für Führerscheine eingeführt werden solle.²⁾ Das wäre dann eine Altersgrenze für Autofahrer. Und durchaus namhafte Verlage unterbreiten ihren Autoren mittlerweile Verlagsverträge, in denen die übliche Klausel: „Sollte der Verfasser bei Bedarf einer Neuauflage zur Bearbeitung nicht mehr bereit oder imstande sein, so kann der Verlag einen anderen Autor für die weiteren Auflagen bestimmen“ mit dem Zusatz versehen ist: „Entsprechendes gilt, wenn der Autor das 70. Lebensjahr vollendet hat.“

Die nur aufgrund ihrer Aktualität herausgegriffenen und in ihrer Bedeutung vollkommen unterschiedlichen Beispiele dürfen nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich bei der Festlegung von Altersgrenzen um ein sehr allgemeines und weit verbreitetes Phänomen handelt. Das zeigt gerade ein gewisses Ringen um die beste Lösung der Regelung von Lebensarbeitszeit und Rentenbezug im deutschen Arbeitsrecht zu Beginn der neunziger Jahre. Durch das Rentenreformgesetz 1992³⁾ hatte der Gesetzgeber eine Flexibilisierung vorgesehen. Im Anschluß daran entschied das BAG, die in Tarifverträgen enthaltene und einer ausreichenden betrieblichen Personalplanung dienende Altersgrenze von 65 Jahren verstoße gegen das Gesetz; entsprechende privatrechtliche

¹⁾ Vgl. SZ v 16. 12. 1998, S 6.

²⁾ Ansatzpunkt wäre die in § 2 Abs 2 Nr 3, Abs 4 StVG vorausgesetzte Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen, die auf körperliche und geistige Voraussetzungen abstellt.

³⁾ § 41 IV 3 SGB VI, eingeführt durch RRG '92 v 18. 12. 1989 (BGBl I 2261).

Grenzen seien nur nach einzelvertraglicher Vereinbarung wirksam.⁴⁾ Daraufhin revidierte der Gesetzgeber seine Reform,⁵⁾ was zwar übergangsweise zu verfassungswidrigen Konsequenzen führte,⁶⁾ aber ansonsten zum Ergebnis hat, daß mittlerweile wieder kollektiv-vertraglich Altersgrenzen für Arbeitnehmer vereinbart werden dürfen.⁷⁾ Für die geltende Regelung sind sozial-, und insbesondere arbeitsmarktpolitische Gründe ausschlaggebend. Damit verdeutlicht die arbeitsrechtliche Rahmenregelung sehr klar das grundlegende Problem, das mit der Einführung von Altersgrenzen verbunden ist.⁸⁾ Im Kern geht es um die Verteilung von Gütern oder Teilhabemöglichkeiten zwischen den Generationen,⁹⁾ um die Sicherung ausreichender Chancen für die Jungen, aber auch um die Aufrechterhaltung der gesellschaftlichen Teilhabe im Alter. In unserer Gesellschaft ermöglicht gerade die Arbeit nicht nur Verdienst, sondern vermittelt ebenso Anerkennung und soziale Kontakte. Sowohl die demographische Entwicklung als der medizinische Fortschritt sprechen dafür, diejenigen, die arbeiten wollen, nicht alleine wegen ihres Alters von der Erwerbstätigkeit auszuschließen und ihnen damit wichtige gesellschaftliche Entfaltungsmöglichkeiten vorzuenthalten.

2. Im folgenden soll dargelegt werden, welche Rolle Altersgrenzen für Ärzte und Zahnärzte¹⁰⁾ im Rahmen der deutschen Gesetzlichen Krankenversicherung spielen, und ob die geltenden Regelungen einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhalten. Dazu bedarf es zunächst eines Blicks auf die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften und die dazu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung (unten, II.). Die Schilderung der gegenwärtigen Rechtslage wird zum Ausgangspunkt genommen, um in einem zweiten Schritt die wichtigsten allgemeinen Aspekte vorzustellen, die für eine verfassungsrechtli-

4) BAG NJW 1994, 538 mit umfangreichen Nachweisen zur Diskussion um die zuvor sehr umstrittenen Fragen nach Auslegung und Wirksamkeit der einschlägigen gesetzlichen Bestimmung; vgl auch BAG, NJW 1994, S 1490, zur offengelassenen Frage, ob ein Anknüpfen der Grenze an die Inanspruchnahme der Altersrente zulässig gewesen wäre.

5) Durch G v 26. 7. 1994 (BGBl I 1797); als § 41 IV 2 SGB VI aufrechterhalten mit Wirkung v 1. 1. 2000 durch RRG '99 v 16. 12. 1997 (BGBl I 2998) und G v 6. 4. 1998 (BGBl I 688).

6) Vgl BVerfGE 91, 252 = NJW 1995, 41 (einstweilige Anordnung, die zur vorübergehenden Aussetzung der Neufassung führte).

7) Vgl nur BAG DB 1997, 2280; dazu *Boecken*, Zur Wirksamkeit von Altersgrenzenvereinbarungen, *ArztR* 1998, 158f; allg zu § 41 Abs 4 S 2 SGB VI nur *Müller-Glöge* in *Dieterich/Hanau/Schaub* (Hrsg), *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht* (1998) 560 § 41 Rz 15ff mwN.

8) Vgl in diesem Zusammenhang auch *Boecken*, Wie sollte der Übergang vom Erwerbsleben in den Ruhestand rechtlich gestaltet werden? *Gutachten B* für den 62. DJT (1998) insb B 31ff.

9) Vgl auch § 1 Abs 3 S 1 KSchG, der als Kriterium der Sozialauswahl ua das Lebensalter nennt, dazu *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht (1997) 39ff.

10) Weitgehend wird in den folgenden Ausführungen nur auf die für Vertragsärzte geltenden Vorschriften Bezug genommen, die aber den für Vertragszahnärzte geltenden Regelungen entsprechen.

che Beurteilung von Bedeutung sind (unten, III.). Dazu zählt zum einen die Systematisierung der für eine Rechtfertigung von Altersgrenzen in Betracht kommenden Gründe, zum anderen die Herausarbeitung der für die verfassungsrechtliche Stellung der Vertragsärzte entscheidenden Determinanten. Im Anschluß daran können in einem dritten Schritt die Rechtfertigungsanforderungen konkretisiert und auf die im Krankenversicherungsrecht vorgesehenen Altersgrenzen bezogen werden (unten, IV.). Am Ende wird eine thesenförmige Zusammenfassung der Ergebnisse meiner Überlegungen stehen (unten, V.).

II. Die Ausgangslage

1. Die Regelung der Altersgrenzen im SGB V

a) Das Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung, das im wesentlichen im SGB V geregelt ist, kennt zwei verschiedene Altersgrenzen. Beide Grenzen knüpfen an die Zulassung von Ärzten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung an. Sie beziehen sich mit anderen Worten auf die Möglichkeit, auf Kosten der Krankenversicherungsträger die in der Gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten behandeln zu dürfen. Sie begrenzen hingegen nicht die Geltungsdauer der Approbation, dh die Voraussetzung, um überhaupt ärztlich tätig zu werden. Diese Unterscheidung ist vor dem Hintergrund des in der deutschen Krankenversicherung angelegten Leistungserbringungsrechts¹¹⁾ zu sehen. Danach setzt die Tätigkeit als Vertrags- – oder wie es früher hieß, als Kassenarzt¹²⁾ – die Erfüllung der berufsrechtlichen Vorgaben, in der Regel die Approbation und eine Facharztausbildung voraus.¹³⁾ Sind diese Voraussetzungen erfüllt, entscheidet auf Antrag des Arztes ein Zulassungsausschuß, der aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen besteht, mithin Teil der sog gemeinsamen Selbstverwaltung ist, über die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung.¹⁴⁾ Die Zulassung bewirkt, daß „der Vertragsarzt Mitglied der für seinen Kassenarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung wird und zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet

11) Zu dessen Herausbildung – nachdem sowohl im Jahre 1884 als auch bei Erlass der RVO im Jahre 1911 das Arztsystem noch umstritten geblieben war – das Berliner Abkommen vom 23. 12. 1913 und die kollektive Ausgestaltung des Vertragsrechts ab Beginn der dreißiger Jahre beigetragen hat, vgl nur *Peters*, Die Geschichte der sozialen Versicherung (1978) 85ff, 115; vgl auch *Krause*, Das Kassenarztrecht, *SGb* 1981, 404ff.

12) Die Änderung der Bezeichnung geht auf das GSG v 21. 12. 1992 (BGBl I 2266) zurück; abgesehen davon, daß sie im SGB V schon im Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen nicht konsequent durchgeführt worden ist, bleibt sehr fraglich, ob damit nur eine modern erscheinende Sprachregelung eingeführt oder auch ein Bedeutungswandel eingeleitet werden sollte, vgl etwa *Hess*, Wandel vom Vertragsarzt zum Kassenarzt – Definition oder Statusänderung? *VSSR* 1994, 395ff; *Schulin*, Wandel vom Vertragsarzt zum Kassenarzt – Definition oder Statusänderung? *VSSR* 1994, 357ff.

13) Vgl § 95 Abs 2 iVm § 95a SGB V für Vertragsärzte.

14) Vgl § 96 SGB V.

ist.¹⁵⁾ Der Vertragsarzt partizipiert damit an der Vergütung, die von den Krankenkassen an die Kassenärztliche Vereinigung gezahlt wird,¹⁶⁾ ist aber zugleich zwangsweise in eine öffentlich-rechtliche Körperschaft und in ein relativ enges Korsett an gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften¹⁷⁾ eingebunden.

b) Die erste Altersgrenze befristet die Zulassungsdauer. Nach § 95 Abs 7 SGB V endet die Zulassung eines Vertragsarztes mit dem Tod, mit dem Wirksamwerden eines Verzichts oder mit dem Wegzug des Berechtigten aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes. Ferner endet sie ab dem 1. 1. 1999 am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Vertragsarzt sein 68. Lebensjahr vollendet. Diese Regelung wurde mit dem Gesundheitsstrukturgesetz Ende 1992 eingeführt.¹⁸⁾ Um Härten zu vermeiden, wurde sie mit einer Übergangsregelung versehen. Alle schon vor dem 1. 1. 1993 zugelassenen Vertragsärzte, die zum Zeitpunkt der Vollendung ihres 68. Lebensjahres weniger als 20 Jahre vertragsärztlich tätig waren, erhalten eine Fristverlängerung, und zwar längstens bis zum Ablauf des 20-Jahres-Zeitraums.

Ausweislich der gesetzgeberischen Begründung dient die Höchstaltersgrenze der Begrenzung der Anzahl von Vertragsärzten und damit zugleich der Ausgabenminderung, da der Gesetzgeber davon ausgeht, daß die Entwicklung der Vertragsarztzahl eine wesentliche Ursache für die Ausgabenzuwächse in der Gesetzlichen Krankenversicherung darstellt.¹⁹⁾ Die Überversorgung – so die Begründung des zugrundeliegenden Gesetzentwurfs – könne nicht nur durch Zulassungsbeschränkungen und damit zu Lasten der jungen Ärztegeneration eingedämmt werden; hierzu sei auch die Einführung einer obligatorischen Altersgrenze für Vertragsärzte erforderlich.²⁰⁾

c) Die zweite Altersgrenze bezieht sich auf die Voraussetzungen der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung. Diese Voraussetzungen werden durch Zulassungsverordnungen näher ausgestaltet.²¹⁾ Es handelt sich dabei um vom Bundesgesundheitsminister mit Zustimmung des Bundesrats erlassene

¹⁵⁾ § 95 Abs 3 S 1 SGB V.

¹⁶⁾ Vgl § 85 SGB V zur Gesamtvergütung, die im Rahmen der Gesamtverträge nach § 83 SGB V unter Berücksichtigung des auf Bundesebene festgelegten Bewertungsmaßstabes (vgl § 87 SGB V) zu vereinbaren ist; die Vergütung wird durch die Kassenärztlichen Vereinigungen auf der Grundlage von Satzungen, sog Honorarverteilungsmaßstäben, auf die einzelnen Ärzte verteilt, § 85 Abs 4 SGB V.

¹⁷⁾ Wobei hier die im einzelnen sehr streitige Frage, welche Vorgaben Rechtsnormqualität besitzen, nicht diskutiert werden muß; vgl zu einzelnen Aspekten aus jüngerer Zeit *Ossenbühl*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, NZS 1997, 497 ff; *Schirmer*, Verfassungsrechtliche Probleme der untergesetzlichen Normsetzung im Kassenarztrecht, MedR 1996, S 404 ff; *Sodan*, Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht, NZS 1998, 305 ff; *Wimmer*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an untergesetzliche Rechtsetzung im Vertragsarztrecht, MedR 1996, 425 ff.

¹⁸⁾ GSG v 21. 12. 1992 (BGBl I 2266).

¹⁹⁾ BT-Dr 12/3608, 93.

²⁰⁾ BT-Dr 12/3608, aaO.

²¹⁾ §§ 95 Abs 2 S 4, 98 Abs 1 S 1 SGB V.

Rechtsverordnungen.²²⁾ Das SGB V schränkt allerdings den Gestaltungsspielraum des Ordnungsgebers ein und bestimmt unter anderem, daß die Zulassungsverordnungen Vorschriften enthalten müssen über den Ausschluß einer Zulassung „von Ärzten, die das 55. Lebensjahr vollendet haben, sowie die Voraussetzungen für Ausnahmen von diesem Grundsatz ... in Härtefällen“.²³⁾ Diese Regelung ist älter als die Höchstaltersgrenze für die Zulassung; sie beruht auf dem Gesundheitsreformgesetz aus dem Jahre 1988.²⁴⁾ In den geltenden Zulassungsverordnungen für Ärzte und Zahnärzte²⁵⁾ sind die genannten Vorgaben durch folgende Bestimmung umgesetzt worden: „Die Zulassung eines Arztes, der das 55. Lebensjahr vollendet hat, ist ausgeschlossen. Der Zulassungsausschuß kann (davon) in Ausnahmefällen abweichen, wenn dies zur Vermeidung von unbilligen Härten erforderlich ist.“²⁶⁾

Auch die Einführung der Altersgrenze von 55 Jahren war durch das Bestreben um Begrenzung der Vertragsarztzahlen motiviert. So hatte der federführend beratende Bundestagsausschuß für Arbeit und Sozialordnung darauf hingewiesen, daß das geltende Recht Zulassungsbeschränkungen aus Gemeinwohlgründen vorsehe. Die Einführung einer Altersgrenze für die Erstzulassung betreffe insbesondere Ärzte, die bereits anderweitig ein fortgeschrittenes Berufsleben durchlaufen hätten, so daß es im Regelfall keinen Anlaß gebe, sich in diesem Alter um eine Zulassung als Kassenarzt zu bemühen.²⁷⁾ Wo ausnahmsweise ein berechtigtes Interesse an der Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung bestehe, bleibe die Möglichkeit einer Zulassung aufgrund einer Härteklausele erhalten.²⁸⁾

d) Beide Grenzen gelten nicht nur für die Zulassung, sondern auch für die Ermächtigung von Ärzten zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung.²⁹⁾ Zweck der Ermächtigung ist es in erster Linie, in Krankenhäusern und Rehabilitationseinrichtungen angestellten Ärzten die Behandlung von Kassenpatienten zu ermöglichen, um damit Versorgungslücken zu schließen.³⁰⁾ Damit können etwa Krankenhausärzte, ohne eine eigene Praxis gründen zu müssen, die vertragsärztliche Tätigkeit als Nebentätigkeit ausüben, sofern der Vorrang der niedergelassenen Ärzte nicht entgegensteht. Da die Ermächtigung, soweit es um ihre Funktion als Instrument für die Steuerung der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung geht,³¹⁾ zulassungsähnlichen Charakter hat und

²²⁾ § 98 Abs 1 S 2 SGB V.

²³⁾ § 98 Abs 2 Nr 11 SGB V.

²⁴⁾ GRG v 20. 12. 1988 (BGBl I 2477).

²⁵⁾ Ärzte-ZV v 28. 5. 1957 (BGBl I 572) und Zahnärzte-ZV v 28. 5. 1957 (BGBl I 582), jeweils zuletzt geändert durch Art 14 u. 15 2. GKV-NOG v 23. 6. 1997 (BGBl I 1520) sowie Art 10 u. 11 GKV-Solidaritätsstärkungsg v 19. 12. 1998 (BGBl I 3853).

²⁶⁾ § 25 Ärzte-ZV; § 25 Zahnärzte-ZV.

²⁷⁾ BT-Dr 11/3480, 39.

²⁸⁾ BT-Dr 11/3480, aaO.

²⁹⁾ § 95 Abs 4 S 3 SGB V und § 98 Abs 2 Nr 12 SGB V.

³⁰⁾ Vgl zu den Voraussetzungen § 98 Abs 2 Nr 11 SGB V iVm §§ 31 f Ärzte-ZV und §§ 31 f Zahnärzte-ZV.

³¹⁾ Vgl zur Befristung BSGE 70, 167; 71, 280.

die betroffenen Ärzte zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet,³²⁾ ist es nur konsequent, die Altersgrenzen auch auf diese Teilnahmeform zu erstrecken.³³⁾

e) In leichter Abwandlung des mir gestellten Themas, nämlich der Verwandlung vom Singular in den Plural, ist es sinnvoll, beide Altersgrenzen in die Betrachtung einzubeziehen. Zum einen sind die verfassungsrechtlichen Fragestellungen, die für die Beurteilung der Altersgrenzen von Bedeutung sind, zumindest weitgehend übereinstimmend. Ein Unterschied mag lediglich darin gesehen werden, daß die Versagung der Zulassung einen stärkeren Eingriff als deren Befristung darstellt.³⁴⁾ Zum anderen hängen beide Altersgrenzen auch deshalb zusammen, weil sie insgesamt gesehen eine Mindestdauer der Vertragsarztstätigkeit sichern, wenn auch die obere Altersgrenze erst einige Jahre nach der unteren eingeführt worden ist. Bevor die genannten gesetzlichen Regelungen einer eigenständigen verfassungsrechtlichen Beurteilung unterzogen werden, soll im Folgenden ein kurzer Blick auf die dazu ergangene Rechtsprechung geworfen werden.

2. Rechtsprechung des BVerfG zu den Altersgrenzen für Vertragsärzte

Das BVerfG hat sich bereits mehrfach mit Altersgrenzen befaßt, mit den für Vertragsärzten geltenden aber erst in einer Entscheidung vom 31. 3. 1998. Diese Entscheidung betrifft die Befristung der Zulassung, also deren Erlöschen mit Vollendung des 68. Lebensjahres.³⁵⁾ Es handelt sich nicht um eine Senatsentscheidung, sondern um einen Kammerbeschluß, und die zugrundeliegenden Verfassungsbeschwerden wurden mangels grundsätzlicher verfassungsrechtlicher Bedeutung und mangels hinreichender Erfolgsaussicht nicht zur Entscheidung angenommen – was erkennen läßt, daß das BVerfG die Be-

³²⁾ § 95 Abs 4 S 1 SGB V.

³³⁾ Auf Besonderheiten der Ermächtigung wird im folgenden nicht näher eingegangen; vgl zur unteren Altersgrenze und in diesem Zusammenhang zur Wiederezulassung und der Härtefallklausel BSG, SozR 3-2500 § 98 Nr 3; v. *Maydell/Stiller*, Die Teilnahme leitender Krankenhausärzte an der kassenärztlichen Versorgung nach dem Gesundheitsreformgesetz, ZfSH/SGB 1990, 290, 300.

³⁴⁾ Wobei am Rande hinsichtlich der tatsächlichen Bedeutung der Altersgrenzen darauf hingewiesen werden soll, daß offensichtlich immer mehr Ärzte (im Jahr 1997 über 70%) vor dem 65. Lebensjahr ihre Praxis aufgeben, vgl KBV, Bedarfsplanung und Zulassungsbeschränkungen 1998, Der neueste Stand, Suppl zum DtÄrzteBl 1998/22, 13. Jedoch ist dieser Aspekt für die im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes vorzunehmende Abwägung nicht von allein entscheidender Bedeutung (vgl aber *Dehong*, Die Verfassungsmäßigkeit der Bedarfszulassung, ArztR 1994, 131, 133), da neben der Gewichtung der berührten grundrechtlich geschützten Prinzipien die Schwere des Eingriffs für den einzelnen Arzt zu berücksichtigen ist.

³⁵⁾ BVerfG (Kammer) NJW 1998, 1776.

urteilung des vorgetragenen Problems nicht als mit besonderen rechtlichen Schwierigkeiten behaftet angesehen hat.³⁶⁾

In der Sache hat das BVerfG die Altersgrenze unter Hinweis auf den Gesundheitsschutz für verfassungskonform gehalten. Selbst wenn Regelungen, die eine Zulassung als Vertragsarzt betreffen, als Berufswahlregelung anzusehen sein sollten, stelle sich die Befristung als verhältnismäßiger Eingriff dar. Denn es ginge bei der Altersgrenze von 68 Jahren um „Gefahren, die von nicht mehr leistungsfähigen Vertragsärzten für die Gesundheit der in der gesetzlichen Krankenversicherung Versicherten ausgehen“.³⁷⁾ Dabei wurde einerseits darauf hingewiesen, daß die gesetzlich Versicherten – anders als privat Versicherte – nur Anspruch auf Behandlung durch einen Vertragsarzt haben, und es andererseits der Lebenserfahrung entspreche, daß die Gefahr einer Beeinträchtigung der Leistungsfähigkeit auch heute noch mit zunehmendem Alter größer wird.³⁸⁾

Auffällig ist, daß sich das BVerfG lediglich auf den Gesundheitsschutz der Versicherten, nicht aber auf den nach der gesetzgeberischen Begründung entscheidenden Rechtfertigungsgrund der Vermeidung einer Überversorgung mit Vertragsärzten³⁹⁾ berufen hat.⁴⁰⁾ Bei näherem Hinsehen erweist sich die vom BVerfG gewählte Argumentation als leicht erklärlich. Sie bietet nämlich die Möglichkeit, auf vermeintlich einfachem Weg die Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze zu bejahen. Zunächst unterliegt es keinen Zweifeln, daß der Gesundheitsschutz als Rechtsgut besonderen Rang genießt und deshalb prinzipiell geeignet ist, auch schwerste Eingriffe in die Berufsfreiheit zu rechtfertigen. Zum anderen läßt die Argumentation mit diesem Rechtsgut eine Befassung mit Versorgungsargumenten und der Aufrechterhaltung des finanziellen Gleichgewichts der Gesetzlichen Krankenversicherung als überflüssig erscheinen. Denn was die altersmäßige Begrenzung der Tätigkeit aus Gründen des Gesundheitsschutzes angeht, so konnte sich das BVerfG auf eine Reihe zuvor ergangener eigener Entscheidungen stützen. Bereits Ende der fünfziger Jahre hatte es die Altersgrenze von 70 Jahren für Hebammen deshalb für verfassungsmäßig erachtet, weil der Gesetzgeber im Hinblick auf die mit der Berufsausübung verbundenen Gefahren zu weitgehenden Vorsichtsmaßnahmen und damit auch zu Altersgrenzen greifen dürfe.⁴¹⁾ Es folgte eine Senatsentscheidung zur Altersgrenze von 70 Jahren für Prüfingenieure⁴²⁾ sowie Kammerent-

³⁶⁾ Wenn auch gerade die Nichtannahme mangels hinreichender Erfolgsaussicht keineswegs auf rechtlich einfache Fälle beschränkt ist, vgl *Clemens/Umbach* in *dies* (Hrsg), BVerfGG (1992) § 93b Rz 28.

³⁷⁾ BVerfG, NJW 1998, 1776, 1777.

³⁸⁾ BVerfG, aaO.

³⁹⁾ Vgl vorstehend l. b.

⁴⁰⁾ Wobei das BVerfG davon ausgeht, es komme für die verfassungsrechtliche Beurteilung nicht darauf an, ob der herangezogene Rechtfertigungsgrund vom Gesetzgeber ausdrücklich genannt worden ist, vgl BVerfG NJW 1998, 1776, 1777 (unter Hinweis auf BVerfGE 33, 171, 186 – Honorarverteilungsmaßstab).

⁴¹⁾ BVerfGE 9, 338, 346; eher beiläufige Ausführungen zur Altersgrenze von 70 Jahren für Bezirksschornsteinfeger zuvor in BVerfGE 1, 264, 274 f.

⁴²⁾ BVerfGE 64, 72.

scheidungen zur Altersgrenze von 68 Jahren für öffentlich bestellte Sachverständige⁴³⁾ und von 70 Jahren für Notare,⁴⁴⁾ dazu kamen Beschlüsse, die sich auf das Höchstalter für die Wählbarkeit zu verschiedenen kommunalen Ämtern bezogen.⁴⁵⁾ Insgesamt betrachtet konnte das BVerfG also auf eine durchaus gefestigte und von anderen Obergerichten bestätigte⁴⁶⁾ Rechtsprechung verweisen,⁴⁷⁾ und es hat diese Möglichkeit genutzt, um sich nicht näher mit den Besonderheiten der verfassungsrechtlichen Stellung von Vertragsärzten auseinanderzusetzen zu müssen.⁴⁸⁾ Die Klärung der damit verbundenen, äußerst spannenden und grundrechtsdogmatisch anspruchsvollen Fragen, die schon deswegen neu beantwortet werden müssen, weil das darauf bezogene Grundsurteil aus dem Jahre 1960 stammt,⁴⁹⁾ sollte offensichtlich noch etwas aufgeschoben werden.⁵⁰⁾

3. Rechtsprechung des BSG zu den Altersgrenzen für Vertragsärzte

Betraff die einzige bislang einschlägige Entscheidung des BVerfG die obere Altersgrenze, so hatte sich das BSG bis jetzt mehrfach mit der unteren Altersgrenze auseinanderzusetzen. Dabei sorgten die auf Besonderheiten der gerichtlichen Zuständigkeitsverteilung zurückzuführenden Divergenzen bei der verfassungsrechtlichen Beurteilung zumindest vorübergehend für besondere Spannung.

Bereits Ende 1993 entschied der für das Kassenarztrecht zuständige 6. Senat des BSG, die Altersgrenze von 55 Jahren für die erstmalige Zulassung

⁴³⁾ BVerfG NVwZ 1991, 358.

⁴⁴⁾ BVerfG NJW 1993, 1575; vgl auch *Waltermann*, Altersgrenze für Notare, AnwBl. 1992, 19ff.

⁴⁵⁾ BVerfG DVBl 1994, 43; NVwZ 1997, 1207.

⁴⁶⁾ Vgl etwa BVerwG DÖV 1960, 148 (Prüfingenieure); OVG Rhld-Pfalz, GewArch 1989, 20 (öffentlich bestellte Sachverständige); VGH Bad-Württ GewArch 1991, 32 (öffentlich bestellte Sachverständige); VGH Bad-Württ GewArch 1993, 199 (zur unteren Grenze für die erstmalige öffentliche Bestellung Sachverständiger); vgl in diesem Zusammenhang auch *Jahn*, Zur Höchstaltersgrenze für öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, GewArch 1991, 247ff.

⁴⁷⁾ Krit dazu *Pitschas*, Recht der Freien Berufe, in *Schmidt* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 2 (1996) Rz 189, wonach die Rechtsprechung berufslenkende Verteilungsregelungen mit Alterserwägungen rechtfertige, die in der Verfassung keine Grundlage fänden.

⁴⁸⁾ Vgl hingegen bereits ausführlich zu darauf bezogenen Überlegungen im Hinblick auf die obere Altersgrenze LSG NRW MedR 1998, S 282, 284ff.

⁴⁹⁾ BVerfGE 11, 30.

⁵⁰⁾ Wobei hier davon ausgegangen wird, daß sich aus der Wirkung der Entscheidung kein Hindernis für eine neue (und möglicherweise im Ergebnis abweichende) Beurteilung der verfassungsrechtlichen Fragestellung ergibt, da das BVerfG nicht der Bindungswirkung des § 31 Abs 1 BVerfGG unterliegt (st Rspr, BVerfGE 4, 31, 38f; 85, 117, 121; aA *Lechner/Zuck*, BVerfGG⁴ [1996] § 31 Rz 29), und auch im Hinblick auf die Zulassungsbeschränkungen kein identischer Verfahrens- bzw Entscheidungsgegenstand vorliegt; demgegenüber kommt der Beschränkung einer Bindungswirkung wegen veränderter Umstände keine Bedeutung mehr zu.

als Vertragsarzt sei mit der Verfassung vereinbar.⁵¹⁾ Die umstrittene Regelung dürfe nicht losgelöst von den Bemühungen des Gesetzgebers, der steigenden Überversorgung mit Ärzten entgegenzuwirken und durch eine wirksame Begrenzung der Arztzahlen die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zu erhalten, gesehen werden.⁵²⁾ Dabei müßten Gestaltungsfreiheit sowie der Einschätzungs- und Prognosevorrang des Gesetzgebers beachtet werden.⁵³⁾ Insgesamt seien die vom Gesetzgeber befürchteten Gefahren bei unregulierter Zulassung von Ärzten im Bereich der ambulanten Versorgung ausreichend dargelegt, die gesetzgeberische Prognose nachvollziehbar und der Eingriff erweise sich auch unter Berücksichtigung alternativ zur Verfügung stehender Steuerungsinstrumente als verhältnismäßig.

Zu einer anderen Einschätzung war ebenfalls 1993 der 14a-Senat des BSG gelangt, der zum damaligen Zeitpunkt für vertragszahnärztliche Streitigkeiten zuständig war.⁵⁴⁾ Nach dessen Ansicht war weder nachvollziehbar vorgetragen, daß erstmalig nach Vollendung des 55. Lebensjahres zugelassene Kassenzahnärzte erhöhte Kassenausgaben verursachen, noch daß die fragliche Altersgrenze die einzige Möglichkeit sei, unwirtschaftlichem Verhalten vorzubeugen.⁵⁵⁾ Deshalb erhob der 14a-Senat eine konkrete Normenkontrolle und legte dem BVerfG die Frage vor, ob jene die Altersgrenze enthaltenden Normen verfassungswidrig seien.⁵⁶⁾ Ab 1994 wechselte die gerichtliche Zuständigkeitsverteilung, womit der 6. Senat auch für Vertragszahnärztsachen zuständig wurde. Da dieser Senat an seiner Rechtsprechung festhielt und meinte, auch im Bereich der zahnärztlichen Versorgung sei unter Berücksichtigung des gesetzgeberischen Einschätzungs- und Prognosespielraums vom Vorliegen einer Gefahr für die Finanzgrundlagen der Gesetzlichen Krankenversicherung durch anbieterinduzierte Nachfrage auszugehen, hob er den Vorlagebeschluß im Mai 1996 auf⁵⁷⁾ und entschied ein gutes halbes Jahr später in der Sache – kaum überraschenderweise mit demselben Ergebnis, mit dem er bereits 1993 über die Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze für Vertragsärzte geurteilt hatte.⁵⁸⁾

⁵¹⁾ BSGE 73, 223 = SozR 3-5520 § 25 Nr 1.

⁵²⁾ BSGE 73, 223, 225.

⁵³⁾ BSGE 73, 223, 226f.

⁵⁴⁾ BSG SGB 1994, 332.

⁵⁵⁾ BSG SGB 1994, 332, 335, 336.

⁵⁶⁾ Wobei im konkret zu entscheidenden Fall der über das Diskriminierungsverbot herstellbare Zusammenhang zwischen der durch den EGV verbürgten Niederlassungsfreiheit und Art 12 I GG auch deshalb beachtlich ist, weil das BSG in Betracht zog, bei Erfolglosigkeit der Normenkontrolle den EuGH anzurufen, um die Vereinbarkeit der Altersgrenze mit Art 52 EGV klären zu lassen.

⁵⁷⁾ BSG MedR 1997, 134.

⁵⁸⁾ BSG SozR 3-2500 § 98 Nr 4; auch eine Vorlage an den EuGH wurde für nicht erforderlich gehalten.

III. Verfassungsrechtliche Ausgangsüberlegungen

1. Mögliche Rechtfertigungsgründe und ihre Differenzierung

a) Betrachtet man die bisher zur Zulässigkeit von Altersgrenzen insgesamt ergangene Rechtsprechung, so ergibt sich ein relativ buntes Bild verschiedener Rechtfertigungsgründe, auf die zumindest grundsätzlich der mit einer Altersgrenze verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit⁵⁹⁾ gestützt werden kann. Dabei ist zu bedenken, daß neben den beiden bereits genannten, im Vertragsarztrecht anzutreffenden Grenzen – nämlich der Höchstaltersgrenze für die erstmalige Zulassung und der Höchstaltersgrenze als Befristung der Zulassung⁶⁰⁾ – noch ein dritter Typus einer Altersgrenze existiert, und zwar das Mindestalter für die erstmalige Zulassung.

aa) Die Rechtfertigungsgründe lassen sich sinnvollerweise in zwei Gruppen trennen. Zum einen existiert die Gruppe der – wie ich es nennen möchte – patienten- oder allgemeiner: umfeldbezogenen Rechtfertigungsgründe. Bei ihnen geht es um den Schutz jener Personen, die mit Berufstätigen deshalb in Kontakt treten, weil sie deren Dienste in Anspruch nehmen, oder auch derjenigen Personen, die in anderer Form durch die Ausübung der Berufstätigkeit betroffen sein können. Dabei wird man davon ausgehen dürfen, daß letztlich ein altersbedingtes Verbot der Berufstätigkeit nur dann in Betracht kommt, wenn es um den Schutz von Leib oder Leben der Patienten oder Drittbetroffenen geht, da entsprechend schwerwiegende Eingriffe in die Berufsfreiheit nur durch den Schutz wichtiger Rechtsgüter gerechtfertigt werden können. In diesem Sinne spielen für den Gesundheitsschutz verschiedene Faktoren eine Rolle, woraus sich Rechtfertigungsgründe für alle drei Typen von Altersgrenzen ableiten lassen.

Bei den Altersgrenzen, die zur Beendigung der Berufstätigkeit führen, geht es um den Schutz der Kunden bzw Patienten vor Fehlleistungen, hervorgerufen durch altersbedingten Abbau der Leistungsfähigkeit.⁶¹⁾ Hingegen läßt sich umgekehrt der Ausschluß jüngerer Bewerber von der erstmaligen Zulassung auf die Erforderlichkeit ausreichender Lebens- bzw Berufserfahrung und Reife stützen.⁶²⁾ Soll der Ausschluß älterer Bewerber von der erstmaligen

⁵⁹⁾ Verfassungsrechtliche Prüfungsmaßstäbe sind hinsichtlich der Altersgrenzen Art 12 Abs 1 und 3 Abs 1 GG, nicht hingegen Art 14 Abs 1 GG, weil weder Erwerbschancen noch die Zulassung unter das grundrechtlich geschützte Eigentum fallen, vgl BVerfG NJW 1998, 1776, 1777 f; aA Kramer, Bedarfzulassung – Altersbegrenzung – Nachfolgerauswahl: Ein Beitrag zur Diskussion um das Gesundheitsstrukturgesetz, ZfSH/SGB 1995, 19, 22 ff; Wigge, Kassenarztrecht im Wandel, SGB 1993, 158, 161.

⁶⁰⁾ Entsprechende Altersgrenzen finden sich vor allem auch im Beamtenrecht des Bundes und der Länder; allerdings unterliegt deren verfassungsrechtliche Beurteilung Besonderheiten wegen der Überlagerung durch Art 33 GG; vgl zur Bedeutung des Art 33 Abs 5 und des Lebenszeitprinzips BVerfGE 67, 1, 12 f; 71, 255, 270.

⁶¹⁾ Vgl zu den Rechtsprechungsnachweisen bereits oben, FN 41 bis 46.

⁶²⁾ Vgl zur Altersgrenze für die Ausübung des Heilpraktikerberufs OVG Münster GewArch 1981, 221 = NJW 1981, 2018; krit dazu wegen mangelnder Unterscheidung von Berufserfahrung und Lebensalter Biernath, Ist die Mindestaltersgrenze von 25

Zulassung gerechtfertigt werden, so kommt dies unter kunden- oder umfeldbezogenen Aspekten nur in Betracht, wenn sich eine besondere, durch unmittelbaren Kontakt mit neueren fachlichen Entwicklungen erworbene Sachkunde als erforderlich erweist.⁶³⁾

Der Gesundheitsschutz als Rechtfertigungsgrund weist gewisse Besonderheiten auf. Zum einen betrifft er, worauf bereits hingewiesen wurde, ein besonders wichtiges Rechtsgut und vermag deshalb nicht nur zur Rechtfertigung auch schwerwiegender Eingriffe in die Berufsfreiheit herangezogen zu werden, sondern erlaubt zudem eine gesetzgeberische Prognoseentscheidung. Das führt zu verminderten Nachweisanforderungen, weil nicht abgewartet werden muß, ob eine tatsächliche Leistungsminderung zu statistisch signifikanten Gesundheitsschäden führt. Es genügt vielmehr, wenn auf die verminderte Leistungsfähigkeit aufgrund allgemeiner Lebenserfahrung geschlossen werden kann. Zum anderen führt die Bezogenheit des Gesundheitsschutzes auf Außenstehende dazu, daß die Frage, in welcher Form der durch eine Altersgrenze Betroffene seinen Beruf ausübt, ohne Bedeutung bleibt. Die Bevölkerung ist vor leistungsunfähigen Freiberuflern ebenso zu schützen wie vor leistungsunfähigen Beamten.

bb) Ganz anders liegen die Dinge, sofern Altersgrenzen nicht auf die Gefährdung Außenstehender, sondern auf Überlegungen zur Verteilung beschränkter Betätigungsmöglichkeiten gestützt werden. Hier geht es um verteilungspolitische Zielsetzungen. Entsprechende Zielsetzungen sind dann relevant, wenn Altersgrenzen auf die Erhaltung einer ausgewogenen Altersstruktur⁶⁴⁾ und damit zugleich auf die Erhaltung angemessener Erwerbsmöglichkeiten für Berufsanfänger abstellen oder allgemein eine gerechte Verteilung der Teilnahmemöglichkeiten sicherstellen sollen. Ihre Realisierung erweist sich allerdings nur in den Wirtschaftssektoren als erforderlich, in denen der Gesetzgeber eine marktförmige Steuerung von Angebot und Nachfrage nicht für ausreichend hält, die Zulassung zu diesen Sektoren reglementiert und damit normativ abgegrenzte, wirtschaftliche Subsysteme schafft. Das Vertragsarztrecht als Teil des Leistungserbringungsrechts ist dafür geradezu beispielhaft, weil es eine besonders hohe Regelungsdichte aufweist. Dienen Altersgrenzen auf diese Weise der Verteilung von Teilnahmemöglichkeiten, wird Bezug genommen auf endogene Faktoren, mit anderen Worten auf systembedingte Rechtfertigungsgründe.⁶⁵⁾

Die Heranziehung systembedingter Gründe für die Rechtfertigung berufsbezogener Eingriffe erweist sich allgemein betrachtet vor allem unter zwei Aspekten als problematisch. Zum einen spricht zwar die Einbindung in ein

Jahren für die Zulassung zum Heilpraktiker verfassungsgemäß? NJW 1981, 2506, 2507.

⁶³⁾ Vgl zur Altersgrenze für öffentlich bestellte Sachverständige VGH Bad-Württ GewArch 1993, 199.

⁶⁴⁾ Vgl dazu etwa BVerfG NJW 1993, 1575.

⁶⁵⁾ Vgl zu einer anderen, berufsinterne und berufsexterne Regelungsziele unterscheidenden Differenzierung Jähnke, Bedürfnisprüfung und Berufsfreiheit – Versuch einer Systematisierung (Diss Bonn 1971) 121 ff.

reglementiertes System für erleichterte Rechtfertigungsmöglichkeiten, was in der Regel unter dem Stichwort des sog staatlich gebundenen Berufs diskutiert wird,⁶⁶⁾ ohne daß aber ganz klar wäre, in welchem Umfang die grundrechtliche Stellung der Betroffenen durch die Einbindung eine Abschwächung erfährt.⁶⁷⁾ Zum anderen ist fraglich, welche Rolle die Schaffung des Systems als solches spielt, ob damit und mit einem grundsätzlichen Zulassungserfordernis für die Berufsausübung Grundrechtseingriffe verbunden sind und auf welche Weise dies bei der Beurteilung der aus dem System ableitbaren Notwendigkeiten zu berücksichtigen ist.

b) Ausgehend von der gerade vorgestellten Differenzierung ist anzunehmen, daß die Rechtfertigung der Altersgrenzen von Vertragsärzten in erster Linie nicht von umweltbezogenen, sondern von systembezogenen Faktoren abhängt. Allerdings hatte dies, wie berichtet, das BVerfG bei der Überprüfung der oberen Altersgrenze anders gesehen⁶⁸⁾ und sich ganz im Gegensatz ausschließlich auf den Gesundheitsschutz der Versicherten bezogen. Deshalb soll zunächst – und vor der Darstellung systembedingter Besonderheiten der grundrechtlichen Stellung von Vertragsärzten – die Heranziehung des Gesundheitsschutzes als Rechtfertigungsgrund und damit die Entscheidung des BVerfG einer kritischen Würdigung unterzogen werden.

Wesentliches Argument für die Verfassungsmäßigkeit der Zulassungsbeschränkung ist der Erfahrungssatz, nach dem die Gefahr geminderter Leistungsfähigkeit mit zunehmendem Alter wächst und der Gesetzgeber dies im Rahmen seines Gestaltungsspielraums zum Anlaß nehmen dürfe, ein Höchstalter festzulegen.⁶⁹⁾ Schon die erste Feststellung ist in ihrer Allgemeinheit und ohne jeden näheren Bezugspunkt zweifelhaft, denn immerhin müssen neben der körperlichen Leistungsfähigkeit auch die während der Berufstätigkeit gesammelten Erfahrungen eine Rolle spielen. Darüber hinaus ergibt sich aus der Entscheidung keinerlei Anhaltspunkt für die Beantwortung der Frage, ob die

⁶⁶⁾ Vgl etwa hinsichtlich der Vertragsärzte Hess, Freiheit und Bindung bei der Leistungserbringung im Gesundheitswesen, SDSRV 38 (1994) 49, 63 (Veränderung „in Richtung auf eine mehr öffentlich-rechtlich als freiberuflich ausgeprägte Tätigkeit“); für die Annahme eines staatlich gebundenen Berufs Ebsen, Bedarfsorientierte Regelungen der Zulassung von Leistungserbringern zur Gesetzlichen Krankenversicherung und das Grundrecht der Berufsfreiheit, ZSR 1992, 328, 332; allgemein mit krit Stellungnahme zur entsprechenden Kategorisierung Scholz in Maunz/Dürig ua, GG (Stand 1998) Art 12 Rz 220ff u 260ff.

⁶⁷⁾ Zweifelnd etwa v. Maydell/Pietzcker, Begrenzung der Kassenarztzulassung (1993) 31ff. Jedenfalls ist es nicht ausreichend, aus einer Einbindung – ohne deren Infragestellung – allgemein auf einen „weiterreichenden Handlungsspielraum“ zu schließen, vgl aber Rieger, Fortführung der Arztpraxis nach GSG – Verfassungsrechtliche Aspekte, MedR 1994, 213, 216, ebensowenig wie umgekehrt aus der Ablehnung einer staatlichen Bindung auf die Unzulässigkeit von Altersgrenzen geschlossen werden kann, anders wohl Hess, (FN 12), VSSR 1994 395, 402f.

⁶⁸⁾ Vgl oben II.2.

⁶⁹⁾ BVerfG NJW 1998, 1776, 1777.

Grenze bei 68 Jahren richtig bestimmt ist.⁷⁰⁾ Zwar wird man in der Tat keinen konkreten Nachweis für die Richtigkeit, immerhin aber doch eine Begründung für die getroffene Wahl fordern dürfen. Im Zusammenhang mit dem Gesundheitsschutz kann der Hinweis, die Altersgrenze liege höher als die Regelaltersgrenze in vielen anderen Berufen,⁷¹⁾ jedenfalls dann nicht weiterführen, wenn nicht zugleich belegt wird, daß die Wahl des jeweiligen Regelalters ebenfalls auf gesundheitliche Aspekte gestützt wird. Natürlich wird die Gefahr einer geminderten Leistungsfähigkeit um so größer, je älter der Vertragsarzt ist – und je höher die Altersgrenze angesetzt ist, desto geringer erscheint auch die Grundrechtsbeeinträchtigung. Da sich eine Grenzziehung als äußerst schwierig erweist, wird man dem Gesetzgeber einen Prognosespielraum zugestehen müssen und gegen eine grundsätzliche Orientierung an anderen Grenzen wenig einwenden können. Auch dürfte es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht fordern, neben einer generalisierenden Regelung in einer Übergangszeit das altersbedingte Ausscheiden der Vertragsärzte von einer Überprüfung der Leistungsfähigkeit im Einzelfall abhängig zu machen.⁷²⁾

Jedoch muß zum einen die Prognose durch eine gesetzgeberische Entscheidung erfolgen. Denn nur der Gesetzgeber verfügt über die einen Entscheidungsspielraum rechtfertigende, erhöhte demokratische Legitimation. Das spricht dafür, in der Entstehungsgeschichte der die Altersgrenze enthaltenden Norm einen Hinweis auf eine entsprechende Prognoseentscheidung zu fordern, selbst wenn ansonsten eine objektive Auslegung bevorzugt wird. Zum anderen ergeben sich aus unterschiedlichen Altersgrenzen für verschiedene Berufe Wertungswidersprüche. Das gilt jedenfalls dann, wenn die Berufstätigkeiten im Hinblick auf die mit ihnen verbundenen potentiellen Gefahren für Dritte vergleichbar sind. Insofern enthebt der Prognosespielraum nicht zugleich von einer Begründung, denn der Verzicht auf die Nachweisbarkeit bedeutet nicht zugleich auch einen Verzicht auf Nachvollziehbarkeit.

Schließlich ist ein weiterer Gesichtspunkt zu beachten. Es scheint nämlich keineswegs einsichtig, warum überhaupt eine Höchstaltersgrenze zum Schutze der Kassenpatienten erforderlich sein soll. Auch wenn die gesetzlich Krankenversicherten zugelassene oder ermächtigte Ärzte aufsuchen müssen, sofern sie eine Behandlung als Krankenversicherungsleistung in Anspruch nehmen wollen, haben sie nach geltendem Recht doch die freie Wahl zwischen diesen

⁷⁰⁾ Im Gesetzgebungsverfahren waren Überlegungen angestellt worden, die Grenze auf 65 Jahre festzusetzen; für eine Altersgrenze von 70 Jahren und Unzulässigkeit einer Grenze von 65 Jahren Stockhausen, Ärztliche Berufsfreiheit und Kostendämpfung (Diss Hamburg 1989) 172.

⁷¹⁾ BVerfG aaO.

⁷²⁾ Verstanden im Sinne einer Widerlegungsmöglichkeit zugunsten des Arztes, der seine Geeignetheit durch eine ärztliche Untersuchung nachweist, (und zwar für eine beschränkte Zeit nach Überschreiten der die Vermutung enthaltenden Altersgrenze bis zum Erreichen einer absoluten Höchstaltersgrenze,) während eine zwangsweise Untersuchung natürlich nicht in Betracht kommt. Jedoch dürfte eine solche Regelung mit zu vielen Unsicherheiten und einem zu großen Aufwand verbunden sein, so daß sie kein ausreichend wirksames Mittel darstellt.

Leistungserbringern.⁷³⁾ Das gibt ihnen praktisch gesehen ausreichende Möglichkeiten, selbst denjenigen Arzt auszusuchen, den sie für leistungsfähig halten. Warum insofern nicht der Eigenverantwortung der Patienten vertraut werden dürfte, ist nicht ersichtlich.⁷⁴⁾ Ob sich daran etwas ändert, wenn neue Versorgungsformen und damit eine Einschränkung der Arztwahl eingeführt werden sollten, kann – ebenso wie die Frage, ob entsprechende Einschränkungen mit der Handlungsfreiheit der Versicherten vereinbar wären⁷⁵⁾ – dahinstehen. Bedenkt man die Wahlmöglichkeiten der Versicherten, verliert im übrigen auch das Argument, zwischen einer auf die Vertragsarztzulassung und einer auf die Approbation bezogenen Altersgrenze dürfe differenziert werden,⁷⁶⁾ an Überzeugungskraft. Denn daß die ärztliche Tätigkeit den die Kassenleistungen in Anspruch nehmenden Patienten in demselben Maße wie den privat zahlenden gefährden kann, läßt sich kaum bezweifeln.

2. Der Grundrechtsschutz vertragsärztlicher Tätigkeit

Damit dürfte gezeigt worden sein, daß schon die Rechtfertigung der oberen Altersgrenze aus Gründen des Gesundheitsschutzes keineswegs so unanfechtbar erscheint wie es nach der erwähnten Kammerentscheidung des BVerfG anzunehmen sein könnte. Und für die untere Altersgrenze kann der Gesundheitsschutz deshalb keine Rolle spielen, weil diese Grenze nicht das Vorhandensein ausreichender beruflicher Fähigkeiten sichern soll. Aus diesem Grund ist es unvermeidbar, sich mit systembedingten Rechtfertigungsgründen und damit zugleich mit einigen allgemeinen Überlegungen zum Grundrechtsschutz der vertragsärztlichen Tätigkeit auseinanderzusetzen.

a) Zunächst erhebt sich die Frage, welche Auswirkungen der Umstand hat, daß die Möglichkeit zur Teilnahme am Leistungserbringungssystem der Gesetzlichen Krankenversicherung eine Zulassung voraussetzt. Beruft sich der die Zulassung verlangende Arzt auf die Abwehrfunktion des seine Berufsfreiheit verbürgenden Grundrechts und damit auf die auch heute noch klassische und für das grundrechtliche Schutzsystem des Grundgesetzes prägende⁷⁷⁾ Grundrechtsfunktion? Stellt mit anderen Worten die Versagung der Zulassung einen Eingriff in die Berufsfreiheit dar?⁷⁸⁾ Oder ist es vielmehr so, daß es sich

⁷³⁾ Vgl § 76 SGB V.

⁷⁴⁾ Wird die Eigenvorsorge für vorrangig gehalten, kommt eine Beschränkung der Berufsfreiheit aus Gesundheitsschutzgründen nur in Betracht, sofern den Staat eine aus Art 2 Abs 2 GG ableitbare Pflicht zum Gesundheitsschutz trifft.

⁷⁵⁾ Vgl zum grundrechtlichen Schutz der freien Arztwahl BVerfGE 16, 286, 303 f.

⁷⁶⁾ Wobei dieser Aspekt vom BVerfG bereits im Rahmen des Art 12 Abs 1 GG und nicht gesondert anhand des Art 3 Abs 1 GG überprüft wurde, vgl BVerfG NJW 1998, 1776, 1778.

⁷⁷⁾ Vgl nur Dreier in ders (Hrsg), GG (1996) Vorb Rz 45 ff; Sachs in ders (Hrsg), GG² (1999) vor Art 1 Rz 26 ff.

⁷⁸⁾ Vgl auch Manssen, Das Kassenarztzulassungsrecht des SGB V, ZfSH/SGB 1994, 1, 6 („atypisches Eingriffsproblem“). Allgemein dazu, daß über die Figur des Grundrechtseingriffes die Freiheitssphären abgrenzbar sind, nur Bethge, Der Grundrechtseingriff, VVDStRL 57 (1998) 7, 11.

bei der Zulassung um die Gewährung einer Leistung handelt – womit zumindest die Ableitung einer auf die Leistung gerichteten subjektiven Rechtsposition begründungs- und konkretisierungsbedürftig wäre.

Die Beantwortung dieser Fragen hängt nicht in erster Linie von der Feststellung ab, daß ca 90 % der deutschen Bevölkerung in der Gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind⁷⁹⁾ und deshalb den nicht als Vertragsärzten zugelassenen Ärzten nur ein relativ kleiner Markt für ihre Berufstätigkeit verbleibt.⁸⁰⁾ Denn sie erklärt nicht, warum die faktische Verengung des Freiheitsraums zu einer Veränderung der rechtlichen Stellung führen kann. Denkbar wäre, diese Verknüpfung dergestalt herzustellen, daß das Leistungserbringungsrecht zwar nicht unmittelbar die Rechtssphäre der Ärzte berührt, jedoch schon aufgrund der relativ umfassenden Anwendbarkeit die ärztliche Tätigkeit soweit beeinflusst, daß von einem mittelbaren Eingriff gesprochen werden könnte.⁸¹⁾ Die Konstruktion ist nicht nur mit Unsicherheiten hinsichtlich der Eingriffsqualifizierung belastet,⁸²⁾ sondern vor allem mit der Schwierigkeit, aus der Existenz des Leistungserbringungssystems gerade auf eine Beeinträchtigung der nicht zugelassenen Ärzte zu schließen.

Vorzugswürdig erscheint demgegenüber, an der umfassenden Freiheit der beruflichen Tätigkeit anzusetzen. Das entspricht der grundgesetzlichen Konzeption einer grundsätzlich alle Handlungen umschließenden Freiheitsgewährung. Es ist keineswegs so, daß die Behandlung von Versicherten eine bestimmte Organisation voraussetzen würde, also die darauf gerichtete Betätigung der staatlichen Leistung bedürfte und damit über die Freiheitsgewährung hinausreichte.⁸³⁾ Vielmehr beschränkt der Gesetzgeber durch Einführung des am Sachleistungsprinzip ausgerichteten Leistungserbringungsrechts die Berufsfreiheit der Leistungserbringer. Durch den Ausschluß der Teilnahme an diesem normativ abgegrenzten Tätigkeitsfeld wird zugleich in die durch Art 12 I GG geschützte Berufsfreiheit derjenigen eingegriffen, die im umzäunten Bereich ihrem Beruf nachgehen wollen. Für den Einzelnen ist hinsichtlich der grundrechtlichen Wirkung die Einführung des freiheitsverkürzenden Systems mit der Frage der Zulassung zu diesem System notwendigerweise gleichzusetzen, so daß sich alle Beschränkungen der Zulassung als Eingriffe in die

⁷⁹⁾ Nach dem vom BMA veröffentlichten Statistischen Taschenbuch 1998 hatte die Gesetzliche Krankenversicherung 1997 ca 50,8 Millionen Mitglieder; die Familienversicherten, die selbst keine Mitglieder sind, müssen hinzugezählt werden.

⁸⁰⁾ Vgl idS auch Schnapp, Geltung und Auswirkungen des Gesetzesvorbehalts im Vertragsarztrecht, MedR 1996, 418, 421.

⁸¹⁾ Ähnlich der Ansatz von Ebsen, Rechtliche Instrumente der Freiheitssicherung und Steuerung bei der Leistungserbringung im Gesundheitswesen, SDSRV 38 (1994) 7, 16 ff.

⁸²⁾ Da bis jetzt keine allgemeine Einigkeit darüber erzielt worden ist, in welchem Umfang mittelbare oder faktische Beeinträchtigungen Eingriffe darstellen und damit einen Rechtfertigungsbedarf auslösen; allerdings können an einer „berufsregelnden Tendenz“ (dazu nur BVerfGE 82, 209, 223 f – Krankenhausbedarfsplanung) im vorliegenden Zusammenhang keine Zweifel bestehen.

⁸³⁾ Vgl zu entsprechenden Ansätzen nur Sachs in Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland III/1 (1988) 704 mwN.

Berufsfreiheit charakterisieren lassen. Entsprechende Maßnahmen sind damit rechtfertigungsbedürftig.

Allerdings wird im Zusammenhang mit den an eine Rechtfertigung zu stellenden Anforderungen zu zeigen sein, daß die im Wege der Systemeinbindung eröffnete Teilhabemöglichkeit im Sinne der Gewährung einer über die Abwehrfunktion hinausreichenden Grundrechtsposition⁸⁴⁾ nicht ohne Konsequenzen bleiben kann. Denn zumindest in der gegenwärtigen Ausgestaltung verpflichtet das Leistungserbringungsrecht den Vertragsarzt nicht nur zur Tätigkeit, sondern muß ihm als Ausgleich in dem für die Aufrechterhaltung der Existenz notwendigen Umfang einen Honoraranspruch als angemessene Vergütung garantieren.⁸⁵⁾

b) Sind die zulassungsbezogenen Entscheidungen als Grundrechtseingriffe zu qualifizieren, so gewinnt innerhalb des Systems der Teilhabecharakter der Zulassung verstärkt an Bedeutung. Maßnahmen, die ausschließlich der Verteilung der Systemressourcen dienen, berühren nicht die Freiheitssphäre, sondern die Gleichbehandlung. Das ist vor allem relevant für die Regelung der vertragsärztlichen Vergütung. Soweit die wirtschaftliche Existenz der Vertragsärzte nicht berührt ist, stellt sich der Anspruch auf angemessene Vergütung als Anspruch auf gleiche Teilhabe dar.⁸⁶⁾ Andererseits bedeutet das nicht, daß innerhalb des Leistungserbringungssystems Freiheitsrechte gänzlich unbeachtlich wären. Der Gesetzgeber muß sich an seiner eigenen Systementscheidung festhalten lassen. Sollen die Ärzte zumindest prinzipiell in eigener Verantwortung agieren⁸⁷⁾ – was nicht nur im Hinblick auf deren Fachwissen

⁸⁴⁾ Zurückhaltender, aber auf eine zumindest abgeschwächte Grundrechtsposition hinweisend BVerfGE 70, 1, 31.

⁸⁵⁾ Was dafür spricht, daß global wirkende Ausgabenbegrenzungen ohne Umbau des Leistungserbringungssystem sehr schnell auf verfassungsrechtliche Bedenken stoßen müssen. Vgl *Isensee*, Das Recht des Kassenarztes auf angemessene Vergütung, VSSR 1995, 321, 341: „Angemessen ist also die Vergütung, die im gesetzlich intendierten Normalfall einer ausgelasteten, ordnungsgemäß geführten vertragsärztlichen Praxis die Kosten der Leistungen deckt und die Möglichkeiten des Gewinns offenhält.“ Vgl auch *Hess*, Angemessenheit der Vergütung und angemessenes Arzthonorar, VSSR 1995, 367 ff.

⁸⁶⁾ Womit in erster Linie Art 3 Abs 1 GG als Prüfungsmaßstab heranzuziehen ist. Art 12 Abs 1 GG ist allerdings nach dem oben Gesagten dann berührt, wenn die wirtschaftliche Existenz der Vertragsärzte durch Vergütungsregelungen bedroht oder eine bestimmte Steuerung der beruflichen Tätigkeit erfolgt (offen gelassen von BSGE 75, 187; 77, 279). Hingegen begründen die Honoraransprüche bis zur ihrer Festsetzung durch die Kassenärztliche Vereinigung kein Eigentum iSv Art 14 Abs 1 GG, aA *Michalski*, Verfassungsrechtliche Schranken einer Rationierung im vertragsärztlichen Versorgungssystem, VersR 1996, 265, 268; vgl auch *Schnapp*, Honorarbehalt, Wesentlichkeitstheorie und Satzungsautonomie im Kassenarztrecht, FS Gitter (1995) 861, 867 ff.

⁸⁷⁾ Wenig aussagefähig ist hingegen der Bezug auf allgemeine Kategorien, insbesondere das Argument, die Stellung als Freiberufler erfordere den Freiheitsschutz. Denn mit Blick auf die allgemein als „freie“ anerkannten Berufe läßt sich auf Regelungen, die für alle erfaßten Berufsgruppen zwingend wären, kaum schließen, vielmehr hängt umgekehrt die Frage, welche Freiheiten die Angehörigen der Berufsgruppen genießen,

sinnvoll, sondern wegen der Rechtfertigung der Errichtung des Systems auch rechtlich von Bedeutung und im übrigen im deutschen Leistungserbringungsrecht ungeachtet der stattfindenden Kontrollen wegen des zwar eingeschränkten, aber doch fortbestehenden Unternehmerrisikos und wegen der persönlichen Haftung der Vertragsärzte der Fall ist⁸⁸⁾ –, so müssen sich weiterhin tätigkeitssteuernde Maßnahmen an der Berufsfreiheit messen lassen. Dabei kann allerdings hinsichtlich der Schwere von Eingriffen und in der Folge hinsichtlich der Rechtfertigungsanforderungen danach differenziert werden, ob die Tätigkeitssteuerung auf die Grundentscheidung der Zulassung rückwirkt oder nicht.

c) Auf die Beurteilung der Altersgrenzen zurückkommend, ist als Zwischenergebnis festzuhalten, daß deren Festsetzung wegen des Zulassungsbezugs einen Grundrechtseingriff darstellt. Das hat zunächst formale Konsequenzen. In Anknüpfung an die sog Wesentlichkeitstheorie,⁸⁹⁾ die sowohl auf demokratietheoretische wie rechtsstaatliche Erfordernisse gestützt wird, bedarf jede Altersgrenze einer parlamentsgesetzlichen Grundlage.⁹⁰⁾ Die nähere Ausgestaltung, insbesondere auch mögliche Ausnahmen davon, dürfen durch untergesetzliche Normen festgelegt werden. Weitere Ausführungen sind dazu hier nicht veranlaßt. Denn die rechtlichen Grundlagen, aus denen sich die für Vertragsärzte geltenden Altersgrenzen ergeben, genügen ganz ohne Zweifel den genannten formalen Anforderungen.⁹¹⁾

IV. Altersgrenzen als verteilungspolitisches Steuerungsinstrument

1. Faktoren zur Konkretisierung der Rechtfertigungsanforderungen

a) Damit ist der verfassungsrechtliche Hintergrund weit genug erhellt, um die Prüfung auf der Rechtfertigungsebene fortzusetzen. Herkömmlicherweise wird auf dieser Ebene, soweit Eingriffe in die Berufsfreiheit zu beurteilen sind,

gerade von der normativen Ausgestaltung der Berufstätigkeit ab. Vgl zur Entwicklung auch *Laufs*, Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, 1590 ff., und zum Berufsbild *Pitschas* in *Schmidt* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (FN 47) Rz 68 ff, 126. Zur fehlenden Aussagekraft von Begrifflichkeiten auch v. *Maydell*, Der Statuswandel der freien Heilberufe in der GKV, NZS 1996, 244 f.

⁸⁸⁾ Zweifel daran hingegen bei *Bogs*, Grundrecht der Berufsfreiheit im Spiegel des Arztsystems, FS Thieme (1993) 715, 719.

⁸⁹⁾ Vgl dazu nur BVerfGE 47, 46, 79 (Sexualkunde); *Ossenbühl* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR III (1988) § 62 Rz 44 ff (jewe mit Stellungnahme zur Kritik).

⁹⁰⁾ Vgl BVerfGE 80, 257, 265 f (Anwaltsnotare).

⁹¹⁾ Vgl iü dazu, daß auch die auf die Altersgrenzen bezogenen Vorschriften in den ärztlichen Zulassungsverordnungen durch Parlamentsgesetz eingefügt worden sind, BSGE 73, 223, 226 (unter Hinweis auf BSGE 70, 167, 172); im übrigen kann die Richtigkeit dieser Annahme (zweifelnd *Wigge*, Zur Verfassungsmäßigkeit der Altersgrenze von 55 Jahren, SGB 1994, 310, 311) schon wegen der genauen, im SGB V selbst enthaltenen Vorgaben dahinstehen.

die vom BVerfG in seinem grundlegenden Apotheker-Urteil⁹²⁾ entwickelte sog Stufentheorie zugrundegelegt. Entgegen dem Wortlaut des Art 12 Abs 1 GG hat das BVerfG den unmittelbar nur auf die Berufsausübung bezogenen Regelungsvorbehalt auf das gesamte Grundrecht erstreckt,⁹³⁾ andererseits wegen der in dem Grundrecht angelegten Unterscheidung zwischen Berufswahl und Berufsausübung ein Differenzierungserfordernis gesehen, und dieses dadurch zum Ausdruck gebracht, daß je nach Eingriffsgegenstand die Rechtfertigungsanforderungen abzustufen seien. Das bedeutet zusammengefaßt: eine objektive Beschränkung der Berufswahl muß zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher schwerer Gefahren für überragend wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich sein, eine subjektive Zulassungsvoraussetzung darf nicht außer Verhältnis stehen zum angestrebten Zweck der ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit,⁹⁴⁾ und Berufsausübungsregelungen kommen zur erforderlichen Abwehr jeder Nachteile oder Gefahren für die Allgemeinheit in Betracht.⁹⁵⁾

Davon ausgehend werden im Schrifttum vornehmlich zwei Fragen diskutiert. Zum einen, ob der Vertragsarzt als eigenständiger, von dem sonst frei praktizierenden Arzt zu unterscheidender Beruf anzusehen sei,⁹⁶⁾ wobei ausschlaggebend ist, ob nach den Gesamtumständen der jeweiligen Tätigkeit von unterschiedlichen Berufsbildern gesprochen werden darf.⁹⁷⁾ Denn bei Bejahung dieser Frage würden sich Zulassungsregelungen im Leistungserbringungsrecht und damit auch die Altersgrenzen für Vertragsärzte nicht nur auf die Berufsausübung,⁹⁸⁾ sondern auf die Berufswahl beziehen. Zweitens wird erörtert, ob die in der Rechtsprechung durchgängig geteilte Einschätzung, nach der Altersgrenzen subjektive Zulassungsregelungen darstellen,⁹⁹⁾ zutreffend ist.¹⁰⁰⁾ Wenn es nämlich Sinn der Unterscheidung zwischen objektiven und

⁹²⁾ BVerfGE 7, 377.

⁹³⁾ Krit zu dieser Rechtsprechung *Lücke*, Die Berufsfreiheit (1994) 1 ff; zust *Breuer* in *Isensee/Kirchhof* (Hrsg), HStR VI (1989) § 147 Rz 59 u § 148 Rz 8 ff; *Hufen*, Berufsfreiheit – Erinnerung an ein Grundrecht, NJW 1994, 2913, 2917.

⁹⁴⁾ Wobei es, wie bei jeder Berufswahlregelung, um den Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter gehen muß, zuletzt BVerfGE 97, 12, 26; hervorzuheben ist nur, daß der Gesetzgeber insofern, bezogen auf den konkreten Beruf, eine Konkretisierungskompetenz besitzt.

⁹⁵⁾ So BVerfGE 7, 377, 405 ff.

⁹⁶⁾ Verneinend BVerfGE 11, 30, 41; aA *Gassner*, Zur Verfassungsmäßigkeit einer Altersgrenze für Kassenärzte, DÖV 1989, 580, 583; *Krölls*, Grundgesetz und ärztliche Niederlassungsfreiheit, GewArch 1993, 217, 221.

⁹⁷⁾ Vgl zu der darauf bezogenen Rspr. und der daran geäußerten Kritik nur *Scholz*, in *Maunz/Dürig ua*, GG (Stand 1998) Art 12 Rz 266 ff.

⁹⁸⁾ So *Wiegand*, Kassenarztrecht³ (1995) § 95 Rz 3; anders aber bezüglich bedarfsbezogener Zulassungsgrenzen *ders* in *Maassen ua* (Hrsg), GKV-Kommentar (Stand 1998) § 101 SGB V Rz 3.

⁹⁹⁾ Vgl insofern nur die in FN 41 bis 46 enthaltenen Nachweise.

¹⁰⁰⁾ Krit etwa *Lücke*, Die Berufsfreiheit (FN 93) 17 f; *Hufen* (FN 93), NJW 1994, 2913, 2921 f; zust hingegen *Breuer*, HStR VI (FN 93) § 148 Rz 38; *Jarass* in *Jarass/Pieroth*, GG⁴ (1997) Art 12 Rz 20a; *Manssen* in *v Mangoldt/Klein/Starck* (Hrsg),

subjektiven Voraussetzungen sein soll, daß letztgenannte von den Bewerbern erfüllt werden können, während sich die erstgenannten vom Einzelnen nicht beeinflussen lassen, so erscheint die Zuordnung von Altersgrenzen fraglich. Einerseits vermag ein Zulassungsbewerber gerade nicht, sein Alter zu verändern. Andererseits ist die Möglichkeit der individuellen Beeinflussung nicht nur auch bei anderen subjektiven Voraussetzungen wie Leistungsüberprüfungen zumindest zweifelhaft, sondern es jedem Bewerber anheimgestellt, seine Lebensplanung auf die Einhaltung der Altersgrenzen hin einzustellen. Darüber wird man mit Fug und Recht streiten können – jedoch dürfte der Streit vor allem deshalb nicht weiterführend sein, weil seine Entscheidung für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Altersgrenzen nicht ausschlaggebend ist. Denn abgesehen davon, daß die Stufentheorie nur der Konturierung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dient und man sich deshalb bildlich gesprochen die Stufen als je nach Bedeutung des Rechtfertigungsgrundes bis hin zu einem fließenden Übergang abgeschrägte vorstellen muß¹⁰¹⁾ – führt die Konzentration auf diesen Ansatz dazu, daß die Einbeziehung der Vertragsärzte in ein geschlossenes Leistungserbringungssystem keine angemessene Berücksichtigung findet.

b) Stattdessen ist, an die Vorüberlegungen anknüpfend,¹⁰²⁾ der durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz angestrebte Güterausgleich in mehreren Prüfungsschritten vorzunehmen.

aa) Zunächst bedarf die Errichtung des Systems, also des Systems der Leistungserbringung im Wege der Sachleistungen unter Berücksichtigung des sozialversicherungsrechtlich bestimmten Leistungsumfangs, der Rechtfertigung, da mit ihr bereits Grundrechtseingriffe verbunden sind. Insofern kann sich der Gesetzgeber darauf stützen, daß er Sorge tragen muß für die Funktionsfähigkeit der Gesetzlichen Krankenversicherung als Ausfluß des in Art 20 I GG enthaltenen Sozialstaatsprinzips¹⁰³⁾ und für die Rechte aller Beteiligten, also neben den Rechten der Leistungserbringer auch für die Rechte der Versicherten. Die systembezogene Grundentscheidung ist dementsprechend auf relativ abstraktem Niveau zu treffen, wobei dem Gesetzgeber wegen der Komplexität dieser Entscheidung ein ausreichender Entscheidungsspielraum verbleiben muß.¹⁰⁴⁾ Dagegen ließe sich einwenden, daß unter den genannten Vor-

GG⁴ (1999) Art 12 Rz 227; *Wieland* in *Dreier* (Hrsg), GG I (1996) Art 12 Rz 142; vgl auch *Tettinger* in *Sachs* (Hrsg), GG² (1999) Art 12 Rz 103.

¹⁰¹⁾ Gerade deshalb krit zur Stufentheorie *Lecheler*, Art 12 GG – Freiheit des Berufs und Grundrecht auf Arbeit, VVDStRL 43 (1985) 48, 57 f; vgl aber zum Erfordernis des Abstellens auf die jeweilige Intensität der Freiheitsbeschränkung im hier interessierenden Zusammenhang *Stockhausen*, Ärztliche Berufsfreiheit und Kostendämpfung (FN 70) 169 f.

¹⁰²⁾ Vgl oben II.2.

¹⁰³⁾ Vgl dazu BVerfGE 16, 286, 304; 68, 193, 218; allgemein zum Verhältnis zwischen dem Sozialstaatsprinzip und Art 12 Abs 1 GG *Pitschas*, Berufsfreiheit und Berufslenkung (1983) 516 f.

¹⁰⁴⁾ Krit. zu einer Einbindung der Vertragsärzte und einer damit verbundenen „faktischen ‚Okkupation‘“ aber *Pitschas* in *Schmidt* (Hrsg), Öffentliches Wirtschaftsrecht (FN 47) Rz 126; ähnlich allgemein *Hufen* (FN 93) NJW 1994, 2913, 2919 f.

aussetzungen eine verfassungsrechtliche Überprüfung schwer möglich ist und durch eine stufenweise Abschichtung der Bedeutung der berührten Grundrechte nicht ausreichend Rechnung getragen wird. Jedoch ermöglicht erst die Annahme einer Rechtfertigungsbedürftigkeit der Grundrechtsentscheidung überhaupt eine Überprüfung, wenn auch mit grobem Maßstab, und damit auch eine Berücksichtigung der Summe aller Grundrechtseingriffe, die sich aus der Durchführung des Systems ergeben.¹⁰⁵⁾ Insofern bestehen Rückkoppelungen zwischen den verschiedenen Untersuchungsebenen. Andererseits verhindert das Erfordernis, auf der oberen Ebene die verfassungsrechtlich geschützten Interessen aller Beteiligten zum Ausgleich zu bringen, daß alleine die Berufsfreiheit der Leistungserbringer systemsprengende Kraft entfaltet – wie es der Fall wäre, wenn die Unverhältnismäßigkeit jeder systembedingten Grundrechtsbeeinträchtigung alleine mit dem Umstand begründet würde, daß mit dem Kostenerstattungssystem ein weniger belastendes Leistungssystem zur Verfügung stünde.¹⁰⁶⁾ Letztendlich würde sonst einzelnen Grundrechtsträgern das Recht eingeräumt, unter Berufung auf die Grundrechte das für sie günstigste System verlangen zu können.

Das schließt es keineswegs aus, die Verfassungsmäßigkeit der Schaffung des Systems, auch in seinem Umfang, in Frage zu stellen. In den gegenwärtigen Zeiten schwindender Verteilungsspielräume und verstärkter Wahrnehmung von Freiheitseinschränkungen mehrten sich die Stimmen, die für eine Reduzierung der Sozialversicherung auf Grundleistungen aus verfassungsrechtlichen und nicht nur aus sozialpolitischen Gründen oder die Einführung marktkonformer Leistungserbringungsformen plädieren.¹⁰⁷⁾ Jedoch darf bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung weder die Mehrpoligkeit der Rechtsbeziehungen¹⁰⁸⁾ noch das Erfordernis einer ausreichend demokratischen Legitimation für verbindliche Prognoseentscheidungen¹⁰⁹⁾ übersehen werden.

bb) Hat sich der Gesetzgeber aufgrund einer vertretbaren Entscheidung für ein bestimmtes System entschieden, ist grundsätzlich eine Steuerung der Zulassung gestattet, um dessen Aufrechterhaltung und dessen Effizienz zu sichern. Mit anderen Worten kann eine Zulassungsbeschränkung durch Berufung auf die Gefährdung des Systems gerechtfertigt werden. Allerdings bedarf es natürlich der Darlegung, warum überhaupt eine Bedarfssteuerung geeignet

¹⁰⁵⁾ Vgl zu diesem Einwand, allerdings bezogen auf die Überprüfung einzelner Maßnahmen, *Hufen*, Inhalt und Einschränkung vertragsärztlicher Grundrechte, *MedR* 1996, 394, 398.

¹⁰⁶⁾ Zu einer entsprechenden Argumentation *Hinz*, Die Altersgrenzen nach § 98 Abs 2 Nr 12 SGB V in der vertragsärztlichen Versorgung, *Die Leistungen* 1996, 449, 454.

¹⁰⁷⁾ Vgl etwa *Merten*, Krankenversicherung zwischen Eigenverantwortung und Staatsversorgung, *NZS* 1996, 593, 598 f; neuerdings insbesondere *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (1997).

¹⁰⁸⁾ Insb wäre auch zu fragen, inwieweit eine Umgestaltung die Rechte der Versicherten berührt; ohne entsprechende Überlegungen *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer ... (FN 107) 314 ff.

¹⁰⁹⁾ Woraus sich auch eine dieses Erfordernis berücksichtigende Beschränkung der Kontrollfunktion des BVerfG ergibt.

ist und kein milderes Mittel der Zweckerreichung genügt. Nicht als milderes Mittel in Betracht zu ziehen ist in diesem Zusammenhang der Umbau grundlegender Systemstrukturen, weil diese Ausdruck der Berücksichtigung aller berührten Interessen und damit Teile der Systemscheidung sind. So spricht zwar einiges dafür, durch stärkere wettbewerbliche Orientierung den Versuch einer verbesserten Steuerung und Effizienzsteigerung der Leistungserbringung zu unternehmen.¹¹⁰⁾ Jedoch besteht darauf kein grundrechtlich geschützter Anspruch. Dieses Ergebnis stimmt insofern mit der Einwirkung des Gemeinschaftsrechts überein, als zwar durch die Entscheidungen des EuGH in den Sachen *Kohll* und *Decker*¹¹¹⁾ auch das deutsche Leistungserbringungsrecht berührt wird,¹¹²⁾ jedoch die Mitgliedstaaten in der Lage sind, durch Berufung auf Systemnotwendigkeiten Restriktionen der Grundfreiheiten zu rechtfertigen.

cc) Erweist sich eine Bedarfssteuerung als erforderlich, so ist es denkbar, auf eine Reihe alternativer Steuerungsinstrumente zurückzugreifen. Die Wahl zwischen diesen hat der Gesetzgeber zu treffen, wobei er allerdings, soweit die Maßnahmen verschiedene Leistungserbringer berühren, den Gleichbehand-

¹¹⁰⁾ Vgl dazu zuletzt – mit relativ weitgehenden Vorschlägen – Monopolkommission, Hauptgutachten 1996/1997: Marktöffnung umfassend verwirklichen (1998) 315 ff (Rz 558 ff); vgl zur Forderung des Wettbewerbs auf Anbieter- und Nachfragerseite *Oldiges*, Wirkungen der neuen Wahlmöglichkeiten und der neuen Organisationsstruktur in der KV, *SF* 1996, 116 f; *Rebscher*, Was traut sich die Selbstverwaltung der Krankenkassen als Kostenbegrenzung zu? *SF* 1996, 125. Bei vorsichtiger Weiterentwicklung im Rahmen des bestehenden Versorgungssystems wäre wohl eine Vielzahl unterschiedlicher Vertragsformen mit jeweils näher definiertem Anwendungsbereichen vorzusehen, vgl *Sachverständigenrat* für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Sondergutachten 1995: Gesundheitsversorgung und Krankenversicherung 2000 (1995) 120 ff; vgl auch *Wigge*, Ärztliche Leistungserbringung durch Einzelverträge, *MedR* 1996, 51 ff.

¹¹¹⁾ EuGH 28. 4. 1998, Rs C-120/95 (*Decker*) = *Slg* 1998 I-1831 = *NZS* 1998, 283 = *NJW* 1998, 1769 = *EuR* 1998, 502; 28. 4. 1998, Rc C-158/96 (*Kohll*) = *Slg* 1998 I-1931 = *NZS* 1998, 280 = *NJW* 1998, 1771 = *EuR* 1998, 508 = *JZ* 1998, 1166.

¹¹²⁾ Vgl zu den vorstehend genannten Urteilen: – abgesehen von einer Reihe noch nicht veröffentlichter Beiträge zu verschiedenen Tagungen (etwa zum 11. Bonner Europa-Symposium, dazu *Ricken*, *SGb* 1998, 676, oder zur Tagung Europäische Union und gesetzliche Krankenversicherung des Instituts für Sozialrecht und Sozialpolitik in Europa an der Universität Kiel): *Becker*, Brillen aus Luxemburg und Zahnbehandlung in Brüssel – Die Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, *NZS* 1998, 359 ff; *Danner*, Der EuGH: ein Schreckgespenst? *G+G* 10/1998, 36 ff; *Domscheit*, Freier EG-Binnenmarkt rüttelt an den nationalen Sozialversicherungssystemen, *KrV* 1998, S 246 ff; *Felix*, Das Leistungsrecht der Krankenversicherung im Licht der Grundfreiheiten des Europäischen Gemeinschaftsrechtes, *SozSi* 1998, 371 ff; *Gassner*, Urteilsanmerkung, *SGb* 1998, 587 ff; *Hollmann/Schulz-Weidner*, Der Einfluß der EG auf das Gesundheitswesen der Mitgliedstaaten, *ZIAS* 1998, 180, 187 ff; *Jorens*, Urteilsanmerkung, *RZA* 1998/122; v *Maydell*, Wenn Schutzzäune fallen ..., *G+G* 8/1998, 3; *Neumann-Duesberg*, Die EuGH-Position ist angreifbar, *G+G* 10/1998, 22 ff; *Novak*, EG-Grundfreiheiten und Europäisches Sozialrecht, *EuZW* 1998, 366 ff; *Plönes*, Der EuGH – Motor der europäischen Integration? *DOK* 1998, 384 ff; *Schulz-Weidner*, Rechtliche Entwicklungen bei Krankenkassenleistungen im Ausland, *KrV* 1998, 241 ff; *Sodan*, Urteilsanmerkung, *JZ* 1998, 1168 ff; *Spiegel*, Der EuGH als (wiederentdecktes) Feindbild, *SozSi* 1998, 665 ff.

lungsgrundsatz beachten muß, und zwar unter Berücksichtigung der jeweiligen Intensität von Grundrechtseingriffen. Im Ergebnis kommt darin das Erfordernis der gerechten Verteilung knapper Güter zum Ausdruck.

2. Verfassungsrechtliche Beurteilung der Altersgrenzen

a) Sieht man von dem bereits erörterten Gesundheitsschutzaspekt ab,¹¹³⁾ wird die Befristung der Zulassung zum Vertragsarzt auf die Vollendung des 68. Lebensjahres damit gerechtfertigt, daß die Regelung Teil eines Konzepts zur Begrenzung des Anstiegs der Vertragsärzte ist. Dem wiederum liegt eine These zugrunde, die zur Begründung jeglicher Zulassungssteuerung im Kassenarztrecht herangezogen wird. Sie lautet: steigende Arztlizenzen führen zu steigenden Leistungsausgaben, und zwar in dem Sinne, daß sich die Vertragsärzte selbst die Nachfrage schaffen, bei starker Konkurrenz eine Nachfrage, die auch zur Erbringung nicht indizierter Leistungen führt. Das ist natürlich nicht unbestritten geblieben.¹¹⁴⁾ Für die Richtigkeit spricht die Schlüsselstellung, die Ärzten bei der Steuerung der Leistungserbringung zukommt,¹¹⁵⁾ und weiter der Umstand, daß die These nicht nur von nationalen Experten wie dem Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen,¹¹⁶⁾ sondern auch – bezogen auf die Krankenversicherungssysteme anderer Länder – von ausländischen Experten vertreten wird.¹¹⁷⁾ Der Gesetzgeber darf deshalb eine darauf gestützte Prognose anstellen und davon ausgehen, Zulassungsbeschränkungen seien geeignet, um unwirtschaftliche Aufwendungen im Rahmen der Gesetzlichen Krankenversicherung zu vermeiden.

Weiterhin muß sich eine Zulassungssteuerung auch als erforderlich erweisen. Dabei kann nach den Vorüberlegungen nur auf solche Mittel als mildere Eingriffsalternativen verwiesen werden, die innerhalb des existierenden Systems zur Vermeidung unwirtschaftlicher Belastungen geeignet sind. Zudem kann der Gesetzgeber auf ein Zusammenwirken verschiedener Steuerungsinstrumente zumindest solange setzen, als durch die milderen Mittel nicht bereits eine umfassende Zielverwirklichung sicherzustellen ist. Wirtschaftlichkeitskontrollen sind zwar sehr gezielt einsetzbar, aber wegen ihrer Nachträglichkeit und Unvollständigkeit nicht ausreichend effektiv. Präventiv wirken würde die Honorarverteilung, die sich allerdings kaum so ausgestalten läßt, daß sie zur Vermeidung nicht indizierter Leistungen beitragen könnte.¹¹⁸⁾ Im übrigen

¹¹³⁾ Vgl oben III.1.b.

¹¹⁴⁾ Abl etwa *Stober*, Kassenärztliche Bedarfsplanung und Freiheit der Berufsausübung, *MedR* 1990, 10, 13f.

¹¹⁵⁾ Vgl in diesem Zusammenhang auch *Pfaff/Nagel/Rindsfüßer*, Auswirkungen des Gesundheits-Strukturgesetzes auf die künftige Entwicklung der Arztlizenzen im ambulanten Bereich, *KrV* 1993, 218ff.

¹¹⁶⁾ Vgl Jahresgutachten 1987, Medizinische und ökonomische Orientierung 44ff.

¹¹⁷⁾ Vgl nur *Langendonck*, in Commission of the European Communities, Social protection in Europe (1994) 348ff.

¹¹⁸⁾ Vgl v. *Maydell/Pietzcker*, Begrenzung der Kassenarztzulassung (FN 67) 64ff; aA hinsichtlich Kontroll- und Honorarsteuerungsmöglichkeiten *Hermann* in v. *Maydell*

müßte sie anderenfalls wohl unausweichlich ihrerseits zu Grundrechtseingriffen führen, so daß sich darauf abzielende Regelungen keineswegs als milderes Mittel anbieten würden.

Es bleibt zu fragen, ob die Altersgrenze, auch im Vergleich mit anderen Beschränkungsmöglichkeiten, ein sachgerechter Anknüpfungspunkt für Zulassungsbeschränkungen ist. Daß die Befristung der Zulassung jedenfalls gegenüber deren Versagung ein milderes Mittel darstellt, liegt auf der Hand.¹¹⁹⁾ Einwenden ließe sich aber, eine Verteilung der Teilnahmemöglichkeit an der vertragsärztlichen Versorgung habe in erster Linie an der Zulassungsdauer, nicht aber am Lebensalter anzusetzen. Jedoch würde damit übersehen, daß den Zugelassenen die Möglichkeit zur Zurücklegung einer normalen beruflichen Karriere eingeräumt werden muß. Insgesamt betrachtet erweist sich deshalb die Befristung der Zulassung durch Vollendung des 68. Lebensjahres als sachgerechte verteilungspolitische Maßnahme.¹²⁰⁾

b) Die Rechtfertigung der unteren Altersgrenze, dh der Grenze für die erstmalige Zulassung, stützt sich auf zwei Gesichtspunkte. Zum einen spielt auch hier das Argument der Begrenzung der Vertragsärztezahl eine Rolle. Zum anderen sollen unwirtschaftliche Ausgaben vermieden werden, deren Entstehung nicht allein wegen der Zunahme der Konkurrenz, sondern wegen der voraussichtlichen Kürze der erwarteten Vertragsarztstätigkeit befürchtet wird.¹²¹⁾

Die Festlegung eines Eintrittsalters erscheint unter Verteilungsgesichtspunkten nicht sachgerecht. Daß allgemein jüngere Zulassungsbewerber älteren vorgezogen werden dürften, läßt sich kaum vertreten. Aber auch der Hinweis darauf, daß 55jährige in der Regel schon den Großteil ihrer beruflichen Karriere absolviert haben werden,¹²²⁾ kann nicht entscheidend sein.¹²³⁾ Denn es geht

(Hrsg), GK-SGB V (Stand 1997) § 95 Rz 36; vgl zu dem Aspekt, daß es unter Effizienzgesichtspunkten auch darum gehen kann, an sich nicht unzulässige Leistungsausweitungen zu verhindern, *Gassner*, *DÖV* 1989 (FN 96) 580, 584.

¹¹⁹⁾ Woraus sich die Folgerung ableiten läßt, daß von der Möglichkeit zur Befristung unter dem Gesichtspunkt der Erforderlichkeit, also der Auswahl des mildesten Mittels, vorrangig Gebrauch zu machen ist, vgl *Hänlein*, Zur Vereinbarkeit der Zulassungsbeschränkungen für Vertragsärzte gemäß §§ 101 bis 103 SGB V in der Fassung des Gesundheitsstrukturgesetzes mit höherrangigem Recht, *VSSR* 1993, 169, 185; *Wigge*, *SGb* 1993 (FN 59) 158, 161.

¹²⁰⁾ Wobei hier die allgemeine gesellschaftliche Akzeptanz einer altersbedingten Berufsaufgabe und die im Rahmen des dabei Üblichen gehaltene Grenze berücksichtigt werden können; vgl auch zur Altersversorgung von Kassenärzten *Heinze* in *Gesamtkommentar* (Stand 1997) § 95 SGB V Anm 12; *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung (Stand 1998) § 95 SGB V Rz 55; *Wiegand* in *Maßen ua* (Hrsg), *GKV-Kommentar* (Stand 1998) § 95 SGB V Rz 3 (jeweils ohne weitere Diskussion der verfassungsrechtlichen Problematik). Sehr nachdrücklich aA *Hufen*, *MedR* 1996 (FN 105) 394, 402; ebenfalls aA *Boerner*, Zur Verfassungsmäßigkeit von Zulassungsbeschränkungen für die Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung, *ZfSH/SGB* 1992, 449, 461; wie hier hingegen *Manssen*, *ZfSH/SGB* 1994 (FN 78) 1, 16.

¹²¹⁾ Vgl *BT-Dr* 11/2237, 195 (zu § 106 II); *Jörg*, Das neue Kassenarztrecht (1993) Rz 168.

¹²²⁾ Vgl *BT-Dr* 11/2237, 195 (zu § 106 II); *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, (Stand 1998) § 95 SGB V Rz 20.

um die gerechte Verteilung der Teilnahmechancen an der vertragsärztlichen Versorgung, wofür es ohne Bedeutung ist, ob außerhalb dieses Systems andere Verdienstmöglichkeiten bestehen oder nicht.¹²⁴⁾

Das zweite Argument, nämlich die Befürchtung unsachgemäßer Mengen- und Leistungsumfangsausdehnung, zielt auf die Erhaltung der Systemeffizienz. Unterstellt, die Behauptung sei vertretbar – was deswegen fraglich ist, weil nachvollziehbare statistische Angaben dazu nicht ersichtlich sind¹²⁵⁾ – kommt es darauf an, ob durch systemimmanente, mildere Maßnahmen das Ziel nicht ebensogut zu erreichen wäre. In diesem Zusammenhang ist wieder auf die Wirtschaftlichkeitskontrollen hinzuweisen. Sie können zur Sicherung des hier interessierenden Ziels deswegen ausreichend effektiv sein, weil statistische Vergleichsprüfungen zulässig sind,¹²⁶⁾ die gerade zu einer Kontrolle von Mengenausweitungen führen.¹²⁷⁾ Außerdem wird der Anreiz zur Veranlassung oder Durchführung medizinisch nicht indizierter Leistungen durch die geltenden Vergütungsregelungen¹²⁸⁾ stark vermindert, weil nicht nur in den Gesamtverträgen arztgruppenbezogene Regelleistungsvolumina vereinbart werden sollen,¹²⁹⁾ sondern auch durch den Einheitlichen Bewertungsmaßstab und die Honorarverteilungsmaßstäbe facharztspezifische Praxisbudgets eingeführt worden sind, deren Überschreiten zur Abstufung von Punktwerten führt,¹³⁰⁾ so daß das Vergütungssystem stark egalisierenden Charakter besitzt. Zwar sind sicher einige Maßnahmen verfassungsrechtlich zweifelhaft,¹³¹⁾ weil innerhalb

¹²³⁾ AA Hess, Kasseler Kommentar (Stand 1998) § 95 SGB V Rz 51.

¹²⁴⁾ Zumindest scheint die Verknüpfung zwischen den verschiedenen Beschäftigungsmöglichkeiten für Ärzte nicht ausreichend aufeinander bezogen zu sein, um ein gegenseitiges Ausschlußverhältnis annehmen zu können.

¹²⁵⁾ Allerdings liegt es nahe, die Altersgrenze in Verbindung mit den sonstigen Zulassungsbeschränkungen zu bringen, so Hess, Sozialrecht im Spannungsfeld zwischen Besitzstand und Konsolidierungszwang, NZS 1994, 97, 102; jedoch führt diese Überlegung zurück zur Frage, ob das (Berufseinstiegs-)Alter als Verteilungskriterium herangezogen werden darf.

¹²⁶⁾ Vgl zu den Prüfmethode nur Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts (1994) Rz 1050ff.

¹²⁷⁾ Ebenso Boerner, ZfSH/SGB 1992 (FN 120) 449, 458.

¹²⁸⁾ Auf die hier im einzelnen nicht eingegangen werden kann; vgl zu einem Überblick nur Funk in Schulzin (Hrsg), HS-KV (1994) § 32 Rz 90ff. Die durch die neue Bundesregierung eingeführten und noch geplanten Neuerungen müssen unberücksichtigt bleiben.

¹²⁹⁾ Vgl § 85 Abs 2 S 3 SGB V bzw § 85 Abs 4 S 6 u 7 idF durch das GKV-Solidaritätsstärkungsgesetz v 19. 12. 1988 (BGBl I 3853).

¹³⁰⁾ Vgl zum degressiven Punktwert BSGE 77, 288 (fachgruppenbezogene Kontingentierung); BSG NZS 1998, 194 (kassenzahnärztliche Versorgung); insofern bestehen Möglichkeiten zur Abweichung vom Grundsatz der leistungsproportionalen Vergütung (zu diesem BSGE 77, 279).

¹³¹⁾ Vgl zu den globalen Budgets für Arzneimittel neben den bereits anderweitig genannten Nachweisen (Hess, VSSR 1995 [FN 85] 367ff; Hufen, MedR 1996 [FN 105] 394ff; Isensee, VSSR 1995 [FN 85] 321ff) etwa Heinze, Die rechtlichen Rahmenbedingungen der ärztlichen Heilbehandlung, MedR 1996, 252ff; Ratzel, Auswirkungen der Arzneimittelbudgetierung, MedR 1996, 180ff; Schneider, Die Auswirkungen des Gesundheitsstrukturgesetzes auf das Kassenarztrecht, MedR 1993, 83, 89f; Spoerr, Die

des Leistungserbringungssystem auch eine gerechte Lastenverteilung zwischen allen Beteiligten erfolgen muß und deshalb etwa den Ärzten das Morbiditätsrisiko nur in beschränktem Umfang aufgebürdet werden darf. Jedoch dürften schon die bestehenden Regelungen, die ihrerseits nicht verfassungsrechtlichen Zweifeln unterliegen, genügen, um die Gefährdungen, denen mit der Altersgrenze für die Erstzulassung begegnet werden soll, auszuschließen.¹³²⁾

V. Zusammenfassung in Thesen

Abschließend möchte ich die wichtigsten Ergebnisse meiner Ausführungen noch einmal thesenförmig zusammenfassen:

1. 1989 wurde eine Altersgrenze für die Erstzulassung, 1992 eine Altersgrenze für die Wirksamkeit der Zulassung als Vertragsarzt eingeführt. Beide Regelungen sind auf das Erfordernis einer Begrenzung der Vertragsarztzahlen gestützt worden. Das BVerfG hält die obere, das BSG die untere Altersgrenze für verfassungskonform.

2. Hinsichtlich der Rechtfertigungsgründe ist zwischen patientenbezogenen und systembezogenen zu unterscheiden. Eine Rechtfertigung der oberen Altersgrenzen im Hinblick auf den Gesundheitsschutz, also patientenbezogene Gründe, erscheint nicht überzeugend.

3. Bei der Prüfung systembezogener Rechtfertigungsgründe ist in mehreren Schritten vorzugehen. Das ist Ausdruck des Umstandes, daß der Gesetzgeber durch die Einführung eines Leistungs(erbringungs)systems einen verfassungsrechtlichen Auftrag wahrnimmt und die Grundrechte aller Beteiligten berücksichtigen muß, und die einzelnen Leistungserbringer kein Recht auf Schaffung oder Umformung des Systems besitzen, sich aber dessen Errichtung als Grundrechtseingriff darstellt.

4. Erweist sich die Schaffung des Systems als verfassungskonform, können auch Zulassungsentscheidungen mit dem Ziel der Aufrechterhaltung des Systems gerechtfertigt werden. Da auch Zulassungsbeschränkungen als Grundrechtseingriffe zu qualifizieren sind, muß der Gesetzgeber insofern den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten und systemimmanente Maßnahmen dann vorziehen, wenn sie ausreichend wirksam sind. Im übrigen hat er zwischen den am System Beteiligten einen durch den Gleichheitssatz gesteuerten gerechten Lastenausgleich vorzunehmen.

5. Die obere Altersgrenze ist im Ergebnis als verfassungsrechtlich zulässig anzusehen, die untere Altersgrenze begegnet hingegen im Hinblick auf die Existenz wohl ausreichender systemimmanenter Steuerungsinstrumente erheblichen verfassungsrechtlichen Zweifeln.

Budgetierung ärztlicher Leistungen in der vertragsärztlichen Versorgung, NJW 1995, 2377ff; Wienke/Sauerborn, Budgetüberschreitung und Kollektivhaftung, MedR 1996, 243ff.

¹³²⁾ AA Manssen in v. Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg), GG⁴ (1999) Art 12 Rz 229.

Christoph Grabenwarter

Altersgrenze für Vertragsärzte in Österreich

1. Einleitung

Gegenstand meines Beitrags ist es, die Zulässigkeit einer Altersgrenze für Vertragsärzte aus österreichischer Sicht, genauer die Vereinbarkeit einer solchen Grenze mit den Vorgaben der österreichischen Bundesverfassung zu untersuchen. Vorweg ist auf eine thematische Einschränkung hinzuweisen: Ich beschäftige mich ausschließlich mit der rechtspolitisch brisanten Frage nach einem Höchstalter für Vertragsärzte. Mit der Frage eines Mindestalters, wie wir es für bestimmte politische Ämter oder als Folge des Erfordernisses einer einschlägigen Tätigkeit einer bestimmten Dauer kennen, oder aber insbesondere eines Höchstalters für den Beginn der Tätigkeit, wie sie etwa bei den österreichischen Notaren und Notariatskandidaten¹⁾ oder bei den Kassenärzten in Deutschland²⁾ besteht, beschäftige ich mich nicht, mögen auch sie grundrechtliche Probleme aufwerfen.³⁾ Die Befristung der Berechtigung zur Ausübung einer beruflichen Tätigkeit durch Anordnung einer Altersgrenze ist in der österreichischen Rechtsordnung nichts Außergewöhnliches. Sieht man von vertraglich vereinbarten Grenzen ab, so sind zwei Arten von Altersgrenzen anzutreffen. Zum einen solche, die unmittelbar das Ende der beruflichen Tätigkeit anordnen, zum anderen solche, in denen ein Anspruch auf Altersvorsorge an ein bestimmtes Mindestalter geknüpft wird. Wirft man zunächst einen Blick auf das Berufsrecht der freien Berufe, so lassen sich Beispiele für beide Arten finden. Eine gesetzliche Altersgrenze besteht für Notare. Gem § 19 Abs 1 lit e NO erlischt das Amt des Notars mit Ablauf des 31. Jänner nach dem Kalenderjahr, in dem der Notar das 70. Lebensjahr vollendet hat. Im übrigen herrschen aber Regelungen vor, die vor allem pensionsrechtliche Implikationen haben. § 50 RAO macht – um nur ein Beispiel zu nennen – die Vollendung des 68. Lebensjahrs zur Voraussetzung eines Anspruchs auf Altersversorgung. Besonders deutlich wird die Verknüpfung zwischen Altersversorgung und beruflicher Tätigkeit im Ärztegesetz. Während das Erlöschen der Berufsberechtigung gem § 19 Abs 1 Z 6 ÄrzteG im Normalfall nur die Folge eines freiwilligen Verzichts gem § 60 ÄrzteG ist, wird die Gewährung der Altersversorgung zum einen an die Altersgrenze von 65 Jahren, zum anderen nach Maßgabe der Sat-

¹⁾ § 6 Abs 1 lit e, § 117a Abs 2 NO.

²⁾ § 98 Abs 2 SGB V; dazu *Becker* in diesem Band.

³⁾ Vgl nur BSG 24. 11. 1993, 6 Rka 26/91 = BSGE 73, 223.

zung an die Bedingung geknüpft, daß die auf Grund von Kassen- oder sonstigen zivil- oder öffentlich-rechtlichen Verträgen ausgeübte Tätigkeit eingestellt wird. Im öffentlichen Dienst gehören Altersgrenzen zum festen Bestandteil des Dienstrechts. Beispielsweise sei § 13 BDG genannt, der vorsieht, daß der Beamte mit Ablauf des 65. Jahres nach dem Jahr seiner Geburt in den Ruhestand tritt.⁴⁾

Dieser kurze tour d'horizon erbringt bereits einen wesentlichen Hinweis, der auch für die verfassungsrechtliche Beurteilung der Einführung einer Altersgrenze von Bedeutung ist. Das Bestehen von Altersgrenzen ist abhängig von der Reglementierung des Berufszugangs. Dort, wo die Zahl der Stellen durch einen Stellenplan oder durch eine hoheitlich bestimmte Anzahl von Amtsstellen begrenzt ist, bestehen Altersgrenzen. Wo aber der Zugang freier ist, besteht tendenziell keine Altersgrenze.

2. Zum Erfordernis einer gesetzlichen Regelung

Wirft man einen Blick auf die gesetzlichen Grundlagen des § 342 ASVG, so zeigt sich, daß dort in der Z 2 zwar als möglicher Inhalt die Regelung der möglichen Lösung der Einzelverträge genannt wird. Aus der Aufzählung der Gründe für das Erlöschen des Vertragsverhältnisses im § 343 Abs 2 bis 4 ASVG und wegen der Besonderheiten des Kassenvertrages (ungeachtet des allgemeinen zivilrechtlichen Grundsatzes der Zulässigkeit der Befristung von Dauerschuldverhältnissen) ist die Annahme zutreffend, daß Kassenverträge nur ausnahmsweise und grundsätzlich gegen die Interessen des Arztes nicht auf längere Zeit befristet werden dürfen.⁵⁾ Das bedeutet, daß eine generelle Befristung des Vertragsverhältnisses mit dem Erreichen eines bestimmten Alters des Arztes einer gesetzlichen Regelung bedarf, um in den Gesamtvertrag und folglich in Einzelverträge aufgenommen werden zu dürfen. § 7 Abs 4 Muster-GV läßt demgemäß auch nur zu, daß Befristungen nur „in besonderen Fällen im Einvernehmen mit den Vertragsparteien“ zulässig sind. Die Aufnahme einer Altersgrenze in Gesamt- und Einzelverträge wäre nach geltender Rechtslage auf Grund des ASVG daher unabhängig von verfassungsrechtlichen Erfordernissen einer gesetzlichen Regelung gesetzwidrig.⁶⁾

⁴⁾ Vgl. *Winkler*, *Zeit und Recht* (1995) 100, sowie zur Emeritierungsregelung für Universitätsprofessoren *ders.*, aaO 121.

⁵⁾ Mit eingehender Begründung *Mosler* in *Strasser* (Hrsg.) *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995) 275 ff, insb 278; weitergehend *Selb*, *Die Beziehungen der Sozialversicherungsträger zueinander und zu Dritten*, in *Tomandl* (Hrsg.), *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts* (Loseblattausgabe) 551 (595), der eine Befristung überhaupt für unzulässig hält.

⁶⁾ Zum Verfassungsrechtlichen vgl. nur *Raschauer*, *Die Bedeutung der Erwerbsfreiheit für das Sozialversicherungsrecht*, in *Tomandl* (Hrsg.), *Verfassungsrechtliche Probleme des Sozialversicherungsrechts* (1989) 79 (83, 89f). Aber selbst unter der Annahme der Aufnahme einer Altersgrenze (bloß) in den Gesamtvertrag änderte sich nichts an der Relevanz verfassungsrechtlicher, insbesondere grundrechtlicher Vorgaben. Es gehört heute zum gesicherten Bestand der Grundrechtsdogmatik, daß Grundrechte nicht nur im Verhältnis zwischen Bürger und Staat zu beachten sind, sondern auch im

Vor diesem Hintergrund gehe ich im folgenden der Frage nach, inwieweit es verfassungsrechtlich zulässig ist, im Gesetz vorzusehen, daß das Vertragsverhältnis zwischen Sozialversicherungsträger und Vertragsarzt mit dem Zeitpunkt befristet ist, in dem der Arzt ein bestimmtes Alter erreicht hat. Da keine bestimmte Altersgrenze und auch kein bestimmtes Regelungssystem zur Beurteilung ansteht, ist zunächst anzunehmen, daß durch eine solche Befristung des Vertrages die Berechtigung zur Ausübung des ärztlichen Berufes selbst unberührt bleibt. Diese Annahme ist auch maßgeblich für die Beurteilung der Rechtswirkungen einer Altersgrenze für Vertragsärzte.

3. Das Grundrecht der Erwerbsfreiheit

a) Allgemeines

Gem Art 6 StGG hat jeder Staatsbürger das Recht, unter den gesetzlichen Bedingungen jeden Erwerbszweig auszuüben. Dieses Recht darf zulässigerweise beschränkt werden, wenn die Beschränkung ein oder mehrere im öffentlichen Interesse gelegene Ziele verfolgt, diese für die Erreichung dieser Ziele geeignet ist und dem Gewicht dieser Ziele angemessen ist.⁷⁾ Voraussetzung für

Verhältnis zwischen Privaten Rechtswirkungen entfalten, und zwar jedenfalls insoweit, als der Gesetzgeber bei der Regelung entsprechender Rechtsbeziehungen an die Grundrechte gebunden ist. Gewissermaßen dazwischen liegt die Frage, inwieweit Vertragswerke zwischen Tarifpartnern an die Grundrechte gebunden sind, zumal diese durch ihre Wirkung für Dritte eine Form von heteronomer Rechtserzeugung bilden, will sagen eine Rechtserzeugungsform, in der Rechte und Pflichten für Dritte begründet werden, auf deren Inhalt diese keinen Einfluß haben. Hier stand zunächst für Kollektivverträge bereits recht früh außer Streit, daß wenigstens der allgemeine Gleichheitssatz der Bundesverfassung einen verbindlichen Maßstab bildet (*F. Bydlinki*, *Der Gleichheitsgrundsatz im österreichischen Privatrecht*, Verh 1. ÖJT 1961 I/1, 149; *Jabornegg*, *Grenzen kollektivvertraglicher Rechtssetzung und richterlicher Kontrolle*, JBl 1990, 205 [214f]). Gleiches wird für den ärztlichen Gesamtvertrag angenommen, welcher gleich dem Kollektivvertrag heteronom erzeugte Regelungen enthält und überdies im Unterschied zu diesem eine gesetzlich ausdrücklich angeordnete zweiseitig zwingende Wirkung entfaltet (*Mosler* in *Strasser*, aaO 137). – Auch für andere Grundrechte ist die Ansicht unbestritten, daß sie wenigstens dem Grundsatz nach auch die Normsetzer von Kollektiv- oder Gesamtverträgen binden können. Unter Hinweis auf die Parallele mit heteronomer Rechtserzeugung durch das Gesetz wird mit Selbstverständlichkeit von einer Bindung des Gesamtvertrages an die Vorgaben der Grundrechte sowohl in seinem schuldrechtlichen wie in seinem normativen Teil (*Mosler* in *Strasser*, aaO 234f; 236f) ausgegangen (zB *Tomandl*, *Schadenersatz wegen „inkorrekt“ ärztlicher Honorarordnung?* *ecolex* 1993, 328 [330f]) und insbesondere das Grundrecht der Erwerbsfreiheit als Maßstab für Inhalte von Gesamtverträgen herangezogen (*Raschauer* in *Tomandl*, aaO 88f; *Günther*, *Verfassung und Sozialversicherung* [1994] 154f; *Mosler* in *Strasser*, aaO 249ff). Dies ist im Ergebnis zutreffend, mögen auch die Begründung und der Vorgang der Grundrechtsprüfung häufig verkürzt sein und manches Problem verdecken. Darauf ist im vorliegenden Zusammenhang nicht einzugehen.

⁷⁾ Vgl. statt aller *Grabenwarter*, *Die Freiheit der Erwerbsbetätigung – Art 6 StGG*, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg.) *Grund- und Menschenrechte in Österreich II* (1992) 553 (556ff, 599ff); *ders.* *Rechtliche und ökonomische Überlegungen zur Er-*

die Relevanz dieser Schranken ist, daß das Grundrecht überhaupt berührt wird, genauer: daß eine Maßnahme gesetzt wird, welche die Rechtssphäre von Personen betrifft (Vorliegen eines Eingriffs), und zwar im Schutzbereich des Grundrechts.

b) Schutzbereich und Arztberuf

Der sachliche Schutzbereich der Erwerbsfreiheit umfaßt alle Tätigkeiten, die auf den Erwerb von Einkommen, sowie auf die Schaffung und die Erhaltung von Vermögen gerichtet sind.⁸⁾ Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß die Tätigkeit eines Arztes regelmäßig auf den Erwerb von Einkommen gerichtet ist und daher von der Erwerbsfreiheit erfaßt ist,⁹⁾ und zwar unabhängig davon, ob es sich um die Tätigkeit eines Kassenarztes oder eines Wahlarztes handelt.¹⁰⁾ Regelungen über die Dauer ärztlicher Berufstätigkeit bewegen sich daher im Schutzbereich der Erwerbsfreiheit.

c) Grundrechtseingriff durch Altersgrenzen?

Von der Frage des Schutzbereichs ist der Eingriffscharakter einer Regelung zu unterscheiden. Nicht jede Beschränkung, die mit einem Grundrecht irgendwie zu tun hat, bildet einen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Freiheit. Gefordert ist vielmehr, daß durch die Regelung eine die Rechtssphäre betreffende Ingerenz bewirkt wird. Ein Eingriff liegt sohin vor, wenn nicht bloß wirtschaftliche Chancen berührt sind, sondern wenn die Erwerbsausübung oder der Erwerbsantritt in einer qualifizierten Weise tangiert sind.

In der Lehre werden zwei Arten von Eingriffen unterschieden, nämlich Erwerbsantrittsbeschränkungen und Erwerbsausübungsbeschränkungen.¹¹⁾ Eine obere Altersgrenze für die Berufsausübung bildet im Hinblick auf diese Unterscheidung einen Sonderfall. Als sogenannte „Endigungsbestimmung“¹²⁾ bildet sie gleichsam das Komplement zur Regelung über den Erwerbsantritt. Konsequenterweise ordnet auch das BVerfG Höchstaltersgrenzen im Rahmen seiner Stufentheorie der Stufe der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen zu, denn: ein Höchstalter für eine Berufstätigkeit stelle verfassungsrechtlich eine Voraussetzung für das Zugelassen-Bleiben zum Berufe dar. Die Freiheit der Berufswahl umfasse nicht nur die Entscheidung über den Eintritt in einen Beruf, sondern auch die Entscheidung darüber, ob und wie lange jemand, der

werbsfreiheit (1994) 11 ff, 85 ff; *Schulev-Steindl*, Wirtschaftslenkung und Verfassung (1996) 146 ff; *Raschauer*, Allgemeiner Teil, in *ders* (Hrsg), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts (1998) Rz 182 ff.

⁸⁾ *Oberndorfer/Binder*, Der verfassungsrechtliche Schutz freier beruflicher, insbesondere gewerblicher Tätigkeit, FS Klecatsky II (1980) 677 (678); *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit (1994) 5.

⁹⁾ *Mosler* in *Strasser*, aaO 251.

¹⁰⁾ Prägnant BVerfGE 11, 30 (41) zu Art 12 Bonner GG: „Vielmehr ist die Tätigkeit des Kassenarztes nur eine Ausübungsform des frei praktizierenden Arztes“.

¹¹⁾ Vgl näher *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit (1994) 6, 21 ff.

¹²⁾ Vgl *Oberndorfer/Binder*, FS Klecatsky 689; *Grabenwarter*, Erwerbsfreiheit (1994) 83.

einen bestimmten Beruf hat, weiter in ihm bleiben, dh weiter in ihm tätig sein wolle.¹³⁾ Diese Einsicht hat insoweit Bedeutung, als sie zur Bestimmung des Gewichts der Nachteile einer Endigungsbestimmung beizutragen vermag.

Bei der Frage, ob die gesetzliche Festlegung einer Altersgrenze, welche ausschließlich den aufrechten Bestand des Kassenvertrages berührt, einen Eingriff in das Grundrecht bildet, ist aber bereits im Vorfeld zu differenzieren. Durch eine solche Grenze wird nämlich zunächst nicht die ärztliche Tätigkeit insgesamt beendet. Vielmehr bleibt in einem solchen Fall die Berechtigung zur Ausübung des Arztberufs unberührt: Der Arzt behält nach österreichischem Recht im Prinzip die gleichen Befugnisse. Allerdings geht Möglichkeit der Verrechnung über Kassenverträge verloren.¹⁴⁾ Man könnte daher scheinbar zu Recht annehmen, hier ginge es bloß um wirtschaftliche Konsequenzen, die nicht eine rechtliche Betroffenheit zur Begründung eines Eingriffs erzeugen.

Diese Ansicht verkennt indessen die Rechtsposition über welche der Arzt vor Erreichen der Altersgrenze verfügte: Er war befugt, kraft Gesamt- und Einzelvertrages Behandlungsverträge mit Patienten abzuschließen, für welche diese unmittelbar kein Entgelt an den Arzt zu leisten haben, ein Kranken- oder Arzthilfeschin ersetzte dieses. Verliert der Arzt diese Rechtsposition, wird er im Rahmen seiner Berufsausübung in einem zentralen Punkt der Verfolgung von Erwerbsabsichten in einer Weise getroffen und beeinträchtigt, die jedenfalls die Rechtssphäre erreicht. Ungeachtet der Qualifikation der Wirkungen des Stellenplans und der Auswahl von Kassenärzten für den Berufszugang des Arztes ist daher für die Altersgrenze anzunehmen, daß diese einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit als Ausübungsbeschränkung bedeutet,¹⁵⁾ weil sie doch wesentliche Modalitäten der Erwerbsausübung betrifft. Daß aber die Rechtssphäre der Vertragsärzte gar nicht betroffen sein könnte, läßt sich jedenfalls für die erstmalige Einführung einer Altersgrenze in Bezug auf jene Vertragsärzte, die zum Zeitpunkt der Einführung der Grenze in einem unbefristeten Vertragsverhältnis stehen, nicht begründen.

Diese Annahme wird aus ganz anderer Perspektive durch das Erkenntnis des VfGH zur Altersgrenze für Fleischuntersuchungstierärzte aus dem Jahr 1990 indirekt bestätigt. Dort hielt der VfGH fest, daß der Verlust des Amtes infolge Erreichung der Altersgrenze deshalb einen Eingriff in die Rechtssphäre bedeutete, weil das für die Tätigkeit gebührende Honorar „einen über eine bloße Aufwandsentschädigung hinausgehenden wesentlichen Einkommensbestandteil“ bildete, dessen Entfall für den Organwalter von entsprechend gravierender Bedeutung ist.¹⁶⁾ Es kann kein Zweifel daran bestehen, daß auch die

¹³⁾ BVerfGE 9, 338 (344) – Hebammen.

¹⁴⁾ Für Einzelheiten vgl *Grillberger* in *Strasser*, aaO 413 ff.

¹⁵⁾ Dazu *Kopetzki*, in diesem Band. Allgemein für einen Eingriff in die Erwerbsfreiheit durch das bestehende Regime der Zulassung von Vertragsärzten *Raschauer* in *Tomandl*, aaO 88 f; *Günther*, Verfassung und Sozialversicherung (1994) 154 f.

¹⁶⁾ VfSlg 12.331/1990; ferner 12.399/1990; zur Judikatur *Strejcek*, Rechtsfragen der Fleischuntersuchung, Forschungsbericht 9203, Ludwig Boltzmann Institut für ökonomische Analysen wirtschaftspolitischer Aktivitäten (1992) 70 ff. Zu beachten ist, daß

Einnahmen aus Kassenverträgen in aller Regel den weit überwiegenden Anteil der Einnahmen eines niedergelassenen Arztes bilden und daher jedenfalls die Schwelle des „wesentlichen Einkommensbestandteils“ im Sinne der Judikatur erreichen.

d) Liegen die angestrebten Ziele der Altersgrenze im öffentlichen Interesse?

Hat man die Eingriffsqualität der Altersgrenze bejaht, so ist im nächsten Schritt nach den Zielen der Regelung und danach zu fragen, ob diese im öffentlichen Interesse gelegen sind.¹⁷⁾

Gerade der Beruf des Arztes legt nahe, in einer Altersgrenze das Ziel des Schutzes von Patienten zu erblicken. Man könnte sinngemäß argumentieren, daß die Fähigkeiten zur medizinischen Betreuung von Patienten mit zunehmendem Alter abnehmen,¹⁸⁾ sodaß es abstrakt gesehen zulässig ist, ab einem gewissen Alter Beschränkungen der Tätigkeit einzuziehen mit dem Ziel, Gefährdungen durch ältere, nicht mehr im selben Maße wie jüngere Kollegen leistungsfähige Ärzte hintanzuhalten. Wo eine solche Grenze zu liegen hat, wird von Fach zu Fach, wohl auch von Arzt zu Arzt verschieden sein. Sie ist auf dieser Ebene auch nicht entscheidend. Maßgeblich ist an dieser Stelle nur, daß ein solches Ziel im Zusammenhang mit Altersgrenzen verfolgt werden kann. Zu Recht wird dieses Ziel beispielsweise bei der Rechtfertigung von Altersgrenzen bei Flugzeugpiloten im Hinblick auf den Schutz des Lebens von Passagieren und Besatzungsmitgliedern,¹⁹⁾ aber auch und gerade bei (Vertrags)Ärzten ins Treffen geführt.²⁰⁾

Ein zweites Ziel läßt sich in diesem Zusammenhang erkennen, nämlich das Ziel einer ausgewogenen mittel- und langfristigen Stellen- und Nachwuchsplanung. Immerhin schreibt beispielsweise § 342 Abs 1 Z 1 ASVG den Gesamtvertragspartnern vor, daß die Zahl und die örtliche Verteilung der Vertragsärzte so festzusetzen sind, daß unter Berücksichtigung der örtlichen und der Verkehrsverhältnisse sowie der Bevölkerungsdichte und -struktur eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten und ihrer Angehörigen gesichert ist, wobei die Auswahl zwischen mindestens zwei in angemessener Zeit erreichbaren Vertragsärzten freigestellt sein soll.

Beide Ziele, der Schutz der Bevölkerung (vor altersbedingt überforderten Ärzten) und die geordnete Stellen- und Nachwuchsplanung im Interesse einer

diese Judikatur in Abgrenzung zu ehrenamtlichen Tätigkeiten und Organfunktionen mit bloßer Aufwandsentschädigung erging. Insgesamt ist aus der Judikatur abzuleiten, daß eine „qualifizierte Erwerbsabsicht“ der Grundrechtsträgers in der betroffenen Tätigkeit bestehen muß (vgl. Grabenwarter, Erwerbsfreiheit [1994] 8f).

¹⁷⁾ Dazu allgemein Grabenwarter, Erwerbsfreiheit (1994) 85ff.

¹⁸⁾ Vgl. nur BVerfGE 9, 338 (346); 64, 72 (82).

¹⁹⁾ Vgl. BAG NZA 1998, 716, unter Hinweis auf das „altersbedingt nachlassende berufsspezifische Leistungsvermögen“ (718).

²⁰⁾ BVerfG NJW 1998, 1776 (1777).

lückenlosen und flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen liegen ohne jeden Zweifel im öffentlichen Interesse.²¹⁾

e) Eignung der Altersgrenze zur Erreichung der Ziele

Ob eine Altersgrenze in einem Gesamtvertrag zur Erreichung dieser Ziele auch geeignet ist, ist nun im nächsten Schritt zu klären. Für die grundrechtliche Eignungsprüfung ist zunächst auf eine Besonderheit hinzuweisen, die sich in der verfassungsgerichtlichen Judikatur herausgebildet hat. Verlangt wird nämlich nicht ein genauer Nachweis einer Kausalitätskette zwischen einer grundrechtsbeschränkenden Maßnahme und ihren Wirkungen bezogen auf ein bestimmtes Ziel. Gefordert ist vielmehr bloß, daß die Maßnahme ein „an sich taugliches“ Mittel bildet, das heißt daß sie zur Zielerreichung nicht absolut untauglich ist.²²⁾ Darin kommt bezogen auf gesetzliche Regelungen ein Prognosespielraum des Gesetzgebers zum Ausdruck, der im Zeitpunkt der Erlassung eines Gesetzes vielfach nicht jede Entwicklung im Bereich des Wirtschaftslebens genau voraussehen kann.

Vor diesem Hintergrund hat eine Eignungsprüfung unter Einbeziehung der beiden genannten Ziele der Altersgrenze differenziert auszufallen. Fragt man nach der Eignung der Beschränkung zur *Gewährleistung hochwertiger medizinischer Leistungen zum Schutz der Patienten*, so ist zu bemerken, daß die beiden Unterziele (Schutz vor weniger leistungsfähigen Ärzten, Nachwuchs- und Stellenplanung) in unterschiedlichem Ausmaß durch Altersgrenzen erreicht werden. Hinsichtlich des ersten Unterziels ist erheblich, daß unabhängig von der konkreten Festlegung einer Altersgrenze diese nicht die Berufstätigkeit des Arztes schlechthin beendet. Vielmehr soll durch die Altersgrenze bloß die Tätigkeit als Vertragsarzt beendet werden. Der scheidende Vertragsarzt ist nicht gehindert, als Wahlarzt tätig zu bleiben. Das bedeutet aber, daß eine Altersgrenze im Gesamtvertrag nicht verhindert, daß hochbetagte Ärzte Patienten behandeln und dazu gegebenenfalls nur mehr begrenzt in der Lage sind. Auch wenn rechtlich kein Hindernis besteht, daß Ärzte ohne Kassenvertrag weiter tätig sind, kann dieses Ziel dann dennoch erreicht werden, wenn auf Grund der rechtlichen Rahmenbedingungen Ärzte in der Regel mit dem Ablauf des Kassenvertrages ihre Tätigkeit einstellen. Die Maßgeblichkeit dieser Überlegung ist im Grunde in der Judikatur des VfGH unbestritten: Die faktische Marktentwicklung jenseits rechtlich zwingender Vorgaben ist im Rahmen der Eignungsprüfung in gleichem Maße relevant.

Auf rechtlicher Ebene ist zunächst maßgeblich, daß mit dem SRÄG 1996, BGBl 1996/411, der Kostenersatz bei Inanspruchnahme von Wahlarzthilfe auf 80 Prozent des Betrages, der bei Inanspruchnahme eines Vertragsarztes aufzuwenden gewesen wäre, gesenkt wurde. Nur für den Fall, daß eine ausreichende

²¹⁾ Vgl. nur für die (verwandten) Ziele der (flächendeckenden) Heilmittelversorgung der Bevölkerung (Apotheken, VfSlg 10.386/1985, 10.692/1985) oder der medizinischen Versorgung durch Ambulatorien (13.023/1992), oder des Gesundheitsschutzes (VfSlg 12.578/1990).

²²⁾ VfSlg 12.379/1990; Grabenwarter, Erwerbsfreiheit (1994) 102.

flächendeckende medizinische Grundversorgung nicht gewährleistet ist, kann im Wege der Satzung eine Kostenerstattung in der Höhe von bis zu 100 Prozent des Vertragstarifs vorgesehen werden. Wenngleich bei Beendigung eines Vertragsverhältnisses und gleichzeitigem Neuabschluß eines Einzelvertrages mit einem Nachfolger regelmäßig wohl keine Verknappung der medizinischen Leistungen eintreten und daher auch der 80%-Ersatz maßgeblich sein dürfte, zwingt dieser wohl nicht in einem Ausmaß zur Aufgabe der ärztlichen Tätigkeit, welche das Ziel der Sicherung medizinischer Versorgung irrelevant macht.

Zu dieser Kürzung des Ersatzanspruchs tritt aber ein weiteres hinzu. Ganz allgemein ist darauf zu verweisen, daß die Judikatur des OGH annimmt, daß § 131 ASVG nicht vom Grundsatz einer vollen Kostenerstattung im Sinne einer Gleichbehandlung von Vertrags- und Wahlärzten ausgeht.²³⁾ Über die Begrenzung auf 80% des Vertragsarztbetrags hinausgehend sehen die Satzungen eine – vom OGH ausdrücklich als gesetzmäßig erachtete²⁴⁾ – weitere Kürzung der Kostenerstattung vor, etwa dergestalt, daß bei Inanspruchnahme eines Wahlarztes für „eine“ Ordination eine Kürzung des Kostenerstattungsanspruchs um 40% der in Betracht kommenden pauschalierenden Grundvergütung („Fallpauschale“) erfolgt. Dementsprechend geht das BMAGS davon aus, daß im Fall der Inanspruchnahme eines Wahlarztes im Durchschnitt 45% des Rechnungsbetrages erstattet werden.²⁵⁾ Vor diesem Hintergrund kann vertretbarerweise davon ausgegangen werden, daß wenigstens ein erheblicher Teil der Ärzte mit Erreichen einer Altersgrenze, mithin mit dem Ende des Vertragsverhältnisses auch seine ärztliche Tätigkeit einstellen wird, zumal dann, wenn die Altersgrenze höher liegt als das Mindestalter für den Anspruch auf Altersversorgung. Daneben ist zu beachten, daß die beruflichen Pflichten eines Wahlarztes gegenüber denen eines Vertragsarztes geringer sind, sodaß ersterer seine Arbeitslast auch besser an seine Leistungsfähigkeit anzupassen vermag. In diesem Lichte ist davon auszugehen, daß die Altersgrenzen zum Schutz vor Gefährdungen der Bevölkerung, die einen Arzt aufsucht, jedenfalls nicht absolut untauglich, mithin zur Zielerreichung iS der Judikatur des VfGH geeignet ist.

Eindeutiger liegen die Dinge beim zweiten Ziel, der *mittel- und langfristigen Stellen- und Nachwuchsplanung im Interesse der lückenlosen flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen*. Auf Grund von Erfahrungswerten können wohl auch gegenwärtig bereits Prognosen erstellt werden, mit welchen Zeitpunkten welcher Prozentsatz von Vertragsärzten durch Inanspruchnahme einer Altersversorgung seine auf Grund von Kassenverträgen ausgeübte Tätigkeit beenden wird. Diese Prognosen unterliegen allerdings erheblich größeren Unsicherheiten und Schwankungsbreiten, als dies bei einer festen Altersgrenze im Vertrag der Fall wäre. Kündigung des

²³⁾ OGH 4. 11. 1997, 10 Ob S 164/97h = ARD 4930/11/98.

²⁴⁾ OGH 4. 11. 1997, 10 Ob S 164/97h = ARD 4930/11/98.

²⁵⁾ BMAGS 15. 5. 1998, 21.891/109-5/98; ob dieser Wert in der Praxis tatsächlich erreicht wird, kann hier dahinstehen; maßgeblich ist die Größenordnung.

Vertrages oder Tod des Arztes nach Erreichen einer Altersgrenze wären gegenwärtig bestehende Unsicherheitsfaktoren, die künftig keine Rolle mehr spielen würden. Unter der Annahme, daß die Altersgrenze so angesetzt wird, daß der Kassenvertrag regelmäßig nicht aus anderen Gründen vorher endet, kann dem Ziel einer vorausschauenden Planung im Interesse des lückenlosen Gesundheitsschutzes und der Wahrung der Wahlfreiheit naturgemäß dann viel eher Rechnung getragen werden, wenn der Zeitpunkt des Ausscheidens des Kassenarztes über Jahre und Jahrzehnte auf den Tag genau absehbar ist. In dieser Planung spielt auch der Aspekt der Leistungsfähigkeit des Vertragsarztes insoweit eine Rolle, als der Stellenplan grundsätzlich von voll einsatzfähigen (vgl zB Hausbesuche) Stelleninhabern auszugehen hat.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, daß Altersgrenzen sowohl dem Schutz der Bevölkerung, die einen Arzt aufsucht, als auch dem Ziel einer geordneten Stellenplanung im Interesse einer flächendeckenden und auch zeitlich lückenlosen Versorgung der Bevölkerung mit ärztlichen Leistungen zu dienen geeignet sind.

f) Verhältnismäßigkeit der Altersgrenze

Unter der Annahme der Eignung der Altersgrenze für die genannten Ziele ist im letzten Schritt nach der Verhältnismäßigkeit dieser Maßnahme zu fragen. Zu prüfen ist, ob die Schwere des Eingriffs in einem angemessenen Verhältnis zum Gewicht der ihn rechtfertigenden Gründe steht.

Bevor in diese Prüfung eingetreten wird, ist auf drei Prämissen hinzuweisen:

1. Schwere des Eingriffs und Gewicht der rechtfertigenden Gründe sind unter Zuhilfenahme der Wertungen der Rechtsordnung zu bestimmen. Hiebei lassen sich vielfach keine absoluten Größen angeben, sondern nur relative Angaben machen.

2. Für die Schwere des Eingriffs ist die Unterscheidung in Berufsandrtritts- und Berufsausübungsbeschränkungen von Bedeutung. Wie der VfGH in ständiger Rechtsprechung in Anknüpfung an die Stufentheorie des BVerfGE festhält, ist die Eingriffsintensität bei Ausübungsbeschränkungen typischerweise geringer als bei Antrittsbeschränkungen.²⁶⁾

3. Aus dem erwähnten Umstand folgert der VfGH in Anlehnung an die Stufentheorie des BVerfGE, daß dem Gesetzgeber bei Ausübungsbeschränkungen ein größerer rechtspolitischer Gestaltungsspielraum zusteht als bei Antrittsbeschränkungen.²⁷⁾ Wie das BVerfGE aber gerade im Kassenarzturteil festgehalten hat,²⁸⁾ verbietet sich jedoch ein schematisches Anknüpfen an die Unterscheidung in Antritts- und Ausübungsbeschränkungen für die Bestimmung der Eingriffsschwere: Im Einzelfall kann eine Ausübungsbeschränkung gravierender sein als eine Antrittsbeschränkung.²⁹⁾

²⁶⁾ Grabenwarter, Erwerbsfreiheit (1994) 91 ff.

²⁷⁾ Vgl Grabenwarter, Erwerbsfreiheit (1994) 103.

²⁸⁾ BVerfGE 11, 30 (42 f).

²⁹⁾ Für Österreich vgl Grabenwarter, Erwerbsfreiheit (1994) 93.

Legt man diese Prämissen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Altersgrenze um, so ist zunächst zu betonen, daß die Altersgrenze gleichsam das Gegenstück zu einer Antrittsbeschränkung ist, nämlich eine Endigungsbestimmung, welche die Berufsausübung in zeitlicher Hinsicht beschränkt. Als solche ist sie eine Ausübungsbeschränkung, deren Gewicht dem einer Antrittsbeschränkung, wenn schon nicht entspricht, so doch nahe kommt.³⁰⁾ Für die gesetzliche Altersgrenze gilt es indessen, den Charakter der Endigungsbestimmung zu präzisieren: Wie bereits beim Eingriffscharakter und bei der Eignungsprüfung angedeutet, beendet die Altersgrenze nicht die ärztliche Tätigkeit schlechthin, sondern nur jene auf Grund eines Kassenvertrages. Das bedeutet, daß die Altersgrenze im vorliegenden Fall nicht bloß eine zeitliche Beschränkung, sondern ab Erreichen der Altersgrenze vor allem auch eine Beschränkung der Modalitäten der ärztlichen Berufstätigkeit bildet. Auch hier schließt sie die Inanspruchnahme des Arztes durch Patienten nicht aus, die in einer gesetzlichen Krankenversicherung versichert sind, sondern sie erzeugt Erschwernisse, die mit der Abrechnung der Leistungen beginnen, sich über die Begleiterscheinung der Vorfinanzierung des Honorars durch den Patienten fortsetzen und bei einer im Ergebnis doch erheblichen Kostentragung durch den Patienten für jenen Teil des Honorars, welcher die Kostenerstattung nach dem Gesetz, den Satzungen und Honorarordnungen und in ihrer Ausführung nach der jeweiligen Praxis der Sozialversicherungsträger übersteigt.

Mosler hat zuletzt die Benachteiligung der Wahlärzte gegenüber Vertragsärzten bezogen auf den einen Kassenvertrag anstrebenden Arzt – nach der Rechtslage vor dem SRÄG 1996 – umfassend dargelegt.³¹⁾ Der Reduktion des Kostenersatzes für Vertragsärzte auf 80% des Kassenarztaufwandes und die Praxis des Fallpauschales schränken die Gleichbehandlung zwischen Vertrags- und Wahlarzt weiter ein.³²⁾ Für den durch eine zu schaffende Altersgrenze aus dem Kassenvertrag ausscheidenden Arzt sind im wesentlichen dieselben Konsequenzen gegeben, freilich mit einer Abweichung: Der junge Wahlarzt ohne Kassenvertrag hat im Regelfall noch keinen ausreichenden Patientenstock, der ihm das ökonomische Überleben ohne ein zweites Standbein ermöglichen könnte. Für ihn wiegt das Fehlen eines Kassenvertrages im Ergebnis faktisch wie eine Berufszugangsschranke.³³⁾ Für den ausscheidenden Kassenarzt ist die Situation dagegen grundverschieden. Er verfügt bei entsprechend erfolgreicher Tätigkeit über einen eingeführten Ordinationsstz sowie über einen Kreis an Patienten, die ihm – wenigstens zum Teil – auch dann die Treue halten, wenn sie eine Abrechnung im Wege der Kostenerstattung, ja möglicherweise sogar höhere Honorare in Kauf nehmen müssen. Das bedeutet, daß das Erreichen der Altersgrenze als Endigungsgrund für den Kassenvertrag die berufliche Sphäre des Arztes weniger berührt, als dies vergleichsweise durch die Verweigerung eines Kassenvertrages gegenüber einem jungen Arzt geschieht, mögen auch

³⁰⁾ Im Ergebnis ähnlich BVerfG NJW 1998, 1776f, unter Vermeidung einer Zuordnung zu den Kategorien Berufswahlregelung und Berufsausübungsregelung.

³¹⁾ Mosler in Strasser, aaO 247ff.

³²⁾ Vgl oben e).

³³⁾ Vgl nur Mosler in Strasser, aaO 250; ähnlich Raschauer in Tomandl, aaO 88f.

die ökonomischen Konsequenzen des Verlusts des Kassenvertragsverhältnisses für sich genommen gravierend sein. Dabei kann die Tatsache, daß mit der Beendigung des Kassenvertrages und gleichzeitiger Überschreitung einer Altersgrenze regelmäßig ein Pensionsanspruch gebührt, noch unberücksichtigt bleiben,³⁴⁾ mag dieser auch dazu beitragen, daß die Fortführung einer Ordination als Wahlarzt ökonomisch tragfähig ist.

Die Altersgrenze bildet daher für den scheidenden Vertragsarzt einen Eingriff von Gewicht. Abgesehen von der eben getroffenen Unterscheidung zum Vertragsbeginn hängt das Gewicht naturgemäß von der konkreten Altersgrenze ab. Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß eine Altersgrenze von 60 Jahren einen schwereren Eingriff bildet als eine von 70 Jahren. Welche Grenze aus verfassungsrechtlicher Sicht gerade noch hinnehmbar ist, läßt sich wenn überhaupt verlässlich nur nach einer Erörterung des Gewichts der rechtfertigenden Gründe sagen.

Als Konsequenz der Eignungsprüfung ist dabei vor allem das Ziel der Stellenplanung maßgeblich. Das Gewicht dieses Ziels ist unabhängig von der Lage der Grenze gleich hoch, da die Planung durchführbar ist, wenn nur einmal die Altersgrenze festgelegt ist. Gleichwohl ist unter Planungsgesichtspunkten festzuhalten, daß bei höherer Altersgrenze die vorherige Beendigung aus Gründen in der Person des Arztes tendenziell häufiger stattfindet. Dies führt in einem ersten Schritt zu höherer, nicht vorhersehbarer Fluktuation älterer Ärzte und als direkte Folge davon zu einer schwierigeren Planung verbunden mit nachteiligen Konsequenzen für die ärztliche Betreuung der Bevölkerung.

Hinzu tritt ein weiterer Aspekt: Es dürfte der Lebenserfahrung entsprechen, daß Ärzte in höherem Alter zunehmend an Patienten verlieren, weil ihre Leistungsfähigkeit regelmäßig abnimmt³⁵⁾ und weil die Patienten – aus welchen Gründen immer – lieber von einem jüngeren Arzt behandelt werden möchten. Auch an eine abnehmende Leistungsbereitschaft des älteren Arztes mit der Konsequenz geringerer Betreuung ist zu denken. Vor dem Hintergrund des bestehenden Systems des Stellenplanes – sofern er eingehalten wird – bedeutet dies, daß es zu Versorgungsengpässen und zu Überlastungen anderer Ärzte kommen kann, weil und insoweit die Stelle des älteren Arztes nur mehr einen geringeren Anteil an ärztlichen Leistungen zu erbringen vermag oder auch tatsächlich erbringt. Auf der anderen Seite ist ein Aspekt zu beachten, den das BVerfG in seinem Beschluß zur Altersgrenze für Notare als Ziel der „Harmonisierung der Altersstruktur“ ausdrücklich anerkannt und ihm auch entsprechendes Gewicht beigemessen hat. Junge Mediziner werden umso länger vom Markt der Vertragsärzte ferngehalten, je höher die Altersgrenze festgelegt ist, und zwar auch dann, wenn ein erheblicher Teil der Kassenverträge zur Erlangung eines Versorgungsanspruches vorher zurückgelegt würde.³⁶⁾ Anders gewendet: Berücksichtigt man die (gegebenenfalls auch grundrechtlichen) Positionen der Jungmediziner steigt das Gewicht der rechtfertigenden Gründe mit steigender Altersgrenze. Bezieht man hier die Feststellungen zur Eingriffs-

³⁴⁾ BVerfGE 9, 338 (348) – Hebammen.

³⁵⁾ Vgl BVerfG NJW 1998, 1777.

³⁶⁾ Vgl nur denselben Gedanken in BVerfG NJW 1998, 1777.

schwere ein, dann zeigt sich, daß sich diese und die rechtfertigenden Gründe der Beschränkung wie kommunizierende Gefäße verhalten, denn die Eingriffsschwere sinkt gleichzeitig mit steigender Altersgrenze. Neben dem Ziel der Stellenplanung hat aber auch der Schutz der ärztlichen Rat suchenden Bevölkerung erhebliches Gewicht, ohne daß dies weiterer Erörterung bedürfte.

Wenn nach all dem die Frage im Raum steht, bei welchem Alter der Punkt erreicht ist, in dem die Eingriffsschwere außer Verhältnis zum Gewicht der rechtfertigenden Gründe steht, so ist zunächst auf den politischen Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers zu verweisen. Dieser überschreitet die ihm von der Verfassung gezogenen Grenzen dann nicht, wenn er sich an bestehenden Altersgrenzen orientiert und dabei insbesondere auch pensionsrechtliche Vorschriften berücksichtigt. Berücksichtigt man § 99 ÄrzteG und Altersgrenzen im Recht der freien Berufe sowie der öffentlich Bediensteten, so wird man annehmen können, daß Altersgrenzen im Bereich zwischen 65 und 70 Jahren unter Berücksichtigung des Gewichts beider verfolgter Ziele grundsätzlich jedenfalls verhältnismäßig und folglich mit dem Grundrecht der Erwerbsfreiheit zu vereinbaren sind.

Für den Zeitraum nach Einfügung einer Altersgrenze muß jedoch bedacht werden, daß der einzelne Arzt in seinem Vertrauen auf eine Tätigkeit bis zu dem von ihm gewählten Zeitpunkt verfassungsrechtlich auch durch die Erwerbsfreiheit geschützt ist. Ausdrücklich hat der VfGH festgehalten, daß Art 6 StGG auch die fortgesetzte Erwerbstätigkeit schützt.³⁷⁾ Eine Einfügung der Altersgrenze „von heute auf morgen“, die unmittelbar auf die Einzelverträge durchschlägt, würde zumindest jene Ärzte unverhältnismäßig treffen, die sich bereits in unmittelbarer Nähe der Altersgrenze befinden oder die diese gerade erst überschritten haben. Für solche Fälle wird es erforderlich sein, im Gesetz entsprechende Übergangsfristen vorzusehen.³⁸⁾

4. Der allgemeine Gleichheitsgrundsatz

a) Allgemeines

Auch unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes können Altersgrenzen verfassungsrechtliche Probleme aufwerfen. Dieser verbietet es, andere als sachliche Differenzierungen zu schaffen und verlangt ins Positive gewendet, daß gesetzliche Differenzierungen aus Unterschieden im Tatsächlichen ableitbar sind.³⁹⁾ Über das Verbot unsachlicher Differenzierungen hinausgehend nimmt die Judikatur des VfGH gestützt auf den Gleichheitssatz ein allgemeines Sachlichkeitsgebot für gesetzliche Regelungen an (siehe d).⁴⁰⁾

³⁷⁾ VfSlg 13.177/1992; zum ganzen vgl *Holoubek*, Verfassungsrechtlicher Vertrauensschutz gegenüber dem Gesetzgeber, in *Machacek/Pahr/Stadler* (Hrsg), Grundrechte in Österreich, Bd III (1997) 795 (820 ff).

³⁸⁾ Dazu näher 4.e).

³⁹⁾ *Öhlinger*, Verfassungsrecht³ (1997) 304.

⁴⁰⁾ Statt aller *Holoubek*, Die Sachlichkeitsprüfung des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, *ÖZW* 1991, 72 (73 ff); *Öhlinger*, Verfassungsrecht 306f; *Raschauer*, Wirtschaftsrecht Rz 166 ff.

Altersgrenzen für Vertragsärzte können in mehrfacher Hinsicht in Konflikt mit dem Gleichheitssatz geraten. Im folgenden soll auf die wichtigsten Einwände gegen eine Gleichheitskonformität solcher Grenzen in aller Kürze eingegangen werden.

b) Vertragsarzt und Wahlarzt

Zunächst könnte die Ansicht vertreten werden, daß es sachlich nicht zu rechtfertigen sei, zwar bei der Vertragsarztstätigkeit, nicht aber bei der übrigen ärztlichen Tätigkeit eine bestimmte Altersgrenze vorzusehen. Für die Beschränkung der Altersgrenze auf die Tätigkeit auf Grund von Kassenverträgen vermag der Schutz der Patienten aus den genannten Gründen nur bedingt eine sachliche Rechtfertigung abzugeben. In höherem Maße aber kann das Ziel der Stellenplanung im Interesse der lückenlosen medizinischen Versorgung der Bevölkerung die Altersgrenze sachlich rechtfertigen, freilich nicht jede Altersgrenze, sondern nur eine solche, welche dem ärztlichen Nachwuchs in angemessener Zeit den Berufsantritt als Kassenarzt ermöglicht. Während die Tätigkeit des Wahlarztes weitgehend einer freien Nachfrage unterliegt, wird die Nachfrage im Bereich der Vertragsärzte gleichsam künstlich gefördert und werden durch eine Reihe von Restriktionen die Marktbedingungen teils erheblich modifiziert.⁴¹⁾ Vor diesem Hintergrund scheint die Differenzierung zwischen Vertragsarztstätigkeit und sonstiger ärztlicher Tätigkeit sachlich gerechtfertigt.

c) Ärzte und andere freie Berufe

In ähnlicher Weise könnte argumentiert werden, daß die Ungleichbehandlung mit anderen freien Berufen (Rechtsanwalt, Steuerberater) durch Festlegung einer Altersgrenze sachlich nicht gerechtfertigt ist. Für die Ungleichbehandlung mit anderen freien Berufen läßt sich indessen eine sachliche Rechtfertigung in den sehr unterschiedlichen ökonomischen Rahmenbedingungen finden. Die Tätigkeit des Kassenarztes unterliegt vergleichsweise großer Regulierung, sowohl hinsichtlich des Berufszugangs als auch hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung und ihrer Abgeltung.⁴²⁾ Freie Berufe, in denen keine Altersgrenze besteht, unterliegen keiner vergleichbaren Regulierung: Der Berufszugang wird nur durch subjektive Beschränkungen wie Prüfungen und Absolvierung einer Praxiszeit beschränkt; der Leistungsaustausch ist nicht standardisiert wie im Kassenarztsystem. Dort aber, wo eine höhere Regulierung etwa mit einem System fester Amtsstellen wie im Notariat besteht, gibt es auch eine Altersgrenze. Soweit daher eine Ungleichbehandlung im Recht der freien Berufe gegeben ist, läßt sie sich durch Unterschiede im Regelungssystem des Berufsrechts rechtfertigen.

⁴¹⁾ Dazu *Mosler* in *Strasser*, aaO 248 mwN.

⁴²⁾ Vgl *Mosler* in *Strasser*, aaO 248.

d) Sachlichkeitsgebot

Unabhängig von solchen Vergleichsebenen könnte die sachliche Rechtfertigung einer bestimmten Altersgrenze an sich in Frage gestellt werden. In der Vereinbarkeit der Altersgrenze mit dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot ist indessen gleichfalls kein verfassungsrechtliches Problem zu erblicken. Bewegt sich die Altersgrenze im Rahmen zwischen 65 und 70 Jahren, so ist dies nicht unsachlich. Einen Anhaltspunkt für die Sachlichkeit von Altersgrenzen bieten dabei pensionsrechtliche Altersgrenzen, da diese von der Prämisse der Einstellung der Berufstätigkeit in ihren wesentlichen Teilen ausgehen. Dies hat der VfGH in seinem Erkenntnis zu den Fleischuntersuchungstierärzten ganz ausdrücklich bestätigt, indem er sich zur Begründung der Sachlichkeit damit begnügt hat, daß sich die Altersgrenze der Vollendung des 65. bzw 67. Lebensjahres „an Altersgrenzen orientiert, die sonst in Pensionsregelungen enthalten sind“.⁴³⁾ Wenn § 99 ÄrzteG das 65. Lebensjahr zur Grenze der Gewährung der Altersversorgung macht, so bestätigt der Gesetzgeber das zu den Tierärzten noch mit allgemeinem Hinweis gewonnene Ergebnis im besonderen für die Ärzte.

e) Vertrauensschutz

Der erheblichste Einwand in Bezug auf den Gleichheitssatz liegt im Vertrauensschutz der von Altersgrenzen betroffenen Ärzte. Die übergangslose Einfügung einer Altersgrenze für bereits praktizierende Vertragsärzte könnte als sachlich nicht gerechtfertigt angesehen werden. Es ist heute völlig unbestritten, daß der allgemeine Gleichheitssatz auch das Vertrauen in bestehende Rechtspositionen schützt, und zwar im vorliegenden Zusammenhang vor allem dahingehend, daß faktische Dispositionen, die von Privatpersonen im Vertrauen auf den Bestand bestimmter Rechtsnormen getroffen wurden, bei deren Änderung zu berücksichtigen sind.⁴⁴⁾ Im Ergebnis schützt der Gleichheitssatz in dieser Facette wirtschaftliche Erwartungshaltungen der Grundrechtsträger.⁴⁵⁾ Ebenso wie das Verhältnismäßigkeitsgebot im Rahmen der Erwerbsfreiheit kann auch der gleichheitsrechtlich begründete Vertrauensschutz den Gesetzgeber zur Erlassung von Übergangsvorschriften zwingen.⁴⁶⁾

Dieser letzte Gesichtspunkt erlaubt mir, die bisher noch recht pauschal gebliebene Einschätzung der Vereinbarkeit der Altersgrenze mit dem Gleichheitssatz etwas zu präzisieren. Die Neueinführung einer solchen Grenze mit sofortiger Wirkung für alle tätigen Ärzte würde den Vertrauensschutz einer bestimmten Gruppe von älteren Vertragsärzten in verfassungswidriger Weise verletzen. Grob skizziert wären jene Ärzte betroffen, deren Alter nur wenig unter oder bereits (insbesondere in eher geringem Maß) über der Altersgrenze liegt. Für diese Ärzte wird eine Übergangsfrist vorzusehen sein, um allfällige faktische Dispositionen, die im Vertrauen auf die geltende Rechtslage getrof-

⁴³⁾ VfSlg 12.331/1990.

⁴⁴⁾ ZB Öhlinger, Verfassungsrecht 315; Raschauer, Wirtschaftsrecht 170.

⁴⁵⁾ Vgl Holoubek in Machacek/Pahr/Stadler, aaO III 812 ff mwN auf die Rspr des VfGH.

⁴⁶⁾ ZB Thienel, Vertrauensschutz und Verfassungsrecht (1990) 77; Öhlinger, Verfassungsrecht 315.

fen wurden, zu schützen. Wie lange diese Frist zu sein hat, hängt von verschiedenen Faktoren ab und läßt sich nicht einheitlich für alle Ärzte sagen. Maßgeblich sind etwa die Dauer der bereits zurückgelegten Vertragsarztstätigkeit, allfällige Investitionen in zeitlichem Konnex mit der Einführung der Altersgrenze usw. Allgemein ist zu sagen, daß die Übergangsfrist umso länger zu sein hat, je niedriger die Altersgrenze angesetzt wird, da das geschützte Vertrauen mit zunehmenden Alter abnimmt, weil das Ende der Vertragsarztstätigkeit durch andere Faktoren wie etwa die eigene Gesundheit des Arztes bestimmt sein kann. So hat das BVerfG etwa zutreffend darauf hingewiesen, daß Anwaltsnotare bei ihrer Altersplanung nicht als gesichert unterstellen dürften, sie könnten auch nach Vollendung ihres 70. Lebensjahres ihren Lebensstandard durch Arbeiten sichern.⁴⁷⁾ Eine Übergangsfrist von zehn Jahren scheint mir kurz gefaßt – auch im Lichte der Rechtsprechung⁴⁸⁾ – bei einer Altersgrenze von 70 Jahren jedenfalls ausreichend zu sein. Bei entsprechend niedrigerer Altersgrenze schiene es mir angemessen, die Übergangsfrist um die Differenz auf 70 zu verlängern. Als Alternative dazu könnte eine Regelung gewählt werden, die eine Mindestdauer vertragsärztlicher Tätigkeit garantiert. Diese Dauer müßte so bemessen sein, daß in dieser Zeit in einer Durchschnittsbetrachtung getätigte Investitionen erwirtschaftet und eine angemessene Altersversorgung gesichert werden konnte. Eine gesetzlich garantierte zwanzigjährige Mindestdauer der Vertragsarztstätigkeit erfüllt diese Anforderung in jedem Fall.⁴⁹⁾

5. Schluß

Die verfassungsrechtliche Analyse erbringt das Ergebnis der Zulässigkeit einer Altersgrenze für Vertragsärzte im Grundsatz. Zur angemessenen Wahrung der Rechtsposition praktizierender Vertragsärzte ist allerdings eine Übergangsregelung verfassungsrechtlich geboten.

Bei all dem muß der größere – auch verfassungsrechtlich relevante – Gesamtzusammenhang im Auge behalten werden. Die Diskussion um Altersgrenzen ist Teil einer Diskussion um Verteilungsgerechtigkeit und Marktchancen nicht nur im Gesundheitswesen, sondern im Recht der freien Berufe insgesamt. Diskussionen um die Abgrenzung von Tätigkeitsfeldern zwischen freien Berufen untereinander (Stichwort Hausapotheken) sowie zwischen diesen und Gewerben gehören ebenso dazu wie die jüngste Auseinandersetzung um den Berufszugang und die Vermehrung von Amtsstellen im Notariat. Der letztgenannte Aspekt hat mit der Altersgrenzenfrage für Ärzte die gemeinsame Besonderheit, daß es hier letztlich um eine Verteilung von Marktchancen zwischen Alt und Jung geht. Gerade vor diesem Hintergrund sollte nicht nur die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Einführung der Altersgrenzen in das Bewußtsein treten, sondern auch ihr Zusammenhang mit dem Zulassungssystem für Vertragsärzte insgesamt.

⁴⁷⁾ BVerfG NJW 1993, 1575 f; in der Sache gleich BVerfG NJW 1998, 1777 für Vertragsärzte.

⁴⁸⁾ VfSlg 11.402/1987 (Realapotheken).

⁴⁹⁾ Vgl nur BVerfG NJW 1998, 1777.

Otfried Seewald

Die Auswahl der Vertragspartner durch die Versicherungsträger in Deutschland

I. Einleitung

Die nachfolgenden Überlegungen sind in drei Abschnitte gegliedert: Zunächst wird das Thema erläutert und dargelegt, um welche Vertragspartner und Versicherungsträger sowie deren Rechtsbeziehungen zueinander es gehen soll; dabei wird zu erläutern sein, was unter „Auswahl“ zu verstehen ist.

Danach – im zweiten Abschnitt – soll in relativ abstrakter Weise geschildert werden, worin eigentlich die Probleme der Auswahl von Vertragsärzten durch Versicherungsträger im einzelnen liegen; dabei soll die allgemeine Fragestellung dieses Problembereiches im Vordergrund stehen.

Schließlich – im dritten, verhältnismäßig ausführlichen Teil – werden die Gegebenheiten bei den Versicherungsträgern geschildert; dabei soll gezeigt werden, welche Lösungsmöglichkeiten im geltenden Versicherungsrecht verwirklicht sind.

1. Enges Verständnis des Themas

Nach einem restriktiven Verständnis des Themas könnte man mit den „Versicherungsträgern“ nur die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V verstehen; und bei der Betrachtung der „Vertragspartner“ könnte man sich auf die Vertragsärzte – nach früherer (und heute nur noch gelegentlich verwendeter) Bezeichnung durch den Gesetzgeber, also die Kassenärzte – beschränken; und wenn man dann noch unter „Auswahl“ die alleinige oder zumindest letztverantwortliche Entscheidung durch die Krankenkassen und – um das Maß des einschränkenden Verständnisses voll zu machen – auch noch die nachfolgende Einstellung in den Dienst der Kassen verstände, dann wäre ich mit meinem Vortrag rasch zu Ende.

Denn die gesetzliche Krankenversicherung in der Bundesrepublik Deutschland erbringt nahezu ausschließlich die ihr obliegenden Leistungen nicht gleichsam eigenhändig durch bei ihr angestellte Mediziner, worauf die verfängliche Bezeichnung des Kassenarztes noch hinzudeuten scheint; und sie entscheidet idR auch weder allein oder letztverantwortlich über die Ärzte, die für sie im Auftrag oder als Erfüllungsgehilfen – die genaue Bezeichnung sei hier einmal offengelassen – tätig werden; schließlich schließen weder die Krankenkasse noch – und nach wohl ganz herrschender Ansicht – die Kassen-

ärztliche Vereinigung Verträge mit den Medizinern, die für die Krankenkasse tätig werden, so dass auch die neue gesetzliche Bezeichnung des „Vertragsarztes“ erläuterungsbedürftig ist.

2. Weites Verständnis des Themas

Um nicht mit wenigen Bemerkungen zur knappschaftlichen Krankenversicherung enden zu müssen – dort besteht nämlich auch nach der Einbeziehung der Bundesknappschaft in das Kassenarztrecht¹⁾ das sog Sprengelarztsystem, also ein eigenständiges knappschaftliches ärztliches Versorgungssystem mit eigenen Knappschaftsärzten fort²⁾ – ist weiter auszuholen.

Um einer Diskussion um das Für und Wider einer Auswahl der Kassenärzte durch die Krankenversicherungsträger eine breitere Grundlage zu geben – diese Frage soll letztlich schon ins Zentrum der Erörterung gerückt werden –, sollen auch andere Versicherungsträger in meine Darstellung einbezogen werden: Auch in der gesetzlichen Unfallversicherung sowie seitens der Rentenversicherungsträger³⁾ müssen Ärzte in den Leistungserbringungsprozess einbezogen werden, was auf die eine oder andere Weise geschieht.

Wenn man außerdem bedenkt, dass Mediziner nicht nur in der Krankenversorgung tätig sind, sondern ihr ärztliches Wissen auch als Gutachter einsetzen, so erstreckt sich die Frage nach der Auswahl von Ärzten auch auf den Bereich der Arbeitsverwaltung.⁴⁾

Und wer Interesse hat, den Blick für die hier zu erörternde Problematik durch die Betrachtung von Tatsachenmaterial in weiteren Regelungsbereichen zu schärfen, in denen es ebenfalls auch um die Antwort auf die Frage der Auswahl von Ärzten zur Erbringung von gesetzlich aufgegebenen Pflichten geht, der wird Verständnis haben nicht nur für entsprechende Exkurse in den Bereich der Sozialhilfe, sondern auch in den Bereich der staatlichen Gesundheitsverwaltung sowie der Verwaltungsbereiche, die – wie zB die Bundeswehr – zu einer eigenständigen Gesundheitsversorgung ihrer Bediensteten verpflichtet sind. Und um das Maß vollzumachen: Warum sollte man nicht auch einmal einen kurzen Blick auf die private Krankenversicherung werfen, die ihre vertraglichen Pflichten nicht eigenhändig durch eigene Ärzte oder sog Eigeneinrichtungen erfüllt, sondern sich ebenfalls Dritter bedient und eigentlich grundsätzlich mit denselben Problemen fertig werden muss wie öffentlich-rechtliche Träger – einschließlich der Auswahl der Ärzte?

¹⁾ Peters, in Peters/Mengert, Handbuch der Krankenversicherung I¹⁸ (1985) § 75 Rz 30 mwN.

²⁾ Freilich ergänzt, soweit Versorgungslücken bestehen, durch das allgemeine Kassenarzt-/Vertragsarztsystem.

³⁾ Vgl die Heilbehandlung gem §§ 26 ff SGB VII und die medizinischen Leistungen zur Rehabilitation §§ 9 ff SGB VI.

⁴⁾ Vgl unten III.5. für die dort angestellten oder freiberuflich mitwirkenden Vertrauensärzte; zum früheren Vertrauensärztlichen Dienst bei den Landesversicherungsanstalten vgl Laufs in Laufs/Uhlenbruck, Handbuch des Arztrechts² (1999) (im folgenden L/U) § 12 Rz 34.

3. Vertragspartner

Vorauszuschicken ist weiterhin, dass mit den „Vertragspartnern“, um deren Auswahl es geht, stets die einzelnen Ärzte gemeint sind. Diese Klarstellung ist notwendig, weil man sich eines Mediziners zur Erfüllung einer gesetzlichen oder vertraglichen Pflicht nicht nur dadurch bedienen kann, dass man mit ihm – individuell – einen Vertrag schließt oder ihn im Rahmen eines Zulassungsverfahrens durch einen zustimmungsbedürftigen Verwaltungsakt an sich bindet. Vielmehr ist auch denkbar, dass ein Arzt gleichsam mittelbar in den Dienst eines Versicherungsträgers tritt. Das kann dadurch geschehen, dass dieser Versicherungsträger eine „dritte“ Einrichtung komplett, einschließlich des Personals, in seine Dienste nimmt, also eine Einrichtung, bei der wiederum der Arzt beschäftigt ist. Oder es ist denkbar, dass die Frage der Rekrutierung und damit der Auswahl der Ärzte übertragen wird auf eine ärztliche Korporation; das bekannte Beispiel hierfür ist die Lösung in der Bundesrepublik Deutschland mit ihren Kassenärztlichen sowie Zahnkassenärztlichen Vereinigungen, denen im Rahmen ihres sog Sicherstellungsauftrages die Verpflichtung zur Beschaffung der dazu notwendigen Ärzte aufgegeben ist.⁵⁾

Dabei sei bereits hier bemerkt, dass mit der Auswahlentscheidung, die in einem Verwaltungsverfahren getroffen wird⁶⁾ und – bei positivem Ausgang – mit der Zulassung (einem mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt) endet, aus dem privaten Mediziner ein mit öffentlich-rechtlichem Status versehener (Vertrags-, früher: Kassen-)Arzt wird, der nunmehr Mitglied der für seinen Kassenarztsitz zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung⁷⁾ ist und damit zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung der in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherten Personen berechtigt und verpflichtet ist.⁸⁾

Nebenbei sei in diesem Zusammenhang bemerkt, dass der Kassenarzt weiterhin Mitglied bleibt in der – landesrechtlichen – Pflichtkörperschaft Ärztekammer; es handelt sich hierbei um die berufsrechtliche (Zwangs-)Korporation sämtlicher Ärzte eines Bundeslandes. Rechtsgrundlage hierfür sind die sog Kammergesetze der Bundesländer⁹⁾; diese Kammergesetze ermächtigen die Ärztekammern ua zum Erlass von Satzungen, wobei hervorzuheben sind die Berufsordnung mit ihren Regelungen zur berufsrechtlichen Ausübung jeglicher Art von ärztlicher Tätigkeit sowie die Weiterbildungsordnung, aus der sich die rechtlich zulässigen Facharztsparten, ihre Bezeichnungen und die dafür erforderlichen Qualifikationsvoraussetzungen ergeben.

⁵⁾ Vgl § 75 Abs 1 iVm § 73 Abs 2 SGB V.

⁶⁾ Dies ist eine Angelegenheit der sog gemeinsamen Selbstverwaltung von Kassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, vgl §§ 72, 95, 98 Abs 2 Nr 1 SGB V, § 34 Ärzte-ZV.

⁷⁾ Einer Körperschaft des öffentlichen Rechts mit einer gewissen Selbstverwaltungsautonomie, vgl im einzelnen §§ 77 ff SGB V.

⁸⁾ Vgl § 95 Abs 3 SGB V.

⁹⁾ ZB das (Bay) „Gesetz über die Berufsausübung, die Berufsvertretungen und die Berufsgerichtsbarkeit der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte und Apotheker (Heilberufe – Kammergesetz – HKaG)“ idF v 20. 7. 1994, zuletzt geändert durch G v 9. 8. 1996 (GVBl 328), sowie Laufs, aaO § 13 I, II.

4. Auswahl

Im Rahmen dieser Vorbemerkungen ist abschließend noch zu sagen, was im Nachfolgenden unter „Auswahl“ verstanden werden soll: Damit soll das gesamte Verfahren¹⁰⁾ erfasst werden einschließlich der Entscheidung, die zur Einstellung des Arztes in den – unmittelbaren oder mittelbaren – Dienst des Versicherungsträgers geführt hat.¹¹⁾

II. Die grundsätzlichen Probleme einer Auswahlentscheidung

Der Sozialleistungsträger, der einen Arzt unmittelbar oder mittelbar in seine Dienste nimmt,¹²⁾ trifft damit eine personalpolitische Entscheidung. Eine solche Entscheidung kann schlecht sein – wenn man den letztlich ungeeigneten Mann (oder die ungeeignete Frau) ausgewählt hat; die Entscheidung kann aber auch gut, ja optimal sein, wenn man einen personalpolitisch guten, vielleicht sogar „goldenen“ Griff gemacht hat.

Das Problem, das mit einer solchen Auswahlentscheidung zu lösen ist, hat zunächst zwei Aspekte: Erstens – welches sind die einzelnen Maßstäbe (oder welches ist das zu einem Maßstabssystem zusammengefasste Gerüst von Einzelmaßstäben), nach denen man die Qualität eines Mediziners bestimmen kann und die sich in entsprechenden Qualifikationsvoraussetzungen mit allgemeiner Verbindlichkeit normieren lassen? Und zweitens – gibt es ein Verfahren, das in der Lage ist, das Vorhandensein dieser Voraussetzungen mit hinreichender Sicherheit festzustellen?

1. Qualifikationsanforderungen an den Arzt im Dienst eines Sozialleistungsträgers

a) Berufsrechtliche Anforderungen / Voraussetzungen

Zum ersten Problembereich der erforderlichen Qualifikationsvoraussetzungen für einen Arzt im Dienst eines Sozialleistungsträgers ist zunächst auf das zu verweisen, was in der Bundesrepublik Deutschland nach den berufsrechtlichen Regelungen erforderlich ist, was also für jedwede erlaubte „ärztliche Tätigkeit“ von Rechts wegen notwendig ist.

Damit wende ich mich zunächst dem Recht der Berufsausbildung, -fortbildung und -weiterbildung zu.

aa) Ausbildung

An dieser Stelle muss ich zum Verständnis der bundesrepublikanischen Regelungen einen Hinweis auf die Verfassungsrechtslage einfügen: Für die

¹⁰⁾ Ein Verwaltungsverfahren, aber grundsätzlich auch ein Vertragsverhandlungsverfahren.

¹¹⁾ Vgl dazu B. Becker, Öffentliche Verwaltung (1989) 854 (§ 45, 3).

¹²⁾ Und das gleiche gilt natürlich auch für die unmittelbare staatliche Verwaltung, wenn sie zB einen Amtsarzt oder Truppenarzt einstellt.

Regelung der ärztlichen Ausbildung ist der Bund zuständig,¹³⁾ der von dieser Befugnis mit der „Bundesärzteordnung“ (BÄO)¹⁴⁾ und der auf der BÄO (§ 4 Abs 1) beruhenden „Approbationsordnung für Ärzte“ (ÄAppO)¹⁵⁾ Gebrauch hat. Die Approbation beinhaltet die staatliche Erlaubnis zur Ausübung eines akademischen Heilberufs;¹⁶⁾ der früher gebräuchliche Ausdruck „Bestallung“ ist in der neueren Gesetzessprache aufgegeben worden. Nach § 3 Abs 1 BÄO besteht ein Rechtsanspruch auf Erteilung der Approbation, wenn drei komplexe Voraussetzungen gegeben sind:

(1) Der betreffende Antragsteller darf sich nicht eines Verhaltens schuldig gemacht haben, aus dem sich seine Unwürdigkeit oder Unzuverlässigkeit zur Ausübung des ärztlichen Berufes ergibt, wobei übrigens strittig zu sein scheint, ob auch ein sog wirtschaftlich unkorrektes Verhalten zur Unwürdigkeit führt.¹⁷⁾

(2) Weiterhin darf der Antragsteller „nicht wegen eines körperlichen Gebrechens oder wegen Schwäche seiner geistigen oder körperlichen Kräfte oder wegen einer Sucht zur Ausübung des ärztlichen Berufs unfähig oder ungeeignet sein“.

(3) Außerdem muss ein Hochschulstudium der Medizin von mindestens sechs Jahren erfolgreich abgeschlossen sein, nämlich mit der ärztlichen Prüfung, und zwar im Geltungsbereich des BÄO; bei diesem Studium müssen mindestens acht, höchstens zwölf Monate auf eine praktische Ausbildung im Krankenhaus entfallen – das ist das Ergebnis der großen Ausbildungsreform 1970; diese praktische Phase im letzten Jahr des Studiums findet im Bereich Innere Medizin, Chirurgie und in einem weiteren, zu wählenden klinisch-praktischen Fachgebiet statt.¹⁸⁾

Daran anschließend muss noch – seit Herbst 1988 – eine weitere Ausbildungsphase absolviert werden, nämlich die achtzehnmonatige Tätigkeit des Arztes im Praktikum (AiP), womit wohl sowohl das Praxisdefizit an den überfüllten Hochschulen nochmals ausgeglichen werden sollte als auch der EG-Richtlinie Allgemeinmedizin¹⁹⁾ Rechnung getragen werden sollte; danach darf sich ab 1990 ein Mediziner nur dann noch als „Allgemeinarzt“ niederlassen, wenn er nach einem Hochschulstudium von mindestens sechs Jahren eine mindestens zweijährige Vollzeitausbildung zum Arzt für Allgemeinmedizin absolviert hat.²⁰⁾

Der approbierte Arzt kann sich demnach darauf berufen – und zwar auch gegenüber dem Sozialleistungsträger, für den er tätig werden möchte –, dass er über die soeben aufgeführten Voraussetzungen einer erfolgreich abgeschlosse-

¹³⁾ Sog konkurrierende Zuständigkeit gem Art 72, 74 Abs 1 Nr 19 GG.

¹⁴⁾ Einem Gesetz v 2. 10. 1961 (BGBl I 1857), zuletzt geändert durch G v 20. 12. 1988 (BGBl I 2477).

¹⁵⁾ V 21. 12. 1989, BGBl I 2549.

¹⁶⁾ Laufs in L/U, § 8 Rz 1.

¹⁷⁾ Nachweise bei Laufs in L/U § 8 Rz 7 FN 13.

¹⁸⁾ Vgl § 3 Abs 1 ÄAppO.

¹⁹⁾ Vgl Laufs in L/U § 11 Rz 32.

²⁰⁾ So Laufs in L/U § 7 Rz 25.

nen ärztlichen Ausbildung verfügt. Damit sind bereits wesentliche Merkmale des persönlichen und fachlichen Anforderungsprofils für ärztliche Tätigkeit genannt, die in einer Auswahlentscheidung wohl stets maßgeblich sein müssen.

bb) Weiterbildung zum „Facharzt“ (Arzt mit Gebietsbezeichnung)

Es können noch weitere berufsrechtliche Anforderungen hinzukommen. In erster Linie ist dabei an Voraussetzungen der Weiterbildung zur früher sog. Facharztbildung, nach heutiger Terminologie: zum „Arzt mit einer Gebietsbezeichnung“, zu denken. Die Gebietsbezeichnung „Allgemeinmedizin“ und auch „öffentliches Gesundheitswesen“ hat übrigens der Gesetzgeber festgelegt²¹⁾.

Ebenfalls durch die Gesetzgebung der Länder hat der zwischenzeitlich in der normativen Versenkung weitgehend verschwundene „praktische Arzt“ (und selbstverständlich auch seine Kollegin, die ebenso „praktische Ärztin“²²⁾ seine Wiederauferstehung erlebt, und zwar in Ausführung der bereits erwähnten EG-Richtlinie über eine spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin.²³⁾

Abgesehen von diesen terminologischen Vorbehalten des Gesetzgebers sind die Ärztekammern von ihrem jeweiligen Landesgesetzgeber ermächtigt, die Bezeichnungen der Gebiete (im übrigen auch die Bezeichnungen für „Teilgebiete“ und „Bereiche“²⁴⁾ festzulegen, wobei der Gesetzgeber sich darauf beschränkt hat, die Fachrichtungen²⁵⁾ festzulegen.

Vor allem regeln die Ärztekammern in ihren Weiterbildungssatzungen²⁶⁾ die Voraussetzungen für die Anerkennung einer Gebietsbezeichnung durch die eigene Ärztekammer sowie auch durch die Ärztekammern anderer Bundesländer.²⁷⁾

Im Prinzip geht es dabei darum, die spezielle und vertiefte Kompetenz in einem Fachgebiet nachzuweisen durch eine Weiterbildungszeit von einer bestimmten Mindestdauer von drei Jahren.²⁸⁾ Dabei werden eingehende Kenntnisse und Erfahrungen in den jeweiligen Fachgebieten (sowie „Teilgebieten“ und „Bereichen“²⁹⁾ durch nach Art und Anzahl festgelegte Verrichtungen erworben. Der Arzt, der die Weiterbildung erfolgreich abgeschlossen hat,

²¹⁾ Vgl zB Art 21, 28 Abs 3 (Bay) HKaG.

²²⁾ Vgl dazu *Narr*, Ärztliches Berufsrecht. Ausbildung, Weiterbildung, Berufsausübung (Loseblatt) Rz 403.

²³⁾ Vgl dazu *Laufs* in L/U § 11 Rz 31 f sowie Art 21 ff (Bay) HKaG.

²⁴⁾ Vgl zB Art 27 (Bay) HKaG.

²⁵⁾ Nämlich konservative, operative, nervenheilkundliche, theoretische, ökologische und methodisch-technische Medizin, vgl Art 28 (Bay) HKaG.

²⁶⁾ „Weiterbildungsordnungen“ vgl zB Art 35 (Bay) HKaG.

²⁷⁾ Vgl zB Art 36 (Bay) HKaG.

²⁸⁾ ZB Art 30 Abs 2 (Bay) HKaG; die Höchstdauer soll idR sechs Jahre nicht überschreiten.

²⁹⁾ Die MuWO weist zZ ca 30 „Gebiete“ (von der Allgemeinmedizin bis zur Urologie) aus.

erhält eine entsprechende (Facharzt-)Anerkennung;³⁰⁾ diese Entscheidung der Ärztekammer ergeht auf der Grundlage der in den Weiterbildungsabschnitten erworbenen Zeugnisse sowie einer – diese Zeugnisse ergänzenden – Prüfung vor einem Prüfungsausschuß der Ärztekammer.³¹⁾

In diesem Zusammenhang und auch hinsichtlich der Frage, welche Anforderungsprofile das ärztliche Berufsrecht kennt, ist folgendes zu bemerken: Die Weiterbildung findet in dafür zugelassenen Weiterbildungsstätten statt.³²⁾

Die Zulassung einer Krankenhausabteilung als Weiterbildungsstätte erfolgt durch staatliche Entscheidung, im übrigen werden die Weiterbildungsstätten durch die Landesärztekammern bestimmt.³³⁾ Dabei sind eine Reihe von Voraussetzungen insb an das Patientengut und die sachliche und personelle Ausstattung zu beachten.³⁴⁾

Neben dieser institutionellen Regelung (Zulassung von Weiterbildungsstätten) ist der personalbezogene Vorbehalt zu beachten, wonach die Weiterbildung nur „unter Verantwortung ermächtigter Ärzte“ durchgeführt werden darf. Eine entsprechende – berufsrechtliche – Ermächtigung kann nur erteilt werden, wenn der Arzt fachlich und persönlich geeignet und in einer zugelassenen Weiterbildungseinrichtung tätig ist.³⁵⁾

cc) Fortbildung

Nicht unerwähnt sollen die Anforderungen an die Fertigkeiten und Kenntnisse bleiben, die trotz erfolgreich absolvierter Aus- und Weiterbildung aufgrund einer praktisch während der gesamten Zeit beruflicher Tätigkeit verpflichtender „Fortbildung“ gegeben sein müssen. Die Berufsordnung für die deutschen Ärzte³⁶⁾ verlangt von dem Arzt, der seinen Beruf ausübt, von den Fortbildungsmöglichkeiten in dem Umfang Gebrauch zu machen, wie es zur Erhaltung und Entwicklung der zur Ausübung seines Berufes erforderlichen Fachkenntnis notwendig ist. Eine Reglementierung der ärztlichen Fortbildung hat der Deutsche Ärztetag nachdrücklich abgelehnt.³⁷⁾ Die Rechtsprechung hat diesbezügliche Hinweise, vor allem in Arzthaftungsprozessen, gegeben. So muss ein Arzt nicht sämtliche medizinische Fachzeitschriften halten und lesen; er muss jedoch vom Inhalt einer Fachzeitschrift, die er selbst für so wichtig

³⁰⁾ Vgl zB Art 29 Abs 1 (Bay) HKaG.

³¹⁾ Vgl zB Art 33 (Bay) HKaG-Anerkennungsverfahren, zu der Ausnahme des Arztes für öffentliches Gesundheitswesen aufgrund der staatsärztlichen Prüfung vgl Art 31 Abs 1 S 4 und Art 33 Abs 6 (Bay) HKaG.

³²⁾ ZB Universitätszentrum, Universitätsklinik oder sonst zugelassenen Einrichtungen der ärztlichen Versorgung, vgl zB Art 31 (Bay) HKaG sowie die MuWO, abgedruckt zB bei *Narr*, Rz 309 f.

³³⁾ Vgl zB Art 32 Abs 3 (Bay) HKaG.

³⁴⁾ Vgl zB Art 31 Abs 4 (Bay) HKaG.

³⁵⁾ Vgl zB Art 31 Abs 2 (Bay) HKaG.

³⁶⁾ Abgedruckt zB bei *Laufs* in L/U, Anh zu Kapitel 1, s dort § 7: Fort- und Weiterbildung.

³⁷⁾ *Laufs* hält das für „bedenklich“, in L/U (1. Aufl 1992) § 11 Rz 8 FN 5 mit Hinweis auf DÄBl 1990, 1786.

ansieht, dass er sie hält, Kenntnis nehmen.³⁸⁾ Und ihn trifft zB auch die Pflicht, die jeweils neueste Auflage eines medizinischen Lehrbuchs zu beschaffen und zu lesen, wenn es sich um ein für sein Arbeitsgebiet unentbehrliches Standardwerk handelt;³⁹⁾ stets hat der Arzt „mit der eigenen Leistung auf der Höhe der Zeit zu bleiben“.⁴⁰⁾

Übrigens muss der Arzt die erforderliche Fortbildung gegenüber der Ärztekammer in geeigneter Form nachweisen.⁴¹⁾

dd) Zwischenergebnis zu den berufsrechtlichen Anforderungen

Die vorangegangene Darstellung hat einen Überblick vermittelt über die rechtlich gebotenen Anforderungen an jeden Arzt, der seinen Beruf ausübt; diese Voraussetzungen im Hinblick sowohl auf die fachlichen als auch auf die menschlichen Qualitäten gelten also selbstverständlich auch für die Mediziner, die – juristisch-untechnisch gesprochen – im Dienst eines Sozialleistungsträgers stehen, zB als Kassen-/Vertragsärzte für die Krankenkassen, und zugunsten ihrer Versicherten tätig werden. Somit stecken an sich bereits in den berufsrechtlichen Anforderungen ebenso selbstverständlich auch Kriterien, die grundsätzlich im Rahmen einer Auswahlentscheidung berücksichtigt werden können, ja wahrscheinlich sogar berücksichtigt werden müssen, wenn man sich die Verpflichtungen der KV-Träger und dabei ua ihre Funktion auch als Verbraucherschutzorganisation zugunsten ihrer Versicherten vergegenwärtigt.

Auf zwei Dinge soll in diesem Zusammenhang und bereits an dieser Stelle hingewiesen werden: Erstens – man muss sich natürlich fragen, ob und in welcher Weise der Arzt, der für einen Leistungsträger tätig werden möchte, den Nachweis zu führen hat, dass er alle berufsrechtlichen Anforderungen in seiner Person mitbringt. Die Antwort auf diese Frage muss differenzieren. Beispielsweise darf und muss derjenige, der die Auswahlentscheidung trifft, sich über das Vorhandensein und die Echtheit der erforderlichen Zeugnisse und Urkunden zur Ausbildung und Weiterbildung vergewissern; auch im Hinblick auf notwendige Fortbildung⁴²⁾ muss an sich doch wohl geprüft werden, ob der Arzt sich mit seinen Kenntnissen und Fähigkeiten „auf der Höhe der Zeit“ befindet – um es mit den Worten des Bundesgerichtshofes zu sagen.

Und wie steht es mit den persönlichkeits-, insbesondere auch mit den charakterbezogenen Eignungsvoraussetzungen? Für die Approbation sind sie Voraussetzung; ihr Vorliegen wird dort geprüft oder zumindest als gegeben unterstellt, dürfte aber auch teilweise – in jenem Zeitpunkt – praktisch noch irrelevant sein, wenn man zB an die Anforderungen im Hinblick auf „wirtschaftlich nicht korrektes Verhalten“ als Kriterium der beruflichen Unwürdig-

³⁸⁾ So das OLG Hamm VersR 1965, 1108, zit bei L/U § 11 FN 9.

³⁹⁾ *Laufs* in L/U § 11 Rz 9 (FN 11).

⁴⁰⁾ So der BGH VersR 1977, 546, zit bei *Laufs* in L/U § 11 Rz 9 (FN 11); vgl auch BGH VersR 1968, 276.

⁴¹⁾ § 7 Abs 4 Berufsordnung für die deutschen Ärzte (Muster-Berufsordnung aufgrund von Beschlüssen des Deutschen Ärztetages).

⁴²⁾ Insbesondere bei Ärzten, deren Weiterbildung schon einige Zeit zurückliegt.

keit denkt;⁴³⁾ aber auch hier zeigt sich die Notwendigkeit einer sorgfältigen Differenzierung, weil zB der Arzt im Praktikum wohl seltener Gelegenheit zu Abrechnungsbetrügereien iS des Strafrechts haben wird, allerdings durchaus unwirtschaftlich insoweit handeln kann, als er medizinisch unsinnige und überflüssige Maßnahmen vornehmen oder anordnen kann.

Rechtstechnisch gewendet und ergänzt: Entfalten frühere Zeugnisse eine sog Tatbestandswirkung im Rahmen eines späteren Auswahlverfahrens? Und wenn ja, in welchem Umfang und für welche Zeitdauer?

Zweitens – soweit Zeugnisse und Urkunden einen gleichsam zeitlosen Nachweis über Qualifikationsvoraussetzungen erbringen, ist gleichwohl folgendes zu beachten: Derartige Zertifikate enthalten zuweilen lediglich Aussagen über die Erfüllung von Mindestanforderungen aus der Sicht der seinerzeitigen Beurteiler. Das ist zB dann der Fall, wenn nur das erfolgreiche Absolvieren einer Ausbildungs- oder Weiterbildungsstation oder einer Prüfung bestätigt wird, also ohne dass eine darüber hinausgehende, differenzierte Bewertung des Erfolges vorgenommen wird. Solche Zeugnisse erwecken vielleicht den Eindruck, dass ihre Inhaber alle gleich qualifiziert sind. Dieser Eindruck ist nach allen menschlichen Erfahrungen unzutreffend; denn auch in einer Gruppe von Ärzten, denen zB lediglich eine insgesamt erfolgreiche Weiterbildung zum Facharzt bescheinigt wird (also ohne eine spezifizierende, zB notenmäßige Bewertung), gibt es stets einige, die hervorragend qualifiziert sind, einige, denen der Erfolg schwergefallen ist und bei denen die Mindestvoraussetzungen knapp erreicht worden sind und die übrigen Mitglieder dieser Gruppe, die hinsichtlich des Erfolges – und trotz für alle Beteiligten gleicher Weiterbildungsmaßnahmen – zwischen diesen Extremen in einer gewissen Verteilung anzutreffen sind.

Wer diese Feststellung nicht teilen mag, behauptet schlüssig, dass alle Medizinstudenten (soweit es um die Bewertung von Ausbildungsmaßnahmen geht) oder alle approbierten Ärzte (soweit es um Maßnahmen der Weiterbildung geht) über eine einheitliche, qualitativ gleiche Begabung verfügen, die zudem noch in gleicher Weise durch Bildungsmaßnahmen aktiviert, realisiert worden ist und zu einem durchgehend einheitlichen Stand von Kenntnissen und Fähigkeiten geführt haben. Mit diesen Bemerkungen soll nicht verkannt werden, dass ein gewisses Begabungsdefizit durch vermehrte Bildungsanstrengungen ausgeglichen werden kann; ein dadurch erreichbares einheitliches Qualifikationsniveau setzt jedoch voraus, dass sich besser Begabte in ihren Bildungsbemühungen zurückhalten, was dieser These von einem erreichbaren und möglicherweise realen gleichen Qualifikationsniveau ihre gedankliche Rechtfertigung entzieht.

Angemerkt sei in diesem Zusammenhang, dass lediglich die Bestätigung der Teilnahme an einer Fortbildungsmaßnahme über den damit erreichten Erhalt der Qualifikation oder ihre Anpassung an den aktuellen Stand der Medizin ebenso wenig aussagt wie der Nachweis über das Abonnement einer Fach-

⁴³⁾ Vgl BVerwG 16. 9. 1997, DVBl 1998, 528 – Widerruf einer ärztlichen Approbation wegen verschiedener Verletzungen der Berufspflicht in zentralen Punkten.

zeitschrift oder den Erwerb der neuesten Auflage eines einschlägigen medizinischen Standardwerkes.

Somit kann diese Zwischenbilanz mit folgender Bemerkung abgeschlossen werden, die eine schlichte Selbstverständlichkeit enthält: Wer sich zur Erfüllung seiner Pflichten dritter, spezifisch qualifizierter Personen bedient, wird sich bei der Auswahlentscheidung im Normalfall nicht mit Mindestanforderungen begnügen und erst recht nicht ohne jeglichen Nachweis darauf vertrauen, dass gewisse Qualifikationsanforderungen, die – von Rechts wegen – vorhanden sein sollten, möglicherweise in der Person des Bewerbers nicht gegeben sind. Wer anders handelt, begeht einen personalpolitischen Unsinn, schafft zumindest ein uU nicht kalkulierbares personalpolitisches Risiko – oder er hat dafür eine besondere Rechtfertigung.

Als eine solche Rechtfertigung kommt – erstens – eine Probezeit im Anschluss an die Auswahlentscheidung und die nachfolgende Indienstnahme in Betracht, die es unter den Gesichtspunkten der Zeitdauer und der auch tatsächlich wahrgenommenen Kontrollmöglichkeiten gestattet, die endgültige Einstellung des Bewerbers unter der Bedingung vorzunehmen, dass die im Zeitpunkt der Auswahl nicht mit Sicherheit zu beurteilende Qualifikation sich in dieser Probezeit erweist.

Ein weiterer – zweiter – Rechtfertigungsgrund für die Auswahl und Einstellung von Bewerbern, deren tatsächliche Qualifikation nicht sicher beurteilt werden kann, könnte darin und dann gesehen werden, wenn – insb an Stelle, uU aber auch nach einer Probezeit – die Trennung von dem Dritten, also von dem in Dienst genommenen Arzt, rechtlich problemlos möglich ist allein aufgrund der Tatsache der Nicht-Erfüllung der gesetzlichen Qualifikationskriterien.

Es gibt einen dritten Rechtfertigungsgrund; der könnte in einer grundsätzlichen personalpolitischen Entscheidung des Staates gesehen werden, wonach sämtlichen Ärzten ein Anspruch auf die Indienstnahme durch Sozialleistungsträger einzuräumen ist (und auch für dessen Realisierung zu sorgen), die bereits über die Mindestanforderung hinsichtlich Aus- und Weiterbildung verfügen (und ohne Rücksicht auf den tatsächlichen Erhalt oder die notwendige Erweiterung der beruflichen Kompetenz durch Maßnahmen der Fortbildung).

Rechtlich anders ausgedrückt: Wenn der Staat allen Ärzten auf ihren Wunsch und ohne Berücksichtigung ihrer über die Mindestqualifikation hinausgehenden tatsächlichen Leitungsfähigkeit ein derartiges Recht auf Arbeit im engen Sinne⁴⁴⁾ gewährt, und zwar bei einer öffentlich-rechtlichen Einrichtung, so sind Auswahlentscheidungen der Sozialleistungsträger eine relativ einfache Entscheidung, die bei näherer Betrachtung wohl nicht als eigenverantwortliche personalpolitische Maßnahme bewertet werden können, weil – nach Erfüllung der berufsrechtlichen Anforderungen – die Indienststellung

⁴⁴⁾ Vgl zu diesem „Recht“ und der dazu geführten Diskussion unter dem Grundgesetz allgemein *Rittstieg* in Alternativ-Komm zum GG² (1989) Art 12 Rz 111 mwN sowie letztlich bereits BVerfG E 11, 30 – Kassenarzturteil.

beim Sozialleistungsträger nur einen entsprechenden Anspruch gleichsam deklaratorisch feststellt.

In diesem Zusammenhang sei auf folgendes hingewiesen: Im „normalen“ öffentlichen Dienst der Bundesrepublik Deutschland ist es nicht so, dass zB alle Juristen, die mit der Zweiten Staatsprüfung auch für die Tätigkeiten in allen Funktionen des Höheren Dienstes (vom Regierungsrat bis zum Staatssekretär) dem Grunde nach befähigt sind, also die juristischen Mindestvoraussetzungen erfüllen⁴⁵⁾ und in der Öffentlichen Verwaltung Dienst tun möchten, dort auch eingestellt werden.⁴⁶⁾

Ein weiteres Beispiel hierfür sind die fertig ausgebildeten Lehrer, die in beträchtlicher Anzahl und trotz eines nahezu 100%igen staatlichen Nachfrage-monopols arbeitslos bleiben.

Auch für den gehobenen Verwaltungsdienst besteht keine Rechtspflicht zur Einstellung der Bewerber, die ihre Ausbildung erfolgreich abgeschlossen haben, und zwar auch dann nicht, wenn diese Ausbildung verwaltungsintern organisiert ist, also praktisch auf Kosten der Verwaltung erfolgt ist und nur Personen ermöglicht worden ist, die in einem Auswahlverfahren zu dieser Ausbildung zugelassen worden sind.⁴⁷⁾

Und noch etwas sei bemerkt: In Deutschland hat der Staat sich zuweilen verpflichtet gefühlt, allen Personen einen ihrer Mindestqualifikation entsprechenden Arbeitsplatz zu verschaffen: in der DDR war eines der wichtigsten Ziele die Verwirklichung einer Arbeitsmarktpolitik,⁴⁸⁾ derzufolge jedem Bürger sein Arbeitsplatz praktisch garantiert wurde.⁴⁹⁾

Dabei wurde der voraussichtliche Bedarf an Arbeitskräften in den verschiedenen Branchen nicht unberücksichtigt gelassen; die Bemessung und Steuerung dieses Bedarfs setzte jedoch an einem anderen, früheren Zeitpunkt eines (potentiellen) beruflichen Werdeganges an, nämlich bei der Entscheidung über die Zulassung zur Ausbildung. Vorzüge und Nachteile eines solchen Systems einer personalpolitischen Planwirtschaft sollen hier nicht im einzelnen erörtert werden. Festzuhalten ist allerdings zweierlei: Erstens – dass diejenigen, die zur Lösung der Einkommensprobleme der Kassenärzte die Begrenzung der Ausbildungskapazität und entsprechende Zulassungsbeschränkungen

⁴⁵⁾ Wenn auch so richtig erst nach einer mehrjährigen Einführungsphase (Probezeit), vgl § 6 BRRG, §§ 9, 22 BBG.

⁴⁶⁾ Vgl Näheres hierzu *Seewald*, Einstellung und Beförderung im Öffentlichen Dienst, Neue Wirtschaftsbriefe (1990) F.27, 3661–3576.

⁴⁷⁾ Wobei der zukünftige Personalbedarf verständlicherweise eine wesentliche Rolle spielt.

⁴⁸⁾ Oder wenn man diese Politik von den betroffenen Bürgern her definiert: einer staatlichen Personalpolitik.

⁴⁹⁾ Zur Bedeutung dieses Politikfeldes und der daraus resultierenden Grundeinstellung der (ehemaligen) DDR-Bürger zum Staat vgl *Ritter*, Über Deutschland (1998) 129 ff, 158 ff, 162 ff, 165, 214 ff mit zahlreichen Nachweisen; dort auch Hinweise zu den Bemühungen des FDGB, noch im Jahre 1990 einen DDR-Gewerkschaftsstaat zu konstituieren, aaO 230 ff.

zum Medizinstudium fordern, sich der Sache nach in gewissem Umfang an dem DDR-Modell orientieren.⁵⁰⁾

Zweitens – wer auf Erwägungen zum Bedarf an Medizinern (und auf deren politisch-praktische und rechtliche Umsetzung) völlig verzichtet, gleichwohl aber einen Anspruch jedes minimal qualifizierten Arztes auf Beschäftigung im Staat oder durch den Staat (und dann auch noch mit uU relativ hohen Entlohnungsvorstellungen) fordert, der bewegt sich gedanklich in einem ungewöhnlichen System staatlicher Personalfürsorge.⁵¹⁾

b) Sozialrechtliche, insb krankenversicherungsrechtliche Anforderungen/Voraussetzungen

Neben den bislang dargestellten berufsrechtlichen Anforderungen, die jeder Arzt erfüllen muss, setzt das Sozialrecht, insbesondere das Kassenarztrecht („Vertragsarztrecht“) zusätzliche Anforderungen, die ebenfalls auch die Funktion von Auswahlkriterien haben. Die Existenz und Notwendigkeit dieser – zusätzlichen – Voraussetzungen lässt sich rasch erklären.

Die Sozialleistungsträger als wesentliche Institutionen des Sozialrechts, deren gesetzliche Verpflichtung gegenüber ihrer Klientel⁵²⁾ zT zwingend durch Ärzte erfüllt werden muss,⁵³⁾ befinden sich damit in der Situation ähnlich der eines Arbeitgebers oder Auftraggebers (eines Geschäftsherrn im Sinne des Dienst- oder Werkvertragsrechts); sie greifen zur Erfüllung ihres gesetzlichen Auftrages auf das berufsrechtlich hinreichend qualifizierte Personal zurück, das in seiner Gesamtheit den ärztlichen Arbeitsmarkt bildet. Und dabei – bei den diesbezüglichen Auswahlentscheidungen – können oder müssen sie nicht nur prüfen, ob die berufsrechtlich vorgeschriebene Qualifikation im einzelnen vorhanden (oder noch vorhanden) ist, sondern es sind zusätzliche Anforderungen vorgeschrieben, die sich im einzelnen aus den einschlägigen Bestimmungen des Krankenversicherungsrechts, Kapitel „Kassenarztrecht“⁵⁴⁾ oder der anderen Teile des Sozialgesetzbuches ergeben, dort, wo Ärzte in den Leistungserbringungsprozess obligatorisch einbezogen sind. Diese zusätzlichen sozialversicherungsrechtlichen Kriterien gelten nicht einheitlich für alle Bereiche der Sozialversicherung.

Über derartige zusätzliche Kriterien wird noch berichtet werden.⁵⁵⁾

An dieser Stelle sei nur Folgendes gesagt: dem Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (UV-Träger) ist ein anderer Maßstab, und zwar auch im

⁵⁰⁾ Auch wenn auch damit eine andere Zielsetzung verbunden wird.

⁵¹⁾ Im übrigen wird auch dem Leistungsprinzip, ein in den westlichen Staaten grundsätzlich positiv bewerteter Grundsatz, nur in sehr bedingtem Umfang Rechnung getragen.

⁵²⁾ ZB die Verpflichtung einer Krankenkasse gegenüber ihren Mitgliedern auf Krankenbehandlung, vgl §§ 27 ff SGB.

⁵³⁾ Vgl für die KV § 27 Abs 1 S 2 Nr 1 iVm § 28 Abs 1 SGB V.

⁵⁴⁾ Vgl genau §§ 69 ff, 72 ff SGB V.

⁵⁵⁾ Vgl unten III. Lösungsmöglichkeiten in den einzelnen Bereichen des Sozialleistungsrechts.

Hinblick auf die Qualität der zu erbringenden Leistungen vorgeschrieben, als dies für die Krankenversicherung geschehen ist.⁵⁶⁾

Die UV-Träger müssen zB die der Krankenbehandlung entsprechende „Heilbehandlung“ mit allen „geeigneten Mitteln“ und außerdem „möglichst frühzeitig“ bewirken;⁵⁷⁾ und deshalb wird von Gesetzes wegen eine „besondere unfallmedizinische oder Berufskrankheiten-Behandlung gewährleistet,“ und zwar durch Ärzte und Krankenhäuser, die über eine besondere fachliche Befähigung sowie eine entsprechende sächliche und personelle Ausstattung verfügen.⁵⁸⁾

Infolgedessen wird sich die Auswahl dieser Ärzte und ihre Indienstnahme zB für die Berufsgenossenschaften auch (also zusätzlich) an diesen spezifisch sozialversicherungsrechtlichen Kriterien auszuwirken haben – diese Kriterien einschließlich der mit einer solchen Indienstnahme übernommenen Pflichten werden übrigens von den Unfallversicherungsträgern autonom festgelegt.⁵⁹⁾

2. Exkurs 1

Bedeutung der Auswahlkriterien im Hinblick auf Möglichkeiten der Überwachung und Steuerung der Tätigkeiten von in Dienst genommenen „Dritten“:

Im Vorangegangenen wurden einige Gesichtspunkte dargelegt, die bei jeglicher Personalauswahlentscheidung zu beachten sind, insbesondere im Hinblick auf Ärzte bei der Indienstnahme für Sozialleistungsträger. Ergänzend dazu ist in einem ersten Exkurs auf die Bedeutung dieser Entscheidungen hinzuweisen.

Ein Problem der Personalauswahl und -einstellung besteht bekanntlich darin, dass dabei letztlich eine Prognose dahingehend anzustellen ist, ob ein Bewerber nach einer diesbezüglichen positiven Entscheidung die an ihm gestellten Erwartungen bestens (oder wenigstens minimal zufriedenstellend) erfüllt, die für Ärzte durch das Berufsrecht und das Sozialrecht, ergänzt und zT erweitert durch das Recht der Arzthaftung, zT ins Einzelne gehende konkretisiert sind.⁶⁰⁾

Ebenso bekannt ist, dass diese Prognose letztlich stets – um es ganz vorsichtig auszudrücken – mit einer erheblichen Unsicherheit verknüpft ist; menschliches Verhalten und persönliche Entwicklungen lassen sich nicht valide vorhersagen – das betrifft auch die Einhaltung der berufs- und sozialrechtlichen Anforderungen. Gleichwohl muss eine Auswahlentscheidung auf der Basis der vorhandenen, in der Vergangenheit eines Bewerbers angewachsenen Informationen getroffen werden.

⁵⁶⁾ Vgl dort §§ 2 Abs 4, 12 Abs 1, 70 Abs 1 SGB V.

⁵⁷⁾ Vgl §§ 1 Nr 2, 26 Abs 2 SGB VII.

⁵⁸⁾ Vgl § 34 Abs 1 SGB VII.

⁵⁹⁾ § 34 Abs 1 S 2 SGB VII.

⁶⁰⁾ Zum Arzthaftungsrecht vgl *Laufs/Dierks/Wienke/Graf Baumann/Hirsch* (Hrsg), Die Entwicklung der Arzthaftung, (1997); *Deutsch*, Medizinrecht³ (1997) 114 ff, 153 ff, 173 ff.

Fraglich ist, ob sich das Risiko einer Abweichung des ausgewählten Bewerbers von dem im Auswahlverfahren prognostizierten (oder spekulativ un-terstellten) positiven Verhalten eingrenzen lässt.

Es wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine Probezeit mit gleichzeitiger verantwortungsvoller Überwachung insoweit hilfreich sein kann für die Entscheidung zur dauerhaften, grundsätzlich zeitlich unbegrenzten Indienstnahme. Allerdings – dies ist sofort einzuräumen – ist auch die Probezeit keine Gewähr für eine daran nachfolgende stetige fachlich und persönlich optimale Berufstätigkeit.

Für die Eingrenzung, für die Relativierung des mit einer Auswahlentscheidung verbundenen Risikos sind zwei andere Einflussnahmen wesentlich, übrigens praktisch wohl stets miteinander in Verbindung stehend, nämlich – erstens – die Möglichkeit der Überwachung der ärztlichen Tätigkeit nach seiner – in gewisser Weise – endgültigen Indienstnahme und – zweitens – die Entscheidung, diese Indienstnahme gegen den Willen des Arztes zu beenden.

Über die Voraussetzungen einer „Kündigung“ oder „Entlassung“ wird im nachfolgenden Beitrag (von Frau *Felix*) näher berichtet werden; an dieser Stelle ist lediglich darauf hinzuweisen, dass die Auswahlentscheidung für die Indienstnahme eines Arztes um so bedeutender, folgen- und risikoreicher wird, je höher die rechtlichen und auch die tatsächlichen Hürden sind, die bei einer späteren Trennung zu überwinden sind.

Das Risiko einer unsicheren Auswahlentscheidung lässt sich uU vermindern durch die Möglichkeit der kontrollierenden Überwachung sowie der uU erforderlichen lenkenden Einflussnahme auf den Arzt; diese Kontrolle hätte nach den Maßstäben der den Arzt verpflichtenden Rechtsnormen, also sowohl des Berufsrechts als auch des Sozialrechts stattzufinden. Die damit zusammenhängenden Probleme sollen hier nicht abschließend und eingehend erörtert werden. Nur einige Gesichtspunkte sollen angesprochen werden.

Zum einen dürfte es völlig selbstverständlich sein, dass derjenige, der einen Dritten in seine Dienste nimmt, sich im Prinzip ständig darüber Gewissheit verschafft, ob diese Tätigkeit den vereinbarten oder gesetzlich vorgeschriebenen Maßstäben entspricht. Eingeschlossen in eine solche Kontrolle ist die Möglichkeit, steuernd, korrigierend das Verhalten des Dienstnehmers erforderlichenfalls in die richtigen Bahnen zu lenken, wobei an verschiedene Methoden, insbesondere Sanktionsmöglichkeiten, zur Unterstützung der Einsichtsfähigkeit oder -willigkeit des Dienstnehmers zu denken ist.

So etwas ist selbstverständlich im Dienstvertragsrecht, im Arbeitsleben allgemein, auch im Bereich des öffentlichen Dienstes – die dabei auftauchenden Schwierigkeiten sollen hier nicht übersehen werden; alles im Leben ist leichter gesagt als getan. Im übrigen kann eine solche Kontrolle auch Berufsorganisationen gegenüber vorgenommen werden, wie die Staatsaufsicht über die Ärztekammern und Kassenärztlichen Vereinigungen zeigt.⁶¹⁾

⁶¹⁾ In diesem Zusammenhang sei auch auf die Steuerung des Heilverfahrens durch die UV-Träger im Bereich der gesetzlichen UV hinzuweisen, vgl § 26 Abs 5 SGB VII.

Zu beachten ist grundsätzlich bei derartigen Überwachungs- und Steuerungsmechanismen die Kompetenz der Überwacher, die selbstverständlich gegeben sein muss.

Herkömmlicherweise werden derartige Kontroll- und Überwachungssysteme eher nicht auf Initiative der Überwachten und der somit in gewissem Umfang Gelenkten tätig. In jüngster Zeit haben sich allerdings, ausgehend vom Bereich der betriebswirtschaftlichen Fertigungstechnik, Kontroll- und Überwachungsstrategien herausgebildet, die in ihrer Effektivität und dann insbesondere auch unter dem Gesichtspunkt einer möglichst wirtschaftlich handelnden Betriebsführung⁶²⁾ gegenüber den bisherigen Verfahren absolut vorzugswürdig erscheinen. Ausgangspunkt dieser relativ jungen Strategie ist die Erkenntnis, dass die im Arbeitsprozess Stehenden am besten wissen, ob sie anforderungsgerecht tätig sind und in welcher Weise die Arbeit hinsichtlich des Verfahrens und der Ergebnisse verbessert werden kann.

Im Bereich der öffentlichen Verwaltung und auch in der Wirtschaft wurde diese Erkenntnis unter dem Gesichtspunkt des sog betrieblichen Vorschlagswesens (aus heutiger Sicht eher ansatzweise) nutzbar gemacht.⁶³⁾

In jüngster Zeit hat dieser Gedanke – wenn auch in anderer Umsetzung – eine erstaunliche Wiedergeburt mit erheblicher Breitenwirkung in allen Bereichen der Wirtschaft – und auch in der Sozialverwaltung – erhalten, und zwar unter verschiedenen Sammelbezeichnungen, wobei Qualitätsmanagement oder Qualitätssicherung die wohl am häufigsten verwendeten Bezeichnungen sind.⁶⁴⁾ Qualitätssicherung ist auch für die ärztliche Tätigkeit rechtlich vorgesehen.⁶⁵⁾ Sie kommt grundsätzlich – wie auch im Bereich der produzierenden Wirtschaft – trotz der darin steckenden Idee von einer intern initiierten Selbstkontrolle mit dem Ziel der qualitativen Verbesserung der beruflichen Tätigkeit auch als Instrument einer extern organisierten Überwachung in Betracht. Somit ist bei der Erörterung der Minderung von Risiken einer unsicheren Personalauswahlentscheidung auch an dieses Instrumentarium zu denken.

3. Exkurs 2: Die Bedeutung der ärztlichen Berufsfreiheit in diesem Zusammenhang

Man kann im Zusammenhang mit der Beurteilung von Ärzten anlässlich von Auswahlverfahren oder von Überwachung und Kontrolle die Berufsfreiheit dieser Personen gedanklich ins Spiel bringen. Auch dieses Thema kann hier nur gestreift werden, und zwar wie folgt: Erstens – nach den Vorstellun-

⁶²⁾ Also mit der Zielsetzung eines optimalen Verhältnisses von Aufwand (Kosten) und Ertrag (Nutzen), vgl hierzu zB *Seewald*, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit – aus der Sicht des SGB (1985) 51 ff.

⁶³⁾ Vgl für die öffentliche Verwaltung *Kübler*, Organisation und Führung in Behörden II³ (1980) Rz 840 ff, und für den Bereich der Wirtschaft *Riefinger* in *Grochla* (Hrsg.) Handwörterbuch der Organisation² (1980) Sp 2360.

⁶⁴⁾ Vgl hierzu *Seewald*, Qualitätssicherung in der Kranken- und Pflegeversicherung, in *Schnapp* (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht II (erscheint 1999).

⁶⁵⁾ Vgl §§ 135 ff SGB V.

gen unserer Verfassung, insb des Art 12 Abs 1 GG, folgt aus dem Grundrecht auf Berufsfreiheit nicht der Anspruch auf Verschaffung eines – möglichst gut dotierten – Arbeitsplatzes; das wurde bereits oben, in Gegenüberstellung mit der rechtlichen und tatsächlichen Lage in der DDR, dargestellt.

Berufsfreiheit wird weiterhin und nicht selten dahingehend verstanden, dass der Arzt in seiner Berufsausübung in spezifischer, besonderer Weise Freiheit vor Anweisungen anderer Personen genießt; der ärztliche Beruf sei „seiner Natur nach ein freier Beruf“. ⁶⁶⁾ Daraus könnte abgeleitet werden, dass auch eine Überwachung und Steuerung der ärztlichen Tätigkeit und möglicherweise auch die für das ärztliche Berufsleben maßgebliche Auswahlentscheidung durch einen Sozialleistungsträger von vornherein nicht zulässig sein kann. Dieses Verständnis wäre freilich nicht zutreffend: Selbstverständlich kann zB ein Arzt die Tätigkeit eines Kollegen fachlich beurteilen; und wenn er rechtlich dazu befugt ist, kann er auch entsprechende Überwachungsfunktionen ausüben und Weisungen erteilen; im Rahmen der Weiterbildung ist der ermächtigte Arzt gegenüber den Facharztaspiranten dazu sicherlich sogar verpflichtet. ⁶⁷⁾

Aber auch Nichtärzte können ärztliche Tätigkeit beurteilen und uU lenkend beeinflussen; verhältnismäßig unproblematisch ist das dort, wo es um die Beachtung von Normen und Vorgaben geht, die nicht spezifisch ärztlicher Natur sind. ⁶⁸⁾

Aber auch darüber hinaus können Ärzte Überwachungsmaßnahmen mit Einschluss von Weisungen unterworfen werden, zB im Rahmen des Direktionsrechts des öffentlichen oder privaten Arbeitgebers, ⁶⁹⁾ aber auch im Rahmen des berufsgenossenschaftlichen Heilverfahrens, das in gewissem Umfang von den Unfallversicherungsträgern – und dort durchaus auch von kompetenten Nichtärzten – überwacht wird. ⁷⁰⁾

Hinzuweisen ist auch in diesem Zusammenhang nochmals auf die Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht, die ua auch Aufschluss darüber gibt, in welchem Umfang Nichtärzte die Vereinbarkeit des ärztlichen Handelns mit den einschlägigen rechtlichen Normen beurteilen.

4. Probleme des Auswahlverfahrens

Zu den allgemeinen Problemen einer Auswahlentscheidung gehört auch die Frage nach der Gestaltung des Auswahlverfahrens. Hierbei geht es letztlich um die Lösung eines gleichsam doppelten Problems: Zum einen sollte die

⁶⁶⁾ So § 1 Abs 1 S 2 BOÄ, abgedruckt bei L/U, Anh zu Kap 1, nach § 4, die das – damit rechtlich unverbindliche – Selbstverständnis der Ärzteschaft widerspiegelt.

⁶⁷⁾ Vgl zB §§ 8 ff, 12 ff WeiterbildungsO für die Ärzte in Rheinland-Pfalz (Ermittlung von Zeugnissen; Prüfungen).

⁶⁸⁾ ZB die Einhaltung von Regeln zur Honorierung kassenärztlicher Tätigkeit, mögen diese letztlich auch in einem inneren Zusammenhang mit genuin ärztlicher Tätigkeit stehen.

⁶⁹⁾ Zu den Grenzen vgl die Hinweise bei *Laufs* in L/U § 3 Rz 11, 12 mwN.

⁷⁰⁾ Vgl § 26 Abs 5 SGBVII.

personalpolitische Entscheidung über die Indienstnahme einer Person, die der Erfüllung einer Verpflichtung des Dienstgebers dienen soll, diesem selbstständig und eigenverantwortlich vorbehalten bleiben; nach dieser Überlegung müssten zB die Krankenkassen allein die Auswahlentscheidungen im Hinblick auf die für sie tätigen Ärzte treffen; im übrigen wären dabei nicht nur qualitative, sondern auch quantitative Aspekte zu berücksichtigen, letztere unter dem Gesichtspunkt einer möglicherweise gleichsam natürlichen Nachfrage nach Leistungen der Krankenversicherung sowie ihrer Finanzierbarkeit.

Andererseits – und das ist der zweite Gesichtspunkt dieses Problems – ist die Sachkunde der auszuwählenden Institution, also des Dienstgebers, zu gewährleisten als notwendige Voraussetzung für eine trotz aller strukturellen Unzulänglichkeiten doch personalpolitisch möglichst „richtig“ vorzunehmenden Auswahlentscheidung. Hier muss ärztlicher Sachverstand und eine darauf beruhende Urteilsfähigkeit zu Hilfe genommen werden; der Umfang dieser Inanspruchnahme hängt im wesentlichen davon ab, von welchen Kriterien die Auswahlentscheidung im einzelnen abhängig gemacht wird, ob also zB die sog Papierform, insbesondere im Sinne der Erfüllung von Mindestanforderungen, ausreicht oder zusätzliche, zB fachliche Einstellungstests vorgenommen werden. ⁷¹⁾

Auch gutachterliche Beratung durch Ärzte kann als ein verlässliches Verfahren gelten.

Mit diesen Bemerkungen schließe ich meine Überlegungen zu den grundsätzlichen strukturellen Problemen von personellen Auswahlentscheidungen ab, bei der die Indienstnahme von Ärzten für die soziale Leistungsverwaltung den gedanklichen Hintergrund dieser Gedanken abgegeben hat. Nachfolgend werde ich darstellen, in welcher Weise in den Bereichen des sozialen Verwaltungsrechts die Problematik der Auswahlentscheidung hinsichtlich der ärztlichen Dienstnehmer gelöst ist.

III. Die Lösung der Auswahlentscheidung im Recht der sozialen Leistungsverwaltung

1. Die Verhältnisse bei der gesetzlichen Krankenversicherung

a) Historische Entwicklung

Dass die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sich überhaupt Gedanken über die Auswahl der Ärzte machen könnten, die gegenüber den Versicherten die Leistungen insbesondere der Krankenbehandlung erbringen, beruht letztlich auf dem sog Sachleistungsprinzip, ⁷²⁾ das seit dem „Gesetz,

⁷¹⁾ Was zB im Bereich der Wirtschaft, aber auch in der öffentlichen Verwaltung mittlerweile eher die Regel als die Ausnahme ist.

⁷²⁾ Heute geregelt in §§ 2 Abs 2, 13 Abs 1, 27 ff SGB V, neuerdings mit der Möglichkeit der Kostenerstattung, vgl § 13 – sowie auch § 37 Abs 4 – SGB V.

betreffend die Krankenversicherung“ vom 15. Juni 1883 (KVG),⁷³⁾ mit dem das bei den früheren Hilfs- oder Pflichtkassen⁷⁴⁾ geltende Kostenerstattungsprinzip abgelöst wurde, das bekanntlich nach wie vor für die private Krankenversicherung prägend ist. Seitdem besteht aufgrund dieser Verpflichtung zur Naturalleistung die rechtliche Notwendigkeit, Ärzte für die Leistungserbringung zu gewinnen, und zwar in einer Weise, bei der die Leistungserbringung rechtlich und tatsächlich sichergestellt ist.

Der diesbezügliche Teil der Geschichte des Krankenversicherungsrechts⁷⁵⁾ zeigt eine Entwicklung von Einzelverträgen zwischen den Kassen und Ärzten, bei denen die Kassen so wie jeder Arbeit- oder Dienstgeber eine grundsätzlich unbeschränkte Auswahlmöglichkeit hatte, über das „Berliner Abkommen“ v 23. 12. 1913, mit dem der Weg für die sog gemeinsame Selbstverwaltung von Ärzten, genauer: von ärztlichen Korporationen, und von Krankenkassen geebnet wurde und ua paritätisch besetzte Organe für die nunmehr sog Arztzulassung gebildet wurden; damit war die Anstellungsautonomie der Krankenkassen bereits beseitigt.⁷⁶⁾

Seine Bedeutung verlor der Einzelvertrag zwischen Krankenkasse und Arzt allerdings erst im Jahre 1931.⁷⁷⁾

Damit wurden die Zwangsorganisationen der Kassenärztlichen Vereinigungen geschaffen, denen der Sicherstellungsauftrag und damit ein Monopol für die Versorgung der Krankenkassenmitglieder übertragen wurde.⁷⁸⁾ In Angelegenheiten der für die gesetzliche Krankenversicherung tätigen Ärzte bestanden danach unmittelbar Rechtsbeziehungen im Prinzip nur noch zu den kassenärztlichen Organisationen.

Diese Feststellung gilt allerdings nicht absolut und ausnahmslos; denn den Krankenkassen ist eine Mitwirkungsmöglichkeit verblieben bei der „Zulassung“ oder „Ermächtigung“, also bei der Entscheidung, welche Ärzte einerseits praktisch in den Dienst der Krankenkassen treten, andererseits während dieser Dienstzeit aber auch keiner Einflussnahme seitens der Krankenkassen unterliegen. Betrachtet man nun die geltende Rechtslage im Krankenversicherungsrecht im einzelnen, so kann man verschiedene Arztgruppen unterscheiden.

⁷³⁾ RGBI 73.

⁷⁴⁾ Vgl *Schmitt*, Leistungserbringung durch Dritte im Sozialrecht (1990) 123.

⁷⁵⁾ Vgl dazu zB *Muckel*, Das Sachleistungsprinzip in der Gesetzlichen Krankenversicherung nach dem 2. GKV-Neuordnungsgesetz, SGB 1998, 385; *Krause*, SGB 1981, 404; *Schneider*, DOK 1981, 866; *Tiemann*, MedR 1983, 176.

⁷⁶⁾ *Schlenker* in *Schulin* (Hrsg), Handbuch des Sozialversicherungsrechts I, Krankenversicherungsrecht (1994) § 1 Rz 55 mwN.

⁷⁷⁾ Mit dem Inkrafttreten der 4. Notverordnung v 8. 12. 1931, der Vertrags- und Zulassungsordnung sowie der Neufassung der §§ 368ff RVO, durch die VO v 14. 1. 1932.

⁷⁸⁾ Vgl Näheres bei *Tennstedt*, Sozialgeschichte der Sozialversicherung, in *Blohmke* ua (Hrsg), Handbuch der Sozialmedizin III (1976) 396 ff, 402; *Peters/Mengert*, Geschichtliche Entwicklung der Krankenversicherung, in *dies*, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II (Loseblatt) I¹⁸ (1985) vor § 368 RVO Anm 5.

b) Allgemeine Krankenversorgung

Zunächst soll über die allgemeine Krankenversorgung berichtet werden. Darunter ist die Versorgung durch den gleichsam normalen Kassenarzt zu verstehen, der – nach seiner Approbation – die Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit erlangt hat und als (Zwangs-)Mitglied seiner Kassenärztlichen Vereinigung dem kassenärztlichen Regime unterstellt ist.⁷⁹⁾ „Normal“ in diesem Sinne sind alle diejenigen Haus- und Fachärzte, die für ihre Tätigkeit im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung⁸⁰⁾ keiner zusätzlichen, speziellen Genehmigung im Hinblick auf besondere, zusätzliche persönliche Qualifikationsvoraussetzungen und/oder sachliche Ausstattung bedürfen.

Und im selben Sinne zählt zur „normalen“, allgemeinen Krankenversorgung die Tätigkeit der Ärzte, die unmittelbar oder mittelbar, nämlich durch eine eigene persönliche Ermächtigung⁸¹⁾ oder im Wege der „Ermächtigung“ einer ärztlich geleiteten Einrichtung⁸²⁾ oder – ebenfalls mittelbar – als Arzt an einem zugelassenen Krankenhaus⁸³⁾ zur Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung berechtigt worden sind.

aa) Anforderungsprofil

Das Anforderungsprofil dieser Ärzte, das mit den Auswahlkriterien korrespondiert, ergibt sich zunächst aus den berufsrechtlichen Anforderungen, also denen der Approbation und, soweit es um eine Facharztstätigkeit geht, aus den zusätzlichen Voraussetzungen nach dem ärztlichen Weiterbildungsrecht.⁸⁴⁾

Weiterhin sind krankenversicherungsrechtliche Voraussetzungen erforderlich. Vor dem Endziel der „Zulassung“ ist das Zwischenziel die Eintragung in ein Arzt- (oder Zahnarzt-)register, das von der Kassenärztlichen Vereinigung für jeden Zulassungsbezirk geführt wird. Diese Eintragung „erfolgt auf Antrag“, es besteht wohl ein diesbezüglicher Anspruch;⁸⁵⁾ allerdings muss der Bewerber zuvor eine Vorbereitungszeit abgeleistet haben.

Diese Vorbereitungszeit ist durch das GSG für Ärzte von vormals einem Jahr auf drei Jahre ausgedehnt worden;⁸⁶⁾ für Kassenzahnärzte besteht sie nach wie vor im Umfang von zwei Jahren.⁸⁷⁾

Allerdings verwendet der Gesetzgeber für die Vertragsärzte den Begriff „Vorbereitungszeit“ nicht mehr, sondern fordert nunmehr verpflichtend eine

⁷⁹⁾ Vgl § 95 Abs 3 SGB V.

⁸⁰⁾ Vgl § 73 SGB V.

⁸¹⁾ Vgl § 95 Abs 1 S 1 SGB V, § 5 BMV-Ä, § 31 Ärzte-ZV; *Wiegand*, Kassenarztrecht² (1991) § 45 Rz 44 ff.

⁸²⁾ Vgl § 117 SGB V (Polikliniken), § 119 SGB V (sozialpädagogische Zentren) sowie sonstige ärztlich geleitete Einrichtungen auf der Grundlage des § 98 Abs 2 Nr 11 SGB V iVm § 31 ZV.

⁸³⁾ Vgl dazu § 108 SGB V.

⁸⁴⁾ So ausdrücklich § 95a Abs 1 Nr 1. 2 SGB V.

⁸⁵⁾ Vgl § 4 Abs 1 Ärzte-ZV.

⁸⁶⁾ Mit Wirksamkeit vom 1. 1. 1994, G v 21. 12. 1993 (GVBl I 2266); vgl *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung³ (Loseblatt) § 95 Rz 9.

⁸⁷⁾ § 95 Abs 1 S 3 Nr 2 SGB V.

Weiterbildungszeit von mindestens drei Jahren, die also praktisch auch die Funktion der Vorbereitungszeit übernimmt.⁸⁸⁾ Die Eintragung in das Arztregister erfolgt durch die zuständige Kassenärztliche Vereinigung; hinsichtlich sämtlicher bis zu diesem Zeitpunkt erworbener Qualifikationen ist dem Krankenversicherungsträger keine Möglichkeit einer auch nur mitwirkenden Beurteilung eingeräumt; das gilt auch für die in der Vorbereitungszeit zu vermittelnden Kenntnisse der vertragsärztlichen Rechte und Pflichten,⁸⁹⁾ an deren Erwerb die Krankenversicherungsträger ebenfalls ein an sich selbstverständliches Interesse haben sollten.

Die nächste, wesentliche Entscheidung betrifft die Zulassung.⁹⁰⁾ Die Kriterien hierfür ergeben sich im einzelnen aus den Regelungen der Ärzte- (bzw. der Zahnärzte-) ZV.⁹¹⁾

bb) Organisation der Zulassung und damit der Auswahl der Kassenärzte

Zuständig für die Entscheidung zur Zulassung ist der Zulassungsausschuss für den Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung (oder auch eines Teils davon), der paritätisch besetzt ist aus je drei Vertretern, die einerseits von der Ärzteschaft (den Kassenärztlichen Vereinigungen) und andererseits von den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen (gemeinsam) entsandt sind.

Einzelheiten, insbesondere auch das Verfahren vor den Zulassungsausschüssen, sind in §§ 34–43 Ärzte-ZV geregelt.

Für die Einflussmöglichkeit der Krankenversicherungsträger ist, neben der Regelung ihres Stimmenanteils im Zulassungsausschuss,⁹²⁾ unter verfahrensrechtlichen Aspekten zu beachten, dass dieser Ausschuss mit einfacher Stimmenmehrheit beschließt; bei Stimmgleichheit gilt ein Antrag als abgelehnt.⁹³⁾

Damit kann zwar weder eine einzelne Krankenkasse noch ein Landesverband der Krankenkassen aus eigener Kompetenz eine Zulassung durchsetzen oder verhindern; bei Übereinstimmung der „Krankenkassen-Fraktion“ kann sich jedoch auch die Seite der Kassenärzte nicht durchsetzen.⁹⁴⁾

⁸⁸⁾ Einzelheiten in § 95a Abs 3 und 4 SGB V, im Wortlaut übernommen in § 3 Abs 3 und 4 Ärzte-ZV.

⁸⁹⁾ Vgl. *Krauskopf*, aaO § 95 Rz 9.

⁹⁰⁾ Praktisch gleich geregelt ist die Ermächtigung, vgl. § 31 Ärzte-ZV.

⁹¹⁾ §§ 17 (Einführungslehrgang), 18 (Antragsunterlagen), 20 (Nicht-Eignung wegen anderer Tätigkeiten), 21 (Nicht-Eignung wegen geistiger oder sonstiger Mängel).

⁹²⁾ In § 96 Abs 2 S 1 SGB V.

⁹³⁾ § 96 Abs 2 S 7 SGB V.

⁹⁴⁾ Gleiches gilt im übrigen auch im Hinblick auf das Ruhen oder den Entzug der Zulassung, vgl. § 95 Abs 5, 6 SGB V, § 37 Ärzte-ZV.

cc) Materiell-rechtliche Bindungen im Zulassungsverfahren

Im Zulassungsverfahren müssen sämtliche gesetzlichen sowie untergesetzlichen Zulassungsvoraussetzungen geprüft werden;⁹⁵⁾ erforderlichenfalls ist Beweis zu erheben, auch unter Heranziehung von Sachverständigen und Auskunftspersonen.⁹⁶⁾

Zwei Fragen sollen im folgenden erörtert werden, nämlich – erstens –, ob bei Vorliegen der (materiellen) Zulassungsvoraussetzungen ein Rechtsanspruch auf eine positive Entscheidung gegeben ist und – zweitens –, ob hinsichtlich der einzelnen Zulassungsvoraussetzungen eine qualitative Differenzierung zulässig ist, insbesondere hinsichtlich des Erfolges der ärztlichen Ausbildung, Weiterbildung, Fortbildung sowie der kassenärztlichen Vorbereitung, und ob von einer derart differenzierten Feststellung der – insgesamt betrachtet – kassenärztlichen Eignung die Zulassungsentscheidung abhängig gemacht werden kann.

(1) Zum Anspruch auf Zulassung

Der Gesetzeswortlaut⁹⁷⁾ normiert ausdrücklich keinen Anspruch auf Zulassung bei Vorliegen der materiellen Zulassungsvoraussetzungen. Gleichwohl wird wohl allgemein davon ausgegangen, dass ein solcher Anspruch besteht, dass es sich also – mit anderen Worten – bei der Zulassung um einen sog. gebundenen Verwaltungsakt handelt,⁹⁸⁾ dessen Erlass nicht im Ermessen des Zulassungsausschusses steht. Diese Ansicht dürfte letztlich auf der Rechtsprechung des BVerfG beruhen, das im Jahre 1960 und im Hinblick auf die damalige medizinische, insbesondere kassenärztliche Versorgungslage eine Zulassungsentscheidung nach Maßgabe des Bedarfs für unvereinbar mit Art 12 Abs 1 GG gehalten hat.

An dieser Auffassung des BVerfG ist einiges überdenkenswert. Erstens – man muss sich die Frage stellen, ob angesichts der Veränderung der tatsächlichen Gegebenheiten eine qualitative Begrenzung der Kassenarztzulassung nach wie vor an den Erkenntnissen des BVerfG aus dem Jahre 1960 zu messen ist.⁹⁹⁾

Zweitens – diese Problematik muss – so oder so – erneut unter dem Aspekt geprüft werden, dass andernfalls den Ärzten – und wohl nur dieser Berufsgruppe – ein grundgesetzliches Recht auf Arbeit zuerkannt wird, zu-

⁹⁵⁾ *Krauskopf*, aaO § 95 Rz 4–21.

⁹⁶⁾ Vgl. § 39 Ärzte-ZV.

⁹⁷⁾ §§ 95–98 SGB V.

⁹⁸⁾ ZB *Krauskopf*, aaO § 95 Rz 2 ohne jegliche Begründung; ebenso *Hencke* in *Peters*, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II – SGB V § 95 Rz 25 unter Hinweis auf die vom BVerfG als – seinerzeit – nicht zulässig erachtete Bedarfsprüfung, vgl. BVerfGE 11, 30 und 12, 144; ohne diesbezügliche Einschätzung der Rechtslage zB *Hauck/Haines*, SGB V, K. § 95; *Heinemann/Liebold*, Kassenarztrecht⁵ (1998) § 95, C 95-5.

⁹⁹⁾ Vgl. v. *Maydell/Pietzcker*, Begrenzung der Kassenarztzulassung (1993); *Schöbener/Schöbener*, SGB 1994, 211 ff, 207 ff.

mindest seinerzeit vom BVerfG zuerkannt worden ist, was nach ganz h.M. für alle anderen Berufe nicht gilt.

Drittens – die Frage, ob nach Maßgabe einer differenzierten Beurteilung der Eignung des Kassenarztbewerbers eine Zulassungsentscheidung getroffen werden darf, ist – soweit ersichtlich – bislang für die Ärzte nicht erörtert worden; hier dürfte ein gewisser Nachholbedarf bestehen.

(2) Zur differenzierten Bewertung der Zulassungsvoraussetzungen

Die derzeitige Kassenarztzulassung berücksichtigt zwar Kriterien der Eignung, verfährt dabei jedoch in einer Weise, die von der Indienstnahme eines Bewerbers in den öffentlichen Dienst, aber auch von der Anwerbung eines Mitarbeiters in der Privatwirtschaft und auf von der – privat- oder öffentlich-rechtlichen – Beauftragung eines Dritten mit der Erfüllung einer Pflicht des Dienstgebers merklich abweicht.

Durchweg wird offensichtlich davon ausgegangen, dass die berufsrechtlichen sowie sozialrechtlichen Anforderungen in lediglich minimalem Umfang als Zulassungskriterien zu verwenden sind. Das kommt – erstens – dadurch zum Ausdruck, dass hinsichtlich der Approbation sowie der Weiterbildung und der darauf beruhenden Facharztanerkennung nur die Vorlage der entsprechenden Zeugnisse verlangt wird und zugleich behauptet wird, dass diese Qualifikationsmerkmale im Zulassungsverfahren keine Kriterien der „Eignung“ seien.¹⁰⁰⁾

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang auch, dass die Fortbildung im Rahmen der Zulassungsentscheidung offenbar kein Thema im Sinne einer entscheidungserheblichen Voraussetzung ist, wenn man einmal von der Notwendigkeit absieht, dass der Bewerber eine Bescheinigung über die seit der Approbation ausgeübten ärztlichen Tätigkeiten vorzulegen hat.

(3) Die maßgeblichen sozialrechtlichen Zulassungsvoraussetzungen

Erörtert werden – als entscheidungserhebliche Kriterien – im Zulassungsverfahren offensichtlich nur die Voraussetzungen, die ausdrücklich als sog. Eignungsmerkmal in der Ärzte-ZV¹⁰¹⁾ bezeichnet sind. § 20 Ärzte-ZV nennt die sog. Hinderungsgründe; nach Abs 1 ist „für die Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit nicht geeignet der Arzt, der wegen eines Beschäftigungsverhältnisses oder wegen anderer nicht ehrenamtlicher Tätigkeit für die Versorgung der Versicherten persönlich nicht in erforderlichem Maße zur Verfügung steht“; und nach Abs 2 ist nicht geeignet, wer „eine ärztliche Tätigkeit ausübt, die ihrem Wesen nach mit der Tätigkeit des Vertragsarztes am Vertragsarztsitz nicht zu vereinbaren ist“.

¹⁰⁰⁾ ZB Wiegand, aaO § 95 Rz 14; ebenso wohl auch Hencke, aaO § 95 Rz 25–28.

¹⁰¹⁾ Gleichlautend und mit gleicher §§-Ziffer regelt diese Eignungsvoraussetzungen Zahnärzte-ZV; dieser Regelungskomplex ist als formelles Gesetz beschlossen (vgl. Art 9 Gesundheitsstrukturgesetz v. 21. 12. 1992, BGBl I 266) und wurde zuletzt durch Art 14 2. GKV-Neuordnungsgesetz v. 23. 6. 1997, BGBl I 1520, geändert.

§ 21 Ärzte-ZV regelt persönliche Eignungsvoraussetzungen i.e.S.; danach ist „ungeeignet für die Ausübung der Kassenpraxis ... ein Arzt mit geistigen oder sonstigen in der Person liegenden schwerwiegenden Mängeln, insbesondere ein Arzt, der innerhalb der letzten fünf Jahre vor seiner Antragstellung rauschgiftsüchtig oder trunksüchtig war“.

Zu den Zulassungsvoraussetzungen gibt es eine Reihe von gerichtlichen Entscheidungen. Eine Gemeinsamkeit ist dabei erkennbar: Nach Auffassung der Gerichte handelt es sich bei den Eignungskriterien der §§ 20, 21 Ärzte-ZV um unbestimmte Rechtsbegriffe, die offenbar einen – gerichtlich nicht überprüfbar – Beurteilungsspielraum nicht zulassen sollen; diese Rechtsauffassung korrespondiert in konsequenter Weise mit der Ansicht, dass dem geltenden Recht ein strikter Anspruch auf Zulassung zur Kassenarztstätigkeit zu entnehmen ist.

Das hat Konsequenzen für immerhin denkbare, differenzierte Auswahlmöglichkeiten der Krankenkassen im Hinblick auf ihre potentiellen Dienstnehmer: Eine solche Wahlmöglichkeit im Sinne einer echten Entscheidungsalternative besteht nicht, im übrigen auch nicht für die Kassenärztliche Vereinigung.

dd) Rechtsprechung zur Kassenarztzulassung (ohne Problematik der Bedarfsprüfung)¹⁰²⁾

(1) Rechtsprechung zu § 20 Abs 1 Ärzte-ZV

(a) Hinderungsgrund „(anderweitiges) Beschäftigungsverhältnis“

Zumeist wird eine hauptberufliche Tätigkeit im Anstellungs- oder Beamtenverhältnis zur Nichteignung für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit führen, zB die Tätigkeit des Chefarztes eines Krankenhauses, ein hauptberuflicher Betriebsarzt oder ein – vollzeitbeschäftigter – Arzt im öffentlichen Gesundheitswesen.¹⁰³⁾ Das Bundessozialgericht (BSG) stellt jedoch zutreffend auf den Einzelfall ab.¹⁰⁴⁾

Es wird gefordert, dass regelmäßig Sprechstunden abgehalten und Krankenbesuche gemacht werden und die Tätigkeit insgesamt eine kleine bis mittelgroße Praxis ergibt.¹⁰⁵⁾

Dass der Einsatz der vollen Arbeitskraft als Zulassungsvoraussetzung nicht gefordert werden kann, wird auch aus dem Wegfall der Verhältniszahl als Zulassungskriterium gefolgert.¹⁰⁶⁾ Konsequenterweise wird auf der Grund-

¹⁰²⁾ Vgl. auch Schlarmann/Buchner, Die Vertragsarztzulassung von Krankenhausärzten, NJW 1998, 3401.

¹⁰³⁾ Beispiele bei Hess, Kasseler Kommentar § 95 Rz 36.

¹⁰⁴⁾ BSGE 35, 247 – keine Präsenzpflcht eines Laborarztes; s. BSGE 26, 13 – beamteter Zahnarzt mit ausreichender Zeit für kassenärztliche Tätigkeit.

¹⁰⁵⁾ Wiegand, Kassenarztrecht² (1991) § 95 Rz 16.

¹⁰⁶⁾ So Hess, Kasseler Kommentar § 95 Rz 37 mit Hinweis auf BVerfGE 11, 30; dort auch weitere Einzelfälle aus der Rechtsprechung des BSG.

lage dieser Auffassung ein gewisses Umdenken angeregt angesichts der durch das GSG 1993 eingeführten verschärften Zulassungsbeschränkungen.¹⁰⁷⁾

Allerdings ist auch zu bemerken, dass die Indienstnahme von Krankenhausärzten im Rahmen der kassenärztlichen Tätigkeit speziell in § 116 SGB V geregelt ist und somit einer Ermächtigung nach Maßgabe dieser Regelung bedarf.

(b) Hinderungsgrund „andere (nicht ehrenamtliche) Tätigkeit“

Die Rechtsprechung hat diesen Hinderungsgrund anlässlich der Betreuung einer übermäßig großen Belegabteilung gesehen, die einer Zulassung als Kassenarzt entgegenstand.¹⁰⁸⁾

(2) Rechtsprechung zu § 20 Abs 2 Ärzte-ZV

Ein Hinderungsgrund für die Ausübung kassenärztlicher Tätigkeit ist eine Tätigkeit, die „ihrem Wesen nach mit der Tätigkeit eines Vertragsarztes am Vertragsarztsitz nicht zu vereinbaren ist“ (§ 20 Abs 2 Ärzte-ZV). Damit sollen „Interessenkollisionen im Interesse einer unbefangenen Patientenversorgung nach Möglichkeit ausgeschlossen werden“.¹⁰⁹⁾

Die Verbindung von betriebsärztlicher und kassenärztlicher Tätigkeit in den Räumen des Betriebes wird diesbezüglich als Zulassungshindernis betrachtet, da faktisch die rechtlich garantierte freie Arztwahl nicht mehr gewährleistet sei.¹¹⁰⁾

Anders wird die Sachlage bewertet, wenn der Arzt Räume und Inventar von Dritten, zB einem Krankenhausträger, einer Betriebsgesellschaft oder einem sog frei gemeinnützigen Träger der Dialyseversorgung zur Verfügung gestellt bekommen hat, solange die Berufstätigkeit in eigener Verantwortung ausgeführt wird und kein verdecktes Beschäftigungsverhältnis vorliegt.¹¹¹⁾

Eine Zusammenfassung der bisherigen BSG-Rechtsprechung zu § 20 Abs 2 und Abs 1 Ärzte-ZV findet sich in einer Entscheidung aus jüngster Zeit, in der einem Krankenhausarzt ohne patientenbezogene Tätigkeit¹¹²⁾ ein Recht auf Zulassung zugesprochen wurde. In dieser Entscheidung werden auch die aktuellen Probleme der Zulassung im Rahmen von job-sharing-Modellen angesprochen, bei denen der Arzt ebenfalls nicht seine ganze Arbeitskraft einsetzen muss.¹¹³⁾

¹⁰⁷⁾ So *Krauskopf*, aaO § 95 Rz 15, *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 41.

¹⁰⁸⁾ BayLSG DÄbl 1963, 2111, zit bei *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 40.

¹⁰⁹⁾ *Hencke*, aaO § 95 Rz 26.

¹¹⁰⁾ So *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 42; weitere Nachweise bei *Hencke*, aaO § 95 Rz 26; BSGE 76, 59, 61 – Miete von Räumen eines Krankenhauses; BSGE 80, 130, 132 ff – Betriebsarzt; vgl auch *Maaß*, Die Entwicklung des Vertragsarztrechts in den Jahren 1997 und 1998, NJW 1998, 3390, 3393.

¹¹¹⁾ *Hencke*, aaO § 95 Rz 26; *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 43 mit Hinweis auf die Rechtsprechung des BSG.

¹¹²⁾ BSG 5. 11. 1997, NZS 1998, 444 = NJW 1998, 3442 – Pathologie.

¹¹³⁾ BSG 5. 11. 1997, NZS 1998, 446 mit Hinweis auf § 101 Abs 1 Nr 4, Abs 3 SGB V idF d. 2. GKV-Neuordnungsgesetzes und die Gesetzesmaterialien.

(3) Rechtsprechung zu § 21

§ 21 Ärzte-ZV enthält die sog persönlichen Zulassungsvoraussetzungen bzw -hindernisse. Allgemein lässt sich dazu – mit den Worten des BSG – sagen, dass die in der Person des Arztes liegenden Mängel so beschaffen sein müssen, dass sie die Funktionsfähigkeit des Systems der vertragsärztlichen Versorgung gefährden können.¹¹⁴⁾

Weiterhin ist zu bedenken, dass die Versagung der Zulassung zwar keine Beschränkung der Berufswahl ist, ihr jedoch in der Wirkung nahe kommt,¹¹⁵⁾ so dass sie nur zum Schutze besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter unter sorgfältiger Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zulässig ist.¹¹⁶⁾

Zudem hat die Rechtsprechung den Zulassungsinstanzen bei der Auslegung des Begriffs „Eignung“ einen (gerichtlich nicht überprüfbar) Beurteilungsspielraum versagt.¹¹⁷⁾

Die einzelnen Eignungskriterien sollen nachfolgend lediglich genannt und mit Hinweisen auf die einschlägige Rechtsprechung versehen werden:

- Geistige Mängel
- Rauschgiftsucht/Trunksucht¹¹⁸⁾
- Sonstige in der Person liegende schwerwiegende Mängel
 - Erkrankung und Behinderung¹¹⁹⁾
 - Charakterliche Mängel¹²⁰⁾
- Zuverlässigkeit, allgemein
 - nach Entziehung der Zulassung¹²¹⁾
- Beherrschung der deutschen Sprache¹²²⁾
- Nicht-Beachtung des Gebotes der Wirtschaftlichkeit;¹²³⁾ möglicherweise ein Eignungskriterium, das für die Krankenkassen von besonderem praktischen Interesse ist.

c) Besondere Krankenversorgung

Die Zulassung berechtigt den Arzt zur Tätigkeit in dem gesamten ärztlichen Bereich, der Gegenstand der Zulassung ist. Allerdings können Kassenärzte aus dem Kreis der „normalen“ Kollegen gleichsam herausgehoben werden und zwar dadurch, dass sie über besondere Kenntnisse und Erfahrungen sowie uU zusätzlich auch über eine besondere apparative Ausstattung verfügen. Interessant ist, in welchen Fällen und unter welchen Voraussetzungen diese besonderen Kassenärzte – und infolgedessen wohl auch eine besondere Krankenversorgung – zugelassen sind und ob und in welcher Weise die Kran-

¹¹⁴⁾ BSGE 53, 291 mwN = SozR 5520 § 21 Nr 1.

¹¹⁵⁾ So bereits BVerfGE 11, 30, 41; BSGE 15, 177; 28, 80; 34, 252.

¹¹⁶⁾ Vgl BVerfGE 7, 377, LS 6 b.

¹¹⁷⁾ BSGE 53, 291 = SozR 5520 § 21 Nr 1.

¹¹⁸⁾ Vgl *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 49; *Hencke*, aaO 16 (§ 95 Rz 28).

¹¹⁹⁾ Vgl *Hencke*, aaO 16 (§ 95 Rz 28).

¹²⁰⁾ Vgl *Hencke*, aaO 16 (§ 95 Rz 28).

¹²¹⁾ Vgl *KassKomm-Hess* § 95 Rz 47.

¹²²⁾ Vgl *Hencke*, aaO § 95 Rz 29, S 17; *Wiegand*, § 95 Rz 14.

¹²³⁾ Vgl *Wiegand*, § 95 Rz 18.

kenkassen die diesbezüglichen Auswahlentscheidungen treffen oder doch zumindest daran mitwirken.

aa) Kassenärzte mit medizinisch-technischen Großgeräten

Als besondere Gruppe der Kassenärzte können die „Großgeräte-Mediziner“ betrachtet werden. Die diesbezüglichen Regelungen sind zweiseitig: Als persönliche Voraussetzung ist die Abrechnung ärztlicher Leistungen, die mit medizinisch-technischen Großgeräten erbracht werden, nur zulässig, wenn die entsprechende Qualifikation des Vertragsarztes gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung nachgewiesen ist und die apparativen Mindestvoraussetzungen nach § 135 Abs 2 SGB V¹²⁴⁾ erfüllt sind. Die diesbezügliche Entscheidung fällt somit allein in die Zuständigkeit der Kassenärztlichen Vereinigung.

Voraussetzung für die Abrechnung dieser Leistungen ist außerdem – und das ist die zweite Regelungsspur – „die Genehmigung nach § 122 Abs 5 SGB V zur Nutzung des Großgerätes am abgestimmten Standort“.¹²⁵⁾

Zur Einflussnahme der Krankenkassen insoweit ist folgendes zu sagen: Bis Ende Juni 1997 existierten entsprechende spezielle Bestimmungen, die sog. Großgeräte¹²⁶⁾ definierten und ihre Verfügbarkeit regelten. Die früheren Regelungen der RVO¹²⁷⁾ sind in § 122 SGB V weiterentwickelt worden; danach wurde ua für jedes Bundesland ein Großgeräteausschuss gebildet, bestehend aus Vertretern der Krankenhäuser, Krankenkassen und Kassenärzten in gleicher Zahl sowie einem Vertreter der zuständigen Landesbehörde;¹²⁸⁾ dieser Ausschuss sollte Abgrenzung, Bedarf und Standorte der medizinisch-technischen Großgeräte abstimmen; und das Ergebnis der Abstimmung sollte vom Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, in dem Krankenkassen und Kassenärzte in gleicher Anzahl vertreten sind,¹²⁹⁾ bei der Durchführung der Großgeräte-Richtlinien beachtet werden. Die Auswahlmöglichkeit hinsichtlich der „Großgeräte-Ärzte“ durch Krankenkassen ist damit in ihrer geringen Dimension ersichtlich.

Inzwischen ist diese Regelung ersatzlos aufgehoben worden;¹³⁰⁾ die Regelungen haben sich schlicht als nicht durchsetzbar erwiesen; der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Partner der Selbstverwaltung in der Zukunft andere Wege für den wirtschaftlichen Einsatz von Großgeräten finden, zB durch entsprechende Vergütungsregelungen,¹³¹⁾ also offenbar nicht durch eine an bestimmten Qualifikationsmerkmalen orientierte Personalentscheidung.

¹²⁴⁾ Vgl § 9 S 1 BMV-Ä sowie unten III.1.c)bb).

¹²⁵⁾ § 9 S 2 BMV-Ä.

¹²⁶⁾ ZB Computer-Tomographen, Kernspin-Tomographen, Herzkatheder-Meßplätze, Kreisbeschleuniger, vgl im einzelnen die Großgeräte-Richtlinien-Ärzte v 10. 12. 1985 (BAnz 1986/60, 3821, Beil Nr 60a 3).

¹²⁷⁾ Zuerst § 368n Abs 8 S 3 und 4 RVO.

¹²⁸⁾ § 122 Abs 3 SGB V.

¹²⁹⁾ Vgl § 90 Abs 2 SGB V.

¹³⁰⁾ Art 1 Nr 44 des 2. GKV-NOG v 23. 6. 1997, BGBl I 1520, 1528.

¹³¹⁾ Hencke, aaO § 122, m Hinweis auf die Begründung des RegEntw, BT-Dr 13/6087, 29.

bb) Besondere Zulassungsvoraussetzungen unter dem Gesichtspunkt der Qualitätssicherung

Mit der Einführung der Regelungen zur „Sicherung der Qualität der Leistungserbringung“¹³²⁾ sind besondere Voraussetzungen für die ärztliche Tätigkeit von Kassenärzten geregelt worden; damit sind der Sache nach zwei neue Gruppen von Kassenärzten geschaffen worden, nämlich die Gruppe, die sog. „Neue Untersuchungs- und Behandlungsmethoden“ (zu Lasten der Krankenkassen) erbringen dürfen,¹³³⁾ und die Gruppe, die entweder wegen der Anforderungen an die Ausführung der Leistungen oder auch wegen der Neuheit des Verfahrens über „besondere Kenntnisse und Erfahrungen“ also eines besonderen „Fachkundenachweises“ sowie einer „besonderen Praxisausstattung oder weiteren Anforderungen an die Strukturqualität“ bedürfen.¹³⁴⁾

(1) Untergesetzliche Rechtsgrundlagen zu § 135 Abs 2 SGB V

Die Rechtsgrundlagen für die Tätigkeit dieser beiden Arztgruppen, denen bestimmte ärztliche Maßnahmen vorbehalten sind, werden auf untergesetzlicher Ebene wie folgt – und zwar in unterschiedlicher Weise – geregelt: Die ärztlichen Untersuchungsmethoden, die einer besonderen Fachkunde entsprechend § 135 Abs 2 SGB V bedürfen, werden von den Vertragspartner des Bundesmantelvertrages-Ärzte (BMV-Ä)¹³⁵⁾ vereinbart, wobei diese zusätzlichen Qualifikationserfordernisse rechtstechnisch als Anlagen zum BMV-Ä gestaltet sind.¹³⁶⁾

Ein Beispiel hierfür ist die Kernspintomographie-Vereinbarung.¹³⁷⁾ Als weiteres Beispiel sei die Arthroskopie-Vereinbarung genannt,¹³⁸⁾ in der in gleicher Weise persönliche und apparative Qualitätsvoraussetzungen vereinbart sind.¹³⁹⁾

¹³²⁾ §§ 135–139 SGB V; vgl auch §§ 11, 12, 16 S 3 BMV-Ä.

¹³³⁾ § 135 Abs 1, insb S 1 Nr 2 SGB V.

¹³⁴⁾ § 135 Abs 2 SGB V.

¹³⁵⁾ V 19. 12. 1994, zuletzt geändert mW ab 1. 4. 1997/DÄbl H 13 v 28. 3. 1997, C-646.

¹³⁶⁾ So § 11 Abs 1 BMV-Ä.

¹³⁷⁾ „Qualifikationsvoraussetzungen gemäß § 135 Abs 2 SGB V zur Durchführung von Untersuchungen in der Kernspintomographie (Kernspintomographie-Vereinbarung) v 10. 2. 1993, zuletzt geändert durch Vereinbarung v 20. 11. 1995 (DÄbl H 49 v 8. 12. 1995, S B-2490) – mit ihren besonderen „Anforderungen an die fachliche Befähigung“ (in § 4) und „... an die apparative Ausstattung“ (in § 5).

¹³⁸⁾ „Qualifikationsvoraussetzungen gemäß § 135 Abs 2 SGB V zur Ausführung und Abrechnung arthroskopischer Leistungen (Arthroskopie-Vereinbarung) v 8. 9. 1994 (DÄbl H 39 v 30. 9. 1994 S A-2596).“

¹³⁹⁾ Weitere Beispiele: Die Ultraschall-Vereinbarung v 10. 2. 1993, zuletzt geändert durch Vereinbarung im Jahre 1996 (DÄbl H 26 v 28. 6. 1996, C-1259); die Vereinbarung zur Strahlendiagnostik und -therapie v 10. 2. 1993, zuletzt geändert durch Vereinbarung v 20. 11. 1995 (Dt Ärzteblatt, H 49 v 8. 12. 1995, B-2491); der Sache nach gehört in diesen Zusammenhang auch die „Vereinbarung von Qualitätssicherungsmaßnahmen beim ambulanten Operieren gem § 14 des Vertrages nach § 115b Abs 1 SGB V“ v 13. 6. 1994, zuletzt geändert durch Vereinbarung mW ab 1. 1. 1996

Hinsichtlich der Auswahl der Ärzte, die wegen ihrer besonderen Qualifikationsvoraussetzungen zu entsprechenden ärztlichen Maßnahmen privilegiert sind, steht den Krankenkassen insoweit eine mittelbare Einflussnahme zu, als sie – allerdings nur vertreten durch ihre Bundesverbände – gemeinsam mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung¹⁴⁰⁾ die einschlägigen Kriterien vereinbaren.

(2) Auswahl der Ärzte zu Art 135 Abs 2 SGB V

Interessant dürfte für die Krankenkassen die Frage sein, welche Ärzte diese Voraussetzungen erfüllen und wer die Entscheidung über eine entsprechend privilegierte Tätigkeit als besonderer Leistungserbringer der Krankenkassen trifft. Der Sache nach handelt es sich um eine zweite Zulassungsentscheidung, die auf der ersten – allgemeinen – Zulassungsentscheidung gleichsam aufbaut. Somit wäre es naheliegend und in gewisser Weise wohl auch systemgerecht, auch hierfür die Zulassungsausschüsse zuständig zu machen.¹⁴¹⁾

Dies ist jedoch nicht geschehen; die Krankenkassen sind an dieser Auswahlentscheidung und einem diesbezüglichen Verfahren nicht beteiligt. Vielmehr ist eine Genehmigungspflicht und ein Genehmigungsverfahren vorgesehen, das von der jeweiligen Kassenärztlichen Vereinigung in alleiniger Verantwortung durchgeführt wird; bei Vorliegen der besonderen Qualifikationsvoraussetzungen (hinsichtlich fachlicher Befähigung und apparativer Ausstattung) wird den Bewerbern ein Anspruch auf Genehmigung, also praktisch auf eine spezielle Zulassung, eingeräumt; diese Genehmigung wird von der Kassenärztlichen Vereinigung erteilt. Das Ergebnis wird den Krankenkassen mitgeteilt.¹⁴²⁾

(3) Untergesetzliche Rechtsgrundlagen zu § 135 Abs 1 SGB V

In ähnlicher Weise wird im Hinblick auf die Ärzte verfahren, die zu „Neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden“ berechtigt werden.¹⁴³⁾ Es gibt jedoch deutliche Unterschiede. Der erste Unterschied besteht hinsichtlich des Gremiums, das die in § 135 Abs 1 S 1 Nr 2 SGB V ua geforderte „notwendige Qualifikation der Ärzte, die apparativen Anforderungen“ festlegt; in diesen Angelegenheiten ist der „Bundesausschuss der Ärzte und Krankenkassen“ zuständig,¹⁴⁴⁾ in dem die Krankenkassen durch ihre Bundesverbände vertreten

(DÄbI H 51/52 v 25. 12. 1995, B-2612), die den Anforderungen des § 115b Abs 1 S 1 Nr 2 SGB I folgt.

¹⁴⁰⁾ Bei Verträgen gem § 115b SGB V zusätzlich auch mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft oder den Bundesverbänden der Krankenträger, vgl § 115b Abs 1 S 1 SGB V.

¹⁴¹⁾ Die diesbezüglichen berufsrechtlichen Probleme einschließlich der verfassungsrechtlichen Zuständigkeiten sollen hier nicht erörtert werden.

¹⁴²⁾ § 11 Abs 5 S 2 BMV-Ä.

¹⁴³⁾ Gem § 135 Abs 1 SGB V; diesen Eindruck vermittelt auch § 11 Abs 2 BMV-Ä.

¹⁴⁴⁾ Gem § 91 SGB V.

sind, und zwar in gleicher Anzahl wie die Vertreter der Kassenärztlichen Bundesvereinigung.¹⁴⁵⁾

Weiterhin ist bemerkenswert, dass diese Qualifikationsanforderungen in Form von Richtlinien¹⁴⁶⁾ festgelegt werden; allerdings ist die Bindungswirkung zugleich insoweit beschränkt, als lediglich „Empfehlungen“ abgegeben werden.¹⁴⁷⁾

(4) Auswahl der Ärzte zu § 135 Abs 1 SGB V

Die Entscheidung, welche Ärzte über die besondere Qualifikationsvoraussetzungen verfügen und demnach als insoweit „berechtigte Ärzte“¹⁴⁸⁾ tätig werden dürfen, hängt wiederum von einer Genehmigung ab, die bei der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung beantragt und ggf¹⁴⁹⁾ auch von dieser erteilt wird.¹⁵⁰⁾

Eine gewisse Beteiligung der Krankenkassen ist im Hinblick auf Methadon-Substitutionsbehandlungen vorgesehen: Hierfür wird eine sechs- bis siebenköpfige Beratungskommission eingesetzt, wobei zwei Mitglieder von den Landesverbänden der Krankenkassen und ein Mitglied von den Verbänden der Ersatzkassen bestimmt wird.¹⁵¹⁾ Diese Kommission hat allerdings nur Beratungsfunktion; und ihre Inanspruchnahme durch die Kassenärztliche Vereinigung steht außerdem in deren Ermessen, soweit es um die Erteilung der grundsätzlichen Genehmigung zur Substitutionsbehandlung geht.

Diese Beratungskommission – und in dem damit gegebenen Rahmen auch die Krankenkassen – haben einen stärkeren Einfluss auf die Tätigkeit der berechtigten Ärzte hinsichtlich der Frage, ob von einem Arzt mehr als zehn Kranke gleichzeitig behandelt werden dürfen; diese Entscheidung trifft zwar auch die Kassenärztliche Vereinigung; die diesbezügliche Beratung durch die Kommission soll aber offenbar obligatorisch sein.¹⁵²⁾

Gleiches gilt im übrigen auch für gewisse Indikationen zur Substitutionsbehandlung, bei denen der berechtigte Arzt zusätzlich, also für die

¹⁴⁵⁾ Je neun Vertreter, zuzüglich drei unparteiische Vertreter, darunter der Vorsitzende.

¹⁴⁶⁾ Gem § 92 Abs 1 S 2 Nr 5 SGB V; diese sind Bestandteil des BMV-Ä, vgl § 92 Abs 8 SGB V; zum Normcharakter von Richtlinien vgl BSG v 20. 3. 1996, Nachweise bei Hencke, aaO § 92 Rz 34 sowie Hess, Kasseler Kommentar § 92 Rz 4 mwN.

¹⁴⁷⁾ Zur Rechtsnatur und Verbindlichkeit der Richtlinien vgl Hencke, aaO § 92 Rz 34–36 sowie Hess, Kasseler Kommentar § 92 Rz 4, wobei allerdings die „Empfehlung“ nicht besonders berücksichtigt wird.

¹⁴⁸⁾ Vgl NUB-Richtlinien 1.3, 2.4 und 2.8.

¹⁴⁹⁾ Ob ein Anspruch auf Erteilung einer solchen Genehmigung besteht, ist nicht klar.

¹⁵⁰⁾ Vgl NUB-Richtlinien 1.1 (für die LDL-Elimination), 2.8 (für die Methadon-Substitutionsbehandlung bei iv-Heroinabhängigen), 3.1 (für die Diagnostik und Therapie der Schlafapnoe).

¹⁵¹⁾ Drei Mitglieder stellt die Kassenärztliche Vereinigung, das fakultative siebente Mitglied soll ein Arzt aus dem öffentlichen Gesundheitswesen sein, vgl NUB-Richtlinien 2.7.

¹⁵²⁾ NUB-Richtlinien 2.9 und 2.10.

einzelne Behandlung, die Zustimmung der Kassenärztlichen Vereinigung benötigt, in diesen Fällen wiederum mit obligater Mitwirkung der Beratungskommission.¹⁵³⁾

cc) Zulassung als bescheinigungsberechtigte Impfstelle

Weitere Sonderfunktionsbereiche ärztlicher Tätigkeit und entsprechende besondere Zulassungen sind denkbar. Dabei muss es sich nicht um Zulassungen handeln, mit denen die kassenärztliche Zulassung gleichsam ergänzt wird.

Ein Beispiel hierfür ist die – vom Tätigkeitsbereich her – enge Befugnis, internationale Bescheinigungen über Impfungen gegen Gelbfieber auszustellen. Für die Voraussetzungen (und das Verfahren) der Zulassung gibt es keine gesetzlichen Grundlagen.¹⁵⁴⁾ Die Entscheidung ist insoweit dem pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen (staatlichen) Behörde, insb unter Beachtung des Art 12 Abs 1 GG¹⁵⁵⁾ anheimgestellt.

d) Ermächtigte Ärzte

aa) Allgemeines

Über den Kreis der zugelassenen Kassenärzte hinaus können andere Ärzte oder ärztlich geleitete Einrichtungen im Wege der „Ermächtigung“ an der vertragsärztlichen Versorgung beteiligt werden.¹⁵⁶⁾ Im Prinzip handelt es sich dabei um eine Art von Zulassung, die nach Dauer und Umfang eingeschränkt ist und – rechtstechnisch betrachtet – damit nur unter zusätzlichen einschränkenden Voraussetzungen erteilt wird.

In dem hier zu erörternden Zusammenhang ist zu bemerken, dass die diesbezüglichen materiell-rechtlichen Voraussetzungen eine bestehende oder unmittelbar drohende Unterversorgung fordern, die abzuwenden ist, oder dass ein begrenzter Personenkreis zu versorgen ist, zB Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation oder Beschäftigte eines abgelegenen oder vorübergehenden Betriebes;¹⁵⁷⁾ zuständig für die Entscheidung ist der Zulassungsausschuss.

Außerdem können fachlich besonders qualifizierte Krankenhausärzte mit Facharztanerkennung ermächtigt werden; zuständig ist wiederum der Zulas-

¹⁵³⁾ Benötigt wird in diesen Fällen eine „Empfehlung“, vgl NUB-Richtlinien 2.3, 2.5.

¹⁵⁴⁾ Vgl Art 67 Abs 4 der Internationalen Gesundheitsvorschriften – IGV – idFv 10. 4. 1975 (BGBl II 456, 484) sowie das dazugehörige Transformationsgesetz v 1. 7. 1991 (BGBl II 685).

¹⁵⁵⁾ Vgl BVerwG 29. 10. 1997, DVBl 1998, 531 mit zahlreichen Nachweisen auf die Rechtsprechung des BVerwG und des BVerfG.

¹⁵⁶⁾ Vgl § 95 Abs 1 SGB V, §§ 31 und 31a Ärzte-ZV, § 4 Abs 1 BMV-Ä sowie Funk in Schulin (Hrsg), Handbuch des Sozialversicherungsrechts I, Krankenversicherung (1994) § 32 Rz 78 ff; vgl auch bereits BVerfGE 16, 286 – Kein Rechtsanspruch leitender Krankenhausärzte auf Beteiligung an der kassenärztlichen Versorgung.

¹⁵⁷⁾ § 31 Abs 1 BMV-Ä.

sungsausschuss – in diesem Fall ist außerdem die Zustimmung des Krankenhausträgers nötig. Kein Ermessen ist bei der diesbezüglichen Entscheidung gegeben, „soweit und solange eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnisse“ dieser Krankenhausärzte nicht sichergestellt wird.¹⁵⁸⁾

Somit gilt für die Einflussmöglichkeit der Krankenkassen auf diese Auswahlentscheidungen grundsätzlich das Gleiche wie hinsichtlich der Zulassung von Kassenärzten.

Allerdings ist folgendes zu bedenken: Soweit es sich um Ärzte in Krankenhäusern handelt, trifft der über die Ermächtigung entscheidende Zulassungsausschuss auf Bewerber, die in der Regel wohl bereits ein Auswahlverfahren durchlaufen haben, nämlich das, was zu ihrer Anstellung an dem betreffenden Krankenhaus geführt hat; es darf vermutet werden, dass dabei zumeist auch Gesichtspunkte einer unterschiedlichen persönlichen Qualifikation¹⁵⁹⁾ eine Rolle gespielt haben.

Für sonstige „weitere“ Ärzte, die nicht in einem Krankenhaus oder einer sog ärztlich geleiteten Einrichtung tätig sind, zB für einen Dialysearzt,¹⁶⁰⁾ gelten diese Erwägungen nicht.

bb) Besondere Ermächtigungen

Folgende Besonderheiten sind bei der Ermächtigung zu bemerken:

(1) Fälle des § 5 Abs 2 BMV-Ä

Erstens: Offenbar ohne Prüfung eines Bedürfnisses können Ärzte (sowie auch ärztliche Einrichtungen) für bestimmte Leistungsbereiche eine Ermächtigung erhalten, nämlich für die zytologische Diagnostik von Krebserkrankungen und ambulante Untersuchungen und Beratungen zur Planung der Geburtshilfe im Rahmen der Mutterschaftsvorsorge;¹⁶¹⁾ für diese Ermessensentscheidung sind die Zulassungsausschüsse zuständig.

(2) Fälle des § 5 Abs 1 BMV-Ä

Zweitens: Auch ohne das Vorliegen einer bestehenden oder unmittelbar drohenden Unterversorgung können Ärzte (ausnahmsweise auch ärztlich geleitete Einrichtungen) zur Durchführung bestimmter Leistungen auf der Grundlage des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM)¹⁶²⁾ ermächtigt werden, „wenn dies zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung erforderlich ist“.¹⁶³⁾ Die Entscheidungen treffen die Kassenärztlichen Vereini-

¹⁵⁸⁾ § 31a Abs 1 S 2 BMV-Ä.

¹⁵⁹⁾ Nachgewiesen durch Zeugnisse oder Einstellungstests, zB auch durch Kolloquien.

¹⁶⁰⁾ Vgl § 5a BMV-Ä.

¹⁶¹⁾ § 5 Abs 2 Ziff 1 und 2 BMV-Ä, auf der Grundlage von § 31 Abs 2 Ärzte-ZV.

¹⁶²⁾ Vgl § 87 SGB V.

¹⁶³⁾ § 5 Abs 1 BMV-Ä, auf der Grundlage von § 31 Abs 2 Ärzte-ZV.

gungen, wobei Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen herzustellen ist.

(3) Fälle des § 31 Abs 3 Ärzte-ZV

Drittens: Bei bestehender oder unmittelbar drohender Unterversorgung können auch Ärzte ohne deutsche Approbation zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt werden, soweit ihnen von der zuständigen deutschen Behörde eine Erlaubnis zur vorübergehenden Ausübung des ärztlichen Berufs erteilt worden ist; hierfür zuständig sind wiederum allein die Kassenärztlichen Vereinigungen, also ohne Mitwirkung der Krankenkassen.¹⁶⁴⁾

(4) Fälle des § 8 BMV-Ä / § 31 Abs 5 Ärzte-ZV

Viertens: Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang auch auf die Ermächtigung von Ärzten aus Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (EU) zur vorübergehenden Erbringung von Dienstleistungen, also ohne Begründung einer Niederlassung in der Bundesrepublik Deutschland;¹⁶⁵⁾ zuständig sind insoweit die Zulassungsausschüsse.

(5) Fachwissenschaftler der Medizin

Fünftens: Eine verhältnismäßig subtile Regelung wird für die sog Fachwissenschaftler der Medizin getroffen, die in der DDR ausgebildet worden sind und mit Erfolg eine Weiterbildung nach den Maßstäben des postgradualen Studiums entsprechend dem Recht der neuen Bundesländer absolviert haben.

Diese Ermächtigung, die unbefristet erteilt werden darf, wird von der Kassenärztlichen Vereinigung ausgesprochen, hier wiederum im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen.¹⁶⁶⁾

e) § 121a SGB V-Ärzte

Zu einer besonderen Gruppe von Ärzten kann man auch diejenigen Mediziner zählen, die „Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft“¹⁶⁷⁾ erbringen dürfen; es kann sich dabei um Vertragsärzte („Kassenärzte“), ermächtigte Ärzte, ermächtigte ärztlich geleitete Einrichtungen oder zugelassene Krankenhäuser handeln.¹⁶⁸⁾

Diese Ärzte bedürfen für diese Tätigkeit einer Genehmigung, auf deren Erteilung im übrigen nach dem eindeutigen, ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers ein Anspruch nicht besteht; vielmehr kann durchaus die Notwendigkeit einer „Auswahl zwischen mehreren geeigneten Bewerbern“ gege-

¹⁶⁴⁾ § 31 Abs 3 Ärzte-ZV.

¹⁶⁵⁾ Vgl § 31 Abs 5 Ärzte-ZV, konkretisiert in § 8 BMV-Ä.

¹⁶⁶⁾ § 7 BMV-Ä.

¹⁶⁷⁾ Vgl § 27a Abs 1 SGB V.

¹⁶⁸⁾ § 121a Abs 1 SGB V.

ben sein, die nach dem Grundsatz der besten Eignung zu erfolgen hat¹⁶⁹⁾. Diese Genehmigung wird von der – nach Landesrecht zu bestimmenden – „zuständigen Behörde“ erteilt; das kann eine staatliche Behörde sein; zulässig ist aber auch die Übertragung dieser Befugnis auf die Ärztekammer oder die Kassenärztliche Vereinigung.¹⁷⁰⁾ In Bayern beispielsweise ist diese Behörde das Staatsministerium für Arbeit, Familie und Sozialordnung.¹⁷¹⁾

Somit lässt sich eine Auswahlentscheidung auch in einem derartigen Verfahren vornehmen, also ohne eine Beteiligung der Krankenkassen, uU auch ohne Mitwirkung der Kassenärztlichen Vereinigung.

f) Belegärzte

Auch die Belegärzte können als besondere Arztgruppe und zwar wiederum innerhalb der Kassenärzte bezeichnet werden; im Sinn des SGB V sind das nicht am Krankenhaus angestellte Vertragsärzte, die berechtigt sind, ihre Patienten (Belegpatienten) im Krankenhaus unter Inanspruchnahme der hierfür bereitgestellten Dienste, Einrichtungen und Mittel vollstationär oder teilstationär zu behandeln, ohne hierfür vom Krankenhaus eine Vergütung zu erhalten.¹⁷²⁾

Die Förderung des kooperativen Belegarztwesens durch Krankenkassen, Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenhäuser zur Gewährleistung einer nahtlos ineinandergreifenden ambulanten und stationären Versorgung ist eines der erklärten Ziele diesbezüglicher dreiseitiger Verträge.¹⁷³⁾ Derartige Verträge existieren zZ in Bayern und Hessen.¹⁷⁴⁾

Im Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä) ist die belegärztliche Behandlung unter dem Gesichtspunkt einer weiteren Form der „stationären vertragsärztlichen Behandlung“ geregelt.¹⁷⁵⁾ Die Belegarztstätigkeit ist nur unter bestimmten Voraussetzungen zulässig: Aus der Sicht des Krankenhauses ist erforderlich, dass (an dem betreffenden Krankenhaus) eine Belegarztabteilung der entsprechenden Fachrichtung nach Maßgabe der Gebietsbezeichnung der Weiterbildungsordnung und in Übereinstimmung mit dem Krankenhausplan (oder mit dem Versorgungsvertrag) eingerichtet ist; außerdem muss der Praxissitz des Vertragsarztes im Einzugsbereich dieser Belegabteilung liegen.¹⁷⁶⁾

Vor allem bedarf es einer „Anerkennung als Belegarzt“; diese Entscheidung trifft die Kassenärztliche Vereinigung, und zwar „im Einvernehmen mit allen Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen.“¹⁷⁷⁾

¹⁶⁹⁾ § 121a Abs 3 SGB V.

¹⁷⁰⁾ Hencke, aaO § 121a Rz 6.

¹⁷¹⁾ § 2 (Bay) VO über die Übertragung von Aufgaben auf dem Gebiet der Sozialversicherung v 20. 10. 1992 (GVBl 532).

¹⁷²⁾ Legaldefinition in § 121 Abs 2 SGB V.

¹⁷³⁾ Vgl § 115 Abs 1 und insb Abs 2 Nr 1 SGB V.

¹⁷⁴⁾ Hess, Kasseler Kommentar § 115 Rz 12.

¹⁷⁵⁾ Vgl §§ 2 Abs 2 Nr 1, 38–41 BMV-Ä.

¹⁷⁶⁾ § 40 Abs 2 BMV-Ä.

¹⁷⁷⁾ § 40 Abs 2 BMV-Ä.

g) Vereinbarung mit Leistungserbringern bei Modellvorhaben

Die Krankenkassen treten in Beziehung zu den Leistungserbringern auch im Rahmen von Modellvorhaben zur „Weiterentwicklung der Versorgung“,¹⁷⁸⁾ so dass auch insoweit an Auswahlentscheidungen im Hinblick auf diejenigen Ärzte zu denken ist, die in derartige Vorhaben einbezogen werden. Die für die Vereinbarungen mit Leistungserbringern maßgebliche Regelung nennt zunächst die „ärztliche Behandlung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung“; diesbezüglich dürfen Vereinbarungen nur mit den Kassenärztlichen Vereinigungen oder mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung geschlossen werden.¹⁷⁹⁾

„Im übrigen“ (also insoweit, als es nicht um ärztliche Behandlung geht) können die Krankenkassen und ihre Verbände direkt mit den (für die Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung zugelassenen) Leistungserbringern oder Gruppen von Leistungserbringern Vereinbarungen über die Durchführung von Modellvorhaben (nach § 63 Abs 1 und 2 SGB V) schließen. Damit ist der Weg eröffnet zu entsprechenden Verträgen zB über Maßnahmen zur Früherkennung von Krankheiten, ärztliche Betreuung bei Schwangerschaft und Mutterschaft oder medizinische Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft.¹⁸⁰⁾

Hinsichtlich der ärztlichen Versorgung werden diesbezügliche Verträge aller Wahrscheinlichkeit nach eine alleinige Zuständigkeit der Krankenkassen (oder ihrer Verbände) bei der Auswahl der teilnehmenden Ärzte eher nicht vorsehen.

Hinsichtlich der übrigen Versorgungsmaßnahmen können die Krankenkassen (und ihre Verbände) sich sowohl die Vertragspartner als auch die Teilnahme an den Modellvorhaben autonom auswählen, sind dabei allerdings auf die zugelassenen Leistungserbringer beschränkt.¹⁸¹⁾

h) Auswahlmöglichkeiten der Krankenkassen im Hinblick auf Krankenhausärzte

Ärztliche Dienstnehmer der Krankenkassen sind in gewisser Weise auch diejenigen Ärzte, die im Krankenhaus¹⁸²⁾ die Versicherten versorgen; diese Feststellung gilt selbstverständlich nicht im unmittelbaren, dienst- oder arbeitsrechtlichen Sinne, trifft jedoch unter funktionaler und bei wirtschaftlich-finanzieller Betrachtungsweise zu. Somit könnten die Krankenkassen ua auch hinsichtlich des ärztlichen Personals an Krankenhäusern ein Interesse an diesbezüglichen Auswahlentscheidungen haben. Aus dem geltenden Recht ergibt sich dazu Folgendes:

¹⁷⁸⁾ Vgl §§ 63–68 SGB V.

¹⁷⁹⁾ § 64 Abs 1 S 1 SGB V.

¹⁸⁰⁾ So zutreffend *Hess*, Kasseler Kommentar § 64 Rz 3 unter systematischer Betrachtungsweise, mit Blick auf § 73 Abs 2 SGB V.

¹⁸¹⁾ Krauskopf, aaO § 64 Rz 2.

¹⁸²⁾ Legaldefinition des Krankenhauses in § 107 Abs 1 SGB V.

Die Beziehungen der Krankenkassen zu den Krankenhäusern kommen an sich durch Verträge der Landesverbände der Krankenkassen und der Verbände der Ersatzkassen zustande; allerdings wird in zwei nicht unwesentlichen Fällen der Abschluss eines derartigen Versorgungsvertrages fingiert, nämlich hinsichtlich der Hochschulkliniken (im Sinne des Hochschulbauförderungsgesetzes)¹⁸³⁾ und der sog Plankrankenhäuser, also derjenigen Krankenhäuser, die in den Krankenhausbedarfsplan eines Landes aufgenommen sind.¹⁸⁴⁾

aa) Einfluss auf die Personalentscheidungen bei Hochschulkrankenhäusern und -kliniken

Soweit ersichtlich haben die Krankenkassen keine Mitwirkungsmöglichkeit bei der Auswahl des ärztlichen Personals in Hochschulkliniken oder -krankenhäusern.¹⁸⁵⁾

bb) Einfluss auf die personelle Besetzung der Plankrankenhäuser

Die Aufnahme eines Krankenhauses in den Krankenhausbedarfsplan ist bundes- und landesrechtlich geregelt. Die Mitwirkung der Krankenkassen ist insoweit vorgesehen, als bei der Krankenhausplanung „eivernehmliche Regelungen mit den unmittelbar Beteiligten anzustreben sind“;¹⁸⁶⁾ so ist bei der Frage der Förderung des Einvernehmens ua mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Krankenkasse „anzustreben“;¹⁸⁷⁾ das wird durch das Krankenhausrecht der Länder bestätigt,¹⁸⁸⁾ das auch entsprechende Gremien zur Mitwirkung vorsieht.¹⁸⁹⁾ Diese Einflussmöglichkeit dürfte in der Regel jedoch nicht in eine Auswahlentscheidung von Ärzten oder Arztgruppen eines Krankenhauses durchschlagen.

cc) Einflussmöglichkeit bei Krankenhäusern mit Versorgungsvertrag

Bei Krankenhäusern, mit denen ein Versorgungsvertrag abgeschlossen worden ist,¹⁹⁰⁾ scheint eine mittelbare Einflussnahme auf personelle Entsch-

¹⁸³⁾ Vgl dazu *Hess*, Kasseler Kommentar § 108 Rz 2.

¹⁸⁴⁾ Das richtet sich nach § 8 KHG (Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze – Krankenhausfinanzierungsgesetz) idFd Bek v 10. 4. 1991, zuletzt geändert durch Art 8 2. GKV-Neuordnungsgesetz v 23. 6. 1997 (BGBl I 1520).

¹⁸⁵⁾ Gleichgültig, ob diese in den (Landes-)Krankenhausbedarfsplan aufgenommen sind, vgl zu letzterem *Hess*, Kasseler Kommentar § 108 Rz 2.

¹⁸⁶⁾ § 7 Abs 1 S 2 KHG.

¹⁸⁷⁾ § 8 Abs 2 2. HS KHG.

¹⁸⁸⁾ Vgl zB § 7 Abs 2 BayKrG idFd Bek v 11. 9. 1990, zuletzt geändert durch § 4 G v 24. 7. 1997 (GVBl 424).

¹⁸⁹⁾ Vgl zB den Bayerischen Krankenhausplanungsausschuss gem § 7 Abs 1 BayKrG, in dem die Landesverbände der Krankenkassen und Verbände der Ersatzkassen als „Arbeitsgemeinschaft der bayerischen Krankenkassenverbände“ vertreten ist.

¹⁹⁰⁾ Vgl § 108 Z 3, 109 SGB V.

dungen nicht ausgeschlossen zu sein, zB im Zusammenhang mit dem Abschluss eines solchen Vertrages.

Bemerkenswert bei der gesetzlichen Regelung ist, dass ein Anspruch auf Abschluss eines Versorgungsvertrages und damit ein Anspruch auf Zulassung eines Krankenhauses zur Versorgung der Versicherten mit Leistungen gem § 27 Abs 1 Ziff 5 SGB V (Krankenhausbehandlung) – mag dieses auch durchaus geeignet sein – gesetzlich ausdrücklich ausgeschlossen ist.¹⁹¹⁾ Das Gesetz geht vielmehr davon aus, dass „zwischen mehreren geeigneten Krankenhäusern, die sich um den Abschluss eines Versorgungsvertrages bewerben“, die Krankenkassen notwendigerweise eine Auswahl treffen müssen, die „unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen“ zu treffen ist mit dem Ziel einer möglichst („am besten“) bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung.¹⁹²⁾ Dabei muss sicherlich auch die Qualität des ärztlichen Personals Berücksichtigung finden.

Allerdings muss man wohl auch sehen, dass solche Versorgungsverträge zusätzlich Krankenhäuser in die Versorgung der Versicherten einbeziehen, also über die Krankenhäuser des Krankenhausbedarfsplans hinaus, und die Kassen entsprechend finanziell belastet werden; deshalb werden Abschluss (und Ablehnung) des Versorgungsvertrages erst mit Genehmigung der zuständigen (staatlichen) Landesbehörde¹⁹³⁾ wirksam, so dass die Möglichkeit der Krankenkassen, mittelbare Personalauswahl zu betreiben, quantitativ gering bleiben wird.

i) Auswahlmöglichkeiten der Krankenkassen im Hinblick auf Ärzte bei sonstigen Einrichtungen

Im Hinblick auf die personellen Auswahlentscheidungen bei sonstigen Einrichtungen, die für die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung tätig werden, also Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen,¹⁹⁴⁾ aber auch Polikliniken im Sinne von „poliklinischen Institutsambulanzen der Hochschulen“¹⁹⁵⁾ sowie die unter ärztlicher Leitung stehenden „psychiatrischen Institutsambulanzen“ und „sozialpädiatrischen Zentren“,¹⁹⁶⁾ gilt an sich im wesentlichen das, was zu den Krankenhäusern festgestellt wurde. Hinzu kommt jedoch in den Fällen der Polikliniken und der psychiatrischen Krankenhäuser, dass diese vom Zulassungsausschuss ermächtigt werden müssen,¹⁹⁷⁾ so dass personelle Auswahlkriterien letztlich überflüssig sind; im Hinblick auf sozialpädia-

¹⁹¹⁾ § 109 Abs 2 S 1 SGB V.

¹⁹²⁾ § 109 Abs 2 S 2 SGB V.

¹⁹³⁾ ZB in Bayern das Staatsministerium für Arbeit und Sozialordnung: § 6 Abs 2 BayKrG.

¹⁹⁴⁾ Vgl §§ 107 Abs 2, 111, 111a SGB V; vgl zur Abgrenzung dieser Einrichtungen zu Krankenhäusern sowie zu Problemen der Bedarfsplanung BSG 19. 11. 1997, NZS 1998, 429.

¹⁹⁵⁾ § 117 SGB V.

¹⁹⁶⁾ §§ 118, 119 SGB V.

¹⁹⁷⁾ Vgl §§ 117 und 118 SGB V, jeweils Abs 1 S 1.

trische Zentren besteht ein Anspruch auf Ermächtigung nur bei entsprechendem Bedarf; Gleiches gilt im übrigen für den Rechtsanspruch auf Ermächtigung psychiatrischer Abteilungen.¹⁹⁸⁾

2. Auswahlentscheidung hinsichtlich der im Medizinischen Dienst, im Sozialmedizinischen Dienst sowie im ärztlichen Dienst tätigen Ärzte

Mit dem Gesetz über den Aufbau der Sozialversicherung v 5. 7. 1934 – also im Rahmen der Aufbaugesetzgebung der dreißiger Jahre – wurde auch der Vertrauensärztliche Dienst (VäD) geschaffen; er wurde als Gemeinschaftsaufgabe aller Krankenkassen innerhalb eines Bezirkes organisiert und bei den Landesversicherungsanstalten eingerichtet; diese Zuständigkeitsregelung war als Vorstufe der seinerzeit geplanten einheitlichen Sozialversicherung konzipiert, wobei die Krankenkassen die Kosten des VäD zu tragen hatten, in den Ausschüssen für Fragen der Krankenkassen bei den LVAen jedoch nur beratende Funktion hatten, ohne für die Organisation und das Personal Verantwortung zu tragen.¹⁹⁹⁾

Die zur damaligen Zeit bei verschiedenen Kassen angestellten Ärzte wurden in die neue Struktur (des VäD) überführt.²⁰⁰⁾

Ziel dieser Maßnahme – der Schaffung der VäD – war es, den medizinischen Sachverstand der Krankenkassen (und ihrer Verbände) zu stärken, insbesondere in den Steuerungsprozess des seinerzeit bereits etablierten, mit dem Sachleistungsprinzip unmittelbar verbundenen Kassenarztsystems eingreifen zu können.

Der Begriff des Vertrauensarztes hat sich im übrigen gehalten; er wird nach wie vor zB für die Mediziner verwendet, die im eigenen vertrauensärztlichen Dienst der Arbeitsämter und der Versorgungsämter tätig sind; auch private Versicherungsgesellschaften bedienen sich ihrer Vertrauensärzte.²⁰¹⁾

Mit dem Gesundheitsreformgesetz²⁰²⁾ ging die Gemeinschaftsaufgabe VäD auf neue, jeweils auf Landesebene organisierte Träger über: den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung (MDK).²⁰³⁾ Organisationsrechtlich handelt es sich hierbei um Arbeitsgemeinschaften²⁰⁴⁾ der Landesverbände der Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, der landwirtschaftlichen Krankenkassen und der Verbände der Ersatzkassen.²⁰⁵⁾

¹⁹⁸⁾ Vgl § 119 Abs 1, insb S 2 sowie § 118 Abs 1 S 2 SGB V.

¹⁹⁹⁾ Vgl Nicolay/Knieps, Krankenversicherung, in v. Maydell/Ruland, Sozialrechtshandbuch (1988) § 14 Rz 111.

²⁰⁰⁾ Heberlein/Dick in Maaßen/Schermer ua, SGB V. Gesetzliche Krankenversicherung. GKV. Kommentar (Loseblatt) 1200 vor § 275 SGB V Rz 1.

²⁰¹⁾ Laufs in L/U § 12 Rz 34; vgl auch unten III.4.b) und 5.

²⁰²⁾ Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen (GRG) v 20. 12. 1988.

²⁰³⁾ Geregelt in §§ 275–283 SGB V, zuletzt geändert durch G v 23. 6. 1997 (BGBl I 1520).

²⁰⁴⁾ ISv § 94 SGB X.

²⁰⁵⁾ § 278 SGB V.

Beibehalten worden ist der Sozialmedizinische Dienst der Bundesknappschaft sowie der ärztliche Dienst der See-Berufsgenossenschaft.²⁰⁶⁾

Die Aufgaben des MDK sind im Vergleich mit denen des früheren Vertrauensärztlichen Dienstes erheblich erweitert worden; es geht nicht nur um die Begutachtung von Arbeitsunfähigkeit;²⁰⁷⁾ es ist also nicht nur der Bereich der gutachterlichen Stellungnahmen erweitert worden, sondern es sind eine Reihe von Prüfungs- und Beratungsfunktionen eingeführt worden.²⁰⁸⁾

Hier sollen nicht diese Aufgaben im einzelnen vorgestellt werden; und es soll auch nicht die Frage erörtert werden, ob damit die derzeitige, als unsystematisch erachtete Verteilung der Einwirkungsmöglichkeiten der am Gestaltungs- und Planungsprozess beteiligten Parteien²⁰⁹⁾ mit der Einrichtung des MDK nachhaltig verändert worden ist.

Vielmehr soll auch hier nur der Frage nach der Auswahl des ärztlichen Personals nachgegangen werden, das beim MDK für die Krankenkassen tätig wird.

Das Gesetz bestimmt dazu, dass die Fachaufgaben des Medizinischen Dienstes von Ärzten (und Angehörigen anderer Heilberufe) wahrgenommen werden; weiterhin hat der Medizinische Dienst vorrangig Gutachter zu beauftragen.²¹⁰⁾

Weiterhin ist festgelegt, dass die Ärzte des Medizinischen Dienstes bei der Wahrnehmung ihrer medizinischen Aufgaben nur ihrem ärztlichen Gewissen unterworfen sind; sie sind im übrigen nicht berechtigt, in die ärztliche Behandlung des Kassenarztes einzugreifen.²¹¹⁾

Eine Mitwirkung der berufs- oder kassenärztlichen Organisationen an der Einstellung von ärztlichem Personal des MDK oder der Beauftragung externer Gutachter ist nicht vorgesehen; somit treffen die Organe der MDK²¹²⁾ diese Personalentscheidungen eigenständig; diese Auswahlentscheidungen sind, da es sich in der Sache wohl um den Zugang zum öffentlichen Dienst handelt, entsprechend den insb für das Beamtenrecht geltenden Grundsätzen der Verfassung zu gestalten und demnach nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung vorzunehmen,²¹³⁾ wobei diese Auswahlkriterien keinen Anspruch auf Beschäftigung bei Vorliegen eines Mindestmaßes hinsichtlich dieser Qualifikationskriterien einräumen, sondern eine differenzierte Ausgestaltung und Anwendung fordern und dem Dienstgeber eine entsprechende Wahlmöglichkeit einräumen.

²⁰⁶⁾ § 283 SGB V; dort – in S 1 – auch der Hinweis auf die Ärzte des Bundes-eisenbahnvermögens, die ebenfalls die Aufgabe des Medizinischen Dienstes wahrnehmen.

²⁰⁷⁾ Vgl früher § 369 Abs 1 Nr 2 RVO, nunmehr § 275 Abs 1 Nr 3 SGB V.

²⁰⁸⁾ Überblick bei Hess, Kasseler Kommentar § 275 Rz 3–10; ausführlich Heberlein/Dick, aaO § 275 Rz 5–53.

²⁰⁹⁾ Vgl dazu Heberlein/Dick, aaO Rz 10.

²¹⁰⁾ § 279 Abs 5 SGB V.

²¹¹⁾ § 275 Abs 5 SGB V.

²¹²⁾ Verwaltungsrat und Geschäftsführer, vgl § 279 Abs 1–4, 6 SGB V.

²¹³⁾ Vgl Art 33 Abs 2 GG.

3. Die Verhältnisse bei der gesetzlichen Unfallversicherung

Ein Blick auf die Verhältnisse bei der gesetzlichen Unfallversicherung soll zeigen, dass die Auswahl von Ärzten, die in diesem Bereich für die Versicherungsträger und die dort Versicherten tätig werden, durchaus auch in anderer Weise vorgenommen werden kann, als dies im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung der Fall ist. Diese Besonderheiten ergeben sich letztlich aus der spezifischen Aufgabenstellung der gesetzlichen Unfallversicherung, auch im Hinblick auf die Krankenversorgung, die somit in gewisser Weise auch den Beziehungen der Unfallversicherungsträger zu den Ärzten ihr Gepräge geben.

a) Besondere Aufgabenstellung der gesetzlichen Unfallversicherung bei der Heilbehandlung

Die Unfallversicherungsträger haben Heilbehandlung einschließlich der Leistungen der medizinischen Rehabilitation „mit allen geeigneten Mitteln“ und möglichst frühzeitig zu erbringen,²¹⁴⁾ wobei im wesentlichen die gleichen Maßnahmen wie bei der Krankenbehandlung in der gesetzlichen Krankenversicherung in Frage kommen.²¹⁵⁾

Die Besonderheit liegt in den Regelungen zur „Durchführung der Heilbehandlung“,²¹⁶⁾ die den besonderen Leistungsmaßstab („mit allen geeigneten Mitteln“) konkretisieren soll. Danach soll, soweit erforderlich, eine besondere unfallmedizinische und Berufskrankheiten-Behandlung gewährleistet werden; die Unfallversicherungsträger können zu diesem Zweck die von den Ärzten und Krankenhäusern zu erfüllenden Voraussetzungen im Hinblick auf die fachliche Befähigung, die sächliche und personelle Ausstattung sowie die zu übernehmenden Pflichten festlegen; daneben können sie nach Art und Schwere eines Gesundheitsschadens besondere Verfahren für die Heilbehandlung vorsehen. Weiterhin sieht das Gesetz vor, dass die Ärzte und Krankenhäuser, die diesen Anforderungen genügen, an der Durchführung der besonderen unfallmedizinischen Behandlung zu beteiligen sind.

b) Untergesetzliche Regelungen

Die wichtigste diesbezügliche untergesetzliche Regelung ist das sog Ärzteabkommen (AA),²¹⁷⁾ in dem die Bundesverbände der Unfallversicherungsträger ihre Vorstellungen mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vereinbart haben. Dabei wird zwischen „allgemeiner“ und „besonderer“ Heilbehandlung unterschieden.

Die allgemeine Heilbehandlung erfolgt durch die normalen Kassenärzte, Allgemeinmediziner oder Fachärzte. Die besondere Heilbehandlung wird gewährt, wenn wegen der Art und Schwere der Verletzung eine besondere unfall-

²¹⁴⁾ §§ 1 Nr 2, 26 Abs 2 SGB VII.

²¹⁵⁾ Vgl einerseits § 27 SGB V, andererseits § 27 SGB VII (zuzüglich: Erstversorgung).

²¹⁶⁾ § 34 SGB VII

²¹⁷⁾ V 23. 3. 1984 idFv 26. 3. 1992 mit gemeinsamer Erklärung v 28. 11. 1996.

medizinische Versorgung erforderlich erscheint, und zwar durch besonders qualifizierte fachärztliche ambulante oder stationäre Behandlung.²¹⁸⁾

c) Besondere Ärzte, ihre Aufgaben und ihre Auswahl

aa) D-Ärzte

Das Ärzteabkommen (ÄA) schafft mit seinen Regelungen über das Durchgangsarztverfahren²¹⁹⁾ eine besondere Gruppe von (Kassen-)Ärzten, nämlich die „Durchgangsarzte“ („D-Ärzte“), die in der Regel über die Einleitung der besonderen Heilbehandlung zu entscheiden haben;²²⁰⁾ möglich ist eine derartige Entscheidung auch durch den Unfallversicherungsträger, durch den Augen- oder HNO-Arzt (vgl Ltnr 49 ÄA) oder den sog H-Arzt (nur in Fällen der Ltnr 58 ÄA).

Diese „D-Ärzte“ müssen über ihre Facharztqualifikation als Chirurgen oder Orthopäden hinaus besondere Kenntnisse und Erfahrungen auf dem gesamten, die Behandlung von Unfallverletzungen umfassenden Gebiet haben.²²¹⁾

Durchgangsarzte können uU die Verletzten in eigene Behandlung nehmen. Als D-Ärzte können sowohl niedergelassene Mediziner als auch Ärzte an Kliniken, Polikliniken oder Krankenhäusern bestellt werden.²²²⁾

Nun zur Auswahl der D-Ärzte: Diese werden „bestellt“ entweder durch einen Unfallversicherungsträger allein oder durch den jeweiligen Landesverband der Unfallversicherungsträger; die Entscheidung eines Landesverbandes wird der örtlich zuständigen Stelle der Kassenärztlichen Vereinigung mitgeteilt. Die KÄV kann innerhalb von vier Wochen nach dieser Mitteilung Einwände gegen die persönliche oder fachliche Eignung erheben; hält der Landesverband die Einwände für unbegründet, so entscheidet die jeweilige Landesarbeitsgemeinschaft, in der die Unfallversicherungsträger und die Kassenärzte über je vier Sitze verfügen,²²³⁾ somit also verbliebene Einwände gegen die erforderliche Qualifikation eines D-Arztbesetzung nicht durchsetzen können.

bb) Beratungsfachärzte

Das ÄA sieht weiterhin das Beratungsfacharztverfahren vor, als Ersatz des Durchgangsarztverfahrens, konzipiert für ländliche Gebiete mit ungünstigen Verkehrsverhältnissen.²²⁴⁾ Für die Bestellung der Beratungsfachärzte gelten

²¹⁸⁾ Vgl Leitnummer (Ltnr) 5 Ziff 1 ÄA.

²¹⁹⁾ Ltnr 23–39 ÄA; die „Anforderungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger nach § 34 SGB VII zur Beteiligung am Durchgangsarztverfahren“ gelten zZ idFv 1. 1. 1999.

²²⁰⁾ Ltnr 32 ÄA.

²²¹⁾ Ltnr 23 Abs 3 ÄA.

²²²⁾ Ltnr 23 Abs 1 S 2, Ltnr 37 ÄA.

²²³⁾ Ltnr 24, 106 ÄA.

²²⁴⁾ Ltnr 40–43 ÄA.

die Regelungen für D-Ärzte entsprechend;²²⁵⁾ dieses Verfahren hat offenbar keine praktische Bedeutung.²²⁶⁾

cc) H-Ärzte

Eine weitere Gruppe besonders qualifizierter (Kassen-)ärzte, die gleichsam im Dienst der Unfallversicherungsträger tätig werden, wird durch das sog H-Arzt-Verfahren²²⁷⁾ gebildet. Diese H-Ärzte sind diejenigen, die generell an der Durchführung der „besonderen Heilbehandlung“ nach den Maßstäben der gesetzlichen Unfallversicherung zu beteiligen sind.²²⁸⁾ Diese Ärzte müssen über eine spezifische fachliche Befähigung verfügen; diese liegt vor, wenn der Arzt besondere Kenntnisse und Erfahrungen auf dem gesamten die Behandlung von Unfallverletzungen umfassenden Gebiet besitzt.²²⁹⁾

Die „Beteiligung“ der H-Ärzte an der besonderen Heilbehandlung erfolgt in gleicher Weise wie die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung: Diese Entscheidung trifft nämlich ein aus je drei Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und des Landesverbandes der gewerblichen Berufsgenossenschaften gebildeter Ausschuss, der im übrigen auch über den Widerruf der Beteiligung befundet, falls die Voraussetzungen nicht – oder nicht mehr – vorliegen; die entsprechenden Anträge sind an den Landesverband der Unfallversicherungsträger zu richten.²³⁰⁾ Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, dass der H-Arzt-Bewerber, der die in den Richtlinien und im ÄA gestellten Voraussetzungen erfüllt, einen Rechtsanspruch auf Beteiligung hat;²³¹⁾ diese Auffassung kann sich auf § 34 Abs 2 SGB VII stützen.²³²⁾

dd) Verletzungsartenverfahren; Verfahren bei Augen- und Hals-Nasen-Ohren-Verletzungen

Die Heilbehandlung in der gesetzlichen Unfallversicherung kennt zwei weitere Verfahrenstypen.

Das sog Verletzungsartenverfahren definiert insgesamt 38 Verletzungsarten;²³³⁾ danach haben die behandelnden Ärzte bei Vorliegen einer ent-

²²⁵⁾ Ltnr 40 Abs 2 ÄA.

²²⁶⁾ Brunner, Heilbehandlung (Stand: Juni 1997) 67.

²²⁷⁾ Ltnr 50–58 ÄA; „H“ ist hier die Abkürzung für „(besondere) Heilbehandlung“.

²²⁸⁾ Ltnr 50; unberührt bleiben die Bestimmungen über das Durchgangsarztverfahren, das Beratungsfacharztverfahren und das Verfahren bei Augen- und Hals-Nasen-Ohren-Verletzungen.

²²⁹⁾ Ltnr 50 aE, 51 ÄA.

²³⁰⁾ Ltnr 52–54 ÄA.

²³¹⁾ ZB Brunner, aaO 75, der auch insoweit von „Zulassung“ spricht.

²³²⁾ Ebenso Bereiter-Hahn/Schieke/Mehrtens, Gesetzliche Unfallversicherung § 34 SGB VII Rz 9; Kater in Kater/Leube, Gesetzliche Unfallversicherung SGB VII (1997) § 34 Rz 18–21; aA Kass-Komm-Ricke § 34 SGB VII.

²³³⁾ Zusammengefasst in 19 Gruppen, vgl Verletzungsartenverzeichnis (Stand: 1. 1. 1999); in § 6 der Bestimmungen des früheren Reichsversicherungsamtes v 19. 6. 1936, neugefasst mWv 1. 7. 1966, waren es 29 Verletzungsarten, in 14 Gruppen zusammengefasst.

sprechenden Verletzung unverzüglich eine Überweisung in eines der von den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung bezeichneten Krankenhäuser vorzunehmen,²³⁴⁾ wo eine besondere Heilbehandlung gewährleistet ist; diese Kliniken bedürfen einer besonderen Zulassung.²³⁵⁾

Das Verfahren bei Augen- und Hals-Nasen-Ohren-Verletzungen soll sicherstellen, dass bei Verletzungen in diesem spezifischen Bereich stets eine fachärztliche Versorgung gewährleistet ist; eine besondere Heilbehandlung ist in gleicher Weise wie beim Verletzungsartenverfahren vorgesehen.²³⁶⁾

Für das Verfahren bei Augen- und Hals-Nasen-Ohren-Verletzungen werden keine eigenen Ärzte durch die Landesverbände bestellt;²³⁷⁾ beim Verletzungsartenverfahren wird die Ärzteauswahl im Wege der Zulassung von Kliniken oder der Einrichtung eigener berufsgenossenschaftlicher Kliniken oder (Sonder-)Stationen vorgenommen.²³⁸⁾

ee) Beteiligung an der Berufsgenossenschaftlichen Stationären Weiterbehandlung (BGSW)

Seit einiger Zeit sind bei der gesetzlichen Unfallversicherung besondere Therapiemaßnahmen für die postakute Phase (der Mobilisierung und Stabilisierung) vorgesehen.²³⁹⁾

Dabei sollen die vorhandenen Therapieeinrichtungen in den Spezialkliniken nach Maßgabe des medizinisch Notwendigen genutzt werden; einer Verlegung in eine nichtlegitimierte, weniger geeignete Einrichtung soll verhindert werden.²⁴⁰⁾

Schwerpunktmäßig geht es um die Weiterbehandlung von Verletzungen des Stütz- und Bewegungsapparates, Schädel-Hirn-Verletzungen und periphere Nervenverletzungen.

In den einschlägigen Regelwerken werden wiederum umfassende Voraussetzungen, auch im Hinblick auf das ärztliche Personal festgelegt.²⁴¹⁾ Die „Beteiligung“ einer Rehabilitationsklinik an der BGSW erfolgt durch den

²³⁴⁾ Ltrn 45, zur Frage der Transportfähigkeit vgl Ltrn 46, Anh 1, Ziff 6 zum AA.

²³⁵⁾ Vgl Brunner, aaO 83 ff sowie unten.

²³⁶⁾ Nämlich wenn stationäre Behandlung erforderlich ist oder eine Verletzung vorliegt, die in zwei weiteren Verletzungsartenkatalogen (die Augenheilkunde sowie Hals-Nasen-Ohren-Heilkunde betreffend) aufgeführt sind, vgl Ltrn 49 AA.

²³⁷⁾ Brunner, aaO 70.

²³⁸⁾ Vgl die „Anforderungen der gesetzlichen Unfallversicherungsträger nach § 34 SGB VII an Krankenhäuser zur Beteiligung an der besonderen stationären Behandlung von Schwer-Unfallverletzten (Verletzungsartenverfahren – VAV)“ idFv v. 1. 1. 1999, mit den Voraussetzungen an die „personelle Ausstattung“ in Ziff 2.

²³⁹⁾ Ende 1990 wurde die „Berufsgenossenschaftliche stationäre Weiterbehandlung“ (BGSW) als ergänzendes Verfahren innerhalb der stationären Heilbehandlung gem § 27 Abs 1 Nr 6 SGB VII entwickelt, vgl HVGB-Rdschr VB 92/90.

²⁴⁰⁾ Brunner, aaO 78.

²⁴¹⁾ Vgl die „Anforderungen der gesetzlichen UV-Träger an Rehabilitationskliniken nach §§ 33, 34 SGB VII zur Beteiligung an der Berufsgenossenschaftlichen stationären Weiterbehandlung (BGSW) für Schädel-Hirn-Verletzungen“ v. 1. 3. 1997 sowie „für Verletzungen des Stütz- und Bewegungsapparates“ ebenfalls v. 1. 3. 1997.

zuständigen Landesverband der gewerblichen Berufsgenossenschaften; sie endet ua – „automatisch“ – mit dem Ausscheiden des Chefarztes (oder des leitenden Arztes) dieser Einrichtung.

d) Einrichtungen der Unfallversicherungsträger

Zur optimalen Behandlung schwerer bis schwerster Unfallverletzungen²⁴²⁾ haben die gewerblichen Berufsgenossenschaften und die See-BG über das Verletztenartenverfahren hinausgehend Unfallkliniken sowie Sonderstationen und Unfallbehandlungsstellen eingerichtet.

Diese Eigeneinrichtungen sind entsprechend ihrer Aufgabenstellung²⁴³⁾ personell – im ärztlichen Bereich und in den begleitenden Diensten – und apparativ/einrichtungsmäßig hochspezialisiert ausgestattet; Träger sind einzelne Berufsgenossenschaften oder berufsgenossenschaftliche Trägervereine. Die Finanzierung erfolgt aus eigenen Mitteln, ohne staatliche Zuschüsse.²⁴⁴⁾ Dem entsprechend erfolgt die Auswahl der in diesen Einrichtungen tätigen Ärzte autonom durch ihre Träger.

e) Beteiligung am Verletzungsartenverfahren durch zugelassene Krankenhäuser

Im Verletzungsartenverfahren werden – neben den Eigeneinrichtungen – nur zugelassene Krankenhäuser an der Heilbehandlung beteiligt; diese müssen zusätzlich den besonderen „Anforderungen der gesetzlichen UV-Träger an Krankenhäuser zur Behandlung Schwer-Unfallverletzter“ (Beteiligung am Verletzungsartenverfahren) genügen.²⁴⁵⁾ Ua muss folgendes gesichert sein: gründliche unfallmedizinische Fortbildung der Ärzte; fortlaufende unfallmedizinische Erfahrungen; gründliche Unterweisung der nichtärztlichen Mitarbeiter. Der verantwortliche Chefarzt (oder leitende Arzt) muss Unfallchirurg mit nachgewiesenen besonderen Kenntnissen und Erfahrungen auf diesem Fachgebiet sein; er darf übrigens außerhalb des Krankenhauses keine Praxis ausüben; ein weiterer Arzt für Unfallchirurgie muss ebenfalls vorhanden sein.

Diese Beteiligung, eine besondere Form der Zulassung eines Krankenhauses, ist an die Person des Chefarztes gebunden; sie endet mit dessen Ausscheiden.

Die Zulassung erfolgt durch öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen dem zuständigen Landesverband sowie dem Chefarzt und dem Krankenhausträger; der Krankenhausträger kann auf die Zulassung verzichten, der Landesverband kann sie jederzeit widerrufen.²⁴⁶⁾

²⁴²⁾ ZB Amputationen, Querschnittslähmungen, schwere Handverletzungen, schwere Brandverletzungen, Hirnverletzungen.

²⁴³⁾ Versorgung von Frischverletzten; Durchführung des D-Arzt- und des Verletztenartenverfahrens; Nachbehandlung.

²⁴⁴⁾ Brunner, aaO 87.

²⁴⁵⁾ Aufgestellt von den Spitzenverbänden der UV-Träger, vgl HVBG-Rundschreiben VB 46/94, neueste Fassung v. 1. 1. 1999.

²⁴⁶⁾ Brunner, aaO 84.

f) Die berufsgenossenschaftliche arbeitsmedizinische Tätigkeit

Im Rahmen ihrer umfassenden Aufgaben zur Prävention haben die Unfallversicherungsträger auch für „arbeitsmedizinische Untersuchungen und sonstige arbeitsmedizinische Maßnahmen“ zu sorgen, und zwar „vor, während und nach der Verrichtung von Arbeiten, die für Versicherte oder für Dritte mit arbeitsbedingten Gefahren für Leben und Gesundheit verbunden sind“.²⁴⁷⁾ Die Maßnahmen sind idR vom Unternehmer, aber „auch“ von den UV-Trägern²⁴⁸⁾ zu veranlassen; konkretisiert werden diese Pflichten durch Unfallverhütungsvorschriften der UV-Träger.

In diesen Regelungen werden – einem weiteren gesetzlichen Auftrag folgend – „die Voraussetzungen (geschaffen), die der Arzt, der mit (diesen) Untersuchungen und Maßnahmen ... beauftragt wird, zu erfüllen hat, soweit die ärztliche Untersuchung nicht durch eine staatliche Rechtsvorschrift vorgesehen ist“.²⁴⁹⁾

Zu diesen Untersuchungen erteilen die UV-Träger entsprechend qualifizierten Ärzten auf deren Antrag eine entsprechende Ermächtigung und zwar in Abstimmung mit dem zuständigen Gewerbearzt.²⁵⁰⁾

Davon abgesehen sind es die jeweiligen Unternehmer, die entsprechend qualifizierte und apparativ ausgestattete Mediziner, insb Fachärzte für Arbeitsmedizin, aber auch Internisten oder Augenärzte²⁵¹⁾ in ihren Dienst nehmen oder in anderer Weise vertraglich verpflichten.

Als Alternative zur Erfüllung dieser arbeitsmedizinischen Prävention kommt die Einrichtung von „überbetrieblichen arbeitsmedizinischen Diensten“ in Betracht; unter bestimmten Voraussetzungen können die Unfallversicherungsträger einen diesbezüglichen Anschlusszwang festlegen.²⁵²⁾ Außerdem können die UV-Träger – allein oder gemeinsam – überbetriebliche Dienste bilden, die ihre Rechtsgrundlage nicht in § 24 SGB VII, sondern in der Ermächtigung zur Prävention mit allen geeigneten Mitteln in § 14 Abs 1 SGB VII finden.²⁵³⁾

In diesen beiden Varianten sind es die UV-Träger, die das notwendige und praktisch wohl den Anforderungen des § 14 Abs 1 Nr 4 SGB VII entsprechende ärztliche Personal einstellen.

4. Die Verhältnisse bei der Rentenversicherung

Zu den Verhältnissen bei der Rentenversicherung im Hinblick auf die Auswahl der Ärzte, die in diesem Versicherungszweig tätig sind, ist dort sowohl auf die ärztliche Tätigkeit ieS als auch auf gutachterliche Tätigkeiten hinzuweisen.

²⁴⁷⁾ § 15 (Unfallverhütungsvorschriften) Abs 1 Nr 3 SGB VII.

²⁴⁸⁾ Vgl § 15 Abs 1 S 2 SGB VII.

²⁴⁹⁾ § 15 Abs 1 Nr 4 SGB VII.

²⁵⁰⁾ *Bereiter-Hahn/Schieke/Mehrtens*, aaO § 15 SGB VII Rz 17.

²⁵¹⁾ *Leube* in *Kater/Leube*, aaO (1997) § 15 Rz 23.

²⁵²⁾ Vgl § 24 SGB VII.

²⁵³⁾ *Leube*, aaO § 24 Rz 4.

a) Versorgung der Versicherten mit ärztlich-medizinischen Leistungen

Einige Informationen zur Geschichte der Rehabilitation in der Rentenversicherung seien hier vorausgeschickt:²⁵⁴⁾ Die Durchführung von Heilverfahren gibt es seit 1889. Die Entwicklung der Rehabilitation in der Rentenversicherung hat ihren vorläufigen Abschluß im SGB VI gefunden; ausdrücklich ist nunmehr festgeschrieben, dass die Rehabilitation Rentenleistungen wegen einer Erwerbsminderung abwenden soll.²⁵⁵⁾ Die Rehabilitation verfolgt verschiedene Ziele.²⁵⁶⁾ Präventiven Charakter hat die rentenversicherungsrechtliche Rehabilitation insoweit, als damit Beeinträchtigungen der Erwerbsfähigkeit oder ein vorzeitiges Ausscheiden aus dem Berufsleben verhindert werden sollen;²⁵⁷⁾ auch die Verhinderung der Verschlimmerung eines Leidens oder die Verhütung von Folgeerkrankungen kann als präventive Maßnahme betrachtet werden.

Rehabilitation im Sinne der Wiederherstellung der aus gesundheitlichen Gründen eingeschränkten Betätigungsmöglichkeiten²⁵⁸⁾ ist eine weitere Zielsetzung der Rentenversicherung. Die Leistungen der Rehabilitation in der Rentenversicherung werden sowohl ambulant²⁵⁹⁾ als auch stationär²⁶⁰⁾ erbracht.

Diesbezügliche gesetzliche Vorgaben befinden sich in § 15 SGB VI. Danach umfassen die medizinischen Leistungen zur Rehabilitation insbesondere die Behandlung durch Ärzte oder Angehörige anderer Heilberufe unter Aufsicht oder Anleitung von Ärzten.²⁶¹⁾ Es muss sich dabei wohl stets um approbierte Ärzte handeln,²⁶²⁾ jedoch nicht um Kassenärzte.

b) Begutachtungswesen

Die Begutachtung durch Ärzte hat in der gesetzlichen Rentenversicherung vor allem insoweit Bedeutung, als es um medizinische Fragen bei Anträgen auf vorzeitige Berentung geht.²⁶³⁾ ZB wird die Frage, ob bestimmte Berufe noch ausgeübt werden können, auch aus ärztlicher Sicht beantwortet.²⁶⁴⁾ Medizinischer Sachverstand ist aber auch nötig, um das Vorliegen von „Krankheit“

²⁵⁴⁾ Vgl *Schaub*, Rehabilitation in der gesetzlichen Rentenversicherung, in Handbuch der gesetzlichen Rentenversicherung (Hrsg VDR/Ruland) (1990) § 22 Rz 22–32.

²⁵⁵⁾ Vgl § 9 Abs 1 S 2 SGB VI.

²⁵⁶⁾ Vgl § 9 Abs 1 SGB VI.

²⁵⁷⁾ § 9 Abs 1 Nr 2 SGB VI.

²⁵⁸⁾ Vgl *Schaub*, aaO § 22 Rz 5.

²⁵⁹⁾ Vgl dazu *Schaub*, aaO § 22 Rz 65.

²⁶⁰⁾ Vgl dazu *Schaub*, aaO § 22 Rz 138, 140.

²⁶¹⁾ § 15 Abs 1 Nr 1 SGB VII.

²⁶²⁾ *KassKomm-Niesel*, § 15 SGB VI Rz 6.

²⁶³⁾ *Weber-Falkensammer*, in VDR/Ruland, aaO § 15 Rz 10; *Schmidt/Seger/Gebauer* ua, Die sozialmedizinische Begutachtung in der Rentenversicherung, in VDR (Hrsg), Sozialmedizinische Begutachtung in der Rentenversicherung⁵ (1995) 83 ff.

²⁶⁴⁾ Vgl *KassKomm-Niesel*, § 43 SGB VI Rz 78a.

als eine der Voraussetzungen für eine Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente festzustellen.²⁶⁵⁾

c) Organisation; Verfahren

(1) Rehabilitation

Die Durchführung der Aufgaben mit ärztlicher Beteiligung ist bei den Rentenversicherungsträgern insoweit offenbar einheitlich gestaltet, als hinsichtlich der Rehabilitations-Einrichtungen sowohl eigene Einrichtungen als auch die Inanspruchnahme „dritter“ Einrichtungen üblich sind. Gesetzliche Regelungen für die ärztliche Ausstattung der Einrichtungen zur Erbringung von Leistungen der stationären medizinischen Rehabilitation befinden sich in § 15 Abs 2 S 1 SGB VI, wo eine ständige ärztliche Verantwortung gefordert wird.²⁶⁶⁾

Die Auswahl der dort jeweils tätigen Ärzte findet durch die Träger der Einrichtungen statt, so dass bei den Eigeneinrichtungen allein die RV-Träger entscheiden. Bei dritten Einrichtungen wird das ärztliche Personal gleichsam „pauschal“ vertraglich gebunden; allerdings dürften bei der Eingehung derartiger Bindungen idR wohl auch Überlegungen zur fachlichen Qualifikation der in diesen Einrichtungen tätigen Mediziner eine Rolle spielen.

(2) Begutachtung

Hinsichtlich der Begutachtung gibt es Unterschiede. Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) beauftragt freie Gutachter, die übrigens nach einer Honorarvereinbarung mit der Bundesärztekammer²⁶⁷⁾ entlohnt werden. Hinsichtlich der Personalauswahl hat die BfA die freie Entscheidung.

Die Landesversicherungsanstalten (LVAen) verfahren anders; sie errichten eigene Untersuchungsstellen – „ärztliche Dienste“ –, die sie mit eigenen Ärzten besetzen, denen übrigens auch eine freiberufliche Nebentätigkeit gestattet wird. Auch insoweit ist der RV-Träger in seiner Auswahlentscheidung autonom.

5. Die Verhältnisse bei der Arbeitsverwaltung

a) Aufgabe: Begutachtung

Bei den Arbeitsämtern wird ärztlicher Sachverstand für Fragen der Begutachtung benötigt. Gemäß § 32 SGB III – Arbeitsförderung – soll das Arbeitsamt ratsuchende Jugendliche und Erwachsene mit ihrem Einverständnis ärztlich und psychologisch untersuchen und begutachten, soweit dies für die

²⁶⁵⁾ Vgl. KassKomm-Niesel, § 43 SGB VI, Rz 73, § 44 Rz 13.

²⁶⁶⁾ Vgl. hierzu Schaub, aaO § 22 Rz 64; Hackhausen, Organisationsformen der medizinischen und beruflichen Rehabilitation, in VDR (Hrsg.), Sozialmedizinische Begutachtung ..., aaO 33 ff.

²⁶⁷⁾ Der privatrechtlichen Arbeitsgemeinschaft der deutschen Ärztekammern.

Feststellung der Berufseignung oder Vermittlungsfähigkeit erforderlich ist. Nach § 121 Abs 1 SGB III sind einem Arbeitslosen alle seiner Arbeitsfähigkeit entsprechenden Beschäftigungen zumutbar; ob „Arbeitsfähigkeit“ gegeben ist,²⁶⁸⁾ wird erforderlichenfalls aufgrund ärztlicher Begutachtung entschieden.

b) Organisation; Verfahren

Die Bundesanstalt für Arbeit, die Landesarbeitsämter und die Arbeitsämter beschäftigen für diese Aufgaben zT eigene Mediziner, die den „Ärztlichen Dienst“ bilden; die diesbezügliche Auswahl wird von der Arbeitsverwaltung getroffen. Besondere Regelungen mit speziellen Qualifikationskriterien für diese ärztliche Tätigkeit existieren nicht; es gelten die Eignungskriterien des öffentlichen Dienstes.

Die Befugnis zur Errichtung des „Ärztlichen Dienstes“ folgt aus der Aufgabenstellung der Arbeitsverwaltung sowie ihrem Selbstverwaltungsstatus einschließlich der damit gewährten Organisations- und Finanzhoheit.²⁶⁹⁾ Teilweise wird die Begutachtung anderen, externen ärztlichen Gutachtern übertragen; hinsichtlich der Auswahl dieser Mediziner ist die Arbeitsverwaltung ebenfalls autonom.

IV. Schluss

Die vorangegangenen Ausführungen sollen lediglich eine Bestandsaufnahme bieten; eine Zusammenfassung ist somit überflüssig. Allenfalls mag festgehalten werden, dass ein Nachdenken über Auswahlkriterien und deren Einsatz unter maßgeblicher, entscheidender Beteiligung der Krankenkassen nicht als gleichsam von vornherein undenkbar erscheint. Außerdem würde damit nicht etwas völlig Neues im Verhältnis von Sozialleistungsträgern zu den ärztlichen Leistungserbringern geschaffen werden.

²⁶⁸⁾ Vgl. hierzu § 119 Abs 3 SGB III.

²⁶⁹⁾ Vgl. §§ 367, 370, 371 SGB III, § 1 Abs 1 S 2, 3 SGB IV.

Reinhard Resch

Die Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger in Österreich

I. Ausgangsfall; Problemstellung

Der in der BRD ausgebildete praktische Arzt A läßt sich in Oberösterreich nieder und bewirbt sich kurz nach Eröffnung seiner Privatordination für die ausgeschriebene Stelle als Vertragsarzt der § 2-Kassen. Ungeachtet diverser Zusatzqualifikationen, die er nachweisen kann, erlangt er die für den Vertragsabschluß erforderliche höchste Punktezahl deshalb nicht, weil ein – fachlich unbestritten deutlich schlechter qualifizierter – Konkurrent der Sohn des bisherigen Inhabers des Kassenvertrags ist und daher punktemäßig knapp besser abschneidet als A. Ansonsten wäre A nach dem Punkteschema der Bestqualifizierte. A erhebt daher Klage auf Schadenersatz gegen die OÖGKK und die Ärztekammer OÖ.

Der Ausgangsfall zeigt die Problemstellung: In welcher Rechtsbeziehung stehen Arzt und Versicherungsträger zum Zeitpunkt der Ausschreibung bzw. bei Abschluß eines Kassenarztvertrags und welche rechtlichen Möglichkeiten hat ein Bewerber um eine Vertragsarztstelle, wenn er mglw rechtswidrig nicht die ausgeschriebene Stelle erhält. Die Problematik ist heikel, wurde dessen ungeachtet (oder vielleicht gerade deshalb?) in der Lehre bislang nur selten diskutiert. Meine Ausführungen können vor allem auf grundlegenden Untersuchungen von *Mosler*¹⁾ aufbauen.

Die nachfolgende Analyse wird zeigen, daß die Praxis derzeit mit Rechtsvorschriften arbeitet, die vom Grundsatzmodell her zwar durchaus sachgerecht sind, in einzelnen Punkten aber zumindest den europarechtlichen Vorgaben nicht standhalten. Insofern besteht für die handelnden Akteure ein noch zu erläuterndes erhebliches und wie ich glaube bis dato unterschätztes Haftungsrisiko.

Unbestritten ist die privatrechtliche Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen Vertragsarzt und dem KV-Träger. Sowohl der Einzelvertrag als auch der Gesamtvertrag sind nach ganz hA Institute des Privatrechts, wobei eben

¹⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995) sowie vor allem *ders*, *Probleme bei der „Vergabe“ von Kassenverträgen an Ärzte/Ärztinnen*, DRdA 1996, 430; die nach Umbruchlegung erschienene Untersuchung von *Wallner*, *Auswahl von Bewerbern von Kassenstellen aus Sicht des EU-Rechts*, RdM 1999, 67, konnte nicht mehr im Text berücksichtigt werden.

besondere gesetzliche Vorschriften auf sie anzuwenden sind.²⁾ Für die Auswahlentscheidung finden sich einerseits Vorgaben im Gesetz und andererseits im Gesamtvertrag bzw in den auf diesem beruhenden Reihungsrichtlinien. Zuerst sind daher die rechtlichen Vorgaben zu prüfen, insb ist ihre rechtliche Verbindlichkeit abzuklären (II.) und sodann ist auf mögliche Rechtsfolgen bei Verletzung dieser Vorgaben einzugehen (III.).

II. Die rechtlichen Vorgaben für die Auswahlentscheidung

1. Die im ASVG zugrundegelegte Aufgabe einer Lösung des Interessenkonflikts

Zwei Regelungen sind im ASVG zu beachten: Zufolge § 342 Abs 1 Z 2 ASVG hat der Gesamtvertrag „die Auswahl der Vertragsärzte, Abschluß und Lösung der mit diesen zu treffenden Abmachungen (Einzelverträge)“ zu regeln. Die Auswahl erfolgt gem § 343 Abs 1 ASVG nach den Bestimmungen des Gesamtvertrags und im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer, wobei der Einzelvertrag sodann mit allen Gebietskrankenkassen, den Betriebskrankenkassen sowie der VA des österreichischen Bergbaus und der SVA der Bauern wirksam wird. Im Hinblick auf den EWR erfolgt eine Gleichstellungsregelung für ausländische Ärzte mit entsprechender Bescheinigung (§ 3c ÄrzteG 1984 bzw nunmehr § 5 ÄrzteG 1998).³⁾

In den Materialien zur Stammfassung des ASVG⁴⁾ wird die Einführung des derzeitigen Rechtszustandes wie folgt begründet: „Das Sozialversicherungs-Überleitungsgesetz hat keine nähere Regelung hinsichtlich der Aufnahme der Ärzte in ein Vertragsverhältnis und der Auflösung des Vertragsverhältnisses getroffen, sondern in dieser Hinsicht den Verträgen völlig freien

²⁾ MwN Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 121 mwN; Fink/Grömmel/Oberhofer, Honorarkürzungsregelungen in ärztlichen Gesamtverträgen (1996) 11; VfGH 14. 6. 1988, G 48/87, V 14/87 = VfSlg 11.729.

³⁾ Die Neuregelung erläutert die RV zur 53. ASVG-Novelle BGBl 1996/411: „Nach § 2 Abs 1 des Ärztegesetzes 1984 in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl Nr 100/1994 sind in Österreich gemäß Art 23 der Richtlinie 93/16/EWG des Rates vom 5. April 1993 (Amtsblatt Nr L 165 vom 7. Juli 1993) ‚approbierte Ärzte‘ zur selbständigen Ausübung des ärztlichen Berufes berechtigt. Diese approbierten Ärzte (das sind solche ohne spezifische Ausbildung in der Allgemeinmedizin oder in einem Sonderfach der Heilkunde) dürfen nach der zitierten Richtlinie ab 1. Jänner 1995 nicht im Rahmen des Sozialversicherungssystems tätig sein.

Es soll daher normiert werden, daß für die Inanspruchnahme solcher Ärzte keine Kostenerstattung gebührt; dadurch wäre ausdrücklich festgelegt, daß ein approbierter Arzt nicht als Wahlarzt in Betracht kommen kann. Darüber hinaus soll die Unzulässigkeit der Begründung eines Einzelvertrages mit approbierten Ärzten normiert werden.

Ausnahmen gelten allerdings für Ärzte, die in einem EU-Staat vor dem 31. Dezember 1994 als ‚Kassenarzt‘ tätig waren und hiedurch gemäß Art 36 Abs 2 der Richtlinie 93/16/EWG das Recht erworben haben, im Rahmen des Sozialversicherungssystems tätig zu werden. Dies wird durch eine Bescheinigung gemäß Art 36 Abs 4 der Richtlinie 93/16/EWG nachgewiesen.“

⁴⁾ RV 599 BlgNR 7. GP 102.

Spielraum gelassen. Dies wurde als ein gewisser Mangel empfunden, der durch die Bestimmungen des § 343 der Vorlage beseitigt werden soll. Im § 343 Abs 1 werden die Träger der Krankenversicherung verpflichtet, bei der Aufnahme der Ärzte in das Vertragsverhältnis im Einvernehmen mit der zuständigen Ärztekammer vorzugehen. Es wird damit einer schon seit langem vertretenen Forderung der Ärzteschaft nach gesetzlicher Verankerung des Rechtes ihrer Interessenvertretungen, bei der Aufnahme der Ärzte in das Vertragsverhältnis mitzuwirken, Rechnung getragen.“

Der Normzweck der Regelungen des ASVG offenbart ein Spannungsverhältnis verschiedener Zielsetzungen: Das Interesse der Versichertengemeinschaft an einer Optimierung, sprich möglichst geringe Kosten bei möglichst guter ärztlicher Versorgung, das Interesse der Ärzteschaft als Kollektiv an einer Regulierung des Zugangs zum Markt Kassenpatienten und schließlich individuelle Interessen der bereits als Kassenärzte zugelassenen Ärzte sowie der Stellenwerber. Die Gewichtung dieser Interessen ist gesetzlich schwach vorgegeben, das Erfordernis einer einvernehmlichen Lösung zwischen Ärztekammer und KV-Träger zeigt aber auf, daß dem Gesetzgeber hier ein System eines **Interessenausgleichs** vor Augen schwebt, der offenbar eher **kollektivrechtlich** ausgeprägt ist. Im Wechselspiel der beteiligten Verbände (Ärzteschaft einerseits und der im Rahmen der Selbstverwaltung durch die gesetzlichen AG- und AN-Interessenvertretungskörperschaften mittelbar demokratisch legitimierte SV-Träger andererseits) sieht der Gesetzgeber offenbar das Heil. Freilich wird schon aus der Zielsetzung des ASVG heraus das Schwergewicht auf dem zentralen „Versorgungsauftrag“ des ASVG liegen, also in der Sicherstellung einer ausreichenden und zweckmäßigen, das Maß des Notwendigen nicht übersteigenden Krankenbehandlung (§ 135 Abs 2 ASVG). Das ASVG ist letztlich kein Beschäftigungssicherungsgesetz für medizinische Berufe, sondern dient hier der Sachleistungserbringung für die Versichertengemeinschaft. Freilich ist ein gewisser Schutz der Ärzteschaft unübersehbar im Gesetz zugrundegelegt: Deutlich wird dies in einem sehr weitgehenden Kündigungsschutz, der allerdings nur jene Ärzte schützt, die bereits einen Kassenvertrag haben sowie im System der Stellenplanung, welches aber wiederum nur jene Ärzte faktisch begünstigt, die bereits einen Kassenvertrag haben. Beide Instrumentarien bewirken einen Schutz der Ärzteschaft, dienen aber zweifelsohne auch ganz erheblichen Interessen der Versichertengemeinschaft (ausreichende Auslastung der Vertragsärzte als Element der Qualitätssicherung; Bestandsschutz für Vertragsärzte als Sicherungselement für eine wirtschaftlich abgesicherte Berufsausübung). Die vom Gesetzgeber gewählte kollektivrechtliche Absicherung ist insofern wohl legitim, als der Gesetzgeber davon ausgehen kann, daß die beteiligten Interessenverbände grundsätzlich eine sachlich gerechtfertigte und die Interessen der von ihnen Vertretenen entsprechende Lösung finden werden, wobei aber bei Verletzung der rechtlichen Vorgaben eine gerichtliche Inhaltskontrolle durchaus möglich bleibt.⁵⁾

⁵⁾ Vgl diesbezüglich die ständige Judikatur des OGH zur Inhaltskontrolle des KollIV, etwa OGH 16. 12. 1992, 9 Ob A 602/92 = DRdA 1993, 369 (Resch); 22. 6.

Dieses grundsätzliche Bekenntnis hindert freilich nicht, den insofern durchaus bestehenden Gestaltungsspielraum der Verbände gerichtlich nachzuprüfen bzw die Vorgaben des ASVG auch anhand anderer zu beachtender Rechtsvorschriften noch zu konkretisieren bzw zu ergänzen.

2. Vergaberecht

a) Allgemeines

Zu prüfen ist, inwieweit auf den Abschluß der Einzelverträge vergaberechtliche Grundsätze anzuwenden sind. Diese Überlegung hat bereits *Mosler*⁶⁾ in die Diskussion eingeworfen, sie erlangte aber vor allem jüngst durch eine EuGH-Entscheidung zum Abschluß eines Vertrags der Niederösterreichischen GKK mit einem Rettungstransportunternehmen vor dem Hintergrund des nationalen und europäischen Vergaberechts Aktualität.⁷⁾ Die Rechtslage erweist sich hierbei als mehrdimensional. Einerseits bestehen europarechtliche Vorgaben (wiederum aufgesplittet in generell anzuwendende Grundsätze aus dem Primärrecht und den nur eingeschränkt anzuwendenden Regelungen der verschiedenen Vergabe-RL) und andererseits bundes- und landesrechtliche Vergabevorschriften und dies alles spielt sich ab vor dem Hintergrund einer davon unabhängig in den Jahren zuvor entstandenen oberstgerichtlichen Schadenersatzjudikatur. Wie sich zeigt sind sämtliche der angesprochenen Regelungsbereiche für die gegenständliche Problematik relevant, was die rechtliche Analyse nicht gerade erleichtert.

b) Primärrechtliche Vorgaben

Von Interesse ist das primärrechtliche **Diskriminierungsverbot des Art 12 EGV** (idFd Amsterdamer Vertrags). Es kommt auch dann zur Anwendung, wenn die Vergabe-RL nicht anwendbar sind (zB weil die Schwellenwerte nicht erreicht werden bzw wenn keine Umsetzung in das nationale Recht erfolgt ist).⁸⁾ Verboten sind dadurch Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit auch dann, wenn die vorgegebenen Bedingungen nur von einhei-

1995, 8 Ob A 220/95 = DRdA 1996, 148 (*Resch*); zum Gesamtvertrag etwa *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 361f; *ders*, DRdA 1996, 434; *Fink/Grömmel/Oberhofer*, Honorarkürzungsregelungen in ärztlichen Gesamtverträgen (1996) 11 mwN.

⁶⁾ *Mosler*, DRdA 1996, 432.

⁷⁾ EuGH 24. 9. 1998, C-76/97 Tögel / NÖ GKK; dazu *Pelzl*, Nachprüfungsrichtlinie und Dienstleistungsaufträge, ELR 1998, 469ff; vgl weiters die am selben Tag ergangene Entscheidung EuGH 24. 9. 1998, C-111/97 EvoBus Austria GmbH / NÖ VOG; dazu *Pelzl*, Nachprüfungsrichtlinie und Versorgungsaufträge, ELR 1998, 472ff.

⁸⁾ *Erhart*, Öffentliches Auftragswesen, in *Röttinger/Weyringer* (Hrsg), *Handbuch der europäischen Integration*² (1996) 732f; *König*, Fehler bei der Ausschreibung und ihre Folgen für das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, RdW 1996, 54.

mischen Bietern oder von Bietern aus anderen Mitgliedstaaten nur mit größeren Schwierigkeiten erfüllt werden können.⁹⁾ Dieses Diskriminierungsverbot betrifft nicht nur den hoheitlich handelnden Staat, da das Gemeinschaftsrecht insofern nicht zwischen hoheitlich und privatwirtschaftlich handelnden Staat differenziert.¹⁰⁾ Geradezu klassische Beispiele für eine derartige mittelbare Diskriminierung sind die besondere Berücksichtigung der Umstände, daß bereits die Eltern eine Arztpraxis am Ort haben (Familiennachfolgen) oder die besondere Berücksichtigung der örtlichen Nähe (Hauptwohnsitz in der Sani-tätsgemeinde, für die die Kassenstelle ausgeschrieben wurde).¹¹⁾ Bereits *Mosler* hat erhebliche Bedenken gegen die Familiennachfolgen vorgebracht, hält die Regelung aber offenbar als doch noch nicht sittenwidrig, weil eine solche Privilegierung nicht jeglicher sachlicher Rechtfertigung entbehre. Ähnlich äußert er sich zum Wohnsitzerfordernis, kritisiert allerdings im konkreten Fall die Punktwertigkeit dieser Kriterien, womit er zeigt, daß er in geringerem Ausmaß eine Mitberücksichtigung dieser Kriterien für zulässig erachtet.¹²⁾ Schärfer ist freilich seine Kritik an diesen Vorschriften vor dem Hintergrund des Europarechts,¹³⁾ in gleicher Weise hat sich bereits *Funk*¹⁴⁾ geäußert. Als Beispiele für schlechtweg sachfremde und daher unzulässige Punkte nennt *Funk* die Heirat eines Ortsansässigen oder die Geburt im Bundesland.¹⁵⁾

Die immerhin erwogenen Gegenargumente ändern nichts am diskriminierenden Charakter der Regelungen. Durch beide Regelungen (Familiennachfolgen, Wohnsitzerfordernis) werden typischerweise Staatsangehörige anderer Mitgliedstaaten viel häufiger nachteilig betroffen als inländische Stellenwerber. Eine sachliche Rechtfertigung – zu suchen wäre aus dem Blickwinkel der Zielsetzungen des EGV nach legitimen sachlichen Interessen – ist mE nicht zu erblicken.¹⁶⁾ Das mögliche Argument der Patientenzufriedenheit (der Patient möchte von einem ortseingesessenen Mediziner behandelt werden) hat der EuGH in völlig anderem Zusammenhang schon zur Begründung herangezogen,¹⁷⁾ im Zusammenhang mit der Freizügigkeit der Dienstleistungserbringung

⁹⁾ EuGH 20. 9. 1988, Rs 31/87 Beentjes = Slg 1988, 4652.

¹⁰⁾ *MwN von Bogdandy* in *Grabitz/Hilf*, Kommentar zum EWG-Vertrag³ (ab 1996) Art 6 EGV Rz 28.

¹¹⁾ So etwa die zwischen OÖGKK und OÖ Ärztekammer vereinbarte Punkteliste; ebenso die Reihungsrichtlinien vereinbart zwischen Wiener GKK und Wiener Ärztekammer (das Wohnsitzerfordernis ist dort mittelbar, indem die Reihung nach dem Anmeldedatum erfolgt und eine Eintragung aber nur für Ärzte möglich ist, die Mitglieder der Ärztekammer für Wien, Niederösterreich oder Burgenland sind).

¹²⁾ *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 266f; *ders*, DRdA 1996, 432ff.

¹³⁾ DRdA 1996, 433.

¹⁴⁾ *VersRdSch* 1995, 55 unter Hinweis auf *Berscheid/Kirschbaum*, *Freie Berufe* in der EG (1991) 35, 40.

¹⁵⁾ *VR* 1995, 56. Vgl aber nunmehr eingehend *Wallner*, RdM 1999, 67ff mwN; vgl auch *Kopetzki* in diesem Band.

¹⁶⁾ *MwN* etwa *von Bogdandy* in *Grabitz/Hilf*, EWG-Vertrag³ Art 6 EGV Rz 25ff; eingehend aber jüngst *Wallner*, RdM 1999, 67ff.

¹⁷⁾ EuGH 10. 12. 1988, Rs C-279/97 Voeten, J. Beckers; dazu *Resch*, Feststellung der Invalidität bei Grenzgängern, ELR 1999, 92 ff.

sowie der mittelbaren Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit halte ich diesen Einwand – insb vor dem Hintergrund der Erläuterungen im Bosman-Urteil¹⁸⁾ – für nicht durchschlagend. Ich halte die Rechtslage daher insofern für ganz eindeutig. Die Regelung bezüglich Familiennachfolgen ist im übrigen auch vor dem Hintergrund des innerstaatlichen Rechts mE rechtswidrig – auf diese Frage braucht freilich im Hinblick auf die mE evidente Europarechtswidrigkeit der Regelung nicht eingegangen werden.¹⁹⁾ In gleicher Weise ist übrigens auch die Niederlassungsfreiheit gem Art 52 EGV zu beachten und tangiert.

c) Vergaberichtlinien

An sekundärrechtlichen Vorgaben sind einerseits die Dienstleistungs-RL und andererseits die Rechtsschutz-RL anzuführen.²⁰⁾ Vorweg ist festzuhalten, daß diese Vorgaben für den nationalen Gesetzgeber gelten, unabhängig von der Staatsangehörigkeit oder dem Niederlassungsort der Bieter und daher auch dann zu beachten ist, wenn nur inländische Bieter betroffen sind.²¹⁾

Zu beachten ist die Dienstleistungs-RL RL 92/50/EWG.²²⁾ Die RL ist grundsätzlich anwendbar: Der stellenwerbende freiberufliche Arzt ist als Dienstleistungserbringer iSd Art 1 lit c Dienstleistungs-RL zu qualifizieren. Jedenfalls erfüllt der KV-Träger die Definition eines „öffentlichen Auftraggebers“ (Art 1 lit b Dienstleistungs-RL).²³⁾

Möglicherweise gilt dies auch für die im Vergabeverfahren eingebundene Ärztekammer. Dabei besteht ein Problem in der Frage, ob die Ärztekammer „im Allgemeininteresse liegende Aufgaben“ („besoin d'intérêt general“ bzw „needs in the general interest“) erfüllt. Insofern ortet *Gutknecht* eine Kompromißformel, die bewußt unbestimmt gehalten wurde, um einen gewissen Abstand von bestehenden spezifisch einzelstaatlich geprägten Rechtsbegriffen zu wahren.²⁴⁾ Nach § 66 ÄrzteG 1998 ist nun der Wirkungskreis der Ärztekammer doch über die bloße Verfolgung berufsständischer Partikularinteressen hinausgehend weit formuliert. Während Abs 1 eher den Schwerpunkt auf der Interessenverfolgung des Berufsstandes legt, finden sich im Abs 2 durchaus im Allgemeininteresse liegende Aufgabenstellungen. Gleiches gilt mE für die

¹⁸⁾ EuGH 15. 12. 1995 Rs C-415/93 Bosman = Slg 1995 I 4921 = DRdA 1996, 278.

¹⁹⁾ Nach Art 7 Abs 1 B-VG sind Vorrechte der Geburt ausgeschlossen.

²⁰⁾ Zur EuGH-Rechtsprechung jüngst *Fruhmann*, Die Rechtsprechung des EuGH im Vergabewesen, ÖZW 1998, 33 ff.

²¹⁾ EuGH 25. 4. 1996, Rs C-87/94 Kommission / Belgien = EuZW 1996, 506.

²²⁾ RL 92/50/EWG des Rates vom 18. 6. 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (Dienstleistungs-RL), ABI L 209, I vom 24. 7. 1992; geändert mit der RL 92/52/EG vom 13. 10. 1997, ABI L 328, I vom 28. 11. 1997.

²³⁾ *Hailbronner*, Der Begriff des öffentlichen Auftraggebers nach den EG-Richtlinien zur Vergabe öffentlicher Aufträge, EWS 1995, 285 ff; weiters mwN etwa EuGH 17. 9. 1998, Rs C-323/96 Kommission / Belgien.

²⁴⁾ Auftragsvergabe bei ausgegliederten Rechtsträgern der öffentlichen Hand, in *Strunz/Fohler-Norek/Edstadler*, Öffentliche Verwaltung im Wandel (1996) 309.

Aufgabenstellung der Österreichischen Ärztekammer (§ 118 ÄrzteG 1998). Ich würde daher die Ärztekammern bereits aus diesem Grund als eine Institution qualifizieren, die auch iSd RL im Allgemeininteresse liegende Aufgaben erfüllt. Entscheidend ist die diesbezügliche Verweisung von Art 1 lit b Dienstleistungs-RL auf die Verzeichnisse der Einrichtungen des öffentlichen Rechts in der Baukoordinierungs-RL. Die Republik Österreich hat insofern im EWR-Abkommen bzw für die derzeit geltende Rechtslage im Beitrittsakt²⁵⁾ Anh I dieser RL²⁶⁾ wie folgt ergänzt: „Alle Körperschaften ohne industriellen oder kommerziellen Charakter, die der Finanzkontrolle des Rechnungshofs unterliegen“. Dieses Kriterium trifft auf die Ärztekammern jedenfalls zu (Art 127b B-VG).

Offen bleibt, ob die Ärztekammer selbst Auftraggeber ist, kommt es doch ihr gegenüber nicht zum Vertragsabschluß. Vielmehr kann sie nach dem ASVG am Abschlußverfahren nur mitwirken, wenngleich mit sehr weitgehenden Kompetenzen. Insofern würde ich eher eine Geltung der RL für die Ärztekammer im Hinblick auf den Abschluß der Einzelverträge verneinen (was nicht ausschließt, daß bei rechtswidrigem Verhalten der Kammer es nach allgemeinem Recht ihr gegenüber zu Schadenersatz nach der allgemeinen OGH-Judikatur zum Schadenersatz bei Vergabeverletzung kommen kann – dazu noch unten).

Die Dienstleistungs-RL greift allerdings nur bei Überschreiten eines gewissen **Schwellenwertes**: Sie greift nämlich nur dann, wenn der Auftragswert ohne Mehrwertsteuer 200.000,- ECU nicht übersteigt (bei einem Kurs von 13,7603 sind dies nunmehr öS 2.752.060,-). Bei Aufträgen, für die kein Gesamtpreis angegeben wird, ist Berechnungsgrundlage der vorraussichtliche Vertragswert, der sich bei Verträgen mit unbestimmter Laufzeit aus der monatlichen Zahlung multipliziert mit 48 ergibt (Art 7 Abs 5 Dienstleistungs-RL). Die üblichen § 2-Kassenverträge werden typischerweise in Summe ein solches Auftragsvolumen im Verhältnis zu den § 2-Kassen erreichen. Daß in den § 2-Verträgen mehrere Kassen erfaßt sind, hindert nicht die Zusammenrechnung, weil der EuGH auch Rahmenverträge dann vom Anwendungsbereich der RL erfaßt, wenn durch diese die verschiedenen Aufträge zu einem einheitlichen Auftrag zusammengefaßt werden und somit der Gesamtwert der Aufträge die jeweiligen Schwellenwerte übersteigt.²⁷⁾ Grundsätzlich kommt es daher zur Anwendbarkeit der Dienstleistungs-RL auch auf Kassenarztverträge.²⁸⁾

²⁵⁾ BGBl 1995/45, 2405.

²⁶⁾ Verzeichnis der Einrichtungen und Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel 1 Buchstabe b.

²⁷⁾ EuGH 4. 5. 1995, Rs C-79/94 Kommission / Griechenland Rz 13 ff = Slg 1995 I 1071; dazu auch *Hornbanger*, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, *ecolex* 1997, 221.

²⁸⁾ Unterhalb der Schwellenwerte gelten immerhin die Grundprinzipien des EGV, aber eben nicht die besonderen Vorschriften der Vergabe-RL, vgl *Fruhmann*, Europarecht und organisationsrechtliche Ausgestaltung des Vergaberechtsschutzes, *ecolex* 1997, 210.

Zu beachten ist nun als nächster Schritt Art 9 Dienstleistungs-RL, demzufolge für die in Anhang IB genannten Dienstleistungen nur die Art 14 und 16 Dienstleistungs-RL anzuwenden sind. In diesem Anhang IB sind unter anderem genannt „Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen“. Die Tätigkeit als Vertragsarzt eines KV-Trägers fällt mE eindeutig unter diesen Anhang IB. Die anzuwendenden Art 14 und 16 Dienstleistungs-RL normieren – neben der Einhaltung gewisser hier wohl nicht relevanter technischer Vorschriften – besondere Bekanntmachungspflichten gegenüber der Kommission, wobei nach Art 16 Abs 3 Dienstleistungs-RL die Auftraggeber in ihrer Bekanntmachung angeben, ob sie mit der Veröffentlichung einverstanden sind. Die Kommission hat nach Abs 3 die Regeln für eine allfällige Veröffentlichung festzulegen. Tatsächlich ist eine Veröffentlichung nur vorgesehen, wenn der Auftraggeber damit einverstanden ist.²⁹⁾ Auf Grundlage der Bekanntmachungen werden von der Kommission regelmäßige Berichte erstellt und veröffentlicht. Der Einfluß der Dienstleistungs-RL für das Kassenarztrecht ist somit – sofern die wenigen anwendbaren Regelungen beachtet werden – gering.

Wesentlich wichtiger ist Rechtsschutz-RL 89/665/EWG,³⁰⁾ die auch für die Verletzung der RL 92/50/EWG anzuwenden ist.³¹⁾ Die Mitgliedstaaten haben ein Nachprüfungsverfahren zumindest jedem zur Verfügung zu stellen, der ein Interesse an einem bestimmten Auftrag hat oder hatte und dem durch einen behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht (Art 1 Abs 3 Rechtsschutz-RL). Diese RL sieht das Erfordernis eines effizienten Rechtsschutzes bei der Vergabeentscheidung vor,³²⁾ erlaubt allerdings explizit die Beschränkung des Anspruchs auf Schadenersatz.³³⁾ Derzeit ist ein Vorabentscheidungsverfahren anhängig zur Frage, ob das Gemeinschaftsrecht auch eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung verlangt.³⁴⁾

Eine bloße Beschränkung auf den Vertrauensschaden genügt diesen Anforderungen nach der Judikatur des EuGH zum effizienten Rechtsschutz nicht.³⁵⁾ Sieht man in einer Schadenspauschalierung eine sinnvolle legislative Alternative, ist zu beachten, daß dann das Ausmaß der Pauschale auf dem Prüfstand steht. Die legislative Lösung im GleichbG (nach § 2a Abs 1 GleichbG erhält der nicht zum Zug kommende Bewerber zwei Monatsgehäl-

²⁹⁾ Erhart in Röttinger/Weyringer, aaO 746.

³⁰⁾ RL 89/665/EWG des Rates zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge, ABl L 395, 33 vom 30. 12. 1989.

³¹⁾ Art 1 Abs 1 Rechtsschutz-RL idFd Art 41 der RL 92/50/EWG.

³²⁾ So das Bekenntnis des EuGH 11. 8. 1995, Rs C-433/93 Kommission / BRD Rz 18 f = Slg 1995 I 2303.

³³⁾ Art 2 Abs 6 Rechtsschutz-RL.

³⁴⁾ BVA 3. 3. 1998, Rs C-81/98 = ÖZW 1998, 49 (Platzer).

³⁵⁾ EuGH 22. 4. 1997, Rs C-180/95 Draehmpaehl / Urania Immobilienservice OHG = Slg 1997 I 2122; weiters EuGH 8. 11. 1990, Rs C-177/88 Dekker = Slg 1990 I 3941.

ter) genügt nach der EuGH-Judikatur diesen Anforderungen jedenfalls nicht.³⁶⁾ Fraglich ist allerdings, ob diese Vorgabe nur bei Verletzung der relevanten RL-Bestimmungen zur Anwendung kommt (was angesichts des engen Anwendungsbereichs der Dienstleistungs-RL für den Bereich Soziales und Gesundheit kaum der Fall sein wird), oder aber auch bei Verletzungen von Primärrecht. Da die RL im untrennbaren Konnex mit dem Primärrecht steht, wird wohl für jede Europarechtsverletzung im Rahmen des Vergaberechts das Erfordernis eines effizienten Rechtsschutzes zu beachten sein, wobei die Rechtsschutz-RL jedenfalls Richtschnur abgeben kann. Man kann es sich aber ohnehin leichter machen, denn dieses Ergebnis findet in ausreichender Weise bereits seinen Niederschlag in der Rechtsschutz-RL, bezieht sich doch deren Art 1 Abs 1 auf „Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“.

d) Bundesvergabegesetz 1997

Für die Kontrolle der Vergabeentscheidungen der SV-Träger und des Hauptverbandes der SV-Träger ist das BVergG 1997 zu beachten (§ 11 Abs 1 Z 4 BVergG 1997).³⁷⁾

Für die Kontrolle der Vergabeentscheidungen der Ärztekammern stellt sich in gleicher Weise wie zur Dienstleistungs-RL die Frage, ob die Ärztekammern im Allgemeininteresse liegende Aufgaben verfolgt. Nach den Materialien zum BVergG³⁸⁾ ist darunter ein gewisser Kernbereich von Agenden (etwa im Bereich der Daseinsvorsorge) zu verstehen, welche im Interesse des Gemeinwohles vom Staat als Träger des Interesses der Gesamtheit besorgt wird. Dies wäre mE im Hinblick auf die konkrete Aufgabenstellung der Ärztekammern eher zu bejahen. Allerdings fallen die Landeskammern deshalb nicht unter das BVergG, weil sie unter der Aufsicht des Landes steht (gem § 195 ÄrzteG 1998 übt für sie die Landesregierung das Aufsichtsrecht aus; § 11 Abs 1 Z 2 BVergG 1997 stellt demgegenüber auf Selbstverwaltungskörper ab, die unter der Aufsicht des Bundes stehen). Insofern wäre zu prüfen, ob das jeweilige LandesvergG zur Anwendung kommt.³⁹⁾ Wieder müßte aber die Anwendung des Vergaberechts daran scheitern, daß die Ärztekammer selbst nicht potentieller Vertragspartner ist.

Das BVergG 1997 enthält die gleichen Schwellenwerte wie die Dienstleistungs-RL (§ 7 BVergG 1997). Entsprechend der Kundmachung BGBI II 1999/221 beträgt der Gegenwert für 200.000 ECU öS 2.752.060,-.

³⁶⁾ Zur diesbezüglichen EuGH-Rechtsprechung *Mosler*, Geschlechterdiskriminierung bei der Einstellung von Arbeitnehmer/innen, WBl 1997, 365 ff; insofern dürfte sein Vorschlag einer pauschalierten Schadenersatzregelung analog dem GleichbG in DRdA 1996, 437 in bezug auf die gegenständliche Problematik überholt sein.

³⁷⁾ Zur früheren Rechtslage etwa *Krejci*, Vergaberecht und zivilrechtlicher Bierschutz, ÖZW 1982, 33 ff.

³⁸⁾ RV 323 BlgNR 20. GP 78.

³⁹⁾ Entsprechende Untersuchungen zu den Landesgesetzen fehlen weitgehend; vgl aber zum Kärntner Landesrecht *Rebhahn*, Vergaberecht des Landes Kärnten, in *Rebhahn* (Hrsg), Beiträge zum Kärntner Landesrecht (1995) 179 ff.

Allerdings gilt auch hier wiederum – parallel zur Dienstleistungs-RL – eine wesentliche Einschränkung nach § 3 Abs 2 iVm Anh IV BVergG 1997: Auf Dienstleistungen im Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen – worunter die Vergabe ärztlicher Einzelverträge mE zweifelsohne fallen wird – sind nämlich nur der erste und der vierte Teil (also die Regelungen über den Geltungsbereich und den Rechtsschutz) anzuwenden sowie aus dem materiellen Vergaberecht nur die §§ 61, 63, 64 und 69 BVergG 1997.

§ 61 BVergG 1997 normiert (parallel zu Art 16 Dienstleistungs-RL) eine Bekanntmachungspflicht gegenüber dem Amt für amtliche Veröffentlichungen der EG sowie eine Veröffentlichungspflicht im vom BMWA herausgegebenen Amtlichen Lieferungsanzeiger, wobei die Veröffentlichung nicht vor dem Tag der Absendung an das Amt für amtliche Veröffentlichungen zu erfolgen hat. § 63 BVergG 1997 normiert eine Bekanntmachungspflicht für vergebene Aufträge, die aber für die hier relevanten Aufträge (jene nach Anhang IV) nach Abs 2 nur greift, sofern die Auftraggeber damit einverstanden sind. Diese Bekanntmachungspflicht könnte man daher für die Vergabe der Kassenverträge ausschalten. § 64 BVergG 1997 normiert formale Erfordernisse für die Bekanntmachungen. § 69 BVergG 1997 enthält wiederum technische Spezifikationen (vgl Art 14 Dienstleistungs-RL), die für die gegenständliche Problematik wohl nicht von Interesse sind.

Von besonderem Interesse sind die im Verfahren nach dem BVergG 1997 anzuwendenden Rechtsschutzmechanismen. Hier wurde ein typisch österreichischer Weg gewählt. Anstelle die unabhängigen Gerichte zuständig zu machen, wurden neue sozialpartnerschaftlich besetzte Kollegialbehörden mit richterlichem Einschlag geschaffen und zwar die Bundes-Vergabekontrollkommission und das Bundesvergabeamt, deren Mitglieder weisungsfrei sind (§ 101 Abs 1 BVergG 1997), wobei penibel darauf geachtet wird, daß – abgesehen vom Vorsitzenden und dessen Stellvertretern, die nach § 99 Abs 4 BVergG 1997 dem Richterstand angehören müssen – die Mitglieder in gleicher Weise von Interessenvertretungen entsendet werden, die die Auftraggeber und die Auftragnehmer vertreten (§ 99 Abs 5 BVergG 1997).⁴⁰⁾

Für uns hier entscheidend ist vor allem die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes nach § 113 BVergG 1997: Das Bundesvergabeamt ist auf Antrag zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig. Bis zur Zuschlagserteilung erläßt es einstweilige Verfügungen sowie erklärt rechtswidrige Entscheidungen der auftragsvergebenden Stelle für nichtig, sofern Verstöße gegen das BVergG 1997 sowie seine Durchführungsverordnungen vorliegen. Nach Zuschlagserteilung bzw nach Abschluß des Vergabeverfahrens hat es festzustellen, ob wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 1997 nicht dem Bestbieter der Zuschlag erteilt wurde. Auf Antrag des Auftraggeber hat es festzustellen, ob ein übergangener Bewerber oder Bieter auch bei Einhaltung

⁴⁰⁾ Vgl dazu etwa *Thienel*, Vergabekontrollkommission und Vergabeamt nach dem Bundesvergabeg, ÖZW 1993, 65ff; jüngst etwa *Heid/Hauck/Preslmayr*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) 176ff.

des BVergG 1997 „keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte“.

Der Anspruch auf Schadenersatz setzt eine vorherige Entscheidung des Bundesvergabeamtes voraus (§ 125 Abs 2 BVergG 1997) und erfaßt zufolge § 122 BVergG 1997 nur den Vertrauensschaden, also konkret den „Ersatz der Kosten der Angebotserstellung und der durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstandenen sonstigen Kosten“. Bei strafbaren Handlungen besteht überdies nach Abs 3 ein Rückgriffsrecht gegen den Auftraggeber. Etwas kryptisch ist nun der § 124 BVergG: „Im übrigen bleiben die nach anderen Rechtsvorschriften bestehenden Ersatzansprüche, Solidarhaftungen sowie Rücktrittsrechte unberührt.“ Daraus wird etwa von einer Mindermeinung abgeleitet, daß nach allgemeinen schadenersatzrechtlichen Grundsätzen sogar ein Erfüllungsanspruch in Form eines Kontrahierungsanspruchs des Übergangenen möglich bleibt, sofern der siegreiche Bieter von den besseren Bewerbungsvoraussetzungen des Übergangenen gewußt hat.⁴¹⁾

Unklar ist § 124 BVergG 1997, der entweder nach allgemeinem Recht das Erfüllungsinteresse offen läßt oder aber (iVm § 122 BVergG 1997) als Beschränkung auf den Vertrauensschaden zu qualifizieren ist. *Korinek* deutet die Norm eher als unvollständige Vorschrift und ergänzt sie verfassungskonform iSd allgemeinen Schadenersatzrechts.⁴²⁾

Eine Beschränkung des Schadenersatzanspruchs auf den Vertrauensschaden im BVergG 1997 verstößt gegen die Rechtsmittel-RL, da insofern kein effizienter Rechtsschutz liegt. Diese in anderem Zusammenhang hinlänglich ausjudizierte Rechtsprechung des EuGH⁴³⁾ kann mE zwanglos auch auf die Rechtsmittel-RL angewendet werden,⁴⁴⁾ wobei sich die Frage stellt, ob für diesen Ersatzanspruch überhaupt ein Verschulden erforderlich ist,⁴⁵⁾ was aber im gegenständlichen Zusammenhang deshalb kein Problem sein wird, weil ein solches regelmäßig vorliegen wird. Vermutlich würde man mit einer richtlinienkonformen Interpretation des BVergG 1997 das Auslangen finden. Ansonsten könnte der übergangene Bewerber gegen den Träger aufgrund unmittelbarer Anwendung der RL Schadenersatz fordern, wobei der Ersatzanspruch auf das volle Erfüllungsinteresse geht. Einer unmittelbaren Anwendung der RL im Verhältnis zum SV-Träger steht dessen Qualifikation als Selbstverwaltungskörper nicht entgegen – zumindest geht davon offenbar der österreichische OGH aus.⁴⁶⁾

⁴¹⁾ *Wilhelm*, Das schale Salz der Vergabegesetze und wie das Salz gesalzen wird – Erzwingbarer Vertragsschluß mit dem Bestbieter, *ecolx* 1998, 382 f.

⁴²⁾ Vergaberecht, in *Raschauer* (Hrsg), Grundriß des österreichischen Wirtschaftsrechts (1998) Rz 751.

⁴³⁾ Vgl die oben zitierten Rs *Draehmpaehl und Dekker*.

⁴⁴⁾ *Holoubek*, Vergaberechtsschutz durch Schadenersatz, *ZfV* 1998, 600.

⁴⁵⁾ *Holoubek*, *ZfV* 1998, 600.

⁴⁶⁾ OGH 31. 3. 1998, 10 Ob S 462/97g: Damit legt der zehnte Senat die Frage vor, ob das unterschiedliche Pensionsalter richtlinienwidrig ist. Dies setzt aber im sozialgerichtlichen Leistungsverfahren zwingend voraus, daß die RL unmittelbar auf den Träger anzuwenden ist, ansonsten käme es höchstens zu einer Staatshaftung, für die das sozialgerichtliche Verfahren aber einen unzulässigerweise bestrittenen Rechtsweg

Ein weiteres Problem stellt sich – neben der bereits erläuterten möglichen RL-Widrigkeit des § 122 BVergG 1997 – aus dem Blickwinkel der Inländerdiskriminierung: Ausgangspunkt ist der erwähnte Fall der Primärrechtsverletzung durch Ausländerdiskriminierung, wo die Beschränkung auf den Vertrauensschaden sicher keine ausreichende staatliche Sanktion bildet. Anerkennt man aber dort das Erfüllungsinteresse, würde der Gleichheitssatz für eine entsprechende Anwendung auch auf rein innerstaatliche Sachverhalte sprechen.

e) Allgemeine innerstaatliche Vorgaben aus dem Vergaberecht

Die veröffentlichten Entscheidungen betreffen bei Vergaberechtsverletzungen vor allem Schadenersatzansprüche.⁴⁷⁾ Der OGH hat in einem vom BVergG nicht erfaßten Fall zuletzt dem übergangenen Bieter das Erfüllungsinteresse zugesprochen.⁴⁸⁾ Die Rechtsprechung war insofern etwas wechselhaft, hat sich aber zuletzt auf diesen Stand eingependelt, nachdem bereits über Jahre entsprechende wissenschaftliche Vorarbeit geleistet worden ist.⁴⁹⁾ Die Judikatur begründet ihre Position damit, daß auch interne Vergaberichtlinien die anerkannten Sorgfaltspflichten „in contrahendo“ konkretisieren und daher bei Verletzung der vorschriftswidrig Übergangene den Vertrauensschaden gegen den Auftraggeber geltend machen kann.⁵⁰⁾ Dh auch wenn dem übergangenen Bieter bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers nicht jedenfalls der Zuschlag zu erteilen gewesen wäre, gewährt die Rechtsprechung den Vertrauensschaden, der insb (aber nicht nur) die Kosten der Angebotserstellung

bildet. Die bisher ergangenen EuGH-Entscheidungen zur unmittelbaren Wirkung einer RL im Sozialrecht sind nicht unmittelbar auf das österreichische Selbstverwaltungssystem des ASVG übertragbar.

⁴⁷⁾ Unterlassungsanspruch vor Zuschlagserteilung OGH 28. 1. 1997, 4 Ob 2360/96d = WBI 1997, 217; Beseitigungsanspruch bzw Anspruch auf Zulassung zum Verfahren OGH 22. 11. 1994, 4 Ob 573/94 = ecolex 1995, 328; Anspruch auf Beteiligung am Verfahren OGH 29. 11. 1989, 1 Ob 663/89 = JBI 1990, 520.

⁴⁸⁾ OGH 19. 10. 1994, 7 Ob 568/94 = WBI 1995, 77 = ecolex 1994, 95; obiter dictum bereits in OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342; weiters OGH 29. 11. 1989, 1 Ob 663/89 = JBI 1990, 520; jüngst 12. 8. 1998, 4 Ob 188/98w und 20. 8. 1998, 10 Ob 212/97v.

⁴⁹⁾ Etwa mwN *Krejci*, Vergaberecht und zivilrechtlicher Bieterschutz, ÖZW 1982, 33 ff; *Aicher*, Schlußbericht des Forschungsprojekts „Vergabe von Bauleistungen, Verfahren und Kriterien zur Ermittlung des Bestbieters“ der Österreichischen Gesellschaft für Baurecht, in *Korinek/Rill*, (Hrsg) Zur Reform des Vergaberechts (1985) 345 ff; *Peter Doralt*, Privatrechtliche Aspekte des Vergabegesetzesentwurfes, in *Korinek/Rill*, aaO 91 ff; *Korinek*, Sind Vergabefehler unvermeidlich? Die Kontrolle öffentlicher Aufträge, in *Kraus/Schwab* (Hrsg), Wege zur besseren Finanzkontrolle (1992) 73 ff; *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 152 ff; jüngst *Holoubek*, ZfV 1998, 597 ff und *Rummel*, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 10 ff.

⁵⁰⁾ OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87 = WBI 1988, 433 = ÖBI 1989, 77; 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342; 10. 10. 1989, 4 Ob 535/89 = RdW 1990, 43; 29. 11. 1989, 1 Ob 663/89 = JBI 1990, 520.

umfaßt.⁵¹⁾ Die dahinter stehende Überlegung geht dahin, daß sich die Bieter im Vertrauen am Verfahren beteiligen, daß die vergebende Stelle sich rechtmäßig verhält.⁵²⁾ Schafft der Werber den schwierigen Nachweis, daß ohne die Pflichtverletzung der Vertrag mit ihm abgeschlossen worden wäre, gebührt der Ersatz des Erfüllungsinteresses, also der entgangene Gewinn.⁵³⁾

Das in den bis dahin ergangenen Entscheidungen aufgetretene Problem, daß in contrahendo kein Ersatzanspruch gebührt, wenn vor der Vergabe überhaupt keine Kontaktaufnahme zu geschäftlichen Zwecken erfolgt ist,⁵⁴⁾ hat *Aicher* mit einem Lösungsmodell dogmatisch in den Griff bekommen.⁵⁵⁾ Er postuliert die unmittelbare Fiskalgeltung des Gleichheitssatzes, dessen Verletzung Unterlassungs- und im Fall des Verschuldens auch Schadenersatzansprüche nach sich zieht. Der durch die Vergabevorschriften konkretisierte Gleichheitssatz ist als Schutzgesetz iSd § 1311 ABGB aufzufassen, dessen Verletzung auch ohne vertragliche Beziehung Ersatzansprüche auslöst.⁵⁶⁾

Bereits im Bereich der Subventionsverwaltung hat der OGH die Fiskalgeltung der Grundrechte und insb des Gleichheitssatzes bestätigt. Erforderlich ist nicht eine Vergabe im Gießkannenprinzip, allerdings muß eine objektiv bestimmbare, sachlich gerechtfertigte Eingrenzung des berechtigten Kreises vorgenommen werden.⁵⁷⁾ Diese Position wurde noch bekräftigt:⁵⁸⁾

„Wer immer – kraft Gesetzes, durch Bescheid oder rechtsgeschäftlichen Akt – berufen wurde, Geld oder geldwerte Leistungen aus Gemeinschaftsmitteln zur Beförderung bestimmter Gemeinschaftsanliegen an Einzelrechtsträger zu deren förderungszielgerechten Verwendung zu verteilen, tritt mit Beginn des Verteilungsvorganges gegenüber allen, die nach dem vorgegebenen (allenfalls vom Mittler nach Art, Zeit und Umfang der Leistung noch näher bestimmten) Förderungsziel abstrakt als Empfänger in Betracht zu ziehen wären, in ein – der Art nach dem vorvertraglichen Schuldverhältnis vergleichbares – gesetzliches Schuldverhältnis. Dieses wird nach der Herkunft der Mittel und der im Gemeinschaftsinteresse gelegenen Zielsetzung durch ein Diskriminierungsverbot iS des Gleichbehandlungsgrundsatzes bestimmt. Die Einhaltung dieses Grundsatzes ist unabdingbar und auch im Fall der privatrechtlichen Ausgestaltung des Verteilungsvorganges zum Schutz der Leistungsempfänger einer privatautonomen Regelung zu deren Nachteil entzogen.“

⁵¹⁾ IdS wohl OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342; vgl dazu auch *Holoubek*, ZfV 1998, 598.

⁵²⁾ Vgl *Holoubek*, ZfV 1998, 598; vgl auch OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342 (Bieter darf auf die Einhaltung der Selbstbindungsregeln vertrauen).

⁵³⁾ Etwa OGH 13. 4. 1988, 1 Ob 539/88 = WBI 1988, 342.

⁵⁴⁾ OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87 = WBI 1988, 433 = ÖBI 1989, 77.

⁵⁵⁾ Die Vergabekontrollkommission in ihrer Bedeutung für die österreichische Rechtsentwicklung und für die Angleichung an das Recht der EG, in *Korinek/Aicher* (Hrsg), Vergabekontrollkommission (1991) 25 ff.

⁵⁶⁾ Ebenso *Korinek/Holoubek*, Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993) 154.

⁵⁷⁾ OGH 18. 12. 1992, 6 Ob 563/92 = ÖZW 1993, 55.

⁵⁸⁾ OGH 26. 1. 1995, 6 Ob 514/95 = ÖZW 1996, 51 (*Kalss*) = JBI 1995, 582.

In einer jüngeren zum Vergaberecht ergangenen Entscheidung sah der OGH⁵⁹⁾ in der Verletzung von Selbstbindungsnormen (interne Dienstanweisungen) als Vergabennormen eine Verletzung des zwingend einzuhaltenden Gleichheitsgrundsatzes. Rechtsgrundlage des Ersatzanspruchs ist die culpa in contrahendo.⁶⁰⁾ Von demjenigen, der öffentlich zur Zeit und Mittel kostenden Anbotsstellung einlädt, ist zu erwarten, daß er seinen Aufruf ernst meint und auch bereit ist, die Angebote sachlich und sorgfältig zu prüfen und die Bewerber dabei fair und somit auch gleich zu behandeln. Insofern bekräftigt der OGH seinen Rechtssatz, daß dann das Erfüllungsinteresse gebührt, wenn ohne die Pflichtverletzung der Vertrag zustandegekommen wäre.

Die Fiskalgeltung der Grundrechte findet **auch auf die kassenärztliche Auswahlentscheidung** Anwendung. Diese zutr Folgerung haben bereits *Funk*⁶¹⁾ sowie *Mosler*⁶²⁾ gezogen.

Zu beachten ist, daß diese Rechtsprechung natürlich ihre Grenzen bei geteiligen gesetzlichen Anordnungen finden muß, wählt der OGH bzw das OLG nicht den Weg eines Gesetzesprüfungsverfahrens vor dem VfGH bzw jenen einer Vorlage an den EuGH. Wollte man also etwa eine spezielle Schadenersatzregelung in das ASVG aufnehmen, müßte diese vor den Wertungen der Verfassung und des Europarechts bestehen.

3. Gesamtvertrag

Im **Mustergesamtvertrag** finden sich in den §§ 4f die Regelungen für die Auswahl der Vertragspartner: Nach § 5 Abs 1 überprüft die Ärztekammer die Voraussetzungen der Bewerber für die vertragsärztliche Tätigkeit. Sie leitet die Anträge mit ihrer Stellungnahme binnen drei Wochen nach Ablauf der Ausschreibungsfrist an den Träger weiter und erstattet einen begründeten Vorschlag, der wiederum binnen vier Wochen einen begründeten Gegenvorschlag zu erstatten hat. Die Auswahl bedarf des Einvernehmens. Kommt binnen zwei Wochen ein Einvernehmen nicht zustande, entscheidet die Landesschiedskommission auf Antrag einer der Vertragsparteien. Nach Abs 2 können die Vertragsparteien Richtlinien für die Auswahl vereinbaren.

Der Gesamtvertrag für die § 2-Kassen mit der **OÖ Ärztekammer** hält inhaltlich ganz an den Mustergesamtvertrag.

Der Gesamtvertrag für die § 2-Kassen mit der **Wiener Ärztekammer** sieht dagegen eine wesentliche Konkretisierung vor, die sich nicht in § 5 findet, der wortgleich zum Mustergesamtvertrag die Auswahl der Vertragsärzte regelt, sondern erst in Anhang I und Anhang II des Vertrags. Die dort vorgesehenen Richtlinien sind in mehrfacher Hinsicht beachtenswert: Entscheidend ist

⁵⁹⁾ OGH 19. 10. 1994, 7 Ob 568/94 = WBl 1995, 77 = ecolx 1994, 95.

⁶⁰⁾ IdS bereits OGH 31. 5. 1988, 4 Ob 406/87 = WBl 1988, 433 = ÖBl 1989, 77; 10. 10. 1989, 4 Ob 535/89 = RdW 1990, 43; 29. 11. 1989, 1 Ob 663/89 = JBl 1990, 520; jüngst 12. 8. 1998, 4 Ob 188/96w.

⁶¹⁾ Rechtsstaatliche Anforderungen an die Vergabe von Kassenverträgen, VR 1995, 55.

⁶²⁾ DRdA 1996, 432.

für die praktischen Vertragsärzte nach Anhang I eine Reihungsliste, wobei der Tag des Einlangens der Vormerkung bei der Kammer bzw der Kasse entscheidend ist. Entscheidend ist grundsätzlich das Datum der Vormerkung. Fälle sozialer Härte können im Einvernehmen gesondert berücksichtigt werden. „Außerdem, ist bei der Übernahme von Ordinationen ausgeschiedener Vertragsärzte auf deren Ehegatten, Kinder, Schwiegerkinder, Eltern, Schwiegereltern, Geschwister und gesetzlich anerkannte Lebensgefährten vorrangig Bedacht zu nehmen.“ Bei den Auswahlkriterien für die Vertragsfachärzte wird in Anhang II grundsätzlich nach dem Niederlassungsdatum im jeweiligen Bezirk gereiht. Es folgt dann insb eine Sonderregel im Hinblick auf die soziale Lage.

Anhang I und II des Wiener Gesamtvertrags ist für den Juristen eine wahre Fundgrube. Das primäre Abstellen auf das Niederlassungsdatum im jeweiligen Bezirk ist ebenso wie die Bevorzugung von Familiennachfolgen und das Abstellen auf die Vormerkung bei der Wiener Kammer eine mittelbare Diskriminierung von EU-Bürgern. Eine vor dem Hintergrund des EGV taugliche sachliche Rechtfertigung ist nicht ersichtlich. Auf die anderen Punkte ist unten im Rahmen der Erläuterung der Reihungsrichtlinien einzugehen.

Die Regelungen des Gesamtvertrags sind – soweit sie wirksam zustandegekommen sind – bekanntlich für die Einzelverträge zwingend. Ihre Vorgaben binden im vorvertraglichen Stadium jedenfalls den KV-Träger als vertrags-schließende Partei schuldrechtlich. Ob sich der Stellenwerber unmittelbar auf eine Verletzung des Gesamtvertrags stützen kann, ist fraglich, da er diesem nicht normativ unterliegt. In der Verletzung der internen Bindungen aus dem Gesamtvertrag liegt allerdings eine Verletzung der Ermessensvorgaben für den Träger und diese Selbstbindung ist im Hinblick auf die vom OGH angenommene Grundrechtsdrittwirkung auch gegenüber dem Stellenwerber in contrahendo beachtlich. Es es daher nicht ausgeschlossen, daß sich auch der Stellenwerber auf die das Auswahlverfahren betreffenden gesamtvertraglichen Regelungen stützen kann.

4. Reihungsrichtlinien

a) Allgemeines

Die gesamtvertraglichen Regelungen werden in der Praxis regelmäßig ergänzt durch Reihungsrichtlinien der Ärztekammern, die idR im Einvernehmen mit der jeweiligen Gebietskrankenkasse beschlossen innerhalb der Ärzteschaft kundgemacht werden. Wie aufgezeigt sind diese Reihungsrichtlinien regelmäßig bereits im Gesamtvertrag als mögliches ergänzendes Regelungsnetz genannt. Wendet der Träger Reihungsrichtlinien an, auf deren Zustandekommen er keinen Einfluß genommen hat, ändert dies an der rechtlichen Verantwortlichkeit des Trägers grundsätzlich nichts, da er dann eben die Fremdvorgaben willentlich zu seinen eigenen Auswahlkriterien macht. Insofern liegt freilich eine letztlich nur im Aufsichtsweg justiziable gesetzwidrige Vorgangsweise, da die fortgesetzte passive Hinnahme fremder Vorgaben durch den KV-Träger dem Auftrag des ASVG widerspricht.

Fraglich ist die Rechtsnatur dieser Reihungsrichtlinien. Ihre Deutung als Teil des Gesamtvertrags scheidet dort aus,⁶³⁾ wo die Reihungsrichtlinien nicht von den im ASVG für den Abschluß des Gesamtvertrags zuständigen Institutionen abgeschlossen wurden: Gem § 342 Abs 1 ASVG schließt nämlich der Hauptverband für den KV-Träger ab. Auch in diesen Fällen, wo der Träger selbst die Richtlinien vereinbart, könnte man darin immerhin eine Verweisung des Gesamtvertrags sehen. Allerdings wäre diese Verweisung wiederum wohl nur in Form einer statischen Verweisung zulässig,⁶⁴⁾ was offenbar nicht Absicht der Vertragsparteien war. Es dürfte sich daher eher um interne⁶⁵⁾ einseitige Ausschreibungsvorgaben des jeweiligen KV-Trägers handeln, die dieser im Rahmen der Grenzen der höherrangigen Normen seiner Ausschreibung im Einklang mit den Vorgaben des ASVG (Einvernehmen mit der Ärztekammer herstellen) zugrunde legt. Insofern liegt also eine **einseitige Konkretisierung der Vergabevoraussetzungen** durch den künftigen Vertragspartner vor, also eine Selbstbindung der die Vergabeentscheidung fällenden Stelle. Da es ausschließlich um die Voraussetzungen für den Abschluß privatrechtlicher Verträge geht, dürfte es sich um ein Rechtsinstitut des Privatrechts handeln, da insofern der KV-Träger ja im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Als Rechtsinstitut des Privatrechts unterliegen damit aber die Reihungsrichtlinien neben der jedenfalls bestehenden Rechtskontrolle durch die jeweilige Aufsichtsbehörde auch im streitigen Verfahren der Inhaltskontrolle durch die Gerichte. Die Gesetzeswidrigkeit kann im Vergabeverfahren ihre Nichtigkeit nach § 879 ABGB nach sich ziehen, und zwar unabhängig vom Schicksal der entsprechenden Beschlüsse innerhalb des Trägers bzw der Ärztekammer.⁶⁶⁾

Bei der Festlegung der seiner Vergabeentscheidung zugrundeliegenden Punkteliste haben die Ärztekammer und der KV-Träger – ungeachtet der vom OGH anerkannten Fiskalgeltung der Grundrechte bei der Vergabeentscheidung – sicher einen **erheblichen Gestaltungsspielraum**. Dies folgt ja letztlich bereits aus der Gesamtkonstruktion der ASVG-Regelungen, indem die Konkretisierung den beteiligten Verbänden überlassen wird, also die Verbandsautonomie einen erheblichen Stellenwert im System genießt. Die Berücksichtigung mancher Kriterien scheidet freilich bereits an den gemeinschaftsrechtlichen oder an zwingenden innerstaatlichen Vorgaben. Zu beachten ist bei den innerstaatlichen Vorgaben vor allem die **Fiskalgeltung der Grundrechte**, also im Vergleich zum normalen Privatrecht eine Sachlichkeitsbindung vergleichbar mit der Grundrechtsbindung der Hoheitsverwaltung: Daß zentrale Auswahlkriterien jene der persönlichen und fachlichen Kompetenz des Stellenwerbers sein müßten, legt einerseits der Vergleich zu den gesetzlichen Vorgaben im

⁶³⁾ Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 266; ders, DRdA 1996, 434.

⁶⁴⁾ Vgl zur insofern geführten parallelen Diskussion zur Normsetzungsbefugnis des Kollektivvertragsparteien Strasser, Arbeitsrecht II³, 151 f; eingehend ders, Verweisungen im Kollektivverträgen, FS Floretta (1983) 627 ff.

⁶⁵⁾ Mosler, DRdA 1996, 434.

⁶⁶⁾ In bezug auf diese wäre allenfalls eine formelle Aufhebung (auch im Aufsichtsweg) erforderlich (vgl dazu Mosler, DRdA 1996, 434).

öffentlichen Dienstrecht nahe. Andererseits entspricht nur dieses der Absicht des Gesetzgebers des ASVG, im Interesse der bestmöglichen Versorgung der Versicherten den bestqualifizierten Bewerber auszuwählen.⁶⁷⁾ Die beinahe schon philosophische Frage ist aber die, wonach beurteilt man den für die Patienten besten Arzt? Prüfungsnoten oder menschliche Kompetenz? Was soll überwiegen? Insofern besteht durchaus ein nicht unerheblicher Gestaltungsspielraum. Daß anderen Kriterien – wie etwa soziale Gesichtspunkte in der Person des Stellenwerbers – eine wie auch immer zu gewichtende Rolle zukommen kann, mag je nach Kriterium mE noch im Ermessensspielraum liegen, wenngleich etwa die Sachlichkeit der Mitberücksichtigung der sozialen Situation von Funk⁶⁸⁾ in Frage gestellt wird.

Wesentlich sind hier noch die Vorgaben an das **Vergabeverfahren**. Transparente und faire Verfahrensvorgaben fordert der OGH in seiner Judikatur, sie sind letztlich auch Folge der Fiskalgeltung der Grundrechte. Ungeachtet der nur rudimentären Geltung des BVergG 1997 gehen seine hier anzuwendenden Rechtsschutzinstrumentarien vom Erfordernis gewisser grundlegender Verfahrensgarantien aus. In der Lehre verlangen Funk⁶⁹⁾ und Mosler⁷⁰⁾ die Öffentlichkeit der Ausschreibung, die Entscheidung nach objektiven Kriterien und die Begründung der Auswahlentscheidung (auch im Verhältnis zum Stellenwerber) als „rechtsstaatliches Pflichtprogramm für das Vorgehen“. Jedenfalls im Verhältnis zum vorgezogenen Mitbewerber wird wohl auch eine entsprechende Akteneinsicht zu gewähren sein. Insofern würde ein falsch verstandener Datenschutz⁷¹⁾ die Rechtsdurchsetzung ad absurdum führen.

Prinzipiell halte ich den Weg der Transparenz und der Nachprüfbarkeit der Vergabeentscheidung im Wege einer für die Beteiligten einsehbaren Punktelistenentscheidung nach öffentlicher Ausschreibung für einen vorbildlichen rechtskonformen Weg, faire Verfahrensvorgaben allen Stellenwerber zu bieten. Dieser Hinweis ist nötig, darf doch die folgende Kritik an einzelnen Punkten nicht dazu führen, daß gleichsam das Kind mit dem Bad ausgeschüttet wird und auch das System der Punkteliste aufgegeben wird.

b) Beispiele für Entscheidungskriterien der Reihungsrichtlinien

Im Einzelnen finden sich durchaus problematische Regelungen in den bestehenden Reihungsrichtlinien.

Die Rechtswidrigkeit und Nichtigkeit der Reihungsrichtlinien in Bezug auf die **Familiennachfolgen** und **Wohnsitzerfordernisse** wurden oben bereits behandelt. Neben der Europarechtswidrigkeit ist auch vor dem Blickwinkel des Gleichheitssatzes eine sachliche Rechtfertigung vor dem Hintergrund des ASVG nicht einsichtig insb im Zusammenhang mit der Gewichtung fachlicher Kriterien.⁷²⁾

⁶⁷⁾ Zutr Mosler, DRdA 1996, 432.

⁶⁸⁾ VR 1995, 55.

⁶⁹⁾ VR 1995, 55.

⁷⁰⁾ DRdA 1996, 432.

⁷¹⁾ Problematisch Funk, VR 1995, 55.

⁷²⁾ Vgl Mosler, DRdA 1996, 433.

Ein besonderes Problem sehe ich weiters, soweit von Fachärzten in Reihungsrichtlinien eine **Ordinationsablöse** verlangt wird bzw für eine solche Reihungspunkte vergeben werden.⁷³⁾ Mosler⁷⁴⁾ hält diese Regelungen für problematisch, jedenfalls müsse die punktemäßige Bewertung der Qualifikation demgegenüber deutlich dominierendes Bewertungskriterium bleiben. Eine Berücksichtigung der Ordinationsablöse ist deshalb problematisch, weil damit faktisch erst Recht wieder eine Bevorzugung der Familiennachfolgen erfolgt. Die Regelung behindert aber auch die Qualität der gebotenen medizinischen Versorgung, da auf diese Weise typischerweise begünstigt wird, daß der Facharzt keine Ordination auf dem letzten medizinischen Stand eröffnet, sondern jene des Vorgängers übernimmt. Dem diesbezüglichen Interesse der Versicherungsgemeinschaft an einer medizinischen Versorgung am letzten Stand der medizinischen Wissenschaft wird nicht Genüge getan. Vor allem aber wird auf diese Weise der Übergang von einer vom Stellenwerber bereits geführten Privatpraxis zu einer Vertragsarztpraxis erschwert. Dem modern eingerichteten Privatarzt mit bestehenden Praxisräumen wird der Neuling vorgezogen, der die Praxis seines Vorgängers ablöst und bedingt durch diese Finanzbelastung häufig erst Recht mit erforderlichen Modernisierungsinvestitionen zuwarten muß. Langer Rede kurzer Sinn: das Kassenarztrecht des ASVG hat mE nicht den Zweck, in die freie Marktregulierung von Ordinations- bzw Geräteablösen einzugreifen. Diesbezügliche Regelungen in Reihungsrichtlinien halte ich daher für sachlich nicht gerechtfertigt und daher nichtig.

Eine Berücksichtigung von **nichtfacheinschlägigen Berufs- bzw Wartezeiten** ist nicht ohne weiteres einsichtig. Diese Zeiten sind für die Qualifikation des Arztes in aller Regel kontraproduktiv, vermindert sich doch durch die fehlende Berufsausübung regelmäßig seine Qualifikation.⁷⁵⁾ Das Arbeitsmarktrisiko, als promovierter Mediziner keinen Beruf in der Branche zu finden (insb als angestellter Arzt), wird damit von der Kasse mitübernommen. Daß die persönliche **soziale Stellung** des Stellenwerbers eine untergeordnete Rolle bei der Vergabeentscheidung spielen kann, halte ich dagegen für nicht ausgeschlossen. Die bestehenden Kündigungsschutzregelungen im ASVG für Vertragsärzte sind insofern allerdings mE kein Argument dafür,⁷⁶⁾ da es dort ja um die Auflösung des Vertrags geht, also die Absicherung gegen die plötzliche Änderung der Einkommenslage, während es gegenständlich um den Einstieg in die Partizipation am System geht. Nur darf dann der soziale Aspekt nicht gerade in einer fortschreitenden Dequalifikation seinen Niederschlag gefunden haben. Ansonsten läge darin insb im Hinblick auf die Interessen der Versicherungsgemeinschaft wohl kein zulässiges Vergabekriterium.

⁷³⁾ So das im Hinblick auf den Salzburger Gesamtvertrag gewählte Eingangsbeispiel bei Mosler, DRdA 1996, 430ff.

⁷⁴⁾ DRdA 1996, 434.

⁷⁵⁾ Beachte in diesem Zusammenhang das ein Recht auf Beschäftigung eines Chirurgen anerkennende OGH-Entscheidung OGH 13. 11. 1996, 9 Ob A 2263/96a = DRdA 1997, 207 (Resch).

⁷⁶⁾ AA Mosler, DRdA 1996, 433.

Weiters fällt auf, daß Reihungsrichtlinien die regelmäßig neben der medizinischen Tätigkeit ausgeübte **Funktionärstätigkeit in der Ärztekammer** gesondert für die Vergabe berücksichtigen. Dies ist nicht unmittelbar einsichtig. Der Arzt, der sich in seiner Interessenvertretung engagiert, erlangt auf diese Weise leichter die Kassenarztstelle. Die gesetzliche Krankenversicherung honoriert auf diese Weise die Tätigkeit als Kammerfunktionär. Im Hinblick auf das gesetzliche Verbot einer Benachteiligung der Mitglieder der Vollversammlung (§ 74 Abs 3 ÄrzteG 1998; zuvor § 45 Abs 3 ÄrzteG 1984) mag eine solche Regelung nur insofern berechtigt sein, als mit diesen Zusatzpunkten jene Nachteile aufgefangen werden, die eine solche Funktionärstätigkeit typischerweise mit sich bringt, vor allem durch die zeitlich eingeschränktere Möglichkeit zur Fortbildung. Ob freilich die Versicherungsgemeinschaft für diesen Ausgleich zuständig ist, ist nicht gesichert. Eine punktemäßige Berücksichtigung müßte daher in Verhältnis zu setzen sein mit den sonstigen zu vergebenden Punkten. Jedenfalls müssen im Hinblick auf die europarechtlichen Vorgaben Funktionärstätigkeiten in vergleichbaren Ärzteorganisationen der anderen EU- bzw EWR-Staaten gleichgestellt werden.

Rechtsfolge der Nichtigkeit einzelner Entscheidungspunkte ist wohl die Teilnichtigkeit⁷⁷⁾ der jeweiligen Richtlinien, soweit ungeachtet der Nichtigkeit einzelner Regelungen anhand der restlichen Vergabekriterien eine den allgemeinen Anforderungen gerecht werdende Vergabeentscheidung möglich ist. Die Vergabeentscheidung ist dann unter Weglassung der nichtigen Punkte durchzuführen. Ist eine Restgültigkeit der Vergaberichtlinien nicht anzunehmen, weil nach Entfernung der nichtigen Punkte insb eine dem Gleichheitssatz und den allgemeinen Grundsätzen der Judikatur entsprechende Vergabeentscheidung nicht möglich ist, wäre Gesamtnichtigkeit anzunehmen und die Vergabeentscheidung wäre ausschließlich anhand der allgemeinen Grundsätze durchzuführen, womit im Zweifel wohl ausschließlich die fachliche Qualifikation maßgebliches Beurteilungskriterium wäre. Fraglich ist allerdings dann, ob ein auf diese Weise abgeführtes Vergabeverfahren dem ASVG entspricht.

Der rechtswidrig übergangene Bestbieter hätte Anspruch auf das Erfüllungsinteresse gegenüber den Schädigern. Die Rechtsverletzung basiert auf dem gemeinschaftlichen Zusammenwirken von Träger und Ärztekammer. Insofern liegt eine solidarische Haftung beider nahe, da nach der derzeitigen gesetzlichen Konzeption beide gemeinsam einvernehmlich die Auswahlentscheidung durchzuführen haben und dies eben rechtswidrig erfolgt ist. In das Rechtsverhältnis in contrahendo wird nämlich durch das ASVG die Ärztekammer gerade miteinbezogen.⁷⁸⁾

Mosler⁷⁹⁾ meint, ein Verschulden des Trägers wäre auszuschließen, wenn sich die Rechtswidrigkeit der Auswahl nicht schon aus den Richtlinien ergibt

⁷⁷⁾ Wann Teilnichtigkeit anzunehmen ist, ist insb im Hinblick auf generell-abstrakte privatrechtliche Regelungen weitgehend unerforscht; allgemein zur Teilnichtigkeit Schwimann/Apathy, ABGB² § 879 Rz 37f; Krejci in Rummel, ABGB² § 879 Rz 250.

⁷⁸⁾ Im Ergebnis nicht anders Mosler, DRdA 1996, 436.

⁷⁹⁾ DRdA 1996, 436.

und aus den von der Ärztekammer zur Verfügung gestellten Unterlagen nicht erkennen läßt, daß ein anderer Bewerber auszuwählen gewesen wäre. Dem ist im Regelfall nicht zu folgen, zumal dann das Verschulden des Trägers darin liegt, daß er nicht die vollständigen Bewerbungsunterlagen verlangt bzw im Streitfall die Landesschiedskommission anzurufen wäre. Bedient er sich zur Durchführung des Auswahlverfahrens der Ärztekammer, ist ihm deren Verschulden als Erfüllungsgehilfe zuzurechnen. Ein Verschulden wäre also selbst dort dem Träger zuzurechnen, wo nicht die vollständigen Bewerberunterlagen der Kasse übermittelt werden, obwohl diese davon ausgehen durfte, daß sie den vollständigen Vergabeakt erhalten hat. Im Regreß müßte dann allerdings die Ärztekammer voll haften.

III. Sanktionen bei Rechtsverletzung

1. Aufsichtsbehördliches Verfahren

Der übergangene Stellenwerber hat im aufsichtsbehördlichen Verfahren keine Parteistellung, auch hat die Aufsichtsbehörde nicht förmlich über die Aufsichtsbeschwerde abzusprechen. In der Literatur findet sich daher auch der Hinweis, daß die Aufsichtsbeschwerde „form-, frist- und fruchtlos“ sei.⁸⁰⁾ Beschränkt man daher die Rechtsposition des Bieters auf das Aufsichtsverfahren, gibt man gleichsam statt Brot nur Steine.

2. Kein Anspruch auf den Vertrag

Mosler hat mE zutreffend in seiner ausführlichen Stellungnahme nachgewiesen, daß nach der österreichischen Konzeption der zu unrecht übergangene Stellenwerber jedenfalls nach der Zuschlagserteilung keinen Anspruch auf den Vertrag hat.⁸¹⁾ Er begründet dies dreifach: Erstens anerkennt die arbeitsrechtliche Judikatur selbst im öffentlichen Bereich keinen solchen Anspruch, interpretiert also entsprechende kollektivvertragliche Regelungen nur als interne Weisungen, die dem Stellenwerber keine entsprechenden Rechte einräumen. Zweitens besteht im Ernennungsverfahren im öffentlichen Recht gerade kein Anspruch auf Ernennung und drittens beschränkt sich auch das geltende Vergaberecht auf Schadenersatzansprüche, vornehmlich den Vertrauensschaden.

Zentral ist mE die Regelung im BVergG 1997, wo der Stellenwerber auf Schadenersatzansprüche beschränkt bleibt. Diese Konzeption verfolgt für die Zeit nach Zuschlagserteilung das BVergG 1997, wobei diese Regelung auch richtlinienkonform sein dürfte. Der EuGH wird im Rahmen eines vom Bundesvergabeamt anhängig gemachten Verfahrens⁸²⁾ insofern letzte Klarheit schaffen.⁸³⁾

⁸⁰⁾ Seidel, Recht und Praxis der Auftragsvergabe in der BRD und in anderen Ländern der EG, in Rill/Griller (Hrsg), Europäischer Binnenmarkt und österreichisches Wirtschaftsrecht (1991) 203; Korinek, Sind Vergabefehler unvermeidlich? Die Kontrolle öffentlicher Aufträge, in Kraus/Schwab (Hrsg), Wege zur besseren Finanzkontrolle (1992) 72.

⁸¹⁾ DRdA 1996, 435 f.

⁸²⁾ BVA 3. 3. 1998, Rs C-81/98 = ÖZW 1998, 49 (Platzer).

⁸³⁾ Unzut. daher Wilhelm, eolex 1998, 382 f.

3. Amtshaftung?

Dem übergangenen Bewerber um die Vertragsarztstelle stehen grundsätzlich keine Amtshaftungsansprüche gegen den KV-Träger bzw die Ärztekammer zu, da beide bei der Vergabe der Kassenarztstelle nach dem ASVG in der Rechtsform des Privatrechts handeln. Demgegenüber stellt das AHG auf den hoheitlich handelnden Staat ab.⁸⁴⁾ Denkbar wäre allenfalls Amtshaftung der Aufsichtsbehörde bei Untätigkeit trotz evidenten Rechtswidrigkeit. Diese Überlegung kann freilich hier nicht vertieft werden.

4. Schadenersatz

Die bisherigen Erläuterungen haben die Schadenersatzproblematik hinlänglich offengelegt. Der Verstoß gegen die rechtlichen Vorgaben berechtigt den übergangenen Bestbewerber zum Ersatz des Erfüllungsinteresses, also den Gewinn aus dem Kassenvertrag, wobei allerdings zumutbare andere Berufstätigkeiten im Rahmen der Schadensminderungspflicht anzurechnen sind. Zumutbar wird jedenfalls jede facheinschlägige hauptberufliche ärztliche Tätigkeit sein, wobei eine gewisse räumliche Flexibilität jedenfalls zumutbar sein wird (mit der nur im Einzelfall zu beurteilenden Folgefrage, ab welcher räumlichen Distanz die Zumutbarkeit zu verneinen ist). Der Träger kann übrigens leicht den Schaden in weiterer Folge gering halten, er muß dann halt bei nächster Gelegenheit den übergangenen Bestbieter berücksichtigen, sofern er in künftigen Ausschreibungsverfahren wiederum Bestbieter ist. Das Schreckensgespenst eines lebenslänglichen Schadenersatzanspruchs⁸⁵⁾ (die Dauer der Berufstätigkeit und allenfalls einen Rentenschaden miterfassend) erscheint daher etwas überzogen. Darauf, daß eine Schadenspauschalierung als legislative Alternative einen problematischen Weg bildet, habe ich oben bereits hingewiesen.

IV. Abschließende Bemerkung

Meine rechtliche Analyse bringt weder dem Krankenversicherungsträger noch der mitbeteiligten Ärztekammer eine gute Nachricht. Sowohl innerstaatliche als auch europarechtliche Vorgaben verlangen im Detail eine Umstellung der praktizierten Auswahlkriterien. Daß der rechtskonforme Zustand mit relativ geringem juristischen Aufwand herstellbar ist, ist beruhigend, zumal mit dem Punktesystem bereits derzeit auf ein – wie ich glaube – bewährtes Problemlösungsmodell zurückgegriffen werden kann. Eile ist freilich erforderlich, es sei denn, man wartet auf die erste Verurteilung. Eine solche Verurteilung käme immerhin für die Beteiligten nicht überraschend.

⁸⁴⁾ § 1 Abs 1 AHG – vgl mwN Schwimann/Mader, ABGB² § 1 AHG Rz 17 ff.

⁸⁵⁾ Mosler, DRdA 1996, 436 f.

Dagmar Felix

Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Deutschland

I. Problemstellung

Nachdem bislang über die Auswahl der Vertragspartner durch den Versicherungsträger und damit über den Beginn der sich aus der Zulassung ergebenden Rechtsbeziehungen¹⁾ gesprochen wurde, soll im folgenden aus einer gleichsam umgekehrten Blickrichtung – unter der Themenstellung „Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte“ – die Beendigung dieser Beziehung beleuchtet werden. Auch wenn diese Überschrift die deutsche Rechtslage in mehrfacher Hinsicht nur ungenau beschreibt,²⁾ ist doch klar, worum es geht: Geklärt werden soll vor allem, wie und unter welchen Voraussetzungen ein einmal zugelassener Vertragsarzt von der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen werden kann, wie das Verfahren der Entziehung der Zulassung abläuft und welche Rechtsschutzmöglichkeiten der Betroffenen in diesem Fall hat. Dabei wird im folgenden die Rede sein vom zugelassenen Vertragsarzt – für Vertragszahnärzte gelten die Ausführungen entsprechend; nicht gesondert berücksichtigt wird im übrigen der Fall der Ermächtigung von Ärzten; hierbei handelt es sich um eine besondere Form der Beteiligung an der vertragsärztlichen Versorgung³⁾ – auch insoweit finden die allgemeinen Grundsätze jedenfalls entsprechende Anwendung.

¹⁾ Mit der Zulassung, auf die unter den gesetzlichen Voraussetzungen ein Anspruch besteht (vgl. hierzu *Hencke*, ZSR 1987, 136, 138) wird der Kassenarzt Mitglied der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung und erwirbt das Recht, die Versicherten ärztlich zu behandeln; er wird durch die Kassenzulassung also in ein öffentlich-rechtliches System eingegliedert, welches die Organisation des Gesundheitswesens für die Gesellschaft übernommen hat (hierzu *Koch*, SGB 1983, 387). *Schirmer* in *Hauck/Haines*, Sozialgesetzbuch, SGB V (Loseblatt, Stand Januar 1990) K § 95 Rz 6, spricht vom „Normtyp“ des Arztes.

²⁾ Der vorrangig zivilrechtliche Begriff der „Kündigung“ legt nahe, daß der Vertragsarzt in einem Vertragsverhältnis steht, also gleichsam angestellt ist; dies ist jedoch nicht der Fall (zur Zulassung eines Vertragsarztes durch Erlaß eines mitwirkungsbedürftigen und begünstigenden Verwaltungsakts vgl. *Krauskopf* in *Laufs/Uhlenbruck*, Handbuch des Arztrechts [1992] § 26 Rz 2). Zur Nähe der Zulassungsentziehung zur Kündigung des Dienstvertrags aus wichtigem Grund vgl. *Koch*, SGB 1983, 387, 388.

³⁾ Hierbei handelt es sich um eine Teilnahmeform an der vertragsärztlichen Versorgung, die nicht in der Zulassung besteht und die nur in den ausdrücklich normierten Fällen zulässig ist (vgl. vor allem § 116 SGB V für Krankenhausärzte). Zu den Einzel-

II. Zur verfassungsrechtlichen Relevanz der Fragestellung

Die Entziehung der vertragsärztlichen⁴⁾ Zulassung hat – dies ergibt sich bereits aus den Ausführungen meiner Vorredner⁵⁾ – unmittelbare verfassungsrechtliche Relevanz.⁶⁾ Als schwerster denkbarer Eingriff in die Rechtsposition des Vertragsarztes darf eine Entziehung nur unter strikter Beachtung vor allem des Grundrechts der Berufsfreiheit sowie des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen,⁷⁾ denn die Möglichkeit des Ausschlusses von der vertragsärztlichen Versorgung schränkt die Berufsfreiheit in einem Maße ein, das der Beschränkung der Berufswahl nahe kommt.⁸⁾ Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) ist die Tätigkeit des Vertragsarztes zwar kein eigener Beruf im Sinne des Art 12 Abs 1 GG, sondern nur eine besondere Ausübungsform des allgemeinen Berufs des frei praktizierenden Arztes,⁹⁾ so daß die Entziehung der Zulassung – im Sinne der Drei-Stufen-Theorie des BVerfG¹⁰⁾ – unmittelbar nur die Freiheit der Berufsausübung tangiert; in ihrer Auswirkung kommt sie jedoch in die Nähe eine Zulassungsregelung,¹¹⁾ weil der von der Behandlung von Kassenpatienten ausgeschlossene Arzt faktisch keine ausreichende Möglichkeit mehr hat, seinen Beruf auszuüben.¹²⁾ Die grundsätzliche Möglichkeit der Entziehung der Zulassung wurde vom BVerfG im übrigen als verfassungsrechtlich zulässig anerkannt;¹³⁾ die Bedeutung vor allem¹⁴⁾ der

heiten vgl. *Siewert*, Der Vertragsarzt⁵ [1994] 210 ff; *Wiegand*, Kassenarztrecht² [1991] § 95 Rz 44 ff). Die Regelungen der § 95 Abs 5 bis 7 SGB V gelten in diesem Fall entsprechend (§ 95 Abs 4 S 3 SGB V).

⁴⁾ Zur Entwicklung der Begrifflichkeit – vom „Kassenarzt“ zum „Vertragsarzt“ vgl. *Funk* in *Schulin*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts I, Krankenversicherung [1994] § 32 Rz 4 ff).

⁵⁾ Vgl. insoweit vor allem die Beiträge in diesem Band von *Ebsen* und *Becker*.

⁶⁾ Hierzu *Jacobs*, Die Entziehung der Zulassung als Vertragsarzt (1994) 65 ff.

⁷⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12.

⁸⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12.

⁹⁾ Hierzu mit ausführlicher Begründung BVerfGE 11, 30, 41 f.

¹⁰⁾ Das BVerfGE hat bereits im sogenannten Apothekenurteil (BVerfGE 7, 377 ff) die sogenannte Stufentheorie entwickelt, in der die Stufen der Berufsausübung, der subjektiven Zulassungsvoraussetzungen sowie der objektiven Zulassungsschranken als drei Stufen zunehmender Eingriffsintensität erkannt wurden.

¹¹⁾ Im einzelnen erweist sich die Abgrenzung zwischen objektiven und subjektiven Berufswahl- und Berufsausübungsregelungen als schwierig; zudem hat die spätere Rechtsprechung des BVerfG gezeigt, daß die genannten Stufen ineinander verschwimmen können: Nicht nur die Zuordnung eines Eingriffs zu einer bestimmten Stufe bereitet mitunter Probleme; es ist auch denkbar, daß ein Eingriff auf niedrigerer Stufe für den betroffenen Bürger – hier den Vertragsarzt – intensiver ist als ein Eingriff auf höherer Stufe (hierzu BVerfGE 11, 30 ff).

¹²⁾ BVerfGE 11, 30, 43.

¹³⁾ Daß eine Entziehung der Zulassung mit der Folge einer angemessenen Bewährungszeit zur Wiedererlangung des Rechts auf Zulassung mit der grundrechtlich geschützten Position des freiberuflich tätigen Vertragsarztes (Art 12, 14 GG) in Einklang steht, entspricht ständiger Rechtsprechung (BVerfG, SozR § 368a Nr 12; vgl. auch BVerfGE 7, 377; 13, 97, 107; BSGE 15, 177, 182; 28, 80).

durch Art 12 Abs 1 GG gewährleisteten Berufsfreiheit erfordert jedoch eine verfassungskonforme Auslegung der maßgeblichen Rechtsvorschriften, die – und dies soll im folgenden gezeigt werden – von den Sozialgerichten in ausreichendem Maße vorgenommen wird.

III. Die Rechtslage in Deutschland

Die Voraussetzungen und Formen der Teilnahme von Ärzten und Zahnärzten an der vertragsärztlichen Versorgung sind in den §§ 95 ff SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung – geregelt. Maßgeblich sind im vorliegenden Kontext die Vorschriften der §§ 95, 95 b sowie der §§ 96 bis 98 SGB V.

Grundlegende Bedeutung hat zunächst § 95 SGB V, der mit Wirkung zum 1. 1. 1989 durch das Gesundheitsreformgesetz vom 20. 12. 1988¹⁵⁾ eingeführt wurde und weitgehend der Vorläuferregelung des § 368a RVO entspricht.¹⁶⁾ Die Vorschrift regelt nicht nur die Voraussetzungen und das Verfahren der Zulassung als sogenannter Vertragsarzt; vielmehr bestimmt sie auch die Entziehung der Zulassung sowie die Beendigung der Zulassung kraft Gesetzes.

§ 95 Abs 6 SGB V verpflichtet die zuständige Stelle zur Entziehung der Zulassung, wenn ihre Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen, der Vertragsarzt die vertragsärztliche Tätigkeit – auf Dauer – nicht aufnimmt oder nicht mehr ausübt oder seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt.

§ 95 Abs 7 SGB V regelt das Ende der Zulassung kraft Gesetzes – die Zulassung endet mit dem Tod, mit dem Wirksamwerden eines Verzichtes oder mit dem Wegzug des Berechtigten aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes. Seit dem 1. 1. 1999 – über diese verfassungsrechtlich nicht unproblematische Fallgestaltung wurde bereits gesprochen,¹⁷⁾ – endet die Zulassung zudem grundsätzlich mit Vollendung des 68. Lebensjahres.

§ 95 b SGB V bestimmt in Ergänzung des § 95 Abs 6 SGB V, daß ein kollektiver Verzicht auf die Zulassung mit den vertragsärztlichen Pflichten nicht vereinbar ist und insoweit zur Entziehung der Zulassung führen kann.

Die §§ 96 und 97 SGB V regeln die Zusammensetzung der sogenannten Zulassungsausschüsse sowie der Berufungsausschüsse, die für die Entziehung der Zulassung zuständig sind. Zur Beschlußfassung und Entscheidung in Zulassungssachen errichten die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Verbände der Ersatzkassen für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung einen Zulassungsausschuß für

¹⁴⁾ Auch Art 14 GG ist einschlägig (hierzu *Siewert*, Der Vertragsarzt⁵ [1994] 208). Vgl. hierzu auch *Wiegand*, Kassenarztrecht² [1991] § 95 Rz 24 mit Hinweis auf BSGE 5, 40).

¹⁵⁾ BGBI I 2477.

¹⁶⁾ Zur Entstehungsgeschichte vgl. insoweit *Hess*, Kasseler Kommentar (Loseblatt Stand Juni 1998) § 95 Rz 1 mwN.

¹⁷⁾ Hierzu in diesem Band *Becker*.

Ärzte, der zu gleicher Zahl aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen besteht.¹⁸⁾

§ 96 Abs 4 SGB V bestimmt, daß gegen die Entscheidungen der Zulassungsausschüsse die am Verfahren beteiligten Ärzte, die Kassenärztlichen Vereinigungen sowie die Landesverbände der Krankenkasse bzw die Verbände der Ersatzkassen den Berufungsausschuß anrufen können; diese Anrufung hat aufschiebende Wirkung. Die Berufungsausschüsse, die ebenfalls für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung von den kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen bzw den Verbänden der Ersatzkassen gebildet werden, bestehen aus einem Vorsitzenden, der die Befähigung zum Richteramt haben muß, und aus Vertretern der Ärzte einerseits und der Landesverbände der Krankenkassen andererseits. Die Aufsicht über die Berufungsausschüsse führen die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder.¹⁹⁾

Die gesetzlichen Regelung des SGB V werden durch die Zulassungsverordnungen ergänzt. Gem § 98 SGB V werden die Einzelheiten der Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung in den Zulassungsverordnungen der Ärzte und Zahnärzte geregelt, die vom Bundesminister für Gesundheit mit Zustimmung des Bundesrates als Rechtsverordnung erlassen werden; auf die insoweit maßgeblichen Rechtsvorschriften – es handelt sich um Regelungen der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV)²⁰⁾ sowie der Zulassungsverordnung für Vertragszahnärzte (Zahnärzte-ZV)²¹⁾ – ist an geeigneter Stelle zurückzukommen.²²⁾

IV. Beendigung der Zulassung kraft Gesetzes

Betrachten wir zunächst die Beendigung der Zulassung kraft Gesetzes. Die in § 95 Abs 7 SGB V enthaltene Aufzählung hat zwingenden und gleichzeitig abschließenden Charakter; dh die Zulassung endet immer dann, aber auch nur dann gleichsam automatisch, wenn eine der im Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllt sind.

¹⁸⁾ Zur Bestellung und zum Verfahren vgl § 96 Abs 2 S 2 ff SGB V; die Kostentragung ist in § 96 Abs 3 SGB V geregelt.

¹⁹⁾ Die Aufsicht beschränkt sich auf die Geschäftsführung der Zulassungs- und Berufungsausschüsse und umfaßt daher nicht deren Sachentscheidung (hierzu Hess, Kasseler Kommentar § 97 SGB V Rz 10).

²⁰⁾ Vom 28. 5. 1957 (BGBl I 572), zuletzt geändert durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz vom 23. 6. 1997 (BGBl I 1520).

²¹⁾ Vom 28. 5. 1957 (BGBl I 582), ebenfalls zuletzt geändert durch das 2. GVK-Neuordnungsgesetz vom 23. 6. 1997 (BGBl I 1520).

²²⁾ Von – wenn auch geringer – Bedeutung sind in diesem Kontext auch die vertraglichen Regelungen (zB der Bundesmantelvertrag; vgl hierzu § 82 Abs 1 SGB V).

1. Tod

Die Zulassung endet zunächst mit dem Tod des Vertragsarztes. Anders als nach dem ärztlichen Berufsrecht haben die Witwe bzw der Witwer und unterhaltsberechtigte Angehörige kein Recht, die Praxis nach dem Tode des Arztes für ein Quartal weiterzuführen – sogenanntes Gnadenquartal; sie können daher medizinische Leistungen, die nach dem Tod des Praxisinhabers durch einen Vertreter erbracht wurden, nicht zu Lasten der Gesamtvergütung abrechnen.²³⁾ Eine Abrechnungsmöglichkeit kann nur durch persönliche Ermächtigung eines die Praxis übergangsweise übernehmenden Arztes – eines sogenannten Praxisverwesers – geschaffen werden; gem § 4 Abs 2 BMV-Ä kann die kassenärztliche Vereinigung die Weiterführung der Praxis eines verstorbenen Vertragsarztes durch einen anderen Arzt bis zur Dauer von zwei Quartalen genehmigen.

2. Verzicht

Die Zulassung endet weiterhin dann kraft Gesetzes, wenn der Vertragsarzt wirksam auf sie verzichtet hat. Der Verzicht auf die Zulassung ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung an den Zulassungsausschuß, die keiner Begründung und auch keiner Entscheidung durch den Zulassungsausschuß bedarf. Gem § 28 Ärzte-ZV wird der Verzicht mit dem Ende des auf den Zugang der Verzichtserklärung des Vertragsarztes beim Zulassungsausschuß folgenden Kalendervierteljahres wirksam; die Frist kann verkürzt werden, wenn der Vertragsarzt nachweist, daß für ihn die weitere Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit für die gesamte Dauer oder einen Teil der Frist unzumutbar ist.

Fraglich ist, ob ein Verzicht auch dann zum Erlöschen der Zulassung kraft Gesetzes führt, wenn der Vertragsarzt kollektiv verzichtet hat. Gem § 95b SGB V ist es mit den Pflichten des Vertragsarztes nicht vereinbar, in einem mit anderen Ärzten aufeinander abgestimmten Verfahren oder Verhalten auf die Zulassung als Vertragsarzt zu verzichten.²⁴⁾ Die Regelung sanktioniert den kollektiven, in Form einer gemeinsamen Aktion erklärten Verzicht auf die Kassenzulassung mit einem zeitlich befristeten Zulassungsverbot: Eine erneute Zulassung kann unter den Voraussetzungen des § 95b Abs 2 SGB V²⁵⁾ frühestens nach Ablauf von sechs Jahren nach Verzichtserklärung erteilt werden. Bereits diese Rechtsfolge zeigt jedoch, daß auch ein pflichtwidriger Verzicht im Sinne des § 95b SGB V wirksam ist: Er führt automatisch zur Beendigung der Zulassung; § 95b SGB V hat demgegenüber disziplinarischen Charakter – die Illoyalität des Arztes gegenüber dem vertragsärztlichen Versorgungssystem rechtfertigt es nach Ansicht des Gesetzgebers, den Arzt „beim Wort zu nehmen“.²⁶⁾

²³⁾ Hierzu SG Berlin, ArztR 1986, 8.

²⁴⁾ Die Regelung wurde mit Wirkung vom 1. 1. 1993 durch Art 1 Nr 53 Gesundheitsstrukturgesetz (GSG) 1993 vom 21. 12. 1992 (BGBl I 2266) eingefügt.

²⁵⁾ Aufgrund des kollektiven Verzichts muß es zur Feststellung der Aufsichtsbehörde nach § 72a Abs 1 SGB V gekommen sein.

²⁶⁾ BT-Dr 12/3608, 95.

3. Wegzug des Berechtigten

Die Zulassung endet kraft Gesetzes auch dann, wenn der Berechtigte aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes wegzieht. Der Bezirk des Kassenarztsitzes²⁷⁾ wird gesetzlich nicht definiert; er ist nicht identisch mit dem Ort der Niederlassung, dem Vertragsarztsitz, der räumlich nicht mehr durch bestimmte Orte oder Ortsteile abgegrenzt ist.²⁸⁾ Nach herrschender Ansicht ist der Begriff gleichzusetzen mit dem Begriff des Zulassungsbezirks;²⁹⁾ verzieht der Vertragsarzt daher mit seiner Praxis im Zulassungsbezirk, handelt es sich lediglich um eine Verlegung des Praxissitzes mit der Folge der Umschreibung des Vertragsarztsitzes durch den Zulassungsausschuß;³⁰⁾ verzieht der Arzt aus dem Zulassungsbezirk, endet seine Zulassung nach § 95 Abs 7 SGB V.

4. Erreichen der Altersgrenze

Die letzte Variante, in der die Zulassung kraft Gesetzes endet – das Erreichen der Altersgrenze von 68 Jahren –, soll im vorliegenden Kontext nicht näher betrachtet werden – insoweit kann auf die Ausführungen der Vorredner verwiesen werden.³¹⁾

V. Entziehung der Zulassung

1. Allgemeines

Das Gesetz regelt jedoch nicht nur die Fallgestaltungen, in denen die Zulassung kraft Gesetzes endet; vielmehr bestimmt § 95 SGB V auch, unter welchen Voraussetzungen die Zulassung durch konstitutiven Akt zu entziehen ist:³²⁾ Gem § 95 Abs 6 SGB V geschieht dies dann, wenn die Voraussetzungen der Zulassung nicht oder nicht mehr vorliegen, wenn der Vertragsarzt seine vertragsärztliche Tätigkeit nicht aufnimmt oder nicht mehr ausübt oder wenn er seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt.

§ 95 Abs 6 SGB V wird ergänzt durch § 27 Ärzte-/Zahnärzte-ZV, der bestimmt, daß der Zulassungsausschuß von Amts wegen über die Entziehung der Zulassung zu beschließen hat, wenn die Voraussetzungen des § 95 Abs 6 SGB V vorliegen; die Kassenärztliche Vereinigung und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Verbände der Ersatzkassen können die Entziehung der Zulassung beim Zulassungsausschuß unter Angabe der Gründe beantragen.

²⁷⁾ Hierzu *Hencke* in Handbuch der Krankenversicherung (Loseblatt, Stand 1998) § 95 SGB V Rz 11. Vgl in diesem Kontext auch § 24 Abs 4 Ärzte-ZV (Verlegung des Vertragsarztsitzes).

²⁸⁾ Hierzu *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 53 mwN.

²⁹⁾ Vgl *Hess*, Kasseler Kommentar § 96 SGB V Rz 7.

³⁰⁾ *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 50.

³¹⁾ Vgl hierzu *Becker* in diesem Band.

³²⁾ Vgl ausführlich zur Entziehung der Zulassung *Jacobs*, Die Entziehung der Zulassung als Vertragsarzt (1994); *Oettinger*, Die Entziehung der kassenärztlichen Zulassung (1965).

Zu beachten ist im übrigen, daß § 95 Abs 6 SGB V der zuständigen Stelle – anders als die Vorläuferregelung des § 368a RVO³³⁾ – keinerlei Ermessen einräumt: Wenn die Voraussetzungen der Regelung erfüllt sind, ist die Zulassung zu entziehen.³⁴⁾

Die Entziehung der Zulassung bewirkt, daß der Arzt seine Rechte und Pflichten als Vertragsarzt verliert; seine Mitgliedschaft bei der Kassenärztlichen Vereinigung endet. Die Entziehung erfolgt ohne zeitliche Begrenzung; eine befristete Entziehung ist nicht zulässig.³⁵⁾ Der Bedarf für eine solche befristete Entziehung ist auch im wesentlichen entfallen, seit die Möglichkeit des Ruhens der Zulassung im Disziplinarwege besteht.³⁶⁾

Obwohl die Entziehung auf unbestimmte Zeit angelegt ist,³⁷⁾ ist für den betroffenen Arzt eine Rückkehr zur Vertragspraxis nicht für immer ausgeschlossen; vielmehr ist eine erneute Zulassung grundsätzlich möglich.³⁸⁾ Das Gesetz enthält insoweit keine Mindestfrist, innerhalb derer eine erneute Zulassung ausgeschlossen wäre;³⁹⁾ maßgeblich ist – vor allem im Hinblick auf die durch Art. 12 Abs 1 GG verfassungsrechtlich geschützte Berufsfreiheit⁴⁰⁾ – allein, ob der Bewerber infolge von Zeitablauf und innerer Läuterung nunmehr wieder zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung geeignet ist.⁴¹⁾ Für die Wiederzulassung gelten im übrigen keine anderen Grundsätze als für die Erstzulassung.⁴²⁾

³³⁾ *Heinze* in *Bley/Gitter/Heinze*, Sozialversicherung, Gesamtkommentar (Loseblatt, Stand Juni 1994) § 95 SGB V Anm 11; vgl auch BSGE 34, 252 ff.

³⁴⁾ Vgl *Spieß*, SGB 1989, 368; BSG NJW 1990, 1556 ff. Auch nach altem Recht war die Beurteilung der fehlenden Eignung eines Kassenarztes als Folge gröblicher Verletzung kassenärztlicher Pflichten nicht mehr in das Ermessen der Zulassungsinstanzen gestellt, sondern sozialgerichtlich voll nachprüfbar (vgl hierzu BSGE 61, 1). Hierzu vgl auch *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 Rz 85 mwN.

³⁵⁾ BSG DOK 1960, 344.

³⁶⁾ Gem § 81 Abs 5 SGB V müssen die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigung die Voraussetzungen und das Verfahren zur Verhängung von Maßnahmen gegen Ärzte bestimmen, die ihre vertragsärztlichen Pflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen; als entsprechende Maßnahme kommt unter anderem die Anordnung des Ruhens der Zulassung bis zu zwei Jahren in Betracht (hierzu *Siewert*, Der Vertragsarzt⁵ [1994] 208 mwN).

³⁷⁾ Ob es sich deshalb um einen Dauerverwaltungsakt handelt, ist jedenfalls fraglich; dies ist von Bedeutung für die Frage des entscheidungserheblichen Zeitpunkts bei der Anfechtungsklage (hierzu vgl unter VI.3.h.).

³⁸⁾ BVerfG, SozR 2200 § 68a Nr 6.

³⁹⁾ Zu beachten wäre allerdings § 21 Ärzte-ZV, der bei drogen- oder alkoholkranken Bewerbern eine Fünf-Jahres-Frist normiert. Kritisch hierzu zu Recht *Siewert*, Der Vertragsarzt⁵ (1994) 209. Zur Neuzulassung nach kollektivem Verzicht vgl im übrigen auch § 95b Abs 2 SGB V.

⁴⁰⁾ BSG USK 82214.

⁴¹⁾ *Siewert*, Der Vertragsarzt⁵ (1994) 209.

⁴²⁾ BSG USK 83181; USK 86179.

2. Anwendungsfälle

a) Nichtvorliegen der Zulassungsvoraussetzungen

§ 95 Abs 6 SGB V verpflichtet den Zulassungsausschuß zunächst dann zur Entziehung der Zulassung, wenn ihre Voraussetzungen nicht oder nicht mehr vorliegen. Im Rahmen des § 95 Abs 6 SGB V sind damit alle Voraussetzungen relevant, die auch bei der Entscheidung über die Zulassung zu prüfen sind.

Grundsätzlich kann sich um die Zulassung als Vertragsarzt jeder Arzt bewerben, der seine Eintragung in ein Arztregister nachweist. Die Voraussetzungen für die Eintragung sind in § 95a SGB V geregelt.⁴³⁾ Danach muß der Antragsteller seine Approbation als Arzt sowie den erfolgreichen Abschluß entweder einer allgemeinmedizinischen Weiterbildung oder einer Weiterbildung in einem speziellen Fachgebiet nachweisen können; erforderlich ist zudem die Ableistung einer zweijährigen Vorbereitungszeit für Vertragsärzte.⁴⁴⁾ Weitere Einzelheiten der Zulassung regeln die Zulassungsverordnungen.

Eine Entziehung der Zulassung gem § 95 Abs 6 1. Alt. SGB V kann vielfältige Ursachen haben. So ist die Zulassung beispielsweise dann zu entziehen, wenn die Approbation des Arztes bei der Zulassung nicht bestand oder nachträglich entzogen wurde,⁴⁵⁾ oder die Ableistung der Vorbereitungszeit oder Weiterbildung nicht erfolgt ist.

Bedeutsam sind in diesem Kontext jedoch auch die Regelungen der Ärzte-ZV, die die Eignung als Vertragsarzt regeln.⁴⁶⁾ Gem § 20 Ärzte-ZV ist für die Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit nicht geeignet, wer wegen eines Beschäftigungsverhältnisses oder wegen anderer nicht ehrenamtlicher Tätigkeit für die Versorgung der Versicherten persönlich nicht in erforderlichem Maße zur Verfügung steht.⁴⁷⁾ Dabei setzt das „erforderliche Maß“ keinen vollen Einsatz der Arbeitskraft voraus, sondern ist bereits erfüllt, wenn ein beamteter, angestellter oder anderweitig tätiger Arzt zu den von ihm festgelegten, sich im Rahmen des üblichen haltenden Sprechstunden – und für Notfallbehandlungen und für andere wichtige Termine außerhalb der Sprechstunden – zur Verfügung steht.⁴⁸⁾

Ungeeignet ist gem § 20 Abs 2 Ärzte-ZV auch ein Arzt, der eine Tätigkeit ausübt, die ihrem Wesen nach nicht mit der Tätigkeit des Vertragsarztes am

⁴³⁾ Erforderlich ist danach die Approbation als Arzt, der erfolgreiche Abschluß eine Weiterbildung (§ 95 Abs 1 Nr 1 und 2 sowie Abs 2 und 3 SGB V). Sonderregelungen im Hinblick auf europarechtliche Besonderheiten sind in § 95 Abs 4 und 5 SGB V enthalten.

⁴⁴⁾ § 95 Abs 2 S 3 Nr 2 SGB V.

⁴⁵⁾ Hierzu vgl § 5 BÄO.

⁴⁶⁾ Zum Verhältnis der Entziehungsgründe „gröbliche Pflichtverletzung“ und „Nichteignung“ vgl im übrigen *Spieß*, SGB 1989, 370, der eine unberechtigte Vermengung beider Aspekte kritisiert.

⁴⁷⁾ Sogenannte Hinderungsgründe (vgl § 20 Abs 3 Ärzte-/Zahnärzte-ZV).

⁴⁸⁾ Vgl hierzu BSGE 21, 118.

Vertragsarztsitz zu vereinbaren ist; dies ist nicht der Fall bei der gleichzeitigen Tätigkeit als Vertragsarzt und Vertragszahnarzt.⁴⁹⁾

Gem § 21 Ärzte-ZV ist ungeeignet als Vertragsarzt auch ein Arzt mit geistigen oder sonstigen in der Person liegenden schwerwiegenden Mängeln, insbesondere ein Arzt, der innerhalb der letzten fünf Jahre vor seiner Antragstellung rauschgiftsüchtig oder trunksüchtig war. Nach der Rechtsprechung des BSG muß es sich um Eigenschaften körperlicher, geistiger oder sonstiger Art handeln, die den Arzt für dauernd oder für längere Zeit unfähig machen, die Vertragspraxis so zu versehen, wie es im Interesse der Versicherten notwendig ist.⁵⁰⁾ Als sonstige Mängel dabei kommen alle nur denkbaren Mängel in Betracht, wenn diese nur so geartet sind, daß dadurch eine reibungslose vertragsärztliche Versorgung der Versicherten gefährdet werden kann.⁵¹⁾ Eine in der Praxis häufig anzutreffende Fallgestaltung wurde in § 21 2. HS Ärzte-ZV geregelt – hat in den letzten fünf Jahren eine Rauschgift- oder Trunksucht vorgelegen, ist keine Eignung als Vertragsarzt gegeben – dies gilt unabhängig von der Entstehung der Suchterkrankung und von der amtsärztlichen Beurteilung im Einzelfall.⁵²⁾

Daß eine Entziehung der Zulassung nicht auf die seit 1. 1. 1999 geltende Bedarfszulassung des § 102 SGB V gestützt werden kann, liegt auf der Hand: Selbst wenn in einem Gebiet kein Bedarf für die derzeit tätige Anzahl der Vertragsärzte besteht, kann die Zulassung nicht mit dem Hinweis entzogen werden, daß die Zulassungsvoraussetzungen nicht mehr erfüllt seien. Die Frage der zahlenmäßigen Beschränkung von Vertragsärzten läßt sich lediglich über eine Bedarfszulassung bei Neuzulassungen regeln; jede andere Auffassung wäre ein verfassungsrechtlich nicht mehr zu rechtfertigender Eingriff in die Berufsfreiheit der Vertragsärzte.⁵³⁾

Werden Tatsachen bekannt, aus denen sich ergibt, daß die Voraussetzungen der Zulassung nicht vorliegen, hat der Zulassungsausschuß die Zulassung zu entziehen; dabei ist es unerheblich, ob sie von Beginn an nicht vorgelegen haben, die Zulassung also rechtswidrig erfolgt ist, oder sich die Umstände nach Zulassung geändert haben. Ohne Bedeutung ist zudem, ob dem betroffenen Vertragsarzt ein Schuldvorwurf gemacht werden kann.⁵⁴⁾

b) Nichtausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit

Die Zulassung ist auch dann zu entziehen, wenn ein Vertragsarzt seine vertragsärztliche Tätigkeit nicht aufnimmt oder nicht mehr ausübt. Gem § 19

⁴⁹⁾ Vgl hierzu BSGE 21, 118.

⁵⁰⁾ BSG USK 80102; vgl auch BSG SozR 5520 Nr 1 zu § 21 Ärzte-ZV.

⁵¹⁾ BSG USK 8817.

⁵²⁾ BSG USK 83181.

⁵³⁾ Diese haben sich mit der Vertragsarztpraxis ihre berufliche Existenz aufgebaut; ein Entzug der Zulassung – bei völlig korrektem Verhalten des Vertragsarztes – wäre ein unangemessener und daher verfassungswidriger Eingriff in Art 12 Abs 1 GG.

⁵⁴⁾ Hierzu *Wiegand*, Kassenarztrecht² (1991) § 95 Rz 38 mwN. Dennoch ist die Berücksichtigung der subjektiven Vorwerfbarkeit nicht ausgeschlossen (*Koch*, SGB 1983, 387, 388 mwN).

Abs 2 Ärzte-VO wird der Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit nach der vertragsärztlichen Zulassung im Zulassungsbeschluß festgelegt; liegen wichtige Gründe vor, so kann der Zulassungsausschuß auf Antrag des Arztes nachträglich einen späteren Zeitpunkt festlegen. Eine Sonderregelung für von Zulassungsbeschränkungen betroffene Planungsbereiche enthält § 19 Abs 3 Ärzte-ZV: Wird die vertragsärztliche Tätigkeit dort nicht innerhalb von 3 Monaten nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung aufgenommen, endet die Zulassung.

§ 95 Abs 6 2. Alt. SGB V kommt sowohl dann zur Anwendung, wenn der Vertragsarzt gar keinen Gebrauch von seiner Zulassung macht und den im Zulassungsbeschluß bestimmten Termin verstreichen läßt; die Zulassung ist jedoch auch dann zu entziehen, wenn ein Arzt seine vertragsärztliche Tätigkeit zu einem späteren Zeitpunkt einstellt, ohne eine Verzichtserklärung abzugeben oder aus dem Bezirk seines Vertragsarztsitzes wegzuziehen. Eine ernsthafte Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit liegt dann nicht mehr vor, wenn der Arzt nicht mehr den Willen zur kontinuierlichen Teilnahme an der Versorgung hat; dabei reicht die gelegentliche Ausstellung von Verordnungen und Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen nicht aus, um die Ernsthaftigkeit der vertragsärztlichen Tätigkeit zu begründen.⁵⁵⁾

Die dauerhafte Nichtausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit ist zu unterscheiden von der Fallgestaltung der vorübergehenden Nichtausübung. Nimmt ein Vertragsarzt seine vertragsärztliche Tätigkeit nicht auf oder übt er sie nicht mehr aus, ist aber die Aufnahme in angemessener Frist zu erwarten, erfolgt keine Entziehung der Zulassung; vielmehr ist in diesem Fall gem § 95 Abs 5 SGB V durch Beschluß des Zulassungsausschusses das Ruhen der Zulassung auszusprechen, soweit Gründe der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung nicht entgegenstehen.⁵⁶⁾ Das Ruhen stellt im Verhältnis zur Entziehung das mildere Mittel dar, so daß hinsichtlich des Eingriffs in die Berufsfreiheit der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt bleibt.⁵⁷⁾

c) Gröbliche Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten

Die in der Rechtspraxis bedeutsamste Fallgestaltung regelt § 95 Abs 6 3. Alt. SGB V: Die vertragsärztliche Zulassung ist auch dann zu entziehen, wenn der Arzt seine vertragsärztlichen Pflichten gröblich verletzt.

aa) Allgemeines

Die Regelung des § 95 Abs 6 SGB V entspricht insoweit wörtlich der Vorläuferregelung des § 386a Abs 6 RVO. Bereits zu dieser Regelung hat das BVerfG ausdrücklich entschieden, daß sie unter strikter Beachtung des Grund-

⁵⁵⁾ BSG USK 84272.

⁵⁶⁾ Hierzu § 26 Ärzte-ZV.

⁵⁷⁾ Zu unterscheiden ist zudem das Ruhen der Zulassung gem § 95 Abs 5 SGB V (hierzu *Wiegand*, *Kassenarztrecht*² [1991] § 95 Rz 29f) von der Anordnung des Ruhens der Zulassung durch den Disziplinarausschuß als Disziplinarmaßnahme nach § 81 Abs 5 SGB V (hierzu *Wiegand*, *Kassenarztrecht*² [1991] § 81 Rz 17).

rechts der Berufsfreiheit und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes anzuwenden ist, denn die Möglichkeit, einem Kassenarzt die Zulassung zu entziehen, schränkt die Berufsfreiheit in einem Maße ein, das in seiner Wirkung der Beschränkung der Berufswahl im Sinne des Art 12 Abs 1 GG nahe kommt.⁵⁸⁾ Deshalb genügt die gröbliche Verletzung der Pflichten allein nicht, um eine Entziehung zu rechtfertigen; vielmehr ist auf die durch gröbliche Pflichtverletzung verursachte Nichteignung zur Ausübung vertragsärztlicher Tätigkeit abzustellen.⁵⁹⁾ Nach der Rechtsprechung des BVerfG rechtfertigen gröbliche Pflichtverletzungen eine Entziehung der Zulassung nur, wenn sie den Arzt als ungeeignet für eine Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung erscheinen lassen.⁶⁰⁾ Ungeeignetheit liegt in der Regel dann vor, wenn die gesetzliche Ordnung der vertragsärztlichen Versorgung durch das Verhalten des Arztes in erheblichem Maße verletzt wird und das Vertrauensverhältnis zu den gesetzlichen Krankenkassen und den Versicherten tiefgreifend und nachhaltig gestört ist;⁶¹⁾ oder anders formuliert: Eine gröbliche Pflichtverletzung führt dann zur Ungeeignetheit als Vertragsarzt, wenn infolge der Art und Schwere des Verstoßes das Vertrauensverhältnis zwischen dem Arzt, der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkasse/Ersatzkasse derart gestört ist, daß eine weitere Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint. Obwohl der Gesetzgeber den Wortlaut des § 368a Abs 6 RVO unverändert übernommen hat, ist diese Auslegung nach herrschender Ansicht auch § 95 Abs 6 SGB V zugrunde zu legen.⁶²⁾ Es handelt sich im übrigen um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der gerichtlich voll nachprüfbar ist.⁶³⁾

Über die objektive Pflichtverletzung hinaus brauchen keine weiteren Voraussetzungen vorzuliegen. Entscheidend ist allein, daß die Pflichtverletzung in den Verantwortungsbereich des Arztes fällt; ein schuldhaftes Handeln wird nicht vorausgesetzt,⁶⁴⁾ weil es sich nicht um eine Sanktion für schuldhaftes und unter Umständen gar strafwidriges Verhalten⁶⁵⁾ handelt.

bb) Einzelfälle

Die Fallgestaltung des § 95 Abs 6 3. Alternative SGB V hat die Rechtsprechung häufig beschäftigt – dies zeigt die Vielzahl der hierzu ergangenen Entscheidungen.⁶⁶⁾ Bei der Frage, was überhaupt zu den Pflichten des Vertragsarztes zu rechnen ist, ist zu berücksichtigen, daß dieser mit seiner Zulas-

⁵⁸⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12.

⁵⁹⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12.

⁶⁰⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12; vgl auch BSG SozR 2200 § 368a Nr 3.

⁶¹⁾ BVerfG SozR 2200 § 368a Nr 12; BSG USK 80102; BSGE 43, 250, 252; BSG USK 72117; SozR 2200 § 368a Nr 24.

⁶²⁾ Hierzu *Hess*, *Kasseler Kommentar* § 95 SGB V Rz 79.

⁶³⁾ *Oettinger*, *Die Entziehung der kassenärztlichen Zulassung* (1965) 118 mwN.

⁶⁴⁾ BSGE 34, 252 ff; BSG SozR 2200 Nr 24 zu § 368a RVO.

⁶⁵⁾ Häufig wird auch dies jedoch gegeben sein (hierzu *Mohr*, *ZSR* 1987, 159 ff).

⁶⁶⁾ Vgl hierzu *Krauskopf*, *Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung* (Lo-seblatt, April 1998) § 95 SGB V Rz 45. Vgl auch *Plagemann*, *Vertragsarztrecht – PsychotherapeutenG* (1998) 212 ff.

sung neben anderen Pflichten besondere öffentlich-rechtliche Pflichten übernommen hat, die umfangreicher als die allgemeinen ärztlichen Pflichten sind.⁶⁷⁾

Danach ist die dem Schutz der vertragsärztlichen Versorgung dienende Entziehung beispielsweise gerechtfertigt bei Verstößen gegen die Pflicht zur gewissenhaften, peinlich genauen Leistungsabrechnung⁶⁸⁾ oder zum Ausstellen richtiger Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen;⁶⁹⁾ auch eine langjährig praktizierte auffällig häufige Ausstellung von Arbeitsunfähigkeitsbescheinigungen läßt auf eine Ungeeignetheit des Vertragsarztes zur Ausübung vertragsärztlicher Versorgung schließen.⁷⁰⁾ Praktisch bedeutsam ist in diesem Kontext aber auch das Wirtschaftlichkeitsgebot;⁷¹⁾ verletzt ein Arzt über Jahre fortgesetzt dieses – nicht nur der gesetzlichen Krankenversicherung – zugrunde liegende Gebot, rechtfertigt dies eine Entziehung der Zulassung.⁷²⁾ Auch fortgesetzte Verstöße gegen administrative Pflichten des Vertragsarztes – beispielsweise das jahrelange Nichtbeantworten von Anfragen der Krankenkassen oder verspätete Honorarabrechnungen trotz Ordnungs- und Disziplinarmaßnahmen⁷³⁾ – führen zur Entziehung der Zulassung. Dasselbe gilt für die fortgesetzte Abrechnung nicht erbrachter Leistungen bei unterbliebener Kontrolle des Hilfspersonals⁷⁴⁾ sowie das ständige Überlassen ärztlicher Behandlungsmaßnahmen an Hilfspersonal – wie etwa die Ausstellung von Blankorezepten, die in Abwesenheit des Arztes von der Sprechstundenhilfe ausgefüllt werden.⁷⁵⁾ Auch die Führung einer sogenannten Mammutpraxis mit mangelhafter Karteiführung, unzureichend ausgebildetem und ungenügend überwachtem Hilfspersonal führt zur Entziehung der Zulassung.⁷⁶⁾

⁶⁷⁾ Ausführlich hierzu *Oettinger*, Die Entziehung der kassenärztlichen Zulassung (1965) 119 ff. Die Pflichten des Vertragsarztes ergeben sich unter anderem aus der Zulassungsordnung und aus der Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung. Vgl auch die Musterberufsordnung für die deutschen Ärztinnen und Ärzte (MBO-Ä 1997, DÄ 1997, A-2354; hierzu *Ratzel/Lippert*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte [MBO]² [1998]).

⁶⁸⁾ BSGE 43, 250 ff. Zur Abrechnung nicht erbrachter Leistungen vgl auch BSGE 33, 161. Vgl auch *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 80 ff mwN. Zur Prüfung von Abrechnungen auf ihre Rechtmäßigkeit hin vgl § 83 Abs 2 SGB V.

⁶⁹⁾ BSG USK 80102.

⁷⁰⁾ LSG Hamburg 25. 11. 1981 – II KaBs 26/81.

⁷¹⁾ §§ 12, 106 SGB V; hierzu vgl auch *Zeihe*, ZSR 1987, 167, 176 (auch zur Behandlung von sog Gemeinschaftspraxen).

⁷²⁾ Hierzu BSGE 34, 253; BSG SozR 2200 Nr 15 zu § 368a RVO; BSG SozR 2200 Nr 24 zu § 368a RVO. Zur Frage, wie schwer der Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot sein muß, vgl *Koch*, SGB 1983, 387, 389, der feststellt, daß bei unwirtschaftlichem Verhalten des Arztes in der Regel keine Gefährdung der Patienten vorliegt; dem Arzt müsse deshalb in jedem Fall die Möglichkeit zur „Besserung“ gegeben werden.

⁷³⁾ BSG USK 80102.

⁷⁴⁾ SG Frankfurt 23. 2. 1977, S 5 Ka 38/76.

⁷⁵⁾ SG Hamburg 22. 11. 1979, 3 Ka 27/79; BayLSG 12. 2. 1980, L 12 B 70/79.

⁷⁶⁾ LSG Berlin, Breithaupt 1981, 663.

Aber auch atypische Fallgestaltungen können eine Entziehung der Zulassung rechtfertigen – so etwa die Duldung und Förderung einer Betäubungsmittelsucht der in der Praxis angestellten Ehefrau⁷⁷⁾ oder – ein besonders apartes Beispiel – die Beschäftigung von arbeitsunfähig geschriebenen Versicherten beim Hausbau des Vertragsarztes.⁷⁸⁾

cc) Entziehung der Zulassung und Strafrecht/Disziplinarrecht

Klärungsbedürftig ist das Verhältnis der Entziehung der Zulassung zu strafrechtlichen und disziplinarischen Maßnahmen. Insbesondere im Bereich der fehlerhaften Leistungsabrechnungen hat das Fehlverhalten des Vertragsarztes häufig auch strafrechtliche Konsequenzen⁷⁹⁾. Dabei ist die strafrechtliche Würdigung für die Entscheidung des Zulassungsausschusses über die Entziehung der Zulassung jedoch nicht ausschlaggebend, da es in diesem Kontext auf ein schuldhaftes oder gar strafrechtliches Verhalten des Betroffenen nicht ankommt.⁸⁰⁾ Allerdings kann der Zulassungsausschuß die Ergebnisse der strafrechtlichen Ermittlungen seiner Entscheidung zugrunde legen;⁸¹⁾ jedoch hindert die Unschuldsvermutung daran, allein auf Grund der Zustimmung eines angeklagten Arztes nach § 153a Abs 2 StPO und der Einstellung selbst die vorgeworfene Tat als nachgewiesen anzusehen. Entsprechendes gilt für Entscheidungen der über die Entziehung der Approbation zuständigen Verwaltungsbehörde; es steht also dem Entzug der Zulassung nicht entgegen, daß die Verwaltungsbehörde dem Vertragsarzt die Berufsausübung trotz Vorliegen einer Sucht nicht untersagt hat.⁸²⁾

Das Verhältnis von der Entziehung der Zulassung zum Disziplinarrecht⁸³⁾ bedarf insoweit allerdings einer differenzierten Betrachtung.⁸⁴⁾ Zwar handelt es sich beim Disziplinarverfahren⁸⁵⁾ der Kassenärztlichen Vereinigung wegen Verletzung vertragsärztlicher Pflichten⁸⁶⁾ einerseits und der Entziehung der

⁷⁷⁾ LSG Rheinland-Pfalz SozSich 1974, 276.

⁷⁸⁾ Niedersächsisches LSG 9. 5. 1975, L 5 S Ka 50/74.

⁷⁹⁾ Vgl § 263 StGB (Betrug).

⁸⁰⁾ Hierzu BVerfG NJW 1991, 1530 ff.

⁸¹⁾ BVerfG NJW 1991, 1530 ff; LSG Berlin, Breithaupt 1957, 795; LSG Bremen ArztR 1985, 203.

⁸²⁾ BSGE 28, 80 ff.

⁸³⁾ Hierzu *Hofstetter*, *Arztrecht* (1991) 171 ff; *Jacobs*, Die Entziehung der Zulassung als Vertragsarzt (1994) 140 ff.

⁸⁴⁾ Hierzu auch *Hencke*, ZSR 1987, 136, 144 f. Krit insoweit *Spieß*, SGB 1989, 368 ff, der kritisiert, daß die Frage der Verhältnismäßigkeit im Rahmen des § 95 Abs 6 SGB V diskutiert wird – in Wahrheit handle es sich um die Frage der Kompetenzabgrenzung zwischen Disziplinar- und Zulassungsausschuß (aaO 371). Vgl zum Nebeneinander von Disziplinarrecht und Zulassungsentziehung auch *Jacobs*, Die Entziehung der Zulassung als Vertragsarzt (1994) 152 ff; *Hofstetter*, *Arztrecht* (1991) 64. Vgl auch *Eicher*, *MedR* 1987, 165, 166.

⁸⁵⁾ Ausführlich hierzu *Eicher*, *MedR* 1987, 166, 168 ff.

⁸⁶⁾ Hierzu § 81 Abs 5 SGB V; die Satzungen der Kassenärztlichen Vereinigungen bestimmen die Voraussetzungen und das Verfahren zur Verhängung von Maßnahmen

Zulassung durch den Zulassungsausschuß andererseits aufgrund der unterschiedlichen Zielsetzung um zwei voneinander unabhängige Verfahren:⁸⁷⁾ Die Disziplinarmaßnahmen des § 81 Abs 5 SGB V, auf die in § 75 Abs 2 SGB V verwiesen wird, dienen der Kassenärztlichen Vereinigung dazu, die ihr obliegende Gewährleistungspflicht⁸⁸⁾ zu erfüllen, während die Entziehung der Zulassung nur bei schwerwiegenden Pflichtverstößen in Betracht kommt, die den „innerärztlichen“ Bereich verlassen.⁸⁹⁾ Die Zielsetzung des Zulassungsentzugs ist generalpräventiv – es geht um die Erhaltung des Systems der kassenärztlichen Versorgung durch Ausschluß ungeeigneter Ärzte; die Disziplinarmaßnahme hat dagegen spezialpräventiven Charakter – der einzelne Arzt soll zur Erfüllung seiner vertragsärztlichen Pflichten angehalten werden.⁹⁰⁾ Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁹¹⁾ ist eine Entziehung der Zulassung jedoch nur dann gerechtfertigt, wenn der Einsatz geringerer, dh den Vertragsarzt weniger belastender Mittel nicht ausreicht, um den Arzt nachhaltig zur Erfüllung seiner vertragsärztlichen Pflichten anzuhalten.⁹²⁾ Aus diesem Grunde können beide Verfahren nicht völlig losgelöst voneinander beurteilt werden; vielmehr ist im konkreten Einzelfall zu prüfen, ob nicht die Durchführung eines Disziplinarverfahrens als ein im Verhältnis zur Entziehung der Zulassung geringeres Mittel ausreicht, um den Vertragsarzt zu einem ordnungsgemäßen Verhalten zu veranlassen und die für eine Zusammenarbeit erforderliche Vertrauensbasis wieder herzustellen.⁹³⁾ Entscheidend ist dabei die Schwere der Pflichtverletzung des Arztes und insoweit auch eine objektive Vorwerfbarkeit des Pflichtverstoßes; insb bei betrügerischer Abrechnung nicht erbrachter Leistungen dürfte wegen der Schwere der Pflichtverletzung eine Disziplinarmaßnahme in der Regel nicht ausreichen, auch wenn sie geeignet wäre, den Vertragsarzt in Verbindung mit den strafrechtlichen Sanktionen zur korrekten Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten – denn das Vertrauen der Kranken – bzw Ersatzkassen in die Ordnungsgemäßheit der Abrechnung dieses Arztes ist derart gestört, daß eine zukünftige Zusammenarbeit nicht mehr möglich erscheint.⁹⁴⁾ Anders ist die Rechtslage bei Verstößen gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit – hier wird aus den genannten verfassungsrechtlichen Erwägungen in der Regel vor der Entziehung der Zulassung ein Disziplinarverfahren vorzuschalten sein;⁹⁵⁾ zeitigt das Disziplinarrecht nicht den gewünschten Erfolg, wird die Einleitung eines Verfahrens auf Entziehung der Zulassung nicht dadurch gehindert, daß

gegen Mitglieder, die ihre vertragsärztlichen Pflichten nicht oder nicht ordnungsgemäß erfüllen.

⁸⁷⁾ Hierzu *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 82.

⁸⁸⁾ § 75 Abs 1 S 1 SGB V.

⁸⁹⁾ *Spieß*, SGB 1989, 368, 369.

⁹⁰⁾ So *Wiegand*, Kassenzustandrecht² (1991) § 81 Rz 20.

⁹¹⁾ Dieser ist im vorliegenden Fall gleichsam interinstitutionell anzuwenden (hierzu *Eicher*, MedR 1987, 166, 167).

⁹²⁾ BVerfGE SozR 2200 § 368a RVO Nr 6. AA *Spieß*, SGB 1989, 368, 369.

⁹³⁾ Vgl auch BSG SozR 220 § 368a RVO Nr 15.

⁹⁴⁾ *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 83.

⁹⁵⁾ Hierzu auch *Hess*, Kasseler Kommentar § 95 SGB V Rz 90.

die dem Zulassungsentziehungsverfahren zugrunde liegenden Pflichtverstöße bereits Gegenstand disziplinarischer Verfahren gewesen sind.⁹⁶⁾

3. Verhältnis zum SGB X

Fraglich ist das Verhältnis von § 95 Abs 6 SGB V zu den allgemein geltenden Vorschriften des SGB X. In der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung finden sich kaum ausdrückliche Stellungnahmen zu diesem Thema – das BSG hat in einer Entscheidung aus dem Jahre 1989 lapidar festgestellt, daß das Verhältnis der §§ 44ff SGB X zu § 95 Abs 6 SGB V nicht klärungsbedürftig sei, weil das spezielle Recht vorgehe.⁹⁷⁾ § 95 Abs 6 SGB V soll danach eine erschöpfende Sonderregelung sein – eine Entziehung aus anderen als den in § 95 Abs 6 SGB V genannten Gründen scheidet ebenso aus wie eine Rücknahme oder ein Widerruf der Zulassung nach allgemeinem Recht.⁹⁸⁾

Diese auf den ersten Blick naheliegende Einschätzung wirft jedoch einige grundlegende Fragen auf, auf die ich im folgenden näher eingehen möchte. Bei der Entziehung der Zulassung, die ihrerseits für den Arzt einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellt, kann es sich zum einen um die Rücknahme eines rechtswidrigen Verwaltungsakts handeln; dies ist dann der Fall, wenn beispielsweise die Zulassungsvoraussetzungen bereits bei Erteilung der Zulassung nicht vorgelegen haben. In der Regel dürfte es sich bei der Entziehung der Zulassung jedoch um die Aufhebung eines Verwaltungsakts gem § 48 SGB X handeln: Die Zulassung als Vertragsarzt ist ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung,⁹⁹⁾ der bei Änderung der Verhältnisse – der Vertragsarzt verliert seine Eignung, weil er drogensüchtig wird oder nicht korrekt abrechnet – aufgehoben werden kann.

Zutreffend ist die Einschätzung des BSG sicherlich insoweit, als § 95 Abs 6 SGB V die Gründe für eine Entziehung der Zulassung und damit der Aufhebung des begünstigenden Verwaltungsakts abschließend regelt. Der Vertragsarzt kann nur dann von der vertragsärztlichen Versorgung ausgeschlossen werden, wenn einer der in § 95 Abs 6 SGB V genannten Gründe vorliegt – insbesondere kommt kein Widerruf der Zulassung in Betracht – etwa mit der Begründung, daß der Bedarf an Vertragsärzten gesunken sei. Diese Bedarfsproblematik läßt sich allenfalls über die seit 1. 1. 1999 geltende Zulassungsbeschränkung regeln, über die im Rahmen dieser Tagung bereits ausführlich berichtet wurde.¹⁰⁰⁾ Der Regelung des § 47 SGB X – Widerruf eines

⁹⁶⁾ BSG SozR 2200 § 368a Nr 16. Da es sich nicht um eine Strafe handelt, steht das Verbot der Doppelbestrafung (Art 103 Abs 3 GG) nicht entgegen.

⁹⁷⁾ BSG 18. 5. 1989, 6 BKA 8/89. Nicht überzeugen kann die im Urteil vom 23. 5. 1984 (SozR 5520 § 29 Nr 4) vertretene Auffassung, wonach die §§ 44ff SGB X gar keine Anwendung finden könnten, weil es dort nur um die Aufhebung von Verwaltungsakten ginge, die Sozialleistungen betreffen.

⁹⁸⁾ *Siewert*, Das Vertragsarztrecht⁵ (1994) 201.

⁹⁹⁾ Vgl in diesem Kontext auch BSG SozR 5520 § 29 Nr 4; vgl auch BSG GewArch 1997, 320, 321.

¹⁰⁰⁾ Hierzu vgl in diesem Band *Ebsen*.

rechtmäßigen Verwaltungsakts – kommt dagegen im Rahmen der Entziehung keine Bedeutung zu.

Lex specialis ist § 95 Abs 6 SGB V auch insoweit, als er dem Zulassungsausschuß keinerlei Ermessen einräumt¹⁰¹⁾ und es auch nicht darauf ankommt, ob der betroffene Arzt die Zulassung durch unlauteres Verhalten erwirkt hat – liegen die Voraussetzungen für eine Zulassung nicht oder nicht mehr vor, ist die Zulassung zu entziehen.

Bewertet man § 95 Abs 6 SGB V als abschließende Sonderregelung, die die §§ 44ff SGB X verdrängt, dann stellt sich jedoch die Frage, was „Entziehung“ in dieser Regelung bedeutet. Schon dem Wortlaut nach ist die Entziehung der Zulassung in die Zukunft gerichtet: Mit dem Wirksamwerden der Entscheidung über die Entziehung der Zulassung verliert der Arzt die Berechtigung und Verpflichtung, als Vertragsarzt tätig zu sein und entsprechend mit den Krankenkassen abzurechnen. Eine rückwirkende „Entziehung“ ist insoweit nicht vorgesehen, dh die Beendigung der vertragsärztlichen Beziehungen ist in jedem Fall in die Zukunft gerichtet. Soweit es um die Entziehung der Zulassung wegen gröblicher Pflichtverletzung oder wegen Wegfalls der Zulassungsvoraussetzungen geht, bestehen insoweit keine Bedenken. Problematisch ist hier jedoch die Fallgestaltung der rechtswidrigen vertragsärztlichen Zulassung: Wird jemand als Vertragsarzt zugelassen und übt diese Tätigkeit über Jahre hinweg aus, dann stellt sich die Frage, wie zu verfahren ist, wenn sich herausstellt, daß es sich – so der krasseste denkbare Fall – gar nicht um einen approbierten Arzt gehandelt hat, sondern um einen sogenannten Scheinarzt. Daß diesem die Zulassung jedenfalls für die Zukunft zu entziehen ist, liegt auf der Hand – was aber ist mit der Vergangenheit? Bedeutsam ist diese Frage für die Rückforderung der dem Scheinarzt in der Vergangenheit gewährten Leistungen. Zwei Entscheidungen des BSG, in denen der Erstattungsanspruch der Krankenkasse gegen den Betroffenen bejaht wurden, verdeutlichen das Problem. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1974 heißt es: Die KÄV kann Kassensarntzthonorar, das ein Nichtarzt infolge einer erschlichenen Zulassung als Kassensarntz erhalten hat, durch Verwaltungsakt im Wege des öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs zurückfordern.¹⁰²⁾ Da der Beklagte an der kassenärztlichen Versorgung gar nicht teilnehmen durfte, weil er kein approbierter Arzt gewesen sei, bestünde ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch. Diese Auffassung ist nur haltbar, wenn der die Zulassung aussprechende Verwaltungsakt rückwirkend aufgehoben werden könnte, denn gerade die – wenn auch rechtswidrige – Zulassung begründet das Recht und die Pflicht, vertragsärztlich tätig zu sein und ist damit der Rechtsgrund für das Behaltendürfen der erbrachten Geldleistungen.¹⁰³⁾ Bewertet man die Zulassung in Fallgestaltungen dieser Art nicht als nichtig,¹⁰⁴⁾ müßte eine Entziehung gem

¹⁰¹⁾ Anders insoweit § 45 SGB X.

¹⁰²⁾ BSG SozR 2200 § 368f RVO Nr 1.

¹⁰³⁾ Zum öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch vgl *Ossenbühl*, Staatshaftung⁵ (1998) 414 ff.

¹⁰⁴⁾ Dies wäre am Maßstab des § 44 Abs 1 SGB X zu beurteilen, da § 44 Abs 2 und 3 SGB X nicht einschlägig sind.

§ 95 Abs 6 SGB V auch rückwirkend erfolgen können,¹⁰⁵⁾ dies wiederum wirft die Frage auf, ob dann beispielsweise die Fristenregelungen des § 45 SGB X doch ergänzend heranzuziehen wären.

Einen anderen Weg geht das BSG in einer weiteren Entscheidung aus dem Jahre 1995: Das Gericht stellt fest, daß ein die Zulassungsvoraussetzungen nicht erfüllender Arzt, der sich die Kassenzulassung durch Vorspiegelung falscher Tatsachen verschafft hat, nicht unter Berufung auf den dadurch erlangten formalrechtlichen Status kassenärztliche Leistungen erbringen oder bewirken könne; er müsse der Krankenkasse die dadurch verursachten Kosten im Wege des Schadensersatzes ersetzen.¹⁰⁶⁾ Auch in dieser Entscheidung wird die Frage der rückwirkenden Entziehung der Zulassung nicht thematisiert – in dem zugrundeliegenden Sachverhalt hatte der betroffene Arzt – rückwirkend – auf seine Zulassung verzichtet¹⁰⁷⁾ –; sie weist jedoch den Weg, trotz für die Vergangenheit bestehender Zulassung die erbrachten Gelder zurückzufordern. Der Anspruch ergibt sich nach Auffassung des BSG aus der Verletzung der durch die Formalzulassung begründeten öffentlich-rechtlichen Pflichten.¹⁰⁸⁾ Auch wenn die Entscheidung aus anderen Gründen – so erscheint die Begründung eines Schadens als wenig überzeugend¹⁰⁹⁾ –, zu kritisieren ist, eröffnet die Argumentation des BSG die Möglichkeit einer Rückforderung der erbrachten Geldleistungen trotz der lediglich in die Zukunft gerichteten Wirkung der Entziehung. Insgesamt bleibt festzustellen, daß die Entziehung unter rechtsdogmatischen Gesichtspunkten bislang nur oberflächlich betrachtet wurde; hier gäbe es einiges, was einer näheren Untersuchung wert wäre.¹¹⁰⁾

VI. Rechtsschutz

1. Problemstellung

Die Themenstellung „Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte“ wirft die Frage auf, wie ein Vertragsarzt sich gegen das Ende seiner Zulassung zur Wehr setzen kann, oder anders formuliert: Welche Rechtsschutzmöglichkeiten hat der Betroffene in diesem Fall?¹¹¹⁾ Hierbei ist wiederum zu unter-

¹⁰⁵⁾ Im konkreten Fall ist das BSG auf diese Frage nicht eingegangen, weil der Vertragsarzt rückwirkend auf seine Zulassung verzichtet hatte – auch dies ist gem § 28 Ärzte-ZV nicht möglich (hierzu *Liebold/Zalewski*, Kassensarntzrecht [Loseblatt, Stand Juni 1998] C 95-49).

¹⁰⁶⁾ BSG SozR 3-2500 § 95 Nr 5.

¹⁰⁷⁾ Dies ist nach aktuellem Recht gar nicht möglich: Gem § 28 Ärzte-/Zahnärzte-ZV wird der Verzicht grundsätzlich mit dem Ende des auf den Zugang der Verzichtserklärung des Vertragsarztes beim Zulassungsausschuß folgenden Kalendervierteljahres wirksam; zur Verkürzung der Frist vgl § 28 Abs 1 S 2 Ärzte/Zahnärzte-ZV.

¹⁰⁸⁾ BSG SozR 3-2500 § 95 Nr 5 S 22.

¹⁰⁹⁾ Zur Frage der Vorteilsausgleichung vgl BSG SozR 3-2500 § 95 Nr 5.

¹¹⁰⁾ Im Rahmen des vorliegenden Vortrags kann diese Frage nicht vertieft werden.

¹¹¹⁾ Die sicherlich ebenfalls interessante Frage nach den Rechtsschutzmöglichkeiten der übrigen Beteiligten (zB Krankenkasse) im Fall einer negativen Entziehungs-

scheiden zwischen der Beendigung der Zulassung kraft Gesetzes – der sogenannten ordentlichen Beendigung – sowie der Entziehung der Zulassung durch konstitutiven Akt des Zulassungsausschusses, der sogenannten außerordentlichen Beendigung.

2. Beendigung kraft Gesetzes

In den in § 95 Abs 7 SGB V genannten Fallgestaltungen endet die Zulassung kraft Gesetzes, ohne daß es insoweit eines konstitutiven Aktes des Zulassungsausschusses bedürfte. Entsteht im konkreten Fall Streit darüber, ob die Zulassung des Arztes kraft Gesetzes beendet ist – denkbar wäre dies beispielsweise im Fall eines Umzugs des Arztes –, könnte der Vertragsarzt bei Vorliegen eines berechtigten Feststellungsinteresses¹¹²⁾ Feststellungsklage gem § 55 Abs 1 Nr 1 SGG auf Feststellung seiner Berechtigung zur Ausübung seiner vertragsärztlichen Tätigkeit erheben. Eine Anfechtungsklage käme nur dann in Betracht, wenn der gem § 28 Abs 1 S 3 Ärzte-ZV zu erlassende Beschluß des Zulassungsausschusses ein Verwaltungsakt iSd § 31 SGB X wäre; dieser betrifft jedoch nur die Feststellung des Zeitpunkts des Zulassungsendes, so daß es an einer Regelung fehlen dürfte. Im Rahmen der Begründetheitsprüfung der Feststellungsklage wäre dann auch die Frage zu klären, ob die im Gesetz genannten Beendigungsgründe ihrerseits mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar sind. Im übrigen besteht unter den gesetzlichen Voraussetzungen¹¹³⁾ die Möglichkeit der Einlegung einer Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen das Gesetz – das Beispiel der Altersgrenze für Vertragsärzte¹¹⁴⁾ verdeutlicht diese Problematik.¹¹⁵⁾

3. Entziehung der Zulassung

a) Allgemeines

Praktisch weitaus bedeutsamer ist jedoch die Frage nach dem Rechtsschutz gegen die Entziehung der Zulassung gem § 95 Abs 6 SGB V. Die Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung ist als Aufhebung eines begünstigenden Verwaltungsakts ihrerseits ein Verwaltungsakt im Sinne des § 31 SGB X, der nach Maßgabe der Vorschriften des Sozialgesetzbuchs überprüft werden kann; dabei sind die speziellen Vorschriften der §§ 96 und 97 SGB V zu beachten.

entscheidung soll – im Hinblick auf die vorliegende Fragestellung – nicht weiter vertieft werden.

¹¹²⁾ Hierzu § 55 Abs 1 2. HS SGG.

¹¹³⁾ Vgl im einzelnen §§ 90 ff BVerfGG.

¹¹⁴⁾ Hierzu in diesem Band *Becker*.

¹¹⁵⁾ Vgl BVerfG NJW 1998, 1776 ff.

b) Zuständigkeit der Sozialgerichte

Zuständig für die Entscheidung von Zulassungsstreitigkeiten sind gem § 51 Abs 2 Nr 1 SGG die Sozialgerichte.¹¹⁶⁾

c) Klageart

Statthafte Klageart gegen die Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung ist die Anfechtungsklage nach § 54 Abs 1 S 1 1. Alt SGG; die Entziehung der Zulassung ist ein noch nicht erledigter Verwaltungsakt iSd § 31 SGB X.

d) Klagebefugnis

Die erforderliche Klagebefugnis¹¹⁷⁾ ist gegeben, weil der betroffene Arzt geltend machen kann, durch die Entziehung der Zulassung in seinen Grundrechten aus Art. 12 und 14 GG verletzt zu sein.¹¹⁸⁾

e) Vorverfahren

Gem § 78 Abs 1 SGG sind Rechtmäßigkeit und Zweckmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts vor Erhebung der Anfechtungsklage grundsätzlich in einem Vorverfahren nachzuprüfen.¹¹⁹⁾ In diesem Kontext sind die Regelungen der §§ 96 und 97 SGB V bedeutsam: Gemäß § 96 Abs 4 S 1 SGB V können die am Verfahren beteiligten Ärzte und ärztlich geleiteten Einrichtungen, die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Verbände der Ersatzkassen den Berufungsausschuß anrufen; die Anrufung hat gem § 96 Abs 4 S 2 SGB V aufschiebende Wirkung. Die Zusammensetzung der Berufungsausschüsse ist in § 97 SGB V geregelt; für das Verfahren sind gem § 97 Abs 3 SGB V die §§ 84 Abs 1 und 85 Abs 3 SGB V anzuwenden. Zu beachten ist § 97 Abs 3 S 2 SGB V: Danach gilt das Verfahren vor dem Berufungsausschuß als Vorverfahren im Sinne des § 78 SGG; mit anderen Worten: Gegen die Entscheidung des Berufungsausschusses kann vom betroffenen Vertragsarzt unmittelbar Anfechtungsklage erhoben werden.

In diesem Kontext sei ein Hinweis auf die unbefriedigend gelöste Kostenfrage erlaubt: Während das Verfahren vor dem Berufungsausschuß als Vorverfahren gilt und dieser gem § 63 SGB X über die Erstattung von Kosten im Vorverfahren zu befinden hat, fehlt für eine Kostenerstattung für das Verfahren vor dem Zulassungsausschuß eine Rechtsgrundlage, da § 63 SGB X die Kostenerstattung nur dem erfolgreichen Widerspruchsführer zubilligt. Dies hat zur Folge, daß ein anwaltlich vertretener Vertragsarzt, der einen entsprechenden Entziehungsantrag¹²⁰⁾ abwendet, keine Erstattung des Anwalthonorars

¹¹⁶⁾ Zur Frage der Kontrolldichte der Sozialgerichte im Hinblick auf die fachliche Kompetenz des Berufungsausschusses vgl *Hencke*, ZSR 1987, 136, 143.

¹¹⁷⁾ § 54 Abs 1 S 2 SGG.

¹¹⁸⁾ Zur verfassungsrechtlichen Relevanz der hier diskutierten Fragestellung vgl schon oben unter II.

¹¹⁹⁾ Zu den Ausnahmeregelungen vgl § 78 Abs 1 S 2 SGG.

¹²⁰⁾ Zur Antragsberechtigung vgl § 27 S 2 Ärzte-ZV.

erhält¹²¹⁾ – dieses kann jedoch beträchtlich sein, da Rechtsanwaltsgebühren in diesem Fall gem § 116 Abs 2 BRAGO nach dem Gegenstandswert zu berechnen sind.¹²²⁾

f) Örtliche Zuständigkeit

Eine Sonderregelung hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit enthält im übrigen § 57a SGG: In Angelegenheiten des § 51 Abs 2 S.1 SGG ist, wenn es sich um Fragen der Kassenarztzulassung handelt, das Sozialgericht zuständig, in dessen Bezirk die Kassenarztstelle liegt.¹²³⁾

g) Im besonderen: Aufschiebende Wirkung und Anordnung der sofortigen Vollziehung

Die Zulassung eines Vertragsarztes endet gem § 39 Abs 1 S 1 SGB X grundsätzlich mit der Bekanntgabe der Entscheidung des Zulassungsausschusses auf Zulassungsentziehung. Allerdings hat die Anrufung des Berufungsausschusses gem § 96 Abs 4 S 2 SGB V aufschiebende Wirkung; entsprechendes gilt für die Anfechtungsklage gem § 97 Abs 1 Nr 4 SGG. Aufschiebende Wirkung bedeutet, daß aus dem Verwaltungsakt – der Entziehung – keinerlei Konsequenzen gezogen werden dürfen,¹²⁴⁾ dh der betroffene Vertragsarzt kann weiterhin vertragsärztlich tätig werden und entsprechend abrechnen.

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn der Berufungsausschuß gem § 97 Abs 4 SGB V die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung im öffentlichen Interesse anordnet;¹²⁵⁾ in diesem Fall hat auch die Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung hat damit weitreichende Konsequenzen für den betroffenen Vertragsarzt, weil die Entscheidung des Berufungsausschusses sofort wirksam wird;¹²⁶⁾ allerdings hat der Vertragsarzt in diesem Fall die Möglichkeit, einen Antrag nach § 97 Abs 3 SGG zu stellen: Das Gericht kann dann nach Anhörung der übrigen Beteiligten eine vom Berufungsausschuß angeordnete Vollziehung aussetzen; diese Anordnung kann nur mit der Entscheidung in der Hauptsache angefoch-

¹²¹⁾ § 83 Abs 2 SGB X.

¹²²⁾ Hierzu BSG USK 86119; vgl auch BSG USK 85208 zur Kostenbelastung der Landesverbände, die erfolglos die Entziehung durchgeführt haben (krit hierzu *Siewert*, *Der Vertragsarzt*⁵ [1994] 210).

¹²³⁾ *Meyer-Ladewig*, SGG⁶ [1998] § 57a Rz 1 ff.

¹²⁴⁾ Allgemein zu der umstrittenen Bedeutung des Begriffs vgl *Kopp/Schenke*, *VwGO*¹¹ [1999] § 80 Rz 22 ff.

¹²⁵⁾ Erst der Berufungsausschuß kann die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung anordnen; insoweit ist die Rechtslage anders als im Regelfall: Gem § 80 Abs 2 Nr 4 VwGO können Ausgangsbehörde und Widerspruchsbehörde die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsakts anordnen (hierzu *Kopp/Schenke*, *VwGO*¹¹ [1998] § 80 Rz 81). Zum Sofortvollzug auch *Ramsch*, *ZSR* 1987, 147, 156.

¹²⁶⁾ *Schultze*, *SGb* 1980, 386f. befürwortet deshalb auch ein entsprechend zurückhaltendes Vorgehen; die Konsequenzen einer vorübergehenden Schließung einer Vertragsarztpraxis seien faktisch nicht mehr rückgängig zu machen. Maßgeblich sei zudem, ob der Vertragsarzt auch nach der Entziehung der Zulassung nach wie vor gegen seine vertragsärztlichen Pflichten verstoße.

ten werden.¹²⁷⁾ Auch im Kontext der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist das verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsprinzip von entscheidender Bedeutung. Durch die Anordnung des Sofortvollzugs wird der Grundsatz der aufschiebenden Wirkung der Klage durchbrochen,¹²⁸⁾ der als adäquate Ausprägung der verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie und als fundamentaler Grundsatzes des öffentlich-rechtlichen Prozesses gilt; es ist daher in der Rechtsprechung anerkannt, daß überwiegende öffentliche Belange es rechtfertigen können, den Grundrechtsschutz des Grundrechtsträgers einstweilen zurückzustellen¹²⁹⁾ – und dies muß auch für die Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung gelten¹³⁰⁾ –, zumal hier ein Sofortvollzug erst nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens möglich ist und dem Betroffenen die Möglichkeit zur Behandlung von Privatpatienten bleibt. Die Sozialgerichtsbarkeit stellt mitunter auf eine konkrete Gefährdung der Versicherten oder – bei abstrakter Betrachtung – eine erhebliche Gefahr für Leib und Gesundheit der Patienten ab;¹³¹⁾ dagegen soll bei einer bloßen Schädigung der Vermögensinteressen der Krankenkassen das öffentliche Interesse am Sofortvollzug die privaten Interessen des Arztes nicht überwiegen;¹³²⁾ abzustellen ist in jedem Fall auf die konkreten Umstände.¹³³⁾

h) Im besonderen: Der entscheidungserhebliche Zeitpunkt

Kommt es zu einem sozialgerichtlichen Verfahren über die Rechtmäßigkeit der Entziehung der vertragsärztlichen Zulassung, stellt sich ein – auch aus dem Verwaltungsprozeßrecht bekanntes¹³⁴⁾ – Problem. Fraglich ist der maßgebliche Zeitpunkt bei der Beurteilung der Sach- und Rechtslage durch das Gericht: Beurteilt sich die Rechtmäßigkeit der Entziehung der Zulassung nach der Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung oder zum Zeitpunkt der Entscheidung durch das Sozialgericht? Bedeutsam ist diese Unterscheidung für die Berücksichtigung eines sogenannten „Wohlverhaltens“ des Vertragsarztes zwischen Entziehung der Zulassung und gerichtlicher Entscheidung,¹³⁵⁾ also für die Frage, ob der Arzt in der Zwischenzeit seine Eignung durch entsprechend geändertes und nunmehr korrektes Verhalten wiedererlangt haben könnte.¹³⁶⁾

¹²⁷⁾ § 97 Abs 3 S 2 iVm Abs 2 S 4 SGG.

¹²⁸⁾ *Hofstetter*, *Arztrecht* (1991) 65ff.

¹²⁹⁾ *BVerfGE* 35, 382, 402; vgl auch *BVerfGE* 44, 105, 115ff und *BVerfGE* 48, 292ff zum vorläufigen Berufsverbot für Rechtsanwälte.

¹³⁰⁾ *BVerfGE* 40, 179, 181.

¹³¹⁾ *LSG Hamburg* 25. 11. 1981, II Kabs 26/81; vgl auch *LSG Celle*, *MedR* 1984, 154.

¹³²⁾ Hierzu *Hess*, *Kasseler Kommentar* § 95 SGB V Rz 89 mwN.

¹³³⁾ *BVerfG SozR* 2200 § 368a RVO Nr 12.

¹³⁴⁾ Hierzu vgl nur *Kopp/Schenke*, *VwGO*¹¹ [1998] § 113 Rz 29ff mwN; *Pietzner/Ronellenfisch*, *Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht*⁹ [1996] § 20 Rz 22ff.

¹³⁵⁾ Kritisch hierzu *Zehe*, *ZSR* 1987, 167, 182.

¹³⁶⁾ *BSG SozR* 3-2500 § 95 Nr 4.

Insbesondere bei der Anfechtungsklage – und um eine solche geht es auch im hier diskutierten Fall – ist der maßgebliche Zeitpunkt umstritten.¹³⁷⁾ Die früher herrschende Lehre stellte ausschließlich auf die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung ab, während für die Gegenauffassung der Klageantrag maßgeblich ist.¹³⁸⁾ Nach einer dritten Ansicht soll die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung nach Maßgabe des materiellen Rechts maßgeblich sein.¹³⁹⁾ Das BVerwG stellt grundsätzlich auf den Zeitpunkt ab, zu welchem der Verwaltungsakt erlassen wurde;¹⁴⁰⁾ von diesem Grundsatz werden jedoch – zB bei Dauerwaltungsakten – Ausnahmen gemacht: Da der Dauerverwaltungsakt auch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung noch rechtliche Wirkung entfalte, sei die Sach- und Rechtslage zu diesem Zeitpunkt maßgeblich.¹⁴¹⁾ An diese Rechtsprechung des BVerwG knüpft das BSG bei der Festlegung des entscheidungserheblichen Zeitpunkts im Fall der gerichtlichen Kontrolle einer Zulassungsentziehung an. Das Gericht stellt darauf ab, ob die Entziehung mangels Anordnung eines Sofortvollzugs oder aufgrund der richterlichen Aussetzung des Sofortvollzugs noch keine Rechtswirkungen entfaltet habe; in diesem Fall sei der Arzt zunächst weiterhin berechtigt, an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen. Diese Fallgestaltung gleiche – so das BSG¹⁴²⁾ – derjenigen bei Verwaltungsakten mit Dauerwirkung,¹⁴³⁾ deren Rechtmäßigkeit ebenfalls unter Berücksichtigung nachträglicher Änderungen der Sach- und Rechtslage zu beurteilen sei.¹⁴⁴⁾ In Konsequenz dieser Rechtsprechung ist das Verhalten des Arztes bis zum Ende der mündlichen Verhandlung dann zu berücksichtigen, wenn die Entziehung der Zulassung noch nicht vollzogen wurde;¹⁴⁵⁾ allerdings ist von der Wiedererlangung der Eignung im Laufe des

¹³⁷⁾ Bähr, Die maßgebliche Sach- und Rechtslage für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, (1967); Kopp in System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes (1985) 693 ff; Kleinlein, VerwArch 1990, 149 ff; Scherzberg, BayVBl 1992, 426 ff; Mager, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtswidrigkeit von Verwaltungsakten (1994).

¹³⁸⁾ Vgl Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht⁹ (1996) § 20 Rz 22 mwN.

¹³⁹⁾ Schenke, Verwaltungsprozeßrecht⁴ (1996) Rz 786 ff.

¹⁴⁰⁾ Vgl hierzu Pietzner/Ronellenfitsch, Das Assessorexamen im Öffentlichen Recht⁹ (1996) § 20 Rz 22 mwN.

¹⁴¹⁾ Hierzu BVerwG NJW 1993, 1729.

¹⁴²⁾ Auch insoweit bestehen gegen die Rechtsprechung des BSG grundlegende Bedenken: Ob für die Beurteilung eines Verwaltungsakts der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung oder der der letzten mündlichen Verhandlung maßgeblich ist, kann nicht davon abhängen, ob der in Frage stehende Verwaltungsakt für sofort vollziehbar erklärt wurde und deshalb vom Adressaten unverzüglich zu befolgen ist.

¹⁴³⁾ Zur Frage, ob die Entziehung selbst ein Verwaltungsakt mit Dauerwirkung ist, vgl Oettinger, Die Entziehung der kassenärztlichen Zulassung (1965) 50.

¹⁴⁴⁾ Ausführlich hierzu BSG SozR 3-2500 § 95 Nr 4.

¹⁴⁵⁾ Anders Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung (Loseblatt Stand 1998) § 95 SGB V Rz 52.

Sozialgerichtsverfahrens nach ständiger Rechtsprechung nur in Ausnahmefällen auszugehen.¹⁴⁶⁾

VII. Fazit

Auch wenn die Entziehung der Zulassung im SGB V und in den maßgeblichen Zulassungsordnungen nur sehr marginal geregelt wurde und der Wortlaut des § 95 Abs 6 SGB V jedenfalls hinsichtlich der „gröblichen Verletzung der vertragsärztlichen Pflichten“ eher vage formuliert ist, bleibt festzustellen, daß die Sozialgerichte die maßgeblichen Vorschriften in einer Weise handhaben, die den Grundrechten des betroffenen Vertragsarztes in ausreichendem Maße Rechnung trägt. Bei verfassungskonformer Handhabung des § 95 Abs 6 SGB V bestehen gegen die Regelung keine verfassungsrechtlichen Bedenken: Einem Arzt, dem die erforderliche Eignung zur Tätigkeit als Vertragsarzt fehlt, muß – und dies ist der letzte denkbare Schritt – die Zulassung im Interesse der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung und der Gesundheit der Patienten entzogen werden können. Ob die Entziehung der Zulassung gerechtfertigt ist, prüfen – und dies muß vor dem Hintergrund des Art 19 Abs 4 GG gewährleistet sein – die Sozialgerichte; auch insoweit ist ein „Kündigungsschutz“ in ausreichendem Maße gewährleistet.¹⁴⁷⁾

¹⁴⁶⁾ BSG USK 7353; BSGE 33, 161; BSGE 43, 250 ff. Dabei stellt das BSG darauf ab, daß dem Fehlverhalten des Arztes in der Regel größeres Gewicht zukommt als seinem Wohlverhalten unter dem Druck des schwebenden Prozesses.

¹⁴⁷⁾ Hinzuweisen ist im übrigen darauf, daß der Vertragsarzt im Fall einer rechtswidrigen Entziehung Schadensersatzansprüche geltend machen kann (hierzu Oettinger, Die Entziehung der kassenärztlichen Zulassung, Würzburg [1965] 68 ff).

Reinhard Geist

Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte in Österreich

A. Einleitung

Der gesetzliche Kündigungsschutz für freiberufliche Vertragsärzte wurde durch das ASVG eingeführt, und zwar durch den zuständigen Ausschuß. Vorher war nach dem SV-ÜG die Thematik der Lösung des Einzelvertrags dem Gesamtvertrag überantwortet.

Im Zuge der Schaffung des ASVG war von Seiten der Ärzteschaft gefordert worden, die Kündigung an die Zustimmung der Ärztekammer zu binden. Dies war dem Ausschuß als zu weitgehend erschienen, sodaß als *Schutz vor willkürlicher oder ungerechtfertigter Kündigung eine Anfechtungsmöglichkeit der Ärzte* geschaffen wurde, und zwar für den Fall der sozialen Härte oder wenn die Kündigung nicht in den besonderen Verhältnissen der Vertragspartner begründet ist.¹⁾ Im AB wurde betont, daß damit erstmals ein – sogar über das Schutzniveau der Arbeitnehmer hinausgehender – Kündigungsschutz für freiberuflich tätige Personen geschaffen wurde; die Praxis müsse zeigen, ob eine derart weitreichende Maßnahme gerechtfertigt sei.²⁾

Materieller Hintergrund des Kündigungsschutzes ist, daß die Einrichtung einer ärztlichen Praxis mit nicht unerheblichen Kosten verbunden ist, der Arzt sich mit den Patienten regelmäßig erst ein Vertrauensverhältnis aufbauen muß und – angesichts der großen Zahl der Sozialversicherten – oft ohne Kassenvertrag nicht wirtschaftlich arbeiten kann bzw ein geringeres Einkommen befürchten muß.³⁾ Zu beachten ist aber umgekehrt, daß eine Tätigkeit als Wahlarzt möglich bleibt.⁴⁾

¹⁾ AB 613 BlgNR 7. GP 31.

²⁾ AB 613 BlgNR 7. GP 31; zur Entstehungsgeschichte *Mosler*, in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* (1995) 290 ff; *Sourada*, *Arztvertrag und Schiedskommission*. Ein Ausschnitt aus dem Vertragspartnerrecht der Sozialversicherung, JBl 1982, 526.

³⁾ Vgl *Mosler* in Strasser (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 277; siehe auch VfGH 1997/SozSi 1998, 582.

⁴⁾ Siehe dazu etwa *Grillberger*, *Österreichisches Sozialrecht*⁴ (1998) 49; *Brodill/Windisch-Gräetz*, *Sozialrecht in Grundzügen*³ (1998) 77f; *M. Binder/Th. Radner*, *Österreichisches Sozialrecht* (1998) 52f.

B. Die Kündigung im System der Beendigungsgründe

Um den Stellenwert des Kündigungsschutzes richtig würdigen zu können bzw um Wertungen für die Interpretation zu gewinnen, ist zunächst ein Blick auf die übrigen Beendigungsmöglichkeiten zu werfen.

I. Erlöschen des Einzelvertrages ohne Kündigung

Nach § 343 Abs 2 ASVG erlischt der Einzelvertrag ohne Kündigung: in bestimmten Fällen der Unmöglichkeit (bei *Auflösung* oder *Tätigkeitsbeschränkung* des Krankenversicherungsträgers, mit der Folge, daß die Tätigkeit des Vertragsarztes nicht mehr in Frage kommt und bei *Tod des Vertragsarztes*)⁵⁾ sowie bei bestimmten *Verurteilungen des Vertragsarztes* (§ 343 Abs 2 Z 4-6 ASVG):

- rechtskräftige Verurteilung zu mehr als einjähriger Freiheitsstrafe wegen wenigstens einer mit Vorsatz begangenen gerichtlichen Straftat⁶⁾
- rechtskräftige Verurteilung wegen einer mit Bereicherungsvorsatz begangenen gerichtlichen Straftat⁷⁾
- rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilung im Zusammenhang mit der Ausübung des ärztlichen Berufes wegen groben Verschuldens
- wiederholte zivilgerichtliche Verurteilung, bei der ein Verschulden bei Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit festgestellt wird.

Ausweislich der Materialien handelt es sich um eine taxative, also abschließende, Aufzählung der Erlöschensgründe.⁸⁾

II. Fristlose Auflösung des Einzelvertrages durch den Krankenversicherungsträger

Nach § 343 Abs 3 ASVG ist der Krankenversicherungsträger *zur Auflösung*⁹⁾ des Vertragsverhältnisses *verpflichtet*:

- wenn ein Vertragsarzt die Staatsbürgerschaft eines Mitgliedstaates des europäischen Wirtschaftsraumes verliert
- die ärztliche Berufsberechtigung verliert bzw diese von Anfang an fehlte¹⁰⁾

⁵⁾ Zur gesamtvertraglich vorgesehenen befristeten Fortführung für Rechnung der Erben siehe *Tanzer*, Weiterführung der Praxis nach dem Tod des Vertragsarztes, *SozSi* 1971, 188 ff.

⁶⁾ Ein Bezug zur (vertrags)ärztlichen Tätigkeit muß nicht vorhanden sein.

⁷⁾ Auch hier muß kein Konnex zur (vertrags)ärztlichen Tätigkeit bestehen.

⁸⁾ EB-RV 599 BlgNR 7. GP 102; vgl auch mwN *Mosler in Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 282, 288; VwGH 1961/VwSlg 5622 = ÖJZ 1963, 361 = *Dragaschnig/Sourada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung (1983) 471 ff.

⁹⁾ Die Auflösung muß wohl mit sofortiger Wirkung erfolgen; vgl *Mosler in Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 287; *Teschner/Widlar*, ASVG § 343 Anm 3.

¹⁰⁾ Erfasst sind auch Fälle bloß vorübergehenden Verlustes. Diese verpflichten ebenfalls zur endgültigen Auflösung; ein Anspruch auf Neuabschluß bei Wiedererlan-

- wenn einvernehmlich mit der zuständigen Ärztekammer festgestellt wird, daß die zur Bestellung als Vertragsarzt erforderlichen Voraussetzungen¹¹⁾ von Anfang an nicht gegeben waren.¹²⁾

Die Auflösung durch den Krankenversicherungsträger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ist nur aus den im Gesetz *taxativ* angeführten Gründen zulässig; das stellen die Materialien ausdrücklich klar.¹³⁾ Daher sind Verzichtsfiktionen und Erlöschensregelungen etwa im Zusammenhang mit Vertreterbestellungen oder Ordinationsverlegungen nicht wirksam.¹⁴⁾

III. Kündigung

Daneben kann der Einzelvertrag nach § 343 Abs 4 ASVG von beiden Vertragsteilen mit einer *Kündigungsfrist von einem Monat* und einem Kündigungsendtermin *Ende des Kalendervierteljahres* gekündigt werden.

Der kündigende Krankenversicherungsträger muß die Kündigung schriftlich begründen. Der gekündigte Vertragsarzt kann die Kündigung anfechten. Die Kündigung ist für unwirksam zu erklären, wenn sie für den Arzt eine soziale Härte bedeutet und nicht eine so beharrliche oder schwerwiegende Verletzung des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag vorliegt, daß die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Krankenversicherungsträger nicht zumutbar ist.¹⁵⁾

IV. Beendigung des Gesamtvertrages

Weiters führt nach hM die Beendigung des Gesamtvertrages¹⁶⁾ zur Beendigung der Einzelverträge;¹⁷⁾ eine den arbeitsrechtlichen Normen vergleich-

ung der Berufsausübungsberechtigung besteht nicht (*Mosler in Strasser* [Hrsg], *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 288).

¹¹⁾ Diese ergeben sich aus dem Gesamtvertrag. Fraglich ist, ob (interne) Auswahlrichtlinien erfaßt sind (so möglicherweise *Mosler in Strasser* [Hrsg], *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 288).

¹²⁾ Strittig ist, ob daneben eine Anfechtung wegen Irrtums oder Täuschung zulässig ist. Dies wird von *Mosler* (in *Strasser* [Hrsg], *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 280 f) vor allem deshalb verneint, weil der Kündigungsschutz unterlaufen werden könnte und einzelne Fälle im ASVG als Beendigungsgründe vertypt sind (dafür *Selb in Tomandl* [Hrsg], *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts* [Stand 1998] 594).

¹³⁾ AB 613 BlgNR 7. GP 31.

¹⁴⁾ MwN *Mosler in Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 281 f, 285 f.

¹⁵⁾ Siehe dazu näher unten D.III.2.

¹⁶⁾ Zur Frage der befristeten Honorarordnung als Beendigung des Gesamtvertrages siehe *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte* 59 ff; *Mosler in Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 228 f.

¹⁷⁾ MwN *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte* (1998) 60, 144 ff; *Brodil/Windisch-Gräetz*, *Sozialrecht in Grundzügen*³, 76; dagegen etwa *Grillberger*, *Österreichisches Sozialrecht*⁴, 48.

bare Nachwirkung ist gesetzlich nicht gegeben.¹⁸⁾ Auch ein Kündigungsschutz besteht hier nicht.

V. Auflösung aus wichtigem Grund

Über die positivierten Endigungsfälle (die zum Teil Gründe umschreiben, die allgemein als wichtige Gründe für die vorzeitige Vertragsauflösung zu qualifizieren sind) hinaus ist *keine einseitige Auflösung aus wichtigem Grund möglich bzw durch den Gesamtvertrag regelbar*. Das ergibt sich aus dem AB: Die Auflösung durch den Krankenversicherungsträger ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist ist nur aus den im Gesetz taxativ angeführten Gründen zulässig.¹⁹⁾ Andernfalls könnte auch der Kündigungsschutz des § 343 Abs 4 ASVG seine Schutzfunktion nicht wirklich erfüllen.²⁰⁾ Ein Ausschluß der vorzeitigen Auflösung aus wichtigem Grund für den Arzt wird im Schrifttum ebenfalls angenommen, weil dadurch das austarierte Gesamtsystem gestört würde.²¹⁾

VI. Befristung

Eine Befristung (auf gesamtvertraglicher Grundlage) ist hingegen nach zutreffender Ansicht zulässig.²²⁾ Die Befristung ist zwar im ASVG nicht geregelt, doch ergibt sich ihre grundsätzliche Zulässigkeit bei Dauerschuldverhältnissen aus § 1449 ABGB. Nach § 342 Abs 1 Z 2 ASVG haben die Gesamtverträge auch die Lösung der mit den Vertragsärzten zu treffenden Abmachungen (Einzelverträge) zu regeln. Wenn § 343 Abs 2 bis 4 ASVG die Beendigung von Einzelverträgen abschließend regeln würde, wäre § 342 Abs 1 Z 2 ASVG überflüssig. Zwar ist auf die Befristung der Kündigungsschutz des § 343 Abs 4 ASVG nicht anwendbar, weil es keiner Auflösungserklärung bedarf, doch ergibt sich aus dem Schutzzweck des Kündigungsschutzes, daß dieser durch den Abschluß von befristeten Verträgen nicht beeinträchtigt werden darf. In Analogie zu den Kettenarztverträgen sind daher nach zutreffender Auffassung auch Kettenarztverträge, also das Aufeinanderfolgen mehrmaliger Befristungen, unzulässig. Das Vertragsverhältnis wird als unbefristetes behandelt.²³⁾ Anderes gilt nur, wenn die Befristung sachlich gerechtfertigt ist. Dieses Erfordernis einer sachlichen Rechtfertigung besteht nach *Mosler* aber auch schon für die erste Befristung.²⁴⁾ Es müsse sich um eine längere im Interesse des Ärzte liegende oder von ihm initiierte handeln oder um eine kürzere etwa zur

¹⁸⁾ MWN *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 145 ff, 230.

¹⁹⁾ AB 613 BlgNR 7. GP 31.

²⁰⁾ So *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 289.

²¹⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 289 f.

²²⁾ Dagegen prinzipiell *Selb* in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 594.

²³⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 277.

²⁴⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 277 f.

Erprobung bzw für einen vorübergehenden Bedarf.²⁵⁾ Daß eine längere Befristung im Interesse des Ärzte liegen oder von ihm initiiert sein müsse, läßt sich entgegen *Mosler* nicht aus dem Kündigungsschutz ableiten, denn die dahinter stehende Dispositionssicherheit bezüglich der Investitionen in die Praxis²⁶⁾ wird durch die längere Befristung erreicht. ME ist eine Altersgrenze jedenfalls dann eine sachlich gerechtfertigte Befristung, wenn ein Alter gewählt wird, in dem typischerweise die Fähigkeit zur ausreichenden quantitativen und qualitativen Betreuung des zu versorgenden Bereichs nicht mehr gegeben ist und typischerweise ein Pensionsanspruch besteht.

VII. Einvernehmliche Auflösung

Die einvernehmliche Auflösung ist – wenn auch im ASVG nicht erwähnt – aufgrund allgemeiner Grundsätze *zulässig*. Der Kündigungsschutz steht dem nicht entgegen.²⁷⁾

VIII. Auflösende Bedingung

Eine auflösende Bedingung muß wegen der Umgehung des Kündigungsschutzes als *problematisch* eingestuft werden.²⁸⁾

C. Kündigung und Gesamtvertrag

Nach § 342 Abs 1 Z 2 ASVG haben die Gesamtverträge auch die Lösung der mit den Vertragsärzten zu treffenden Abmachungen (Einzelverträge) zu regeln. Vor dem Hintergrund der detaillierten Beendigungsregelung, vor allem des § 343 Abs 4 ASVG stellt sich die Frage, inwieweit noch ein Gestaltungsspielraum besteht. Auszugehen ist davon, daß es sich bei den positivierten Beendigungsnormen um einen austarierten *Kompromiß* zwischen den Interessen der Versichertengemeinschaft einerseits und denen der Ärzteschaft andererseits handelt. Daher ist – auch betreffend § 343 Abs 4 ASVG – ein *absolut zwingender Charakter* anzunehmen.²⁹⁾ Eine gesamtvertragliche Regelung in diesem Bereich kann allenfalls demonstrativen Charakter aufweisen.

D. Kündigungsschutz

I. Allgemeines

In der Stammfassung des ASVG war der Kündigungsschutz wie folgt geregelt: „Das Vertragsverhältnis kann ... von beiden Teilen unter Einhaltung

²⁵⁾ Vgl auch Landesberufungskommission für Kärnten 1995/SSV-NF 9/B7; Landesberufungskommission für NÖ 1994 SV-NF 8/B5.

²⁶⁾ Siehe dazu oben unter A.

²⁷⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 281.

²⁸⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 279.

²⁹⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 279 f.

einer dreimonatigen Kündigungsfrist zum Ende eines Kalendervierteljahres gelöst werden. Der gekündigte Arzt kann innerhalb von 2 Wochen die Kündigung des Versicherungsträgers bei der Landesschiedskommission mit Einspruch anfechten. Die Landesschiedskommission kann die Kündigung des Versicherungsträgers für unwirksam erklären, wenn a) die Kündigung für den Arzt eine soziale Härte bedeutet oder b) die Kündigung nicht in den besonderen Verhältnissen der Vertragspartner begründet ist.“ Lit b) wurde seit einer Grundsatz-E des BSK aus 1980³⁰⁾ so ausgelegt, daß im Sinne der allgemeinen Grundsätze für Dauerschuldverhältnisse wichtige Gründe, die die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses unzumutbar erscheinen lassen, gemeint sind (zur Konkretisierung wurde auf das VBG verwiesen).³¹⁾ Nur aus solchen wichtigen Gründen könne gekündigt werden. Bezüglich der sozialen Härte wurde auf § 25 Abs 4 BRG verwiesen.³²⁾

Im Gefolge des Rezeptschwindelskandals Anfang der 80er Jahre erfolgte mit der 38. ASVG-Novelle eine Neufassung, die eine *Abschwächung des Kündigungsschutzes* bezweckte. Vor allem wurden die Kündigungsfrist auf 1 Monat verkürzt, die Begründungspflicht bezüglich der Kündigung des Versicherungsträgers statuiert und die Anfechtungsvoraussetzungen neu gefaßt: Die Kündigung ist für unwirksam zu erklären, wenn sie für den Arzt eine soziale Härte bedeutet und nicht eine so beharrliche oder schwerwiegende Verletzung des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag vorliegt, daß die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Krankenversicherungsträger nicht zumutbar ist.

II. Begründungspflicht und Schriftlichkeit

Ein gewisser Schutz vor willkürlichen Kündigungen wird dadurch gewährt, daß der kündigende Krankenversicherungsträger die Kündigung schriftlich begründen muß. Diese etwas unklare Gesetzesanordnung wird von der hM³³⁾ dahingehend verstanden, daß die Kündigungserklärung selbst schriftlich zu begründen und daher auch selbst schriftlich auszusprechen ist. Damit werden Gültigkeitsprobleme infolge Auseinanderfallens von Kündigung und Begründung vermieden und eine Gleichklang zur Lösung des Ordnungsproblems in anderen Rechtsgebieten (zB § 32 VBG) erzielt, die freilich explizite einschlägige Regeln enthalten.

Die *Begründung der Kündigung* braucht nur den oder die Gründe nennen (zB Verrechnung von Leistungen, die der Vertragsarzt nicht selbst oder über-

³⁰⁾ SVSlg 28.036 = SozSi 1982, 267; zur älteren Entscheidungspraxis der BSK siehe *Schuster-Bonnot*, Die Rechtsprechung der Bundesschiedskommission, ZAS 1970, 55 und *Sourada*, JBl 1982, 526ff sowie *Rudolf Müller*, ZAS 1986, 28ff; vgl auch *Dra-gaschnig/Sourada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung (1983) 273ff.

³¹⁾ Vgl auch schon *Schuster-Bonnot*, ZAS 1970, 55; *Sourada*, JBl 1982, 526, 527.

³²⁾ VfGH 1984/ZAS 1986, 26 mit Anm *Rudolf Müller*; vgl auch schon *Schuster-Bonnot*, ZAS 1970, 54.

³³⁾ MwN *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 293; *Sourada*, SozSi 1984, 427.

haupt nicht erbracht hat³⁴⁾).³⁵⁾ Die Anführung einzelner konkreter Umstände ist noch nicht erforderlich; dies muß erst im Anfechtungsverfahren erfolgen.³⁶⁾

Ein späteres *Nachschieben von Gründen* ist prinzipiell unzulässig – allenfalls muß neuerlich gekündigt werden –; doch können zur Unterstützung geltend gemachter Kündigungsgründe auch spätere Vorfälle vorgebracht werden, zB um die Beharrlichkeit der Vertragsverletzung zu unterstützen.³⁷⁾

Fehlt die Begründung der Kündigung, so ist nach einer Auffassung im Schrifttum einer Anfechtung der Kündigung durch den Vertragsarzt auch ohne soziale Härte stattzugeben und die Kündigung für unwirksam zu erklären.³⁸⁾ Denkbar wäre aber auch, die schon formal unbegründete Kündigung schlechthin für unwirksam zu halten, ohne daß es einer Anfechtung bedarf.

Nach hM³⁹⁾ muß die Kündigung auch *unverzüglich* ausgesprochen werden, andernfalls das Kündigungsrecht erlösche. Es handelt sich um eine sog Aufgriffsobliegenheit, welche den Zweck hat zu verhindern, daß plötzlich lange zurückliegende Sachverhalte zum Anlaß einer Kündigung genommen werden. Dabei ist aber insbesondere die nicht unkomplizierte Organisationsform der Versicherungsträger und der Umstand zu berücksichtigen, daß das persönliche und organisatorische Naheverhältnis der Einzelvertragsparteien nicht so ausgeprägt ist, wie etwa beim Arbeitsverhältnis. Außerdem spielt ein Rolle, daß unter Umständen erst ein längerdauerndes Verhalten bzw die fruchtlose Einhaltung der Möglichkeiten einvernehmlicher Streitbeilegung die Kündigung rechtfertigt. Aus diesen Gründen darf das Unverzüglichkeitspostulat nicht allzu streng gehandhabt werden. Auch das Abwarten eines Gerichtsverfahrens, aus dem Aufklärung zu erwarten ist und die Einholung von Rechtsauskünften ist selbstverständlich nicht schädlich.

III. Kündigungsanfechtung

1. Zuständigkeit und Verfahrensablauf

Der gekündigte Arzt kann innerhalb von 2 Wochen – ab deren Zustellung⁴⁰⁾ – die Kündigung mittels *Einspruch* bei der *Landesschiedskommission* anfechten.

Die Frist ist jedenfalls gewahrt, wenn der Einspruch fristgemäß einer übernahmetsberechtigten Person, die zur Führung der Kanzleigeschäfte berufen

³⁴⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A5 = SVSlg 40.968 = ARD 4566/17/94; vgl auch *Selb* in *Tomandl*, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 594.

³⁵⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94.

³⁶⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A5 = SVSlg 40.968 = ARD 4566/17/94.

³⁷⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 293; vgl weiters *Sourada*, SozSi 1984, 427.

³⁸⁾ Vgl *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 296, 297.

³⁹⁾ MwN *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 293ff; *Sourada*, JBl 1982, 526f.

⁴⁰⁾ *Teschner/Widlar* ASVG § 343 Anm 6.

war, übergeben wurde; auf das Einlangen bei der zuständigen Abteilung kommt es nicht an.⁴¹⁾

Die *Landesschiedskommission* muß dann innerhalb von 6 Monaten nach Einlangen des Einspruchs über diesen entscheiden. Bis zum Tag der Entscheidung der Landesschiedskommission hat der Einspruch aufschiebende Wirkung

Gegen die Entscheidung der Landesschiedskommission kann *Berufung* an die *Bundesschiedskommission* eingebracht werden. Berufet der gekündigte Arzt, hat die Berufung nur dann aufschiebende Wirkung, wenn der Versicherungsträger zustimmt (§ 343 Abs 4 letzter Satz ASVG). Das Erfordernis der Zustimmung des Sozialversicherungsträgers zum Eintritt der aufschiebenden Wirkung des Einspruches an die Bundesschiedskommission ist nach Ansicht des Verfassungsgerichtshofes verfassungsrechtlich unbedenklich. Es gehe nämlich um die Überprüfung der Zulässigkeit der Kündigung eines privatrechtlichen Vertrages, welche für sich allein schon grundsätzlich dessen Beendigung bewirke. Die Zustimmung habe die Funktion einer (vorläufigen) einvernehmlichen Fortsetzung des Vertragsverhältnisses für die Dauer des Rechtsmittelverfahrens, was auch ohne die in Frage stehende Norm möglich sei.⁴²⁾

Nach § 347 Abs 4 ASVG ist auf das Verfahren das *AVG* anzuwenden. Es gilt daher die *Offizialmaxime*; der maßgebliche Sachverhalt ist also von Amts wegen zu ermitteln. Doch ist zu beachten, daß es sich materiell um einen Rechtsstreit zwischen zwei Parteien handelt, der einem Zivilprozeß gleicht,⁴³⁾ und daß das Verwaltungsverfahren nicht für einen kontradiktorischen Rechtsstreit konzipiert ist. Daher spricht einiges dafür, daß – soweit das Verwaltungsverfahren einen Problemkreis nicht regelt –, zivilprozessuale Grundsätze anzuwenden sind. Das betrifft namentlich die Frage der Beweislast: es muß daher jede Partei die *Beweislast für* das Vorliegen aller tatsächlichen *Voraussetzungen der ihr günstigen Rechtsnorm* tragen.⁴⁴⁾ Daher hat insoweit der Krankenversicherungsträger das Vorliegen von Kündigungsgründen zu beweisen.⁴⁵⁾ Indizienbeweis und wohl auch Anscheinsbeweis sind hier möglich. Bei letzterem handelt es sich um eine Beweiserleichterung, nach der bei einem typischen Geschehensablauf, der nach der Lebenserfahrung auf einen bestimmten Kausalzusammenhang hinweist, die Tatbestandsvoraussetzungen auch im Einzelfall als erweisen gelten, wenn nicht die ernsthafte Möglichkeit eines atypischen Geschehensablaufes dargetan wird.⁴⁶⁾

⁴¹⁾ BSK SSV-NF 8/A2 = SVSlg 43.417. Strittig ist, ob eine materiellrechtliche oder eine verfahrensrechtliche Frist iSd § 33 Abs 3 AVG vorliegt; letzteres ist wohl in Analogie zur Anfechtungsfrist nach § 105 ArbVG anzunehmen; dazu OGH 1997/ARD 4939/9/98.

⁴²⁾ VfGH 1997/DRdA 1998, 141 = ARD 4933/32/98 = SozSi 1998, 582; anders Rudolf Müller, ZAS 1986, 32: verfassungswidrig wegen Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes.

⁴³⁾ Siehe auch Sourada, JBl 1982, 527 FN 54; ders, SozSi 1984, 427.

⁴⁴⁾ Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 315 f.

⁴⁵⁾ Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 316.

⁴⁶⁾ MwN Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 316 f.

2. Anfechtungsvoraussetzungen

a) Interessenabwägung?

Wie gesagt, ist die Kündigung für unwirksam zu erklären, wenn sie für den Arzt eine *soziale Härte* bedeutet und nicht eine *so beharrliche oder schwerwiegende Verletzung* des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag vorliegt, daß die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Krankenversicherungsträger *nicht zumutbar* ist.

Schon aus dem Wortlaut ist zu schließen, daß im Falle von die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses unzumutbar machender Pflichtverletzung selbst bei sozialer Härte die Kündigung endgültig wirksam ist, also eine Unwirksamklärung über Einspruch des betroffenen Arztes nicht erfolgen darf.⁴⁷⁾ In diesem Sinn spricht die Bundesschiedskommission immer wieder aus, daß im Fall eines extremen Maßes an Gleichgültigkeit und Mißachtung des Vertrages, die das unbedingt nötige beiderseitige Vertrauensverhältnis zerstören, die Kündigung keiner Mahnung oder Bedachtnahme auf soziale Härte bedürfe.⁴⁸⁾ Dies gilt auch bei den § 343 Abs 2 Z 2–4 ASVG nahekommenen Verhaltensweisen, insb wenn sie mit Bereicherungsvorsatz begangen wurden; auch dann verhindert das Vorliegen sozialer Härte nicht die Wirksamkeit der Kündigung.⁴⁹⁾ Das harmoniert mit allgemeinen Grundsätzen. Auch im Arbeitsrecht existiert bei Vorliegen von Entlassungsgründen, also bei das weitere Aufrechterbleiben des Vertragsverhältnisses unzumutbar machenden Gründen kein Korrektiv unter dem Gesichtspunkt der sozialen Härte. Die Kündigung nach § 343 Abs 4 ASVG fungiert insoweit als vorzeitige Auflösung aus wichtigen Grund entsprechend allgemeinen Grundsätzen, die allerdings insoweit modifiziert sind, als eine Kündigungsfrist und ein Kündigungstermin vorgegeben sind.

Bei sonstigen Kündigungsgründen stellt sich die Frage, ob – wie der Wortlaut nahelegen scheint – schon das Vorliegen sozialer Härte das Kündigungsrecht des Krankenversicherungsträgers entfallen läßt bzw umgekehrt den Einspruch erfolgreich macht oder ob eine Abwägung zwischen Kündigungsgrund und sozialer Härte erfolgen muß.

Nach der Entscheidungspraxis des *Bundesschiedskommission* wird – jedenfalls im Regelfall – angesichts der großen Zahl an Versicherten soziale Härte angenommen und keine Interessenabwägung durchgeführt.⁵⁰⁾ Daher

⁴⁷⁾ HM, vgl Krejci, Untergang der Kassenärzte? 67; Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 297; Rudolf Müller, ZAS 1961, 31.

⁴⁸⁾ Etwa BSK 1993/SSV-NF 7/A 1 = SVSlg 40.964 = ARD 4560/30/94; 1993/SSV-NF 7/A 5 = SVSlg 40.968 = ARD 4566/17/94; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969.

⁴⁹⁾ Etwa BSK 1993/SSV-NF 7/A 1 = SVSlg 40.964 = ARD 4560/30/94; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94.

⁵⁰⁾ BSK 1994/SSV-NF 8/A 3; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94; vgl Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 298, 304.

beschränkt sich das Kündigungsrecht auf Extremfälle, auf die Unzumutbarkeitsfälle.⁵¹⁾

In der neueren Literatur wird demgegenüber das Erfordernis einer *Interessenabwägung* favorisiert.⁵²⁾ Als Argument dient im wesentlichen die hM zum arbeitsrechtlichen allgemeinen Kündigungsschutz (§ 25 Abs 4 BRG bzw § 105 Abs 3 Z 2 ArbVG), dem vom VfGH und vom Schrifttum Vorbildfunktion für § 343 Abs 4 ASVG zugemessen wird. Bei diesem Vergleich muß aber bedacht werden, daß die erwähnten arbeitsrechtlichen Kündigungsschutzvorschriften nicht den Bereich der wichtigen Gründe (= Entlassung) betreffen, während § 343 Abs 4 ASVG auch den Bereich der wichtigen Gründe erfaßt. Insofern besteht also eine gewisse Strukturverschiedenheit. Doch ist es im Ergebnis vernünftig, Kündigungsgründe und soziale Betroffenheit abzuwägen.

Eine andere Frage ist es, ob *als Kündigungsgründe bloß Vertrags- bzw Berufspflichtverletzungen in Betracht* kommen oder auch andere Gründe relevant sein können. Im Schrifttum scheint eine Beschränkung auf Pflichtverletzungen ausmachbar zu sein. So schreibt etwa *Mosler* explizit, daß nur Vertrags- bzw Berufspflichtenverletzungen als Kündigungsgründe gelten können.⁵³⁾ *Rudolf Müller*⁵⁴⁾ meint aufgrund eines Größenschlusses zur Formulierung der Unzumutbarkeitsgründe müsse es sich um vertragsbezogene Gründe handeln; Willkürkündigungen wären ausgeschlossen. Das ist insofern zutreffend, als unsachliche (willkürliche) Kündigungen nicht zuletzt durch das Erfordernis einer Begründung der Kündigung ausgeschlossen sein sollen. Das bedeutet aber noch nicht, daß nur Pflichtverletzungen als Kündigungsgründe in Betracht kommen. Zu denken ist etwa in Analogie zum arbeitsrechtlichen Kündigungsschutz an organisationsbedingte Kündigungen. Aus dem ASVG, namentlich aus § 343 Abs 4 ASVG, ist keine Einschränkung auf Pflichtverletzungen ersichtlich; es muß sich nur um sachlich rechtfertigbare Gründe handeln.⁵⁵⁾ Allerdings muß in diesem Bereich der sozialen Härte das nötige Augenmerk geschenkt werden.

⁵¹⁾ So *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 304.

⁵²⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 296f; ebenso auch *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 67.

⁵³⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 298 FN 307; siehe auch *ders.*, aaO 297: „Kündigungsgrund Vertragsverletzung“. Vgl auch *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 68: Wer sich als Arzt bisher korrekt verhalten hat, bietet keinen hinreichend gerechtfertigten Grund zur Auflösung des Vertragsverhältnisses. Weiters *Selb* in *Tomandl*, *System des österreichischen Sozialversicherungsrechts* 594: Verfehlungen.

⁵⁴⁾ ZAS 1986, 31.

⁵⁵⁾ Vgl zur alten Rechtslage *Schuster-Bonnot*, ZAS 1970, 55: organisatorische und wirtschaftliche Verhältnisse des Versicherungsträgers, Verwendbarkeit und Eignung des Vertragsarztes (zB süchtiger paranoider Psychopath).

b) Soziale Härte

Die Bundesschiedskommission unterstellt prinzipiell die soziale Härte: es finden sich Aussagen, daß in der Regel angesichts der großen Zahl an Versicherten soziale Härte vorliege und daher zumindest für den Regelfall kein freies Kündigungsrecht der Versicherungsträger bestehe.⁵⁶⁾ Nähere Auseinandersetzungen mit diesem Tatbestandsmerkmal finden sich – soweit ersichtlich – nicht.

Das Schrifttum betont demgegenüber zu Recht, daß zwar aufgrund des Beinahe-Nachfragemonopols der Krankenversicherungsträger anderweitige ärztliche Erwerbstätigkeiten bloß beschränkt möglich sind,⁵⁷⁾ doch dürfe dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, mit dem Anfechtungserfordernis „sozialer Härte“ Unnötiges in den Gesetzestext aufgenommen zu haben; die soziale Härte müsse daher konkret geprüft werden.⁵⁸⁾

Soziale Härte verlangt zwar nicht Existenzbedrohung bzw soziale Notlage; umgekehrt ist aber auch nicht jede Einkommenseinbuße relevant.⁵⁹⁾ Zu berücksichtigen sind die wirtschaftlichen Verhältnisse des Vertragsarztes (zB Vermögen, anderweitiges Einkommen etwa als angestellter Arzt, Einkommen von Ehegatten, Sorgepflichten).⁶⁰⁾ Insbesondere ist zu prüfen, ob die Praxis auch ohne den gekündigten Einzelvertrag wirtschaftlich (ohne größere Verluste) weitergeführt werden kann (zB aufgrund der Zahl der Privatpatienten oder der Zahl von Patienten eines anderen Versicherungsträgers).⁶¹⁾ Noch nicht amortisierte Investitionen, die zur Vertragserfüllung nötig sind bzw typischerweise getätigt werden, sind ebenfalls zu berücksichtigen.⁶²⁾ Auch wird eine Rolle spielen, ob der Arzt bereits einen (vollen) Pensionsanspruch hat.⁶³⁾ Das Alter des Arztes selbst spielt wohl als solches keine Rolle.⁶⁴⁾ Fraglich ist, ob ein finanzieller Härteausgleich durch den Versicherungsträger möglich ist, der das Anfechtungsrecht entfallen läßt.⁶⁵⁾

⁵⁶⁾ Etwa BSK 1994/SSV-NF 8/A 3; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94.

⁵⁷⁾ Siehe dazu oben A.

⁵⁸⁾ Vgl *Rudolf Müller*, ZAS 1986, 32; *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 298 f.

⁵⁹⁾ *Mosler*, in *Strasser*, *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 299.

⁶⁰⁾ *Rudolf Müller*, ZAS 1986, 32; *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 299f, 303, 304.

⁶¹⁾ Vgl *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 301 f; *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 66.

⁶²⁾ *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 66; *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 303.

⁶³⁾ *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 300.

⁶⁴⁾ So *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), *Arzt und gesetzliche Krankenversicherung* 303; siehe auch *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 67; siehe aber *Rudolf Müller*, ZAS 1986, 32, nach dem auch die Dauer des Vertragsverhältnisses eine gewisse Rolle spielen soll.

⁶⁵⁾ Siehe dazu *Krejci*, *Untergang der Kassenärzte?* 68f; *ders.*, *Dürfen Kassenärzte durch Honorarkürzungen „wegrationalisiert“ werden?* VR 1998, 167.

c) Pflichtverletzung

aa) Schwerwiegende Pflichtverletzung

Eine so *schwerwiegende Verletzung* des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag, daß die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Krankenversicherungsträger *nicht zumutbar* ist, stellt – wie bereits ausgeführt wurde –, einen Kündigungsgrund dar, der ohne Rücksicht auf soziale Härte greift. Schwerwiegende Pflichtverletzungen müssen nicht beharrlich sein; dies ergibt sich klar aus dem Wortlaut.⁶⁶⁾

Wie bereits angesprochen, findet sich in den Entscheidungen der Bundesschiedskommission immer wieder der Satz, daß im Fall eines extremen Maßes an Gleichgültigkeit und Mißachtung des Vertrages, die das unbedingt nötige beiderseitige Vertrauensverhältnis zerstören, die Kündigung keiner Mahnung oder Bedachtnahme auf soziale Härte bedürfe.⁶⁷⁾ Dies gilt auch bei den § 343 Abs 2 Z 2–4 ASVG nahekommenen Verhaltensweisen, insb wenn sie mit Bereicherungsvorsatz begangen wurden; auch dann verhindert das Vorliegen sozialer Härte nicht die Wirksamkeit der Kündigung.⁶⁸⁾ Als Beispiel kann die mehrmalige vorsätzliche Verrechnung nicht erbrachter Injektionen genannt werden.⁶⁹⁾ Gleiches gilt für die Verrechnung von Leistungen während eines stationären Krankenhausaufenthalts der Ärztin und die Verrechnung von Leistungen für bereits verstorbene Personen.⁷⁰⁾ Auch die Nichteinhaltung der Ordinationszeiten zählt hierher, wenn behandlungsbedürftige Patienten nicht versorgt oder bei Aufsuchen einer anderen Praxis mit unzumutbaren Anreise- bzw Wartezeiten belastet werden und die verursachte Unterversorgung der Bevölkerung ein zahlenmäßig ins Gewicht fallendes Ausmaß erreicht.⁷¹⁾

Die Pflichtverletzung muß nach der Entscheidungspraxis der Bundesschiedskommission *gerade gegenüber dem kündigenden Versicherungsträger* erfolgen.⁷²⁾ Dafür spricht der Wortlaut des § 343 Abs 4 ASVG.⁷³⁾ Das überrascht etwas, doch läßt sich eine vom Wortlaut abweichende Absicht des Gesetzgebers nicht nachweisen. § 2-Gesamtverträge werden aber als einheitliche

⁶⁶⁾ Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 307.

⁶⁷⁾ Etwa BSK 1993/SSV-NF 7/A 5 = SVSlg 40.968 = ARD 4566/17/94; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94; 1996/SSV-NF 10/A 3; vgl weiters Sourada, SozSi 1984, 425.

⁶⁸⁾ Etwa BSK 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94; 1994/SSV-NF 8/A 3; vgl weiters Sourada, SozSi 1984, 425.

⁶⁹⁾ BSK 1994/SSV-NF 8/A 3.

⁷⁰⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969.

⁷¹⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A 8 = SVSlg 40.971 = ARD 4565/20/94.

⁷²⁾ Ebenso Selb in Tomandl, System des österreichischen Sozialversicherungsrechts 595.

⁷³⁾ Vor der 38. ASVG-Novelle wurde gegenteilig entschieden, allerdings bei abweichendem Wortlaut: „nicht in den besonderen Verhältnissen der Vertragsparteien begründet“; vgl dazu Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 305f.

anzusehen sein.⁷⁴⁾ Auch wird die Pflichtverletzung bei einem Gesamtvertrag im Rahmen der Beweiswürdigung bei Kündigung eines anderen Gesamtvertrages zu berücksichtigen sein können.⁷⁵⁾

bb) Beharrliche sonstige Pflichtverletzungen

Den schwerwiegenden Pflichtverletzungen sind beharrliche Verletzungen des Vertrages oder der ärztlichen Berufspflichten im Zusammenhang mit dem Vertrag gleichgestellt, sofern die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses für den Krankenversicherungsträger *nicht zumutbar* ist. Eine unzumutbare beharrliche – aber nicht schwerwiegende – Pflichtverletzung liegt nach der Entscheidungspraxis der Bundesschiedskommission erst dann vor, wenn das gesamtvertragliche bzw gesetzliche Schlichtungsinstrumentarium erfolglos ausgeschöpft wurde.⁷⁶⁾ Es müssen also trotz dieses Verfahrens wiederholte Verstöße vorliegen, wobei dann egal ist, ob der Arzt vorsätzlich oder bloß fahrlässig handelt.⁷⁷⁾ Zum Teil wird aber auch eine Kündigungsandrohung bzw eine Verwarnung verlangt, damit Beharrlichkeit vorliegt.⁷⁸⁾

Nach der BSK müssen auch die sonstigen Pflichtverletzungen *gravierend* sein.⁷⁹⁾ Gemeint ist damit offenbar, daß eine konkrete Beeinträchtigung der Interessen des Versicherungsträgers bzw der Versichertengemeinschaft gegeben sein muß.

Hat der Arzt bereits wiederholt wesentliche Abstriche von seinen Honorarabrechnungen hinnehmen müssen, rechtfertigen bspw fortgesetzte Unregelmäßigkeiten die Kündigung.⁸⁰⁾

cc) Sonstige Gründe?

Nach der hier vertretenen Auffassung⁸¹⁾ kommen auch sonstige Kündigungsgründe in Betracht: namentlich Vertrags-, bzw Berufspflichtverletzungen; aber auch organisationsbedingte Gründe. Nur unsachliche (willkürliche) Kündigungen sind nicht zuletzt durch das Erfordernis einer Begründung der Kündigung ausgeschlossen, zumal damit vernünftigerweise nur die Angabe eines sachlichen Grundes gemeint sein kann.⁸²⁾ In diesem Bereich der Kündi-

⁷⁴⁾ So Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 306.

⁷⁵⁾ Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 306.

⁷⁶⁾ BSK 1996/SSV-NF 10/A 2; 1994/SSV-NF 8/A 3; 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; vgl Sourada, SozSi 1984, 425.

⁷⁷⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A 6 = SVSlg 40.969; zust Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 308.

⁷⁸⁾ Vgl Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 308; Sourada, SozSi 1984, 425.

⁷⁹⁾ Etwa BSK 1994/SSV-NF 8/A 3; vgl weiters Mosler in Strasser (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 308.

⁸⁰⁾ BSK 1993/SSV-NF 7/A 5 = SVSlg 40.968 = ARD 4566/17/94.

⁸¹⁾ Siehe oben D.III.2.a.

⁸²⁾ Daß unsachliche (willkürliche) Kündigungen ausgeschlossen sein sollen, ergibt sich auch aus dem in den Gesetzesmaterialien artikulierten Zweck der Kündigungsschutzregelung (siehe oben A.).

gung aus sonstigem Grund ist aber der Kündigungsgrund der – konkret zu prüfenden – sozialen Härte⁸³⁾ gegenüberzustellen und eine Abwägung vorzunehmen.

d) Beispiele

Abschließend sollen einige Entscheidungen zum Kündigungsschutz der freiberuflichen Vertragsärzte – vor allem aus der jüngeren Praxis⁸⁴⁾ – zur Illustration dargestellt werden:

aa) Verrechnung von nicht bzw nicht in dem Umfang erbrachten Leistungen

Von den Krankenversicherungsträgern wurde der Einzelvertrag eines Arztes wegen Verrechnung von nicht bzw nicht in dem Umfang erbrachten Leistungen gekündigt. Vom Strafgericht wurde er freigesprochen. Festgestellt wurden im Anfechtungsverfahren wenige, nicht gravierende Fehlverrechnungen aus Flüchtigkeit. Die BSK sah die Kündigung nicht als gerechtfertigt an, weil nur in 4 Fällen Fehlverrechnungen unterlaufen wären, wobei eine Behandlung irrtümlich dem Ehemann verrechnet wurde anstatt der Ehefrau und in einem Fall eine Verwechslung namensgleicher Personen vorlag. Dies sei keine wesentliche zur Unzumutbarkeit führende Pflichtverletzung im Sinne eines den § 343 Abs 2 Z 4 bis 6 ASVG nahekommenen Tatbestandes, sodaß vorher die gesetzliche und gesamtvertragliche Stufenordnung von Sanktionen bei Vertragsverletzungen ausgeschöpft werden müsse und nicht sogleich mit Kündigung vorgegangen werden dürfe. Auf soziale Härte wurde nicht besonders eingegangen; der Arzt hatte aushaftende Kredite für die Ordinationsmodernisierung und Sorgepflichten für Ehefrau und vier Kinder geltend gemacht.⁸⁵⁾

bb) Verrechnung von nicht selbst, sondern von einem Nichtvertragsarzt erbrachten Leistungen

Ein ein Labor betreibender Arzt verrechnete mehrere Jahre Leistungen, die ein Nichtvertragsarzt erbrachte, vor allem weil letzterer im Gegensatz zu ersterem das erforderliche Gerät hatte, als eigene Leistungen. Die BSK sah darin ein extremes Maß an Mißachtung des Vertrages, die das unbedingt nötige beiderseitige Vertrauensverhältnis zerstört habe, weshalb es keiner Bedachtnahme auf eine allfällige Härte bedürfe.⁸⁶⁾

⁸³⁾ Siehe oben D.III.2.b.

⁸⁴⁾ Weitere Entscheidungen bei *Mosler* in *Strasser* (Hrsg), Arzt und gesetzliche Krankenversicherung 298 ff, 304 ff; zur älteren Entscheidungspraxis der BSK siehe *Schuster-Bonnot*, Die Rechtsprechung der Bundesschiedskommission, ZAS 1970, 55 und *Sourada*, JBl 1982, 526 ff sowie *Rudolf Müller*, ZAS 1986, 28 ff; vgl auch *Dragaschnigg/Sourada*, Schiedskommissionen und Vertragspartnerrecht in der österreichischen Sozialversicherung (1983) 273 ff.

⁸⁵⁾ BSK 1996/SSV-NF 10/A 2 = SVSlg 43.423.

⁸⁶⁾ BSK 1996/SSV-NF 10/A3.

cc) Duldung bzw Veranlassung von „Arbeiten im Mund“ durch Zahnarztassistentinnen

Läßt ein Vertragszahnarzt trotz diesbezüglicher Verwarnung mit Kündigungsandrohung Assistentinnen im Mund der Patienten arbeiten, stellt dies einen Verstoß gegen Berufspflichten und die Pflicht zur grundsätzlich persönlichen Erbringung der ärztlichen Tätigkeiten dar (grundsätzlich bedeute keine Delegationsbefugnis; Ausnahmen seien nur bei Konsultationen, Turnusarztausbildung bzw bei Vertretung im Verhinderungsfall zulässig). Es liege eine schwere Vertragsverletzung vor; aufgrund der Nachhaltigkeit und Hartnäckigkeit sei auf eine allfällige soziale Härte nicht Bedacht zu nehmen.⁸⁷⁾

dd) Erbringung von Vertragsleistungen an Versicherte gegen private Verrechnung in einer Zweitordination

Ein praktischer Arzt hat neben der im Einzelvertrag bezeichneten Ordination noch eine zweite Ordination unterhalten, in der er Leistungen, die in der Honorarordnung vorgesehen sind (Massagen), gegen private Verrechnung mit den Patienten erbracht hatte. Er hat in einem Schreiben erkennen lassen, daß er sich trotz Ermahnung nicht von diesem Verhalten abbringen lassen werde. Daher ist nach Ansicht der Bundesschiedskommission ein Verfahren nach §§ 23 ff des Gesamtvertrages entbehrlich; es handle sich um eine planmäßige schwerwiegende, das Vertragsarztsystem insgesamt in Frage stellende Vertragsverletzung, welche trotz allfälliger sozialer Härte die Kündigung rechtfertige. Die Pflicht, den Versicherten des Vertragspartners die vertraglich bedungenen Leistungen zu den vereinbarten Bedingungen zu erbringen, dürfe nicht durch Gründung einer Zweitordination umgangen werden.⁸⁸⁾

E. Fazit

Angesichts des Spannungsverhältnisses zwischen Kostenkontrolle einerseits und ausreichender ärztlicher Hilfe bzw Therapiefreiheit andererseits scheint der Kündigungsschutz – in der dargelegten Interpretation – auch aus heutiger Sicht nicht als Anachronismus.⁸⁹⁾ Dies gilt, zumal in anderen Rechtsbereichen bei gewisser wirtschaftlicher Abhängigkeit zwar kein vergleichbarer Kündigungsschutz, so doch ein vermögensmäßiger Ausgleich für die weggefallene Erwerbsmöglichkeit zusteht (zB Ausgleichsanspruch bei Handelsvertretern und in Analogie dazu beim Vertragshändler), obwohl deren Erwerbsalternativen typischerweise nicht so beschränkt sind, wie diejenigen der Ärzte.

⁸⁷⁾ BSK 1995/SSV-NF 9/A 1 = SVSlg 43.418; vgl auch BSK 1993/SSV-NF 7/A 5 = SVSlg 40.968.

⁸⁸⁾ BSK 1995/SSV-NF 9/A 3 = SVSlg 43.420; vgl auch *Kiesl*, Der sogenannte „kassenfreie Raum“ oder: Ein verwirrendes Wortspiel mit fatalen Folgen für den Sozialversicherten, Teil II, SozSi 1995, 423.

⁸⁹⁾ Zu einem Problemfall zwischen Sozialversicherungsträgern und Ärzteschaft vgl etwa *Krejci*, VR 1998, 163 ff.