

## **SG Marburg: Altersgrenze für Vertragsarzt – Rechtsmittel?**

**Der Bescheid des Zulassungsausschusses über das Erreichen der Altersgrenze hat lediglich deklaratorische Wirkung. Rechtsmittel gegen diesen Bescheid berechtigen den Arzt demgemäß nicht zur Fortsetzung seiner vertragsärztlichen Tätigkeit.**

**Urteil vom 23.8.2007 – S 12 KA 343/07**

**(n.rkr.: LSG Hessen – L 4 KA 62/07 ER)**

### **Aus den Gründen:**

I. Die Beteiligten streiten im Rahmen eines einstweiligen Anordnungsverfahrens um die Feststellung, dass die vertragszahnärztliche Zulassung der Antragstellerin über den 30.09.2008 hinaus fortbesteht.

Die 1940 geborene und jetzt 67jährige Antragstellerin ist approbierte Ärztin und Zahnärztin. Sie ist Ärztin für Zahn-, Mund- und Kieferheilkunde. Als solche wurde sie aufgrund ihres Antrags vom 21.01.1993 durch Beschluss des Zulassungsausschusses für Zahnärzte für das Land Hessen vom 24.03.1993 zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassen. Mit Beschluss vom 15.09.1993 verlängerte der Zulassungsausschuss die Frist zur Aufnahme der vertragszahnärztlichen Tätigkeit für den damaligen Praxissitz in AC. bis zum 31.03.1994. Mit Beschluss vom 15.12.1993 änderte er auf Antrag der Antragstellerin die Zulassung für den Praxissitz in A-Stadt ab. Ab 10.03.1994 war die Klägerin als Vertragszahnärztin tätig.

Am 23.01.2007 beantragte die Antragstellerin, ihre vertragszahnärztliche Zulassung über den 08.08.2008 hinaus zu verlängern. Sie trug vor, sie habe zur Gründung ihrer Praxis Kredite aufnehmen und umfangreiche Anschaffungen tätigen müssen. Es sei ihr nicht möglich, bis zum Jahr 2008 die Kredite vollständig zurückzuzahlen. Zum Zeitpunkt der Aufnahme ihrer Tätigkeit sei sie davon ausgegangen, dass die Zeit bis zum Erreichen der Altersgrenze ausreichen werde, um in die Gewinnzone zu kommen. Es sei nicht abzusehen gewesen, dass sich die wirtschaftliche Situation derart verschlechtern würde. Die Beschränkung ihrer Zulassung wäre eine unbillige Härte. Gesundheitliche Einschränkungen bestünden nicht. Sie decke einen wichtigen Bedarf ab und verhindere auch eine mögliche Unterversorgung in ihrer hiesigen Umgebung. Der Zulassungsausschuss für Zahnärzte für das Land Hessen wies mit Beschluss vom 07.03.2007 den Antrag ab, da die Zulassung der Antragstellerin aufgrund der gesetzlichen Vorschriften am 30.09.2008 ende. Sie sei auch nicht vor dem 01.01.1993 als Vertragszahnärztin zugelassen worden.

Hiergegen legte die Antragstellerin am 25.04.2007 Widerspruch ein. Zur Begründung trug sie vor, der Verweis auf Artikel 33 § 1 GSG sei fehlerhaft. Aber auch die Rechtsgrundlage nach § 95 Abs. 7 Satz 3 SGB V scheidet aus, da diese verfassungswidrig sei. Aufgrund der jüngsten Entwicklung im Gesetzgebungsbereich sei diese verfassungswidrig geworden und könne eine frühere Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts nicht herangezogen werden. Nach dem GKV-WSG

würden die Zulassungsbeschränkungen nicht mehr für Zahnärzte gelten. Die obligatorische Altersgrenze von 68 Jahren sei als verfassungsrechtlich flankierende Maßnahme zu den Zulassungsbeschränkungen nicht mehr notwendig. Ein Eingriff in das Grundrecht aus Artikel 12 GG sei nicht mehr gerechtfertigt. Während die junge Zahnarztgeneration nunmehr keinerlei Zulassungsbeschränkungen unterliege, müsse die ältere Generation wegen der Altersgrenze gleichwohl aus der vertragszahnärztlichen Versorgung ausscheiden. Das Begründungselement der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung greife nicht mehr. Die Gefahr von Leistungsausweitungen im Bereich der vertragszahnärztlichen Versorgung sei gegenwärtig nicht mehr gegeben. Eine Gefahr gehe von älteren Vertragszahnärzten für die Versicherten nicht mehr aus. Die Gesetzesänderung ermögliche eine Ausnahme von der Altersbegrenzung. Der Gesetzgeber mache deutlich, dass er eine Gefahr für die Versicherten durch die Tätigkeit von älteren Vertragszahnärzten nicht für so gewichtig halte, dass eine solche Tätigkeit jedenfalls vermieden werden müsse. Auch sei eine privat Zahnärztliche Tätigkeit über das 68. Lebensjahr hinaus möglich. Das zwischenzeitlich in Kraft getretene AGG habe zum Ziel, Benachteiligungen aus Gründen des Alters zu verhindern oder zu beseitigen. Eine "starre" Altersgrenze sei insofern offensichtlich unangemessen und nicht erforderlich. Über den Widerspruch hat der Antragsgegner bisher noch nicht entschieden.

Am 30.07.2007 hat die Antragstellerin den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gestellt. Ergänzend zu ihrem Widerspruchsvorbringen trägt sie vor, die Altersregelung verletze auch Normen des europäischen Gemeinschaftsrechts. Der Europäische Gerichtshof habe festgestellt, dass bei Eingriffen in die Rechtsposition eines individuell Berechtigten eine bloße auf das Alter abzielende Regelung, ohne dass weitere Umstände Berücksichtigung fänden, nicht rechtmäßig sein könne. Genau dies trete in ihrem Fall ein. Aufgrund des Erreichens einer Altersgrenze könne sie nicht an der kassenzahnärztlichen Versorgung weiter beteiligt werden. Die bisherige Rechtsprechung der erkennenden Kammer berücksichtige nicht die neuesten Gesetzesänderungen. Die Eilbedürftigkeit ergebe sich daraus, dass sie im Fall des Verlustes ihrer Zulassung am 30.09.2008 bereits jetzt um einen möglichen Verkauf ihrer Praxis sich bemühen müsse. Es sei gerichtsbekannt, dass derartige Verfahren sich in die Länge zögen. Die Antragstellerin führt weiter aus, das LSG Bayern gehe nunmehr von einer aufschiebenden Wirkung des Widerspruchs aus. Sie sei bisher von der Rechtsprechung des Hessischen LSG ausgegangen, nach der eine aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bzw. der Klage nicht bestehe. Aus diesem Grund stelle sie den Hilfsantrag. Sie hat u. a. eine gutachtliche Stellungnahme des Prof. Dr. Dr. h. c. D., FJ.-Ul.-Universität Jena "Gesetzliche Altersgrenze im Vertrags(zahn)arztrecht: Kann nach dem AGG alles beim alten bleiben?" ohne Datum zur Gerichtsakte gereicht, ferner den Abstract eines Rechtsgutachtens von Prof. Dr. E., FU.Universität Göttingen "Altersdiskriminierung durch gesetzliche Höchstaltersgrenzen. Zur Verfassungswidrigkeit berufsbeendender Altersgrenzen". Es sei auch nicht sicher, ob das BSG tatsächlich im Herbst 2007 entscheiden werde.

Die Antragstellerin beantragt,  
im Wege der einstweiligen Anordnung festzustellen, dass ihre vertragszahnärztliche Zulassung über den 30.09.2008 hinaus fortbestehe,  
hilfsweise  
festzustellen, dass ihr Widerspruch vom 23.04.2007 gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 07.03.2007 sowie eine potenzielle Klage gegen die

ablehnende Entscheidung des Antragsgegners aufschiebende Wirkung habe.

Der Antragsgegner beantragt,  
den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zurückzuweisen.

Er trägt vor, es fehle bereits an einem glaubhaft gemachten Anordnungsgrund. Der dürre Hinweis auf mögliche Verkaufsverhandlungen reiche nicht aus. Die Antragstellerin könne noch bis zum 30.09.2008 als Vertragszahnärztin tätig sein. Sie könne bis dahin den Verkauf regeln. Nach einer Auskunft des Bundessozialgerichts habe dieses eine Grundsatzentscheidung über die vorliegenden Rechtsfragen bis zu einer Entscheidung des EuGH im Herbst 2007 zurückgestellt. Im Hinblick hierauf beabsichtige er auch, das vorliegende Verfahren unmittelbar nach Vorlage der angekündigten BSG-Entscheidung zeitnah zu entscheiden. Hierüber sei die Antragstellerin informiert worden. Es fehle auch an einem Anordnungsanspruch. Solange keine gegenteilige EuGH-Entscheidung vorliege, bestehe keine Möglichkeit, die Zulassung über das 68. Lebensjahr hinaus zu verlängern. Dies würde unweigerlich einen Verstoß gegen geltendes deutsches Recht nach sich ziehen. Eine entsprechende Verwerfungskompetenz habe er nicht. Auch die Sozialgerichte hätten einen Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht bisher nicht anerkannt. Auch für den hilfsweise gestellten Antrag bestehe gegenwärtig kein Feststellungsbedarf. LSG Bayern verkenne die Eigenart der zugrundeliegenden Altersgrenzenregelung. Die Beendigung trete bereits kraft Gesetzes ein.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichts- und beigezogenen Verwaltungsakte verwiesen.

II.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist grundsätzlich zulässig.

Das Gericht der Hauptsache kann auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen (§ 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz - SGG). Das Gericht kann die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs auch feststellen, wenn die Behörde sie missachtet (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. v. 06.01.2004 - L 11 B 17/03 KA ER – Breithaupt 2004, 263, zitiert nach juris Rdnr. 17). Entsprechend kann grundsätzlich auch im einstweiligen Anordnungsverfahren die Fortgeltung eines Rechts oder Rechtsstatus begehrt werden.

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist aber unbegründet.

Die vertragszahnärztliche Zulassung der Klägerin besteht gegenwärtig nicht über den 30.09.2008 hinaus fort.

Die Zulassung endet u. a. ab 1. Januar 1999 am Ende des Kalendervierteljahres, in dem der Vertragsarzt sein achtundsechzigstes Lebensjahr vollendet. War der Vertragsarzt 1. zum Zeitpunkt der Vollendung des achtundsechzigsten Lebensjahres weniger als zwanzig Jahre als Vertragsarzt tätig und 2. vor dem 1. Januar 1993 bereits als Vertragsarzt zugelassen, verlängert der Zulassungsausschuss die Zulassung längstens bis zum Ablauf dieser Frist. Hat der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen nach § 100 Abs. 1 Satz 1 festgestellt, dass in einem bestimmten

Gebiet eines Zulassungsbezirks eine ärztliche Unterversorgung eingetreten ist oder unmittelbar droht, gilt Satz 3 nicht (§ 95 Abs. 7 Satz 3, 4 und 8 SGB V).

Die Antragstellerin wird am -08.2008 ihr 68. Lebensjahr vollenden, weshalb ihre Zulassung zum Quartalsende am 30.09.2008 endet.

Die Voraussetzungen für einen Verlängerungstatbestand liegen nicht vor, weil der Landesausschuss der Zahnärzte und Krankenkassen jedenfalls bisher nicht nach § 100 Abs. 1 Satz 1 SGB V festgestellt hat, dass im Planungsbereich der Antragstellerin eine ärztliche Unterversorgung eingetreten ist oder unmittelbar droht. Auch ist die Antragstellerin zur vertragszahnärztlichen Tätigkeit erst nach dem 01.01.1993 zugelassen worden.

Die Altersregelung nach § 95 Abs. 7 SGB ist auch rechtmäßig.

Das Bundesverfassungsgericht hält diese Altersgrenze als eine subjektive Zulassungsbeschränkung für verfassungsgemäß. Unter Bezugnahme seiner Rechtsprechung zu anderen Altersgrenzen stellt es vor allem darauf ab, dass die angegriffenen Regelungen auch dazu dienen, den Gefährdungen, die von älteren, nicht mehr voll leistungsfähigen Berufstätigen ausgingen, einzudämmen (vgl. BVerfG v. 31.03.1998 - 1 BvR 2167/93, 1 BvR 2198/93 - juris Rn. 30 f. - SozR 3-2500 § 95 Nr. 17 = NJW 1998, 1776). Das Bundessozialgericht sieht demgegenüber unter Hinweis auf die Möglichkeiten, über das 68. Lebensjahr hinaus als Vertragsarzt tätig zu sein (als Privatarzt und nach dem Übergangsrecht), keinen Willen des Gesetzgebers, jede patientenbezogene Berufsausübung durch ältere Ärzte als so potenziell gefährdend anzusehen, dass sie ausnahmslos zu unterbleiben hätten (vgl. BSG v. 30.06.2004 - B 6 KA 11/04 R - juris Rn. 24 - BSGE 93, 79 = SozR 4-5525 § 32 Nr. 1). Es stützt sich deshalb bei Bejahung der Verfassungsmäßigkeit vor allem auf die Erwägung des Gesetzgebers, wonach die zur Sicherung der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung für zwingend erforderlich gehaltene Beschränkung der Zahl der zugelassenen Vertragsärzte nicht einseitig zu Lasten der jungen, an einer Zulassung interessierten Ärztegeneration zu verwirklichen sei (vgl. BSG v. 25.11.1998 - B 6 KA 4/98 R - juris Rn. 29 - BSGE 83, 135 = SozR 3-2500 § 95 Nr. 18; BSG v. 12.09.2001 - B 6 KA 45/00 R - juris Rn. 13 - SozR 3-2500 § 95 Nr. 32). Dies gelte auch für die Psychotherapeuten (vgl. BSG v. 08.11.2000 - B 6 KA 55/00 R - juris Rn. 36 f. - BSGE 87, 184, = SozR 3-2500 § 95 Nr. 26). Eine europarechtliche Dimension der Altersgrenze hat das BSG ausdrücklich verneint (vgl. BSG v. 27.04.2005 - B 6 KA 38/04 B - juris Rn. 12; BSG v. 25.11.1998 - B 6 KA 4/98 R - juris Rn. 35 - BSGE 83, 135 = SozR 3-2500 § 95 Nr. 18; s. a. LSG Hessen v. 15.12.2004 - L 7 KA 412/03 ER - juris; LSG Hessen v. 10.06.2005 - L 6/7 KA 58/04 ER - juris; Boecken, NZS 2005, 393 ff.).

Die bisherige sozialgerichtliche Rechtsprechung sieht auch nach Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen für Vertragszahnärzte durch das GKV-WSG und der Einfügung der Ausnahmeregelungen in § 95 Abs. 7 Satz 8 SGB V durch das VÄndG sowie im Hinblick auf die europäische Antidiskriminierungsrichtlinie (vgl. Art. 1 und 6 EGRL 78/2000) die Altersgrenze weiterhin einhellig als rechtmäßig an (vgl. LSG Schleswig-Holstein v. 25.05.2007 - L 4 B 406/07 KA ER - [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de); LSG Schleswig-Holstein v. 31.01.2006 - L 4 KA 3/04 - NZS 2006, 559; LSG Baden-Württemberg v. 23.10.2006 - L 5 KA 4343/06 ER-B - juris; LSG Bayern v. 19.07.2006 - L 12 KA 9/06 - (Revision anhängig: B 6 KA 41/06

R); LSG Hamburg v. 28.06.2006 – L 2 KA 1/06 – [www.sozialgerichtsbarkeit.de](http://www.sozialgerichtsbarkeit.de); LSG Hessen v. 15.03.2006 – L 4 KA 32/05 – juris; LSG Hessen v. 10.06.2005 - L 6/7 KA 58/04 ER – MedR 2006, 237; LSG Hessen v. 15.12.2004 – L 7 KA 412/03 ER – juris; SG Pl. v. 31.03.2006– S 8 ER 68/06 KA – juris; anders z. T. die Literatur, s. Arnold, MedR 2007, 143 ff.; Boecken NZS 2005, 393 ff.). Die Kammer folgt dieser Rechtsprechung und hält insofern auch an ihrer eigenen Rechtsprechung nach den genannten Gesetzesänderungen fest (vgl. SG Marburg v. 23.11.2005 – S 12 KA 38/05 – juris).

Das Fehlen einer allgemeinen Härteregelung bei der Altersgrenze stellt keine ausfüllungsfähige oder ausfüllungsbedürftige Gesetzeslücke dar, sondern entspricht der Absicht des Gesetzgebers. Über den ausdrücklich geregelten Ausnahmetatbestand hinaus ist die Altersgrenze damit auf alle Betroffenen anzuwenden (vgl. BSG v. 25.11.1998 - B 6 KA 4/98 R - juris Rn. 24 - BSGE 83, 135 = SozR 3-2500 § 95 Nr. 18). Insofern kommt es auf die weiter von der Antragstellerin geltend gemachten persönlichen Umstände nicht an.

Von daher war der Hauptantrag zurückzuweisen.

Der Antrag war auch im Hilfsantrag zurückzuweisen. Hierfür fehlt es ebf. an einem Anordnungsanspruch. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf Feststellung, dass ihr Widerspruch vom 23.04.2007 gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 07.03.2007 sowie eine potenzielle Klage gegen die ablehnende Entscheidung des Antragsgegners aufschiebende Wirkung hat.

Das Zulassungsende tritt kraft Gesetzes ein (vgl. BSG v. 05.11.2003 - B 6 KA 56/03 B - juris Rn. 8). Auch die aufschiebende Wirkung gegen einen feststellenden – deklaratorischen - Verwaltungsakt berechtigt den Arzt nicht, seine vertragsärztliche Tätigkeit fortzusetzen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen v. 17.05.2005 - L 10 B 10/04 KA ER – juris Rn. 6 - GesR 2005, 378; LSG Hessen v. 10.06.2005 - L 6/7 KA 58/04 ER – juris Rn. 29 f. - MedR 2006, 237). Soweit LSG Bayern Widersprüchen und Klagen gegen die feststellenden Beschlüsse gem. § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung zubilligt, weil das Gesetz nicht zwischen sog. bloß deklaratorischen und sonstigen feststellenden Verwaltungsakten unterscheidet (vgl. LSG Bayern v. 20.07.2006– L 12 B 835/06 KA ER – juris Rn. 21 u. 24 - Breith 2007, 531), vermochte dem die Kammer nicht zu folgen. Die Zulassungsgremien treffen lediglich deklaratorische Feststellungen über das Ende der Zulassung. Die Zulassung wird nicht entzogen (vgl. LSG Hessen v. 10.06.2005 - L 6/7 KA 58/04 ER – juris Rn. 29 - MedR 2006, 237; ebs. LSG Rheinland-Pfalz v. 02.10.2006 - L 5 ER 185/06 KR – juris Rn. 10 ff. m.w.N. für die Beendigung einer freiwilligen Mitgliedschaft in einer Krankenkasse). Aber auch wenn man von einer aufschiebenden Wirkung ausgeht, gilt dies nur für den Bescheid selbst, nicht aber für die gesetzlich angeordnete Beendigung der Zulassung, durch die die vormalige Zulassungsentscheidung durch Zeitablauf erledigt wird. Durch einen Widerspruch kann die materielle Rechtslage nicht verbessert werden (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen v. 17.05.2005 - L 10 B 10/04 KA ER – juris Rn. 6 - GesR 2005, 378).

Angesichts des Fehlens eines Anordnungsanspruchs kommt es auf einen Anordnungsgrund nicht an.

Nach allem war der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung im Haupt- und

Hilfsantrag zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung in § 155 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Streitwertfestsetzung beruht auf den gesetzlichen Vorgaben.

Für das Klage- und Antragsverfahren gilt das Gerichtskostengesetz i. d. F. des Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts (Kostenrechtsmodernisierungsgesetz – KostRMoG) vom 05.05.2004, BGBl. I S. 718, da der Antrag nach dem 30.06.2004 anhängig wurde (vgl. § 72 Nr. 1 GKG).

In Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, der Streitwert nach den sich aus dem Antrag des Klägers bzw. Antragstellers für ihn ergebenden Bedeutung der Sache nach Ermessen zu bestimmen. Bietet der Sach- und Streitwert für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte, so ist ein Streitwert von 5.000,00 Euro anzunehmen (§ 52 Abs. 1 und 2 GKG).

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) ist bei der Bemessung des wirtschaftlichen Interesses an einer Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung von der Höhe des Überschusses (Gewinn vor Steuern) auszugehen. Das BSG stellt nicht mehr auf einen Fünfjahreszeitraum, sondern nur noch auf einen Dreijahreszeitraum ab (vgl. BSG v. 01.09.2005 - B 6 KA 41/04 R – juris, Rn 7 ff.; BSG v. 26.09.2005 - B 6 KA 69/04 B –). Zu ermitteln sind dementsprechend für die Fortdauer der Zulassung die erzielbaren Einkünfte anhand der bisherigen Honorarumsätze, die um die Praxiskosten in zu vermindern sind.

Nach den von der Antragsgegnerin vorgelegten Abrechnungen erzielte die Antragstellerin in den Quartalen II/06 bis I/07 Nettohonorare von 18.593,51 Euro, 17.593,51 Euro, 16.203,19 Euro und 12.984,17 Euro, insgesamt 65.527,80 Euro. Bei geschätzten Unkosten von 50 % ergibt dies einen Gewinn vor Steuern von 32.763,90 Euro jährlich bzw. in drei Jahren von 98.291,70 Euro. Im Hinblick auf das einstweilige Anordnungsverfahren war von einem Drittel dieses Betrages auszugehen. Dies ergab den festgesetzten Wert.