

**Die
Öffentliche
Verwaltung** **DÖV**

Zeitschrift
für öffentliches Recht
und Verwaltungswissenschaft

Schriftleitung

Professor Dr. Dr. h. c. Heinrich Siedentopf
Speyer

Professor Dr. Eberhard Laux
Landrat a. D.
Düsseldorf

42. Jahrgang 1989

W. Kohlhammer GmbH Stuttgart
Postverlagsort Stuttgart

Herausgegeben von

Univ.-Prof. em. Dr. Dres. h. c. Otto Bachof, Tübingen;
Univ.-Prof. Dr. Peter Badura, München;
Dr. Hans Joachim Becker, Vors. Richter am Bundesverwaltungsgericht a. D., Berlin;
Prof. Dr. Bernd Bender, Rechtsanwalt, Freiburg i. Br.;
Dr. Manfred Bulling, Regierungspräsident, Stuttgart;
Univ.-Prof. Dr. Jochen Abr. Frowein, Heidelberg;
Prof. Dr. Walther Fürst, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts a. D., Berlin;
Univ.-Prof. Dr. Peter Häberle, Bayreuth/St. Gallen;
Prof. Dr. Roman Herzog, Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe;
Univ.-Prof. em. Dr. Karl M. Hettlage, Staatssekretär a. D., Bonn;
Univ.-Prof. Dr. Otto Kimminich, Regensburg;
Prof. Dr. Eberhard Laux, Düsseldorf;
Dr. Peter Michael Mombaur, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, Düsseldorf;
Dr. Dr. h. c. Kurt Niderkorn, Oberbürgermeister a. D., Stuttgart;

Univ.-Prof. Dr. Fritz Ossenbühl, Bonn;
Prof. Dr. Ernst Pappermann, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Städtetages, Köln;
Univ.-Prof. Dr. h. c. Peter Rößler, Präsident des Verwaltungsgerichtshofs Baden-Württemberg a. D., Mannheim;
Dr. Horst Säcker, Richter am Bundesverwaltungsgericht
Univ.-Prof. Dr. Walter Schmitt Glaeser, Bayreuth;
Dr. Herbert Schnoor, Innenminister des Landes Nordrhein-Westfalen, Düsseldorf;
Prof. Dr. Horst Sandler, Präsident des Bundesverwaltungsgerichts, Berlin;
Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Heinrich Siedentopf, Speyer;
Univ.-Prof. Dr. Dr. h. c. Klaus Stern, Köln;
Univ.-Prof. Dr. Werner Thieme, Hamburg;
Dr. Hans Tiedeken, Geschäftsführendes Präsidialmitglied des Deutschen Landkreistages, Bonn;
Dr. Bruno Weinberger, Köln;
Prof. Dr. Felix Weyreuther, Vors. Richter am Bundesverwaltungsgericht, Berlin;
Dr. Heinz Günter Zavelberg, Präsident des Bundesrechnungshofes, Frankfurt;

Inhalt

I. Verzeichnis der Abhandlungen und Berichte	III. Verfasserverzeichnis	X
1. Abhandlungen I	IV. Sachverzeichnis	XII
2. Berichte III	V. Gesetzesregister	XL
3. Würdigung IV	VI. Entscheidungsregister	LII
4. Randbemerkungen IV		
II. Verzeichnis der Buchbesprechungen V		

Zur Verfassungsmäßigkeit einer Altersgrenze für Kassenärzte

Von Rechtsreferendar Ulrich M. Gassner, Tübingen*

Zur Bewältigung der durch die sog. „Ärztenschwemme“ mitverursachten prekären Kostensituation im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung haben die Länder Bremen, Nordrhein-Westfalen und Saarland einen Gesetzentwurf zur Einführung einer Altersgrenze für die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung vorgelegt. Von verschiedener Seite werden gegen eine solche Neuregelung verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht. Diese Bedenken sind im Ergebnis ungerechtfertigt, wenn die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte mit großzügigen Härtefallregelungen und längerfristigen Übergangsbestimmungen gekoppelt wird.

I. Einleitung

Die Politik der Öffnung der Hochschulen hat dazu geführt, daß auch die Zahl der Studenten der Humanmedizin von 4400 im Jahr 1970 auf gegenwärtig etwa 12000¹

* *Anmerkung der Schriftleitung: Der Verfasser (32) ist wissenschaftliche Hilfskraft an der juristischen Fakultät der Eberhard-Karls-Universität Tübingen und war als Verwaltungsspektor in der gesetzlichen Krankenversicherung tätig.*

¹ Vgl. die graphische Darstellung bei Paul Lubecki, *Arztzahlenentwicklung und ärztliche Aus- und Weiterbildung*, DOK 1985, S. 365, 367.

stieg. Entsprechend entwickelte sich die Anzahl der Approbationen auf nunmehr jährlich 10000². Aufgrund dessen vermehrte sich die Zahl der niedergelassenen Kassenärzte mit einem gewissen *time-lag* auf nunmehr 68495³. Allein zwischen Ende 1987 und Ende 1988 ist die Zahl der zugelassenen Kassenärzte um 2,2% angestiegen⁴. Alle Anzeichen sprechen dafür, daß sich dieser Trend in Zukunft noch verstärken wird. So wird allein bis 1991 mit einem Zuwachs von weiteren 10000 auf 78500 Kassenärzte gerechnet. Manche Prognosen nennen für das Jahr 2000 sogar eine Zahl von 100000 Kassenärzten⁵. Diese sich bei weiterhin schrumpfender Bevölkerung⁶ vollziehende Entwicklung führt schon jetzt in Teilbereichen zu einer Überversorgung von über 200%⁷, was nicht ohne Auswirkung auf die Kostenentwicklung bleibt⁸. So sind die Beitragssätze in der gesetzlichen Krankenversicherung auf breiter Front angestiegen und haben teilweise schon die Grenze von 15% überschritten⁹.

In dieser Situation blieb der Gesetzgeber nicht untätig. Beispielsweise wurde die Vorbereitungszeit für die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung mit Wirkung vom 1. 1. 1984 von sechs auf achtzehn Monate verlängert¹⁰. Des weiteren hat man mit dem Gesetz zur Verbesserung der kassenärztlichen Bedarfsplanung vom 19. 12. 1986¹¹ versucht, der Überversorgung durch zeitlich befristete und arztgruppenbezogene Zulassungsbeschränkungen entgegenzuwirken¹².

Die Regierungen der Länder Bremen, Nordrhein-Westfalen und Saarland halten die bisherigen Maßnahmen zur

Bewältigung der Ärzteschwemme für unzureichend. Sie reichten daher mit Datum vom 11. 5. 1988 den „Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer Altersgrenze für die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung“ beim Bundesrat ein und stellten den Antrag, seine Einbringung beim Deutschen Bundestag zu beschließen¹³. Aus Gründen der Anschaulichkeit und zur Verdeutlichung der Problematik wird der Wortlaut dieses Gesetzentwurfs im folgenden auszugsweise¹⁴ wiedergegeben:

„Artikel 1

Die Reichsversicherungsordnung (RVO) in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 820-1 veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch ..., wird wie folgt geändert:

1. § 368 a Abs. 7 RVO wird wie folgt gefaßt:

„(7) Die Zulassung endet mit dem Tode, dem Wirksamwerden eines Verzichts, dem Wegzuge des Berechtigten aus dem Bezirk seines Kassenarztsitzes oder mit dem Ablauf des Monats, in dem er das 65. Lebensjahr vollendet. Die Beendigung der Zulassung wegen Vollendung des 65. Lebensjahres kann längstens bis zur Vollendung des 70. Lebensjahres hinausgeschoben werden, wenn eine ausreichende Versorgung der Versicherten im Planungsbereich gefährdet ist oder wenn sie für den Kassenarzt eine besondere Härte darstellt. Eine Gefährdung der Versorgung der Versicherten im Sinne von Satz 2 liegt in der Regel nur dann vor, wenn bezogen auf die Arztgruppe des betroffenen Kassenarztes der allgemein bedarfsgerechte Versorgungsgrad unterschritten ist (§ 368 t Abs. 2 Nr. 1). Eine besondere Härte im Sinne von Satz 2 ist insbesondere gegeben, wenn

a) die Versorgung des Kassenarztes nach Vollendung des 65. Lebensjahres noch unzureichend ist. Eine unzureichende Versorgung liegt nicht vor, wenn die Einkünfte des Kassenarztes abzüglich der Steuern nach dem Ende der Zulassung das durchschnittliche von der Versorgungseinrichtung seiner Berufsgruppe gezahlte Altersruhegeld nicht um mindestens 20 vom Hundert unterschreiten

b) eine hinsichtlich Person und Zeitpunkt schon festgelegte Praxisübergabe bei Beendigung der Zulassung mit Vollendung des 65. Lebensjahres gefährdet ist.

Der Zulassungsausschuß entscheidet, ob und gegebenenfalls um welchen Zeitraum die Beendigung der Zulassung hinausgeschoben wird. Der Kassenarzt hat die Umstände, die eine besondere Härte begründen, im einzelnen darzulegen und zu beweisen.“

2. An § 368 c wird folgender Absatz 5 angefügt:

„(5) Die Zulassungsordnungen bestimmen nach Maßgabe des § 368 a Abs. 7 Sätze 2 bis 5 das Nähere über das Hinausschieben der Beendigung der Zulassung über das 65. Lebensjahr hinaus.“

13 Vgl. BR-Drs. 213/88; BR-Sten.Ber., 589. Sitzung vom 20. 5. 1988, S. 164 f.

14 Artikel 3 und 4 enthalten die übliche Berlin Klausel und die Regelung des Zeitpunkts des Inkrafttretens.

2 Vgl. Franz Josef Oldiges, Verfassungsfragen der Zulassung als Kassenarzt, DOK 1988, S. 357, 359.

3 Vgl. Kassenärztliche Bundesvereinigung (Hrsg.), Grunddaten zur kassenärztlichen Versorgung in der Bundesrepublik Deutschland, 1989, Übersicht A7.

4 Anm. 3.

5 Vgl. Paul Lubecki, Kassenärztliche Versorgung bei steigenden Arzttzahlen, DOK 1986, S. 633, 634; BR-Drs. 213/88, S. 5; zu den verschiedenen Prognosen vgl. Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen, Jahresgutachten 1987, 1987, S. 47; der Optimismus von Hans-Joachim Wirzbach, Quantitative Perspektiven der Ärzteschwemme, in: Philipp Herder-Dorneich/Alexander Schuller (Hrsg.), Die Ärzteschwemme, 1985, S. 37, 52 ff., würde durch die tatsächliche Entwicklung ad absurdum geführt.

6 Ausführlich zu diesem Faktor: Bert Rürup, Die Auswirkungen der langfristigen Bevölkerungsentwicklung auf die gesetzlichen Krankenkassen, KrV 1986, S. 245 ff.; Sachverständigenrat (Anm. 5), S. 28 ff.

7 Vgl. Oldiges (Anm. 2), S. 359; mit einem gewissen *time-lag* wird es auch bei Zahnärzten zu einer Überversorgung kommen, vgl. Burkhard Tiemann/Reinold Herber, Potentiale einer Niederlassungs- und Kassenzulassungssteuerung im zahnärztlichen Versorgungssystem, in: Herder-Dorneich/Schuller (Anm. 5), S. 177.

8 Zu diesem Kausalnexus s. unten III 1 d (1).

9 Vgl. Tabelle A 113 in: Sachverständigenrat (Anm. 5), S. 281; graphische Darstellung in BT-Drs. 11/2237, S. 287.

10 BGBl. I 1983 S. 1431, 1433; vgl. hierzu Wolfgang Wekel, Liberalisierte Kassenarztzulassung und ärztliche Überversorgung, DOK 1983, S. 329 ff.

11 BGBl. I 1986 S. 2593.

12 Vgl. hierzu Helmut Doose, Verbesserung der kassenärztlichen Bedarfsplanung, KrV 1987, S. 3 ff.; Paul Lubecki, Zulassungsbeschränkungen für Kassenärzte, DOK 1987, S. 194 ff.; Horst Dieter Schirmer, Steuerung der ärztlichen Überversorgung durch Zulassungsbeschränkungen, BKK 1987, S. 48 ff.; Wolfgang Zimmerling/Doris Jung, Verfassungsrechtliche Probleme der kassenärztlichen Bedarfsplanung, NJW 1988, S. 2934 ff.

Artikel 2

Übergangsbestimmungen

(1) Bei Kassenärzten, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes das 65. Lebensjahr bereits vollendet haben, endet die Zulassung unbeschadet der altersunabhängigen Beendigungsgründe des § 368a Abs. 7 Satz 1 mit Ablauf des 30. Juni 1994.

(2) Im übrigen gilt § 368a Abs. 7 Satz 1 mit der Maßgabe, daß an die Stelle des vollendeten 65. Lebensjahres bei Kassenärzten, die am Tage des Inkrafttretens dieses Gesetzes

das 63. Lebensjahr vollendet haben, das 70., das 61. Lebensjahr vollendet haben, das 69., das 59. Lebensjahr vollendet haben, das 68., das 57. Lebensjahr vollendet haben, das 67., das 55. Lebensjahr vollendet haben, das 66. Lebensjahr tritt.¹⁵

Zwar ist der Gesetzentwurf am 14. 10. 1988 im Bundesrat gescheitert¹⁵; die Protagonisten einer solchen Neuregelung (SPD und die CDU/CSU-Sozialausschüsse) werden jedoch weiterhin an ihrem Ziel festhalten¹⁶. Hinzu kommt, daß angesichts der steigenden Virulenz der Problematik insbesondere die Krankenkassenverbände in verstärktem Maße die Möglichkeit der Einführung einer Altersgrenze in die politische Diskussion einbringen¹⁷.

II. Bindungswirkung und Prognosespielraum

Nur allzu oft – so auch hier¹⁸ – werden gegen allfällige Neuregelungen verfassungsrechtliche Bedenken ins Feld geführt. Nun erscheinen indes derartige Einwände im Zusammenhang mit Beschränkungen der Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit keineswegs von vornherein abwegig zu sein, hat doch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 23. 3. 1960 („Kassenarzturteil“)¹⁹ die seinerzeitige Verhältniszahlregelung für nichtig erklärt und grundsätzlich jedem zulassungsfähigen Arzt einen Zulassungsanspruch zuerkannt.

Vorab ist daher zu klären, ob und inwieweit dieses Urteil

für den Gesetzgeber gemäß § 31 Abs. 1 BVerfGG²⁰ eine Bindungswirkung dergestalt entfaltet, daß die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte von vornherein verfassungswidrig wäre²¹.

Nach zutreffender Ansicht ist der Gesetzgeber bei wesentlicher Änderung der Verhältnisse befugt, von früheren Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts abzuweichen und die neue Situation neu zu bewerten und zu regeln²². Inzwischen herrscht in der Literatur ein breiter Konsens darüber, daß eine solche wesentliche Änderung der Verhältnisse gegenüber denen, die dem „Kassenarzturteil“ von 1960 zugrunde lagen, eingetreten ist. Insbesondere haben sich die damals vom Bundesverfassungsgericht angestellten Überlegungen und Prognosen zur Entwicklung der Ärztezahlen, zum Bevölkerungswachstum und den Beitragssätzen der gesetzlichen Krankenversicherung nicht bewahrheitet²³. Der Gesetzgeber ist daher durch § 31 Abs. 1 BVerfGG nicht gehindert, den oben skizzierten neuen Tatsachen und geänderten Verhältnissen Rechnung zu tragen.

Darüber hinaus ist dem Gesetzgeber nach allgemeiner Ansicht ein Prognose- und Regelungsspielraum hinsichtlich der Steuerung der kassenärztlichen Zulassung eröffnet²⁴. Zulässigerweise gehen daher die Initianten des in Rede stehenden Gesetzentwurfs von der oben dargestellten Entwicklung aus und treffen in bewußter Abkehr vom „Kassenarzturteil“ neue prognostische Feststellungen. So meinen sie beispielsweise, es bestünden keine zusätzlichen Beschäftigungsmöglichkeiten für junge Ärzte; wegen des Bevölkerungsrückgangs, der kürzeren Verweildauer von Krankenhauspatienten und der Einführung des „Arztes im Praktikum“ sei vielmehr mit dem Wegfall zahlreicher (Assistenz-)Arztstellen zu rechnen. Auch seien viele Kassenärzte heute länger tätig als noch vor wenigen Jahren: Von den 1983 ausgeschiedenen Kassenärzten seien 63 % über 65 Jahre alt gewesen, während diese Prozentzahl für 1986 schon 69 % betragen habe²⁵.

20 Fälschlich wird hier teilweise § 31 Abs. 2 BVerfGG als *sedes materiae* herangezogen (z.B. von Harald Bürck, Verfassungsrechtliche Probleme der Zulassung als Kassenarzt, DOK 1988, S. 362, 364, und Georg Wannagat, Zulassungsbeschränkungen im Kassenarztbereich aus rechtlicher Sicht, MedR 1986, S. 1, 2), obwohl sich die Funktion dieser Vorschrift im wesentlichen darin erschöpft, die Bindungswirkung des § 31 Abs. 1 BVerfGG personell auszudehnen (allg. Ansicht, vgl. Klaus Schlaich, Das Bundesverfassungsgericht, 1985, S. 211 m. w. N.).

21 BVerfGE 20, 56 (86).

22 Vgl. BVerfGE 33, 199 (203 f.); 39, 169 (181 f.); zuletzt BVerfGE 77, 84 (103 f.); Anke Könemann, Die freie Zulassung zur Kassenarztpraxis und ärztliche Überversorgung, Diss. iur. Würzburg 1985, S. 6 f.; Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsamer, Kommentar zum Bundesverfassungsgerichtsgesetz, § 31 Anm. 36 f.

23 Vgl. Harald Bogs, Freie Zulassung zum freiberuflichen Kassenarztamt unter dem Bonner Grundgesetz, in: Festschrift für Georg Wannagat, 1981, S. 51, 58; Bürck (Anm. 20), S. 364; Doose (Anm. 12), S. 5; Jörg Heberer, Beschränkung der kassenärztlichen Zulassung zur Bewältigung der „Ärztenschwemme“, ErsK 1984, S. 357, 358 f.; Könemann (Anm. 22), S. 8 ff.; Hans-Jürgen Papier, Zulassungsbeschränkungen für Ärzte aus verfassungsrechtlicher Sicht, 1985, S. 14; Wannagat (Anm. 20), S. 1, 2; Wekel (Anm. 10), S. 330 f.

24 Vgl. generell BVerfGE 39, 210 (225 f.); 46, 246 (257); 51, 193 (208); zuletzt BVerfGE 77, 84 (106) m. w. N.; Heberer (Anm. 23), S. 358 f. m. w. N.

25 Vgl. BR-Drs. 213/88, S. 4 f.

15 S. BR-Sten.Ber., 593. Sitzung vom 14. 10. 1988, S. 361; der federführende Ausschuß für Arbeit und Sozialpolitik, der Finanzausschuß und der Ausschuß für Familie und Gesundheit hatten dem Bundesrat mit Datum vom 3. 10. 1988 die Nichteinbringung empfohlen, vgl. BR-Drs. 213/1/88.

16 Die SPD hatte bereits 1984 im Bundestag einen entsprechenden Gesetzentwurf eingebracht. (Hausärzte-Weiterbildungsgesetz) und betrachtet weiterhin die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte als notwendigen Bestandteil für eine Strukturreform im Gesundheitswesen; vgl. Doose (Anm. 12), S. 10. Die Sozialausschüsse von CDU und CSU halten eine solche Regelung als *ultima ratio* für gerechtfertigt; vgl. die Glossen im Deutschen Ärzteblatt 1988, S. A-257, B-657.

17 Vgl. bereits jetzt Oldiges (Anm. 2), S. 361.

18 Vgl. z.B. die dem Verf. vorliegende Stellungnahme der Bundesärztekammer zu Art. 17 des Regierungsentwurfs eines Gesetzes zur Strukturreform im Gesundheitswesen (Gesundheits-Reformgesetz – GRG) vom 27. 5. 1988; s. auch Gerhard Vogt, „Zwangspensionierung“, Rheinisches Ärzteblatt, 1987, S. 1097.

19 BVerfGE 11, 30 ff.

III. Probleme der materiellen Verfassungsmäßigkeit

Mit der Suspendierung der strikten Bindungswirkung des „Kassenarzturteils“ ist indes noch nichts über die materielle Verfassungsmäßigkeit der Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte gesagt.

1. Der Maßstab des Art. 12 GG

Als Prüfungsmaßstab kommt zunächst Art. 12 Abs. 1 GG in Betracht, der vom Bundesverfassungsgericht bekanntlich als einheitliches Grundrecht der Berufsfreiheit verstanden wird²⁶. Der Gesetzgeber kann den Inhalt des Art. 12 Abs. 1 GG nicht frei bestimmen. Er muß vielmehr zwischen der Freiheit des einzelnen zu beruflicher Tätigkeit und dem Schutz der Gemeinschaftsinteressen abwägen. Als Ergebnis strikter Anwendung des Prinzips der Verhältnismäßigkeit²⁷ hat das Bundesverfassungsgericht seine bekannte „Drei-Stufen-Theorie“ als Eingriffsgrenze entwickelt²⁸. Danach ist zu unterscheiden zwischen bloßen Regelungen der Berufsausübung und Einschränkungen der Berufswahl, bei diesen wiederum zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen zum Beruf. Eingriffe sind hierbei jeweils nur auf der Stufe gerechtfertigt, die die geringste Beschränkung der Berufsfreiheit mit sich bringt.

a) Zu untersuchen ist daher zunächst, ob es sich bei der in Rede stehenden Regelung um eine Berufswahl- oder eine Berufsausübungsregelung handelt.

Das Bundesverfassungsgericht betrachtete die Tätigkeit als Kassenarzt nicht als einen selbständigen Beruf, sondern lediglich als eine „Ausübungsform“ des Berufs eines frei praktizierenden Arztes²⁹. Es gelangte zu diesem Ergebnis, weil es aufgrund der Verhältnisse im Jahr 1958 der Ansicht war, daß der frei praktizierende Arzt als Berufsbild beim Beruf des Kassenarztes vorausgesetzt sei. Damals waren indes 53,1 % gesetzlich krankenversichert, während heute der Anteil der Kassenpatienten bei 90 % der Behandlungsfälle liegt. Auch decken nunmehr die privat abrechenbaren Leistungen kaum 15 % der Umsätze der niedergelassenen Ärzte³⁰.

Eine Berufswahl „niedergelassener Arzt“ ist daher von vornherein und aus existentieller Notwendigkeit eine Entscheidung für die Niederlassung unter gleichzeitiger Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung. Damit tritt gleichzeitig das ursprüngliche Arztbild der freiberuflichen Niederlassung in den Hintergrund, so daß durch eine wesentliche Änderung der Verhältnisse ein typisiertes Berufsbild entstanden ist, das sich rein tatsächlich nicht mehr als bloße Ausübungsform des Berufs eines frei praktizierenden Arztes begreifen läßt³¹.

Gegen jene am Faktischen orientierte Argumentation wird neuerdings die Verkehrsanschauung ins Feld geführt, welche die Tätigkeit des Kassenarztes nicht als eigenständigen Beruf auffasse³². Dieses Ergebnis resultiert aus der Gleichsetzung der als entscheidende Prägestform des Arztberufs aufgefaßten Approbation mit der Verkehrsanschauung. Eine solche Art der Hermeneutik führt dann folgerichtig zu Zweifeln an der bundesverfassungsgerichtlichen Einschätzung des frei praktizierenden Arztes als eigenständigen Beruf, so daß als Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG letztlich nur noch der approbierte Arzt übrig bleibt³³. Methodisch läßt sich gegen diese formalistische Argumentation einwenden, daß sie, wenn sie schon auf die normative Bedingtheit der Verkehrsanschauung abhebt, konsequenterweise nicht nur die Vorschriften der Approbation, sondern auch die der Kassenarztzulassung³⁴ in die Betrachtung einbeziehen muß. Stellt man aber die vielfältige und engmaschige organisationsrechtliche Einbindung des Kassenarztes in das System der gesetzlichen Krankenversicherung in Rechnung (vgl. §§ 368 ff. RVO), so liegt – auch und gerade mit Rücksicht auf die Verkehrsanschauung – der Schluß nahe, daß die kassenärztliche Tätigkeit einen eigenen Beruf im Sinne des Art. 12 GG darstellt³⁵.

Zulassungsbeschränkungen im Bereich der kassenärztlichen Versorgung können daher nicht mehr nur als in der Nähe der Berufsausübung angesiedelte, lediglich die Berufsausübung beschränkende Eingriffe betrachtet werden, sondern stellen vielmehr unmittelbare Regelungen der Berufswahl dar³⁶.

Daß die Einführung einer Altersgrenze eine Berufswahlregelung darstellt, ist allgemein anerkannt. Denn die Freiheit der Berufswahl umfaßt nicht nur die Entscheidung über den Eintritt in einen bestimmten Beruf, sondern

hen, Entziehung der Zulassung – aus der Sicht der Sozialgerichtsbarkeit, ZfS 1987, S. 167, 169; Jörg Heberer, Steuerungsmöglichkeiten bei der Zulassung zur Kassenarztpraxis, Diss. iur. Köln 1984, S. 22 f., hält diese Betrachtungsweise für „lebensfremd“.

32 Vgl. Bürck (Anm. 20), S. 368; s. auch Könemann (Anm. 22), S. 72 ff.; dieser Argumentationsansatz erstaunt deshalb, weil gerade die gesetzliche Entwicklung der letzten Zeit in Richtung „Kassenarztamt“ tendiert, vgl. Friedrich Geigant, Niederlassung in freier Praxis – Noch Gegenwart oder schon Vergangenheit?, in: Gérard Gäfgen (Hrsg.), Das Gesundheitswesen im Umbruch, Jahrestagung des Vereins für Socialpolitik, 1986, S. 305, 312 ff.

33 S. Bürck (Anm. 20), S. 368.

34 Diese bestehen dem Grunde nach schon seit dem Berliner Abkommen von 1915 bzw. seit der Notverordnung des Reichspräsidenten vom 8. 12. 1931; vgl. Günther Schroeder-Printzen, 30 Jahre Gesetz über das Kassenarztrecht und Gesetz über die Verbände der gesetzlichen Krankenkassen, KrV 1985, S. 282 f.; Heberer (Anm. 31), S. 4 f.

35 So auch Bogs (Anm. 23), S. 69 f.; in diese Richtung tendiert auch Geigant, in: Gäfgen (Anm. 32), S. 305 ff.; dagegen folgen Heberer (Anm. 23), S. 359 und Burkhard Tiemann, in: Burkhard Tiemann/Susanne Tiemann, Kassenarztrecht im Wandel, 1983, S. 133, 148 f., der „Schwarz-Weiß-Malerei“ des Bundesverfassungsgerichts (so Bogs, aaO., S. 60); vgl. ferner die in Anm. 68 genannten Autoren.

36 So zu Recht Azzola/Podlech (Anm. 30), S. 42; daß weniger als die Hälfte aller berufstätigen Ärzte Kassenärzte sind, verschlägt demgegenüber nichts; vgl. Friedhelm Bilski/Hans Sandler, Kassenärztliche und kassenzahnärztliche Versorgung, KrV 1986, S. 217, 226 Fn. 6.

26 Vgl. BVerfGE 7, 377 (401).

27 So ausdrücklich BVerfGE 64, 72 (83).

28 Grundlegend BVerfGE 7, 377 (403 ff.).

29 So BVerfGE 11, 30 (41).

30 Vgl. Axel Azzola/Adalbert Podlech, Die Zulassungsbeschränkung als Instrument ärztlicher Berufssteuerung?, ZfSH/SGB, 1985, S. 241, 242.

31 Azzola/Podlech (Anm. 30), S. 242; kritisch auch Paul-Arthur Zeihe, Aktuelle Fragen des Kassenarztrechts – Erteilung, Ru-

auch die Entscheidung darüber, wie lange jemand in einem bestimmten Beruf verbleiben will³⁷.

b) Zweifelhaft erscheint allerdings, ob diese Berufswahlregelung eine subjektive oder eine objektive Zulassungsvoraussetzung darstellt. Für eine objektive Zulassungsvoraussetzung spricht, daß der Betroffene auf das Erreichen der festgesetzten Altersgrenze als objektivem Faktum keinen Einfluß hat. Entscheidend ist indes, daß es sich bei dem Lebensalter um eine von der jeweiligen Person abhängige und damit (generell) erfüllbare Voraussetzung handelt. Der Fixierung von Höchstaltersgrenzen liegt zudem die Erkenntnis zugrunde, daß Menschen mit dem Erreichen eines bestimmten Alters in der Regel den Anforderungen des betreffenden Berufs nicht mehr genügen. Immer dann, wenn es um persönliche Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten geht, sind diese daher als subjektive Zulassungsvoraussetzungen zu qualifizieren³⁸.

c) Des weiteren müßte diese subjektive Zulassungsvoraussetzung in Form einer Höchstaltersgrenze nach der „Stufentheorie“ des Bundesverfassungsgerichts dem Schutz eines wichtigen Gemeinschaftsgutes dienen und nicht außer Verhältnis zu dem mit ihr verfolgten Zweck stehen³⁹.

Als wichtiges Gemeinschaftsgut ist der Schutz der Volksgesundheit anerkannt⁴⁰. Mit Bezug hierauf wird nun teilweise behauptet, daß die „Ärztenschwemme“ infolge verschärften Konkurrenzkampfes zu einer Verschlechterung der kassenärztlichen Behandlung und damit zur Gefährdung der Volksgesundheit beitrage⁴¹. Diese Ansicht erscheint indes nicht ausreichend empirisch fundiert. Aus gesundheitsökonomischer Sicht befremdet eine solche Argumentation geradezu. Denn die Versorgung der Nachfrager, d. h. hier der Patienten, verbessert sich, wenn das Angebot größer als die Nachfrage wird. So ist beispielsweise zu erwarten, daß sich die Ärzte aufgrund des zunehmenden Wettbewerbs insgesamt patientenfreundlicher verhalten werden⁴².

Der von den Ländern Bremen, Nordrhein-Westfalen und Saarland verfolgte Gesetzeszweck orientiert sich denn auch primär an der Verbesserung der Kostensituation im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung⁴³. Die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung ist als wichtige Gemeinwohlaufgabe anerkannt, welche der Gesetzgeber nicht nur verfolgen darf, sondern der er sich in Ansehung des Sozialstaatsprinzips nicht einmal entziehen dürfte⁴⁴. Entsprechendes gilt für arbeitsmarkt-

politische⁴⁵ Ziele, die allerdings in der Begründung des Gesetzesantrags nicht erwähnt werden⁴⁶.

Wenn daher gegen die Einführung einer Altersgrenze, welche zur Kostenminimierung beitragen soll, argumentiert wird, daß „Altersgrenzen als Berufslenkungsinstrumente“ von Verfassungen wegen verboten seien⁴⁷, so geht dies am Kern des Problems vorbei.

d) Um dem Verhältnismäßigkeitsprinzip zu genügen, muß die Einführung einer Altersgrenze zur Reduzierung der Kassenarztzahlen und damit zu Kostensenkungen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geeignet, erforderlich und verhältnismäßig i. e. S. sein⁴⁸.

(1) Die Geeignetheit einer solchen Regelung wird kaum mehr ernsthaft bezweifelt. Selbst wenn man in Betracht zieht, daß junge Ärzte mehr Kosten verursachen als schon jahrelang praktizierende, so muß man doch konstatieren, daß allein die höhere Ärztedichte zu einer verstärkten Inanspruchnahme von Leistungen führt. Denn der für anonymisierte Versicherungssysteme typische *moral hazard* tritt um so stärker in Erscheinung, je leichter die Möglichkeit der Herbeiführung eines Versicherungsfalles durch die Versicherten ist⁴⁹. Auf diese Weise entsteht eine angebots-induzierte Nachfrage, die zum Phänomen eines mikroökonomischen Say-Effekts führt: Das Angebot ist in der Lage, seine Nachfrage selbst hervorzubringen⁵⁰, was schließlich zu einem kontraproduktiven Wettbewerb führt⁵¹. So hat ein Überangebot von Kassenärzten unmittelbar eine Steigerung der Ausgaben der Krankenversicherung für ambulante Behandlung (ca. 18 % des Gesamtausgabevolumens) und, was schwerer wiegt, mittelbar eine Erhöhung der von Kassenärzten veranlaßten Leistungen (z. B. Gefälligkeitsverschreibungen von Arznei-, Heil- und Hilfsmitteln usw.) zur Folge⁵².

(Anm. 22), S. 130, 143 ff.; weitergehender Azzola/Podlech (Anm. 30), S. 242: „überragend wichtiges Gemeingut“.

45 Vgl. Hans-Jürgen Papier, Zulassungsbeschränkungen für Ärzte aus verfassungsrechtlicher Sicht, Arzt und Krankenhaus 1986, S. 87, 90; zweifelnd noch ders. (Anm. 23), S. 23 f.

46 Allerdings hob Minister Heinemann in seiner Einbringungsrede auf den Arbeitsmarktaspekt ab und prognostizierte für die Mitte der 90er Jahre eine Zahl von 40000 arbeitslosen Ärzten (s. BR-Sten.Ber., 589. Sitzung vom 20. 5. 1988, S. 165).

47 So Detlev W. Belling in F.A.Z. Nr. 133 vom 10. 6. 1988 (Leserbrief).

48 Vgl. nur BVerfGE 7, 198 (208 f.); 25, 1 (18); 30, 292 (316 f.); 36, 47 (52); 53, 135 (143 f.); 61, 291 (312).

49 Vgl. Stefan Mark, Die Steuerung ambulanter medizinischer Leistung im Gesundheitssystem der Bundesrepublik Deutschland und ihre Alternativen, 1987, S. 78.

50 Vgl. Philipp Herder-Dorneich, Ordnungspolitik des Gesundheitswesens – eine analytische Grundlegung, in: Gäfgen (Anm. 32), S. 55, 62 f.; Frank E. Münnich, Das Gesundheitswesen im Umbruch, Zukunftsperspektiven der Gesundheitsversorgung, in: ebd., S. 631, 636; Fritz Beske, „Ärztenschwemme“ – Eine Herausforderung an die Politik, in: Friedrich Geigant / Peter Oberender, Möglichkeiten und Grenzen einer Marktsteuerung im Gesundheitswesen der Bundesrepublik Deutschland, 1985, S. 195, 208 ff.

51 Daß es sich vorrangig gerade nicht um „unzulässige Leistungsausweitungen“ handelt, welche in der Tat nicht Anknüpfungspunkte für Grundrechtseingriffe gegenüber Dritten sein können, verkennen Azzola/Podlech (Anm. 30), S. 246, so daß sich die dort aufgeworfene Frage nach dem geeigneten Kontrollsystem nicht mehr stellt.

52 Vgl. Philipp Herder-Dorneich, Die Ärzteschwemme als Steuerungsproblem, in: Herder-Dorneich/Schuller (Anm. 5), S. 13, 17

37 Vgl. BVerfGE 7, 377 (401).

38 Vgl. BVerfGE 9, 338 (345); 64, 72 (82); Rupert Scholz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 12 Rn. 276.

39 Vgl. zu den Anforderungen an subjektive Zulassungsvoraussetzungen BVerfGE 7, 377 (405 ff.); std. Rspr. zuletzt etwa BVerfGE 59, 302 (315 f.); 63, 266 (286).

40 Vgl. BVerfGE 9, 338 (346); 13, 97 (107); 25, 236 (247); 57, 70 (99).

41 So Heberer (Anm. 23), S. 360; Könemann (Anm. 22), S. 141 ff.

42 So zu Recht Peter Oberender, in: Wolfgang Gitter/Peter Oberender/Georg Wannagat, Ärzteschwemme, 1985, S. 30.

43 Vgl. BR-Drs. 213/88, S. 4 f.

44 Vgl. BVerfGE 68, 193 (218); Wannagat (Anm. 20), S. 2; Jürgen Bösche/Rainer Hess, Zulassungssperre für Kassenarztbewerber?, Deutsches Ärzteblatt, 1985, S. B-1407; Könemann

Mögen auch aus ordnungspolitischer Sicht berechnete Bedenken gegen die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte bestehen⁵³, so steht damit im Ergebnis doch fest, daß eine solche Neuregelung zur Stabilisierung der Kostensituation geeignet ist.

(2) Zweifeln könnte man indes an der Erforderlichkeit. Diese ist nur dann gegeben, wenn der Gesetzeszweck nicht durch weniger stark eingreifende Mittel gleicher Eignung zu erreichen ist. Hierbei führt jedes noch so geringe Minus auf der Erfolgsseite zur Bejahung der Erforderlichkeit, auch wenn dem geringeren Erfolgsminus ein größeres Minus bei der Schwere des Eingriffs gegenübersteht⁵⁴.

Eine Beschränkung des Zugangs zum Medizinstudium als Mittel zur Verringerung der Kassenarztzahlen wäre zwar effektiv, scheidet aber als verfassungswidrig von vornherein als denkbare Handlungsalternative aus⁵⁵. Weitere vorgeschlagene Steuerungsmöglichkeiten im Bildungsbereich (Selbstbeteiligung an den Studienkosten, Verschärfung der Selektion usw.) führen nach den bisherigen Erfahrungen nicht zu einer gleich wirksamen Senkung der Approbationen und damit der Kassenarztzahlen⁵⁶.

Die bisher bestehende Möglichkeit, den freiwilligen Verzicht auf die Kassenarztzulassung finanziell zu fördern (vgl. § 368n Abs. 9 RVO), blieb weitgehend wirkungslos⁵⁷ und stellt daher kein gleich geeignetes Mittel dar. Zwar würde ein extrem hoher finanzieller Anreiz zur Beendigung der Kassenarztpraxis einen weniger starken Eingriff bedeuten. Die gleiche Wirkung wie eine Altersgrenze hätte aber auch eine solche Regelung nicht. Denn es steht zu vermuten, daß sich trotz hoher finanzieller Angebote nicht wenige Kassenärzte weigern würden, sich ihre Zulassung „abkaufen“ zu lassen. Im übrigen würde eine solche Lösung gerade dem gesetzgeberischen Anliegen der Kosteneinsparung entgegenwirken.

Auch der neu eingeführte § 25 Ärzte-ZV^{57a}, der die Zulas-

sung eines Arztes, der das fünfundfünfzigste Lebensjahr überschritten hat, ausschließt, vermag naturgemäß keine größere Wirksamkeit als die hier in Rede stehende Regelung zu entfalten.

Eine weitere Beschränkung der Zulassung in überversorgten Gebieten über die bereits bestehenden Regelungen (vgl. §§ 368c Abs. 4, 368t RVO) hinaus kommt als milderer Mittel nicht in Betracht. Denn insoweit würde es sich um objektive Zulassungsvoraussetzungen handeln, die als stärkerer Eingriff nicht dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen. Gleiches gilt für die teilweise vertretene Zulassung nach flexiblen Verhältniszahlen⁵⁸. Auch die Möglichkeit einer weiteren Verlängerung der Vorbereitungszeit für die kassenärztliche Tätigkeit ist kein gleich geeignetes Mittel. Denn eine solche Maßnahme könnte – von den insoweit bestehenden verfassungsrechtlichen Bedenken einmal abgesehen⁵⁹ – ausschließlich einen zeitweisen Aufschub des Problems, nicht aber seine Bewältigung bewirken⁶⁰. Derselbe Gedanke trifft für die Verlängerung der praktischen Ausbildungsphase im Anschluß an das Medizinstudium („Arzt im Praktikum“) zu. Auch die Einführung einer obligatorischen Weiterbildungspflicht würde nur zu einer vorübergehenden Entlastung führen⁶¹.

Frühere Überlegungen zur Umstrukturierung des kassenärztlichen Vergütungssystems als milderem Mittel⁶² sind inzwischen überholt. Denn die Vergütung erfolgt zur Zeit nach einem an der Grundlohnentwicklung orientierten Kopfpauschale, was dazu führt, daß die Ärzteschaft nunmehr das Morbiditätsrisiko trägt. Selbst durch diese vordergründig „krankenkassenfreundliche“ Regelung werden aber die Auswirkungen des Ärzteüberangebots nicht gebremst. Vielmehr bietet eine solche Vergütungsform Anreiz, in veranlaßte Leistungen auszuweichen, vor allem in Krankenhauseinweisungen, was der Krankenversicherung letztlich teurer kommt als eine erschöpfende Behandlung in der niedergelassenen Praxis selbst⁶³.

Gesetzgeberische Maßnahmen auf der Nachfrageebene (z. B. Eigenbeteiligung der Versicherten an den Behandlungskosten) führen auf der Erfolgsseite schon allein deshalb zu einem Minus, weil der Versicherte mangels medizinischer Kenntnisse eine „angebotsinduzierte“ unwirtschaftliche Leistungsausdehnung durch den Arzt nicht

m. w. N.; Oberender, in: *Gitter/Oberender/Wannagat* (Anm. 42), S. 31; *Lubecki* (Anm. 5), S. 634; *Wannagat* (Anm. 20), S. 3; *Sachverständigenrat für die Konzertierte Aktion im Gesundheitswesen*, 2. Jahrgutachten 1988, Punkt 74; *Theodor Thiemeyer*, Möglichkeiten und Grenze einer Marktsteuerung der Ärzteschwemme, in: *Herder-Dorneich/Schuller* (Anm. 5), S. 145, 149 m. w. N.; *Detlev Zöllner*, Die Beeinflussung der Ausgaben durch Steuerungsinstrumente, KrV 1988, S. 177 f.; *Peter Zweifel*, Der Allgemeinpraktiker als zentrale Steuerungsinstanz im Gesundheitswesen, in: *Clemens-August Andreae / Engelbert Theurl* (Hrsg.), Symposium Marktsteuerung im Gesundheitswesen, 1985, S. 144 ff.

53 So *Oberender*, in: *Gitter/Oberender/Wannagat* (Anm. 42), S. 34; sinnfallige Zweckmäßigkeitseinwände auch bei *Belling* (Anm. 47).

54 So plastisch *Manfred Gentz*, Zur Verhältnismäßigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968, S. 1600, 1604.

55 Allgemeine Ansicht, vgl. nur *Wannagat* (Anm. 20), S. 4 m. w. N.; a. M. zu *Unrecht Beske*, in: *Geigant/Oberender* (Anm. 50), S. 215 f.

56 So auch *Herder-Dorneich*, in: *Herder-Dorneich/Schuller* (Anm. 5), S. 31.

57 So BR-Drs. 213/88 S. 5; optimistischer: *Bernhard Schüttrumpf*, Ausscheidensprämie und Arztlizenzenentwicklung, Schleswig-Holsteinisches Ärzteblatt 1988, S. 212 ff.; ein Wirksamkeitsvorteil solcher Maßnahmen läge freilich darin, daß sie ohne Übergangsregelung greifen würden, vgl. *Wannagat* (Anm. 20), S. 7.

57a BGBl. I 1988 S. 2573.

58 Vgl. hierzu *Heberer* (Anm. 23), S. 357 ff.; *ders.* (Anm. 31), S. 39 ff.

59 Vgl. hierzu *Papier* (Anm. 23), S. 27 ff.; a. M. *Wannagat* (Anm. 20), S. 5 f.

60 Vgl. hierzu *Heberer* (Anm. 31), S. 28 ff.; *Papier* (Anm. 23), S. 13.

61 So auch *Joachim Müller*, Absorptions- und Steuerungsstrategien der Ärzteschwemme im ambulanten und stationären Versorgungsbereich, in: *Herder-Dorneich/Schuller* (Anm. 5), S. 159, 166.

62 Vgl. *Wannagat* (Anm. 20), S. 2 f.; eingehend *Wolfgang Gitter*, in: *Gitter/Oberender/Wannagat* (Anm. 42), S. 13 ff.; *Heberer* (Anm. 31), S. 86 ff.; *Bilski/Sendler* (Anm. 36), S. 218 ff.; *Günter Spielmeier*, Verfassungsrechtliche Aspekte einer Zugangssteuerung zum Arztberuf und zur kassenärztlichen Tätigkeit, in: *Herder-Dorneich/Schuller* (Anm. 5), S. 133, 140 f.; weitergehende, aber aus rechtlicher Sicht nicht gleich geeignete Regelungsvorschläge bei *Zweifel*, in: *Andreae/Theurl* (Anm. 52), S. 154 ff.

63 Diese Gefahr sieht auch *Wannagat* (Anm. 20), S. 3; näher *Oldiges* (Anm. 2), S. 361.

erkennen kann. Zudem wird eine Marktsteuerung im Bereich der Nachfrage nur dann voll wirksam, wenn auch die Anbieter in die Reform eingeschlossen werden⁶⁴.

(3) Genügt sonach die Einführung einer Altersgrenze dem Gebot der Erforderlichkeit, so darf sie des weiteren auch keinen unzumutbaren Eingriff in die Rechtsposition der betroffenen Kassenärzte darstellen. Das Erfordernis der Zumutbarkeit – oder auch Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne – ist dann gegeben, wenn die Beeinträchtigung, die der Bürger erfährt und die Förderung der Gemeinwohlinteressen in einem angemessenen Verhältnis zueinander stehen⁶⁵.

Für die Zumutbarkeit der Regelung spricht zunächst, daß die Vollendung des 65. Lebensjahres als Altersgrenze inzwischen gesellschaftlich allgemein anerkannt ist⁶⁶. Sowohl in der privaten Wirtschaft wie auch im öffentlichen Dienst wird den dort Beschäftigten ohne Rücksicht auf Leistungsfähigkeit oder persönliche Wünsche regelmäßig angesonnen, spätestens mit 65 Jahren in den Ruhestand zu gehen.

Die Einführung einer allgemeinen Altersgrenze für die Teilnahme an der kassenärztlichen Versorgung verbietet sich auch nicht etwa deshalb, weil es sich bei der Tätigkeit als Kassenarzt um einen „freien Beruf“ handelt. Denn daraus folgt keineswegs grundsätzlich oder von vornherein ein irgendwie bestimmbarer erhöhter Anspruch auf Freiheit von gesetzgeberischen Eingriffen⁶⁷. Dies gilt um so mehr, als die vielfältige organisatorische Einbindung des Kassenarztes in das öffentlich-rechtliche System der gesetzlichen Krankenversicherung⁶⁸ seine berufliche Stellung insgesamt in die Nähe der von Art. 33 Abs. 2 bzw. Abs. 5 GG erfaßten „staatlich gebundenen“ Berufe⁶⁹ rückt, so daß von einer erweiterten Regelungsbefugnis des Gesetzgebers auszugehen ist⁷⁰.

Die Zumutbarkeitsgrenze wäre allerdings dann überschritten, wenn die in Rede stehende Regelung eine strikte, ausnahmslos zu beachtende Altersgrenze fixieren würde⁷¹. Denn dies würde möglicherweise zu unerträglichen Härten im Einzelfall führen. Der Gesetzentwurf trägt dem in § 368a Abs. 7 S. 2 2. Alt. i. V. m. S. 4 RVO Rechnung. Dort werden unter den Buchstaben a und b zwei Sachverhalte angesprochen, die eine Fortsetzung der Tätigkeit über das 65. Lebensjahr hinaus aus persönlichen Gründen rechtfertigen können. Die Regelung erfaßt die insoweit typischen Konstellationen. Hinzu kommt, daß sie

nicht abschließend ist („insbesondere“). Der vorgeschlagene § 368a Abs. 7 S. 2 1. Alt. i. V. m. S. 3 RVO regelt den denkbaren Fall, daß sich eine Versorgungslücke auftun könnte, die im Interesse der Versicherten nicht hinzunehmen wäre und vor allem außerhalb des gesetzgeberischen Ziels eines Abbaus der Überversorgung läge. Durch diese Ausnahmeregelungen wäre damit ausreichend Vorsorge getroffen, um im Einzelfall einen unverhältnismäßigen Eingriff zu vermeiden. Hinzu kommt, daß der Kassenarzt prospektiven Einkommensverlusten durch Ausweitung seiner privatärztlichen Tätigkeit entgegenwirken könnte⁷².

e) Die Verfassungsmäßigkeit einer solchen Regelung wird auch durch den aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Gedanken des Vertrauensschutzes nicht in Frage gestellt.

Da die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte nicht dergestalt in abgeschlossene Tatbestände eingriffe, daß die Zulassung zur Kassenarztpraxis ganz entwertet würde, ist eine „echte“ Rückwirkung zu verneinen. Hier handelt es sich vielmehr um eine „unechte“ Rückwirkung. Davon spricht man, wenn ein Gesetz sich zwar formell keine Rückwirkung beilegt, jedoch gleichwohl Dispositionen des Bürgers, die dieser in der Vergangenheit getroffen hat, enttäuscht. Eine solche „unechte“ Rückwirkung ist grundsätzlich zulässig, da sich der Bürger im allgemeinen nicht darauf verlassen kann, daß das zur Zeit geltende Recht auch in Zukunft unverändert bleibt⁷³.

Die Einführung einer Altersgrenze würde sich regelmäßig ungünstig auf die Einkommenssituation der betroffenen Kassenärzte auswirken. Insoweit ist unter dem Aspekt des Vertrauensschutzes zu beachten, daß der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung von Berufsbildern grundsätzlich genötigt ist, eine angemessene Übergangsregelung für diejenigen zu erlassen, die eine künftig unzulässige Tätigkeit in der Vergangenheit bereits in zulässiger Weise ausgeübt haben⁷⁴.

In Art. 2 des Gesetzentwurfs werden altersmäßig abgestufte „Übergangsbestimmungen“ vorgeschlagen, die für 55jährige Ärzte einen Anpassungszeitraum von 11 Jahren sowie als Minimum für über 65 Jahre alte Ärzte einen solchen von fünfeinhalb Jahren vorsehen. Jedem Kassenarzt unter 65 Jahren bleiben noch mindestens 7 Jahre bis zur Beendigung der Zulassung aus Altersgründen. Unerheblich ist, daß Übergangsregelungen für Kassenärzte, die jünger als 55 Jahre alt sind, nicht vorgesehen werden. Denn das Vertrauen dieser Ärzte, unbegrenzt kassenärztlich tätig zu sein, ist nicht so schutzwürdig, daß die gesetzgeberische Absicht, den Zuwachs von Kassenärzten zu bremsen, dahinter zurückstehen müßte. In der Gesamtschau wird damit den Kassenärzten der verschiedenen Altersstufen ausreichend Gelegenheit gegeben, sich auf die Neuregelung einzustellen und entsprechende Ver-

72 So zu Recht *Azzola/Podlech* (Anm. 30), S. 247; vgl. auch BR-Drs. 213/88, S. 8.

73 Vgl. BVerfGE 11, 139 (146); 13, 261 (270 ff.); zuletzt etwa BVerfGE 75, 246 (279 f.).

74 Vgl. BVerfGE 12, 261 (270 f.); 25, 142 (154); 25, 269 (289 f.); 37, 363 (397 f.); 48, 403 (413 f.); 63, 152 (175).

64 So ausdrücklich *Peter Oberender*, Marktsteuerung der Gesundheitsnachfrage – Vorschläge zur Neuorientierung im Gesundheitswesen, in: *Geigant/Oberender* (Anm. 50), S. 13, 38; vgl. auch *Schürmer* (Anm. 12), S. 52.

65 Vgl. BVerfGE 46, 120 (148).

66 Vgl. zur verfassungsrechtlichen Relevanz dieses Arguments BVerfGE 64, 72 (82 f.).

67 BVerfGE 10, 354 (364).

68 Zusammenfassender Überblick bei *Bürck* (Anm. 20), S. 366; vgl. auch *Könemann* (Anm. 22), S. 58 ff.

69 Vgl. zu dieser Begriffsprägung zuletzt BVerfGE 52, 303 (345); sie geht zurück auf *Heinrich Triepel*, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: *Festschrift für Karl Binding*, Bd. 2, 1911, S. 1 ff.; vgl. näher *Könemann* (Anm. 22), S. 54 Fn. 25.

70 So *Bürck* (Anm. 20), S. 367, im Anschluß an Überlegungen von *Bogs* (Anm. 23), S. 67, 71, der zu Recht von einer Art „Zwitterstellung“ des Kassenarztes spricht.

71 Vgl. *Papier* (Anm. 23), S. 23.

mögensdispositionen (z. B. in Form von zusätzlichen Altersvorsorgemaßnahmen) zu treffen⁷⁵.

Eine Güter- und Interessenabwägung zwischen dem Einzelinteresse des Kassenarztes auf Fortbestand der geltenden Regelungen und dem Anliegen der Gemeinschaft, dem Zuwachs an Kassenärzten entgegenzuwirken, ergibt, daß bei solch großzügigen Übergangsbestimmungen das rechtsstaatliche Gebot des Vertrauensschutzes gewahrt ist.

Die Einführung einer Altersgrenze in der Form des dargestellten Gesetzentwurfs verstößt daher im Ergebnis nicht gegen Art. 12 Abs. 1 GG.

2. Der Maßstab des Art. 14 GG

Eine Verletzung von Art. 14 GG scheidet jedenfalls aus den gleichen Gründen aus, aus denen sich ergibt, daß die im öffentlichen Interesse erfolgte Beschränkung der Berufstätigkeit mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar ist⁷⁶. Ob der Kassenarztstatus als solcher dem Schutzbereich des Art. 14 GG unterfällt, kann daher dahinstehen⁷⁷.

3. Der Maßstab des Art. 3 Abs. 1 GG

Ein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG läge vor, wenn die gesetzliche Regelung die 65jährigen Kassenärzte gegenüber Gruppen ungleich behandelt, die bei Vermeidung von Willkür als gleich angesehen werden müssen⁷⁸. Nach einer neueren Wendung des Bundesverfassungsgerichts ist dies dann der Fall, wenn zwischen beiden Vergleichsgruppen keine Unterschiede solcher Art bestehen, daß sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten⁷⁹.

Gegenüber Zahnärzten scheidet bereits *ex lege* eine Ungleichbehandlung aus, da die Vorschriften des Kassenarztrechts (§§ 368 bis 368t RVO) gemäß § 368 Abs. 1 S. 4 RVO entsprechend auch für Kassenzahnärzte gelten. Auch gegenüber den Vertragsärzten der Ersatzkassen liegt von vornherein keine Ungleichbehandlung vor, da deren Status nach § 525c Abs. 1 RVO an die Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung gekoppelt ist. Gleiches gilt für die ermächtigten Krankenhausärzte im Sinne des § 368a Abs. 8 RVO, die als Angestellte bzw. Beamte spätestens mit Vollendung des 65. Lebensjahres aus ihrer Krankenhaustätigkeit ausscheiden. Denn mit diesem Zeitpunkt endet nach § 368 Abs. 8 S. 1 RVO auch ihre Beteiligung an der kassenärztlichen Versorgung.

Die Ungleichbehandlung gegenüber jüngeren Kassenärzten ist schon deshalb gerechtfertigt, weil diese im Regelfall noch nicht die Gelegenheit hatten, sich eine angemessene Altersversorgung zu verschaffen.

⁷⁵ Wannagat (Anm. 20), S. 7, verlangt etwas zu pauschal einen „Zeitraum von etwa 10 Jahren“.

⁷⁶ So apodiktisch BVerfGE 64, 72 (86); differenzierter BVerfGE 68, 193 (222 f.) m. w. N.; vgl. auch Brun-Otto Bryde, in: Ingo von Münch (Hrsg.), GGK, Bd. 1, 3. Aufl. 1985, Art. 14 Rn. 29 a. E.

⁷⁷ Bejahend BSGE 5, 40; vgl. hierzu auch Bogs (Anm. 23), S. 73 m. w. N.

⁷⁸ Std. Rspr. seit BVerfGE 1, 14 (52); in jüngerer Zeit noch BVerfGE 75, 246 (268); 76, 130 (139).

⁷⁹ Vgl. zuerst BVerfGE 55, 72 (88); zuletzt etwa BVerfGE 75, 383 (393); 76, 256 (329 f.).

Problematisch könnte indes sein, daß die 65jährigen Kassenärzte anders behandelt werden als die 65jährigen Angehörigen anderer „freier Berufe“, wie etwa Rechtsanwälte, für die keine Altersgrenze existiert. Diese unterschiedliche Behandlung verstößt aber nur dann gegen den allgemeinen Gleichheitssatz, wenn für die Differenzierung kein sachgemäßer Grund angegeben werden kann. Ob allein die Tatsache, daß die einzelnen Berufe mit rechtlich oder traditionell ausgeprägten Berufsbildern eigenständige Lebensbereiche darstellen, schon die Annahme von Willkür ausschließt⁸⁰, erscheint fraglich. Denn bei großer Ähnlichkeit zweier Berufe vermag die bloße Tatsache der Nichtidentität schwerlich einen sachlichen Differenzierungsgrund darzustellen. Die Eigenständigkeit beruflicher Lebensbereiche hat daher lediglich zur Folge, daß bei einem Vergleich zweier Berufsgruppen über die sachlichsten Einzelmerkmale hinaus das ganze Bild eines jeden Berufs berücksichtigt werden darf. Dies bedeutet, daß zur Rechtfertigung einer einzelnen differenzierenden Regelung nicht lediglich irgendwelche Einzelparallelen Beachtung finden können, sondern daß hierfür auch schon die Verschiedenheit in der „Struktur des Berufs im ganzen“ ausreicht⁸¹.

Insoweit ist hier zu beachten, daß der Kassenarzt mit der Behandlung der Kassenmitglieder eine genuin öffentliche Aufgabe erfüllt und durch die Zulassung in ein subtil organisiertes öffentlich-rechtliches System einbezogen wird. Zwar mag es zweifelhaft sein, ob es sich bei dem Kassenarzt um einen „staatlich gebundenen“ Beruf handelt; dennoch treten unstreitig die freiberuflichen Elemente – etwa gegenüber der Tätigkeit eines Rechtsanwalts – stark in den Hintergrund⁸².

Im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz könnte es jedoch bedenklich sein, wenn das Recht des niedergelassenen Arztes, Privatpatienten zu behandeln, auch nach der altersbedingten Beendigung der Kassenzulassung erhalten bleibt. Einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG würde es jedenfalls dann bedeuten, wenn der Gesetzgeber eine Altersgrenze für Kassenärzte lediglich aus arbeitsmarktpolitischen Gründen oder zur Sicherung der Krankenversorgung einführen würde. Denn diese legislatorischen Ziele erwachsen nicht den Besonderheiten der kassenärztlichen Tätigkeit⁸³. Anders ist aber gerade dann zu urteilen, wenn der Gesetzgeber, was seiner – nicht justiziablen – Einschätzungsprärogative unterliegt, den Ausgabenanstieg nur in der gesetzlichen, nicht aber in der privaten Krankenversicherung bekämpfen will.

Im Ergebnis bedeutet daher die Einführung einer Altersgrenze für Kassenärzte auch keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz.

Eine Regelung, die ihrem Inhalt nach dem oben wiedergegebenen Gesetzentwurf der Länder Bremen, Nordrhein-Westfalen und Saarland entspricht, würde sich mithin im Rahmen des verfassungsrechtlich Zulässigen bewegen.

⁸⁰ So BVerfGE 64, 72 (85 f.).

⁸¹ So – wesentlich differenzierter – die auch in BVerfGE 64, 72 (85 f.) in Bezug genommene Entscheidung BVerfGE 9, 338 (349 ff.).

⁸² Nachweise s. Anm. 68 bis 70.

⁸³ Insoweit zutreffend Papier (Anm. 23), S. 24.