

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 6 KA 2/10 BH

L 4 KA 37/10 (Hessisches LSG)
S 12 KA 224/09 (SG Marburg)

Deutsche Angestellten-Krankenkasse,
Nagelsweg 27-31, 20097 Hamburg,

Klägerin,

g e g e n

.....,

Beklagter und Antragsteller,

Prozessbevollmächtigte:

.....

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat am 1. März 2011 durch den
Vorsitzenden Richter Prof. Dr. W e n n e r sowie den Richter Prof. Dr. C l e m e n s
und die Richterin Dr. D ü r i n g
beschlossen:

Der Antrag des Beklagten, ihm für das Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde
Prozesskostenhilfe zu bewilligen und ihm Rechtsanwalt B. als Prozessbevollmächtigten
beizuordnen, wird abgelehnt.



Gründe :

I

- 1 Der Beklagte begehrt als Nachlasspfleger für einen verstorbenen Arzt die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (PKH): Er erstrebt die Zulassung der Revision gegen ein LSG-Urteil, das den Regressanspruch einer Krankenkasse (KK) gegen diesen Arzt anerkannt hat, der Arznei- und Verbandmittel sowie Heil- und Hilfsmittel noch nach Vollendung seines 68. Lebensjahres verordnet hatte.
- 2 Der am 3.9.1934 geborene Arzt Dr. B. K. war hausärztlich tätiger Facharzt für Innere Medizin in K. im Landkreis K. . Der Zulassungsausschuss stellte durch Bescheid gegenüber dem Arzt fest, dass seine Zulassung zum 30.9.2002 wegen Erreichens der Altersgrenze (68. Lebensjahr) enden werde.
- 3 Gegen diesen Bescheid erhob Dr. B. K. Widerspruch und nach dessen Zurückweisung durch den Berufungsausschuss Klage zum SG. Während des Klageverfahrens - am 29.12.2004 - verzichtete er im Zusammenhang mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren auf seine Approbation. Er hat sodann seinen Klageantrag dahin geändert, dass er nunmehr die Feststellung begehre, die Zulassung sei zu Unrecht beendet worden. Er ist erfolglos geblieben (*Urteile des SG vom 15.6.2005 und des LSG vom 15.3.2006; Zurückverweisung durch Beschluss des BSG vom 29.11.2006 - SozR 4-1720 § 21f Nr 1 - wegen Fehlers bei der Besetzung der Richterbank; erneuter Beschluss des LSG vom 19.8.2010; hiergegen Antrag auf Bewilligung von PKH für Revisions-Nichtzulassungsbeschwerde: siehe Az B 6 KA 4/10 BH*).
- 4 Dr. B. K. verordnete über sein 68. Lebensjahr hinaus weiterhin unter anderem Arzneimittel zu Lasten gesetzlicher KKn (*betr BKK Herkules siehe das PKH-Verfahren B 6 KA 1/10 BH, betr DAK siehe das hier betroffene Verfahren B 6 KA 2/10 BH und betr KKH Allianz siehe das Verfahren B 6 KA 3/10 BH*). Die KKn verlangten von ihm Regress wegen der Verordnungen, die er im Zeitraum von Oktober 2002 bis Frühjahr 2003 tätigte. Sie haben im Jahr 2006 Klagen gegen Dr. B. K. erhoben.
- 5 Nach zwischenzeitlichem Ruhen der Verfahren wegen des Todes von Dr. B. K. und späterer Weiterführung der Prozesse hat das SG im Rechtsstreit der vorliegend klagenden DAK den Beklagten verurteilt, an die Klägerin 18 172,73 Euro zu zahlen (*Gerichtsbescheid vom 23.4.2010*). Das LSG hat die Berufung des Beklagten zurückgewiesen (*Urteil vom 11.8.2010*). Im Urteil des LSG ist ausgeführt, die KK habe ihr Schadensersatzverlangen unmittelbar gegen Dr. B. K. - ohne Einschaltung von Prüfungs- und Beschwerdeausschuss - geltend machen können. Denn die Regelungsgewalt der vertragsärztlichen Institutionen erfasse ihn nicht mehr, seit er wegen der Vollendung seines 68. Lebensjahres nicht mehr zugelassen sei. Ihr



Schadensersatzverlangen sei in der Sache auch berechtigt, weil er seit der Beendigung seiner Zulassung keine Verordnungen mehr zu Lasten der KKn habe ausstellen dürfen. Die Ansicht des Beklagten, die Zulassung des Dr. B. K. habe fortbestanden, weil die Altersbegrenzung eine unzulässige Diskriminierung im Sinne des Europarechts darstelle, sei rechtsirrig. Das Verbot der Diskriminierung aufgrund europarechtlichen Primärrechts, wie dies der Europäische Gerichtshof (EuGH) in seiner Entscheidung vom 22.11.2005 (*Mangold - Slg 2005, I-9981*) angenommen habe, sei hier nicht anwendbar; denn es fehle am erforderlichen gemeinschaftsrechtlichen Bezug (*Bezugnahme auf die Entscheidungen des EuGH vom 23.9.2008, Slg 2008, I-7245, und vom 19.1.2010, NJW 2010, 427*). Im vorliegend maßgeblichen Zeitpunkt - Oktober 2002 bis Frühjahr 2003 - habe auch die Richtlinie 2000/78/EG vom 27.11.2000 in Deutschland noch nicht unmittelbar gegolten; Deutschland habe die Option ausgeübt, die an sich bis zum 2.12.2003 bemessene Frist zur Umsetzung der Richtlinie um drei Jahre, also bis zum 2.12.2006, zu verlängern. Auch die Regelung des § 95 Abs 7 Satz 2 ff (bzw ab 1.1.2004: Satz 3 ff) SGB V über die Altersgrenze sei bereits zum 1.1.1993 und damit vor dem Erlass der Richtlinie in Kraft gesetzt worden. Schließlich helfe dem Beklagten auch nicht der Hinweis auf die von Dr. B. K. gegen die Beendigung der Zulassung erhobenen Rechtsbehelfe; denn diesen komme keine aufschiebende Wirkung gegen die Beendigung der Zulassung zu, und zudem hätten das SG und LSG den Antrag des Dr. B. K. abgelehnt, ihm einstweilig die Fortsetzung der vertragsärztlichen Tätigkeit zu gestatten.

II

- 6 Dem Antrag des Beklagten, PKH für das Verfahren auf Zulassung der Revision zu bewilligen, kann nicht entsprochen werden. PKH wird gemäß § 73a Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 114 Satz 1 Zivilprozessordnung nur gewährt, wenn die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung Aussicht auf Erfolg bietet. Dies ist hier nicht der Fall.
- 7 Unabhängig davon, ob es schon an Gründen im Sinne des § 160 Abs 2 SGG für eine Zulassung der Revision fehlt, ist die Bewilligung von PKH jedenfalls deshalb zu versagen, weil der Beklagte auch im Falle von deren Zulassung keinen Erfolg haben könnte (*vgl zB BSG SozR 1750 § 114 Nr 1 und 5; BSG SozR 3-6610 Art 5 Nr 1 S 2; BSG vom 29.4.2005 - B 6 KA 1/05 BH - unveröffentlicht; BSG SozR 4-1500 § 73a Nr 2 RdNr 3 mwN; BSG vom 9.5.2007 - B 12 KR 1/07 B - Juris RdNr 3; ebenso BVerfG <Kammer> vom 13.7.2005 - 1 BvR 1041/05 - NVwZ 2005, 1418*). Die Revision würde zurückgewiesen werden.
- 8 1. Die Vorinstanzen haben Dr. B. K. schon deshalb zu Recht als verpflichtet erachtet, der Klägerin die Verordnungs-kosten zu erstatten, weil er seit dem 1.10.2002 nicht mehr den Status eines Vertragsarztes inne hatte. Der Zulassungsausschuss hatte durch Bescheid ihm gegenüber festgestellt, dass seine Zulassung zum 30.9.2002 ende. Allein schon der damit ein-



getretene Wegfall des vertragsärztlichen Status begründete die Rechtswidrigkeit seiner Verordnungstätigkeit und damit zugleich auch seine Pflicht zur Erstattung der Verordnungskosten.

- 9 Die Rechtsbehelfe des Arztes gegen den feststellenden Bescheid des Zulassungsausschusses entfalteten keine aufschiebende Wirkung (*BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14, RdNr 26*). Dem Rechnung tragend hatte Dr. B. K. im Übrigen folgerichtig beantragt, einstweilen weiter vertragsärztlich tätig werden zu dürfen, war damit jedoch erfolglos geblieben (*Beschlüsse des SG vom 18.3.2003 und des LSG vom 15.12.2004*). Damit hatte er alle Möglichkeiten des Rechtsschutzes ausgeschöpft und durfte ab dem 1.10.2002 wegen des Fehlens des Status als Vertragsarzt keine Verordnungen zu Lasten der KKn mehr ausstellen.
- 10 2. Eine Revision des Beklagten könnte aber auch deshalb keinen Erfolg haben, weil die der Beendigung der Zulassung des Dr. B. K. zugrunde liegende gesetzliche Regelung des § 95 Abs 7 Satz 2 ff (bzw ab 1.1.2004: Satz 3 ff) SGB V wirksam war, nämlich sowohl mit dem GG als auch mit europäischem Recht im Einklang stand.
- 11 Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung die Regelung des § 95 Abs 7 Satz 2 ff (bzw ab 1.1.2004: Satz 3 ff) SGB V über die 68-Jahre-Altersgrenze in der bis zum 30.9.2008 geltenden Fassung als wirksam angesehen. Weder die Überprüfung anhand des GG noch die Kontrolle anhand des europäischen Rechts - dies auch bezogen auf die Rechtslage nach dem 2.12.2006, als die für Deutschland geltende Frist zur Umsetzung der Richtlinie 2000/78/EG abgelaufen war - haben Zweifel an der Wirksamkeit der Regelung ergeben (*stRspr; siehe insbesondere BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14, RdNr 9 ff, insbesondere RdNr 11 und 21 mwN; Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen: BVerfG <Kammer> vom 30.6.2008 - 1 BvR 1159/08 - in Juris dokumentiert; - ebenso BSG USK 2008-23 S 152 ff, insbesondere S 153 und 156; siehe weiterhin BSG vom 28.5.2008 - B 6 KA 11/07 B - RdNr 9 ff und BSG vom 18.8.2010 - B 6 KA 18/10 B - RdNr 6 bis 9, zur Veröffentlichung in SozR 4-2500 § 95 Nr 17 vorgesehen*). Das BSG befindet sich mit dieser Rechtsauffassung in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung sowohl des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) als auch des EuGH (*siehe zB BVerfG <Kammer> NZS 2008, 311 RdNr 14 f = SozR 4-2500 § 95 Nr 13 RdNr 21 f; BVerfG <Kammer> vom 5.1.2011 - 1 BvR 2870/10 - Juris RdNr 12 f; EuGH vom 12.1.2010 - C-341/08 - Juris RdNr 44 ff, insbesondere RdNr 65 ff betr Vertragszahnärzte; auf der gleichen Linie EuGH vom 12.10.2010 - C-45/09 - NJW 2010, 3767 RdNr 38 ff betr Eintritt ins Rentenalter; im selben Sinne bereits EuGH vom 16.10.2007 - C-411/05 - Slg 2007, I-8531, wie in BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14, RdNr 14 ff im Einzelnen dargestellt*).
- 12 Hiernach kommt es nicht darauf an, ob die Anwendung der Richtlinie 2000/78/EG auf die Regelung über die 68-Jahre-Altersgrenze möglicherweise überhaupt schon dem Grunde nach ausscheidet: Sie ist in Deutschland erst nach dem 2.12.2006 wirksam geworden, während die vorliegend beanstandeten Verordnungen ältere Zeiträume betreffen (Oktober 2002 bis Frühjahr



2003) und die Altersbegrenzung bereits am 1.1.1993 in Kraft getreten war (*vgl dazu BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14, RdNr 23 bis 25, und BSG USK 2008-23 S 157 <unter 3.>*).

- 13 Diese Beurteilung der Rechtslage bis zum 30.9.2008 wird nicht dadurch beeinflusst, dass die Altersbegrenzung für die vertragsärztliche Tätigkeit zum 1.10.2008 aufgehoben worden ist (*vgl hierzu BSG SozR 4-1720 § 21f Nr 1 RdNr 7 f*).
- 14 3. Hatte mithin die Zulassung des Dr. B. K., wegen der Vollendung seines 68. Lebensjahres am 3.9.2002, zum 30.9.2002 geendet (*zur Beendigung der Zulassung jeweils zum Quartalsende siehe § 95 Abs 7 Satz 2 <bzw ab 1.1.2004: Satz 3> SGB V*), so nahm er nach diesem Zeitpunkt nicht mehr an der vertragsärztlichen Versorgung teil und durfte dementsprechend keine Verordnungen zu Lasten der gesetzlichen KKn mehr tätigen (*vgl hierzu zB BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14 und BSG USK 2008-23, wie oben in RdNr 11 angegeben*). Tat er dies dennoch, so begründete dies einen Regressanspruch der KKn (*vgl zB BSGE 64, 209, 211 f = SozR 5550 § 18 Nr 1 S 3; BSGE 76, 153, 155 = SozR 3-2500 § 95 Nr 5 S 22*).
- 15 Diesen Regressanspruch konnten die KKn im Wege der Klage unmittelbar gegen den Arzt geltend machen. Sie sind nach Beendigung der Zulassung eines Arztes nicht mehr darauf verwiesen, ihre Ansprüche gegen ihn durch den Prüfungs- bzw Beschwerdeausschuss festsetzen zu lassen; denn diese Ausschüsse können nach der Beendigung der Zulassung eines Arztes ihm gegenüber keine Verwaltungsakte mehr erlassen, weil sie dafür keine hoheitliche Befugnis mehr haben (*BSGE 64, 209, 211 = SozR 5550 § 18 Nr 1 S 2; BSGE 76, 153, 154 = SozR 3-2500 § 95 Nr 5 S 21 f; BSGE 80, 1, 7 = SozR 3-5545 § 19 Nr 2 S 12 f*).
- 16 4. Der Beurteilung der Rechtsverfolgung des Beklagten als aussichtslos kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, das Verfahren des LSG sei fehlerhaft gewesen und der Beklagte könne deshalb eine Zurückverweisung an das LSG erreichen. Dies trifft nicht zu; denn solche Verfahrensmängel sind nicht ersichtlich.
- 17 Das LSG ist entgegen der Auffassung des Beklagten nicht zu einer Vorlage an den EuGH verpflichtet gewesen, weil noch Unklarheiten über die Auslegung der europäischen Verträge bestanden hätten und bestünden (*zur Vorlagepflicht siehe Art 267 Abs 3 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union*). Dies trifft nicht zu, wie sich aus obigen Ausführungen (*unter 2.*) ergibt.
- 18 Der Beklagte dringt auch nicht mit seiner Rüge durch, das LSG habe sich überraschend auf die EuGH-Entscheidung vom 23.9.2008 (*C-427/06 - Slg 2008, I-7245*) gestützt, es hätte ihm Gelegenheit geben müssen, sich inhaltlich mit dieser Entscheidung auseinanderzusetzen. Bei einem Rechtsanwalt, der sich mit vertragsarztrechtlichen Streitigkeiten und den europarechtlichen Einwirkungen befasst, dürfen die Gerichte davon ausgehen, dass er die dafür ein-



schlägige Rechtsprechung des EuGH kennt und mit deren Einbeziehung rechnet; dies gilt zumal für solche Entscheidungen, die der EuGH weit mehr als ein Jahr zuvor getroffen hat. Im Übrigen ist nach obigen Ausführungen unter 1. und 2. nicht erkennbar - und vom Beklagten auch nicht näher dargelegt worden -, inwiefern der Entscheidung vom 23.9.2008 ausschlaggebende Bedeutung für das Prozessergebnis zukommen könnte.

- 19 5. Nach alledem könnte der Beklagte auch in einem Revisionsverfahren keinen Erfolg haben. Mithin kann ihm - mangels Erfolgsaussicht der Rechtsverfolgung - PKH nicht bewilligt werden.

