

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 3 RK 23/95

.....,

Kläger, Revisionsbeklagter und
Anschlußrevisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

1. AOK Rheinland - Die Gesundheitskasse,
Düsseldorf, Kasernenstraße 61,
2. Innungskrankenkasse Nordrhein,
Bergisch Gladbach, St.-Josef-Straße 20,
3. Krankenkasse der rheinischen Landwirtschaft,
Düsseldorf, Merowingerstraße 103,
4. Bundesknappschaft,
Bochum, Pieperstraße 14/28
5. Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,
Siegburg, Frankfurter Straße 84,



6. AEV-Arbeiter-Ersatzkassen-Verband e.V.,
Siegburg, Frankfurter Straße 84,
7. Landesverband der Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen,
Essen, Kronprinzenstraße 6,
- Beklagte und Revisionskläger,

beigeladen:

Land Nordrhein-Westfalen,
vertreten durch das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales,
Düsseldorf, Horionplatz 1.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. Mai 1996 durch den Vorsitzenden Richter S c h n e i d e r - D a n w i t z, die Richter Dr. U d s c h i n g und Dr. N a u j o k s sowie den ehrenamtlichen Richter Dr. D u f n e r und die ehrenamtliche Richterin P a k m o r für Recht erkannt:

Auf die Revisionen der Beklagten zu 1) bis 7) wird das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 30. März 1995 aufgehoben, soweit die Klage Erfolg hatte. Die Klage wird insoweit abgewiesen. Die Anschlußrevision des Klägers wird zurückgewiesen.

Kosten sind nicht zu erstatten.



Gründe:

I

Die Beteiligten streiten über die Pflicht der beklagten Kranken- und Ersatzkassenverbände, mit dem Kläger einen Krankenhausversorgungsvertrag abzuschließen.

Der Kläger ist Arzt. Seit 1977 betreibt er eine Privatklinik für den operativen Bereich der chirurgischen Phlebologie und der plastischen Chirurgie in B . Das Behandlungsangebot umfaßt vor allem die Crossektomie, das Stripping der Stammgefäße sowie die Entfernung massiver variköser Seitenäste. Die mit 13 Betten ausgestattete Klinik ist nicht in den Krankenhausbedarfsplan des Landes Nordrhein-Westfalen aufgenommen worden. Die Patienten der Klinik sind zu etwa 70 % Mitglied gesetzlicher Krankenkassen (KKn) und kommen zu 3 % aus dem Umkreis von 50 km um B . Die Wartezeit für eine operative Maßnahme beträgt etwa zwei bis drei Monate.

Den Antrag des Klägers, mit ihm einen Versorgungsvertrag abzuschließen, lehnten die Beklagten mit Schreiben vom 27. September 1990, das von allen Beklagten unterschrieben worden ist, ab: Für die in der Klinik des Klägers erbrachten Leistungen bestehe kein Bedarf, da dieser im Versorgungsgebiet durch die chirurgischen Abteilungen vorhandener Krankenhäuser gedeckt werde. Im übrigen könne eine Krankenhauseinheit mit nur 13 Betten nicht wirtschaftlich geführt werden. Die gesetzlich vorgeschriebene Genehmigung der Ablehnung durch den Minister für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen lag vor.

Das Sozialgericht (SG) hat der Klage stattgegeben und die Beklagten verurteilt, mit dem Kläger einen Versorgungsvertrag gemäß § 109 Sozialgesetzbuch - Fünftes Buch - (SGB V) abzuschließen (Urteil vom 23. Juni 1994). Das Landessozialgericht (LSG) hat auf die Berufung der Beklagten zu 1) bis 4) und 7) das Urteil des SG geändert und die Beklagten verurteilt, über den Antrag des Klägers auf Abschluß eines Versorgungsvertrages unter Beachtung der Auffassung des Gerichts neu zu befinden. Im übrigen hat es die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das LSG im wesentlichen ausgeführt: § 109 SGB V gebe dem Kläger keinen Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages, sondern nur einen Anspruch auf eine sachgerechte Entscheidung. Die Beklagten hätten bei der in ihrem Ermessen stehenden Entscheidung nicht alle erforderlichen Erwägungen berücksichtigt. Insbesondere die Bedarfsgerechtigkeit sei nicht umfassend geprüft worden. Die Beklagten hätten zu Unrecht nur auf den allgemeinen Bedarf an Krankenhausbetten für Gefäßchirurgie im Plangebiet abgestellt und wären dabei ohne Einschränkungen von den Vorgaben des Krankenhausbedarfsplans ausgegangen. Zwar zähle zu den Zielen des



Krankenhausbedarfsplanes, den Nutzungsgrad bestimmter Kliniken zu schützen. Ein wesentliches Indiz für die Bedarfsgerechtigkeit, der hohe Belegungsgrad der Klinik des Klägers, sei von den Beklagten jedoch nicht widerlegt worden.

Mit der von dem LSG zugelassenen Revision rügen die Beklagten eine Verletzung von § 103 Sozialgerichtsgesetz (SGG) und § 109 SGB V. Das LSG habe kein Bescheidungsurteil erlassen dürfen. Zwar stehe es bei Vorliegen aller Voraussetzungen des § 109 Abs 3 Satz 1 Nr 1 und Nr 2 SGB V im Ermessen der Beklagten, einen Versorgungsvertrag abzuschließen oder nicht. Das Vorliegen der Bedarfsgerechtigkeit sei aber tatbestandliche Voraussetzung und daher nicht in die Ermessenserwägungen einzubeziehen. Ein Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages bestehe nur dann, wenn Hochschulkliniken und Plankrankenhäuser den Bettenbedarf nicht abdeckten. Eine solche Bedarfslücke liege angesichts des vorhandenen Leistungsangebotes nicht vor.

Die Beklagten zu 1) bis 7) beantragen,

die Urteile des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 30. März 1995 und des Sozialgerichts Düsseldorf vom 23. Juni 1994 aufzuheben und die Klage abzuweisen sowie die Anschlußrevision des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Revisionen der Beklagten zu 1) bis 7) zurückzuweisen und im Wege der Anschlußrevision das Urteil des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 30. März 1995 aufzuheben und die Beklagten zu verurteilen, dem Kläger einen Versorgungsvertrag zu gewähren.

Mit seiner Anschlußrevision rügt der Kläger eine Verletzung von § 109 SGB V. Hieraus ergebe sich, daß er einen Rechtsanspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages habe. Das LSG habe verkannt, daß den Beklagten nur für den Fall ein Ermessen eingeräumt werde, daß mehrere Krankenhäuser den Abschluß eines Versorgungsvertrages beantragten.

Der Beigeladene hat im Revisionsverfahren keinen Antrag gestellt.

II

Die zulässigen Revisionen der Beklagten zu 1) bis 7) sind begründet und führen auch insoweit zur Aufhebung des Urteils des LSG, als dieses das der Klage stattgebende erstinstanzliche Urteil bestätigt hat. Die Anschlußrevision des Klägers ist zulässig, aber unbegründet.



1. An der Zulässigkeit der Revisionen aller Beklagten bestehen auch insoweit keine Zweifel, als der Beklagte zu 7) seine Revision nicht innerhalb der gesetzlichen Frist (§ 164 Abs 2 Satz 1 SGG) begründet hat und die Beklagten zu 5) und 6) im Berufungsverfahren nicht Rechtsmittelführer waren. Die Beklagten sind, wie sich aus § 109 Abs 1 Satz 1 iVm § 213 Abs 2 SGB V ergibt, notwendige Streitgenossen. Danach kann die Entscheidung über den Abschluß eines Versorgungsvertrages mit einem Krankenhaus nur gemeinsam ergehen. Bei fehlender Einigung muß grundsätzlich eine Beschlußfassung nach § 213 Abs 2 Satz 2 SGB V erfolgen. Die Beklagten wollten hier auch als Streitgenossen handeln. Bezüglich der Wahrung von Fristen und Terminen werden säumige Streitgenossen als durch die nicht säumigen vertreten angesehen; das rechtzeitige Handeln der anderen Streitgenossen wahrt die Fristen auch für säumige, § 62 Zivilprozeßordnung (ZPO) iVm § 74 SGG. Die Durchführung des Berufungsverfahrens durch die Beklagten zu 1) bis 4) und 7) wirkte auch für die das Berufungsverfahren nicht betreibenden Streitgenossen; es erhielt ihre Parteistellung auch für das weitere Verfahren (vgl BGH Urteil vom 26. Oktober 1984 - V ZR 67/83 - BGHZ 92, 351; Thomas-Putzo, ZPO, 19. Aufl 1995, § 62 RdNr 24).

2. Die Klage ist als kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage (§ 54 Abs 1 Satz 1 SGG iVm § 54 Abs 4 SGG) zulässig. Der Revisionsantrag, die Beklagten zu verurteilen, dem Kläger einen Versorgungsvertrag zu gewähren, umfaßt wie der entsprechende in der Vorinstanz gestellte Antrag die Aufhebung der Vertragsablehnung, die als Verwaltungsakt zu werten ist. Das Gericht entscheidet nach § 123 SGG über die vom Kläger erhobenen Ansprüche, ohne an die Fassung der Anträge gebunden zu sein. Der Kläger begehrt neben der Verurteilung der Beklagten zum Abschluß eines Versorgungsvertrages die Aufhebung der Vertragsablehnung vom 27. September 1990, zumindest für den Fall, daß das Gericht der Auffassung folgt, daß diese ein Verwaltungsakt ist.

Entgegen der Auffassung der Vorinstanzen ist die Anfechtungsklage hier die richtige Klageart, da das Schreiben der Beklagten vom 27. September 1990 mit der Ablehnung, einen Versorgungsvertrag iS des § 109 SGB V mit dem Kläger abzuschließen, ein Verwaltungsakt ist. Der Senat hält insoweit an der bisherigen Rechtsprechung des 3. und 5. Senats zu § 371 Reichsversicherungsordnung (RVO - BSGE 51, 125 = SozR 2200 § 371 Nr 4 und BSGE 59, 258 = SozR 2200 § 371 Nr 5) fest, daß die Versagung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages einen Verwaltungsakt darstellt (so auch: Kopp, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, 6. Aufl 1996, vor § 54 Anm 12 und § 35 RdNr 13; Hess in Kasseler Kommentar, Stand April 1995, § 109 RdNr 2; Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Stand Mai 1995, § 109 RdNr 6; aA: Jung, GK-SGB V zu § 109 RdNr 21 ff; Krauskopf, Soziale Krankenversicherung/Pflegeversicherung, 3. Aufl, Stand Oktober 1995, § 109 RdNr 6; Bonk in: Stelkens-Bonk-Leonhardt, Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz,



3. Aufl 1990, § 54 RdNr 16a; Friehe, Die Klage auf Abschluß eines subordinationsrechtlichen Verwaltungsvertrages, JZ 1980, 516; Dahm/Wilkening, Das Krankenhaus 1995, 83, 84). Hinsichtlich der Beurteilung der Rechtsqualität der Entscheidung der Kassenverbände über die Ablehnung des Abschlusses eines Versorgungsvertrages unterscheidet sich § 109 SGB V grundsätzlich nicht von § 371 RVO. Beide Vorschriften sehen einen öffentlich-rechtlichen statusbegründenden Vertrag vor, durch den der Krankenhausträger zur Versorgung der Versicherten zugelassen wird.

Die für den Erlaß eines Verwaltungsaktes maßgebenden Voraussetzungen liegen vor. Zwischen den Kassenverbänden und dem den Abschluß eines Versorgungsvertrages beantragenden Krankenhaus besteht insbesondere ein Über- und Unterordnungsverhältnis (aA Krauskopf, aaO, § 109 RdNr 2 und 6). Insoweit kann nicht auf die rechtliche Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses abgestellt werden. Maßgebend ist vielmehr (in Anlehnung an die Zwei-Stufen-Theorie, vgl Kopp, aaO) die vorgelagerte Entscheidung über das "Ob" eines Vertragsabschlusses. Mit ihrer Entscheidung, den Abschluß eines Versorgungsvertrages zu versagen, enthalten die Krankenkassenverbände dem betroffenen Krankenhausträger einseitig den Status eines Vertragskrankenhauses vor und verhindern damit seine Beteiligung an der auf öffentlich-rechtlicher Grundlage durchzuführenden stationären Versorgung der Versicherten (BSGE 51, 125 = SozR 2200 § 371 Nr 4). Die Kassenverbände treten dem Krankenhausträger damit hoheitlich gegenüber. Ein Über- und Unterordnungsverhältnis wird nicht schon dadurch ausgeschlossen, daß das Gesetz zur Abwicklung der Beziehung zwischen den Kassenverbänden und den zur Versorgung zugelassenen Krankenhäusern das Gestaltungsinstrument des (öffentlich-rechtlichen) Vertrages vorschreibt. Die Kritik an der bisherigen Rechtsprechung setzt sich nicht hinreichend mit der Zweistufigkeit des Verfahrens auseinander. Der Versorgungsvertrag umfaßt zum einen die Zulassungsentscheidung und zum anderen die Vereinbarung über die Ausgestaltung des Versorgungsauftrags. Im übrigen zeigt die Regelung des subordinationsrechtlichen Vertrages, daß auch bei öffentlich-rechtlichen Verträgen ein Über- und Unterordnungsverhältnis bestehen kann. Nach § 53 Abs 1 Satz 2 Sozialgesetzbuch - Zehntes Buch - (SGB X) kann die Behörde mit demjenigen einen Vertrag schließen, an den sie sonst den Verwaltungsakt richten würde.

Der Gesetzgeber hat im übrigen im Sozialgesetzbuch - Elftes Buch - (SGB XI) bei der vergleichbaren Regelung zum Versorgungsvertrag bei stationären Pflegeeinrichtungen jetzt deutlich zu erkennen gegeben, daß er die Ablehnung eines Versorgungsvertrages als Verwaltungsakt ansieht. Dies ergibt sich aus § 73 Abs 2 Satz 2 SGB XI. Dort wird zur Klage gegen die Ablehnung eines Versorgungsvertrages geregelt, daß ein Vorverfahren nicht stattfindet und daß die Klage keine aufschiebende Wirkung hat. Beide Regelungen sind allenfalls unter der Annahme sinnvoll, daß die Ablehnung ein Verwaltungsakt ist, dessen Anfechtung ohne Sonderregel ein Vorverfahren voraussetzt und eine



aufschiebende Wirkung begründet (zum Fehlen einer aufschiebenden Wirkung auch bei Annahme einer Anfechtungsklage: Udsching, SGB XI, § 73 RdNr 4). Wäre die allgemeine Leistungsklage gegeben, so hätte es dieser Sonderregelung jedenfalls nicht bedurft.

Die Regelung im SGB XI zeigt, daß der Gesetzgeber einmal der Auffassung nicht folgt, die bloße Ablehnung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages sei stets nur ein schlicht hoheitliches Handeln und kein Verwaltungsakt, insbesondere im Verhältnis zwischen Versicherungsträgern (oder deren Verbänden) und den Leistungserbringern wegen der in Ansehung der Verträge bestehenden Gleichordnung, und zum anderen auch nicht der Auffassung, eine Entscheidung, die von den Landesverbänden der Pflegekassen, und damit von mehreren Behörden, "gemeinsam und einheitlich" zu treffen sei, könne nicht als Verwaltungsakt ausgestaltet werden. Denn auch die Landesverbände der Pflegekassen müssen bei dem in § 72 SGB XI geregelten Abschluß des Versorgungsvertrages gemeinsam handeln, wie sich aus § 81 SGB XI ergibt (Udsching, SGB XI, § 72 RdNr 9). Da sich das SGB XI zum Leistungserbringerrecht eng an die entsprechenden Vorschriften im SGB V anlehnt, verlautbart § 73 Abs 1 SGB XI zugleich billigend die Annahme des Gesetzgebers, die zur Wertung der Ablehnung einer Bereiterklärung als Verwaltungsakt ergangene Rechtsprechung werde zu § 109 SGB V fortgesetzt (ähnlich Udsching, SGB XI, § 73 RdNr 4).

Bei der Ablehnung des Versorgungsvertrages durch die beklagten Kassenverbände handelt es sich auch um die Entscheidung einer Behörde. Nach der RVO hatte jeder Kassenverband über die Ablehnung für seinen Bereich zu entscheiden. Insoweit war jeder Verband als Behörde anzusehen. Das Erfordernis des gemeinsamen Handelns aller Kassenverbände, das erstmals in § 109 Abs 1 SGB V enthalten ist, schließt eine Wertung als Verwaltungsakt nicht aus. Zwar sieht § 109 Abs 1 Satz 1 SGB V für die gemeinsam zu treffende Entscheidung aller Kassenverbände keine Stelle vor, die als Behörde im organisatorischen oder im funktionalen Sinn angesehen werden könnte (vgl Jung, aaO, § 109 RdNr 22). Die Entscheidung über Ablehnung oder Abschluß eines Versorgungsvertrages ist vielmehr von allen Verbänden gemeinsam zu erlassen. Der Gesetzgeber ist damit offensichtlich davon ausgegangen, daß im Rahmen des § 109 SGB V die Summe aller Kassenverbände auf Landesebene als Entscheidungsträger anzusehen ist, für den die einzelnen Verbände Gesamtvertretung haben. Hiergegen bestehen auch hinsichtlich der Ersatzkassenverbände keine Bedenken. Sie sind zwar nicht körperschaftlich, sondern in Vereinsform organisiert und haben auf Landesebene lediglich einen Bevollmächtigten (§ 212 Abs 5 SGB V), doch nehmen sie die gesetzlich vorgesehenen Aufgaben als Beliehene wahr.

Die Entscheidung ist auch von allen nach § 109 Abs 1 SGB V zu beteiligten Kassenverbänden getroffen worden, obwohl die See-KK an ihr nicht mitgewirkt hat. Die See-KK wird zwar als Spitzenverband in § 213 Abs 1 SGB V aufgeführt, nicht aber als



Landesverband in § 207 SGB V. Die See-KK zählt damit nicht zu den zwingend vorgeschriebenen Landesverbänden. Dies wird zwar nicht ohne weiteres aus dem SGB V, wohl aber aus dem SGB XI deutlich. Nach § 52 Abs 1 SGB XI zählt die See-KK nicht zu den Landesverbänden der KKn, die zusammen mit der Bundesknappschaft, der jeweils zuständigen landwirtschaftlichen KK sowie den Verbänden der Ersatzkassen die Aufgaben der Landesverbände der Pflegekassen wahrnehmen. Dies läßt Rückschlüsse auf die Zuständigkeit nach dem SGB V zu, weil die Aufgaben der sozialen Pflegeversicherung auf Verbandsebene ausschließlich von den Verbänden der KKn wahrgenommen werden (vgl RegE zu § 49 E, BR-Drucks 505/93, S 120).

Der Zulässigkeit der Anfechtungsklage steht nicht entgegen, daß kein gesondertes Vorverfahren durchgeführt wurde. Ist eine Widerspruchsstelle wie hier nicht bestimmt, so ist gemäß § 85 Abs 2 Nr 1 SGG grundsätzlich die nächsthöhere Behörde für den Erlass des Widerspruchsbescheides zuständig. Hier kämen nur die Aufsichtsbehörden der betroffenen Kassenverbände in Betracht, bei denen es sich jedoch um oberste Bundes- oder Landesbehörden handelt, was gemäß § 85 Abs 2 Nr 1 SGG die Zuständigkeit der Ausgangsbehörde begründet. Deren im Klageverfahren gestellter Antrag auf Abweisung der Klage genügt hier, da Klagegegner und Widerspruchsstelle identisch sind, dem Vorverfahrenserfordernis (BSG SozR 1500 § 78 Nr 8 und 15).

Es bedarf nicht der Prüfung, mit welcher Klageart der Kläger etwaige Ansprüche aus der Bestandsschutzregelung in § 109 Abs 3 Satz 2 SGB V verfolgen müßte, insbesondere ob solche Ansprüche den Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages ausschließen oder das Rechtsschutzinteresse für die Verfolgung eines solchen Anspruchs entfallen lassen. Denn dem Kläger stehen Ansprüche aus der Vertrauensschutzregelung nicht zu. Gemäß § 109 Abs 3 Satz 2 SGB V gelten Verträge, die vor dem 1. Januar 1989 nach § 371 Abs 2 RVO abgeschlossen worden sind, bis zu ihrer Kündigung nach § 110 SGB V weiter. Nach § 371 RVO aF waren die KKn berechtigt, Krankenhauspflege auch durch Krankenhäuser zu gewähren, die nicht in den Krankenhausplan aufgenommen waren, wenn diese sich ihnen gegenüber hierzu bereit erklärt hatten und die Bereiterklärung nicht abgelehnt worden war. Eine im Verhältnis zu den beteiligten Kassen wirksame Bereiterklärung des Klägers aus der Zeit vor dem 1. Januar 1989 ist nicht festgestellt worden. Hierfür reicht die jahrelange faktische Abrechnungspraxis des Klägers mit den KKn nicht aus.

Auch der Grundrechtsschutz des Klägers aus Art 14 Grundgesetz (GG) kann die Notwendigkeit eines Versorgungsvertrages nicht erübrigen. Der Eigentumsschutz nach Art 14 GG, der auch das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb umfaßt, setzt ua voraus, daß der Eigentümer darauf vertrauen durfte, daß bestehende Gegebenheiten auf Dauer oder zumindest für einen gewissen Zeitraum erhalten bleiben. Vertrauensgeschützte Rechtspositionen können dann nicht entstehen, wenn von



vornherein erkennbar mit nachträglichen Änderungen der normativen Bedingungen gerechnet werden muß. In diesen Fällen ist die darauf aufbauende Eigentumsposition von vornherein labil (Papier in: Maunz-Dürig, GG-Kommentar Bd 2, München 1994, Art 14 RdNr 105). Dem Kläger war zum Zeitpunkt der Gründung seiner Privatklinik im Jahre 1977 bekannt, daß das Krankenhauswesen der staatlichen Planung unterliegt. Bereits seit 1972 galt das Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG), dessen Zweck die wirtschaftliche Sicherung der Krankenhäuser ist, um eine bedarfsgerechte Versorgung der Bevölkerung mit leistungsfähigen Krankenhäusern zu gewährleisten und zu sozial tragbaren Pflegesätzen beizutragen (§ 1 KHG). Es war erkennbar, daß weitere Einschränkungen erfolgen, wenn es die bedarfsgerechte Versorgung erfordert. Angesichts dessen konnte der Kläger sich nicht darauf verlassen, daß er auf Dauer ohne Einbindung in das öffentlich-rechtliche Zulassungswesen weiter zu Lasten der KKn abrechnen konnte.

3. Die Revision der Beklagten ist begründet. Der Kläger hat weder einen Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages, noch auf eine erneute ermessensfehlerfreie Entscheidung der Beklagten. Der Ablehnungsbescheid ist vielmehr rechtmäßig.

a) Das LSG hat zu Unrecht angenommen, die Ablehnung eines Versorgungsvertrages stehe im Ermessen der Beklagten. Ist ein Krankenhaus bedarfsgerecht und bietet es die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung der Versicherten (§ 109 Abs 3 Satz 1 SGB V), so hat sein Träger Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages. Das Bundessozialgericht (BSG) hat schon zu § 371 Abs 2 RVO aF entschieden, daß der Gesetzgeber einen Anspruch auf Beteiligung anerkenne, der den tangierten Grundrechten Rechnung trage (BSGE 59, 258, 260 = SozR 2200 § 371 Nr 5). Hieran ist zu § 109 SGB V trotz mißverständlicher Formulierung festzuhalten. Daraus, daß in § 109 SGB V nicht positiv ausgedrückt ist, unter welchen Voraussetzungen die Kassenverbände einen Versorgungsvertrag abschließen müssen, und aus der in Abs 2 getroffenen Regelung, wonach kein Anspruch auf Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 108 Nr 3 besteht und die Kassenverbände nach pflichtgemäßem Ermessen entscheiden, wenn eine Auswahl zwischen mehreren geeigneten Krankenhäusern notwendig wird, folgt nicht eine Absicht des Gesetzgebers, den Abschluß eines Versorgungsvertrages auch für den Fall vom Ermessen der Kassenverbände abhängig zu machen, daß der vom Antragsteller behauptete Bedarf nur von diesem beansprucht wird, wie dies hier der Fall ist.

Eine andere Auslegung des § 109 SGB V ist mit den Grundrechten der Krankenhausbetreiber aus Art 12, 14 und 2 Abs 1 GG nicht zu vereinbaren. Der Betrieb von Krankenhäusern erfüllt die Merkmale eines Berufs in der Person des jeweiligen Krankenhausträgers. Der Ausschluß eines Krankenhauses aus der Krankenhausversorgung durch die KKn bedeutet einen existenzgefährdenden Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit, der im Hinblick darauf, daß die überwiegende Mehrzahl der



Bevölkerung den gesetzlichen KKn angehört, nahe an eine Einschränkung der Berufswahl heranreicht. Ein Krankenhaus, das keine Kassenpatienten aufnehmen darf, ist im Regelfall zur Betriebsaufgabe gezwungen. Andererseits dürfen die Kassenverbände einen Versorgungsvertrag dann nicht abschließen, wenn ein Krankenhaus zwar die Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausversorgung bietet, aber für eine bedarfsgerechte Versorgung der Versicherten nicht erforderlich ist (§ 109 Abs 3 Satz 1 SGB V). Auch in diesem Fall handelt es sich um eine gebundene Entscheidung der Kassenverbände; ihnen steht auch insoweit kein Ermessen zu.

Die Hinweise in § 109 Abs 2 SGB V auf ein Verwaltungsermessen sind nach alledem einschränkend auszulegen. Hiernach besteht ein Auswahlermessen und demgemäß kein Rechtsanspruch nur für die Fallgestaltung, daß bei nicht gedecktem Bedarf zwischen mehreren geeigneten Krankenhäusern, die sich um den Abschluß eines Versorgungsvertrages bewerben, eine Auswahl erforderlich wird, weil die Zulassung aller Bewerber den Bedarf wieder überstiege. Nur dann entscheiden die Landesverbände der KKn und die Verbände der Ersatzkassen gemeinsam unter Berücksichtigung der öffentlichen Interessen und der Vielfalt der Krankenhausträger nach pflichtgemäßem Ermessen, welches Krankenhaus den Erfordernissen einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Krankenhausbehandlung am besten gerecht wird.

b) Der Senat folgt nicht der Auffassung des LSG, die Beklagten hätten die Bedarfsgerechtigkeit nicht umfassend geprüft; sie hätten nur auf den allgemeinen Bedarf an Krankenhausbetten für Gefäßchirurgie im Plangebiet abgestellt und hätten ein wesentliches Indiz für die Bedarfsgerechtigkeit, den hohen Belegungsgrad der Klinik des Klägers, nicht ausreichend berücksichtigt.

Das LSG beruft sich hierfür zu Unrecht auf die herangezogene Entscheidung des BSG (BSGE 59, 258, 264 = SozR 2200 § 371 Nr 5). Nach dieser können zwar Angebote, die von der Bevölkerung in einem größeren Maße angenommen werden, dem bestehenden Bedarf besser gerecht werden als Angebote, die die Bevölkerung nur in geringem Umfang annimmt. Deshalb könne ein höherer Benutzungsgrad eines Krankenhauses ein Indiz für seine Bedarfsgerechtigkeit sein. Hierzu wird auf eine Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) verwiesen, nach der die Bedarfsgerechtigkeit bei der Aufstellung des Krankenhausbedarfsplanes nach diesem Maßstab zu prüfen ist (BVerwG 62, 86, 105).

Die angeführte Entscheidung des BSG ist zu § 371 RVO aF ergangen. Nach dieser Vorschrift kam es auf die "Ziele des Krankenhausbedarfsplanes" an, und die angeführten Rechtssätze betreffen die gewichtende Abwägung aller Ziele des konkreten Krankenhausbedarfsplanes. Die Gefährdung der Ziele war nach § 371 Abs 2 Satz 1 RVO Voraussetzung für die Ablehnung der Bereiterklärung eines Krankenhausträgers, an der



Krankenhauspflege der Versicherten teilzunehmen. Dementsprechend war auch die Zulassung von Krankenhäusern außerhalb des Bedarfsplanes möglich, wenn zB der Nutzungsgrad benachbarter Krankenhäuser, ihre Verweildauer und die Krankenhaushäufigkeit nicht unmittelbar oder mittelbar beeinflusst wurden (Krauskopf/Schroeder-Printzen, Soziale Krankenversicherung, 2. Aufl Stand Mai 1988, § 371 RVO Anm 3.2.). Diese Rechtsprechung ist nicht mehr anwendbar. Der Gesetzgeber hat mit Einführung des § 109 Abs 3 Nr 2 SGB V von der früheren Regelung des § 371 RVO insoweit Abstand genommen, als er die "Gefährdung der Ziele" nicht mehr mit herangezogen hat. Soweit § 109 Abs 3 von bedarfsgerechter Krankenhausbehandlung spricht, ist allein auf den konkreten, tatsächlichen Bedarf an Krankenhausbehandlung abzustellen.

§ 109 Abs 3 SGB V macht zudem deutlich, daß der Gesetzgeber die Regelungen zum Versorgungsvertrag an die Grundnorm des § 1 KHG anknüpfen wollte (Quaas, Rechtsprobleme des Versorgungsvertrages nach dem Gesundheitsreformgesetz, NJW 1989, 2933, 2934). Das Bestreben um inhaltliche Verknüpfung mit dem KHG wird auch aus der Fassung des § 109 Abs 2 SGB V deutlich, der § 8 Abs 2 KHG angepaßt wurde (vgl BT-Drucks 11/2237, S 197). Der Gesetzgeber hat mit der engen Anlehnung an die Vorschriften des KHG zum einen eine wesentliche Gleichstellung der Plan- mit den Vertragskrankenhäusern bezweckt. Andererseits ergibt sich aus dem Nebeneinander der beiden Regelungsgefüge zwangsläufig ein Vorrang der staatlichen Krankenhausplanung. Dem Zulassungsrecht der Kassenverbände kommt dagegen nur subsidiäre Bedeutung zu. Dies folgt schon daraus, daß § 109 SGB V im Grundsatz davon ausgeht, daß nur ein Krankenhaus, das dem Grunde nach einen Anspruch auf Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan eines Landes hat, für den Abschluß eines Versorgungsvertrages in Betracht kommt (Quaas, aaO, S 2933; wohl auch Hess, aaO § 109 SGB V RdNr 4).

Die Gesamtregelung ist dahin zu verstehen, daß ein Anspruch auf Feststellung der Aufnahme in den Krankenhausplan nach dem KHG bzw auf Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 371 Abs 2 RVO (nunmehr § 109 SGB V = § 117 des Gesetzesentwurfs) nur dann ausgeschlossen ist, wenn das Bettenangebot größer ist als der Bettenbedarf (BT-Drucks 11/2237, S 197, zu § 117, zu Abs 2). Auch für die Beurteilung der Bedarfsgerechtigkeit nach dem KHG kommt es auf den im Einzugsbereich des Krankenhauses bestehenden konkreten Bedarf an (BVerwG Urteil vom 18. Dezember 1986 - 3 C 67/85 - NJW 1987, 2318). Bei der Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit für den Anspruch eines Krankenhauses auf Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan kommt jedoch den bereits zugelassenen Plankrankenhäusern kein Vorrang zu. Für den Abschluß des Versorgungsvertrages ist demgegenüber von einem Vorrang der zugelassenen Plankrankenhäuser auszugehen. Für diese wird der Abschluß eines Versorgungsvertrages nach § 108 Nr 2 SGB V fingiert. Das schließt es aus, für den durch zugelassene Plankrankenhäuser gedeckten Bedarf zu prüfen, ob das



einen Versorgungsvertrag begehrende Krankenhaus diesen Bedarf besser decken kann, als die bereits zugelassenen Plankrankenhäuser. Die Rechtsprechung des BVerwG zum KHG, daß lange Wartezeiten für eine Behandlung in dem antragstellenden Krankenhaus darauf hinweisen, daß der Verkehr dieses im Vergleich mit zugelassenen Plankrankenhäusern in einem stärkeren Maße als bedarfsgerecht ansieht, und daß dies als wichtiges Indiz für die Bedarfsgerechtigkeit bei der Aufnahmeentscheidung zu berücksichtigen sei (BVerwGE 62, 86, 105; BVerwG vom 14. November 1985 - 3 C 41/84 - DÖV 1986, 528), die im Rahmen von § 371 RVO zu berücksichtigen war (BSGE 59, 258, 264 = SozR 2200 § 371 Nr 5), kann deshalb nicht im Verhältnis des einen Versorgungsvertrag begehrenden Krankenhauses zu Plankrankenhäusern gelten, sondern nur im Verhältnis der Versorgungsvertrags-Krankenhäuser untereinander. Reichen die Plankrankenhäuser zur Bedarfsdeckung aus, dann bleibt kein Raum für die Prüfung, ob der Bedarf durch den Abschluß des begehrten Versorgungsvertrages besser gedeckt werden kann.

Insoweit steht den Kassenverbänden eine eigenständige und umfassende Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit, wie sie iR des KHG von den Planungs- und Genehmigungsbehörden der Länder entsprechend den von der Rechtsprechung hierzu entwickelten Leitlinien (vgl BVerwGE 62, 86, 101 ff) vorzunehmen ist, iR des § 109 SGB V nicht zu. Der Bindung an die Vorgaben des Krankenhausplans können sich die Kassenverbände auch nicht durch die Möglichkeit der Kündigung von Plankrankenhäusern nach § 110 SGB V entziehen. Nach § 110 Abs 1 Satz 2 SGB V ist eine Kündigung nur aus den in § 109 Abs 3 Satz 1 SGB V genannten Gründen zulässig. Im vorliegenden Zusammenhang kommt die in Nr 1 der Bezugsvorschrift angesprochene Gewähr für eine leistungsfähige und wirtschaftliche Krankenhausbehandlung nicht in Frage, da die Gewähr vorhandener Plankrankenhäuser durch die gesteigerte Nachfrage nach dem Vertragskrankenhaus nicht in Zweifel gezogen wird. Nach § 109 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB V ist die Kündigung zulässig, wenn das Plankrankenhaus für eine bedarfsgerechte Krankenhausbehandlung der Versicherten nicht erforderlich ist. Diese Kündigungsmöglichkeit erlaubt es nur, einen Überhang abzubauen. Sie erlaubt es nicht, mittels der Kündigung eine Bedarfslücke zu schaffen, um diese durch ein Krankenhaus mit höherer Nachfrage zu füllen. Eine Auslegung, die Bewerbung eines Krankenhauses mit höherer Nachfrage führe dazu, daß ein minder bedarfsgerechtes Plankrankenhaus vergleichsweise nicht mehr bedarfsgerecht sei und deshalb gekündigt werden könne, stünde im Widerspruch zu dem vom Gesetzgeber gewollten Vorrang der Plankrankenhäuser.

Der Begriff der Bedarfsgerechtigkeit bezieht sich iR von § 109 Abs 3 Satz 1 Nr 2 SGB V auf eine andere Größe als iR des KHG. Während das KHG vom Gesamtbedarf an Krankenhausbetten ausgeht, erfaßt § 109 SGB V von vornherein nur den im Zeitpunkt der Antragstellung eines Bewerbers von den Plankrankenhäusern nicht gedeckten Bedarf. Denn § 109 Abs 3 Nr 2 SGB V schließt den Abschluß eines Versorgungsvertrages von



vornherein aus, wenn der Bedarf durch Plankrankenhäuser gedeckt ist. Diese Auslegung ergibt sich auch aus § 109 Abs 2 SGB V: Bei einer ungedeckten Bedarfslücke besteht für die Zulassung von Nichtplan-Krankenhäusern ein Ermessensspielraum der Kassenverbände, wenn sich um die Schließung der Lücke mehr (Nichtplan-)Krankenhäuser bewerben, als für den Bedarf benötigt werden.

c) § 109 SGB V verletzt auch in dieser Auslegung, die eine Verpflichtung der Kassenverbände verneint, unter Einsatz der Kündigungsmöglichkeit von Plankrankenhäusern zugunsten von Nichtplan-Krankenhäusern in den Wettbewerb eingreifen zu müssen, nicht den Grundrechtsschutz der betroffenen Krankenhausträger. Diese können ihre Rechte aus Art 12 GG iR der staatlichen Krankenhausplanung geltend machen. Nach der Rechtsprechung von Bundesverfassungsgericht (BVerfG) und BVerwG (aaO) müssen gerade die vom Kläger vorgebrachten Gesichtspunkte, aus denen uU abgeleitet werden kann, daß die von ihm betriebene Klinik stärker in Anspruch genommen wird als bestehende Plankrankenhäuser, iR der Krankenhausplanung berücksichtigt werden.

d) Das LSG hat lediglich die Auffassung vertreten, der erhöhten Inanspruchnahme der Klinik des Klägers sei eine Indizwirkung für deren Bedarfsgerechtigkeit zu entnehmen. Eine tatsächliche Bedarfslücke hat es dagegen nicht festgestellt. Hiergegen sind keine Verfahrensrügen erhoben worden. Der Senat mußte deshalb aufgrund der Feststellungen des LSG davon ausgehen, daß der Bedarf in dem Angebotsbereich, das der Kläger abdecken will, durch die bestehenden Plankrankenhäuser abgedeckt wird.

4. Die vom Kläger eingelegte unselbständige Anschlußrevision (§ 202 SGG iVm § 556 Abs 1 ZPO) ist zulässig. Sie konnte jedoch keinen Erfolg haben, da die Klage insgesamt unbegründet war.

5. Bei der gemäß § 193 SGG nach Billigkeit zu treffenden Entscheidung über die Kosten, die sich vorliegend gemäß § 193 Abs 4 Satz 2 SGG auch auf die Aufwendungen der öffentlich-rechtlichen Körperschaften bezieht, hat der Senat berücksichtigt, daß es unbillig wäre, den Kläger mit den Kosten von sieben Behörden zu belasten, weil die Regelung, nach der das Argument des bedarfsgerechteren Angebots nur iR der Entscheidung über die Aufnahme in den Krankenhausbedarfsplan zu berücksichtigen ist, nicht aber auch bei der Entscheidung über den Abschluß eines Versorgungsvertrages, im Gesetz einen deutlicheren Niederschlag hätte finden können und bisher durch höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht verdeutlicht war. Auch konnte nicht unberücksichtigt bleiben, daß die Beklagten durch das Unterlassen einer Rechtsbehelfsbelehrung zur Rechtsunsicherheit des Klägers beigetragen haben.

