

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Urteil

in dem Rechtsstreit

Az: 3 RK 36/94

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,
Siegburg, Frankfurter Straße 84,

Beklagter und Revisionsbeklagter,

beigeladen:

Borngarten GmbH,
Mommenheim, Gaustraße 39.

Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 29. November 1995 durch den Vorsitzenden Richter S c h n e i d e r - D a n w i t z, die Richter Dr. N a u j o k s und S c h r i e v e r sowie die ehrenamtlichen Richter S t r a s s e r und L e i n g ä r t n e r für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 23. Juni 1994 wird zurückgewiesen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



Die Klägerin trägt die Kosten des Beklagten und der Beigeladenen.



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Gründe:

I

Die Klägerin wendet sich gegen die Zulassung der beigeladenen GmbH zur Erbringung von Leistungen der physikalischen Therapie als Heilmittel der gesetzlichen Krankenversicherung (KV) durch den beklagten Verband von Ersatzkassen (ErsK) gemäß § 124 Sozialgesetzbuch - Fünftes Buch (SGB V).

Die Klägerin betreibt als selbständige Krankengymnastin eine Praxis in Mainz und ist vom beklagten Verband der Angestellten-Krankenkassen (VdAK) zur Erbringung von Leistungen der physikalischen Therapie für Versicherte der ErsK zugelassen. Die Beigeladene, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) mit Sitz in Mommenheim (ca 12 km von Mainz), beantragte ebenfalls beim beklagten VdAK ihre Zulassung zur Leistungserbringung als krankengymnastische Praxis gemäß § 124 Abs 2 SGB V. Dem Antrag wurde mit Wirkung vom 1. Oktober 1993 stattgegeben (Bescheid des Ortsausschusses Mainz vom 19. Oktober 1993). Die Klägerin legte Widerspruch ein. Der Beklagte teilte der Klägerin mit, sie sei nicht "Partei" des Zulassungsverfahrens; ein Widerspruchsbescheid ergehe nicht.

Mit der Klage hat die Klägerin die Aufhebung des Zulassungsbescheides und außerdem die Verurteilung des Beklagten begehrt, eine spätere Zulassung der Beigeladenen zur Leistungserbringung - sei es im Wege des § 124 SGB V oder des Vertrages - zu unterlassen. Die Zulassung könne nur natürlichen Personen erteilt werden. Das Sozialgericht (SG) hat die Klage als unzulässig abgewiesen (Urteil vom 23. Juni 1994) und durch Beschluß die Sprungrevision zugelassen.

Mit der Revision rügt die Klägerin eine Verletzung von § 54 Sozialgerichtsgesetz (SGG) iVm § 124 Abs 2 SGB V sowie von Art 14 Grundgesetz (GG). § 124 Abs 2 SGB V sehe die Vorrangstellung der zugelassenen Krankengymnasten vor und stelle daher eine Schutznorm zu deren Gunsten dar. Die Entscheidungen des Bundesgerichtshofs (BGH; vom 25. November 1993 - I ZR 281/93) und des Bayerischen Oberlandesgerichts (BayObLG; vom 24. November 1994 - 3 Z BR 115/94) ständen dem nicht entgegen, weil hier Gesellschafter nur ein Arzt und eine Kauffrau seien, also Fremdbestimmung vorliege.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 23. Juni 1994 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen,

1. den Bescheid vom 19. Oktober 1993 aufzuheben,
2. es zu unterlassen, der Beigeladenen eine Zulassung iS des § 124 SGB V zu erteilen.



Der Beklagte beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Die Beigeladene hat nichts vorgetragen und keinen Antrag gestellt.

II

Die Sprungrevision der Klägerin ist zulässig, aber unbegründet.

1. Mit dem Revisionsantrag zu 1), den Beklagten zu verurteilen, den der Beigeladenen erteilten Zulassungsbescheid aufzuheben, verfolgt die Klägerin ihr Klagebegehren, das auf Beseitigung dieses Bescheides gerichtet ist, weiter. Richtige Klageart ist die Anfechtungsklage, wie sie vor dem SG erhoben wurde. Auch der Revisionsantrag ist in diesem Sinne auszulegen (§ 123 SGG). Die Entscheidung der in § 124 SGB V genannten Verbände der Krankenkassen (KKn) über die Zulassung eines Heilmittelerbringers ist ein Verwaltungsakt iS des § 31 Sozialgesetzbuch - Zehntes Buch (SGB X; KassKomm-Hess § 124 SGB V Rz 14). Sie regelt einen Einzelfall auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts. Die Beziehungen der KKn (und ihrer Verbände) zu den Leistungserbringern von Heil- und Hilfsmitteln (und deren Verbänden) sind in der rechtlichen Ausgestaltung der §§ 124 bis 128 SGB V dem öffentlichen Recht zugewiesen (BSG Urteil vom 30. März 1993 - 3 RK 2/91). Das ist hinsichtlich der Zulassung, die im Gesetzgebungsverfahren als "eine öffentlich-rechtliche Entscheidung (§ 31 SGB X)" (BT-Drucks 11/2237 S 204 zu § 133) bezeichnet wurde, auch vom BGH anerkannt (BGH NJW 1992, 1561, 1562). Der beklagte VdAK ist trotz seiner privatrechtlichen Organisation Behörde iS des § 31 SGB X, soweit er für den ErsK-Bereich diejenigen öffentlichen Aufgaben wahrnimmt, die für den Primärkassenbereich den Landesverbänden der KKn zugewiesen sind, wie dies hier der Fall ist, oder die Aufgaben als Spitzenverband iS des § 213 SGB V, und insoweit als "Beliehener" tätig wird.

Der Revisionsbegründung, das SG habe die Klage zu Unrecht unter Verletzung des § 54 SGG als unzulässig abgewiesen, steht nicht entgegen, daß die Sprungrevision nach § 161 Abs 4 SGG nicht auf Mängel des Verfahrens gestützt werden kann. Gleichwohl sind nämlich diejenigen Verfahrensmängel, die in jeder Lage des Prozesses von Amts wegen zu prüfen sind, auch im Falle der Sprungrevision zu berücksichtigen (BSGE 71, 42, 43 = SozR 3-2500 § 87 Nr 4 mwN). Überdies versteht diese Vorschrift unter "Verfahrensmängel" nur Fehler im "eigentlichen" Prozedieren des SG. Deshalb kann die Sprungrevision sehr wohl auf



Verfahrensverstöße gestützt werden, die allein prozessuale Konsequenzen aus einer fehlerhaften materiell-rechtlichen Beurteilung des Erstgerichts sind, wie zB die Abweisung der Klage als unzulässig statt als unbegründet, infolge falscher Auslegung des § 54 SGG (BSG Beschluß vom 14. Juni 1995 - 3 RK 21/94 - DOK 1995, 504; BSG Urteil vom 9. September 1986 - 4b RV 9/86 -; BSG SozR 1500 § 161 Nr 26; Meyer-Ladewig, SGG, 5. Aufl, § 161 RdNr 10).

Die Klagevoraussetzung des Vorverfahrens (§ 78 SGG) ist hiernach auch im Falle einer Sprungrevision zu prüfen. Das SG hat aus prozeßökonomischen Gründen die Durchführung des Vorverfahrens als nicht erforderlich angesehen; es sei nicht zweifelhaft, daß die Widerspruchsstelle des Beklagten den Widerspruch als unzulässig abweisen werde. Der Beklagte hatte auf den am 1. Dezember 1993 eingelegten Widerspruch der Klägerin mitgeteilt, die Klägerin sei nicht "Partei" des Zulassungsverfahrens; ein Widerspruchsbescheid ergehe nicht. Auf Anfrage des SG hatte der Beklagte mitgeteilt, die Widerspruchsstelle im Hause sei nach informativer Befassung mit der Angelegenheit der Auffassung, daß der Widerspruch aus den Gründen der Klageerwiderung als unzulässig abgewiesen werden müßte. Die Durchführung des formalen Widerspruchsverfahrens werde als entbehrlich angesehen. Der Senat braucht auf die Fragen, ob und in welcher Weise § 85 Abs 2 Nr 2 SGG, nach dem in Angelegenheiten der Sozialversicherung die von der Vertreterversammlung bestimmte Stelle den Widerspruchsbescheid erläßt, auf einen privatrechtlich als Verein organisierten ErsK-Verband anzuwenden ist, der über keine Vertreterversammlung als gesetzliches Organ verfügt, und ob hier die Einschaltung der Widerspruchsstelle als ausreichend angesehen werden kann, nicht abschließend zu entscheiden. Die Prozeßökonomie erlaubt es, bei mehreren fraglichen Prozeßvoraussetzungen diejenige zuerst zu prüfen, die am leichtesten und schnellsten feststellbar ist. Fehlt eine andere Prozeßvoraussetzung, wie hier die Klagebefugnis, dann können die übrigen Prozeßvoraussetzungen ungeprüft bleiben.

2. Das SG hat die Klage hinsichtlich beider Anträge zu Recht wegen fehlender Klagebefugnis als unzulässig abgewiesen. Selbst wenn das Berufsrecht nur natürlichen Personen (einschließlich der Personalgesellschaften) die Ausübung des Berufs eines Krankengymnasten erlauben würde, war und ist der beklagte ErsK-Verband nicht verpflichtet, im Rahmen der Zulassung über diese Zweifelsfrage des Berufsrechts zu entscheiden und bei einer Beschränkung des Berufsausübungsrechts auf natürliche Personen der beigeladenen GmbH die Zulassung zu versagen, was noch näher zu begründen ist. Unter diesem Gesichtspunkt fehlt der Klägerin für beide Klageanträge die Klagebefugnis. Damit bedarf es keiner Erörterung, ob und unter welchen Voraussetzungen der Klageantrag zu 1) daneben überhaupt noch Raum für den Antrag zu 2) läßt.



Der Senat braucht auch nicht zu entscheiden, ob selbst dann, wenn das Berufsrecht eine Berufsausübung durch eine GmbH nicht erlauben würde und wenn nach § 124 SGB V deshalb die Zulassung der Beigeladenen rechtswidrig wäre, die Klagebefugnis des Konkurrenten gegen den an eine GmbH gerichteten Zulassungsbescheid deshalb zu verneinen wäre, weil die dann verletzten Rechtsvorschriften nicht dem Schutz der Konkurrenten dienen, wie dies das SG in Fortführung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) zur Konkurrentenklage eines zugelassenen Kassenarztes gegen die Zulassung eines weiteren Kassenarztes angenommen hat (BSGE 68, 291 = SozR 3-1500 § 54 Nr 7 unter Aufgabe von BSGE 62, 231 = SozR 2200 § 368b Nr 4).

Der Klageabweisung als unzulässig steht nicht entgegen, daß es nicht von vornherein offensichtlich und eindeutig unmöglich ist, daß die Zulassung einer GmbH rechtswidrig ist und die Klägerin in ihrem Grundrecht der Berufsfreiheit aus Art 12 Abs 1 GG verletzt, sondern daß dies einer eingehenden Begründung bedarf. Die Prüfung der Klagebefugnis ist zwar nach der insoweit übereinstimmenden Rechtsprechung des BSG und des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG) im Grundsatz auf die bloße Möglichkeit einer Verletzung in eigenen Rechten beschränkt. Obgleich der Wortlaut des § 54 Abs 1 Satz 2 SGG von dem des § 42 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) abweicht, werden beide Vorschriften zur Klagebefugnis insoweit übereinstimmend ausgelegt. Wie das BSG unter Heranziehung der Rechtsprechung des BVerwG wiederholt entschieden hat (vgl BSGE 26, 237, 238 = SozR Nr 112 zu § 54 SGG; BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 61; BSGE 60, 248, 249; BSGE 67, 30, 31 = SozR 3-2200 § 368n Nr 1; BSGE 68, 291, 292 ff = SozR 3-1500 § 54 Nr 7), sollen durch die Zulässigkeitsvoraussetzungen der subjektiven Beschwer Popularklagen und solche Klagen, mit denen der Kläger außerrechtliche Interessen verfolgt, ausgeschlossen werden. Die Beschwerde ist dann nicht gegeben, wenn die geltend gemachten Rechte unter Zugrundelegung des Klagevorbringens offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise bestehen oder dem Kläger zustehen können, eine Verletzung subjektiver Rechte des Klägers also nicht in Betracht kommt (BSGE 62, 231, 232 f = SozR 2200 § 368b Nr 4; BVerwGE 75, 86 = NJW 1987, 856, 857; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Rechtsprechung: BVerfGE 83, 182, 196 mwN = SozR 3-1100 Art 19 Nr 2). Es genügt, wenn der Kläger Tatsachen vorträgt, aus denen sich eine Verletzung ergeben kann. Nach der Rechtsprechung des BSG gelten indes die geringen Anforderungen an die Geltendmachung der Beschwerde als der bloßen Möglichkeit einer Rechtsverletzung nicht für die Frage, ob überhaupt eine Rechtssphäre vorliegt, in die der Verwaltungsakt hätte eingreifen können (BSGE 68, 291, 292 ff = SozR 3-1500 § 54 Nr 7). Wird der drittschützende Charakter der nach Auffassung des Klägers verletzten Rechtsnorm letztlich verneint, dann ist die



Klage unzulässig (BSGE 26, 237, 238 = SozR Nr 112 zu § 54 SGG; BSGE 43, 134, 141 = SozR 4100 § 34 Nr 61g; BSGE 60, 248, 249; BSGE 68, 291, 292 ff = SozR 3-1500 § 54 Nr 7), auch wenn das Gesetz den Drittschutz nicht offensichtlich und eindeutig ausschließt, sondern insoweit schwierige verfassungsrechtliche Fragen aufwirft (vgl zum Pensionistenprivileg BSGE 61, 27 = SozR 1500 § 54 Nr 17 und nachgehend BVerfGE 83, 182 = SozR 3-1100 Art 19 Nr 2). Zur Frage, ob überhaupt eine Rechtssphäre vorliegt, in die der Verwaltungsakt hätte eingreifen können, gehört auch der Streit, ob die Rechtsnormen des Berufsrechts, die von der Revision als drittschützend angesehen werden, im Rahmen der Zulassung als Leistungserbringer (§ 124 SGB V) von der Zulassungsinstanz selbständig zu prüfen sind. Demgegenüber läßt des BVerwG auch zum Drittschutz für die Zulässigkeit der Klage die bloße Möglichkeit einer Verletzung des Grundrechts der Berufsfreiheit genügen, auch wenn ein Drittschutz hinsichtlich der Konkurrenten in Auslegung der einfachrechtlichen einschlägigen Rechtsvorschriften letztlich zu verneinen ist (BVerwGE 68, 241, 242 f; 92, 313, 315 f). Die Auffassung des BVerwG vermeidet zwar, daß bei den Konkurrentenklagen der drittschützende Charakter der anzuwendenden materiell-rechtlichen Normen vollständig zur Zulässigkeit der Klage geprüft und damit die Prüfung der Begründetheit ausgehöhlt wird. Dies allein kann es jedoch nicht rechtfertigen, die angeführte einheitliche Rechtsprechung des BSG in Frage zu stellen. Dieser Entscheidung steht die angeführte Rechtsprechung des BVerwG auch in Ansehung des Gesetzes zur Wahrung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung der obersten Gerichtshöfe des Bundes vom 19. Juni 1968 (BGBl I 1968, 661) nicht entgegen. Die Entscheidung, ob die Klage unbegründet oder schon unzulässig ist, wirkt sich regelmäßig und insbesondere im vorliegenden Fall auf das praktische Ergebnis nicht aus.

3. Das SG hat die Klagebefugnis mit der Begründung verneint, § 124 Abs 2 SGB V solle nur im Interesse der Versicherten und der KKn gewährleisten, daß die Leistungserbringung ausschließlich durch Personen erfolge, die ihre berufsrechtliche und berufspraktische Erfahrung nachgewiesen hätten. Der Vorschrift lasse sich aber nicht entnehmen, daß in irgendeiner Weise auch die rechtlichen Interessen der Klägerin geschützt werden sollten. Hierzu rügt die Revision, § 124 Abs 2 SGB V sehe die Vorrangstellung der zugelassenen Krankengymnasten vor und stelle daher eine Schutznorm zu deren Gunsten dar. Das gelte gerade dann, wenn entgegen der gesetzlichen Regelung Kapitalgesellschaften zur Leistungserbringung zugelassen werden sollten, da diese die Möglichkeit anderer wirtschaftlicher Investitionen, anderer steuerlicher Behandlung sowie eines anderen betriebswirtschaftlichen Managements und Marktauftritts hätten. Das könne die wirtschaftliche Situation der bisher zugelassenen Krankengymnasten erheblich beeinträchtigen. Außerdem werde in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb der Klägerin eingegriffen.



Nach § 124 SGB V dürfen Heilmittel in Dienstleistungsform, wie die physikalische Therapie, nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden (Abs 1). Diese müssen die erforderliche Ausbildung und die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung (Abs 2 Satz 1 Nr 1) sowie eine berufspraktische Erfahrungszeit von zwei Jahren innerhalb der letzten zehn Jahre in unselbständiger Tätigkeit und geeigneten Einrichtungen vorweisen können (Abs 2 Satz 1 Nr 2), über eine Praxisausstattung zur zweckmäßigen und wirtschaftlichen Leistungserbringung verfügen (Abs 2 Satz 1 Nr 3) sowie die Versorgungsvereinbarungen für Versicherte anerkennen (Abs 2 Satz 1 Nr 4). Nach § 124 Abs 3 SGB V dürfen Krankenhäuser, Rehabilitationseinrichtungen und vergleichbare Einrichtungen physikalische Therapie durch Einzelpersonen abgeben, wenn diese die Voraussetzungen des Abs 2 Satz 1 Nrn 1 und 2 sowie die Einrichtungen selbst diejenigen des Abs 2 Satz 1 Nrn 3 und 4 erfüllen. Die Zulassung wird von den Landesverbänden der KKn, den Verbänden der ErsK sowie der See-Krankenkasse erteilt (Abs 5).

Der Klägerin ist zwar einzuräumen, daß der bloße Wortlaut der Bestimmung allein auf die Zulassung von natürlichen Personen abzustellen scheint. Insbesondere kann die in § 124 Abs 2 Satz 1 Nr 1 SGB V angesprochene - zur Führung der Berufsbezeichnung "Krankengymnast/in" berechtigende - Erlaubnis nur natürlichen Personen erteilt werden. Das legt im Zusammenhang mit den berufsrechtlichen Regelungen, auf die noch einzugehen ist, die Annahme nahe, daß der historische Gesetzgeber des SGB V nur die Zulassung natürlicher Personen vor Augen hatte. Hätte er auch an die Zulassung von juristischen Personen (zB einer GmbH) gedacht, dann hätte er zwischen der Zulassung zur Berufsausübung, die der juristischen Person zu erteilen ist, einerseits und der Zulassung, den Befähigungsnachweis zu führen sowie der erforderlichen Berufserfahrung, über die der Betriebsleiter zu verfügen hat, andererseits deutlich unterschieden. Der Gesetzeswortlaut und die auf die Zulassung natürlicher Personen eingeschränkte Betrachtungsweise des historischen Gesetzgebers können es jedoch bei einer auch Sinn und Zweck der Regelung berücksichtigenden Auslegung nicht rechtfertigen, daß nur natürlichen Personen ein Anspruch auf Zulassung eingeräumt wird. Die Vorschrift schließt nach ihrem Inhalt ihre Anwendung auf eine juristische Person, sofern diese nach dem Berufsrecht den Beruf einer Krankengymnastin rechtmäßig ausübt, nicht aus. Sie fordert für diesen Fall lediglich, daß die juristische Person den Beruf erlaubtermaßen ausübt, also - soweit erforderlich - zur Berufsausübung zugelassen ist, und daß ihr verantwortlicher Betriebsleiter über die Zulassung, den Befähigungsnachweis zu führen, und die geforderte Berufserfahrung verfügt. Die in § 124 Abs 2 SGB V geregelten Bedingungen der Zulassung sollen gewährleisten, daß nur solche Personen die Leistungen erbringen, die ihre berufsrechtliche und berufspraktische Befähigung



nachgewiesen haben (BT-Drucks 11/2237 S 204). Nichts deutet in diesem Zusammenhang darauf hin, daß § 124 SGB V die Möglichkeit der Berufsausübung in Form einer GmbH oder einer sonstigen juristischen Person, abweichend vom Berufsrecht, ausschließen wollte.

4. Die von der Revision gegen die Zulassung einer GmbH erhobenen Einwendungen betreffen die Berufsausübung insgesamt, und nicht nur die Leistungserbringung an Versicherte. Insoweit ist § 124 SGB V nicht dahin auszulegen, daß jeder der dort genannten Kassenverbände bei der Zulassung für seinen Bereich die Anwendung des Berufsrechts als Vorfrage in eigener Verantwortung zu prüfen habe. Es ist vielmehr die im Berufsrecht vorgesehene Konzentrierung auf diejenige Behörde zu beachten, die für die Zulassung zur Berufsausübung und die Entziehung dieser Zulassung oder in zulassungsfreien Berufen für die Untersagung einer rechtswidrigen Berufsausübung zuständig ist. Soweit diese Behörde eine bestimmte Form der Berufsausübung zuläßt, ist dies im Verfahren nach § 124 SGB V von den Kassenverbänden hinzunehmen (vgl auch Urteil des Senats ebenfalls vom 29. November 1995 - 3 RK 25/94 betr Meisterpräsenz, für BSGE und SozR vorgesehen).

Ob § 124 SGB V es dem Kassenverband erlaubt, die Zulassung unabhängig von einer Entscheidung der nach dem Berufsrecht zuständigen Stelle zu versagen, wenn die berufliche Betätigung eindeutig rechtswidrig ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn das Berufsrecht der Krankengymnasten verbietet die Berufsausübung durch eine GmbH zumindest nicht eindeutig und ist eher im Sinne der Zulässigkeit einer solchen Berufsausübung auszulegen. In derartigen Zweifelsfällen kann der Kassenverband, wenn er die Berufsausübung durch eine juristische Person letztlich als unzulässig ansieht, an die nach dem Berufsrecht zuständige Behörde herantreten.

Durch diese Kompetenzverteilung wird der Rechtsschutzanspruch der Konkurrenten nicht verkürzt. Insoweit bleibt es auch der Klägerin unbenommen, ihre Bedenken gegen die berufliche Betätigung der Beigeladenen bei den zuständigen Gesundheitsbehörden vorzutragen, um ein entsprechendes Verbot zu erreichen. Soweit die Normen, die eine Berufsausübung durch eine juristische Person ausschließen, auch die Konkurrenten schützen sollen, sind auch diese berechtigt, ein solches Verfahren zu betreiben. Die verfassungskonforme Auslegung des § 124 SGB V im Sinne einer Konzentrierung des Verfahrens auf die nach dem Berufsrecht zuständige Stelle, die über die Auslegung der einschlägigen Vorschriften und (in Ansehung der Konkurrenten) über deren drittschützende Funktion zu befinden hat, liegt damit auch im wohlverstandenen Interesse der Konkurrenten, weil auch diese nur ein Verwaltungsverfahren betreiben müssen,



dessen Ergebnis von jedem der Kassenverbände bei seiner Entscheidung nach § 124 SGB V zu berücksichtigen ist.

Das Berufsrecht der Krankengymnasten schließt die Berufsausübung durch eine juristische Person zumindest nicht eindeutig aus. Es gibt vielmehr gute Gründe dafür, daß die Berufsausübung durch eine GmbH zulässig ist, wenn der angestellte verantwortliche Betriebsleiter die Zulassung zur Führung des Befähigungsnachweises besitzt, auch wenn die Gesellschafter diese Zulassung nicht haben.

Zur Berufsausübung bestimmte das im Zeitpunkt der Zulassung der beigeladenen GmbH noch maßgebliche Gesetz über die Ausübung der Berufe des Masseurs, des Masseurs und medizinischen Bademeisters sowie des Krankengymnasten (MBKG) vom 21. Dezember 1958 (BGBl I, S 985) im Abschnitt I mit der Überschrift "Die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung" in § 1: Wer eine Tätigkeit unter der Bezeichnung "Masseur", "Masseur und medizinischen Bademeister" oder "Krankengymnast" ausüben will, bedarf der Erlaubnis. Die Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung "Masseur" oder "Krankengymnast" wird Personen erteilt, die nachweisen, daß sie an dem Lehrgang (§ 8) teilgenommen, die Prüfung (§ 9) bestanden und die praktische Tätigkeit (§ 10) abgeleistet haben (§ 2). Die Erlaubnis ist zurückzunehmen, wenn eine Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis irrtümlich als gegeben angenommen worden ist oder nachträglich Tatsachen eingetreten sind, die die Versagung der Erlaubnis nach § 3 rechtfertigen würden, oder der Inhaber der Erlaubnis den für die Ausübung des Berufs erlassenen Rechtsvorschriften wiederholt zuwidergehandelt oder unbefugt die Heilkunde ausgeübt hat (§ 4). Auch das anstelle des genannten Gesetzes getretene Gesetz über die Berufe in der Physiotherapie vom 26. Mai 1994 = MPhG (BGBl I, 1084), nach dessen § 16 Abs 1 aufgrund des früheren Gesetzes erteilte Erlaubnis fortgelten (wahlweise mit der früheren Bezeichnung "Krankengymnast/in" oder nach der neuen Bezeichnung "Physiotherapeut/in"), regelt in den §§ 1, 2 die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung, die nur für natürliche Personen in Betracht kommt. Insbesondere kann die von beiden Gesetzen in den Vordergrund gestellte Teilnahme an einer Ausbildung und das Bestehen einer Prüfung nur von einer natürlichen Person, nicht aber von einer GmbH, geleistet werden. Die gesetzliche Regelung entspricht dem Berufsrecht anderer freier Berufe, das ebenfalls vorrangig die Ausbildung und die Zulassung zur Führung des Befähigungsnachweises regelt, und dadurch ebenfalls Zweifel daran nährt, ob eine Berufsausübung durch eine GmbH lediglich außerhalb der Vorstellung des historischen Gesetzgebers lag oder aber verbindlich ausgeschlossen werden sollte, was insbesondere zum Beruf des Zahnarztes und des Rechtsanwalts streitig wurde.



Die Regelung zum Beruf des Krankengymnasten genügt nicht den Anforderungen, die nach Art 12 GG an ein gesetzliches Verbot, einen Beruf durch eine GmbH auszuüben, zu stellen sind. Die herkömmlichen Berufsbilder des in eigener Praxis selbständig tätigen Krankengymnasten und des bei einem Krankenhaus, einer Rehabilitationseinrichtung oder bei einer ihnen vergleichbaren Einrichtung angestellten Krankengymnasten sind weder durch Gesetz noch durch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als ausschließliche Formen der Berufsausübung festgelegt. Unter diesen Umständen ist aufgrund der in Art 12 GG gewährleisteten Berufsfreiheit die Ausübung des Berufs als Krankengymnast in eigener Praxis durch eine GmbH zulässig, wenn der verantwortliche Leiter zur Führung des erforderlichen Befähigungsnachweises berechtigt ist und in der fachlichen Leitung durch die GmbH nicht eingeschränkt wird. Anhaltspunkte dafür, daß die beigeladene GmbH in die fachliche Leitung eingreift, sind weder vorgetragen noch vom SG festgestellt. Die Behauptung der Klägerin, die von der beigeladenen GmbH als verantwortliche Leiterin benannte und bei der GmbH angestellte Krankengymnastin verfüge zwar über den Befähigungsnachweis, die beiden Gesellschafter der beigeladenen GmbH seien jedoch Arzt und Kauffrau, und beide seien nicht zugelassen, den Befähigungsnachweis zu führen, gibt keinen Hinweis auf einen solchen Eingriff. Sie weist eher umgekehrt in die Richtung, daß die fachliche Leitung ausschließlich bei der angestellten Krankengymnastin liege, weil nur sie über die erforderliche Fachkunde verfügt.

5. Die Entscheidung, daß unter diesen Umständen die Berufsausübung durch eine GmbH zulässig ist, steht entgegen der Auffassung der Revision nicht im Widerspruch zu der zu den Berufen des Zahnarztes und des Rechtsanwalts ergangenen Rechtsprechung, sondern stimmt mit dieser überein. Der BGH hat die Revision einer Zahnärztekammer zurückgewiesen, die gegen eine GmbH auf Unterlassung der Ausübung von Zahnheilkunde durch bei ihr angestellte approbierte Zahnärzte geklagt hatte (Urteil vom 25. November 1993, I ZR 281/91 = NJW 1994, 786). Ein entsprechendes Verbot ergebe sich nicht aus dem Zahnheilkundengesetz, wonach die Ausübung der Zahnheilkunde eine Approbation voraussetzt. Denn zum einen betreffe das nur die Ausübenden selbst, zum anderen sei - wie vom Tatsachengericht unbeanstandet festgestellt - eine Einschränkung der Unabhängigkeit der ausübenden Zahnärzte durch die GmbH nicht ersichtlich. Die herkömmlichen Berufsbilder des niedergelassenen und des in Krankenhäusern/Sanatorien angestellten Arztes oder Zahnarztes seien auch weder durch Gesetz noch durch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als ausschließliche festgestellt. Das BayObLG hat die Satzungsänderung einer GmbH als rechtmäßig bezeichnet, die statt "Unternehmensberatung" nur noch die "Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, einschließlich der Rechtsberatung" durchführen wollte,



und zwar laut Satzung "durch die in den Diensten der Gesellschaft stehenden, zugelassenen Rechtsanwälte unabhängig und eigenverantwortlich unter Beachtung ihres Berufsrechts" (Beschluß vom 24. November 1994 - 3 Z BR 115/94 = ZIP 1994, 1868). Die Entscheidung geht zum Beruf des Rechtsanwalts ebenso wie der BGH zum Beruf des Zahnarztes und der Senat zum Beruf des Krankengymnasten davon aus, daß die herkömmlichen Berufsbilder, zu denen die Berufsausübung durch eine GmbH jeweils nicht gehört, weder durch Gesetz noch durch vorkonstitutionelles Gewohnheitsrecht als ausschließliche festgelegt sind.

Die Revision kann schließlich auch nicht mit dem Einwand durchdringen, wenn eine GmbH den Beruf eines Krankengymnasten ausüben dürfe, dann nur, wenn ihre Gesellschaftsanteile vollständig oder doch zumindest mehrheitlich von Krankengymnasten mit der Zulassung, die Berufsbezeichnung zu führen, gehalten werden. Das SG hat die Behauptung der Klägerin, daß die Gesellschafter der Beigeladenen keine Krankengymnasten seien, zutreffend als rechtsunerheblich und deshalb nicht aufklärungsbedürftig angesehen. In der angeführten Entscheidung zum Beruf des Rechtsanwalts wird hierzu zwar ausgeführt: Bei einer Berufsausübung durch eine GmbH müßten die Wesensmerkmale des Anwaltsberufes als eines freien Berufes durch entsprechende Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages gewahrt bleiben. Das erfordere Regelungen im Gesellschaftsvertrag zur Eigenverantwortung, zur Weisungsfreiheit, zu einer vom Mandanten eventuell gewünschten persönlich-vertrauensvollen Beziehung, zur Anteilserwerbbarkeit nur durch die in § 59a Bundesrechtsanwaltsordnung (BRAO) genannten Personen und zur Mehrheit der Geschäfts- und Stimmanteile in den Händen von aktiv den Beruf in der Gesellschaft ausübenden Personen. Diese Einschränkungen sind indes nur zu beachten, weil sich das Berufsbild des Rechtsanwalts schon zum vorkonstitutionellen Recht zu den angesprochenen Problemfeldern im Sinne der angeführten Entscheidung gewohnheitsrechtlich verfestigt hatte. In diese Richtung weist auch, daß der Rechtsanwalt für einen Auftraggeber, dem er auf Grund eines ständigen Dienst- oder ähnlichen Beschäftigungsverhältnisses seine Arbeitszeit und -kraft überwiegend zur Verfügung stellen muß, vor Gerichten oder Schiedsgerichten nicht in seiner Eigenschaft als Rechtsanwalt tätig werden darf, wie dies nunmehr in § 46 BRAO festgelegt ist; eine vergleichbare Regelung enthält weder das Berufsrecht der Zahnärzte noch das der Krankengymnasten. Bei diesen Berufen ist die Ausübung durch eine GmbH unabhängig von der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages zulässig. Demgemäß hat der BGH in der angeführten Entscheidung die Revision der Zahnärztekammer zurückgewiesen, obgleich dort Feststellungen zum Gesellschaftsvertrag und zu den Gesellschaftern völlig fehlten (NJW 1994, 786).



Ob das Berufsrecht dahin auszulegen ist, daß bei der Berufsausübung durch eine GmbH sowohl die GmbH der Erlaubnis zur Berufsausübung als auch der verantwortliche Leiter die Erlaubnis zur Führung der Berufsbezeichnung bedarf, und ob der GmbH eine solche Erlaubnis erteilt wurde, kann offenbleiben. Der beklagte ErsK-Verband durfte davon ausgehen, daß der nach dem Berufsrecht zuständigen Stelle die Betätigung der GmbH bekannt war und daß diese Stelle entweder eine Erlaubnis erteilt hatte oder eine solche Erlaubnis als nicht erforderlich ansah. Solange der Beigeladenen die Betätigung auf dem Gebiet der physikalischen Therapie/Krankengymnastik durch die zuständigen Gesundheitsbehörden aber nicht untersagt war oder zumindest Verdachtsmomente für ein entsprechendes Verbot vorlagen (was nach den insoweit unbeanstandeten

Feststellungen des SG nicht der Fall war), durfte der Beklagte mithin auch von einer zulässigen beruflichen Betätigung der Beigeladenen im Bereich der physikalischen Therapie/Krankengymnastik ausgehen.

Das erst nach der hier streitigen Zulassung vom 19. Oktober 1993 zum 1. Juli 1995 in Kraft getretene Gesetz zur Schaffung von Partnerschaftsgesellschaften und zur Änderung anderer Gesetze - Gesetz über Partnerschaftsgesellschaften Angehöriger Freier Berufe - Partnerschaftsgesellschaftsgesetz - (PartGG) vom 25. Juli 1994 (BGBl I 1994, 1744) gibt zu einer anderen Beurteilung der zuvor geltenden Rechtslage keinen Anlaß. Nach § 1 PartGG wurde die Ausübung zahlreicher freier Berufe - auch desjenigen des Krankengymnasten - in Partnerschaft ermöglicht, und zwar auch berufsübergreifend, wie aus § 2 Abs 1 PartGG hervorgeht; bei der Ausgestaltung der Partnerschaftsgesellschaft hat sich der Gesetzgeber, wie aus den §§ 7, 8 PartGG folgt, an der Offenen Handelsgesellschaft orientiert. Die im Gesetz vorgesehenen Änderungen des Steuerberatungsgesetzes und der Wirtschaftsprüferordnung besagen nicht, daß Kapitalgesellschaften nur nach Maßgabe dieser Vorschriften zulässig und im übrigen für Freie Berufe unzulässig sein sollten. Vielmehr sollte mit der erst in der Ausschlußberatung eingefügten Änderung vorgenannter Gesetze lediglich die Partnerschaft in die abschließende Aufzählung der für diese Berufe zulässigen Gesellschaftsformen aufgenommen werden (BT-Drucks 12/7642). Mit der Partnerschaft wird den Freien Berufen lediglich ein Angebot gemacht. Keine der Gesetzesvorschriften deutet darauf hin, daß andere Gesellschaftsformen für die Zukunft ausgeschlossen werden sollten oder als schon früher unzulässig angesehen wurden. Im Gesetzgebungsverfahren wurde zwar zum Handlungsbedarf unwidersprochen hervorgehoben, die Möglichkeiten und Grenzen gesellschaftsrechtlicher Zusammenschlüsse von Angehörigen Freier Berufe seien auf der Grundlage des bisher geltenden Rechts mehr und mehr umstritten und unsicher geworden (BT-Drucks 12/6152 S 8). Die gesetzgeberische Lösung liegt indes nicht in einer Klärung der Streitfragen für alle in Betracht kommenden Freien Berufe und



für alle Gesellschaftsformen, sondern im Angebot der Partnerschaft als eine für Freie Berufe im Grundsatz zulässige Gesellschaftsform. Dabei bleibt der Vorrang des Berufsrechts sowohl für die Partnerschaftsgesellschaft als auch für andere Gesellschaftsformen erhalten. Wie in der amtlichen Begründung zum PartGG hervorgehoben (BT-Drucks 12/6152 S 8) soll es den einzelnen Berufsrechten überlassen bleiben, jeweils für ihre Angehörigen zu entscheiden, ob und wie sich diese die Partnerschaft zunutze machen können. Es könne nicht die Aufgabe des PartGG sein, im Sinne eines "Super-Berufsrechts" Aussagen zu allen gegenwärtigen und zukünftigen Besonderheiten der Rechte der einzelnen Berufe zu treffen. Auch war keineswegs für die Angehörigen der Freien Berufe eine Festlegung auf diese Rechtsform vom historischen Gesetzgeber beabsichtigt. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als herkömmliche Organisationsform sollte nicht verdrängt werden (BT-Drucks 12/6152 S 7). Neben der Partnerschaft sollen auch die Kapitalgesellschaften grundsätzlich zur Verfügung stehen. Diese können insbesondere dann als Organisationsformen vorzugswürdig sein, wenn großer Investitionsbedarf besteht und ggf die Möglichkeiten der Kapitalgesellschaft zur Eigenkapitalbeschaffung genutzt werden sollen. Auch hier obliegt es den jeweiligen Berufsrechten, zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen sie ihren Angehörigen den Zugang zu diesen Gesellschaftsformen eröffnen bzw versagen wollen (BT-Drucks 12/6152 S 8).

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG. Hinsichtlich der Kosten des Beklagten sind die Voraussetzungen des § 193 Abs 4 Satz 2 SGG idF durch Art 15 Nr 2 des Gesetzes vom 21. Dezember 1992 (BGBl I 2266) erfüllt, das mit Wirkung vom 1. Januar 1993 in Kraft getreten ist und damit schon bei der Klageerhebung im Dezember 1993 galt. Es handelt sich um eine Angelegenheit des § 116 Abs 2 Satz 1 Nr 1 der Bundesrechtsanwaltsgebührenordnung. Der Rechtsstreit um die Zulassung der beigeladenen GmbH ist eine Streitigkeit, die in Angelegenheiten nach dem SGB V auf Grund von Entscheidungen oder Verträgen der KKn oder ihrer Verbände iS des § 51 Abs 2 Satz 1 SGG entstanden ist.

