

Aktenzeichen:

6 RKa 14/55

I m N a m e n d e s V o l k e s

Verkündet
am 17. Februar 1956

In Sachen

.....
Klägers und Revisionsklägers,

g e g e n
.....

Beklagten und Revisionsbeklagten,

hat der 6. Senat des Bundessozialgerichts auf
die mündliche Verhandlung vom 17. Februar 1956

für Recht erkannt:

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des
Landessozialgerichts Berlin vom 4. März 1955
wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander Kosten nicht zu
erstatten.

Die Gebühren für die Berufstätigkeit der
Rechtsanwälte K. und Dr. K. vor dem Bundes-
sozialgericht werden auf je 250.- DM festge-
setzt.

Von Rechts wegen.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

G r ü n d e :

I.

Der Kläger, Facharzt für Chirurgie, ist seit dem Jahre 1939 approbiert und seit 1946 als Sozialversicherungsarzt zugelassen. Außerdem ist er bei der Krankenversicherungsanstalt (früher Versicherungsanstalt) Berlin als Unfall-Chirurg angestellt.

Auf die Anzeige des Klägers, daß er als angestellter Arzt monatlich mehr als 500.- DM verdiene, beschloß der beklagte Zulassungsausschuß am 3. Dezember 1952, "der Kläger dürfe mit Wirkung vom 1. Januar 1953 nach § 17 der Zulassungsordnung für Sozialversicherungsärzte vom 28.8.1951/13.9.1951 (BerlVOBl. S. 632) nicht mehr als 150 sozialversicherungsärztliche Fälle im Kalendervierteljahr behandeln". Dieser Beschluß mit dem Ausfertigungsdatum vom 17. Dezember 1952 wurde dem Kläger mit einem Begleitschreiben vom 5. Januar 1953 durch die Post übersandt. Darauf erhob der Kläger, der im zweiten Kalendervierteljahr 1952 265 Krankenscheine abgerechnet hatte, am 12. Januar 1953 Anfechtungsklage beim Verwaltungsgericht (VerwG.) Berlin mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluß aufzuheben. Diese Klage wurde vom Sozialgericht (SG.) Berlin, auf das der Rechtsstreit am 1. Januar 1954 übergegangen war, durch Urteil vom 27. April 1954 abgewiesen. Auch die Berufung des Klägers ist - durch Urteil des Landessozialgerichts (LSG.) Berlin vom 4. März 1955, den Parteien zugestellt am 14. Mai 1955 - als unbegründet zurückgewiesen worden; die Revision wurde zugelassen.

Das Berufungsgericht hat die Klage, insbesondere hinsichtlich des gewählten Anfechtungsweges und der Parteifähigkeit des beklagten Zulassungsausschusses, als zulässig angesehen, ihr in der Sache jedoch den Erfolg versagt. Dabei ist es den Bedenken des Klägers gegen die Besetzung und die richterliche Unabhängigkeit des SG. Berlin ebensowenig gefolgt wie den Einwendungen, die der Kläger bezüglich der ordnungsmäßigen Verkündung der dem angefochtenen Beschluß zugrundeliegenden Zulassungsordnung und ihrer Vereinbarkeit mit den Grundrechten der Gleichheit, Berufs-



freiheit und des Eigentums in Art. 3, 12, 14 GG erhoben hat. Hiergegen wendet sich die am 13. Juni 1955 beim Bundessozialgericht eingegangene Revision, mit der der Kläger beantragt, das angefochtene Urteil und den Beschluß des beklagten Zulassungsausschusses vom 3. Dezember 1952 aufzuheben.

II.

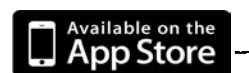
Die Revision ist nicht begründet.

1. Mit Recht hat das Berufungsgericht die Zulässigkeit der Klage vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit bejaht. Ihrer Zulässigkeit steht nicht entgegen, daß der Kläger den Beschluß des beklagten Zulassungsausschusses beim VerwG. angefochten hat, ohne zuvor das Sozialversicherungsamt (SVA.) Berlin angerufen zu haben. Hierbei kann dahingestellt bleiben, ob nach dem im Zeitpunkt der Anfechtung (Januar 1953) in Berlin geltenden Recht der Beschluß des Zulassungsausschusses, wie das Berufungsgericht meint, überhaupt vor den allgemeinen VerwG. angefochten werden konnte oder ob die Anfechtung nicht vielmehr gemäß Abschnitt I, 2 oder III, 6 der Anordnung der Alliierten Kommandantur BK/O (46) 160 vom 8. April 1946 (BerlVOBl. S. 159) vor dem SVA. stattzufinden hatte (vgl. Entsch. Oberverwaltungsgericht (OVerwG.) Berlin 1 S. 75 und 2 S. 47). Es braucht auch nicht entschieden zu werden, ob bei Beschreitung des Verwaltungsrechtsweges ein Vorverfahren vor dem SVA. voranzugehen hatte, wie das OVerwG. Berlin in den angeführten Urteilen angenommen hat. Beide Fragen haben für das sozialgerichtliche Verfahren ihre Bedeutung verloren. Unter Verzicht auf eine nachträgliche Klärung dieser Fragen hat das Sozialgerichtsgesetz die Überleitung des Rechtsstreits auf die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit vorgeschrieben, gleichgültig, welchen Anfechtungsweg der Kläger gewählt hat (vgl. § 215 Abs. 2, 4 sowie 6 bis 9 in Verbindung mit § 218 Abs. 2 SGG). Dem Umstand, daß je nach der Art des gewählten Verfahrens der Rechtsstreit im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Sozialgerichtsgesetzes (1. Januar 1954) beim SVA. oder beim VerwG. - mit



oder ohne Vorentscheidung des SVA. - anhängig war, kommt für das sozialgerichtliche Verfahren nur noch insofern Bedeutung zu, als er für den Übergang der Sache auf das Gericht des ersten oder zweiten Rechtszugs entscheidend ist (vgl. Bundessozialgericht (BSG.) 1 S. 82; vgl. auch Urteil des BSG. vom 27.10.1955 - 4 RJ 105/54 - und Beschluß vom 28.12.1955 - 1 RA 69/55). Zutreffend ist daher das LSG. davon ausgegangen, daß der Rechtsstreit am 1. Januar 1954 nach § 215 Abs. 6 in Verbindung mit § 218 Abs. 2 SGG auf das SG. Berlin übergegangen ist.

- Es ist ferner nicht zu beanstanden, daß das Berufungsgericht den beklagten Zulassungsausschuß als fähig erachtet hat, am Verfahren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit beteiligt zu sein. Mit Recht hat es den Zulassungsausschuß als eine Behörde im Sinne des § 70 Nr. 3 SGG angesehen. Der Begriff der Behörde wird vom Sozialgerichtsgesetz nicht näher bestimmt, sondern als feststehend vorausgesetzt. Einen allgemein anerkannten einheitlichen Behördenbegriff gibt es indessen nicht. Auch das Sozialgerichtsgesetz bedient sich des Behördenbegriffs offensichtlich nicht überall in demselben Sinn (vgl. §§ 1, 5, 70, 71, 84, 91, 119, 166, 193, 200, 201 SGG). Bei der Auslegung ist deshalb zu berücksichtigen, in welchem Zusammenhang das Gesetz den Begriff verwendet und welchen Zweck der Gesetzgeber mit der betreffenden Vorschrift erkennbar verfolgt. Die hier in Frage stehende Vorschrift des § 70 SGG bestimmt, wer am Verfahren vor den SG.en beteiligt sein kann, und zwar erfolgt die Abgrenzung in der Weise, daß zunächst Personen und Personenvereinigungen (Nr. 1 und 2) für parteifähig erklärt werden, darüber hinaus aber dem Landesrecht die Möglichkeit eingeräumt wird, "an Stelle von juristischen Personen, deren Organe einen Verwaltungsakt erlassen haben, auch die Behörden als solche am Verfahren teilnehmen zu lassen" (Begründung zu § 19 des Entwurfs einer Sozialgerichtsordnung, Deutscher Bundestag, 1. Wahlperiode 1949, Drucks. Nr. 4357). Bei der grundsätzlichen Anerkennung der Parteifähigkeit der Behörden hat der Gesetzgeber offenbar den Rechtszustand vor Augen gehabt, wie er sich in den Ländern der früheren britischen Zone und in Berlin auf dem Gebiete des allgemeinen Verwaltungsprozesses darbot. In diesem ehemals preußischen Rechtsgebiet galt - anders als in den süddeutschen



Ländern - der Grundsatz, daß Behörden im Verwaltungsstreitverfahren klagen und verklagt werden können (Brauchitsch, Verwaltungs-gesetze für Preußen, 1. Bd. (24. Aufl., 1930) S. 87; vgl. auch § 74 Landesverwaltungsgericht (LVerwG.)). Dieser früher nur ge-wohnheitsrechtlich anerkannte Satz ist von der MRVO 165 inso-fern übernommen worden, als nach § 50 dieser Verordnung die Kla-ge gegen die Behörde zu richten ist, die den angefochtenen Ver-waltungsakt erlassen hat; dabei wird als Behörde "jede mit Auf-gaben der öffentlichen Verwaltung ... betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung" angesehen (§ 25 Abs. 2 MRVO 165, ähnlich § 23 Abs. 3 BerlVerwGG vom 8. Janu-ar 1951 (BerlVOBl. S. 46)). Um den genannten Ländern die Mög-lichkeit zu geben, diesen Rechtszustand und insoweit zugleich die Einheit des verwaltungsgerichtlichen Prozeßrechts für die Zeit nach dem Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes zu wah-ren, ist auf Vorschlag des Bundesrats eine entsprechende Vor-schrift aus dem Entwurf der Verwaltungsgerichtsordnung in § 70 SGG als Nr. 3 übernommen worden (vgl. Peters-Sautter-Wolff, Komm. z. SGG § 70 Anm. 4 b). Diese Vorschrift kann den ihr zugedachten Zweck nur dann voll erfüllen, wenn der Begriff der Behörde im Sozialgerichtsverfahren dieselbe umfassende Be-deutung hat wie in § 25 Abs. 2 MRVO 165 und § 23 Abs. 3 Berl-VerwGG. Als Behörde im Sinne des § 70 Nr. 3 SGG muß daher je-de mit Verwaltungsaufgaben betraute Institution angesehen wer-den, auch wenn sie nicht in den Organismus der Staatsverwal-tung eingeordnet und damit einer vorgesetzten Behörde unterge-ordnet ist (ebenso Hauelsen, DOK. 1956 S. 69 F. mit weiteren Schrifttumsnachweisen). Demnach ist auch der beklagte Zulas-sungsausschuß Behörde im Sinne der vorgenannten Vorschrift, zumal er sich bei der Durchführung seiner hoheitlichen Aufga-ben des Verwaltungsakts als eines spezifischen Mittels hoheit-licher Verwaltung bedient.

Dieser Behörde hat nach der Auffassung des Berufungsgerichts das Berliner Landesrecht die Fähigkeit zuerkannt, am Verfah-ren vor den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit beteiligt zu sein; § 28 BerlVerwGG verweise auf den am 30. Januar 1933 in Preußen in Geltung gewesenen, gewohnheitsrechtlich begründe-ten Verfahrensgrundsatz, daß Behörden im verwaltungsgericht-



lichen Verfahren parteifähig seien. Das Berufungsgericht hat damit dem § 28 BerlVerwGG, der "für das Verfahren vor den VerwG.en und dem OVerwG." im Zweifel die Anwendung der am 30. Januar 1933 in Berlin gültigen Vorschriften anordnet, Bedeutung nicht nur für das Verfahren der allgemeinen VerwG.e, sondern auch für das Verfahren der am 1. Januar 1954 - als besondere VerwG.e (§ 1 SGG) - errichteten SG.e zuerkannt. Diese über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des § 28 BerlVerwGG ist für das Revisionsgericht nicht nachprüfbar, weil sie eine irrevisibile Norm betrifft. Das BerlVerwGG ist weder als Ganzes noch hinsichtlich seiner einzelnen Bestimmungen Bundesrecht oder "sonstiges" Recht im Sinne des § 162 Abs. 2 SGG. Es ist vom Berliner Landesgesetzgeber für das Gebiet Berlins erlassen worden und regelt Verfassung und Verfahren der Berliner VerwG.e - trotz starker Anklänge an die im Bundesgebiet gültigen Gesetze und Verordnungen - im wesentlichen eigenständig.

Nachprüfbar bleibt dagegen für das Revisionsgericht, ob das Berliner Recht sich nach der Auslegung, die ihm das Berufungsgericht gegeben hat, noch im Rahmen des Bundesrechts, insbesondere innerhalb der Schranken des § 70 Nr. 3 SGG bewegt. Danach kann die Fähigkeit einer Behörde, am Verfahren vor den SG.en beteiligt zu sein, nur durch Landesrecht begründet werden, und es fragt sich, ob nicht das Landesrecht nach dieser Vorschrift erst nach dem Inkrafttreten des Sozialgerichtsgesetzes oder wenigstens im Hinblick auf dieses erlassen sein muß. Eine solche Auslegung des § 70 Nr. 3 SGG würde jedoch weder dem Wortlaut noch dem Sinne dieser Vorschrift gerecht werden. § 70 SGG spricht ohne Einschränkung von "Landesrecht", und soll die Geltung regionalen Bedürfnissen entsprechenden Rechts ermöglichen. Von dieser Zweckbestimmung her gesehen kann es nicht unzulässig sein, im Rahmen des § 70 Nr. 3 SGG auch solche landesrechtlichen Bestimmungen zur Anwendung zu bringen, die vor und unabhängig von dem Sozialgerichtsgesetz ergangen sind. Gegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Parteifähigkeit des beklagten Zulassungsausschusses ergebe sich aus § 70 Nr. 3 SGG in Verbindung mit § 28 BerlVerwGG und früherem preußischen Gewohnheitsrecht, bestehen somit vom Standpunkt des Bundesrechts keine Bedenken.



Die Entscheidung des Berufungsgerichts über das Bestehen einer Berliner Vorschrift im Sinne von § 70 Nr. 3 SGG ist demnach, soweit es sich um das Verfahren vor dem Berufungsgericht handelt, für das Revisionsgericht bindend. Für das Revisionsverfahren ist die Parteifähigkeit des beklagten Zulassungsausschusses jedenfalls im Hinblick auf den Übergangscharakter des Rechtsstreits zu bejahen, wie der Senat bereits bei Klagen gegen Behörden für Fälle des Übergangs des Verfahrens von den allgemeinen VerwG.en auf die SG.e entschieden hat (BSG. 1 S. 17 und S. 164).

Die Revision hat in verfahrensrechtlicher Hinsicht weiter geltend gemacht, das Urteil des ersten Rechtszuges sei ein "Nichturteil" gewesen, das dem Berufungsgericht keine Möglichkeit der Sachentscheidung geboten habe; das Berufungsgericht hätte daher den Rechtsstreit an das SG. zurückverweisen müssen. In der Tat hat das Reichsgericht (RG.) in ständiger Rechtsprechung an der Auffassung festgehalten, daß ein "Nichturteil" nicht die Grundlage für eine Sachentscheidung des zweiten Richters bilden könne, sondern - zur Beseitigung des äußeren Anscheins eines Urteils - aufzuheben und die Sache an die erste Instanz zurückzuverweisen sei (vgl. JW. 1915 S. 592; RGZ. 133 S. 215 (221); RGZ. 135 S. 118 (121)). Auf die Frage, welche schwerwiegenden Mängel eine Entscheidung mit den äußeren Merkmalen eines Urteils zum "Nichturteil" machen, braucht in diesem Zusammenhang jedoch nicht näher eingegangen zu werden, da die von der Revision vorgebrachten Mängel nicht vorliegen.

Der Revisionskläger hat sich zunächst darauf berufen, daß die erkennende Kammer des ersten Rechtszugs nicht die rechtsstaatlichen, im Grundgesetz bindend niedergelegten Merkmale eines Gerichts aufgewiesen habe, weil dem Berliner SG. die verfassungsmäßige Unabhängigkeit gefehlt habe. Was die Revision in dieser Hinsicht geltend gemacht hat, wird zwar nicht schon durch den Hinweis auf die verfassungsmäßige Garantie der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 97 GG, Art. 65 BerlVerf) entkräftet. Eine solche rein normative Betrachtungsweise würde das tatsächliche Gewicht einer



vielleicht verfassungswidrigen, tatsächlich jedoch bestehenden gesetzlichen Regelung oder verwaltungsmäßigen Übung verkennen; diese erfordern jedenfalls dann Berücksichtigung, wenn die betroffenen Richter nicht willens oder nicht in der Lage sind, Eingriffe in ihre Unabhängigkeit von sich aus abzuwehren. Die von der Revision beanstandeten Rechtsvorschriften und Verwaltungsmaßnahmen sind indessen nicht geeignet, die richterliche Unabhängigkeit zu beeinträchtigen.

Das gilt zunächst für die Vorschrift des § 9 Abs. 3 SGG in Verbindung mit § 3 des Berliner Ausführungsgesetzes zum Sozialgerichtsgesetz (BerLAGSGG) vom 22. Dezember 1953 (BerLGVBl. S. 1521) wonach der Senator für Arbeit und Sozialwesen als die von der Landesregierung beauftragte Stelle die allgemeine Dienstaufsicht über die Berliner Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit führt. Diese Regelung verstößt nach Ansicht der Revision deswegen gegen den erwähnten Verfassungsgrundsatz, weil sie die Dienstaufsicht über Richter auf eine Verwaltungsbehörde überträgt, die in der Regel Aufsichtsbehörde eines am sozialgerichtlichen Verfahren Beteiligten und gelegentlich auch selbst Beteiligte ist. Dieser Rechtsauffassung kann nicht beigetreten werden.

Grundsätzlich bestehen keine Bedenken, dagegen, auch Richter einer Dienstaufsicht zu unterwerfen; denn die den Richtern eingeräumte Unabhängigkeit erstreckt sich nur auf die eigentlich richterliche, d.h. rechtsprechende Tätigkeit (Art. 92, 97 GG; vgl. auch § 2 Abs. 3 des Berliner Gesetzes über die Rechtsstellung der Richter und Staatsanwälte (BerlRicht RechtstG) vom 9.1.1951 (BerlVOBl. S. 235)). Jenseits dieser Grenzen unterliegen sie, ebenso wie Beamte, der allgemeinen Dienstaufsicht, die hier wie sonst als das geeignete Mittel erscheint, die ordnungsmäßige Erledigung der Dienstgeschäfte sicherzustellen (vgl. Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 11. Aufl. Art. 102, Anm. 2; v. Mangoldt, Komm. z. Bonner GG 1953 Art. 97 Anm. 3; Holtkotten in Bonner Komm. z. GG Erl. 1a zu Art. 97 u. A 1a zu Art. 98).

Es widerspricht auch nicht der Verfassung, insbesondere dem Grundsatz der Trennung der Gewalten, wenn die Dienstaufsicht einer außerhalb der rechtsprechenden Gewalt stehenden Stelle übertragen



wird. Die Prinzipien der Volkssouveränität (Art. 20 Abs. 2 GG) und der parlamentarischen Regierung (Art. 65, 67 GG) lassen es vielmehr gerechtfertigt erscheinen, daß auch die Gerichte - als Träger der vom Volk abgeleiteten Staatsgewalt - außerhalb ihrer entscheidenden Tätigkeit der Aufsicht der Regierung unterliegen, die der Vertretung des Volks verantwortlich ist (Scheuner, DÖV. 1953 S. 517, (520, 522); Ipsen, Verhandlungen des 40. deutschen Juristentages II S. C 20 f, 19; Arndt ebenda S. C 43; Ridder, Verhandlungen des 40. deutschen Juristentages I S. 123 ff.).

Die richterliche Unabhängigkeit wird grundsätzlich auch nicht dadurch beeinträchtigt, daß die mit der Dienstaufsicht betraute Behörde in der Rolle einer Prozeßpartei vor den von ihr beaufsichtigten Richtern erscheint oder die Aufsicht über einen beteiligten Versicherungsträger oder die Trägerverbände eines beklagten kassenärztlichen Zulassungsorgans führt. Es ist zwar nicht zu verkennen, daß in diesen Fällen die "subjektiven Komponenten" (Baur, Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit, 1954 S. 22) der richterlichen Unabhängigkeit gewissen psychologischen Belastungen ausgesetzt sein können (vgl. hierzu Geiger, DÖV. 1950 S. 520; Bachof, DRZ. 1950 S. 171; Holtkotten in Bonner Komm. z. GG Erl. II 2 d und e zu Art. 92). Diesen an sich nicht völlig von der Hand zu weisenden Befürchtungen kann indessen kein so erhebliches Gewicht zuerkannt werden, daß dadurch die Unabhängigkeit der Richter in Frage gestellt würde. Das Berufungsgericht weist in diesem Zusammenhang mit Recht darauf hin, daß Richter gerade auf die Wahrung der ihnen konstitutionell verbürgten Unabhängigkeit besonders bedacht zu sein pflegen. Die von der Revision geäußerten Zweifel, die Richter könnten in Streitigkeiten, an denen ihre Dienstaufsichtsbehörde mittelbar oder unmittelbar beteiligt ist, innerlich nicht frei entscheiden, entbehren jedenfalls in dieser allgemeinen Form der Begründung. Besondere Umstände, die gerade in Berlin der Aufsichtsbehörde als gelegentlichem Prozeßbeteiligten oder als Aufsichtsbehörde eines Beteiligten gegenüber den SG.en ein über die Ausübung der Aufsichtsfunktion hinausgehendes Gewicht verleihen könnten, sind von der Revision



- jedenfalls substantiiert - nicht vorgebracht worden und auch sonst nicht ersichtlich.

Keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt es ferner, wenn der Verwaltungsbehörde neben der Ausübung der Dienstaufsicht auch die Anstellung, d.h. die Auswahl der anzustellenden Richter übertragen wird, sei es in alleiniger Verantwortung, sei es wie hier im Zusammenwirken mit einer anderen Behörde (vgl. § 6 BerlAGSGG). Die Übertragung dieser wichtigen Aufgabe mag für die Behörde zwar eine nicht unerhebliche Mehrung ihres Einflusses bedeuten; die richterliche Unabhängigkeit kann durch das Ernennungsrecht der Exekutive jedoch nur insoweit berührt werden, als darin zugleich die Befugnis zur Entlassung enthalten ist, d.h. soweit es sich um auf Zeit bestellte Hilfsrichter handelt. Bei diesem zahlenmäßig begrenzten Kreis von Richtern hat aber der Verfassungsgesetzgeber selbst (Art. 97 Abs. 2 GG) der Gefahr, welcher die sachliche Unabhängigkeit des Richters bei fehlender persönlicher Unabhängigkeit ausgesetzt ist, keine so überragende Bedeutung beigemessen, als daß sie nicht für eine begrenzte Zeit, insbesondere beim Aufbau einer neuen Gerichtsbarkeit, im Interesse einer sorgsam Auswahl und Erprobung der später auf Lebenszeit anzustellenden Richter in Kauf genommen werden könnte (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG.) in JZ. 1956 S. 163 (164)). Der allgemein gehaltene Angriff der Revision, die Unabhängigkeit der Hilfsrichter werde durch die Möglichkeit, entlassen zu werden, in unzulässiger Weise beschränkt, vermag ihr somit nicht zum Erfolg zu verhelfen.

Zu Unrecht glaubt die Revision schließlich die Unabhängigkeit der am Berliner SG. tätigen Richter deswegen bezweifeln zu können, weil der aufsichtsführende Senator den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit Anordnungen über die Abhaltung von Sitzungstagen und die Zahl der zu verhandelnden Sachen erteilt habe. Äußerungen der Dienstaufsichtsbehörde, die aus der Sorge um die Anhäufung von Rückständen herrühren und auf ihre baldige Erledigung hinwirken, sind schon wegen der dem Staat obliegenden "Justizgewährungspflicht" (vgl. Baur a.a.O. S. 25) grundsätzlich mit dem Aufsichtsrecht nicht unvereinbar. Doch können sie, wie das LSG. zutreffend ausgeführt hat, gegenüber den Gerichten nur den Charakter von Anregungen oder Wünschen haben, da jede Weisung der Aufsichtsbehör-



de in Bezug auf richterliche Entscheidungen jeder Art einen Eingriff in die richterliche Unabhängigkeit bedeuten würde. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind jedenfalls gegenüber den Vorsitzenden der Kammern und Senate in Berlin verbindlich gemeinte Weisungen der Verwaltung über die Anberaumung von Sitzungen und die Zahl der zu verhandelnden Sachen nicht ergangen, so daß schon aus diesem Grunde die Bedenken der Revision hinfällig sind.

Als weiteren Grund für die vermeintliche Nichtigkeit des erstinstanzlichen Urteils hat die Revision angeführt, daß bei der Entscheidung ein Hilfsrichter mitgewirkt habe, der nicht zum Richteramt nach dem Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) befähigt gewesen sei. Nach § 10 Abs. 2 GVG, der gemäß § 11 Abs. 3 SGG im sozialgerichtlichen Verfahren entsprechend anzuwenden ist, kann als Hilfsrichter verwendet werden, wer zum Richteramt befähigt ist. Die Rechtsauffassung des Revisionsklägers, daß demnach auch bei den SG.en nur solche Personen zu Hilfsrichtern bestellt werden dürfen, die die Befähigung zum Richteramt nach § 2 GVG besitzen, würde jedoch nicht dem in § 9 Abs. 2 SGG zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers gerecht werden, wonach zum Vorsitzenden eines SG. auch ernannt werden kann, wer auf Grund längerer, mindestens fünfjähriger Tätigkeit näher bestimmter Art umfassende Kenntnisse und Erfahrungen im Sozialrecht besitzt. Die von der Revision vertretene Auffassung würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, daß dieser Personenkreis (§ 9 Abs. 2 SGG) und im übrigen auch alle diejenigen, die die Befähigung zum Richteramt an einem allgemeinen VerwG. besitzen (§ 6 Abs. 1 Satz 1 SGG), von der richterlichen Tätigkeit in der Sozialgerichtsbarkeit ausgeschlossen wären. Denn zu Hilfsrichtern könnten sie aus Rechtsgründen nicht bestellt werden und eine - theoretisch mögliche - sofortige Anstellung auf Lebenszeit käme praktisch nicht in Betracht, weil keiner Anstellungsbehörde zuzumuten ist, einen Richter auf Lebenszeit zu ernennen, ohne ihn vorher in dieser Eigenschaft erprobt zu haben.

Für die gegenteilige Auffassung der Revision kann auch nicht angeführt werden, daß die (dem § 11 Abs. 3 SGG fast wortgleiche) Vorschrift des § 18 Abs. 7 Satz 1 des Arbeitsgerichtsgesetzes



(ArbGG) von der herrschenden Meinung so ausgelegt wird, daß nur Assessoren zu Hilfsrichtern bestellt werden können (Dietz-Nikisch, ArbGG § 18 Anm. 32; Dersch-Volkmar, ArbGG § 18 Anm. 11). Denn das Arbeitsgerichtsgesetz (§ 18 Abs. 4) sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, Berufsrichter zunächst auf Zeit zu ernennen, so daß die nicht zum Richteramt nach dem GVG Befähigten auf diese Weise erprobt werden können. Diese Möglichkeit ist dem Sozialgerichtsgesetz fremd und auch landesrechtlich, jedenfalls in Berlin, nicht gegeben; denn in Berlin können Richter grundsätzlich nur auf Lebenszeit ernannt (§ 2 Abs. 3 BerlAGSGG in Verb. mit § 6 Abs. 3 BerlRichtRechtstG) oder als Hilfsrichter bestellt werden (§ 6 BerlAGSGG). Für die besonderen Verhältnisse in Berlin kommt hinzu, daß nach dortigem Landesrecht die Berufung und Ernennung zum Richter auf Lebenszeit - von Ausnahmefällen abgesehen - eine dreijährige Tätigkeit als Richter voraussetzt (§ 6 Abs. 2 BerlRichtRechtstG (BerlVOBl. S. 235)). In Berlin wäre also, wenn die Rechtsauffassung des Revisionsklägers zuträfe, den nicht nach § 2 GVG vorgebildeten Personen der Zugang zum Richteramt in der Sozialgerichtsbarkeit in der Regel überhaupt verschlossen. Ein solches Ergebnis würde dem klaren Willen des Gesetzes (§§ 6 Abs. 1 Satz 1, 9 Abs. 2 SGG) zuwiderlaufen. Die "entsprechende" Anwendung des § 10 Abs. 2 GVG kann somit nur bedeuten, daß bei den SG.en als Hilfsrichter verwendet werden darf, wer nach dem Sozialgerichtsgesetz zum Richteramt in der betreffenden Instanz der Sozialgerichtsbarkeit befähigt ist (ebenso Peters-Sautter-Wolff, SGG § 11 Anm. 2; Hastler, SGG § 11 Anm. 3a; a.A. Hofmann-Schroeter, SGG § 11 Anm. 3). Die - erstmals in der Revisionsinstanz - von dem Revisionskläger vorgebrachte Behauptung, der Vorsitzende der Kammer des ersten Rechtszuges hätte auch deshalb nicht zum Vorsitzenden ernannt werden dürfen, weil bei ihm die Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 SGG (umfassende Kenntnisse und Erfahrungen im Sozialrecht durch mindestens fünfjährige Tätigkeit bestimmter Art) nicht erfüllt gewesen seien, ist - nachdem das Berufungsgericht ein Sachurteil gefällt hat - im Revisionsverfahren nur unter dem Gesichtspunkt der Nichtigkeit des erstinstanzlichen Urteils von Bedeutung. Die Frage der Wirksamkeit der Bestellung eines Richters ist, wie das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG.) in seiner Entscheidung



vom 5. Juli 1955 (DÖV. 1956 S. 182) zutreffend ausgeführt hat, nach den Grundsätzen über den Bestand oder die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes zu beurteilen. Hiernach kann aber das Fehlen einer Voraussetzung nach § 9 Abs. 2 SGG nicht die Nichtigkeit der Ernennung zur Folge haben. Da das Urteil des SG. somit unter Vorsitz eines rechtswirksam bestellten Richters ergangen ist und - entgegen der Meinung der Revision - allein die Verletzung des § 9 Abs. 2 SGG bei der Bestellung des Vorsitzenden keine Nichtigkeit des Urteils zur Folge hätte, war das Berufungsgericht auch bei Unterstellung der Richtigkeit der Behauptungen der Revision über die Mängel der Richterbestellung nicht gehindert, in der Sache selbst zu entscheiden (vgl. § 159 Abs. 1 Nr. 2 SGG). Ein Mangel des berufsgerichtlichen Verfahrens, der in diesem Zusammenhang allein der Revision zum Erfolg verhelfen könnte, liegt daher nicht vor.

4. Die Revision kann auch insoweit keinen Erfolg haben, als sie sich gegen die Wirksamkeit der Berliner Zulassungsordnung (BerlZulO) vom 3. September 1951 (BerlGVOBl. S. 632) wendet. Das gilt zunächst für die Rüge ihrer nichtordnungsmäßigen Verkündung.

Der Revisionskläger glaubt einen Verkündungsmangel darin erblicken zu können, daß der im Anschluß an den Text der BerlZulO im BerlGVOBl. abgedruckte Genehmigungsvermerk des Senators für Arbeit nicht erkennen lasse, ob das für die Erteilung der Genehmigung erforderliche Einvernehmen mit dem Senator für Gesundheitswesen herbeigeführt worden sei. Das Berufungsgericht ist dieser Rechtsansicht aus mehreren Gründen entgegengetreten. Es ist in erster Linie der Auffassung, daß die BerlZulO im Ganzen nicht der Verkündung bedurft habe; daher komme es nicht weiter darauf an, ob das - tatsächlich vorliegende - Einvernehmen des Senators für Gesundheitswesen mitverkündet worden sei oder nicht. Im übrigen habe das Einvernehmen des Senators für Gesundheitswesen in dem Genehmigungsvermerk hinreichenden Ausdruck gefunden, und zwar durch den darin enthaltenen Hinweis auf § 6 Abs. 3 des Gesetzes über die Vereinigungen der Sozialversicherungsärzte etc. (Vereinigungsgesetz) vom 20. Januar 1950



(BerlGVOBl. S. 38), wonach die Aufsichtsbehörde, d.h. der Senator für Arbeit im Einvernehmen mit dem Senator für Gesundheitswesen (§ 1 Satz 4 Vereinigungsgesetz) die BerlZulO zu genehmigen habe. Schließlich sei ein etwaiger Verkündungsmangel jedenfalls durch § 1 Abs. 3 des Gesetzes über die Verkündung von Gesetzen und Verordnungen vom 29. Januar 1953 (BerlGVOBl. S. 106) geheilt worden.

Dem Berufungsgericht kann allerdings insoweit nicht gefolgt werden, als es die Publikationsbedürftigkeit der BerlZulO überhaupt verneint. Das angefochtene Urteil wird aber durch die Erwägung getragen, der veröffentlichte Genehmigungsvermerk des Senators für Arbeit enthalte zugleich den Ausspruch über das erklärte Einvernehmen des Senators für Gesundheitswesen. Diese Rechtsauffassung ist für das Revisionsgericht nicht nachprüfbar, denn sie bezieht sich auf Vorschriften, deren Auslegung allein den Berliner Landesgerichten vorbehalten ist (§ 162 Abs. 2 SGG). Die BerlZulO enthält nämlich weder Bundesrecht noch sonstige über den Bezirk des Berufungsgerichts hinaus geltende Vorschriften im Sinne des § 162 Abs. 2 SGG. Sie ist von einer Berliner Behörde für den Bereich des Landes Berlin erlassen worden und stellt inhaltlich eine in wesentlichen Punkten eigenständige Regelung der kassenärztlichen Zulassung dar. Das zeigt insbesondere die hier umstrittene Bestimmung des § 17, die die kassenärztliche Tätigkeit beamteter oder angestellter Ärzte mit einem gewissen monatlichen Einkommen – im Gegensatz zu den im Bundesgebiet gültigen Zulassungsordnungen (vgl. u.a. §§ 17, 24 ZulO für die brit. Zone; §§ 17, 24 BayZulG; §§ 17, 24 Rheinl.Pfälz. ZulG; §§ 16, 24 Hess.ZulO) – nicht schlechthin verbietet, sondern nur ihrem Umfang nach begrenzt. Im übrigen weicht die BerlZulO auch sonst, u.a. bei der Gestaltung des Zulassungsverfahrens (Wegfall des Berufungsausschusses), so erheblich von anderen Zulassungsordnungen ab, daß von einer inhaltlichen Übereinstimmung des Berliner Zulassungsrechts mit den vergleichbaren Vorschriften eines anderen Landes des Bundesgebiets nicht gesprochen werden kann.

Die Irrevisibilität der BerlZulO erstreckt sich auch auf den Genehmigungsvermerk des Senators für Arbeit, da dieser – als wesentlicher Bestandteil der BerlZulO – von ihr selbst nicht zu trennen



ist und daher hinsichtlich der Revisibilität die gleiche Beurteilung wie die anderen Teile der BerlZulO erfahren muß. Daran ändert auch die Tatsache nichts, daß der Vermerk äußerlich nur in loser Verbindung zu den vorangehenden Zulassungsvorschriften steht; denn in der Genehmigung des Senators für Arbeit ist nicht etwa - wie z.B. in der staatlichen Genehmigung einer kommunalen Satzung (vgl. Peters, Lehrbuch der Verwaltung, 1949 S. 79; Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 5. Aufl. S. 174) - ein besonderer Verwaltungsakt neben der eigentlichen Zulassungs-"Satzung" zu sehen, dessen Auslegung vom Revisionsgericht frei nachgeprüft werden könnte (BGHZ. 3 S. 1 (15)). Eine solche Beurteilung würde der Rechtsnatur jedenfalls der BerlZulO nicht gerecht werden, denn diese ist nicht durch Verwaltungsakt zu genehmigende Satzung, sondern Rechtsverordnung.

Die Satzung unterscheidet sich nach herrschender Meinung von der Rechtsverordnung dadurch, daß sie nicht von einer staatlichen Verwaltungsbehörde, sondern von einem zwar mit öffentlichen Aufgaben betrauten, aber doch außerhalb der eigentlichen Staatsverwaltung stehenden Verband erlassen wird (Peters, Handbuch a.a.O. S. 263 F., 269; Jellinek, Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1929 S. 123; BVerfG. 1 S. 91 (94)). Prüft man die BerlZulO unter diesem Gesichtspunkt, so ergibt sich, daß die an ihrem Erlaß beteiligten Instanzen, nämlich der gemäß § 6 Vereinigungsgesetz gebildete Ausschuß und die ihn beaufsichtigende Behörde, dem Bereich der unmittelbaren staatlichen Verwaltung zugerechnet werden müssen. Für die Aufsichtsbehörde (Senator für Arbeit im Einvernehmen mit dem Senator für Gesundheitswesen) versteht sich das von selbst. Es muß aber auch für den genannten Ausschuß gelten, obwohl dieser zur Sicherstellung der gemeinsamen Aufgaben der Versicherungsanstalt Berlin (VAB.) und der Vereinigung der Sozialversicherungsärzte von Berlin (VSB.) errichtet und - außer dem Vorsitzenden - aus je vier von der VAB. und der VSB. benannten Besitzern zusammengesetzt ist. Sein Charakter als Organ der staatlichen Verwaltung kommt vor allem darin zum Ausdruck, daß der Vorsitzende von der Aufsichtsbehörde bestellt wird.



Als Sachwalter der öffentlichen Interessen nimmt er an sämtlichen Sitzungen des Ausschusses mit beschließender Stimme teil. Dabei ist das tatsächliche Gewicht seiner Stimme umso größer, je uneiniger die Vertreter der beteiligten Gruppen unter sich sind. Ist eine Verständigung beider Seiten nicht zu erzielen, gibt er allein als "mehrheitsbildender Dritter" (Forsthoff) den Ausschlag.

Ferner liegt die Gestaltung der Zulassungsvorschriften weniger bei dem Ausschuss als bei der aufsichtsführenden Behörde. Nach § 6 Abs. 2 Vereinigungsgesetz gehört der "Erlaß" der Zulassungsordnung zwar zu den Aufgaben des gemäß § 6 Abs. 1 gebildeten Ausschusses, während der Aufsichtsbehörde nach § 6 Abs. 3 lediglich die "Genehmigung" der Ausschlußbeschlüsse vorbehalten ist. Diese Genehmigung kann jedoch - anders als z.B. die Genehmigung kommunaler Satzungen - von der Aufsichtsbehörde nach freiem Ermessen erteilt oder versagt werden. Die Genehmigung der Zulassungsordnung durch den Senator für Arbeit im Einvernehmen mit dem Senator für Gesundheitswesen ist daher kein - den Beschluß des Ausschusses lediglich bestätigender - Verwaltungsakt, sondern echte Mitwirkung bei der Rechtsetzung. Dieses Mitwirkungsrecht steigert sich zu einem uneingeschränkten Feststellungsrecht für den Fall, daß Beschlüsse des Ausschusses nicht zustandekommen oder nicht die Billigung der Aufsichtsbehörde finden (§ 6 Abs. 3 Satz 2 Vereinigungsgesetz). Das hier statuierte Recht zum Selbsteintritt der staatlichen Aufsichtsorgane bei der Rechtsetzung ist mit der Annahme einer autonomen Satzung unvereinbar; ein Selbstgesetzgebungs-"Recht", das nur vergönungsweise und auf jederzeitigen Widerruf gewährt wird, vermag nicht autonomes Recht zu begründen.

Hiernach muß die vorliegende Zulassungsordnung als Rechtsverordnung angesehen werden (ebenso schon für die nach § 368 i. Abs. 1 Nr. 2 RVO a.F. von dem früheren Reichsausschuß zu erlassende Zulassungsordnung: Richter, Das Kassenarztrecht von 1931/32 S. 9. 110 f.; vgl. auch § 368 c Abs. 1 RVO i.d.F. des Gesetzes über Kassenarztrecht vom 17.8.1955 (BGBl. I S. 513)). Sie ist einschließlich des Genehmigungsvermerks des Senators für Arbeit als irrevisibles Recht der Nachprüfung durch das BSG. entzogen. Die Revision kann somit nicht mit ihrem Vortrag gehört werden, die



BerlZu10 sei entgegen der Rechtsauffassung des LSG. mangels ordnungsgemäßer Verkündung des Einvernehmens des Senators für das Gesundheitswesen nicht wirksam geworden.

5. Unbegründet ist auch die weitere Rüge der Revision, das Berufungsgericht habe nicht geprüft, ob die BerlZu10 – wie Art. 47 Abs. 1 Satz 2 der Berliner Verfassung vom 1. September 1950 (BerlVOBl. S. 433) vorschreibe – unverzüglich dem Abgeordnetenhaus zur Kenntnisnahme vorgelegt worden sei, was tatsächlich nicht geschehen sei.

Das Ziel dieses Vorbringens ist nicht völlig klar. Sollte darin die Auffassung zu erblicken sein, die Zulassungsordnung sei wegen Verletzung der erwähnten Verfassungsbestimmung nicht wirksam geworden, dann wäre diese Behauptung im gegenwärtigen Verfahren schon deshalb nicht beachtlich, weil die als verletzt bezeichnete Vorschrift dem Berliner Landesrecht angehört und nach § 162 Abs. 2 SGG nicht der Nachprüfung des Revisionsgerichts unterliegt. Wären die Ausführungen des Revisionsklägers dagegen so zu verstehen, daß der Vorderrichter seiner richterlichen Aufklärungspflicht hinsichtlich der zur wirksamen Entstehung einer Berliner Rechtsverordnung erforderlichen Tatsachen nicht genügt habe, dann würde die Revision zwar formell auf die Verletzung einer bundesrechtlichen Norm (§ 103 SGG) gestützt sein. Sie könnte aber gleichwohl keinen Erfolg haben. Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, daß die Anwendung irrevisiblen Rechts grundsätzlich nicht auf dem Umweg über eine Verfahrensrüge zur Nachprüfung des Revisionsgerichts gebracht werden kann (vgl. Stein-Jonas-Schönke, ZPO, 18. Aufl. § 549 V mit weiteren Nachweisen; BGH. in NJW, 1956 S. 549 unter Ziff. 3).

6. Die Vorschrift des § 17 BerlZu10, der die Kassenpraxis eines Arztes mit bestimmtem Monatseinkommen auf 150 Behandlungsfälle im Vierteljahr begrenzt, verstößt auch inhaltlich nicht gegen revisibles Recht, namentlich nicht gegen die Grundrechte des Bonner Grundgesetzes, die auch in Berlin nach Art. 23 Satz 1 in Verbindung mit Art. 144 Abs. 1 GG mit der Kraft gesamtstaatlicher Verfassungsnormen gelten. Zwar



hat der in Nr. 4 des Genehmigungsschreibens der Militärgouverneure vom 12. Mai 1949 bezüglich Berlins gemachte Vorbehalt verhindert, daß eine unmittelbare organisatorische Einbeziehung Berlins in die Bundesrepublik Deutschland erfolgt ist und diejenigen Bestimmungen des GG in Berlin in Kraft treten konnten, die die Eingliederung Berlins in die Bundesrepublik voraussetzen. Da aber der durch den Grundrechtsteil des GG gewährte Schutz des Einzelnen eine unmittelbare organisatorische Einbeziehung Berlins in das Gefüge der Bundesrepublik Deutschland weder voraussetzt noch zur Folge hat, gelten die Bestimmungen des GG über die Grundrechte auch in Berlin (BVerfG. 1 S. 70).

- a) Nach Art. 12 Abs. 1 SGG ist das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei zu wählen, gewährleistet. Diese Grundrechtsbestimmung verbürgt das Recht der freien Berufswahl mit der Maßgabe, daß die Berufsausübung durch Gesetz geregelt werden kann. Dabei darf jedoch, wie Art. 19 Abs. 2 GG klarstellt, der Wesensgehalt des Grundrechts in keinem Falle angetastet werden. Die kassenärztlichen Zulassungsordnungen verfolgen ersichtlich das Ziel, die ärztliche Versorgung der Versicherten und ihrer Angehörigen einer begrenzten Zahl von Ärzten vorzubehalten, was zwangsläufig den Ausschluß der übrigen Ärzte zur Folge hat. Trotz dieser Zielsetzung ist das Prinzip der beschränkten Zulassung zur kassenärztlichen Versorgung, wie es auch in der Berliner Zulassungsordnung seinen Ausdruck findet, mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, weil die kassenärztliche Tätigkeit als solche keinen Beruf im Sinne des Art. 12 Abs. 1 GG darstellt.

Die Ansichten darüber, wie der Begriff des Berufs in Art. 12 Abs. 1 GG zu bestimmen ist, sind im Schrifttum und in der Rechtsprechung geteilt. Auf der einen Seite wird vielfach die Auffassung vertreten, daß eine bestimmte Tätigkeit nur dann als Beruf anerkannt werden könne, wenn sie einem in den gesellschaftlichen Anschauungen verwurzelten, der staatlichen Regelung vorgegebenen Berufsbild entspreche (vgl. Über, Freiheit des Berufs, 1952 S. 89 f.; OVerwG. Hamburg in DVBl. 1951 S. 385 (386); OVerwG. Lüneburg in Amtl. Samml. Bd. 3 S. 241 und Bd. 5 S. 280; BGH. in BGHSt. 4 S. 385 (391)). Im Gegensatz hierzu will die



Rechtsprechung des BVerwG. den Berufsbegriff nicht auf die herkömmlichen Berufstypen beschränkt wissen. Eine so enge Auslegung des Begriffs würde nach Ansicht dieses Gerichts weder dem freiheitlichen Gehalt der Grundrechte noch den wechselnden Bedürfnissen des wirtschaftlichen Lebens Rechnung tragen. Unter einem Beruf sei daher jede auf die Dauer berechnete und nicht nur vorübergehenden Erwerbszwecken dienende Betätigung zu verstehen (BVerwG. 1 S. 53, 54, 93, 271; NJW. 1956, 196). Die Berufsfreiheit des Art. 12 Abs. 1 gelte mithin auch für eine unselbständige berufliche Nebentätigkeit, die in Verbindung mit einer anderen beruflichen Haupttätigkeit ausgeübt werde (BVerwG. 1 S. 55).

Auch wenn man dieser weitgehenden Ansicht des BVerwG. beipflichtet, wenn also dem Sinne nach statt des Wortes "Beruf" in Art. 12 Abs. 1 GG "berufliche Betätigung" zu lesen wäre, kann der Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG doch immer nur solchen Betätigungen zugute kommen, die nicht nur im Zusammenhang mit einer bereits bestehenden Berufsstellung - z.B. als approbierter Arzt -, sondern auch unabhängig davon für sich allein ausgeübt werden können. Andernfalls würde das Grundrecht der Berufsfreiheit gegenüber dem in Art. 2 Abs. 1 GG verbürgten Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nahezu jedes eigene Gewicht verlieren: die Freiheit der beruflichen Betätigung wäre dann in der Tat nur mehr ein Ausfluß jenes allgemeinen Freiheitsrechts, - was auch vom BVerwG. im Anschluß an den Bundesgerichtshof stets verneint worden ist (vgl. BVerwG. 1 S. 51, 270). Eine von der allgemeinen ärztlichen Stellung losgelöste, selbständige Ausübung der kassenärztlichen Tätigkeit ist jedoch nach geltendem Recht nicht zulässig. Wie sich aus den einschlägigen Vorschriften (§ 23 Abs. 1 Satz 1 BerlZulO; vgl. auch § 23 ZulO brit. Zone) ergibt, ruht die kassenärztliche Zulassung, wenn und solange dem Zugelassenen die Ausübung seines ärztlichen Berufs verboten ist oder die Befugnis dazu ruht. Die Betätigung als Kassenarzt ist also - und darin unterscheidet sie sich grundlegend von den in den angeführten Entscheidungen des BVerwG. erwähnten Zusatz- oder Nebentätigkeiten - notwendig-akzessorisch, d.h. kraft rechtlicher Ordnung mit der Befugnis zur Ausübung des ärztl-



chen Berufs verknüpft. Im übrigen widerspricht es auch dem Sprachgebrauch, die kassenärztliche Tätigkeit völlig von der sonstigen Tätigkeit des Arztes zu trennen und ihr einen gesonderten Platz unter den "beruflichen Betätigungen" zuzuweisen. Die Kassenpraxis ist im Gegenteil selbst dann, wenn sie die Arbeitskraft des Arztes ganz überwiegend in Anspruch nimmt, nicht als Ausübung eines zweiten Berufs, sondern nur als eine Erweiterung seines ärztlichen Tätigkeitsfeldes anzusehen. Mit ihr erfüllt der Kassenarzt lediglich eine besondere Aufgabe im Rahmen "des ärztlichen Berufs" (§ 2 Abs. 1 Reichsärzteordnung vom 13.12.1935, RGBl. I S. 1433). Der Regelung der kassenärztlichen Versorgung durch die Zulassungsordnungen kann daher nicht, wie die Revision in erster Linie geltend macht, das Recht auf freie Ausübung des "Kassenarztberufs" entgegengesetzt werden (ebenso LSG. Nordrhein-Westfalen im Urteil vom 28.9.1954 (abgedruckt bei Heinemann-Koch, Kassenarztrecht, 4 Aufl. Anm. 5 zu § 1 Zulo bitt. Zone S. 27); OVerwG. Münster, Ärztl. Mitt. 1953 S. 223; OVerwG. Lüneburg, Ärztl. Mitt. 1953 S. 691; Hess-Venter, Das Gesetz über Kassenarztrecht 1955 S. 112; Jantz-Prange, Das gesamte Kassenarztrecht, § 368 a Anm. I, 4).

Die Revision kann aber auch insoweit nicht durchdringen, als sie in der Zulassungsordnung, insbesondere der in § 17 bestimmten Beschränkung der kassenärztlichen Tätigkeit, eine unzulässige Einschränkung der allgemeinen ärztlichen Berufsfreiheit sehen will. Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistet die Freiheit der beruflichen Betätigung. Darin liegt wie bei jedem echten Freiheitsrecht die Zusicherung, daß der Einzelne nicht gehindert werden dürfe, von seinen naturgegebenen Kräften und Fähigkeiten nach eigenem Gutdünken Gebrauch zu machen (v. Mangoldt-Klein, Bonner Grundgesetz S. 59, 61; Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht 1. Bd., 2. Aufl. (1952), S. 691 f.; Über, Freiheit des Berufs, S. 16 f., 79 f.). Wird diese Freiheit der beruflichen Betätigung beeinträchtigt, so erwächst dem Einzelnen daraus ein Anspruch auf Beseitigung bzw. Unterlassung. Mehr als ein solches Abwehrrecht kann jedoch aus der - dem "negativen Status" (Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl. 1919 S. 87, 94 f.) angehörenden - Berufsfreiheit nicht abgeleitet werden. Es läßt



sich daraus kein Anspruch auf Einräumung irgendwelcher Rechtsstellungen begründen, durch die nicht lediglich die natürliche Handlungsfreiheit bestätigt, sondern - wie bei der Zulassung zur Kassenpraxis - das "rechtliche Können" erweitert und so eine bestimmte Berufsposition geschaffen wird. Erst recht beinhaltet die Freiheit des Berufs nicht die Garantie eines bestimmten Mindesteinkommens, und sei es auch nur in dem Sinne, daß jeder Beruf die "generelle Möglichkeit" bieten müsse, durch seine Ausübung den notwendigen Lebensbedarf zu erwerben (a.A. Küchenhoff, Das Problem der freien Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit im Hinblick auf Art. 12 des Bonner Grundgesetzes, Schriftenreihe des Marburger Bundes, Heft 1 S. 37).

Die kassenärztlichen Zulassungsordnungen enthalten - anders als die ärztlichen Bestallungsordnungen - keine Vorschriften über die Ausübung der Heilkunde. Namentlich wird darin den nicht zur Kassenpraxis zugelassenen Ärzten nicht untersagt, sozialversicherte Patienten ärztlich zu behandeln. Die Behandlung solcher Personen steht ihnen auf privatrechtlicher Grundlage offen und ist auch der ärztlichen Praxis nicht ganz fremd. Das Verfahren über die Zulassung zur kassenärztlichen Tätigkeit hat deshalb nicht die Aufhebung eines - gar nicht bestehenden - Behandlungsverbotes zum Ziel. Es bezweckt vielmehr die Einbeziehung des Arztes in jene - Versicherte, Arbeitgeber, Kassenärzte, Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen umspannende - öffentlichrechtliche Ordnung, auf Grund deren der einzelne Versicherte von dem Kassenarzt seiner Wahl Leistungen beanspruchen kann, deren Vergütung nicht ihm selbst, sondern der Kassenärztlichen Vereinigung - wirtschaftlich gesehen den Krankenkassen und damit der Gesamtheit der Versicherten und ihrer Arbeitgeber - obliegt. Dem Anspruch des Versicherten gegenüber der Krankenkasse entspricht auf Seiten des Kassenarztes das Recht und die Pflicht, den Versicherten, der ihn in Anspruch nimmt, für öffentliche Rechnung zu behandeln. Darüber hinaus ist er ermächtigt, dem Versicherten mit rechtlicher Wirkung für die Krankenkasse Arznei- und Heilmittel zu verordnen. Schließlich bilden seine Bescheinigungen über die Arbeitsunfähigkeit des Versicherten



die Grundlage der Entscheidung über den Anspruch auf Krankengeld. Der Inbegriff aller dieser Rechte und Pflichten wird vom Berufungsgericht nicht zu Unrecht als öffentlich-rechtliches Statusverhältnis bezeichnet. Dabei darf allerdings nicht außer acht bleiben, daß sich der Status des Kassenarztes in mehrfacher Hinsicht grundlegend von den sonst im öffentlichen Recht, insbesondere im Beamtenrecht, anzutreffenden Statusverhältnissen unterscheidet. Ein deutlicher Unterschied liegt vor allem darin, daß der Kassenarzt - im Gegensatz zum Beamten - nicht einer vorgesetzten Dienstbehörde gegenüber weisungsgebunden ist, sondern seine Aufgaben im Rahmen seines freien ärztlichen Berufs ausübt. Die Regelung der kassenärztlichen Versorgung mit Hilfe von Zulassungsordnungen richtet sich somit nicht gegen die in Art. 12 Abs. 1 GG gewährleistete Freiheit der ärztlichen Berufsausübung; sie hat vielmehr die Verleihung einer mit besonderer Verantwortung verbundenen öffentlich-rechtlichen Rechtsstellung zum Gegenstand. Die BerlZulO einschließlich des § 17 ist daher mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Damit erledigt sich auch die weitere Rüge der Revision, bei dem Erlaß der BerlZulO sei nicht beachtet worden, daß ein Gesetz nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG ein Grundrecht nur einschränken könne, wenn dieses unter Angabe des Artikels genannt werde; denn fehlt es überhaupt an einer Einschränkung der Berufsfreiheit, dann erübrigt sich die Erwähnung des Art. 12 schon aus diesem Grunde.

- b) Die Regelung in § 17 BerlZulO, wonach zugelassene Ärzte unter gewissen Voraussetzungen "nicht mehr als 150 sozialversicherungsärztliche Behandlungsfälle im Kalendervierteljahr behandeln dürfen", verstößt auch nicht gegen den Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 1 GG), obwohl von § 17 BerlZulO einerseits nur Ärzte mit Einkünften bestimmter Art und Höhe erfaßt werden, andererseits innerhalb der betroffenen Gruppe die jeweilige Fachrichtung des Arztes und damit die sehr unterschiedliche wirtschaftliche Bedeutung des einzelnen Behandlungsfalles keine Berücksichtigung finden. Art. 3 Abs. 1 GG gewährleistet allen Menschen die Gleichheit vor dem Gesetz. Dieser Grundsatz gilt nicht nur für die Rechtsanwendung, sondern im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG ("die nachfolgenden Grund-



rechte binden Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung ...") auch für die Rechtsetzung (vgl. zum Stand der Meinungen Ipsen in Neumann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte, 2. Bd. S. 117 f.). Dabei bedeutet die Bindung des Gesetzgebers nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG. 4 S. 243 f.), "daß bei der Auswahl der Tatbestände, für die eine gesetzliche Regelung getroffen wird, sachgemäß, d.h. nach Gesichtspunkten, die sich aus der Art der zu regelnden Lebensverhältnisse ergeben, in diesem Sinne also nicht "willkürlich" verfahren wird, und zum anderen, daß die vom Gesetz erfaßten Tatbestände in sich gleichartig geregelt werden". Differenzierungen sind demnach nicht ausgeschlossen, wenn sie in tatsächlichen Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse ihren Grund haben, deren Berücksichtigung für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise begründet erscheint. Dem Gesetzgeber muß im einzelnen aber ein weiterer Ermessensbereich erhalten bleiben; nur die Einhaltung seiner äußersten Grenzen ist gerichtlich nachzuprüfen (vgl. BVerfG. 1 S. 275; 3 S. 135 u. 182; 4 S. 18).

Die Vorschrift des § 17 BerlZulO beschränkt ihren Anwendungsreich auf Ärzte mit einem bestimmten monatlichen Einkommen (400.- DM brutto zuzüglich 100.- DM für den Ehegatten und 50.- DM für jedes unterhaltsberechtigten Kind). Soweit dabei vorausgesetzt wird, daß der Arzt das Einkommen "in Auswirkung eines Beamten- oder Angestelltenverhältnisses oder als Betriebsarzt" bezieht, ist diese Regelung unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu beanstanden; denn es ist keineswegs sachfremd, wenn die volle Beteiligung an der kassenärztlichen Versorgung davon abhängig gemacht wird, daß der betreffende Arzt für seine öffentliche Aufgabe als Kassenarzt uneingeschränkt zur Verfügung steht (vgl. Hess-Venter, a.a.O. S. 132).

Es ist darüber hinaus auch nicht verfassungswidrig, wenn außer den angestellten und beamteten Ärzten auch diejenigen den Beschränkungen des § 17 unterworfen werden, die "aus einer Versorgungs- oder Versicherungseinrichtung ihrer Berufsorganisation regelmäßig Einnahmen von mehr als 400.- DM brutto beziehen", wozu auch Wartegeld und Ruhegehalt gerechnet werden (§ 17 Abs. 2). In diesen Fällen wird es sich in der Regel um Ärzte handeln, deren Arbeitskraft infolge Alters oder Krankheit so



geschwächt ist, daß sie für eine volle Betätigung als Sozialversicherungsärzte ohnehin nicht mehr in Betracht kommen. Selbst wenn dieser Gesichtspunkt beim Erlaß dieser Bestimmung aber nicht im Vordergrund gestanden haben sollte, sondern beabsichtigt gewesen wäre, bestimmte, meist ältere Ruhegehaltsempfänger wegen ihrer wirtschaftlichen Sicherstellung in der kassenärztlichen Tätigkeit zu beschränken, könnte darin vielleicht eine unzweckmäßige, nicht aber eine willkürliche, der Natur der zu ordnenden Lebensverhältnisse widersprechende Regelung erblickt werden. Die Entscheidung darüber, welche Lebenssachverhalte gleich und welche ungleich zu bewerten sind, gehört grundsätzlich in den Bereich des gesetzgeberischen Ermessens (Leibholz, DVBl. 1951, S. 193 ff. (195)). Die "Bildung des Vergleichstatbestands" (Ipsen, a.a.O. S. 186) kann deshalb vom Richter nicht auf ihre Zweckmäßigkeit, sondern allein auf die Einhaltung gewisser äußerster Grenzen des Ermessens nachgeprüft werden. Diese Grenzen sind aber noch nicht überschritten, wenn der Umfang der kassenärztlichen Tätigkeit von der Höhe bestimmter, regelmäßig der Versorgung dienender Einkünfte abhängig gemacht wird.

Die Revision beanstandet, daß § 17 BerlZulO zwar Ruhegehaltsbezüge von einer bestimmten Höhe ab erfaßt, Einnahmen aus privatem Vermögen dagegen nicht berücksichtigt. Die Nichtberücksichtigung der Einkünfte aus privatem Vermögen kann indessen die Gültigkeit der in § 17 getroffenen Gesamtregelung nicht in Frage stellen. Die Zahl der Ärzte, die Einkünfte von mehr als 5000.- DM im Jahr aus privatem Vermögen beziehen, ist erfahrungsgemäß so klein, daß die BerlZulO diesen Fall mit Recht als unerheblich außer acht lassen durfte. Würde der Gesetzgeber gezwungen sein, allen nur erdenklichen Verschiedenheiten der Lebensverhältnisse durch eine unterschiedliche Gestaltung der gesetzlichen Vorschriften Rechnung zu tragen, so wäre damit eine - notwendig generalisierende - rechtliche Ordnung unmöglich gemacht. Die Gesetze würden unübersichtlich, ihre Handhabung in unerträglichem Maße erschwert werden. Aus diesem Grunde müssen kleinere, das Bild der Gesamtregelung kaum störende und praktisch nicht ins Gewicht fallende Unebenheiten in Kauf genommen werden (vgl. BVerfG. 1 S. 275; 3 S. 135).

Der Revisionskläger kann aber auch mit dem Hinweis auf die für Chefarzte und bestimmte leitende Ärzte vorgesehene Ausnahmerege-



lung (§ 17 Abs. 3), in der er eine einseitige Bevorzugung der betreffenden Ärzte erblickt, keinen Erfolg haben. Denn dabei wird übersehen, daß es im Interesse der Versicherten liegen kann, sich auch im Rahmen der kassenärztlichen Versorgung der besonderen Kenntnisse und Erfahrungen dieser Krankenhausärzte und der ihnen zur Verfügung stehenden medizinisch-technischen Einrichtungen zu bedienen (Hess-Venter a.a.O. S. 135). Eine Verletzung des Gleichheitssatzes kommt hiernach schon deswegen nicht in Betracht, weil von einer Gleichheit der Verhältnisse in Ansehung der Krankenhausärzte und der sonstigen Kassenärzte nicht gesprochen werden kann. Dasselbe gilt für die von der Revision weiterhin angeführten Fälle der Belogärzte, Röntgenärzte und Leiter medizinisch-diagnostischer Institute.

Der Revision kann schließlich auch insoweit nicht gefolgt werden, als sie eine Verletzung des Gleichheitssatzes darin sehen will, daß § 17 BerlZulO die verschiedenen Facharztgruppen hinsichtlich der Zahl der ihnen im Vierteljahr zugestandenen Behandlungsfälle gleich behandelt. Dabei mag als richtig unterstellt werden, daß die zahlenmäßige Inanspruchnahme gewisser Ärzte - von der Revision werden als gegensätzliche Beispiele die Augen- und die Nervenärzte genannt - tatsächlich erhebliche Unterschiede aufweist und auch die Honorierung des einzelnen Behandlungsfalles in den verschiedenen Fachgebieten recht verschieden ist. Daß die BerlZulO in dieser Hinsicht von einer Differenzierung abgesehen hat, müssen die Gerichte wegen ihrer beschränkten Prüfungszuständigkeit im Rahmen des Art. 3 GG gelten lassen, da die Anwendung der Zulassungsordnung entgegen der Ansicht der Revision nicht notwendigerweise zu Ergebnissen führt, die für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise unerträglich wären. Dem Ausgleich etwa bei der Anwendung des § 17 eintretender Härten dient vor allem die Bestimmung des § 17 Abs. 1 Satz 4, wonach der Zulassungsausschuß berechtigt ist, die Auflage nach § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 aus wichtigem Grund wieder aufzuheben. Trotz dieser - anscheinend nur die nachträgliche Aufhebung der Auflage zulassenden - Fassung wird man mit dem beklagten Zulassungsausschuß darin auch die Ermächtigung an die Zulassungsorgane erblicken dürfen, von der Anordnung der Auflage von vornherein abzusehen. Ein wichtiger Grund könnte dabei u.U. dann angenommen werden, wenn eine Beschränkung



auf 150 Behandlungsfälle im Vierteljahr den betreffenden Arzt gegenüber anderen Ärzten in besonders hohem Maße benachteiligen würde.. Härten, die sich aus einer allzu starren Anwendung des § 17 ergeben könnten, kann also im Rahmen dieser Bestimmung Rechnung getragen werden. Das muß aber genügen, um die Regelung als noch mit dem Gleichheitssatz vereinbar anzusehen.

- c) Die Gültigkeit des § 17 BerlZulO ist endlich auch unter dem Blickwinkel des Art. 14 GG nicht in Zweifel zu ziehen.

Das von der Revision aufgeworfene Problem, ob vermögenswerte subjektive öffentliche Rechte in jedem Fall (so der Große Zivilsenat des BGH. in BGHZ. 6 S. 270 (278)) oder nur unter besonderen Voraussetzungen (so BVerfG. 4 S. 219, (240)) als Eigentum im Sinne des Art. 14 GG anzusehen sind, braucht hier ebensowenig erörtert zu werden wie die andere Frage, ob die kassenärztliche Zulassung dem Kassenarzt "eine Rechtsposition verschafft, die derjenigen eines Eigentümers entspricht" (BVerfG. a.a.O. S. 219, Leitsatz 3). Es kann ferner dahingestellt bleiben, ob die in § 17 Zulassungsordnung unter bestimmten Voraussetzungen angeordnete Einschränkung der Zulassung als eine (teilweise) Entziehung der durch die Zulassung begründeten Rechte oder nicht vielmehr als eine nähere Umschreibung ihres Inhalts und ihrer Grenzen (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) aufzufassen ist. Denn selbst wenn alle diese Fragen zugunsten des Klägers zu beantworten wären, könnte ihm unter den besonderen Umständen des vorliegenden Falles der Schutz des Art. 14 GG nicht zugute kommen.

Der Kläger ist nämlich nach den bindenden Feststellungen des Berufungsgerichts seit dem Jahre 1946 als Sozialversicherungsarzt zugelassen. Für die Beurteilung seiner dadurch erlangten Stellung sind die zu jener Zeit in Berlin geltenden Vorschriften, namentlich die Bekanntmachung des Berliner Magistrats vom 15.7.1945 (BerlVOBl. S. 61), maßgebend. Nach dieser Bekanntmachung waren "vorläufig alle im Besitz einer rechtsgültigen Approbation befindlichen und niedergelassenen Ärzte ... verpflichtet, vorbehaltlich einer kommenden grundsätzlichen Regelung, für die VAB. tätig zu sein". Es mag zweifelhaft sein, ob diese allen Ärzten auferlegte Verpflichtung schon als eine kassenärztliche Zulassung im eigentlichen Sinne angesehen werden kann oder ob sie nicht eher als eine Art öffentlicher Notdienstpflicht aufgefaßt werden muß. Je-



denfalls ist der Kläger als einer derjenigen Ärzte, die bei Inkrafttreten der Zulassungsordnung vom 21.11.1949 (Anl. 1 zu dem Gesamtvertrag zwischen der VAB. und den ärztlichen Sektoren-Verbänden vom gleichen Tage) an der ärztlichen Versorgung der Sozialversicherten teilgenommen haben, als Sozialversicherungsarzt "zugelassen geblieben" (§ 2 Abs. 3 des genannten Gesamtvertrages). Sein Status hat auch durch diesen Vertrag in Verbindung mit der Zulassungsordnung keine wesentlichen Änderungen erfahren, insbesondere nicht in Bezug auf den erwähnten Vorbehalt einer künftigen "grundsätzlichen Regelung". Diese Regelung ist durch die Zulassungsordnung vom 3.9.1951 getroffen worden. Die darin vorgesehenen Einschränkungen der kassenärztlichen Tätigkeit haben, soweit sie sich wie z.B. in § 17 Abs. 1 Satz 2 auch auf bestehende Rechte beziehen, lediglich den früheren Vorbehalt verwirklicht, wie das Berufungsgerecht zutreffend festgestellt hat. Sie enthalten mithin keinen Eingriff in einen vorbehaltlos gesicherten Rechtsstand. Ebensowenig wie jemand sich gegenüber dem Widerruf einer durch Verwaltungsakt verliehenen widerruflichen Rechtsstellung auf den Schutz des Art. 14 GG berufen kann, ist dies gegenüber einer das bisherige vorläufige Rechtsverhältnis umgestaltenden allgemeinen Regelung möglich. Wenn Rechte nur unter einer Befristung, Bedingung, einem Widerrufs- vorbehalt oder einer sonstigen Beschränkung gewährt werden, dann sind sie nur in dieser Beschränkung "wohlerworben" und durch die Verfassung gesichert (vgl. RGZ 134 S. 1 (9)).

Nach alledem erweist sich die Revision auch in Ansehung der sachlich-rechtlichen Rügen als unbegründet. Sie wird deshalb zurückzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

