

Bundessozialgericht

Az.: 6 RKa 32/71

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

U r t e i l

in dem Rechtsstreit

Zugestellt am
8. Juni 1973

Amtsinspektor
als Urk. Beamter
d. Gesch.Stelle

Kläger und Revisionskläger,

Prozeßbevollmächtigte:

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat
ohne mündliche Verhandlung am 16. März 1973
durch den Vorsitzenden Richter Dr. L a n g k e i t ,
die Richter S p i e l m e y e r und
Dr. S c h m i t t und die ehrenamtlichen Richter
Dr. D e g e n h a r d und Dr. S e t t g a s t

für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des
Schleswig-Holsteinischen Landessozialgerichts vom
18. Juni 1971 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird
zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das
Landessozialgericht zurückverwiesen.

- 2 -



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 Lungenkrankheiten und Badearzt - ist stellvertretender Chefarzt im Kurheim der Landesversicherungsanstalt Hessen in dem Heilbad St. Peter-Ording. Er ist beamteter Arzt - Obermedizinalrat - und betreibt mit Genehmigung seines Dienstherrn nebenberuflich in dem Kurheim eine Privatpraxis. Seinen Antrag auf Beteiligung an den Verträgen über badeärztliche Behandlung vom 31. Januar 1964 (zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den Bundesverbänden der RVO-Kassen) und vom 2. März 1965 (zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem Verband der Angestellten-Kassen sowie dem Verband der Arbeiter-Ersatzkassen) lehnte der Vorstand der Beklagten mit der Begründung ab, der Kläger erfülle nicht die Zulassungsvoraussetzungen des § 7 des RVO-Kassen-Badearztvertrages und des § 1 des Ersatzkassen-Badearztvertrages, weil er nicht überwiegend freiberuflich in eigener Praxis tätig sei und seine Arbeitskraft aufgrund seines Dienstverhältnisses überwiegend seinem Dienstherrn zur Verfügung stellen müsse. Ein Bedürfnis für eine Ausnahmegenehmigung könne nicht anerkannt werden, weil die badeärztliche Versorgung durch die freipraktizierenden Ärzte durchaus sichergestellt sei (Beschuß vom 10. Juni 1969, Bescheid vom 27. Juni 1969). Den Widerspruch wies der Vorstand der Beklagten zurück (Beschuß vom 5. August 1969, Bescheid vom 5. September 1969).

Klage (Urteil vom 27. Mai 1970) und Berufung (Urteil vom 18. Juni 1971) hatten keinen Erfolg. Das Landessozialgericht (LSG) hat ausgeführt, es komme im Gegensatz zu der Auffassung des Klägers nicht darauf an, in welchem Umfang ihm tatsächlich Zeit für die Ausübung der genehmigten Praxis zur Verfügung stehe. Entscheidend sei, daß er die beamten-

- 3 -



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



- 3 -

rechtliche Verpflichtung habe, seine Arbeitskraft vorwiegend den ihm von seinem Dienstherrn übertragenen Aufgaben zur Verfügung zu stellen. Daran ändere weder die Genehmigung der Nebentätigkeit etwas noch die Bestätigung des Chefarztes des Krankenhauses, daß er den Kläger jederzeit vertreten könne. Die einschlägigen Bestimmungen der Badearztverträge verstießen nicht gegen höherrangiges Recht. Die Vertragsparteien seien in ihrer Vertragsfreiheit weniger eingeschränkt als bei der Sicherstellung der kassenärztlichen Versorgung im engeren Sinne. Abgesehen davon faßten die Vorschriften der Badearztverträge die Zulassungsvoraussetzungen nicht enger als § 20 Abs. 1 der Zulassungsordnung-Ärzte, der sich unstreitig im Rahmen der Verfassung halte.

Mit der von dem LSG zugelassenen Revision rügt der Kläger besonders die Verletzung des Art. 12 des Grundgesetzes (GG) und trägt vor: Auch bei der Zulassung als Badearzt sei wie bei der Zulassung als Kassenarzt der verfassungsrechtliche Berufsschutz zu beachten. Die Zulassung könne nur dann in Frage gestellt werden, wenn die ärztliche Versorgung durch die Zulassung nicht mehr gewährleistet sei. Das LSG habe zu Unrecht unberücksichtigt gelassen, daß das Gegenteil der Fall sei, weil er der einzige Facharzt für Lungenkrankheiten am Badeort sei, der auch bei Erkrankungen der Luftwege empfohlen werde. Außerdem hätte das LSG berücksichtigen müssen, daß er hinsichtlich der möglichen Zahl der Sprechstunden und der Einsatzbereitschaft in Notfällen den Patienten mindestens so ausreichend zur Verfügung stehen könne wie freipraktizierende Ärzte. Durch die Vertretungsmöglichkeit im eigenen Hause sei er trotz des Dienstverhältnisses in dieser Hinsicht besonders gut gestellt. - Die Tatsache, daß die badeärztliche Tätigkeit nicht zur eigentlichen ärztlichen Versorgung zähle, zeige auch, daß keine wichtigen Gemeinschaftsgüter auf dem Spiele stünden, die durch die Beschränkung

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 4 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 4 -

der Zulassung geschützt werden könnten.

Der Kläger beantragt,

unter Aufhebung der Urteile des Schleswig-Holsteinischen LSG vom 18. Juni 1971 und des Sozialgerichts Kiel vom 27. Mai 1970 sowie der Bescheide der Beklagten vom 10. Juni 1969 und vom 5. August 1969 die Beklagte zu verurteilen, ihn an den mit den RVO- und Ersatzkassen abgeschlossenen Badearztverträgen zu beteiligen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Die Beschränkung des § 7 des RVO-Kassen-Badearztvertrages und des § 1 des Ersatzkassen-Badearztvertrages sollten in gleicher Weise wie § 20 der Zulassungsordnung-Ärzte verhindern, daß der Badearzt durch eine anderweitige Tätigkeit so beeinträchtigt ist, daß er den Patienten nicht in ausreichender Weise zur Verfügung stehe. Es handele sich somit nicht um Schutznormen für die freien Berufe. Eine Beteiligung des Klägers an den Badearztverträgen würde dazu führen, daß seine Patienten wegen der zeitlich beschränkten Wirkungsmöglichkeit gegenüber anderen Patienten, die von freiberuflich tätigen Ärzten behandelt werden, benachteiligt würden, zumal ein Wechsel des behandelnden Arztes während der Badekur nicht gestattet sei.

II

Die Revision ist im Sinne der Zurückverweisung begründet. Die bisher getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um den Anspruch des Klägers auf Beteiligung an den Badearztverträgen abschließend beurteilen zu können.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Der Senat entscheidet mit zwei Kassenärzten als ehrenamtlichen Richtern, weil es sich um eine Angelegenheit der Kassenärzte im Sinne des § 12 Abs. 3 Satz 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG), d.h. um eine Angelegenheit der kassenärztlichen Selbstverwaltung handelt. Das zeigen die Bestimmungen der beiden Badearztverträge (§ 7 Abs. 1c RVO-Kassen-Badearztvertrag und § 2 Nr. 2 Ersatzkassen-Badearztvertrag). Hiernach hat die für den Badeort zuständige Kassenärztliche Vereinigung über den Beteiligungsantrag zu entscheiden; ein Mitwirkungsrecht der Krankenkassen ist nicht vorgesehen.

Die Klage ist zulässig. Die Frage, ob der Vorstand der Beklagten, der über den Beteiligungsantrag entschieden hat, auch über den Widerspruch gegen diese Entscheidung entscheiden durfte (vgl. BSG 7, 292, 294; 28, 5, 7), berührt die Zulässigkeit der Klage nicht. Der etwaige Zuständigkeitsmangel könnte allenfalls dann der gerichtlichen Sachentscheidung entgegenstehen, wenn die Widerspruchsstelle nach Ermessen zu entscheiden gehabt hätte (vgl. BSG 24, 134, 137; 26, 177, 179). Die Beteiligung an den Badearztverträgen ist aber bei Erfüllung bestimmter Voraussetzungen auszusprechen; eine Ermessensentscheidung ist nicht vorgesehen.

Die Befugnis der Beklagten, die badeärztliche Behandlung der Versicherten einem Arzt zu gestatten oder zu versagen, beruht auf den genannten Badearztverträgen, die ihre Grundlage in § 368 n Abs. 1 Satz 4 der Reichsversicherungsordnung (RVO) haben. Nach dieser Vorschrift können die Kassenärztlichen Vereinigungen weitere Aufgaben der ärztlichen Versorgung insbesondere für die Ersatzkassen und andere Träger der Sozialversicherung übernehmen. Bei der badeärztlichen Behandlung handelt es sich um eine "weitere" Aufgabe, denn sie geht über die ärztliche Versorgung nach § 182 RVO, die die Kassenärztlichen Vereini-

- 6 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 6 -

gungen nach § 368n Abs. 1 Satz 1 RVO sicherzustellen haben, hinaus. Das wird besonders auch an der Umschreibung der kassenärztlichen Versorgung in § 368 Abs. 2 RVO und der Aufgaben des Badearztes in den beiden Badearztverträgen deutlich. Die badeärztliche Behandlung - im wesentlichen Beratung - gehört zu den Mehrleistungen, zu denen sich die Krankenkassen nach § 187 Nr. 2 und 4 RVO durch Satzung verpflichten können.

Die Festlegung von Voraussetzungen für die Zulassung zur badeärztlichen Tätigkeit ist als Regelung der Berufsausübung, die die Freiheit der Berufswahl nicht berührt, nach Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu beurteilen. Sie beruht auf einem Gesetz - § 368n Abs. 1 Satz 4 RVO. Die hier vorgesehene Übernahme der Aufgabe - badeärztliche Beratung - beinhaltet die Verpflichtung, für die ordnungsgemäße Erfüllung dieser Aufgabe zu sorgen, d.h. die badeärztliche Beratung, wie die ärztliche Versorgung überhaupt, sicherzustellen. Diese Verpflichtung setzt die Befugnis voraus, auch geeignete Mittel im Interesse dieser Sicherstellung einzusetzen. Daß dazu die Befugnis gehört, einen besonderen Befähigungsnachweis - Badearzteigenschaft - zu verlangen, bedarf keiner näheren Begründung, weil das Interesse der Versicherten insoweit offenkundig ist. Der hiermit verbundene Ausschluß von Ärzten, deren Arbeitskraft durch ein Beschäftigungsverhältnis überwiegend gebunden ist, ist unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs in die Freiheit der Berufsausübung zu rechtfertigen. Dieser Ausschluß ist zwar weitergehend als die Zulassungsbeschränkung des § 20 Zulassungsordnung-Ärzte; er ist aber jedenfalls als Zweckmäßigkeitsmaßnahme vertretbar und stellt angesichts der wirtschaftlichen Sicherung der in einem Beschäftigungsverhältnis stehenden Ärzte keine unzumutbare Belastung dar. Das hat der Senat bereits hinsichtlich einer gleichlautenden Zulassungsbeschränkung für die zahnärztliche Ersatzkassen-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 7 -



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



- 7 -

praxis entschieden (BSG 33, 168, 170). Da der badeärztlichen Tätigkeit im Vergleich zu einem Beschäftigungsverhältnis jedenfalls kein größeres Gewicht als der zahnärztlichen Ersatzkassenpraxis zukommt, besteht kein Anlaß für eine andere Beurteilung.

Nach § 7 des RVO-Kassen-Badearztvertrages ist Voraussetzung für die Teilnahme an diesem Vertrag u.a., daß der Arzt in eigener Praxis niedergelassen ist und daß die ärztliche Tätigkeit ganz oder überwiegend freiberuflich ausgeübt wird. Diese letztere Voraussetzung "gilt dann nicht als erfüllt, wenn der Arzt seine Arbeitskraft überwiegend aufgrund von Arbeitsverträgen Dritten zur Verfügung stellen muß". Das LSG hat es zwar zu Recht für unbeachtlich gehalten, wieviel Zeit der Kläger tatsächlich für seine Tätigkeit als beamteter Arzt einerseits und für seine Privatpraxis andererseits aufwendet. Denn entscheidend ist allein der Umfang seiner aus dem Dienstverhältnis sich ergebenden Verpflichtung, nicht die tatsächliche Erfüllung dieser Verpflichtung. Das LSG durfte sich aber bei der Ermittlung des Umfangs dieser Verpflichtung nicht damit begnügen, auf die allgemeinen Beamtenpflichten hinzuweisen, wonach sich der Beamte mit voller Hingabe seinem Beruf zu widmen hat (vgl. § 69 des Hessischen Beamtengesetzes vom 21. März 1962 - GVBl 173 - idF vom 16. Februar 1970 - GVBl 140 -). Es hätte vielmehr überprüfen müssen, wie sich die Pflichten des Klägers im Hinblick auf sein Dienstverhältnis und die ihm erteilte Nebentätigkeitsgenehmigung darstellen. Die Tatsache, daß die freiberufliche Tätigkeit im Rahmen der Nebentätigkeitsgenehmigung ausgeübt wird, beweist nicht, daß der Kläger seinem Dienstherrn gegenüber verpflichtet ist, die Nebentätigkeit so gering zu halten, daß die Beamtentätigkeit überwiegt. Es kann nicht außer acht gelassen werden, daß öffentlich-rechtliche Rechts-

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 8 -



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

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

- 8 -

träger, die an der Gewinnung qualifizierter Ärzte als Beamte interessiert sind, oft gezwungen sind, das Dienstverhältnis individuell jedenfalls im Hinblick auf die Arbeitszeit und die Nebentätigkeit in besonders großzügiger Weise auszugestalten. Vielfach hat auch der Dienstherr selbst - etwa auch wegen des Entgelts für die Inanspruchnahme dienstlich nicht voll ausgelasteter Mittel (vgl. § 81 Hessisches Beamtengesetz) - Interesse an der Ausweitung einer genehmigten freiberuflichen Tätigkeit.

Daher kann nur unter Würdigung des individuellen Dienstverhältnisses, das durch schriftliche, mündliche oder stillschweigende Erklärungen und Vereinbarungen geprägt sein kann, beurteilt werden, ob der Kläger verpflichtet ist, seine Arbeitskraft überwiegend seinem Dienstherrn zur Verfügung zu stellen. In erster Linie maßgebendes Kriterium für die Verteilung der Arbeitskraft auf den abhängigen und den freiberuflichen Tätigkeitsbereich ist das zeitliche Verhältnis, weil Zahl und Bedeutung der Behandlungsfälle sowie auch die wirtschaftliche Bedeutung der beiden Bereiche keinen Maßstab für den Einsatz der Arbeitskraft darstellen.

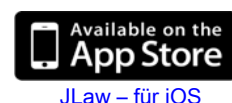
Für den Fall, daß das LSG zu dem Ergebnis kommen sollte, daß der Kläger nicht verpflichtet ist, seine Arbeitskraft seinem Dienstherrn überwiegend zur Verfügung zu stellen, ist zwar noch nicht geklärt, daß die ärztliche Tätigkeit tatsächlich überwiegend freiberuflich ausgeübt wird. Bei dieser Prüfung ist aber zu berücksichtigen, daß es nach dem Sinn des § 7 aaO auf die überwiegende freiberufliche Tätigkeit in der Zeit der Beteiligung an den Badearztverträgen ankommt, so daß auch die zu erwartende Tätigkeit als Badearzt für die gesetzlichen Krankenkassen in Rechnung zu stellen ist.

Der Umstand, daß der Kläger seine freiberufliche Tätigkeit in dem Kurheim ausübt, steht nicht der Möglichkeit entgegen, daß er "in eigener Praxis niedergelassen" ist. Mit dieser

- 9 -



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



- 9 -

Beteiligungsvoraussetzung wird nicht auf die Eigentums- oder Besitzverhältnisse abgestellt. Maßgebend ist allein, ob der Kläger in bestimmten Räumen mit den erforderlichen Instrumenten in ausreichender Zeit seine ärztliche Tätigkeit frei gestalten kann. Ist dies der Fall, dann dürften sich auch keine Zweifel daran ergeben, daß er in dem ihm durch die Nebentätigungsgenehmigung überlassenen Tätigkeitsbereich "freiberuflich" tätig ist (zu den Begriffen der eigenen Praxis und der Freiberuflichkeit vgl. auch das zur Veröffentlichung vorgesehene Urteil des Senats von heute Az.: 6 RKa 23/71).

Hinsichtlich der Beteiligung an dem Ersatzkassen-Badearztvertrag besteht kein Anlaß für eine unterschiedliche Beurteilung. Die Beteiligungsvoraussetzungen sind in § 1 Nr. 3 dieses Vertrages fast gleichlautend mit den zitierten Voraussetzungen des § 7 RVO-Kassen-Badearztvertrags formuliert. Sachliche Unterschiede sind nicht erkennbar.

Falls das LSG auch nach den Ermittlungen, die nach den obigen Ausführungen noch geboten sind, nicht feststellen kann, daß die in den genannten Vertragsbestimmungen aufgeführten Beteiligungsvoraussetzungen erfüllt sind, ist zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine notstandsmäßige Beteiligung des Klägers gegeben sind (vgl. für den bereits erwähnten ähnlichen Zusammenhang BSG 33, 168, 172). Da der Kläger der einzige Lungenfacharzt in dem auch für Erkrankungen der Atemwege empfohlenen Kurort ist, besteht Anlaß für diese Prüfung. Der Umstand, daß diese besondere Beteiligungsform in den Badearztverträgen nicht erwähnt ist, steht nicht entgegen. Denn indem die Kassenärztlichen Vereinigungen die Aufgabe der Sicherstellung der badeärztlichen Behandlung übernommen haben, haben sie sich auch verpflichtet, in den Fällen für die Sicherstellung zu sorgen, in denen die badeärztliche Behandlung durch einen Facharzt geboten ist, der in Betracht

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 10 -



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



kommande Arzt aber die generellen Voraussetzungen der Beteiligung nicht erfüllt. Die Tatsache, daß die Beklagte selbst bereit ist, in bestimmten Fällen "Ausnahmegenehmigungen" zu erteilen, ist ein Hinweis darauf, daß sie ihre - stillschweigend übernommene - Verpflichtung zu einer notstandsmäßigen Beteiligung anerkennt.

Da somit nicht alle für eine Sachentscheidung des Senats erforderlichen Tatsachen festgestellt sind, mußte der Rechtsstreit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen werden (§ 170 Abs. 2 Satz 2 SGG). Dieses wird auch die Entscheidung über die außergerichtlichen Kosten des Verfahrens zu treffen haben.

