

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 6 KA 23/09 B

L 5 KA 4385/07 (LSG Baden-Württemberg)
S 1 KA 4148/04 (SG Karlsruhe)

.....,

Klägerin und Beschwerdeführerin,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg,
Albstadtweg 11, 70567 Stuttgart,

Beklagte und Beschwerdegegnerin.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat am 17. März 2010
durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. W e n n e r , die Richter
Prof. Dr. C l e m e n s und E n g e l h a r d sowie die ehrenamtliche
Richterin Dr. Z e c h und den ehrenamtlichen Richter Dr. S e e g e r s
beschlossen:

Die Beschwerde der Klägerin gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des
Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 29. April 2009 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten auch des Beschwerdeverfahrens.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 264.308 Euro festgesetzt.



Gründe:

I

- 1 Streitig sind sachlich-rechnerische Richtigstellungen bei Laboruntersuchungen auf Borreliose (Quartal I/2004).
- 2 Die Klägerin ist eine Labor-Gemeinschaftspraxis, die in den 1990er Jahren bis 2006 aus den zwei Laborärzten Dres. R. und K. bestand. Gegen Dr. R. wurde im Jahr 1998 ein staatsanwaltliches Ermittlungsverfahren - mit sechswöchiger Untersuchungshaft - und in 1999/2000 ein Verfahren auf Entziehung der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung eingeleitet. Im Jahr 2005 verurteilte das Landgericht M. ihn wegen mehrfachen Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren, die es zur Bewährung aussetzte, und zu einer Gesamtgeldstrafe von 1 Mio. Euro. Dem lag der Vorwurf der Falschabrechnung zugrunde; unter anderem habe er im Zusammenwirken mit überweisenden Ärzten den Anschein zusätzlicher Untersuchungsaufträge erweckt. Zum 30.6.2006 verzichtete er auf seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung. Er verstarb im Dezember 2008, seine Ehefrau ist als Rechtsnachfolgerin eingetreten.
- 3 Die beklagte Kassenärztliche Vereinigung (KÄV) versagte der Klägerin für das Quartal I/2004 das von ihr geltend gemachte Honorar für Lymphozyten-Transformations-Tests <LTT> (Nr 4468 des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs für vertragsärztliche Leistungen in der bis zum 31.3.2005 geltenden Fassung <EBM-Ä aF>, bewertet mit 153,40 Euro). Im Revisionsverfahren sind noch 1.723 solcher Streichungen streitig geblieben <Gesamtwert: 264.308,20 Euro> (Bescheid vom 12.5.2004 und Widerspruchsbescheid vom 8.9.2004). Die Beklagte nahm sachlich-rechnerische Richtigstellungen der Ansätze der Nr 4468 auch rückwirkend hinsichtlich der Quartale I/2000 bis IV/2003 vor (Bescheid vom 14.4.2004, der Gegenstand des zur Zeit ruhenden Verfahrens beim Sozialgericht <SG> Stuttgart - S 11 KA 7627/05 - ist). Sie begründete im Bescheid vom 8.9.2004 ihre Maßnahmen unter anderem damit, für den Nachweis der Antikörper gebe es die vorrangigen Spezialbestimmungen über die Untersuchungen gemäß Nr 4551 EBM-Ä aF (Borrelia burgdorferi-Antikörper, bewertet mit 7,70 Euro) und/oder gemäß Nr 4635 EBM-Ä aF (Untersuchung auf Antikörper gegen Krankheitserreger mittels Immunreaktion mit elektrophoretisch aufgetrennten ... mikrobiellen ... Antigenen Borrelia-Antikörper, bewertet mit 24 Euro).
- 4 Die Klägerin ist mit ihrer Klage und ihrer Berufung erfolglos geblieben (Urteile des SG vom 9.8.2007 und des Landessozialgerichts <LSG> vom 29.4.2009). Das LSG hat zur Begründung der Zurückweisung der Berufung auf die Ausführungen des SG Bezug genommen und zusätzlich unter anderem ausgeführt: Ein ausdrücklicher Ausschluss des



Borreliose-LTT nach Nr 4468 EBM-Ä aF bestehe zwar nicht; aber die Gesamtschau der Regelungen des Kapitels O III zum EBM-Ä aF ergebe, dass bei Verdacht auf Borreliose im Regelfall zunächst die Untersuchungen nach Nr 4551 und/oder 4635 EBM-Ä aF, und jedenfalls nicht standardmäßig oder routinemäßig sogleich ein LTT, durchzuführen sei. Erst wenn durch die übliche Diagnostik Antikörper nachgewiesen worden seien, komme eine Erregerdiagnostik durch einen LTT in Betracht. Dies zu überprüfen, sei auch Aufgabe der Laborärzte, die die einsendenden Ärzte sachgerecht beraten müssten; sie dürften sich nicht darauf beschränken, lediglich die Aufträge der einsendenden Ärzte auszuführen. Insgesamt gesehen stehe die Abrechnungsweise in offenkundigem Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft, was zu sachlich-rechnerischen Richtigstellungen berechtige, wie das Bundessozialgericht (BSG) dies im Urteil vom 5.2.2003 (*SozR 4-2500 § 95 Nr 1*) ausgeführt habe. Angesichts der Unvereinbarkeit mit den medizinischen Erkenntnissen, die sich aus zahlreichen Studien und Gutachten ergebe, sei kein Raum für Vertrauensschutz. Im Übrigen sei seit dem 1.7.2007 das LTT ausdrücklich nicht mehr für die Erregerdiagnostik abrechenbar.

- 5 Mit ihrer Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in dem Urteil des LSG macht die Klägerin Abweichungen von der Rechtsprechung des BSG und Verfahrensmängel sowie die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache geltend.

II

- 6 Die Beschwerde der Klägerin hat keinen Erfolg.
- 7 Die Parteistellung als Klägerin und Beschwerdeführerin kommt im vorliegenden Verfahren weiterhin der Gemeinschaftspraxis zu. Denn die Gesellschaft gilt für schwebende Auseinandersetzungen um Forderungen und Verbindlichkeiten als fortbestehend (§ 730 Abs 2 Satz 1 BGB, vgl dazu BSG *SozR 4-2500 § 87 Nr 15 RdNr 14 und BSGE 98, 89 = SozR 4-2500 § 85 Nr 31; RdNr 11*). In dieser Weise hat der Senat, entsprechend dem ausdrücklichen Begehren der Klägerseite, das Rubrum neu gefasst.
- 8 Die von der Klägerin erhobenen Rügen genügen aufgrund ihrer eingehenden Ausführungen den Darlegungsanforderungen des § 160a Abs 2 Satz 3 SGG. Die Beschwerde ist mithin zulässig. Sie ist aber unbegründet, denn keine der Rügen greift in der Sache durch.
- 9 1. Die von der Klägerin geltend gemachten Abweichungen von der Rechtsprechung des BSG (*Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 2 SGG – Beschwerdebegründung S 8-30 iVm Schriftsatz vom 22.1.2010 S 1-7*) vermögen nicht zur Revisionszulassung zu führen. Für die Zulassung der Revision wegen Divergenz ist Voraussetzung, dass Rechtssätze



aus dem LSG-Urteil und aus einer höchstrichterlichen Entscheidung nicht miteinander vereinbar sind und das Berufungsurteil auf dieser Divergenz beruht. Dabei muss es sich um Abweichungen in den Obersätzen handeln. Hat das LSG den Obersatz zutreffend - in Übereinstimmung mit dem des BSG - zugrunde gelegt und hat es ihn lediglich nicht zutreffend angewendet, dh fehlerhaft unter ihn subsumiert, so reicht das nicht aus. Dann ist nur die Subsumtion fehlerhaft und somit keine Divergenz im Sinne von § 160 Abs 2 Nr 2 SGG gegeben (*stRspr, vgl zB BSG, Beschluss vom 28.1.2009 - B 6 KA 53/07 B - MedR 2010, S 343 RdNr 25 f; dazu ausführlich BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 26 S 44 f*).

- 10 Als Divergenzen rügt die Klägerin die Ausführungen des LSG - hier verkürzt wiedergegeben -,

dass eine Leistung dann nicht abrechenbar sei, wenn sie zwar dem Leistungstatbestand entspreche, aber nicht für die Routine- bzw Standarddiagnostik geeignet sei (*Gegenüberstellung zu BSG, Urteil vom 20.3.1996 - SozR 3-5533 Nr 3512 Nr 1*),

dass auch dann, wenn der Wortlaut eines Leistungstatbestandes unzweifelhaft sei, Raum für eine systematische Interpretation im Sinne einer Gesamtschau vergleichbarer oder ähnlicher Leistungstatbestände sei (*Gegenüberstellung zu zahlreichen BSG-Urteilen*).

- 11 a) Keine Divergenz ergibt sich aus der erstgenannten Rüge der Klägerin, das LSG lasse mit seinen Ausführungen, dass eine Leistung dann nicht abrechenbar sei, wenn sie zwar dem Leistungstatbestand entspreche, aber nicht für die Routine- bzw Standarddiagnostik geeignet sei, eine Divergenz zum BSG-Urteil vom 20.3.1996 erkennen (*SozR 3-5533 Nr 3512 Nr 1*). Das LSG hat den Obersatz des BSG zutreffend dahin wiedergegeben, dass eine Leistungspflicht der gesetzlichen Krankenversicherung dann nicht besteht, wenn Leistungen im konkreten Behandlungszusammenhang im offenkundigen Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft erbracht werden (*LSG-Urteil S 34*). Es hat diesem Obersatz auch den Fall zugeordnet, dass eine Leistung nicht für die Routine- bzw Standarddiagnostik geeignet ist (*siehe LSG-Urteil S 34: "für die Routinediagnostik ungeeignetes Verfahren ... Eine Leistungspflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung besteht nicht ... Diese Rechtsprechung <des BSG> rechtfertigt auch vorliegend die Streichung der Borreliose LTT ..."*). In diesen Ausführungen des LSG kann allenfalls ein Subsumtionsfehler liegen, eine Divergenz von Obersätzen im Sinne von § 160 Abs 2 Nr 2 SGG besteht aber nicht (*hierzu vgl oben BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 26 S 44 f*).



- 12 Der Senat folgt nicht der Ansicht der Klägerin, das LSG habe mit dieser Subsumtion zugleich einen erweiterten Obersatz gebildet, obgleich das BSG seinen Obersatz als nicht erweiterbar formuliert habe (*BSG SozR 3-5533 Nr 3512 Nr 1 S 3 unten: ... von der Honorierung auszunehmen ... gilt nur, wenn ...*), und damit liege eine Divergenz von Obersätzen vor. Diese Argumentation der Klägerin wird der Diktion des LSG nicht gerecht. Dieses hat den Obersatz des BSG übernommen, wonach Leistungen, die sich im konkreten Behandlungszusammenhang im offenkundigen Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft befinden, nicht abrechenbar sind. Das LSG hat diesen Obersatz nicht erweitert, sondern lediglich auf der Subsumtionsebene dem Obersatz auch den Fall zugeordnet, dass eine Leistung nicht für die Routine- bzw Standarddiagnostik geeignet ist (*so deutlich LSG-Urteil S 34, wie zuvor zitiert*).
- 13 b) Eine Divergenz auf der Ebene der Rechtssätze besteht auch nicht im Verhältnis zu den zahlreichen Urteilen des BSG, die sich mit der Auslegung von Leistungstatbeständen im EBM-Ä befassen. Das BSG hat wiederholt formuliert, dass nur insoweit, als der Wortlaut eines Leistungstatbestandes zweifelhaft ist, zu seiner Klarstellung Raum für eine systematische Interpretation im Sinne einer Gesamtschau der in innerem Zusammenhang stehenden ähnlichen oder vergleichbaren Leistungstatbestände ist (*stRspr, s zB BSG vom 11.10.2006 - SozR 4-5533 Nr 40 Nr 2 RdNr 13*). Die Klägerin macht geltend, das LSG habe indessen in ihrem Fall trotz *un* zweifelhaften Wortlauts eine systematische Interpretation vorgenommen und mit deren Hilfe den Wortlaut relativiert, was nach der BSG-Rechtsprechung unzulässig sei.
- 14 Mit dieser Beschreibung hat die Klägerin die Ausführungen des LSG aber nicht vollständig wiedergegeben. Das LSG hat vielmehr den zitierten Rechtssatz des BSG durchaus zutreffend erfasst (*LSG-Urteil S 29 unten*). Es hat aus dem Nichtvorliegen einer ausdrücklichen Regelung des Verhältnisses von Nr 4468 zu den Nr 4551 und 4635 EBM-Ä aF gefolgert, dass eine Gesamtschau der Regelungen im Kapitel O III zum EBM-Ä vorzunehmen sei (*s hierzu LSG-Urteil S 31 unter b und aa*). Diese Argumentation des LSG zeigt, dass es angenommen hat, die Anwendbarkeit des Leistungstatbestandes der Nr 4468 EBM-Ä aF sei ohne ausdrückliche Regelung des Verhältnisses zu den anderen Leistungstatbeständen zweifelhaft. Die Klägerin stellt diese Auffassung des LSG in Frage, das betrifft aber jedenfalls nur die Ebene der Subsumtion. Eine Divergenz von Obersätzen im Sinne von § 160 Abs 2 Nr 2 SGG besteht nicht.
- 15 c) Eine Divergenz besteht auch nicht im Verhältnis des Urteils des LSG zu demjenigen des BSG vom 1.7.1998. Die Klägerin macht insoweit geltend, das LSG habe ausgeführt,
- eine sachlich-rechnerische Richtigstellung dürfe auch ohne entsprechende aus-



drückliche Regelung dann erfolgen, wenn eine Leistung dem Leistungstatbestand entspreche, aber nicht routinemäßig, sondern nur im Einzelfall erbracht werden dürfe (*Gegenüberstellung zu BSG, Urteil vom 1.7.1998 - SozR 3-2500 § 75 Nr 10 S 43 f*).

- 16 Auch diese Divergenzrüge greift nicht durch. Die Klägerin gibt das Urteil des BSG vom 1.7.1998 nicht zutreffend wieder. Nach diesem Urteil darf eine KÄV eine sachlich-rechnerische Richtigstellung nur dann auf das Fehlen einer Begründung für eine Leistung stützen, wenn sich eine Begründungspflicht entweder aus dem Leistungstatbestand oder aus sonstigen Abrechnungsvorschriften herleiten lässt (*so BSG SozR 3-2500 § 75 Nr 10 S 43 f*). Daraus kann wohl, wie es die Klägerin geltend macht, gefolgert werden, dass eine routinemäßige Erbringung von Leistungen nur dann eine sachlich-rechnerische Richtigstellung rechtfertigen kann, wenn sich die Unzulässigkeit routinemäßiger Erbringung aus dem Leistungstatbestand oder aus sonstigen Abrechnungsvorschriften herleiten lässt. - Entgegen der Darstellung der Klägerin findet sich in dem BSG-Urteil aber nicht das Erfordernis, dass der Leistungstatbestand oder die sonstigen Abrechnungsvorschriften eine entsprechende *ausdrückliche* Regelung enthalten müssten.
- 17 Eine Abweichung von dem so richtig wiedergegebenen BSG-Urteil ergibt sich aus dem Urteil des LSG nicht. Dieses hat seiner Auffassung, dass die Leistung gemäß Nr 4468 EBM-Ä aF nicht routinemäßig, sondern nur im Einzelfall erbracht werden darf, eine systematische Interpretation im Sinne einer Gesamtschau der Regelungen des EBM-Ä zugrunde gelegt. Damit hat das LSG seine Auffassung aus den Rechtsvorschriften des EBM-Ä abgeleitet. Dies steht in Übereinstimmung mit dem BSG-Urteil vom 1.7.1998 (*SozR 3-2500 § 75 Nr 10 S 43 f*). Eine Divergenz besteht also nicht.
- 18 d) Im Übrigen liegen dem Urteil des LSG insgesamt mehrere, die Klageabweisung je selbstständig tragende Erwägungen zu Grunde. Das LSG hat seine Auslegung des Leistungstatbestandes der Nr 4468 EBM-Ä aF - dass diese Leistung für die Routine- bzw Standarddiagnostik ungeeignet ist - nicht nur aus der systematischen Interpretation im Sinne einer Gesamtschau den Leistungstatbeständen der Nr 4551 und Nr 4635 EBM-Ä aF abgeleitet. Vielmehr hat das LSG außerdem darauf abgestellt, dass die Durchführung von Borrelien-LTTs im Rahmen der Routine- bzw Standarddiagnostik in offenkundigem Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft stehe (*s LSG-Urteil S 31 ff, 34*). Ist ein LSG-Urteil in dieser Weise auf mehrere Erwägungen, die es je selbstständig tragen, gestützt, so kann das Vorliegen nur einer durchgreifenden Rüge nicht zur Revisionszulassung führen (*vgl dazu zB BSG, Beschluss vom 7.2.2006 - B 6 KA 66/05 B - RdNr 6 f mwN*).



- 19 2. Erfolglos sind auch die von der Klägerin erhobenen Verfahrensrügen (*Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 3 SGG*).
- 20 a) Dies betrifft zunächst die Rüge der Klägerin, das LSG habe ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, dass es ihr Tatsachenvorbringen zur Frage der wissenschaftlichen Eignung von Borrelien-LTTs nahezu vollständig ignoriert habe. Sie habe substantiiert dargelegt, dass der Borrelien-LTT nicht in offenkundigem Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft stehe, vielmehr sogar Vorteile gegenüber den herkömmlichen Verfahren aufweise. Im LSG-Urteil finde sich dazu lediglich die Bemerkung, der Senat verkenne nicht, dass die Klägerin auch wissenschaftliche Publikationen vorgelegt habe, die die Durchführung von Borrelien-LTT weniger kritisch sähen (*Hinweis auf LSG-Urteil S 35*). Dieser Satz zeige zwar, dass das LSG ihre Ausführungen zwar möglicherweise zur Kenntnis genommen, sich aber nicht näher mit ihnen auseinandergesetzt habe. Die Bezugnahme des LSG (*S 34 aaO*) auf die Ausführungen des SG ändere nichts an der Gehörsverletzung, denn dieses habe das Gutachten von Prof. Dr. R. , das den Borrelien-LTT positiv bewerte, auch nur lapidar erwähnt (*SG-Urteil S 16: "... die von diesem ... angeführten 'unverzichtbaren Vorteile' des LTT ... erachtet die Kammer angesichts der ... Stellungnahme des Nationalen Referenzzentrums <NRZ Borreliose>, des Robert-Koch-Instituts, ... wie auch des Bewertungsausschusses, für widerlegt*"). Die Ausführungen des LSG (*S 32 aaO*) zum Gutachten von Prof. Dr. Roßner beträfen nicht die Frage, ob das Borrelien-LTT im offenkundigen Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft stehe, sondern nur die Frage der Vorrangigkeit der Untersuchungen gemäß Nr 4551 und/oder 4635 EBM-Ä aF.
- Dieses Vorbringen vermag indessen die Annahme einer Gehörsverletzung nicht zu begründen.
- 21 Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das tatsächliche Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis nimmt und bei seiner Entscheidung erwägt, auch wenn sich dies nicht ausdrücklich aus dessen Urteil ergibt. Die gegenteilige Annahme - des Versäumnisses eines Gerichts, eine bestimmte Argumentation der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und sie in Erwägung zu ziehen - bedarf greifbarer Anhaltspunkte, die der Beschwerdeführer aufzuzeigen hat (*vgl dazu zB BSGE 88, 193, 204 = SozR 3-2500 § 79a Nr 1 S 13; BVerfGE 79, 51, 61 mwN; 86, 133, 145 f mwN; 87, 1, 33; 96, 205, 216 f; BSG, Urteil vom 2.9.2009 - B 6 KA 44/08 R - RdNr 20 mwN, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen*).
- 22 Greifbare Anhaltspunkte für eine gegenteilige Annahme werden in der Beschwerdebegründung nicht aufgezeigt. Vorliegend ist kein Fall vollständiger Nichterwähnung gegeben, wie er der zitierten Rechtsprechung zugrunde lag. Das LSG hat vielmehr das



Vorbringen der Klägerin ausdrücklich, wenn auch knapp, erwähnt. Deshalb fehlen ausreichende Umstände für die Annahme einer Gehörsverletzung.

- 23 b) Ohne Erfolg ist auch die Rüge der Klägerin, das LSG habe ihren Anspruch auf Gewährung rechtlichen Gehörs dadurch verletzt, dass es sie weder über die an den Bewertungsausschuss gerichtete Anfrage vom 23.4.2008 noch über die daraufhin erteilte Auskunft vom 20.5.2008 informiert habe; sie habe diese erst im Juni 2009 erhalten.
- 24 Unterstellt, das Vorbringen der Klägerin träfe zu (*s dazu allerdings den Absendevermerk in den LSG-Akten Bl 203 f iVm Bl 205 Rückseite; vgl ferner BSG, Urteil vom 1.10.2009 - B 3 P 13/09 B - SozR 4-1500 § 62 Nr 12 RdNr 7 f*), so kann dennoch die Verfahrensrüge nicht durchgreifen. Es ist nicht erkennbar, inwiefern das Berufungsurteil auf dem geltend gemachten Verstoß "beruhen" kann (*s § 160 Abs 2 Nr 3 SGG*). Hierfür muss der Beschwerdeführer aufzeigen, dass sein vermeintlich unzureichend berücksichtigtes Vorbringen bzw seine ergänzenden Ausführungen, die er bei Gewährung der vermissten Gelegenheit zur Stellungnahme zusätzlich vorgebracht haben würde, zu einem anderen Urteilsspruch hätten führen können (*vgl BSGE 69, 280, 284 = SozR 3-4100 § 128a Nr 5 S 35 mwN; s zB auch BSG, Beschlüsse vom 7.7.2000 - B 6 KA 78/99 B - und vom 28.4.2004 - B 6 KA 75/03 B -; vgl ferner BVerfGE 105, 279, 311/312*).
- 25 Die Klägerin trägt dazu vor, sie hätte geltend gemacht, dass die Auskunft keine Information des Gremiums Bewertungsausschuss darstelle, sondern dass sie lediglich die rechtlich wertlose Erläuterung eines Dezernatsreferenten aus dessen heutiger Sicht darstelle, und dass angesichts des unzweifelhaften Wortlauts der Nr 4468 EBM-Ä aF bzw Nr 32532 EBM-Ä in der ab 1.4.2005 geltenden Fassung <EBM-Ä 2005> ohnehin kein Raum für die Heranziehung der Auskunft sei. Sie trägt weiter vor, dass sie bei Kenntnis weitere Gutachten vorgelegt hätte, die den Borrelien-LTT positiv bewerten. Ferner hätte sie geltend gemacht, dass die Auskunft auch deshalb wertlos sei, weil sie sich auf Publikationen und Stellungnahmen aus der Zeit erst nach dem hier betroffenen Quartal I/2004 stütze.
- 26 Dieses Vorbringen der Klägerin zeigt nicht ausreichend deutlich auf, dass das Urteil des LSG hätte anders ausfallen können, falls sie Kenntnis von der an den Bewertungsausschuss gerichteten Anfrage vom 23.4.2008 und von der daraufhin erteilten Auskunft vom 20.5.2008 erhalten hätte. Es ist nicht ersichtlich, dass das dann von ihr gebrachte Vorbringen gegen die Verwertbarkeit der Auskunft des Bewertungsausschusses die Grundlagen des LSG-Urteils hätte erschüttern können, denn dieses ist nicht maßgeblich auf die Auskunft des Bewertungsausschusses gestützt. Zwar wird der Inhalt dieser Auskunft mehrfach im Urteil des LSG erwähnt, aber nur zusätzlich zu anderen Gesichtspunkten, die die eigentliche Grundlage des Urteils darstellen (*Erwähnung im LSG-*



Urteil auf S 30 Mitte, hier aber nur in anderem nicht einschlägigem Zusammenhang, und auf S 35). Soweit das LSG in seinem Urteil auf S 35 auf den Inhalt der Auskunft Bezug nimmt, betont es, dass diese keine neuen wissenschaftlichen Erkenntnisse enthalte, sondern nur zusammenfassend auf die schon bislang vorliegenden wissenschaftlichen Erkenntnisse über die fehlende Eignung des Erreger-LTT bei Borreliose-Erkrankungen hinweise im Sinne einer Klarstellung für die dies ignorierenden Laboratorien. Angesichts dieser Umstände ist nicht ersichtlich, inwiefern der Auskunft urteils-tragende Bedeutung beizumessen sein könnte, in dem Sinne, dass ein ergänzendes Vorbringen der Klägerin gegen die Verwertbarkeit der Auskunft des Bewertungsausschusses die Grundlagen des LSG-Urteils hätte erschüttern können.

- 27 c) Erfolglos ist ferner die Verfahrensrüge der Klägerin, das LSG habe seine Sachaufklärungspflicht dadurch verletzt, dass es ihrem Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Beurteilung von Borrelien-LTTs durch die medizinische Wissenschaft nicht nachgekommen sei.
- 28 Wird im Rahmen einer Beschwerde wegen Nichtzulassung der Revision die Verletzung der Sachaufklärungspflicht gemäß § 103 SGG gerügt, so sind die in § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 iVm § 160a Abs 2 Satz 3 SGG normierten Voraussetzungen zu beachten: Das Erfordernis, einen Beweisantrag zu benennen, hat die Klägerin erfüllt; auch hat sie ihren Beweisantrag im Berufungsverfahren - wenigstens hilfsweise - noch zuletzt zusammen mit den Sachanträgen gestellt (zu diesem Erfordernis s zB BSG SozR 3-1500 § 160 Nr 29 S 49; BSG SozR 4-1500 § 160 Nr 1 RdNr 5). Dem Urteil des LSG lässt sich jedoch für die Nichtbefolgung des Beweisantrags eine hinreichende Begründung entnehmen (s hierzu § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG):
- 29 Bei der Prüfung, ob das LSG eine hinreichende Begründung dafür gegeben hat, aus welchem Grund es einem Beweisantrag auf Einholung eines Sachverständigengutachtens nicht nachkommt, sind Besonderheiten zu beachten. Es liegt im Ermessen des Gerichts, ob es dem Antrag auf Einholung eines Gutachtens oder eines weiteren Gutachtens nachkommt. Der für andere Beweismittel wie insbesondere den Zeugenbeweis geltende Grundsatz, dass eine Beweiswürdigung nicht vorweggenommen werden darf, gilt nicht für die Frage der Einholung weiterer Sachverständigengutachten. Hier darf das Gericht unter Hinweis darauf, dass von einem Gutachten keine (weiteren) Erkenntnisse zu erwarten seien, weil das Gericht ausreichende eigene Sachkunde habe oder weil ihm bereits ausreichende sachverständige Erkenntnisse vorlägen, dessen Einholung ablehnen. Das Gericht übt sein Ermessen nur dann fehlerhaft aus, wenn sich ihm die Notwendigkeit der Einholung eines (weiteren) Sachverständigengutachtens hätte aufdrängen müssen (s zB Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> NVwZ 1993, 268; BVerwG



NVwZ 2009, 320 RdNr 4; BVerwG NJW 2009, 2614 RdNr 7; BSG SozVers 2002, 218 f; vgl auch Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 103 RdNr 7b).

- 30 Angesichts der dem LSG schon vorliegenden zahlreichen sachverständigen Stellungnahmen (s die Aufzählung im LSG-Urteil S 34: Stellungnahmen vom NRZ Borreliose, vom Robert-Koch-Institut und vom Fachverband der Neurologen, Studie von K. ; Stellungnahme von D. ; - s zudem die Aufzählungen im SG-Urteil S 16 und 17, pauschal in Bezug genommen im LSG-Urteil S 34 unten) liegt in den Ausführungen des LSG zur Ablehnung der Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens eine hinreichende Begründung im Sinne des § 160 Abs 2 Nr 3 Halbsatz 2 SGG. Das LSG hat dafür zunächst angeführt, durch die Änderung des Leistungstatbestandes des Borrelien-LTT seit 1.7.2007 sei inzwischen klargestellt worden, dass der LTT zur Erregerdiagnostik bei Borrelien-Verdacht nicht geeignet sei (LSG-Urteil S 35). Im Zusammenhang mit diesen Ausführungen hat das LSG aber auch zum Ausdruck gebracht, dass schon länger - auch schon zum Zeitpunkt des hier betroffenen Quartals - zahlreiche negative Stellungnahmen zur Eignung des Borrelien-LTT vorlagen und sich daraus das Fehlen der Eignung ergebe.
- 31 3. Die von der Klägerin erhobenen Rügen des Vorliegens grundsätzlicher Bedeutung (Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 1 SGG) sind unbegründet. Denn ein Bedarf nach grundsätzlicher Klärung besteht nicht, weil nur bereits außer Kraft getretenes Recht (sog ausgelaufenes Recht) betroffen ist.
- 32 Eine grundsätzliche Bedeutung setzt eine Rechtsfrage voraus, die in dem angestrebten Revisionsverfahren klärungsfähig (entscheidungserheblich) sowie klärungsbedürftig und über den Einzelfall hinaus von Bedeutung ist (vgl BSG SozR 4-1500 § 153 Nr 3 RdNr 13 mwN). Bei Rechtsfragen zu bereits außer Kraft getretenem Recht muss für eine grundsätzliche Bedeutung entweder noch eine erhebliche Zahl von Fällen auf der Grundlage des ausgelaufenen bzw auslaufenden Rechts zu entscheiden sein, oder die Überprüfung der Rechtsnorm bzw ihrer Auslegung muss aus anderen Gründen fortwirkende allgemeine Bedeutung haben (vgl BSG SozR 1500 § 160a Nr 19; ebenso zB Senatsbeschlüsse vom 5.11.2003 - B 6 KA 69/03 B - mwN, vom 20.7.2006 - B 6 KA 32/06 B - mwN, vom 23.5.2007 - B 6 KA 5/07 B - und vom 29.8.2007 - B 6 KA 26/07 B - RdNr 9 mwN).
- 33 a) An diesen Voraussetzungen fehlt es bei den folgenden von der Klägerin als grundsätzlich bedeutsam angeführten Rechtsfragen (hier verkürzt wiedergegeben),

ob eine im EBM-Ä definierte ärztliche Untersuchung ohne ausdrückliche Ein-



schränkung in der Leistungslegende oder in sonstigen Abrechnungsvorschriften als nur ausnahmsweise im Einzelfall zulässig angesehen werden kann,

ob die Beurteilung, dass die Leistung in offenkundigem Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft stehe, auf eine erst lange nach der Leistungserbringung erteilte Auskunft des Bewertungsausschusses und/oder auf eine erst Jahre nach der Leistungserbringung erfolgte Neufassung der Leistungslegende einer EBM-Ä-Nr gestützt werden darf (*vgl hierzu den Zusatz "nicht zur Erregerdiagnostik" in Nr 32532 EBM-Ä 2005, womit eine Punktwertabsenkung von 153,40 Euro auf 40 Euro einherging, DÄ 2007, A 376*).

- 34 Diese Fragen betreffen speziell nur die eine bereits außer Kraft getretene Leistungsposition Nr 4468 EBM-Ä aF, die von der Beklagten und den Vorinstanzen dahin ausgelegt worden ist, dass ihre routinemäßige Erbringung - insbesondere zur Erregerdiagnostik - nicht zulässig sei.
- 35 Für die deshalb zu prüfende Voraussetzung, ob noch eine erhebliche Zahl von Fällen auf der Grundlage des bereits außer Kraft getretenen Rechts zu entscheiden ist, reichen die von der Klägerin angeführten Fälle nicht aus. Das dort genannte beim SG Stuttgart anhängige Verfahren (S 11 KA 7627/05) betrifft ebenfalls nur den Einzelfall der Klägerin, nämlich die ihr gegenüber vorgenommenen sachlich-rechnerischen Richtigstellungen hinsichtlich der Quartale I/2000 bis IV/2003 (*s obigen Tatbestand S 2 RdNr 3*). Das von der Klägerin benannte weitere Verfahren (S 83 KA 224/08) allein, das nach ihren Angaben beim SG Berlin anhängig ist, belegt nicht das Erfordernis, dass noch eine erhebliche Zahl von Fällen auf der Grundlage desselben außer Kraft getretenen Rechts zu entscheiden ist.
- 36 Auch die Überprüfung, ob eine Entscheidung über Nr 4468 EBM-Ä aF aus sonstigen Gründen fortwirkende allgemeine Bedeutung hat, hilft der Beschwerde nicht zum Erfolg. Diese macht geltend, die von ihr aufgeworfenen Rechtsfragen hätten Bedeutung für eine Vielzahl nach wie vor in Kraft befindlicher EBM-Ä-Leistungstatbestände. Dies ist bei den oben wiedergegebenen Rechtsfragen aber nicht erkennbar. Denn diese sind eng mit der Nr 4468 EBM-Ä aF und der hierin geregelten Untersuchung verknüpft. Anhaltspunkte dafür, dass sich diese Fragen bei anderen Leistungstatbeständen ebenso stellen könnten, sind weder offensichtlich noch aus der Beschwerdebegründung erkennbar.
- 37 Die Berufung der Klägerin auf eine fortwirkende allgemeine Bedeutung für eine Vielzahl nach wie vor in Kraft befindlicher EBM-Ä-Leistungstatbestände ist auch bei den weiteren, von ihr aufgeworfenen Fragen erfolglos. Diese hat sie darauf gerichtet (hier



verkürzt wiedergegeben),

ob ein nur auf Überweisung tätiger Arzt bei Erhalt eines Definitionsauftrags aufklären muss, ob der Einsender ein angeblich vorrangiges anderes Untersuchungsverfahren durchgeführt habe, und ihn ggf auf dieses hinweisen muss,

ob die Beurteilung, dass eine Leistung in offenkundigem Widerspruch zum Stand der medizinischen Wissenschaft stehe, auf Publikationen gestützt werden darf, die erst nach der Leistungserbringung veröffentlicht worden sind,

ob eine sachlich-rechnerische Richtigstellung mit der Therapiefreiheit des Arztes vereinbar ist, wenn die erbrachte Leistung alle Tatbestandsmerkmale einer Leistungslegende erfüllt und lediglich als für die Routinediagnostik nicht geeignet angesehen wird.

- 38 Eine etwaige Bedeutung für eine Vielzahl nach wie vor in Kraft befindlicher EBM-Ä-Leistungstatbestände hätte die Klägerin in ihrer Beschwerdebegründung unter konkreter Benennung solcher noch heute im EBM-Ä aufgeführter Untersuchungsverfahren erläutern müssen. Sie hätte aufzeigen müssen, bei welchen EBM-Ä-Leistungstatbeständen ein vergleichbares Konkurrenzverhältnis zu anderen schlichteren Untersuchungsverfahren besteht und dass diese entweder vom Tatbestand her oder in medizinisch-wissenschaftlichen Publikationen als vorrangig angesehen werden. Solche Erläuterungen finden sich in der Beschwerdebegründung nicht. Die Klägerin benennt zwar eine EBM-Ä-Leistungsposition, nämlich Nr 32314 EBM-Ä, aber aus ihren Ausführungen wird nicht deutlich, dass und inwiefern hier ein Vorrang-Nachrang-Problem zu (welchen?) anderen Leistungen besteht und dass die medizinische Wissenschaft deren routinemäßigen Einsatz als verfehlt ansieht.
- 39 b) Die von der Klägerin geltend gemachte grundsätzliche Bedeutung besteht schließlich auch deshalb nicht, weil die Bedeutung der vorliegenden Rechtssache nicht über den Einzelfall hinausreicht. Im Rahmen des vorliegenden Falles können keine grundsätzlichen Fragen generalisierend beantwortet werden, denn der vorliegende Fall ist von vielen ihn prägenden Besonderheiten gekennzeichnet.
- 40 Mehrere den Einzelfall prägende Gesichtspunkte, legen jeder selbsttragend, aber zumindest alle zusammen tragend, die Annahme nahe, die Klägerin habe den Leistungstatbestand der Nr 4468 EBM-Ä aF in krasser Weise verfehlt: Die Berechtigung zu sachlich-rechnerischer Richtigstellung besteht zunächst dann, wenn die Auslegung des Leistungstatbestandes der Nr 4468 EBM-Ä ergibt, dass die routinemäßige Erbringung



von ihm nicht gedeckt ist (*so die Auslegung des SG und des LSG*). Eine Richtigstellungsberechtigung kann aber auch dann in Betracht kommen, wenn aufgrund der Gesamtumstände ersichtlich ist, dass für einige Leistungen die medizinische Rechtfertigung fehlt und sich die Schlussfolgerung aufdrängt, dass dem zumindest grob fahrlässiges Verhalten zugrunde liegt (*vgl dazu BSGE 96, 99 = SozR 4-5520 § 33 Nr 6 RdNr 28 mwN*). Hierfür können die Ausführungen im Urteil des SG sprechen: Danach lag eine stetige Zunahme der Ansätze eines gut dotierten Leistungstatbestandes vor. Die Steigerung der Zahl der Ansätze erfolgte ungeachtet zahlreicher skeptischer Stellungnahmen der medizinischen Wissenschaft (*vgl dazu SG-Urteil S 10 f, das daraus den Verdacht planmäßig gesteuerter Leistungsanforderungen der überweisenden Ärzte ableitet; s auch LSG-Urteil S 33 unten, allerdings die Schlussfolgerung offenlassend*). Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten kann nicht davon ausgegangen werden, dass eine Aussicht besteht, eine allgemeingültige Antwort auf eine der von der Klägerin aufgeworfenen Fragen zu geben.

- 41 c) Die Klärungsbedürftigkeit fehlt schließlich auch bei der von der Klägerin formulierten Rechtsfrage (hier verkürzt wiedergegeben),
- ob die KÄV berechtigt ist, den gesamten Honorarumsatz ohne Rücksicht auf die entstandenen Kosten zurückzufordern.
- 42 Diese Frage ist nicht klärungsbedürftig, das BSG hat sie bereits beantwortet. Das BSG hat in ständiger Rechtsprechung Gegenrechnungen oder den Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung nicht akzeptiert. Hierzu sind in der Beschwerdebegründung verschiedene BSG-Urteile benannt worden. Darüber hinaus sei beispielhaft noch auf die weiteren Entscheidungen BSGE 74, 154, 158 = SozR 3-2500 § 85 Nr 6 S 35 f und BSG SozR 4-2500 § 39 Nr 3 (*insbes RdNr 14*) hingewiesen. Die Ansicht der Klägerin, die von ihr benannten Urteile zu dieser Frage hätten nur bestimmte Fallkonstellationen betroffen, sie ließen keine allgemeine Schlussfolgerung zu, entbehrt der Grundlage.
- 43 4. Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 160a Abs 4 Satz 2 Halbsatz 2 SGG abgesehen.
- 44 Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 3 SGG iVm einer entsprechenden Anwendung der §§ 154 ff Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Danach trägt die Klägerin die Kosten des von ihr erfolglos geführten Rechtsmittels (§ 154 Abs 2 VwGO).
- 45 Die Festsetzung des Streitwerts hat ihre Grundlage in § 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG iVm § 63 Abs 2 Satz 1, § 52 Abs 1, § 47 Abs 1 und 3, § 40 Gerichtskostengesetz.

