

BUNDESSOZIALGERICHT



Beschluss in dem Rechtsstreit

Az: B 6 KA 3/13 B

L 12 KA 61/09 ZVW (Bayerisches LSG)
S 32 KA 712/03 (SG München)

.....,

Kläger und Beschwerdeführer,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Berufungsausschuss für Ärzte Bayern,
Eisenheimerstraße 39, 80687 München,

Beklagter und Beschwerdegegner,

beigeladen:

1. Kassenärztliche Vereinigung Bayerns,
Eisenheimerstraße 39, 80687 München,
2. AOK Bayern - Die Gesundheitskasse,
Carl-Wery-Straße 28, 81739 München,
3. BKK Landesverband Bayern,
Züricher Straße 25, 81476 München,
4. IKK classic,
Tannenstraße 4b, 01099 Dresden,
5. Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau
als landwirtschaftliche Krankenkasse,
Weissensteinstraße 70-72, 34131 Kassel,
6. Verband der Ersatzkassen e.V. - vdek,
Askanischer Platz 1, 10963 Berlin,
7.



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat am 5. Juni 2013 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 ehrenamtlichen Richter Dr. L ö r z und M i c h a l a k beschlossen:

Die Beschwerde des Klägers gegen die Nichtzulassung der Revision im Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 1. August 2012 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 275 000 Euro festgesetzt.

G r ü n d e :

I

- 1 Im Streit steht die Feststellung, dass der Bescheid des beklagten Berufungsausschusses vom 6.3.2003, mit dem dem Kläger eine Sonderzulassung zur Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit an der A. -Klinik versagt worden war, rechtswidrig ist.
- 2 Der - inzwischen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene und zugleich belegärztlich tätige - Kläger ist Facharzt für Hals-Nasen-Ohrenheilkunde (HNO). Für Ärzte dieses Fachgebiets bestehen im Planungsbereich M. Stadt und Land Zulassungsbeschränkungen. Seit November 2000 war er als genehmigter belegärztlicher Sicherstellungsassistent an der A. -Klinik in M. tätig, deren Trägerin die Beigeladene zu 7. ist. Im Februar 2001 erschien in dem "Bayerischen Staatsanzeiger" eine Anzeige der Beigeladenen zu 7., in der eine Tätigkeit als Belegarzt in der Fachrichtung HNO annonciert wurde. Nachfolgend setzte die Klinik die zu 1. beigeladene Kassenärztliche Vereinigung (KÄV) hiervon in Kenntnis und legte zugleich eine Bewerbung des Klägers mit der Anfrage vor, ob es weitere Bewerber gebe. Mit Schreiben vom 18.5.2001 beantragte die Beigeladene zu 7. die Sonderzulassung des Klägers nach § 103 Abs 7 SGB V und teilte mit, dass man mangels anderer Bewerber mit dem Kläger einen Belegarztvertrag geschlossen habe. Die Beigeladene zu 1. schrieb daraufhin alle in M. zugelassenen HNO-Ärzte mit der Bitte um Mitteilung an, ob sie von der Ausschreibung Kenntnis erlangt und Interesse an der ausgeschriebenen Belegarztstätigkeit hätten. In der Folgezeit bekundeten sieben Vertragsärzte ihr Interesse; von diesen bewarben sich zwei (Dr. Go. und Dr. G.) bei der Beigeladenen zu 7. Der Kläger selbst beantragte am 22.6.2001 beim Zulassungsausschuss eine Sonderzulassung nach § 103 Abs 7 SGB V; beigelegt war eine Anlage, in



der die Klinik ihm drei Belegbetten bestätigte und mitteilte, der Belegarztvertrag sei am 18.5.2001 geschlossen worden. Der Zulassungsausschuss ließ den Kläger mit der Begründung als Belegarzt zu, dass es innerhalb zumutbarer Frist nach Erscheinen der ordnungsgemäßen Ausschreibung keine Bewerbungen gegeben habe; die nachgereichten Bewerbungen hätten nicht zu Vertragsabschlüssen geführt (*Bescheid vom 24.1.2002*). Auf den Widerspruch der KÄV hob der Beklagte diese Entscheidung auf und wies den Zulassungsantrag des Klägers zurück. Die Ausschreibung der belegärztlichen Tätigkeit durch die Beigeladene zu 7. sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, der Abschluss eines Belegarztvertrages zum 18.5.2001 sei nicht nachgewiesen worden und die Beigeladene zu 7. habe keine korrekten Verhandlungen mit den von der Beigeladenen zu 1. vermittelten weiteren Bewerbern geführt (*Bescheid vom 6.3.2003*).

3 Das SG hat die hiergegen erhobene Klage abgewiesen (*Urteil vom 22.7.2004*). Während des nachfolgenden Berufungsverfahrens hat der Zulassungsausschuss - nach erneuter Ausschreibung der Stelle eines Belegarztes für HNO in der Klinik der Beigeladenen zu 7. und Abschluss eines Belegarztvertrages, welcher die Zurverfügungstellung von nunmehr sechs Belegbetten beinhaltet - einem weiteren Antrag des Klägers auf Sonderzulassung als Belegarzt stattgegeben. Der Kläger hat sodann seinen Antrag in einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt. Das LSG hat die Berufung zurückgewiesen. Es hat seine Entscheidung damit begründet, im Zeitpunkt der Entscheidung des Beklagten habe es an einem als Grundlage für ein ordnungsgemäßes Belegarztverhältnis geeigneten Belegarztvertrag gefehlt. In Anbetracht der dort bestimmten Zahl von drei Belegbetten sei nicht erwiesen, dass zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit ausgeübt werden sollen; drei Belegbetten seien für eine ordnungsgemäße belegärztliche Tätigkeit nicht ausreichend (*Urteil vom 10.10.2007*).

4 Auf die Revision des Klägers hat das BSG (*Urteil vom 2.9.2009 - B 6 KA 44/08 R - = SozR 4-2500 § 103 Nr 6*) das Urteil des LSG aufgehoben und den Rechtsstreit zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückverwiesen. Die Zahl von nur drei Belegbetten stelle kein absolutes Ausschlusskriterium dar und lasse für sich genommen noch nicht den Schluss auf eine nicht wirklich gewollte belegärztliche Tätigkeit und damit auf eine Umgehung der Zulassungsbeschränkungen zu. Die Feststellungen des LSG ermöglichten andererseits keine für den Kläger positive Entscheidung. Angesichts des Umstandes, dass für die HNO-Abteilung des Krankenhauses, in dem der Kläger tätig werden wolle, im Krankenhausbedarfsplan 30 Betten vorgesehen seien, für die vor der Zulassung des Klägers bereits zehn Belegärzte an der Klinik tätig gewesen seien, müsse der Krankenhausträger bei Ausschreibung einer weiteren Belegarztposition zum Zwecke des Ausschlusses einer missbräuchlichen Handhabung des § 103 Abs 7 SGB V gegenüber den Zulassungsgremien konkret darlegen, weshalb er einen weiteren Belegarzt an sich binden wolle. Dies sei jedenfalls dann notwendig, wenn die Zahl der Belegbetten für den neu zuzulassenden Arzt deutlich hinter der durchschnittlichen Bettenzahl je Belegarzt in der jeweiligen Fachrichtung zurückbleibe - hierzu fehlten Feststellungen des LSG -



und das nicht mit der niedrigen Zahl der Planbetten in der betroffenen Abteilung erklärt werden könne. Ob die Einbindung eines zusätzlichen Belegarztes danach geboten gewesen sei, werde das LSG klären müssen. Nach dem Inhalt der Akten bestünden auch erhebliche Zweifel, ob der Krankenhausträger mit den im Planungsbereich niedergelassenen Ärzten so ernstlich und von der Absicht einer Einigung getragen über den Abschluss eines Belegarztvertrages verhandelt habe, dass die Neuzulassung eines Arztes in einem ohnehin überversorgten Planungsbereich nicht erforderlich ist. Auch hierzu habe das Berufungsgericht - von seiner Rechtsauffassung aus folgerichtig - keine Feststellungen getroffen.

- 5 Das LSG hat nach Durchführung weiterer Ermittlungen die Berufung des Klägers erneut zurückgewiesen (*Urteil vom 1.8.2012*). Zur Begründung hat es ausgeführt, zwar scheitere der Anspruch des Klägers nicht daran, dass der Belegarztvertrag zunächst gar nicht und dann nur als Kopie vorgelegt worden sei; auch sei das Ausschreibungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden. Weiter habe tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit iS des § 121 Abs 2 SGB V durchgeführt werden sollen, und schließlich habe diese Tätigkeit auch nicht nur pro forma ausgeübt und faktisch völlig gegenüber der Tätigkeit in der niedergelassenen Praxis in den Hintergrund treten sollen. Die Fortsetzungsfeststellungsklage sei dennoch unbegründet, weil die Beigeladene zu 7. den Vorrang der bereits im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte nicht ausreichend berücksichtigt habe. Dies setze voraus, dass in einer Form verhandelt werde, die erkennen lasse, dass die Möglichkeit einer Einigung ernsthaft ausgelotet und nicht nur Scheinverhandlungen geführt würden. Zumindest bezogen auf den Zeugen Dr. G. sei die Beigeladene zu 7. diesen Anforderungen nicht gerecht geworden, weil diesem in dem am 5.10.2001 geführten Gespräch nicht die streitgegenständliche neunte Belegarztstelle angeboten, sondern eine belegärztliche Tätigkeit im Zusammenhang mit einer zehnten Belegarztstelle in Aussicht gestellt worden sei. Dies ergebe sich zur Überzeugung des Senats aus dem Protokoll der Sitzung des Zulassungsausschusses am 10.10.2001 sowie der Aussage des Zeugen P. am 1.8.2012. Ein ernsthaftes Bemühen der Beigeladenen zu 7. hinsichtlich eines Vertragsabschlusses mit einem bereits niedergelassenen Vertragsarzt könne der Senat daher nicht erkennen. Nachdem der Senat überzeugt sei, dass mit Dr. G. lediglich über eine zehnte Belegarztstelle, nicht jedoch über die streitgegenständliche neunte Belegarztstelle verhandelt worden sei, komme es auf die widersprüchlichen Aussagen der Zeugen zur Bereitschaft von Dr. G. hinsichtlich der Ableistung von Bereitschaftsdiensten nicht mehr an.
- 6 Mit seiner Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision in diesem Urteil macht der Kläger Rechtsprechungsabweichungen (*Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 2 SGG*) sowie Verfahrensmängel (*Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 3 SGG*) geltend.



II

- 7 Die Beschwerde des Klägers hat keinen Erfolg.
- 8 1. Bezüglich der vom Kläger erhobenen Rüge, es liege eine Rechtsprechungsabweichung vor (*Zulassungsgrund gemäß § 160 Abs 2 Nr 2 SGG*), ist bereits zweifelhaft, ob sie in vollem Umfang die Darlegungsanforderungen erfüllt. Zulässigkeitsvoraussetzung für eine Divergenzrüge ist, dass Rechtssätze aus dem LSG-Urteil und aus einer höchstrichterlichen Entscheidung einander gegenübergestellt werden und dargelegt wird, dass sie nicht miteinander vereinbar sind und das Berufungsurteil auf dieser Divergenz beruht. Dabei ist der jeweils aktuelle Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde maßgebend (*vgl. dazu zB BSG SozR 1500 § 160 Nr 61; BSG Beschluss vom 23.4.2008 - B 6 KA 47/07 B -, jeweils mwN*).
- 9 Diesen Anforderungen genügt die Beschwerdebegründung nur ansatzweise, insbesondere, weil sie keine divergierenden Rechtssätze des BSG und des Berufungsgerichts in klarer Formulierung bezeichnet. Zwar werden in der Beschwerdebegründung Rechtssätze des BSG angeführt, von denen das LSG abgewichen sein soll: Benannt werden das Fehlen eines Kontrahierungszwang für Krankenhausträger, vorrangig mit niedergelassenen Vertragsärzten den Belegarztvertrag abzuschließen, das Recht des Krankenhausträgers, einen bestimmten externen Bewerber zu favorisieren, solange er die Zusammenarbeit mit den interessierten im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzten prüft und deren Argumente für ihre Eignung in seinen Entscheidungserwägungen nachvollziehbar einbezieht, sowie der Grundsatz, dass das Anforderungsprofil für die Belegarztztätigkeit auch solche Leistungen enthalten kann, die zwar grundsätzlich belegärztlich, fachlich jedoch allein von noch vor kurzem in einem Krankenhaus operativ tätigen Ärzten mit entsprechender Erfahrung erbracht werden können. Ob sich Rechtssätze dieses Inhalts vollumfänglich der Rechtsprechung des Senats entnehmen lassen, kann dahingestellt bleiben. Denn der Beschwerdeführer unterlässt es, diesen Rechtssätzen solche des LSG gegenüberzustellen, die den genannten Rechtssätzen des BSG *widersprechen*. Vielmehr beschränkt sich der Kläger auf die Feststellung, dass das LSG die Rechtssätze des BSG bei seiner Entscheidung *nicht berücksichtigt* habe. Die bloße Nichtberücksichtigung höchstrichterlicher Rechtsprechung - ohne dieser erkennbar zu widersprechen - stellt (ggf) eine fehlerhafte Rechtsanwendung dar, jedoch keine Abweichung iS des § 160 Abs 2 Nr 2 SGG.
- 10 Im Übrigen ist die Rüge auch unbegründet. Eine Divergenzrüge ist nur erfolgreich, wenn die einander gegenüber gestellten Rechtssätze im Berufungsurteil und in einer höchstrichterlichen Entscheidung, die sich auf revisibles Recht iS des § 162 SGG beziehen, miteinander nicht vereinbar sind. Dies muss jeweils entscheidungstragende Obersätze betreffen. Dabei ist der jeweils aktuelle Stand der bundesgerichtlichen Rechtsprechung im Zeitpunkt der Entscheidung über die Nichtzulassungsbeschwerde maßgebend. Zudem darf nicht lediglich isoliert auf



einzelne Sätze der bundesgerichtlichen Entscheidung abgestellt werden, sondern zu berücksichtigen ist der Kontext, in dem die für die Divergenzrüge angeführte bundesgerichtliche Entscheidung jeweils steht (*BSG vom 9.2.2011 - B 6 KA 49/10 B - SozR 4-5520 § 21 Nr 1 RdNr 22 iVm 25*).

- 11 Legt man die vom Kläger benannten Rechtssätze des BSG zugrunde, ist nicht erkennbar, inwiefern das LSG hiervon abgewichen sein soll. Das LSG hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass der Krankenhausträger über die streitgegenständliche neunte Belegarztstelle überhaupt nicht mit Dr. G. verhandelt habe. Als Obersatz hat es den Rechtssatz vorangestellt, der Vorrang der niedergelassenen Ärzte erfordere es, dass (mit Bewerbern aus diesem Kreis) in einer Form verhandelt werde, die erkennen lasse, dass die Möglichkeit einer Einigung ernsthaft ausgelotet und nicht nur Scheinverhandlungen geführt würden. Dieser Rechtssatz entspricht der Rechtsprechung des BSG. Im Ergebnis rügt der Kläger allenfalls eine fehlerhafte Subsumtion seitens des LSG. Mit seiner Argumentation, die Beigeladene zu 7. sei berechtigt gewesen, die Verhandlungen mit Dr. G. *abzubrechen*, nachdem sich herausgestellt habe, dass dieser kein "Vielbeleger" gewesen sei, übersieht der Kläger im Übrigen, dass das LSG nicht den Abbruch der Verhandlungen beanstandet hat, sondern die - vom Kläger nicht mit zulässigen Revisionsrügen beanstandete - Feststellung getroffen hat, dass mit Dr. G. über die streitgegenständliche neunte Belegarztstelle *überhaupt nicht* verhandelt worden ist. Dass diese Vorgehensweise nicht den wegen des Vorrangs der niedergelassenen Ärzte zu beachtenden Anforderungen genügt, liegt auf der Hand.
- 12 2. Soweit der Kläger Verfahrensmängel rügt, entspricht sein Vorbringen bereits nicht den Darlegungsanforderungen; dies führt zur Unzulässigkeit der Rüge.
- 13 Für den Vorhalt, das LSG habe Vorbringen des Klägers unberücksichtigt gelassen, bestehen besondere Darlegungsanforderungen (§ 160a Abs 2 Satz 3 SGG). Denn grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht das tatsächliche Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis nimmt und bei seiner Entscheidung würdigt, selbst wenn sich dies nicht ausdrücklich aus dem Urteil ergibt (*BVerfGE 86, 133, 144 f; stRspr des Senats, vgl Beschluss vom 8.4.2005 - B 6 KA 60/04 B - Juris, dort RdNr 6 mwN; Beschluss vom 11.3.2009 - B 6 KA 31/08 B - Juris RdNr 43; Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 10. Aufl 2012, § 62 RdNr 7 mwN*). Die gegenteilige Annahme - dh ein Versäumnis des Gerichts, eine bestimmte Argumentation der Beteiligten in Erwägung zu ziehen - bedarf daher greifbarer Anhaltspunkte, die der Beschwerdeführer im Einzelnen aufzuzeigen hat (*vgl dazu BVerfG <Kammer> Beschluss vom 7.12.2006 - 2 BvR 722/06 - DVBl 2007, 253, 254 - mwN zur Rechtsprechung des BVerfG; BSGE 88, 193, 204 = SozR 3-2500 § 79a Nr 1 S 13; BSG Beschluss vom 11.3.2009 aaO*). Zudem muss der Beschwerdeführer darlegen, inwiefern die Einbeziehung seines vermeintlich unberücksichtigt gebliebenen Vorbringens zu einem anderen Urteilsspruch hätte führen können (*BSG Beschluss vom 11.3.2009 - B 6 KA 31/08 B - Juris RdNr 43 mwN*). Diesen Anforderungen genügt die



Beschwerdebegründung nicht. Letztlich macht der Kläger nicht geltend, dass das LSG sein Vorbringen nicht berücksichtigt habe, sondern rügt allein die - aus seiner Sicht - unzutreffende Würdigung des Vorbringens durch das Berufungsgericht.

- 14 a. Soweit der Kläger rügt, das LSG habe sein Vorbringen nicht berücksichtigt, der Verzicht des SG auf die Zeugeneinvernahme des Dr. G. sei entscheidungserheblich gewesen, weil ihm - dem Kläger - die Zulassung schon im Falle der Ungeeignetheit bzw Unwilligkeit der Mitbewerber habe erteilt werden müssen, fehlt es schon an Ausführungen dazu, inwiefern die Einbeziehung gerade dieses vermeintlich unberücksichtigt gebliebenen Vorbringens zu einem anderen Urteilsspruch hätte führen können. Dies gilt umso mehr, als das LSG Dr. G. als Zeugen gehört und dabei auch zu seiner Bereitschaft befragt hat, an Bereitschaftsdiensten teilzunehmen.
- 15 b. Soweit der Kläger darüber hinaus allgemein rügt, das LSG habe sein Vorbringen unberücksichtigt gelassen, dass ihm - dem Kläger - die Zulassung zu erteilen gewesen sei, weil sich die Mitbewerber als ungeeignet oder unwillig erwiesen hätten, insbesondere weil Dr. G. nicht bereit gewesen sei, an Bereitschaftsdiensten teilzunehmen, genügt sein Vorbringen nicht den Darlegungsanforderungen, weil er schon keine Anhaltspunkte dafür benennt, dass das LSG dieses Vorbringen unberücksichtigt gelassen hat. Letztlich rügt der Kläger dies auch überhaupt nicht, sondern beanstandet allein, dass das Berufungsgericht die Frage, ob Dr. G. zur Teilnahme an Bereitschaftsdiensten bereit gewesen sei, offengelassen hat. Das ausdrückliche Offenlassen dieser Frage in den Entscheidungsgründen bestätigt jedoch, dass das LSG das Vorbringen sehr wohl berücksichtigt hat. Im Übrigen durfte das LSG - aus seiner Sicht - diese Frage sehr wohl offen lassen, weil es dann, wenn überhaupt keine Verhandlungen über die streitgegenständliche neunte Belegarztstelle geführt worden sind, auch nicht darauf ankommt, ob sich der Bewerber in dieser Verhandlung - wäre sie durchgeführt worden - ggf als ungeeignet erwiesen hätte.
- 16 Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 Satz 1 Teilsatz 3 SGG iVm §§ 154 ff VwGO. Als unterlegener Beteiligter hat der Kläger auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen (§ 154 Abs 2 VwGO). Eine Erstattung der Kosten Beigeladener ist nicht verlasst, da diese keine Anträge gestellt haben (§ 162 Abs 3 VwGO; vgl BSGE 96, 257 = SozR 4-1300 § 63 Nr 3, RdNr 16).
- 17 Die Festsetzung des Streitwerts entspricht der Festsetzung der Vorinstanz vom 1.8.2012, die von keinem der Beteiligten in Frage gestellt worden ist (§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG iVm § 63 Abs 2 Satz 1, § 52 Abs 1, § 47 Abs 1 und 3 GKG).

