

## L 16 KR 73/01

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
16  
1. Instanz  
SG Düsseldorf (NRW)  
Aktenzeichen  
S 4 KR 158/98  
Datum  
30.10.2000  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 16 KR 73/01  
Datum  
23.05.2006  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
B 3 KR 16/06 B  
Datum  
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 30. Oktober 2000 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig sind Ansprüche der Gemeinschuldner X Q und N C auf Ersatz entstandener bzw. noch entstehender Schäden im Zusammenhang mit der beabsichtigten Erbringung von Leistungen der ambulanten Rehabilitation bei orthopädisch-traumatologischen Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates für Versicherte der Beklagten, die von dem Kläger als deren Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.

Die Gemeinschuldner verfügen über Ausbildungen zum Masseur, medizinischen Bademeister und Krankengymnasten (spätere Bezeichnung: Physiotherapeut). 1994 entwickelten sie die Idee, ihre bis dahin jeweils selbständig betriebenen Praxen aufzugeben und ein Zentrum für ambulante orthopädisch-traumatologische Rehabilitation (AOTR) zu eröffnen. Sie gründeten 1995 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts und traten in Kontakt zu einem Investor, der Räumlichkeiten - nach Umbauten - in F entsprechend dem Anforderungsprofil der Gemeinschuldner zur Verfügung stellen wollte. Am 15.02.1995 beantragten sie bei der Barmer Ersatzkasse -BEK- F, am 15.11.1995 bei den Primärkassen (Allgemeine Ortskrankenkasse -AOK- Westfalen-Lippe, Landesverband Nordrhein-Westfalen -NRW- der Betriebskrankenkassen sowie der Innungskrankenkassen und Landwirtschaftliche Krankenkasse Westfalen-Lippe), am 27.12.1995 bei dem Landesverband Rheinland-Westfalen der gewerblichen Berufsgenossenschaften die von ihnen für erforderlich gehaltene Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen, hilfsweise den Abschluss einer entsprechenden vertraglichen Vereinbarung.

Da die BEK F den Antrag versehentlich zunächst nicht an die Landesvertretung der Ersatzkassen in Dortmund weiterleitete, blieb dieser unbeschieden. Die Primärkassen übersandten den Gemeinschuldnern unter dem 21.11.1995 eine Aufstellung mit den von ihnen festgelegten personellen, räumlichen und gerätetechnischen Anforderungen an AOTR-Zentren. Zugleich enthielt das Schreiben den Hinweis, dass kein Anspruch auf eine Zulassung zur Leistungserbringung bestehe. Ende Dezember 1995 legten die Gemeinschuldner den Primärkassen erste Qualifikationsnachweise für das in Aussicht genommene Personal vor. Sie ermittelten einen vorläufigen Kapitalbedarf für die Gründung des Reha-Zentrums in Höhe von 585.000 DM, den sie vollständig mit Krediten decken wollten. Zu deren Absicherung legten sie Bürgschaften in Höhe von je 50.000 DM ihrer Ehefrauen vor und schlossen Risikolebensversicherungen über 290.000 DM bzw. 200.000 DM ab. Zudem erfolgte die Abtretung von Ansprüchen aus einer angesparten Lebensversicherung in Höhe von 140.000 DM. Auf Drängen des Vermieters der angedachten Räumlichkeiten schlossen sie im März 1996 den Mietvertrag für das Reha-Zentrum mit einer Laufzeit von 15 Jahren. Mietbeginn war der 01.04.1996. Zunächst lag die Miete bei monatlich 10.000 DM zuzüglich Nebenkosten, da noch nicht sämtliche Räumlichkeiten fertig gestellt waren. Der Gemeinschuldner Q sowie später der Gemeinschuldner C zogen mit ihren ehemaligen Massage-/Physiotherapeutenpraxen in die neuen Räumlichkeiten ein, die mit Geräten im Wert von rd. 270.000 DM sowie zusätzlich geleasteten Geräten ausgestattet wurden. Am 22.04.1996 und 09.06.1996 legten die Gemeinschuldner weitere Qualifikationsnachweise von zukünftigen Mitarbeitern sowie sonstige von den Primärkassen angeforderte Unterlagen vor, u. a. einen Kooperationsvertrag vom 31.05.1996 mit dem niedergelassenen Arzt für Chirurgie Dr. T über 20 Stunden wöchentlicher Anwesenheit im Reha-Zentrum und sonstige Bereitschaftsdienste. Zum 01.06.1996 stellten die Gemeinschuldner Personal (Krankengymnasten, leitender Krankengymnast, Masseure, Sportlehrer) ein. Die monatlichen Personalkosten betrugen 40.000 DM einschließlich des Unternehmerlohns für die beiden Gemeinschuldner in Höhe von je 6.000 DM. Zugleich wurde das Reha-Zentrum eröffnet. Der Medizinische Dienst der Krankenversicherung (MDK) Westfalen-Lippe kam bei einer detaillierten Überprüfung aller von den Gemeinschuldnern vorgelegten Unterlagen zu dem Ergebnis, aus ärztlicher Sicht könne keine Befürwortung einer Zusammenarbeit der Primärkassen mit diesen erfolgen, da keinerlei Reha-Konzepte vorlägen, die Qualifikation der Mitarbeiter insgesamt nicht genüge, Aussagen über die räumliche Ausstattung anhand der vorgelegten Baupläne nicht möglich seien und ein Teil der als notwendig erachteten Geräte fehle. Dementsprechend teilten die Primärkassen über ihre Arbeitsgemeinschaft den

Gemeinschuldern mit Schreiben vom 17.07.1996 mit, das Reha-Zentrum erfülle in mehrfacher Hinsicht nicht die Qualifikationsanforderungen. Außerdem seien das Ergebnis des laufenden Gesetzgebungsverfahrens und die Auswirkungen auf Reha-Zentren im AOTR-Bereich, der bislang nicht gesetzlich geregelt sei, nicht absehbar. Derzeit komme der Abschluss eines entsprechenden Vertrages mit den Gemeinschuldern nicht in Betracht.

Mit Schreiben vom 16.07.1996 rügte die Landesbereichsvertretung Westfalen-Lippe der Beklagten den Gemeinschuldern gegenüber, dass die u. a. an Patienten verteilte Broschüre des Reha-Zentrums unzutreffende Aussagen über die Genehmigungsfähigkeit von ärztlichen Verordnungen für AOTR-Leistungen und die Übernahme von Fahrkosten durch die gesetzlichen Krankenkassen enthalte. Die gerügten Aussagen seien aus der Broschüre zu entfernen. Ansonsten würden rechtliche Schritte eingeleitet. Außerdem sei darauf hinzuweisen, dass jede einzelne komplexe ambulante Rehabilitation ihrer Versicherten für den Bereich Orthopädie/Traumatologie der vorherigen Genehmigung der Ersatzkassen bedürfe. Da das Zentrum in organisatorischer, personeller und sonstiger Hinsicht nicht den Anforderungen genüge, kämen vertragliche Bindungen - zu verweisen sei auf den Inhalt zahlreicher erläuternder Telefonate - ohnehin nicht in Betracht. Gleichfalls werde es in Zukunft auch keine positiven Einzelfallentscheidungen der Ersatzkassen mehr geben. Am 23.09.1996 legten die Gemeinschuldner eine mit dem Aufkleber "Die erweiterte ambulante Physiotherapie- (EAP-) Behandlung bedarf der ausdrücklichen Genehmigung des Kostenträgers (Krankenkasse, Berufsgenossenschaft)" versehene Broschüre vor.

Im Juli 1996 wies auch die BEK F, die zunächst als einzige Ersatzkasse ab Mai 1996 trotz fehlender vertraglicher Bindung zu den Gemeinschuldern die Vergütung erbrachter AOTR-Leistungen angekündigt hatte, darauf hin, dass dies zukünftig nicht mehr in Betracht komme.

Trotz des o. g. Schreibens vom 17.07.1996 erklärten sich die Primärkassen zur Überprüfung der weiteren inzwischen vorgelegten Personalunterlagen, betreffend inzwischen abgeschlossene oder begonnene Fortbildungen der Mitarbeiter der Gemeinschuldner, bereit. Unter dem 28.08.1996 erkannte der MDK nur geringfügige Verbesserungen im Verhältnis zur Vorprüfung. Im Ergebnis sah er sich weiterhin gehindert, den Abschluss eines Vertrages zu befürworten. Die Gemeinschuldner wechselten daraufhin einen Teil des Personals aus. Ab dem 01.09.1996 standen ihnen zudem erweiterte Räumlichkeiten zur Verfügung, die zu monatlichen Belastungen in Höhe von insgesamt rd. 30.000 DM - ohne Nebenkosten - führten. Die Arbeitsgemeinschaft der Primärkassen beschloss am 19.09.1996, dass wegen des nunmehr gesetzlich vorgegebenen erheblichen Einsparvolumens ein Abschluss weiterer Rahmenverträge mit AOTR-Zentren generell in 1996 nicht mehr in Betracht komme. Trotz der vom Prozessbevollmächtigten der Gemeinschuldner angekündigten Schadensersatzansprüche in Millionenhöhe lehnten die Primärkassen am 10.10.1996 den Antrag auf Abschluss eines AOTR-Vertrages mit den Gemeinschuldern erneut ab. Zur Begründung stellten sie darauf ab, derzeit seien die personellen Voraussetzungen nicht erfüllt. Auch solle die Evaluation von laufenden Modellvorhaben im AOTR-Bereich abgewartet werden. Die Handlungsspielräume der Gesetzlichen Krankenversicherung seien durch das geplante Beitragsentlastungsgesetz erheblich eingeschränkt. Ergänzend wiesen sie darauf hin, dass keine Zulassung gemäß [§ 124 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#), wie vom Prozessbevollmächtigten der Gemeinschuldner behauptet, erforderlich sei, sondern rechtlich lediglich ein Vertrag über die Erbringung von Leistungen nach [§ 43 SGB V](#) in Betracht komme.

Am 28.10.1996 erstrebten die Gemeinschuldner im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes von den Primärkassen die Zulassung zur ambulanten Reha-Behandlung bei orthopädisch-traumatologischen Erkrankungen sowie in deren Rahmen zur erweiterten ambulanten Physiotherapie (EAP) gemäß [§ 124 SGB V](#), hilfsweise den Abschluss eines inhaltsgleichen Vertrages. In dem unter dem Aktenzeichen [S 4 Kr 104/96](#) ER bei dem Sozialgericht Düsseldorf geführten Verfahren trugen die Gemeinschuldner vor, es bestehe ein Rechtsanspruch auf Zulassung, wobei den Primärkassen keine Bedarfsprüfung eröffnet sei. Die Qualifikationsanforderungen an das Personal seien zum überwiegenden Teil inzwischen erfüllt. Die noch fehlenden Fortbildungen würden in nächster Zeit beendet; dies könne einer Zulassung nicht entgegenstehen, sondern allenfalls in eine Bedingung für die zu erteilende Zulassung gefasst werden. Die finanzielle Situation der Gemeinschuldner stelle sich bei eklatantem Missverhältnis zwischen Ausgaben in Höhe von rd. 90.000 DM monatlich und Einnahmen in Höhe von derzeit rd. 15.000 DM als dramatisch dar. Die Primärkassen vertraten demgegenüber die Auffassung, sie hätten nie einen Vertrauenstatbestand geschaffen; denn sie hätten eine Zulassung, die sie im Übrigen gar nicht für erforderlich und rechtlich nicht für möglich hielten, zu keiner Zeit in Aussicht gestellt. Außerdem erfüllten die Gemeinschuldner weiterhin nicht das Qualifikationsprofil. Zudem könnten diese auch bei Abschluss eines Rahmenvertrages nicht von stetig zufließenden Einnahmen ausgehen. Verträge mit AOTR-Zentren seien in der Vergangenheit ausschließlich mit sechsmonatiger Kündigungsfrist zum Halbjahres- bzw. Jahresende geschlossen worden. Auch stehe die Leistungsgewährung nach [§ 43 SGB V](#) den Versicherten gegenüber im Ermessen der gesetzlichen Krankenkasse.

Mit Beschluss vom 11.12.1996 verpflichtete das Sozialgericht die Primärkassen, die Gemeinschuldner vorläufig zur Abgabe physiotherapeutischer Leistungen zur ambulanten Rehabilitation entsprechend nachgewiesener Qualifikation des Personals zuzulassen. Den weitergehenden Antrag der Gemeinschuldner wies es ab.

Unter dem 16.12.1996 mahnte der Prozessbevollmächtigte der Gemeinschuldner daraufhin bei den Beklagten unter Bezugnahme auf den o. g. Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf eine endgültige oder vorläufige Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen bzw. den Abschluss eines inhaltsgleichen Vertrages an. Unter Bezugnahme auf die dem Gemeinschuldner Q bereits vor geraumer Zeit gegebenen Informationen wies die Landesbereichsvertretung Westfalen-Lippe der Beklagten darauf hin, dass die begehrte Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen nicht ausgesprochen werden könne. Es handele sich um ergänzende Leistungen zur Rehabilitation auf der Grundlage von [§ 43 SGB V](#). Derartige Verträge würden von den Ersatzkassen seit dem 01.04.1995 generell nicht mehr abgeschlossen.

Auf die Beschwerde sowohl der Primärkassen als auch der Gemeinschuldner schlossen die Beteiligten in dem Ausgangs-Verfahren [S 4 Kr 104/96](#) am 13.02.1997 vor dem Landes-sozialgericht NRW (LSG NRW, Az.: L 16 SKr 1/97) einen gerichtlichen Vergleich. Danach verpflichteten sich die Primärkassen zum Abschluss eines Vertrages über die Erbringung der komplexen AOTR nach ihrem Standardvertragsmuster unter dem Vorbehalt, dass die Gemeinschuldner weitere Nachweise über die persönliche Qualifikation der beiden Mitarbeiter Otten und Fuchs vorlegen und der MDK die Voraussetzungen insgesamt, gegebenenfalls nach Ortsbegehung, befürwortet, wobei die letzte Entscheidung bei den Primärkassen verbleiben sollte. Nachdem der MDK unter dem 20.02.1997 eine deutliche Verbesserung in personeller Hinsicht attestiert hatte, schlossen die Primärkassen und die Gemeinschuldner am 05.03.1997 einen Vertrag über die Erbringung der komplexen ambulanten Rehabilitation als ergänzende Leistungen gemäß [§ 43 Abs. 2 SGB V](#). Der Vertrag begann rückwirkend zum 01.01.1997 und endete am 30.06.1997, falls die Gemeinschuldner nicht rechtzeitig vor Ablauf noch fehlende Nachweise über die Absolvierung von Weiterbildungsveranstaltungen für verschiedene Mitarbeiter entsprechend der Auflistung vom 05.03.1997 vorlegten.

Ansonsten war eine halbjährliche Kündigungsfrist zum Halbjahres- bzw. Jahresende vorgesehen.

Im Hinblick auf den mit den Primärkassen geschlossenen gerichtlichen Vergleich machte der Bevollmächtigte der Gemeinschuldner mit Schreiben vom 24.02.1997 und 12.03.1997 erneut gegenüber den Beklagten einen Anspruch auf - bedarfsunabhängige - Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen geltend. Es bestehe aber auch Einverständnis mit dem Abschluss eines Vertrages, wie vom LSG NRW in dem o. g. Verfahren angeregt. Als Anlagen überreichte er alle bis zu diesem Zeitpunkt vorliegenden Unterlagen, betreffend die personelle, räumliche und gerätetechnische Ausstattung des Reha-Zentrums. Die Beklagten verblieben jedoch bei ihrer mit Schreiben vom 20.12.1996 erteilten Absage (Schreiben vom 04.04.1997).

Mit Bescheid des Landesverbandes Rheinland-Westfalen der gewerblichen Berufsgenossenschaften vom 01.04.1997 erfolgte eine positiv Entscheidung auf den Antrag der Gemeinschuldner vom 27.12.1995 über eine Zulassung zur EAP ab Bescheiddatum, befristet bis zum 31.12.1998, auf der Grundlage des Anforderungsprofils der Unfallversicherungsträger.

Nunmehr beantragten die Gemeinschuldner am 26.05.1997 bei dem Sozialgericht Düsseldorf (Az.: S 1 Kr 25/97) den Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die Beklagten, gerichtet auf Abschluss eines Vertrages entsprechend deren Mustervertrag für AOTR-Leistungen aus dem Jahre 1994. Im Hinblick auf Personalwechsel im Reha-Zentrum im April und Mai 1997 legten die Gemeinschuldner die die neuen Mitarbeiter betreffenden Qualifikationsnachweise vor. Die Beklagten verblieben jedoch bei ihrer Auffassung, dass es keiner Zulassung bedürfe und ein Vertragsabschluss nicht in Frage komme. Das Modell der AOTR-Zentren befinde sich im Bereich der Krankenkassen noch in der Erprobung. Die Evaluation werde voraussichtlich 1998 abgeschlossen sein. Deren Ergebnis solle zunächst abgewartet werden. Daher seien seit dem 01.04.1995, wie den Gemeinschuldnern bereits mehrfach mitgeteilt, überhaupt keine AOTR-Verträge mit Leistungserbringern mehr abgeschlossen worden. Darüber hinaus stellten die Ersatz-kassen zum Teil andere Qualifikationsanforderungen als die Primärkassen, die im Fall der Gemeinschuldner nicht erfüllt seien. Es sei beispielsweise nach dem Vertragsmuster der Ersatzkassen lediglich ein AOTR-Zentrum unter ärztlicher Leitung denkbar. Weder die Qualifikation noch die tatsächliche Verfügbarkeit von Dr. T sei jedoch nachgewiesen.

Das Sozialgericht Düsseldorf verpflichtete die Beklagten mit Beschluss vom 14.07.1997, mit den Gemeinschuldnern einen bis zum 31.07.1998 befristeten Vertrag nach dem Muster der Ersatzkassen über EAP-Leistungen abzuschließen, wobei die Leistungserbringung durch die Gemeinschuldner in eigener Person oder durch Personal gemäß nachgewiesener bzw. bis zum Vertragsschluss noch nachzuweisender Qualifikation erfolgen sollte. Die zunächst eingelegte Beschwerde nahmen die Beklagten zurück.

Am 17.07.1997 beantragten verschiedene Gläubiger der Gemeinschuldner, deren Verbindlichkeiten inzwischen bei rd. 1,5 Millionen DM lagen, die Eröffnung des Konkursverfahrens, dem das zuständige Amtsgericht mit Beschluss vom 22.08.1997 entsprach. Der Kläger wurde zum Konkursverwalter eingesetzt. Zum Abschluss eines Vertrages mit den Beklagten, die Anfang August 1997 diesbezüglich Verhandlungen aufnehmen wollten, kam es daher nicht mehr.

Nachdem die Beklagten außergerichtlich mit Schreiben vom 30.01.1998 geltend gemachte Forderungen des Klägers auf Schadensersatz wegen Verweigerung der Zulassung der Gemeinschuldner als Leistungserbringer für ambulante Reha-Leistungen am 29.05.1998 abgelehnt hatten, hat der Kläger am 31.07.1998 Klage zum Sozialgericht Düsseldorf erhoben. Zur Begründung hat er vorgetragen, die Beklagten hätten 1995 durch ihre Verbände beschlossen, nur noch solche Reha-Zentren zur EAP-Behandlung zuzulassen, die den Zulassungsantrag vor dem 01.04.1995 gestellt hatten oder die im Hinblick auf einen in Aussicht gestellten Vertrag erhebliche Investitionen in ihr Reha-Zentrum getätigt hatten. Mit diesem Beschluss hätten die Beklagten gegen den unstreitbar gemäß [§ 124 SGB V](#) bestehenden, bedarfsunabhängigen Anspruch auf Zulassung und Abschluss eines Durchführungsvertrages gemäß [§ 125 SGB V](#) verstoßen. Zugleich liege darin ein Verstoß der Beklagten als marktbeherrschende Unternehmen gegen das Diskriminierungsverbot des [§ 35 i. V. m. § 26 Abs. 2](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der bis zum 31.12.1998 gültigen Fassung wegen sachlich nicht gerechtfertigter Ungleichbehandlung von zeitlich früher zu zeitlich später gestellten Anträgen. EAP-Leistungen fielen auch nicht unter [§ 43 Nr. 2 SGB V](#) in der bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung. Die rechtliche Einordnung dieser Leistungen hänge nicht davon ab, ob die Versicherten der Kassen auf diese Leistungen einen Anspruch hätten. Denn auch bei nur freiwilligen, nach Ermessen zu bewilligenden Leistungen dürften diese nur durch einen zugelassenen Leistungserbringer mit einem Vertrag nach [§ 125 Abs. 2 SGB V](#) erbracht werden. Die Voraussetzungen zur Erbringung von AOTR-Leistungen seien zudem erfüllt gewesen. Das Personal der Gemeinschuldner habe der im Standardvertrag der Beklagten verlangten Qualifikation entsprochen. Der wirtschaftliche Zusammenbruch des Reha-Zentrums der Gemeinschuldner sei die unmittelbare Folge der Weigerung der Beklagten gewesen, die begehrte Zulassung zu erteilen. Auch hätten die Beklagten schuldhaft, nämlich vorsätzlich gehandelt. Ab dem 01.08.1997 hätte die Gemeinschuldner den Betrieb des AOTR-Zentrums wegen der fristlosen Kündigung der Mitarbeiter, deren Arbeitsentgelte über mehrere Monate nicht mehr gezahlt worden seien, einstellen müssen. Bezüglich der Schadensberechnung, die lediglich die Zeit ab dem 01.11.1996 erfasse, wird auf die Klageschrift Bezug genommen.

Nach Veröffentlichung des Urteils des Bundessozialgerichts -BSG- vom 05.07.2000, Az.: [B 3 KR 12/99 R](#), [SozR 3-2500 § 40 Nr. 3](#), hat der Kläger ergänzend vorgebracht, durch diese Entscheidung sei der Auffassung der Beklagten, EAP-Leistungen fielen unter [§ 43 Nr. 2 SGB V](#) a. F., eine klare Absage erteilt worden. Die Beklagten hätten überdies auch nach ihrem Vorstandsbeschluss von 1995 in den Jahren 1996 bis sogar 1998 noch Zulassungsverträge in nicht unbedeutender Anzahl abgeschlossen. Der Vorstandsbeschluss verstoße schon allein deshalb gegen [§ 26 Abs. 2 GWB](#) a. F., denn er wirke sich für die Leistungserbringer als eine nach [§ 26 Abs. 2 GWB](#) unzulässige Marktsperre aus. Er bedeute eine abstrakte Bedarfsprüfung, noch dazu nach Kalenderdatum, die eindeutig unzulässig sei und eine Ungleichbehandlung nicht rechtfertige.

Der Kläger hat beantragt,

1. die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Konkursverwalter im Konkurs 8 N 79/97, Amtsgericht Rheine (X Q), 780.000 DM entsprechend 398.807, 67 EUR nebst 7,5 % Zinsen jährlich seit dem 01.02.1998 zu zahlen;
2. die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Konkursverwalter im Konkurs 12 N 42/97, Amtsgericht Rheine (N C), 740.000 DM entsprechend 378.355,99 EUR nebst 7,5 % Zinsen jährlich seit dem 01.02.1998 zu zahlen und

3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger auch sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die den Gemeinschuldnern Q und C aus der Weigerung der Beklagten, die Gemeinschuldner bei den Versicherten der Ersatzkassen zu Leistungen der ambulanten Rehabilitation bei orthopädisch/traumatologischen Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates zuzulassen, noch entstehen werden.

Die Beklagten haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Zur Begründung haben sie darauf verwiesen, dass ein Schadensersatzanspruch nicht bestehe. Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsgebot setze eine Ungleichbehandlung ohne sachlichen Grund voraus. Im Verhältnis zu Leistungserbringern, die zeitgleich mit den Gemeinschuldnern oder später einen Antrag auf Vertragsabschluss gestellt hätten, liege eine Ungleichbehandlung nicht vor, denn diesen sei ebenfalls eine ablehnende Entscheidung erteilt worden. Die Ungleichbehandlung der späteren Antragsteller im Verhältnis zu den früheren sei sachlich gerechtfertigt. Ihre, der Beklagten, Vorstände hätten beschlossen, keine weiteren Verträge zur Erbringung von AOTR-Leistungen mit potentiellen Leistungserbringern zu schließen, die einen Antrag nach dem 01.04.1995 gestellt hätten. Zu einem solchen Verhalten seien gesetzliche Krankenkassen grundsätzlich befugt, solange es sich nicht um Leistungen handele, bezüglich derer der jeweilige Leistungserbringer einen Zulassungsanspruch habe. Ein solcher habe jedoch nicht bestanden. Die Leistungen seien als ambulante Rehabilitationsmaßnahmen im Sinne von [§ 43 Nr. 2 SGB V](#) a. F. einzuordnen, die im Rahmen eines Modellvorhabens durchgeführt worden seien, um probeweise den Bereich der stationären Rehabilitation zu entlasten. Dieser Modellversuch sei durch den o. g. Beschluss der Vorstände beendet worden. Ein solcher Beschluss sei jederzeit möglich. Ansonsten wäre die gesetzliche Krankenkasse verpflichtet, jedes einmal begonnene Vorhaben auf unbestimmte Zeit weiterzuführen. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch scheitere jedoch auch am fehlenden Verschulden. Eine höchststrichterliche Entscheidung zu der Frage, inwieweit ein Anspruch auf Abschluss einer AOTR-Leistung umfassenden vertraglichen Vereinbarung bestehe, existiere nicht. Ihr könne daher kein Verschulden vorgeworfen werden, wenn sie ab einem bestimmten Stichtag keine diesbezüglichen Verträge mehr habe schließen wollen. Darüber hinaus sei ein Schaden nur dann kausal durch die vorgeworfene, von ihr weiterhin bestrittene Pflichtverletzung entstanden, wenn bei Hinzudenken der unterlassenen Handlung der Schaden mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen wäre. Der Kläger gehe jedoch zu Unrecht von einer vollen Auslastung des REHA-Zentrums über den hier strittigen Zeitraum aus. Wie er selbst anführe, seien die tatsächlichen Zahlen in Bezug auf die Primärkassenpatienten weit hinter den Umsatzerwartungen zurückgeblieben. Des weiteren verschweige der Kläger, dass die Gemeinschuldner tatsächlich auch Ersatzkassenpatienten behandelt und die Mitgliedschaften für diese die anfallenden Kosten übernommen hätten. Soweit der Kläger laufende Betriebs- bzw. Investitionskosten unter dem Begriff der ungedeckten Kosten geltend mache, könnten diese ebenfalls nicht einer etwaigen Pflichtverletzung zugerechnet werden. Es sei nicht nachvollziehbar, wieso die Gemeinschuldner bereits kurz vor Antragstellung und Monate vor der Eröffnung des REHA-Zentrums Räumlichkeiten und Gerätschaften vorgehalten, also Investitionen getätigt und Miet- bzw. Leasingverbindlichkeiten übernommen hätten. Spätestens im Rahmen des [§ 254](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) wäre dies dem Kläger entgegenzuhalten, zumal den Gemeinschuldnern oblegen hätte, so zu kalkulieren, dass auch ohne ausbleibende Ersatzkassenpatienten ein wirtschaftliches Betreiben des Zentrums möglich gewesen wäre.

Wie das BSG in der o. g. Entscheidung vom 05.07.2000 bestätigt habe, sei ein Zulassungsanspruch erst ab der zum 01.01.2000 geänderten Rechtslage anzunehmen. Für den ursprünglich begehrten Vertragsabschluss habe, wie sie immer vertreten hätten, im SGB V keine leistungserbringerrechtliche Grundlage bestanden. Es fehle also insoweit weiterhin an einem Verschulden ihrerseits.

Mit Urteil vom 30.10.2000 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen darauf abgestellt, die Klage sei als allgemeine Leistungsklage zulässig. Durch Änderung des [§ 69 SGB V](#) in der Fassung ab dem 01.01.2000 i. V. m. § 51 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG) sei klar gestellt worden, dass die Sozialgerichte für die Entscheidung über den geltend gemachten Schadensersatzanspruch zuständig seien. Die Klage sei jedoch nicht begründet. Es könne dahinstehen, ob grundsätzlich ein Zulassungsanspruch bestanden habe. Der geltend gemachte Schaden beruhe jedenfalls nicht auf der Weigerung der Beklagten, die beantragte Zulassung zu erteilen bzw. eine entsprechende vertragliche Vereinbarung zu schließen. Denn ein solcher Anspruch hätte frühestens ab Erfüllung aller Zulassungsvoraussetzungen bestanden. Der Kläger sowie die Gemeinschuldner hätten jedoch selbst eingeräumt, dass bis Ende Oktober 1996 drei der fünf Mitarbeiter der Gemeinschuldner die erforderlichen Zusatzausbildungen noch nicht abgeschlossen gehabt hätten. Mit dem endgültigen Abschluss sei erst im Mai bzw. Juni 1997 zu rechnen gewesen. Dementsprechend habe das Sozialgericht Düsseldorf im einstweiligen Rechtsschutzverfahren mit Beschluss vom 14.07.1997 die Beklagten auch nicht zur vorbehaltslosen Zulassung verurteilt. Aber selbst wenn die Ablehnung der Zulassung bzw. des Vertragsschlusses rechtswidrig gewesen sein sollte, so lasse sich der vom Kläger geltend gemachte Schaden nicht ursächlich auf die Weigerung der Beklagten zurückführen. In der Berechnung der Schadenssumme werde unterstellt, dass die Gemeinschuldner ausschließlich für gesetzlich Versicherte gearbeitet hätten bzw. hätten arbeiten wollen. Der Anteil der behandelten privat Versicherten bzw. der Patienten, bei denen Kostenträger die Berufsgenossenschaften gewesen seien, werde nicht berücksichtigt. Da in den ersten Monaten seit der Eröffnung des REHA-Zentrums noch keine Zulassung durch die Primärkassen vorgelegen habe, aber schon Umsätze von ca. 15.000 DM im Monat erreicht worden seien, sei anzunehmen, dass ein erheblicher Anteil auf privat Versicherte entfallen sei. Die Gemeinschuldner hätten selbst eingeräumt, dass der erwartete Umsatz nach Vertragsschluss mit den Primärkassen hinter den Erwartungen zurückgeblieben sei. Unter Berücksichtigung der ab März 1997 erzielten Umsatzzahlen hätte der hochgerechnete Umsatz für die Behandlung von Ersatzkassenpatienten keinesfalls ausgereicht, um eine Kostendeckung herbeizuführen. Ein Konkurs wäre auch bei rechtzeitigem Abschluss eines Vertrages mit den Beklagten nicht vermeidbar gewesen.

Gegen das seinen Prozessbevollmächtigten am 02.04.2001 zugestellte Urteil hat der Kläger am 25.04.2001 Berufung eingelegt, zu deren Begründung er ergänzend geltend gemacht hat, die Beklagten hätten sich bei Verweigerung der Zulassung nie auf eine fehlende Qualifikation der Mitarbeiter der Gemeinschuldner berufen. Es habe im Übrigen allenfalls eine Qualifikationsspitze gefehlt mit der Folge, dass die Zulassung unter einer Auflage hätte erfolgen müssen. Auch der eingetretene Personalwechsel im April/Mai 1997 hätte nicht zu Verlust der Zulassung führen können, da das Qualifikationsniveau nur vorübergehend und geringfügig unterschritten worden wäre. Bei Betrachtung des zeitlichen Ablaufs ab Stellung des Erstantrages bei der BEK F am 15.02.1995 könne man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Beklagten die Bearbeitung erheblich verzögert hätten. So hätten sie die Zulassungsvoraussetzungen erst am 08.08.1997 mitgeteilt, obwohl sie eng mit den Primärkassen zusammengearbeitet hätten und über den Sachstand des dortigen Verfahrens informiert gewesen seien.

Die Ausführungen des Sozialgerichts zur Umsatzhöhe hätten nur auf der Grundlage eines Sachverständigen-Gutachtens eines Wirtschaftsprüfers oder Betriebswirts erfolgen dürfen, da ihm die zur Beurteilung dieser Frage die erforderliche Sachkenntnis zwangsläufig fehle. Sonst wäre dem Sozialgericht klar gewesen, dass der Umsatz in den Monaten vor Vortragsschluss mit den Primärkassen aus konventioneller Physiotherapie (Massagen, Bäder, Krankengymnastik) herrührte, den Bereichen, in denen die Gemeinschuldner auch schon vor Eröffnung des REHA-Zentrums zugelassen gewesen seien. Schließlich sei auch die Schlussfolgerung, ein Konkurs Mitte 1997 habe auch bei rechtzeitiger Erteilung der Zulassung durch die Beklagten nicht verhindert werden können, nicht nachvollziehbar. Es stelle immerhin einen beträchtlichen Unterschied dar, wie hoch die Verlustfolgen bei Konkurs seien. Bei rechtzeitiger Zulassung der Gemeinschuldner durch die Beklagten hätte sich zumindest deren Schuldenlast erheblich verringert.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 30.10.2000 abzuändern und 1. die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Konkursverwalter im Konkurs 8 N 79/97 Amtsgericht Rheine (X Q) einen Betrag von 399.000 EUR (entsprechend bisher 780.000 DM) nebst 7,5 % Zinsen jährlich seit dem 01.02.1998 zu zahlen; 2. die Beklagten zu verurteilen, an ihn als Konkursverwalter im Konkurs 12 N 42/97 Amtsgericht Rheine (N C) 378.500 EUR (entsprechend bisher 740.000 DM) nebst 7,5 % Zinsen jährlich seit dem 01.02.1998 zu zahlen und 3. festzustellen, dass die Beklagten als Gesamtschuldner verpflichtet sind, dem Kläger als Konkursverwalter auch sämtliche weiteren Schäden zu ersetzen, die den Gemeinschuldnern Q und C aus der Weigerung der Beklagten noch entstehen, die Gemeinschuldner bei den Versicherten der Ersatzkassen zu Leistungen der ambulanten Rehabilitation bei orthopädisch/traumatologischen Erkrankungen des Stütz- und Bewegungsapparates bis zum Zeitpunkt der Insolvenzeröffnung (22.08.1997) zuzulassen.

Er beantragt hilfsweise für den Fall des Unterliegens,

die Revision zuzulassen.

Die Beklagten beantragen,

die Berufung des Klägers zurückzuweisen.

Sie tragen ergänzend vor, der Mustervertrag, den sie vertraglichen Vereinbarungen zur Erbringung von AOTR-Leistungen Mitte der neunziger Jahre zugrunde gelegt hätten, lasse keine Kompensation fehlender Qualifikationen bei einzelnen Mitarbeitern zu. Der Kläger führe selbst aus, dass - erst - im März 1997 die Zulassungsvoraussetzungen vollständig gegeben gewesen seien, es danach wegen des Personalwechsels jedoch wiederum zu Defiziten gekommen sei. Der MDK, der im Auftrag der Primärkassen von 1996 bis 1998 mehrfach die personelle Situation der Gemeinschuldner geprüft habe, sei der Auffassung gewesen, dass selbst am 16.03.1998 die Anforderungen nicht erfüllt gewesen seien. Ohnehin habe jedoch kein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages bestanden. Deshalb sei ihnen kein rechtswidriges und schuldhaftes Verhalten vorzuwerfen. Die Rechtslage sei zum damaligen Zeitpunkt völlig ungeklärt gewesen. Schließlich sei der Konkurs der Gemeinschuldner durch einen rechtzeitigen Vertragsabschluss mit den Ersatzkassen nicht abwendbar gewesen. Die vom Kläger behaupteten Mehreinnahmen nach Vertragsschluss mit ihnen sei völlig unrealistisch; denn die vorgelegten Umsatzzahlen wiesen keinerlei Kontinuität auf. Ausgehend von den Umsatzzahlen für März bis Mai 1997 ergäbe sich ? hochgerechnet auf das Jahr 1997 - immer noch keine Kostendeckung, geschweige denn ein Gewinn.

Nach Änderung der Gesetzeslage im Jahre 2000 sei von der Möglichkeit der Anpassung der Verträge, die im Rahmen des Modellversuchs abgeschlossen worden waren, nicht Gebrauch gemacht worden. Vielmehr habe es gegenüber den bisherigen AOTR-Vertragspartnern im Juni 2001 Änderungskündigungen zum 31.12.2001 gegeben sowie gegebenenfalls - bei Vorliegen der geänderten Voraussetzungen - Zulassungen auf der Grundlage des Konzeptes der Bundesarbeitsgemeinschaft für Rehabilitation (BAR). Die Ergebnisse des Modellversuchs seien nämlich in ein gemeinsam mit den Rentenversicherungsträgern abgestimmtes Reha-Konzept eingeflossen, das in den gemeinsamen sog. BAR-Empfehlungen seinen Niederschlag gefunden habe, die bundesweit einheitliche Voraussetzungen für die Zulassungserteilung im ambulanten Rehabilitationsbereich enthielten.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage wird auf den Inhalt der Prozessakte, der Verwaltungsvorgänge der Beklagten sowie der beigezogenen Prozessakten des Sozialgerichts Düsseldorf S [4 Kr 104/96](#) ER und S 1 Kr 25/97 Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung waren.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts vom 30. Oktober 2000 hat keinen Erfolg.

Die Berufung ist zulässig. Bedenken gegen den Rechtsweg zur Sozialgerichtsbarkeit bestehen nicht. Der erkennende Senat ist nicht gemäß [§ 17a Abs. 5](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) gehindert, die Zulässigkeit des Rechtsweges zu prüfen; denn das Sozialgericht hat entgegen [§ 17a Abs. 3 S. 2 GVG](#) über die Zulässigkeit des Rechtsweges nicht vorab durch Beschluss entschieden, sondern erst mit dem angefochtenen Urteil (vgl. insoweit Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz -SGG-, 8. Aufl. 2005, § 51 RdNr. 64a m. w. N.). Der Sozialrechtsweg ergibt sich aus § 51 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 in der Fassung der Änderung durch Art. 32 Nr. 3 des Gesetzes vom 20.12.1988 ([BGBl. I S. 2477](#)). Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit auch über Streitigkeiten, die in Angelegenheiten nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch entstehen auf Grund von Entscheidungen oder Verträgen der Krankenkassen oder ihrer Verbände, auch soweit durch diese Angelegenheit Dritte betroffen wurden. Bezüglich der Rechtswegzuständigkeit ist gemäß [§ 17 Abs. 1 S. 1 GVG](#) auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem die Klage rechtshängig geworden ist (Bundesgerichtshof -BGH-, Beschl. vom 11.12.2001, Az: [KZB 12/01](#), Neue Juristische Wochenschrift -NJW- 202, 1351 ff., m. w. N.), also auf den 31.07.1998. Vorliegend werden Schadensersatzansprüche im Zusammenhang mit der versagten Zulassung der Gemeinschuldner zur Erbringung von AOTR-Leistungen geltend gemacht. Im Jahre 1997 konnte dies nur mittels einer - privatrechtlichen - vertraglichen Vereinbarung geschehen (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes -GmSOGB-, Beschl. vom 10.04.1986, Az.: [GmS-OGB 1/85](#), SozR 1500 § 51 Nr. 39); denn zum Zeitpunkt der erstrebten Zulassung gab es noch keine statusbegründende gesetzliche Bestimmung, betreffend AOTR-Leistungen. Erst zum 01.01.2000 hat der Gesetzgeber in [§ 40 Abs. 1 SGB V](#) eine Rechtsgrundlage zumindest für den Anspruch des Versicherten auf ambulante (einschließlich teilstationärer)

Rehabilitationsmaßnahmen geschaffen. Deshalb hatte erst seit diesem Zeitpunkt die Zulassung von wohnortnahen Einrichtungen in entsprechender verfassungskonformer Anwendung der bestehenden Grundsätze des Leistungserbringerrechts durch Verwaltungsakt, mithin öffentlich-rechtlich, zu geschehen (BSG, Urt. vom 05.07.2000, Az.: [B 3 KR 12/99 R](#), [SozR 3-2500 § 40 Nr. 3](#) S. 12). Der privatrechtliche Charakter der Zulassung zur Versorgung der gesetzlich Versicherten im Rahmen von AOTR-Leistungen und des daraus abgeleiteten Schadensersatzanspruches stehen einer Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit jedoch nicht entgegen; denn den Sozialgerichten war auch bereits zum Zeitpunkt der Klageerhebung neben den in [§ 51 Abs. 1 SGG](#) bezeichneten öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten auch bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten nach Abs. 2 S. 1 Nr. 3 zugewiesen (BGH, Beschl. vom 05.06.1997, Az.: [I ZB 26/96](#), [NJW 1998, 825](#) f.). Die Rechtswegzuweisung des [§ 87 GWB](#) in der bis zum 31.12.1999 geltenden Fassung an die Zivilgerichtsbarkeit geht nicht vor. Schon mit dem Gesundheitsreformgesetz (GRG) vom 20. Dezember 1988 ([BGBl I 2477](#)) hatte der Gesetzgeber durch die Neufassung des [§ 51 Abs. 2 SGG](#) den Rechtsweg regeln und alle Streitigkeiten aus dem Leistungserbringerrecht den Sozialgerichten zuweisen wollen. Die Zivilgerichte vertraten demgegenüber die Auffassung, [§ 87 GWB](#) gehe weiterhin als Spezialregelung vor, so dass für auf kartellrechtliche Ansprüche gestützte Klagen weiterhin ihre Zuständigkeit gegeben sei (BGH, a. a. O.). Auf der anderen Seite vertrat das Bundessozialgericht die Auffassung, die Sozialgerichte seien auch für auf kartellrechtliche Anspruchsgrundlagen gestützte Klagen zuständig, wenn vorrangig andere nichtkartellrechtliche Fragestellungen maßgeblich seien (BSG, Urt. vom 24.01.1990, Az.: 3 KR/10/98, [SozR 3-2500 § 125 Nr. 1](#)). Dies ist vorliegend der Fall; denn als streitentscheidende Vorfrage ist insbesondere zu entscheiden, ob die Beklagten den Gemeinschuldnern zu Recht den Abschluss vertraglicher Vereinbarungen über die Erbringung und Abrechnung von AOTR-Leistungen verwehrt haben.

Die Leistungsanträge zu 1. und 2. sind zulässig. Eine sonst vorrangige Verpflichtungsklage gemäß [§ 54 Abs. 1 S. 1](#) - 2. Alt. SGG steht den erhobenen Leistungsklagen gemäß [§ 54 Abs. 5 SGG](#) nicht entgegen; denn über den Ausgleich des geltend gemachten Schadens könnten die Beklagten mangels Anwendbarkeit des öffentlichen Rechts nicht durch Verwaltungsakt entscheiden. Vorverfahren und Klagefrist mussten dementsprechend nicht beachtet werden (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, a. a. O., § 54 RdNr. 41). Am Vorliegen der Klagebefugnis entsprechend [§ 54 Abs. 1 S. 2 SGG](#) (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, a. a. O., § 54 RdNr. 41a m. w. N.) bestehen keine Zweifel. Das für den Antrag zu 3. erforderliche Feststellungsinteresse gemäß [§ 55 Abs. 1](#) - 2. Halbsatz SGG ist ebenfalls zu bejahen, wenn der konkrete Umfang des Schadens, wie hier, noch nicht überschaubar ist.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Sozialgericht hat zu Recht mit Urteil vom 30. Oktober 2000 die Klage abgewiesen. Der geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der bereits entstandenen und noch entstehenden Schäden gegenüber den Beklagten ist bereits dem Grunde nach nicht gegeben; eine Entscheidung über die Höhe von Schadensersatzforderungen der Gemeinschuldner war vom Senat nicht mehr zu treffen.

Für den von dem Kläger geltend gemachten Schadensersatzanspruch ist eine Rechtsgrundlage nicht zu erkennen.

Vertragliche Schadensersatzansprüche scheiden aus, weil zur Zeit des von dem Kläger vorgeworfenen Verhaltens im Jahre 1997 zwischen den Gemeinschuldnern und den Beklagten keinerlei vertraglichen Beziehungen bestanden, diese vielmehr durch die Gemeinschuldner erst angestrebt wurden.

Der Kläger kann Schadensersatzansprüche gegen die Beklagten auch nicht aus [§ 823 Abs. 2](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) i. V. m. der Verletzung von Schutzgesetzen, aus [§§ 1, 26](#) und [35 GWB](#) (in der bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung) bzw. aus [§ 826 BGB](#) herleiten.

Gemäß [§ 26 Abs. 2 S. 1 GWB](#) in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung bzw. § 20 Abs. 1 S. 1 GWB in der aktuellen Fassung dürfen marktbeherrschende Unternehmen ... ein anderes Unternehmen in einem Geschäftsverkehr, der gleichartigen Unternehmen üblicherweise zugänglich ist, weder unmittelbar noch mittelbar unbillig behindern oder gegenüber gleichartigen Unternehmen ohne sachlich gerechtfertigten Grund unmittelbar oder mittelbar unterschiedlich behandeln. Wer vorsätzlich oder fahrlässig gegen eine Vorschrift dieses Gesetzes, des GWB, ... verstößt, ist, sofern die Vorschrift ... den Schutz eines anderen bezweckt, diesem zum Ersatz des aus dem Verstoß entstandenen Schadens verpflichtet, vgl. [§ 35 Abs. 1 S. 1 GWB](#) in der bis zum 31.12.1998 geltenden Fassung bzw. § 33 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 GWB in der aktuellen Fassung.

Die Voraussetzungen der oben genannten Vorschriften bzw. der genannten Vorschriften aus dem BGB liegen nicht vor; denn das Verhalten der Beklagten war rechtmäßig. Es verstieß nicht gegen wettbewerbsrechtliche Regelungen. Deshalb kann offen bleiben, ob die geltend gemachten Schadensersatzansprüche, wie das Sozialgericht angenommen hat, auch aus dem Grunde nicht bestehen, weil das Verhalten der Beklagten für den von dem Kläger geltend gemachten Schaden nicht kausal geworden ist. Dafür sprechen u. a. die sehr hohe, kaum nachzuvollziehende Risikobereitschaft der Gemeinschaftsschuldner beim Eingehen und Aufrechterhalten erheblicher wirtschaftlicher Verpflichtungen über viele Monate bereits vor Klärung der Beziehungen zu den Sozialversicherungsträgern, die erst kurz vor Eintritt der Insolvenz getroffenen Vereinbarungen mit den Primärkassen und den Berufsgenossenschaften, aber auch der Umstand, dass die Kostenübernahme in jedem einzelnen Behandlungsfall - mit ungewissem Ergebnis - einer Ermessensentscheidung der Krankenkassen gemäß [§ 43 SGB V](#) bedurfte.

Ein Schadensersatzanspruch nach [§ 26 Abs. 2 GWB](#) hängt davon ab, dass die Gemeinschuldner im Hinblick auf die nicht erfolgte Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen bzw. durch den fehlenden Abschluss eines entsprechenden Vertrages unbillig behindert oder ungerechtfertigt unterschiedlich behandelt worden sind. Zwar ist in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt, dass sich aus [§ 35 Abs. 1](#) i. V. m. [§ 26 Abs. 2 GWB](#) a. F. im Einzelfall mittelbar auch ein Anspruch auf Abschluss eines Vertrages im Sinne eines Kontrahierungszwanges oder auf eine bestimmte inhaltliche Gestaltung im Rahmen bestehender Vertragsverhältnisse ergeben kann (Immenga/Mestmäcker-Markert, GWB - Kommentar zum Kartellrecht, 2. Aufl., § 26 Rdz. 300 m. w. N.). Auch im Hinblick auf die weiteren von dem Kläger geltend gemachten Verbotsnormen ist die zunächst erklärte Weigerung der Beklagten, die Voraussetzungen für die Erbringung und Abrechnung von AOTR-Leistungen zu Gunsten der Versicherten der Beklagten zu schaffen, deshalb jedoch nicht unzulässig gewesen, weil sie zur Überzeugung des Senates nicht in der Absicht erfolgten, bestimmte Unternehmen "unbillig" zu beeinträchtigen. Als Unternehmen in diesem Sinne kann auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, wie sie die Gemeinschuldner betrieben, angesehen werden, soweit sie auf dem Markt agiert und dort Güter nachfragt bzw. wirtschaftliche Leistungen anbietet. Ob eine beabsichtigte Beeinträchtigung aber unbillig war, kann nur aufgrund einer Abwägung der Interessen der Beteiligten unter Berücksichtigung der grundsätzlich auf Erhaltung von Wettbewerbsfreiheit gerichteten Zielsetzung des GWB beurteilt werden (vgl. Immenga/Mestmäcker-Markert, a.a.O., § 26 Rdz. 37 m. w. N.). Unbilligkeit in diesem Sinne

vermag der Senat nicht zu erkennen. Die Interessen der Beklagten, sich zunächst abwartend zu verhalten und die Rechtslage gerichtlich klären zu lassen, überwogen die Interessen der Gemeinschuldner am Abschluss eines Vertrages zur Erbringung von AOTR-Leistungen bei Weitem.

Bereits die 1996 und 1997, aber auch in der Folgezeit von den Gemeinschuldnern vertretene Auffassung, es bestehe ein öffentlich-rechtlicher Anspruch auf Zulassung zur Erbringung von AOTR-Leistungen unabhängig von jeder Bedarfsprüfung, ging fehl. Wie das BSG in einer aktuellen Entscheidung (Urt. vom 01.09.2005, Az.: [B 3 KR 3/04 R](#), [SozR 4-2500 § 40 Nr. 2](#)) sehr deutlich gemacht hat, gab es 1996/1997 noch keine entsprechende statusbegründende gesetzliche Bestimmung. Die Beklagten haben aber auch nicht zu Unrecht den Abschluss entsprechender vertraglicher Vereinbarungen verweigert. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es eine endgültige Verweigerung nicht gegeben hat. Vielmehr wird aus der Rücknahme der Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 14.07.1997 in dem unter dem Aktenzeichen S 1 Kr 25/97 geführten einstweiligen Rechtsschutzverfahren - unabhängig von der Frage, ob der Beschluss eine zutreffende Entscheidung darstellt - deutlich, dass die Beklagten gewillt waren, entsprechend der sozialgerichtlichen Entscheidung zu verfahren und mit den Gemeinschuldnern einen bis zum 31.07.1998 befristeten Vertrag nach dem Muster der Ersatzkassen über EAP-Leistungen zu schließen. Infolge des Insolvenzverfahrens kam es dann jedoch nicht mehr zum Vertragsschluss. Der Senat hat aber auch keine Bedenken, dass die Beklagten sich bis zu diesem Zeitpunkt zu Recht geweigert haben, entsprechende vertragliche Beziehungen zu den Gemeinschuldnern einzugehen. Das Konzept der AOTR wurde Anfang der 90er-Jahre im Bereich der Berufsgenossenschaften entwickelt und ca. 1993 von den Beklagten für den Bereich der Ersatzkassen eingeführt. Patienten mit schwerwiegenden degenerativen Veränderungen sowie Unfallverletzungen des muskuloskelettalen Systems sollten "unter einem Dach" von Krankengymnasten, Masseuren und Sportlehrern unter fachärztlicher Leitung behandelt werden. In der Folgezeit hatten die Beklagten im Rahmen dieses Modellvorhabens Verträge mit sog. AOTR-Zentren geschlossen, weil sie sich Ersparnisse durch kürzere Krankengeldzahlungen erhofften. Der Begriff "AOTR" fand indes niemals Eingang ins Gesetz, die Krankenkassen erbrachten sie als ergänzende Leistungen zur Rehabilitation nach [§ 43 SGB V](#). Da zu dieser Zeit auch noch andere und ebenfalls gesetzlich nicht erfasste Rehabilitationsleistungen - z. B. die EAP - angeboten wurden, aber nicht klar war, ob der Gesetzgeber solche Leistungen überhaupt künftig in den Leistungskatalog aufnehmen würde, gegebenenfalls verbunden mit welchem Anforderungsprofil an die Leistungserbringer, hält es der Senat für billigenswert, dass die Beklagten zunächst die Ergebnisse des mit den bisherigen Vertragspartnern erbrachten Modellversuchs abwarten wollten. Aus dem entsprechenden Beschluss der Beklagten vom 01.04.1995 geht eindeutig hervor, dass mit keinem weiteren potentiellen Leistungserbringer mehr entsprechende vertragliche Beziehungen begründet werden sollten. Dies haben die Beklagten gegenüber den Gemeinschuldnern auch durchgehend so geäußert. Es bestehen auch keine Zweifel, dass sich die Beklagten an ihren Beschluss gehalten haben. Eine Benachteiligung allein der Gemeinschuldner vermag der Senat nicht zu erkennen. Die Beklagten haben mit der Beschlussfassung und deren Umsetzung auch keine ungerechtfertigt unterschiedliche Behandlung der bereits zugelassenen und der noch eine Zulassung erstrebenden Bewerber praktiziert. Vielmehr muss es den gesetzlichen Krankenkassen möglich sein, einmal begonnene Modellversuche auch wieder zu beenden bzw. die Auswertung der Ergebnisse abzuwarten. Das BSG (Urt. vom 01.09.2005, [a. a. O.](#)) hat sogar in den Fällen, in denen vertragliche Beziehungen mit Leistungserbringern von AOTR über Jahre bestanden, keinerlei Bedenken gehabt, dass eine Kündigung der Verträge erklärt wird. Vertrauensschutz in den Fortbestand der vertraglichen Beziehungen hat das BSG den Leistungserbringern nicht einmal in diesen Fällen zugestanden. Dies muss um so mehr in den Fällen - wie hier - gelten, in denen vertragliche Beziehungen erst begründet werden sollen. Dass die Gemeinschuldner in Verkennung der Rechtslage und trotz durchgehend erklärter Ablehnung einer Zulassung durch die Beklagten erhebliche finanzielle Verpflichtungen eingegangen sind, ohne zunächst eine vertragliche oder sonstige Grundlage für das Tätigwerden zu schaffen, etwaige Ansprüche auf Zulassung gegenüber den Beklagten zudem äußerst zögerlich verfolgten, ist jedenfalls nicht den Beklagten anzulasten.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

Anlass zur Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) hat nicht bestanden, insbesondere vermag der Senat im Hinblick auf die zitierten Entscheidungen des BSG, von denen er im Übrigen auch nicht abweicht, keine grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache zu erkennen.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2006-12-08