

L 11 KA 16/08

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung
11
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 19 KA 3/05
Datum
20.11.2007
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 11 KA 16/08
Datum
28.05.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 6 KA 59/08 B
Datum
05.11.2008
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 20.11.2007 wird zurückgewiesen. Der Kläger trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger wendet sich gegen die Entziehung seiner Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung.

Der 1953 geborene Kläger, der 1988 die deutsche Approbation als Zahnarzt erhielt, wurde 1989 zur vertragszahnärztlichen Versorgung zugelassen. Seitdem ist er unter dem Praxissitz G Straße 00 in E als Vertragszahnarzt - von Juli 2002 bis November 2003 in Gemeinschaftspraxis - tätig.

Unter dem 28.11.2002 erklärte er auf Befragen der Beigeladenen zu 7), dass er in der Zeit von April 1999 bis November 2002 Zahnersatz von der Firma H GmbH (H) bezogen, aber im Zuge der Geschäftsverbindungen von dieser keine Rabatte oder andere Vergünstigungen erhalten habe. Hintergrund der Anfrage war die zwischenzeitlich gewonnene Kenntnis über ein von H entwickeltes Rabattsystem bei der Lieferung von Zahnersatz u.a. an deutsche Vertragszahnärzte. Die Firma ließ Zahnersatz im Ausland - überwiegend in Asien - fertigen, in dem die Herstellungskosten weit unter deutschem Niveau lagen. H stellte den Vertragszahnärzten die Leistungen entsprechend den in Deutschland üblichen Preisen in Rechnung, die diese dann zu diesen Preisen u.a. mit der Beigeladenen zu 7) abrechneten. Gleichzeitig erhielten die am Rabattsystem partizipierenden Vertragszahnärzte von H entsprechend derer Tarifbedingungen Rabatzzahlungen, sog. "Kickback-Zahlungen", in Höhe von (i.H.v.) bis zu 30%, die sich u.a. aus der Differenz zwischen tatsächlichen Herstellungskosten und abgerechneten Kosten berechneten. Die Rückerstattungen an die Vertragszahnärzte, die diese für sich einbehielten, erfolgten in der Regel per Post oder in Form von persönlicher Barzahlung durch Mitarbeiter von H.

Im Rahmen der gegen H geführten staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen (Staatsanwaltschaft X - Az. 000 -) wurde u.a. eine Datenbank sichergestellt, nach der auch der Kläger Rabatzzahlungen von H erhalten hatte. Dies wurde von dem Geschäftsführer von H, P N, bei seiner Aussage vor dem Amtsgericht Essen (Az. 44 Gs 1867/03) am 22.10.2003 bestätigt. N gab an, dass an den Kläger bis April 2002 Rabatte i.H.v. 191.535 Euro ausgezahlt worden seien. Nach der von ihm überreichten Aufstellung wurden an den Kläger in der Zeit von Juni 1999 bis April 2002 durchschnittlich ca. 5.500 Euro je Monat gezahlt.

Der Kläger erklärte bei seiner Vernehmung vor dem Amtsgericht Wuppertal am 23.09.03 - Az. 8 (A) Gs 737/03 - u.a.:

"Ich habe bis September 2001 Kick-Back-Zahlungen von der Firma H angenommen. Diese beliefen sich zuletzt auf 19 % der Rechnungssumme ohne Materialanteil monatlich. Da ich die Rechnungen der Firma H in der Regel drei Monate später beglichen habe, wurden mir von dort pro Monat jeweils 2 % von den ursprünglichen 25 % abgezogen."

Zu den Geschäftsbeziehungen zu H und deren Ausdienstmitarbeiter L gab er bei der Vernehmung vor der Kreispolizeibehörde F vom 29.10.2003 an:

"Irgendwann Ende 1997 hat Herr L1 mich aufgesucht und gefragt, ob Ich zufrieden sei. Er wollte mich als dauerhaften Kunden. Er bot dabei von sich aus an, dass eine Rückvergütung in Höhe von 10% der Rechnungssumme gewährt werden. Dabei war schon die Rede von der Nettoleistungssumme, die als Berechnungsgrundlage dienen sollte. Ich habe gefragt, ob das nicht Probleme mit sich zieht. Er erklärte, dass dies versteuertes Geld von seiner Provision sei, es gäbe damit kein Problem. Das sollte bar von ihm ausgezahlt werden. Es sollte erst die

Monatsrechnung bezahlt werden, danach wollte er mir bar das Geld geben. Ich habe mich damals wohl nicht kritisch genug damit auseinander gesetzt. Ich wollte seinerzeit den Patienten eine qualitativ gute Arbeit sichern. Diese wurde mir so von der Fa. P Dental geliefert. Ich habe dann den Vorteil der Rückvergütung angenommen. Im Juni 1999 erklärte Herr L dass die Firma sich umformierte in die Fa. H / O GmbH. Ich hatte schon im April oder Mai 1999 Rechnungen über diesen Kopf erhalten. Er erklärte, dass er jetzt die Möglichkeit hätte, 25 % der Nettoleistung als Rückvergütung anzubieten. Dieses Angebot habe ich auch im weiteren Verlauf genutzt. Wenige Monate später reduzierte er dies auf 20 %. Es wurde dann eine Laborverrechnungsstelle genutzt, mit maximal dreimonatiger Verspätung der Rechnungszahlung. Die Kickback würden dann monatlich um 2 % reduziert. Da ich regelmäßig erst nach drei Monaten erstattete, erhielt ich statt 20 lediglich 14 % der Nettoleistung.

Herr L erklärte, dass ab 1999 andere Konditionen möglich seien. Bei der bisherigen Preisgestaltung würden bis zu fünf Jahre Garantie gewährt. Ich erhielt auch Garantiepässe mit fünfjährigen Garantien, welche den Patienten von mir ausgehändigt wurden. Auch war vereinbart, dass innerhalb der Garantien Reparaturen als komplett neu zu fertigende Arbeiten erstellt werden. Soweit ich mich erinnern kann, wurden auch bei der Fa. P Dental fünf Jahre Garantie gewährt.

Wenn innerhalb der Garantiezeiten der Fa. H o. ä. Reparaturen anfielen, so habe ich die von mir zu erbringenden Leistungen kostenlos erbracht und nicht erneut dem Patienten oder Klasse in Rechnung gestellt.

Generell hat Herr L mir das Geld gebracht, persönlich in die Praxis. Es kann sein, dass ich ein oder zwei Mal das Geld per Post erhalten habe. Grundsätzlich bekam ich das Geld in bar im Umschlag von Herrn L ausgehändigt. Dieses Geld habe ich vereinnahmt, es aber nicht bei der Steuer, den Patienten oder Kassen angegeben. Es war mir bekannt, dass ich dieses Geld auch als Einnahme hätte versteuern müssen. Dieses habe ich aber unterlassen, der Steuerberater war zu keiner Zeit eingewiesen. Außer mir und Herrn L war niemand eingewiesen.

Aufgrund der Vielzahl der Arbeiten habe ich auch persönlich Arbeiten zur Fa. H in N gebracht. Im Gespräch erfuhr ich davon, dass Arbeiten in China erstellt wurden. Ich habe aber nie mit Verantwortlichen darüber gesprochen, wo Arbeiten erstellt worden sind.

...

Im August oder September 2001 habe ich die letzten Kickback-Zahlungen durch Herrn L erhalten. Seitdem habe ich keine Rückvergütungen erhalten. Dies erfolgte daraus; dass die Rechnungen gegenüber der LVG durch mich einen längeren Verzug hatten. Daher wurden die Kickbackzahlungen eingestellt. Herr L teilte mir mit, dass aufgrund meines Zahlungsverzugs die Rückvergütung nicht gezahlt wird."

Im Januar 2004 beantragten die Beigeladenen beim Zulassungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Nordrhein (Zulassungsausschuss), dem Kläger die Zulassung zu entziehen. Der Kläger habe seine vertragszahnärztlichen Pflichten gröblich verletzt. Er habe maßgeblich getragen von finanziellen Eigeninteressen vorsätzlich falsch abgerechnet, in dem er die erhaltenen Rabatte verschwiegen und nicht an die Patienten sowie die Krankenkassen weitergeleitet habe. Der Verstoß sei so schwerwiegend, dass der Kläger zur weiteren Teilnahme an der vertragszahnärztlichen Versorgung ungeeignet sei. Im Übrigen habe der Kläger auch wahrheitswidrig gegenüber der Beigeladenen zu 7) behauptet, im Zuge der Geschäftsbeziehung zu H von dieser keine Rabatte oder andere Vergünstigungen erhalten zu haben. Das Vertrauensverhältnis zu dem Kläger sei so nachhaltig und schwerwiegend gestört, dass eine weitere Zusammenarbeit mit ihm unzumutbar sei.

Mit Beschluss vom 15.03.2004 entzog der Zulassungsausschuss dem Kläger die Zulassung: Der Kläger habe gegen die Verpflichtung verstoßen, Rückvergütungen, Preisnachlässe, Rabatte, Skonti etc. von mehr als 3 %, die er erhalte habe, an die Krankenkassen bzw. die Versicherten weiterzugeben. Hierin liege eine gröbliche Pflichtverletzung. Der Kläger habe gegen die Grundpflicht einer peinlich genauen Leistungsabrechnung verstoßen; er habe vorsätzlich falsch abgerechnet. Aufgrund der Schwere der begangenen Pflichtverletzungen sei die Zulassungsentziehung auch verhältnismäßig, da angesichts der Erheblichkeit der Pflichtverletzungen keine mildernden Maßnahmen zur Verfügung stünden.

Mit seinem Widerspruch hat der Kläger u.a. vorgetragen, der Sachverhalt sei nicht hinreichend aufgeklärt; so habe der Zulassungsausschuss nicht die komplette Strafakte der Staatsanwaltschaft und auch keine weiteren Ermittlungsakten, die im Zusammenhang mit H und beteiligten Personen stünden, beigezogen. Im Übrigen werde ihm kein Abrechnungsbetrug im klassischen Sinne vorgeworfen, der ein aktives Tun voraussetze; er habe es unterlassen, an ihn gezahlte Rabatte weiterzuleiten. Es sei fraglich, ob er zur Weiterleitung verpflichtet gewesen sei. Denn die einzige Norm, die dazu verpflichte - § 3 Absatz 1 a des zwischen dem Verband der Ortskrankenkassen Nordrhein, dem Landesverband der Betriebskrankenkassen Nordrhein-Westfalen und dem Vorstand der Betriebskrankenkassen Nordrhein und Rheinland-Pfalz einerseits und der Beigeladenen zu 7) andererseits abgeschlossenen Gesamtvertrages vom 23.12.1980 (RVO - Gesamtvertrag) - beziehe sich nur auf Preisnachlässe, die der Vertragszahnarzt von einem Labor und eben nicht von einer Dentalhandelsgesellschaft erhalte. Er habe auch deutlich - um bis zu 50% - geringere Rabatte erhalten. Dem Sicherheitsbedürfnis der Beigeladenen zu 7) habe er durch Hinterlegung von 191.000 Euro entsprochen. Gefahren für die körperliche Unversehrtheit seiner Patienten hätten nicht bestanden, da der eingegliederte Zahnersatz qualitativ hochwertig gewesen sei. Die Entziehung der Zulassung sei unverhältnismäßig, weil er über 50 Jahre alt sei und es bisher nie Verfahren wegen Abrechnungsunregelmäßigkeiten gegeben habe. Es bestehe auch keine Wiederholungsgefahr, da er zwischenzeitlich ein eigenes Labor betreibe.

Der Beklagte wies den Widerspruch mit Beschluss vom 09.11.2004 zurück: Der Kläger habe nach seinen Angaben in der Zeit von Juni 1999 bis September 2001 von H auf Versicherte der Krankenkassen entfallende Barzahlungsrabatte i.H.v. ca. 80.000 Euro erhalten und diese nicht an die Krankenkassen weitergegeben. Damit habe er gegen den für ihn als Vertragszahnarzt gemäß § 95 Abs. 3 Satz 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) verbindlichen § 3 Abs. 1 a RVO - Gesamtvertrag Nordrhein für den Bereich der Primärkassen bzw. § 11 Abs. 2a Ersatzkassenvertrag - Zahnärzte verstoßen. Danach sei er verpflichtet gewesen, mit Ausnahmen von Barzahlungsrabatten bis zu 3% Rückvergütungen, Preisnachlässe, Rabatte, Skonti etc., die er von einem Labor erhalte, auszuweisen und an die Krankenkassen bzw. die Versicherten weiterzugeben. Zudem seien seine auf jeder Quartalsabrechnung ausdrücklich zu erteilenden Bestätigungen, dass zahntechnische Leistungen gewerblicher Zahntechniker nur in der Höhe in Rechnung gestellt werden, in der die Kosten tatsächlich angefallen seien, wahrheitswidrig, da er mit Globudent die Zahlung von Barrückvergütungen vereinbart habe. Irrelevant sei, dass es sich bei H um eine Dentalhandelsgesellschaft gehandelt habe; denn die genannten Verträge würden auch insoweit gelten. §§ 667, 675 Bürgerliches

Gesetzbuch (BGB) beanspruchten Geltung unabhängig davon, ob der betreffende Zahnersatz von einem Fremdlabor oder über eine Dentalhandelsgesellschaft bezogen worden sei. Damit habe der Kläger über mehr als 2 Jahre vorsätzliche Falschabrechnungen in erheblichem Umfang vorgenommen; er habe Aufwendungen abgerechnet, die er in dem geltend gemachten Umfang nicht gehabt habe. Darin liege eine gröbliche Verletzung seiner vertragszahnärztlichen Pflichten; der Verstoß sei so schwerwiegend, dass dadurch das in ihn gesetzte Vertrauen tiefgreifend und nachhaltig erschüttert und die Ordnung des Vertragszahnarztrechts schwer gestört sei. Die Funktionsfähigkeit des Systems der vertragszahnärztlichen Versorgung sei in ihrem Kern betroffen; dies führe zur Ungeeignetheit des Klägers zur Teilnahme an der vertragszahnärztlichen Versorgung. Eine Zulassungsentziehung sei erforderlich, um das auf Vertrauen beruhende System der vertragszahnärztlichen Versorgung zu schützen. Sie verstoße nicht gegen das Übermaßverbot, weil auch unter Berücksichtigung der Interessen des Klägers an der Aufrechterhaltung der Zulassung im Hinblick auf die Bedeutung und Schwere seiner Pflichtverletzung eine Disziplinarmaßnahme ([§ 81 Abs. 5 SGB V](#)) nicht als ausreichend sei, um das zerstörte Vertrauensverhältnis wieder herzustellen. Nach [§ 42 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) griffen die gegen den Zulassungsausschuss erhobenen Verfahrensrügen schon deshalb nicht, weil eine andere Sachentscheidung nicht möglich gewesen sei. Im Übrigen sei die Amtsaufklärungspflicht auch nicht verletzt, da der entscheidungserhebliche Sachverhalt feststehe und von dem Kläger auch eingestanden sei.

Der Kläger hat zur Begründung seiner dagegen erhobenen Klage ergänzend vorgetragen: Er habe keine ihm obliegende vertragszahnärztliche Pflichten in gröblicher Weise verletzt. Er habe keine falschen Abrechnungen bei den zuständigen Stellen eingereicht. Streitig sei allein die rechtliche Wertung, dass ihm teilweise nachträgliche Rabatte seitens H gewährt worden seien. Die Rabatte seien aber auch nicht von H, sondern von den Globudentmanagern aus deren Privatvermögen gezahlt worden. Die Zahlungen seien rechtlich als Schenkung zu qualifizieren, die bei den Abrechnungen gegenüber der Beigeladenen zu 7) nicht anzuzeigen seien. Darüber hinaus habe er seine Zahlungen aufgrund einer zwischen H und der Verrechnungsgesellschaft LVG getroffenen Abtretungsvereinbarung in voller Höhe an die LVG erbringen müssen und weder er noch die Beigeladene zu 7) bzw. die Krankenkassen seien berechtigt gewesen, die Forderungen zu kürzen. Gegenüber der Beigeladenen zu 7) habe er keine Auskunft zu Rabatten oder Vergünstigungen abgegeben; er habe die gestellten Fragen nicht beantwortet. Dazu sei er auch nicht verpflichtet gewesen; denn die Nachfrage der Beigeladenen zu 7) sei rechtlich nicht zulässig gewesen, da sie keine Belehrung enthalten habe. Aus der Nichtbeantwortung könnten keine für ihn nachteiligen Schlüsse gezogen werden. Die Entziehung der Zulassung sei unverhältnismäßig; sie bedeute für ihn den wirtschaftlichen Zusammenbruch. Er stehe kurz vor Vollendung des 55. Lebensjahres und werde im Hinblick auf § 25 Zulassungsverordnung für Zahnärzte (Zahnärzte-ZV) keine neue Zulassung erhalten. Zumindest habe er zwischenzeitlich seine Eignung als Vertragszahnarzt wiedererlangt. Die Zusammenarbeit mit H habe bereits im September 2001 geendet; seitdem arbeite er beanstandungsfrei und habe zwischenzeitlich auch ein eigenes zahntechnisches Labor eingerichtet. Die Entscheidung des Beklagten beruhe außerdem auf einem Verstoß gegen die Grundsätze des rechtlichen Gehörs. Ihm sei vor der Entscheidung des Beklagten trotz Bitte um Akteneinsicht zumindest der Schriftsatz der Beigeladenen zu 7) vom 28.10.2004 nicht zugeleitet worden; er habe dazu keine Stellung nehmen können.

Der Kläger hat beantragt,

den Beschluss des Beklagten vom 09.11.2004 aufzuheben.

Der Beklagte und die Beigeladenen zu 1) und zu 7) haben beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte hat vorgetragen, ein Verfahrensfehler liege nicht vor; der Kläger habe ausreichend Gelegenheit gehabt, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen zu äußern, und habe diese auch genutzt. Entscheidend sei allein, dass er nach eigenen Angaben auf die Versicherten der Krankenkassen entfallende Barzahlungsrabatte i.H.v. 80.000 Euro erhalten und diese nicht weitergeleitet habe. Bei den Rückzahlungen, die der Kläger erhalten habe, habe es sich nicht um Schenkungen gehandelt. Die Höhe der Zahlungen sei nämlich von dem mit H erzielten Nettolaborumsatz abhängig gewesen. Unerheblich sei, auf welchen Konten nach den Geschäftspraktiken von H der von der chinesischen Firma zurückfließende Teil der Rechnungssumme verbucht worden sei. Gleiches gelte hinsichtlich der Durchführung der Abrechnung über eine Abrechnungsgesellschaft. Die unrichtige Auskunft des Klägers auf dem Fragebogen der Beigeladenen zu 7) verdeutliche, dass der Kläger die Rabattgewährung wissentlich und willentlich verschwiegen habe. Auch folge aus dem Prozessverlauf, dass dem Kläger nach wie vor Einsicht in das Unrecht seiner Handlungsweise fehle. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass er durch sog. Wohlverhalten seine Eignung zur Ausübung einer Kassenpraxis zwischenzeitlich wiedergewonnen habe.

Das Sozialgericht (SG) Duisburg hat die Klage mit Urteil vom 20.11.2007 abgewiesen: Der Kläger sei Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung zu Recht entzogen worden. Er habe nämlich seine vertragszahnärztlichen Pflichten in einem solchen Maße verletzt, dass das für die Ausübung der Kassenpraxis erforderliche und vorausgesetzte Vertrauensverhältnis bis auf weiteres so schwer erschüttert sei, dass selbst unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips bzw. Übermaßverbots der Beigeladenen zu 7) und den gesetzlichen Krankenkassen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger im System der vertragszahnärztlichen Versorgung nicht mehr zuzumuten sei. Der Kläger habe von 1999 bis April 2002 von H in China hergestellten Zahnersatz bezogen und Rückzahlungen in Bar erhalten, die in innerem Zusammenhang mit den bei H getätigten Bestellungen von Zahnersatz gestanden hätten. Mit 176.000 Euro, die der Kläger im Termin zur mündlichen Verhandlung eingeräumt habe, bzw. dem von dem Beklagten zugrunde gelegten Betrag von 80.000 Euro gingen die Rückzahlungen deutlich über die Höhe zulässiger Barzahlungsrabatte von bis zu 3 % hinaus, die nach § 11 Absatz 2 a GKV-Zahnärzte bzw. § 3 Absatz 1 a RVO-Gesamtvertrag Nordrhein bei der zahnprotetischen Behandlung von Kassenpatienten nicht an die Patienten bzw. deren Krankenkassen weiterzuleiten seien. Diese für den Kläger nach [§ 95 Absatz 3 SGB V](#) verbindlichen Regelungen seien nach ihrem Sinn und Zweck auf die vorliegende Geschäftsbeziehungen zumindest entsprechend anwendbar, wenn Zahnersatz im Ausland zu Kosten hergestellt werde, die deutlich unter den Höchstsätzen des Bundeseinheitlichen Leistungsverzeichnisses lägen, und der Zahnersatz Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland über eine in Deutschland registrierte Dentalhandelsgesellschaft zugänglich gemacht würde. Nach den ergänzend heranzuziehenden [§§ 667, 675 BGB](#) dürfe ein Beauftragter Aufwendungen, die ihm im Rahmen einer Geschäftsbesorgung für einen anderen entstanden seien, nur in dem Umfang gegenüber dem Auftraggeber geltend machen, in dem diese Aufwendungen dem Beauftragten tatsächlich entstanden seien. Der Kläger habe damit in den Jahren 1999 bis 2002 fortlaufend gegen die Grundpflicht des Vertragszahnarztes zur peinlich genauen Abrechnung verstoßen. Nicht entscheidend sei, dass die Gelder, die der Kläger von H-Außendienstmitarbeitern bar erhalten habe, nicht aus dem H-Vermögen, sondern aus dem Privatvermögen der H-Gesellschafter

stammten. Der Kläger habe zumindest erkennen müssen, dass diese Zuwendungen in innerem Zusammenhang mit den von ihm bei H getätigten Prothetik-Bestellungen gestanden hätten. Die Höhe der jeweiligen Zuwendungen habe nämlich einem bestimmten Prozentsatz des einige Zeiten zuvor von dem Kläger mit H getätigten Nettolaborumsatz entsprochen. Schwankungen des jeweiligen Prozentsatzes seien nur wegen der längeren Zahlungsziele eingetreten. Die Zwischenschaltung der Abrechnungsgesellschaft LVG in die zwischen dem Kläger und H bestehende Geschäftsbeziehung sei für die vertragszahnärztliche Beurteilung der Kickback-Zahlungen unerheblich. Der Kläger habe seine Eignung als Vertragszahnarzt auch bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung noch nicht wiedererlangt.

Gegen das am 07.01.2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 06.02.2008 Berufung eingelegt und vorgetragen, die Entscheidung des Beklagten sei unter Verstoß gegen das rechtliche Gehör zustande gekommen. Ein Verstoß gegen § 3 Absatz 1 a RVO-Gesamtvertrag Nordrhein liege nicht vor. Ein möglicher Verstoß gegen §§ 667, 675 BGB stelle keine gröbliche Verletzung einer vertragszahnärztlichen Pflicht dar. Bei H und der Firma LVG handele es sich um unterschiedliche Firmen, so dass insbesondere die Zahlungsflüsse weiter aufzuklären zu seien. Die Entziehung der Zulassung sei unverhältnismäßig. Auch im Strafverfahren sei im Hinblick auf seine Persönlichkeit, zu der u.a. die Berufsrichter der Strafkammer zu vernehmen seien, von einem Berufsverbot abgesehen und die ausgesprochene Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt worden. Die letzte zur Begründung der Entziehung herangezogene Handlung liege nun bereits sechs Jahre zurück. Er habe seitdem seine Tätigkeit ohne Beanstandungen ausgeübt und seine Eignung als Vertragszahnarzt wiedererlangt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 20.11.2007 abzuändern und den Beschluss des Beklagten vom 09.11.2004 aufzuheben.

Der Beklagte und die Beigeladenen zu 1), 3) und 7) beantragen,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie halten das Urteil des SG für zutreffend. Zwischenzeitlich ist der Kläger wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in 36 Fällen rechtskräftig zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten bei Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung verurteilt worden (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 16.11.2006 - [3 StR 204/06](#) -).

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsvorgänge des Beklagten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist unbegründet.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Die Entscheidung des Beklagten vom 09.11.2004 ist rechtmäßig und verletzt den Kläger daher nicht in seinen Rechten ([§ 54 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Der Beklagte hat dem Kläger zu Recht seine Zulassung zur vertragszahnärztlichen Versorgung entzogen.

1. Das Entziehungsverfahren leidet an keinem Verfahrensfehler; insbesondere hat der Beklagte den Anspruch des Klägers auf rechtliches Gehör nicht verletzt, in dem er ihm insoweit keine vollständige Akteneinsicht gewährt hat, als dass er ihm - wovon der Senat ausgeht - das Schreiben der Beigeladenen zu 7) vom 28.10.2004 nicht übermittelt hat.

Nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) hat die Behörde den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Verfahrensakten i. S. des [§ 25 SGB X](#) sind alle Unterlagen, die den Gegenstand des Verwaltungsverfahrens betreffen, und zwar unabhängig davon, ob die Behörde sie zu den Verwaltungsakten im engeren Sinn nimmt. Was zu den das Verwaltungsverfahren betreffenden Akten rechnet, ist überdies objektiv zu beurteilen und nicht vom Willen der Behörde abhängig (Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 21.01.2004 - [L 11 KA 179/02](#) -). Die das Verfahren betreffenden Akten sind die Gesamtheit der Schriftstücke, die die Behörde für das jeweilige konkrete Verfahren angefertigt oder beigezogen hat (von Wulffen, Kommentar zum SGB X, 6. Auflage, 2008, § 25 Rdn. 3; Krasney in Kasseler Kommentar, SGB X, § 25 Rdn. 6). Dies gilt naturgemäß auch für Schriftstücke, die die übrigen Verfahrensbeteiligten zu den Akten reichen. Danach steht für den Senat außer Zweifel, dass das konkret als nicht übersandt beanstandete Schreiben der Beigeladenen zu 7) vom 28.10.2004 unmittelbar das Verfahren betrifft.

Der Rechtsanspruch auf Akteneinsicht (hierzu von Wulffen aaO § 25 Rdn. 4; Krasney a.a.O. Rdn. 2) steht unter dem Vorbehalt, dass die Akteneinsicht zur Geltendmachung oder Verteidigung der rechtlichen Interessen notwendig ist. Dies entscheidet sich nicht nur nach der Rechtsauffassung der Behörde; maßgebend ist vielmehr, ob aufgrund einer anderen Rechtsauffassung oder Würdigung der tatsächlichen Vorgänge die Akteneinsicht für die Wahrung der rechtlichen Interessen dienlich sein kann (Krasney a.a.O. Rdn. 8).

Diese Voraussetzung bejaht der Senat nicht. Das o.a. Schreiben der Beigeladenen zu 7) enthält letztlich nur eine Zusammenfassung des sich aus ihrer Sicht ergebenden Sachverhalts, ihre rechtliche Würdigung und beinhaltet ausschließlich Unterlagen, die teils bereits in den zur Verfügung gestellten Aktenausdrucken vorhanden, insbesondere dem Kläger aber aus dem Ermittlungsverfahren bekannt waren. Von weitergehender Relevanz für die Wahrung der rechtlichen Interessen des Klägers sind diese Unterlagen damit nicht.

Selbst aber wenn der Beklagte die Akteneinsicht zu Unrecht nicht in vollem Umfang gewährt haben sollte, ergibt sich nichts Anderes. Hieraus folgte ein Verfahrensfehler, der den Beschluss zwar nicht nichtig ([§ 40 SGB X](#)), jedoch formell fehlerhaft machen würde. Dieser Verfahrensfehler wäre angesichts des abschließenden Charakters des [§ 41 SGB X](#) nicht heilbar. Da ein Verstoß gegen [§ 25 SGB X](#) einem Verstoß gegen [§ 24 SGB X](#) (Anhörung Beteiligter) nicht gleichzusetzen ist, kann die fehlerhafte Handlung nicht bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden (hierzu [§ 41 Abs. 2 SGB X](#)). Andererseits wäre der Beschluss des Beklagten allein wegen dieses Verfahrensfehlers nicht aufhebbar.

Zwar bestimmt [§ 42 Satz 2 SGB X](#), dass Verwaltungsakte aufzuheben sind, wenn die erforderliche Anhörung unterblieben oder nicht wirksam nachgeholt ist. Hierauf kann sich der Kläger indessen nicht berufen, denn [§ 42 Satz 2 SGB X](#) betrifft nur Anhörungsdefizite und ist als Ausnahmetatbestand einer ausdehnenden Auslegung nicht zugänglich (vgl. Schütze in von Wulffen, § 42 Rdn. 10); er ist nicht auf eine unterlassene Akteneinsicht nach [§ 25 SGB X](#) anzuwenden.

Mithin gilt [§ 42 Satz 1 SGB X](#). Hiernach kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der nicht nach [§ 40 SGB X](#) nichtig ist, nicht allein deshalb beansprucht werden, weil er unter Verletzung von Vorschriften über das Verfahren, die Form und die örtliche Zuständigkeit zustande gekommen ist, wenn keine andere Entscheidung in der Sache hätte getroffen werden können (sog. "faktische Alternativlosigkeit"). Soweit die Auffassung vertreten wurde, dass diese Vorschrift für Ermessensentscheidungen nicht gilt (BSG vom 03.12.1997 - 6 Rka 21/97 -), beruhte dies auf der bis zum 31.12.2000 geltenden Fassung des [§ 42 SGB X](#). Nunmehr gilt [§ 42 SGB X](#) auch für auch Ermessensentscheidungen; dies war das wesentliche Anliegen der Neuregelung des Satze 1 letzter Halbsatz (Schütze in von Wulffen, § 42 Rdn. 9 unter Hinweis auf [BT-Drucks. 13/3995, S. 8](#)). Damit ist ein Fehler bei Ermessens- und Beurteilungsspielräumen dann unbeachtlich, wenn bei Hinwegdenken des Fehlers offensichtlich dieselbe Sachentscheidung getroffen worden wäre (so auch Steinwedel in Kasseler Kommentar, SGB X [§ 42](#) Rdn. 8). So liegt es hier.

Angesichts dessen ist nicht weiter darauf einzugehen, dass der anwaltlich vertretene Kläger in der mündlichen Verhandlung vor dem Beklagten vom 09.11.2004 hinreichend Gelegenheit hatte, sich in vollem Umfang zur Sach- und Rechtslage zu äußern.

2. Das SG hat zutreffend ausgeführt, dass die Entscheidung des Beklagten auch in der Sache rechtmäßig ist. Die Zulassung des Klägers zur vertragszahnärztlichen Versorgung war zu entziehen, da der er seine vertragszahnärztlichen Pflichten gröblich verletzt hat. Zur Begründung nimmt der Senat auf den Beschluss des Beklagten vom 09.11.2004 ([§ 153 Abs. 1](#) i.V.m. [§ 136 Abs. 3 SGG](#)) und das Urteil des SG vom 20.11.2007 Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)) und führt ergänzend aus: Bereits aufgrund der rechtskräftigen Verurteilung des Klägers wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betrug ist das Vertrauensverhältnis zwischen ihm und den Krankenkassen sowie der Beigeladenen zu 7) so nachhaltig gestört, dass diesen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger unmöglich ist.

Dies wird durch das Gesamtergebnis des Verfahrens weiter bestätigt:

Der Kläger hat in Zusammenarbeit mit H Kosten gegenüber den Krankenkassen und seinen Patienten abgerechnet, die ihm im Ergebnis tatsächlich nicht entstanden sind. Der Kläger hat in den Jahren 1999 bis 2001 für den von H bezogenen Zahnersatz von ihm einbehaltene Barrückerstattungen i.H.v. ca. 176.000 bis 190.000 Euro erhalten (u.a. Aussage des N vom 22.10.2003, Angaben des Klägers im Termin vor dem SG Duisburg am 20.11.2007); davon entfielen nach weiteren Angaben des Klägers ca. 80.000 Euro auf Zahnersatz für Versicherte der Krankenkassen.

Außer Frage steht, dass dem Kläger wie jedem Vertragszahnarzt bewusst war, dass es sich bei Aufwendungen für Zahnersatz gleichsam um einen für ihn durchlaufenden Posten handelt, den er zunächst dem Hersteller, z.B. einem Dentallabor, bezahlen muss und den er dann von den Krankenkassen und seinen Patienten erstattet erhält, ohne dass dabei für ihn - abgesehen von einem Barzahlungsrabatt von 3 % - eine Gewinnspanne - hier von durchschnittlich 5.500 Euro je Monat - besteht. Dies wird u.a. auch durch die Abwicklungsweise, eine jeweils monatliche persönliche Übergabe dieser erheblichen Geldbeträge, zusätzlich belegt.

Der Beklagte weist in seinem Beschluss zutreffend darauf hin, dass für jedermann der allgemeine Rechtsgrundsatz evident ist, dass als Aufwendungen geltend gemachte Beträge tatsächlich entstanden sein müssen und Beträge, die man im Endergebnis nicht zu tragen hat, auch nicht als Aufwendungsersatz erstattungsfähig sind. Dies ergibt sich auch anhand der Regelungen u.a. des § 3 Absatz 1 a RVO-Gesamtvertrag Nordrhein i.V.m. [§ 667 BGB](#). Das behauptete Verständnis des Klägers, § 3 Absatz 1 a RVO-Gesamtvertrag Nordrhein beziehe sich nur auf unmittelbar von einem Labor gewährte Rabatte u.ä., nicht aber auf Rabatte, die ein ggf. eingeschalteter Zwischenhändler gewährt, erschließt sich dem Senat schon nach offenkundigem Sinn und Zweck der Regelung nicht. Dies gilt erst recht im Hinblick auf den o.a. allgemeinen Rechtsgrundsatz.

Dem Kläger oblag damit die Verpflichtung, die ggf. nachträglich erhaltenen Rückerstattungen an Krankenkassen bzw. seine Patienten weiterzuleiten ungeachtet dessen, dass es ihm auch oblegen hat, von Anfang die mit H bzw. deren Außendienstmitarbeiter L getroffenen Rabattvereinbarungen (s. dazu die Angaben des Klägers vor der Kreispolizeibehörde F vom 29.10.2003) zu offenbaren, anstatt auf seinen Abrechnungen gegenüber der Beigeladenen zu 7) trotz Kenntnis der Rabattvereinbarung und darauf beruhender nachträglicher Rückvergütungen zu bestätigen, nur tatsächlich angefallene Kosten in Rechnung zu stellen.

Die von dem Kläger vorrangig erst im Verlauf des Rechtsstreits erhobenen Einwendungen, er habe seine Zahlungen für Zahnersatz in voller Höhe an die Verrechnungsgesellschaft LVG erbringen müssen, bei den nachträglichen Rabattzahlungen habe es sich um einen Anteil an der Provision des Außendienstmitarbeiters L (so noch am 29.10.2003) bzw. um Schenkungen der Globudentgesellschaft (so im Schriftsatz vom 16.09.2005) gehandelt und deshalb sei der genaue Zahlungsfluss zu ermitteln, sind nicht nur irrelevant, sondern belegen auch - worauf noch weiter eingegangen wird -, dass der Kläger, im Übrigen trotz rechtskräftiger Verurteilung wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betrug in 36 Fällen, bislang keineswegs Einsicht in das Unrecht seiner Handlungsweise gewonnen hat. Die Rabattzahlungen standen nämlich, wie der Kläger schon am 29.10.2003 zugestanden hat und dem Senat im Übrigen aufgrund vielfacher Beschäftigung mit gleichgelagerten Rechtsstreiten auch bekannt ist, in unmittelbarem Zusammenhang mit dem mit H erzielten Nettoumsatz. Danach berechnete sich entsprechend den getroffenen Vereinbarungen der Rabatt. Damit kommt es letztlich nicht darauf an, auf welchem Weg die Rabattzahlungen bewerkstelligt wurden. Allein entscheidend ist, dass der Kläger die Zahlungen erhalten hat.

Der Senat teilt auch uneingeschränkt die Auffassung des Beklagten und des SG, dass der Kläger durch seine Handlungsweise in einem so gravierenden Maße seine vertragszahnärztlichen Verpflichtungen, zu denen u.a. die Pflicht zur peinlich genauen Abrechnung zählt (s. dazu u.v.a. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 20.10.2004 - [B 6 KA 67/03 R](#) -), verletzt hat, dass letztlich nur die Entziehung seiner Zulassung möglich war. Gerade bei Abrechnungsmanipulationen, die sich wie hier über zwei Jahre erstrecken und zu einem Schaden erheblichen Ausmaßes führen, kann auch nach der Beurteilung des Senats wegen der Schwere der Pflichtverletzung lediglich eine Disziplinarmaßnahme nicht ausreichen, selbst wenn diese möglicherweise geeignet sein könnte, den Vertragsarzt z.B. in Verbindung mit strafrechtlichen Maßnahmen zur Erfüllung seiner Pflichten anzuhalten. Entscheidend ist nämlich, dass der Kläger durch seine nicht den tatsächlichen

Verhältnissen entsprechenden Abrechnungen das Vertrauensverhältnis zu den Kostenträgern so massiv gestört hat, dass diesen einschließlich der Beigeladenen zu 7) eine weitere Zusammenarbeit mit ihm schlechterdings undenkbar ist.

Bei dieser Wertung ist auch einzubeziehen, dass der Kläger seine unrechtmäßige Verfahrensweise nicht etwa wegen Bedenken gegen deren Rechtmäßigkeit eingestellt, also sich besonnen hat, sondern die Geschäftsbeziehungen zu H deshalb endeten, weil er seinen Zahlungsverpflichtungen dieser gegenüber nicht nachgekommen ist (s. Angaben des Klägers vor der Kreispolizeibehörde F vom 29.10.2003). In der Folgezeit hat der Kläger zudem versucht, den Ermittlungen der Beigeladenen zu 7) aktiv entgegenzuwirken. Dies ergibt sich daraus, dass er noch am 28.11.2002 auf Befragen der Beigeladenen zu 7) erklärt hat, im Zuge der Geschäftsverbindungen mit H von dieser keine Rabatte oder andere Vergünstigungen erhalten zu haben. Die Behauptung des Klägers, er habe keine Angaben zu Rabatten oder Vergünstigungen gemacht (Schriftsatz vom 11.11.2005), ist ausweislich des vom ihm unter dem 28.11.2002 unterzeichneten Fragebogens, in dem er zu der entsprechenden Frage die Antwort "Nein" angekreuzt hat, unrichtig. Diese Umstände fördern das bereits aufgrund der Abrechnungsmanipulation bestehende evidenten Misstrauen gegenüber dem Kläger in noch erheblichen, nahezu nicht mehr steigerungsfähigem Maß weiter.

Der Kläger hat die durch seine gröblichen Pflichtverletzungen verlorene Eignung zur Teilnahme an der vertragszahnärztlichen Versorgung auch nicht infolge eines "Wohlverhaltens" (s. dazu u.v.a. BSG, Urteil vom 19.07.2006 - [B 6 KA 1/06 R](#)-) wiedererlangt.

Bei der Prüfung des "Wohlverhaltens" kann grundsätzlich nur auf die Zeit zwischen dem Ergehen der Zulassungsentziehungsentscheidung des Beklagten - hier dem 09.11.2004 - und der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz im Rechtsstreit über den Entziehungsbescheid - hier dem 28.05.2008 - abgestellt werden (BSG, Beschluss vom 31.10.2006 - [B 6 KA 40/06 B](#) -). Damit ist die sog. Bewährungszeit mit einer Dauer von üblicherweise fünf Jahren (s. hierzu BSG, Urteil vom 19.07.2006 [a.a.O.](#) unter Hinweis auf BSG, Urteil vom 29.10.1986 - 6 RKA 32/86 - in [MedR 1987, 254](#)) nicht abgelaufen, so dass danach eine Wiedererlangung der Eignung derzeit nicht in Betracht kommt. Selbst aber wenn trotz der Schwere des Verstoßes zu Gunsten des Klägers von einer kürzeren "Bewährungszeit" ausgegangen würde, ergäbe sich kein anderes Ergebnis. Selbstverständlich ist zunächst, dass sich der Vertrags(zahn) während der Dauer des Streits über die Zulassungsentziehung wohlverhält, indem er seinen vertrags(zahn)ärztlichen Pflichten ordnungsgemäß nachkommt. Andernfalls wäre der Prüfung eines "Wohlverhaltens" bereits von Anfang an jegliche Grundlage entzogen. Der Senat hat indes allerdings bereits (s.o.) aufgezeigt, dass der Kläger trotz rechtskräftiger Verurteilung wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in 36 Fällen bislang keine Einsicht in das Unrecht seiner Handlungsweise gewonnen hat. Auch seine jeder Lebenserfahrung widersprechende und zudem widerlegte Behauptung einer Schenkung belegt die Tendenz des Klägers, seine Vergehen zu bagatellisieren. Diese Einstellung schließt eine dem Kläger positive Zukunftsprognose aus; seine Grundeinstellung hat bisher keine Änderung erfahren.

Ob - wie der Kläger behauptet - im Strafverfahren im Hinblick auf seine Persönlichkeit von einem Berufsverbot abgesehen wurde, ist unerheblich. Unabhängig davon, dass der Kläger auch im Strafverfahren trotz seiner Persönlichkeit wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von 22 Monaten (auf "Bewährung") verurteilt worden ist, kommt es vorliegend darauf an, ob das Verhältnis zu den Kostenträgern der gesetzlichen Krankenversicherung - einschließlich der Beigeladenen zu 7) - weiterhin so gestört ist, dass diesen eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger nicht möglich ist. Dies ist - wie bereits ausgeführt - zu bejahen; abzustellen ist dabei ausschließlich auf die Beurteilung der Zulassungsgremien bzw. der zu dieser Entscheidung berufenen Richter.

Schließlich geht auch der Hinweis des Klägers auf § 25 Zahnärzte-ZV fehl; die dort ursprünglich normierte Altersgrenze ist mit Wirkung zum 01.01.2007 entfallen (Gesetz zur Änderung des Vertragsarztrechts und anderer Gesetze - VÄndG - vom 22.12.2006, [BGBl I 2006, 3439](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) in Verbindung mit [§ 154](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-07-01