

B 6 KA 44/08 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung
6
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 32 KA 712/03
Datum
22.07.2004
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 12 KA 622/04
Datum
10.10.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 6 KA 44/08 R
Datum
02.09.2009
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Eine niedrige Zahl von je Belegarzt verfügbaren Belegbetten stellt kein absolutes Ausschlusskriterium für eine Belegarztzulassung dar.
2. Soll einem Bewerber um eine Sonderzulassung zur Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit nur eine unterdurchschnittliche Zahl von Belegbetten zur Verfügung stehen, muss der Krankenhausträger gegenüber den Zulassungsgremien konkret darlegen, weshalb er einen weiteren Belegarzt an sich binden will.

Auf die Revision des Klägers wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 10. Oktober 2007 aufgehoben. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass der Bescheid des beklagten Berufungsausschusses vom 6.3.2003, mit dem ihm eine Sonderzulassung zur Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit ([§ 103 Abs 7 SGB V](#)) 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. in M. tätig, deren Trägerin die Beigeladene zu 8. ist. Im Februar 2001 erschien in der "Bayerischen Staatszeitung" eine Anzeige der Beigeladenen zu 8., 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 8. 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 hätten und Interesse an der ausgeschriebenen Belegarztstätigkeit hätten. In der Folgezeit bekundeten sieben Vertragsärzte ihr Interesse; von diesen bewarben sich zwei (Dr. G. und Dr. G.) bei der Beigeladenen zu 8. Der Kläger selbst beantragte am 22.6.2001 beim Zulassungsausschuss eine Sonderzulassung nach [§ 103 Abs 7 SGB V](#); beigefügt war eine Anlage, in der die Klinik ihm drei Belegbetten bestätigte und mitteilte, der Belegarztvertrag sei am 18.5.2001 geschlossen worden. Auf Anforderung des Zulassungsausschusses legte die Beigeladene zu 8. zunächst die Kopie eines Belegarztvertrages vor, bei dem allerdings Name, Datum und Unterschrift geschwärzt waren. Später reichte sie einen Belegarztvertrag vom 8./18.5.2001 ein, der das Unterschriftsdatum 16.10.2001 trug.

3

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. Dem einen Bewerber sei die angebotene Bettenzahl zu gering gewesen; der andere Bewerber habe angegeben, ihm sei bei einem Gespräch mit der Klinik Anfang Oktober 2001 mitgeteilt worden, dass die Stelle schon vergeben sei (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 8. sei nicht ordnungsgemäß erfolgt, der Abschluss eines Belegarztvertrages zum 18.5.2001 sei nicht nachgewiesen worden und die Beigeladene zu 8. habe auch keine korrekten Verhandlungen mit den von der Beigeladenen zu 1. vermittelten weiteren Bewerbern geführt (Bescheid vom 6.3.2003).

4

Das Sozialgericht hat die hiergegen erhobene Klage abgewiesen. Es fehle an einer ordnungsgemäßen Ausschreibung. Zudem habe der Kläger bis heute keinen ordnungsgemäßen Belegarztvertrag im Original vorgelegt; der von der Klinik vorgelegte Vertrag sei erst nach der Sitzung des Zulassungsausschusses unterschrieben worden. Es sei daher nicht entscheidungserheblich, ob und in welchem Umfang überhaupt Belegbetten zur Verfügung gestanden hätten (Urteil vom 22.7.2004). Während des nachfolgenden Berufungsverfahrens hat der Zulassungsausschuss - nach erneuter Ausschreibung der Stelle eines Belegarztes für HNO in der Arabellaklinik und Abschluss eines Belegarztvertrages, welcher die Zurverfügungstellung von nunmehr sechs Belegbetten beinhaltete - einem weiteren Antrag des Klägers auf Sonderzulassung als Belegarzt stattgegeben. Der Kläger hat sodann seinen Antrag im Hinblick darauf, dass ihm durch die Unmöglichkeit, in der Vergangenheit belegärztlich tätig zu werden, ein Schaden entstanden sei, in einen Fortsetzungsfeststellungsantrag umgestellt.

5

Das Landessozialgericht (LSG) hat die Berufung zurückgewiesen. Es hat seine Entscheidung damit begründet, die Ausschreibung des Belegarztvertrages durch die Beigeladene zu 8. als Stellenanzeige in der "Bayerischen Staatszeitung" sei nicht ordnungsgemäß gewesen. Es könne jedoch dahingestellt bleiben, ob dieser Mangel des Ausschreibungsverfahrens durch das Rundschreiben der Beigeladenen zu 1. geheilt worden sei. Ebenso könne offen bleiben, ob zwischen der Beigeladenen zu 8. und den weiteren Interessenten tatsächlich ergebnisoffen verhandelt worden sei. Denn im Zeitpunkt der Entscheidung des Beklagten habe es jedenfalls an einem als Grundlage für ein ordnungsgemäßes Belegarztverhältnis geeigneten Belegarztvertrag gefehlt. Es falle bereits auf, dass sich der dem Zulassungsausschuss vorgelegte Text ersichtlich nicht auf den Kläger bezogen habe. Zudem sei in Anbetracht der dort bestimmten Zahl von drei Belegbetten nicht erwiesen, dass zum damaligen Zeitpunkt tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit ausgeübt werden sollen. Drei Belegbetten seien für eine ordnungsgemäße belegärztliche Tätigkeit nicht ausreichend, zumal die Zahl noch einseitig von der Klinik habe verringert werden können und der Kläger auch keinen vertraglichen Anspruch auf diese Betten gehabt habe. Eine so geringfügige belegärztliche Tätigkeit, wie sie für den Kläger vorgesehen gewesen sei, vermöge eine Sonderzulassung nach [§ 103 Abs 7 SGB V](#) nicht zu rechtfertigen (Urteil vom 10.10.2007). Einen Antrag des Klägers, das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 10.10.2007 dahin gehend zu berichtigen, dass er dort Satzstrich nachlass zu dem Aspekt der nicht ausreichenden Bettenzahl beantragt habe, hat das LSG zurückgewiesen.

6

Mit seiner Revision rügt der Kläger die Verletzung von Bundesrecht. Das LSG habe verfahrensfehlerhaft zentrales Vorbringen von ihm entweder nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt. Dies gelte zunächst für den Vortrag, dass sich die Beigeladene zu 1. treuwidrig verhalten habe, indem sie sich trotz der Einbindung in das Ausschreibungsverfahren durch die Beigeladene zu 8. im späteren Widerspruchsverfahren auf die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung berufen habe, sowie für den Vortrag, dass sie das Recht verwirkt habe, sich hierauf zu berufen. Sei der Beigeladenen zu 1. aber die Berufung auf die Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung verwehrt, hätten auch der Beklagte und das Berufungsgericht zwingend von einer ordnungsgemäßen Ausschreibung ausgehen müssen. Nicht berücksichtigt worden sei weiterhin sein Vorbringen zur verfahrensrechtlichen Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Beschlusses, weil die Beigeladene zu 8. entgegen zwingenden Bestimmungen nicht am Widerspruchsverfahren beteiligt gewesen sei. Auch habe sich das LSG nicht damit auseinandergesetzt, dass die im Belegarztvertrag eingeräumte Bettenzahl unbeachtlich sei, weil allein die isolierte Anfechtung des Widerspruchsbescheides streitgegenständlich gewesen sei, in dem die angeblich zu geringe Bettenzahl keine Rolle gespielt habe; daher habe das Berufungsgericht allein die Aufhebung der (bereits erteilten) vertragsärztlichen Zulassung einer rechtlichen Überprüfung unterziehen dürfen. Weiterhin habe ihm das LSG nicht durch einen vorab gegebenen gerichtlichen Hinweis oder durch Satzstrichnachlass die Möglichkeit gegeben, zu der Frage, ob die Belegbettenzahl ausreichend und die Vertragsklauseln zulässig gewesen seien, vorzutragen; zudem beruhe das Urteil offenkundig auf sachfremden Erwägungen. Schließlich habe das LSG weder seinen in der mündlichen Verhandlung gegebenen Hinweis auf die Neuheit des Gesichtspunktes der Bettenzahl noch seinen Antrag, zu diesem Punkt noch einmal schriftlich Stellung nehmen zu können, zu Protokoll genommen.

7

Der Kläger beantragt, das Urteil des Bayerischen LSG vom 10. Oktober 2007 abzuändern und festzustellen, dass der Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 6. März 2003 über die Versagung der vertragsärztlichen Zulassung gegenüber dem Kläger rechtswidrig ist und ihn in seinen Rechten verletzt, hilfsweise, die Rechtssache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Bayerische LSG zurückzuverweisen.

8

Der Beklagte äußert sich nicht.

9

Die Beigeladene zu 1. hält - ohne einen Antrag zu stellen - die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Die Beigeladene zu 8. habe weder das Angebot zum Abschluss von Belegarztverträgen in einer der gesetzlichen Regelung genügenden Form ausgeschrieben noch habe sie mit dem Kläger einen im Sinne von [§ 103 Abs 7 Satz 2 SGB V](#) rechtswirksamen Belegarztvertrag geschlossen. Die Ausschreibung müsse in einer solchen Form erfolgen, dass das Angebot von den grundsätzlich für eine Belegarztstätigkeit in Frage kommenden bereits niedergelassenen Vertragsärzten zur Kenntnis genommen werden könne. Davon sei bei einer Ausschreibung im "Deutschen Ärzteblatt" bzw dem jeweiligen Landes-Ärzteblatt auszugehen, nicht aber wie hier bei einer solchen in der "Bayerischen Staatszeitung". Durch das nachfolgende Rundschreiben der Beigeladenen zu 1. sei dieser Mangel nicht geheilt worden. Die Ausschreibung setze im Übrigen einen

unbestimmten Adressatenkreis voraus, während durch die informelle Mitteilung der Beigeladenen zu 1. insbesondere keine Ärzte erreicht würden, welche nicht als Vertragsarzt oder außerhalb der Bezirksstelle M. Stadt und Land zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen seien.

10

Zudem könne bei drei Belegbetten nicht davon ausgegangen werden, dass eine belegärztliche Tätigkeit tatsächlich ausgeübt werden solle. Die Belegarztzulassung stehe in einem Spannungsfeld mit der Bedarfsplanung; sie stelle einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand vom grundsätzlichen Verbot der Zulassung in einem gesperrten Planungsbereich dar. Die belegärztliche Tätigkeit dürfe daher keine "inhaltsleere Hülle" bzw kein Mittel darstellen, um bestehende Zulassungsbeschränkungen zu unterlaufen. Sonderzulassungen, die auf eine belegärztliche Tätigkeit im Umfang von drei Belegbetten gestützt werden sollten, konterkarierten geradezu die Bedarfsplanung.

11

Dass es dem Kläger lediglich darum gehe, unter Umgehung bestehender Zulassungsbeschränkungen an der vertragsärztlichen Versorgung teilzunehmen, legten auch die weiteren Vereinbarungen nahe. Danach habe die avisierte Anzahl von drei Belegbetten weiter minimiert werden können; zudem sei ein Rechtsanspruch auf die vereinbarten Belegbetten ausgeschlossen worden. Somit habe der Kläger gänzlich von der belegärztlichen Tätigkeit ausgeschlossen werden können, ohne dass es hierfür einer förmlichen Kündigung bedurft hätte. Im Übrigen habe die Beigeladene zu 8. mit den an der annoncierten belegärztlichen Tätigkeit interessierten Vertragsärzten nicht ergebnisoffen verhandelt. Der Abschluss eines Belegarztvertrages mit dem bereits vertragsärztlich tätigen Dr. G. sei daran gescheitert, dass diesem lediglich ein Belegbett angeboten worden sei; dem ebenfalls an einem Vertragsschluss interessierten Dr. G. sei mitgeteilt worden, dass es bereits im Mai (2001) zum Abschluss eines Belegarztvertrages gekommen sei.

12

Die übrigen Beigeladenen haben weder Anträge gestellt noch sich geäußert.

II

13

Die Revision des Klägers ist zulässig und - im Sinne einer Zurückverweisung an das LSG - begründet.

14

1. Das Verfahren wird zutreffend im Wege der Fortsetzungsfeststellungsklage geführt. Die vom Kläger im Berufungsverfahren vorgenommene Umstellung der Klage in eine Fortsetzungsfeststellungsklage ist als Antragsänderung nach [§ 99 Abs 3 Nr 3 SGG](#) zulässig (s zB Bundessozialgericht (BSG) [SozR 4-2500 § 73 Nr 3](#) RdNr 11; [BSGE 99, 145](#) = [SozR 4-2500 § 116 Nr 4](#), jeweils RdNr 14). Das zu Recht zunächst im Wege der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage verfolgte Begehren hat sich dadurch iS des [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) erledigt, dass der Kläger - wenn auch zu einem späteren Zeitpunkt - die begehrte Sonderzulassung erhalten hat. Das gemäß [§ 131 Abs 1 Satz 3 SGG](#) neben dem Erledigungseintritt zusätzlich erforderliche Feststellungsinteresse ist unter dem Gesichtspunkt der Präjudizialität gegeben, da ein Schadensersatzprozess mit gewisser Wahrscheinlichkeit zu erwarten ist (vgl Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 131 RdNr 10a, 10d). Denn der Kläger hat nachvollziehbar vorgetragen, wegen der im Zeitraum zwischen dem 6.3.2003 und dem 12.7.2007 fehlenden Möglichkeit, vertragsärztlich tätig zu sein, im zivilrechtlichen Verfahren Schadensersatzansprüche gegen den Beklagten geltend machen zu wollen.

15

2. Die Revision des Klägers ist insoweit begründet, als auf der Grundlage der Feststellungen des Berufungsgerichts nicht abschließend beurteilt werden kann, ob der Bescheid des Beklagten vom 6.3.2003 rechtswidrig war.

16

a) Die vom Kläger gerügten Verfahrensmängel liegen allerdings nicht vor.

17

aa) Ein Verstoß gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs - im Sinne einer Überraschungsentscheidung - ist nicht darin zu sehen, dass das LSG dem Kläger weder durch einen vorab gegebenen gerichtlichen Hinweis noch durch Schriftsatznachlass die Möglichkeit eingeräumt hat, zu der Frage, ob die Belegbettenzahl ausreichend sei und ob die diese betreffenden Bestimmungen des Belegarztvertrages zulässig gewesen seien, vorzutragen. Eine Überraschungsentscheidung liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts - BVerfG - (vgl [BVerfGE 84, 188](#), 190; [BVerfGE 86, 133](#), 144 f; [BVerfGE 98, 218](#), 263; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 24.10.2007 - [1 BvR 1086/07](#) - [FamRZ 2008, 244](#); zuletzt BVerfG (Kammer), Beschluss vom 7.10.2009 - [1 BvR 178/09](#) - juris RdNr 8) wie auch des BSG ([SozR 3-4100 § 103 Nr 4](#) S 23; Beschluss vom 5.12.2001 - [B 7 AL 166/01 B](#) - juris; Beschluss vom 22.4.2008 - B [5a/5 R 366/06](#) B - juris) dann vor, wenn das Gericht einen bis dahin nicht erörterten rechtlichen oder tatsächlichen Gesichtspunkt zur Grundlage seiner Entscheidung macht und damit dem Rechtsstreit eine Wende gibt, mit der auch ein gewissenhafter Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Verfahrensverlauf selbst unter Berücksichtigung der Vielzahl vertretbarer Rechtsauffassungen nicht zu rechnen braucht. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall.

18

[Art 103 Abs 1 GG](#) begründet keine umfassende Frage-, Aufklärungs- und Informationspflicht des Gerichts, insbesondere nicht im Hinblick auf dessen Rechtsansichten (stRspr des BVerfG, vgl. [BVerfGE 66, 116, 147](#); [BVerfGE 74, 1, 5](#); [BVerfGE 84, 188, 190](#); [BVerfGE 86, 133, 144](#); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 24.10.2007, [aaO](#); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 27.11.2008 - [2 BvR 1012/08](#) - juris RdNr 6). Auch der in [§ 62 SGG](#) verankerte Anspruch auf rechtliches Gehör verpflichtet das Gericht nicht generell, darauf hinzuweisen, dass es einem bestimmten rechtlichen oder tatsächlichen Vorbringen eines Beteiligten nicht folgen will (BSG, Beschluss vom 29.1.1997 - [6 BKa 22/95](#) - juris; BSG, Urteil vom 11.11.2003 - [B 2 U 32/02 R - NZS 2004, 660](#) ff; BSG, Beschluss vom 22.4.2008 - [B 5a/5 R 366/06 B](#) - juris; vgl. auch Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 9. Aufl 2008, § 62 RdNr 8a). Prozessbeteiligte - insbesondere anwaltlich vertretene - müssen grundsätzlich von sich aus alle vertretbaren Gesichtspunkte in Betracht ziehen und sich in ihrem Vortrag darauf einstellen ([BVerfGE 86, 133, 144](#) f; [BVerfGE 98, 218, 263](#); BVerfG (Kammer), Beschluss vom 3.7.2001 - [1 BvR 1043/00 - NJW-RR 2002, 69](#); BSG, Beschluss vom 5.12.2001 - [B 7 AL 166/01 B](#) - juris), auch wenn die Rechtslage umstritten oder problematisch ist ([BVerfGE 86, 133, 144](#) f). Der Anspruch auf rechtliches Gehör soll lediglich verhindern, dass die Beteiligten durch eine Entscheidung überrascht werden, die auf Rechtsauffassungen, Tatsachen oder Beweisergebnissen beruht, zu denen sie sich nicht äußern konnten (BSG, Urteil vom 11.11.2003 - [B 2 U 32/02 R - NZS 2004, 660](#) ff unter Hinweis auf BSG [SozR 3-1500 § 153 Nr 1](#) mwN). Dies gilt insbesondere dann, wenn der Rechtsstreit in der mündlichen Verhandlung eine unerwartete Wendung nimmt, indem etwa neue, bislang nicht erörterte (eventuell entscheidungserhebliche) Gesichtspunkte auftauchen oder das Gericht den Beteiligten mit einer geänderten Rechtsauffassung gegenübertritt (BSG [SozR 4-1500 § 62 Nr 1](#) mwN; BSG, Beschluss vom 5.8.2004 - [B 13 RJ 206/03 B](#) - juris). Das Urteil darf nicht auf solche Gesichtspunkte gestützt werden, die bisher überhaupt nicht erörtert wurden oder deren Heranziehung aus anderen Gründen von den Beteiligten nicht vorhergesehen werden konnte (BSG, Beschluss vom 29.1.1997 - [6 BKa 22/95](#) - juris). Andererseits liegt keine unzulässige Überraschungsentscheidung vor, wenn die Problematik bereits Gegenstand von Äußerungen der Beteiligten des Verfahrens war, das zu der angegriffenen Entscheidung führte (BVerfG, (Kammer), Beschluss vom 12.7.2006 - [2 BvR 513/06 - BVerfGK 8, 376](#)).

19

Vorliegend war die Frage der für eine Sonderzulassung ausreichenden Bettenzahl sehr wohl Gegenstand der Erörterung im Verfahren. Jedenfalls im Verwaltungsverfahren stand sie im Mittelpunkt der rechtlichen Auseinandersetzung. Sie war Gegenstand des Ablehnungsantrags der Beigeladenen zu 1. sowie der Stellungnahmen des Krankenhausträgers vom 13.11.2001 und vom 5.12.2001; in letzterer wurde auf ein einschlägiges Urteil des Schleswig-Holsteinischen LSG verwiesen. Auch der Zulassungsausschuss erwähnt diesen Aspekt in seinem stattgebenden Beschluss. Hinzu kommt, dass der Kläger selbst in seiner Berufungsbegründungsschrift vorträgt, dass diese Frage "vom Sozialgericht erstmals in der mündlichen Verhandlung aufgeworfen" worden sei; sie ist nach seinem eigenen Vorbringen mithin auch im sozialgerichtlichen Verfahren angesprochen worden. Darüber hinaus war die Problematik der ausreichenden Bettenzahl Gegenstand verschiedener anderer gerichtlicher Entscheidungen ([BSGE 88, 6](#); Schleswig-Holsteinisches LSG, Urteil vom 4.4.2001 - [L 4 KA 38/00](#) - in jüngerer Zeit Hessisches LSG, Beschluss vom 2.3.2007 - [L 4 KA 5/07 ER - GesR 2007, 178](#)), so dass es für einen fachkundig vertretenen Kläger nahe liegen musste, mit dieser Problematik (weiterhin) konfrontiert zu werden. Schließlich hat der Kläger nicht behauptet (und erst recht nicht glaubhaft gemacht), dass das LSG vor seiner Entscheidung den Eindruck erweckt haben könnte, der Aspekt der Bettenzahl sei nicht entscheidungserheblich oder gar im Sinne der vom Kläger vertretenen Auffassung zu beurteilen.

20

bb) Das LSG hat den Anspruch des Klägers auf Gewährung rechtlichen Gehörs auch nicht dadurch verletzt, dass es zentrales Vorbringen von ihm entweder nicht zur Kenntnis genommen oder bei der Entscheidungsfindung nicht berücksichtigt habe. Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör ([§§ 62, 128 Abs 2 SGG, Art 103 Abs 1 GG](#)) liegt insbesondere dann vor, wenn das Gericht seiner Pflicht, das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in seine Erwägungen einzubeziehen, nicht nachkommt (stRspr des BVerfG: [BVerfGE 25, 137, 140](#); [BVerfGE 86, 133, 144](#) f; BVerfG (Kammer), Beschluss vom 24.10.2007 - [1 BvR 1086/07 - FamRZ 2008, 244](#); zuletzt BVerfG (Kammer), Beschluss vom 22.9.2009 - [1 BvR 3501/08](#) - juris RdNr 13). Grundsätzlich ist allerdings davon auszugehen, dass Gerichte das entgegengenommene Beteiligtenvorbringen auch zur Kenntnis genommen und in Erwägung gezogen haben; sie sind nicht verpflichtet, sich mit jedem Vorbringen in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu befassen ([BVerfGE 86, 133, 144](#); Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 62 RdNr 7 mwN; BSG, Beschluss vom 21.9.2006 - [B 12 KR 24/06 B](#) - juris, unter Hinweis auf BVerfG (Dreier-Ausschuss) [SozR 1500 § 62 Nr 16](#)). Das Gericht muss sich nicht mit jedem Parteivorbringen auseinandersetzen, insbesondere wenn es offensichtlich unerheblich ist oder wenn sich aus dem Urteil zweifelsfrei ergibt, dass das Gericht das Vorbringen auch ohne ausdrückliche Erwähnung für unerheblich gehalten hat (BSG, Beschluss vom 29.1.1997 - [6 BKa 22/95](#) - juris). Nur wenn sich aus den Umständen des Einzelfalls ergibt, dass wesentlicher Vortrag nicht zur Kenntnis genommen und nicht erwogen worden ist, ist das Recht auf rechtliches Gehör verletzt (BVerfG (Kammer), Beschluss vom 27.5.2009 - [1 BvR 512/09](#) - juris RdNr 9, unter Hinweis auf [BVerfGE 96, 206, 216](#) f; BSG, Beschluss vom 29.1.1997 - [6 BKa 22/95](#) - juris).

21

(1) In dem Übergehen des klägerischen Vortrags, wonach sich die Beigeladene zu 1. treuwidrig verhalten bzw ihr Recht verwirkt habe, indem sie sich trotz Einbindung in das Ausschreibungsverfahren im Widerspruchsverfahren auf die Fehlerhaftigkeit der ursprünglichen Ausschreibung berufen habe, liegt schon deswegen kein Verfahrensfehler, weil das LSG seine Entscheidung nicht auf Fehler des Ausschreibungsverfahrens gestützt hat.

22

(2) Soweit der Kläger ein Übergehen seiner Ausführungen zur verfahrensrechtlichen Fehlerhaftigkeit des angefochtenen Beschlusses wegen einer fehlenden Beteiligung der Beigeladenen zu 8. am Widerspruchsverfahren rügt, durfte das LSG diesen Vortrag als nicht entscheidungserheblich ansehen. Ein Verwaltungsakt ist nur bei einer unterbliebenen Hinzuziehung nach [§ 12 Abs 2 Satz 2 SGB X](#) fehlerhaft (Krasney in: Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, SGB X, § 12 RdNr 20). Es kann dahingestellt bleiben, ob die Beigeladene zu 8. notwendig zum Verfahren hätte hinzugezogen werden müssen; eine "notwendige" Hinzuziehung nach dieser Vorschrift setzte voraus, dass der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung für einen Dritten hat ([§ 12 Abs 2 Satz 2 Halbsatz 1 SGB X](#)). Denn selbst bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift ist die Aufhebung des Verwaltungsaktes nach [§ 42 SGB X](#) zu beurteilen (Krasney, aaO, RdNr 20), wonach die Aufhebung eines (formell) rechtswidrigen Verwaltungsaktes nicht beansprucht werden kann, wenn offensichtlich keine andere Entscheidung

in der Sache hätte getroffen werden können. Das LSG durfte diesen Einwand daher für unbeachtlich halten, weil - aus seiner Sicht - der angefochtene Bescheid des Beklagten in der Sache rechtmäßig war.

23

Im Übrigen wäre das Argument der fehlenden Beteiligung des Krankenhausträgers am Verwaltungsverfahren auch in der Sache nicht tragfähig, weil sich dieser tatsächlich sowohl im Verfahren vor dem Zulassungsausschuss als auch im Verfahren vor dem Berufungsausschuss - in der Form, dass der Kläger ein Schreiben der Klinik vom 5.6.2002 als seine Stellungnahme eingereicht hat - ausführlich geäußert hat.

24

(3) Unzutreffend ist schließlich, dass das LSG den Vortrag des Klägers zur Unbeachtlichkeit der ihm eingeräumten Belegbettenzahl infolge des eingeschränkten Streitgegenstandes übergangen habe. Das LSG hat sich vielmehr mit diesem Argument auf Seite 13 seines Urteils auseinandergesetzt und zur Begründung auf das Fehlen eines Beurteilungsspielraums verwiesen.

25

cc) Das LSG war auch rechtlich nicht gehindert, über die vom Beklagten angestellten Erwägungen hinaus eigenständig die weiteren Voraussetzungen einer Sonderzulassung zu prüfen. Streitgegenstand des Verfahrens ist entgegen der Auffassung des Klägers die Erteilung einer Zulassung und nicht die Entziehung einer ihm vom Zulassungsausschuss erteilten Zulassung. Grundsätzlich können nur bestandskräftige Zulassungen entzogen werden; aber die für den Kläger positive Entscheidung des Zulassungsausschusses ist infolge des Widerspruchs der Beigeladenen zu 1. gerade nicht in Bestandskraft erwachsen.

26

dd) Ohne Erfolg bleibt schließlich auch die Rüge eines Verstoßes gegen das Willkürverbot ([Art 3 Abs 1 GG](#)). Gerichtliche Urteile verstoßen nicht schon dann gegen das Willkürverbot, wenn die Rechtsanwendung oder das eingeschlagene Verfahren Fehler enthalten. Hinzu kommen muss vielmehr, dass sie bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlich sind und sich daher der Schluss aufdrängt, dass sie auf sachfremden Erwägungen beruhen (BVerfG (Kammer) [SozR 3-1500 § 160a Nr 6 S 10](#); stRspr seit [BVerfGE 4, 1](#), 7). Die Gerichtsentscheidung muss nicht nur offensichtlich fehlerhaft, sondern darüber hinaus sachlich schlechthin unververtretbar und damit objektiv willkürlich sein (BSG, Beschluss vom 11.8.1989 - [2 BU 56/89](#) - juris). Hierfür finden sich jedoch keinerlei Anhaltspunkte.

27

b) In der Sache selbst steht die Entscheidung des LSG mit Bundesrecht nicht in vollem Umfang in Einklang.

28

aa) [§ 103 Abs 7 SGB V](#), der durch Art 1 Nr 36 des 2. Gesetzes zur Neuordnung von Selbstverwaltung und Eigenverantwortung in der gesetzlichen Krankenversicherung (2. GKV-Neuordnungsgesetz - 2. GKV-NOG - vom 23.6.1997, [BGBl I 1520](#)) zum 1.7.1997 (Art 19 Abs 6 des 2. GKV-NOG) eingeführt wurde und seither unverändert gilt, lautet: "In einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, haben Krankenhausträger das Angebot zum Abschluss von Belegarztverträgen auszusprechen. Kommt ein Belegarztvertrag mit einem im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsarzt nicht zustande, kann der Krankenhausträger mit einem bisher im Planungsbereich nicht niedergelassenen geeigneten Arzt einen Belegarztvertrag schließen. Dieser erhält eine auf die Dauer der belegärztlichen Tätigkeit beschränkte Zulassung; die Beschränkung entfällt bei Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen nach Abs 3, spätestens nach Ablauf von zehn Jahren."

29

Wie der Senat bereits in seinem Urteil vom 14.3.2001 ([BSGE 88, 6](#), 10 ff = [SozR 3-2500 § 103 Nr 6 S 42 ff](#)) ausgeführt hat, trägt die Ergänzung des [§ 103 SGB V](#) um einen Abs 7 dem Umstand Rechnung, dass es zwischen dem Ziel einer Förderung der als ökonomisch sinnvoll bewerteten belegärztlichen Tätigkeit und den auf der Grundlage der [§§ 101](#) und [103 SGB V](#) angeordneten Zulassungsbeschränkungen zu Verwerfungen kommen kann (BSGE aaO S 9 bzw SozR aaO S 41 mwN). Zweck des [§ 103 Abs 7 SGB V](#) ist es, die Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit zu fördern und gleichzeitig einen Anstieg der Überversorgung zu verhindern. Um dies zu erreichen, wird das Interesse der im Planungsbereich niedergelassenen Ärzte an der Ausübung auch einer belegärztlichen Tätigkeit mobilisiert. Damit soll verhindert werden, dass das Angebot einer belegärztlichen Tätigkeit zu einer weiteren Steigerung der Überversorgung führt, und weiterhin, dass die belegärztliche Tätigkeit als Durchgangsstation für die Erlangung einer Zulassung missbraucht wird (BSGE aaO S 12 bzw SozR aaO S 44 unter Hinweis auf die Ausschussbegründung zu Art 1 Nr 27d des 2. GKV-NOG, [BT-Drucks 13/7264 S 67](#)).

30

Die Kontrolle, ob das Verhalten des Krankenhausträgers bei der Zulassung eines externen Bewerbers den Vorgaben des [§ 103 Abs 7 SGB V](#) entspricht, obliegt den Zulassungsgremien. Diese haben zu prüfen, ob der Krankenhausträger die belegärztliche Tätigkeit ordnungsgemäß ausgeschrieben hat und ob er den sich aus [§ 103 Abs 7 Satz 2 SGB V](#) ergebenden Anforderungen an das Besetzungsverfahren entsprochen hat, insbesondere, ob sich außer dem externen Bewerber auch im Planungsbereich bereits niedergelassene Vertragsärzte um die Tätigkeit als Belegarzt beworben haben und ob ein Belegarztvertrag mit dem bzw den internen Bewerber(n) aus nachvollziehbaren Gründen nicht zustande gekommen ist (BSGE aaO S 10, 11 f bzw SozR aaO S 42, 43 f). Gegenstand der Prüfung, bei der den Zulassungsgremien kein der gerichtlichen Prüfung nur eingeschränkt zugänglicher Beurteilungsspielraum zusteht (s hierzu das Senatsurteil vom heutigen Tag - [B 6 KA](#)

[27/08 R](#) - RdNr 25), ist auch, ob die im Planungsbereich niedergelassenen Bewerber grundsätzlich für die Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit in Übereinstimmung mit den für den Krankenhausträger verbindlichen Festsetzungen der Krankenhauspläne geeignet sind, ob sie die vom Krankenhausträger in Übereinstimmung mit den maßgeblichen gesetzlichen Vorschriften gesetzten Bedingungen für die belegärztliche Tätigkeit akzeptieren und ob sie hinsichtlich des Leistungsangebots, der räumlichen Lage ihrer Praxis und ihrer Wohnung für die belegärztliche Tätigkeit in Frage kommen ([BSGE 88, 6, 12](#) bzw [SozR 3-2500 § 103 Nr 6](#) S 44). Zudem muss die in Aussicht genommene belegärztliche Tätigkeit mit den gesetzlichen Vorgaben in Übereinstimmung stehen; insbesondere darf diese stationäre Tätigkeit des Vertragsarztes nicht das Schwergewicht seiner Gesamttätigkeit bilden ([BSGE aaO S 16](#) bzw [SozR aaO S 48 f](#)).

31

Um den Zulassungsgremien eine Prüfung zu ermöglichen, sind die Beteiligten verpflichtet, ihnen die maßgeblichen Unterlagen vorzulegen. Hierzu gehört auch die Vorlage des Belegarztvertrages im Original und in vollständiger Fassung (s hierzu im Zusammenhang mit dem Vertrag über eine Gemeinschaftspraxis BSG, Urteil vom 16.7.2003 - [B 6 KA 34/02 R](#) - [SozR 4-5520 § 33 Nr 2](#) RdNr 24). Die Zulassungsgremien sind allerdings gehalten, die Beteiligten ggf auf die Notwendigkeit der Vorlage hinzuweisen.

32

bb) Ob diesen, sich aus [§ 103 Abs 7 SGB V](#) iVm der diese Norm interpretierenden Rechtsprechung des Senats ergebenden, Anforderungen vorliegend vollen Umfangs Genüge getan wurde, lässt sich auf der Grundlage der Tatsachenfeststellungen des LSG nicht abschließend beurteilen.

33

(1) Allerdings standen einer Zulassung des Klägers entgegen der Auffassung der Vorinstanzen keine Mängel des Ausschreibungsverfahrens entgegen. [§ 103 Abs 7 Satz 1 SGB V](#) beinhaltet eine Verpflichtung zu nichtförmlicher Ausschreibung eines Angebots zum Abschluss von Belegarztverträgen, dh zur Veröffentlichung einer Aufforderung zur Einreichung von Angeboten zum Abschluss eines Belegarztvertrages. Eine bestimmte Form ist nur dann einzuhalten, wenn diese im Gesetz ausdrücklich vorgegeben wird, wie etwa in [§ 103 Abs 4 Satz 1 SGB V](#) die Ausschreibung eines Vertragsarztesitzes in den für die amtlichen Bekanntmachungen der KÄV vorgesehenen Blättern. Derartige Vorgaben enthält [§ 103 Abs 7 Satz 1 SGB V](#) jedoch nicht.

34

Die Anforderungen an eine Veröffentlichung von Ausschreibungstexten können nicht weiter gehen als diejenigen an die Veröffentlichung von Rechtsnormen. Für diese ist jedoch anerkannt, dass sie lediglich so zu verkünden sind, dass die Betroffenen sich vom Erlass und vom Inhalt der Rechtsnorm verlässlich Kenntnis verschaffen können und dass diese Möglichkeit der Kenntniserlangung nicht in unzumutbarer Weise erschwert sein darf (BVerfG, Urteil vom 22.11.1983 - [2 BvL 25/81](#) - [BVerfGE 65, 283](#), 291; Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Beschluss vom 18.10.2006 - [9 B 6.06](#) - Buchholz 310 [§ 108 Abs 2 VwGO Nr 66](#) = [NVwZ 2007, 216](#)); welche Anforderungen im Einzelnen an die Verkündung zu stellen sind, richtet sich nach dem jeweils einschlägigen Recht (BVerwG, aaO).

35

Schreibt das Gesetz keine besondere Form vor, bestimmt sich diese nach dem jeweiligen Zweck der Regelung. Bezüglich der Ausschreibung einer Belegarztstelle ist daher erforderlich, aber auch ausreichend, dass alle nach dem Gesetz vorrangig zu berücksichtigenden Interessierten an einer belegärztlichen Tätigkeit die Möglichkeit haben, von der Veröffentlichung Kenntnis zu nehmen. Der maßgebliche Kreis des Adressaten bestimmt sich dabei nach [§ 103 Abs 7 Satz 2 Halbsatz 1 SGB V](#), umfasst also (allein) die im jeweiligen Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte, welche bei der Vergabe der Belegarztzulassung vorrangig zu berücksichtigen sind. Eine über den Planungsbereich hinausgehende oder gar bundesweite Ausschreibung ist weder nach dem Wortlaut der Norm noch nach deren Zweck erforderlich.

36

Somit stellt eine Veröffentlichung der Ausschreibung im "Deutschen Ärzteblatt" oder einer regionalen Ärztezeitung zwar eine zulässige, aber keineswegs zwingende Form der Veröffentlichung dar. Es kommen daneben grundsätzlich auch Annoncen in anderen Zeitungen bzw Zeitschriften in Betracht, sofern diese unter den (potentiellen) Bewerbern einen gewissen Bekanntheitsgrad bzw eine gewisse Verbreitung genießen. Im Übrigen ist nicht einmal erforderlich, dass die Ausschreibung überhaupt im Wege der Veröffentlichung in einem Publikationsorgan erfolgt. Denn die Norm schreibt - anders als etwa [§ 73c Abs 3 Satz 3 SGB V](#) und [§ 129 Abs 5b Satz 1 SGB V](#) - nicht vor, dass die Ausschreibung "öffentlich" zu erfolgen hat. Daher kann auch die Form eines persönlichen Anschreibens an alle vorrangigen potentiellen Bewerber gewählt werden, denn entscheidend ist allein, dass diese die realistische Möglichkeit zur Kenntniserlangung haben. Dies ist nach der Lebenserfahrung sogar eher durch ein persönliches Schreiben als durch eine Zeitungsannonce gewährleistet.

37

Letztlich kann dahingestellt bleiben, ob die Veröffentlichung in der "Bayerischen Staatszeitung" diesen Anforderungen genügt hat, denn ein etwaiger Mangel wäre dadurch geheilt, dass die Beigeladene zu 1. alle in M. niedergelassenen HNO-Ärzte über die Ausschreibung der in Rede stehenden Belegarztstelle informiert hat. Diese Mitteilung, mit der die Beigeladene zu 1. gerade den Zweck verfolgte, bei potentiellen Bewerbern Interesse zu wecken, war zweifellos geeignet, um von vorrangigen Interessenten zur Kenntnis genommen zu werden. Da - wie dargelegt - die Anforderungen an eine Ausschreibung nach [§ 103 Abs 7 Satz 1 SGB V](#) allein durch ihren Zweck bestimmt werden, ist es auch unerheblich, wenn diese dem maßgeblichen Adressatenkreis letztlich nicht durch den Krankenhausträger selbst, sondern durch die beigeladene KÄV zur Kenntnis gelangt ist. Ebenso ist es unschädlich, dass das Rundschreiben der Beigeladenen zu 1. weder den nicht zugelassenen Ärzten noch den außerhalb des Planungsbereiches M. Stadt und Land zugelassenen Vertragsärzten zugegangen ist, da es - wie ausgeführt - allein auf die Möglichkeit der Kenntniserlangung der vorrangig zu berücksichtigenden Vertragsärzte im Planungsbereich

ankommt.

38

Schließlich ergäbe sich auch kein anderes Ergebnis, wenn die korrekte Ausschreibung erst erfolgt wäre, nachdem bereits Verhandlungen mit einzelnen Bewerbern geführt worden sind. Der Senat hat bereits entschieden, dass dieser Umstand nichts daran ändert, dass dem Ausschreibungserfordernis Genüge getan worden ist, wenn jedenfalls alle Bewerber nach der Ausschreibung Gelegenheit gehabt haben, mit dem Krankenhausträger über den Abschluss eines Belegarztvertrages zu verhandeln (BSGE 88, 6, 15 = SozR 3-2500 § 103 Nr 6 S 47 f). Dass die Ausschreibung inhaltlich den gesetzlichen Anforderungen entsprach, ist von den Beteiligten zu Recht nicht in Zweifel gezogen worden.

39

(2) [§ 103 Abs 7 SGB V](#) setzt weiter voraus, dass tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit iS des [§ 121 Abs 2 SGB V](#) am Krankenhaus ausgeübt werden soll. Das schließt es aus, eine Zulassung in Situationen zu erteilen, in denen das Unterlaufen von Zulassungsbeschränkungen der eigentliche Beweggrund für den Abschluss eines Belegarztvertrages ist, die belegärztliche Tätigkeit also nur pro forma ausgeübt und faktisch völlig gegenüber der Tätigkeit in der niedergelassenen Praxis in den Hintergrund treten soll (BSGE 88, 6, 15 = SozR 3-2500 § 103 Nr 6 S 48). Ob diese Voraussetzungen eingehalten wurden, lässt sich anhand der vom Berufungsgericht getroffenen Feststellungen nicht sicher beurteilen.

40

(a) Anhand welcher Kriterien festzustellen ist, ob tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit gewollt ist oder missbräuchlich zur Erlangung einer vertragsärztlichen Zulassung genutzt werden soll, entzieht sich einer generellen Festlegung. Allerdings kommt dabei dem Aspekt, in welchem Umfang die Rahmenbedingungen überhaupt eine belegärztliche Tätigkeit zulassen, wesentliche Bedeutung zu. Denn die Belegarztzulassung nach [§ 103 Abs 7 SGB V](#) steht in einem Spannungsverhältnis zur Bedarfsplanung, weil sie es externen Bewerbern ermöglicht, in gesperrten Planungsbereichen eine hinsichtlich ihres Umfangs unbeschränkte vertragsärztliche Tätigkeit auszuüben. Daher bedarf es der Feststellung, in welchem Umfang überhaupt Belegbetten für die vorgesehene belegärztliche Tätigkeit zur Verfügung stehen und ob deren Zahl den Schluss auf eine ernsthaft beabsichtigte belegärztliche Tätigkeit zulässt.

41

(aa) Hierbei ist auf die im Belegarztvertrag festgelegte Zahl an Belegbetten abzustellen. Vertragliche Regelungen, die - wie vorliegend - dem Belegarzt keinen Rechtsanspruch auf diese Betten einräumen und dem Krankenhausträger zudem die Möglichkeit geben, die Zahl der Belegbetten vorübergehend zu reduzieren, stehen der Annahme einer ernstlich gewollten Belegarztstätigkeit allerdings nicht zwingend entgegen. Denn hierbei dürfte es sich zum einen um eine Standardformulierung in Belegarztverträgen handeln, wie das am heutigen Tag vom Senat entschiedene Parallelverfahren aus Nordrhein-Westfalen ([B 6 KA 27/08 R](#)) nahe legt, so dass sich hieraus kein Anhaltspunkt auf eine im Einzelfall beabsichtigte missbräuchliche Nutzung dieser Klausel ergibt. Zum anderen spricht viel dafür, dass derartige Regelungen dem Umstand Rechnung tragen sollen, dass dem Krankenhausträger nicht die planungsrechtliche Hoheit über die Zahl der geförderten Belegbetten zusteht (so LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 14.11.2007 - [L 10 KA 5/07](#)), und ihm deshalb die Möglichkeit erhalten bleiben soll, auf eine entsprechende Änderung des Krankenhausplans zu reagieren.

42

(bb) Wie der Senat mit Urteil vom heutigen Tag im Verfahren [B 6 KA 27/08 R](#) entschieden hat, haben die Zulassungsgremien bei ihrer Prüfung allerdings die Festsetzungen der Landeskrankenhausplanung für die betroffene (Beleg-)Abteilung zu berücksichtigen, an deren Vorgaben sie gebunden sind (s hierzu zuletzt Urteil des Senats vom 28.1.2009 - [B 6 KA 61/07 R](#) - [SozR 4-2500 § 118 Nr 1](#) RdNr 23 ff - zur Veröffentlichung auch in BSGE vorgesehen - im Zusammenhang mit der Ermächtigung einer psychiatrischen Tagesklinik). Sieht daher die Krankenhausplanung für eine Belegabteilung lediglich eine numerisch geringe Zahl von Betten vor, dann darf hieraus nicht der Schluss gezogen werden, dass dies keine ernstliche belegärztliche Tätigkeit ermöglicht, und die Zulassung nach [§ 103 Abs 7 SGB V](#) nicht mit der Begründung versagt werden, dass die Belegarztstätigkeit nur pro forma ausgeübt werden solle. Dies gilt selbst dann, wenn in der Belegabteilung bereits ein Belegarzt tätig ist, da der Gesetzgeber das kooperative Belegarztwesen unterstützt (vgl [§ 121 Abs 1 Satz 2 SGB V](#)) und es im Interesse einer umfassenden Versorgung der Patienten angezeigt ist, dass je Belegabteilung zumindest zwei Belegärzte kooperieren. Diese Voraussetzungen liegen im Falle des Klägers jedoch angesichts der Größe der HNO-Belegabteilung in der A. nicht vor. Nach dem Schreiben der Beigeladenen zu 1. an den Beklagten vom 13.6.2007 stehen ausweislich des Krankenhausplanes in der HNO-Belegabteilung der A. 30 geförderte Betten zur Verfügung, die von 10 Belegärzten versorgt werden.

43

(cc) Aber auch bei einer großen Belegabteilung stellt eine Zahl von - wie hier - nur drei dem Belegarzt zur Verfügung stehenden Belegbetten kein absolutes Ausschlusskriterium dar und lässt für sich genommen noch nicht den Schluss auf eine nicht wirklich gewollte belegärztliche Tätigkeit und damit auf eine Umgehung der Zulassungsbeschränkungen zu.

44

Der Senat hat bislang von einer genauen Festlegung des notwendigen Umfangs, in dem eine belegärztliche Tätigkeit ermöglicht werden muss, Abstand genommen. Soweit er in seinem Urteil vom 14.3.2001 ([BSGE 88, 6 = SozR 3-2500 § 103 Nr 6](#)) eine Zahl von zehn für diese Tätigkeit zur Verfügung stehenden Belegbetten genannt hat, stellt diese - worauf er selbst hingewiesen hat (BSGE aaO S 15 f bzw SozR aaO S 48) - keine absolute Untergrenze in dem Sinne dar, dass dann, wenn ein Arzt weniger als zehn Belegbetten zur Verfügung hat, von einer ernstlich gewollten Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit nicht die Rede sein kann. Diese Zahl, die zumindest seinerzeit den langjährigen Durchschnittszahlen für die belegärztliche Tätigkeit entsprach (BSG, jeweils aaO, mwN), bietet allein einen Anhaltspunkt in der Weise, dass jedenfalls bei zehn verfügbaren Belegbetten für einen einzelnen Arzt an der ernsthaft beabsichtigten Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit

nicht zu zweifeln ist (BSG, jeweils aaO).

45

Der Senat sieht auch weiterhin von der Festlegung einer generell geltenden Untergrenze ab. Dem steht - neben dem Umstand, dass die Bettenzahl nur eines der maßgeblichen Kriterien darstellt - bereits entgegen, dass die Zahl der zur Verfügung stehenden Belegbetten aufgrund der unterschiedlichen Verweildauer je nach Fachgruppe variiert. Während der Anteil der Belegärzte, die (nur) über bis zu 10 belegbare Betten verfügen können, auf alle belegärztlich tätigen Ärzte bezogen bei 72,9 % liegt, beträgt dieser Anteil bei HNO-Ärzten 81,7 %; umgekehrt liegt er etwa bei Orthopäden mit 70,7 % leicht und bei Frauenärzten mit 62 % deutlich unter dem Durchschnitt (berechnet nach: Kassenärztliche Bundesvereinigung, Grunddaten zur vertragsärztlichen Versorgung in Deutschland 2007, I. 24).

46

Einen Anhaltspunkt für das erforderliche Maß an Belegbetten, das für eine ernsthaft beabsichtigte belegärztliche Tätigkeit notwendig ist, bietet allerdings die Zahl von Belegbetten, die den bereits zugelassenen Belegärzten im Durchschnitt (rechnerisch) zur Verfügung stehen. Derartigen Durchschnittswerten kommt insoweit Bedeutung zu, als sie das im tatsächlichen Versorgungsgeschehen für erforderlich gehaltene Maß an Belegbetten wiedergeben. Abzustellen ist dabei in fachlicher Hinsicht auf die jeweilige Arztgruppe, der der die Belegarztzulassung begehrende Arzt angehört. In örtlicher Hinsicht sind im Regelfall die Durchschnittswerte zugrunde zu legen, die für das betreffende Bundesland, in dem die örtlich zuständige KV ihren Sitz hat, ermittelt worden sind, da auch die absolute Zahl an Belegbetten vorgegebene Krankenhausplanung landesbezogen erfolgt. Lassen sich landesweite Durchschnittswerte nicht feststellen, kann hilfsweise auf Werte aus dem Bereich der örtlich zuständigen KÄV zurückgegriffen werden. Die Zugrundelegung allein des von der Belegarztzulassung betroffenen Planungsbereiches ist demgegenüber nicht ausreichend, weil örtliche Besonderheiten, wie etwa das Vorhandensein einer großen Belegklinik, die Werte beeinflussen können. Feststellungen hierzu hat das LSG nicht getroffen; dies wird es nachzuholen haben.

47

Wenn die Zahl der für den neu zuzulassenden Arzt zur Verfügung stehenden Belegbetten deutlich hinter der durchschnittlichen Belegbettenzahl der jeweiligen Fachgruppe zurückbleibt und dies nicht durch Besonderheiten der Landeskrankenhausplanung begründet ist (s.o.), bedarf es konkreter Darlegungen des Krankenhausträgers, aus welchen Gründen er einen weiteren Belegarzt an sich binden will. Diese Angaben sind von den Zulassungsgremien bzw den Gerichten daraufhin zu überprüfen, ob sie den Schluss auf eine ernstlich beabsichtigte belegärztliche Tätigkeit zulassen. Je deutlicher die vorgesehene Zahl an Belegbetten die Durchschnittswerte unterschreitet, desto höhere Anforderungen sind an die Begründung zu stellen. Anerkennenswerte Gründe für die Einbindung eines weiteren Belegarztes könnten zB darin gesehen werden, dass die bereits tätigen Belegärzte ihre Tätigkeit einschränken wollen, oder der Krankenhausträger neue Operationsschwerpunkte setzen will, welche die bisherigen Belegärzte qualitativ nicht hinreichend abdecken (s hierzu das Urteil vom heutigen Tag - [B 6 KA 27/08 R](#)).

48

Ob derartige Gründe vorliegend gegeben waren und die Einbindung eines weiteren Belegarztes daher geboten war, wird das LSG ebenfalls klären müssen, da sich das den bisherigen Feststellungen des LSG nicht entnehmen lässt. Jedenfalls nach Aktenlage ist derzeit angesichts der hohen Zahl von bereits im HNO-Bereich der A. tätigen Belegärzten kein anerkennenswertes Interesse des Krankenhausträgers erkennbar, die belegärztliche Tätigkeit weiter auszuweiten.

49

(b) Sollten die Ermittlungen des LSG ergeben, dass die dem Kläger zugestandene Zahl der Belegbetten der durchschnittlichen Zahl an Belegbetten der Fachgruppe annähernd entspricht, wird es ergänzend zu berücksichtigen haben, dass die Zahl der Belegbetten kein absolutes Kriterium ist, sondern nur ein Beurteilungselement bei der Prüfung darstellt, ob die Belegarztstätigkeit nur pro forma ausgeübt und faktisch völlig gegenüber der Tätigkeit in der niedergelassenen Praxis in den Hintergrund treten soll. Daher können weitere Umstände die Beurteilung, ob eine belegärztliche Tätigkeit ernstlich gewollt ist, in die eine oder die andere Richtung verschieben. So kann etwa trotz einer für sich genommen ausreichenden Zahl von Belegbetten eine missbräuchliche Nutzung vorliegen, wenn ein Krankenhausträger an die Vertragspartner Anforderungen in Bezug auf den zeitlichen Umfang der belegärztlichen Tätigkeit, an die Präsenz des Belegarztes im Krankenhaus und an die Verzahnung von stationärer und ambulanter Behandlungstätigkeit stellt, die mit der Vorrangregelung in § 39 Abs 2 Satz 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä), § 31 Abs 2 Satz 1 Ersatzkassenvertrag-Ärzte (EKV-Ä) kollidieren (so schon [BSGE 88, 6, 17 = SozR 3-2500 § 103 Nr 6](#) S 50). Dass gleiche gilt, wenn der Krankenhausträger im Belegarztvertrag von den Vertragspartnern weitgehende Zusatzleistungen - wie etwa eine Teilnahme am Hintergrunddienst für reguläre (nicht die eigene Belegabteilung betreffende) stationäre Patienten - ausbedungen hat, die dem Aufgabenfeld des Krankenhauses zuzurechnen sind und von dem abweichen, was typischerweise dem belegärztlichen Tätigkeitsbereich entspricht (vgl hierzu etwa LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 18.2.2009 - [L 3 KA 98/08 ER](#) - juris).

50

Umgekehrt darf ausnahmsweise auch bei einer deutlich unter dem Durchschnitt liegenden Bettenzahl eine ernstlich gewollte belegärztliche Tätigkeit nicht ausgeschlossen sein. Dies muss allerdings durch entsprechende Indizien belegt werden. Generell gilt allerdings, dass die für eine ernstlich gewollte belegärztliche Tätigkeit sprechenden Umstände umso gewichtiger sein müssen, je geringer die Zahl der zur Verfügung stehenden Belegbetten ist.

51

(3) Ebenfalls nicht zur Überzeugung des Senats feststellen lässt sich, dass die Beigeladene zu 8. den Vorrang der bereits im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte ausreichend berücksichtigt hat. Um dem zu genügen, muss der Krankenhausträger nach der

Senatsrechtsprechung mit den im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzten in einer Form verhandelt haben, die erkennen lässt, dass die Möglichkeit einer Einigung ernsthaft ausgelotet wird und nicht nur Scheinverhandlungen geführt werden, um den Weg für die Zulassung nach § 103 Abs 7 SGB V freizumachen (BSGE 88, 6, 17 = SozR 3-2500 § 103 Nr 6 S 49 f). Zwar verlangt § 103 Abs 7 SGB V vom Krankenhausträger nicht, prinzipiell in jedem an der belegärztlichen Tätigkeit interessierten, im gesperrten Planungsbereich niedergelassenen Arzt einen geeigneten Vertragspartner zu sehen. Jedoch wird ihm im Interesse der Vermeidung einer die Überversorgung noch verstärkenden Neuzulassung eines externen Bewerbers zugemutet, sich ernsthaft um den Abschluss eines Belegarztvertrages mit einem bereits niedergelassenen Arzt zu bemühen; damit korrespondiert seine Verpflichtung, gegenüber den Zulassungsgremien darzulegen, aus welchen Gründen ein Vertrag mit einem interessierten Bewerber nicht zustande gekommen ist (BSGE aaO S 12 = SozR aaO S 44). Unerlässliche Voraussetzung für ernsthafte Verhandlungen ist ein transparentes, allen Bewerbern gegenüber gleiches Anforderungsprofil der konkreten belegärztlichen Tätigkeit in qualitativer wie quantitativer Hinsicht sowie die Angabe von Kriterien für die Auswahlentscheidung. Selbst wenn ein Krankenhausträger von vornherein einen bestimmten externen Bewerber favorisiert, ist er gehalten, mit den interessierten, im Planungsbereich niedergelassenen Ärzten die Chancen einer Zusammenarbeit zu prüfen und deren Argumente für ihre Eignung in seine Entscheidungserwägungen nachvollziehbar einzubeziehen (BSGE aaO S 17 bzw SozR aaO S 50).

52

Ob die Beigeladene zu 8. diesen Anforderungen gerecht geworden ist, lässt sich anhand der vom LSG getroffenen Tatsachenfeststellungen jedoch nicht sicher beurteilen. Das LSG hat - aus seiner Sicht zu Recht, da es die Beantwortung dieser Frage offengelassen hat - keine Feststellungen dazu getroffen, ob mit den zwei verbliebenen Bewerbern Dr. G. und Dr. G. ergebnisoffen verhandelt wurde.

53

Anlass zu Zweifeln gibt insbesondere das Verhalten der Beigeladenen zu 8. gegenüber dem nach Aktenlage unzweifelhaft interessierten Dr. G. ... Sofern diesem - entsprechend den Feststellungen im Beschluss des Zulassungsausschusses - von der Klinik in den Verhandlungen lediglich ("kalendertäglich") ein Belegbett angeboten worden wäre und dieses ggf auch erst im Hinblick auf eine zukünftige Erweiterung der Klinik, hätte die Klinik Dr. G. nicht als gleichberechtigten Kandidaten berücksichtigt, so dass das Ausschreibungsverfahren bereits aus diesem Grunde nicht den gesetzlichen Vorgaben entsprochen hätte. Würde hingegen die Behauptung der Beigeladenen zu 8. zutreffen, dass das Scheitern der Vertragsverhandlungen darauf beruht habe, dass Dr. G. die mit der Belegarztstätigkeit verbundene Ableistung von Bereitschaftsdiensten in der Klinik zu mühselig gewesen sei, wäre dies ggf anders zu beurteilen. In dem Zusammenhang wäre allerdings klärungsbedürftig, ob diese Bereitschaftsdienste allein die Versorgung der eigenen (sowie weiterer Patienten derselben Belegabteilung) betrafen oder ob es sich dabei um darüber hinausgehende, mit der Belegarztstätigkeit unvereinbare Bereitschaftsdienste gehandelt hat, weil sie zugunsten weiterer Belegabteilungen des Krankenhauses (respektive zugunsten regulärer stationärer Patienten bei Krankenhäusern, die außer Beleg- auch andere Abteilungen führen) zu erbringen waren.

54

Auch in Bezug auf den zweiten Bewerber Dr. G. lässt sich dem Urteil des Berufungsgerichts nicht entnehmen, woran die Verhandlungen letztlich gescheitert sind. Während die Beigeladene zu 8. vorgetragen hat, dass sich dieser nicht mehr bei ihr gemeldet habe bzw dass sich dessen Praxis in O. und mithin in einer - nicht akzeptablen - Entfernung von vierzig Minuten zur Klinik befinde, hat der Beklagte darauf verwiesen, dass Dr. G. mitgeteilt worden sei, es sei bereits im Mai 2001 zum Abschluss eines Belegarztvertrages gekommen. Hätte die Beigeladene zu 8. gegenüber Dr. G. tatsächlich erklärt, dass das Verfahren bereits abgeschlossen sei - was nach Aktenlage als durchaus denkbar erscheint, da sie an verschiedener Stelle darauf verwiesen hat, dass das Ausschreibungsverfahren mit Abschluss des Belegarztvertrages zwischen der Klinik und dem Kläger im Mai 2001 beendet gewesen sei (vgl Schreiben der Klinik an den Kläger vom 5.6.2002; Protokollauszug zur Sitzung des Zulassungsausschusses vom 10.10.2001) - würde dies der Annahme ergebnisoffener Verhandlungen entgegenstehen. Aufmerksamkeit verdiente schließlich auch der Umstand, dass der Kläger seinerzeit bereits als belegärztlicher Angestellter in der Klinik der Beigeladenen zu 8. tätig war. In diesem Zusammenhang könnte die Angabe von Dr. G. , dass die Beigeladene zu 8. ihm gegenüber - allerdings bereits 1997 - erklärt habe, dass die Betten lediglich den im Hause tätigen Ärzten zur Verfügung gestellt würden, von Bedeutung sein, und wäre daher ebenfalls zu verifizieren.

55

c) Da die Vorinstanzen zu den vorstehend als klärungsbedürftig und entscheidungserheblich angeführten Gesichtspunkten keine ausreichenden Feststellungen getroffen haben, ist der Rechtsstreit gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Das Berufungsgericht wird die erforderlichen Feststellungen nunmehr zu treffen und bei seiner abschließenden Entscheidung auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BRD

Saved

2010-03-30