B 6 KA 11/10 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung
6
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 9 KA 105/06
Datum
09.09.2009
2. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 6 KA 11/10 R
Datum
23.03.2011
Kategorie
Urteil
Leitsätze
1. Für Klagen, mit denen sich Vertragsärzte gegen ambulante Tätigkeiten anderer Leistungserbringer wenden, sind die Spruchkörper für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts zuständig.
2. Vertragsärzten stehen Unterlassungs- und ggf Schadensersatzansprüche gegen rechtswidrige, sie gegebenenfalls schädigende Betätigungen anderer Leistungserbringer im ambulanten Bereich zu.
3. Den Krankenhäusern sind ambulante Tätigkeiten auf der Grundlage des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag nur in den Formen gestattet, die im AOP-Vertrag angeführt sind.
Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 9. September 2009 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sozialgericht zurückverwiesen.

Gründe:

I

1

Streitig ist, ob vertragsärztlich zugelassene Anästhesisten Auskunfts- und Schadensersatzansprüche gegen ein Krankenhaus geltend machen können, wenn die dort angestellten Anästhesisten in Kooperation mit vertragsärztlich zugelassenen Chirurgen ambulante Operationen im Krankenhaus durchgeführt haben.

2

Die Klägerin ist eine Gemeinschaftspraxis, der zwei Fachärzte für Anästhesiologie angehören. Sie hat ihren Vertragsarztsitz in der Stadt S.; ihrer Praxis ist ein ambulantes Operationszentrum angegliedert, in dem Chirurgen unter Mitwirkung dieser Anästhesisten ambulante Operationen durchführen.

3

Die Beklagte, eine gemeinnützige GmbH, betreibt - ebenfalls in S. - ein Krankenhaus, das im Krankenhausplan mit Hauptabteilungen für Gefäßchirurgie und für Unfallchirurgie ausgewiesen ist; Belegbetten und Belegärzte sind diesen Bereichen nicht zugeordnet. Das Krankenhaus teilte entsprechend den Vorgaben des § 115b Abs 2 Satz 2 SGB V seine Absicht mit, Operationen und stationsersetzende Eingriffe (im Folgenden zusammengefasst: ambulante Operationen) gemäß dem "Vertrag nach § 115b SGB V - Ambulantes Operieren und stationsersetzende Eingriffe im Krankenhaus -" (AOP-Vertrag) durchzuführen bzw daran mitzuwirken. In der Folgezeit - in der Zeit vom Quartal II/2005 bis August 2006 - ließ das Krankenhaus durch drei zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene Chirurgen, die Gefäßchirurgen Dres. P. und S. sowie den Neurochirurgen Dr. B., unter Mitwirkung eines Anästhesisten des Krankenhauses ambulante Operationen durchführen. Dieses rechnete seine anästhesistischen Leistungen nach dem AOP-Vertrag bei den Krankenkassen ab, die Chirurgen erhielten die Vergütungen für ihre Leistungen von der Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV).

4

Die Klägerin macht(e) gegenüber der Beklagten geltend, § 115b SGB V und der AOP-Vertrag sähen ambulante Operationen durch

Vertragsärzte, die nicht belegärztlich mit dem Krankenhaus verbunden seien, in Kooperation mit Ärzten des Krankenhauses nicht vor. Ohne die Bereitstellung von Räumlichkeiten und Personal durch das Krankenhaus würden die Chirurgen die ambulanten Operationen in ihrem - der Klägerin - Operationszentrum unter Mitwirkung ihrer Anästhesisten durchgeführt haben. Es habe "begründete Erwartungen und Absprachen" dafür gegeben, dass die Chirurgen die ambulanten Operationen in ihrem Operationszentrum durchführen würden.

5

Die Klägerin beantragte im März 2006 beim SG den Erlass einer einstweiligen Anordnung dahin, dass die Beklagte es unterlasse, in ihrem Krankenhaus aufgrund des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag ambulante Operationen unter Heranziehung von solchen Vertragsärzten, die nicht belegärztlich mit ihm verbunden seien, durchzuführen bzw daran mitzuwirken. Die Beklagte gab im August 2006 eine entsprechende Unterlassungserklärung ab. Die Klägerin erklärte das Verfahren in der Hauptsache für erledigt; dem schloss sich die Beklagte sinngemäß an; das SG erlegte der Beklagten die Kosten des Verfahrens auf (Beschluss vom 16.11.2006).

6

Die Klägerin hat im November 2006 Klage erhoben mit dem Begehren, die Beklagte solle Auskunft über die von ihr - der Beklagten - für Dres. P., S. und B. durchgeführten Anästhesieleistungen geben, die im Zusammenhang mit den von diesen gegenüber der KÄV abgerechneten Leistungen stehen, sowie - beruhend auf dieser Auskunft - Ersatz für den daraus errechenbaren Schaden nebst Zinsen leisten. Das SG hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 9.9.2009). Es hat ausgeführt, die Klägerin habe weder Anspruch auf Auskunft noch auf Schadensersatz. Mit der Bereitstellung anästhesiologischer Leistungen habe die Beklagte keine Rechtsverletzung begangen. In Abgrenzung zu den für die belegärztliche Tätigkeit geltenden Bestimmungen seien beim ambulanten Operieren gemäß § 115b SGB V dem Krankenhaus alle Handlungsmöglichkeiten und Kooperationsformen eröffnet, die weder § 115b SGB V noch der AOP-Vertrag verbiete. Das Verbot einer Zusammenarbeit zwischen Krankenhäusern und niedergelassenen Vertragsärzten könne weder aus dem Wortlaut noch aus Sinn und Zweck der Bestimmungen des § 115b SGB V oder des AOP-Vertrages abgeleitet werden. Der Vertrag enthalte keine Regelung, wonach Krankenhäuser nur dann Vergütungen beanspruchen könnten, wenn angestellte Krankenhausärzte oder Belegärzte des Krankenhauses die ambulanten Operationen durchgeführt hätten. Der im AOP-Vertrag verwendete Begriff "Operateur des Krankenhauses" sei nicht eng zu verstehen. Davon sei jeder Arzt erfasst, den das Krankenhaus für die ambulanten Operationen heranziehe; dies könne auch ein niedergelassener Vertragsarzt sein, auch einer, der nicht Belegarzt des Krankenhauses sei. Der von der Klägerin geltend gemachte Anspruch auf Auskunft und ggf Schadensersatz scheitere auch daran, dass ihr kein Schaden entstanden sei. Es sei nicht sicher, dass die Operateure gerade die Klägerin zu den anästhesiologischen Leistungen herangezogen haben würden. Die Zahl der möglichen Konkurrenten für die Leistungserbringung sei nicht überschaubar. Ein möglicher Schaden käme im Übrigen nur bis zum August 2006 in Betracht, weil davon auszugehen sei, dass die Beklagte ab diesem Zeitpunkt entsprechend ihrer Unterlassungserklärung keine Leistungen der von der Klägerin beanstandeten Art mehr erbracht habe.

7

Mit ihrer (Sprung-)Revision macht die Klägerin geltend, dass sich ihr Begehren auf Auskunft darauf richte, welche Leistungen die Beklagte im Zusammenwirken mit den Chirurgen Dres. P., S. und B. erbracht habe. Den Zeitraum könne sie nicht exakt angeben, sie wisse nur, dass die Kooperation wohl im Quartal II/2005 begonnen und bis zur Unterlassungserklärung im August 2006 angedauert habe. Entsprechend dem Ergebnis der Auskunft werde sie dann ihr Begehren auf Schadensersatz konkretisieren können. Ihr seien die Vergütungen für anästhesistische Leistungen, jedenfalls aber diejenigen für die postoperative Überwachung entgangen. Dass die Chirurgen ihr Operationszentrum in Anspruch genommen hätten, sei hinreichend wahrscheinlich. Dies liege schon deshalb nahe, weil bei keinem anderen in S. niedergelassenen Facharzt für Anästhesiologie angefragt worden sei. Das Motiv der Beklagten, den Chirurgen ambulante Operationen im Krankenhaus - wohl zu besonders günstigen Konditionen oder gar unentgeltlich - zu ermöglichen, könne darin liegen, im Gegenzug bei Krankenhauseinweisungen möglichst bevorzugt berücksichtigt zu werden. Sie - die Klägerin - habe Anspruch auf die begehrte Auskunft und ggf auch auf Schadensersatz; denn die Handlungsweise der Beklagten, in ihrem Krankenhaus unter Mitwirkung ihrer Anästhesisten niedergelassene Vertragsärzte ambulante Operationen durchführen zu lassen, sei nicht durch § 115b SGB V und den AOP-Vertrag gedeckt. Diese Bestimmungen sähen ambulante Operationen durch Vertragsärzte, die nicht belegärztlich mit dem Krankenhaus verbunden seien, nicht vor. Ohne Ermächtigungsgrundlage dürften Krankenhäuser nicht an der ambulanten Versorgung teilnehmen. Dies verstoße gegen den Vorrang der niedergelassenen Vertragsärzte. Ambulante Operationen seien nur durch Operateure des Krankenhauses oder durch Belegärzte, jeweils in Verbindung mit einem Anästhesisten des Krankenhauses vorgesehen. Der Begriff des belegärztlich tätigen Vertragsarztes könne nicht dahin verstanden werden, dass auch solche Vertragsärzte, die nicht belegärztlich mit dem Krankenhaus verbunden seien, auf der Grundlage des AOP-Vertrages in dessen Räumen ambulant operieren dürften. Der Einbeziehung der Belegärzte in den Kreis der zugelassenen Operateure liege der Rechtsgedanke zugrunde, diese von unnötigen stationären Behandlungen abzuhalten. Eine erweiternde Auslegung könne auch nicht aus dem Begriff "insbesondere" in § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag abgeleitet werden. In dieselbe Richtung weise § 18 Abs 1 AOP-Vertrag, der "nur eine Rechnung" vorsehe und mit dem eine gesonderte Abrechnung des operierenden Vertragsarztes gegenüber der KÄV nicht vereinbar sei.

8

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 9. September 2009 aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Sozialgericht zurückzuverweisen.

9

Die Beklagte beantragt, die Revision zurückweisen.

10

Das SG habe das Auskunfts- und Schadensersatzbegehren der Klägerin zu Recht abgewiesen. Diese könne schon deshalb keinen Erfolg haben, weil eine Schadensverursachung durch sie - die Beklagte - nicht belegt und auch nicht einmal wahrscheinlich sei. Es könne nicht

angenommen werden, dass das Abrechnungsvolumen, das die Beklagte mit den anästhesiologischen Leistungen erzielt habe, mit Wahrscheinlichkeit oder gar Sicherheit gerade der klägerischen Praxis zugute gekommen wäre; denn in S. und vor allem im näheren Umkreis gebe es weitere Fachärzte für Anästhesiologie. Das SG habe auch in der Sache zutreffend das Verhalten des Krankenhauses als rechtmäßig angesehen. Das Krankenhaus habe den niedergelassenen Chirurgen, die nicht Belegärzte gewesen seien, für ihre ambulanten Operationen in seinen Räumen anästhesiologische Leistungen zur Verfügung stellen dürfen. Der AOP-Vertrag verwende einen rechtstechnisch fehlerhaften Begriff des Belegarztes.

11

Die Beigeladenen zu 1. und 3. schließen sich - ohne Anträge zu stellen - den Ausführungen der Klägerin an. Die Beigeladene zu 7. macht ebenfalls Rechtsausführungen, positioniert sich aber nicht. Die übrigen Beigeladenen äußern sich nicht.

II

12

Die Revision ist zulässig und begründet. Der Rechtsweg zu den Sozialgerichten (unten A. 1. und 2.) und die Zuständigkeit des Senats für das Vertragsarztrecht (unten A. 3. und 4.) sind gegeben. Die Zulassung der Sprungrevision ist wirksam erfolgt und die sonstigen Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Revision sind erfüllt (unten B.). Die rechtliche Würdigung in der Sache (s im Einzelnen unten C.) ergibt, dass das Begehren der Klägerin auf Zurückverweisung des Rechtsstreits an das SG begründet ist. Zur abschließenden Beurteilung ihrer Stufenklage auf Auskunft und ggf auf Schadensersatz, die sie beim SG geführt hat und die ihrem revisionsgerichtlichen Antrag auf Zurückverweisung des Rechtsstreits an das SG weiterhin zugrunde liegt, sind ergänzende Tatsachenfeststellungen des SG erforderlich. Ein Auskunfts- und ggf auch Schadensersatzanspruch kommt jedenfalls in Betracht.

13

A. Die Entscheidungszuständigkeit des erkennenden Senats ist sowohl vom Rechtsweg her (unten 1. und 2.) als auch von der Spruchkörperzuständigkeit her (unten 3. und 4.) gegeben.

14

1. Die Eröffnung des Rechtswegs zu den Sozialgerichten folgt bereits daraus, dass das SG ihn als gegeben erachtet hat und dies gemäß § 17a Abs 5 Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) von den weiteren Instanzen im Rechtsmittelzug nicht mehr in Frage gestellt werden kann.

15

§ 17a Abs 5 GVG verbietet dem Gericht, das über ein Rechtsmittel gegen eine Entscheidung in der Hauptsache zu entscheiden hat, die Prüfung der Zulässigkeit des Rechtswegs. Die Bindungswirkung besteht unabhängig davon, ob ein Beteiligter die Zulässigkeit des Rechtswegs vor dem SG in Frage gestellt hat (vgl BGH NJW 2008, 3572, 3573 RdNr 16; zur Reichweite der Bindungswirkung s zB auch BSGE 77, 119, 120 = SozR 3-2500 § 133 Nr 1 S 2; BSG SozR 3-1720 § 17a Nr 7 S 11 f; BSG vom 6.10.2008 - B 3 SF 2/08 R - Juris RdNr 19-21). Sie gilt auch dann, wenn das SG den Rechtsweg nur inzident bejaht hat (BSG SozR 4-1720 § 17a Nr 1 RdNr 5 und BGH aaO RdNr 10, 17, 19).

16

Diese Bindungswirkung des § 17a Abs 5 GVG greift hier ein; denn das SG hat über das Klagebegehren der Klägerin in der Sache entschieden und den Rechtsweg zu den Sozialgerichten (§ 51 SGG) somit inzident für gegeben erachtet (zum speziellen Fall des § 17a Abs 2 Satz 3 GVG vgl BSGE 83, 128 = SozR 3-2500 § 116 Nr 17: Verweisung der Schadensersatzklage eines Vertragsarztes gegen einen ermächtigten Arzt vom LG an das SG).

17

2. Die Bejahung des Rechtsweges zu den Sozialgerichten ist auch inhaltlich zutreffend. Dies ergibt sich aus § 51 Abs 1 Nr 2, Abs 2 Satz 1 SGG. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V) (Abs 1 Nr 2), dies auch dann, wenn die Streitigkeiten privatrechtliche Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung betreffen (Abs 2 Satz 1), und jeweils auch insoweit, als durch diese Angelegenheiten Dritte betroffen werden (Abs 1 Nr 2 Halbsatz 2 und Abs 2 Satz 1 Halbsatz 2). Damit sind die Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung nach dem SGB V umfassend, auch soweit die Rechtsbeziehungen der Leistungserbringer untereinander betroffen sind, den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen (zum hierzu parallel formulierten Tatbestand des § 69 Satz 4 (heute: Abs 1 Satz 4) SGB V: vgl unten RdNr 43 am Ende).

18

3. Innerhalb der Sozialgerichte sind diejenigen Spruchkörper zuständig, die gemäß § 10 Abs 2 SGG (im Rechtsmittelzug iVm §§ 31 Abs 2, 40 Satz 2 SGG) für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts bestehen. Eine Zuständigkeit der Spruchkörper für Rechtsstreitigkeiten des allgemeinen Krankenversicherungsrechts (Angelegenheit der Sozialversicherung gemäß § 10 Abs 1 SGG) steht nicht in Frage (unten a), und es besteht auch kein Anlass für eine Vorlage an den Großen Senat (unten b).

19

a) Die Zuordnung der vorliegenden Streitigkeit zu § 10 Abs 2 SGG entspricht der bisherigen Rechtsprechung (zur Abgrenzung s zuletzt BSGE 105, 243 = SozR 4-2500 § 116b Nr 2, RdNr 15 ff mwN - auch zur teilweise abweichenden Auffassung des 3. Senats -; jüngst auch LSG Nordrhein-Westfalen vom 9.2.2011 - L 11 KA 91/10 B ER - Juris RdNr 29 ff). Dies ergibt sich sowohl aus der Perspektive, welche

Prozessparteien am Rechtsstreit beteiligt sind, als auch aus der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird.

20

Wird darauf abgestellt, zwischen welchen Beteiligten der Rechtsstreit geführt wird, so ist eine Konstellation gegeben, für die die Zuordnung zum Vertragsarztrecht iS des § 10 Abs 2 SGG vorgezeichnet ist. Kläger ist ein Vertragsarzt bzw eine vertragsärztliche Gemeinschaftspraxis. Beklagte ist zwar ein Krankenhaus, betroffen ist aber der Bereich ambulanter Tätigkeit. Die in § 115b SGB V vorgesehenen Leistungen gehören zur ambulanten Versorgung, wie auch § 39 Abs 1 Satz 1 SGB V ungeachtet der Zuordnung zur Krankenhausbehandlung ausdrücklich klarstellt ("Die Krankenhausbehandlung wird vollstationär, teilstationär sowie ambulant (§ 115b) erbracht."). Steht die Teilnahme von Krankenhäusern oder von Krankenhausärzten an der ambulanten Versorgung in Frage, so sind die Rechtsstreitigkeiten von oder gegen Krankenhäuser(n) nach der bisherigen Rechtsprechung dem Vertragsarztrecht zuzuordnen. Dies gilt nicht nur insoweit, als für die Eröffnung dieses Tätigkeitsfeldes eine Entscheidung des mit Vertragsärzten besetzten Zulassungsausschusses notwendig ist (so in den Fällen des § 116, des § 117 und des § 118 Abs 1 SGB V, vgl zB - zuletzt zu § 118 SGB V - BSGE 102, 219 = SozR 4-2500 § 118 Nr 1), sondern auch soweit einem Krankenhaus der ambulante Tätigkeitsbereich unmittelbar durch gesetzliche Regelung - ohne Erforderlichkeit einer ausdrücklichen behördlichen Entscheidung - eröffnet wird bzw worden ist: Dies betrifft die Konstellation des § 118 Abs 2 SGB V, aber auch Rechtsstreitigkeiten zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen um Vergütungen für ambulante Leistungen gemäß § 120 Abs 1 und 3 SGB V (vgl dazu BSGE 76, 48, 49 iVm 51 = SozR 3-2500 § 120 Nr 5 S 27 iVm 29; BSG USK 97 80 S 452, insoweit in SozR 3-1500 § 166 Nr 6 nicht abgedruckt; vgl ferner BSG SozR 3-1500 § 51 Nr 26 S 71 mwN). Vergleichbar gelagert mit diesen Fällen, in denen Krankenhäuser im Bereich ihrer ambulanten Tätigkeit betroffen sind, sind Rechtsstreitigkeiten, die den Bereich ihrer ambulanten Tätigkeit gemäß § 115b SGB V betreffen. Entsprechend den von § 118 Abs 2 SGB V erfassten Verfahren ist auch hier die Zuordnung zum Vertragsarztrecht iS des § 10 Abs 2 SGG nicht zweifelhaft: Ebenso wie im Fall des § 118 Abs 2 SGB V ist auch hier unschädlich, dass es keiner gesonderten Entscheidung der mit Vertragsärzten besetzten Zulassungsausschüsse bedarf, damit das Krankenhaus an der ambulanten Versorgung gemäß § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag teilnehmen kann. Nach der Regelung des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag muss das Krankenhaus lediglich eine "Mitteilung" gemäß § 115b Abs 2 Satz 2 SGB V iVm § 1 AOP-Vertrag abgeben, um zur Erbringung der in § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag umschriebenen ambulanten Leistungen berechtigt zu sein (vgl hierzu BSG SozR 3-2500 § 116 Nr 19 S 92). Sind mithin schon generell Streitigkeiten von Krankenhäusern um die Teilnahme an der ambulanten Versorgung dem Vertragsarztrecht iS des § 10 Abs 2 SGG zuzuordnen, so gilt dies jedenfalls fraglos dann, wenn ein Vertragsarzt sich gegen die Betätigung eines Krankenhauses im ambulanten Bereich wendet. Eine solche Rechtsstreitigkeit zwischen einem Vertragsarzt und einem Krankenhaus ist schon wegen der Beteiligung des Vertragsarztes als Kläger gegen einen im ambulanten Bereich konkurrierenden Leistungserbringer dem Vertragsarztrecht zuzuordnen.

21

In der vorliegenden Konstellation ergibt sich die Zuordnung zum Vertragsarztrecht iS des § 10 Abs 2 SGG zusätzlich bei Abstellen auf den Kern des Rechtsstreits bzw - so vielfach die Terminologie - auf die Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (zu diesem Kriterium vgl zB BSG SozR 3-1500 § 51 Nr 26 S 70 f mit BGH-Angaben; ebenso GmSOGB, SozR 1500 § 51 Nr 53 S 108; vgl auch derselbe in BGHZ 187, 105 = NJW 2011, 1211, 1212 RdNr 7 ff): Die klagende vertragsärztliche Gemeinschaftspraxis stützt ihr Klagebegehren auf ihren Zulassungsstatus und die in ständiger Rechtsprechung daraus abgeleiteten Abwehrrechte der niedergelassenen Vertragsärzte gegen andere Leistungserbringer, die rechtswidrigerweise in der ambulanten Versorgung tätig sind (so schon BSGE 83, 128 = SozR 3-2500 § 116 Nr 17). Nach dem System des SGB V ist die ambulante Versorgung primär durch Vertragsärzte sicherzustellen; die ambulante Versorgung ist als vertragsärztliche Versorgung konzipiert (vgl § 72 SGB V). Die Mitwirkung an der ambulanten Versorgung durch andere Leistungserbringer als Vertragsärzte bedarf entsprechender gesetzlicher Regelung. In welchem Umfang und zu welchen Bedingungen § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag den Krankenhäusern eine derartige Leistungsberechtigung einräumt, wie sie hier von der Beklagten in Anspruch genommen wird, und ob ein niedergelassener Vertragsarzt aufgrund seines Zulassungsstatus einen Unterlassungs- bzw Schadensersatzanspruch - und ggf auch Auskunftsanspruch - gegen ein Krankenhaus hat, wenn dieses seine ambulante Tätigkeit über das durch § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag gestattete Ausmaß hinaus ausdehnt, ist die zentrale Frage des vorliegenden Rechtsstreits. Auch der 3. Senat des BSG grenzt danach ab, ob wie hier der rechtliche Status des Vertragsarztes unmittelbar betroffen ist (vgl BSG - 3. Senat - BSGE 104, 95 = SozR 4-2500 § 139 Nr 4, RdNr 12: "Vertragsarztrecht rechtlichen Status als Vertragsarzt bloß mittelbare Betroffenheit vertragsärztliche Leistungserbringung im Streit").

22

b) Ergibt sich somit unter mehreren Aspekten die Zuordnung des Rechtsstreits zu den Angelegenheiten des Vertragsarztrechts, so besteht auch kein Anlass für eine Vorlage an den Großen Senat gemäß § 41 SGG. Keiner der in § 41 Abs 2 und 4 SGG aufgeführten Tatbestände ist erfüllt.

23

aa) Eine Abweichung von der Entscheidung eines anderen Senats iS des § 41 Abs 2 SGG liegt nicht vor. Soweit sich der 1. und der 3. Senat des BSG zu Zuständigkeitsfragen geäußert haben, handelte es sich jeweils um nicht-tragende Ausführungen (s die Zusammenfassung in BSGE 105, 243 = SozR 4-2500 § 116b Nr 2, RdNr 19). Eine Vorlage wegen Divergenz erfordert aber eine Abweichung in entscheidungserheblichen Ausführungen (vgl hierzu BSGE (GrS) 51, 23, 24 ff = SozR 1500 § 42 Nr 7 S 10 ff; BSGE (GrS) 58, 183, 186 f = SozR 1500 § 42 Nr 10 S 14; im selben Sinne BAGE (GrS) 53, 30, 32; 69, 134, 138 (unter 2), 141; 97, 150, 152; BGHSt (GrS) 19, 7, 9; BVerwG (GrS) Buchholz 310 § 11 Nr 6 S 13 oben; BFHE (GrS) 132, 244, 250 = BStBl II 1981, 164, 166 f; BFHE (GrS) 144, 124, 127 = BStBl II 1985, 587, 588 f; BFHE (GrS) 145, 147, 150 = BStBl II 1986, 207, 208; BFHE (GrS) 154, 556, 560 f = BStBl II 1989, 164, 166 f; s ferner BGHSt (GrS) 40, 138, 145; inhaltlich ebenso - zur Anrufung des Plenums des BVerfG gemäß § 16 Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGE 77, 84, 104; 96, 375, 404; BVerfGE (GrS) 96, 409 f; BVerfGE 112, 1, 23; 112, 50, 63).

24

bb) Eine Vorlage an den Großen Senat ist auch nicht etwa wegen grundsätzlicher Bedeutung einer Rechtsfrage iS des § 41 Abs 4 SGG veranlasst. Die Grundsatzvorlage eines Senats setzt nach dieser Bestimmung zum einen voraus, dass sie "nach seiner Auffassung zur

Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist", und zum anderen, dass der Senat sein Ermessen ("kann vorlegen") im Sinne der Vorlegung ausübt. Mithin bestehen auf zwei Ebenen bei der Entscheidung über eine Vorlage Einschätzungs- bzw Entscheidungsspielräume (vgl hierzu zB BSGE (GrS) 62, 255, 259 oben = SozR 5050 § 15 Nr 35 S 118 oben; das Ermessen hervorhebend zB BFHE 182, 506, 513 = BStBl II 1997, 787, 790; Pietzner in Schoch/Schmidt-Aßmann/Pietzner, VwGO, Loseblatt-Kommentar (Bearbeitungsstand Mai 2010), § 11 RdNr 56 mwN; A. Schmidt in Hennig, SGG, Loseblatt-Kommentar (Stand September 2010), § 41 RdNr 21). Unter welchen Voraussetzungen eine Vorlage "zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung" iS des § 41 Abs 4 Variante 2 SGG "erforderlich ist" bzw von ihr abgesehen werden kann, hängt nach der Rechtsprechung davon ab, ob eine Gefahr für die Einheitlichkeit der Rechtsprechung durch sich abzeichnende entscheidungstragende Divergenzen besteht (so das Paradebeispiel, vgl zB BSGE (GrS) 62, 255, 259 oben = SozR 5050 § 15 Nr 35 S 118 oben; ebenso BSG - 3. Senat - GesR 2010, 415 RdNr 13, 16 am Ende, 26, 30). Ist dies noch nicht der Fall, so kann von einer Vorlage ermessensfehlerfrei abgesehen werden; zeichnen sich dagegen bereits entscheidungstragende Divergenzen ab, so kann das Vorlegungsermessen sogar auf Null reduziert sein.

25

Diese Voraussetzungen für eine Vorlage an den Großen Senat wegen grundsätzlicher Bedeutung sind nicht gegeben. Sie ist schon nicht "zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung oder zur Fortbildung des Rechts erforderlich", und überdies wäre eine Vorlage nicht ermessensgerecht.

26

Für die Annahme, im Sinne des Erfordernisses "zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung" (§ 41 Abs 4 Variante 2 SGG) könnten in absehbarer Zeit Konkurrenzstreitverfahren von Vertragsärzten gegen Krankenhäuser wegen gemäß § 115b SGB V unzulässiger Kooperation bei Spruchkörpern des allgemeinen Krankenversicherungsrechts anhängig werden, gibt es keinen realen Ansatzpunkt. In diese Richtung laufende Gerichtsverfahren sind nicht ersichtlich. Aus demselben Grund ist auch die andere Tatbestandsvariante, eine Vorlage an den Großen Senat "zur Fortbildung des Rechts" (§ 41 Abs 4 Variante 1 SGG), nicht einschlägig: Ein Fortbildungsbedürfnis ist dem Senat nicht ersichtlich, solange nicht entscheidungstragende divergente Zuständigkeitsentscheidungen vorliegen oder jedenfalls in greifbarer Nähe sind. Für eine Vorlage lässt sich auch nichts aus dem seit ca einem Jahr beim Großen Senat anhängige Vorlageverfahren (Az GS 1/10) herleiten; dieses betrifft einen anderen Streitgegenstand, nämlich die Rechtmäßigkeit einer Schiedsstellenentscheidung gemäß § 18a Krankenhausfinanzierungsgesetz zur Vergütung von Leistungen einer zahnärztlichen Hochschulambulanz.

27

Auch aus dem im Vorlagebeschluss des 3. Senats (BSG vom 10.3.2010 - B 3 KR 36/09 B - GesR 2010, 415) angeführten Gesichtspunkt "prozessuales Querschnittsrecht" (aaO RdNr 12) lässt sich keine grundsätzliche Bedeutung herleiten. Konkurrenzstreitverfahren von Vertragsärzten gegen Krankenhäuser wie hier betreffen den Fall, dass ein Vertragsarzt aufgrund seines Zulassungsstatus und der daraus ableitbaren Abwehrrechte gegenüber einem anderen Leistungserbringer geltend macht, dieser sei in gemäß § 115b SGB V unzulässiger Kooperation in der ambulanten Versorgung tätig. Dies ist eine besondere Konstellation, die ein Problem prozessualen Querschnittsrechts im Rahmen von Zuständigkeitsfragen nicht erkennen lässt.

28

Eine Anrufung des Großen Senats kann auch nicht deshalb erfolgen, weil jedenfalls wegen weiterer Zuständigkeitsfragen - außerhalb von Klagen von Vertragsärzten wegen gemäß § 115b SGB V unzulässiger Kooperation - eine "umfassende Klärung der Problematik durch den Großen Senat" veranlasst sei (hierzu BSG - 3. Senat - GesR 2010, 415 RdNr 44). Eine Vorlage, die wie hier in einem Rechtsstreit an sich nicht veranlasst ist, zwecks Klärung von Zuständigkeitsfragen in anderen Bereichen zu beschließen (so die Zielrichtung in BSG - 3. Senat - aaO RdNr 37), wäre nicht zulässig. Dies liefe darauf hinaus, "bei der Gelegenheit" eines Rechtsstreits den Großen Senat dafür in Anspruch zu nehmen, dass er ein Rechtsgutachten mit umfassenden Ausführungen über zusätzliche weitere Fragen erstellen solle. Ein solches Ansinnen wäre unzulässig; denn der Große Senat hat nicht die Aufgabe, Rechtsgutachten zu erstatten, wie in der Rechtsprechung der obersten Bundesgerichte geklärt ist (BSGE (GrS) 102, 166 = SozR 4-1500 § 41 Nr 1, RdNr 26; BFHE (GrS) 91, 213, 215 = BStBl II 1968, 285, 286; BFHE (GrS) 95, 31, 33 = BStBl II 1969, 291, 292; BAGE (GrS) 20, 175, 183; 48, 122, 129; 69, 134, 145; inhaltlich ebenso BGHSt (GrS) 19, 6, 9 (unter I)).

29

Scheitert eine Vorlage mithin schon am Fehlen der Tatbestandsvoraussetzungen, weil sie weder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung noch zur Fortbildung des Rechts erforderlich ist, so besteht keine tatbestandsmäßige Grundlage für eine Ausübung des Ermessens ("kann vorlegen").

30

4. Der Senat entscheidet im vorliegenden Verfahren in der sich aus § 12 Abs 3 Satz 2 SGG (iVm §§ 33, 40 Satz 1 SGG) ergebenden Besetzung mit zwei ehrenamtlichen Richtern aus dem Kreis der Vertragsärzte. Dies folgt daraus, dass der vorliegende Rechtsstreit weder unmittelbar die Krankenkassen betrifft noch die Entscheidung eines Gremiums, in dem Vertreter von Krankenkassen mitgewirkt haben, angefochten wird. Allein der Gesichtspunkt, dass der Bereich der gemäß § 115b SGB V zugelassenen ambulanten Operationen im Krankenhaus durch einen dreiseitigen Vertrag unter Beteiligung der Krankenkassen umgrenzt wird und dass eine erweiternde Auslegung des § 115b SGB V bzw des AOP-Vertrages durch Einbeziehung zB aller Vertragsärzte zu höheren Ausgaben der gemäß § 115b Abs 2 Satz 4 SGB V vergütungsverpflichteten Krankenkassen führen würde, reicht nicht aus für eine Zuordnung des Rechtsstreits zu den Angelegenheiten des Vertragsarztrechts iS des § 12 Abs 3 Satz 1 SGG. In diesem Sinne hat der Senat bereits den Fall, dass ein Vertragsarzt einen ermächtigten Arzt, der bereits vor dem Wirksamwerden der ihm erteilten Ermächtigung Leistungen erbracht hatte, auf Schadensersatz in Anspruch nahm, als Angelegenheit der Vertragsärzte iS des § 12 Abs 3 Satz 2 SGG angesehen und seine Entscheidung unter Mitwirkung von zwei ehrenamtlichen Richtern aus dem Kreis der Vertragsärzte getroffen (s BSGE 83, 128 = SozR 3-2500 § 116 Nr 17).

31

B. 1. Die (Sprung-)Revision gegen das Urteil des SG ist statthaft (§ 161 SGG), denn dieses hat die Sprungrevision mit Beschluss vom 24.3.2010 zugelassen.

32

Dabei kann offen bleiben, ob der Beschluss des SG über die Zulassung der Sprungrevision unter ordnungsgemäßer Mitwirkung seiner ehrenamtlichen Richter zustande gekommen ist. Die Zweifel daran könnten sich darauf gründen, dass diese lediglich im Umlaufverfahren auf unterschiedlichen, ihnen per Fax übersandten Beschlussabschriften unterschrieben haben und insoweit keine einheitliche Urkunde vorliegt. Das stellt die Zulässigkeit der Sprungrevision aber nicht in Frage. Denn der Wirksamkeit der Zulassung der Sprungrevision stünde nicht einmal entgegen, wenn die ehrenamtlichen Richter überhaupt nicht mitgewirkt haben, sondern der Berufsrichter allein über die Zulassung der Revision entschieden hat. Der Zulassungsbeschluss ist dann zwar fehlerhaft, aber dennoch wirksam und das Revisionsgericht an ihn gebunden (so zuletzt BSG vom 18.8.2010 - B 6 KA 14/09 R - SozR 4-2500 § 106 Nr 29 RdNr 13 und vom 9.2.2011 - B 6 KA 3/10 R - RdNr 16, zur Veröffentlichung in BSGE und SozR vorgesehen; vgl zur früheren Rspr: BSG (GrS) BSGE 51, 23, 26 ff, 29 f = SozR 1500 § 161 Nr 27 S 54 ff; BSGE 64, 296, 297 f = SozR 1500 § 161 Nr 33 S 69 f; BSG vom 11.12.2007 - B 8/9b SO 13/06 R - Juris RdNr 9).

33

2. Die Parteistellung als Klägerin und Revisionsführerin kommt im vorliegenden Verfahren der Gemeinschaftspraxis zu, die die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß §§ 705 ff BGB hat. Diese gilt für schwebende Auseinandersetzungen um Forderungen und Verbindlichkeiten als fortbestehend (vgl § 730 Abs 2 Satz 1 BGB; s dazu zuletzt BSG vom 8.12.2010 - B 6 KA 33/09 R - RdNr 11 mwN; BSG vom 9.2.2011 - B 6 KA 5/10 R - RdNr 23). Dementsprechend hat der Senat das Rubrum berichtigt (vgl hierzu BSG SozR 4-1500 § 86 Nr 2 RdNr 8; BSG SozR 4-2500 § 85 Nr 57 RdNr 12); seinem entsprechenden Hinweis in der mündlichen Verhandlung ist keiner der Beteiligten entgegengetreten.

34

3. Schließlich bestehen auch keine durchgreifenden Bedenken gegen die Zulässigkeit der mit der Revision verfolgten Klage. Diese ist auch in der Form der von der Klägerin erhobenen Stufenklage zulässig, mit der sie zunächst Auskunft und - erst auf der Grundlage der erhaltenen Auskunft - Schadensersatz begehrt. Diese beiden Begehren können, da sie miteinander im Zusammenhang stehen und das eine Begehren auf dem anderen aufbaut, im Wege der Klagehäufung zusammen verfolgt werden (objektive Klagehäufung, vgl § 56 SGG; zum speziellen Fall der Stufenklage gemäß § 202 SGG iVm § 254 ZPO: vgl Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl 2008, § 56 RdNr 5). Dabei reicht es aus, dass die Klägerin erst nach Erlangung der Auskunft über die von der Beklagten abgerechneten Leistungen den Schadensersatzanspruch beziffern will (vgl Greger in: Zöller, ZPO, 28. Aufl 2010, § 254 RdNr 1; Reichold in Thomas/Putzo, ZPO, 32. Aufl 2011, § 254 RdNr 4, 6; jeweils mit Rspr-Angaben).

35

C. Die rechtliche Würdigung in der Sache ergibt, dass das Begehren der Klägerin auf Zurückverweisung des Rechtsstreits an das SG begründet ist. Zur abschließenden Beurteilung der Stufenklage auf Auskunft und ggf auf Schadensersatz sind ergänzende Tatsachenfeststellungen des SG erforderlich, an das der Rechtsstreit deshalb gemäß § 170 Abs 2 Satz 2 SGG zurückzuverweisen ist.

36

Es ist nicht aus Rechtsgründen ausgeschlossen, dass die Klägerin mit ihrem Auskunfts- und ggf auch Schadensersatzbegehren Erfolg hat; denn in dem Verhältnis zwischen der klagenden Gemeinschaftspraxis und dem Krankenhaus bzw der beklagten Krankenhausträgerin können Auskunfts- und Schadensersatzansprüche bestehen (unten 1. a-c). Die Voraussetzungen, dass ein der Klägerin vom Krankenhaus zugefügter Schaden möglich bzw wahrscheinlich erscheint (unten 1. d) und dass die Handlungsweise des Krankenhauses gegen die Vorgaben des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag verstieß (unten 2.), sind gegeben.

37

1. In dem Verhältnis zwischen der klagenden Gemeinschaftspraxis und dem Krankenhaus der Beklagten sind die allgemeinen Regelungen des Wettbewerbsrechts über Auskunfts- und Schadensersatzansprüche anzuwenden.

38

Auskunfts- und Schadensersatzbegehren hängen im Falle der Klägerin in der Weise zusammen, dass die Klägerin zunächst Auskunft von der Beklagten darüber fordert, wann Dres. P., S. und B. welche ambulanten Operationen in Kooperation mit Anästhesisten des Krankenhauses der Beklagten erbrachten. Nach Erhalt dieser Auskunft will sie den ihr zustehenden Schadensersatzanspruch errechnen.

39

Ist mithin das Auskunftsbegehren ein Hilfsanspruch für das Schadensersatzbegehren, so ist für die Zuerkennung eines Auskunftsanspruchs notwendig, dass ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte überhaupt möglich erscheint, dh dass ein Schadensersatzanspruch rechtlich denkbar ist (unten a-c) und es nicht ausgeschlossen erscheint, dass die Klägerin durch das rechtswidrige Verhalten der Beklagten einen Schaden erlitt (unten d).

40

a) Aus dem vertragsärztlichen Status ist abzuleiten, dass der Vertragsarzt einen Schadensersatzanspruch gegen einen konkurrierenden Leistungserbringer haben kann, der die für seine Mitwirkung an der ambulanten Versorgung geltenden Vorgaben nicht beachtet hat. Davon ist der Senat bereits in seinem früheren Urteil vom 25.11.1998 - B 6 KA 75/97 R - ausgegangen (s BSGE 83, 128, 131 ff = SozR 3-2500 § 116 Nr 17 S 84 ff). In dieser Entscheidung hatte der Senat die Regelungen des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) für Schadensersatzansprüche eines Vertragsarztes gegen eine ermächtigte Ärztin herangezogen, die von ihrer Ermächtigung bereits Gebrauch gemacht hatte, ehe diese bestandskräftig war.

41

Dieselben Grundsätze gelten ebenso in anderen Fällen rechtswidriger Betätigung in der ambulanten Versorgung. Ein Vertragsarzt bzw eine vertragsärztliche Berufsausübungsgemeinschaft kann Schadensersatz nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen beanspruchen, wenn er bzw sie geltend machen kann, ein Krankenhaus habe die ihm durch § 115b SGB V eingeräumten Möglichkeiten ambulanter Tätigkeit überschritten. Auch in dieser Konstellation stehen der Zulassungsstatus und das daraus ableitbare Abwehrrecht gegenüber anderen, in rechtswidriger Weise ambulant tätigen Leistungserbringern (vgl oben RdNr 21) in Frage. In einer solchen Lage muss dem betroffenen Vertragsarzt ein Mindestmaß an Rechtsschutz gewährt werden, dh die Möglichkeit der Abwehr und eines Schadensersatzes zuerkannt werden. Damit wird die Linie der Rechtsprechung von BVerfG und BSG zur Abwehr rechtswidrig tätiger Konkurrenten konsequent weitergeführt (vgl zur Konkurrentenabwehr zuletzt BSGE 105, 10 = SozR 4-5520 § 24 Nr 3, RdNr 17, 19 f mwN; vgl schon früher BSGE 83, 128, 131 ff = SozR 3-2500 § 116 Nr 17 S 84 ff). Würden die Möglichkeiten der Abwehr und eines Schadensersatzes nicht anerkannt, so bliebe eine empfindliche Rechtsschutzlücke, die der zentralen Funktion des Zulassungsstatus des Vertragsarztes im SGB V nicht entspräche.

42

b) Der Heranziehung der allgemeinen Grundsätze des Wettbewerbsrechts steht § 69 SGB V nicht entgegen. Zwar verweist diese Vorschrift nur auf bestimmte zivilrechtliche Regelungen, nämlich in § 69 Satz 3 SGB V (Fassung vom 14.11.2003, BGBl I 1412) - und später im neuen Abs 2 zusätzlich auf einige Bestimmungen des Gesetzes für Wettbewerbsbeschränkungen (GWB, s die Fassungen vom 15.12.2008, BGBl I 2426, und vom 22.12.2010, BGBl I 2262) -. Daraus folgt aber keine Anwendungssperre für allgemeine zivilrechtliche Regelungen und Grundsätze. Vielmehr gebieten das Erfordernis effektiven Rechtsschutzes (Art 19 Abs 4 GG) - und ebenso der für Zivilrechtsbeziehungen einschlägige allgemeine Justizgewährleistungsanspruch (Art 2 Abs 1 GG iVm dem Rechtsstaatsprinzip) -, dass in dem Fall rechtswidriger Schädigungen ein Mindestmaß an Primär- und/oder Sekundärrechtsschutz zuerkannt wird, dh Möglichkeiten der Abwehr und/oder eines Schadensersatzes bestehen (vgl dazu BVerfGE 116, 135, 154-159, und BSGE 99, 218 = SozR 4-2500 § 103 Nr 3, RdNr 31).

43

Der Anwendung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Grundsätze iVm § 115b SGB V auf das vorliegende Streitverhältnis zwischen Vertragsarzt und Krankenhaus steht auch nicht entgegen, dass §§ 69 ff und § 115b SGB V gemäß der Überschrift zum Vierten Kapitel (§§ 69-140h SGB V) auf das Verhältnis zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zugeschnitten sind. Heute ist anerkannt, dass die Regelungen der §§ 69 ff SGB V auch im Verhältnis der Leistungserbringer untereinander zu beachten sind (zur Rechtsprechungsentwicklung s Engelmann in Schlegel/Voelzke/Engelmann, jurisPraxisKommentar SGB V, 2008, § 69, insbesondere RdNr 57 ff, 119 ff, 210 ff). Deren Geltung auch im Verhältnis der Leistungserbringer und die Anwendung der darauf bezogenen Schadensersatzregelungen auch in diesem Verhältnis ergibt sich zumal ausdrücklich aus dem den § 69 (heute: Abs 1) SGB V abschließenden letzten Satz: "Die Sätze 1 bis 3 [die das gesamte Vierte Kapitel in Bezug nehmen] gelten auch, soweit durch diese Rechtsbeziehungen Rechte Dritter betroffen sind." In diesem Sinne hat der BGH wiederholt ausgeführt, dass "die Vorschrift des § 69 SGB V auch auf die Beziehungen von Leistungserbringern untereinander" anzuwenden ist, "soweit es um Handlungen in Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags der Krankenkassen geht" (BGH NJW-RR 2006, 1046, 1048 RdNr 23 am Ende; ebenso BGHZ 175, 333 RdNr 18 = NJW-RR 2008, 1426, 1427 RdNr 18 = NZS 2008, 653, 654 RdNr 18). Dem ist zuzustimmen.

44

c) Wenn demnach allgemeine Schadensersatzregelungen auch für den Wettbewerb der Leistungserbringer untereinander gelten bzw gelten müssen, liegt es nahe, für nähere Einzelheiten die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätze des UWG heranzuziehen (Ansätze in dieser Richtung auch bei Engelmann in Schlegel/Voelzke/Engelmann, jurisPraxisKommentar SGB V, 2008, § 69 RdNr 217 f). Das Rechtsinstitut des Schadensersatzes bei wettbewerbswidrigem Verhalten hat im UWG in dessen §§ 2, 3 iVm § 4 Nr 11 und §§ 9, 10 eine allgemeine Ausprägung erfahren (s dazu für die vorliegend betroffenen Jahre 2005/2006 die Fassung des UWG vom 3.7.2004, BGBl I 1414). In Anlehnung an diese Regelungen ergibt sich, dass ein Marktteilnehmer jedenfalls dann einem Konkurrenten Schadensersatz leisten muss, wenn er im geschäftlichen Verkehr gesetzlichen Vorschriften zuwiderhandelt, die dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (sog Rechtsbruchtatbestand, vgl dazu Köhler in Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl 2011, § 4 RdNr 11.7; Ohly in Piper/Ohly/Sosnitza, UWG, 5. Aufl 2010, § 4 RdNr 11/11 und 11/52; vgl auch Sosnitza in Piper/Ohly/Sosnitza aaO § 2 RdNr 7).

45

Bei entsprechender Anwendung der §§ 2, 3 iVm § 4 Nr 11 und §§ 9, 10 UWG sind im Sinne dieser UWG-Bestimmungen die Regelungen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag "dazu bestimmt, im Interesse der Leistungserbringer ihr Verhältnis zueinander zu regeln". Denn der zur Konkretisierung des § 115b SGB V vereinbarte AOP-Vertrag soll die Interessen der verschiedenen Gruppen der Leistungserbringer miteinander zum Ausgleich bringen (vgl die "Grundsätze" im Vorspann zum AOP-Vertrag). Dies kommt insbesondere darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber die Zusammenstellung des Katalogs, welche Operationen und Eingriffe ambulant durchgeführt werden können, und die Festlegung näherer Regelungen den Spitzenverbänden der betroffenen Leistungserbringer im Zusammenwirken mit den Spitzenverbänden der Krankenkassen zugewiesen hat: Gemäß § 115b Abs 1 SGB V haben die Spitzenverbände der Krankenkassen (seit dem 1.7.2008: der Spitzenverband Bund der Krankenkassen), die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztliche Bundesvereinigung die Aufgabe, in einer dreiseitigen Vereinbarung entsprechende Regelungen zu normieren. Dies haben sie - bzw mangels Einigung ersatzweise das Bundesschiedsamt gemäß § 115b Abs 3 iVm § 89 SGB V - im AOP-Vertrag getan. Dies dient dem Interessenausgleich zwischen den Krankenhäusern und der Gruppe der Vertragsärzte insgesamt, zu der auch die Klägerin gehört, die sich mithin ebenfalls auf

die Schutzwirkung des AOP-Vertrages berufen kann und damit befugt ist, auf Verletzungen des AOP-Vertrages gegründete Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

46

Nach alledem ergibt sich - in Anlehnung an §§ 2, 3 iVm § 4 Nr 11 und §§ 9, 10 UWG (vgl oben RdNr 44) -, dass ein Leistungserbringer einem Konkurrenten zum Schadensersatz verpflichtet sein kann, wenn er bei der Krankenversorgung gegen eine Rechtsvorschrift wie § 115b SGB V - iVm dem AOP-Vertrag - verstößt, die auch das Wettbewerbsverhalten der Leistungserbringer untereinander betrifft.

47

d) Bestehen mithin hier anwendbare Regelungen über einen Schadensersatzanspruch, so ist aber zusätzlich erforderlich, dass ein solcher auch im vorliegenden Fall ernstlich in Betracht kommen kann. Es muss möglich erscheinen, dass die Klägerin durch die Handlungsweise der Beklagten einen Schaden erlitt. Nur dann ist ein Schadensersatzanspruch denkbar und kann auch der Hilfsanspruch der Klägerin gegeben sein, Auskunft darüber zu erhalten, bei welchen ambulanten Operationen - und mit welcher Vergütung - die Anästhesisten des Krankenhauses der Beklagten mit den Chirurgen Dres. P., S. und B. kooperierten (vgl dazu schon oben RdNr 39).

48

Die Anforderungen an die Darlegungen zur konkreten Schadensverursachung sind - entsprechend der Fundierung des Schadensersatzanspruchs in Anlehnung an die Regelungen des UWG - an den Maßstäben auszurichten, die die Rechtsprechung auch sonst bei Schadensersatzbegehren nach dem UWG zugrunde legt. Der BGH hat in einem Urteil vom 17.9.2009 - in einem Streit zwischen zwei laborärztlichen Gemeinschaftspraxen wegen unzulässiger Anlockhandlungen durch Angebote nicht kostendeckender Preise bei O I- und O II-Laborleistungen - herausgestellt, dass es keine Vermutung dafür gebe, dass die Anlockhandlung auch die angestrebte Anlockwirkung - mit Schädigung der Konkurrenten - entfalte; es gebe nicht einmal eine Vermutung dafür, dass Ärzte ihre O III-Laboraufträge denselben Laborärzten gäben, denen sie die O I- und O II-Aufträge geben (BGH NJW-RR 2010, 1059, RdNr 14 = GesR 2010, 197, RdNr 14). Andererseits bedürfe es aber auch nicht des Nachweises eines strengen Kausalzusammenhangs. Ausreichend sei die Feststellung, dass die Ärzte tendenziell eher ihre O III-Aufträge denselben Laborärzten gäben, denen sie auch die O I- und O II-Aufträge geben; dies könne vom Tatrichter aufgrund seiner Lebenserfahrung unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des jeweiligen Falles entschieden werden (BGH aaO RdNr 16, 21).

49

Nach diesem Maßstab bedarf es noch weiterer Tatsachenfeststellungen des SG für die Entscheidung, ob ein Schadensersatzanspruch der Klägerin gegen die Beklagte ernstlich in Betracht kommt. Das SG hat im Tatbestand des angefochtenen Urteils einerseits ausgeführt, es habe "begründete Erwartungen und Absprachen" dafür gegeben, dass die Chirurgen ihre Operationen, wenn sie diese nicht im Krankenhaus der Beklagten hätten durchführen können, im Operationszentrum der Klägerin durchgeführt (und hier deren Anästhesisten herangezogen) haben würden. Hierfür könnte die örtliche Nähe zwischen der Klägerin und den niedergelassenen Chirurgen sprechen. Andererseits hat das SG in den Entscheidungsgründen dargelegt, es sei "in keinem Fall sicher", dass die Operateure die Anästhesisten der Klägerin herangezogen hätten: Denkbar ist, dass Missstimmigkeiten zwischen ihnen und den Ärzten der Klägerin aufgekommen waren und sie schon deshalb nicht das Operationszentrum der Klägerin in Anspruch genommen haben würden. Angesichts dieser ungeklärten Sachlage kann das Bestehen eines Schadensersatzanspruchs weder sicher bejaht noch ausgeschlossen werden; daher bedarf es noch näherer Ermittlungen und Feststellungen des SG.

50

2. Schließlich war die Handlungsweise des Krankenhauses auch rechtswidrig. Sie war nicht vereinbar mit den Vorgaben des § 115b SGB V (zur hier maßgeblichen - bis zum 31.3.2007 unveränderten - Fassung s das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22.12.1999, BGBl I 2626) iVm dem AOP-Vertrag (hier zugrunde zu legen idF vom 18.3.2005, DÄ 2005, A 1232).

51

Mit der Regelung des § 115b SGB V wurden neue Möglichkeiten für die Krankenhäuser geschaffen, ambulante Operationen durchzuführen bzw an ihnen mitzuwirken (unten a). Durch § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag sind aber nur bestimmte Kooperationsformen für ambulante Operationen im Krankenhaus geregelt worden (unten b und b aa). Die Bestimmungen des AOP-Vertrages können nicht in der von der Beklagten begehrten Weise erweiternd ausgelegt werden, allgemeine Wendungen in der Präambel reichen dafür nicht aus (unten b bb und cc). Dafür können auch nicht spätere Bestimmungen iS einer rückwirkenden Klarstellung herangezogen werden (unten b dd). Die daraus resultierenden Begrenzungen für die Durchführung ambulanter Operationen durch Krankenhäuser bzw für deren Mitwirkung an ihnen sind mit Art 12 und Art 14 GG vereinbar (unten b ee). Die Regelungen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag ergeben keine Grundlage für die von der Beklagten praktizierte - von der Klägerin beanstandete - Kooperation zwischen einem Vertragsarzt als Operateur und einem Anästhesisten des Krankenhauses (unten c und 3.).

52

a) Die Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren zum Gesundheitsstrukturgesetz sowie Sinn und Zweck des § 115b SGB V ergeben, dass mit dieser Regelung neue Möglichkeiten geschaffen wurden, in Krankenhäusern ambulante Operationen durchzuführen. Nach der Gesetzesbegründung zu § 115b SGB V sollten mit dieser Regelung die Möglichkeiten ambulanten Operierens - sowohl im Krankenhaus als auch in der Arztpraxis - ausgebaut werden (BT-Drucks 12/3608 S 71 und S 103 (Zu § 115b)). Dies sollte dazu beitragen, stationäre Behandlungen bei Patienten, die auch ambulant ausreichend und angemessen versorgt werden können, zu vermeiden (BT-Drucks 12/3608 S 103 (Zu § 115b), vgl auch S 67 (unter 3.a) und S 87 (Zu Absatz 3a); BSG SozR 3-2500 § 116 Nr 19 S 92). Auf der Grundlage dieser Regelungen erhielten die Krankenhäuser, wie der Senat bereits ausgeführt hat, zusätzliche Möglichkeiten ambulanter Operationen, die sie

zuvor nicht hatten (BSG SozR 3-2500 § 116 Nr 19 S 92; ebenso BT-Drucks 12/3608 S 81 (Zu Nummer 23): "neues Leistungsspektrum"; ebenso S 103 (Zu § 115b)). Damit kommt der Regelung des § 115b SGB V eine konstitutive Funktion im Sinne einer Erweiterung des Rechtskreises der Krankenhäuser zu.

53

Der kompetenzerweiternde und nicht lediglich klarstellende Charakter des § 115b SGB V findet darin seine Bestätigung, dass das Krankenhaus die Zulassung zu den in § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag normierten Möglichkeiten ambulanter Operationen durch schlichte Mitteilung gemäß § 115b Abs 2 Satz 2 iVm Abs 4 Satz 2 SGB V erlangt. Das Krankenhaus führt in seiner Mitteilung diejenigen nach dem AOP-Vertrag zulässigen ambulanten Operationen auf, die es in seinem Krankenhaus durchzuführen beabsichtigt (vgl hierzu die Mitteilungen des Krankenhauses der Beklagten, zunächst vom 28.12.1993 und in der Folgezeit stetig aktualisiert). Aus dieser Zulassung folgt unmittelbar kraft Gesetzes die Zulassung gemäß § 115b SGB V; diese bedarf nicht etwa erst noch einer Bestätigung durch den Zulassungsausschuss (vgl BSG SozR 3-2500 § 116 Nr 19 S 92). Die Zulassung setzt vielmehr allein voraus, dass das Krankenhaus die entsprechende Mitteilung abgibt (zum Rechtscharakter der Mitteilung vgl Hess in Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, § 115b RdNr 4 (Bearbeitungsstand Juni 2005); Köhler-Hohmann in jurisPraxisKommentar SGB V, 2008, § 115b RdNr 14). Dieses Konzept einer gesetzlichen, aber doch einer Mitteilung gemäß § 115b Abs 2 Satz 2 SGB V bedürftigen Zulassung zeigt, dass der Gesetzgeber nicht davon ausgegangen ist, die Krankenhäuser wären zur Durchführung solcher ambulanten Operationen schon bisher generell berechtigt gewesen.

54

b) Welche Arten ambulanter Operationen das Krankenhaus durchführen bzw in welcher Weise das Krankenhaus an ambulanten Operationen mitwirken darf, richtet sich nach dem Inhalt seiner Mitteilung gemäß § 115b Abs 2 Satz 2 SGB V und dem Katalog der in der Anlage zum AOP-Vertrag aufgeführten ambulanten Operationen iVm den sonstigen Regelungen des AOP-Vertrages. Der Katalog wird gemäß § 115b Abs 1 SGB V durch eine sog dreiseitige Vereinbarung zwischen den Spitzenverbänden der Krankenkassen - bzw seit dem 1.7.2008: dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen -, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ausgeformt bzw, wenn diese Partner kein Einvernehmen erzielen können, durch das gemäß § 115b Abs 3 SGB V berufene - erweiterte - Bundesschiedsamt festgesetzt. Diejenige Fassung des AOP-Vertrages, die für die vorliegend umstrittene Leistungserbringung zwischen Frühjahr 2005 und August 2006 maßgebend ist, wurde vom Bundesschiedsamt am 18.3.2005 festgesetzt (DÄ 2005, A 1232; - zur Aktualisierung vom 20.10.2005 mit Wirkung zum 1.1.2006 s im Internet unter http://www.dkgev.de/pdf/1383.pdf - abgerufen im März 2011). In der beigefügten Anlage 1 sind die ambulant durchführbaren Operationen aufgeführt. Zur Frage, wer diese ambulanten Operationen durchführen und an ihnen mitwirken darf, kann weder der Anlage selbst eine Regelung entnommen werden, noch enthält der Vorschriftenteil des AOP-Vertrages (§§ 1-22 AOP-Vertrag; heute: §§ 1-23) dazu eine eigenständige Bestimmung (vgl ebenso SächsLSG MedR 2009, 114, 114 f). Aus dem Gesamtzusammenhang des AOP-Vertrages, vor allem aus seinen Regelungen über die Abrechnungsverfahren, ergeben sich jedoch ausreichend deutliche Hinweise darauf, welche Konstellationen im Rahmen des § 115b SGB V als zulässig anzusehen sind, dh inwieweit und in welchen Konstellationen das Krankenhaus bzw seine Ärzte ambulante Operationen durchführen bzw an ihnen mitwirken dürfen. So werden in § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag (dessen Fassung vom 18.3.2005 im Übrigen mit der heutigen identisch ist) für die Abrechnung des Krankenhauses die Konstellationen genannt,

· dass "sowohl ein Operateur als auch ein Anästhesist des Krankenhauses beteiligt sind" oder

· dass die ambulante Operation "durch einen belegärztlich tätigen Vertragsarzt erfolgt und das Krankenhaus nur die Anästhesieleistung erbringt".

Letztere Konstellation wird in § 18 Abs 1 Satz 4 AOP-Vertrag aufgegriffen: Dort heißt es, dass "die ambulante Operation durch einen am Krankenhaus tätigen Belegarzt" erfolgt.

55

Damit geht der AOP-Vertrag davon aus, dass es im Rahmen des § 115b SGB V nur diese zwei Arten von Kooperationsformen gibt, wie ein Krankenhaus ambulante Operationen durchführen bzw an ihnen mitwirken darf: Die ambulante Operation muss entweder von einem "Operateur des Krankenhauses" oder von einem am Krankenhaus tätigen Belegarzt durchgeführt werden, wobei die Anästhesieleistungen jeweils von einem Arzt des Krankenhauses erbracht werden. Nicht aufgeführt ist die Konstellation, dass ein Anästhesist des Krankenhauses an ambulanten Operationen mitwirkt, die ein Vertragsarzt durchführt; diese Art der Kooperation würde zu einer der zwei genannten nur passen, wenn der Vertragsarzt zugleich - evtl teilzeitig beschäftigter - "Operateur des Krankenhauses" oder Belegarzt des Krankenhauses wäre. - Zur Auslegung dieser Begriffe ist im Einzelnen auszuführen:

56

aa) Soweit im AOP-Vertrag die Durchführung ambulanter Operationen durch einen "Operateur des Krankenhauses" angesprochen ist, muss es sich um einen Arzt des Krankenhauses handeln. Dies bedeutet, dass dieser im Krankenhaus - in Voll- oder Teilzeit - als Angestellter oder Beamter fest angestellt sein muss.

57

Der Begriff "Operateur des Krankenhauses" würde dagegen überdehnt, wenn man ihm auch einen Arzt zuordnen wollte, der vom Krankenhaus nur als freier Mitarbeiter herangezogen wird. Ein nur punktuell hinzugezogener Vertragsarzt, der nicht zugleich Beschäftigter des Krankenhauses ist (im Sinne einer Nebentätigkeit im Umfang von max 13 bzw 26 Wochenstunden, vgl hierzu zuletzt BSG vom 13.10.2010 - B 6 KA 40/09 R - RdNr 16 ff, zur Veröffentlichung in SozR vorgesehen), ist kein "Operateur des Krankenhauses". Dem steht schon entgegen, dass im weiteren Text des § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag als Alternative zum "Operateur des Krankenhauses" nur der belegärztlich tätige Vertragsarzt genannt ist: Diese Eingrenzung würde unterlaufen, wenn jeder im Krankenhaus tätige Arzt bzw Vertragsarzt dem Begriff "Operateur des Krankenhauses" zugeordnet werden würde. Hierfür muss es sich vielmehr um einen wenigstens teilzeitig am

Krankenhaus beschäftigten und sozialversicherten oder dort beamteten Arzt handeln (zu § 121 Abs 5 SGB V ("Honorararzt") vgl unten RdNr 68).

58

Gegen die Auslegung, "Operateur des Krankenhauses" sei jeder im Krankenhaus tätige (Vertrags-)Arzt, spricht auch das Nebeneinander von "Krankenhausarzt" und "Vertragsarzt" in anderen Bestimmungen des AOP-Vertrages. So werden in dessen § 4 Abs 4 und Abs 5 die beiden Begriffe deutlich als nicht identisch zugrunde gelegt (ebenso SächsLSG MedR 2009, 114, 115).

59

Die Vorgabe, dass die Leistungserbringung des Krankenhauses grundsätzlich durch dessen eigenes Personal erfolgen soll, entspricht auch dem Ziel der Qualitätssicherung; denn bei eigenem Personal, das in die Organisations- und Weisungsstruktur des Krankenhauses eingebunden ist, kann am ehesten davon ausgegangen werden, dass dieses nach dem Maßstab höchstmöglicher Qualifikation ausgewählt, angeleitet und überwacht wird. Auch der Gesichtspunkt der Transparenz der Leistungserbringung aus der Perspektive des Patienten spricht für diese Sicht. Entscheidet dieser sich dafür, eine ambulante Operation im Krankenhaus und nicht in einer ambulanten Vertragsarztpraxis durchführen zu lassen, so dürfte er typischerweise die Erwartung haben, von einem Arzt des Krankenhauses operiert zu werden, der dort fest angestellt und an der stationären Versorgung beteiligt ist. Schließlich entspricht es auch dem gesetzlichen Regelfall, dass Krankenhäuser mit eigenem Personal arbeiten. Ausnahmen davon sind nur enumerativ normiert; so werden im stationären Bereich durch § 2 Abs 2 Satz 2 Nr 2 Krankenhausentgeltgesetz vom Krankenhaus veranlasste Leistungen Dritter miteinbezogen (zu dessen Ausnahmecharakter vgl ebenso SächsLSG MedR 2009, 114, 115; - zum Kriterium der Gesamtverantwortung vgl zB Wagener/Haag, MedR 2009, 72, 73). Diese Regelung ist weder im ambulanten Bereich anwendbar noch ist eine dem vergleichbare Ausnahmeregelung in § 115b SGB V oder im AOP-Vertrag enthalten. Im Übrigen könnte ein vorrangig seiner Praxistätigkeit verpflichteter Vertragsarzt auch nicht ohne Weiteres als "jederzeit verfügbares" Personal des Krankenhauses iS des § 107 Abs 1 Nr 3 SGB V angesehen werden.

60

Die Operationsleistung kann allerdings kraft ausdrücklicher Regelung alternativ auch durch einen "belegärztlich tätigen Vertragsarzt" (§ 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag) bzw durch einen "am Krankenhaus tätigen Belegarzt" (§ 18 Abs 1 Satz 4 AOP-Vertrag) erfolgen. Mit beiden Formulierungen ist ersichtlich dasselbe gemeint, nämlich dass der ohnehin am Krankenhaus stationär tätige Belegarzt zusätzlich im Rahmen ambulanter Operationen gemäß § 115b SGB V tätig werden darf. Dabei ist darauf hinzuweisen, dass die Terminologie in § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag "belegärztlich tätiger Vertragsarzt" ungenau ist, weil der Belegarzt im Rahmen ambulanter Operationen gemäß § 115b SGB V gerade nicht belegärztlich-stationär tätig ist; präziser ist die Formulierung in § 18 Abs 1 Satz 4 SGB V: "ambulante Operationen durch einen am Krankenhaus tätigen Belegarzt". Gerade dem Belegarzt das ambulante Operieren zu ermöglichen, soll entsprechend dem Sinn und Zweck des § 115b SGB V dazu beitragen, stationäre Behandlungen bei solchen Patienten zu vermeiden, die auch ambulant ausreichend und angemessen versorgt werden können (hierzu vgl oben RdNr 52): Dem Belegarzt soll der Anreiz gegeben werden, vorrangig ambulant zu operieren und nur diejenigen Patienten belegärztlich-stationär zu operieren, bei denen dies unerlässlich ist. Ist mithin die Ausrichtung des § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag gerade auf den Belegarzt sachgerecht, so kann dies nicht als vermeintliche redaktionelle Ungenauigkeit oder als nur technische Regelung außer Acht gelassen werden (zu Art 3 Abs 1 GG vgl unten RdNr 73).

61

Zurückzuweisen ist die Ansicht, der in § 7 Abs 4 Satz 2 letzter Satzteil AOP-Vertrag vorgenommenen Eingrenzung auf den Belegarzt komme deshalb keine Bedeutung zu, weil damit nur ein Streit über die separate Abrechenbarkeit anästhesiologischer Leistungen habe beigelegt werden sollen (so Wagener/Haag, MedR 2009, 72, 74; vgl auch Bohle in Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, 2010, § 8 RdNr 27 am Ende). Hätte dies das Ziel der Vorschrift sein sollen, so hätte es nahegelegen, auf den angefügten Nebensatz ("sofern ") zu verzichten. Durch diesen Nebensatz wird indessen klargestellt, dass die separate Abrechenbarkeit überhaupt nur unter bestimmten, darin aufgeführten Voraussetzungen in Betracht kommen kann.

62

Eine erweiternde Auslegung des § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag kann auch nicht aus dem Wort "insbesondere" abgeleitet werden. Bei der Vergütung ambulanter Leistungen sind Krankenhäuser gemäß Satz 1 wie niedergelassene Vertragsärzte der entsprechenden Fachrichtung einzustufen. Dies gilt gemäß Satz 2 insbesondere auch für die separate Abrechenbarkeit anästhesiologischer Leistungen/Narkosen, sofern im Krankenhaus bei Eingriffen gemäß § 115b SGB V entweder sowohl ein Operateur als auch ein Anästhesist des Krankenhauses beteiligt sind oder die Operationsleistung durch einen Belegarzt erfolgt und das Krankenhaus nur die Anästhesieleistung erbringt. Das Wort "insbesondere" hat nach diesem grammatischen Kontext keinen Bezug zu den erst im nachfolgenden Nebensatz benannten Arzttypen Krankenhausarzt und Belegarzt.

63

Anders als bei der Operationsleistung, die gemäß § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag alternativ entweder durch einen Krankenhausarzt oder durch einen Belegarzt des Krankenhauses erbracht werden kann, geht § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag für die anästhesistischen Leistungen davon aus, dass diese stets durch einen Krankenhausarzt erbracht wird; dafür werden - inhaltlich austauschbar - die Formulierungen "Anästhesisten des Krankenhauses" und "Krankenhaus nur die Anästhesieleistung erbringt" verwendet. Der Rahmen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag ist mithin nur eingehalten, wenn die Anästhesieleistung von einem Arzt erbracht wird, der - entsprechend obigen Ausführungen (RdNr 56 f) - voll- oder teilzeitig am Krankenhaus beschäftigt und sozialversichert oder dort beamtet sein muss.

64

bb) Eine erweiternde Auslegung des § 7 Abs 4 Satz 2 AOP-Vertrag - mit Einbindung auch derjenigen Vertragsärzte, die nicht Belegärzte des

Krankenhauses sind - lässt sich auch nicht auf die Präambel des AOP-Vertrages und die dort niedergelegten "Grundsätze" stützen. Darin wird als Ziel der Regelungen bezeichnet, "die Zusammenarbeit zwischen niedergelassenen Vertragsärzten und Krankenhäusern zu fördern" und "die Kooperation zwischen niedergelassenem Bereich und Krankenhausbereich zu verbessern, einschließlich der gemeinsamen Nutzung von Operationskapazitäten im Krankenhaus" (Satz 2 der "Grundsätze"). Indessen handelt es sich hierbei nur um den Vorspann des Vertrages, der lediglich allgemein die Zielrichtung vorgibt. Der daran anschließende Regelungstext selbst benennt bestimmte Konstellationen, durch die die allgemeinen Passagen der Präambel konkretisiert werden. Diese speziellen Regelungen werden durch die allgemeiner formulierte und ausgerichtete Präambel nicht erweitert.

65

Auch die Ansicht der Beklagten, die Vertragspartner des AOP-Vertrags hätten durch spätere zusätzliche Bestimmungen im AOP-Vertrag im Sinne einer Klarstellung die Richtigkeit einer erweiternden Auslegung deutlich gemacht bzw deutlich machen wollen, greift nicht durch. Solche "Klarstellungen" haben nicht stattgefunden, insbesondere nicht durch die später zusätzlich in die "Grundsätze" aufgenommene Bestimmung, dass "auch die nach dem Vertragsarztrechtsänderungsgesetz zulässigen neuen Kooperationsformen" "umfasst" seien (Satz 2 der dem Pragraphenteil vorangestellten "Grundsätze"). Durch dieses Gesetz ist zwar dem § 20 Abs 2 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) der Satz angefügt worden, dass "die Tätigkeit in oder die Zusammenarbeit mit einem zugelassenen Krankenhaus mit der Tätigkeit des Vertragsarztes vereinbar" ist. Dies indessen beseitigt lediglich das bis dahin bestehende - insbesondere von der Rechtsprechung des BSG herausgestellte - weitgehende Verbot gleichzeitiger Tätigkeit im stationären wie im ambulanten Bereich (vgl hierzu BSG SozR 4-2500 § 95 Nr 2 RdNr 18 mwN zum grundsätzlichen Verbot stationärer Patientenversorgung eines im Einzugsbereich praktizierenden Vertragsarztes; - zur Zielrichtung des Gesetzes s zB BT-Drucks 16/2474 S 29). Daraus kann aber nicht allgemein die Gestattung aller denkbaren Kooperationsformen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern abgeleitet werden. Insbesondere gibt es keinen ausreichenden Anhaltspunkt, dass eine solche Gestattung gerade in die Regelungen des § 115b SGB V und des AOP-Vertrages hineinzuinterpretieren sei. Die Ergänzung des § 20 Abs 2 Ärzte-ZV durch Anfügung des Satz 2 war nach den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens darauf ausgerichtet, den Vertragsärzten - über die Möglichkeiten hinaus, im stationären Bereich in nicht patientenbezogenen Bereichen wie der Pathologie oder als Konsiliararzt tätig zu werden - zusätzliche Betätigungen als angestellter Krankenhausarzt und in Medizinischen Versorgungszentren, die mit Krankenhäusern verzahnt sind, zu ermöglichen (s BT-Drucks aaO S 29). Nicht erkennbar ist eine gezielte Ausrichtung auf § 115b SGB V in dem Sinne, dass gerade auch die in § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag geregelten Kooperationsformen hätten erweitert werden sollen auf die Möglichkeit der Kooperation von Anästhesisten des Krankenhauses mit nicht belegärztlich tätigen Vertragsärzten (ebenso zB auch Dahm MedR 2010, 597, 600 iVm 607 f; differenzierend R. Clement in Rieger/Dahm/Steinhilper, Heidelberger Kommentar Arztrecht Krankenhausrecht Medizinrecht, Beitrag Nr 60 RdNr 64 - 66; zu weitgehend Quaas GesR 2009, 459, 460 (unter c); aA zB Orlowski/Halbe/Karch, Vertragsarztänderungsgesetz, 2. Aufl 2008, S 165 f; Bohle aaO § 8 RdNr 27). Eine "Erweiterung" des § 115b SGB V durch § 20 Abs 2 Satz 2 Ärzte-ZV wäre auch vom Normenrang her problematisch (zum bloßen Verordnungsrang auch solcher Rechtsverordnungen, die durch förmliches Gesetz geändert worden sind: BVerfGE 114, 303, 312 f).

66

cc) Fehl geht schließlich auch die These, durch den AOP-Vertrag ergebe sich keine "Beschränkung" des Kreises der im Krankenhaus "zulässigerweise tätigen" Ärzte (in diesem Sinne Kuhlmann KH 2008, 1313, 1316; Quaas GesR 2009, 459 ff, insbesondere 464; Volkmer/Karthus KH 2010, 215, 218). Eine solche Argumentation setzt implizit voraus, dass von einer zunächst umfassenden Gestattung ambulanter Operationen im Krankenhaus im Rahmen des § 115b SGB V ausgegangen werden könnte. Dies lässt sich jedoch dem Konzept des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag gerade nicht entnehmen: Hierdurch sind überhaupt erst Möglichkeiten für die Krankenhäuser, ambulante Operationen durchzuführen bzw an ihnen mitzuwirken, neu eröffnet worden (vgl oben RdNr 51 - 53).

67

dd) Auch weder aus dem später in § 20 Abs 2 Ärzte-ZV angefügten Satz 2 noch aus dem späteren § 121 Abs 5 SGB V noch aus der Krankenhausstatistik-Verordnung lässt sich ableiten, damit habe (auch rückwirkend) klargestellt werden sollen, dass jeder Vertragsarzt, auch der nicht belegärztlich tätige, zu ambulanten Operationen iS des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag berechtigt sei. Zu § 20 Abs 2 Satz 2 Ärzte-ZV ist bereits oben das Erforderliche ausgeführt worden (oben RdNr 65). Zu § 121 Abs 5 SGB V und zur Krankenhausstatistik-Verordnung ist auf Folgendes hinzuweisen:

68

Die durch § 121 Abs 5 SGB V (durch Art 3 Krankenhausfinanzierungsreformgesetz vom 17.3.2009, BGBl I S 534) geschaffene Möglichkeit für die Krankenhäuser, zur Vergütung der Belegärzte nunmehr Honorarverträge mit ihnen zu schließen, betrifft nur Belegärzte, nicht auch sonstige Vertragsärzte. Die These, mit dieser Regelung sei den Krankenhäusern ermöglicht worden, jeden Vertragsarzt auf der Grundlage eines Honorarvertrages zu Leistungen heranzuziehen, ist weder mit dem klaren Wortlaut der Regelung noch mit der systematischen Verortung des Abs 5 innerhalb des § 121 SGB V vereinbar (aA Quaas GesR 2009, 459, 460 iVm 461).

69

In der Krankenhausstatistik-Verordnung (Änderung vom 17.3.2009, BGBl I 534) sind in § 3 Nr 11 neben den hauptamtlichen Ärzten weiterhin nur die (sonstigen) angestellten und die Belegärzte erwähnt. Die Regelung des § 3 Nr 13, wonach nunmehr auch Personal ohne "direktes" Beschäftigungsverhältnis anzugeben ist, macht Sinn schon mit Blick auf das sog Outsourcing, bei dem Leistungen von Personen erbracht werden, die bei einem anderen Träger beschäftigt sind. Nur diese Konstellation wird auch in der Gesetzesbegründung erwähnt (vgl BT-Drucks 16/11429 (Zu Art 4b KHRG, zu Nummer 1, letzter Absatz) S 49; zu weitgehend Quaas aaO S 464). Diesen Regelungen lässt sich eine Zielrichtung im Sinne einer Erweiterung der Regelungen des § 115b SGB V oder des AOP-Vertrages nicht entnehmen.

70

ee) Die dargestellte Auslegung des § 115b SGB V und des AOP-Vertrages verstößt auch nicht gegen Grundrechte der Beklagten (vgl Art 19

Abs 3 GG zur Grundrechtsfähigkeit juristischer Personen). Eine Verfassungsverletzung ergibt sich weder im Hinblick auf das Eigentumsgrundrecht des Art 14 GG noch im Hinblick auf die Berufsfreiheit des Art 12 GG noch im Hinblick auf Art 3 Abs 1 GG.

71

Die Möglichkeit für Krankenhäuser, auf der Grundlage des § 115b SGB V im ambulanten Bereich tätig zu werden, ist von vornherein nur in dem im AOP-Vertrag näher zu regelnden Ausmaß eröffnet worden (vgl oben RdNr 51 ff). Damit kann "Eigentum" von vornherein nur in diesem - nach Maßgabe des AOP-Vertrages - eingeschränkten Umfang entstanden sein; die durch § 115b SGB V ermöglichten Tätigkeiten können vom Eigentumsschutz nur in dem Umfang umfasst sein, wie der AOP-Vertrag dies näher ausführt (in demselben Sinne BVerfGE 126, 233, 256 = SozR 4-8570 § 6 Nr 5 RdNr 63 mwN). Ein Anspruch darauf, mehr Möglichkeiten zur Mitwirkung an ambulanten Operationen zu erhalten, als ihnen durch den AOP-Vertrag eingeräumt worden ist, kann nicht aus Art 14 Abs 1 GG hergeleitet werden, denn diesem lässt sich nur ein Schutz für bereits erlangte Rechtspositionen entnehmen.

72

Für das Vorbringen, die Regelungen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag ergäben keine ausreichende Erweiterung der Aktionsfelder der Krankenhäuser bzw die Regelungen seien nicht angemessen ausgestaltet worden, kann allenfalls Art 12 Abs 1 GG in Betracht kommen (zu dieser Abgrenzung zwischen Art 14 und Art 12 GG vgl zuletzt BVerfGE 126, 112, 135 f = SozR 4-1100 Art 12 Nr 21 RdNr 84; ebenso zB BSGE 100, 43 = SozR 4-2500 § 95 Nr 14, RdNr 13; BSG SozR 4-2500 § 73 Nr 4 RdNr 21). Indessen steht das Grundrecht des Art 12 GG unter dem Vorbehalt, dass die Berufsausübung durch Gesetz oder auf Grund eines Gesetzes geregelt - auch beschränkt - werden kann (Art 12 Abs 1 Satz 2 GG). Diese Grenze ist im Falle von Regelungen der Berufsausübung unter leichteren Voraussetzungen eingehalten als bei Regelungen der Berufswahl. Dies ermöglicht aber auch dann, wenn - wie hier - nur die Berufsausübung betroffen ist, keine Beschränkungen in unbegrenztem Ausmaß; insbesondere dürfen Eingriffe nicht unverhältnismäßig schwer wiegen. Diese Grenzen sind im vorliegenden Fall gewahrt. Durch § 115b iVm dem AOP-Vertrag sind den Krankenhäusern, wie bereits mehrfach klargestellt, die hierin angelegten Möglichkeiten, ambulante Operationen durchzuführen bzw an ihnen mitzuwirken, überhaupt erst eröffnet worden (vgl oben RdNr 51 - 53). Greifbare Ansatzpunkte dafür, dass es keine angemessene Ausgestaltung bzw eine unverhältnismäßige Beschränkung für die Krankenhausträger darstelle, wenn diesen im Rahmen des § 115b SGB V die Durchführung ambulanter Operationen und die Mitwirkung an ihnen nur im Rahmen bestimmter Kooperationen und nicht in weitergehendem oder gar vollem Umfang eröffnet werde, bestehen nicht. Dem Krankenhaus verbleiben mit der Ausgestaltung des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag genügend Spielräume; insbesondere hat es Dispositionsfreiheit bei der grundlegenden Entscheidung, welche ambulanten Leistungen es zu den Bedingungen des AOP-Vertrages erbringen will.

73

Im Übrigen liegt auch kein Verstoß gegen Art 3 Abs 1 GG vor. Einem Krankenhaus im Rahmen des § 115b SGB V die Kooperation mit einem Belegarzt zu gestatten, nicht aber auch mit jedem sonstigen Vertragsarzt, stellt keine sachwidrige Differenzierung dar, wie sich aus obigen Ausführungen ergibt (vgl oben RdNr 60).

74

c) Damit ergibt sich zusammenfassend, dass der Rahmen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag nur eingehalten ist, wenn eine der beiden Kooperationsformen gegeben ist, nämlich

· entweder sowohl der Operateur als auch der Anästhesist Ärzte des Krankenhauses

· oder der Operateur ein an dem Krankenhaus tätiger Belegarzt und der Anästhesist ein Arzt des Krankenhauses

sind. Nur in diesen Kooperationsformen hat § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag den Krankenhäusern die Möglichkeiten zur Durchführung von ambulanten Operationen und zur Mitwirkung an ihnen eingeräumt. Kooperiert ein Krankenhaus dagegen mit einem Partner, der zu keiner der beiden aufgeführten Kooperationsformen passt, so stellt es sich außerhalb des Reglements des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag - und hat dementsprechend auch keinen Honoraranspruch auf der Grundlage des § 115b SGB V -.

75

3. Sind die Bestimmungen des § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag mithin in der dargestellten Weise auszulegen, so folgt daraus für den vorliegenden Rechtsstreit, dass diese Regelungen keine Grundlage dafür bilden konnten, dass das Krankenhaus mit seinen Anästhesisten an ambulanten Operationen von nicht belegärztlich tätigen Vertragsärzten mitwirkte, die ihre Leistungen auf der Grundlage des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs für ärztliche Leistungen mit ihrer KÄV abrechneten. Für eine derartige Kooperation mit einer solchen Abrechnungsweise ist auch keine andere Rechtsgrundlage ersichtlich; die Beklagte hat sich zur Rechtfertigung ihrer Handlungsweise auch allein auf § 115b SGB V iVm dem AOP-Vertrag berufen. Es fehlt demnach an einer Rechtsgrundlage, und deshalb war die Handlungsweise der Beklagten rechtswidrig.

76

D. Das SG wird nunmehr zu überprüfen haben, ob die rechtswidrige Handlungsweise der Beklagten mit der erforderlichen Wahrscheinlichkeit die Klägerin geschädigt hat. Bei seiner erneuten Entscheidung wird es auch über die Kosten des Revisionsverfahrens zu befinden haben.
Rechtskraft
Aus
Login
BRD

Saved
2011-09-15