
S 33 KA 291/12 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung	11
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 33 KA 291/12 ER
Datum	13.08.2012

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 KA 92/12 B ER
Datum	12.08.2013

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 13.08.2012 wird zurückgewiesen. Der Antragsteller trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 87.500,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Beteiligten streiten über die Berechtigung des Antragstellers, an den zwischen der Antragsgegnerin und den Ersatzkassen bzw. der AOK Rheinland (AOK) geschlossenen Verträgen über ambulant durchgeführte Katarakt-Operationen (Kataraktverträge) teilzunehmen.

Der Antragsteller ist seit 01.04.2010 als Facharzt für Augenheilkunde in B zugelassen. Er verfügt über die Berechtigung zur Durchführung von Eingriffen gemäß [§ 115b Abs. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nach der Vereinbarung von Qualitätssicherungsmaßnahmen nach [§ 135 Abs. 2 SGB V](#) zum ambulanten Operieren (AOP-Vertrag). Die von ihm am 03.02.2012 beantragte Genehmigung der Teilnahme am Kataraktvertrag lehnte die Antragsgegnerin mit Bescheid vom

27.02.2012 ab, da die erforderliche Anzahl von 100 durchgeführten Operationen in den letzten vier Quartalen nicht nachgewiesen und die bedarfsgerechte Versorgung im Planungsbereich B sichergestellt sei. Den dagegen eingelegten Widerspruch wies die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 19.06.2012 zurück.

Hiergegen hat der Antragsteller die unter dem Aktenzeichen S 33 KA 369/12 anhängige Klage beim Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben. Unter dem 16.05.2012 (Eingang beim SG am 22.05.2012) hat er einstweiligen Rechtsschutz begehrt. Er hat vorgetragen: Ohne die beantragte Regelungsverfügung müsse der Praxisbetrieb zwangsläufig eingeschränkt werden. Er erleide monatlich einen uneinbringlichen finanziellen Verlust. Anders als bei der gesetzlich vorgegebenen Bedarfsplanung könne es nicht richtig sein, dass die Antragsgegnerin mit den Krankenkassenverbänden Vereinbarungen schließe, die nichts anderes zum Inhalt hätten, als den Hinzutritt weiterer Ärzte zu verhindern. Ein derartiges Ausschlussgebaren sei jedenfalls gegenüber den Ärzten ausgeschlossen, die planungsrechtlich über eine vertragsärztliche Zulassung verfügten und die qualitativen Voraussetzungen erfüllten. Das SG Düsseldorf habe mit Beschluss vom 02.01.2007 – S 33 KA 245/06 ER – zutreffend entschieden, dass die Genehmigung nicht von bedarfsplanerischen Aspekten abhängig gemacht werden könne, da ein Arzt an der Verteilung der von den Krankenkassen zur Verfügung gestellten Vergütungssummen zu beteiligen sei und ihm ebenso wie allen anderen teilnehmenden Ärzten ein angemessenes Budget zugeordnet werden müsse. Dass dies wegen der begrenzten Anzahl der nach den Verträgen geförderten Operationen zu einer Reduzierung des Budgets aller teilnehmenden Ärzte führe, rechtfertige es nicht, neu an den Verträgen teilnehmenden Ärzten die entsprechende Vergütung vorzuenthalten.

Der Antragsteller hat beantragt,

die Antragsgegnerin zu verpflichten, ihm ein individuelles Kataraktbudget gemäß den Verträgen über die ambulant durchgeführten Kataraktoperationen in der vertragsärztlichen Versorgung nach Maßgabe der dazu zwischen der Antragsgegnerin und den Krankenkassen getroffenen Vereinbarungen mit sofortiger Wirkung zuzuordnen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

den Antrag auf Erlangung des einstweiligen Rechtsschutzes zurückzuweisen.

Sie hat die Auffassung vertreten, weder Anordnungsgrund noch Anordnungsanspruch lägen vor.

Das SG hat den Antrag abgelehnt. Unabhängig davon, ob von einem hinreichend dargelegten Anordnungsgrund ausgegangen werden könne, fehle es jedenfalls an einem Anordnungsanspruch. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Zuordnung eines individuellen Katarakt-Budgets. Nach § 2 Abs. 1 der Verträge entscheide die Antragsgegnerin über Anträge von Ophthalmochirurgen, die erst nach dem 31.12.2005 bzw. 31.03.2006 am Vertrag teilnehmen wollten. Dabei sei

die festgelegte Begrenzung der teilnehmenden Ophthalmochirurgen zu beachten. Sei die Versorgung nach den in der Anlage 4 festgelegten Kriterien erfüllt, könnten keine weiteren Genehmigungen erteilt werden. Ausweislich des Widerspruchsbescheids vom 19.06.2012 sei das der Fall. Es sei nichts dafür ersichtlich, dass diese Feststellung unzutreffend sei oder eine Anerkennung wegen einer regionalen Unterversorgung in Betracht komme. Entsprechendes mache auch der Antragsteller nicht geltend. Soweit er der Entscheidung vom 02.01.2007 - S 33 KA 245/06 ER - entnehme, die Genehmigung der Teilnahme an den Verträgen könne nicht von bedarfsplanerischen Aspekten abhängig gemacht werden, sei dies nicht nachvollziehbar. Die Entscheidung beziehe sich gerade nicht auf die Genehmigung der Teilnahme, sondern auf die Zuordnung eines Katarakt-Budgets nach erfolgter Genehmigung der Teilnahme an den Verträgen, wobei in den Gründen darauf hingewiesen worden sei, dass die festgelegte Begrenzung der teilnehmenden Ärzte nicht gegriffen habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Antragstellers. Unklar sei, auf welcher Rechtsgrundlage die abgeschlossenen Verträge beruhten. Während der "Barmer-Vertrag" keine Rechtsgrundlagen angebe, beziehe sich der "AOK-Vertrag" auf [§ 73c SGB V](#) und jener der BKK auf [§ 73a SGB V](#). Vereinbarungen nach [§ 73a SGB V](#) seien nur möglich, wenn dem vom Versicherten gewählten Hausarzt oder einem von ihm gewählten Verbund haus- und fachärztlich tätiger Vertragsärzte die Verantwortung für die Gewährleistung der Qualität usw. übertragen werde. Davon könne nach dem Vertragsinhalt und den im Vertrag wiedergegebenen Teilnahmebedingungen keine Rede sein. Der Gesetzeswortlaut sei abschließend. Die Norm scheide daher als Rechtsgrundlage für Selektivverträge zum ambulanten Operieren oder zur Durchführung von strukturierten Behandlungsprogrammen aus. Nähme man hingegen [§ 73c SGB V](#) als Rechtsgrundlage an, so spreche gegen den Vertragsinhalt, dass Gegenstand des [§ 73c SGB V](#) Versorgungsaufträge seien ([§ 73c Abs. 1 S. 2 SGB V](#)). [§ 73 Abs. 4 SGB V](#) beziehe sich wiederum auf Verträge nach [§ 73c Abs. 3 SGB V](#), wonach die Krankenkassen zur Umsetzung ihres Angebots allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen u.a. mit Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) Einzelverträge abschließen könnten. Auch das das LSG Nordrhein-Westfalen sei im Urteil vom 09.05.2012 - [L 11 KA 48/09](#) - davon ausgegangen, dass es sich um Verträge nach [§ 73c SGB V](#) handle. Zwar habe das LSG in dieser Entscheidung den klägerseitig gestellten Anspruch auf Teilnahme an den Kataraktverträgen mit der Begründung verneint, es bestehe kein Anspruch des an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arztes darauf, dass die Vertragspartner des [§ 73c SGB V](#) Verträge bestimmten Inhalts abschließen. Entscheidend sei jedoch, dass das LSG die Möglichkeit aufzeige, dass jedenfalls dann anderes gelte, wenn die von den Vertragspartnern geschlossenen Vereinbarungen an gravierenden Rechtsfehlern litten. Dann könne ein Anspruch des Vertragsarztes auf Neubescheidung seines Teilnahmeantrages bestehen oder ein geschlossener Vertrag gänzlich in Frage zu stellen sein. Diese Voraussetzung sei erfüllt. Zwar bestehe nach [§ 73c Abs. 3 S. 2 SGB V](#) kein Anspruch auf einen Vertragsabschluss. Die Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes sei aber unter Bekanntgabe objektiver Auswahlkriterien öffentlich auszuschreiben. Das sei nicht geschehen. Dies stelle einen gravierenden Rechtsfehler dar, weil Verstöße gegen die Ausschreibungsnotwendigkeit gleichzeitig Verstöße gegen das

verfassungsrechtliche Willkürverbot seien. Das Fehlen objektiver Auswahlkriterien führe notwendig zu einer Verletzung des Anspruchs auf ermessensfehlerfreie Entscheidung. Nach [§ 73c SGB V](#) i.d.F. des zum 01.01.2008 in Kraft getretenen Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung hätten die Verträge gemäß [§ 73c SGB V](#) spätestens zu diesem Zeitpunkt den dafür geltenden gesetzlichen Regelungen angepasst werden müssen. Dies sei nicht der Fall. Sie seien daher infolge gravierender Rechtsfehler rechtswidrig. Soweit das LSG in diesem Zusammenhang bemerke, dass ein Versorgungsauftrag und der daraus resultierende Vergütungsanspruch durch die Kataraktverträge nicht berührt werde, sei dies nur auf den ersten Blick zutreffend. Tatsächlich sei es so, dass mit der Teilnahme an den Kataraktverträgen unter genau denselben Verhältnissen, unter denen ein Vertragsarzt eine Praxis ausgestaltet habe und arbeite, ein erheblich höheres Honorar erzielbar sei. Dabei könne ihm – dem Antragsteller – nicht entgegen gehalten werden, dies sei mit erheblichen Gegenleistungen des Teilnehmers verbunden, da er ja gerade in der Lage sei, den Teilnahmebedingungen zu genügen, so dass insoweit keine unterschiedliche Behandlung gerechtfertigt sei. Er sei in seinem Grundrecht auf Teilhabe an der angemessenen Vergütung nach [Art. 3, 12](#) und [14](#) Grundgesetz (GG) verletzt. Er habe bei ambulanten Operationen zu Lasten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) unter den gegebenen Verhältnissen keinen Anspruch auf Teilhabe an der Gesamtvergütung, zumal die budgetierten Kataraktoperationen vereinbarungsgemäß der Gesamtvergütung entzogen seien. Er habe einen anderen Arzt auf der Grundlage des [§ 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V](#) im Jobsharing beschäftigt. Dies bedeute nach der Bedarfsplanungsrichtlinie, dass er – der Antragsteller – sich einer Abrechnungsbeschränkung unterwerfen müsse, welche die Abrechnung durchgeführter Kataraktoperationen auf der Grundlage des EBM faktisch ausschließe. Er habe daher nur die Möglichkeit, Kataraktoperationen über einen Kooperationsvertrag mit dem Krankenhaus zu Lasten der GKV durchzuführen. In den letzten Jahren sei jeweils nur ein Arzt zur Teilnahme an den Kataraktoperationen zugelassen worden. Im Ergebnis handele es sich um einen gesicherten "closed shop". Schon die Teilnahmeberechtigung sei so hoch angesiedelt, dass diese normalerweise nicht erreichbar sei. Darüber hinaus erkläre die Anlage 4 lapidar, dass entsprechend der Einwohner/Arzt-Relation für Augenärzte bei den Ophthalmochirurgen mit einem Faktor von 6,5 angepasst werde, ohne dass erkennbar sei, welche tatsächliche oder rechtliche Grundlage dieser "Faktor" habe, der sich im Ergebnis ausschlusswirkend darstelle und deswegen der gerichtlichen Prüfungsmöglichkeit unterliegen müsse. Insbesondere könne nicht festgestellt werden, dass der im Hinblick auf die augenärztliche Behandlung und die zunehmende Alterung der Bevölkerung bedeutsame "Demographiefaktor" von der Antragsgegnerin umgesetzt worden sei. Nach [§ 8 Abs. 9](#) erfolge ein Übertrag des nicht ausgeschöpften Betrages in den Honorartopf für das Folgequartal. [§ 8 Abs. 10](#) letzter Satz bestimme weiter, dass über das individuelle Kataraktbudget hinausgehende Kataraktoperationen nicht zu vergüten seien. Ungeachtet dessen seien die über das quartalsweise festgelegte Kataraktbudget hinausgehenden Operationen vergütet worden, indem sie auf das Folgequartal vorgetragen worden seien. Richtigerweise hätten sie verfallen müssen. Nachdem sich gezeigt habe, dass durch diesen "Verfall" diejenigen Teilnehmer an den Kataraktverträgen rechtlich benachteiligt seien, die ihre Praxis verkaufen wollten, habe man eine Neuregelung

getroffen, wonach dann, wenn das zugebilligte Kataraktbudget pro Quartal erschöpft sei, eine Vergütung mit 450,00 EUR nach Symbol-Nr. 90634 ab dem 01.04.2012 zu Lasten der Gesamtvergütung erfolge. Diese Vorgehensweise sei eklatant rechtswidrig (wird weiter ausgeführt). Unterstelle man die vergaberechtliche Unwirksamkeit des Vertrages, wäre die Anwendbarkeit des Vertrages ausgeschlossen. Dies würde zwar nicht dazu führen, dass er – der Antragsteller – am Vertrag teilnehmen könnte, gleichwohl würden hierdurch die gleichgeartete Teilhabe an der Durchführung von Kataraktoperationen erreicht, wovon es – zumindest mittelbar – auch gehe, wenn entgegen den vergaberechtlichen Vorschriften einzelne an die Zulassung gebundenen Mitglieder des Systems dem Gleichbehandlungsgrundsatz unterworfen werden. Dass zur GKV auch die im Krankenhaus auf der Grundlage des [§ 115b SGB V](#) durchgeführten Operationen gehörten, könne nicht zweifelhaft sein. Der Vertrag unterscheide zwischen "GKV" und zwischen der auch möglichen Formulierung: "Zu Lasten der vertragsärztlichen Versorgung". Dies werde überdies § 2 Abs. 2 des Kataraktvertrages (AOK) belegt. In Satz 2 verpflichte sich der teilnehmende Ophthalmochirurg, die Kriterien des Vertrages der Qualitätssicherung beim ambulanten Operieren gem. § 15 des Vertrages nach [§ 115b Abs. 1 SGB V](#) (AOP-Vertrag) usw. in vollem Umfang zu erfüllen. Hieraus folge, dass im Krankenhaus gem. [§ 115b SGB V](#) erbrachte Operationen "zu Lasten der GKV" erbracht würden. Der Anordnungsgrund folge daraus, dass er – der Antragsteller – im Jahr 2012 ca. 250 ambulante Operationen durchgeführt habe. Nach EBM seien ca. 450,00 EUR und auf der Grundlage des Kataraktvertrags 800,00 EUR je Operation abrechnungsfähig. Der hierdurch bedingte Nettoausfall belaufe sich bei 250 Operation im Jahre 2012 auf 87.500,00 EUR/jährlich. Dieser wirtschaftliche Nachteil rechtfertige die einstweilige Anordnung. Im Übrigen sei sein Ziel darauf gerichtet, am Vertrag teilzunehmen. Sollte dessen Unwirksamkeit festgestellt werden, verbleibe es dennoch bei diesem Ziel, wenngleich dieses dann nur mittelbar, nämlich mittels Überarbeitung der Verträge und seiner nachfolgenden Einschreibung und Berücksichtigung erreichbar sei.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

unter Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts Düsseldorf vom 13.08.2012 nach dem erstinstanzlichen Antrag zu erkennen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie bezieht sich auf den Inhalt der angefochtenen Entscheidung und meint, dass das Begehren auf eine Vorwegnahme der Hauptsache hinauslaufe, ein Anordnungsgrund nicht dargetan sei, das Vorbringen einer summarischen Prüfung nicht zugänglich und im Hauptsacheverfahren zu klären sei.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf den Inhalt der Streitakte verwiesen.

II.

Die gem. [§§ 172, 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das SG hat den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu Recht abgelehnt.

1. Nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache, soweit ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliegt, auf Antrag eine einstweilige Anordnung nach Maßgabe der in Absatz 1 bzw. Absatz 2 genannten Voraussetzungen treffen. Danach ist zwischen Sicherungs- ([§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#)) und Regelungsanordnung ([§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#)) zu unterscheiden. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen ([§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG](#) i.V.m. [§ 920 Abs. 2](#) der Zivilprozessordnung (ZPO)). Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten, die durch eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist – erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs – einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 12.05.2005 – [1 BvR 569/05](#) -; Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.09.2006 – [L 10 B 2/06 KA ER](#) -), es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (BVerfG, Beschluss vom 16.05.1995 – [1 BvR 1087/91](#) -). Andererseits müssen die Gerichte unter Umständen wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit Rechtsfragen nicht vertiefend behandeln und ihre Entscheidung maßgeblich auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen können (Senat, Beschluss vom 12.10.2009 – [L 11 B 17/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 15.11.2006 – [L 10 B 14/06 KA ER](#) - und 14.12.2006 – [L 10 B 21/06 KA ER](#) -). Ferner darf oder muss das Gericht ggf. auch im Sinne einer Folgenbetrachtung bedenken, zu welchen Konsequenzen für die Beteiligten die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei späterem Misserfolg des Antragstellers im Hauptsacheverfahren einerseits gegenüber der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes bei nachfolgendem Obsiegen in der Hauptsache andererseits führen würde (vgl. Senat, Beschluss vom 21.01.2012 – [L 11 KA 77/11 B ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.04.2007 – [L 5 KR 518/07 ER-B](#) -).

2. Ausgehend von diesen Grundsätzen ergibt sich, dass Anordnungsgrund (nachfolgend a)) und Anordnungsanspruch (nachfolgend b)) nicht glaubhaft gemacht sind.

ad a) Anordnungsgrund

aa) Den Anordnungsgrund definiert [§ 86b Abs. 2 SGG](#) für die Sicherungsanordnung einerseits und Regelungsanordnung andererseits jeweils eigenständig. Die Sicherungsanordnung setzt die Gefahr voraus, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustand die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt

oder wesentlich erschwert wird ([§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#)). Sicherungsanordnungen dienen der Sicherung eines bestehenden Zustandes; das Gericht trifft demgemäß nur bestandsschützende Maßnahmen (Frehse in Jansen, SGG, 4. Auflage, 2012, § 86b Rdn. 73). Hingegen verlangt die Regelungsanordnung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint ([§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG](#)). Hierunter fallen die praktisch häufigen Fälle eines Verpflichtungs- oder Leistungsbegehrens (vgl. Frehse, a.a.O., § 86b Rdn. 73). Die Abgrenzung der Sicherungs- von der Regelungsanordnung ist unsicher (Senat, Beschluss vom 28.12.2010 - [L 11 KA 60/10 B ER](#) -). Vorliegend geht es dem Antragsteller darum, an den Kataraktverträgen teilnehmen zu können. Dies deutet auf eine Regelungsanordnung hin. Letztlich kann dies dahinstehen, denn Sicherungs- und Regelungsanordnung unterliegen im Ergebnis derselben Behandlung (hierzu Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Auflage, 2012, § 940 Rdn. 1; vgl. auch Musielak/Heinrich, ZPO, 7. Auflage, 2009, § 940 Rdn. 1).

bb) Im Anschluss an die Rechtsprechung des BVerfG zum einstweiligen Rechtsschutz im sozialgerichtlichen Verfahren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 25.10.1988 - [2 BvR 745/88](#) - ; Beschluss vom 19.10.1977 - [2 BvR 42/76](#) -) wurde unter der Geltung des früheren Rechts von den Sozialgerichten ganz überwiegend gefordert, dass dem Antragsteller schwere irreparable und unzumutbare Nachteile drohen müssen. Die Rechtsprechung aus der Zeit vor Inkrafttreten des § 86b Abs. 2 durch das 6. SGGÄndG vom 17.08.2001 ([BGBl. I 2144](#)) m.W.v. 02.01.2002 zur Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Anordnungsgrund dargetan ist (Sicherung eines verfassungsrechtlichen Mindeststandard i.S. einer "Existenzgefährdung"), kann entgegen dem rechtlichen Ansatz der Antragsgegnerin nur noch eingeschränkt herangezogen werden (Senat, Beschlüsse vom 23.12.2010 - [L 11 KA 54/10 B ER](#) - und 23.11.2007 - [L 11 B 11/07 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 22.05.2006 - [L 10 B 3/06 KA ER](#) - und 09.07.2004 - [L 10 B 6/04 KA ER](#) -). Setzt [§ 86b Abs. 2](#) i.d.F. des 6. SGGÄndG für den Erlass einer einstweiligen Anordnung seither (nur) voraus, dass ein wesentlicher Nachteil abgewendet werden soll oder die Gefahr besteht, dass die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers wesentlich erschwert werden könnte, so ist dies schon sprachlich weniger als die zuvor geforderten "schweren und unzumutbaren Nachteile" (Frehse in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage, 2006, § 23 Rdn. 126). Demzufolge wird unter Geltung des SGG i.d.F. des 6. SGGÄndG vornehmlich darauf abgestellt, welche Intensität der abzuwehrende Eingriff in geschützte Güter (z.B. [Art. 12, 14 GG](#)) hat. Maßstab für die Eingriffsintensität sind vielfach die wirtschaftlichen Folgen in Bezug auf das geschützte Rechtsgut (vgl. Senat, Beschlüsse vom 28.12.2010 - [L 11 KA 60/10 B ER](#) -, 06.09.2010 - [L 11 KA 3/10 B ER](#) -, 27.05.2008 - [L 11 B 6/08 KR ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 23.11.2007 - [L 10 B 11/07 KA ER](#) - und 12.02.2007 - [L 10 B 35/06 KA ER](#) -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.11.2009 - [L 11 KR 3727/09 ER-B](#) -; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13.12.2007 - [L 5 ER 289/07 KR](#) -). Der unbestimmte Rechtsbegriff "zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint" in § 86b Abs. 2 Satz 2 erfordert eine Interessenabwägung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls. Ein Anordnungsgrund ist danach anzunehmen, wenn dem Antragsteller ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht zumutbar ist

(Baumbach/Lauterbach/Albers/ Hartmann, § 940 Rdn. 1; vgl. Zöller/Vollkommer, ZPO, 28. Auflage, 2010, § 940 Rdn. 4; Frehse, a.a.O., § 86b Rdn. 87 ff.); dabei sind die öffentlichen Interessen jenen der Verfahrensbeteiligten gegenüberzustellen. Insbesondere sind die Folgen abzuwägen, die mit dem Erlass bzw. dem Nicht-Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden sind. Einzubeziehen sind u.a. die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Intensität einer drohenden (Grund-)Rechtsverletzung und sonstige unbillige Härten der Beteiligten. Die mit jedem Hauptsacheverfahren zwingend verbundenen zeitlichen Nachteile reichen für den Erlass einer Regelungsanordnung nicht aus (Senat, Beschluss vom 21.01.2012 - [L 11 KA 77/11 B ER](#) -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 03.11.2011 - [L 3 KA 104/10 B ER](#) -).

cc) Hiernach ist ein Anordnungsgrund nicht dargetan.

(1) Soweit der Antragsteller sich auf wirtschaftliche Beeinträchtigungen bezieht, gilt:

(a) Ob die ggf. glaubhaft zu machenden Tatsachenbehauptungen einen Anordnungsgrund ausfüllen, bedarf einer genauen Prüfung. Trägt ein Antragsteller vor, in seiner Existenz gefährdet zu sein, muss er eine entsprechende wirtschaftliche Situation glaubhaft machen und nachvollziehbar darlegen, dass diese - kausal - auf die angegriffene Maßnahme zurückzuführen ist, d.h. die Gründe für die behauptete Existenzgefährdung müssen geklärt sein (Senat, Beschlüsse vom 25.01.2012 - [L 11 KA 76/11 B ER](#) -, 15.05.1996 - L 11 SKa 21/96 -, 27.11.1991 - L 11 SKa 35/91 -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.03.2007 - [L 10 B 3/07 KA ER](#) -). In der Regel muss der Antragsteller glaubhaft machen, personelle und organisatorische Effizienzoptimierungsmaßnahmen ausgeschöpft zu haben (Senat, Beschlüsse vom 09.05.2012 - [L 11 KA 90/11 B ER](#) -, 25.01.2012 - [L 11 KA 76/11 B ER](#) -; 24.06.1997 - L 11 SKa 20/97 -), unmittelbar von Insolvenz bedroht zu sein oder die Schließung oder doch nennenswerte Einschränkung seines Praxisbetriebs befürchten zu müssen (Senat, Beschlüsse vom 18.07.1997 - L 11 SKa 27/97 - und 22.02.1996 - L 11 SKa 55/95 -; im Ergebnis auch LSG Bayern, Beschlüsse vom 21.11.1995 - [L 12 B 211/95](#) - und 28.09.1994 - [L 12 B 189/94 Ka-VR](#) -; einschränkend: LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.10.1999 - [L 4 B 60/99 KA ER](#) -).

(b) Wirtschaftliche Beeinträchtigungen, die es glaubhaft erscheinen lassen, dass der Praxisbetrieb alsbald einzustellen ist oder auch nur in eine finanziell prekäre Lage zu geraten droht, sind nicht ersichtlich. Der Antragsteller hat zwar vorgetragen, dass sich der Nettoausfall infolge Nichtteilnahme am Kataraktvertrag auf 87.500,00 EUR/jährlich beläuft. Dieses Ausfallvolumen ist nichtssagend. Es fehlt jeder Bezug zur Einnahme-Ausgabensituation der Praxis im Übrigen. Demzufolge ist nicht ansatzweise ersichtlich, ob und inwieweit der behauptete Ausfall erheblicher Art ist. Ferner ist nicht dargetan, dass der Antragsteller interne personelle und organisatorische Effizienzoptimierungsmaßnahmen ausgeschöpft hat.

(c) Im Übrigen bleibt zu berücksichtigen, dass eine Rechtsverletzung, wenn sie denn vorläge, allein keinen Anordnungsgrund begründet (Senat, Beschlüsse vom 11.12.1996 - [L 11 SKa 81/96](#) - und 26.5.1997 - L 11 SKa 22/97 -). Anderenfalls

würde jedes nicht rechtmäßige Handeln einer Behörde einen Anordnungsgrund erfüllen, mithin zu einer konturenlosen Ausuferung des vorläufigen Rechtsschutzes führen (Senat, Beschlüsse vom 23.12.2010 - [L 11 KA 54/10 B ER](#) - und 12.10.2009 - L 11 B 17/09 KA ER -; Frehse in Schnapp/Wigge, a.a.O., § 23 Rdn. 124). In solchen Fällen kann es geboten sein, weitergehend danach zu fragen, ob eine erhebliche, irreparable Grundrechtsverletzung zu besorgen ist und ob dem einstweiligen Rechtsschutzbegehren ggf. überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (Senat, Beschluss vom 23.12.2010 - [L 11 KA 54/10 B ER](#) -), was wiederum zu verneinen ist (siehe unten).

ad b) Anordnungsanspruch

Auch der Anordnungsanspruch ist nicht glaubhaft gemacht. Die rechtliche Argumentation des Antragstellers ist zweiteilig strukturiert. Zuvörderst geht es ihm um eine Teilnahme an den Kataraktverträgen (nachfolgend aa)), hilfsweise hingegen darum, diese Verträge als unwirksam zu deklarieren, um über neu zu schaffende Vereinbarungen den Zugang zu höherem Honorar für ambulante Kataraktoperationen zu eröffnen (nachfolgend bb)).

aa) Der Antragsteller hat nach derzeitiger Einschätzung keinen Anspruch auf Teilnahme an den von der Antragsgegnerin mit den Landesverbänden der Krankenkassen geschlossenen Kataraktverträgen und demzufolge auch keinen Anspruch auf Zuordnung eines individuellen Kataraktbudgets.

(1) Der ab dem 01.04.2006 geltende Vertrag zwischen der Antragsgegnerin und der AOK Rheinland bestimmt in § 2 (Teilnahme am Vertrag) und § 3 (Teilnahmevoraussetzungen) nach welchen Maßgaben ein Vertragsarzt am Vertrag teilnehmen kann. In § 2 Nr. 4 heißt es konkretisierend:

Eine weitere Teilnahme für bereits an dem zum 31.03.2006 auslaufenden Vertrag teilnehmende Ophthalmochirurgen kann nur dann erfolgen, wenn in dem Bezugszeitraum 3/04 bis 2/05 - für neue Vertragsteilnehmer gilt der Zeitpunkt der letzten 4 abgerechneten Quartale vor Teilnahme an diesem Vertrag - und während der Laufzeit dieses Vertrages jährlich eine Mindestanzahl von 100 Kataraktoperationen zu Lasten der GKV erbracht wurde. Ophthalmochirurgen, die diese Mindestanzahl nicht erreichen, können an diesem Vertrag nicht teilnehmen bzw. werden im Folgejahr von der Teilnahme mit dem Zeitpunkt der Feststellung für das nachfolgende Quartal durch Bescheid der KVNo ausgeschlossen.

Hierauf gestützt hat die Antragsgegnerin den Antrag vom 09.02.2012 mit Bescheid vom 27.02.2012 unter Hinweis darauf abgelehnt, dass über sie im Jahr vor Antragstellung lediglich 12 Kataraktoperationen abgerechnet worden seien. Das mag so sein, verkürzt indessen den rechtlichen Ansatz zu Ungunsten des Antragstellers. Ausweislich der Bescheinigung des M-Hospitals B vom 23.03.2012 hat der Antragsteller 347 Kataraktoperationen im Jahr 2011 durchgeführt. Davon sind 106 Operationen (privat, ambulant und stationär) abzuziehen, so dass 241 Operationen verbleiben. Rechtsgrundlage für diese Operationen ist die dem Antragsteller mit Bescheid vom 05.01.2010 erteilte Berechtigung zur Durchführung

von Eingriffen nach [§ 115b Abs. 1 SGB V](#). Diese Operationen sind entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin "zu Lasten der GKV" erbracht und mit Blick auf den Grenzwert von 100 zu berücksichtigen. Die Leistungen der Krankenversicherung benennt das Dritte Kapitel des SGB V. Die einzelnen Leistungsarten dem Grunde nach listet [§ 11 SGB V](#) auf (hierzu Frehse in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 11 Rdn. 1). Kernbereich des Leistungsrechts sind u.a. die Leistungen bei Krankheit ([§§ 27 ff. SGB V](#)). Hierzu rechnet die Krankenhausbehandlung, die nach [§ 39 Abs. 1 SGB V](#) vollstationär, teilstationär, vor- und nachstationär ([§ 115a SGB V](#)) sowie ambulant ([§ 115b SGB V](#)) erbracht werden kann. Demzufolge ist eine auf der Grundlage von [§ 115b SGB V](#) durchgeführte Kataraktoperation eine Leistung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV). Sie wird auch "zu Lasten der GKV" erbracht. Der aus der Leistung folgende Vergütungsanspruch ist gegen die Krankenkasse gerichtet, deren Mitglied operiert wurde ([§ 115b Abs. 2 Satz 4 SGB V](#): "Die Leistungen werden unmittelbar von der Krankenkasse vergütet."). Infolgedessen sind die vom Antragsteller nach [§ 115b SGB V](#) im Krankenhaus durchgeführten Operationen in die Grenzwertbestimmung des § 2 Nr. 4 des Vertrags mit der Folge einzubeziehen, dass die Mindestanzahl von 100 Operationen im Jahr 2011 überschritten war.

(2) Ungeachtet dessen kann der Antragsteller an den Kataraktverträgen nicht teilnehmen, da im Planungsbereich die bedarfsgerechte Versorgung nach den in den Anlagen 4 der Verträge festgelegten Kriterien sichergestellt ist, wie die Antragsgegnerin mit Bescheid vom 27.02.20102 ausgeführt hat. Anlage 4 lautet:

Kriterien für die Genehmigung ophthalmochirurgischer Ärzte

Die gemäß § 2 Abs. 1 vorzunehmende Begrenzung der teilnehmenden ophthalmochirurgischen Ärzte orientiert sich an den Bedarfsplanungsrichtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen in der jeweils geltenden Fassung – Stand: 07.04.2006 -. Entsprechend werden die im 3. Abschnitt der Bedarfsplanungsrichtlinien festgelegte Einwohner/Arzt-Relation (allgemeine Verhältniszahlen) für Augenärzte bei den Ophthalmochirurgen mit einem Faktor von 6,5 angepasst.

Hierzu heißt es im Widerspruchsbescheid vom 19.06.2012, eine Überprüfung habe ergeben, dass eine Unterversorgung im Planungsbereich B nicht festgestellt werden könne. Diese Feststellung hat der Antragsteller nicht angegriffen. Weitere Ermittlungen zu dieser insoweit unstrittige Tatsache sind deswegen und insbesondere im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht tunlich.

bb) Statt dessen greift der Antragsteller die Kataraktverträge dem Grunde nach an. Er meint, diese wiesen gravierende Rechtsfehler mit der Folge auf, dass ein Anspruch auf Neubescheidung des Teilnahmeantrags bestehe oder aber der jeweilige Vertrag rechtswidrig- oder rechtsunwirksam sei. Hierzu hat der Senat im Urteil vom 09.05.2012 – [L 11 KA 48/09](#) – ausgeführt:

Wären die Kataraktverträge rechtsunwirksam, so könnte der Kläger aus diesem Umstand gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Teilnahme an diesen Verträgen

herleiten. Der Kläger könnte in Ermangelung jeglicher Anspruchsgrundlage von der Beklagten auch nicht verlangen, dass diese ihn abweichend von den zwischen ihr und den Krankenkassen geschlossenen Kataraktverträgen aufgrund (eigenmächtiger) Änderung der Teilnahmebedingungen eine Teilnahme an diesen Verträgen genehmigt. Die Beklagte ist an die mit den Krankenkassen geschlossenen Vereinbarungen gebunden; sie führt die sie bindenden vertraglichen Bestimmungen lediglich aus, in dem sie über die Genehmigung zur Teilnahme und Abrechnung gem. den Vorgaben der Kataraktverträge entscheidet (§ 2 Abs. 5 der Kataraktverträge).

Ausgehend hiervon führt das Vorbringen des Antragstellers

- es fehle an einer Rechtsgrundlage für die Kataraktverträge,
- läge man [§ 73c SGB V](#) zugrunde, seien dessen Voraussetzungen nicht erfüllt,
- die Anzahl der Operationen sei für Dritte nicht erreichbar,
- konservative Augenärzte erhielten nach dem Vertrag eine Motivationsgebühr,
- konservative Augenärzte würden in die Vor- und Nachbehandlung eingebunden und nur an Vertragsteilnehmer überweisen,
- unter Verstoß gegen die Budgetregelung würde Operationen auf Folgequartale vorgetragen,
- es fehle an Ausschreibungen und Zulassungen, soweit es sich nicht um eine Nachfolgeregelung infolge Praxisverkaufs handele,
- freiwerdende Budget würden entgegen [§ 73c SGB V](#) nicht ausgeschrieben, sondern unter die Vertragsteilnehmer aufgeteilt.

nicht weiter. All dies zielt nicht darauf ab, am Vertrag teilzunehmen zu können, sondern ist von dem Bemühen getragen, den Vertrag nach Maßgabe der Entscheidung des Senats vom 09.05.2012 - [L 11 KA 48/09](#) - als rechtswidrig zu deklarieren. Dem entsprechen indes die Anträge nicht. Der Antragsteller will die Antragsgegnerin verpflichten, ihm ein individuelles Kataraktbudget zuzuordnen. Dies bedingt die Teilnahme an den Verträgen. Das Vorbringen, die Verträge litten an gravierenden Rechtsfehlern, trägt dieses Begehren nicht. Damit stellt sich wegen [§ 123 SGG](#) die Frage, ob der Senat hierüber befinden kann. Das erscheint als nicht bedenkenfrei. Eine solche Feststellung ist vom Antrag nicht erfasst. Sie ist auch ein aliud. Der Antrag zielt auf Teilnahme an "den Verträgen" ab. Bei verständiger Auslegung sind damit die derzeit gültigen Verträge gemeint. Der Antrag erfasst nicht die Kassation oder Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verträge.

Dies kann letztlich dahinstehen. Auf Hinweis des Senat hat der Antragsteller sein Begehren nochmals verdeutlicht. Er hat erklärt, sein Ziel sei zuvörderst am Vertrag teilzunehmen und hat hierzu weiter ausgeführt:

"Dies bleibt das Ziel, mag dies auch für den Fall, dass ein Unwirksamkeit des Vertrags festgestellt würde, nur mittelbar – dann infolge einer Überarbeitung der Verträge mit der Einschreibung und Berücksichtigung des Antragstellers – erreichbar sein."

An den Verträgen teilnehmen kann der Antragsteller nach summarischer Prüfung – wie dargestellt – nicht. Das hiervon abweichende Ziel, die Kataraktverträge wegen gravierender Rechtsfehler für unwirksam zu erklären, ist einer Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hingegen nicht zugänglich. Der vom Antragsteller reklamierte wesentliche Nachteil ist pekuniärer Art und beruht darauf, dass innerhalb des Vertrags durchgeführter Kataraktoperationen deutlich besser dotiert werden als solche nach EBM. Die Unwirksamkeit des Vertrags hätte zur Folge, dass diese "Vergünstigung" entfielen. Ungeachtet dessen bliebe offen, welche Konsequenzen die Vertragspartner aus einer solchen Erkenntnis zögen. Sie könnten die Verträge ersatzlos beseitigen (vgl. LSG Bayer, Urteil vom 10.11.2004 – [L 12 KA 26/03](#) -). Damit liefe das eigentliche Begehren auf Teilnahme an den Verträgen, aber auch das etwaige "Hilfsbegehren", an neuen Verträgen teilnehmen zu können, leer. Zwar könnte bei entsprechender Antragstellung erwogen werden, dass der Senat die Vertragspartner verpflichtet, Verträge bestimmten Inhalts zu schließen. Hierfür indes gibt es keine Rechtsgrundlage. Überdies scheidet dies an dem weiten, nur vom Willkürverbot eingegrenzten Gestaltungsermessen, das den Vertragsparteien eingeräumt ist (hierzu Senat, Urteil vom 09.05.2012 – [L 11 KA 48/09](#) -).

Grundrechte sind vor diesem Hintergrund – entgegen der Ansicht des Antragstellers – weder verletzt, noch wird der Schutzbereich grundrechtlicher Gewährleistungen auch nur berührt.

Nach alledem konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben.

III.

Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf [§§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Maßgebend ist das dem Antrag zugrundeliegende wirtschaftliche Interesse, das der Antragsteller mit 87.500,00 EUR/jährlich angegeben hat.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 02.09.2013

Zuletzt verändert am: 02.09.2013