
Datum: 14.11.2007
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 10. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 10 KA 5/07
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2007:1114.L10KA5.07.00

Vorinstanz: Sozialgericht Köln, S 19 KA 25/06
Sachgebiet: Vertragsarztangelegenheiten
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Die Berufung der Beigeladenen zu 5) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass der Beklagte unter Aufhebung des Beschlusses vom 21.06.2006 verurteilt wird, den Kläger zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung mit Vertragsarztsitz D-Straße 00, F auf der Grundlage von § 103 Abs. 7 SGB V zuzulassen. Die Beigeladene zu 5) trägt die Kosten des Berufungsverfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Der Kläger begehrt eine Sonderzulassung als Belegarzt. 2

Der 1958 geborene Kläger ist Facharzt für Hals-, Nasen- und Ohren-Heilkunde mit den Zusatzbezeichnungen Allergologie, Plastische Operationen und Stimm- und Sprachstörungen. Er wurde am 24.11.1993 ins Arztregister eingetragen. Seit Dezember 1989 ist er an der Klinik und Poliklinik für HNO-Heilkunde der Universität zu L, zunächst bis Mai 1991 als Arzt im Praktikum und dann als Assistenzarzt tätig gewesen. Seit Juli 1995 ist er Oberarzt dieser Klinik, beabsichtigt aber, diese Tätigkeit sofort zu beenden, sobald er als Vertragsarzt zugelassen ist. Er ist in L, O-straße 00, wohnhaft. 3

Im November 2005 beantragte der Kläger die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung, beschränkt auf eine belegärztliche Tätigkeit mit Vertragsarztsitz D-Straße 00 in F. Im Planungsbereich Rhein-Erft-Kreis ist für die Arztgruppe der HNO-Ärzte eine 4

Zulassungsbeschränkung wegen Überversorgung angeordnet. Mit seinem Antrag auf Zulassung legte der Kläger einen Belegarztvertrag mit der Beigeladenen zu 9), die Trägerin des Marienhospitals in C ist, vor. Dieser ist laut Krankenhaus-Bedarfsplan des Landes Nordrhein-Westfalen vom 14.11.2005 vier Belegbetten für das Gebiet HNO zugewiesen. In der HNO-Abteilung ist bereits seit 1978 der Vertragsarzt Dr. V belegärztlich tätig. Dieser hat den Umfang seiner belegärztlichen Tätigkeit, auch im Hinblick auf sein Lebensalter von jetzt 63 Jahren, seit Beginn seiner Belegarztstätigkeit immer weiter verringert. Die Beigeladene zu 9) beabsichtigt, das Leistungsspektrum der HNO-ärztlichen Belegabteilung des Marienhospitals zu erweitern, weil ein besonderer Bedarf im Bereich der Hals-, Nasen- und Nebenhöhlenchirurgie, Ohrchirurgie, Pharynx- und Larynx-Chirurgie sowie der Speicheldrüsenchirurgie bestehe. Einige Operationen, um die das Leistungsspektrum erweitert werden soll, erbrachte der Belegarzt Dr. V früher, heute aber nicht mehr. Die Beigeladene zu 9) beabsichtigt nach ihren Einlassungen keine Ausweitung des Leistungsangebots in einen Bereich, der nur in der Hauptabteilung eines Krankenhauses qualitätsgesichert durchgeführt werden kann.

Nach dem Inhalt des Belegarztvertrages zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 9) werden für die HNO-Abteilung des Marienhospitals vier sog. Planbetten vorgehalten, wobei eine feststehende Bettenzahl vertraglich nicht vereinbart ist. Es besteht auch kein Rechtsanspruch des Klägers auf ständige Überlassung einer bestimmten Anzahl von Betten. Andererseits kann dieser bei Bedarf im Einvernehmen mit dem Träger weitere nicht genutzte Betten anderer Abteilung belegen. Nach Ziffer 10.1 des Vertrages beginnt das Vertragsverhältnis am 01.01.2006, frühestens mit der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als Belegarzt. Ausweislich des mit dem Belegarzt Dr. V geschlossenen Belegarztvertrags von 1978 kann das Krankenhaus über unbelegte Betten im Benehmen mit diesem vorübergehend anderweitig verfügen. Die Anzahl der Betten kann vermindert werden, ohne dass es einer Vertragskündigung bedarf, soweit der Belegarzt die zur Verfügung gestellten Betten nicht vorübergehend ungenutzt lässt oder dringende betriebliche Notwendigkeiten die Verminderung der Bettenzahl erfordern.

5

Mit dem Antrag auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung legte der Kläger ein Schreiben des Marienhospitals C vom 16.09.2005 vor, mit welchem ein Angebot zum Abschluss eines Belegarztvertrages für die HNO-Belegabteilung ausgeschrieben wurde.

6

Nach dem Inhalt der Ausschreibung ist beabsichtigt, das bisherige Leistungsangebot, welches in der Durchführung sämtlicher Routineeingriffe des Fachs (namentlich Gaumenmandel- und Rachenoperationen, kleine Nebenhöhlen-, Kehlkopf- und Mittelohrchirurgie) bestehe, auszuweiten, insbesondere in den Bereichen Ohr-, Speicheldrüsen-, Pharynx- und Larynxchirurgie, Halschirurgie sowie Chirurgie der Nase, des Nasenseptums und der Nasennebenhöhlen. Dieses Schreiben sei an sämtliche in den Planungsbereichen niedergelassenen Vertragsärzte im HNO-Fachbereich gegangen. Auf das Schreiben bewarb sich der Facharzt für HNO-Heilkunde Dr. C aus I, der zunächst schriftlich mitteilte, er selbst sehe sich nicht als ausreichend routiniert im Bereich der Ohr- und Speicheldrüsenchirurgie an, die kleine und mittlere Chirurgie seines Faches beherrsche er jedoch aus seiner Sicht. Gemeinsam mit einem anderen Kollegen, mit welchem er sich in Verhandlungen bezüglich eines Einstiegs in seine Praxis befinde, könne er das gewünschte Spektrum jedoch anbieten. Ausweislich eines auf diese Bewerbung folgenden Schriftwechsels zwischen dem Marienhospital sowie Dr. C beabsichtigte dieser in der Folge, seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung abzugeben. Er teilte mit, er habe drei hochqualifizierte Interessenten mit großer operativer Erfahrung, darunter den Kläger, für die Übernahme seiner Vertragsarztpraxis.

7

Mit Beschluss vom 15.02.2006 lehnte der Zulassungsausschuss für Ärzte Köln den Antrag des Klägers ab, weil am Marienhospital bereits ein anderer Vertragsarzt belegärztlich tätig sei (Bezugnahme auf ein Urteil des Sozialgerichts - SG - Mainz vom 27.01.1999, S 1 KA 375/98). Zudem sei keine hinreichende Ausschreibung erfolgt und es seien keine ausreichenden Gründe dafür dargelegt, warum mit dem interessierten niedergelassenen Arzt Dr. C kein Belegarztvertrag zu Stande gekommen sei. 8

Mit dem hiergegen eingelegten Widerspruch machte der Kläger geltend, der Rechtsansicht des SG Mainz könne nicht gefolgt werden (Bezugnahme insbesondere auf eine Entscheidung des Landessozialgerichts - LSG - Schleswig-Holstein vom 04.04.2001, L 4 KA 38/00). Mit Dr. C habe nicht verhandelt werden müssen, weil dieser auf seine mangelnde Qualifikation selbst hingewiesen habe. Schließlich habe das Marienhospital zwischenzeitlich in der Märzangabe des Rheinischen Ärzteblatts (Heft 3/28.02.2006) die Belegarztstelle nochmals ausgeschrieben. Auf diese Ausschreibung habe sich innerhalb der Bewerbungsfrist kein Vertragsarzt aus dem Planungsbereich Rhein-Erft-Kreis gemeldet. Der Inhalt dieser Ausschreibung entspricht bzgl. des Anforderungsprofils im wesentlichen dem des Schreibens vom 16.09.2005. 9

Der Beklagte wies mit Beschluss vom 21.06.2006 den Widerspruch zurück: Zwar sei die erforderliche öffentliche Ausschreibung zwischenzeitlich erfolgt. Auch sei das Krankenhaus im Hinblick auf die fehlende Bereitschaft der im Planungsbereich niedergelassenen HNO-Ärzte nicht verpflichtet, mit diesen in Verhandlungen zum Abschluss eines Belegarztvertrages zu treten. Gleichwohl bestehe kein Anspruch auf Zulassung des Klägers. Der Krankenhausträger habe sich nur deshalb entschlossen, das operative Angebot der belegärztlichen Abteilung zu erweitern, weil sonst die Tätigkeit eines weiteren Belegarztes kaum zu verantworten gewesen wäre. Das Erweiterungsprogramm sei zudem so speziell, dass es die niedergelassenen HNO-Ärzte nicht erfüllen könnten. Dies sei nur geschehen, damit von vornherein nur ein externer Bewerber für die Leistungen in Betracht komme. Schließlich liege es nicht im Interesse der Versicherten, wenn der derzeitige Leistungskatalog erweitert werde. 10

Der Kläger hat hiergegen am 07.07.2006 Klage zum SG Köln erhoben und sein bisheriges Vorbringen wiederholt und vertieft. Er hat darauf hingewiesen, dass allein die Zahl der Betten in der Belegarztabteilung nichts über den tatsächlichen Bedarf besage. So sei die Reduzierung der Bettenzahl in der HNO-Belegabteilung von zunächst acht auf vier Betten unter anderem darauf zurückzuführen, dass im Jahre 2000 eine neue unfallchirurgische Belegabteilung eröffnet worden sei und im Rahmen eines Kompromisses mit dem Beigeladenen zu 10) hierfür Betten in anderen Bereichen hätten eingespart werden müssen. Auch sei entgegen der Auffassung des Beklagten die Ausschreibung nicht so gefasst, dass von den niedergelassenen Ärzten das Anforderungsprofil nicht hätte erfüllt werden können. Es habe sich vielmehr am Durchschnittskatalog stationär üblicherweise ohne größeren Aufwand erbringbarer belegärztlicher HNO-Leistungen ausgerichtet. 11

Der Kläger hat beantragt, 12

den Beklagten unter Aufhebung des Beschlusses vom 21.06.2006 zu verurteilen, ihn zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung im Planungsbereich Rhein-Erft-Kreis gemäß § 103 Abs. 7 SGB V am Vertragsarzt D-Str. 00, F, zuzulassen; hilfsweise, den Beklagten unter Aufhebung des Beschlusses vom 21.06.2006 zu verurteilen, über seinen Antrag unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden. 13

Der Beklagte hat beantragt, 14

die Klage abzuweisen.	15
Er hat ergänzend vorgetragen, dass für die Beigeladene zu 9) keine Chancen bestünden, weitere Belegarztbetten zugebilligt zu bekommen. Aus diesem Grund lasse sich eine Ausweitung der belegärztlichen Tätigkeit nicht verwirklichen.	16
Die Beigeladene zu 5) hat ebenfalls beantragt,	17
die Klage abzuweisen.	18
Sie hat bereits die formellen Voraussetzungen für den Abschluss eines Belegarztvertrags für nicht gegeben gehalten, weil die erforderliche öffentliche Ausschreibung nicht in ausreichender Form erfolgt sei.	19
Die übrigen Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert und mit Ausnahme der Beigeladenen zu 9) keinen Sachantrag gestellt.	20
Die Beigeladene zu 9) hat sich dem Antrag des Klägers angeschlossen.	21
Das SG hat Beweis erhoben durch Anhörung des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 9), Dipl.-Kaufmann A sowie der Vertreterin des Beigeladenen zu 10), der Ministerialdirigentin Dr. Q. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird Bezug genommen auf die Sitzungsniederschrift des SG vom 13.12.2006. Mit Urteil vom gleichen Tag hat das SG sodann den Beklagten unter Aufhebung seines Beschlusses vom 21.06.2006 verurteilt, den Kläger zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung mit dem beantragten Vertragsarztsitz zuzulassen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Ausschreibung des Belegarztsitzes sei in einer den gesetzlichen Vorschriften genügenden Form geschehen. Die Ausschreibung in einer Tageszeitung oder ärztlichen Fachzeitschrift sei nicht die einzige und ausschließliche Möglichkeit der Bekanntgabe. Da es gerade auf die niedergelassenen Vertragsärzte des jeweiligen Fachgebietes angekommen, werde deren Vorrang am ehesten berücksichtigt, wenn sie einzeln angeschrieben würden. Es sei auch kein Belegarztvertrag mit einem im Planungsbereich bereits niedergelassenen Bewerber zu Stande gekommen. Zwar habe sich Dr. C aus I als entsprechender Facharzt bei dem Marienhospital gemeldet. Dieser habe aber mitgeteilt, selbst nicht ausreichend routiniert im Bereich der Ohr- und Speicheldrüsenchirurgie zu sein, um diese Teilbereiche auch alleine wirtschaftlich abdecken zu können. Auch sei der Wohnort des Klägers mit dessen Residenzpflicht vereinbar. Von seinem Wohnsitz erreiche er das Marienhospital C ausweislich des Routenplaners des ADAC sowie desjenigen des Michelin in 30 Minuten; seinen geplanten Vertragsarztsitz in F erreiche er hiernach in 12 bis 16 Minuten. Schließlich stehe der Zulassung nicht entgegen, dass die belegärztliche Abteilung des Marienhospitals über lediglich vier Betten verfüge. Dem Gesetz sei auch nicht mittelbar eine numerische Festlegung zu entnehmen. Zwar dürfe die Möglichkeit einer Sonderzulassung nach § 103 Abs. 7 SGB V nicht dazu genutzt werden, Zulassungsbeschränkungen zu unterlaufen. Ein solcher Missbrauch liege aber nur dann vor, wenn die Rechtsausübung im konkreten Einzelfall zu einem grob unbilligen, mit der Gerechtigkeit nicht zu vereinbarenden Ergebnis führen würde (Bezugnahme auf das Urteil des LSG Schleswig-Holstein vom 04.04.2001, a.a.O.). Da § 115 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V die Förderung des Belegarztwesens ausdrücklich vorsehe und darüber hinaus in § 121 Abs. 1 Satz 2 SGB V bestimmt sei, dass die Krankenhäuser Belegärzten gleicher Fachrichtung die Möglichkeit geben sollten, ihre Patienten gemeinsam zu behandeln, stimme es mit der gesetzlichen Intention überein, dass in einer Belegarztabteilung zumindest zwei Belegärzte tätig seien. Zudem sei die Anerkennung von Belegarztbetten lediglich eine Maßnahme zur Bestimmung der Fördergelder, die an die Bettenzahl geknüpft seien. Die Anzahl der	22

geforderten Betten beschränke aber weder das Krankenhaus noch den Belegarzt auf eben nur diese Betten. Sei der Bedarf höher, könnten Patienten auch in anderen Abteilungen, die nicht ausgelastet seien, gepflegt werden. Dem trage Nr. 3.2 des Belegarztvertrages zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 9) ausdrücklich Rechnung. Des Weiteren solle die HNO-Belegabteilung des Marienhospitals sowohl mit den bisher angebotenen Leistungen ausgeweitet als auch das Leistungsspektrum erweitert werden. Nach den Bekundungen von Dr. Q sei es auch durchaus im Sinne der Landesförderung durch den Krankenhausbedarfsplan, durch ein kohärentes Leistungsangebot, Behandlungsfälle für den belegärztlichen Bereich anzuziehen. Dies sei auch nach den schlüssigen Bekundungen des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 9) deren Ziel, die sich dafür wiederum der Mitarbeit des Klägers versichern wolle. Dass dieser hierzu besonders geeignet sei, sei aus seinen akademischen Titeln zu folgen. Diese wiesen auf seine hohe Qualifikation sowie seine reiche praktische Erfahrung hin. Hierdurch werde die HNO-Abteilung des Marienhospitals attraktiver.

Die Beigeladene zu 5) hat gegen das ihr am 15.01.2007 zugestellte Urteil am 09.02.2007 Berufung eingelegt. Sie hält weiterhin die nach § 103 Abs. 7 SGB V erforderliche Ausschreibung des Belegarztvertrages durch die Beigeladene zu 9) für nicht ausreichend. Das an die im Planungsbereich niedergelassenen HNO-Ärzte gerichtete Schreiben stelle keine Ausschreibung im Sinne des Gesetzes dar. Vielmehr sei die öffentliche Ausschreibung erst im Rheinischen Ärzteblatt am 28.02.2006 erfolgt. Zu diesem Zeitpunkt sei der Belegarztvertrag mit dem Kläger aber bereits geschlossen gewesen. Die insoweit nachträgliche Ausschreibung genüge nicht den Anforderungen des Gesetzes. Der Krankenträger habe sich auch nicht in ausreichendem Umfang um den Abschluss eines Belegarztvertrages mit einem im Planungsbereich bereits niedergelassenen HNO-Arzt bemüht. Zwar habe sich auf die Ausschreibung im Rheinischen Ärzteblatt kein solcher Arzt beworben. Der Grund hierfür liege aber darin, dass das bisherige Leistungsangebot durch die Beigeladene zu 9) ausgeweitet werden solle. Es sei bereits fraglich, aus welchen Gründen die Erweiterung des Leistungsangebotes erfolgen solle. Zudem würden die im Planungsbereich niedergelassenen HNO-Ärzte keine Operationen in dem von der Beigeladenen zu 9) gefragten Bereich erbringen, so dass sie von vornherein keine Möglichkeit gehabt hätten, sich auf die Ausschreibung zu bewerben. Damit sei von vornherein nur ein externer Bewerber in Betracht gekommen, was eine Umgehung des § 103 Abs. 7 SGB V bedeute. Die von der Beigeladenen zu 9) beabsichtigte Erweiterung des Leistungsspektrums sei zudem ausweislich der Bekundungen des Beigeladenen zu 10) nicht zulässig. Es sei weiter fraglich, ob § 103 Abs. 7 SGB V überhaupt für solche Fälle gelte, in denen bereits ein oder mehrere Belegärzte tätig seien (Bezugnahme auf das Urteil des SG Mainz vom 27.01.1999, S 1 KA 375/98). Entgegen der Meinung der Vorinstanz bestehe auch durchaus die Möglichkeit zum Missbrauch. Im vorliegenden Fall verfüge das Marienhospital lediglich über vier Belegbetten in der HNO-Abteilung. Da bereits ein Belegarzt dort tätig sei, stünden zwei Belegärzten lediglich vier Betten zur Verfügung, d.h. pro Belegarzt lediglich zwei Betten; dies genüge nicht. Schließlich hat die Beigeladene zu 5) die Abschrift eines Faxes des niedergelassenen Vertragsarztes und Facharztes für HNO-Heilkunde Dr. B aus C vom 28.03.2006 vorgelegt, wonach dieser zwar vom Marienhospital mit dem Schreiben vom 16.09.2005 angeschrieben worden sei, aber nicht geantwortet habe, weil der Wunschkandidat bereits vorher mitgeteilt worden sei.

23

Die Beigeladene zu 5) beantragt,

24

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 13.12.2006 abzuändern und die Klage abzuweisen.

25

26

Der Kläger beantragt,	
die Berufung zurückzuweisen.	27
Er hält das angegriffene Urteil für zutreffend und wiederholt und vertieft sein bisheriges Vorbringen.	28
Der Beklagte führt, ohne einen eigenen Sachantrag zu stellen, aus, er halte die Berufung der Beigeladenen zu 5) für begründet. Die Beigeladenen zu 1) und 4) teilen mit, sie beabsichtigten nicht, Stellungnahmen abzugeben. Die übrigen Beigeladenen haben sich nicht geäußert.	29
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen.	30
Entscheidungsgründe:	31
Die Berufung der Beigeladenen zu 5) ist zulässig, aber unbegründet.	32
Das Urteil des SG ist lediglich insoweit richtig zu stellen, als der Kläger Anspruch auf die begehrte Zulassung als Belegarzt nur beschränkt auf die Dauer der belegärztlichen Tätigkeit nach § 103 Abs. 7 Satz 3 SGB V für den angestrebten Vertragsarztsitz hat. Im Übrigen erweist sich die angegriffene Entscheidung des Sozialgerichts im Ergebnis als zutreffend. Der Beschluss des Beklagten vom 21.06.2006 ist zur Überzeugung des Senats rechtswidrig. Der Kläger ist hierdurch beschwert im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG).	33
Nach § 103 Abs. 7 SGB V, der durch das Zweite GKV-Neuordnungsgesetz vom 23.06.1997 am 01.07.1997 in das SGB V eingeführt worden ist, haben Krankenhausträger in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, das Angebot zum Abschluss von Belegarztverträgen auszuschreiben. Kommt ein Belegarztvertrag mit einem im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsarzt nicht zustande, kann der Krankenhausträger mit einem im Planungsbereich nicht niedergelassenen geeigneten Arzt einen Belegarztvertrag schließen. Dieser erhält eine auf die Dauer der belegärztlichen Tätigkeit beschränkte Zulassung; die Beschränkung entfällt bei Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen nach Abs. 3, spätestens nach Ablauf von 10 Jahren. Nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 14.03.2001, B 6 KA 34/00) trägt diese Vorschrift dem Umstand Rechnung, dass es zwischen dem Ziel einer vom Gesetzgeber als sinnvoll erachteten Förderung der belegärztlichen Tätigkeit und den nach den §§ 101 und 103 SGB V angeordneten Zulassungsbeschränkungen zu Verwerfungen kommen kann. In wegen Überversorgung gesperrten Planungsbereichen hätte die belegärztliche Tätigkeit ohne diese Regelung nicht realisiert werden können, wenn bereits zugelassene Ärzte zur Übernahme der Funktion eines Belegarztes nicht fähig und/oder willens sind. Nur für diesen Fall aber wird die grundsätzlich unerwünschte Ausweitung der Überversorgungssituation vom Gesetzgeber in Kauf genommen. Der Krankenhausträger darf daher einen Belegarztvertrag in einem wegen Überversorgung gesperrten Planungsbereich mit einem dort nicht niedergelassenen Vertragsarzt nur abschließen, wenn sich kein geeigneter Vertragsarzt für die Tätigkeit findet.	34
Der angestrebte Vertragsarztsitz des Klägers liegt im Rhein-Erft-Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen für den Fachbereich der HNO-Ärzte angeordnet sind. § 103 Abs. 7 SGB V ist damit einschlägig. Entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 5) erfüllt der Kläger jedoch die Voraussetzungen dieser Vorschrift.	35

Der Anspruch des Klägers auf die begehrte Sonderzulassung scheitert zunächst nicht daran, dass die Ausschreibung durch den Beigeladenen zu 9) nicht ausreichend durchgeführt wurde.

37
Zwar genügt entgegen der Ansicht der Beigeladenen zu 9) sowie des SG im angegriffenen Urteil das persönliche Anschreiben aller in Betracht kommenden Ärzte durch die Beigeladene zu 9) dem Erfordernis einer ordnungsgemäßen Ausschreibung im Sinne des § 103 Abs. 7 SGB V zur Überzeugung des Senats nicht. Die förmlichen Anforderungen des Gesetzes bedingen, dass die Ausschreibung in geeigneter Weise öffentlich vorgenommen werden muss. Dem genügt jedenfalls die Ausschreibung im regional zuständigen Ärzteblatt, möglicherweise auch in der Lokalpresse oder in anderen Blättern der Ärztekammer oder der KV. Nicht ausreichend ist es hingegen, die niedergelassenen Ärzte persönlich anzuschreiben (so im Ergebnis auch: Flint in Hauck/Noftz, SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, Stand: Juli/2007, RdNr. 102 zu § 103; Peters in: Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, Stand: Februar/2007, RdNr. 17 zu § 103; Pawlita im Juris Praxiskommentar, RdNr. 115 zu § 103; im Ergebnis wohl auch: Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 22.03.2000, L 5 KA 3059/99 und Beschluss des Hessischen LSG vom 02.03.2007, L 4 B 5/07 KA ER; Wagener, Die Sonderzulassung für Belegärzte gemäß § 103 Abs. 7 SGB V in MedR 1998, S. 410 ff, 410).

38
Entgegen der Ansicht des Klägers sowie des Beklagten ist die Nachholung der Ausschreibung durch das Krankenhaus bzw. dessen Träger im Rheinischen Ärzteblatt im Februar 2006 auch nicht rechtzeitig erfolgt. Der vorliegende Verfahrensablauf ist entgegen der Meinung des Beklagten nicht mit dem in dem vom BSG im Urteil vom 14.03.2001 (a.a.O.) entschiedenen Fall zu vergleichen. Dort wurde die Ausschreibung zwar nachgeholt, allerdings nicht erst nach Abschluss des Belegarztvertrags; vielmehr waren erst Verhandlungen mit einzelnen Bewerbern geführt, aber noch kein Belegarztvertrag abgeschlossen worden. Die Nachholung der öffentlichen Ausschreibung zu irgendeinem Zeitpunkt vor der Zulassung des Belegarztes kann aber den Vorgaben des § 103 Abs. 7 SGB V nicht genügen. Das Ausschreibungserfordernis wird ad absurdum geführt, wenn die Ausschreibung allein aus rein formellen Gründen in geeigneter Weise nachgeholt wird, der vom Krankenhaus ins Auge gefasste Belegarzt aber bereits vorher feststeht. In diesem Fall sind die vom Gesetzgeber vorgegebenen ernsthaften Verhandlungen mit etwaigen anderen Bewerbern gar nicht möglich oder zumindest erheblich erschwert. Das Ausschreibungserfordernis hat keine rein formelle Bedeutung, sondern soll den gesetzlich vorgegebenen Vorrang der niedergelassenen Ärzte beim Zugang zur belegärztlichen Tätigkeit in einem wegen Überversorgung gesperrten Planungsbereich verfahrensmäßig umsetzen. Die Subsidiarität der Sonderzulassung des § 103 Abs. 7 SGB V kann nur realisiert werden, wenn das Verhalten des Krankenhausträgers dem genügt und auch der Kontrolle durch die Zulassungsgremien unterliegt (vgl. Urteil des BSG vom 14.03.2001, a.a.O., RdNr. 30). Dementsprechend haben die Zulassungsgremien nach herrschender Meinung zu überprüfen, ob der Krankenhausträger die belegärztliche Tätigkeit ordnungsgemäß ausgeschrieben hat (vgl. BSG, a.a.O., m.w.N).

39
Der Kläger muss sich den Fehler der zu späten Ausschreibung dennoch nicht entgegenhalten lassen, denn auf die nachgeholte Ausschreibung hat sich kein Interessent auf die Belegarztstelle beworben. Hieraus folgt, dass kein im Planungsbereich Rhein-Erft-Kreis niedergelassener HNO-Vertragsarzt fähig oder willens ist, bei der Beigeladenen zu 9) als Belegarzt tätig zu werden. Es wäre zur Überzeugung des Senats leerer Formalismus, würde im Hinblick hierauf die nicht ordnungsgemäße Durchführung des Ausschreibungsverfahrens dem Anspruch des Klägers entgegenstehen.

Soweit die Beigeladene zu 5) eingewandt hat, auf die Ausschreibung habe sich insbesondere deshalb kein niedergelassener HNO-Vertragsarzt beworben, weil man vorab signalisiert habe, der Wunschkandidat der Beigeladenen zu 9), der Kläger, stehe bereits vorher fest, ist dies nicht entscheidungserheblich. Selbst wenn der Senat dieses Vorbringen, auch im Hinblick auf das von der Beigeladenen zu 5) vorgelegte Fax des Dr. B vom 28.03.2006, als wahr unterstellt, kann dies insoweit zu keinem anderen Ergebnis führen. Sollte es zu solchen "Signalen" seitens der Beigeladenen zu 9) gekommen sein, waren die hiervon betroffenen, im einschlägigen Planungsbereich niedergelassenen HNO-Fachärzte nicht gehindert, sich dennoch auf die Ausschreibung im Ärzteblatt zu bewerben. Wenn sie dies wegen irgendwelcher "Signale" nicht tun, ist dies ihre freie Entscheidung. Eine Bewerbung wäre auch bei solchen "Signalen" nicht von vornherein aussichtslos, weil diese nach den gesetzlichen Vorgaben des § 103 Abs. 7 SGB V das Krankenhaus gezwungen hätte, mit den Bewerbern ernsthaft zu verhandeln. Interessierte Ärzte hätten damit ihre Rechtsposition wahren können. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie ihre Interessen nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 14.03.2001, a.a.O.) im Wege der Konkurrentenklage versuchen könnten durchzusetzen.

40

Die Ausschreibung ist schließlich auch nicht deshalb fehlerhaft, weil das Anforderungsprofil nicht zutreffend bezeichnet ist. Allerdings kann eine Ausschreibung grundsätzlich dann fehlerhaft sein und damit nicht den Vorgaben des § 103 Abs. 7 SGB V entsprechen, wenn sie auf etwas Unmögliches gerichtet ist. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass das Anforderungsprofil einer Ausschreibung die eigentliche Auswahlentscheidung teilweise vorwegnimmt und damit gewissermaßen eine antizipierte Auswahlentscheidung darstellt. Der Bewerber, der das Anforderungsprofil nicht erfüllt, kommt für die Auswahl von vornherein nicht in Betracht. Damit ist das Aufstellen eines Anforderungsprofils bereits eine Maßnahme der Vorauswahl, um den geeignetsten Bewerber zu finden (vgl. zu Anforderungsprofilen bei Ausschreibungen: Urteil des Oberverwaltungsgerichts für das Land Nordrhein-Westfalen vom 24.10.2007, 6 B 1330/07). In diesem Umfang unterliegt das Anforderungsprofil der gerichtlichen Kontrolle. Ist es auf etwas für die im Planungsbereich niedergelassenen Ärzte Unmögliches gerichtet, führt es zur Unwirksamkeit der Ausschreibung.

41

Das vom Marienhospital gewählte Anforderungsprofil leidet jedoch entgegen der Meinung der Beigeladenen zu 5) nicht an einem solchen Fehler. Der Kläger hat glaubhaft und unwidersprochen bekundet, dass in der Ausschreibung keine Leistungen umschrieben werden, die qualitätsgesichert nur in der Hauptabteilung eines Krankenhauses erbracht werden können und vom Leistungsspektrums eines niedergelassenen HNO-Arztes nicht umfasst werden. Die Ausschreibung benennt keine bestimmten operativen Leistungen, sondern umschreibt Leistungsbereiche. Die bezogen hierauf zu erbringenden Leistungen sind vielgestaltig. Sie geben die typischen Operationsfelder hno-ärztlicher, namentlich hno-belegärztlicher Tätigkeit wieder. Dies muss zur Überzeugung des Senates, auch angesichts der Sachkunde seiner ehrenamtlichen Richter, für jeden HNO-Facharzt erkennbar sein. Dieser muss zudem im Rahmen seiner Weiterbildung ein entsprechendes Maß an Operationen erbracht haben. Dem stehen auch nicht die Ausführungen der Vertreterin des Beigeladenen zu 10) im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG Köln entgegen. Diese hat dort zwar ausgeführt, die "genannten Operationen" in den vom der Beigeladenen zu 9) bezeichneten einzelnen chirurgischen Bereichen könnten qualitätsgesichert nur in der Hauptabteilung einer Krankenanstalt durchgeführt werden, dies jedoch sogleich dahingehend berichtigt, dass der stationären Behandlung in einer Belegabteilung grundsätzlich der Vorrang zu geben ist.

42

43

Weitere Voraussetzung der Sonderzulassung nach § 103 Abs. 7 SGB V ist, dass das Krankenhaus bzw. dessen Träger mit den im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzten in einer Form verhandelt, die erkennen lässt, dass die Möglichkeiten einer Einigung ernsthaft ausgelotet und nicht nur Scheinverhandlungen geführt werden (vgl. hierzu mit näheren Ausführungen das Urteil des BSG vom 14.03.2001, a.a.O.). Ernsthaft verhandeln kann das Krankenhaus allerdings nur mit Interessenten, die sich auch bewerben. Eine solche Bewerbung ist auf die eigentliche öffentliche Ausschreibung im Rheinischen Ärzteblatt nicht erfolgt. Auf das vorherige Anschreiben des Krankenhauses an die niedergelassenen HNO-Ärzte hat sich zwar Dr. C zumindest interessiert gezeigt. Es kann dahin stehen, ob dieser, wie vom SG und der Beigeladenen zu 5) angenommen, für die Belegarztstelle deshalb nicht ernsthaft in Betracht kam bzw. kommt, weil er das von der Beigeladenen zu 9) gewünschte Leistungsspektrum nicht abdeckt. Das Krankenhaus ist jedenfalls nicht verpflichtet, mit einem Bewerber zu verhandeln, der beabsichtigt, in absehbarer Zeit seine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung abzugeben. Genau dies hat Dr. C aber mit dem per E-Mail übermittelten Schreiben vom 06.11.2005 angekündigt.

Die weiteren in § 103 Abs. 7 SGB V genannten Voraussetzungen des Nichtzustandekommens eines Belegarztvertrags mit einem bereits niedergelassenen Vertragsarzt sowie des Bestehens einer Belegarztteilung im Krankenhaus sind unzweifelhaft erfüllt. 44

Nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 14.03.2001, a.a.O.), der der Senat folgt, verlangt § 103 Abs. 7 SGB V, dass tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit im Sinne des § 121 Abs. 2 SGB V am Krankenhaus ausgeübt werden soll. Dies schließt es insbesondere aus, eine Zulassung dann zu erteilen, wenn eigentlicher Beweggrund für den Abschluss des Belegarztvertrages das Unterlaufen von Zulassungsbeschränkungen ist. Dies ist anzunehmen, wenn die belegärztliche Tätigkeit nur pro forma ausgeübt werden und faktisch völlig gegenüber der Tätigkeit in der niedergelassenen Praxis in den Hintergrund treten soll. Das BSG hat sich im Urteil vom 14.03.2001 (a.a.O.) bezüglich des notwendigen Umfangs der belegärztlichen Tätigkeit im Hinblick auf die Zahl der Belegbetten der Belegabteilung nicht festgelegt. Es hat keine Untergrenze für die Bettenzahl angenommen, geht aber davon aus, dass jedenfalls das Vorhandensein von zehn oder mehr Belegbetten keinen Anlass zu Zweifeln an der Ausübung der belegärztlichen Tätigkeit begründet. In der obergerichtlichen Rechtsprechung hat das LSG Schleswig-Holstein in dem Urteil vom 04.04.2001 (L 4 KA 38/00) ausgeführt, eine zahlenmäßige Begrenzung sei weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck des Gesetzes zu entnehmen; allerdings müsse mindestens ein Belegbett vorhanden sein. Das Hessische LSG hat sich im Beschluss vom 02.03.2007 (L 4 KA 5/07 ER) dahingehend geäußert, auch bei einer ursprünglich geplanten Versorgung von sechs Belegbetten bestehe kein Anlass für eine Vermutung, dass die belegärztliche Tätigkeit nur zum Schein hätte erfolgen sollen. In der Kommentarliteratur äußert sich lediglich der Juris-Praxiskommentar dahingehend, dass eine belegärztliche Tätigkeit einen Mindestumfang nicht unterschreiten solle, ohne allerdings feste Zahlen zu nennen (Rdn. 121 zu § 103); andere Kommentare äußern sich nicht. 45

Der erkennende Senat hält in Übereinstimmung mit dem LSG Schleswig-Holstein (Urteil vom 04.04.2001, a.a.O.) die Festlegung auf eine Mindestbettenunterzahlgrenze für nicht angebracht. Das Gesetz sieht dies nicht vor. Denknotwendig muss allerdings zumindest ein Belegbett vorhanden sein, zumal sonst die vom Gesetz geforderte Belegarztteilung faktisch nicht besteht bzw. nicht in ausreichendem Umfang dargelegt werden kann. Korrektiv für die Prüfung, ob und inwieweit beabsichtigt ist, die belegärztlichen Tätigkeit ernsthaft auszuüben, kann insoweit allein sein, ob ein entsprechender Missbrauch der 46

Sonderzulassung des § 103 Abs. 7 SGB V zumindest glaubhaft gemacht ist (ob ein Nachweis erforderlich ist, kann vorliegend dahin stehen). Allerdings ist der zahlenmäßige Umfang der Belegarztbetten insoweit von Bedeutung, als die Befürchtung, dass Zulassungsbeschränkungen umgangen werden sollen, umso näher liegt, als die Bettenzahl gegen eins tendiert. Eine Missbrauchsabsicht des Arztes, der die Sonderzulassung erstrebt, kann aber nicht einfach unterstellt werden. Dies bedarf vielmehr der genauen Prüfung durch die Zulassungsgremien, die die entsprechenden Tatsachenfeststellungen vorzunehmen haben. Die angegriffene Entscheidung des Beklagten genügt der Glaubhaftmachung einer solchen Missbrauchsabsicht zur Überzeugung des Senats nicht.

Insoweit ist vorab klarzustellen, dass der Senat nicht der vom SG Mainz im zitierten Urteil vom 27.01.1999 (S 1 KA 375/98) vertretenen Ansicht folgt, dass das Vorhandensein eines oder mehrerer Belegärzte den Abschluss eines weiteren Belegarztvertrages ausschließt. Eine entsprechende Beschränkung ist § 103 Abs. 7 SGB V nicht zu entnehmen. Zudem folgt aus § 121 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Verpflichtung der Krankenhäuser, Belegärzten gleicher Fachrichtung die Möglichkeit zu geben, ihre Patienten gemeinsam zu behandeln. Dies würde unmöglich gemacht, wollte man annehmen, dass nur jeweils ein Belegarzt tätig sein kann. 47

Es gibt keinen Anhaltspunkt dafür, dass die Belegarztstätigkeit durch den Kläger gar nicht oder nur in einem unerheblichen Umfang ausgeübt werden soll. Zwar hat dieser nach Ziffer 3.2 des mit der Beigeladenen zu 9) abgeschlossenen Belegarztvertrages keinen Rechtsanspruch auf Überlassung der Belegbetten. Diese Vertragsgestaltung ist jedoch nach den überzeugenden Ausführungen des Geschäftsführers der Beigeladenen zu 9) nur gewählt worden, um etwaige Kollisionslagen zwischen den beiden Belegärzten ausgleichen zu können. Zudem sollte hiermit der Tatsache Rechnung getragen werden, dass das Krankenhaus bzw. dessen Träger nicht die planungsrechtliche Hoheit über die Zahl der geförderten Belegbetten hat. Der Senat geht auch in Übereinstimmung mit dem SG davon aus, dass es im Interesse der Beigeladenen zu 9) liegt, gerade dem Kläger die Möglichkeit zur belegärztlichen Tätigkeit in größtmöglichem Umfang zu geben. Dieser erscheint angesichts seiner beruflichen Erfahrungen als Oberarzt eines Universitätsklinikums aus Sicht des Krankenhauses als ein Belegarzt, der geeignet sein könnte, in weiterem Umfang Patienten für die Belegarztabteilung zu werben und dort zu behandeln. Demgegenüber hat der Belegarzt Dr. V seine Tätigkeit immer weiter zurückgefahren und erbringt nicht mehr das volle vom Krankenhaus gewünschte Leistungsspektrum. Zudem ist die Beendigung seiner Tätigkeit im Hinblick auf sein Lebensalter in naher Zukunft zu erwarten. Schließlich hat sich die Beigeladene zu 9) glaubhaft verpflichtet, den entsprechenden Passus des Belegarztvertrages zu ändern, falls der Senat insoweit Bedenken hat. 48

Soweit an der ernsthaften Absicht des Klägers, die belegärztliche Tätigkeit auszuüben, bislang deshalb Zweifel bestanden, weil dieser seine Tätigkeit als Oberarzt am Universitätsklinikum zu Köln noch nicht aufgegeben hat, so sind diese nunmehr ausgeräumt. Der Kläger hat dem Senat ausdrücklich erklärt, diese Tätigkeit mit Erhalt der Sonderzulassung nach § 103 Abs. 7 SGB V sofort zu beenden. Hierzu ist er im Übrigen nach § 39 Abs. 2 Satz 1 des Bundesmantelvertrages Ärzte (BMV-Ä) verpflichtet, weil er in erforderlichem Maß der ambulanten Versorgung zur Verfügung stehen muss. Der Kläger hat auch glaubhaft bekundet, die geplante vertragsärztliche Tätigkeit in ausreichendem Umfang ausüben zu wollen. 49

Da der Senat mithin keine Gesichtspunkte erkennen kann, die für einen Missbrauch der Sonderzulassung sprechen und der Beklagte im angegriffenen Beschluss solche auch nicht im ausreichenden Umfang bezeichnet hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass 50

tatsächlich eine belegärztliche Tätigkeit am Krankenhaus gar nicht ausgeübt werden soll. Soweit Verfahrensbeteiligte hieran im Hinblick auf die absolute Zahl der zur Verfügung stehenden Belegbetten noch letzte Zweifel haben sollten, gehen diese zu Lasten des Beklagten und der Beigeladenen zu 5), denn die Beweislast hierfür liegt, weil es sich um einen anspruchsvernichtenden Einwand handelt, bei den Zulassungsgremien.

Schließlich sind auch die allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung als Vertragsarzt erfüllt. Insbesondere ist der Kläger in das Arztregister eingetragen (§ 95 Abs. 2 SGB V). Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass er nicht für die vertragsärztliche Tätigkeit geeignet ist. Schließlich hat er auch nicht bereits das 55. Lebensjahr vollendet (§ 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V).

51

Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Voraussetzungen einer Anerkennung als Belegarzt nach § 40 BMV-Ä nicht vorliegen. Die Prüfungskompetenz liegt insoweit zwar grundsätzlich nicht beim Beklagten, sondern bei der Beigeladenen zu 5). Die vom Krankenhausträger in Aussicht genommene belegärztliche Tätigkeit muss aber, soll das Zulassungsgremium die Zulassung erteilen dürfen, auch mit den gesetzlichen Vorgaben für die belegärztliche Tätigkeit in Übereinstimmung stehen. Insoweit ist § 39 Abs. 2 BMV-Ä zu beachten, auch wenn diese Vorschrift formell im Verfahren nach § 40 BMV-Ä zu prüfen ist (BSG vom 14.03.2001, a.a.O., vgl. auch Pawlita in JurisPk § 103 Rdn. 11). Der Kläger ist weder bei der Beigeladenen zu 9) angestellt, noch bildet die stationäre Tätigkeit in der Belegarztabteilung das Schwergewicht seiner Gesamttätigkeit; jedenfalls gibt es derzeit keine Anhaltspunkte hierfür.

52

Der Kläger genügt auch der ihm auferlegten Residenzpflicht. Die Vorschrift des § 39 Abs. 4 Nr. 3 BMV-Ä verlangt ausdrücklich eine Nähe zwischen Wohnung und Praxis einerseits und dem Krankenhaus andererseits. Diese Nähe muss nicht nur die unverzügliche und ordnungsgemäße Versorgung von Belegpatienten, sondern auch der vom Vertragsarzt ambulant zu betreuenden Versicherten gewährleisten (so LSG Baden-Württemberg vom 14.07.1999 - L 5 KA 3006/98 -). Nach den vom Senat überprüften Feststellungen des SG erreicht der Kläger von seinem Wohnsitz aus das Marienhospital in C in 30 Minuten sowie die D-Straße 00 in F in 12 bis 16 Minuten. Dies erachtet der Senat jedenfalls für einen HNO-Arzt als ausreichend, um der Residenzpflicht genüge zu tun (vgl. auch LSG Schleswig-Holstein vom 23.11.1999 - L 6 KA 18/99 -: 30 Minuten als maximal erträgliche Fahrzeit für eine belegärztliche Tätigkeit).

53

Der Tenor des angegriffenen sozialgerichtlichen Urteils war im Ergebnis zu berichtigen, weil hiermit jedenfalls nach dem ausdrücklichen Wortlaut eine unbeschränkte Zulassung erteilt wurde, der Kläger jedoch nur Anspruch auf eine Zulassung unter den Beschränkungen des § 103 Abs. 7 SGB V hat.

54

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i.V.m. §§ 154 Abs. 1, 161 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG).

55