



Zurückverweisung
BSG 6 Rka 35/87

neues Az

L 11 Ka 4/89
~~U + V 7 12 8~~

LANDESSOZIALGERICHT für das Land N

Im Namen des Vo
Urteil

In dem Rechtsstreit

Barmer Ersatzkasse,

Klägerin und Berufungsklägerin,

g e g e n

Beklagter und Berufungsbeklagter,

Prozeßbevollmächtigte:

- Beigeladen: 1) Verband der Angestellten-Krankenkassen e.V.,
Frankfurter Straße 84, 5200 Siegburg, vertreten durch den
Vorstand,
2) Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein, Emanuel-Leutze-Straße 8,
4000 Düsseldorf, vertreten durch den Vorstand.

Das Landessozialgericht für das Land Nordrhein-Westfalen in Essen - 11. Senat -
hat aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 11. September 1987 durch den Vor-
sitzenden Richter am Landessozialgericht Dr. Zeihe, die Richter am Landessozial-
gericht Dr. Bärghardt und Balzers sowie die ehrenamtlichen Richter
Dr. v. Hoegen und Dr. Klein für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des
Sozialgerichts Düsseldorf vom 25. September 1985
abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin
32.617,71 DM zu zahlen.

Außergerichtliche Kosten haben die Beteiligten ein-
ander in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Streitig ist, ob der Beklagte der Klägerin den Betrag ersetzen muß, den diese aufgewendet hat, um von dem Beklagten verordnete Arzneimittel sowie Heil- und Hilfsmittel zu bezahlen.

Der Beklagte ist in Büchen als praktischer Arzt niedergelassen gewesen. Er war bis zum 31.12.1982 zur Teilnahme an der kassenärztlichen und vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten nach der Zulassungsordnung für Ärzte und dem Arzt/Ersatzkassenvertrag (EKV) ermächtigt. Sein Antrag auf Verlängerung der Ermächtigung über den 31.12.1982 hinaus wurde abgelehnt. Klage und Berufung blieben erfolglos.

Auch nach dem 31.12.1982 verordnete der Beklagte zu Lasten der Klägerin Arzneimittel, Heil- und Hilfsmittel und forderte zu Lasten der Klägerin Sprechstundenbedarf an. Der Beklagte verordnete dabei jeweils die Vor- drucke, die im EKV für die Verordnung von Arzneimitteln vereinbart sind. Die Verordnungen waren jeweils mit einem Namensstempel des Beklagten, der auch seine frühere Kassenarztnummer enthielt, versehen und von dem Beklagten unterschrieben. Die Klägerin forderte den Beklagten erstmals mit Schreiben vom 14. April 1983 auf, dies zu unterlassen, nachdem ihr bekannt geworden war, daß er zu ihren Lasten noch Verordnungen ausschrieb. Gleichzeitig forderte sie die Kosten von dem Beklagten an, die ihr durch die bisherigen Verordnungen entstanden waren.

...

Am 25. Mai 1984 hat sie Klage erhoben und beantragt, den Beklagten zur Zahlung von 29.938,83 DM zu verurteilen. Das sind die bis zum Zeitpunkt der Klageerhebung entstandenen Kosten.

Sie hat die Ansicht vertreten, daß für ihre Klage der Rechtsweg zu den Sozialgerichten gegeben sei. Es handele sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit. Dies ergebe sich daraus, daß die Rechtsbeziehungen zum Beklagten dem öffentlichen Recht unterlegen hätten, solange er zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt gewesen sei. Nach Beendigung dieses Verhältnisses gebe es noch Nachwirkungen, auf die sie ihre Ansprüche stütze. Sie selbst habe ihre Leistungen auch auf Grund öffentlich-rechtlicher Normen erbracht. Die Sozialgerichte seien die für eine Entscheidung im vorliegenden Fall sachnächsten Gerichte. Die Klägerin stützt sich zur Begründung auch auf ein Urteil des OLG Hamm (Urteil vom 19.09.1983 - Az.: 3 U 80/83 -), in welchem dieses in einem vergleichbaren Rechtsstreit den Rechtsweg zu den Sozialgerichten für gegeben angesehen hat.

Die Klägerin hat ihren Anspruch in der entsprechenden Anwendung der Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag begründet gesehen. Sie hat dazu vorgetragen, daß der Beklagte nach dem 31.12.1982 noch ein fremdes Geschäft als ein eigenes geführt habe und ihr deshalb zum Ersatz des ihr entstandenen Schadens verpflichtet sei.

Während des Rechtsstreits hat die Klägerin die Klageforderung um zusätzliche Kosten aus Verordnungen des Beklagten erweitert.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beklagten zur Zahlung von 32.658,11 DM zu verurteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Er hat geltend gemacht, daß das angerufene Gericht schon sachlich nicht zuständig sei. Im übrigen hat er aber auch die Begründetheit der Forderung der Klägerin bestritten. Insbesondere hat er die Höhe der geltend gemachten Forderung als nicht nachgewiesen angesehen. Er hat außerdem geltend gemacht, daß der Klägerin jedenfalls kein Schaden entstanden sei, denn er habe nur Arzneimittel sowie Heil- und Hilfsmittel verordnet, die den Versicherten zugestanden hätten. Wenn er diese nicht verordnet hätte, so hätte ein anderer Arzt diese Mittel zu Lasten der Klägerin verordnet.

Durch Urteil vom 25.09.1985 hat das Sozialgericht (SG) die Klage abgewiesen. Es hat sich für sachlich unzuständig gehalten, da es sich nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handele. Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen den Beteiligten als Grundlage der strittigen Verordnungen und des daraus hergeleiteten Schadensersatzanspruches scheide aus, denn der Beklagte habe nicht etwa im Rahmen des ärztlichen Notdienstes oder bei Notfällen die Behandlungen und Verordnungen vorgenommen.

Die Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus unerlaubter Handlung seien nicht etwa analog, sondern unmittelbar anzuwenden. Diese Vorschriften begründeten aber allenfalls bürgerlich-rechtliche Ansprüche.

Die Klägerin verfolgt mit ihrer Berufung ihren Anspruch (mit Ausnahme von Krankentransport-Kosten in Höhe von 40,40 DM) weiter. Sie hält die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit für die Entscheidung über den geltend gemachten Anspruch sachlich weiterhin für zuständig. Soweit der geltend gemachte Anspruch von dem Kläger sachlich bestritten worden ist, ist sie der Rechtsansicht, daß hier ein Schaden auf jeden Fall zu bejahen sei. Nach der Rechtsprechung werde ein Schaden nämlich auch dann angenommen, wenn ein bestimmtes Vermögensgut des Geschädigten verletzt werde und sich das Maß der Beeinträchtigung nach objektiven Maßstäben geldlich bewerten lasse. In diesem Fall sei unabhängig vom Ergebnis einer Differenzrechnung ein ersatzfähiger Schaden zu bejahen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom
25. September 1985 abzuändern und den Beklagten
zu verurteilen, an sie 32.617,72 DM zu zahlen,
hilfsweise,
den Rechtsstreit an das zuständige Landgericht
zu verweisen.

...

Die Beigeladenen zu 1) und 2) schließen sich dem Antrag der Klägerin an.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des SG für zutreffend und wiederholt sein erstinstanzliches Vorbringen.

Die Klägerin hat alle von dem Beklagten ausgestellten Verordnungen vorgelegt, soweit sie von ihr honoriert worden sind. Dem Senat liegen ferner je eine Kopie des Vertrages zwischen dem Beigeladenen zu 1) und dem Deutschen Apotheker-Verein über die Sicherstellung der Versorgung der Ersatzkassenmitglieder mit Arzneimitteln und apothekenüblichen Waren sowie die Lieferung des Sprechstundenbedarfs (Arzneilieferungsvertrag) und dem Vertrag zwischen dem Verband Deutscher Badebetriebe e.V. und dem Beigeladenen zu 1) über die Versorgung der Versicherten mit Leistungen im Sinne der Leistungsbeschreibung für physikalische Heilbehandlungen vom 21.12.1979 vor. Diese Verträge sind dem Beklagten in Abschrift übersandt worden. Auf ihren Inhalt wird Bezug genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf das schriftsätzliche Vorbringen der Beteiligten Bezug genommen.

...

Entscheidungsgründe

Der Senat entscheidet in der Besetzung mit zwei Ärzten als ehrenamtlichen Richtern. Dies ist die Besetzung, in der über Streitigkeiten aus dem EKV zu entscheiden ist (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGG). Der Anspruch der Klägerin wird als Nachwirkung aus dem früheren Status des Beklagten als ermächtigter Arzt hergeleitet.

Die Berufung ist begründet. Zu Unrecht hat das SG die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit sei nicht gegeben.

Für den von der Klägerin geltend gemachten Anspruch trifft dieser Rechtsweg nach § 51 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) aber zu, denn es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit auf Grund der Beziehungen zwischen Ärzten und Krankenkassen..

Ob eine Streitigkeit öffentlich- oder bürgerlich-rechtlich ist, richtet sich bei fehlender ausdrücklicher Rechtswegzuweisung des Gesetzgebers nach der Natur des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluß vom 10. April 1986 - GmS - OGB 1/85 - BGHZ 97 S. 312 = BVerwGE 74 S. 368, SozR 1500 § 51 Nr. 39 = JZ 1986 S. 1007 - m.w.N.).

Allein die Art des geltend gemachten Anspruchs - hier eines Schadensersatzanspruchs - kann dabei die Zuordnung als öffentlich-rechtlich oder

bürgerlich-rechtlich nicht bestimmen. Maßgebend ist vielmehr das Rechtsverhältnis, das Grundlage für diesen Anspruch ist. Grundlage des hier geltend gemachten Schadensersatzanspruches ist, daß der Kläger sich gegenüber Dritten als nach dem EKV ermächtigter Arzt (Vertragsarzt) geriert haben und dadurch die Beklagte verpflichtet haben soll Leistungen zu erbringen. Das Rechtsverhältnis das diesem Streit zugrunde liegt ist öffentlich-rechtlich, denn die Regelungen des EKV sind öffentlich-rechtlicher Art. Dies gilt insbesondere für die im EKV normierten Verpflichtungen und Rechte des nach dem EKV beteiligten oder ermächtigten Vertragsarztes. Dementsprechend sind für die Überprüfung der Entscheidungen, die im Rahmen des EKV über Honorarkürzungen oder Regresse wegen unwirtschaftlicher Verordnungen ergangen sind, die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zuständig. Auch bei der Notfallbehandlung von Anspruchsberechtigten der gesetzlichen Krankenkassen (§ 368d Abs. 1 Satz 2 RVO) wird der nicht zugelassene oder nach dem EKV nicht beteiligte bzw. ermächtigte Arzt auf Grund eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses tätig und honoriert (vgl. BSG, Urteil vom 24.10.1961 - 6 RKa 19/60 - SozR RVO § 368 Nr. 1). Dem öffentlichen Recht müssen dementsprechend auch solche Streitigkeiten zugeordnet werden, bei denen es darum geht, ob die besonderen Vorschriften des EKV anwendbar sind, d. h. solche Streitigkeiten, die darauf beruhen, daß der betreffende Arzt den Anschein erweckt hat, er werde als Vertragsarzt tätig. Der Arzt, der meint, er sei Vertragsarzt oder auch aus anderen Gründen befugt, Ersatzkassenpatienten zu behandeln, kann Honoraransprüche nur auf Grund dieses behaupteten öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses geltend machen. Umgekehrt kann die Krankenkasse

Schadensersatzansprüche gegen den tatsächlich nach dem EKV beteiligten oder ermächtigten Arzt nur im Rahmen der obengenannten besonderen Vorschriften des EKV verfolgen, insbesondere auch die Verordnungen des Arztes nur im Rahmen der Vorschriften des EKV überprüfen lassen. Ein Schadensersatzanspruch den die Krankenkasse gegen einen Arzt geltend macht, der sich - ihrer Ansicht nach unberechtigt - als Vertragsarzt geriert, ist damit nur die Entsprechung zu der von dem betreffenden Arzt durch sein Verhalten konkludent behaupteten Stellung als Vertragsarzt. Auch dieser Anspruch stammt aus dem einheitlichen Rechtsverhältnis der - behaupteten - Stellung des Arztes als Vertragsarzt. Wollte man in Fällen wie dem vorliegenden den Schadensersatzanspruch der Klägerin demgegenüber als bürgerlich-rechtlichen Anspruch ansehen, käme es zu einer Zuständigkeit sowohl der ordentlichen Gerichte als auch der Sozialgerichte bei der Beurteilung desselben Lebenssachverhaltes und Rechtsverhältnisses. Der Honoraranspruch des Arztes der meint, als Vertragsarzt zur Behandlung befugt zu sein, ist gegen die zuständige Kassenärztliche Vereinigung (KAV) gerichtet und von den Sozialgerichten zu beurteilen. Die Frage, ob der Arzt Vermögensverluste der Krankenkassen zu ersetzen hätte, die er - gerade und auf Grund der behaupteten Stellung als Vertragsarzt - verursacht hat, hätten aber die Zivilgerichte zu beurteilen, wobei die wesentliche Frage, ob der Arzt tatsächlich Vertragsarzt war oder nicht, nur eine Vorfrage wäre. Die Rechtswegfrage ist hier ebenso zu beantworten wie bei der Rückabwicklung eines vermeintlichen öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnisses (vgl. dazu Zeihe, SGG, 5. Aufl., Anm. 3f gg und 3f hh zu § 51; Anm. 9d zu § 149; zur öffentlich-rechtlichen Geschäftsführung ohne Auftrag: Anm. 3i cc).

...

Die dargestellten besonderen Voraussetzungen, unter denen eine Streitigkeit zwischen einer Krankenkasse und einem Nichtvertragsarzt dennoch öffentlich-rechtlicher Art ist, liegen im vorliegenden Fall vor. Das Rechtsverhältnis ist durch die - behauptete - Stellung des Beklagten als Vertragsarzt charakterisiert, denn der Beklagte hat sich als Vertragsarzt geriert, als er die Verordnungen ausschrieb, deren Kosten die Klägerin geltend macht. Er hat Rezeptblätter für Vertragsärzte verwendet, und er hat einen Arztstempel mit der Kassenarzt Nummer benutzt. Diese Kassenarzt Nummer wird dem einzelnen zur kassenärztlichen Versorgung zugelassenen Arzt, aber auch dem Vertragsarzt von der Kassenärztlichen Vereinigung zugeteilt. Zumindest für jeden mit dem Ordnungswesen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung Vertrauten ist damit offenkundig, daß hier ein Arzt tätig geworden ist, der als Vertragsarzt handeln wollte. Der Beklagte kann demgegenüber auch nicht mit Erfolg einwenden, er habe sich weder gegenüber der Klägerin selbst noch gegenüber der Beigeladenen zu 2) nach dem 31.12.1982 urmittelbar als Vertragsarzt ausgegeben, insbesondere habe er auch keine Honoraranforderungen bei der Beigeladenen zu 2) geltend gemacht. Auch wenn letzteres zugunsten des Beklagten unterstellt wird, kann das Rechtsverhältnis, aus dem der Klageanspruch hergeleitet wird, nicht anders beurteilt werden. Entscheidend ist insoweit, daß der Beklagte sich gegenüber denjenigen, für die die von ihm ausgeschriebenen Verordnungen zunächst bestimmt und bedeutsam waren - den Versicherten bzw. sonstigen Anspruchsberechtigten, den Apothekern und den anderen Leistungserbringern -, als Vertragsarzt ausgegeben hat. Ob er später einräumt, er sei tatsächlich kein Vertragsarzt gewesen, ist für die Beurteilung des

Rechtsverhältnisses, aus dem die Ansprüche entstehen, nicht erheblich. Dies ist Verteidigungsvorbringen. Es kann die Beurteilung des Rechtsverhältnisses, aus dem der Klageanspruch geltend gemacht wird, nicht beeinflussen.

Der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten ist auch nicht nach § 40 Abs. 2 der Verwaltungsgerichtsordnung ausgeschlossen. Danach ist der ordentliche Rechtsweg unter anderem für Schadensersatzansprüche aus der Verletzung öffentlich-rechtlicher Pflichten gegeben, die nicht auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beruhen. Die Klägerin macht zwar einen Schadensersatzanspruch geltend. Dieser beruht aber auf einem öffentlich-rechtlichen Vertrag - dem EKV - bzw. den Folgewirkungen aus diesem Vertrag. Der Senat schließt sich damit dem o.a. Urteil des OLG Hamm zum Rechtsweg in derartigen Rechtsstreitigkeiten an.

Die Klage ist auch als Leistungsklage zulässig. Der Klägerin steht kein einfacherer Weg offen, ihren Anspruch geltend zu machen. Maßnahmen nach dem EKV kann die Klägerin nicht beantragen, denn der EKV gilt nur für Ärzte, die in einem öffentlich-rechtlichen Rechte-Pflichtenverhältnis stehen. Der Beklagte ist aber gerade kein Vertragsarzt oder ermächtigter Arzt gewesen. Die Klägerin kann auch keinen Verwaltungsakt über die Zahlung des geltend gemachten Schadensersatzbetrages erlassen. Forderungen der öffentlichen Hand gegen den Bürger können zwar, wenn es sich um Forderungen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts handelt, häufig durch Verwaltungsakt geltend gemacht werden. Es ist aber in jedem einzelnen Fall

...

zu prüfen, ob eine gesetzliche Grundlage zum Erlass eines Verwaltungsaktes (Regelungsbefugnis) besteht. Von der Rechtsprechung ist zwar, wenngleich nicht einheitlich, angenommen worden, daß Rückforderungs- bzw. Erstattungsansprüche, mit denen zu Unrecht erbrachte Leistungen zurückgefordert werden, grundsätzlich mit Verwaltungsakt geltend gemacht werden könnten, und zwar auch insoweit, als sie gegenüber Personen geltend gemacht werden, die nicht in einem besonderen Pflichtenverhältnis zu dem leistungsgewährenden Verwaltungsträger stehen (vgl. BSG, Urteile vom 13.11.1974 - 6 RKa 39/73 - SozR 2200 § 368f Nr. 1 und vom 03.09.1986 - 9a RV = Sozialgerichtsbarkeit 1987 S. 283). Es kann offenbleiben, ob dieser Rechtsprechung hinsichtlich der Erstattungs- und Rückforderungsansprüche zu folgen ist (anderer Ansicht, z.B. Zeihe, a.a.O., § 149 Arm. 9d; Schnapp, Sozialgerichtsbarkeit 1987 S. 286). Im vorliegenden Fall macht die Klägerin keinen Rückforderungs- oder Erstattungsanspruch geltend, sondern einen Schadensersatzanspruch. Ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beklagten als Grundlage einer Regelungsbefugnis fehlt. Ein solches ist nicht einmal zwischen den Krankenkassen und den Vertragsärzten vorhanden. Letztere stehen vielmehr allein mit der zuständigen KÄV in einem Über-, Unterordnungsverhältnis. Eine besondere gesetzliche Ermächtigung, den hier geltend gemachten Anspruch durch Verwaltungsakt durchzusetzen, gibt es auch nicht. Dem Beklagten sind auch keine Zahlungen durch Verwaltungsakt zugeflossen, worauf es das BSG in dem Urteil vom 13.11.1974 abgestellt hatte.

Die Klage ist auch begründet. Die Klägerin hat den geltend gemachten Anspruch auf Schadensersatz.

Der Beklagte ist der Klägerin in entsprechender Anwendung der Vorschriften der §§ 687 Abs. 2 und 678 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB) zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den er ihr durch seine Handlungen verursacht hat. Der Beklagte hat ein fremdes Geschäft - die von der Klägerin zu gewährende Krankenversorgung, zu der auch die Versorgung mit Arzneimitteln sowie Heil- und Hilfsmitteln gehört - als ein eigenes geführt, als er sich wie ein Vertragsarzt, der dieses Geschäft für die Klägerin verrichtet, verhielt. Er hat durch seine Handlungen der Klägerin auch einen Schaden verursacht. Dieser Schaden besteht darin, daß die Klägerin auf Grund seiner Verordnungen verpflichtet gewesen ist, diese Verordnungen den betreffenden Apothekern bzw. Bademeistern zu honorieren. Nach § 5 des Arzneilieferungsvertrages werden Arzneimittel auf Grund einer ordnungsgemäß ausgestellten und unterschriebenen ärztlichen Verordnung abgegeben. Die Verordnung muß Namen, Berufsbezeichnung und Anschrift des verschreibenden Arztes enthalten. Es muß das vereinbarte Verordnungsblatt verwendet werden (§ 4 a.a.O.), das in bestimmter Weise ausgefüllt werden muß (§ 5 Abs. 3 a.a.O.). Nach dem Vertrag ist der Apotheker nicht verpflichtet, die Eigenschaft des verordnenden Arztes als Vertragsarzt zu überprüfen. Er ist berechtigt, auf Grund einer den Erfordernissen des § 5 entsprechenden Verordnung die verordneten Arzneimittel und auch den vom Arzt beanspruchten Sprechstundenbedarf zu liefern und kann in Höhe des von ihm Gelieferten von der Klägerin Zahlung verlangen. Eine vergleichbare Regelung enthält der Vertrag zwischen dem Verband Deutscher Badebetriebe e.V. und dem Beigeladenen zu 1). Es ist zwar in § 8 Nr. 1 dieses Vertrages vorgeschrieben, daß Vertragsleistungen nur ausgeführt werden dürfen,

...

"wenn sie von einem Vertragsarzt verordnet sind ...". Auch für den betreffenden Bademeister, der die Leistungen auf Grund der Verordnung erbringt, genügt aber, daß die Verordnungen von einem Arzt mit einem Stempel auf einem Verordnungsblatt angeordnet worden sind. Es ist dem einzelnen Bademeister ebensowenig wie einem Apotheker möglich, die Eigenschaft des jeweiligen Arztes als Vertragsarzt stets zu überprüfen. Der jeweilige Leistungserbringer muß sich darauf verlassen können, daß Verordnungen, die dem äußeren Eindruck nach von einem Vertragsarzt für einen Anspruchsberechtigten der gesetzlichen Krankenkassen ausgeschrieben worden sind, ihn berechtigen, die verordneten Leistungen zu erbringen. Für die Annahme des Gegenteils haben die Leistungserbringer auch keinen Anlaß, da der Beklagte verpflichtet gewesen wäre, die Vordrucke nach Ablauf des 31.12.1982 zurückzugeben (SGB X § 51 Satz 2).

Die von dem Beklagten verordneten Leistungen (Arzneimittel und sonstige Leistungen) hat die Klägerin den betreffenden Leistungserbringern deshalb nach den genannten Verträgen honorieren müssen und auch tatsächlich honoriert. Die Klägerin hat die entsprechenden Rezepte alle vorgelegt. Auch die Höhe der ihr entstandenen Aufwendungen - 32.617,72 DM - auf Grund der Verordnungen des Beklagten hat sie unter Beifügung der Verordnungsblätter im einzelnen dargelegt und belegt. Demgegenüber hat der Beklagte die Höhe des Anspruchs nur unspezifiziert bestritten. Das genügt nicht.

Diese Aufwendungen der Klägerin sind auch ein Schaden. Der Beklagte kann demgegenüber nicht mit Erfolg einwenden, daß die Klägerin entsprechende

Aufwendungen auch dann gehabt hätte, wenn nicht er die Verordnungen ausgeschrieben hätte, da dann ein anderer Arzt Verordnungen der gleichen Art hätte ausschreiben müssen. Der Beklagte macht damit geltend, daß die Klägerin sich den Vorteil anrechnen lassen müssen, den sie dadurch habe, daß er und nicht ein anderer Arzt die Verordnungen ausgeschrieben habe. Es kann dahinstehen, ob ein entsprechender Vorteil der Klägerin überhaupt entstanden ist. Auch wenn man unterstellt, daß jedenfalls in einzelnen Fällen die Verordnungen des Beklagten in gleicher Art von einem anderen Arzt - Vertragsarzt - vorgenommen worden wären, braucht sich die Klägerin dies nicht anrechnen zu lassen. Schadensmindernde Vorteile muß sich der Geschädigte grundsätzlich nämlich nur anrechnen lassen, wenn der Vorteil adäquat verursacht ist und die Anrechnung dem Zweck des Schadensersatzes entspricht (vgl. Palandt, BGB, 46. Aufl., Vorbem. 7Aa und b vor § 249 m.w.N.). Ein Abstellen auf den Unterschiedsbetrag zwischen den Aufwendungen, die der Beklagte der Klägerin verursacht hat und den Aufwendungen, die die Klägerin ohnedies für ihre Versicherten gehabt hätte (Differenztheorie) wäre nicht sachgerecht. Vielmehr ist insoweit die Lehre vom normativen Schadensbegriff zugrundezulegen (vgl. BGHZ 43 S. 378, 384; 45 S. 212, 218 und 54 S. 45, 49). Von ihm ist das Bundessozialgericht - unausgesprochen - in seinem Urteil vom 13.11.1974 (a.a.O.) ausgegangen. Darin hat es die Rückforderung von Kassenarzthonorar, das ein Nichtarzt infolge einer erschlichenen Kassenarzt-Zulassung erhalten hatte gebilligt, ohne auf die Frage, ob der Nichtarzt einwenden könne, die KÄV hätte auch ein Kassenärzte-Honorar zahlen müssen, überhaupt einzugehen. Eine Anrechnung von ersparten Aufwendungen im Wege des Vorteilsausgleichs wider-

...

in Fällen wie dem vorliegenden dem Zweck des Schadensersatzanspruches. Der Beklagte hat sich nämlich bewußt in die Rechtsbeziehungen zwischen Klägerin, Vertragsärzten, Versicherten und Leistungserbringern hineingedrängt. Wollte man in solchen Fällen die Anrechnung von ersparten Aufwendungen im Wege des Vorteilsausgleichs zulassen, so wäre die Klägerin - und darüber hinaus alle Krankenkassen - allgemein dem Auftreten von Nichtvertragsärzten oder nicht zugelassenen Ärzten, die vorgeben, solche zu sein, ausgesetzt. Insbesondere müßte sie in diesen Fällen auch damit rechnen, daß Nichtvertragsärzte, die von (freiwillig) Versicherten der Ersatzkassen in Anspruch genommen und honoriert werden, und deren Honorare den Versicherten unmittelbar erstattet werden, Arzneimittel sowie Heil- und Hilfsmittel wie Vertragsärzte verordnen. Gegenüber diesen Ärzten hätte die Klägerin praktisch keine Möglichkeit, ihr Verordnungsverhalten zu kontrollieren. Während das Verordnungsverhalten von Vertragsärzten nämlich im Hinblick auf die Einhaltung des Gebots der Wirtschaftlichkeit durch die nach dem EKV vorgesehenen Gremien überprüft werden kann und muß, ist dieses Verfahren bei Nichtvertragsärzten nicht möglich. Bei diesen Ärzten kann die Klägerin das Verordnungsverhalten allenfalls vor der Ausführung prüfen oder aber, wenn der Versicherte sich die Leistungen auf eigene Kosten beschafft hat, im Zusammenhang mit der Erstattung seiner Aufwendungen. Das Bundessozialgericht hat schon mit Urteil vom 31.07.1963 - 3 RK 92/59 - (BSGE 19 S. 270, 274) entschieden, daß dann, wenn ein nicht zugelassener Arzt Arzneien verordnet, die Krankenkasse hierdurch nicht verpflichtet wird, ohne Rücksicht darauf, ob sich die Verordnung im Rahmen des Notwendigen gehalten hat oder nicht.

...

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 183, 193 SGG.

Der Senat läßt die Revision zu, denn es ist eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung, ob für Schadensersatzansprüche in Fällen wie den hier zu entscheidenden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit oder die ordentlichen Gerichte zuständig sind (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG).

...