

Az.: L 5 Ka 11/94

S 1 Ka 156/92 Mz

**Verkündet
am 22.6.1995**

gez. [REDACTED]

**Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle**

**LANDESSOZIALGERICHT
RHEINLAND-PFALZ**

Im Namen des Volkes

Urteil

In dem Rechtsstreit

[REDACTED]
Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte: [REDACTED]

g e g e n

[REDACTED]
Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter: [REDACTED]

beigeladen: [REDACTED]

hat der 5. Senat des Landessozialgerichts Rheinland-Pfalz in Mainz aufgrund
der mündlichen Verhandlung am 22.6.1995 durch

**Vizepräsident des Landessozialgerichts [REDACTED]
Richter am Landessozialgericht [REDACTED]
Richter am Landessozialgericht [REDACTED]**

**ehrenamtlichen Richter [REDACTED]
ehrenamtlichen Richter [REDACTED]**

für Recht erkannt:

1. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Mainz vom 23.2.1994 wie folgt ergänzt:
Die Beklagte wird verurteilt, weitere 400,-- DM an die Klägerin zu zahlen.
Außerdem wird festgestellt, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, weitere Aufrechnungen oder Verrechnungen wegen der unter Hinweis auf die strafgerichtliche Verurteilung des Beigeladenen behaupteten Ansprüche gegenüber der Klägerin vorzunehmen.
2. Die Berufung der Beklagten wird zurückgewiesen.
3. Die Beklagte hat der Klägerin die außergerichtlichen Kosten des Berufungsverfahrens zu erstatten.
4. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand

Die Beklagte wehrt sich mit der Berufung gegen ihre Verurteilung zur Zahlung von 598.018,09 DM an die Klägerin. Die Klägerin erstrebt dagegen mit ihrer Berufung weiterhin die Feststellung, daß die Beklagte nicht berechtigt ist, im Zusammenhang mit dem Strafverfahren gegen den Beigeladenen behauptete Ansprüche im Wege der Aufrechnung oder Verrechnung ihr gegenüber geltend zu machen. Außerdem begeht sie im Wege der Klageerweiterung, die Beklagte zur Zahlung weiterer 400,-- DM an sie zu verurteilen.

Der Beigeladene war seit 1976 als Kassenzahnarzt in [REDACTED] tätig. Am 5.4.1990 erhob die Staatsanwaltschaft B [REDACTED] gegen ihn Anklage wegen fortgesetzten Betrugs in der Zeit von 1982 bis 1988, durch den er sich von den Krankenkassen und den Patienten zu Unrecht Honorare in Höhe von mindestens 1.589.336,24 DM, davon 1.126.816,50 DM zu Lasten der Krankenkassen verschafft habe. Der Vorwurf ging dahin, daß der Beige-

ladene bewußt wahrheitswidrig nicht oder nicht abrechnungsfähig erbrachte Leistungen abgerechnet habe. In zahlreichen Fällen seien vorwiegend die Gebührenposition 105 und 107 der BEMA-Z die Gebührennummer Ä 925 und bMF (12) wegen Verstoßes gegen Diagnose- und Dokumentationspflichten zu Unrecht in Ansatz gebracht worden. Teilweise seien im Bereich der konservierenden Behandlung auch zu Unrecht Rezepte ausgestellt worden. In zwei Fällen sei die Behandlung vor Beginn des Versicherungsschutzes der Patienten durchgeführt und nach dessen Eintritt abgerechnet worden. In zahlreichen Fällen habe der Beigeladene auch gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung verstoßen. Insbesondere im Bereich der kieferorthopädischen, aber auch im Rahmen konservierender und prothetischer Behandlungen habe er ihm selbst obliegende zahnärztliche Arbeiten durch Zahnarzthelferinnen durchführen lassen und sich bei der Kieferorthopädie unter Verstoß gegen die einschlägigen Abrechnungsvorschriften der Mithilfe einer Kieferorthopädin bedient. Weiterhin seien prothetische Arbeiten und Parodontosebehandlungen nicht in vollem Umfang erbracht und aus diesem Grund falsch abgerechnet worden. Schließlich habe er auch noch erhöhten Goldverbrauch abgerechnet.

Nach Beschränkung der Anklage bezog sich das Strafverfahren nur noch auf die Komplexe Goldabrechnung, kieferorthopädische Behandlungen (KFO) und Prothetik. Der Beigeladene wurde insoweit durch rechtskräftiges Urteil des Landgerichts B [...] vom 4.11.1991 - 3 Js 78/88 - wegen Betrugs in 94 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Nach den Feststellungen des Strafurteils verschaffte sich der Kläger in den Jahren 1984 bis 1986 durch Abrechnung größerer als der tatsächlich verbrauchten Goldmengen zu Unrecht insgesamt 16.023,45 DM. - Bei der KFO erbrachte der Beigeladene in den Quartalen I/83 bis I/88 die abgerechneten Leistungen ganz überwiegend nicht selbst. Obwohl wegen der von den Hilfskräften ausgeführten Leistungen keine Beanstandungen bekannt geworden seien, habe er dafür insgesamt mindestens

196.962,26 DM zu Unrecht abgerechnet und erhalten. - Bei den Prothetikleistungen gliederte er von 1983 bis 1988 nahezu regelmäßig Kronen und Brücken nur mit einem provisorischen Zement ein. Danach rechnete er ab, obwohl ihm bekannt war, daß ihm ein Honoraranspruch erst nach endgültiger Eingliederung zustand. In einigen Fällen erfolgte die endgültige Eingliederung zwar noch nach der Abrechnung. In diesen Fällen wurde ein Betrug aber darin gesehen, daß er sich das ihm im Zeitpunkt der Abrechnung noch nicht zustehende Honorar vorzeitig verschafft habe. Von den auf diese Weise (ohne Goldkosten) zu Unrecht abgerechneten 249.565,58 DM entfielen 186.035,24 DM auf den Kassenanteil.

Mit Schreiben vom 24.3.1988 meldete der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten bei der Klägerin vorsorglich zur Fristwahrung einen nicht näher bezifferten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch an. Die Klägerin unterrichtete den Beigeladenen davon mit Schreiben vom 29.3.1988 und kündigte darin Honorareinbehaltungen an, die später auch teilweise vorgenommen wurden. Am 16.3.1990 und 12.9.1990 forderte sie den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zur Bezifferung auf. Diese erfolgte für alle von ihm vertretenen Krankenkassen am 27.9.1990 mit vorläufig 846.149,31 DM. Die Klägerin gab dem Beigeladenen mit Schreiben vom 24.10.1990 Gelegenheit zur Stellungnahme und forderte dann mit Bescheid vom 5.12.1990 von ihm zunächst 377.145,56 DM zurück. Davon entfielen 353.801,29 DM auf KFO und 23.344,27 DM auf PAR. Gleichzeitig wies sie darauf hin, daß wegen der weiteren Rückforderungsansprüche zunächst noch die Zuständigkeit der Prüfgremien geklärt werden müsse.

Auf den Widerspruch des Beigeladenen hob die Klägerin mit Widerspruchsbescheid vom 5.9.1991 (Beschluß vom 10.8.1991) die Rückforderung wegen der KFO-Leistungen wieder auf, weil insoweit die Schadensfeststellung den Prüfgremien obliege. Zuvor hatte sie mit Schreiben vom 19.5.1991 ohne Erfolg versucht, mit dem Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zu vereinbaren, den

Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten und die darin getroffenen Feststellungen dem Erstattungsanspruch zugrunde zu legen. Den auf die PAR-Abrechnung entfallenden Betrag von 23.344,27 DM zahlte die Klägerin gemäß Ankündigung vom 25.8.1992 an den Prozeßbevollmächtigten der Beklagten zur Weiterleitung an die beteiligten Krankenkassen. Dieser lehnte mit Schreiben vom 8.9.1992 die Annahme ab und wies darauf hin, daß er den beteiligten Kassen wegen der bisher nicht vorliegenden Entscheidung der Klägerin über den gesamten angemeldeten Erstattungsanspruch bereits die Aufrechnung freigestellt habe. Die Klägerin ist nach wie vor bereit, diesen Betrag an die beteiligten Kassen zu zahlen. Im übrigen rechnete die Beklagte ab September 1992 in mehreren Teilbeträgen mit inzwischen insgesamt 598.418,09 DM gegen Ansprüche der Klägerin aus Abrechnungen ihrer Mitglieder auf, die jeweils erst im Zeitpunkt der Aufrechnung entstanden und fällig geworden sind. In dem aufgerechneten Betrag sind Erstattungsforderungen für Goldabrechnungen, KfO, Prothetik, konservierend-chirurgische Leistungen und für Rezepte enthalten. Mit den in weiteren Verfahren streitigen Beträgen haben die beteiligten Kassen bisher mit insgesamt 680.506,75 DM aufrechnet. Von den ursprünglich angemeldeten 846.149,31 DM stehen damit noch insgesamt 142.198,29 DM offen, wenn man die 23.444,27 DM als Zahlung behandelt.

Der nach Auffassung der Klägerin für die Entscheidung über alle nicht durch den Widerspruchsbescheid vom 5.9.1991 festgestellten Forderungen der Beklagten zuständige Prüfungsausschuß hat bisher keine förmliche Entscheidung getroffen. Er hat sich in seiner Sitzung vom 28.10.1991 dahin geäußert, der Vorstand der Klägerin habe zwar einen Antrag auf Feststellung eines sonstigen Schadens gestellt. Er müsse aber nach Auffassung des Ausschusses zunächst über die Anerkennung eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs entscheiden. Erst dann sei, je nach Ausgang der Entscheidung des Vorstands, auf Antrag des Prozeßbevollmächtigten der Beklagten die Frage eines

sonstigen Schadens zu prüfen. Ein solcher Antrag liege bisher nicht vor.

Mit der Klage hat die Klägerin geltend gemacht, im Rahmen des zwischen den Beteiligten bestehenden Vertragsverhältnisses sei eine Aufrechnung vor förmlicher Feststellung der aufzurechnenden Gegenforderungen unzulässig. Bisher habe die Beklagte nicht einmal einen fälligen Gegenanspruch. Der Widerspruchsbescheid vom 5.9.1991, der einen solchen bis auf die bereits bezahlten 23.344,27 DM abgelehnt habe, sei mangels Anfechtung bindend geworden. Streitig sei im wesentlichen, wer überhaupt für die Entscheidung über die geltend gemachten Ansprüche zuständig sei. Nachdem inzwischen der Prüfungsausschuß seine Zuständigkeit verneint habe, sei für die Beklagte der einzige zulässige Weg, gegen diese Entscheidung vorzugehen. Rein vorsorglich erhebe sie auch die Einrede der Verjährung. Unter Berücksichtigung der vom Bundessozialgericht für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche angenommenen Verjährungsfrist von vier Jahren seien gemäß § 390 BGB jedenfalls vor dem 1.1.1988 entstandene Ansprüche nicht mehr aufrechenbar.

Mit Urteil vom 23.2.1994 hat das Sozialgericht die Beklagte unter Abweisung des zusätzlichen Feststellungsbegehrens und des geltend gemachten Zinsanspruchs nur zur Zahlung von 598.018,09 DM verurteilt. In den Entscheidungsgründen hat es dazu ausgeführt, eine Verurteilung der Beklagten zur Zahlung der darüber hinaus aufgerechneten 400,-- DM sei nicht möglich, weil es insoweit an einem Antrag der Klägerin fehle. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei der mit der Klage geltend gemachte Anspruch der Klägerin nicht durch Aufrechnung erloschen. Die Aufrechnung der Beklagten scheitere schon daran, daß ihre zur Aufrechnung gestellte Forderung der Höhe nach nicht feststehe. Solange zur Aufklärung der angeblichen unerlaubten Handlung des Beigeladenen eine umfangreiche und im Ergebnis zweifelhafte Beweisaufnahme erforderlich sei, verbiete sich die Aufrechnung, selbst wenn mit der Beklagten davon ausgegangen

werden könne, daß nicht nur wegen der Goldabrechnungen, sondern auch wegen lediglich nicht vertragsgerecht abgerechneter sonstiger Leistungen ein öffentlich-rechtlicher Schadenersatzanspruch bestehe. Der Feststellungsantrag der Klägerin sei unbegründet, weil es auf ihn nicht mehr ankomme. Für den Zinsanspruch finde sich keine Rechtsgrundlage.

Gegen dieses der Klägerin am 24.3. und der Beklagten am 23.3.1994 zugestellte Urteil haben die Klägerin am 28.3. und die Beklagte am 21.4.1994 Berufung eingelegt.

Die Klägerin macht geltend, nach den zutreffenden Berechnungen des Sozialgerichts stünden ihr weitere 400,-- DM zu. Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts sei aber auch ihr Feststellungsbegehren begründet. Das ergebe sich schon daraus, daß die Aufrechnung in Höhe ihrer Klageforderung unzulässig gewesen sei. Im übrigen wiederholt sie ihr bisheriges Vorbringen.

Die Beklagte führt aus, entgegen der Auffassung des Sozialgerichts könne ihre Aufrechnung nicht daran scheitern, daß die zur Aufrechnung gestellte Forderung der Höhe nach nicht feststehe. Der Beigeladene sei rechtskräftig wegen Betrugs verurteilt. Dies setze tatbestandsmäßig voraus, daß er sich rechtswidrige Vermögensvorteile verschafft habe. Damit seien die Voraussetzungen eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs gegeben. Bei der Schadensberechnung sei von den Feststellungen der Staatsanwaltschaft in der Anklageschrift auszugehen. Das habe auch die Beklagte in ihrem Schreiben vom 5.12.1990 an den Beigeladenen anerkannt. Ihre Aufrechnung sei nicht dadurch ausgeschlossen, daß sie nicht gegen den Widerspruchsbescheid vom 5.9.1991 und die Ablehnung seiner Zuständigkeit durch den Prüfungsausschuß in der Sitzung vom 28.10.1991 vorgegangen sei. Letztere sei nicht in Bescheidform ergangen. Schon deshalb habe sie nicht bindend werden können. Für den Widerspruchsbescheid gelte im Ergebnis nichts anderes, weil sie dagegen nur mit einer nicht fristgebundenen

Leistungsklage hätte vorgehen können. Davon habe sie nur deshalb abgesehen, weil begründeter Anlaß zur Annahme einer außergerichtlichen Erledigungsmöglichkeit bestanden habe. Die Verjährungseinrede greife nicht durch, weil die Klägerin mit ihr gegen Treu und Glauben verstöße. Mit dem Bescheid vom 5.12.1990 habe sie den Eindruck erweckt, die Gesamtforderung werde nach und nach realisiert. Mit Schreiben vom 25.4. und 14.5.1991 habe sie darüber hinaus vorgeschlagen, zunächst den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten. Auf jeden Fall hätte die Klägerin die Verjährungseinrede früher erheben können und müssen. Abgesehen davon sei zu überprüfen, ob die Verjährungsfrist nicht entgegen der bisherigen Rechtsprechung erst zu laufen beginne, wenn die Krankenkassen Kenntnis vom Vorliegen und Umfang betrügerischer Abrechnungen hätten. Andernfalls sei bei verspäteter Aufdeckung meist die Verjährung bereits eingetreten.

Die Beklagte beantragt,
das angefochtene Urteil abzuändern, die Klage abzuweisen
und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Klägerin beantragt,
die Berufung der Beklagten zurückzuweisen und die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Urteils zur Zahlung weiterer 400,-- DM zu verurteilen sowie festzustellen, daß die Beklagte nicht berechtigt sei, weitere Aufrechnungen oder Verrechnungen wegen der unter Hinweis auf die strafgerichtliche Verurteilung des Beigeladenen behaupteten Ansprüche gegenüber der Klägerin vorzunehmen.

Zur Ergänzung des Tatbestands wird auf die Prozeßakten und die von der Beklagten vorgelegten Aktenunterlagen Bezug genommen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe

Die Berufung der Beklagten ist unbegründet. Die Berufung der Klägerin dagegen begründet.

Der Leistungsklage der Klägerin hat das Sozialgericht im Ergebnis mit Recht stattgegeben. Die Beklagte durfte nicht, wie geschehen, gegen Forderungen der Klägerin aufrechnen. Soweit wegen der überhöhten Goldabrechnungen des Beigeladenen in der Zeit bis Ende 1986 und wegen der in den Quartalen I und II/85 vor Beginn des Versicherungsschutzes bei der Beklagten erbrachten, aber erst nach Beginn des Versicherungsschutzes in den Quartalen III und IV/85 abgerechneten Leistungen bei zwei Patienten ein ohne vorherige förmliche Feststellung aufrechenbarer öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch gegen die Klägerin in Betracht kommt, ist dieser spätestens mit Ablauf des Jahres 1991, dh lange vor der erstmals im September 1992 erklärten Aufrechnung, verjährt. Bezuglich der sonstigen von der Beklagten geltend gemachten Schäden wegen betrügerischer Abrechnung von Prothetikleistungen, kieferorthopädischen und konservierend-chirurgischen Leistungen sowie Rezeptausstellungen ist die Aufrechnung der Beklagten dagegen unzulässig, weil insoweit weder eine den Prüfinstanzen vorbehaltene Schadensfeststellung noch eine der Beklagten selbst obliegende sachlich-rechnerische Berichtigung der Abrechnungen des Beigeladenen vorliegt, die Voraussetzung für die Entstehung aufrechnungsfähiger Ansprüche der Beklagten wären.

Den Betrag von 400,-- DM, den die Klägerin in erster Instanz infolge eines Additionsfehlers bei der Zusammenrechnung der von der Beklagten abgegebenen Aufrechnungserklärungen irrtümlich zu wenig geltend gemacht hat, kann sie mit einer zulässigen Klageerweiterung im Berufungsverfahren geltend machen (vgl Meyer-Ladewig, SGG, Rz 12 zu § 99, BSG SGb 1970, 128). Die Verurteilung der Beklagten wegen dieser zusätzlichen 400,-- DM ist aus den gleichen Gründen gerechtfertigt, aus denen die Berufung

der Beklagten wegen der vom Sozialgericht in erster Instanz bereits zugesprochenen 598.018,09 DM zurückzuweisen ist.

Darüber hinaus muß auch das von der Klägerin mit der Berufung weiterverfolgte Feststellungsbegehren Erfolg haben. Es handelt sich dabei um eine zulässige (Meyer-Ladewig aaO, Rz 21 zu § 55 mwN) und aus den gleichen Gründen wie das Leistungsbegehren der Klägerin auch begründete Zwischenfeststellungsklage im Sinne des auch im Sozialgerichtsverfahren entsprechend anwendbaren § 256 Abs 2 ZPO. Der von der Klägerin mit der Klage geltend gemachte Zahlungsanspruch hängt von der zwischen den Beteiligten streitigen Aufrechnungsmöglichkeit ab. Deshalb kann die Klägerin die Feststellung, daß die Beklagte auch mit den von ihr behaupteten weiteren Ansprüchen nicht aufrechnen darf, verlangen, ohne daß sie ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis dartun muß.

Durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist geklärt, daß die Krankenkassen gegen die Kassenzahnärztliche Vereinigung einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch haben können, wenn sie mit der Gesamtvergütung Leistungen eines Zahnarztes bezahlt haben, die tatsächlich nicht erbracht worden sind (vgl BSG, SozR 2200, § 368 f Nr 11; BSGE 69, 158 = SozR 3-1300, § 113 Nr 1). Für diesen Anspruch gelten nicht die Vorschriften der §§ 112 f Sozialgesetzbuch - Verwaltungsverfahren - (SGB X). Er ist gegeben, wenn im Rahmen eines öffentlich-rechtlichen Rechtsverhältnisses Leistungen ohne rechtlichen Grund erbracht oder sonstige rechtsgrundlose Vermögensverschiebungen vorgenommen worden sind (BSG aaO mwN). Soweit er besteht und fällig ist, ist er grundsätzlich auch zur Aufrechnung gegen laufende Forderungen der Kassenzahnärztlichen Vereinigung auf Zahlung der Gesamtvergütung geeignet. Dabei ist nicht erforderlich, daß ein Verfahren der Kassenzahnärztlichen Vereinigung gegen den Kassenzahnarzt auf Honorarberichtigung vorausgegangen ist (BSG, SozR 2200, § 368 f Nr 11). Was für mit der Gesamtvergütung bezahlte, aber nicht erbrachte Leistungen des Arztes gilt, trifft

auch für die Erstattung tatsächlich nicht verauslagter Kosten zu (vgl BSG, Urteil vom 13.1.1991 - 14a/6 RKA 68/91 -). Deshalb bestand wegen der überhöhten Goldabrechnungen des Beigeladenen zunächst ein ohne förmliche Feststellung aufrechenbarer Erstattungsanspruch der Beklagten.

Dieser Anspruch der Beklagten unterlag jedoch einer vierjährigen Verjährungsfrist (vgl BSG, Urteil vom 1.8.1991 - 6 RKA 9/89 -). Die Verjährung ist durch Ablauf dieser Frist vor der erstmals im September 1992 erklärten Aufrechnung eingetreten. Deshalb stand der Klägerin schon im Zeitpunkt der Aufrechnungserklärung ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 222 BGB zu. Ein solches steht einer Aufrechnung nach § 390 S 1 BGB grundsätzlich entgegen. Zwar schließt nach § 390 S 2 BGB die Verjährung ausnahmsweise die Aufrechnung dann nicht aus, wenn die verjährte Forderung zu einer Zeit, zu der sie erstmals gegen die andere durch Aufrechnung zu tilgende Forderung aufgerechnet werden konnte, noch nicht verjährt war. Diese Voraussetzungen liegen aber hier schon deshalb nicht vor, weil die Forderungen der Klägerin auf laufende Honorarzahlungen, gegen die die Beklagte aufgerechnet hat, jeweils erst im Zeitpunkt der Aufrechnung entstanden bzw fällig geworden sind, so daß eine frühere Aufrechnung gemäß § 387 BGB nicht möglich war.

In entsprechender Anwendung von § 113 Abs 1 SGB X hat die Verjährung des Erstattungsanspruchs der Beklagten mit Ablauf des Kalenderjahres begonnen, in dem er entstanden ist. Da die überhöhten Goldabrechnungen von der Beklagten nur für Abrechnungsquartale der Jahre 1984 bis 1986 bezahlt wurden, hat die Verjährung frühestens am 1.1.1985 (für Zahlungen im Jahre 1984) und spätestens am 1.1.1988 (soweit Zahlungen auf Abrechnungen für 1986 erst im Jahre 1987 erfolgten) begonnen. Mithin war auch der zuletzt entstandene Erstattungsanspruch der Beklagten aus den Goldabrechnungen spätestens mit Ablauf des Jahres 1991 verjährt.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Ablauf der vierjährigen Verjährungsfrist vor dem 31.12.1991 weder gehemmt noch unterbrochen worden. Ebensowenig ist die Berufung der Klägerin auf die deshalb eingetretene Verjährung rechtsmißbräuchlich.

Wegen einer Hemmung oder Unterbrechung der Verjährung gelten nach § 113 Abs 2 SGB X die Vorschriften des BGB sinngemäß. Eine Hemmung gemäß § 202 ff BGB ist nicht eingetreten. Es liegt offensichtlich keiner der dort genannten Fälle vor. Auch eine Verjährungsunterbrechung nach § 208 ff BGB ist nicht erfolgt. Insbesondere hat die Klägerin den in Rede stehenden öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch der Beklagten zu keiner Zeit ganz oder auch nur teilweise anerkannt. Sie hat keine der in § 208 BGB für ein Anerkenntnis geforderten, nach außen hin erkennbaren Aktivitäten entfaltet. Die Überweisung von 23.344,27 DM ist nicht als Teilzahlung im Sinne von § 208 BGB anzusehen. Es handelt sich insoweit auch nicht um ein Teilanerkenntnis eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs der Beklagten, sondern um die Erfüllung eines sich aus der von der Beklagten mit Bescheid vom 5.12.1990 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 5.9.1991 bindend vorgenommenen sachlich-rechnerischen Berichtigung der PAR-Abrechnungen des Beigeladenen ergebenden Rückzahlungsanspruch der beteiligten Kassen. Im übrigen hat die Klägerin von Anfang an bezüglich der Goldabrechnungen und der Verschiebung des Versicherungsschutzes bei zwei Patienten zu Unrecht, im übrigen aber zu Recht, zumindest im Ergebnis erkennbar die Auffassung vertreten, der Beklagten stehe kein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch, sondern allenfalls ein von den Prüfgremien festzusetzender Schadenersatzanspruch zu.

Die schriftliche Geltendmachung des Erstattungsanspruchs durch die Beklagte gegenüber der Klägerin am 24.3.1988 und seine Bezifferung am 27.9.1990 konnten die Verjährung nicht unterbrechen. § 113 Abs 2 SGB X hat bewußt auf eine § 45 Abs 3 SGB I entsprechende Regelung, nach der schon ein schriftlicher Antrag

die Verjährung für Sozialleistungsansprüche unterbricht, verzichtet (vgl BSG, Urteil vom 1.8.1991 - 6 RKA 9/89 -).

Die Erhebung der Verjährungseinrede wäre nach dem genannten Urteil des Bundessozialgerichts nur dann rechtsmißbräuchlich, wenn die Klägerin die Verjährung arglistig, dh vorsätzlich, herbeigeführt hätte. Selbst wenn man aber zugunsten der Beklagten davon ausgeht, die Arglisteinrede könne schon dann durchgreifen, wenn die Klägerin, als Schuldner, die Beklagte, als Gläubiger, durch ihr Verhalten nach objektiven Maßstäben veranlaßt habe darauf zu vertrauen, der Anspruch werde ohne Rechtsstreit befriedigt oder jedenfalls nicht mit der Verjährungseinrede bekämpft, vermag dies die Verjährungseinrede der Klägerin nicht zu Fall zu bringen. Für vorsätzliche Herbeiführung der Verjährung durch die Klägerin besteht kein Anhalt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, daß im Zeitpunkt, als die vierjährige Verjährungsfrist für öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche durch die genannte Entscheidung des Bundessozialgerichts erstmals allgemein bekannt wurde (August 1991), die bis einschließlich 1986 entstandenen Ansprüche der Beklagten ohnehin bereits verjährt waren. Die von der Beklagten vorgetragenen Bedenken gegen die ordnungsgemäße Erfüllung der Aufsichtspflicht der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen könnten allenfalls ein Mitverschulden der Klägerin bei der Entstehung des Schadens begründen. Die Verjährungsfrage wird dadurch aber nicht berührt. Auch die Tatsache, daß die Klägerin erstmals am 16.3.1990 eine Bezifferung des bei ihr geltend gemachten Erstattungsanspruchs angemahnt hat, kann ihr nicht zum Vorwurf gemacht werden, nachdem der Prozeßbevollmächtigte der Beklagten bei der unter dem 24.3.1988 vorsorglich und zur Fristwahrung vorgenommenen Anmeldung ausdrücklich darauf hingewiesen hatte, eine exakte Angabe der Schadenshöhe sei gegenwärtig nicht möglich und gleichzeitig angekündigt hatte, von sich aus auf die Angelegenheit zurückzukommen. Nachdem die Klägerin in den Bescheiden vom 5.12.1990 und 5.9.1991 nur wegen eines 'verhältnismäßig geringen Teilbetrags eine rechnerische

Berichtigung vorgenommen und im übrigen auf die Zuständigkeit der Prüfgremien verwiesen hatte, konnte die Beklagte auch keineswegs darauf vertrauen, der von ihr geltend gemachte öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch werde gleichwohl ohne gerichtliche Geltendmachung von der Klägerin erfüllt werden. Da die Beklagte auf den Vorschlag der Klägerin vom 25.4.1991, den Ausgang des Strafverfahrens abzuwarten und den dort festgestellten Tatbestand dem Erstattungsanspruch zugrunde zu legen, nicht eingegangen ist (Ablehnungsschreiben vom 15.7.1991), hat er allenfalls eine Verzögerung von drei Monaten zur Folge gehabt. Von einer arglistigen Herbeiführung der Verjährung oder Ausnützung eines durch die Klägerin geschaffenen Vertrauenstatbestands kann daher keine Rede sein.

Verjährt ist aus den gleichen Gründen auch der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch der Beklagten für Behandlungen, die der Beigeladene bei zwei Patienten (██████████ und ██████████) in den Quartalen III und IV 1985 abgerechnet hat, als diese bereits bei der Beklagten versichert waren, obwohl er sie tatsächlich bereits vor dem Beginn des Versicherungsschutzes in den Quartalen I und II 1985 erbracht hatte. Auch hier handelt es sich wie bei den überhöhten Goldabrechnungen um die Vortäuschung einer in den in Rede stehenden Abrechnungszeiträumen tatsächlich nicht erbrachten kassenzahnärztlichen Leistung, die einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch begründen könnte. Der spätestens mit der letzten Zahlung im Jahre 1986 entstandene Erstattungsanspruch der Beklagten ist dann aber, wie oben dargelegt, mit Ablauf des Jahres 1990 verjährt.

Bezüglich der Prothetikleistungen steht der Beklagten kein ohne weiteres aufrechenbarer öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch zu, sondern nur ein Schadenersatzanspruch, mit dem sie erst nach seiner Feststellung durch die Prüfgremien aufrechnen kann (vgl BSG, SozR 5545 § 44 Nr 2 und Urteil vom 21.4.1993 - 14a RKA 6/92 -). Dies ergibt sich aus §§ 23, 24 BMV-Z, in

denen vertraglich die ausschließliche Kompetenz der Prüfgremien zur Feststellung von Schadenersatzansprüchen auch bei fehlerhafter Prothetik vertraglich festgelegt ist.

Im übrigen verkennt die Beklagte, daß sie hier keinesfalls Schadenersatz in Höhe des gesamten Prothetikhonorars des Beigeladenen fordern kann. Das vor endgültiger Eingliederung des Zahnersatzes abgerechnete Honorar mag vor Eintritt der Fälligkeit zu Unrecht geleistet worden sein. Das ist aber nicht mehr der Fall, nachdem feststeht, daß eine weitere Behandlung durch den Beigeladenen nicht mehr stattfinden kann. Er hat seine Praxis bereits im November 1990 geschlossen. Für den Ersatzkassenbereich hat das BSG mit Urteil vom 20.5.1992 - 14a/6 RKA 6/90 - für diesen Fall ausdrücklich einen anteiligen Honoraranspruch des Zahnarztes für die tatsächlich erbrachten Leistungen bejaht. Für den Bereich der RVO-Kassen (Primärkassen) gilt aber nichts anderes. In Ziffern 22, 93a und 99 BEMA-Z ist ausdrücklich die teilweise Honorierung nicht vollendeter Prothetikleistungen vorgesehen.

Bezüglich der kieferorthopädischen und sonstiger konservierender und chirurgischer Leistungen kommt ebenfalls kein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch der Beklagten in Betracht, sondern nur ein erst nach entsprechender Schadensfeststellung durch die Prüfgremien nach §§ 23, 24 BMV-Z oder durch die Klägerin selbst im Wege einer sachlich-rechnerischen Berichtigung aufrechenbarer Schadenersatzanspruch in Betracht. Es geht hier nicht um die für einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch erforderliche Vortäuschung tatsächlich nicht erbrachter Leistungen, sondern nur um solche Leistungen, die vom Beigeladenen vertragswidrig nicht persönlich erbracht wurden und deshalb nicht abrechnungsfähig waren. Durch die Verpflichtung des Kassenzahnarztes zur persönlichen Leistungserbringung soll nicht zuletzt sichergestellt werden, daß nur notwendige zweckmäßige und in ihrer Qualität auch wirtschaftliche Leistungen erbracht werden. Dies spricht im Fall seiner

Verletzung für die Zuständigkeit der Prüfgremien, deren Aufgabe die Überwachung der Wirtschaftlichkeit ist. Letztlich kann jedoch dahinstehen, ob für die notwendige Vorentscheidung die Prüfgremien oder die Klägerin oder gar beide alternativ zuständig sind. Entscheidend ist allein, daß für einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch ohne Aufhebung der Honorarbescheide durch die Klägerin oder Schadensfeststellung durch die Prüfgremien kein Raum bleibt.

Falls eine Aufhebung der Honorarbescheide und Berichtigung der Abrechnung des Beigeladenen wegen Zeitablaufs ausgeschlossen ist, bleibt letztlich nur noch der Weg über Schadensfeststellung gemäß § 24 BMV-Z. Der dafür geltend zu machende Prüfungsanspruch ist seinem Wesen nach ein Gestaltungsrecht, das nicht der Verjährung unterliegt (vgl. BSG, Urteil vom 16.6.1993 - 14a/6 RKa 37/91 -). Deshalb kann das vom Prüfungsausschuß ohne förmliche Entscheidung durch Rückgabe an den Vorstand der Klägerin am 28.10.1991 lediglich unterbrochene Prüfverfahren wieder aufgenommen und zu Ende geführt werden, damit die Ansprüche der Beklagten, soweit möglich, aus den von der Klägerin vorsorglich einbehaltenen Honoraren des Beigeladenen und seinen etwaigen Ansprüchen gegen das Versorgungswerk der Klägerin befriedigt werden können.

Ein Schaden ist der Beklagten durch das betrügerische Abrechnungsverhalten des Beigeladenen allerdings wohl nicht in Höhe des gesamten für von ihm nicht persönlich erbrachte Leistungen gezahlten Honorars entstanden. Der Schaden der Beklagten beschränkt sich vielmehr auf die Nachteile, die ihr dadurch entstanden sind, daß die vertragswidrig abgerechneten Leistungen nicht vom Beigeladenen selbst, sondern teilweise von einer von ihm zugezogenen Kieferorthopädin und zum andern von seinen Helferinnen erbracht wurden. Soweit die kieferorthopädischen Leistungen nicht vom Beigeladenen, sondern von einer dafür wohl besser als er selbst qualifizierten Kieferorthopädin

erbracht worden sind, ist ein solcher Schaden der Beklagten kaum denkbar.

Zwischenzeitlich wurden auch die Möglichkeiten einer Leistungsdelegation auf Helferinnen mit einer entsprechenden Sonderausbildung erweitert. Deshalb erscheint es im vorliegenden Fall in besonderem Maße angebracht, die für den Beigeladenen schon während der in Rede stehenden Abrechnungszeiträume gegebenen Delegationsmöglichkeiten durch die sachkundigen Prüfgremien genauer klären zu lassen, als dies im Strafverfahren gegen den Beigeladenen geschehen ist. Dabei wird insbesondere zu berücksichtigen sein, ob und wie weit er seine Aufsichts- und Kontrollpflichten bei Leistungen, die von Helferinnen in seiner Abwesenheit erbracht wurden, im weiteren Behandlungsverlauf doch noch ausüben konnte und ausgeübt hat. Dies erscheint nicht nur bei Röntgenaufnahmen oder Fotos im Rahmen der kieferorthopädischen Behandlung möglich, die im Bedarfsfall auf seine Anordnung wiederholt werden konnten. Auch andere von den Helferinnen erbrachte Leistungen konnte er, da er, wie schon im Strafverfahren festgestellt wurde, immer wieder Teile der Behandlung persönlich ausgeführt hat, bei dieser Gelegenheit kontrollieren und erforderlichenfalls korrigieren oder ergänzen.

Soweit es sich bei dem Vorwurf zu Unrecht abgerechneter Gebührenpositionen nach 105 und 107 BEMA-Z, der Ä 925 sowie der bmF (12) nicht nur um Verstöße gegen den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung handelt, sondern um die Verletzung von Diagnose- und Dokumentationspflichten, käme zwar ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch in Betracht, wenn dabei auch tatsächlich nicht erbrachte Leistungen abgerechnet worden wären. Auch dieser wäre aber aus den dargelegten Gründen verjährt, soweit entsprechende Zahlungen spätestens 1987 erfolgt sind. Im übrigen, dh für Abrechnungen, auf die Zahlungen erst 1988 oder später geleistet werden, scheitert die Aufrechnung der Beklagten daran, daß die Voraussetzungen und die

Höhe eines solchen Erstattungsanspruchs nicht einmal annäherungsweise feststellbar sind. Das Strafurteil hat diesen gesamten Komplex bewußt ausgeklammert. Auch die Anklage enthält dazu keine verwertbaren Angaben. In ihr wird dem Beigeladenen in diesem Zusammenhang gerade nicht vorgeworfen, er habe Leistungen abgerechnet, die nicht erbracht worden seien. ~~Der Vorwurf beschränkt sich vielmehr darauf, daß er die Diagnosen nicht festgehalten und die Behandlung nicht vorschriftsmäßig dokumentiert habe.~~

Bei den dem Beigeladenen vorgeworfenen unrechtmäßigen Rezeptausstellungen handelt es sich ausweislich der Anklageschrift um die unzulässige Verordnung von Mitteln des Sprechstundenbedarfs für einzelne Patienten. Zum Teil wurden die verordneten Präparate von den Patienten anschließend jeweils zur Behandlung mitgebracht und in der Praxis verwendet. Zum großen Teil wurden sie aber von den Patienten zu Hause verbraucht. Für die Überprüfung dieser Verordnungsweise des Beigeladenen ergibt sich die Zuständigkeit der Prüfgremien für eine den von der Beklagten behaupteten öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch verdrängende notwendige Schadensfeststellung bereits aus dem Wortlaut des § 23 Abs 1 S 1 BMV-Z.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs 1 und Abs 4 S 2 SGG. Eine Kostenerstattung für den Beigeladenen erscheint nicht angemessen.

Die Revision wird wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache zugelassen.

- Rechtsmittelbelehrung -