

## L 12 KA 35/21

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Vertragsarztangelegenheiten  
1. Instanz  
SG München (FSB)  
Aktenzeichen  
S 43 KA 10/21  
Datum  
27.07.2021  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 12 KA 35/21  
Datum  
14.09.2022  
3. Instanz  
-  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil  
Leitsätze

Die Vorschrift des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) ist im Rahmen der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern um eine Zulassung bei partieller Entsperrung eines Planungsbereichs zugunsten eines Quotensitzes entsprechend anzuwenden.

I. Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 27.07.2021, Az.: [S 43 KA 10/21](#), sowie der Beschluss des Beklagten vom 20.10.2020 (Az.: 071/20 ) insgesamt (Ziffern 1 bis 3) aufgehoben und der Beklagte verurteilt, über den Widerspruch der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses Ärzte - Schwaben - vom 06.05.2020 sowie den Antrag der Klägerin auf Genehmigung der Beschäftigung von Dr. N, FA in für Innere Medizin und Rheumatologie, im MVZ, R-Straße, K-Stadt mit 20 Wochenstunden unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden.

II. Der Beklagte trägt die Kosten des gesamten Verfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

III. Die Revision wird zugelassen.

### T a t b e s t a n d :

Die Beteiligten streiten um die Berücksichtigung der Klägerin im Rahmen einer Auswahlentscheidung nach partieller Entsperrung des Planungsbereichs im Rahmen der Quotenregelung.

Die Klägerin ist Trägerin eines medizinischen Versorgungszentrums (MVZ) am Standort R-Straße in K-Stadt. Ihre alleinige Gesellschafterin ist die H GmbH.

Gegründet wurde das MVZ am 22.12.2004 in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) mit den Gesellschaftern Dr. H1 und Dr. H2.

Mit Beschluss des Zulassungsausschusses (ZA) vom 12.06.2019 wurde im Rahmen eines Trägerwechsels die Zulassung des MVZ mit der neuen Trägergesellschaft H GmbH K-Stadt Allgäu als Kapitalgesellschaft zum 01.07.2019 bestätigt. Seit dieser Zeit ist Dr. H1 nicht mehr als Vertragsarzt, sondern als angestellter Arzt im MVZ tätig.

Mit Beschluss des ZA vom 03.12.2019 wurde festgestellt, dass der bisherige Gesellschafter der H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu, Dr. H1, zum 27.06.2019 als Gesellschafter und damit auch als Gründer aus der Trägergesellschaft des MVZ ausscheide. Weiter stellte der ZA fest, dass die H GmbH ab 27.06.2019 alleinige Gesellschafterin der Trägergesellschaft des MVZ sei.

An der im März 2019 gegründeten H GmbH hielt zunächst der im MVZ tätige Arzt Dr. H1 26.000 Geschäftsanteile und war mithin zu 100 % an der Gesellschaft beteiligt. Am 27.06.2019 erfolgte eine Erhöhung des Stammkapitals der GmbH auf 27.000 €, wobei 1.000 weitere Geschäftsanteile á 1 € an Dr. H1 persönlich ausgegeben wurden, der wiederum seine bisherigen 26.000 Geschäftsanteile an die H GmbH übertrug.

Der Beigeladene zu 8. ist Facharzt für Innere Medizin mit den Schwerpunkten Rheumatologie und Gastroenterologie, die Beigeladene zu 9. Fachärztin für Innere Medizin und Rheumatologie.

Mit Beschluss vom 13.12.2019 des Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen in Bayern ergaben sich für den Planungsbereich Raumordnungsregion (ROR) Allgäu bei der Arztgruppe der fachärztlich tätigen Internisten für die Fachärzte für Innere Medizin und

Rheumatologie sowie Fachärzte für Innere Medizin mit Schwerpunkt Rheumatologie (Rheumatologen) entsprechend § 13 Abs. 6 Nr. 1 Bedarfsplanungs-Richtlinie (BedPl-RL) Zulassungsmöglichkeiten im Umfang eines halben Versorgungsauftrags bis der Mindestversorgungsanteil von 8% der regionalen Verhältniszahlen der fachärztlich tätigen Internisten überschritten ist (Quotenregelung).

Auf den Sitz bewarben sich der Beigeladene zu 8. mit einem Antrag auf Teilzulassung sowie die Klägerin mit einem Antrag auf Genehmigung zur Beschäftigung der Beigeladenen zu 9. (20 Wochenstunden). Der Zulassungsausschuss Ärzte Schwaben ließ mit Beschluss vom 06.05.2020 den Beigeladenen zu 8. mit Wirkung zum 01.06.2020 im Umfang eines halben Versorgungsauftrages zu. Den Antrag der Klägerin lehnte er ab mit dem Argument, dass deren Bewerbung nur nachrangig zu behandeln sei, da die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Ärzten läge, die in dem MVZ selbst als Vertragsärzte tätig seien.

Hiergegen hat die Klägerin Widerspruch erhoben. Die vom Zulassungsausschuss angewandte Nachrangigkeitsregelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) gelte - wenn überhaupt - nur für Fälle der Praxisnachfolge, nicht aber im Fall einer partiellen Entsperrung. Es hätte daher zu einer echten Auswahlentscheidung kommen müssen, die zugunsten der Klägerin mit der Beigeladenen zu 9. hätte ausfallen müssen. Zudem sei der im MVZ tätige Dr. H1 100%iger Gesellschafter und Geschäftsführer der Trägergesellschaft des MVZ, so dass allein er die Geschicke des MVZ lenke. Maßgeblich sei nach einer Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 30.09.2020, [B 6 KA 18/19 R](#), nicht die alleinige Trägerschaft des MVZ, sondern seien die dahinterstehenden Gesellschafter.

Der Beklagte wies den Widerspruch und den Antrag der Klägerin auf Genehmigung zur Beschäftigung der Beigeladenen zu 9. mit Beschluss vom 20.10.2020 (ausgefertigt am 08.12.2020) zurück. Zugleich wurde der Beigeladene zu 8. zur vertragsärztlichen Tätigkeit beschränkt auf die Hälfte eines vollen Versorgungsauftrags für den Vertragsarztsitz in B-Stadt, P-Straße, zugelassen. Die Zulassung erfolgte unter der aufschiebenden Bedingung, dass die derzeit erteilte Ermächtigung gemäß § 31 Abs. 1 Nr. 1 Ärzte-ZV (Klinik J) vor Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit beendet werde und dass das derzeitige Beschäftigungsverhältnis des Beigeladenen zu 8. bei den Kliniken O-K1 AdöR vor Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit auf höchstens 26 Wochenstunden reduziert werde.

Die Entscheidung zugunsten des Beigeladenen zu 8. begründete der Beklagte damit, dass der Antrag der Klägerin nachrangig zu werten sei. Die gesetzliche Regelung sei zunächst auf Auswahlverfahren im Rahmen eines Praxisnachfolge-Besetzungsverfahrens nach [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) anwendbar und per se nicht im Rahmen einer Auswahlentscheidung aufgrund der Entsperrung nach § 26 BedPl-RL, da die Regelung des Nachrangprinzips unter den dort in Abs. 4 geltenden Kriterien nicht aufgeführt sei. Das Sozialgericht München habe jedoch in seiner Entscheidung vom 27.07.2020, [S 28 KA 438/19](#), verdeutlicht, dass die Regelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) entsprechend auch für Auswahlverfahren im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Bedarfsplanungsrichtlinie anzuwenden und die Regelung nicht verfassungswidrig sei. Allen Auswahlverfahren sei gemein, dass es um Zulassungsverteilungen gehe, mit denen nach dem gesetzgeberischen Willen zu [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) der Gefahr der Verdrängung freiberuflich tätiger Ärzte entgegengetreten werden solle. Die Argumente des Sozialgerichts München für eine entsprechende Anwendung der Regelung würden denen des Bundessozialgerichts entsprechen. Aufgrund der Tatsache, dass die H GmbH ab 27.06.2019 alleinige Gesellschafterin der Trägergesellschaft H GmbH MVZ A-Stadt-Allgäu des MVZs geworden sei, habe die H GmbH die Geschäftsanteile von Herrn Dr. H1 übernommen. Die H GmbH sei wiederum gleichzeitig neue Gründerin des MVZ geworden und habe ihre Gründungseigenschaft nur dadurch nachweisen können, dass sie Erbringerin von nichtärztlichen Dialyseleistungen nach [§ 126 Abs. 3 SGB V](#) sei ([§ 95 Abs. 1a SGB V](#)). Aufgrund des vorgelegten Gesellschaftsvertrages und der Gesellschafterliste vom 13.09.2019 seien diese Voraussetzungen erfüllt. Aufgrund der Gesellschafterliste übernehme Herr Dr. H1 1000,- € der H GmbH. Aufgrund der weiteren Liste übernehme die H GmbH 26.000,- € an der H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu, somit an der Trägergesellschaft des MVZ. Deswegen sei allein die H GmbH Gesellschafterin der Trägergesellschaft und diese dann nicht so organisiert, dass mehrheitlich die Geschäftsanteile und Stimmenanteile bei Herrn Dr. H1 als Arzt, der in dem MVZ arbeitet, liege, sondern allein bei der H GmbH. Zugelassen sei das MVZ mit Beschluss des ZA vom 22.12.2004 mit den Gründern Dres. H1 und H2, also einer ärztlichen Personengesellschaft in der Rechtsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Mit Beschluss des ZA vom 12.06.2019 sei die Zulassung des MVZ mit der Trägergesellschaft H GmbH MVZ K-Stadt Allgäu bestätigt worden. Die Rechtsform des MVZ sei daraufhin die einer GmbH als Kapitalgesellschaft gewesen. Mit Beschluss des ZA vom 03.12.2019 sei dann die Gründerin und neue Gesellschafterin der Trägergesellschaft des MVZ mit der H GmbH benannt worden, so dass die direkte ärztliche Beteiligung verloren gegangen sei. Damit sei für den Beklagten bewiesen, dass die MVZ-Trägergesellschaft nicht durchgehend in der Mehrheit der Ärzte gewesen wäre und nicht zurzeit bei Herrn Dr. H1 sei, sondern bei der H GmbH. Mit dem Wortlaut des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) liege damit die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei den Ärzten, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig seien. Die Regelung der Nachrangigkeit der Klägerin als Antragstellerin greife daher entsprechend. Ein Auswahlverfahren des Beklagten liege daher nicht vor.

Daran ändere die neue Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vom 30.09.2020 in den Verfahren [B 6 KA 16/19](#), [B 6 KA 17/19](#) und [B 6 KA 18/19 R](#), nichts, da dort auf verschiedene MVZs in gleicher Trägerschaft oder bei Identität der Gesellschafter abgestellt worden sei. Im hier zu entscheidenden Fall handle es sich aber um ein MVZ, das eine Gesellschaft als Träger (die H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu) und deren Gesellschafter wiederum eine weitere Gesellschaft (die H GmbH) sei. Damit handele es sich nicht um mehrere betroffene MVZs wie bei den vom Bundessozialgericht entschiedenen Fällen und nicht um die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte. Zudem sei der Gesetzeszweck der Regelung des [§ 103 Abs. 4c SGB V](#), diejenigen MVZ den Vertragsärzten als Bewerber gleichzusetzen, die selbst durch Vertragsärzte geleitet werden. Die Klägerin werde aber durch eine GmbH (die H GmbH) als Gesellschafterin mehrheitlich "geleitet". Eine direkte ärztliche Leitung durch Herrn Dr. H1 liege daher nicht (mehr) vor. Damit sei die Klägerin nachrangig und die Beigeladene zu 9. könnte nicht mehr berücksichtigt werden. Sodann sei dem Beigeladenen zu 8. als einzig verbleibendem Bewerber die beantragte Teilzulassung zu erteilen.

Dagegen richtet sich die Klage vom 08.01.2021 zum Sozialgericht München. Der Beklagte verkenne, dass [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) ausweislich seines Wortlautes nur für die Fälle der Praxisnachfolge gelte. Vorliegend handle es sich jedoch um eine erstmalige Besetzung eines hälftigen Vertragsarztsitzes im Rahmen der sogenannten partiellen Öffnung, sodass bereits nach dem Wortlaut kein Anwendungsfall des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) gegeben sei. Auch sei eine Auslegung dahingehend, dass im Wege der Auslegung [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) auf die Fälle der partiellen Öffnung übertragbar sei, was Zulassungsausschuss und Beklagter mit einer vermeintlich vergleichbaren Interessenlage zu begründen versuchten, nicht verfassungsgemäß möglich. Da es sich um eine Berufsausübungsregelung handele, hätte es eines ausdrücklichen gesetzgeberischen Willens bedurft, welcher jedoch nur im Hinblick auf die Situation der Praxisnachfolge in [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) seinen Niederschlag gefunden habe.

Doch selbst wenn man im Wege der Auslegung von einer Geltung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) für den vorliegenden Fall ausgehen sollte, so wäre vorliegend dennoch nach Sinn und Zweck der Regelung kein Nachrang gegeben. Ein solcher bestünde nach der Regelung nicht für ein MVZ, bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte bei den dort tätigen Vertragsärzten liege. Richtig sei zwar, dass Trägergesellschaft des MVZ K-Stadt seit dem 01.07.2019 die H GmbH MVZ K-Stadt Allgäu sei. Deren alleiniger Geschäftsführer sei gewesen

und sei immer noch der im MVZ tätige Dr. H1. Richtig sei auch, dass die H GmbH zwischenzeitlich alleinige Gesellschafterin der H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu sei. Deren alleiniger Gesellschafter sei aber wiederum der im MVZ tätige Dr. H1. Da also der im MVZ tätige Dr. H1 100%iger Gesellschafter der Gesellschafterin und zugleich auch deren Geschäftsführer und Geschäftsführer der Trägergesellschaft selbst sei, liege die Mehrheit der Geschäftsanteile des MVZ mittelbar ausschließlich bei diesem. Dass die Anteile unmittelbar dem Vertragsarzt ohne Zwischenschaltung anderer Gesellschaftsformen zugeordnet sein müssten, lasse sich [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) nicht entnehmen. Darüber hinaus habe für das MVZ K-Stadt bereits vor dem 31.12.2011 eine Zulassung bestanden. Dies zwar in abweichender Rechtsform, anfangs als GbR; dennoch habe bereits eine vertragsärztliche Zulassung als MVZ bestanden, sodass auch [§ 103 Abs. 4c Satz 4 SGB V](#) im Fall der Übertragbarkeit auf die Konstellation der partiellen Öffnung vorliegend einen Nachrang ausschließen würde.

Ein Nachrang der Bewerbung der Klägerin bestünde nach alledem unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Die Bewerbung der Klägerin hätte daher auch nicht mit der Begründung des Vorliegens eines Nachranges übergangen werden dürfen. Vielmehr hätte es zu einer echten Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbungen kommen müssen, die zugunsten der Bewerbung der Klägerin hätte ausfallen müssen.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 27.07.2021 abgewiesen.

Der Beschluss des Beklagten vom 20.10.2020 halte einer rechtlichen Überprüfung stand. Der Beklagte führe zutreffend aus, dass er grundsätzlich bei der Vergabe eines nach partieller Entsperrung neu zu besetzenden Vertragsarztsitzes Anträge auf Zulassungen wie den Antrag des Beigeladenen zu 8. und Anträge auf Anstellungsgenehmigungen wie den Antrag der Klägerin gleichermaßen zu berücksichtigen habe. Er habe bei seiner Auswahlentscheidung und der Anwendung der Auswahlkriterien dabei auf die Bewerber abzustellen, die die jeweilige Arbeitsstelle ausfüllen werden und damit vertragsärztlich tätig werden. Vorliegend sei die Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 8. nur nachrangig zu berücksichtigen, da ein Auswahlermessen des Beklagten nicht vorliege bzw. insoweit eingeschränkt sei, als dass gegenüber der Klägerin von vorneherein der Beigeladene zu 8. vorzuziehen sei, soweit er über die notwendigen Voraussetzungen für die Zulassung verfüge. Auf die in der Klageschrift vorgetragenen Auswahlkriterien (Versorgungskonzept, Praxissitz K-Stadt, Belange von Menschen mit Behinderung beim Zugang zur Versorgung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit und Versorgungskontinuität) komme es hier demnach nicht mehr an.

Das Gericht gehe wie der Beklagte davon aus, dass die Regelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) entsprechend auch für Auswahlverfahren im Rahmen der gesetzlichen Regelung der Bedarfsplanungsrichtlinie anzuwenden und diese Regelung nicht verfassungswidrig sei. Es werde insoweit auf das Urteil des Sozialgerichts München vom 27.07.2020, [S 28 KA 438/19](#) verwiesen, das sich auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts stütze (BSG vom 28.06.2000, Az. [B 6 KA 35/99 R](#) und vom 28.6.2017, Az. [B 6 KA 28/16 R](#)).

Auch der Vortrag, es wäre zumindest nach Sinn und Zweck der Regelung kein Nachrang gegeben, da es sich bei der Klägerin um ein medizinisches Versorgungszentrum handle, bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte bei den dort tätigen Vertragsärzten liege, führe zu keinem anderen Ergebnis. Wie der Beklagte sehe das Gericht hier den Beschluss des ZA vom 12.06.2019, mit dem die Zulassung der Klägerin mit der Trägergesellschaft H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu bestätigt worden sei. Die Rechtsform der Klägerin sei daraufhin die einer GmbH als Kapitalgesellschaft. Mit Beschluss des ZA vom 03.12.2019 sei dann die Gründerin und neue Gesellschafterin der Trägergesellschaft des MVZ mit der H GmbH benannt worden, sodass die direkte ärztliche Beteiligung verloren gegangen sei. Damit liege die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei den Ärzten, die in dem MVZ als Vertragsärzte tätig seien.

Daran könne auch nichts ändern, dass für das MVZ K-Stadt bereits vor dem 31.12.2011 eine Zulassung bestanden habe, denn zum damaligen Zeitpunkt habe das MVZ in der Rechtsform einer Personengesellschaft (GbR) bestanden. Der Bestandsschutz nach [§ 103 Abs. 4c Satz 4 SGB V](#) entfalle jedoch, wenn am 31.12.2011 die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte noch bei den Ärzten lagen. Damit erfülle die Regelung ihren Zweck, die "Übernahme von Vertragsarztsitzen durch Kapitalgesellschaften" als Gesellschafter von MVZ-Trägern entgegenzuwirken. Diese seien daran gehindert, den Nachrang der von ihnen betriebenen MVZ gemäß [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) zu umgehen, indem sie eine MVZ-GmbH kaufen, die sich bis zum 31.12.2011 mehrheitlich in Ärztehand befunden habe (vgl. Sächsisches Landessozialgericht, Urteil vom 13.03.2019, Az. [L 1 KA 17/18](#), dokumentiert bei juris, RN 54).

Hiergegen wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung vom 14.04.2021 zum BayLSG. Bei der Anwendung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) verkenne das Sozialgericht München wie bereits zuvor der Beklagte als auch der Zulassungsausschuss, dass dieser ausweislich seines Wortlautes nur für die Fälle der Praxisnachfolge und nicht wie hier für den Fall der partiellen Öffnung gelte. Die vom Gericht getroffene Auslegung sei verfassungsrechtlich nicht zulässig, denn objektive Berufsausübungsregelungen seien eng am Wortlaut auszulegen. Doch selbst wenn man von einer grundsätzlichen Geltung der zitierten Vorschrift im Wege der Auslegung ausgehen sollte, so wäre vorliegend dennoch nach Sinn und Zweck der Regelung kein Nachrang gegeben. Unter Wiederholung des bisherigen Vorbringens ergänzt der Prozessbevollmächtigte der Klägerin, Dr. H1 sei Gründer, Ärztlicher Leiter, 100%iger Gesellschafter und Geschäftsführer der Trägergesellschaft des MVZ und bis heute im MVZ als Arzt und als ärztlicher Leiter im MVZ tätig und auch weiterhin alleiniger Geschäftsführer der Klägerin. Dass die Anteile unmittelbar dem Vertragsarzt ohne Zwischenschaltung anderer Gesellschaftsformen zugeordnet sein müssten, lasse sich der Vorschrift nicht entnehmen und ergebe sich auch gerade nicht aus dem vom Sozialgericht aufgeführten Sinn und Zweck der Norm. Insoweit gebe es auch keinen allgemeinen vertragsarztrechtlichen Grundsatz, wonach allein auf die Trägergesellschaft abzustellen wäre und dahinterliegende Gesellschafterstellungen nicht zu berücksichtigen wären, wie zuletzt auch das BSG in seiner Entscheidung vom 30.09.2020 ([B 6 KA 18/19 R](#)) zugestanden habe. Jedenfalls dann, wenn eine Auslegung des [§ 103 Abs. 4c SGB V](#) dahingehend für möglich angesehen werden sollte, dass eine Übertragung der Regelung auf die Fälle der partiellen Öffnung aufgrund vermeintlich gleicher Interessenlage möglich sei, müsse im Gegenzug mit der gleichen Begründung (gleich Interessenlage) auch eine Anerkennung einer mittelbaren Inhaberschaft der Geschäftsanteile erfolgen. Denn auch hier habe allein der Vertragsarzt, der im MVZ tätig ist, das Sagen. Dass dies über den "Umweg" einer Gesellschaft (GmbH) erfolge, sei für die Frage unbedeutend, ob die volle Entscheidungsgewalt bei einem im MVZ tätigen Vertragsarzt liege. So sei es hier. Dr. H1 sei 100%iger Gesellschafter und Geschäftsführer der H GmbH, die 100-prozentige Gesellschafterin der Trägergesellschaft des MVZ sei, sodass hier allein Dr. H1 die Geschicke des MVZ lenke. Dies gelte umso mehr, als er auch der alleinige Geschäftsführer der Trägergesellschaft sei. Zudem könne die Klägerin auch auf die Bestandsklausel des [§ 103 Abs. 4c Satz 4 SGB V](#) zurückgreifen. Auch wenn zwischenzeitlich die Rechtsform geändert worden sei, bleibe Vertragsarztsubjekt das MVZ und nicht die Gesellschaftsform, in der das MVZ betrieben werde. Dies verkenne der Beklagte, wenn er verlange, dass das MVZ exakt so wie zum Zeitpunkt der Antragstellung auch bereits vor dem 31.12.2011 bestanden haben müsse. Eine solche Ansicht führe den Bestandsschutzcharakter ad absurdum und verkürze die Rechtsposition zugelassener MVZ weitgehender als im Gesetz verankert und damit in rechtswidriger Weise. Ein Nachrang der Bewerbung der Klägerin habe damit unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt bestanden.

Dies gelte selbst dann, wenn man von einer Geltung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) für die Fälle einer partiellen Öffnung und selbst in der Sonderkonstellation des vorliegenden Falles, wo die Geschicke des MVZ ausschließlich von einem Vertragsarzt geleitet werden, der im MVZ tätig ist, ausgehe. Denn die Qualifikation der Regelung als Ausschlussregelung sei unzutreffend und werde nicht einmal von denjenigen in

der Literatur geteilt, die ebenfalls eine grundsätzliche Geltung der Regelung für die Fälle der partiellen Öffnung befürworten würden. Unter Verweis auf eine Anmerkung von Jaeger/Baasch zu SG München (Medizinrecht 2021, 390 - 391) wird ausgeführt, die in [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) geregelte Nachrangigkeit würde denklogisch nur dann eingreifen, wenn unter gleichwertigen Bewerbern zwischen einem freiberuflichen Bewerber und einem mehrheitlich von Kapitalinvestoren geführten MVZ eine Auswahlentscheidung zu treffen sei. Andernfalls wären diese MVZ immer nachrangig, unabhängig von der Erfahrung und der Qualifikation der jeweiligen Bewerber und unabhängig von den weiteren im [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) geregelten Auswahlkriterien. Dies hätte der Gesetzgeber konkret regeln müssen. Eine Nachrangigkeitsregelung, die faktisch aber immer zur Anwendung komme - ohne Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalls - käme aber einer Ausschlussklausel gleich. Sodann ziehe der Verfasser der Anmerkung einen Vergleich zur ebenfalls in § 103 Abs. 4 geregelten Vorrangregelung für Allgemeinärzte bei ausgeschriebenen Hausarztsitzen. Hier habe der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass in besonderen Fällen auch andere hausärztlich tätige Ärzte berücksichtigt werden könnten. Diese - quasi spiegelbildliche - Argumentation müsse auch für die Nachrangregelung des [§ 103 Absatz 4c Satz 3 SGB V](#) gelten. Diese Ausführungen seien überzeugend und zutreffend.

Die Bewerbung der Klägerin habe daher nicht mit der Begründung des Vorliegens eines Nachrangs übergangen werden dürfen, vielmehr hätte es zu einer echten Auswahlentscheidung zwischen den Bewerbern kommen müssen, die zugunsten der Klägerin mit der Beigeladenen zu 9. hätte ausfallen müssen.

Der Klägerbevollmächtigte beantragt,

auf die Berufung der Klägerin werden das Urteil des Sozialgerichts München vom 27.07.2021, [S 43 KA 10/21](#), sowie der Beschluss des Beklagten vom 20.10.2020 (Az.: ) insgesamt (Ziffern 1 bis 3) aufgehoben und der Beklagte verurteilt, über den Widerspruch der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses Ärzte - Schwaben - vom 06.05.2020 sowie den Antrag der Klägerin auf Genehmigung der Beschäftigung von Frau Dr. N, FA für Innere Medizin und Rheumatologie, im MVZ, R-Straße, K-Stadt mit 20 Wochenstunden unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Der Beklagte beantragt,  
die Berufung zurückzuweisen

Der Beklagte hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend. Die Klägerin gehe fehl in der Annahme, dass es auf die Inhaberschaft der Geschäftsanteile und Stimmrechte des Dr. H1 insgesamt ankomme. Zwar sei dieser zurzeit alleiniger Gesellschafter der H GmbH, die wiederum alleinige Gesellschafterin der H GmbH MVZ K-Stadt-Allgäu sei. Der Beklagte sehe in dieser Konstruktion der "Gesellschaftsketten" aber die Gefahr der Einflussnahme durch Kapitalgesellschaften. Die einzelnen Gesellschaften der Kette könnten ihren Anteilseigner wechseln und damit leichter Geschäftsanteile und Stimmrechte ändern. Diese lägen nicht unmittelbar bei einer Gesellschaft in der Hand der Vertragsärzte, wie es [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) erfordere. Bei mehreren "Kettengesellschaften" seien Gesellschaften dazwischengeschaltet. Die Unmittelbarkeit des Einflusses der Vertragsärzte auf das MVZ selbst schwinde daher in dieser Konstellation. Zudem bestehe die Gefahr des Wechsels des Anteilseigners einer Kapitalgesellschaft. Die Klägerin könne sich auch nicht auf die Bestandsklausel des [§ 103 Abs. 4c Satz 4 SGB V](#) berufen.

Die Nachrangigkeit wirke sich insoweit aus, als das MVZ dann in die Auswahlentscheidung mit einbezogen worden wäre, wenn andere Bewerber aus unterschiedlichen Gründen weggefallen wären, da ein Nachrang gegenüber anderen Bewerbern dann nicht mehr bestünde. Unter Zitierung der Begründung der Entwurfsverfasser ([BT-Drucksache 17/6906 S. 77](#)) wird auf das generelle Ziel der Regelung in Bezug auf den Schutz und die Stärkung der freiberuflichen Tätigkeit in der vertragsärztlichen Leistungserbringung hingewiesen. Bewusst seien Vertragsärzte gegenüber den MVZ, bei denen die Mehrheit der Geschäftsanteile und Stimmrechte nicht bei den Vertragsärzten lägen, bevorzugt. Die Regelung betreffe jedoch nicht die im Ermessen der Zulassungsgremien stehende Auswahlentscheidung selbst, sondern regle unmittelbar Kraft zwingendem Gesetzesrecht deren Voraussetzungen, entscheide also bereits selbst abschließend darüber, innerhalb welchen Personenkreises die Auswahl überhaupt stattfinde. Die Klägerin sei deshalb nachrangig zum Beigeladenen zu 8.

Auch die Beigeladene zu 1. hält das Urteil des SG für zutreffend. Eine Analogie sei zulässig, da der Konstellation einer Zulassung oder Anstellung im Rahmen eines Nachbesetzungsverfahrens einerseits und einer Zulassung oder Anstellung nach einer partiellen Entsperrung eines Planungsbereichs andererseits vergleichbare Sachverhalte zugrunde lägen. Um das Ziel der gesetzlichen Regelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#), die Freiberuflichkeit der ärztlichen Tätigkeit zu schützen, zu erreichen, sei der Nachrang medizinischer Versorgungszentren bereits bei der Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses um die Praxisnachfolge zu berücksichtigen.

Die dem Wortlaut nach fehlende Erstreckung der Nachrangregelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3](#) und 4 SGB V auf das Zulassungsverfahren nach einer partiellen Entsperrung gemäß [§ 103 Abs. 3 SGB V](#) in Verbindung mit § 26 BedPI-RL könne ferner als planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers betrachtet werden. Das Gesetz stelle sich im Hinblick auf die Konstellation der Bewerberauswahl bei Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung angesichts der erkennbaren Regelungsabsicht des Gesetzgebers, eine Verdrängung von freiberuflich tätigen Ärzten zu verhindern, als lückenhaft bzw. planwidrig und unvollständig dar. Wenn wie vorliegend in der Begründung zur Änderung einer spezifischen Vorschrift zum Nachbesetzungsverfahren andere Zulassungsverfahren nicht erwähnt seien, könne daraus nicht schlüssig hergeleitet werden, dass gerade deshalb das Unterlassen einer vergleichbaren Regelung für andere Zulassungsverfahren "planmäßig" erfolgt sei. Das Fehlen jeglicher, insbesondere auch abgrenzender Hinweise in Bezug auf das dem Nachbesetzungsverfahren ähnliche Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung deute vielmehr auch im vorliegenden Fall darauf hin, dass diese Konstellation im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden sei und somit eine unbewusste Lücke vorliege (vergleiche BSG, Urteil vom 15. Mai 2019, [B 6 KA 5/18 R](#), Rn. 40). Hierfür spreche auch die Umsetzung direkt im SGB V und nicht auf untergesetzlicher Normebene als durch den B-BA oder die Zulassungsgremien konkretisierungsfähiges weiteres Auswahlkriterium.

Der Ausnahmetatbestand des [§ 103 Abs. 4c Satz 4 SGB V](#) läge nicht vor, da zum maßgeblichen Zeitpunkt 31.12.2011 bei der damaligen GbR Geschäftsanteile und Stimmrechte bei den im MVZ tätigen Vertragsärzten Dres. H1 und H2 gelegen hätten. Dies gelte zunächst gleichermaßen für die H GmbH als neuer Trägergesellschaft des MVZ K-Stadt ab dem 12.06.2019. An dieser GmbH habe zunächst Dr. H1 100% der Geschäftsanteile innegehabt, zum 27.06.2019 sei die Mehrheit der Geschäftsanteile aber nicht mehr bei Dr. H1 als im MVZ tätigen Arzt vorhanden gewesen, sondern bei einer weiteren Kapitalgesellschaft, der H GmbH.

Letzterem Argument tritt der Klägerbevollmächtigte entgegen. Trotz unterschiedlicher Kapitalgesellschaften würden deren Geschicke nach wie vor von Dr. H1 als im MVZ tätigem Vertragsarzt beeinflusst.

Hierauf dupliziert die Beigeladene zu 1., dass bezüglich der Frage der mehrheitlichen Beteiligung von Vertragsärzten allein auf die MVZ-Trägergesellschaft und nicht auf etwaige weitere dahinter nachgelagerte Kapitalgesellschaften abzustellen sei. Im Übrigen könnten sich bei

diesen - ohne dass die Zulassungsgremien hiervon Kenntnis erhielten - zum Beispiel Private Equity Gesellschaften beteiligen. Genau diese Entwicklung solle durch die Nachrangregelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) verhindert werden. Maßgeblich für deren Anwendbarkeit sei daher allein die Gesellschafterstruktur der MVZ-Träger-gesellschaft. Zudem sei festzustellen, dass Dr. H1 seit dem 01.07.2019 nicht mehr als zugelassener Vertragsarzt im MVZ tätig sei, sondern als angestellter Arzt des MVZ. Auch insoweit liege seit dem 01.07.2019 die Mehrheit der Gesellschaftsanteile und Stimmrechte per se nicht mehr bei im MVZ tätigen Vertragsärzten, sondern bei einem im MVZ angestellten Arzt.

Der Beigeladene zu 8. hält sowohl das Urteil des Sozialgerichts als auch die Auswahlentscheidung für zutreffend. Er sei trotz seines Alters durchaus in der Lage, die Rheumatologie noch viele Jahre zu praktizieren.

Die übrigen Beteiligten haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert.

Der Senat hat neben der Berufungsakte die Verwaltungsakten des Zulassungsausschusses und des Beklagten sowie Akten des Klageverfahrens mit dem Az.: [S 43 KA 10/21](#) beigezogen. Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts wird auf diese verwiesen.

#### Entscheidungsgründe:

I. Die nach [§ 143](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig und begründet. Das Sozialgericht hat die Klage zu Unrecht abgewiesen, denn der angefochtene Beschluss des Beklagten vom 20.10.2020 (ausgefertigt am 08.12.2020) ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten.

Das Gericht konnte auch in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2. bis 7. und 9. entscheiden, da diese mit Ladung vom 11.08.2022 ordnungsgemäß über den Termin zur mündlichen Verhandlung am 14.09.2022 informiert worden waren und in den Ladungen ein Hinweis auf die mögliche Verhandlung und Entscheidung auch in Abwesenheit enthalten war.

II. Die Klage ist zutreffend als kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gem. [§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) erhoben worden und richtet sich zurecht allein gegen den Beschluss des Beklagten (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 27.01.1993, [6 RKA 40/91](#)).

III. Die Entscheidung des Beklagten in dem hier angefochtenen Beschluss vom 20.10.2020, die Bewerbung der Klägerin abzulehnen und nicht in die von ihm getroffene Auswahlentscheidung einzubeziehen, ist zu beanstanden. Der Beklagte hätte vielmehr die Klägerin in die Auswahlentscheidung um den Quotensitz mit einbeziehen müssen.

1. Ist - wie hier - in einem bislang überversorgten Planungsbereich die Überversorgung später entfallen und sind deshalb zuvor angeordnete Zulassungsbeschränkungen gemäß [§ 103 Abs. 3 SGB V](#) (in der Fassung des TSVG mit Wirkung ab 11.05.2019), partiell aufgehoben worden, sind für Entscheidungen der Zulassungsgremien über Anträge auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung [§ 95 Abs. 2 S. 1 bis 6 und S. 9 SGB V](#) (in der Fassung des TSVG mit Wirkung ab 11.5.2019), für Entscheidungen über Anträge auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ [§ 95 Abs. 2 S 7 bis 9 SGB V](#) und für Entscheidungen über die Anstellung eines Arztes bei einem Vertragsarzt [§ 95 Abs. 9 SGB V](#) als gesetzliche Rechtsgrundlagen maßgeblich. Ergänzend zu beachten sind die Vorgaben in § 26 BedPI-RL sowie die Regelungen der Ärzte-ZV (zum maßgeblichen Rechtsstand, vgl. u.a. BSG, Urteil vom 29.11.2017, Az. [B 6 KA 31/16 R](#), Rn. 20 ff.).

Die Regelungen in § 26 BedPI-RL zum Zulassungsverfahren nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen sind auch anzuwenden, wenn in einer solchen Konstellation über einen Antrag auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ oder bei einem Vertragsarzt zu befinden ist. Dass der Wortlaut von § 26 Abs. 4 BedPI-RL lediglich "Anträge auf (Neu-)Zulassung" erfasst, steht dem nicht entgegen (vgl. hierzu ausführlich BSG, Urteil vom 15. Mai 2019 - [B 6 KA 5/18 R](#) -, [BSGE 128, 125-142](#), SozR 4-2500 § 103 Nr 27).

2. Über Anträge auf Neuzulassung von mehreren Bewerbern entscheidet der Zulassungsausschuss gemäß § 26 Abs. 4 Nr. BPL-RL nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung folgender Kriterien:

- \* berufliche Eignung,
- \* Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit,
- \* Approbationsalter
- \* Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß [§ 103 Absatz 5 Satz 1 SGB V](#),
- \* bestmögliche Versorgung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes,
- \* Entscheidung nach Versorgungsgesichtspunkten (siehe z.B. Fachgebietsschwerpunkt, Feststellungen nach § 35),
- \* Belange von Menschen mit Behinderung beim Zugang zur Versorgung.

§ 26 Abs. 4 Nr. 3 BedPI-RL ist ebenso wenig wie [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) (für das Nachbesetzungsverfahren) ein Vorrang einzelner zu berücksichtigender Kriterien zu entnehmen (zu § 103 Abs. 4 SGB siehe BSG, Urteil vom 20.3.2013, [B 6 KA 19/12 R](#), Rn. 47). Die in § 26 Abs. 4 Nr. 3 BedPI-RL vorgegebenen Kriterien bedürfen einer Abwägung und Gewichtung im Einzelfall durch die Zulassungsgremien (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 28.11.2018, - [L 12 KA 18/18](#) -). Den Zulassungsgremien steht insoweit ein Auswahlermessen zu, das sie pflichtgemäß auszuüben haben. Aus dem Charakter der Auswahlentscheidung als Ermessensentscheidung folgt, dass die gerichtliche Überprüfung darauf beschränkt ist, ob das Ermessen fehlerhaft ausgeübt wurde und der Kläger durch den Ermessensfehler beschwert ist (BSG Urteil vom 15.7.2015 - [B 6 KA 32/14 R](#) - [BSGE 119, 190](#) = SozR 4-2500 § 101 Nr 17, Rn 42; vgl. BSG Urteil vom 20.3.2013 - [B 6 KA 19/12 R](#) - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 Rn 45 - zur Praxisnachfolge). Den Zulassungsgremien ist ein Entscheidungsspielraum eröffnet, den die Gerichte zu respektieren haben (BSG Urteil vom 20.3.2013 - [B 6 KA 19/12 R](#) - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 Rn 45). Die gerichtliche Rechtskontrolle ist auf die Überprüfung beschränkt, ob die Behörde von einem vollständigen und richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, die rechtlichen Grenzen ihres Ermessensspielraums eingehalten und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. [§ 54 Abs. 2 S 2 SGG](#)). Eine danach rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung muss das Gericht hinnehmen; es ist nicht befugt, anstelle der Zulassungsinstanzen eine eigene Auswahlentscheidung zu treffen (BSG, Urteil vom 27. Juni 2018 - [B 6 KA 33/17 R](#) -, SozR 4-2500 § 103 Nr 26, juris Rn. 26).

Seinen durch die gesetzlichen Vorgaben definierten Entscheidungsspielraum hat der Beklagte vorliegend aber nicht eingehalten, indem er die Bewerbung der Klägerin unter Berufung auf [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) als nachrangig beurteilt und in der Folge schon nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen hat.

a) [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) lautet: "Absatz 4 gilt mit der Maßgabe, dass bei der Auswahl des Praxisnachfolgers ein medizinisches Versorgungszentrum, bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Ärzten liegt, die in dem medizinischen Versorgungszentrum als Vertragsärzte tätig sind, gegenüber den übrigen Bewerbern nachrangig zu berücksichtigen ist."

Mit der Regelung, die eine "Diskriminierungsregelung" für kapitalisierte MVZ darstellt, wird das Ziel verfolgt, die Freiberuflichkeit der ärztlichen Tätigkeit zu schützen und zu verhindern, dass im Nachbesetzungsverfahren Ärzte, die sich auf einem frei werdenden Vertragsarztsitz niederlassen wollen, durch MVZ verdrängt werden, deren Geschäftsanteile und Stimmrechte nicht mehrheitlich in der Hand von Vertragsärzten liegen, die in dem MVZ tätig sind. Hintergrund ist die besonders in kapitalintensiven Bereichen der Medizin zu beobachtende Übernahme von Vertragsarztsitzen durch Kapitalgesellschaften, die die Voraussetzungen für die Gründung eines MVZ durch den Ankauf eines Leistungserbringers, wie z.B. eines Pflegedienstes, erfüllen (Pawlita in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 4. Auflage (Stand 19.07.2020), § 103 Rn. 329 m.w.N.). Als besonders nachteilig ist diese Entwicklung zu beurteilen, wenn Vertragsarztsitze in überversorgten Gebieten, in denen freiberuflich tätige Ärzte zur Verfügung stünden, von Kapitalgesellschaften übernommen werden, deren Geschehliche aufgrund der Mehrheitsverhältnisse nicht maßgeblich von Vertragsärzten beeinflusst werden können. Gemeinsam mit den in [§ 95a Abs. 1a SGB V](#) geregelten Einschränkungen der Gründungsberechtigung tragen die Sätze 3 f. dazu bei, die Verdrängung freiberuflich tätiger Ärzte durch solche Kapitalgesellschaften in überversorgten Planungsbereichen zu vermeiden ([BT-Drs. 17/6906 S 77](#); Pawlita, ebenda).

a) Nach Auffassung des Senats ist die Vorschrift des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) im Rahmen der Auswahl zwischen mehreren Bewerbern um eine Zulassung bei partieller Entsperrung zugunsten eines Quotensitzes entsprechend anzuwenden. Die Voraussetzungen für eine Übertragung dieser gesetzlichen Regelung zur Nachrangigkeit von bestimmten MVZ im Nachbesetzungsverfahren auf Bewerbungen von MVZ in Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung liegen vor. Es besteht eine planwidrige Regelungslücke. Zudem ist die Gleichartigkeit des nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalts mit dem von der gesetzlichen Regelung erfassten Sachverhalt in den für die Regelung maßgeblichen Gesichtspunkten gegeben.

aa) Die Vorschrift ist nicht verfassungswidrig (vgl. hierzu inzident BSG, Urteil vom 15.05.2019, [B 6 KA 5/18 R](#) zur "Konzeptbewerbung" und die zutreffenden Ausführungen des SG München im Urteil vom 27.07.202, [S 28 KA 438/19](#), juris).

bb) Gegen eine analoge Anwendung spricht zunächst nicht der Wortlaut der Vorschrift. [§ 103 Absatz 4c Satz 3 SGB V](#) trifft nach seinem Wortlaut und der systematischen Stellung eine Regelung für das Verfahren der Praxisnachfolge in den Fällen "der Beendigung der Zulassung durch Tod, Verzicht oder Entziehung". Der Umstand, dass sowohl im Wortlaut als auch in den Gesetzesmaterialien von Nachbesetzungsverfahren die Rede ist, vermag nicht zu belegen, dass der Gesetzgeber für das Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung bewusst und planmäßig eine Regelungslücke belassen hat. Wenn in der Begründung zur Änderung einer spezifischen Vorschrift zum Nachbesetzungsverfahren andere Zulassungsverfahren nicht erwähnt sind, kann daraus nicht schlüssig hergeleitet werden, dass gerade deshalb das Unterlassen einer vergleichbaren Regelung für andere Zulassungsverfahren "planmäßig" erfolgt sei. Das Fehlen jeglicher, insbesondere auch abgrenzender Hinweise in Bezug auf das - dem Nachbesetzungsverfahren ähnliche - Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung deutet vielmehr gerade darauf hin, dass diese Konstellation im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden ist und somit eine "unbefristete Lücke" vorliegt (BSG, Urteil vom 15.05.2019, B6 KA 5/18 R, juris, Rn. 40). Auch in der Gesetzesbegründung ([BT-Drucksache 17/6906, Seite 77](#)) steht im Vordergrund, dass freiberufliche Ärztinnen und Ärzte, die sich auf einen freiwerdenden Vertragsarztsitz niederlassen wollen, nicht durch medizinische Versorgungszentren verdrängt werden sollen, deren Geschäftsanteile und Stimmrechte nicht mehrheitlich in der Hand von Vertragsärztinnen und Vertragsärzten liegen, die in dem medizinischen Versorgungszentrum tätig sind.

Nachdem der Gesetzgeber ursprünglich sehr umfassende Möglichkeiten zur Gründung und zum Betrieb von medizinischen Versorgungszentren eingeführt hatte, hat er diese Modalitäten in den darauffolgenden Jahren verstärkt eingeschränkt. So wurde nicht nur der Betrieb von MVZ in der Rechtsform der Aktiengesellschaft untersagt, sondern insbesondere auch die Gründungsberechtigung wieder stark eingeschränkt. Diesem Ziel dient auch die Vorschrift des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#).

Zudem sind keine Unterschiede zwischen Nachbesetzungsverfahren und Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung im Zusammenhang mit Quotensitzen erkennbar, die es nahelegen würden, dass der Gesetzgeber die Vorschrift des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) bewusst nur für Auswahlverfahren wegen einer Praxisnachfolge geregelt hat. Vielmehr ist beiden Verfahren gemein, dass es um Zulassungserteilungen in grundsätzlich überversorgten Gebieten geht, wo nach dem gesetzgeberischen Anliegen zu [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) der Gefahr der Verdrängung freiberuflich tätiger Ärzte entgegengetreten werden soll. Es sind auch keine Gründe erkennbar, die nahelegen würden, dass der Gesetzgeber mit der Norm ausschließlich Auswahlverfahren wegen einer Praxisnachfolge geregelt hat.

cc) [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) findet im Fall der Klägerin Anwendung, da alleinige Gesellschafterin der Klägerin die H GmbH ist (zu MVZ mit ausschließlich angestellten Ärzten vgl. SG Hamburg, Urteil vom 28.09.2021, [S 3 KA 294/18](#), Revision anhängig unter [B 6 KA 2/22 R](#)). Der Gesetzestext ist insoweit eindeutig. Soweit der Klägerbevollmächtigte auf die Entscheidung des BSG vom 30.09.2020, [B 6 KA 18/19](#) verweist, betrifft dies einen anderen Fall. Denn dort ging es um die Verlegung einer genehmigten Arztstelle zwischen zwei Medizinischen Versorgungszentren, bei deren rechtlich selbständigen Betreibergesellschaften die Gesellschafter identisch waren. Vorliegend handelt es sich aber um unterschiedliche Gesellschafter, nämlich die H MVZ K-Stadt Allgäu GmbH sowie die H GmbH, auch wenn am Ende - derzeit - Dr. H1 als Person hinter den beiden Gesellschaften steht. Dennoch werden die Geschehliche der Klägerin aufgrund der Mehrheitsverhältnisse der Gesellschaft nicht durch Vertragsärzte, sondern durch eine Kapitalgesellschaft, die H GmbH, maßgeblich beeinflusst.

b) Allerdings hat der Beklagte die Nachrangregelung des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) zu Unrecht als Ausschlussregelung verstanden mit der Folge, dass das Auswahlermessen der Zulassungsgremien von vornherein so eingeschränkt ist, dass es gar nicht mehr zu einer Auswahl kommt, sondern ein nachrangiges MVZ nie an der Auswahl teilnehmen kann. Hier führt der Klägerbevollmächtigte (unter Verweis auf die Anmerkung Jaeger und Baasch zu SG München, Urteil vom 27.07.2020-[S 28 KA 438/19](#)) zutreffend aus, dass die in [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) geregelte Nachrangigkeit denklogisch nur eingreifen kann, wenn unter gleichwertigen Bewerbern zwischen einem freiberuflichen Bewerber und einem mehrheitlich von Kapitalinvestoren geführten MVZ eine Auswahlentscheidung zu treffen ist. Andernfalls könnte sich ein MVZ, bei dem die Mehrheit der Geschäftsanteile und der Stimmrechte nicht bei Vertragsärzten liegt, nicht neben anderen freiberuflichen Ärzten oder MVZ bewerben, weil es von vornherein - unabhängig von Erfahrung und Qualifikation des jeweiligen Bewerbers - aus der Auswahlentscheidung herausfallen würde. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er dies auch nach Auffassung des Senats im Hinblick auf die weitreichende Konsequenz als Berufsausübungsregelung nach [Art. 12 GG](#) explizit regeln müssen.

Eine Nachrangregelung, die faktisch immer zur Anwendung kommt und auch im Einzelfall ohne Berücksichtigung von Besonderheiten des Einzelfalls keine andere Beurteilung ermöglicht als die, von vornherein aus einer Auswahlentscheidung ausgeschlossen zu sein, kann den Sinn und Zweck einer Nachrangregelung im Vergleich zu einer grundsätzlich weitergehenden Ausschlussklausel nicht erfüllen. Vielmehr wird die Nachrangigkeitsregelung entgegen dem Wortlaut "nachrangig" einer Ausschlussklausel gleichgesetzt. Nach Auffassung des Senats bedeutet "nachrangig berücksichtigen" gerade keine Einschränkung des Auswahlermessens der Zulassungsgremien insoweit, als die von [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) erfassten MVZ von vornherein nicht in die Auswahlentscheidung mit einbezogen werden dürfen.

Die Historie der Regelung legt eine solche Auslegung ebenfalls nahe. Hatte der Gesetzentwurf der Bundesregierung ([BT-Drucksache 17/6906, Seite 77](#)) noch ein Vorkaufsrecht der übrigen Bewerber bei der Auswahlentscheidung zugunsten eines mehrheitlich von Kapitalinvestoren geführten MVZ vorgesehen, ist dieses Vorkaufsrecht im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens durch die jetzige Regelung ersetzt worden. Nach der Gesetzesbegründung wäre die praktische Umsetzung eines Vorkaufsrechts sehr aufwändig und würde die Gefahr bergen, dass am Ende eines langen Verfahrens keine fortführungsfähige Praxis mehr existiere. Deshalb sollte der Nachrang entsprechender medizinischer Versorgungszentren bereits bei der Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses um die Praxisnachfolge nach Absatz 4 berücksichtigt werden (Drs. 17/8005, S. 114). Die Begründung "bereits bei der Auswahlentscheidung...berücksichtigt werden" ergibt nur dann Sinn, wenn das MVZ grundsätzlich zunächst in die Auswahlentscheidung einbezogen, dann allerdings nur nachrangig berücksichtigt wird.

Dafür spricht auch ein Vergleich des Wortlauts des § 103 Abs.4c Satz 1 mit der Regelung des [§ 103 Abs. 4 Satz 6 SGB V](#), wonach "ab dem 01.01.2006 für ausgeschriebene Hausarztstühle vorrangig Allgemeinärzte zu berücksichtigen sind. Nach der Gesetzesbegründung wird damit aber gerade nicht ausgeschlossen, dass "in besonderen Fällen" auch andere hausärztlich tätige Ärzte berücksichtigt werden könnten ([BT-Drucksache 15/1525, Seite 112](#) zu Buchstabe b). Der Wortlaut des [§ 103 Abs. 4c Satz 3 SGB V](#) verwendet spiegelbildlich die Wörter "nachrangig zu berücksichtigen". Damit sieht das Gesetz keinen grundsätzlichen Ausschluss von nicht-vertragsärztlich geführten MVZ vor, sondern stellt die Nachrangigkeit nur als ein Kriterium unter den gleichrangig zu wertenden Auswahlkriterien, nicht aber eine Ausschlussregelung, dar.

c) Daher hat der Beklagte zu Unrecht die Klägerin von vornherein nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen und den - aus seiner Sicht folgerichtig - einzig verbleibenden Bewerber, den Beigeladenen zu 8., zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen.

Die Entscheidung des Beklagten war daher aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, über den Widerspruch der Klägerin erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

4. Die Revision ist nach [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) wegen grundsätzlicher Bedeutung zuzulassen.

Rechtskraft  
Aus  
Saved  
2023-03-02