

L 11 KA 48/08

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung
11
1. Instanz
SG Duisburg (NRW)
Aktenzeichen
S 19 KA 16/07
Datum
28.02.2008
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 11 KA 48/08
Datum
10.12.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 6 KA 11/09 B/B 6 KA 37/09 R
Datum
08.12.2010
Kategorie
Urteil
Bemerkung
NZB/Revision/Rücknahme

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 28.02.2008 abgeändert. Unter Aufhebung seines Beschlusses vom 04.07.2007 wird der Beklagte verpflichtet, über den Widerspruch der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 23.04.2007 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden. Der Beklagte und die Beigeladene zu 7) tragen die Kosten des Verfahrens zu je 1/2. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Klägerin eine Sonderbedarfszulassung zu erteilen ist.

Die 1962 geborene Klägerin zu 1) ist Fachärztin für Chirurgie mit dem Schwerpunkt Gefäßchirurgie. Sie beantragte mit Schreiben vom 06.11.2006 eine "chirurgisch-fachärztliche Zulassung für eine rein gefäßchirurgische Tätigkeit auf Sonderbedarfsbasis mit Sitz in N" beantragt. Zuvor - mit Schreiben vom 11.09.2006 - hatte der Facharzt für Innere Medizin mit dem Schwerpunkt Angiologie Dr. B eine "internistisch-fachärztliche Zulassung für eine rein angiologische Tätigkeit auf Sonderbedarfsbasis mit Sitz in N" beantragt. Mit inhaltsgleichem Schreiben vom 19.02.2007 stellten ferner die Fachärzte für Chirurgie mit dem Schwerpunkt Gefäßchirurgie Dr. I (Beigeladener zu 9) und Dr. L einen Antrag auf Sonderbedarfszulassung für den Planungsbereich N wegen eines besonderen Bedarfs für gefäßchirurgische Leistungen. Beide Ärzte sind an der Gefäßchirurgischen Klinik des Evangelischen Krankenhauses N als Oberärzte tätig und waren zum Zeitpunkt der Verwaltungsentscheidungen zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ermächtigt.

Mit Beschluss vom 23.04.2007 erteilte der Zulassungsausschuss für Ärzte - E - Dr. L eine Sonderbedarfszulassung für gefäßchirurgische Leistungen auf den Praxissitz T-Straße 000 in 000 N. Die Anträge der Klägerin, von Dr. B und vom Beigeladenen zu 9) lehnte der Zulassungsausschuss mit genanntem Beschluss ab. Bezogen auf den Planungsbereich N bestehe Bedarf nur für einen Bewerber. Aus den aktenkundigen Unterlagen gehe hervor, dass nur etwa die Hälfte der von den ermächtigten Ärzten behandelten Patienten den Wohnsitz in N hätten. Zwar sei nicht zu verkennen, dass das Leistungsvolumen durch eine Intensivierung der operativen Tätigkeit ausgeweitet werden könne. Zu berücksichtigen sei aber, dass das Ev. Krankenhaus N einen Leistungskatalog nach [§ 115b SGB V](#) angezeigt habe und auch in Zukunft diese angezeigten Leistungen weiter erbringen werde. Daher sei ein Sonderbedarf für zwei Ärzte betreffend angiologische und gefäßchirurgische Leistungen nicht erkennbar. Eine tragfähige wirtschaftliche Grundlage bestehe nur für einen Vertragsarztsitz. Für die Auswahlentscheidung seien die berufliche Eignung, das Approbationsalter und die Dauer der ärztlichen Tätigkeit zu berücksichtigen. Danach sei Dr. L der geeignete Nachfolger für den Vertragsarztsitz.

Gegen diesen Beschluss haben die Klägerin und Dr. B Widerspruch eingelegt. Die Klägerin hat vorgetragen, die der Entscheidung zugrundegelegten Kriterien seien unangemessen. Sie sei gleichermaßen qualifiziert. Abzustellen sei daher auf das "Windhundprinzip". Hiernach gebühre ihr der Vorzug.

Auch der Beigeladene zu 9) sowie Dr. L haben den Beschluss des Zulassungsausschusses angefochten. Sie haben die Auffassung vertreten, das "Windhundprinzip" sei rechtswidrig. Gestellte Anträge seien grundsätzlich als gleichrangig und -wertig anzusehen. Es könne nicht zweifelhaft sein, dass sie über die "besten" Kriterien verfügten. Die entscheidenden Aspekte Approbation, Facharzturkunde und Schwerpunkt im Bereich der Gefäßchirurgie würden sich zeitlich so sehr von den Daten der Mitbewerber unterscheiden, dass eine frühere Antragstellung notwendigerweise zurücktreten müsse. Soweit der Zulassungsausschuss die beantragte Vollzulassung mit der Begründung abgelehnt habe, eine tragfähige wirtschaftliche Grundlage sei nur für einen Vertragsarztsitz vorhanden, sei dies verfehlt. Dieses Kriterium

sei rechtlich unbeachtlich. Im Übrigen belegten sowohl die Abrechnungswerte als auch die erteilten Ermächtigungen belegen, dass Bedarf für eine weitere gefäßchirurgische Sonderbedarfszulassung im Schwerpunkt Gefäßchirurgie vorliege. Ein solcher werde auch dadurch bestätigt, dass die Beigeladene zu 7) dem Facharzt für Chirurgie Dr. P in F mit Bescheid vom 16.05.2007 die Genehmigung für den Betrieb einer Zweigpraxis in N wegen Unterversorgung erteilt habe. Die Auffassung des Zulassungsausschusses, dass nur eine "volle" Tätigkeit des Vertragsarztes im Sonderbedarf in Betracht komme, andernfalls eine Ermächtigung zu erteilen sei, treffe nicht zu. Der Zulassungsausschuss hätte insofern dem Hilfsantrag mit der Maßgabe stattgeben müssen, zwei Sonderbedarfszulassung unter jeweiliger Beschränkung auf den hälftigen Versorgungsauftrag zu erteilen.

Die Beigeladene zu 7) hat die Auffassung vertreten, dass das Verfahren auf Sonderbedarfszulassung keine Auswahl vorsehe. Es seien eher die Regeln für die Zulassung von Job-Sharing-Partnern bei Öffnung bzw. "Entsperrung" eines Planungsbereichs anwendbar. Daher seien die Anträge ihrer zeitlichen Reihenfolge nach zu berücksichtigen. Dabei seien nur Bewerber mit einem vollen Versorgungsauftrag zu berücksichtigen, weil zwei halbe Versorgungsaufträge nicht einem vollem Versorgungsauftrag entsprächen.

Mit Beschluss vom 04.07.2007 hat der Beklagte die Widersprüche der Klägerin und des Beigeladenen zu 9) zurückgewiesen. Der für die Zulassung von Dr. L erforderliche dauerhafte Versorgungsbedarf liege auf der Hand. In N sei bei einer Einwohnerzahl von mehr als 172.000 kein Gefäßchirurg niedergelassen. Die Nachfrage nach gefäßchirurgischen Leistungen sei bislang von zwei Krankenhausärzten befriedigt worden. Allerdings reiche für die gefäßchirurgische Versorgung im Planungsbereich N eine Sonderbedarfszulassung aus, zumal ein nicht geringer Teil der bisher von den Krankenhausärzten auf der Grundlage der Ermächtigung behandelten Patienten nicht den Wohnsitz in N hätten. Die Besetzung eines zusätzlichen Vertragsarztsitzes sei nur im Wege der Vollzulassung zulässig. Eine Sonderbedarfsteilzulassung sei nicht vorgesehen. Die Bedarfsplanungs-Richtlinie enthalte keine Bestimmungen darüber, wie zu verfahren sei, wenn mehrere Ärzte um eine Sonderbedarfszulassung nachsuchten. Das "Windhund-Prinzip" sei kein geeignetes Auswahlkriterium. Maßgebend seien vielmehr die berufliche Eignung, der Zeitraum der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, das Approbationsalter sowie evtl. die Dauer der Wartelisteneintragung. Gehe man davon aus, dass die Bewerber gleichermaßen beruflich geeignet seien, falle zugunsten von Dr. L entscheidend ins Gewicht, dass er bereits seit 1982 approbierter Arzt sei, seine Facharztanerkennung und die Schwerpunktbezeichnung Gefäßchirurgie bereits im Jahre 1989 erlangt habe und insgesamt wesentlich länger als die Mitbewerber ärztlich und auch gefäßchirurgisch tätig sei. Der Beklagte hat weiter ausgeführt, dass der Widerspruch von Dr. B begründet sei, weil die Voraussetzungen für die Zulassung eines Internisten mit dem Schwerpunkt "Angiologie" im Planungsbereich N gegeben seien. Die Prüfung eines besonderen Versorgungsbedarfs sei getrennt für die Schwerpunkte Gefäßchirurgie und Angiologie vorzunehmen; denn der Schwerpunkt Gefäßchirurgie sei dem Gebiet der Chirurgie zugeordnet und nach der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Nordrhein ein selbständiges Fachgebiet, während der Schwerpunkt Angiologie zur Inneren Medizin gehöre und damit eine eigenständige Bedeutung habe. Die Zulassung eines Chirurgen mit dem Schwerpunkt Gefäßchirurgie schließe deshalb eine weitere Zulassung eines Angiologen nicht aus. Ein Bedarf bestehe schon deswegen, weil für die Gefäßchirurgie im Planungsbereich N auch kein Angiologe niedergelassen sei.

Diese Entscheidung haben die Klägerin ([S 19 KA 16/07](#)) unter Bezugnahme auf ihr Vorbringen im Verwaltungsverfahren und der Beigeladene zu 9) sowie Dr. L (je [S 19 KA 17/07](#)) unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags aus dem Verwaltungsverfahren mit der Klage angegriffen.

Die Klägerin hat beantragt,

den Beschluss des Beklagten vom 04.07.2007 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, der Klägerin für den Planungsbereich N an der Ruhr eine Sonderbedarfszulassung für den Schwerpunkt "Gefäßchirurgie" zu erteilen.

Der Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen

Er hat sich auf den angefochtenen Beschluss bezogen.

Die Beigeladene zu 7) hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat im Verfahren [S 19 KA 17/07](#) darauf hingewiesen, dass im Planungsbereich N bis auf weiteres nur Bedarf für jeweils eine Sonderbedarfszulassung für "Gefäßchirurgie" und "Angiologie" bestehe. Dieser Bedarf sei durch die Entscheidung des Beklagten abgedeckt.

Mit Urteilen vom 28.02.2008 hat das Sozialgericht (SG) Duisburg die Klagen in den Verfahren [S 19 KA 17/07](#) und [S 19 KA 16/07](#) abgewiesen. Der Beschluss des Beklagten vom 04.07.2007 sei rechtmäßig. Der Beklagte habe es zu Recht abgelehnt, die Klägerin im Wege eines Sonderbedarfs für den Planungsbereich N zur vertragsärztlichen Versorgung mit dem Schwerpunkt Gefäßchirurgie zuzulassen. Die der Begründung des Beschlusses vom 04.07.2007 wie dem Beschluss des Zulassungsausschusses vom 23.04.2007 zu entnehmende zurückhaltende Bewertung der Bedarfslage erscheine zumindest gut vertretbar. Die in Nr. 24 Bedarfsplanungs-Richtlinie aufgeführten Ausnahmetatbestände seien nicht dahingehend zu handhaben, dass die für Chirurgen im Planungsbereich N angeordnete Zulassungssperre unterlaufen werde. Im Übrigen würden die angefochtenen Beschlüsse zutreffend hervorheben, dass derzeit nur jeder zweite Kassenpatient, der in der Ambulanz der Gefäßchirurgischen Klinik des Evangelischen Krankenhauses N behandelt werde, auf dem Gebiet der Stadt N ansässig sei. An dieser Beurteilung seien gerichtlicherseits Korrekturen auch dann nicht vorzunehmen, wenn ein gewisses "Einpendeln" von Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen aus den Planungsbereichen P1, E1 und F (Südwest) nicht auszuschließen sei. Auch sei nicht zu beanstanden, dass der vom Beklagten hinsichtlich ambulant erbringbarer gefäßchirurgischer Leistungen für den Planungsbereich N festgestellte besondere Versorgungsbedarf dadurch abgedeckt werde, dass die entsprechende Sonderbedarfszulassung nicht der Klägerin sondern Dr. L erteilt worden sei. Nicht zu beanstanden sei ferner, dass der Beklagte die Auswahl vorrangig nach dem Alter der Approbation und der jeweiligen Dauer der fachärztlichen Tätigkeit getroffen habe.

Diese Entscheidung greifen die Klägerin ([L 11 KA 48/08](#)) und der Beigeladene zu 9) ([L 11 KA 47/08](#)) fristgerecht mit der Berufung an. Die

Klägerin ist der Auffassung, dass die Nachfrage nach gefäßchirurgischen Leistungen in N eine weitere Sonderbedarfbzulassung als vollzeitliche Tätigkeit eines niedergelassenen Arztes rechtfertige. Zu berücksichtigen sei, dass sie im Gegensatz zum Beigeladenen zu 9) über die Zusatzbezeichnung "Phlebologie" verfüge.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des SG Duisburg vom 28.02.2008 abzuändern und den Beklagten zu verurteilen, über ihren Widerspruch gegen den Bescheid des Zulassungsausschusses unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu entscheiden.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verweist auf die als zutreffend erachtete Entscheidung des SG und meint, dass der Klägerin selbst dann nicht der Vorzug gebühre, wenn ein dauerhafter Versorgungsbedarf für einen weiteren Gefäßchirurgen gegeben wäre.

Die Beigeladene zu 7) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 9) verweist auf sein Vorbringen im Verfahren [L 11 KA 47/08](#) und führt aus, dass er nach den einschlägigen Kriterien als "besserer" Bewerber qualifiziert sei.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf die Gerichtsakte, den Inhalt der Streitakte [L 11 KA 47/08](#) (Dr. I / Berufungsausschuss), die Verfahrensakte L 11 (10) B 20/07 KA ER sowie die beigezogenen Verwaltungsvorgänge. Diese waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige und im Übrigen statthafte Berufung der Klägerin ist begründet. Sie ist durch den angefochtenen Bescheid des Beklagten beschwert ([§ 54 Abs. 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)). Der Beklagte ist unter Abänderung der vorinstanzlichen Entscheidung zu verpflichten, über den Widerspruch der Klägerin gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden.

I.

Zur Begründung verweist der Senat auf seine Ausführungen im Urteil vom 10.12.2008 - [L 11 KA 47/08](#) -:

"1.

Die Voraussetzungen für eine Sonderbedarfbzulassung bestimmt § 24 Satz 1 Bedarfsplanungs-Richtlinie-Ärzte (BedarfsplanungsRL-Ä) in der Fassung vom 15.02.2007 (Bundesanzeiger 2007, S. 3491). Rechtsgrundlage für die Befugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses, Regelungen "für die ausnahmsweise Besetzung zusätzlicher Vertragsarztsitze" trotz Anordnung von Zulassungssperren für die betreffende Arztgruppe zu erlassen (Sonderbedarfbzulassungen), ist § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Sozialgesetzbuch 5. Buch (SGB V). Der Gesetzgeber will danach in überversorgten Gebieten abweichend von [§ 103 SGB V](#) zusätzliche Vertragsarztsitze in Ausnahmefällen zulassen, "soweit diese zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung in einem Versorgungsbereich unerlässlich sind". Diese Ausnahme dient dem Ziel, auch im Einzelfall sicherzustellen, dass angeordnete Zulassungssperren nicht unverhältnismäßig die Berufsausübung beschränken. Zugleich wurde dem Gemeinsamen Bundesausschuss die Aufgabe übertragen, Vorgaben für diese Zulassungen zu normieren. Gegen diese Übertragung der Befugnis zur Normkonkretisierung bestehen keine durchgreifenden rechtlichen Bedenken, zumal der Gesetzgeber Inhalt, Zweck und Ausmaß der Regelung präzise vorgegeben und damit die wesentlichen Fragen selbst entschieden hat (BSG, Urteile vom 19.03.1997 - [6 RKA 43/96](#) - in: SozR 3-2500, § 101 Nr. 1; 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) -; 23.02.2005 - [B 6 KA 81/03 R](#) - in: [MedR 2005, 666](#)). Im vertragsärztlichen Bereich hat der Gemeinsame Bundesausschuss von diesem Normsetzungsauftrag mit den Nrn. 24 bis 26 Bedarfsplanungs-Richtlinie-Ärzte (vom 09.03.1993 - Bundesanzeiger Nr. 110a vom 18.06.1993 -, zuletzt geändert am 21.02.2006 - Bundesanzeiger 2006 S. 2541 -) Gebrauch gemacht. Diese Richtlinie ist am 15.02.2007 (Bundesanzeiger 2007, S. 3491) neu gefasst worden und nach deren § 46 zum 01.04.2007 in Kraft getreten. Da der angefochtenen Beschluss des Beklagten vom 04.07.2007 datiert, legt der Senat seiner Beurteilung der Sach- und Rechtslage die Neufassung der BedarfsplanungsRL-Ä zugrunde.

Die BedarfsplanungsRL-Ä umschreibt zur Sonderbedarfbzulassung in § 24 a) - e) fünf Fallgruppen mit speziellen Sachverhalten. Dies sind:

nachweislich lokaler Versorgungsbedarf (§ 24 a) Deckung eines besonderen Versorgungsbedarfs (§ 24 b) Bildung einer Gemeinschaftspraxis mit speziellen Versorgungsaufgaben (§ 24 c) schwerpunktmäßig ambulante operative Vertragsarztstätigkeit (§ 24 d) Sicherstellung einer wohnortnahen Dialyseversorgung (§ 24 e Ziffer 1) Qualitätssicherungsmaßnahmen zu den Blutreinigungsverfahren gemäß [§ 135 Abs. 2 SGB V](#) (§ 24 e Ziffer 2).

2.

Nach § 24 Satz 1 BedarfsplanungsRL-Ä darf der Zulassungsausschuss unbeschadet der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen dem Zulassungsantrag eines Vertragsarztes der betroffenen Arztgruppen entsprechen, wenn eine der unter den Buchstaben a) - e) genannten Ausnahmen gegeben ist. Die Formulierung "darf" eröffnet den Zulassungsgremien keinen Ermessensspielraum. Sind die Zulassungsvoraussetzungen erfüllt, besteht ein Anspruch auf Zulassung.

Hinsichtlich der Prüfung der Versorgungslage und der Ermittlung eines entsprechenden Bedarfs steht den Zulassungsinstanzen nach der gefestigten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts und der ständigen Rechtsprechung des Senats ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu (vgl. nur BSG, Urteile vom 28.08.1996 - [6 RKa 37/95](#) -; 19.03.1997 - 6 Rka 43/96 - in: SozR 3-2500 § 101 SGB V Nr. 1; 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - in: [BSGE 86, 242](#) ff.; Senatsurteile vom 21.05.1997 - [L 11 Ka 198/96](#) -; 18.02.1998 - L 11 KA 152/97 -; 08.03.2000 - [L 11 KA 201/99](#) -; vgl. auch LSG NRW, Urteile vom 03.03.2004 - L 10 KA 41/0 - in: MedR 315 ff. und 22.09.2004 - [L 10 KA 6/04](#) -), denn ob und inwieweit eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten durch die zugelassenen Vertragsärzte gewährleistet ist, können auch die fachkundigen und ortsnahen Zulassungsinstanzen oft nur ungefähr sagen. Durch die Regelungen über deren Besetzung hat der Gesetzgeber zu erkennen gegeben, dass er die Entscheidung innerhalb des vorgegebenen rechtlichen Rahmens denjenigen anvertraut, die es angeht, also den Krankenkassen und den Vertragsärzten. Alle Entscheidungen der Zulassungsinstanzen, die sich im Rahmen der ungefähren Richtigkeit halten, sind deswegen als rechtmäßig anzusehen. Die gerichtliche Kontrolle beschränkt sich im Rahmen des den Zulassungsinstanzen zustehenden Beurteilungsspielraumes darauf, ob der Verwaltungsentscheidung ein richtig und vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde liegt, ob die Verwaltung die durch Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs gegebenen Grenzen eingehalten hat, und ob sie ihre Subsumtionserwägungen so verdeutlicht hat, dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist. Diese geltenden Grundsätze sind auch maßgebend, wenn die Zulassung im Wege des Sonderbedarfs erfolgt (BSG vom 19.03.1997 - [6 RKa 43/96](#) - in: [SozR 3 -2500 § 101 Nr. 1](#); Senatsurteil vom 21.01.1996 - [L 11 Ka 143/95](#) -; LSG NRW, Urteil vom 24.04.2007 - [L 10 KA 48/06](#) -).

Diesen rechtlichen Anforderungen genügt der angefochtene Bescheid nicht. Er beruht auf einem unvollständig ermittelten Sachverhalt und vom Senat nicht geteilten Rechtsauffassungen.

3.

Der Beklagte hat seine Entscheidung ausschließlich auf [§ 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V](#) i.V.m. Nr. 24 Satz 1 Buchst. b) BedarfsplanungsRL-Ä gestützt. Danach liegt ein besonderer Versorgungsbedarf vor, wie er durch den Inhalt des Schwerpunkts, einer fakultativen Weiterbildung oder einer besonderen Fachkunde für das Facharztgebiet nach der Weiterbildungsordnung umschrieben ist. Voraussetzung für eine Zulassung ist nach Buchst. b) Satz 2 a.a.O., dass die ärztlichen Tätigkeiten des qualifizierten Inhalts in dem betreffenden fachärztlichen Planungsbereich nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stehen und dass der Arzt die für den besonderen Versorgungsbedarf erforderlichen Qualifikationen durch die entsprechende Facharztbezeichnung sowie die besondere Arztbezeichnung oder Qualifikation (Schwerpunkt, fakultative Weiterbildung, Fachkunde) nachweist. Die Subspezialisierung muss zudem die gesamte Breite des spezialisierten Versorgungsbereichs ausfüllen. Eine mögliche Leistungserbringung in Krankenhäusern bleibt außer Betracht (Buchst. b) Satz 3 a.a.O.).

Die Feststellung des Beklagten, im Planungsbereich N bestehe kein Bedarf für einen weitere (volle) Sonderbedarfszulassung für gefäßchirurgische Leistungen, hält sich nicht im Rahmen der gesetzlichen Beurteilungsermächtigung. Der Beklagte hat den seiner Entscheidung zugrundezulegenden Sachverhalt unvollständig ermittelt. Demzufolge sind seine Erwägungen zur Frage, ob und inwieweit ein besonderer Versorgungsbedarf besteht, im vorgenannten Sinn nicht nachvollziehbar.

Seine Entscheidung, dass im Planungsbereich N ein dauerhafter besonderer Versorgungsbedarf für (nur) eine Sonderbedarfszulassung bezogen auf gefäßchirurgische Leistungen vorliegt, hat er Beklagte im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt:

1.

In der Großstadt N mit mehr als 172.000 Einwohnern sei kein Gefäßchirurg niedergelassen.

2.

Die Nachfrage nach gefäßchirurgischen Leistungen sei bislang von zwei Krankenhausärzten befriedigt worden.

3.

Der Zulassungsausschuss habe bereits darauf hingewiesen, dass für gefäßchirurgische Leistungen im Planungsbereich N eine Sonderbedarfszulassung ausreiche, zumal ein nicht geringer Teil der bisher von den Krankenhausärzten auf der Grundlage der Ermächtigung behandelten Patienten nicht den Wohnsitz in N hätten.

4.

Die Besetzung eines Vertragsarztsitzes sei nur im Wege der Vollzulassung möglich.

a)

Diese Erwägungen lassen nicht die Annahme zu, dass kein Bedarf für eine weitere Sonderbedarfszulassung für gefäßchirurgische Leistungen besteht. Die Feststellung zu 1. steht einer weiteren Sonderbedarfszulassung nicht entgegen. Sie besagt nur, dass ein Bedarf für gefäßchirurgische Leistungen vorhanden ist, enthält hingegen keinerlei Erkenntniswert für die Frage, in welchem Umfang dieser ggf. vorhanden ist. Die Feststellung zu 2. ist gleichermaßen nicht aussagekräftig. Dass die Nachfrage nach gefäßchirurgischen Leistungen bislang von zwei Krankenhausärzten befriedigt worden ist, besagt zunächst nur, dass ein von niedergelassenen Ärzten nicht abgedeckter quantitativer und/oder qualitativer Bedarf besteht (vgl. [§ 116 Satz 2 SGB V](#)). Offen bleibt, in welchem Umfang ein Versorgungsdefizit vorhanden ist. In diesem Zusammenhang gewinnt die Feststellung zu 3. eine gewisse Bedeutung. Der Beklagte bezieht sich insoweit - ohne eigene Tatsachenfeststellung - auf Ausführungen des Zulassungsausschusses. Die bezogenen Passagen in der Entscheidung des Zulassungsausschusses lauten:

"Der Ausschuss macht deutlich, dass er den Bedarf bezogen auf den Planungsbereich N nur für einen Bewerber sieht. Aus den von der Kassenärztlichen Vereinigung auf gezielte Nachfrage zur Verfügung gestellten Unterlagen geht hervor, dass die ermächtigten Ärzte Dres. L und I, die bisher alleine für die gefäßchirurgische Versorgung im Planungsbereich N verantwortlich waren, in den Quartalen 1/2006 bis

4/2006 folgende Punktzahlvolumina abgerechnet haben: Dr. L 2.490.450 Punkte Dr. I 2.987.785 Punkte

Bei einem Punktwert von 5,11 Cent und einer Fachgruppenquotierung von 72,25 % lassen sich folgende Jahresumsätze annähernd bestimmen: Dr. L etwa 92.000,- EUR Dr. I etwa 110.000,- EUR

Aus den zur Verfügung gestellten Unterlagen geht ebenfalls hervor, dass nur etwa die Hälfte der von den ermächtigten Ärzten behandelten Patienten den Wohnsitz in N hat. Der Ausschuss verkennt bei seiner Entscheidung nicht, dass das Leistungsvolumen durch eine Intensivierung der operativen Tätigkeit ausgeweitet werden kann. Er berücksichtigt aber auch, dass das Evangelische Krankenhaus N einen Leistungskatalog nach § 115 b SGBV angezeigt hat und auch in Zukunft diese angezeigten Leistungen weiter erbringen wird. Für den Ausschuss ist daher der Sonderbedarf für 2 Ärzte für angiologische und gefäßchirurgische Leistungen nicht erkennbar, er sieht eine tragfähige wirtschaftliche Grundlagen für nur einen Kassenarztsitz."

Das führt nicht weiter. Der Zulassungsausschuss hat die Abrechnungswerte nur rudimentär geprüft und berücksichtigt. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist damit unvollständig festgestellt worden. Selbst wenn zugunsten des Beklagten davon ausgegangen wird, dass er sich ohne eigene Feststellungen zur Bedarfslage auf Ausführungen des Zulassungsausschusses berufen kann, tragen dessen Erkenntnisse die angefochtene Entscheidung nicht. Vielmehr kann angesichts der vom Kläger zu 1) - unwidersprochen - vorgetragenen Abrechnungswerte nicht ausgeschlossen werden, dass Bedarf für eine weitere, zumindest hälftige Sonderbedarfszulassung besteht. Der Zulassungsausschuss hat hierzu nur unvollständige Feststellungen getroffen. Demzufolge beruht seine Entscheidung insoweit auf einem cursorisch ermittelten Sachverhalt. Entsprechendes gilt infolge der Bezugnahme für die Entscheidung des Beklagten.

b)

Selbst wenn der Senat den der Entscheidung zugrundegelegten Sachverhalt insoweit als ausreichend und zutreffend ermittelt ansehen würde, ließe sich die angefochtene Entscheidung des Beklagten nicht halten. Zulassungsausschuss und Beklagter meinen, die von ihnen berücksichtigten Abrechnungsdaten würden eine weitere Sonderbedarfszulassung schon deswegen nicht rechtfertigen, weil hierfür keine tragfähige wirtschaftliche Grundlage vorhanden sei. Dieser rechtliche Ansatz findet im Gesetz keine Stütze. Der Senat wiederholt seine Ausführungen aus dem Urteil vom 13.08.2008 - [L 11 KA 38/08](#) - (Revision anhängig zum Az. [B 6 KA 35/08 R](#)): "Weder aus dem Weiterbildungs- noch aus dem Zulassungsrecht noch aus den Ausführungen des BSG zur Sonderbedarfszulassung (BSG, Urteile vom 19.03.1997 - [6 RKA 43/96](#) - und vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) -, die das Verhältnis einer Sonderbedarfszulassung zur Ermächtigung betreffen) ergibt sich eine Grundlage für die u.a. von der Klägerin postulierte Forderung, dass nur Arztgruppen zugelassen werden dürfen, die aufgrund vertragsärztlicher Tätigkeit eine sich wirtschaftlich tragende Praxis führen können. Zutreffend hat hierzu das Bundesministerium für Gesundheit mit seiner Beanstandung vom 20.02.2008 sinngemäß darauf hingewiesen, dass [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) zwar eine Regelungsbefugnis enthält, die sich sowohl auf Berufsausübung und Berufswahl bezieht (BVerfG vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/565 - in [BVerfGE 7, 377](#)), es dazu aber einer gesetzlichen Regelung bedarf (vgl. BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972 - [1 BvR 518/62](#) und [1 BvR 308/64](#) - in [BVerfGE 33, 125](#)), die hier indes nicht vorliegt."

Soweit aus der Entscheidung des BSG vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - hergeleitet wird, dass der Bedarf den wirtschaftlichen Betrieb einer Vertragspraxis ermöglichen muss, anderenfalls nur eine Ermächtigung in Betracht kommt, folgt der Senat dem nicht. Das BSG begründet diese Passage im Urteil vom 28.06.2000 mit einer Bezugnahme auf das Urteil vom 19.03.1997 - [6 RKA 43/96](#) - ([SozR 3-2500 § 101 Nr. 1](#)). Darin heißt es: "Da die Ermächtigungsnorm des [§ 101 S. 1 Nr. 3 SGB V](#) die ausnahmsweise Besetzung von Vertragsarztsitzen trotz bestehender Zulassungsbeschränkungen eröffnen will, hat zur Wahrung der Vorrangstellung der in freier Praxis niedergelassenen Vertragsärzte die Möglichkeit einer Sicherstellung der Leistungserbringung in Krankenhäusern (Nr. 24 S. 1 Buchst. b S. 3 BP-RL-Ä bzw. § 116 SGB V) aber dann außer Betracht zu bleiben, wenn der von den bereits zugelassenen Vertragsärzten nicht abgedeckte Versorgungsbedarf zumindest den Umfang einer wirtschaftlich tragfähigen Vertragsarztpraxis erreicht."

Zur Überzeugung des Senats enthalten weder das SGB V noch die BedarfsplanungRL-Ä Vorgaben dergestalt, dass eine Sonderbedarfszulassung auf eine wirtschaftlich tragfähige Praxis gerichtet sein muss. Allein § 24 Buchstab. b) Satz 2 BedarfsplanungRL-Ä kann ggf. entnommen werden, dass der Gesichtspunkt einer wirtschaftlich tragfähigen Praxis relevant sein könnte. Dieser Ansatz geht indes aus mehreren Gründen fehl. Zum einen postuliert die fragliche Passage nur, dass die Subspezialisierung die gesamte Breite des spezialisierten Versorgungsbereichs ausfüllende Leistungen enthalten muss. Bezugspunkt ist die spezialisierte ärztliche Leistung und nicht, ob und inwieweit sie wirtschaftlich erbracht werden kann. Eine Sonderbedarfszulassung im Hinblick auf einzelne hoch spezialisierte Leistungen scheidet danach aus, und zwar losgelöst von der Frage, ob eine solche ggf. auch hoch dotierte Leistung einen wirtschaftlichen Praxisbetrieb ermöglicht. Schon der Wortlaut belegt hiernach, dass es nicht Zielrichtung dieses Passus ist, einen Sonderbedarf durch wirtschaftlich tragfähige Praxen sicherzustellen, sondern eine Sonderbedarfsüberspezialisierung zu vermeiden. Konsequenz ist: Werden lediglich einzelne spezielle Leistungen, die eine Vertragsarztpraxis in freier Niederlassung nicht sinnvoll auszufüllen vermögen, von den im Planungsbereich bereits niedergelassenen Vertragsärzten nicht erbracht, so kommt anstelle einer Sonderbedarfszulassung ggf. die Erteilung einer Ermächtigung in Frage (so auch BSG a.a.O.). Im übrigen hat der Senat Zweifel, ob der Gemeinsame Bundesausschuss dazu berechtigt wäre, die Zulassung davon abhängig zu machen, dass der beabsichtigte Praxisbetrieb wirtschaftlich tragfähig ist. [§ 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V](#) gibt hierzu nichts her. Soweit das BSG im Urteil vom 19.03.1997 - [6 RKA 43/96](#) - ausführt, dass ein in einem Planungsbereich bestehendes qualitatives Versorgungsdefizit nur dann die ausnahmsweise Besetzung eines zusätzlichen - prinzipiell hauptamtlich in ausreichendem zeitlichen Umfang zu betreuenden (vgl. § 20 Ärzte-ZV) - Vertragsarztsitzes rechtfertigen kann, wenn diese Maßnahmen zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung in einem kompletten Versorgungsbereich unerlässlich ist, vermag der Senat dem nicht beizutreten. Diese Auffassung ist infolge von Gesetzesänderungen überholt. Nunmehr ergibt sich aus [§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#) in der Fassung des Vertragsarztrechtsänderungsgesetz vom 22.12.2006 ([BGBl I S. 3439](#)), dass die Frage, ob und inwieweit eine Praxis im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung wirtschaftlich geführt werden kann, ab 01.01.2007 für die Zulassungsentscheidung grundsätzlich irrelevant ist. Der Regelung ist zu entnehmen, dass nicht der Zulassungsausschuss, sondern der Vertragsarzt darüber bestimmt, ob er einen vollen oder hälftigen Versorgungsauftrag übernimmt. Denn die "Teilzulassung" kann von vornherein (§ 18 Abs. 1 Satz 3 Ziffer c Ärzte-ZV) beantragt werden. Sie erfolgt dann mit der Zulassungsentscheidung nach § 19 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 19a Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 Ärzte-ZV. Der Versorgungsauftrag kann auch nachträglich auf die Hälfte reduziert werden; hierzu bedarf es einen gesonderten Beschlusses des Zulassungsausschusses (§ 19a Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 Ärzte-ZV). Rechtliche Ansatzpunkte dafür, in diesem Zusammenhang die jeweilige Entscheidung davon abhängig zu machen, ob und inwieweit die hälftige Zulassung auf eine wirtschaftliche tragfähig Praxis gerichtet ist, sind dem SGB V und der Ärzte-ZV sonach fremd. Sie wären im Übrigen allenfalls dann vorstellbar, wenn den Anforderungen des [Art. 12 Abs. 1 GG](#)

Rechnung getragen wird. Angesichts von [Art 12 Abs. 1 GG](#) ist es allerdings allein Sache des Arztes zu beurteilen, ob ihm eine Sonderbedarfszulassung ein hinreichendes Auskommen sichert; ergänzend wird er ggf. Privatpatienten behandeln und u.U. an einem Krankenhaus arbeiten (zutreffend Meschke in: Bäune/Meschke/Rothfuß, Kommentar zur Ärzte-ZV, 2007, § 16b Rdn. 22). Ungeachtet dessen ist anhand der Abrechnungswerte der Kläger ohnehin nicht von der Hand zu weisen, dass ein weiterer, bislang nicht abgedeckter Versorgungsbedarf besteht und auch in wirtschaftlicher Hinsicht genügend Potential vorhanden ist, um eine Praxis führen zu können.

c)

Auch soweit der Beklagte mit Beschluss vom 24.09.2008 den Widerspruch der Beigeladenen zu 7) gegen die Erneuerung der Ermächtigung des Klägers zu 1) zurückgewiesen hat, spricht dies für einen weiteren Bedarf an gefäßchirurgischen Leistungen. Ausweislich der Entscheidungen der Zulassungsgremien ist die dem Kläger zu 1) erteilte Ermächtigung über den 30.06.2008 hinaus bis zum 31.03.2011 u.a. deswegen erteilt worden, weil ungeachtet der Zulassung des Klägers zu 2) ein "Überhang an Leistungsnachfrage anzunehmen ist, der nur durch eine Erneuerung der Ermächtigung von Herrn Dr. I ausgeglichen werden kann". Dem entspricht es, wenn der Senat ausgeführt hat, dass Ausnahmegenehmigungen für Hausärzte für das Vorliegen eines Bedarfs sprechen können, da diese nach [§ 73 Abs. 1a Satz 3 SGB V](#) nur zu erteilen sind, wenn eine bedarfsgerechte Versorgung nicht gewährleistet ist (Senatsurteil vom 14.07.2004 - [L 11 KA 21/04](#) - in: [GesR 2004, 526](#); vgl. auch Senatsurteil vom 28.02.2007 - [L 11 KA 82/06](#) - in: [GesR 2007, 420](#), vgl. auch BSG, Urteil vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - zum Verhältnis von Ermächtigungen und Sonderbedarfszulassungen).

d)

Ein weiterer Versorgungsbedarf im Sinne von § 24 Buchst. b) BedarfsplanungRL-Ä deutet sich auch deswegen an, weil die Beigeladene zu 7) mit Bescheid vom 16.05.2007 dem Essener Facharzt für Chirurgie Dr. P die Führung einer Zweigpraxis in N genehmigt hat. Dieser Umstand war dem Beklagten ausweislich seines Beschlusses bekannt. Dennoch hat er dies in seiner Entscheidung nicht gewürdigt. Das wiederum ist aus nachfolgenden Gründen geboten. aa) Der Genehmigungsadressat Dr. P ist Facharzt für Chirurgie mit der Zusatzbezeichnung "Phlebologie". Diese Zusatzbezeichnung beruht auf einer Zusatzweiterbildung; sie bewirkt weder, dass die Gebietsgrenzen der Chirurgie (Abschnitt B 6 der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Nordrhein (WBO) vom 20.04.2004) erweitert werden (§ 2 Abs. 4 Satz 4 WBO), noch dass nunmehr nur noch der Zusatzbezeichnung zuzuordnende Leistungen erbracht werden dürfen. Zusatzbezeichnungen betreffen eine spezielle fachliche Kompetenz, ändern aber nichts an der Zugehörigkeit zum Gebiet (vgl. § 2 Abs. 4 Satz 2 WBO). Ausgehend hiervon ist der Genehmigungsadressat nach Bestandskraft des Genehmigungsbescheids berechtigt, auch gefäßchirurgische Leistungen zu erbringen, denn die Gebietsdefinition (hier: Chirurgie gem. Abschnitt B 6 WBO) bestimmt die Grenzen der Ausübung für die fachärztliche Tätigkeit (§ 2 Abs. 2 Satz 2 WBO). Hieraus ergibt sich eine Konkurrenzsituation zwischen einerseits der Zweigpraxisgenehmigung und andererseits der vom Kläger zu 1) beantragten Sonderbedarfszulassung. Dies gilt ungeachtet dessen, dass die Voraussetzungen für die Genehmigung einer Zweigpraxis mit denen für einen Sonderbedarf nicht deckungsgleich sind. Die Zulassungstatbestände des § 24 BedarfsplanungRL-Ä sind merklich restriktiver gefasst als jene für die Genehmigung einer Zweigpraxis. Nach § 24 Abs. 3 Satz 1 Ärzte-ZV ist eine vertragsärztliche Tätigkeit außerhalb des Vertragsarztsitzes an weiteren Orten dann zulässig, wenn und soweit dies die Versorgung der Versicherten an den weiteren Orten verbessert und die ordnungsgemäße Versorgung der Versicherten am Ort des Vertragsarztsitzes nicht beeinträchtigt wird. In der zum 01.07.2007 in Kraft getretenen Neufassung des Bundesmantelvertrags-Ärzte (BMV-Ä) ist die Zweigpraxis als genehmigter weiterer Tätigkeitsort des Vertragsarztes definiert (§ 1a Nr. 19 BMV-Ä). Weder dem Gesetz noch der Gesetzesbegründung lässt sich entnehmen, was unter einer Verbesserung der Versorgung zu verstehen ist. Nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte und Gesetzesbegründung ([BT-Drucks. 16/2474 S. 29 f.](#)) ist allein davon auszugehen, dass die Möglichkeit zur Gründung von Zweigpraxen mit der zum 01.01.2007 in Kraft getretenen Änderung des § 24 Ärzte-ZV durch das VÄndG gegenüber der Rechtslage unter Geltung des § 15a Abs. 1 BMV-Ä (bzw. der entsprechenden Regelung im Arzt-/ Ersatzkassenvertrag) in der bis dahin geltenden Fassung erweitert werden sollte (vgl. auch LSG Hessen, Beschluss vom 29.11.2007 - [L 4 KA 56/07 ER](#) -). Die Genehmigung einer Zweigpraxis hing nach § 15a Abs. 1 BMV-Ä davon ab, dass diese zur Sicherung einer ausreichenden Versorgung erforderlich war. Ein Bezug zur Bedarfsplanung i.S.d. [§§ 99 ff. SGB V](#) ist § 24 Ärzte-ZV n.F. demgegenüber nicht unmittelbar zu entnehmen. Allerdings ist unverkennbar, dass mittels der Genehmigung von Zweigpraxen die Bedarfsplanung teilweise unterlaufen werden kann (Dahm/Ratzel in: [MedR 2006, 555, 563](#); vgl. auch Bay. LSG, Urteil vom 23.07.2008 - [L 12 KA 3/08](#) -). Ausgehend hiervon wird z. T. vertreten, in einem gesperrten Planungsbereich stehe eine weitere vertragsärztliche Tätigkeit grundsätzlich im Widerspruch zu den Zielen des Bedarfsplanungsrechts und könne deshalb keine Verbesserung der Versorgung darstellen; eine Ausnahme sei unter Berücksichtigung von Nr. 24 a) und b) der Bedarfsplanungsrichtlinien nur entweder bei lokalem quantitativen Versorgungsbedarf in einzelnen Teilen eines größeren Planungsbereichs oder bei besonderem qualitativem Versorgungsbedarf möglich (Schallen, Ärzte-ZV, 5. Auflage, 2007, § 24, Rdn. 649; Zalewski in: Heinemann/Liebold, Kassenarztrecht, Juni 2007, § 24 Ärzte-ZV Anm. E 24-5; vgl. auch SG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2008 - [S 2 KA 141/07](#) -; SG Dortmund, Beschluss vom 22.01.2008 - [S 16 KA 171/07 ER](#) - in: [MedR 2008, 242-244](#)). Auch das SG Marburg bejaht eine Verbesserung der Versorgung dann, wenn eine Bedarfslücke besteht, die zwar nicht unbedingt geschlossen werden muss, die aber nachhaltig eine durch Angebot der Erreichbarkeit veränderte oder im Sinne der vertragsärztlichen Versorgung verbesserte Versorgungssituation herbeiführt (Urteil vom 07.03.2007 - [S 12 KA 701/06](#) -). Dem wird entgegengehalten, selbst eine solche nur abgeschwächte Bedarfsprüfung sei mit dem Willen des Gesetzgebers nicht vereinbar, denn dieser habe Bedarfsprüfungen gerade ausschließen wollen; eine Verbesserung der Versorgung sei daher bereits dann gegeben, wenn Fahrt- und/oder Wartezeiten verkürzt oder neue Leistungen durch besondere Qualifikationen bzw. entsprechende medizinisch-technische Ausstattungen vor Ort erbracht werden könnten (so Orłowski/Halbe/Karch in: VÄndG, 2. Auflage, 2008, S. 34 f, 98; Wollersheim in: [GesR 2008, 281, 282](#); vgl. auch LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 13.02.2008 - [L 4 B 663/07 KA ER](#) - in: [GesR 2008, 244](#)). Unzweifelhaft wird die Versorgung an den weiteren Orten jedenfalls dann verbessert, wenn in dem betreffenden Planungsbereich eine bedarfsplanungsrechtliche Unterversorgung vorliegt (so § 6 Abs. 6 BMV-Z, § 8a Abs. 1 EKV-Z), also eine Sonderbedarfszulassung oder einer Ermächtigung wegen eines lokalen oder qualitativen Versorgungsbedarfs erteilt werden könnte (vgl. Bäune in: Bäune/Meschke/Rothfuß, a.a.O., § 24 Rdn. 38; Pawlita in: [juris-PK, SGB V, 2008, § 95 Rdn. 238](#); Zalewski in: Heinemann/Liebold a.a.O.). So liegt es hier. Die Beigeladene zu 7) hat die Verbesserung der Versorgung damit begründet, dass in der Zweigpraxis Leistungen angeboten werden, die nicht bzw. nicht in ausreichendem Maß an dem Standort erbracht werden. Die von der Beigeladenen zu 7) benutzte Begrifflichkeit "Standort" ist § 24 Abs. 3 Ärzte-ZV entlehnt ("an den weiteren Orten") und nicht mit dem Begriff "Planungsbereich" im Sinn des § 24 Buchst. b) BedarfsplanungRL identisch. Ungeachtet dessen tritt eine Kollisionslage immer dann auf, wenn zumindest bezogen auf einen Teil des Planungsbereichs ("Standort") mittels Zweigpraxisgenehmigung ein Versorgungsdefizit behoben werden soll. Der Senat neigt zu der Auffassung, dass in gesperrten Bereichen grundsätzlich auch bedarfsplanungsrechtliche Gesichtspunkte und Differenzierungen für die Frage relevant sind, ob die Zulassung einer Zweigpraxis eine Verbesserung der Versorgungssituation am Ort der Zweigpraxis bedeutet (so im Ergebnis auch Bay. LSG, Urteil vom 23.07.2008 - [L 12 KA 3/08](#) -), denn den Krankenkassen und Leistungserbringern ist nach [§ 70 SGB V](#) der gesetzliche Auftrag zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten und gleichmäßigen, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen

Erkenntnisse entsprechenden Versorgung der Versicherten auferlegt (LSG Hessen, Beschluss vom 29.11.2007 - [L 4 KA 56/07 ER](#) -; SG Düsseldorf, Urteil vom 27.08.2008 - [S 2 KA 141/07](#) -; Zalewski in: Heinemann/Liebold a.a.O.; a.A. Wollersheim a.a.O. S. 282). Nach alledem spricht viel dafür, dass auch die Beigeladene zu 7) - dokumentiert durch den Genehmigungsbescheid - einen besonderen Versorgungsbedarf im Sinn von § 24 Buchst.a.b) BedarfsplanungRL-Ä annimmt (vgl. auch Senatsurteile vom 14.07.2004 - [L 11 KA 21/04](#) - in: [GesR 2004, 526](#) und 28.02.2007 - [L 11 KA 82/06](#) - in: [GesR 2007, 420](#)). Hiermit hat sich der Beklagte im angefochtenen Beschluss nicht auseinandergesetzt und damit den rechtserheblichen Sachverhalt nur unvollständig erfasst (vgl. auch BSG, Urteil vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - zur Nichtberücksichtigung von erteilten Ermächtigungen). Bei der neuerlichen Entscheidung wird zu beachten sein, dass die Genehmigung vom 16.05.2007 angefochten, mithin nicht bestandskräftig ist und damit keine Tatbestandswirkung dergestalt entfaltet, dass wegen der (bestandskräftigen) Genehmigung ggf. ein besonderer Versorgungsbedarf zu verneinen ist (vgl. auch LSG NRW, Urteil vom 03.03.2004 - [L 10 KA 41/03](#) - in: [GesR 2004, 421](#) und [ArztR 2005, 216](#)). bb) Überdies ist eine (nicht bestandskräftige) Zweigpraxisgenehmigung aus weiteren Gründen nicht geeignet, einem Antrag auf Sonderbedarf entgegengestellt zu werden. Originäre Teilnahmeform ist die Zulassung zu vertragsärztlichen Versorgung ([§ 95 SGB V](#) i.V.m. §§ 19 ff. Ärzte-ZV). Subsidiäre Teilnahmeform ist die Ermächtigung ([§ 116 SGB V](#)). Daneben sieht das Gesetz eine Reihe von Teilnahmesonderformen für Krankenhäuser, Institutsambulanzen, sozialpädiatrische Zentren usw. vor ([§§ 115b Abs. 2 Satz 1, 116 Abs. 2 Satz 1, 118 Abs. 1 Satz 1, 119 Abs. 1](#) u.a. SGB V). Ungeachtet dessen steht die Vollzulassung als Vertragsarzt an der Spitze der Teilnahmehierarchie. Die ärztliche Versorgung ist vorrangig von den im Planungsbereich zugelassenen Vertragsärzten zu erbringen (SG Marburg, Beschluss vom 06.09.2005 - [S 12 KA 454/05 ER](#) -). Infolgedessen wertet der Senat die Teilnahmeform "Zweigpraxis" gegenüber der Vollzulassung jedenfalls dann als subsidiär, wenn die Zweigpraxis - wie hier - nicht in dem Planungsbereich betrieben werden soll, in dem der Vertragsarztsitz liegt. Zwar nimmt die Genehmigung einer Zweigpraxis auf die Bedarfsplanung (§§ 12 ff. Ärzte-ZV) insoweit keinen Einfluss, als der Versorgungsgrad des Planungsbereichs von der Eröffnung einer Zweigpraxis unberührt bleibt. Indessen gilt dies nicht für die Voraussetzungen des Sonderbedarfs nach § 24 BedarfsplanungRL-Ä, denn ein solcher suspendiert gleichermaßen von der Bedarfsplanung. Eine etwaige Konfliktlage zwischen einer Sonderbedarfszulassung und einer den Bedarf ggf. kompensierenden Zweigpraxisgenehmigung ist zur Überzeugung des Senats nach verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten zu lösen. Die Ausdehnung der vertragsärztlichen Tätigkeit vom eigentlichen Vertragsarztsitz (§ 18 Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV) hin auf einen weiteren Ort in Form einer Zweigpraxis (§ 24 Abs. 3 Satz 1 Ärzte-ZV) ist für die Verwirklichung des Grundrechts aus [Art. 12 GG](#) nicht von zentraler Bedeutung (zutreffend LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 10.07.2008 - [L 4 B 405/08 KA ER](#) -). Betroffen ist nicht die stärker geschützte Freiheit der Berufswahl, sondern lediglich die Berufsausübung und die Beschränkung wirkt sich darüber hinaus sehr viel weniger einschneidend aus als andere Ausübungsregelungen wie z. B. Zulassungssperren nach [§§ 99 ff. SGB V, §§ 12 ff. Ärzte-ZV](#) (vgl. dazu BSG, Urteil vom 18.03.1998 - [B 6 KA 37/96 R](#) -). Sofern in einem Kollisionsfall die Zweigpraxisgenehmigung - wie hier - wegen eines Bedarfs erteilt wird und dies letztlich dazu führt, dass Anträge auf Sonderbedarfszulassung nunmehr mangels Bedarfs abgelehnt werden, erachtet der Senat eine Zweigpraxisgenehmigung daher als nachrangig. Sie ist bei der Prüfung, ob und inwieweit ein Sonderbedarf besteht, zwar zu berücksichtigen, kann aber - solange nicht bestandskräftig - nicht dazu führen, dass ihrerwegen ein Sonderbedarf verneint wird. Wie zu verfahren ist, wenn eine rechtswidrig bestandskräftige Zweigpraxisgenehmigung einen zuvor vorhandenen besonderen Bedarf zu Lasten einer Sonderbedarfszulassung kompensiert, braucht hier nicht entschieden zu werden (vgl. auch LSG NRW, Urteil vom 03.03.2004 - [L 10 KA 41/03](#) - in: [GesR 2004, 421](#) und [ArztR 2005, 216](#)).

e)

Ob und inwieweit der Beklagte bei der neuerlichen Entscheidung einen Bedarf feststellt, unterliegt nach den Eingangs aufgezeigten Rechtsgrundsätzen seinem Beurteilungsspielraum. Hiervon nicht erfasst ist allerdings, ob eine Sonderbedarfszulassung nur als volle Zulassung oder aber auch als Teilzulassung in Betracht kommt. Der Beklagte meint, die maßgebenden Rechtsgrundlagen sähen eine Teilzulassung nicht vor. Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Infolge des VÄndG vom 22.12.2006 (BGBl. 2006 I, 3339) ist § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV als Folgeänderung zu [§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#) mit Wirkung ab dem 01.01.2007 dahin geändert worden, dass der Vertragsarzt nunmehr die Möglichkeit hat, den aus seiner Zulassung folgenden Versorgungsauftrag auf die Hälfte des regelhaften Versorgungsauftrags zu beschränken. Die Ärzte-ZV definiert nicht, was unter einem hälftigen Versorgungsauftrag zu verstehen ist. Der zeitliche Umfang wird statt dessen durch § 17 Abs. 1a Satz 2 BMV-Ä bzw. § 13 Abs. 7a Satz 3 EKV festgelegt. Danach hat der Vertragsarzt mit hälftigem Versorgungsauftrag an seinem Vertragsarztsitz persönlich zehn Stunden wöchentlich in Form von Sprechstunden zur vertragsärztlichen Versorgung zur Verfügung zu stehen. Für den Beklagten streitet zwar die Entscheidung des BSG vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - . Die dem zugrundeliegende Auffassung ist zur Überzeugung des Senats indessen - wie ausgeführt - wegen der Neuregelung des § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV ab dem 01.01.2007 überholt. Die Frage, ob eine Vertragsarztpraxis mit hälftigem Versorgungsauftrag wirtschaftlich betrieben werden kann, ist vor dem Hintergrund des § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV kein Entscheidungskriterium. Dies gilt umso mehr, als das hälftige Ruhen der Zulassung nunmehr auch als Disziplinarmaßnahme ausgesprochen werden kann (vgl. Schiller/Pavlovic in: [MedR 2007, 86, 89](#)) bzw. eine hälftige Entziehung der Zulassung möglich ist ([§ 95 Abs. 6 Satz 2 SGB V](#)) und auch insoweit wirtschaftliche Gesichtspunkte grundsätzlich irrelevant sind (vgl. oben). Zuzugeben ist dem Beklagten allerdings, dass die BedarfsplanungRL-Ä einen hälftigen Versorgungsauftrag im Sonderbedarf nicht vorsehen. Das ist indessen unschädlich. Die Normsetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses hinsichtlich § 24 BedarfsplanungRL-Ä beruht auf [§ 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V](#). Ungeachtet der Frage, ob die Ermächtigungsnorm dem Grunde nach berechtigt, darüber zu entscheiden, ob ein Sonderbedarf auch mittels hälftiger Zulassungen befriedigt werden kann, hat der Gemeinsame Bundesausschuss eine solche (positive oder negative) Entscheidung bislang nicht getroffen. Dann aber gilt: Die gesetzliche Regelung des [§ 95 Abs. 3 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. § 19a Abs. 2 Ärzte-ZV (zur Gesetzesqualität der Ärzte-ZV vgl. BSG, Urteil vom 16.07.2003 - [B 6 KA 49/02 R](#) - in: [MedR 2004, 114](#)) ist bislang vom Gemeinsamen Bundesausschuss weder dahin konkretisiert worden, dass hälftige Sonderbedarfszulassungen unzulässig sind, noch dahin, dass sie zulässig sind. Macht aber der Gemeinsame Bundesausschuss von seiner Normsetzungsbefugnis keinen Gebrauch, gelten die gesetzlichen Vorgaben unmittelbar. Danach sind seit dem 01.01.2007 hälftige Sonderbedarfszulassungen zulässig, denn die Sonderbedarfszulassung nach § 24 BedarfsplanungRL-Ä ist kein Aliud gegenüber einer bedarfsunabhängigen Zulassung. Das Gesetz kennt in der Überschrift des [§ 95 SGB V](#) nur allgemein die "Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung" und als deren Unterfall in [§ 95 Abs. 2 SGB V](#) die "Zulassung als Vertragsarzt". Deshalb ist es grundsätzlich ohne Bedeutung, wenn ein Arzt im Verwaltungsverfahren zunächst eine Sonderbedarfszulassung beantragt und erst im Berufungs- und Revisionsverfahren den Gesichtspunkt eines Zulassungsanspruchs nach den allgemeinen für Vertragsärzte geltenden Zulassungsregelungen geltend macht (vgl. BSG, Urteil vom 11.09.2002 - [B 6 KA 23/01 R](#) - in: [SozR 3-5520 § 20 Nr. 4](#)).

f)

Gegen eine Zulassung des Klägers zu 1) sprechen nicht die Vorgaben des § 20 Abs. 1 Ärzte-ZV. Hiernach ist für die Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit nicht geeignet, wer infolge einer der in dieser Vorschrift genannten Beschäftigungen die Versorgung der Versicherten persönlich nicht in erforderlichem Maße zur Verfügung steht. Der Arzt ist nach Maßgabe der Regelung grundsätzlich nicht

geeignet, wenn die Arbeitszeit in einem Beschäftigungsverhältnis mehr als dreizehn Stunden wöchentlich beträgt (BSG, Urteil vom 30.01.2002 - [B 6 KA 20/01 R](#) -; vgl. aber BSG, Urteil vom 05.11.1997 - B 6 RKA 52/97 -). Allerdings beziehen sich diese Entscheidungen nur auf eine Vollzulassung. Soweit § 19a Abs. 1 Ärzte-ZV es nunmehr zulässt, die Zulassung auf einen halben Versorgungsauftrag zu beschränken, erachtet es der Senat als geboten, den zulässigen Umfang einer sonstigen Beschäftigung bei patientenbezogener Behandlung mit 20 Wochenstunden anzusetzen (so auch Zalewski in: Heinemann/Liebold, a.a.O., § 20 Anm. E 20-1; vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 24.08.2007 - [L 5 KA 3245/07 ER-B](#) -). Diesen Anforderungen trägt der Kläger zu 1) Rechnung, denn er hat dem Beklagten in der Sitzung vom 04.07.2007 erklärt, sein Arbeitsverhältnis bei einer Vollzulassung auf max. 13 Wochenstunden zu beschränken und darüber hinaus grundsätzlich bereit zu sein, Sprechstunden von mehr als 20 Stunden/wöchentlich anzubieten.

g)

Der Beklagte hat seiner Entscheidung aus einem weiteren Gesichtspunkt heraus einen unvollständigen Sachverhalt zugrundegelegt. Er sieht Bedarf für nur eine Sonderbedarfszulassung, weil ein nicht geringer Teil der bisher von den Klägern auf der Grundlage von Ermächtigungen behandelten Patienten nicht den Wohnsitz in N hat. Zutreffend ist insoweit, dass grundsätzlich maßgebend die Verhältnisse im Planungsbereich sind. Indessen gilt dies nicht uneingeschränkt. So kann bei Subspezialisierungen einzelner Fachgebiete - wie hier - auch die Versorgungssituation in räumlich angrenzenden Gebieten für die Prüfung der Notwendigkeit einer Sonderbedarfszulassung berücksichtigt werden (vgl. BSG, Urteil vom 19.03.1997 - [6 RKA 43/96](#) -) oder ausnahmsweise mit nachvollziehbarer Begründung von dem Grundsatz abgewichen werden, dass auf den gesamten Planungsbereich abzustellen ist (LSG NRW, Beschluss vom 23.08.2006 - [L 10 B 11/06 KA ER](#) -; LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 09.02.2005 - [L 3 KA 253/02](#) -, jeweils betreffend Ermächtigungen; LSG NRW, Urteil vom 25.04.2007 - [L 10 KA 48/06](#) - betreffend Sonderbedarf). Der Beklagte hat hierzu keinerlei nachprüfbar festgestellte Tatsachen getroffen und lediglich - pauschal - angenommen, dass ein nicht geringer Teil der Patienten aus anderen Planungsbereichen "einpendelt". Die Einzelheiten der Patientenströme lassen sich über die zur Mitwirkung verpflichtete Beigeladene zu 7) ermitteln. Im Übrigen hätte der Beklagte bei diesem Ansatz seine Bedarfsprüfung dadurch vervollständigen müssen, dass er die Zahl der auch außerhalb des Planungsbereichs behandelten Patienten ermittelt, mithin den Bedarf dergestalt präzisiert, dass er die einpendelnden Patienten herausrechnet und im Gegenzug die auspendelnden Patienten in die Bedarfsprüfung einbezieht. Letztlich kommt es hierauf nicht an, denn nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 der BedarfsplanungRL-Ä ist bei der Feststellung der Unterversorgung u.a. der Ort der tatsächlichen Inanspruchnahme der ärztlichen Leistungen zu berücksichtigen. Normadressat dieser Regelung ist zwar vorrangig der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, dennoch ist dem zu entnehmen, dass der Normgeber für die Beurteilung der Frage, ob eine Unterversorgung vorliegt, insoweit allein ortsbezogene Vorgaben macht. Da die Sonderbedarfszulassung dazu dient, eine zuvor festgestellte Unterversorgung zu beseitigen, sind die Zulassungsgremien denklogisch gehalten, ortsbezogen einen besonderen Versorgungsbedarf zu prüfen. Eine Bestätigung hierfür findet sich in § 24 Buchst. b) Satz 2 BedarfsplanungRL-Ä. Danach ist Voraussetzung für die Sonderbedarfszulassung, dass ärztliche Tätigkeiten in dem betreffenden Planungsbereich nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stehen. Schon der Wortlaut macht deutlich, dass es grundsätzlich irrelevant ist, ob die Patienten aus einem anderen Planungsbereich "einpendeln". Maßgebend ist nicht deren Wohnsitz, sondern die Inanspruchnahme der ärztlichen Leistungen im betreffenden Planungsbereich (hier: N).

h)

Ob und inwieweit eine Zulassung auf der Grundlage von § 24 Buchst. c) BedarfsplanungRL-Ä in Betracht kommt, hat der Beklagte nicht geprüft. Der Kläger zu 1) trägt hierzu vor, stets angekündigt zu haben, mit dem Kläger zu 2) eine gefäßchirurgische Gemeinschaftspraxis betreiben zu wollen. Dem Beschluss des Zulassungsausschusses vom 23.04.2007 ist zu entnehmen, dass der Klägerbevollmächtigte erklärt hat, die Kläger beabsichtigten eine Berufsausübungsgemeinschaft zu gründen. Die Prüfung der Voraussetzungen von § 24 Nr. c) BedarfsplanungRL-Ä wird nötigenfalls nachgeholt werden müssen.

i)

Ob und inwieweit die Voraussetzungen von § 24 Buchst. d) BedarfsplanungRL-Ä hinsichtlich der Versorgungsform "ambulantes Operieren" erfüllt sind, lässt sich dem angefochtenen Bescheid gleichermaßen nicht entnehmen. Der Kläger zu 1) ist der Auffassung, dass eine Zulassung auch auf dieser Grundlage in Betracht kommt. Auch die Prüfung der Voraussetzungen dieser Regelung ist ggf. nachzuholen."

II.

Soweit es die unter Eignungsgesichtspunkten getroffene (negative) Auswahlentscheidung des Beklagten zu Lasten der Klägerin angeht, gilt:

Die vom Beklagten im Rahmen der Auswahlentscheidung zugrundegelegten Kriterien (berufliche Eignung, Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, Approbationsalter) sind nicht zu beanstanden. Sie entsprechen den Vorgaben des [§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V](#) (hierzu eingehend LSG NRW, Urteil vom 30.11.2005 - [L 10 KA 29/05](#) - in: [GesR 2006, 456](#) ff., [MedR 2006, 616](#) ff., Breith 2006, 904 ff.). Die Dauer der Eintragung in die Warteliste ([§ 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#)) ist danach nur ergänzend zu berücksichtigen. Sie hat im Vergleich zu den in [§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V](#) gelisteten Eignungskriterien eine geringere Bedeutung (LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 - [L 4 B 269/06 KA ER](#) - in: [NZS 2007, 108](#) ff.). Für Anträge auf Sonderbedarfszulassung gilt nichts anderes. Die Sonderbedarfszulassung ist - wie dargestellt - kein Aliud zur Vollzulassung. Grundsätzlich gelten daher die für die Vollzulassung geschaffenen Regelungen unmittelbar oder aber entsprechend. Etwas anderes kommt nur dann in Betracht, wenn der Gemeinsame Bundesausschuss von seiner Normsetzungskompetenz Gebrauch macht und in dessen Grenzen abweichende Regelungen schafft. Das ist nicht geschehen. Der 7. Abschnitt (Maßstäbe für qualitätsbezogene Sonderbedarfsfeststellungen) der BedarfsplanungRL-Ä enthält keine Sondervorschriften, nach denen in Konkurrenz mehrerer Bewerber entschieden werden könnte. Etwas anderes galt allerdings nach Nr. 23 Satz 2 BedarfsplanungRL-Ä vom 09.03.1993 (Bundesanzeiger Nr. 110a vom 18.06.1993) i.d.F. vom 17.04.2002 (Bundesanzeiger Nr. 118, S. 14538). Für die Entscheidung über die Zulassungsanträge nach Feststellung durch den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, dass keine Überversorgung mehr besteht, war danach allein die Reihenfolge ihres Einganges beim Zulassungsausschuss maßgebend. Diese Regelung war nicht zu beanstanden. Denn mit der - teilweise - Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen handelt es sich wieder um ein Zulassungsverfahren, das keinen weiteren Beschränkungen unterliegt. Die in [§ 103 Abs. 4](#) und 5 SGB V aufgeführten Kriterien, insbesondere auch die Dauer der Eintragung in die Warteliste, waren nicht heranzuziehen, denn sie sind nach dem ausdrücklichen Wortlaut der genannten Vorschrift allein für die Auswahl im Nachbesetzungsverfahren von Bedeutung (LSG NRW, Urteil vom 09.04.2003 - [L 10 KA 43/02](#) - in: [GesR 2003, 310-314](#)). Hieraus kann die Klägerin dennoch nichts zu ihren Gunsten herleiten. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat die insoweit einschlägigen Passagen der BedarfsplanungRL-Ä geändert. Nach § 23 Abs. 3 Nr. 3 BedarfsplanungRL-Ä vom 15.02.2007 (Bundesanzeiger 2007, S. 3 491) entscheidet der Zulassungsausschuss unter mehreren Bewerbern nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Kriterien berufliche

Eignung, Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, Approbationsalter, Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß [§ 103 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#). Damit stellen die BedarfsplanungsRL-Ä insoweit Kongruenz mit den Kriterien für die Auswahlentscheidung in Fällen der Nachfolgelassung her. Bereits dies spricht dafür, die vorgenannten Eignungskriterien auch auf Konkurrenzsituationen im Zusammenhang mit Sonderbedarfszulassungen nach Abschnitt 7 der BedarfsplanungsRL-Ä zu erstrecken. Vollends gerechtfertigt ist dies letztlich deswegen, weil sowohl die Nachfolgelassung ([§ 103 Abs. 4 SGB V](#)) als auch Sonderbedarfszulassungen Ausnahmetatbestände sind, die es im Einzelfall unter besondere Voraussetzungen ermöglichen, Vertragsarztsitze trotz Zulassungsbeschränkungen zu besetzen. Dieser identische Anknüpfungspunkt führt zum Ergebnis, dass es zumindest sachgerecht ist, wenn der Beklagte bei der Auswahlentscheidung zwischen mehreren Bewerbern für eine Sonderbedarfszulassung auf die Auswahlkriterien des [§ 103 Abs. 5 Satz 1 SGB V](#) zurückgreift. Danach erweist sich die Auswahlentscheidung des Beklagten zu Lasten der Klägerin - insoweit - als rechtmäßig. Hierzu wird zur Vermeidung von Wiederholungen auf den angefochtenen Beschluss des Beklagten Bezug genommen.

Ungeachtet dessen war die Berufung der Klägerin nicht zurückzuweisen. Dies hätte zur Folge, dass ihr gegenüber der angefochtene Beschluss nach Rechtskraft des Urteils (relativ) bestandskräftig würde und sie im wiedereröffneten Widerspruchsverfahren präkludiert wäre. Das wiederum erscheint dem Senat vor dem Hintergrund, dass der Beklagte anhand einer Vielzahl ihm aufgezeigter Gesichtspunkte neu entscheiden muss, als rechtlich bedenklich. Denn im Rahmen des dem Beklagten eingeräumten Beurteilungsspielraum ist es nicht völlig ausgeschlossen, dass er in neuer Bewertung der Sach- und Rechtslage nunmehr zum Ergebnis kommt, es bestehe, sofern der im Wege des Sonderbedarfs bereits zugelassene Dr. L hierzu weiterhin bereit ist, Bedarf für zwei hälftige (je für den Beigeladenen zu 9) und Dr. L) und eine volle Sonderbedarfszulassung (für die Klägerin) auf gefäßchirurgischen Gebiet.

Nach alledem musste die Berufung der Klägerin Erfolg haben.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) in Verbindung mit [§§ 154 Abs.1, 162 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO),

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-01-04