

## L 12 KA 443/07

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

12

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 38 KA 1417/06

Datum

24.01.2007

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 KA 443/07

Datum

23.04.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

B 6 KA 29/08 R

Datum

13.01.2009

Kategorie

Urteil

I. Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 24. Januar 2007 auf- gehoben.

II. Der Bescheid des Beklagten vom 28. Juli 2006 wird aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, über den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid des Zulassungsausschusses vom 8. Februar 2006 gemäß der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu entscheiden.

III. Der Beklagte trägt die Kosten beider Rechtszüge. IV. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig ein Anspruch auf Nachfolgezulassung im Verfahren nach [§ 103 Abs.4 SGB V](#).

Der 2005 verstorbene Dr. W. M. war als fachärztlicher Internist zugelassen. Er führte in M. , S.straße eine Kassenpraxis. Der Verstorbene war in Gemeinschaftspraxis mit Fr. Dr. S. (Job-Sharing-Partnerin) tätig.

Nach dessen Ableben stellte die Erbengemeinschaft (bestehend aus der Ehefrau E. M. und den beiden Kindern Sb. und Chr. M.) einen Nachbesetzungsantrag gemäß [§ 103 Abs.4 SGB V](#). Die KVB schrieb darauf hin im Bayer. Staatsanzeiger vom 07.10.2005 eine "Internistenpraxis fachärztliche Tätigkeit" aus. Im Ausschreibungstext wird ausgeführt, dass "Bewerbungen formlos unter Angabe der Chiffre-Nr. bis spätestens 28.10.2005 an die Kassenärztliche Vereinigung Bayerns, Kompetenzzentrum Sicherstellung zu senden" seien.

Innerhalb der Frist gingen mehrere Bewerbungen, darunter diejenigen des Klägers und eines Dr. F., ein, deren weiteres Schicksal (z.B. Bewerbungsrücknahme) in der Zulassungsakte nur zum Teil wiedergegeben ist. Die Bewerbungen erfolgten zunächst formlos. Die KVB übersandte daraufhin Formblätter und Hinweisschreiben und setzte für die formgerechte Antragstellung eine weitere Frist. Der Kläger bewarb sich daraufhin unter Verwendung der Formblätter und Übersendung der notwendigen Unterlagen.

In der Folgezeit erstellte die KVB eine Bewerberliste, die sie an die Bevollmächtigte der Erbengemeinschaft (Ehefrau E. M.) sandte und gab die Bewerbungsunterlagen an den Zulassungsausschuss zur weiteren Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens ab.

Dieser bestimmte Termin für den 05.12.2005 an. Der Termin wurde aber abgesetzt, weil die Erbengemeinschaft mitgeteilt hatte, einen neuen Interessenten gefunden zu haben. Mit Schreiben vom 16. Januar 2006 teilte Frau M. im Namen der Erbengemeinschaft dem Zulassungsausschuss mit, dass sich nunmehr Herr Dr. W. (Beigeladener zu 8.) nachträglich um die Übernahme der Praxis beworben habe. Man habe sich nun geeinigt. Dr. W. würde die Praxis schnellstmöglich übernehmen und fortführen. Man bitte nunmehr um Terminierung am 08.02.2006. Mit Schreiben vom 31.10.2005 seien insgesamt neun Ärzte in einer Bewerberliste mitgeteilt worden. Nachbeworben habe sich Dr. B. Man habe allen ein Praxisexpose vorgelegt. Daraufhin haben sich nur noch Dr. S. (Job-Sharing-Partnerin), Dr. F., Dr. B. und Dr. M. (Kläger) gemeldet. Mit allen habe man verhandelt und die Praxiszahlen im Detail vorgelegt, die Mietvertragsituation etc. erörtert. Ein Einvernehmen zur Übertragung habe jedoch nur mit Herrn Dr. W. (Beigeladener zu 8.) erzielt werden können. Trotz abgebrochener Verhandlungen liege seitens der vorgenannten Ärzte keine Erklärung vor, auf die Bewerbung zu verzichten.

Der in den Akten enthaltene Antrag des beigeladenen Dr. W. trägt den Eingangsstempel 10. Januar 2006.

Der Kläger ist 1965 geboren und erwarb die Approbation am 15.02.1995; die Facharztanerkennung hat er am 05.10.2005 erhalten. Die Schwerpunktbezeichnung "Hämatologie und internistische Onkologie" darf er seit dem 15.11.2005 führen. Die Urkunde hatte er umgehend vorgelegt. In die Warteliste war er eingetragen.

Der Beigeladene zu 8. ist im Jahre 1962 geboren und bereits seit dem 20.06.1992 approbiert; er ist seit 14.10.1998 Internist. Seit dem 26.09.2005 führt er ebenfalls die Schwerpunktbezeichnung "Hämatologie und internistische Onkologie". In die Warteliste war er nicht eingetragen.

Wunschgemäß terminierte der Zulassungsausschuss für den 08.02.2006 und ließ mit Bescheid gleichen Datums den beigeladenen Dr. W. als Nachfolger zu. Der Antrag des Herrn Dr. M. (Kläger) werde abgelehnt. Über die Anträge weiterer Bewerber trifft der Bescheid keine ausdrückliche Entscheidung, erwähnt jedoch die Bewerbung des Dr. F.

Zum Sachverhalt wurde ausgeführt, dass Frau M. zusammen mit ihrem Berater Herrn B. M. (einem Kooperationspartner des Bevollmächtigten der Beigeladenen zu 8. und 9.) teilgenommen habe. Sie gebe an, dass Herr Dr. W. der Wunschnachfolger ihrer Wahl sei, da er über die beste medizinische Qualifikation verfüge. Herr M. verfüge ihrer Ansicht nach für die Übernahme der Praxis noch nicht über genügend Erfahrung, da er seinen Schwerpunkt Hämatologie und internistische Onkologie erst vor vier Wochen erworben habe. Zur Auswahlentscheidung führt der Zulassungsausschuss dann aus, dass Dr. W. am längsten im Besitz der Approbation sei und zudem auch auf eine langjährige Berufserfahrung als Internist, Hämatologie und internistische Onkologie zurückblicken könne. Unter Zugrundelegung dieser Kriterien sei eine Gewichtung zu dessen Gunsten vorzunehmen. Der Zulassungsausschuss habe sich von dem exzellenten beruflichen Werdegang des Dr. W. überzeugen können. Herr Dr. W. sei im Gegensatz zu Herrn M. nicht in die Warteliste eingetragen (Eintragung des Klägers am 23.01.2006). Dr. W. sei der Vorrang aufgrund seiner ärztlichen Tätigkeit einzuräumen, weil dieser die beste Qualifikation im Sinne des Merkmals der beruflichen Eignung besitze und über eine breite langjährige berufliche Erfahrung im klinischen Bereich von über 13 Jahren verfüge; somit sei er fachlich geeigneter. Auch gelte zu beachten, dass es sich bei dem in [§ 103 Abs.4](#) und [5 SGB V](#) genannten Auswahlkriterien nicht um eine abschließende Aufzählung handle. Auch im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte Umstände seien in die Abwägung einzubeziehen. Demgemäß sei auch der Wille der Erben zu beachten, wenn die Praxis ausschließlich einem bestimmten Bewerber übertragen werden solle. Unter Zugrundelegung des Willens der Erbin als außergesetzliches Auswahlkriteriums habe Dr. W. gegenüber den Mitbewerbern Vorteile verbuchen können, da mittlerweile eine vertragliche Einigung bestehe.

Zu der Höhe des Verkehrswertes hat der Zulassungsausschuss keinerlei Ermittlungen angestellt und die Entscheidung auf die Anwendung der Auswahlkriterien gestützt.

Dagegen erhob der Kläger Widerspruch und trug vor, dass bei ermessensfehlerfreier Anwendung der Auswahlkriterien er auszuwählen sei. Die berufliche Eignung sei im Wesentlichen gleich. Das Approbationsalter sei geringfügig höher, ebenso die Dauer der ärztlichen Tätigkeit. Allerdings verfüge nur er über eine Wartelisteneintragung.

Dr. W. sei im Übrigen nicht auswahlfähig, weil er sich erst kurz vor der Entscheidung des Zulassungsausschusses beworben habe.

Auch habe er jederzeit seinen Fortführungswillen erklärt. Er habe gegenüber dem Berater der Erbgemeinschaft B. M. eindeutig erklärt, die Praxis zum Verkehrswert übernehmen zu wollen. Zu den finanziellen Bedingungen habe er ein Gebot abgegeben, das am oberen Ende des angenommenen Verkehrswertes liege. Es habe mehrfache Kontakte gegeben und er habe dabei das Gebot bekräftigt. Er habe im Vorfeld der Zulassungsausschusssitzung mit dem Niederlassungsberater der KVB Kontakt aufgenommen und sich auch über die Wertermittlung der Praxis beraten lassen, ebenso habe er sich zur Höhe des Verkehrswertes von der Apotheker- und Ärztebank beraten lassen. Selbstverständlich halte er sich an das Angebot, den ggf. festzulegenden Verkehrswert zu zahlen, gebunden. Dies sei auch schriftlich mitgeteilt worden. Die Vorstellungen der Abgeberseite hätten aber höher gelegen.

Erbgemeinschaft sowie der zugelassene Beigeladene zu 8. widersprachen der Fehlerhaftigkeit der Auswahlentscheidung. Die Bewerbung von Dr. W. sei auch nicht verfristet gewesen. Denn es gebe keine Bewerbungsfristen im Verfahren nach [§ 103 SGB V](#). So sehe dies auch das Sozialgericht Duisburg mit Entscheidung vom 01.09.2005 ([S 19 KA 25/05 ER](#)).

Die Praxisübernahme sei auch nicht verweigert worden. Vielmehr habe der Wf. selbst die Verhandlung abgebrochen. Dass der Widerspruchsführer zu seiner Bereitschaft, den Verkehrswert zu bezahlen, ausführt und dafür Zeugen anbiete, ändere an der vorstehend dargelegten Einschätzung der Auswahlituation nichts. Bekanntlich sei diese Bereitschaft selbstverständliche Voraussetzung für die Praxisübertragung an jeden Bewerber als Ausfluss der wirtschaftlichen Rechte des Praxisübergebers nach [Art.14 GG](#). Auch Herr Dr. W. sei dazu bereit gewesen. Zutreffend habe der Zulassungsausschuss gewürdigt, dass aufgrund des offenen Gesetzeswortlautes die Interessen der Erbgemeinschaft von Bedeutung seien, die Herrn Dr. W. als geeignetsten Praxisnachfolger ansehen.

Mit dem am 28. Juli 2006 ausgefertigten Bescheid wies der Berufungsausschuss für Ärzte Bayern den Widerspruch des Klägers zurück.

In der Begründung wird ausgeführt, dass für Dr. W. die frühere Approbation und die längere Dauer der ärztlichen Tätigkeit sowie die frühere Erlangung der Arztbezeichnung spreche. Außerdem spreche für diesen, dass er in der Zeit vom 01.04.2001 bis 31.07.2002 als Stationsarzt die hämatologische Schwerpunktstation der Medizinischen Klinik geleitet habe. Damit sei Dr. W. beruflich auch geeigneter, die Praxis fortzuführen. Schließlich habe der Zulassungsausschuss zu Recht auch die wirtschaftlichen Interessen der Rechtsnachfolger des Praxisvorgängers berücksichtigt. Den Vertragsärzten soll das Eigentum an der Praxis wertmäßig erhalten werden. Es sei lediglich insofern nicht mehr zu schützen, als über den Verkehrswert hinausgehende Vermögensvorteile erstrebt würden. Im Übrigen vertrete der BA mit dem Zulassungsausschuss die Auffassung, dass auch Bewerbungen, die nach der von der KVB gesetzten Frist eingingen, zu berücksichtigen seien, da es sich um keine gesetzliche Ausschlussfrist handle. Hinzu komme, dass die Rechtsnachfolger die Einbeziehung der Bewerbung des Dr. W. in die Auswahlentscheidung ausdrücklich wünschten.

Dagegen hat der Kläger Klage zum Sozialgericht München erhoben. Die Beteiligten haben ihre im Verwaltungsverfahren vertretenen Meinungen aufrecht erhalten.

Mit Urteil vom 24. Januar 2007 hat das SG München die Klage abgewiesen. Dabei ist es davon ausgegangen, dass die Kaufverhandlungen wegen Nichteinigung über die Höhe des Kaufpreises abgebrochen worden seien, jedoch auch der Kläger bereit gewesen sei, den Verkehrswert zu bezahlen. Die Auswahlentscheidung sei nicht zu beanstanden, die Grenzen des Ermessens seien noch nicht überschritten worden.

Die Nichteinhaltung der Bewerbungsfrist seitens des Ausgewählten sei unbeachtlich. Bei der Bewerbungsfrist handle es sich um keine Ausschlussfrist, sondern um eine Ordnungsfrist mit der Folge, dass es im pflichtgemäßen Ermessen der zuständigen Behörde liege, ob eine verspätete Bewerbung noch berücksichtigt oder zurückgewiesen werde (vgl. Beschluss OLG NRW vom 24.06.2004, [6 B 1114/04](#)).

Dagegen richtet sich die Berufung des Klägers zum Bay. Landessozialgericht. Er hält an seiner bisherigen Rechtsauffassung fest. Der berücksichtigte Bewerber und Beigeladene zu 8) habe sich erst 74 Tage nach Ablauf der im Bayer. Staatsanzeiger veröffentlichten Bewerbungsfrist und 53 Tage nach Abgabe der Bewerbungsunterlagen durch die KVB an den Zulassungsausschuss beworben. Die Bewerbung habe daher nicht mehr berücksichtigt werden dürfen. Der Hinweis auf die Entscheidung des OLG NRW vom 24.06.2004 sei falsch, da es sich um eine andere Konstellation gehandelt habe. Hier werde das Recht des Klägers auf chancengleiche Auswahl verletzt.

Die vorgegebenen Kriterien für die Auswahlentscheidung seien gleichrangig zu berücksichtigen und es habe eine Abwägung der Kriterien zu erfolgen. Dies sei nicht erfolgt. Insbesondere der Umstand der Wartelisteneintragung des Klägers und der Nichteintragung des zugelassenen Beigeladenen zu 8. werde in die Abwägung nicht miteingestellt. Auch die Ausführungen zur unterschiedlichen beruflichen Eignung seien fehlerhaft. Alle Ärzte, die eine Weiterbildung auf dem gleichen Gebiet besäßen, seien als gleich geeignet und befähigt zur Erbringung sämtlicher gebietskonformer Leistungen und zur Deckung des Versorgungsbedarfes in dem betroffenen Fachgebiet anzusehen (BSG Urteil vom 14.07.1993 [6 RKA 71/91](#)). Wenn der Beklagte aufgrund einer Tätigkeit in einer anderen Klinikstation bei ansonsten gleichem Qualifikationsprofil eine höhere berufliche Eignung ableite, sei dies fehlerhaft. Im Übrigen vertrete das LSG Berlin-Brandenburg (vom 20.06.2007 [L 7 KA 7/04](#)) die Auffassung, dass es sich um eine Ausschlussfrist handle.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts München vom 24. Januar 2007 aufzuheben und den Beklagten zu verurteilen, über den Widerspruch des Klägers gegen den Bescheid des Zulassungsausschusses Ärzte vom 08.02.2006 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu verhandeln und zu entscheiden.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

In Übereinstimmung mit der langjährigen Praxis der Nachbesetzungsverfahren habe die Bewerbungsfrist als Ordnungs- und nicht als Ausschlussfrist gewertet werden dürfen. Zudem habe es sachliche Gründe für die Berücksichtigung des Beigeladenen zu 8. gegeben, nämlich die nicht vorhersehbare Absage der bevorrechtigten Praxispartnerin, so dass sich die Sachlage für die Erbgemeinschaft völlig neu dargestellt habe. Der Kläger habe keinen Fortführungswillen gehabt und sei nicht zur Zahlung des Verkehrswerts bereit gewesen.

Die Beigeladenen zu 8. und 9. beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

Die weiteren Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Im Rahmen eines durch den Berichterstatter durchgeführten Erörterungstermins bestätigten die anwesenden Beteiligten übereinstimmend, dass die ehemalige Gemeinschaftspraxispartnerin ihre Zulassung am Vertragsarztsitz aufgegeben hat, um anderenorts beruflich tätig zu sein.

Für die weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakten, der Streitakte des Sozialgerichts München sowie der Verfahrensakte des Bayer. Landessozialgerichts Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung erweist sich als begründet.

Der angefochtene Bescheid des Beklagten ist schon deshalb rechtswidrig, weil durch ihn eine Nachfolgezulassung zu Gunsten des Beigeladenen zu 8. erfolgte, jedoch dieser Arzt in diesem Nachbesetzungsverfahren nicht mehr berücksichtigungsfähig war. Der zugelassene Bewerber und Beigeladene zu 8. war nicht berücksichtigungsfähig, weil er sich erst nach Ablauf der Bewerbungsfrist und nach Abgabe der Bewerbungsunterlagen an den Zulassungsausschuss beworben hat.

Rechtsgrundlage für den geltend gemachten Anspruch auf fehlerfreie Nachfolgeauswahlentscheidung ist [§ 103 Abs.4 SGB V](#). Nach [§ 103 Abs.4 SGB V](#) hat die KVB, wenn die Zulassung eines Vertragsarztes in einem gesperrten Planungsbereich u.a. durch Tod endet und die Praxis von einem Nachfolger fortgeführt werden soll, auf Antrag seiner zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben diesen Vertragsarztsitz in den für ihre amtlichen Bekanntmachungen vorgesehenen Blättern unverzüglich auszuschreiben und eine Liste der eingehenden Bewerbungen zu erstellen (Satz 1). Dem Zulassungsausschuss sowie dem Vertragsarzt oder seinen Erben ist eine Liste der eingehenden Bewerbungen zur Verfügung zu stellen (Satz 2). Unter mehreren Bewerbern, die die ausgeschriebene Praxis als Nachfolger des bisherigen Vertragsarztes fortführen wollen, hat der Zulassungsausschuss den Nachfolger nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen (Satz 3). Bei der Auswahl der Bewerber sind die berufliche Eignung, das Approbationsalter und die Dauer der ärztlichen Tätigkeit zu berücksichtigen, ferner, ob der Bewerber der Ehegatte, ein Kind oder ein angestellter Arzt des bisherigen Vertragsarztes ist, mit dem die Praxis bisher gemeinschaftlich ausgeübt wurde (Satz 4). Die KÄVen führen für jeden Planungsbereich eine Warteliste. In die Warteliste werden auf Antrag die Ärzte, die sich um einen Vertragsarztsitz bewerben und in das Arztregister eingetragen sind, aufgenommen. Bei der Auswahl der Bewerber für die Übernahme einer Vertragsarztpraxis nach Absatz 4 ist die Dauer der Eintragung in der Warteliste zu berücksichtigen (Absatz 5). Die wirtschaftlichen Interessen des ausscheidenden Vertragsarztes oder seiner Erben sind nur insoweit zu berücksichtigen, als der Kaufpreis die Höhe des Verkehrswertes der Praxis nicht übersteigt (Absatz 4 Satz 6).

Demnach läuft das Nachbesetzungsverfahren in mehreren Phasen ab.

In der Antragsphase prüft die KVB eine wirksame Antragstellung auf Nachbesetzung. Gegebenenfalls schließt sich eine Ausschreibungsphase an. Die KÄV hat die Praxis auszuschreiben, die eingegangenen Bewerber in einer Liste zusammenzustellen und dem Praxisabgeber bzw. dessen Erben zu übersenden. Gleichzeitig gibt sie die Unterlagen an den Zulassungsausschuss ab, der fortan zuständig ist. Dabei darf sie Bewerbungen, die ihrer Ansicht nach wegen Versäumung der Bewerbungsfrist oder Ungeeignetheit der Bewerber nicht

berücksichtigungsfähig sind, nicht von der Abgabe ausnehmen (so auch SG Duisburg v. 01.09.2005, [S 19 KA 25/05 ER](#), juris, das über die Entscheidung des Zulassungsausschusses nichts aussagt).

Damit beginnt die Verhandlungsphase, in der der Abgeber mit den Bewerbern verhandelt und alle Beteiligten ein für sich günstiges Ergebnis zu erreichen versuchen.

Danach schließt sich die Auswahlentscheidung und Zulassung des geeignetsten Bewerbers an.

Das Nachbesetzungsverfahren stellt sicher, dass die Eigentumsrechte des Abgebers bzw. die Rechte der Erben einerseits und das Recht der Berufsanfänger auf ein chancengleiches Verfahren sowie -im Falle der Nachbesetzung- das Interesse der Öffentlichkeit an Sicherstellung im Sinne einer nahtlosen Versorgungsfortsetzung der Praxisklientel in Ausgleich gebracht werden.

Nur die Praxis als Unternehmen im zivilrechtlichen Sinne ist frei veräußerbar. Die Zulassung als öffentlich-rechtliche Teilnahmeerlaubnis zur Behandlung GKV-Versicherter unterliegt nicht zivilrechtlicher Übertragbarkeit. Damit drohte jedoch eine erhebliche Einschränkung des "Goodwills" der Praxis mit erheblichem Kassenanteil, wenn potentielle Nachfolger eine Zulassung nicht erreichen könnten, weil der Planungsbereich des Vertragsarztsitzes wegen Überversorgung gesperrt ist und Zulassungsanträgen objektive Zulassungshindernisse entgegenstehen. Potentielle Bewerber dürften dann den GKV-versicherten Teil des Praxisklientels nicht behandeln, was den Praxiswert erheblich reduzierte. Daher hat der Gesetzgeber zur Wahrung des Eigentums- und Erbrechts des [Art.14 GG](#) in [§ 103 Abs.4 SGB V](#) die Möglichkeit der Nachfolgerzulassung trotz Zulassungsbeschränkungen geschaffen.

Andererseits wäre es vor dem Grundrecht auf Chancengleichheit bzw. auf chancengleichen Berufszugang nicht erträglich, wenn die öffentliche Teilnahmeerlaubnis nach dem Primat des höchstens Kaufpreisgebotes erfolgen würde.

Die Berufsanfänger haben aber nur ein Recht auf chancengleiches Auswahlverfahren im Falle der Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens und keinen Anspruch auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens selbst. Im infolge Überversorgung gesperrten Gebiet ist eine Nachbesetzung grds. unerwünscht und nur zur Sicherung des Praxiswerts durchzusetzen. Wünscht der Abgeber ein Nachbesetzungsverfahren nicht oder ändert er seine Meinung entsprechend, kommt es zu einer Nachfolgerzulassung nicht.

Chancengleicher Zugang bedeutet die Durchführung eines fairen Verfahrens und eine Übertragung der Zulassung nach sachgerechten Kriterien, insbesondere Kriterien der fachlichen Eignung ggf. unter ergänzendem Einschluss von nicht leistungsbezogenen, sozialen Kriterien. Im Falle der Nachbesetzung ist eine Fortsetzung der Praxistätigkeit durch einen Arzt, der zur Versorgung der konkreten Klientel am geeignetsten ist, auch im öffentlichen Interesse.

Dementsprechend ist nach sachbezogenen Auswahlkriterien der Geeignetste aus dem Kreis der Bewerber nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen. Die Bewerber sind jedoch nur insoweit berücksichtigungsfähig, als sie sich wirksam beworben haben, die persönlichen Zulassungsvoraussetzungen erfüllen, den Willen zur Fortführung der Praxis besitzen und bereit sind, den Verkehrswert im Sinne des objektiven Marktwerts für die Praxis zu bezahlen.

Insoweit erschöpft sich das Interesse des Praxisabgebers bzw. der Erbengemeinschaft auf Verwertung des Eigentums bzw. des Erbes. Ein darüber hinausgehendes Interesse der Erzielung eines über den Verkehrswert hinausgehenden Höchstpreises oder der Durchsetzung eines bestimmten Bewerbers (Ausnahmen: Ehegatte, Kind, Partner) erkennt die Norm nicht an.

Diese Ratio ist bei der Auslegung der Vorschrift zu berücksichtigen.

Der Anspruch des Klägers auf Chancengleichheit im Auswahlverfahren wurde verletzt, weil diesem in Gestalt des Beigeladenen zu 8. ein Bewerber vorgezogen worden war, dessen Bewerbung nach Schluss der von der KÄV gesetzten Bewerbungsfrist und nach Abgabe der Bewerbungsunterlagen an den Zulassungsausschuss eingegangen war.

Dabei geht der Senat in Übereinstimmung mit dem Sozialgericht und dem Beklagten davon aus, dass die KÄV eine Befugnis zur Bewerbungsfristsetzung besitzt, jene jedoch als Ordnungsfrist zu qualifizieren ist. Deren Versäumung bleibt nicht ohne Rechtsfolgen deshalb, weil behördliche Ordnungsfristen grundsätzlich auch rückwirkend verlängerbar sind.

Fristen lassen sich in verschiedener Hinsicht differenzieren. Zum einen unterscheidet [§ 26 SGB X](#) zwischen behördlichen Fristen und nicht behördlichen (gesetzlichen) Fristen. Behördliche Fristen sind solche, die von einer Behörde gesetzt werden, ohne dass sie gesetzlich bestimmt sind (von Wulffen, SGB X, § 26 Rn.4). Daneben wird auch zwischen Ausschlussfristen und Ordnungsfristen sowie zwischen Verfahrensfristen und materiell-rechtlichen Fristen unterschieden.

Die hier von der KÄV gesetzte Frist ist eine behördliche Frist. [§ 103 SGB V](#) enthält eine ausdrückliche Fristbestimmungsbefugnis nicht. Für eine verfahrensrechtliche Frist, mithin eine solche, deren Bedeutung sich im Ablauf eines konkreten Verwaltungsverfahrens erschöpft, bedarf es aber nicht zwingend einer gesetzlichen Grundlage. Die Befugnis der Behörde zur Setzung von Verfahrensfristen folgt vielmehr bereits aus ihrer allgemeinen Verfahrensherrschaft aus [§ 8 SGB X](#) (vgl. zum allgemeinen Verwaltungsverfahren: Kopp/Ramsauer VwVfG [§ 31](#) Rn.7). Nur für Fristen mit materiell-rechtlichem Charakter bedarf es stets nach den Grundsätzen des Gesetzesvorbehalts einer gesetzlichen Ermächtigung. Die Erfüllung ihrer Verwaltungsaufgabe ist der KÄV ohne Setzung von Bewerbungsfristen nicht möglich, weil ansonsten jederzeit mit fortdauerndem Bewerbungseingang gerechnet werden müsste und eine vollständige Bewerberliste als Voraussetzung für den Fortgang des Verfahrens nicht erstellt werden könnte.

Daneben wird zwischen Ausschlussfristen und Ordnungsfristen unterschieden. Ausschlussfristen sind solche, die nicht verlängert werden können und nach deren Ablauf auch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich ist (hier aber schon deshalb keine Wiedereinsetzung, weil behördliche Frist; [§ 27 Abs.1 SGB X](#)). Nach Ablauf einer verfahrensrechtlichen Ausschlussfrist können die entsprechenden Rechtshandlungen nicht mehr wirksam vorgenommen werden (Kopp/Ramsauer § 31 Rn.9). Wegen der einschneidenden Folgen von Ausschlussfristen bedürfen diese stets nicht nur einer gesetzlichen Grundlage, sondern einer besonderen verfassungsrechtlichen

Rechtfertigung. Der Ausschlusscharakter einer Frist muss sich hinreichend eindeutig aus den maßgeblichen Rechtsnormen ergeben (BVerfG [NJW 1986, 1603](#), [BVerwGE 72, 368](#); 74, 369). Das setzt das Bestehen eines öffentlichen Interesses daran voraus, dass selbst bei unverschuldeter Fristversäumnis keine Wiedereinsetzung stattfinden soll. Dies kann der Fall sein, wenn ein Gesetz vorsieht, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt über Zulassungsansprüche mehrerer Bewerber bei begrenzter Kapazität entschieden werden müsse. Bei Beamtenbewerbungsverfahren wird die von der Behörde gesetzte Bewerbungsfrist als Ordnungsfrist angesehen (OVG Nordrhein-Westfalen vom 07.04.2002, [1 B 1133/01](#), [NVwZ-RR 2002, 52](#) m.w.N.).

Im Rahmen des 103 Abs.4 SGB V spricht nichts für die Auslegung, dass eine Verlängerung der behördlichen Verfahrensfrist vor Abgabe des Verfahrens an die Zulassungsgremien nicht zulässig sein soll bzw. die Rechte der Beteiligten vereitelt würden. Denn die Verhandlungsphase beginnt erst ab Zusendung der Bewerbungsliste an den Abgeber bzw. den Erben. Dies ist von dem Fall zu unterscheiden, dass die Behörde die Frist bzw. den Verlängerungszeitraum zu lange bemisst und derweil der Praxiswert verfällt.

Der Senat sieht daher die durch die KÄV zum 28.10.2005 gesetzte Bewerbungsfrist als behördliche Ordnungsfrist an, zu deren Setzung sie im Rahmen eines geordneten Verfahrens berechtigt war.

Ordnungsfristen sind gemäß [§ 26 Abs.7 SGB X](#) auch rückwirkend verlängerbar. Eine solche rückwirkende Verlängerung, die grundsätzlich auch im Nichtausschluss des nicht innerhalb erster Frist Handelnden gesehen werden kann, ist durch die KÄV nicht erfolgt. Eine solche konkludent erklärte Verlängerung kann hier nicht angenommen werden. Denn sie bedarf im Verfahren nach [§ 103 SGB V](#) der gleichen Form wie die Frist selbst, nämlich der Ausschreibung im Bayer. Staatsanzeiger (Gasser, in Ehlers u.a. Fortführung von Arztpraxen, 2. Auflage, Rn.909, 914; so auch BSG Urteil vom 04.06.1964, [6 RKA 13/62](#), [BSGE 21, 118](#), vom Ausschluss verspäteter Bewerber vom einem nach damaligem Rechtszustand existenten Verfahren ausgehend). Die KÄV hat eine Verlängerung im Bay. Staatsanzeiger nicht bewirkt.

Nach den allgemeinen Regeln ist bei Fristversäumnis grundsätzlich von der Unbeachtlichkeit verspätet eingegangener Bewerbungen auszugehen (Gasser, a.a.O., Rn.911). Wird der Bewerber trotz Unbeachtlichkeit seiner Bewerbung ausgewählt, erweist sich die Zulassung als rechtswidrig. Im Falle ihrer Aufhebung und Neuentscheidung im gleichen Verfahren, darf die Auswahl nur unter den weiteren Bewerbern erfolgen. Der verspätete Bewerber bleibt auch hier ausgeschlossen.

Gleichwohl hält der Senat es unter modifizierter Heranziehung der von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zum beamtenrechtlichen Auswahlverfahren für zulässig, im Rahmen einer Ermessensentscheidung ausnahmsweise einen verspäteten Bewerber noch in die Auswahlentscheidung einzubeziehen. Jedoch erscheint der Ermessensspielraum gegenüber dem beamtenrechtlichen Auswahlverfahren stark in Richtung der Berücksichtigung von Ausnahmesachverhalten eingeschränkt. Im übrigen hat der Beklagte eine Ermessensentscheidung nicht vorgenommen, sondern ist von einer rechtlichen Einbeziehungsverpflichtung ausgegangen.

Für das beamtenrechtliche Auswahlverfahren, z.B. um einen Beförderungsdienstposten, wird vertreten, dass bei Versäumnis der Bewerbungsfrist eine Ermessensentscheidung in Richtung Berücksichtigung bzw. Nichtberücksichtigung zu erfolgen habe. Dies wird darauf gestützt, dass das Bewerbungsverfahren dazu dient, den bestgeeignetsten Bewerber zu ermitteln, dass andererseits aber die Mitbewerber einen Anspruch auf Chancengleichheit besitzen (OVG Nordrhein-Westfalen vom 5.04.2002, [1 B 1133/01](#), [NVwZ-RR 2003, 52](#); OVG Koblenz vom 10.03.1965, DÖV 1966, 105). Daher darf eine verspätete Bewerbung nach pflichtgemäßem Ermessen noch Berücksichtigung finden. Eine Nichteinbeziehung erweist sich umgekehrt als ermessensfehlerfrei, sofern das Bewerbungsverfahren zum Bewerbungszeitpunkt schon weit fortgeschritten war oder kein Fehler vorliegt, der zu einer Wiedereinsetzung führen würde (OVG NRW vom 26.06.2000, [12 B 52/00](#), OVG NRW vom 05.04.2002, a.a.O.: Veränderung des Anforderungsprofils).

Eine unmodifizierte Heranziehung verbietet sich schon deshalb, weil es nach dem Zweck des Nachbesetzungsverfahrens nicht nur um Eignungsauslese, sondern zuvorderst um den Schutz der Verwertung der Eigentumsrechte des Abgebers einerseits unter Wahrung des der Chancengleichheit Rechnung tragenden Auswahlverfahrensanspruchs handelt. Damit wird eine Einbeziehung verspäteter Bewerber nur im Ausnahmefall sachgerecht sein. Zum einen muss der Abgeber wissen, welche Bewerber er mit welchen Qualifikationsprofilen in seine Verhandlungsstrategie mit einbezieht. Eine plötzliche Einbeziehung Dritter verbietet sich. Allerdings entfällt dieser Schutzzweck, wenn, wie hier, der Abgeber bzw. die Erben die Berücksichtigung ausdrücklich wünschen.

Daneben ist auch der Auswahlverfahrensanspruch der übrigen Bewerber zu beachten, der auch ihre berechtigten Interessen schützt. Auch diese müssen ihre privaten Dispositionen und ihre Verhandlungsüberlegungen auf die vorhandene Konkurrentensituation einstellen. Hierbei ist nicht nur die öffentlich-rechtliche Ebene zu berücksichtigen. So wird ein Bewerber, wenn er denn von einem gleich geeigneten Konkurrenten erfährt, zur Zahlung eines Zuschlags gegenüber dem Verkehrswert bereit sein. Bei schwacher Konkurrentensituation wird er entsprechend dem Prinzip von Angebot und Nachfrage nur zur Zahlung des Verkehrswerts bereit sein. Entsprechend der kalkulierten Chancen wird er überdies seiner privaten und beruflichen Situation entsprechend bestimmt oder vorsichtig disponieren.

Letztlich spricht auch der Wortlaut des [§ 103 Abs.4 SGB V](#) gegen die Einräumung eines der Beamtenauswahl entsprechenden Ermessensspielraums. Nach dessen Satz 2 ist "eine Liste der eingehenden Bewerbungen zur Verfügung zu stellen". Nach Satz 3 ist die Auswahlentscheidung "unter mehreren Bewerbern, die die ausgeschriebene Praxis (...) fortführen wollen" zu treffen. Der systematische Zusammenhang spricht für die Auslegung, dass "Bewerber" im Sinne des Satzes 3 nur diejenigen des Satzes 2 sein können.

Der Senat hält daher eine ausnahmsweise Berücksichtigung verspäteter Bewerber nur dann für ermessensfehlerfrei, wenn allein der verspätete Bewerber berücksichtigungsfähig ist, weil kein anderer Bewerber vorhanden, zulassungsfähig oder fortführungswillig ist. Daneben setzt eine Berücksichtigung sowohl einen Eingang der verspäteten Bewerbung noch vor Abgabe des Verfahrens an den Zulassungsausschuss (= Versand der Bewerberliste, Beginn der Verhandlungsphase) und zusätzlich das Einverständnis der Abgeberseite voraus.

Der Kläger ist zulassungsfähig. Auch war und ist er fortführungswillig und auch zur Zahlung des Verkehrswerts bereit.

Der Kläger hat sowohl vor dem Zulassungsausschuss als auch im Widerspruchsverfahren erklärt, den Verkehrswert zahlen und die Praxis fortführen zu wollen. Bei Meinungsverschiedenheiten über den objektiven Verkehrswert zwischen Abgeber und dem nach den

Eignungskriterien zu präferierenden Bewerber ist es Aufgabe der Zulassungsgremien, den Verkehrswert zu ermitteln (LSG Baden-Württemberg vom 22.11.2007, [L 5 KA 4107/07 ER-B](#), [MedR 2008, 235](#)).

Sicherlich kann eine bewerberseitige Verhandlungsweise, die objektive Zweifel an der ernstlichen Kaufabsicht weckt, den Fortführungswillen und die Verkehrswertzahlungsbereitschaft entfallen lassen. Allein der Umstand der Nichteinigung über den Kaufpreis und ein daraus folgendes Scheitern der Einigung begründet jedoch nicht die Annahme einer fehlenden Verkehrswertzahlungsbereitschaft. Denn dann würde jedes Nichtakzeptieren des höchsten Gebots eine Einbeziehung in den Kreis der Auswahlfähigen entfallen lassen. Es bliebe nur der meistbietende Bewerber auswahlfähig.

Im Übrigen hat auch die Abgeberseite nirgendwo substantiiert behauptet, der Kläger sei nicht ernstlich fortführungs- und verkehrswertzahlungswillig. Dem Beweisangebot zur Vernehmung des Beraters der Abgeberin Herrn B. M. liegt nur die Behauptung zugrunde, dass die Praxisübernahme dem Kläger nicht verweigert worden sei und dass jener die Verhandlungen abgebrochen habe. Die Witwe des Abgebers hat vor dem Zulassungsausschuss nur erklärt, dass die Verhandlungen abgebrochen worden seien. Von wem dies ausging, hat sie nicht explizit mitgeteilt. Sie spricht sich für den Beigeladenen zu 8. mit der Begründung aus, dass dieser beruflich besser qualifiziert sei.

Der Kläger hat sich auch fristgerecht beworben. Die durch die KÄV gesetzte Bewerbungsfrist bezieht sich auf die Einreichung eines formlosen Antrags. Im Rahmen der Verfahrensführungskompetenz ist es auch nicht zu beanstanden, dass die KÄV eine erste Frist zur formlosen Bewerbung setzt und dann den sich formlos Bewerbenden eine weitere Frist zur Einreichung des Antrages nach den Erfordernissen der Ärzte-ZV gewährt (Verwaltungseffizienz). Diese muss dann, weil sie sich nur noch an die sich formlos Bewerbenden richtet, naturgemäß nicht im Bayer. Staatsanzeiger veröffentlicht werden. Dem wiederum ist der Kläger nachgekommen. Nun kann nicht ernsthaft der Rechtzeitigkeit der Bewerbung mit dem Argument begegnet werden, der Kläger hätte im Rahmen der ersten Frist einen vollständigen Antrag einreichen müssen.

Zu Auswahlentscheidung merkt der Senat an, dass diese ihn nicht zu einer Aufhebung der zugrunde liegenden Entscheidung veranlasst hätte.

Die Auswahlentscheidung setzt voraus, dass die in [§ 103 Abs.4, Abs.5 SGB V](#) genannten Auswahlkriterien bezogen auf jeden Bewerber einzeln geprüft werden. Anschließend sind diese im Rahmen einer Gesamtabwägung mit einander in Beziehung zu setzen und zu bewerten. Den in [§ 103 SGB V](#) genannten und den nach anderen gesetzlichen Bestimmungen (SGB IX: z.B. Auswahl Schwerbehinderter bei gleicher Eignung) zu berücksichtigenden Kriterien, darf der Berufungsausschuss Hilfskriterien nur dann zur Seite stellen, wenn die gesetzlichen Kriterien eine Auswahlentscheidung nicht möglich machen. Nach Ansicht des Senats sind die Anforderungen an die Begründungspflicht nicht zu überspannen, wenn die Begründung nicht eine Unvertretbarkeit der Entscheidung ergibt oder grobe Begründungsmängel erkennen lässt.

Für das Kriterium der beruflichen Eignung ist ausgehend vom darzustellenden Anforderungsprofil der Praxis das Qualifikationsprofil der Bewerber zu prüfen. Alle Ärzte, die eine Weiterbildung auf dem gleichen Gebiet besitzen, sind als gleich geeignet und befähigt zur Erbringung sämtlich gebietskonformen Leistungen und zur Deckung des Versorgungsbedarfes in dem betroffenen Fachgebiet anzusehen (BSG Urteil vom 14.07.1993, [6 RKA 71/91](#), juris). Bei gleicher berufsrechtlicher Qualifikation kann es zu einer differierenden Eignungswertung nur kommen, wenn zusätzliche Genehmigungen für die Durchführung des Praxisbetriebes wesentlich sind. Unter der Voraussetzung einer hämatologischen Ausrichtung der Praxis konnte berücksichtigt werden, dass der Kläger zum Zeitpunkt der Erstellung der Bewerberliste noch nicht berechtigt war, sich "Hämatologe" zu nennen. Die unterschiedliche berufliche Erfahrung gehört in das Kriterium "Dauer der ärztlichen Tätigkeit". Das Kriterium der Wartelisteneintragung hat der Beklagte in die Abwägung nicht miteingestellt. Zutreffend ist ausführt, dass die Abgeberinteressen nur im Rahmen des Verkehrswertes zu berücksichtigen seien. Die Bezugnahme auf die Begründung des Zulassungsausschusses, der dem Abgeberwillen als weiteres und entscheidendes Kriterium das Wort redet, könnte vermuten lassen, dass ein außergesetzliches, unstatthafes Kriterium mit eingestellt wird. Zutreffend wurden die Interessen der ehemaligen Partnerin Dr. S. nicht gemäß [§ 103 Abs.6 SGB V](#) berücksichtigt, da diese sich von weiterer Kooperation mit einem Nachfolger gelöst hat.

Aus diesem Grund war unter Aufhebung der Vorentscheidungen zur Neuentscheidung zu verpflichten. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 5.11.2003, [B 6 KA 11/03 R](#), [SozR 4-2500 § 103 Nr.1](#)) reduziert sich die Auswahl nicht auf die Bewerber, die die ursprüngliche Auswahlentscheidung nicht rechtskräftig werden lassen. Vielmehr hat das Gericht die Entscheidung des Beklagten aufzuheben und zur erneuten Auswahlentscheidung unter den verbliebenen Bewerbern, soweit sie noch fortführungswillig sind, zu verpflichten. Der Senat schließt sich dieser Rechtsprechung ausdrücklich an.

Nach Ansicht des Senats sind die Zulassungsgremien befugt, die Zulassung mit der aufschiebenden Bedingung des Zustandekommen eines Praxisübernahmevertrages zu verknüpfen (Gasser, a.a.O., Rn.952 f.). Kommt dieser aus vom Abgeber zu vertretenden Gründen nicht zustande, entfällt die Zulassung des Ausgewählten und das Auswahlverfahren ist beendet (Vertragsarztsitz fällt der Bedarfsplanung anheim). Kommt es dazu nicht aus vom potentiellen Übernehmer zu vertretenden Gründen, ist die Geberseite berechtigt, den Vertragsarztsitz neu ausschreiben zu lassen. Das Recht auf Wiederholung der Ausschreibung geht mithin immer dann verloren, wenn feststeht, dass der Praxisabgeber die Übergabe aus nicht schützenswerten Gründen scheitern ließ. Dies wäre auch anzunehmen, wenn bei vorliegendem Sachverhalt der Ausschreibungsantrag vor bestandskräftiger Entscheidung zurückgezogen wird.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs.1 VwGO](#).

Der Senat lässt die Revision wegen Grundsätzlichkeit zu ([§ 161 Abs.2 Nr.1 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2009-11-17