
Datum: 16.03.2016
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 11. Senat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: L 11 KA 12/14
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2016:0316.L11KA12.14.00

Vorinstanz: Sozialgericht Münster, S 2 KA 3/11
Sachgebiet: Vertragsarztangelegenheiten
Rechtskraft: nicht rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung des Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 03.02.2014 abgeändert. Der Beklagte wird unter Abänderung seiner Beschlüsse vom 25.08.2010 und 23.01.2013 verurteilt, über den Widerspruch der Klägerin gegen die Bescheide des Zulassungsausschusses vom 24.11.2009 und 23.08.2011 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senates erneut zu entscheiden. Im Übrigen wird die Berufung zurückgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits trägt der Beklagte zu 2/3, die Klägerin zu 1/3 mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Streitig ist die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung im Wege des Sonderbedarfs mit vollem, hilfsweise mit hälftigem Versorgungsauftrag. 2

Der Klägerin wurde im Juli 1997 die Approbation verliehen. Seit Februar 2007 ist sie im 3
Ärzterregister der Beigeladenen zu 1) eingetragen. Sie ist Fachärztin für Chirurgie, Schwerpunkt Unfallchirurgie. Am 14.06.2007 hat sie die Zusatzbezeichnung Handchirurgie nach einer dreijährigen Weiterbildungszeit und Ablegen einer mündlichen Prüfung erworben. Grundlage war die Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Nordrhein vom 31.12.1994 nebst § 20 Abs. 6 der Weiterbildungsordnung von 2005.

Die Klägerin ist als Oberärztin in der Allgemeinen, Unfall- und Handchirurgischen Abteilung des St. X-spitals in F tätig. Im Falle der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung beabsichtigt sie die Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit in Berufsausübungsgemeinschaft mit den Gesellschaftern der Praxisgemeinschaft Dr. C und Dr. S mit dem Praxissitz L-straße 00 in C. 4

Der Planungsbereich Kreis C wurde aufgrund einer Überversorgung für den Bereich Chirurgie durch den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen gesperrt. Im August 2011 betrug der aktuelle Versorgungsgrad in diesem Bereich 170,4 v.H. Zum Zeitpunkt der erstinstanzlichen Entscheidung 2014 lag der Versorgungsgrad bei 183,4 v.H., 2015 bei 164,6 v.H. Der ehemalige Chefarzt der Klinik für Plastische und Ästhetische Chirurgie, Handchirurgie des St. N-Hospital C Dr. Z war zur Erbringung handchirurgischer Leistungen ermächtigt, soweit nicht das Krankenhaus gemäß § 115 b SGB V befugt ist, die entsprechenden Leistungen zu erbringen. Aktuell ist der neue Chefarzt Dr. K entsprechend ermächtigt. 5

Im August 2008 beantragte die Klägerin die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung im Wege des Sonderbedarfs. Zur Begründung wies sie u.a. darauf hin, dass im Rahmen der qualifizierten Handchirurgie Leistungen in dem in einer Entfernung von mehr als 30 km von C gelegenen Ort W erbracht würden. Außerdem machte sie einen besonderen Versorgungsbedarf im Rahmen der Durchführung ambulanter Operationen zum Zwecke der Bildung einer Schwerpunktpraxis geltend. Mit Beschluss vom 24.11.2009 lehnte der Zulassungsausschuss der Ärzte und Krankenkassen für den Regierungsbezirk Münster den Antrag der Klägerin auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung im Rahmen einer Sonderbedarfsfeststellung ab. 6

Gegen diesen Beschluss erhob die Klägerin Widerspruch mit der Begründung, dass handchirurgische Fachkompetenz in der Nähe zum geplanten Vertragsarztsitz lediglich in W und F vorgehalten würde. Die Verbindung mit öffentlichen Verkehrsmitteln zu diesen Orten betrage weit mehr als eine Stunde. Die Handchirurgie sei aufgrund der dreijährigen Weiterbildung nicht nur als Zusatzbezeichnung sondern als Schwerpunkt/fakultative Weiterbildung anzuerkennen bzw. zu berücksichtigen. 7

Nach Beiziehung der Durchschnittsfallzahlen der Gruppe der Chirurgen im Kreis C sowie der Fallzahlliste der Behandler im Bereich Chirurgie im Kreis C und Einholung einer Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) sowie nach Prüfung der von Dr. M, St. N-Krankenhaus B, im Rahmen der Ermächtigung abgerechneten Leistungen wies der Beklagte mit Beschluss vom 25.08.2010 den Widerspruch der Klägerin gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses zurück. Zur Begründung führte er aus, die Voraussetzungen des § 24 der Bedarfsplanungs-Richtlinie vom 15.02.2007 (BAnz. S. 3491; BedarfspIRL 2007) seien nicht gegeben. Es bestehe weder ein Bedarf für handchirurgische Leistungen in dem regional kleineren Bereich C einschließlich der nächsten Umgebung noch im Planungsbereich Kreis C. Die medizinische Versorgung der Versicherten in der Kleinregion sei durch die zur Arztgruppe gehörenden und diese Leistungen anbietenden und abrechnenden Ärzte der Gemeinschaftspraxis Dres. E und Kollegen sowie durch Dr. S in C selbst sichergestellt. Immerhin seien in C bei einem Bedarf von 1,6 Chirurgen vier niedergelassen, von denen Dr. S auch handchirurgische Leistungen erbringe und abrechne. Im Kreis C bestehe im Bereich Chirurgie ein "Ärzte-Soll" von acht Ärzten. Von den weit mehr zugelassenen Fachärzten für Chirurgie seien acht handchirurgisch tätig. Zusätzlich könnten diese Ärzte besondere Problemfälle handchirurgischer Art an Prof. Dr. M überweisen, dessen ohnehin so gut wie nicht vorhandene Fallzahlen nicht berücksichtigt werden könnten. Die chirurgische 8

Versorgung in einem Krankenhaus nach § 115b SGB V sei außer Acht zu lassen.

Am 11.05.2011 beantragte die Klägerin (hilfsweise) die Zulassung mit hälftigem Versorgungsauftrag. Gegen den ablehnenden Beschluss des Zulassungsausschuss vom 23.08.2011 legte die Klägerin am 05.10.2011 Widerspruch ein.

9

Der Beklagte schrieb ausweislich der Verwaltungsakte 20 im Kreis C niedergelassene und ermächtigte Fachärzte für Chirurgie sowie sechs dort niedergelassene Fachärzte für Orthopädie (insgesamt 16 Praxen) an. Nach Auswertung der Auskünfte bestätigte der Beklagte mit Beschluss vom 23.01.2013 seine Entscheidung vom 25.08.2010 hinsichtlich der Zurückweisung des Widerspruchs der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 24.11.2009. Er führte im einzelnen aus, welche niedergelassenen Ärzte wie viele Patienten pro Quartal zur handchirurgischen Behandlung weiterüberwiesen. Selbst wenn die Hälfte dieser Patienten ambulant behandelt werden könnte, reiche dies nicht für eine Zulassung der Klägerin aus. Als einzig ermächtigter handchirurgisch tätiger Krankenhausarzt komme Dr. B in Betracht. Er erbringe nach seinen Angaben bei 50 Patienten pro Quartal handchirurgische Leistungen und sei im Wesentlichen ordinativ, nicht operativ tätig. Er decke damit nicht die gesamte Breite des speziellen Gebiets der Handchirurgie ab. Die ermächtigten Ärzte Dr. M (W) und Dr. S (H) müssten aus Zumutbarkeitsgründen wegen zu großer Entfernung außer Betracht bleiben. Zudem hätten die jeweiligen Krankenhäuser handchirurgische Leistungen nach § 115b SGB V angemeldet. Es bestehe insgesamt ein Bedarf von allenfalls 41 Fällen pro Quartal. Die Fälle von Dr. S seien nicht als Bedarf anzusehen, da sie von diesem behandelt würden. Der vorgetragene Umstand, dass die ein oder andere Leistung, z.B. Handgelenks-Arthroskopie, nicht ambulant erbracht werde, rechtfertige keine Zulassung, weil für einzelne Leistungen allenfalls Ermächtigungen ausgesprochen werden könnten. Die Kritik der Klägerin am Überweisungsverhalten der Vertragsärzte möge in welchem Ausmaß auch immer gerechtfertigt sein, spiele aber für die Bedarfsermittlung keine Rolle. Mit der in Betracht kommenden Anzahl von Fällen sei eine wirtschaftlich tragfähige Praxis weder bei einer Zulassung mit ganzem noch mit hälftigem Versorgungsauftrag zu betreiben. Die Durchschnittszahl im Quartal II/2012 habe im Bereich der KVWL 1.040 und im Kreis C 1.073 betragen.

10

Unter Bezugnahme auf diesen Beschluss wies der Beklagte mit Beschluss vom selben Tag auch den Widerspruch der Klägerin gegen die Entscheidung des ZA vom 23.08.2011 zum hälftigen Versorgungsauftrag zurück.

11

Gegen den am 29.12.2010 zugestellten Beschluss des Beklagten vom 25.08.2010 hat die Klägerin am 26.01.2011 und gegen die am 27.03.2013 zugestellten Beschlüsse des Beklagten vom 23.01.2013 hat die Klägerin am 25.04.2013 Klage erhoben. Das SG hat die Klagen zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

12

Die Klägerin hat zur Begründung ihrer Klagen vorgetragen, es sei ein offensichtlicher Versorgungsbedarf für handchirurgische Leistungen gegeben. Dies ergebe sich zwingend daraus, dass für den Kreis C lediglich Dr. Z zur Erbringung handchirurgischer Leistungen ermächtigt sei. Diese Ermächtigung sei zudem durch die Befugnis des St. N-Hospitals C zur Erbringung operativer Leistungen eingeschränkt. Der Beklagte habe zudem die Feststellung unterlassen, in welchem Umfang Patienten in einem Krankenhaus nach § 115b SGB V ambulant versorgt würden. Er missverstehe die Formulierung in der Bedarfsplanungs-Richtlinie, wonach bei der Bedarfsfeststellung das Leistungsangebot von zu ambulanten Operationen bereiten Krankenhäusern gemäß § 115b SGB V außer Betracht bleibe. Diese Klausel sei so zu verstehen, dass die Bedarfsfeststellung ohne dieses Leistungsangebot

13

stattfinden müsse. Der Beklagte habe das Leistungsangebot der Krankenhäuser bei der Bedarfsfeststellung einbezogen und sei aus diesem Grunde zu Unrecht von einer Bedarfsdeckung ausgegangen. Die von den ermächtigten Ärzten Dres. B, M und S abgerechneten Gebühreuziffern würden Folgendes beweisen: Es bestehe ein handchirurgischer Versorgungsbedarf in Höhe von 1.182 Fällen (233 Fälle von Dr. B, 555 Fälle von Dr. M und 286 Fälle von Dr. S). Grund dafür, dass sich in den Abrechnungen dieser Ärzte keine handchirurgischen Leistungen fänden, sei, dass die Krankenhäuser, in denen diese Ärzte tätig seien, offenbar sämtlich die Durchführung von ambulanten Operationen angezeigt hätten. Die den Ärzten erteilte Ermächtigung werde dazu genutzt, Patienten für die ambulante oder stationäre Behandlung im Krankenhaus zu gewinnen. Auffällig sei, dass keiner der vom Beklagten befragten Chirurgen eine Arthroskopie des Handgelenks, die eine der häufigsten handchirurgischen Operationen darstelle, durchführe. Auch niedergelassene Orthopäden und Neurologen würden Patienten mit einem peripheren Nervenengpasssyndrom oft an einen handchirurgischen Spezialisten überweisen. Es wäre daher erforderlich gewesen, auch bei diesen Ärzten Bedarfserhebungen anzustellen.

Die Klägerin hat beantragt, 14

die Beschlüsse des Beklagten vom 25.08.2010 und 23.01.2013 aufzuheben und 15

1. den Beklagten zu verurteilen, ihr einen vollen Versorgungsauftrag für die Erbringung handchirurgischer Leistungen zu erteilen, 16

2. hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, ihr einen hälftigen Versorgungsauftrag für die Erbringung handchirurgischer Leistungen zu erteilen, 17

3. äußerst hilfsweise den Beklagten zu verurteilen, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts über ihren Widerspruch gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses der Ärzte und Krankenkassen für den Regierungsbezirk Münster vom 24.11.2009 hinsichtlich der Ablehnung des Antrags auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung mit vollem Versorgungsauftrag und über ihren Widerspruch gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses der Ärzte und Krankenkassen für den Regierungsbezirk Münster vom 23.08.2011 hinsichtlich der Ablehnung ihres Antrags auf hälftige Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung neu zu entscheiden. 18

Der Beklagte und die Beigeladene zu 1) haben beantragt, 19

die Klage abzuweisen. 20

Der Beklagte hat die Auffassung vertreten, entscheidend sei, dass die handchirurgischen Leistungen bereits erbracht würden. In die Bedarfsermittlung seien die Dres. M und S nicht einzubeziehen. Diese Ärzte würden ihre Leistungen außerhalb des Zumutbarkeitsrahmens erbringen. Die an den weiter entfernt liegenden Orten zugelassenen Chirurgen seien nur der Vollständigkeit halber in die Ermittlungen einbezogen worden. Die Fallzahl der von den niedergelassenen Chirurgen ausgestellten Überweisungen sei zu Gunsten der Klägerin geteilt worden. Eine Ermittlung der im Planungsbereich nicht ambulant durchgeführten Handgelenksarthrosen sei nicht möglich. Eine Bedarfsermittlung bei Neurologen und Orthopäden scheide aus, da diese Ärzte den Patienten an einen Chirurgen überweisen würden, der wiederum weiter überweise. Diese Fälle seien in den durch die Befragung ermittelten Fällen enthalten. Dr. S stelle die chirurgische und handchirurgische Versorgung im Rahmen seiner Möglichkeiten sicher. Die Patienten, die er nicht behandeln könne, überweise er zur stationären und ambulanten Behandlung an ein Krankenhaus. Die in C zugelassenen 21

Ärzte Dres. E und Kollegen könnten noch bis zu 1.000 Patienten pro Quartal zusätzlich behandeln.

Die übrigen Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

22

Das SG hat durch Urteil vom 03.02.2014 die Beschlüsse des Beklagten vom 25.08.2010 und 23.01.2013 aufgehoben und den Beklagten verurteilt, der Klägerin einen vollen Versorgungsauftrag für die Erbringung handchirurgischer Leistungen zu erteilen. Die Zusatzbezeichnung Handchirurgie sei als besondere Qualifikation im Sinne des § 37 Abs. 2 Satz 2 der am 01.01.2013 in Kraft getretenen Bedarfsplanungs-Richtlinie (BedarfsplRL 2012) aufgrund der Ausbildungszeit von drei Jahren anzuerkennen. Die eingeholten Stellungnahmen der befragten Ärzte seien interessenorientiert und zur Klärung des qualifikationsbezogenen Sonderbedarfs nicht geeignet. Die an der Entscheidungsfindung mitwirkende ehrenamtliche Richterin Dr. M übe ihre vertragsärztliche Tätigkeit mit dem Praxissitz in Ahaus aus. Aufgrund dieses Umstands sei ihr die Versorgungssituation im Kreis C bekannt. Dort sei augenblicklich kein Chirurg mit der Zusatzbezeichnung Handchirurgie zugelassen. Lediglich Dr. Z sei zur Erbringung handchirurgischer Leistungen ermächtigt und das St. N-Hospital in C gemäß § 115b SGB V zur Erbringung handchirurgischer Leistungen befugt. Mit diesem Versorgungsangebot sei nach Einschätzung der Kammer der Bedarf nicht gedeckt. Vielmehr sei davon auszugehen, dass im großen Umfang handchirurgische Leistungen in Krankenhäusern außerhalb des Planungsbereichs erbracht würden. Angesichts dieser Umstände sei eine Verurteilung des Beklagten zur Erteilung der Sonderbedarfszulassung möglich und geboten.

23

Gegen das ihm am 13.02.2014 zugestellte Urteil hat der Beklagte am 24.02.2014 Berufung eingelegt. Zur Begründung bezieht er sich auf die Ausführungen in den angefochtenen Bescheiden und weist insbesondere darauf hin, dass die Klägerin die Zusatzbezeichnung Handchirurgie nach der alten, bis zum 30.09.2005 geltenden Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Nordrhein erworben habe. Zwar habe sich die Weiterbildungszeit über 36 Monate erstreckt. Es könne jedoch davon ausgegangen werden, dass ebenso wie nach der neuen Weiterbildungsordnung Zeiten, die in den Bereichen der Allgemein- und Unfallchirurgie abgeleistet wurden, Berücksichtigung fanden. Damit habe sich die spezielle Weiterbildungszeit auf nur noch 24 Monate verkürzt, so dass zumindest erhebliche Zweifel an der Gleichstellungsmöglichkeit mit z.B. dem Erwerb eines Schwerpunkts bestünden. Diese Zweifel würden dadurch bestärkt, dass von der alten Weiterbildungsordnung - ebenfalls anders als z.B. beim Erwerb eines Schwerpunkts - eine abschließende Prüfung nicht gefordert worden sei. Nicht zuletzt deshalb habe das Bundessozialgericht (BSG) seine erweiternde Rechtssprechung im Urteil vom 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R - allein auf Weiterbildungen nach den ab 01.10.2005 geltenden Weiterbildungsordnungen bezogen. Jedenfalls bestehe für die begehrte Sonderbedarfszulassung kein Versorgungsbedarf. Da allein der Fachbereich Chirurgie bedarfsplanerisch relevant sei, könne ein Versorgungsauftrag "Handchirurgie" nicht Inhalt einer (Sonderbedarfs-)Zulassung sein. Maßgeblich sei § 24 Satz 1 a) - e) der Bedarfsplanungsrichtlinie vom 2007 (BedarfsplRL). Für jeden dieser Tatbestände sei das Vorhandensein von Versorgungsbedarf Voraussetzung. Handchirurgischer Versorgungsbedarf sei im Planungsbereich Kreis C nicht gegeben. Zur Ermittlung, in welchem Umfang das Leistungsangebot der zugelassenen Ärzte den Versorgungsbedarf decke, habe er, der Beklagte, die in diesem Bereich als behandelnde Ärzte in Betracht kommenden Chirurgen und Orthopäden befragt. Auf die Frage des SG, welche Leistungen die Klägerin in der Lage sei im handchirurgischen Bereich zu erbringen, habe diese die gesamte OPS-Liste 2011 übersandt. Wenn das SG urteile, dass die im Katalog enthaltenen Prozeduren alle grundsätzlich ambulant erbracht werden könnten,

24

übersehe es, dass der OPS-Katalog nicht lediglich für ambulant operierende Ärzte aufgestellt worden sei, sondern auch für die zu den Vertragsärzten gehörenden Belegärzte, die auch stationär ihre Leistungen erbrächten. So mangelhaft könne die vom SG als interessenorientiert abgestempelte fachärztliche Meinung der niedergelassenen Chirurgen/Orthopäden deshalb nicht sein. Die (im Übrigen eher geringe Zahl an) Patienten, die die befragten Ärzte stationär behandeln ließen, seien für den ambulanten Bereich "verloren". Allenfalls die zu einer ambulanten Operation in ein Krankenhaus nach § 115b SGB V zugewiesenen Patienten könnten ihrer Zahl nach als potentielle Patienten einem Handchirurgen zugewiesen werden. Da insofern von den Befragten nicht immer in diese beiden Krankenhaus-Kategorien unterschieden werde, habe der Beklagte, um verwertbare Mengen zu erhalten, die mitgeteilten Zahlen zu Gunsten der Klägerin halbiert und diese Hälfte dem Bedarf hinzugerechnet. Sämtliche Krankenhäuser, an denen Krankenhausärzte zu handchirurgischen Leistungen ermächtigt seien, hätten handchirurgische Leistung nach § 115b SGB V angemeldet. Dies habe zur Folge, dass diese Ärzte keine handchirurgischen Operationen trotz ihrer Ermächtigung ausführen dürften. Die rein ordinative Beurteilung, welcher Patient stationär im "eigenen" Krankenhaus aufzunehmen sei und welcher Patient selbstverständlich auch im "eigenen Haus" ambulant weiter operativ behandelt werden solle, rechtfertige, gleich bei welchen Fallzahlen, keine Sonderbedarfszulassung. Denn eine solche setze voraus, dass Versorgungsbedarf auf der gesamten Breite des speziellen ärztlichen Bereichs bestehe und nicht - wie hier - allenfalls im ordinativen Bereich. Der operative Teil werde von den nach § 115b SGB V ambulant operierenden Krankenhäusern und natürlich durch die zugelassenen Chirurgen erbracht. Damit sei dieser Bedarf gedeckt. Im Übrigen habe Dr. B derzeit eine Ermächtigung, die handchirurgische Leistungen ausschließe. Die vom SG errechneten ca. 850 handchirurgischen Fälle pro Quartal könnten ohne Mühe von der Gemeinschaftspraxis Dres. E & Kollegen aufgenommen werden. Diese Ärztinnen hätten ihrer Auskunft vom 13.9.2013 entsprechend (die das SG offensichtlich nicht zur Kenntnis genommen habe) noch die Kapazitäten, 1000 Patienten zusätzlich zu behandeln. Für die Quartale III/2011-II/2012 sei den in der Akte befindlichen Fallzahllisten zu entnehmen, dass die vier zur Gemeinschaftspraxis gehörenden Ärztinnen im Schnitt 901,25 Fälle pro Quartal behandelt hätten. Bei einem Fallzahldurchschnitt in dieser Zeit im Planungsbereich Kreis C von 1152,75 Fällen ergäben sich 251,5 Fälle pro Chirurgin, zusammen somit 1006 Fälle, die von dieser Praxis unter dem Schnitt der Chirurgen im Planungsbereich behandelt würden. Die Angabe 1000 Patienten noch versorgen zu können, sei deshalb durchaus glaubhaft. Nach all dem bestehe für weiteres chirurgisches, insbesondere handchirurgisches Leistungsangebot im Planungsbereich Kreis C kein Bedarf. Allgemeinchirurgen könnten in ausgesprochen großem Umfang handchirurgische Leistungen qualitativ hochwertig erbringen. Soweit sie die Leistung nicht erbringen könnten, würden diese wenigen Fälle, die vom Beklagten bei der Bedarfsermittlung berücksichtigt worden seien, an Krankenhäuser zur Weiterbehandlung überwiesen. Diese Menge sei allerdings so gering, dass es zu einer Sonderbedarfszulassung, in welchem Umfang auch immer, nicht reiche. Weitere Ermittlungen seien nicht möglich. Anders als in den Urteilen des BSG vom 05.11.2008 - B 6 KA 56/07 R und B 6 KA 10/08 R - hätten die befragten Ärzte hier keine positiven Angaben zu ihrem Leistungsvermögen gemacht, die anhand der Anzahlstatistiken der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) verifiziert werden könnten. Denn es gehe um Behandlungen, die der Arzt nicht oder nicht zu Ende erbracht sondern für die er eine Überweisung ausgestellt habe. Aus den Honorarabrechnungsunterlagen der ermächtigten Krankenhausärzte ergebe sich zwar, wie viele Patienten sie auf Überweisung behandelt hätten, aber nicht, welcher Arzt welchen Patienten wegen welcher Mit- oder Weiterbehandlungsnotwendigkeit überwiesen habe. Die handchirurgischen Fälle seien nicht feststellbar. Aus den Ansatzhäufigkeiten in den Honorarabrechnungen der einzelnen für Chirurgen in Betracht kommenden GOP könnten nicht die Leistungen entnommen werden, die der Arzt nicht erbracht habe; denn es existiere

keine GOP für nicht erbrachte Leistungen. Auch aus der Ansatzhäufigkeit der GOP 01430, die nicht nur Überweisungen, sondern auch Wiederholungsrezepte und die Übermittlung von Befunden und ärztlichen Anordnungen ohne Arzt-Patienten-Kontakt erfasse, könne weder die Anzahl der Überweisungen überhaupt noch die der handchirurgischen Überweisungen im speziellen eruiert werden. Aus dem Ansatz der chirurgischen Grundpauschale, die die Leistung "Überweisung" enthalte, könne nicht ermittelt werden, ob der Patient abschließend behandelt oder am Ende "nur" überwiesen worden sei. Handchirurgische Fälle seien diesen Ansätzen schon gar nicht zu entnehmen. Auch aus den Diagnosestellungen nach ICD.10 durch die jeweilige Praxis lasse sich nichts ableiten, da zum einen unter den einzelnen ICD.10-Ziffern auch Diagnosekomplexe zusammengefasst seien, und zum anderen nicht behandelte oder diagnostizierte Erkrankungen darin nicht enthalten seien. Daher bleibe es bei den dem Beklagten durchaus als glaubhaft erscheinenden Angaben der befragten Ärzte, und bei den Zahlen, die er bereits in seinem angefochtenen Beschluss errechnet habe.

Der Beklagte beantragt, 25

das Urteil des Sozialgerichts Münster vom 03.02.2014 abzuändern und die Klage abzuweisen. 26

Die Klägerin beantragt, 27

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen. 28

Sie trägt vor, die vom Beklagten geäußerten Zweifel hinsichtlich der Wirkungen der "Zusatzbezeichnung" Handchirurgie seien unbegründet. Insbesondere hätten in ihrer Weiterbildung Zeiten aus der Allgemeinchirurgie keine Berücksichtigung gefunden und sie habe sich auch einer Prüfung unterziehen müssen. Immerhin seien ihre Kenntnisse und Fähigkeiten von der Ärztekammer Nordrhein mit der Maßgabe anerkannt, dass sie eine volle Weiterbildungsbefugnis im Umfang von 36 Monaten erhalten habe. Selbstverständlich könne auch im Rahmen einer Sonderbedarfszulassung ein Versorgungsauftrag für den Bereich der "Handchirurgie" erteilt werden, da sich handchirurgische Leistungen von den übrigen chirurgischen Leistung ohne weiteres (spätestens über die OPS-Prozeduren) abgrenzen ließen. Es gehe vorzugsweise um die Abdeckung des qualifikationsbezogenen Versorgungsbedarfs im Sinne von § 101 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Bei den von ihr mitgeteilten OPS-Prozeduren handele es sich im Wesentlichen um solche, die den im AOP-Katalog enthaltenen Leistungen entsprächen. Die Äußerungen der niedergelassenen Ärzte seien interessenorientiert. Andernfalls hätten die Ärzte jedenfalls die Prozeduren benennen können, welche sie selbst ambulant erbrächten. Dass den Stellungnahmen aus dem niedergelassenen Bereich mit Zurückhaltung zu begegnen sei, entspreche der ständigen Rechtsprechung des BSG. Allein die Aufnahme der Prozeduren in die Kataloge spreche dafür, dass sie - auch im Planungsbereich C - tatsächlich vorkämen, aber eben außerhalb des Planungsbereichs oder in Krankenhäusern stationär erbracht würden. Schließlich müsse der Beklagte eine Antwort auf die Frage geben, weshalb die Zusatzbezeichnung "Handchirurgie" überhaupt Eingang in die Weiterbildungsordnung gefunden habe, wenn die Ärzte ohne Zusatzbezeichnung in ihrer Gesamtheit die gleichen Erfahrungen aufwiesen wie sie, die Klägerin. Soweit der Beklagte die mitgeteilten Zahlen zu Gunsten der Klägerin halbiert habe, lasse er es an jeder Begründung dafür fehlen, wieso gerade eine Halbierung sachgerecht sei. Vielmehr hätte er diese Mengen ihr, der Klägerin, voll zurechnen müssen, denn augenscheinlich gehe er Beklagte ja auch davon aus, dass eine große Anzahl stationärer Operationen durch ihre Tätigkeit erübrigt werden könnte. Soweit Krankenhäuser handchirurgische Leistungen nach § 115b SGB V angemeldet hätten, berühre dies ihren Zulassungsanspruch nicht. Die vom Beklagten herangezogenen Ermächtigungen von Dr. M/Z 29

ließen ebenfalls den Sonderbedarf für die Klägerin unberührt. Selbstverständlich seien die von ihnen erbrachten Leistungen/Fallzahlen zu berücksichtigen. Dies ergebe sich bereits daraus, dass Ermächtigungen stets und immer gegenüber Zulassungen nachrangig seien. Dr. M sei für die Zeit ab 28.10.2014 (während des laufenden Quartals) bis zum 14.07.2016 für den bezüglich entsprechender Leistungen wichtigen Überweiserkreis zur Durchführung von Untersuchungs- und Behandlungsmaßnahmen im Bereich der plastischen Chirurgie und der Handchirurgie allgemein ermächtigt worden. Diese Ermächtigung werde ihren Grund haben. Die beigelegte KV gehe augenscheinlich davon aus, dass im Planungsbereich C erheblicher Versorgungsbedarf bestehe. So sei der bisherige Ermächtigungskatalog von Dr. M auf Dr. K übertragen worden. Mithin lasse sich der Bedarf für die angestrebte Zulassung nicht leugnen. Dass die errechneten 850 handchirurgischen Fälle pro Quartal von der Gemeinschaftspraxis Dr. E & Kollegen übernommen werden sollten, sei unverständlich. In der Praxis gebe es keinerlei Spezialisierung auf dem Gebiet der Unfall- oder Handchirurgie. Aus den übersandten Gebührennummernstatistiken ergebe sich, dass im eigentlichen Sinne handchirurgische Leistungen von den derzeit niedergelassenen Ärzten nicht erbracht würden: in der Praxis Dres. E pp. fänden sich vorzugsweise Behandlungen im Bereich Phlebologie, Prokto-/Rektroskopie und Dermatochirurgie. Die Praxen N und M seien in erster Linie gefäßchirurgisch ausgerichtet. Die Praxis C zeige wenige kleinchirurgische Eingriffe. Der Schwerpunkt liege bei der Prokto-/Rektoskopie. Die stichprobenhafte Durchsicht der anderen Praxen habe nichts anderes ergeben. Nicht nachvollziehbar sei die vom Beklagten angegebene "Nicht-Erkennntismöglichkeit" hinsichtlich der Auswertung der Leistungen nach dem ICD.10-Schlüssel. Es stelle sich doch die Frage, warum bei der KV derartige Kodierungen verlangt würden und erfolgten, wenn sie im Folgenden nicht ausgewertet würden. Gehe man davon aus, dass es absolut unrealistisch sei, für den Planungsbereich C kein Vorkommen von handchirurgischen Eingriffen anzunehmen, bleibe im Ergebnis nur die Feststellung, dass derartige Eingriffe entweder außerhalb des Planungsbereichs vorgenommen würden, in Krankenhäusern über § 115b SGB V zur Abrechnung kämen oder - entgegen der Vorgaben des AOP-Katalogs - einer stationären Behandlung unterzogen würden.

Die Beigeladene zu 1) schließt sich dem Antrag des Beklagten an. Sie habe sich nicht (positiv) zu einem Versorgungsbedarf positioniert. Die Ermächtigung für Dr. K sei aufgrund des engen Zeitfensters bis zur Entscheidung des Zulassungsausschusses zunächst lediglich quartalsweise und damit vorbehaltlich einer zeitlich aufwändigen Überprüfung der aktuellen Versorgungslage befürwortet worden. Zu der beantragten Erweiterung der Ermächtigung sei bereits negativ Stellung genommen worden. Zwischenzeitlich sei durch niedergelassene Chirurgen gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses zur quartalsweisen Ermächtigung von Dr. K Widerspruch eingelegt worden.

30

Der Senat hat den Leiter Weiterbildung der Ärztekammer Nordrhein, N, als Zeugen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16.03.2016 Bezug genommen.

31

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die Gerichtsakte und die Verwaltungsvorgänge des Beklagten Bezug genommen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

32

Entscheidungsgründe:

33

Die zulässige, insbesondere gemäß §§ 143, 144, 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) frist- und formgerecht eingelegte Berufung des Beklagten ist im Sinne seiner Verpflichtung zur Neubeschcheidung teilweise begründet.

34

I. Der Anspruch der Klägerin auf eine Sonderbedarfszulassung richtet sich nach § 24 Satz 1 BedarfsplRL 2007. 35

Im Hinblick auf die für die Gruppe der Chirurgen wegen Überversorgung angeordneten Zulassungsbeschränkungen im Planungsbereich C kommt eine Zulassung der Klägerin nur wegen eines besonderen Versorgungsbedarfs in Betracht. § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V bestimmt, dass der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) in Richtlinien für die ausnahmsweise Besetzung zusätzlicher Vertragsarztsitze Vorgaben beschließt, 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 - weil in der konkreten örtlichen Situation ein Versorgungsdefizit besteht - die Berufsausübung beschränken. Zugleich wird dem GBA die Aufgabe übertragen, nähere 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 (st.Rspr., vgl. nur BSG, Urteil vom 05.11.2008 - B 6 KA 10/08 R - m.w.N.). 36

Im vertragsärztlichen Bereich hat der GBA diesen Normsetzungsauftrag mit den §§ 24 bis 26 BedarfsplRL 2007 bzw. ab 01.01.2013 mit den §§ 36 und 37 BedarfsplRL 2012 umgesetzt. 37

Zwar sind grundsätzlich alle Tatsachenänderungen bis zur mündlichen Verhandlung der letzten Tatsacheninstanz und alle Rechtsänderungen bis zum Abschluss der Revisionsinstanz zu berücksichtigen (BSG, Urteil vom 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R -). Nach § 63 Abs. 5 BedarfsplRL 2012 gilt jedoch "für entsprechend der Ärzte-ZV ordnungsgemäß und vollständig gestellte Zulassungsanträge der Arztgruppen nach §§ 11, 12 und 13 Absatz 1 Nummer 1, 2 und 4, die vor den Beschlüssen des Landesausschusses nach den Absätzen 2 und 3 gestellt worden sind, die Richtlinie 2007 weiter." § 12 Abs. 1 Nr. 2 BedarfsplRL 2012 benennt die Chirurgen, so dass für die Anträge der Klägerin aus den Jahren 2008 und 2011 die BedarfsplRL 2007 weiter Anwendung findet. 38

II. Nach dem hier einzig in Betracht kommenden § 24 Satz 1 b) und d) BedarfsplRL 2007 darf der Zulassungsausschuss unbeschadet der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuss dem Zulassungsantrag eines Vertragsarztes der betroffenen Arztgruppe entsprechen, wenn eine der nachstehenden Ausnahmen vorliegt: "[...] 39

b) Es liegt 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. Ein besonderer Versorgungsbedarf kann auch bei einer Facharztbezeichnung vorliegen, wenn die Arztgruppe gemäß § 4 mehrere unterschiedliche Facharztbezeichnungen umfasst. Voraussetzung für eine Zulassung ist, dass die ärztlichen Tätigkeiten des qualifizierten Inhalts in dem betreffenden 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 (die Subspezialisierung muss Leistungen beinhalten, die die gesamte Breite des spezialisierten Versorgungsbereichs ausfüllen) nachweist. Die Berufsbezeichnung Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeut ist dabei einer Schwerpunktbezeichnung im Rahmen der ärztlichen Weiterbildung gleichgestellt. Eine mögliche Leistungserbringung in Krankenhäusern bleibt außer Betracht. [...] 40

d) Die Voraussetzungen für eine Ausnahme sind gegeben, wenn unbeschadet der festgestellten Überversorgung in einer Arztgruppe, welche nach ihrer Gebietsbeschreibung auch ambulante Operationen einschließt, diese Versorgungsform nicht in ausreichendem Maße angeboten wird. Voraussetzung für eine Ausnahme ist, dass der Vertragsarzt, der sich um die Zulassung bewirbt, schwerpunktmäßig ambulante Operationen aufgrund der dafür erforderlichen Einrichtungen ausübt. Dasselbe gilt im Falle einer Gemeinschaftspraxisbildung mit dem Schwerpunkt ambulante Operationen. Bei der Bedarfsfeststellung bleibt das Leistungsangebot von zu ambulanten Operationen bereiten Krankenhäusern gemäß § 115b SGB V außer Betracht. [...]"

1. Die Anerkennung eines Sonderbedarfs gemäß § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V i.V.m. § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007 erfordert die Prüfung und Feststellung einer besonderen Qualifikation des Arztes und eines dementsprechenden Versorgungsbedarfs. Hier ist der Bedarfsprüfung das Gebiet der Handchirurgie und nicht allgemein der Chirurgie oder der Unfallchirurgie zugrunde zu legen. Das Erfordernis einer besonderen Qualifikation (Schwerpunkt, fakultative Weiterbildung, besondere Fachkunde) im Sinne des § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007 kann Schwierigkeiten unterliegen, seitdem die Begriffe der heutigen Weiterbildungsordnungen (WBOen) der Landesärztekammern nicht mehr durchgängig denjenigen des § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007 entsprechen. Die landesrechtlichen WBOen verwenden teilweise andere Termini als § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007. Während hier noch von Schwerpunkten, fakultativen Weiterbildungen und besonderen Fachkunden die Rede ist, sind nach der WBO Nordrhein in der zum 01.10.2005 erfolgten Neufassung (Ministerialblatt Nordrhein-Westfalen 2005, 1068) außer Facharzt- und Schwerpunktbezeichnungen auch Zusatzbezeichnungen vorgesehen, die sich auf sog. Zusatzweiterbildungen gründen (§ 3 Abs 1 und 3, § 4 Abs 4 bis 6 WBO Nordrhein), bei denen aber kein relevanter sachlicher Unterschied zur Schwerpunktbezeichnung besteht. Eine solche sachliche Identität erfordert die rechtliche Gleichbehandlung (BSG, Urteil vom 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R -). So liegt der Fall auch hier. Denn die von der Klägerin erworbene Zusatzbezeichnung "Handchirurgie" ist einem Schwerpunkt, einer fakultativen Weiterbildung oder einer besonderen Fachkunde i.S.v. § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007 gleichzustellen. Während eine ohne Prüfung ausschließlich nach der Weiterbildungsordnung von 1997 erworbene Zusatzbezeichnung nicht zum Nachweis der erforderlichen Qualifikation i.S.v. § 24 Satz 1 b) BedarfspIRL 2007 ausreicht (vgl. dazu Senat, Urteil vom 09.11.2000 - L 11 KA 195/99 -), trifft das auf die von der Klägerin nach sechsunddreißigmonatiger Weiterbildung und Ablegen einer Prüfung erworbene Zusatzbezeichnung nicht zu. Es besteht kein relevanter sachlicher Unterschied zu einem Schwerpunkt. Dies ergibt sich aus der den Senat überzeugenden Aussage des in der mündlichen Verhandlung vom 16.03.2016 vom Senat angehörten Zeugen N. Dieser hat angegeben, dass die Klägerin gegenüber der Ärztekammer Nordrhein eine dreijährige Weiterbildung nachgewiesen habe. Die Weiterbildungsordnung von 1994 habe keine Anrechnung von anderen Weiterbildungszeiten auf den Erwerb der Zusatzweiterbildung vorgesehen. Die Klägerin habe auch eine mündliche Prüfung ablegen müssen. Denn mit Änderung der Weiterbildungsordnung 2005 sei eingeführt worden, dass auch zum Erwerb einer nach vorheriger Weiterbildungsordnung begonnenen Anerkennung dies nur noch über die mündliche Prüfung möglich sei. Die Bezeichnung der Handchirurgie als Zusatzbezeichnung habe sich daraus ergeben, dass 1994 für deren Erwerb eine Facharztanerkennung im Gebiet Chirurgie, Plastische Chirurgie oder Orthopädie Voraussetzung gewesen sei. Diese Facharztgebiete seien heute in einem Gebiet Chirurgie zusammengefasst, so dass nach der ursprünglichen Systematik daraus heute ein Schwerpunkt gemacht werden müsste. Von der inhaltlichen Ausgestaltung, von der Art der Weiterbildung, von dem Leistungsspektrum und dem Leistungsumfang würden einige Zusatzweiterbildungen, darunter auch die Handchirurgie, von der Gewichtung her zum

42

Erlernen genau so viel benötigen wie ein Schwerpunkt.

An der Richtigkeit dieser Aussage bestehen keine Zweifel. Die Gleichwertigkeit der von der Klägerin erworbenen Zusatzbezeichnung mit einer nur nach der WBO 2005 erworbenen Zusatzbezeichnung wird dadurch bestätigt, dass die Klägerin zur Weiterbildung von Ärzten nach der WBO 2005 befugt ist, also über die Kenntnisse und Fertigkeiten verfügt, die nach der WBO 2005 zum Erwerb der Zusatzbezeichnung erforderlich sind. 43

2. In der Sache ist der Beklagte 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. Die Verurteilung des Beklagten zur Erteilung der Sonderbedarfszulassung durch das SG war rechtlich fehlerhaft. Es ist nicht befugt, an der Stelle des Beklagten die Voraussetzungen einer Sonderbedarfszulassung selbst zu prüfen (BSG, Urteil vom 19.03.1997 - 6 RKa 43/96 -; Senat, Urteil vom 11.02.2009 - L 11 KA 98/08 -). Denn dem Beklagten steht bei der Prüfung des Sonderbedarfs ein gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Prüfung der Versorgungslage und der Ermittlung eines entsprechenden Bedarfs zu (std. Rspr., vgl. zusammenfassend m.w.N. Senat, Beschluss vom 11.02.2009 - L 11 KA 98/08 -). Die insoweit eingeschränkte Überprüfbarkeit beruht darauf, dass auch die fachkundigen und ortsnahen Zulassungsinstanzen oft nur ungefähr sagen können, ob und inwieweit eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten durch die zugelassenen Vertragsärzte gewährleistet ist. Durch die Regelungen über die Besetzung der Zulassungsgremien 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, Urteil vom 19.03.1997 - 6 RKa 43/96 -; Senat, Urteile vom 10.12.2008 - L 11 KA 47/08 - und 11.02.2009 - L 11 KA 98/08 -). Selbst wenn es rechtlich überhaupt eine "Beurteilungsreduzierung auf Null" geben sollte, bestehen hier keine Anhaltspunkte für eine solche Reduzierung im konkreten Fall, aufgrund derer das SG seine Beurteilung an die Stelle derjenigen des Beklagten hätte setzen dürfen. 44

3. Der Beklagte hat seine Beschlüsse im Wesentlichen mit der Annahme begründet, dass kein Versorgungsbedarf im Bereich der Handchirurgie im Planungsbereich C bestehe, und dies auf die Angaben der befragten Ärzte gestützt. Die zugrundeliegenden Ermittlungen tragen die angefochtene Entscheidung nicht. Der Sachverhalt ist unvollständig ermittelt. Der Beklagte wird bei einer erneuten Entscheidung noch weitere rechtliche und tatsächliche Aspekte zu beachten und zu würdigen haben. 45

Alle Tatbestände von § 24 BedarfspIRL 2007 setzen einen Versorgungsbedarf voraus. Zur notwendigen Ermittlung des Sachverhalts hat das BSG im Urteil vom 05.11.2008 - B 6 KA 10/08 R - ausgeführt: "Bei der Entscheidung über Sonderbedarfszulassungen müssen sich die Zulassungsgremien ein möglichst genaues Bild der Versorgungslage im betroffenen 46

Planungsbereich machen und ermitteln, welche Leistungen in welchem Umfang zur Wahrung der Qualität der vertragsärztlichen Versorgung im Sinne des § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V im Planungsbereich erforderlich sind, von den dort zugelassenen Ärzten aber nicht angeboten werden. Zur Ermittlung der konkreten Bedarfssituation ist es regelmäßig geboten, die bereits niedergelassenen Ärzte nach ihrem Leistungsangebot und der Aufnahmekapazität ihrer Praxen zu befragen. Diese Befragung hat sich mit Rücksicht auf § 101 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 SGB V entsprechend der Zielrichtung von Sonderbedarfszulassungen grundsätzlich auf die gesamte Breite eines medizinischen Versorgungsbereichs und nicht nur auf einzelne spezielle Leistungen zu erstrecken. Die Ermittlungen dürfen sich ferner auf die gesamte jeweilige Gruppe der Gebietsärzte beziehen, die nach dem einschlägigen Weiterbildungsrecht befugt sind, die Leistungen eines streitigen Teilgebiets zu erbringen."

Wenn die Leistungen von verschiedenen Arztgruppen nach der Weiterbildungsordnung gleichermaßen erbracht werden dürfen, ist für die Frage, ob die - in diesem Fall - Operationen in ausreichendem Maße angeboten werden, auf alle Arztgruppen abzustellen, die diese Leistungen erbringen dürfen. Würde die Versorgungsform der ambulanten Operationen im Bereich der Handchirurgie in ausreichendem Maße von der Arztgruppe der Chirurgen erbracht, machte es keinen Sinn trotz unter Umständen erheblicher tatsächlicher Überversorgung einen Sonderbedarf in der Weise zu konstruieren, dass im Bereich der Arztgruppe der Orthopäden handchirurgische Operationen nur in geringem Maße angeboten werden oder umgekehrt. Eine andere Betrachtungsweise stünde im Widerspruch zu der gesetzlichen Vorschrift des § 101 Satz 1 Nr. 3 SGB V, wonach die ausnahmsweise Besetzung zusätzlicher Vertragsarztsitze nur erfolgen darf, wenn sie unerlässlich ist (Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg, Urteil vom 03.03.2004 - L 5 KA 656/03 -). Das Abstellen nur auf eine Arztgruppe macht auch deshalb wenig Sinn, weil die Klägerin ja selbst nicht im Kernbereich der chirurgischen fachärztlichen Versorgung tätig werden will, sondern ausschließlich in einem Teilbereich der von Chirurgen sonst ausgeführten ambulanten Operationen im Bereich der Handchirurgie. Im Hinblick auf die Zuordnung der Handchirurgie sowohl zur Chirurgie als auch zur plastischen Chirurgie und Orthopädie (siehe dazu die Zusatzbezeichnung Handchirurgie der Weiterbildungsordnung der Ärztekammer Nordrhein von 1995, worin aufgeführt ist, dass weiterbildungsfähig derjenige ist, der die Anerkennung für die Gebiete Chirurgie, Plastische Chirurgie oder Orthopädie hat) erscheint es sachgerecht, im Rahmen der hier notwendigen Feststellung des Sonderbedarfs auch auf (sämtliche) Orthopäden und plastischen Chirurgen des Planungsgebiets abzustellen. Diesen Vorgaben ist der Beklagte nicht in vollem Umfang nachgekommen. Er hat nur die im Planungsbereich niedergelassenen Chirurgen und einen - nach nicht benannten Kriterien vorausgewählten - Kreis von Orthopäden befragt. Der rechtserhebliche Sachverhalt ist schon aus diesem Grund nur unvollständig festgestellt worden. Da die Sonderbedarfszulassung für die entsprechende Versorgungsform unerlässlich sein muss, wird der Beklagte in einem ersten Ermittlungsschritt in Erfahrung bringen müssen, wie viele Chirurgen, plastischen Chirurgen und Orthopäden im Planungsbereich in welcher Häufigkeit die Leistungen erbringen und abrechnen, die die Klägerin ebenfalls erbringen möchte.

47

Hat der Beklagte einen Überblick gewonnen, inwieweit Leistungen der Handchirurgie im maßgeblichen Planungsbereich tatsächlich angeboten werden, ist in einem weiteren Prüfungsschritt zu ermitteln, ob diese Leistungen als "in ausreichendem Maße angeboten" beurteilt werden können. Zu beachten ist dabei der Wortlaut der Vorschrift von § 24 Satz 1 BedarfspRL 2007, wonach entscheidend ist, ob die Tätigkeiten nicht oder nicht ausreichend zur Verfügung stehen (Buchst. b) bzw. ob die Versorgungsform der ambulanten Operationen in ausreichendem Maße angeboten wird (Buchst. d) und nicht ob sie in ausreichendem Maße angeboten werden könnte. Allerdings ist rechtsmissbräuchliches Verhalten von Ärzten, die

48

ihrem vertragsärztlichen Versorgungsauftrag bewusst nicht nachkommen, nicht hinnehmbar (BSG, Urteil vom 09.06.1999 - B 6 KA 25/98 R -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 03.03.2004 - L 5 KA 656/03 -; SG Marburg, Beschluss vom 06.03.2006 - S 12 KA 97/06 ER -).

Die Ermittlung des entscheidungserheblichen Sachverhalts darf sich allerdings typischerweise nicht in Befragungen der im Einzugsbereich in dem Fachgebiet tätigen Vertragsärzte erschöpfen. Denn die Gefahr, dass die Äußerungen der befragten Ärzte in starkem Maße auf deren subjektiven Einschätzungen beruhen und von deren individueller Interessenlage mit beeinflusst sein können, erfordert eine kritische Würdigung der Antworten durch die Zulassungsgremien. Das beruht in bestimmten Konstellationen darauf, dass die bereits niedergelassenen Vertragsärzte bestrebt sein können, den Zugang eines weiteren Arztes wegen unerwünschter Konkurrenz möglichst zu verhindern. Denkbar ist auch, dass einer der im Planungsbereich zugelassenen Ärzte an der Sonderbedarfszulassung eines Kollegen interessiert ist, weil er eine enge Kooperation mit entsprechenden Vorteilen erwartet, während ein anderer eher die Konkurrenz fürchtet. Die Aussagen der im Planungsbereich niedergelassenen Ärzte zur Bedarfslage sind jedenfalls nicht ohne weiteres als Entscheidungsgrundlage ausreichend, sondern müssen sorgfältig ausgewertet, weitestmöglich durch weitere Ermittlungen ergänzt und so objektiviert werden. Hierfür ist es erforderlich, etwa die Anzahlstatistiken der in Frage kommenden Vertragsärzte beizuziehen, um festzustellen, inwieweit im Bereich des streitigen Sonderbedarfs von diesen Ärzten Leistungen erbracht werden (BSG, Urteil vom 05.11.2008 - B 6 KA 10/08 R -; Senat, Urteil vom 11.02.2009 - L 11 KA 97/08 -).

49

Im vorliegenden Fall wird anhand der konzertierten Antwort der "unterzeichnenden niedergelassenen Ärzte im Kreis C" vom 29.05.2012 (Dres. I, B, T, L, Q, S, M, L, E, E, C) deutlich, dass sie daran interessiert sind, eine Zulassung der Klägerin zu verhindern. So ist der Klägerseite zuzustimmen, wenn sie bemängelt, dass diese niedergelassenen Ärzte angegeben haben, einige von der Klägerin als von ihr erbringbare Leistungen seien nur stationär zu erbringen: Die z.B. angegebenen OPS 8-201.6 - 8-201.9 sind im AOP-Katalog in Abschnitt 2 als ambulant durchführbare Operationen und sonstige stationärsersetzende Eingriffe nach § 115b SGB V aufgeführt. Andererseits ist nicht davon auszugehen, dass alle handchirurgischen Leistungen, die stationär erbracht werden, ambulant durch die Klägerin erbringbar wären. Denn es kann nicht ohne weiteres unterstellt werden, dass Krankenhäuser im Kreis C grundsätzlich handchirurgische Leistungen stationär erbringen und so Gefahr laufen, dafür keine Vergütung durch die Krankenkassen zu erhalten (vgl. dazu BSG, Urteil vom 21.04.2015 - B 1 KR 9/15 R - m.w.N.). Genauso kann aber auch die Antwort von Dr. S, der mit der Klägerin in Praxisgemeinschaft treten möchte, (in die andere Richtung) interessenorientiert sein. Der Beklagte hätte daher die Angaben der Ärzte, welche Leistungen sie erbringen und wegen welcher Leistungen sie zur ambulanten oder stationären Behandlung überweisen, verobjektivieren müssen. Im Beschluss vom 23.01.2013 hat der Beklagte aber lediglich die Angaben der niedergelassenen Ärzte zugrunde gelegt. Ob und ggf. wie er die Angaben verobjektiviert hat, ist dem Beschluss nicht zu entnehmen. Selbst wenn er für den Beschluss von 2013 neuere als die auf Bl. 73 der Gerichtsakte enthaltenen Ziffernauwahllisten (diese betreffen die Quartale IV/2008 - III/2009) beigezogen und zugrunde gelegt haben sollte, hat er dies im Beschluss nicht niedergelegt. Ergibt sich aus den Anzahlstatistiken, dass die von der Klägerin beabsichtigten Leistungen bisher im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung im Planungsbereich nicht angeboten werden, obliegt es dem Beklagten nachzuvollziehen, ob diese Leistungen bei den Versicherten dieses Planungsbereichs (aus welchem Grund?) gar nicht anfallen oder ob sie außerhalb des Bereichs erbracht werden (müssen). Zur weiteren Verobjektivierung der Angaben der

50

befragten Ärzte könnte er beispielsweise einen Vergleich mit dem Bedarf in anderen Planungsbereichen anstellen, die Krankenhäuser, die im handchirurgischen Bereich Leistungen nach § 115b SGB V angemeldet haben, und Leistungserbringer, die außerhalb des Planungsbereichs C aber in an diesen angrenzenden Gebieten niedergelassen sind, befragen.

Zutreffend hingegen hat der Beklagte bei der Bedarfsfeststellung das Leistungsangebot von zu ambulanten Operationen bereiten Krankenhäusern außer Betracht gelassen. Dies gilt sowohl für die Bedarfsfeststellung nach § 24 Satz 1 b) als auch nach § 24 Satz 1 d) BedarfsplRL 2007. Nach § 24 Satz 1 b) Satz 4 BedarfsplRL 2007 hat eine Leistungserbringung in Krankenhäusern außer Betracht zu bleiben. Nach § 24 Satz 1 d) BedarfsplRL 2007 bleibt das Leistungsangebot von zu ambulanten Operationen bereiten Krankenhäusern gemäß § 115b SGB V außer Betracht. Somit sind nicht nur die stationären Leistungen der Krankenhäuser, sondern auch deren ambulante Leistungen bei der Bedarfsfeststellung unberücksichtigt zu lassen, soweit diese Leistungserbringung gegenüber derjenigen der niedergelassenen Ärzte gleichrangig ist. Zwar sind Versorgungsangebote von Krankenhausärzten, die gemäß §§ 116 SGB V, 31a Ärzte-ZV ermächtigt wurden, nachrangig gegenüber der Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte (vgl. BSG, Urteil vom 17.06.2009 - B 6 KA 25/08 R -; Urteil vom 17.06.2009 - und - B 6 KA 38/08 R -) und können einer Sonderbedarfszulassung nicht entgegen gehalten werden. Anderes gilt indessen für Befugnisse zur Leistungserbringung, die bedarfsunabhängig erteilt werden bzw. bestehen, wie im Falle des § 115b SGB V. Die hierdurch erfolgende Bedarfsdeckung ist zu berücksichtigen und kann bei der Prüfung und Feststellung, ob ein nicht gedeckter Versorgungsbedarf besteht, zur Ablehnung einer Sonderbedarfszulassung führen (vgl. zu § 117 SGB V BSG, Urteil vom 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R -). Denn die Leistungen im Rahmen des § 115b SGB V sind dem Versorgungsbereich Krankenhaus zuzuordnen (Clement in: Heidelberger Kommentar, 2016, Ambulantes Operieren, Rdn. 7) und können daher keinen Bedarf für die vertragsärztliche Versorgung begründen. Schließlich können die an der fachärztlichen Versorgung teilnehmenden Vertragsärzte die Krankenhäuser nicht daran hindern, die ambulanten Operationen durchzuführen, für die diese gemäß § 115b SGB V kraft Gesetzes zugelassen sind (Senat, Urteil vom 11.02.2009 - L 11 KA 97/08 -). Der mithin insoweit tatsächlich abgedeckte Bedarf kann nicht zur Erhöhung eines im Rahmen einer Sonderbedarfszulassung zu ermittelnden Bedarfs an vertragsärztlicher ambulanter Tätigkeit herangezogen werden (so zu § 117 SGB V: Senat, Urteil vom 26.06.2013 - L 11 KA 23/12 -).

Weiter wird der Beklagte festzustellen haben, ob der Bedarf dauerhaft erscheint, sich grundsätzlich auf die gesamte Breite der Zusatzbezeichnung Handchirurgie erstreckt und für eine wirtschaftlich tragfähige Praxis ausreicht (BSG, Urteile vom 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R und B 6 KA 35/08 R-).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i.V.m. § 155 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung.

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