Landessozialgericht NRW, L 11 KA 86/16

Datum:	19.12.2018
Gericht:	Landessozialgericht NRW
Spruchkörper:	11. Senat
Entscheidungsart:	Urteil
Aktenzeichen:	L 11 KA 86/16
ECLI:	ECLI:DE:LSGNRW:2018:1219.L11KA86.16.00

Vorinstanz:	Sozialgericht Düsseldorf, S 2 KA 442/14
Sachgebiet:	Vertragsarztangelegenheiten
Rechtskraft:	rechtskräftig

Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 02.11.2016 abgeändert und der Beklagte unter Aufhebung des Beschlusses vom 08.10.2014 verpflichtet, die Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senates neu zu bescheiden. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand: 1

Streitig ist die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes. 2

Der Facharzt für Anästhesiologie Dr. E war für den Vertragsarztsitz W Straße 00 in L zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Er verstarb am 00.00.2014. Unter dem 04.02.2014 beantragte die Beigeladene zu 9) als seine Erbin die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes. Der Zulassungsausschuss für Ärzte L beschloss ein Nachbesetzungsverfahren durchzuführen (Bescheid vom 19.03.2014). Auf die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes mit einer Bewerbungsfrist bis zum 31.03.2014 (Seite 00 Rheinisches Ärzteblatt, veröffentlicht am xxx, Ausgabe 0/00) bewarben sich die Klägerin, der Beigeladene zu 8) sowie der Facharzt für Anästhesiologie Dr. C. 3

Die am 00.00.1958 geborene Klägerin ist Fachärztin für Anästhesiologie mit Zusatzbezeichnungen "Spezielle Schmerztherapie" und "Notfallmedizin". Ihr wurde am 4

17.09.1993 die Approbation und am 24.04.1996 die Facharztanerkennung erteilt. Anschließend war sie in Vollzeit als angestellte Ärztin in Krankenhäusern tätig, von 2003 bis 2008 in der Position einer Oberärztin und im Jahr 2008 als Chefärztin. Seit 2009 ist sie freiberuflich als Fachärztin für Anästhesiologie tätig, auch als Honorarärztin in Krankenhäusern. Sie betreibt seit 2013 eine Privatpraxis. Am 15.04.2014 wurde sie in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) eingetragen.

Die Approbation des am 00.00.1979 geborenen Beigeladenen zu 8) erfolgte am 17.12.2007; er ist seit dem 22.05.2013 als Facharzt für Anästhesiologie anerkannt und führt die Zusatzbezeichnung Notfallmedizin. Am 15.10.2013 wurde er in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) eingetragen. 5

Dem am 00.00.1949 geborenen Dr. C wurde am 12.11.1981 die Approbation erteilt; am 20.03.1986 folgte die Facharztanerkennung. Seit dem 28.04.2014 ist er in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) eingetragen. Dr. C hatte die streitbefangene Praxis vor ca. 26 Jahren gegründet und zum 02.01.2011 an Dr. E veräußert. Nach dessen Tod führte er sie zunächst vertretungsweise fort. 6

Durch Beschluss vom 21.05.2014 ließ der Zulassungsausschuss den Beigeladenen zu 8) als Nachfolger von Dr. E mit Wirkung zum 01.07.2014 zur vertragsärztlichen Versorgung zu und lehnte die Anträge der Klägerin und von Dr. C ab. Alle Bewerber erfüllten die gesetzlichen Auswahlkriterien in gleicher Weise, so dass letztlich entscheidend sei, wie lange die Bewerber in die Warteliste eingetragen gewesen seien. Hier könne der Beigeladene zu 8) die längste Eintragungsdauer vorweisen. Hinzu komme, dass er prognostisch eine deutlich längere Gewähr für die andauernde und kontinuierliche Patientenversorgung biete. 7

Die Klägerin legte hiergegen Widerspruch ein und trug vor: Der Zulassungsausschuss habe ermessensfehlerhaft dem Antrag des Beigeladenen zu 8) entsprochen. So erfülle sie das Kriterium der "beruflichen Eignung" in größerem Maße als der Beigeladene zu 8), denn sie sei nicht nur Fachärztin für Anästhesiologie, sondern verfüge auch über die Zusatzqualifikationen spezielle Schmerztherapie und Notfallmedizin, die auch der verstorbene Praxisvorgänger innegehabt habe. Sie sei zudem deutlich über 14 Jahre früher approbiert als der Beigeladene zu 8). Bezüglich der "Dauer der ärztlichen Tätigkeit" nehme das Bundessozialgericht (BSG) zwar in der Regel bei mehr als fünfjähriger ärztlicher Tätigkeit an, dass aus einer noch längeren Tätigkeitsdauer kein höherer Erfahrungsgrad abgeleitet werden könne. Das sei hier jedoch anders, da sie durch spezielle Hospitationen (Kinderklinik, Uniklinik Schmerztherapie, Lungenklinik) und ihren beruflichen Aufstieg (mehrjährige Erfahrung als leitende Oberärztin sowie Chefärztin) eine höhere Qualifikation aufweise. Der Fünfjahreszeitraum beginne mit dem Abschluss der Facharztweiterbildung. Insoweit betrage die relevante Tätigkeitsdauer beim Beigeladenen zu 8) nur ein Jahr, bei ihr hingegen 18 Jahre. Die frühere Eintragung des Beigeladenen zu 8) in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) trete im Verhältnis hierzu in den Hintergrund, insbesondere weil gerade einmal sechs Monate zwischen beiden Eintragungen lägen. Schließlich habe die Beigeladene zu 7) unzulässigerweise vorweg quasi eine "interne Ausschreibung" vorgenommen, indem sie der Beigeladenen zu 9) als Rechtsnachfolgerin des verstorbenen Vertragsarztes eine Liste ausgewählter Ärzte zur Verfügung gestellt habe, die damit einen klaren Bewerbungsvorteil gehabt hätten. Soweit an das Kriterium "Versorgungskontinuität" angeknüpft werde, könne und wolle sie zumindest noch zwölf Jahre im Berufsleben stehen, so dass der vom BSG geforderte Praxisfortführungszeitraum von fünf Jahren abgedeckt sei. Die Beigeladene zu 9) trug u.a. vor, dass parallel zum Ausschreibungsverfahren damit begonnen worden sei, sich um einen Praxisnachfolger zu kümmern. In der Sitzung des Beklagten vom 08.10.2014 8

schilderte Dr. C, wie er in diesem Zusammenhang an Hospitationen von vier Bewerbern um die Praxisnachfolge mitgewirkt habe. Weiter reichte die Beigeladene zu 9) einen zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 8) am 22.04.2014 geschlossenen Praxiskauf- und -übernahmevertrag, Erklärungen von zwei Arztpraxen, die mit Dr. E vor dessen Tod kooperiert hatten, sowie eine Erklärung von Dr. T, dem Praxisgemeinschaftspartner des verstorbenen Dr. E, zu den Akten.

Der Beklagte wies den Widerspruch zurück (Beschluss vom 08.10.2014). Lege man der nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Auswahlentscheidung allein die im Gesetz genannten Kriterien berufliche Eignung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit und die Dauer der Eintragung in die Warteliste zugrunde, könnte der Klägerin der Vorzug zukommen, denn sie habe wesentlich früher approbiert und sei auch schon länger fachärztlich tätig. Demgegenüber spreche für den Beigeladenen zu 8), dass er sich früher als die Klägerin in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) habe eintragen lassen. Zu seinen Gunsten sei weiter zu berücksichtigen, dass er mit Abschluss seiner Weiterbildung zielstrebig eine vertragsärztliche Tätigkeit angestrebt habe, was bei der Klägerin nicht der Fall gewesen sei. Entgegen der Vorstellung der Klägerin sei die Beigeladene zu 9) als Erbin von Dr. E auch nicht daran gehindert gewesen, nach dessen Tod von sich aus nach möglichen Bewerbern Ausschau zu halten und unabhängig vom Beginn des Ausschreibungsverfahrens mit ihnen Verhandlungen zu führen. So hätten vier als Nachfolger in Betracht kommende Bewerber unter Aufsicht des Praxisvertreters Dr. C in den Praxen von Kooperationspartnern hospitiert. Die Operateure hätten sich dabei für den Beigeladenen zu 8) als Praxisnachfolger ausgesprochen. Schließlich habe die Beigeladene zu 9) am 22.04.2014 mit dem Beigeladenen zu 8) unter dem Vorbehalt seiner Zulassung einen Praxiskauf- und -übernahmevertrag geschlossen. Bei dieser Sachlage sei mit der Zulassung des Beigeladenen zu 8) sowohl den berechtigten Interessen der Beigeladenen zu 9) als auch den Interessen der bisherigen Kooperationspartner Rechnung getragen worden, zudem werde die Fortführung der Praxis am bisherigen Standort sichergestellt. Ähnliche ernsthafte Bemühungen habe es auf Seiten der Klägerin nicht gegeben. Sie habe lediglich mehrfach bekräftigt, den Kaufpreis für die Praxis "in Höhe des Verkehrswertes" bezahlen zu wollen. 9

Den vom Beklagten im Beschluss vom 08.10.2014 angeordneten Sofortvollzug hat der Senat mit Beschluss vom 16.12.2015 - L 11 KA 37/15 B ER - aufgehoben. Der Beklagte hat mit Beschluss vom 06.01.2016 erneut die sofortige Vollziehung des Beschlusses vom 08.10.2014 angeordnet und ausgeführt: Dies sei notwendig, um sicherzustellen, dass das Praxissubstrat als Grundvoraussetzung der streitigen Nachfolgeregelung erhalten bleibe. Diese Entscheidung ist nicht angefochten worden. 10

In der Sache selbst hat die Klägerin gegen den Beschluss des Beklagten vom 08.10.2014 Klage erhoben und ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren vertieft. Soweit Dr. T den Beigeladenen zu 8) als Nachfolger von Dr. E im Mietvertrag für die Praxisräume am bisherigen Standort akzeptiert habe, könne daraus nicht abgeleitet werden, dass er - bei entsprechender Nachfrage - eine gleichlautende Erklärung nicht auch zu ihren Gunsten abgegeben hätte. Zudem seien die Interessen von Dr. T bei der Auswahlentscheidung nicht zu berücksichtigen, da er mit dem Verstorbenen lediglich eine Praxisgemeinschaft betrieben habe und keine Berufsausübungsgemeinschaft. Da es sich bei dem Gebiet der Anästhesiologie nicht um ein praxis- bzw. patientengebundenes Fachgebiet handele, komme der Fortführung der Praxis am bisherigen Standort aus Versorgungsgesichtspunkten keine Bedeutung zu. Sie - die Klägerin - habe im Übrigen keinerlei Gelegenheit bekommen, bei Kooperationspartnern von Dr. E zu hospitieren oder mit der Beigeladenen zu 9) über einen Praxiskauf- und -übernahmevertrag zu verhandeln. Diese beiden Gesichtspunkte dürften 11

daher nicht berücksichtigt werden.

Die Klägerin hat erstinstanzlich beantragt, 12

den Bescheid vom 21.10.2014 (Beschluss des Beklagten vom 08.10.2014) aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, die Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichtes neu zu bescheiden. 13

Der Beklagte hat erstinstanzlich beantragt, 14

die Klage abzuweisen. 15

Er hat seinen Bescheid verteidigt. 16

Der Beigeladene zu 8) hat ebenfalls beantragt, 17

die Klage abzuweisen. 18

Die übrigen Beteiligten haben keinen Prozessantrag gestellt. 19

Das SG Düsseldorf hat die Klage abgewiesen (Urteil vom 02.11.2016) und ausgeführt: Der Beklagt habe zu Recht den Beigeladenen zu 8) als Nachfolger von Dr. E zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen und nicht die Klägerin. Inwieweit die Klägerin die formellen Zulassungsvoraussetzungen erfülle, gehe aus dem angefochtenen Beschluss des Beklagten und aus dessen Verwaltungsakten nicht in Gänze hervor. Das könne im Ergebnis offen bleiben, denn der Beklagte habe das ihm zustehende Ermessen bei der Auswahl des Praxisnachfolgers zutreffend ausgeübt und den Sinn und Zweck der Nachfolgeregelung des § 103 Abs. 4 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) herausgestellt. Die Bestimmung diene dazu, den wirtschaftlichen Wert der Arztpraxis zu erhalten und zugleich Versorgungskontinuität sicherzustellen. Vor diesem Hintergrund habe der Beklagte festgestellt, dass der Beigeladene zu 8) durch eine Vielzahl einzelner Aktivitäten konsequent bestrebt gewesen sei und nach außen zu erkennen gegeben habe, eine Nachfolgezulassung zu erhalten. So habe sich der Beigeladene zu 8) alsbald nach seiner Facharztanerkennung (22.05.2013) in die Warteliste der Beklagten eintragen lassen (11.10.2013). Weiter habe er frühzeitig gegenüber Dr. C, der mit der Suche nach einem Nachfolger betraut gewesen sei, Interesse an der Praxis bekundet, in den Praxen der Kooperationspartner mit positiver Resonanz hospitiert und mit der Erbin einen Praxiskauf- und -übernahmevertrag geschlossen. Dem habe der Beklagte gegenübergestellt, dass es ähnliche ernsthafte Bemühungen auf Seiten der Klägerin offensichtlich nicht gegeben habe. Sie habe lediglich mehrfach bekräftigt, den Kaufpreis für die Praxis "in Höhe des Verkehrswertes" bezahlen zu wollen. 20

Das Urteil ist der Klägerin am 10.11.2016 zugestellt worden. Hiergegen hat sie am 09.12.2016 Berufung eingelegt und vorgetragen: Das SG habe verkannt, dass der Beklagte bei seiner Entscheidung seinen Ermessensspielraum überschritten habe. Stelle man allein auf die in § 103 Abs. 4 SGB V genannten Kriterien ab, so wäre ihr der Vorzug zu geben. Der Beigeladene zu 8) könne für sich allenfalls beanspruchen, gemäß § 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V früher in die Warteliste eingetragen worden zu sein. Zwar dürften über den Katalog des § 103 Abs. 4 Satz 5 Nr. 1 - 8 SGB V hinaus weitere Kriterien vom Beklagten berücksichtigt werden. Indes müssten diese Kriterien eine objektive Vergleichbarkeit der Bewerber gewährleisten und nicht einseitig durch den Abgeber der Praxis beeinflusst werden können. Dessen Interessen seien nur entscheidungsrelevant, soweit es um den wirtschaftlichen Wert der 21

Praxis gehe. Ansonsten würden die gesetzlichen Auswahlkriterien leerlaufen, das habe das SG nicht beachtet. Auch sei das vom Beklagten gewählte Merkmal der "besonderen Zielstrebigkeit" kein geeignetes Abwägungskriterium, da nicht klar sei, woran die Zielstrebigkeit objektiv gemessen werden solle. Zudem werde mittels dieses Kriteriums die Eintragung in die Warteliste ein weiteres Mal berücksichtigt, was eine unzulässige Doppelung darstelle. Weiter sei ermessensfehlerhaft, wenn ihr vorgehalten werde, nicht direkt nach Abschluss der Facharztweiterbildung die Selbständigkeit angestrebt zu haben, sondern stattdessen durch Tätigkeiten auf unterschiedlichen Klinikstationen und in unterschiedlichen Funktionen in Krankenhäusern eine besondere fachliche Expertise erreicht zu haben. Der Umstand, dass der Beigeladene zu 8) sich frühzeitig an der Praxis interessiert gezeigt habe, dürfe ebenfalls nicht bei der Ermessensentscheidung berücksichtigt werden. Obwohl sie sich unmittelbar nach der Ausschreibung des Vertragsarztsitzes im Rheinischen Ärzteblatt mit der Beigeladenen zu 9) in Verbindung gesetzt habe, sei ihr keine Möglichkeit zur Hospitation und zum Abschluss eines Praxiskauf- und -übernahmevertrags gegeben worden. Stelle man hierauf ab, seien Manipulationen durch den Praxisabgeber bzw. sonstigen Dritten Tür und Tor geöffnet.

Die Klägerin beantragt, 22

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 02.11.2016 abzuändern und den Beklagten unter Aufhebung seines Bescheids vom 08.10.2014 zu verpflichten, die Klägerin unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden. 23

Der Beklagte beantragt schriftsätzlich, 24

die Berufung zurückzuweisen. 25

Er hält den angefochtenen Bescheid und das Urteil des SG für zutreffend. Zudem verweist der Beklagte darauf, dass lediglich eine Praxis für Anästhesiologie, nicht aber für Schmerztherapie ausgeschrieben worden sei. 26

Die übrigen Beteiligten stellen keinen Antrag. 27

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitverhältnisses wird auf die Gerichtsakten, die Verwaltungsvorgänge des Beklagten die beigezogenen Akten des SG Düsseldorf - S 2 KA 52/15 ER - sowie des Zulassungsausschusses Bezug genommen. Sie waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung. 28

Entscheidungsgründe: 29

Die gemäß §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte Berufung (§ 151 Abs. 1 SGG) ist zulässig und begründet. 30

I. 31

Gegenstand des Verfahrens sind sowohl eine gegen die Ablehnung des Zulassungsantrags gerichtete kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage (Neubescheidungsklage) der Klägerin gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGG (offensive Konkurrentenklage) als auch eine reine Anfechtungsklage gemäß § 54 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG (defensive Konkurrentenklage) gegen die Zulassung des Beigeladenen zu 8). Bei der offensiven Konkurrentenklage, bei der mehrere Bewerber um die Zuerkennung einer nur einmal zu vergebenden Berechtigung streiten, folgt die Anfechtungsbefugnis aus der eigenen Grundrechtsbetroffenheit jedes Bewerbers (BSG, Urteil vom 07.02.2007 - B 6 KA 8/06 R -; 32

Senat, Beschluss vom 20.05.2009 - L 11 B 5/09 KA ER -). Die defensive und die offensive Konkurrentenklagen sind immer dann zulässig, wenn der übergangene Bewerber - wie hier die Klägerin - plausibel geltend macht, die Auswahlentscheidung sei zu seinen Lasten fehlerhaft (BSG, Urteil vom 05.11.2003 - B 6 KA 11/03 R -; Senat, Beschluss vom 20.05.2009 - L 11 B 5/09 KA ER -).

II. 33

Die Anfechtungs- sowie die kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage sind begründet, wenn die Klägerin Anspruch auf Erlass einer ermessensfehlerfreien Neubescheidung ihres Zulassungsantrags hat (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Auflage, 2017, § 54 Rn. 24), weil die Nachfolgeregelung ermessensfehlerhaft getroffen wurde und die Klägerin durch den angefochtenen Bescheid beschwert im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG ist. Das ist der Fall. 34

1. Rechtsgrundlage für die Entscheidung der Zulassungsgremien über die Erteilung einer Zulassung im Nachbesetzungsverfahren ist § 103 Abs. 4 SGB V. Bei den auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung gerichteten Vornahmesachen sind i.d.R. alle Änderungen der Sachlage bis zur mündlichen Verhandlung in der letzten Tatsacheninstanz sowie alle Rechtsänderungen zu berücksichtigen, so dass grundsätzlich § 103 Abs. 4 SGB V in der seit dem 23.07.2015 geltenden Fassung zugrunde zu legen ist. Eine Ausnahme gilt dann, wenn dem Vornahmebegehren - wie hier - notwendigerweise eine Abwehrklage in Gestalt einer Drittanfechtung der Begünstigung des für die Praxisnachfolge ausgewählten Bewerbers vorangehen muss. Falls sich für die Zulassung des begünstigten Dritten die Sach- oder Rechtslage im Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung vorteilhafter darstellt, ist dieser Zeitpunkt maßgeblich (BSG, Urteil vom 22.10.2014 - B 6 KA 44/13 R -; Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). 35

2. Anlass für ein Nachbesetzungsverfahren besteht dann, wenn die Zulassung eines Vertragsarztes in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, durch Tod, Verzicht oder Entziehung endet und die Praxis von einem Nachfolger weitergeführt werden soll (vgl. § 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V; BSG, Urteil vom 22.10.2014 - B 6 KA 44/13 R -; Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -). Diese Ausgangsvoraussetzung ist erfüllt. Der zur vertragsärztlichen Versorgung im zulassungsbeschränkten Planungsbereich L zugelassene Facharzt für Anästhesiologie Dr. E ist am 00.00.2014 verstorben. 36

a) Gesetzliches Ziel der Ausschreibung eines frei gewordenen Vertragsarztsitzes und dessen Nachbesetzung ist die "Fortführung" der Praxis, hier in Gestalt einer Einzelpraxis. Deshalb kann nach ständiger Rechtsprechung die Ausschreibung und Nachbesetzung nur so lange erfolgen, wie das Praxissubstrat vorhanden ist (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Urteil vom 14.12.2011 - B 6 KA 13/11 R -; Urteil vom 28.11.2007 - B 6 KA 26/07 R -; Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -; Beschluss vom 05.06.2013 - B 6 KA 2/13 B -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). In überversorgten Planungsbereichen ist aufgrund angeordneter Zulassungsbeschränkungen ein Hinzutreten weiterer Vertragsärzte grundsätzlich ausgeschlossen (vgl. § 95 Abs. 2 Satz 9 SGB V i.V.m. § 103 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Nach der gesetzlichen Konzeption ist in diesen Planungsbereichen auch die Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen im Grundsatz unerwünscht (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Urteil vom 14.12.2011 - B 6 KA 39/10 R -; Urteil vom 05.11.2003 - B 6 KA 11/03 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Der Gesetzgeber lässt es mit der in § 103 Abs. 4 SGB V getroffenen Regelung gleichwohl zu, dass ein bestehender, für die Versorgung nicht erforderlicher Vertragsarztsitz nachbesetzt 37

werden kann. Damit berücksichtigt er die finanziellen Interessen des bisherigen Praxisinhabers bzw. seiner Erben. Diese würden anderenfalls wegen der fehlenden Verwertungsmöglichkeit der Arztpraxis erhebliche Nachteile erleiden (hierzu: BSG, Urteile vom 14.12.2011 - B 6 KA 39/10 R und B 6 KA 13/11 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Da eine Arztpraxis typischerweise nicht veräußert werden kann, wenn der Erwerber den mit ihr verbundenen Sitz nicht erhält, bedarf es der Zulassung des Erwerbers. Veräußerbar ist jedoch nicht der Vertragsarztsitz, sondern die Arztpraxis (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Urteil vom 05.11.2003 - B 6 KA 11/03 R -; Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Soweit die Gefahr bestand, dass sich das Praxissubstrat infolge der Einlegung von suspendierenden Rechtsbehelfen zunehmend verflüchtigt, hat das BSG den maßgeblichen Zeitpunkt neu fixiert. Danach genügt es, wenn im Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Ausschreibung des Sitzes durch die Kassenärztliche Vereinigung eine fortführungsfähige Praxis bestanden hat (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Das war nach den unangegriffenen Feststellungen des Beklagten der Fall. Im Übrigen besteht das Praxissubstrat vorliegend auch deswegen fort, weil der Beklagte seinen Beschluss vom 08.10.2014 für sofort vollziehbar erklärt hat und der Beigeladene zu 8) auf dieser Basis die Praxis von Dr. E (derzeit) fortführt.

b) Die Auswahl des Praxisnachfolgers richtet sich nach § 103 Abs. 4 Satz 4 ff. SGB V sowie Abs. 5 Satz 3 SGB V. Der Zulassungsausschuss bzw. der Beklagte hat unter mehreren Bewerbern, die die ausgeschriebene Praxis als Nachfolger des bisherigen Vertragsarztes fortführen wollen, den Nachfolger nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen (§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V). Bei der Auswahl der Bewerber sind die in § 103 Abs. 4 Satz 5 SGB V gelisteten Auswahlkriterien zu berücksichtigen. Zusätzlich bestimmt § 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V, dass die Dauer der Eintragung in die Warteliste zu berücksichtigen ist (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -). 38

Die Bewerberauswahl ist eine Ermessensentscheidung (§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V), bei der die gerichtliche Überprüfung darauf beschränkt ist, ob das Ermessen fehlerhaft ausgeübt wurde und die Klägerin durch den Ermessensfehler beschwert ist (Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -; Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -). Die Gerichte kontrollieren, ob der Beklagte von einem vollständigen und richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, die rechtlichen Grenzen seines Ermessensspielraums eingehalten und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. § 54 Abs. 2 Satz 2 SGG). Der Beklagte hat das ihm bei der Auswahlentscheidung zustehende Ermessen allerdings nicht nur "pflichtgemäß", sondern auch unter Berücksichtigung der in § 103 Abs. 4 Satz 5 SGB V normierten gesetzlichen Vorgaben auszuüben. Ein Vorrang einzelner zu berücksichtigender Kriterien lässt sich dabei weder aus dem Gesetzeswortlaut herleiten noch entspräche dies dem Willen des Gesetzgebers (Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -; LSG Thüringen, Beschluss vom 13.06.2000 - L 4 KA 29/97 -; Schallen, Ärzte-ZV, 8. Auflage, 2012, § 16b Rn. 102; Meschke in Bäune/Meschke/Rothfuß, Ärzte-ZV, 2008, § 16b Rn. 118). Infolgedessen obliegt es den Zulassungsgremien, die Kriterien im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen gegeneinander abzuwägen (Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -; LSG Thüringen, Beschluss vom 13.06.2000 - L 4 KA 29/97 -); dies ermöglicht eine an den besonderen Umständen jedes Einzelfalls orientierte Beurteilung (BSG, Urteil vom 20.03.2013 - B 6 KA 19/12 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Eine diese Vorgaben beachtende, rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung muss das Gericht hinnehmen und ist nicht befugt, eine eigene Auswahlentscheidung zu treffen. 39

3. Die gerichtliche Überprüfung erfolgt zweistufig. Zunächst ist zu klären, ob das Auswahlverfahren verfahrensfehlerfrei durchgeführt wurde (nachfolgend a)), sodann ist zu klären, ob die Auswahlentscheidung sachlich rechtmäßig ist (nachfolgend b)). 40

a) Das Ausschreibungsverfahren weist keine Verfahrensfehler auf. 41

Die Beigeladene zu 9) beantragte am 04.02.2014 die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes ihres im Januar verstorbenen Ehemannes. Diesem Antrag gab der Zulassungsausschuss Ärzte L mit Bescheid vom 19.03.2014 statt. Die Stelle ist in der am 28.03.2014 erschienenen Aprilausgabe des Rheinischen Ärzteblattes mit Bewerbungsfristende am 31.03.2014 ausgeschrieben worden. Die Bewerbung der Klägerin ging zwar später ein, nämlich am 04.04.2014, das macht sie aber nicht unwirksam. Eine Bewerbungsfrist ist gesetzlich nicht vorgesehen, sie kann demzufolge keine Ausschlusswirkung entfalten (Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -; Henke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, 88. Lieferung, Stand November 2017, § 103 Rn. 10; Kremer/Wittmann, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 2012, Rn. 374; Schallen, Ärzte-ZV, 8. Auflage, 2012, § 16b Rn. 73; Zeller/Zalewski in Liebold/Zalewski, Kassenarztrecht, 6. Auflage, 2012, § 103 SGB V Rn. 9), und selbst vor der Veröffentlichung der Ausschreibung eingehende Bewerbungen sind zu berücksichtigen. 42

Mängel des Ausschreibungsverfahrens im Übrigen sind nicht ersichtlich oder dargetan. 43

b) Die Entscheidung des Beklagten ist indes rechtswidrig und beschwert die Klägerin. 44

aa) Mit Beschluss vom 21.05.2014 hat der Zulassungsausschuss den Beigeladenen zu 8) als Nachfolger von Dr. E zugelassen und die konkurrierenden Bewerbungen der Klägerin und von Dr. C abgelehnt. Er hat dabei die gesetzlichen Auswahlkriterien als von den Bewerbern in gleicher Weise erfüllt angesehen und daher auf die frühere Eintragung des Beigeladenen zu 8) in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) abgestellt. Zu Unrecht ist der Zulassungsausschuss dabei davon ausgegangen, der Beigeladene zu 8) verfüge, ebenso wie die Klägerin, bereits über mehr als fünf Jahre Berufserfahrung. Er hat verkannt, dass die Dauer der Berufserfahrung nicht bereits ab der Approbation berechnet wird, sondern erst ab erfolgreichem Abschluss der Facharztweiterbildung (Senat, Beschluss vom 19.01.2011 - L 11 KA 106/10 B ER -; Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 100). 45

bb) Die hierauf bezogenen Ausführungen der Klägerin führen jedoch nicht weiter, denn maßgebend für die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Nachbesetzung ist nicht der Inhalt des Beschlusses des Zulassungsausschusses, sondern allein jener des Beklagten vom 08.10.2014. Abweichend vom Konzept der §§ 77 ff. SGG entscheidet der Beklagte nicht über einen Widerspruch, vielmehr trifft er eine eigene Sachentscheidung. Die Entscheidung des Zulassungsausschusses geht dabei in jener des Beklagten auf; sie existiert nach dessen Anrufung und Entscheidung nicht mehr (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; Urteil vom 17.10.2012 - B 6 KA 49/11 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). 46

cc) Der Beklagte führt im Beschluss vom 08.10.2014 aus: Lege man der gemäß § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V nach pflichtgemäßen Ermessen zu treffenden Auswahlentscheidung allein die im Gesetz genannten Kriterien berufliche Eignung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit und gemäß § 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V die Dauer der Eintragung in die Warteliste zugrunde, könnte der Klägerin der Vorzug zukommen. Sie habe wesentlich früher approbiert als der Beigeladene zu 8) (am 17.09.1993 statt am14.02.2008) und sei auch schon länger ärztlich tätig (Abschluss der Weiterbildung am 24.04.1996 statt am 22.05.2013). Für den 47

Beigeladenen zu 8) spreche, dass er bereits seit dem 11.10.2013 in die Warteliste eingetragen sei, während die Eintragung der Klägerin erst am 15.04.2014 erfolgt sei. Er habe zudem nach Abschluss seiner Weiterbildung konsequent ("zielstrebig") eine vertragsärztliche Tätigkeit angestrebt, während die Klägerin noch nicht einmal ins Arztregister eingetragen gewesen sei, als sie sich um die Zulassung als Nachfolgerin von Dr. E beworben habe. Sie sei "auch nur privatärztlich oder als Angestellte in einem Krankenhaus tätig" gewesen. Bei der Gewichtung der Auswahlkriterien halte es der Ausschuss für geboten, sich am Sinn und Zweck der gesetzlichen Regelung der Praxisnachfolge zu orientieren. § 103 Abs. 4 SGB V dienen dazu, den wirtschaftlichen Wert einer Arztpraxis zu erhalten und außerdem eine kontinuierliche Versorgung der Versicherten im gewohnten Umfeld sicher zu stellen. Für die Erreichung dieser Ziele biete der Beigeladene zu 8) am ehesten Gewähr. Er habe bei Kooperationspartnern von Dr. E hospitiert und die Operateure hätten sich für ihn als Nachfolger ausgesprochen. Auch der Praxisgemeinschaftspartner, Dr. T, akzeptiere den Beigeladenen zu 8) als Nachfolger im Mietvertrag für den Praxisraum W Straße 00 in L. Schließlich habe der Beigeladene zu 8) unter dem Vorbehalt seiner Zulassung einen Praxiskauf- und -übernahmevertrag mit der Beigeladenen zu 9) abgeschlossen. Bei dieser Sachlage sei mit der Zulassung des Beigeladenen zu 8) sowohl den berechtigten Interessen der Beigeladenen zu 9) als auch den Interessen der bisherigen Kooperationspartner Rechnung getragen worden. Ähnliche ernsthafte Bemühungen habe es auf Seiten der Klägerin nicht gegeben. Sie habe lediglich mehrfach bekräftigt, den Kaufpreis der Praxis "in Höhe des Verkehrswertes" zahlen zu wollen. Damit werde aber weder den berechtigten Interessen der Beigeladenen zu 9) Rechnung getragen noch die Fortführung der Vertragsarztpraxis am bisherigen Standort sichergestellt.

Diese Erwägungen sind in mehrfacher Hinsicht fehlerhaft. 48

(a) Der Beklagte stellt im Rahmen seiner Auswahlentscheidung im Wesentlichen auf die "Versorgungskontinuität", d.h. auf die Fortführung der Vertragsarztpraxis "am bisherigen Standort" und den darauf gerichteten und dokumentierten Willen ("ernsthafte Bemühungen") der Bewerber ab (§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V). Er unterscheidet damit nicht hinreichend zwischen den voller gerichtlicher Prüfung unterliegenden Voraussetzungen, die jeder Bewerber erfüllen muss, um im Nachbesetzungsverfahren nach § 103 Abs. 4 SGB V zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden zu können (dazu (aa)), und der von ihm zwischen solchen Bewerbern zu treffenden Auswahlentscheidung, für die ihm ein nur eingeschränkt gerichtlich überprüfbarer Ermessensspielraum zusteht (dazu (cc)). Zudem hat er den für beide Gesichtspunkte entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Das hat zur Folge, dass nicht feststeht, an welchen Maßstäben der Fortführungswille und das im Rahmen der Auswahlentscheidung vom Beklagten berücksichtigte Kriterium der Versorgungskontinuität zu messen sind (dazu (bb)). 49

(aa) Der Beigeladene zu 8) und die Klägerin können nur dann als Nachfolger zugelassen werden, wenn in der jeweiligen Person alle Voraussetzungen für die Erteilung einer Zulassung als Nachfolger einschließlich des Willens zur Fortführung der Praxis vorliegen (§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V; BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.05.2008 - L 4 B 369/08 KA ER -; Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 77; Ziegler in Heidelberger Kommentar-Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, Praxisveräußerung, 2018, Rn. 42). Es besteht kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Zulassungsgremien, sodass dieses Merkmal der vollen gerichtlichen Überprüfung unterliegt. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V, der die vorzunehmende Auswahlentscheidung auf Bewerber bezieht, "die die ausgeschriebene Praxis als Nachfolger des bisherigen Vertragsarztes 50

fortführen wollen". Dass Ansprüche von derartigen inneren Tatsachen (Beweggründe, Willensrichtung, u.a.) abhängen, ist keine Besonderheit der Praxisnachfolge, sondern entspricht den Gegebenheiten in anderen Bereichen auch des Sozialrechts (vgl. z.B. zur Ermittlung des Zwecks der Eheschließung bei der sog. Versorgungsehe: BSG, Urteil vom 19.10.2011 - B 13 R 33/11 R -). Die Schwierigkeiten, die mit der Ermittlung solcher subjektiven Merkmale verbunden sein können, begründen keinen Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Verwaltung. Da mit einer Nachfolgebesetzung bestehende Zulassungsbeschränkungen durchbrochen werden, ist es gerechtfertigt, an die "Fortführung" einer Praxis strenge Anforderungen zu stellen, um zu verhindern, dass es zu gesetzlich nicht vorgesehenen Käufen von Praxissitzen kommt (BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R - m.w.N.).

(bb) Der Beklagte hat den für die Frage nach dem Praxisfortführungswillen der Bewerber entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht (hinreichend) aufgeklärt. Dafür hätte er zunächst ermitteln müssen, ob der verstorbene Dr. E in den Praxisräumlichkeiten W Straße 00 in L überhaupt in nicht unwesentlichem Umfang vertragsärztliche Leistungen erbracht hat. Wäre dieser Gesichtspunkt allein dafür relevant, ob der Beigeladene zu 8) und die Klägerin geeignete Bewerber i.S. § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V sind, hätte der Senat insoweit eigene Ermittlungen anstellen können. Der Beklagte hat den Gesichtspunkt der Fortführung der Vertragsarztpraxis "am bisherigen Standort" jedoch sowohl beim Gesichtspunkt der "Versorgungskontinuität" als auch bei Ausübung seines Auswahlermessens mitberücksichtigt. Er hat die Ansicht vertreten, die Klägerin habe nicht "ähnlich ernsthafte Bemühungen" gezeigt, die Praxis am bisherigen Standort mit denselben personellen und sachlichen Mitteln sowie in fortgeführter Praxisgemeinschaft mit Dr. T weiter zu betreiben, wie dies der Beigeladene zu 8) getan habe. Der Senat ist nicht befugt, den insoweit entscheidungsrelevanten Sachverhalt nachzuermitteln und auf dieser Basis eine eigene Ermessensentscheidung an die Stelle der ermessensfehlerhaften Entscheidung des Beklagten zu setzen. Der die Klägerin beschwerende Beschluss vom 08.10.2014 war bereits aus diesem Grund aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, den Widerspruch der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 21.05.2014 unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu bescheiden. Dazu im Einzelnen: 51

(aaa) Nur wenn Dr. E wesentliche Teile seiner vertragsärztlichen Leistungen in den Praxisräumen in der W Str. 00 in L mit den dort vorhandenen personellen und sachlichen Mitteln erbracht haben sollte, kann es bei der Prüfung des Praxisfortführungswillens der Bewerber (voll gerichtlich überprüfbare Anspruchsvoraussetzung) und der Versorgungskontinuität (Kriterium im Rahmen der Ermessensauswahlentscheidung des Beklagten) darauf ankommen, ob und inwieweit die Nachfolgebewerber den Willen haben, in den dortigen Praxisräumen mit den dort vorgehaltenen Mitteln den Patientenstamm des verstorbenen Vertragsarztes weiter zu versorgen. 52

Eine Praxis wird - im Regelfall - nämlich nur dann i.S.d. § 103 Abs. 4 SGB V "fortgeführt", wenn der sich um die Praxisnachfolge bewerbende Arzt am bisherigen Praxisstandort als Vertragsarzt tätig werden will. Eine solche Praxisfortführung weist sowohl eine "räumliche" als auch eine "personelle" Komponente auf. In räumlicher Hinsicht setzt sie voraus, dass der Nachfolger eines ausscheidenden Vertragsarztes auf Dauer (zumindest aber für einen Zeitraum von fünf Jahren) die bisherigen Patienten in denselben Praxisräumen mit Unterstützung desselben Praxispersonals und unter Nutzung derselben medizinisch-technischen Infrastruktur behandeln will (BSG, Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Eine Praxisfortführung wird daher nicht schon dann angestrebt, wenn ein Bewerber lediglich die vertragsärztliche Tätigkeit im 53

selben medizinischen Fachgebiet und im selben Planungsbereich wie der ausscheidende Vertragsarzt auszuüben beabsichtigt (BSG, Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -).

Hier hat der Beklagte im Rahmen seiner Auswahlentscheidung berücksichtigt, dass nach seinem Dafürhalten der Beigeladene zu 8) für die Versorgungskontinuität eine größere Gewähr biete als die Klägerin. So habe sich der Praxisgemeinschaftspartner von Dr. E bereit erklärt, den Beigeladenen zu 8) in den Mietvertrag betreffend die Praxisräume aufzunehmen; zudem habe der Beigeladene zu 8) einen Praxiskauf- und -übernahmevertrag mit der Beigeladenen zu 9) abgeschlossen. Dieser Vertrag umfasst nach § 1 die Übernahme aller "materiellen und immateriellen Güter" der Praxis, nach § 3 "sämtliche Krankenblätter und sonstigen Patientenunterlagen" sowie nach § 4 den Eintritt des Beigeladenen zu 8) in alle Miet-, Personal- und Praxisdienstverträge unter Vorbehalt der Kooperationsbereitschaft der Vertragspartner und mit Ausnahme des Arbeitsverhältnisses der Tochter der Beigeladenen zu 9). Die Klägerin - so der Beklagte - habe keinen solchen Vertrag geschlossen und zudem nicht die Bereitschaft von Dr. T dokumentiert, auch mit ihr die Praxisräume und das Personal weiter gemeinsam nutzen zu wollen. Vielmehr habe sie stets und ausschließlich betont, der Beigeladenen den "Verkehrswert der Praxis" zahlen zu wollen. 54

(bbb) Diese Wertungen des Beklagten im Rahmen der von ihm getroffenen Auswahlentscheidung sind in mehrfacher Hinsicht ermessensfehlerhaft. 55

(i) Zunächst einmal können - was nach bisherigem Sachstand sogar naheliegt - die ausstehenden Ermittlungen des Beklagten ergeben, dass Dr. E (fast) ausschließlich anästhesistisch als Vertragsarzt tätig geworden ist. Insoweit liegt ein unvollständig ermittelter Sachverhalt der Ermessensentscheidung des Beklagten vom 08.10.2014 zugrunde, der sie rechtswidrig macht. Sollte der verstorbene Vertragsarzt einzig als Anästhesist in fremden Praxen vertragsärztlich tätig geworden sein, läge ein Ausnahmefall vor. Dann wären andere Kriterien als (allein) die vorstehend skizzierten Kriterien (Kontinuität von Patienten, Personal sowie sachlichen Mitteln) für den Fortführungswillen im Rahmen der Anspruchsvoraussetzungen der Praxisnachfolge und für die Versorgungskontinuität im Rahmen der Auswahlentscheidung von Relevanz. Die anästhesistisch, nicht schmerztherapeutisch ausgerichtete vertragsärztliche Tätigkeit unterscheidet sich in bedeutsamen Punkten von den meisten anderen vertragsärztlichen Tätigkeiten (LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.05.2008 - L 4 B 369/08 KA ER -; Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 51). Besonderheiten finden beispielsweise darin ihren Ausdruck, dass die Anforderungen von Mindestsprechstundenzeiten für Anästhesisten nicht gelten (§ 17 Abs. 1b Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä)). Anästhesisten, die keine Schmerzbehandlung durchführen, benötigen in apparativ-technischer Hinsicht auch keine aufwändige Praxisinfrastruktur und regelmäßig besteht keine unmittelbare Bindung an einen Patientenstamm. 56

Wenn somit für diesen Ausnahmefall im Rahmen der Prüfung der Anspruchsvoraussetzung "Praxisfortführungswille" nicht an die Kriterien Kontinuität von Patienten, Personal und sachlichen Mitteln angeknüpft werden kann, so folgt daraus nicht, dass Vertragsarztpraxen von derart tätigen Anästhesisten bei bestehender Zulassungsbeschränkung nicht nachbesetzt werden können. Vielmehr sprechen auch hier Vertrauens- und Vermögensschutz auf Seiten des bisher zugelassenen Vertragsarztes bzw. seiner Erben dafür, dass eine Nachbesetzung bei Praxisfortführung zulässig ist (zu den Vertrauens- und Vermögensschutzgründen: BSG, Urteile vom 14.12.2011 - B 6 KA 39/10 R und B 6 KA 13/11 R -; Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -). Entscheidend ist in einem 57

solchen Fall daher, welche Kriterien für die Prüfung des Praxisfortführungswillens relevant sind. Der Beklagte hat insoweit - im Rahmen seiner Auswahlentscheidung und beim Kriterium der "Versorgungskontinuität" - auf das Hospitieren des Beigeladenen zu 8) bei Kooperationspartnern des Verstorbenen sowie deren Bereitschaft abgestellt, diese Kooperation mit dem Bewerber fortzuführen. Die damit als Kriterium herangezogenen Kooperationsverträge sowie deren Fortführung sind auch in Rechtsprechung (LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 15.05.2008 - L 4 B 369/08 KA ER -) und Literatur (Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 51) als geeignetes Kriterium angesehen worden. Der Senat erachtet sie ebenfalls als geeignet, sowohl im Rahmen der Prüfung des Fortführungswillens der Bewerber als auch - wenn der Beklagte hierauf im Rahmen seiner Ermessensentscheidung abstellt - beim Kriterium der Versorgungskontinuität.

(ii) Soweit der Beklagte zugunsten des Beigeladenen zu 8) die Erklärungen von zwei Kooperationspartnern des verstorbenen Dr. E berücksichtigt und sie dahingehend verstanden hat, diese wollten aufgrund der positiven Erfahrungen mit dem hospitierenden Beigeladenen zu 8) künftig mit ihm kooperieren, geschah dies - selbst bei unterstellter grundsätzlicher Relevanz des Kriteriums der Fortführung von Kooperationsverträgen - ermessensfehlerhaft. 58

(a) Zunächst einmal haben die Kooperationspartner kein Bestätigung mit dem Inhalt abgegeben, den der Beklagte vorträgt. ("Die Operateure haben sich für Dr. X ausgesprochen."). Das lässt sich bereits aufgrund der eigenen, weiteren Ausführungen des Beklagten erahnen; sie lauten: "In weiteren Schreiben vom 08.05.2014 haben die Fachärzte für Mund-, Kiefer- und Gesichtschirurgie mitgeteilt, im Sinne einer reibungslosen kontinuierlichen Versorgung ihrer Patienten wollten sie weiter mit den Dres. C/X zusammenarbeiten. Auch die "Praxis und OP-Ambulanz Dr. med. L" aus G hat mit Schreiben vom 09.05.2014 mitgeteilt, im Sinne einer reibungslosen Versorgung der Patienten wünsche er die weitere anästhesiologische Betreuung durch die Dres. C und X.". Danach haben sich die beiden kooperierenden Praxen allenfalls für eine Kooperation mit C/X ausgesprochen und nicht allein für den Beigeladenen zu 8). Bei genauem Lesen der vorgelegten Erklärungen ist nicht einmal das der Fall. Sie lauten "Dr. C plant den KV-Sitz von Dr. E zu übernehmen und in Form einer Jobsharing Gemeinschaft mit Dr. X weiterzuführen. Mit Dr. C arbeite ich seit 1992 zusammen. Dr. X hat bei mir hospitiert. Im Sinne einer reibungslosen Versorgung der Patientin wünsche ich die weitere anästhesiologische Betreuung durch die Dres. C und X" bzw. "Dr. C plant den KV-Sitz von Dr. E zu übernehmen und in Form einer Jobsharing Gemeinschaft mit Dr. X weiterzuführen. Seit 1998 arbeiten wir mit Dr. C zusammen. Dr. X hat bei uns hospitiert. Im Sinne einer reibungslosen kontinuierlichen Versorgung unserer Patienten möchten wir weiter mit Dres. C/X zusammenarbeiten.". Die Kooperationspartner haben somit nicht die Zulassung des Beigeladenen zu 8) unterstützt, sondern diejenige des Konkurrenten Dr. C, mit dem sie schon seit Jahrzehnten zusammenarbeiten. Den Beigeladenen zu 8) haben sie nur im Rahmen eines hier nicht streitigen Jobsharings mit Dr. C aufgrund der durchgeführten Hospitation mitberücksichtigt. Die Entscheidung des Beklagten war daher auch wegen des insoweit zugrunde gelegten falschen Sachverhalts aufzuheben. 59

(b) Zudem ist es Aufgabe des Beklagten, den entscheidungserheblichen Sachverhalt objektiv aufzuklären (§ 20 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X); Senat, Beschluss vom 13.04.2011 - L 11 KA 109/10 B ER -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 20.10.2010 - L 5 KA 1323/09 -). Dieser Verpflichtung ist er nicht nachgekommen, sondern hat sich ausschließlich auf die Angaben der Beigeladenen zu 9) gestützt, obwohl diese von der Klägerin bestritten wurden. 60

61

Allein der Umstand, dass zwei Kooperationspartner des verstorbenen Dr. E sich bereit erklärt haben, mit einem der Bewerber um die Praxisnachfolge zu kooperieren, besagt für die vom Beklagten zu treffende Auswahlentscheidung wenig. Damit ist nämlich noch keine Aussage dazu getroffen, ob sie nicht auch bereit wären, mit den anderen Bewerbern zusammen zu arbeiten. Zudem ist für die Frage der Fortführung einer (rein) anästhesistisch betriebenen Vertragsarztpraxis bzw. des hierauf gerichteten Willens entscheidend, von welchem Gewicht für die Vertragsarztpraxis die Zusammenarbeit mit den einzelnen Kooperationspartnern war. Insoweit können u.a. die Anzahl der gemeinsamen Operationstage, der finanzielle Umfang der damit für die Praxis generierten Einnahmen, die Gesamtzahl der Operationstage mit Kooperationspartnern und der dadurch insgesamt generierten Einnahmen eine Rolle spielen. Zu all dem hat der Beklagte nichts festgestellt, obwohl es nach seiner Auffassung hierauf im Rahmen der Versorgungskontinuität als Kriterium seiner Auswahlentscheidung ankam. Der vom Beklagten seiner Ermessensentscheidung zugrunde gelegte Sachverhalt ist auch insoweit unvollständig; die Entscheidung ist ermessensfehlerhaft.

(cc) Die Auswahlentscheidung des Beklagten war noch unter weiteren Gesichtspunkten rechtswidrig, beschwerte die Klägerin und war daher aufzuheben. 62

(aaa) So ist der Beklagte ermessensfehlerhaft davon ausgegangen, der Beigeladene zu 8) habe mit der Beigeladenen zu 9) einen "Praxiskauf- und -übernahmevertrag" geschlossen und trage auf diese Weise den berechtigten Interessen der Erbin von Dr. E in weitergehendem Maße Rechnung als die Klägerin. Diese habe lediglich mehrfach "bekräftigt, den Kaufpreis für die Praxis "in Höhe des Verkehrswertes" bezahlen zu wollen". 63

Damit überschreitet der Beklagte die ihm vom Gesetzgeber ausgedrückt gesetzte Ermessensgrenze, denn § 103 Abs. 4 Satz 8 SGB V regelt: "Die wirtschaftlichen Interessen des ausscheidenden Vertragsarztes oder seiner Erben sind nur insoweit zu berücksichtigen, als der Kaufpreis die Höhe des Verkehrswerts der Praxis nicht übersteigt". Mit dieser Beschränkung auf die wirtschaftlichen Interessen will der Gesetzgeber verhindern, dass ein Aufschlag für die Zulassung bezahlt werden muss (Bundestagsdrucksache 12/3608, Seite 99; Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 126). Eine mehr als diese gesetzliche Vorgaben wiederholende und bestätigende Erklärung der Klägerin bedarf es somit nicht (BSG, Urteil vom 14.12.2011 - B 6 KA 39/10 R -; Senat, Beschluss vom 19.01.2011 - L 11 KA 106/10 B ER -; Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 126). Eine Bevorzugung von Bewerbern mit abgeschlossenen Praxisübernahmevertrag kommt nach dem klaren Gesetzeswortlaut nicht in Betracht (Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 132). Genau darauf hat der Beklagte aber u.a. abgestellt (Seite 13 zweiter Absatz des Beschlusses vom 08.10.2014). 64

Im Übrigen ist die Klägerin vom Beklagten nicht einmal gefragt worden, ob sie nicht ebenfalls bereit wäre, in den im Verfahren vorgelegten "Praxiskauf- und -übernahmevertrag" einzutreten. Vom Senat im Eilverfahren - L 11 KA 37/15 B ER - hierzu gehört, hat sie ihre Bereitschaft hierzu erklärt. Soweit die Beigeladene zu 9) ohne objektiv nachvollziehbare Gründe (vgl. zu diesem Kriterium im Rahmen der Interessenberücksichtigung von Mitgliedern einer Berufsausübungsgemeinschaft bei einer Praxisnachfolge: BSG, Urteil vom 11.12.2013 - B 6 KA 49/12 R -) es abgelehnt hat, mit der Klägerin ebenso wie mit dem Beigeladenen zu 8) über einen "Praxiskauf- und -übergabevertrag" zu verhandeln, ist das Fehlen eines solchen Vertrags zwischen Beigeladener zu 9) und Klägerin unbeachtlich. 65

(bbb) Soweit der Beklagte auf die besondere "Zielstrebigkeit" des Beigeladenen zu 8), eine vertragsärztliche Tätigkeit aufzunehmen, als mitentscheidendes Kriterium für seine Bevorzugung gegenüber der Klägerin abstellt, überschreitet er auch hierdurch das ihm 66

zustehende Ermessen.

Richtig ist allerdings, dass es in die Bewertungskompetenz des Beklagten fällt, die verschiedenen im Rahmen des § 103 Abs. 4 Satz 4 und 5 SGB V zu berücksichtigenden Auswahlgesichtspunkte zu gewichten, denn ein Vorrang einzelner Kriterien lässt sich weder aus dem Gesetzeswortlaut herleiten (Meschke in Bäune/Meschke/Rothfuß, Ärzte-ZV, § 16b Rn. 118) noch entspräche dies dem Willen des Gesetzgebers. Dieser hat im Zusammenhang mit den durch das GKV-VStG vorgenommenen Änderungen in § 103 Abs. 4 SGB V vielmehr ausdrücklich betont, dass § 103 Abs. 4 Satz 5 SGB V "wie bisher keine Rangfolge der im Rahmen des Nachbesetzungsverfahrens zu berücksichtigenden Faktoren" enthält, sondern deren Gewichtung im pflichtgemäßen Ermessen des Zulassungsausschusses liege. Es ist somit Aufgabe der Zulassungsgremien, die Kriterien im Einzelfall nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der besonderen Umständen des Einzelfalls abzuwägen (BSG, Urteil vom 20.03.2013 - B 6 KA 19/12 R -; zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Auswahlkriterien: Frehse in Heidelberger Kommentar-Arztrecht, Krankenhausrecht, Medizinrecht, Praxisveräußerung, 2018, Rn. 244, 245, 253). Der Beklagte durfte insoweit den Sinn und Zweck der Nachfolgeregelung ("den wirtschaftlichen Wert der Arztpraxis zu erhalten und außerdem eine kontinuierliche Versorgung zu gewährleisten") berücksichtigen. 67

Genau dies hat er jedoch nicht getan. Vielmehr hat er darauf abgehoben, dass der Beigeladene zu 8) konsequent bestrebt gewesen sei ("zielstrebig"), im Planungsbereich L als Facharzt für Anästhesie zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen zu werden. So habe sich der Beigeladene zu 8) - anders als die Klägerin - alsbald nach seiner Facharztanerkennung vom 22.05.2013 in die Warteliste eingetragen lassen, nämlich bereits am 11.10.2013. 68

Zunächst einmal ist nicht zu erkennen, dass sich der Beklagte gemäß seinen Ausführungen beim Kriterium zielstrebige Aufnahme einer vertragsärztlichen Tätigkeit am Sinn und Zweck der Nachfolgeregelung orientiert hat. Das Handeln des Beigeladenen - die Eintragung in die Warteliste der Beigeladenen zu 7) - weist weder Bezug auf den Erhalt des wirtschaftlichen Werts der Praxis der Beigeladenen zu 9) auf noch in Bezug auf die Versorgungskontinuität. Das gilt unabhängig davon, ob insoweit auf die Fortführungen von Kooperationen oder auf die Versorgung des bisherigen Patientenstamms in den vorhandenen Praxisräumen mit den vorhandenen personellen und sachlichen Mitteln abzustellen sein sollte. 69

Zudem besteht das angenommene besonders zielstrebige Handeln des Beigeladenen zu 8) aus einer einzigen Handlung, dem Antrag auf Eintragung in die Warteliste der Beigeladenen zu 7). Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass es durch die Argumentationsweise des Beklagten zu einer unzulässigen Doppelberücksichtigung des Kriteriums der Dauer der Wartezeit im Sinne des § 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V kommt, zum einen unter dem Gesichtspunkt der früheren Eintragung in die Warteliste und zum anderen in Gestalt der zielstrebigeren Aufnahme einer vertragsärztlichen Tätigkeit. 70

Hinzu kommt, dass der Beklagte selbst in Bezug auf das Kriterium der Eintragungsdauer im Verhältnis zu den anderen, die Qualität der ärztlichen Tätigkeit betreffenden Kriterien Folgendes ausführt: "Legt man der gemäß § 103 Abs. 4 SGB V nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffenden Auswahlentscheidung allein die im Gesetz genannten Kriterien berufliche Eignung, Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit und (gemäß Abs. 5) die Dauer der Eintragung in die Warteliste zu Grunde, könnte Frau Dr. I der Vorzug zukommen; denn sie hat wesentlich früher die Approbation erlangt (...) und ist auch schon länger ärztlich tätig.". Damit beachtet der Beklagte zu Recht, dass die Wartezeit unter dem Aspekt der 71

Versorgungskontinuität ohne Bedeutung ist und ihr daher eine geringere Bedeutung im Rahmen der Ermessensabwägung eingeräumt wird (Pawlita in jurisPK-SGB V, 3. Auflage, 2016, § 103 Rn. 109; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 - L 4 B 269/06 KA ER - juris Rn. 31; LSG Bayern, Beschluss vom 27.11.2014 - L 12 KA 125/14 B ER).

Auch aus diesem Grund ist der Beschluss vom 08.10.2014 aufzuheben und der Beklagte zu verpflichten, den Widerspruch der Klägerin gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses vom 21.05.2014 neu zu bescheiden. 72

III. 73

Die Kostenentscheidung folgt aus § 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 3 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung. 74

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG). 75

Justiz NRW
Rechtsprechungsdatenbank ONLINE