

Carsten Reiter

Die Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen und ihre Rechtsfolgen

I. Einführung

Vom Vorliegen einer Überversorgung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung ist auszugehen, wenn der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad innerhalb eines Planungsbereiches um 10 v.H. überschritten ist (§§ 101 Abs. 1 S. 3 SGB V, 16b Abs. 1 Ärzte-ZV). Rechtsfolge des Eintritts von Überversorgung ist die Verpflichtung der Landesausschüsse, Zulassungsbeschränkungen anzuordnen (§§ 103 Abs. 1 SGB V, 16b Abs. 2 Ärzte-ZV). Außer in den Fällen der Geltendmachung eines Sonderbedarfs¹, der Zulassung im Wege des sog. Job-Sharing², der Belegarztzulassung nach § 103 Abs. 7 SGB V oder der Praxisnachfolge nach § 103 Abs. 4 SGB V ist dann für niederlassungswillige Ärzte eine Zulassung nicht realisierbar. Die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen im Zeitfenster zwischen Zulassungsantrag und Entscheidung des Zulassungsausschusses steht jedoch einer Zulassung nicht entgegen (§ 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV)³.

Diffiziler präsentiert sich die Rechtslage, welche mit der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen wegen des Wegfalls der Überversorgung (§§ 103 Abs. 3 SGB V, 16b Abs. 3 Ärzte-ZV) einher geht. Ausgelöst werden diese vornehmlich durch die Regelung der Nr. 23 Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte⁴, welche folgenden Wortlaut hat:

„Kommt der Landesausschuss nach einer erstmaligen Feststellung von Überversorgung aufgrund der weiteren Entwicklung und seiner Prüfung zu der Folgerung, dass Überversorgung nicht mehr besteht, so ist der Aufhebungsbeschluss hinsichtlich der Zulassungsbeschränkungen mit der Auflage zu versehen, dass Zulassungen nur in einem solchen Umfang erfolgen dürfen, bis für die Arztgruppe Überversorgung eingetreten ist. Die Auflage hat ferner die Bestimmung zu enthalten, dass über die Anträge nach Maßgabe der Reihenfolge ihres Einganges beim Zulassungsausschuss zu entscheiden ist.“

Nach dem Willen des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen erfolgt nach dem Wegfall der Überversorgung demnach lediglich eine „partielle“ Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen. Soweit die Zahl der vorliegenden Zulassungsanträge das „Zulassungskontingent“ der Auflage zur Aufhebungsentscheidung überschreitet, soll die Auswahl zwischen den Bewerbern zudem ausschließlich nach Maßgabe des Prioritätsprinzips (auch sog. Windhundprinzip) ohne Berücksichtigung weitergehender Auswahlkriterien erfolgen. Darüber hinaus läßt sich der zitierten Regelung nicht explizit entnehmen, ob von der privilegierenden Wirkung des Prioritätsprinzips nur solche Anträge umfaßt sind, welche zeitlich nach der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gestellt wurden (Problematik der Vorratsanträge). Es bleibt zu prüfen, ob der Regelungsgehalt der Nr. 23 BPRL-Ä überhaupt vom Normgebungsauftrag des Bundesausschusses umfaßt ist (s.u., sub III.), ob das Prioritätsprinzip ein rechtsstaatlich legitimes Auswahlprinzip darstellt (sub IV.) und welche Zulassungsanträge in dessen Geltungsbereich berücksichtigt werden können (sub V.).

II. Das Verfahren zur Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen

Gem. § 16b Abs. 3 S. 1 Ärzte-ZV hat der Landesausschuß spätestens alle sechs Monate zu prüfen, ob die Voraussetzungen für die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen fortbestehen, wobei es den Landesausschüssen unbenommen bleibt, in kürzeren Zeitabständen den Versorgungsgrad zu überprüfen⁵. Hierfür hat die zuständige Kassenärztliche Vereinigung dem Landesausschuß sowohl die Anzahl der hinfälligen Zulassungen (nach rechtskräftigen Entziehungs- und Beendigungsbeschlüssen) als auch Veränderungen der Einwohnerzahl im jeweiligen Planungsbereich mitzuteilen. Dies ergibt sich zum einem aus dem in Nr. 22 S. 3 BPRL-Ä erwähnten Übersichtsblatt und ist zum anderen erforderlich, damit der Landesausschuß, welcher in aller Regel nicht über eine ausgebaute Verwaltungsstruktur verfügt, seiner Prüfungspflicht überhaupt nachkommen kann. Die statistischen Angaben über die Bevölkerungsentwicklung sind insoweit von Relevanz, als der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad nach dem 3. Abschnitt der BPRL-Ä durch Verhältniszahlen im Sinne einer Arzt/Einwohner-Relation wiedergegeben wird. Kommt der Landesausschuß nach Prüfung zu dem Ergebnis, daß unter Berücksichtigung des ihm vorliegenden Zahlenmaterials der allgemeine bedarfsgerechte Versorgungsgrad nicht mehr um 10 v.H. überschritten wird, so hat er unter Berücksichtigung der Nr. 23 BPRL-Ä den betroffenen Planungsbereich zu „entsperren“. Den Landesausschüssen steht aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Nr. 23 BPRL-Ä kein Ermessensspielraum dergestalt zu, daß wahlweise eine vollständige oder eine partielle Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen vollzogen werden könnte. Die insoweit für den Fall der völligen Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen diskutierten Rechtsfolgen⁶ haben unter der

Rechtsanwalt Carsten Reiter, Sozietät Dr. Rehborn, Nikolaistraße 27–29, D-04109 Leipzig

1) § 101 Abs. 1 Nr. 3 SGB V i.V. mit Nr. 24f der Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte v. 9. 3. 1993, zuletzt geändert am 22. 12. 2000.

2) § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V i.V. mit Nrn. 23a ff. Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte.

3) Zu den inhaltlichen Anforderungen an die Wirksamkeit eines Zulassungsantrages BSG, Urt. v. 2. 10. 1996 – 6 RKA 52/92 –, MedR 1997, 282.

4) Nachfolgend: BPRL-Ä.

5) Ausweislich Nr. 22 der BPRL-Ä hat der Landesausschuß der Ärzte und Krankenkassen auf der Grundlage von Mitteilungen der Kassenärztlichen Vereinigungen über die vom Zulassungsausschuß ausgesprochenen Zulassungen im Planungsbereich in „geeigneten Zeitabständen“ den Stand der Versorgung zu prüfen. In der Praxis erfolgt eine solche Prüfung vielfach quartalsweise.

6) S. Schirmer (1994), in: Hauck/Noftz (Hrsg.), SGB V, § 103, Rdnr. 6.

Geltung der Nr. 23 BPRL-Ä demnach keine Relevanz, zumal nunmehr auch für den Bereich der vertragszahnärztlichen Versorgung in Buchst. F. 3. der Bedarfsplanungs-Richtlinien-Zahnärzte⁷ eine Nr. 23 BPRL-Ä inhaltlich voll entsprechende Regelung existiert.

Fraglich ist, ab welchem Zeitpunkt die Entscheidung des Landesausschusses Wirksamkeit entfaltet. Das BSG⁸ bewertet als maßgeblichen Zeitpunkt für die Wirksamkeit der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen den Zeitpunkt der entsprechenden Entscheidung des Landesausschusses und nicht den Tag der Veröffentlichung dieser Entscheidung in den Mitteilungsblättern der Kassenärztlichen Vereinigung (§ 16b Abs. 4 Ärzte-ZV)⁹. Diese Rechtsprechung muß auch auf den Fall der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen übertragen werden¹⁰, denn die Bedeutung des § 16b Abs. 4 Ärzte-ZV kann zwischen den Fällen der Aufhebung und der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen nicht variieren. Soweit die Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen gem. § 16b Abs. 3 S. 2 Ärzte-ZV für die Zulassungsausschüsse verbindliche Wirkung hat, bedarf es neben deren eigentlicher Aufhebung durch den Landesausschuß auch einer entsprechenden Bekanntgabe an die Zulassungsausschüsse¹¹. Deshalb wird die Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen erst im Zeitpunkt des Zuganges auf der Geschäftsstelle des Zulassungsausschusses rechtswirksam¹².

III. Die Normsetzungsbefugnis des Bundesausschusses

Weder § 103 Abs. 3 SGB V noch § 16b Abs. 3 Ärzte-ZV als im hierarchischen Normengefüge gegenüber Nr. 23 BPRL-Ä ranghöheren Rechtsnormen ist zu entnehmen, daß Rechtsfolge des Wegfalls der Überversorgung lediglich eine „partielle“ Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen sein soll. Daher stellt sich die Frage, ob überhaupt eine den Erlaß der Nr. 23 BPRL-Ä rechtfertigende normative Ermächtigungsgrundlage existiert und ob diese mit höherrangigem Recht in Einklang zu bringen ist. Nach Schallen¹³ und Dahm¹⁴ ist der Regelungsgehalt der Nr. 23 BPRL-Ä nicht Bestandteil des Normgebungsauftrages des Bundesausschusses, und auch Hess¹⁵ hegt Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Regelung. Demgegenüber bewertet die Rechtsprechung der Instanzgerichte¹⁶ die fragliche Vorschrift unison als lege artis und als von einer ausreichenden Ermächtigungsgrundlage getragen.

Zu entscheiden ist, ob dem Bundesausschuß für den Erlaß der Nr. 23 BPRL-Ä mit der dort vorgesehenen „partiellen Aufhebung“ von Zulassungsbeschränkungen eine materielle Regelungskompetenz zusteht oder ob § 103 Abs. 3 SGB V sowie § 16b Abs. 3 S. 2 Ärzte-ZV als höher-rangiges Recht insoweit abschließend sind, als dort die Folge des Entfallens der Voraussetzungen für die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen abschließend festgelegt wird. Nach der Rechtsprechung des BSG hat der Bundesausschuß die Befugnis zur Normenkonkretisierung, die BPRL-Ä stellen untergesetzliche Normen mit „Außen-seitererstreckung“ dar¹⁷. Auch wenn man demnach dem Bundesausschuß Satzungsautonomie zubilligen muß, bedeutet dies gleichwohl nicht, daß diese unbegrenzt ist, denn die Befugnis zum Erlaß untergesetzlicher Normen beruht auf einer staatlichen Delegation; es existieren allgemeine Schranken. Als solche ist insbesondere bedeutsam die sachliche Einschränkung der Satzungsbefugnis, denn diese ist immer auf den gesetzlich bestimmten Aufgaben- und Zuständigkeitsbereich der jeweiligen Einrichtung beschränkt¹⁸. Erst wenn der materielle Gehalt der untergesetzlichen Norm überhaupt den gesetzlich umschriebenen Zuständigkeitsbereich des untergesetzlichen Normgebers tangiert, ist quasi auf zweiter Ebene zu prüfen, ob die Forderung des

Gesetzesvorbehaltes¹⁹ erfüllt ist, ob also der formelle Gesetzgeber die wesentlichen, insbesondere die grundrechtsbeschränkenden Regelungen selbst getroffen hat²⁰.

Das Bayerische LSG²¹ wertet Nr. 23 BPRL-Ä als eine legitime Umsetzung des gesetzlichen Normgebungsauftrages gem. § 92 Abs. 1 Nr. 9 i.V. mit § 101 SGB V, denn die Regelung sei „mit dem Zweck, dem Sinnzusammenhang und auch der Vorgeschichte der Regelungen über Zulassungsbeschränkungen“ vereinbar. Nur durch eine zahlenmäßig beschränkte Aufhebung könne der Zweck, nämlich die Verhinderung von Überversorgung, erreicht werden. Im Rahmen der Darlegung der eigentlichen Ermächtigungsgrundlage fällt allerdings auf, daß sich das Bayerische LSG ausschließlich auf die Feststellung beschränkt, der Gesetzgeber habe in § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 und in § 101 SGB V die Bundesausschüsse „zum Erlaß von Richtlinien ermächtigt“, welche mit der Rechtsprechung des BSG normative Wirkung hätten. Sodann wird in die Prüfung eingetreten, ob die Anforderungen des BVerfG im Sinne der „Wesentlichkeitstheorie“ erfüllt sind. Offen bleibt, wo überhaupt die exakte Ermächtigungsgrundlage für den Erlaß der Nr. 23 BPRL-Ä zu suchen ist. Das Bayerische LSG macht gleichsam den „zweiten Schritt vor dem ersten“ und kommt faktisch zu dem Ergebnis: „Der Zweck heiligt die Mittel“.

Zwar kann den teleologisch orientierten Ausführungen des Bayerischen LSG zur Sinnhaftigkeit der Nr. 23 BPRL-Ä tatsächlich eine gewisse Plausibilität nicht abgesprochen werden²². Überprüft man jedoch den Wortlaut der bedarfs-

7) V. 12. 3. 1993 i.d.F. v. 21. 9. 1999, abgedruckt in Schallen, Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, Vertragszahnärzte, Psychotherapeuten, 3. Aufl. 2000, S. 377 ff.

8) BSG (Fn. 3).

9) A.A. Schallen (Fn. 7), Rdnr. 164, welcher indes verkennt, daß sich das dem Rechtsstaatsgebot immanente Publikationserfordernis als Wirksamkeitserfordernis, Art. 82 GG, nur auf materielle Regelungen mit Rechtsnormcharakter bezieht, was für die Anordnung oder Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen nicht zutrifft. Auch § 16b Abs. 4 Ärzte-ZV knüpft die Wirksamkeit der Entscheidung des Landesausschusses nicht an deren Veröffentlichung. Insoweit ist der Ansicht beizupflichten, wonach Adressat der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen ausschließlich der Zulassungsausschuß ist, was in Verbindung mit dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV gegen den konstitutiven Charakter der Veröffentlichung spricht.

10) SG Frankfurt a.M., Beschl. v. 31. 8. 1999 – S 5 Ka 2439/99 ER –, MedR 2001, 272, 274.

11) BSG (Fn. 3).

12) SG Frankfurt (Fn. 10); Schimmer (Fn. 6), Rdnrn. 5, 6; a.A. offenbar Hesel, in: Ehlers (Hrsg.), Fortführung von Arztpraxen, 2. Aufl. 2001, Rdnr. 142, welcher von einem In-Kraft-Treten des Beschlusses des Landesausschusses mit dessen „Zustandekommen“ ausgeht.

13) Schallen (Fn. 7), Rdnr. 165.

14) Dahm (2001), in: Rieger (Hrsg.), Lexikon des Arztrechts, 2. Aufl., Beitragsnr. 720, Rdnrn. 56, 57.

15) Hess (1998), in: KassKomm., § 103 SGB V, Rdnr. 17.

16) Bay. LSG, Urt. v. 26. 11. 1997 – L 12 Ka 141/96 –, MedR 1998, 375; SG Münster, Urt. v. 24. 9. 1998 – S 2 Ka 18/98 –, MedR 1999, 581; SG Frankfurt (Fn. 10).

17) BSG, Urt. v. 18. 3. 1998 – B 6 Ka 37/97 –, MedR 1999, 232, 235; a.A. Schneider, Handbuch des Kassenarztrechts, 1994, Rdnr. 632.

18) Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl. 1999, § 4, Rdnr. 17.

19) Hergeleitet aus Art. 20 Abs. 3 GG.

20) Sog. „Wesentlichkeitstheorie“, vgl. grundlegend BVerfGE 33, 125, 157 ff. („Facharzt-Entscheidung“).

21) Bay. LSG (Fn. 16).

22) Der „wechselseitige Aspekt“ zwischen Anordnung und Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen ist nicht zu verleugnen, s.a. Dahm (Fn. 14), Rdnr. 55.

planungsrechtlich einschlägigen Ermächtigungsgrundlagen für den Bundesausschuß in § 101 Abs. 1 und 2 sowie § 92 Abs. 1 Nr. 9 SGB V, fehlt dort bereits jedwede Andeutung, daß dieser in seinen Richtlinien überhaupt darüber zu beschließen hat, welche Folgen mit der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen einher gehen sollen. Vielmehr ist § 98 Abs. 1 SGB V zu reflektieren, soweit es dort heißt, daß die Zulassungsverordnungen „das Nähere über die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung sowie die zu ihrer Sicherstellung erforderliche Bedarfsplanung und die Beschränkung von Zulassungen“ regeln sollen. Gleichermaßen bestimmen die Zulassungsverordnungen auch „das Nähere über das Verfahren bei der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen bei vertragsärztlicher Überversorgung“ (§ 104 Abs. 2 SGB V). Der Bundesminister für Gesundheit hat von seiner gesetzlichen Ermächtigung in § 98 Abs. 1 SGB V Gebrauch gemacht und in § 16b Ärzte-ZV Vorschriften für die Beschränkung von Zulassungen erlassen. Ausweislich § 16b Abs. 3 S. 2 Ärzte-ZV hat der Landesausschuß nun beim Wegfall der Voraussetzungen für die Überversorgung Zulassungsbeschränkungen „unverzüglich aufzuheben“. Nach der inneren Systematik des § 16b Ärzte-ZV hätte der Landesausschuß nach Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen zu prüfen, ob in dem „reaktivierten“ Planungsbereich erneut Überversorgung herrscht, und solchenfalls wieder Zulassungsbeschränkungen anzuordnen (§ 16b Abs. 1 und 2 Ärzte-ZV). Gegenüber diesem Normverständnis erscheint der Umstand unerheblich, daß der Landesausschuß gem. § 16b Abs. 1 S. 3 Ärzte-ZV bei der Prüfung der Voraussetzungen der Überversorgung „die in den Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vorgesehenen Maßstäbe, Grundlagen und Verfahren zu berücksichtigen“ hat. Der Regelungsgehalt der Nr. 23 BPRL-Ä beschränkt sich gerade nicht auf die Festlegung von „Maßstäben, Grundlagen und Verfahren“ der Bedarfsplanung, sondern regelt essentielle, statusrelevante Rechtsfolgen für niederlassungswillige Ärzte. Daher stellt § 16b Abs. 1 S. 3 Ärzte-ZV keine ausreichende Ermächtigungsgrundlage dar²³. Gleiches gilt für § 95 Abs. 1 Nr. 7 SGB V, denn Nr. 23 BPRL-Ä regelt keine Frage der „Bedarfsplanung“ im eigentlichen Sinne²⁴.

Jegliche abweichende Auslegung würde zudem erhebliche Zweifel an der vom BVerfG²⁵ für die Gültigkeit von Verordnungsermächtigungen geforderten ausreichenden Bestimmtheit der §§ 92 Abs. 1 Nr. 9, 101 SGB V wecken, zumal der Gesetzgeber explizit den hier fraglichen Regelungsbereich dem Normgeber der Ärzte-ZV übertragen hat, was allein die Vorschrift des § 104 Abs. 2 SGB V („Verfahren bei Zulassungsbeschränkungen“) deutlich belegt. Zwar ist auch nach der Rechtsprechung des BVerfG²⁶ eine Auslegung von Ermächtigungsnormen grundsätzlich zulässig, allerdings wird ebenfalls gefordert, daß bereits aus dem ermächtigenden Gesetz deutlich vorhersehbar ist, in welchen Fällen und mit welcher Tendenz von der Ermächtigung Gebrauch gemacht werden wird und welchen Inhalt die Verordnungen haben können. Vorliegend ist nach dieser Maßgabe des BVerfG gerade aus § 104 Abs. 2 SGB V – und nicht aus den §§ 92 Abs. 1 Nr. 9, 101 SGB V – eindeutig vorhersehbar, daß der Normgeber der Ärzte-ZV für den Erlass einer Nr. 23 BPRL-Ä entsprechenden Regelung zuständig gewesen wäre. Diese ausdrückliche anderweitige Kompetenzzuweisung unterscheidet den hiesigen Fall auch von der rechtlichen Prämisse, welche der Entscheidung des BSG zur Frage der Kompetenz des Bundesausschusses bzgl. der abschließenden Festlegung von Planungsbereichen²⁷ zugrunde lag. Ausweislich des § 101 Abs. 1 letzter Satz SGB V sollen die regionalen Planungsbereiche den Stadt- und Landkreisen entsprechen. Dieser Satz befindet sich indes innerhalb einer Vorschrift, welche dem Bundesausschuß ausdrückliche Richtlinienkompetenz zubilligt, was

im Wege der Auslegung durchaus die Annahme rechtfertigen kann, auch die Einteilung der Planungsbereiche sei zumindest fakultative Aufgabe des Bundesausschusses.

Die Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen mit der Maßgabe, daß nur noch eine bestimmte Anzahl von Neuzulassungen zulässig ist, ist daher nicht von der Regelungskompetenz des Bundesausschusses umfaßt und verstößt gegen höherrangiges Recht. Auch die teleologisch denkbare Sinnhaftigkeit der Regelung²⁸ kann keinen Einfluß auf diese Feststellung haben. Zum einem hätte entweder der formelle Gesetzgeber oder der Verordnungsgeber der Ärzte-ZV eine solche Regelung unschwer selber treffen können. Zum anderen jedoch kommt es nach der objektiven Theorie des BVerfG²⁹ nicht auf den Willen des historischen Gesetzgebers an, im Vordergrund steht der Wille des Gesetzes³⁰. Dieser ist, wie dargelegt, hinsichtlich der Abgrenzung der Kompetenzzuweisungen zwischen dem Bundesausschuß einerseits und dem Verordnungsgeber der Ärzte-ZV andererseits eindeutig.

IV. Das „Windhundprinzip“

Selbst wenn die Anordnung der partiellen Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen mit der Rechtsprechung Teil der Richtlinienkompetenz des Bundesausschusses sein sollte, muß der Frage nachgegangen werden, ob die Anordnung des sog. „Windhundprinzips“ als alleiniges Auswahlkriterium zwischen den Zulassungsbewerbern zulässig ist oder ob es aufgrund der Grundrechtsrelevanz der Regelung der Heranziehung weitergehender Sachkriterien bedurft hätte. Generell ist im Falle der Vergabe kontingentierter Konzessionen nach sinnvollen Auswahlkriterien zu suchen, welche im Zweifel in ein Auswahlverfahren nach Eignungs Gesichtspunkten münden³¹. Diese Regel ist gerechtfertigt, da das rein zeitliche (Zufalls-)Moment, welches dem Prioritätsprinzip innewohnt, sachlichen Gegebenheiten, wie etwa beispielhaft der beruflichen Eignung des Bewerbers, nicht zugänglich ist. Zudem gebietet mit dem BVerfG³² die Verwirklichung der Grundrechte auch eine dem Grundrechtsschutz angemessene normative Ausgestaltung sowohl der Auswahl Gesichtspunkte als auch des Auswahlverfahrens für den Fall einer notwendigen Auswahlentscheidung zwischen mehreren grundsätzlich geeigneten (Berufs-)Bewerbern. Soweit das BVerfG daher ein rechtsstaatskonformes Auswahlverfahren fordert, verbleibt für das Prioritätsprinzip nur dann Raum, wenn es keine besseren Auswahlkriterien als das temporäre Moment gibt³³.

Unter Bezugnahme auf die Rechtslage zur Zeit der Geltung des § 22 Abs. 1 der ZO-VÄ³⁴ und die Rechtspre-

23) Die von Hess (wie Fn. 15) geäußerten Zweifel sind daher berechtigt.

24) S. a. Dahm (Fn. 14), Rdnr. 56.

25) BVerfGE 29, 210; 55, 226; 56, 12.

26) BVerfGE 76, 130, 142.

27) BSG, Urt. v. 28. 6. 2000 – B 6 KA 35/99 –, MedR 2001, 265.

28) S. a. Hess (wie Fn. 15), wonach die Regelung der Nr. 23 BPRL-Ä „sachlich sinnvoll“ sei.

29) BVerfGE 34, 288.

30) Vgl. Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 1995, S. 646: „Das Gesetz ist klüger als der Gesetzgeber“.

31) BVerfG, Beschl. v. 18. 6. 1986 – 1 BvR 787/80 –, NJW 1987, 887; Dürig (1973), in: Maunz/Dürig, Kommentar zum GG, Art. 3 Abs. 1, Rdnr. 232.

32) BVerfG (Fn. 31).

33) Dürig (Fn. 31), Rdnr. 229.

34) I.d.F. v. 28. 5. 1957, s.a. Sievers, Das Zulassungsrecht, 2. Aufl. 1958, S. 101, wonach die Zulassung nach Eignungskriterien zu erfolgen hatte.

chung sowohl des BVerfG³⁵ als auch des BGH³⁶ zur Auswahlentscheidung bei Notarbewerbern vertritt *Dahm*³⁷ die Auffassung, die Anwendung des „Windhundprinzips“ stehe im Widerspruch zu der Bedeutung, welche der vertragsärztlichen Zulassung unter Berücksichtigung von Art. 12 Abs. 1 GG zukomme. Soweit das BVerfG³⁸ unter Bezugnahme auf Art. 12 Abs. 1 GG im Falle von subjektiven Zugangshindernissen zum Beruf des Notars die grundlegende Ausgestaltung der Eignungsanforderungen und Auswahlgesichtspunkte durch den Gesetzgeber fordert³⁹, soll daher auch bei der Entsperrung eines Planungsbereiches auf die Auswahlkriterien des § 103 Abs. 4 SGB V zurückgegriffen werden. Die Rechtsprechung der Sozialgerichte⁴⁰ lehnt dagegen eine Anwendung von Eignungskriterien im Rahmen der Auswahlentscheidung ab, da gesetzlich eine gesonderte Eignungsprüfung von Zulassungsbewerbern bei Vorliegen eines nicht gesperrten Planungsbereiches nicht vorgesehen sei.

Die an der allgemeinen Systematik der Ärzte-ZV orientierte Auffassung der Rechtsprechung scheint nur auf den ersten Blick zu überzeugen. Zwar sieht weder das SGB V noch die Ärzte-ZV im Falle der Zulassung in einem nicht gesperrten Planungsbereich ein Auswahlverfahren nach Eignungskriterien vor⁴¹, da die fachliche Eignung des niederlassungswilligen Arztes bereits durch die notwendige Eintragung in das Arztregister nachgewiesen wird, §§ 95 Abs. 2 SGB V, 3 Abs. 2 Ärzte-ZV. Die Anwendung weiterer Eignungskriterien bei nicht übertensorgten Planungsbereichen neben den allgemeinen Voraussetzungen für die Zulassung i.S. des § 18 Ärzte-ZV könnte daher rein gesetzakzessorisch ausgeschlossen werden. Allerdings ist zu berücksichtigen, daß sowohl dem SGB V als auch der Ärzte-ZV die hier beschriebene Konkurrenzsituation als Folge der partiellen Öffnung des Planungsbereiches fremd ist und somit konsequenterweise auch keine explizite gesetzliche Lösung vorhanden sein kann. Es bestehen massive Unterschiede im Lebenssachverhalt zum gesetzlich normierten Regelfall einer Zulassung in nicht gesperrten Gebieten, nämlich die Vergabe einer fest umschriebenen Anzahl von Zulassungen unter mehreren Zulassungsbewerbern im Sinne einer offensiven Konkurrenzsituation. Dieser Umstand muß sich auch in der (grund-)rechtlichen Beurteilung der Sachlage niederschlagen. Zwar kann die Rechtsprechung des BVerfG zum Wesentlichkeitsprinzip hinsichtlich der Eignungsanforderungen und Auswahlgesichtspunkte bei Notarbewerbern nicht unmittelbar übertragen werden, da die Eignungsanforderungen der BNotO als subjektive Einschränkung der Berufswahlfreiheit i.S. der Stufenlehre des BVerfG⁴² zu werten sind, der Eingriff in die Berufsfreiheit durch die vertragsärztliche Bedarfsplanung indes auf der Ebene der reinen Berufsausübungsregelung angesiedelt ist⁴³. Im Rahmen der rechtlichen Einordnung der derzeit geltenden Bedarfsplanung wird jedoch zweifelsfrei zu berücksichtigen sein, daß die Regelung des § 101 Abs. 2 Nr. 3 SGB V a.F., wonach der Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung für eine ausreichende Mindestzahl von Ärzten in den einzelnen Arztgruppen durch den Bundesausschuß zu gewährleisten war, durch das GKV-Gesundheitsreformgesetz 2000 vom 22. 12. 1999⁴⁴ ersatzlos gestrichen wurde. Auch nach Auffassung des historischen Gesetzgebers bedeutet diese Streichung, daß bereits vor Inkrafttreten der neuen Bedarfszulassung nach § 102 SGB V ab dem 1. 1. 2003 für einzelne Arztgruppen die Zulassung im gesamten Bundesgebiet grundsätzlich unmöglich wäre⁴⁵. Demnach ist die maßgebliche rechtliche Prämisse, auf welche das BSG⁴⁶ im Rahmen der Einstufung des Bedarfsplanungsrechts als „regionale Niederlassungssperre“ abgestellt hat, nunmehr obsolet. Selbst wenn man die Tätigkeit als Vertragsarzt nur als Variante des ärztlichen Berufs i.S. des Art. 12 Abs. 1 GG werten möchte, so konnte der niederge-

lassene (Kassen-)Arzt schon zu Zeiten des sog. „Kassenarztsurteils“ des BVerfG „seinen Beruf wirtschaftlich gesehen ohne Kassenzulassung nicht erfolgreich ausüben“⁴⁷. Dementsprechend müßte das BSG konsequenterweise nunmehr auch seine Rechtsprechung zur Alterszugangsgrenze⁴⁸ gem. §§ 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V, 25 Ärzte-ZV auf das Überversorgungsinstrumentarium übertragen und dieses zumindest als einen Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG werten, welcher einer Beschränkung der Berufswahl nahekommmt. Die Anwendung der Rechtsprechung des BVerfG⁴⁹ zu den Notarbewerbern ist daher gerechtfertigt, mit der Folge, daß es vorliegend zumindest einer grundsätzlichen gesetzlichen Lösung der Konkurrenzsituation zwischen mehreren Zulassungsbewerbern hinsichtlich der anzuwendenden Eignungsanforderungen und Auswahlgesichtspunkten bedurft hätte. Insoweit ist das in Nr. 23 BPRL-Ä statuierte Prioritätsprinzip bereits insoweit illegitim, als es dessen Anordnung wiederum einer hinreichend bestimmten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage bedurft hätte, welche zweifelsfrei fehlt. Allerdings ist der Bundesausschuß bei der Anordnung des Prioritätsprinzips ausgehend vom Wesentlichkeitsprinzip nicht nur ohne Ermächtigungsgrundlage tätig geworden, vielmehr hätte auch der Gesetzgeber bei der Ausgestaltung einer etwaigen gesetzlichen Regelung nicht auf das Prioritätsprinzip als alleiniges Auswahlkriterium abstellen dürfen. Für den Bewerber im Zulassungsverfahren stehen existentielle, von Art. 12 Abs. 1 GG in seiner Funktion als subjektiv-rechtliches Grundrecht umfaßte Belange auf dem Spiel. Diese jedoch machen ein grundrechtsentfaltendes, die in der Person der Zulassungsbewerber begründeten sachlichen Faktoren berücksichtigendes Auswahlverfahren zwischen allen nach Maßgabe des § 18 Ärzte-ZV geeigneten Bewerbern notwendig. Nur diese Vorgehensweise würde mit den rechtsstaatlichen Vorgaben an eine „sachgerechte“ Auswahlentscheidung korrelieren, zumal vorliegend auch unschwer sachdienlichere Auswahlkriterien als die Anwendung des reinen Prioritätsprinzips denkbar sind⁵⁰, was beispielhaft die Regelung des § 103 Abs. 4 SGB V unterstreicht.

V. Die Problematik der „Vorratsanträge“

Angesichts der Rechtsprechung der Instanzgerichte⁵¹ zur Verfassungskonformität der Nr. 23 BPRL-Ä muß der praxisrelevanten Frage nachgegangen werden, welche Auswirkungen die Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen auf bereits initiierte, nicht rechtskräftig abgeschlossene Zulas-

35) BVerfG (Fn. 31).

36) BGH, Beschl. v. 13. 12. 1993 – NotZ 45/92 –, NJW 1994, 1870.

37) *Dahm* (Fn. 14), Rdnr. 60.

38) BVerfG (Fn. 31).

39) § 6 Abs. 3 BNotO.

40) S. Fn. 16.

41) Auch der Rechtsprechung des BSG (Urt. v. 9. 6. 1982 – 6 RKA 26/80 –, SozR 55520 § 21 Nr. 1 ZO-Ärzte) läßt sich explizit entnehmen, daß in der Ärzte-ZV keine Prüfung der Eignung des zulassungswilligen Arztes vorgesehen ist.

42) Sog. „Apothekenurteil“, BVerfGE 7, 377.

43) BSG, Urt. v. 18. 3. 1998 – 6 KA 37/96 –, MedR 1999, 232.

44) BGBl. I S. 2626.

45) So die Begründung zum Referentenentwurf des GKV-Gesundheitsreformgesetzes 2000.

46) BSG (Fn. 43).

47) BVerfG, Urt. v. 23. 3. 1960 – 1 BvR 216/51 –, NJW 1960, 714.

48) BSG, Urt. v. 24. 11. 1993 – 6 RKA 26/91 –, NZS 1994, 329.

49) BVerfG (Fn. 31).

50) Solchenfalls scheidet nach *Dürig* (Fn. 31), Rdnr. 229, eine Anwendung des Prioritätsprinzips als einziges Kriterium der Auswahlentscheidung aus.

51) S. Fn. 16.

sungsverfahren hat, in denen dem zulassungswilligen Arzt zum Zeitpunkt der Antragstellung noch Zulassungsbeschränkungen entgegengehalten wurden. Sind diese Zulassungsanträge, welche vor der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gestellt wurden, bei Anwendung des Prioritätsprinzips zu berücksichtigen⁵² oder kommen nur diejenigen Bewerber in Betracht, welche tatsächlich zeitlich nach der Aufhebung Zulassungsanträge gestellt haben⁵³?

Festzuhalten bleibt jedenfalls, daß jeder Antrag auf Zulassung, gleichgültig, ob diesem Zulassungsbeschränkungen dem Grunde nach entgegengehalten werden können oder nicht, letztlich immer als Zulassungsantrag i.S. des § 19 Abs. 1 Ärzte-ZV zu werten ist. Soweit etwa ein Sonderbedarf geltend gemacht wird, variiert gegenüber dem „regulären“ Zulassungsantrag faktisch nur die Antragsbegründung, indes steht hinter jedem Zulassungsantrag immer der Wille des Arztes, zwecks Realisierung seiner Niederlassungsabsicht die Möglichkeit zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zu erhalten⁵⁴. Daher kann zwar der materielle Gehalt einer Zulassung unterschiedlich ausgestaltet sein⁵⁵, jedoch erlangt der Arzt durch jede Form der Zulassung immer den Status eines Vertragsarztes mit allen damit einhergehenden Rechten und Pflichten, § 95 Abs. 3 SGB V. Es existiert deswegen auch nur „die eine“ Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung, weshalb einer Berücksichtigung der vor Öffnung des Planungsbereiches gestellten Zulassungsanträge nicht bereits argumentativ entgegengehalten werden kann, der jeweilige Arzt habe etwa lediglich eine Sonderbedarfszulassung und keine „Vollzulassung“ beantragt. Diese Erwägungen müssen auch auf noch nicht beschiedene Zulassungsanträge im Rahmen eines Job-Sharing nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V i.V. mit Nr. 23a BPRL-Ä übertragen werden, denn auch hier ist im Zweifel davon auszugehen, daß ohne die Zulassungsbeschränkungen ein Antrag auf „Vollzulassung“ gestellt worden wäre. Gleiches gilt für Zulassungsanträge im Rahmen des § 103 Abs. 7 SGB V.

Dem Wortlaut der Nr. 23 BPRL-Ä läßt sich keine Beschränkung der Geltung des Prioritätsprinzips auf solche Zulassungsanträge entnehmen, welche zeitlich nach Öffnung des Planungsbereiches beim Zulassungsausschuß eingegangen sind. Allerdings sind Anträge, welche vor der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gestellt wurden, durch den Zulassungsausschuß grundsätzlich abzulehnen, §§ 19 Abs. 1 S. 2, 16b Abs. 2 Ärzte-ZV, und nicht etwa so lange zurückzuhalten, bis ggf. eine Öffnung des Planungsbereiches erfolgt. Trotz der Formulierung „kann ein Antrag nur dann abgelehnt werden“ besteht insoweit kein Ermessens- oder Beurteilungsspielraum der Zulassungsausschüsse hinsichtlich des Schicksals des Zulassungsantrages⁵⁶. Ausgehend von der Regelung des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV bleibt daher zunächst festzuhalten, daß bestandskräftig abschlägig beschiedene Zulassungsanträge im Rahmen des Prioritätsprinzips nicht berücksichtigt werden können.

Bei streitig verlaufenden Zulassungsverfahren stellt sich allerdings die Frage, ob die Zulassungsbeschränkungen, welche dem Zulassungsantrag ursprünglich noch entgegengehalten waren, durch deren Aufhebung nun nachträglich obsolet geworden sind. Maßgeblicher Abgrenzungszeitpunkt für die Wirksamkeit der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen ist die diesbezügliche Bekanntgabe der Entscheidung des Landesausschusses an den Zulassungsausschuß⁵⁷. Allerdings rechtfertigt dieser Zusammenhang keinesfalls die Annahme, daß nur solche Anträge im Geltungsbereich des Prioritätsprinzips relevant sind, welche zeitlich nach diesem Zeitpunkt beim Zulassungsausschuß eingehen. Soweit nur der erste, ggf. rein zufällig nach Öffnung des Planungsbereiches eingehende Zulassungsantrag Berücksichtigung finden würde, würden die Interessen desjenigen Arztes, welcher sich weitaus länger um den Erhalt einer

Zulassung im betroffenen Planungsbereich bemüht, völlig ausgeblendet. Zwar legt der Wortlaut des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV zunächst die Vermutung nahe, daß trotz der Reaktivierung des Planungsbereiches dem vor Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gestellten Antrag nicht stattzugeben ist, denn „bei Antragstellung“ waren noch Zulassungsbeschränkungen angeordnet. Ein solches Verständnis der Vorschrift wäre indes nicht mit dem Ergebnis einer teleologischen Hinterfragung des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV zu vereinbaren. Der Sinn und Zweck der Vorschrift kann nur in der Suspendierung des Grundsatzes der Maßgeblichkeit der Sach- und Rechtslage im Entscheidungszeitpunkt, welcher in aller Regel bei Verpflichtungsanträgen zur Anwendung kommt⁵⁸, gesehen werden. Allerdings wäre die Anordnung von Zulassungsbeschränkungen nach Eingang des Zulassungsantrages auch ohne die Regelung des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV für die Durchsetzung des Zulassungsbegehrens unschädlich, denn bei Anträgen auf Berufszulassung gilt der allgemeine Grundsatz, wonach aufgrund der Schutzwirkung des Art. 12 Abs. 1 GG das Bestehen eines Rechtsanspruches im Zeitpunkt der Antragstellung ausreichend ist⁵⁹. Die Grundrechtsrelevanz der Vorschrift muß auch anläßlich der Auslegung der Nr. 23 BPRL-Ä berücksichtigt werden, weshalb der Rechtsprechung des SG Frankfurt a.M.⁶⁰ insoweit zuzustimmen ist, als es bzgl. der hier diskutierten Thematik einer verfassungskonformen Auslegung bedarf. Diese führt zu dem Ergebnis, daß angesichts von Art. 12 Abs. 1 GG zunächst solche Zulassungsbewerber von der Öffnung eines Planungsbereiches profitieren müssen, welche, gleich zu welchem Zeitpunkt, vor der Öffnung des Planungsbereiches einen Zulassungsantrag⁶¹ gestellt und ihre konkrete Niederlassungsabsicht in einem zur Zeit der Öffnung des Planungsbereiches anhängigen Widerspruchs- oder Klageverfahren dokumentiert haben. Soweit der Rechtsgedanke des § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV dahingehend umschrieben werden kann, daß eine nach Antragstellung erfolgende Änderung der Sach- und Rechtslage nicht zu Lasten des Zulassungsbewerbers gehen soll, müssen im Umkehrschluß auch nachträgliche Änderungen der Sachlage grundrechtsentfaltend zu Gunsten des

52) SG Frankfurt (Fn. 10); ohne Begründung: SG Potsdam, Urt. v. 15. 5. 1995 – S 1 KA 6/95 –.

53) *Plagemann/Niggehoff*, Vertragsarztrecht, 2. Aufl. 2000, Rdnrn. 361, 387; *Hesral* (Fn. 12), Rdnr. 144.

54) S. a. *Schallen* (Fn. 7), Rdnr. 211, wonach auch in den Fällen der Beantragung einer sog. Job-Sharing-Zulassung i.S. des § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V letztlich eine Vollzulassung angestrebt sei.

55) S. die Einschränkungen in Nr. 25 BPRL-Ä für die Fälle des Sonderbedarfs, in § 103 Abs. 7 S. 3 SGB V für den Fall der Belegarztzulassung und in Nr. 23a BPRL-Ä für die Job-Sharing-Zulassung.

56) Was selbstverständlich dann nicht gilt, wenn dem Zulassungsausschuß Anhaltspunkte dafür bekannt sind, daß einer der Ausnahmetatbestände zum Erhalt einer Zulassung in gesperrten Planungsbereichen einschlägig sein könnte.

57) S.o., sub II.

58) *Kopp/Schenke*, VwGO, 12. Aufl. 2000, § 113, Rdnr. 217.

59) Dementsprechend berühren später erfolgte Änderungen der Sach- und Rechtslage einen früher begründeten Rechtsanspruch nicht, vgl. *Kopp/Schenke* (Fn. 58), Rdnr. 223; BVerwG, NJW 1960, 1275. Deshalb ist beispielhaft auch das Überschreiten der Alterszugangsgrenze nach § 98 Abs. 2 Nr. 12 SGB V i.V. mit § 25 Ärzte-ZV dann unschädlich, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung das 55. Lebensjahr noch nicht vollendet wurde und sämtliche weiteren Zulassungsvoraussetzungen erfüllt sind, vgl. BSG, Urt. v. 12. 9. 2001 – B 6 KA 90/00 –, a.A. *Schallen* (Fn. 7), Rdnr. 456.

60) SG Frankfurt a.M. (Fn. 10).

61) Zu den Wirksamkeitsanforderungen an einen Zulassungsantrag vgl. BSG (Fn. 3).

Zulassungsbewerbers gewertet werden. Materiell ist davon auszugehen, daß sich durch die länger zurückliegende Antragstellung die Rechtsposition des sich im Widerspruchs- oder Klageverfahren befindenden Arztes bereits dergestalt konkretisiert hat, als die Vergabe der Zulassung an den anderen Bewerber sachlich nicht zu legitimieren wäre. Hierbei ist sicherlich auch zu bedenken, daß gem. § 19 Abs. 3 Ärzte-ZV⁶² die vertragsärztliche Tätigkeit in von Zulassungsbeschränkungen betroffenen Planungsbereichen innerhalb von drei Monaten aufzunehmen ist. Gerade bei Sonderbedarfsverfahren hat daher der Zulassungsbewerber oftmals bereits weitgehende zivilrechtliche Dispositionen getroffen, welche ihm im Falle des – endgültigen – Erhalts der Zulassung in aller Regel eine sehr zeitnahe Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit ermöglichen sollen. Dieses Ergebnis bedeutet auch keine ungerechtfertigte Benachteiligung desjenigen Arztes, welcher tatsächlich den ersten Antrag nach Öffnung des Planungsbereiches gestellt hat. Dieser kann sich gerade nicht auf § 19 Abs. 1 S. 2 Ärzte-ZV berufen, denn das Prioritätsprinzip der Nr. 23 BPRL-Ä setzt bei dem ersten, noch nicht bestandskräftig beschiedenen Antrag mit der Folge an, daß letztlich zum Zeitpunkt der Antragstellung wegen der partiellen Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen solche bereits wieder angeordnet waren. Im Verhältnis zwischen den Zulassungskonkurrenten ist gleichfalls zu beachten, daß der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG prinzipiell auch im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG von Bedeutung ist, weshalb Ungleichbehandlungen im Rahmen von berufsrechtlichen Regelungen nur dann verfassungskonform sind, wenn diese einen sachlichen Rechtfertigungsgrund haben⁶³. Ein solcher ist vorliegend nicht zu erkennen, zumal das „reine“ Prioritätsprinzip ohnehin einer sachlichen Rechtfertigung nicht zugänglich ist.

Um jedoch das denkbare Mißbrauchspotential weitestgehend zu reduzieren, wird die Berücksichtigungsfähigkeit des vor der Entsperrung gestellten Zulassungsantrages in Abgrenzung zu einem unzulässigen „Vorratsantrag“ jedenfalls vom Vorhandensein eines konkreten Niederlassungswillens abhängig zu machen sein. Die Anforderungen an diesen Nachweis dürfen jedoch nicht zu hoch angelegt werden; insoweit wird es ausreichen, wenn der Zulassungsbewerber einen gültigen, mit konkreter Praxisanschrift versehenen Zulassungsantrag gestellt hat und nach wie vor bereit und in der Lage ist, seine vertragsärztliche Tätigkeit aufzunehmen. Sollte jedoch aufgrund der zwischenzeitlich verstrichenen Zeiträume die Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit unter der ursprünglich angegebenen Adresse nicht mehr möglich sein, so kann dies nicht zu Lasten des Arztes gehen. Eine Änderung der Praxisadresse ist nicht zwangsläufig Indiz dafür, daß noch keine abschließende Entscheidung über die Niederlassung vorgelegen hat⁶⁴, denn gerade bei längerfristig streitig verlaufenden Zulassungsverfahren stehen die ursprünglich avisierten Räumlichkeiten aufgrund anderweitiger Vermietung häufig schlicht nicht mehr zur Verfügung. Die Auffassung des SG Frankfurt a.M.⁶⁵, wonach durch Änderung der konkreten Praxisadresse im Rechtssinne ein neuer Zulassungsantrag vorliegt, erscheint daher überzogen. Zudem haben auch solche Bewerber, welche bisher lediglich in die Warteliste nach § 103 Abs. 5 SGB V eingetragen sind, keinen Anspruch auf Berücksichtigung im Rahmen der Nr. 23 BPRL-Ä. Die bloße Eintragung in die Warteliste ersetzt in aller Regel nicht einen formgültigen Zulassungsantrag⁶⁶ und führt zudem nur zu einer möglichen Berücksichtigung bei der Bewerberauswahl im Rahmen der Praxisnachfolge⁶⁷. Ob die Kassenärztliche Vereinigung im Falle der partiellen Öffnung eines Planungsbereiches verpflichtet ist, die in der Warteliste eingetragenen Ärzte zu befragen, inwieweit Zulassungsanträge gestellt werden⁶⁸, erscheint aller-

dings fraglich. Jedenfalls kommt den nach einer Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen eingehenden Zulassungsanträgen von Ärzten, welche lediglich in die Warteliste eingetragen sind, keine privilegierte Stellung im Rahmen des allgemeinen Prioritätsprinzips nach Nr. 23 BPRL-Ä zu.

Exkurs: Job-Sharing sowie Sonderzulassung für Belegärzte

Der im Wege des Job-Sharing nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V zugelassene Vertragsarzt hat gegenüber Zulassungsanträgen von noch nicht zugelassenen Ärzten insoweit eine durch § 101 Abs. 3 S. 2 SGB V privilegierte Stellung, als diesen Anträgen im Falle der partiellen Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen erst dann stattgegeben werden kann, wenn nach der Berücksichtigung der Job-Sharing-Zulassung noch nicht wieder „Übersorgung“ eingetreten ist⁶⁹. Für diese Auffassung spricht bereits der klare Wortlaut des Gesetzes, dessen es nicht bedurft hätte, wenn sich die im Job-Sharing zugelassenen Vertragsärzte nach Öffnung eines Planungsbereiches in unmittelbarer Konkurrenz zu den niederlassungswilligen Ärzten befinden sollten. Gleiches gilt für den nach Maßgabe des § 103 Abs. 7 SGB V zugelassenen (Beleg-)Arzt. Dessen Zulassung ist zwar grundsätzlich für die Dauer von zehn Jahren an die Durchführung der belegärztlichen Tätigkeit gebunden, allerdings entfällt auch diese Beschränkung bereits bei vorheriger Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen (§ 103 Abs. 7 S. 3 Halbs. 2 SGB V). Soweit jedoch schon nach dem Willen des historischen Gesetzgebers der nach Maßgabe der Beschränkungen des § 103 Abs. 7 SGB V zugelassene Vertragsarzt bei der Feststellung des Versorgungsgrades im Planungsbereich nach § 103 Abs. 1 SGB V voll berücksichtigt werden soll⁷⁰, tangiert auch der Wegfall der Bindung der Zulassung an den Bestand des Belegarztvertrages nach der Öffnung des Planungsbereiches nicht den allgemeinen Versorgungsgrad. Für den Job-Sharing-Vertragsarzt gilt dies nicht, dieser ist ausweislich des § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V bei der Ermittlung des Versorgungsgrades nicht mitzurech-

62) Dessen Rechtmäßigkeit entgegen der diesbezüglich mit beachtlichen Gründen erhobenen Einwände einmal unterstellt; vgl. Schallen (Fn. 7), Rdnr. 386.

63) Scholz (1981), in: Maunz/Dürig (Fn. 31), Art. 12, Rdnrn. 145, 149, wonach der Gleichheitssatz den gleichen Berufszugang insbesondere dort garantiert, wo die Vergabe von Berufs-, Arbeits- oder Ausbildungsplätzen in staatlicher Hand ist.

64) A.A. SG Frankfurt a.M. (Fn. 10), MedR 2001, 276.

65) SG Frankfurt a.M. (Fn. 10).

66) Hess (Fn. 15), § 103, Rdnr. 22; Plagemann/Niggelhoff (Fn. 53), Rdnr. 361. Anders kann sich die Rechtslage indes in den Fällen darstellen, in welchen der Arzt zwar einen Zulassungsantrag gestellt hat, diesen aber auf Anraten der Kassenärztlichen Vereinigung oder des Zulassungsausschusses unter Hinweis auf die angeordneten Zulassungsbeschränkungen als solchen nicht aufrecht erhalten hat. Solchenfalls wird der Bewerber gelegentlich dergestalt angeschrieben, daß der Zulassungsantrag als Antrag auf Aufnahme in die Warteliste nach § 103 Abs. 5 SGB V gewertet werde.

67) S. etwa Bay. LSG (Fn. 16); Dahm (Fn. 14); a.A. SG Frankfurt a.M. (Fn. 10), welches indes verkennt, daß explizite Zulassungsanträge, welche wegen Zulassungsbeschränkungen abzulehnen sind, nicht in die Warteliste der Kassenärztlichen Vereinigung „aufgenommen“ werden können. Diese sind vielmehr gem. § 19 Abs. 1 Ärzte-ZV durch den Zulassungsausschuß abzulehnen.

68) Schirmer (Fn. 6), Rdnr. 24.

69) Schirmer, MedR 1997, 431, 442.

70) Beschlußempfehlung und Bericht des 14. Ausschusses zum 2. GKV-NOG v. 23. 6. 1997, BT-Dr. 13/7264, S. 66, 67, wonach der nach § 103 Abs. 7 SGB V zugelassene Vertragsarzt „wie jeder andere zur Versorgung der Versicherten beiträgt“. Dies soll nach dem Willen des Gesetzgebers für den Job-Sharing-Vertragsarzt wegen der Leistungsbegrenzung nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V anscheinend nicht gelten. S.a. Hess (Fn. 15), Rdnr. 32.

nen. Zwischen § 101 Abs. 1 Nr. 4 und § 103 Abs. 7 SGB V kann daher auch kein Konkurrenzverhältnis dergestalt bestehen, daß von der Öffnung eines Planungsbereiches etwa primär entweder die dort erteilten Belegarzt- oder Job-Sharing-Zulassungen profitieren würden; die Rechtsfolgen der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen sind für beide Zulassungsformen in den normativen Vorgaben des SGB V zwingend statuiert.

Falls in einem Planungsbereich mehr Ärzte im Rahmen des Job-Sharing zugelassen sind, als unter Anwendung der Nr. 23 BPRL-Ä Zulassungen vakant werden, so wäre der Grad der Überversorgung höher als vor der Öffnung des Planungsbereiches, soweit alle nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V zugelassenen Vertragsärzte von der Öffnung profitieren würden. Allerdings müssen auch in diesem Fall grundsätzlich alle Job-Sharing-Zulassungen zu einer „Vollzulassung“ erstarken⁷¹, denn § 101 Abs. 3 SGB V ist keine wie auch immer geartete Einschränkung der Rechtsfolgen für den Fall der Öffnung eines Planungsbereiches zu entnehmen. Die gegenteilige Auffassung, wonach Job-Sharing-Zulassungen nach Maßgabe der jeweiligen Reihenfolge der ursprünglichen Zulassungsanträge im Rahmen des § 101 Abs. 3 S. 2 SGB V nur so lange zu berücksichtigen sind, bis wiederum Überversorgung eingetreten ist⁷², ist daher mangels Rechtsgrundlage nicht haltbar. Gleichfalls lassen sich auch dem Willen des historischen Gesetzgebers keine Andeutungen dafür entnehmen, daß nur eine begrenzte Anzahl von Zulassungen auszusprechen wäre. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁷³ soll sich die Zulassung nach § 101 Abs. 1 Nr. 4 SGB V „bei Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen“ schlicht in eine Vollzulassung umwandeln. Ein Rückgriff auf Nr. 23 der BPRL-Ä verbietet sich bereits deshalb, weil § 103 Abs. 3 SGB V den hier maßgeblichen Sachverhalt abschließend regelt. Gleiches gilt wiederum für die Sonderzulassung für Belegärzte, weshalb deren Beschränkungen im Falle der Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen für alle nach Maßgabe des § 103 Abs. 7 SGB V im betroffenen Planungsbereich zugelassenen Vertragsärzte entfallen müssen. Zulassungsanträge von noch nicht zugelassenen Ärzten nach der Öffnung des Planungsbereichs können dann allerdings nicht mehr berücksichtigt werden⁷⁴, denn die Auflage der partiellen Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen nach Nr. 23 BPRL-Ä ist auch dann erfüllt, wenn nach Maßgabe des § 101 Abs. 3 S. 2 SGB V wiederum „Überversorgung eingetreten ist“.

Diese Zusammenhänge können sich daher vertragsärztliche Gemeinschaftspraxen durch kurzfristige Aufnahme mehrerer Job-Sharing-Partner in solchen Planungsbereichen zu Nutze machen, in welchen die Schwelle zur Überversorgung für die jeweilige Arztgruppe bereits bei Wegfall eines Vertragsarztsitzes unterschritten wird. Scheidet ein „voll zugelassener“ Vertragsarzt der betroffenen Facharztgruppe im Planungsbereich unter Verzicht auf die Mög-

lichkeit der Ausschreibung des Vertragsarztsitzes aus, so hat § 101 Abs. 3 S. 2 SGB V die quantitative Aufstockung der Zahl der ohne Beschränkungen zugelassenen Mitglieder der Gemeinschaftspraxis zur Folge. Ob jedoch auch ein Krankenhaussträger überhaupt mit mehreren Ärzten der gleichen Fachrichtung Belegarztverträge mit der Rechtsfolge des § 103 Abs. 7 SGB V abschließen kann oder ob der Regelungsbereich dieser Vorschrift auf einen Belegarzt pro belegärztliche Abteilung beschränkt ist, ist fraglich⁷⁵.

VI. Zusammenfassung

Die Regelung der Nr. 23 BPRL-Ä ist in Ermangelung einer einschlägigen, hinreichend bestimmten normativen Ermächtigungsgrundlage verfassungswidrig und somit ipso iure nichtig. Selbst das Vorhandensein einer solchen unterstellt, verstößt jedenfalls das in Nr. 23 BPRL-Ä angeordnete Prioritätsprinzip als alleiniges Auswahlkriterium zwischen mehreren konkurrierenden Bewerbern gegen Art. 12 Abs. 1 GG. Zur entsprechenden Ausgestaltung der Rechtsfolgen der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen ist der formelle Gesetzgeber, ggf. auch der Verordnungsgeber der Zulassungsverordnungen berufen. Folge dieser Nichtigkeit ist, daß nach der Entsperrung eines Planungsbereiches Zulassungsanträgen so lange keine Zulassungsbeschränkungen entgegengehalten werden können, bis nach Eintritt von erneuter Überversorgung wiederum Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuß angeordnet worden sind⁷⁶. Im Anwendungsbereich der Nr. 23 BPRL-Ä sind grundsätzlich allerdings auch solche Zulassungsanträge zu berücksichtigen, die bereits vor Aufhebung der Zulassungsbeschränkungen gestellt wurden, soweit diese noch nicht bestandskräftig abschlägig beschieden worden sind.

71) *Plagemann/Niggehoff* (Fn. 53), Rdnr. 383; *Reiling* (2001), in: *Rieger* (Hrsg.) (Fn. 14), Beitragsnr. 2730, Rdnr. 24; *Schirmer*, MedR 1997, 431, 442.

72) *Schallen* (Fn. 7), Rdnr. 212.

73) S. Fn. 70.

74) *Schirmer*, MedR 1997, 431, 442; *Plagemann/Niggehoff* (Fn. 53), Rdnr. 383.

75) Hierzu *Wagener*, MedR 1998, 410, 411, welcher in diesem Zusammenhang insbesondere die gesetzlich vorgesehene Förderung des kooperativen Belegarztwesens, § 121 Abs. 1 S. 2 SGB V, betont.

76) Wobei hier ggf. die vom BVerfG (BVerfGE 33, 1, 12 f.; 33, 303, 347) entworfene Regel zur Anwendung kommt, daß bei mangelhafter Rechtsgrundlage die Verfassungswidrigkeit des bestehenden Zustandes lediglich festzustellen und dem Gesetzgeber eine Übergangsfrist zur Schaffung einer rechtsförmigen Regelung einzuräumen ist, soweit man die Folgen der Nichtigerklärung der Nr. 23 BPRL-Ä als der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stehend als der bisherige, unzureichend geregelte Rechtszustand werten möchte.