

behalten werden, dass diesen nunmehr die Honorarstützung in unveränderter Form zugute kommt (vgl. BSG, a. a. O., Rdnr. 25). Das macht es erforderlich, dass vor einer erneuten Bescheidung des Honoraranspruchs des Kl. für das Quartal 1/2009 die Gesamtvertragspartner erneut über die Konvergenzregelung für diesen Zeitraum zu beschließen haben, sofern das vorliegende Verfahren nicht anderweitig zum Abschluss gebracht wird (vgl. § 101 SGG).

[...]

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5717-6>

## Anmerkung zu BSG, Urt. v. 30. 10. 2019 – B 6 KA 21/18 R (Schleswig-Holsteinisches LSG)

Hendrik Zeiß

Die Entscheidung fügt sich konsequent in eine ganze Reihe von Entscheidungen des 6. Senats zu Übergangsregelungen im Zusammenhang mit der Einführung der Euro-Gebührenordnung sowie von arzt- und praxisbezogenen RLV gem. § 87b SGB V zum 1. 1. 2009 ein. Ihre Bedeutung geht allerdings über diese inzwischen mehr als 10 Jahre zurückliegende Umstellung der Honorarsystematik hinaus. Sie stellt zum wiederholten Male die Relevanz des aus Art. 3 Abs. 1 i. V. mit Art. 12 Abs. 1 GG abzuleitenden Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit heraus. Zudem knüpft sie an ältere Entscheidungen zu vorangegangenen Umstellungen der Honorarsystematik an und betont die Verpflichtung der Gesamtvertragspartner im Rahmen der Honorarverteilung die Interessen von Anfängerpraxen bzw. ärztlichen und zahnärztlichen Praxen mit unterdurchschnittlichem Honorarvolumen besonders zu beachten.

Schon mit seiner Entscheidung v. 21. 10. 1998<sup>1</sup> stellte das BSG fest, dass kleineren Praxen stets die Chance belassen werden muss, durch Steigerung der Fallzahlen das durchschnittliche Umsatzniveau der Arztgruppe zu erreichen. Gegenstand der damaligen Entscheidung war ein HVM, der zur Festlegung der individuellen Bemessungsgrenze für jeden an der vertragszahnärztlichen Versorgung teilnehmenden Zahnarzt nicht auf den Durchschnitt der Fachgruppe, sondern auf den eigenen Umsatz des Zahnarztes in der Vergangenheit abstellte. Dies führte zwangsläufig dazu, dass ein in der Vergangenheit unterdurchschnittlich abrechnender Zahnarzt an diesem geringen Umsatz im Wesentlichen festgehalten wurde und kaum Steigerungsmöglichkeiten hatte. Ein Nachteil insbesondere für Anfängerpraxen und Praxen in einer Aufbauphase.

Der 6. Senat stellte in der Entscheidung<sup>2</sup> dar, dass nach seiner Rechtsprechung und jener des BVerfG der Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit verletzt sei, wenn vom Prinzip der gleichmäßigen Vergütung abgewichen werde, obwohl zwischen den betroffenen Ärzten bzw. Arztgruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestünden, dass eine ungleiche Behandlung gerechtfertigt sei. Das Gleichheitsgebot des Art. 3 Abs. 1 GG, so der 6. Senat, enthalte nicht nur das Verbot sachwidriger Differenzierungen, sondern genauso das Gebot, sachgerechter Differenzierung bei Vorliegen wesentlicher Unterschiede.

Weiterhin zeigte das BSG ein bei Gerichten häufig nur schwach ausgeprägtes Verständnis für die unternehmerische Seite der (zahn)ärztlichen Tätigkeit. So werde nach den Ausführungen des 6. Senats die eine unternehmerische

Tätigkeit kennzeichnende Kalkulation nachhaltig in Frage gestellt, wenn die Möglichkeit den Umsatz auch nur auf ein durchschnittliches Niveau zu steigern normativ begrenzt und die Praxis auf einer Umsatzhöhe festgeschrieben werde, die der Praxisinhaber als auf Dauer wirtschaftlich nicht verkraftbar eingeschätzt habe<sup>3</sup>.

Mit Wirkung zum 1. 1. 2009 ordnete § 87b SGB V an, dass die Honorarverteilung in allen KÄV-Bezirken nach der Euro-Gebührenordnung und den arzt- und praxisbezogenen RLV zu erfolgen hat. Die Einzelheiten der Verteilung waren durch den EBewA und die Partner der Gesamtverträge zu regeln. In seinem ursprünglichen Beschluss aus der 7. Sitzung v. 27./28. 8. 2008<sup>4</sup> legte der EBewA in Ziff. 3.7 fest, dass die Partner der Gesamtverträge befristete Ausgleichszahlungen an Praxen vorsehen konnten, sofern sich deren Honorar um mehr als 15 % gegenüber dem Vorjahresquartal verringert und die Honorarminderung mit der Umstellung der Mengensteuerung auf die neue Systematik oder dadurch begründet war, dass die Partner der Gesamtverträge bisherige Regelungen zu den sogenannten extrabudgetären Leistungen, Leistungsarten und Kostenersparungen nicht fortgeführt haben. Über das Verfahren erstellten sich die Partner der Gesamtverträge einig.

Dieser Beschluss wurde in der Folgezeit durch die Beschlüsse des EBewA v. 15. 1. 2009<sup>5</sup> und 27. 2. 2009<sup>6</sup> geändert bzw. ergänzt. Den Partnern der Gesamtverträge wurde die Möglichkeit eröffnet, weitergehende Konvergenzregelungen zu schaffen, insbesondere höhere Ausgleichszahlungen vorzusehen. Schließlich beschloss der EBewA in seiner Sitzung v. 20. 4. 2009<sup>7</sup> in einer Ergänzung zu Teil F Ziff. 3.5 des Beschlusses vom 27./28. 8. 2009, dass die Partner der Gesamtverträge für die Berechnung des RLV Anfangs- und Übergangsregelungen auch für Praxen in der Anfangsphase zu beschließen hatten.

Die Umsetzung der Vorgaben des EBewA durch die Gesamtvertragspartner auf der Ebene der KÄVen war, wie das BSG mehrfach feststellen musste, nicht immer frei von Rechtsfehlern.

So stellte der 6. Senat mit Urteil v. 5. 6. 2013<sup>8</sup> fest, dass die Regelung im HVV der KÄV Bad.-Württ., wonach Gewinne von Praxen aufgrund des neuen Honorarsystems begrenzt und zur Finanzierung von Honorarverlusten anderer Praxen dienen sollten, weder den gesetzlichen Vorgaben noch den Beschlüssen des EBewA entsprachen und daher rechtswidrig waren.

Im Urteil v. 2. 8. 2017<sup>9</sup> betonte das BSG unter Bezugnahme auf seine eigene Rechtsprechung aus dem Urteil v. 21. 10. 1998<sup>10</sup>, dass der Vertragsarzt die Chance haben muss, durch Qualität und Attraktivität seiner Behandlung oder auch durch bessere Organisation seiner Praxis neue Patienten für sich zu gewinnen und so legitimer Weise seine Position im Wettbewerb mit den Berufskollegen zu verbessern. Die Wachstumsmöglichkeiten dürften sich, so der 6. Senat, nicht auf Praxen in der Aufbauphase beschränken, sondern seien auch bereits etablierten Praxen mit unterdurchschnittlichem Umsatz zuzubilligen. Während Praxen in der Aufbauphase ein sofortiges Wachstum auf den Fachgruppendurchschnitt möglich sein müsse, sei es, bezogen auf andere unterdurchschnittlich abrechnende Praxen, ausreichend, wenn der Fach-

1) BSG; Urt. v. 21. 10. 1998 – B 6 KA 71/97 R.

2) BSG, Urt. v. 21. 10. 1998 – B 6 KA 71/97 R –, Rdnr. 23, juris.

3) BSG, Urt. v. 21. 10. 1998 – B 6 KA 71/97 R –, Rdnr. 26, juris.

4) DÄBl. 2008, A-1988.

5) DÄBl. 2009, A-308.

6) DÄBl. 2009, A-574.

7) DÄBl. 2009, A-942.

8) BSG, Urt. v. 5. 6. 2013 – B 6 KA 47/12 R.

9) BSG, Urt. v. 2. 8. 2017 – B 6 KA 7/17 R –, zum auch hier streitgegenständlichen HVV im Bezirk der KÄV Schleswig-Holstein.

10) BSG, Urt. v. 21. 10. 1998 – B 6 KA 71/97 R.

Rechtsanwalt Dr. iur. Hendrik Zeiß,  
Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Versicherungsrecht,  
Ehlers & Feldmeier Rechtsanwälte Partnerschaftsgesellschaft mbB,  
Elisabethstr. 6, 44139 Dortmund, Deutschland

gruppendurchschnitt binnen fünf Jahren erreicht werde<sup>11</sup>. Gleichwohl verhalf dies dem Kläger des Verfahrens nicht zum Erfolg, da sich seine Praxis nicht in der Aufbauphase befand und der HVV ihm die Möglichkeit gab, innerhalb von fünf Jahren den Fachgruppendurchschnitt zu erreichen.

Erfolgreicher war dagegen die BAG in dem Fall, welcher der Entscheidung v. 24. 1. 2018<sup>12</sup> zugrunde lag. Hier ging es um die konkrete Berechnung der RLV. Die BAG befand sich im streitigen Quartal 2/2019 ebenso wie eine der beiden Gesellschafter in der Aufbauphase. Das BSG stieß sich an der Regelung im HVV der Gesamtvertragspartner in Schleswig-Holstein, der vorsah, dass Ärzte, die noch nicht länger als fünf Jahre zugelassen sind und deren RLV-relevante Fallzahl unterdurchschnittlich ist, die Leistungen bis zu einer Obergrenze vergütet und kein praxisbezogenes RLV zugewiesen erhalten sollten. Diese Regelung, so das BSG, verstoße unmittelbar gegen den Beschluss des EBewA aus seiner Sitzung v. 20. 4. 2009, der ausdrücklich vorsah, dass bei der Berechnung der RLV für Praxen in der Anfangsphase Anfangs- und Übergangsregelungen vorzusehen waren. Darüber hinaus stellte der 6. Senat einen Verstoß gegen den Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit stellte fest, wobei er nochmals betonte, dass für Praxen in der Aufbauphase eine Steigerung des Honorars auf den Durchschnittsumsatz sofort realisierbar sein muss<sup>13</sup>.

In dem der hiesigen Entscheidung zugrunde liegen Sachverhalt ging es nicht um die Berechnung des RLV, sondern um die Honorarstützungsregelung in der Konvergenzphase. Diese begrenzte den durch die neue Honorarsystematik verursachten Honorarverlust auf maximal 7,5%, schloss jedoch Wachstumspraxen von dieser Regelung ausdrücklich aus!

Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des 6. Senats, vor allem aus der Entscheidung v. 21. 10. 1998, und des Beschlusses des EBewA v. 20. 4. 2009<sup>14</sup> zu Teil F Ziff. 3.5 erscheint der ausdrückliche Ausschluss von Praxen in der Wachstumsphase im streitgegenständlichen HVV nicht nur unverständlich, ihm steht die Rechtswidrigkeit geradezu auf die Stirn geschrieben.

Die Versuche der KÄV, des SG<sup>15</sup> und vor allem des LSG<sup>16</sup>, die Ungleichbehandlung zu rechtfertigen, wirken konstruiert. So liege nach Auffassung des LSG kein Verstoß gegen den Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit vor, da Wachstumspraxen und etablierte Praxen nicht im Wesentlichen gleichartig seien. Die Honorierung von Wachstumspraxen sei auf schnelles Anwachsen und die der etablierten Praxen eher auf Konsolidierung gerichtet. Bei der Differenzierung handele es sich „um eine noch im Rahmen der Rechtmäßigkeit befindliche Normsetzung“. Die Schlechterstellung der Wachstumspraxen sei im Hinblick auf ihre Besserstellung bei den Wachstumsmöglichkeiten „als (noch) verhältnismäßig hinzunehmen“.

Gerade das letzte (vermeintliche) Argument überzeugte den 6. Senat des BSG nicht. Potentielle Wachstumsmöglichkeiten, seien kein adäquater Ausgleich für den generellen Ausschluss von der Begünstigung. Ein schützenswertes Vertrauen darauf, dass sich die rechtlichen Grundlagen für den Honoraranspruch nicht übergangslos verschlechtern, bestehe schon im ersten Jahr der Aufnahme der vertragsärztlichen Tätigkeit. Zu Recht betont das BSG erneut den zur Aufrechterhaltung der vertragsärztlichen Versorgung notwendigen Schutz von Wachstumspraxen. Gerade Praxen, die sich erst etablieren müssen und dabei nur langsam wachsen, könnten in besonderer Weise auf Ausgleichszahlungen angewiesen sein und müssten daher besonders gestützt werden.

Diesen Ausführungen ist in jeder Hinsicht zuzustimmen. So war es folgerichtig, dass das BSG die Unvereinbarkeit der Regelung mit höherrangigem Recht und somit deren Rechtswidrigkeit feststellte.

Ein kleiner Wermutstropfen bleibt jedoch: Einen Verstoß gegen die bundesrechtlichen Vorgaben des EBewA konnte der 6. Senat nicht feststellen, da dort den Vertragspartnern

überlassen war, ob sie ein Konvergenzverfahren etablieren oder nicht. Somit musste das BSG den Ball zurück in das Feld der Gesamtvertragspartner in Schleswig-Holstein spielen. Nicht jedoch, ohne zuvor die drei Wege aufzuzeigen, welche beschritten werden können, um die Rechtswidrigkeit zu beseitigen: 1. Einbeziehung der ausgeschlossenen Gruppe der Wachstumsärzte in die Konvergenzregelung zur Begrenzung der Honorarverluste auf maximal 7,5%; 2. vollständige Abschaffung der Regelung; oder 3. Abgrenzung der Begünstigten nach dem Art. 3 Abs. 1 GG entsprechenden Merkmalen.

Nicht nur im konkreten Fall, sondern generell sollte den Partnern der Gesamtverträge spätestens nach dieser Entscheidung des BSG klar sein, dass Honorarverteilungsregelungen, welche Wachstumspraxen und etablierte Praxen im Hinblick auf Ausgleichszahlungen für unverschuldete Honorareinbußen (z. B. aufgrund einer Umstellung der Honorarsystematik) unterschiedlich behandeln, nur unter sehr engen Voraussetzungen mit dem Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit vereinbar sind.

Der Grundsatz der Honorarverteilungsgerechtigkeit und der Schutz von Wachstumspraxen erlangen gerade jetzt überraschend Bedeutung. Das COVID-19 KHentG brachte jüngst Änderungen in § 87a Abs. 3 b) und § 87b Abs. 2 a) SGB V. Dort sind Ausgleichszahlungen für Honorarverluste infolge der COVID-19 Pandemie vorgesehen. Die Ausgleichzahlung gem. § 87a Abs. 3 b) für extrabudgetäre Leistungen ist von der jeweiligen KÄV festzulegen. § 87a Abs. 2 a) SGB V richtet sich ausdrücklich an die Partner der Gesamtverträge. Diese haben für den Fall eines die Fortführung der Praxis gefährdenden Fallzahlrückgang im HVM Regelungen vorzusehen, welche dazu geeignet sind, dem Arzt die Fortführung der vertragsärztlichen Tätigkeit zu ermöglichen. Regelungen in diesem Sinne, die Wachstumspraxen dabei im Verhältnis zu etablierten Praxen benachteiligen, werden es spätestens vor dem BSG sehr schwer haben.

11) BSG, Urt. v. 2. 8. 2017 – B 6 KA 7/17 R –, Rdnr. 43, juris.

12) BSG, Urt. v. 24. 1. 2018 – B 6 KA 2/17 R.

13) BSG, Urt. v. 24. 1. 2018 – B 6 KA 2/17 R –, Rdnr. 25, juris.

14) DÄBl. 2009, A-942.

15) SG Kiel, Urt. v. 11. 11. 2015 – S 16 KA 282/12.

16) Schleswig-Holsteinisches LSG, Urt. v. 23. 1. 2018 – L 4 KA 22/16.

### Keine Berücksichtigung von Konzeptbewerbungen eines MVZ ohne Benennung des anzustellenden Arztes

GG Art. 12 Abs. 1, 20 Abs. 2 S. 2; SGB V v. 21. 12. 1992 §§ 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 9, 95 Abs. 2, 95 Abs. 9, 101 Abs. 1 S. 1, 103 Abs. 3; SGB V v. 16. 7. 2015 § 103 Abs. 4 S. 10, SGB V v. 6. 5. 2019 § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9; Ärzte-ZV §§ 1 Abs. 3 Nr. 2, 16b Abs. 3 Ärzte-ZV, 18 Ärzte-ZV, 32b Abs. 2; ÄBedarfsplRL § 26; SGG § 75 Abs. 2

**1. Die für das Verfahren der Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes in einem gesperrten Planungsbereich anzuwendende Vorschrift des § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. ist in einem Verfahren zur Vergabe einer Zulassung bzw. Anstellungsgenehmigung nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs entsprechend anzuwenden.**