

gruppenschnitt 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 Fachgruppenschnitt 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 der 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.

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5718-5>

### 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.**

Eingesandt und bearbeitet von Rechtsanwältin Annika Baasch, Rechtsanwältinnen M&P Dr. Matzen & Partner mbB, Neuer Wall 55, 20354 Hamburg, Deutschland

**2. Die Bewerbung eines Medizinischen Versorgungszentrums (MVZ) um einen Vertragsarztsitz, die ohne Benennung des anzustellenden Arztes lediglich eine Beschreibung der beabsichtigten Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots des MVZ enthält (sog. Konzeptbewerbung), kann derzeit noch nicht berücksichtigt werden. (Leitsätze der Bearbeiterin)**

BSG, Urt. v. 15. 5. 2019, Az. B 6 KA 5/18 R (Bay. LSG)

**Problemstellung:** Im Jahr 2015 erließ der Gesetzgeber im Rahmen des Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-VSG) eine Vorschrift zu Konzeptbewerbungen von MVZ. Mit dieser Regelung wollte der Gesetzgeber den MVZ ermöglichen, sich um einen Vertragsarztsitz zu bewerben, ohne einen bestimmten Arzt benennen zu müssen, der auf dem Vertragsarztsitz tätig werden soll.

Bisher konnten sich MVZ nur dann auf eine ausgeschriebene Zulassung bewerben, wenn sie bereits im Nachbesetzungsverfahren einen konkreten Arzt benennen konnten. In der Regel verlangten die Zulassungsausschüsse die Vorlage eines unterzeichneten Anstellungsvertrages. Die Realität hat jedoch gezeigt, dass es den MVZ häufig erst dann möglich war, einen geeigneten Arzt zu akquirieren, wenn sie auch tatsächlich eine vertragsärztliche Zulassung hatten, auf der der Arzt beschäftigt werden konnte. Deshalb soll der Zulassungsausschuss ausweislich der Gesetzesbegründung zum GKV-VSG bei der Nachbesetzung von vertragsärztlichen Zulassungen, auf die sich ein MVZ bewirbt, auch berücksichtigen können, inwieweit durch die Erteilung der Zulassung das besondere Versorgungsspektrum des MVZ zu Gunsten der Versorgung der Patienten verbessert wird. Dies könne insbesondere dann der Fall sein, wenn mit der neuen Zulassung ein besonderes Versorgungskonzept des MVZ ermöglicht oder ergänzt wird. In der durch das GKV-VSG eingeführten Vorschrift des § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. war geregelt, dass bei Bewerbungen durch ein MVZ im Rahmen der Auswahlentscheidung „anstelle“ der üblichen Kriterien auch die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots des MVZ berücksichtigt werden „kann“.

Diese Regelung hat der Gesetzgeber durch Einführung des Terminservice- und Versorgungsgesetzes („TSVG“) gestrichen und stattdessen in dem Kriterienkatalog des § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V, der bei der Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses Berücksichtigung findet, als weiteres Auswahlkriterium in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V die Berücksichtigung der „Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots“ aufgenommen. Dieses Kriterium gilt wie bisher für MVZ sowie entsprechend auch für Vertragsärzte oder Berufsausübungsgemeinschaften, die über ein besonderes Versorgungsangebot verfügen. Laut Gesetzesbegründung solle mit der Ergänzung der Konzeptbewerbung in den Kriterienkatalog eine Stärkung von MVZ in Nachbesetzungsverfahren erreicht werden.

Es ist festzustellen, dass sich aus dem Zusammenhang und der Begründung der ursprünglichen Vorschrift des § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V a. F. das gesetzgeberische Ziel einer arztlosen Konzeptbewerbung durch ein MVZ ergibt. Die nun im Rahmen des TSVG geänderte Formulierung spiegelt dieses gesetzgeberische Ziel nicht mehr so klar wieder, weil danach ein Konzept nicht mehr anstelle, sondern zusätzlich zu den anderen Auswahlkriterien „berücksichtigt“ werden soll. Eine Rangfolge der einzelnen Auswahlkriterien ist nicht vorgesehen, sodass den Zulassungsausschüssen ein Ermessensspielraum zukommt.

**Annika Baasch**

**Zum Sachverhalt:** Streitig ist, ob die Zulassungsgremien bei der Entscheidung über die Vergabe eines nach partieller Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen besetzbaren Vertragsarztsitzes auch die Bewerbung eines Medizinischen Versorgungszentrums (MVZ) berücksichtigen müssen, die ohne Benennung des zur Anstellung vorgesehenen Arztes lediglich eine Beschreibung der beabsichtigten Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots des MVZ enthält (sog. Konzeptbewerbung).

Der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen in Bay. (im Folgenden: Landesausschuss) stellte mit Beschl. v. 28. 8. 2015 fest, dass im Landkreis Ne. für die Arztgruppe der Orthopäden keine Überversorgung mehr bestehe; die für diese Gruppe angeordneten Zulassungsbeschränkungen wurden deshalb mit der Maßgabe aufgehoben, dass neue Zulassungen im Umfang eines halben Vertragsarztsitzes erteilt werden können (Ziffern I und II 2 des Beschlusses „Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen“ v. 28. 8. 2015, BayStAnz Nr. 39, S. 1). Nach Ziffer IV des Beschlusses mussten Bewerber ihre Anträge und sämtliche gemäß § 18 Abs. 1 und 2 Ärzte-ZV erforderlichen Unterlagen spätestens bis zum 20. 11. 2015 beim ZA einreichen. Nach Fristablauf eingehende Anträge konnten danach nur berücksichtigt werden, sofern über die fristgerecht und vollständig gestellten Zulassungsanträge hinaus noch freie Sitze zur Verfügung stehen. Gemäß Ziffer V des Beschlusses galten diese Festlegungen für die Genehmigung der Anstellung eines Arztes bei einem Vertragsarzt oder in einem MVZ entsprechend.

Der Kl., ein zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassener Facharzt für Allgemeinmedizin, ist Inhaber und ärztlicher Leiter eines MVZ mit zahlreichen Standorten im Großraum N. In der Betriebsstätte des MVZ in Ne. sind bislang Ärzte der Fachrichtungen Allgemeinmedizin, Innere Medizin, Gynäkologie und Nervenheilkunde tätig. Der Geschäftsführer des MVZ reichte mit Telefax v. 20. 11. 2015 beim ZA Mittelfranken eine „Konzeptbewerbung um eine halbe Kassenzulassung im Planungsbereich Ne.“ ein. Die in diesem MVZ vorhandenen Fachgruppen könnten durch einen Orthopäden sinnvoll ergänzt werden. Das betreffe insbesondere Rückenschmerzpatienten, die nach allgemeinmedizinischer Behandlung dann lückenlos weiterversorgt werden könnten. Zudem würde bei einer Kombination der Behandlungsangebote des bereits vorhandenen Rheumatologen mit denen eines Orthopäden ein besonderes Versorgungsangebot zur Verfügung stehen. Auch orthopädische Beschwerden mit neurologischen Ausfallerscheinungen könnten unter Vermeidung von Krankenhauseinweisungen optimal versorgt werden, wenn sie im Zusammenwirken der bereits vorhandenen Nervenärztin und eines Orthopäden zeitnah diagnostiziert werden könnten. Da für Konzeptbewerbungen noch keine verbindlichen Vorgaben bestünden, betrachte man diese Angaben als vollständigen Antrag auf die hälftige Kassenzulassung für Orthopädie und sehe von der Benennung einer bestimmten Person ab, doch stehe für die Tätigkeit eine Anwärterin bereit. Ergänzend teilte das MVZ am 21. 1. 2016 mit, dass die Beigel. zu 8., die ihre Weiterbildungszeit bereits absolviert habe und derzeit auf den Termin für die Facharztprüfung warte, für die halbe Orthopädenstelle in Ne. vorgesehen sei. In der Sitzung des ZA begründete der Kl. seinen Antrag weiterhin damit, dass in dem für Ne. maßgeblichen Planungsbereich in Deutschland die höchste Quote an orthopädischen Operationen zu verzeichnen sei, weshalb hier ein besonderer Bedarf für konservative Orthopädie bestehe. Der zu besetzende halbe Vertragsarztsitz lasse sich mit einer konservativen orthopädischen Tätigkeit gut vereinbaren. Zudem beabsichtige die Beigel. zu 8., sich neben der geplanten Anstellung zur Reha-Medizinerin weiterzubilden und auch in einer Filiale des MVZ in einer anderen Gemeinde des Planungsbereichs tätig zu werden, die bislang kein orthopädisches Versorgungsangebot aufweise.

Der ZA lehnte den Antrag ab, weil er nicht vollständig sei und deshalb gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 2 S. 2 BedarfsplRL nicht berücksichtigt werden dürfe (Beschl. v. 3. 2. 2016). Mit weiterem Beschl. v. 3. 2. 2016 erteilte der ZA dem in Ne. niedergelassenen Orthopäden Dr. K. die Genehmigung zur Anstellung der Orthopädin H. mit einem Tätigkeitsumfang von 15 Wochenstunden.

Der Kl. erhob durch den Geschäftsführer des MVZ gegen den ihn betreffenden Beschl. des ZA Widerspruch. Der beklagte Berufungsausschuss (BA) beteiligte die vom Kl. zur Anstellung vorgesehene Ärztin (Beigel. zu 8.), die seit dem 4. 8. 2016 in das Arztregister eingetragen ist, am weiteren Verwaltungsverfahren; eine Einbeziehung von Dr. K. bzw. der Orthopädin H. erfolgte nicht. Der Bekl. verwarf den Widerspruch als unzulässig und wies ihn im Übrigen auch als unbegründet zurück (Beschl. v. 23. 6. 2016, ausgefertigt am 21. 7. 2016). Der Kl. habe als Träger des MVZ weder selbst Widerspruch erhoben noch eine Vertretungsbefugnis seines Geschäftsfüh-

ners nachgewiesen. Auch liege kein Zulassungsantrag des Trägers des MVZ vor; der Antrag v. 20.11.2015 stamme von jemandem, der sich als Vertretung des MVZ geriert habe, ohne eine Vollmacht vorzulegen. Zudem seien innerhalb der Antragsfrist die in § 18 Ärzte-ZV genannten Unterlagen nicht eingereicht worden. Die Vorschrift in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V sei hier nicht entsprechend anwendbar und außerdem als solche mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

Das SG hat die gegen den Beschl. des Bekl. v. 23.6.2016 erhobene Klage abgewiesen (Urt. v. 25.1.2017). Nachfolgend hat der Kl. im März 2017 zudem Drittwiderspruch gegen den ihm erst damals bekannt gewordenen Beschl. des ZA v. 3.2.2016 über die Erteilung einer Anstellungsgenehmigung an den Orthopäden Dr. K. erhoben. Gegen den ebenfalls zurückweisenden Widerspruchsbescheid des Bekl. v. 3.11.2017 ist vor dem SG Nürnberg ein Klageverfahren (S. 5 KA 17/17) anhängig, dessen Ruhen im Februar 2018 angeordnet worden ist.

Der Kl. hat in dem gegen die Abweisung seiner Klage geführten Berufungsverfahren auf sein weiteres Verfahren gegen die Auswahl des Konkurrenten Dr. K. hingewiesen und dessen Beiladung sowie die Verbindung beider Verfahren zur Gewährleistung einer einheitlichen Entscheidung angeregt. Das LSG ist dem nicht gefolgt und hat die Berufung zurückgewiesen (Urt. v. 17.1.2018). Zwar sei der Widerspruch zulässig gewesen, da der Kl. sowohl im Antrags- als auch im Widerspruchsverfahren wirksam durch den Geschäftsführer seines MVZ vertreten gewesen sei. Jedoch sei die Entscheidung des Bekl. in der Sache nicht zu beanstanden. Das MVZ des Kl. habe einen ordnungsgemäßen „Antrag auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung“ nicht fristgerecht gestellt. Der nicht vollständige Zulassungsantrag habe beim Auswahlverfahren unberücksichtigt bleiben müssen; Ermessen stehe den Zulassungsgremien insoweit nicht zu.

Etwas anderes ergebe sich nicht aus der Regelung in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V, da diese in Zulassungsverfahren nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen nicht entsprechend anwendbar sei. Die Voraussetzungen einer Analogie – insbesondere eine planwidrige Regelungslücke – lägen nicht vor. Die Gesetzesmaterialien enthielten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass den MVZ in allen Zulassungsverfahren eine „Konzeptbewerbung“ habe ermöglicht werden sollen. Im Hinblick auf die erheblichen Unterschiede zwischen Nachbesetzungsverfahren und Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung könne auch nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber es planwidrig übersehen habe, dem G-BA die Schaffung einer entsprechenden Regelung auch für die übrigen Zulassungsverfahren aufzugeben.

Der Kl. rügt mit seiner Revision eine Verletzung von § 26 Abs. 4 Nr. 3 BedarfspRL i. V. m. § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V sowie von Art. 12 Abs. 1 GG. Während die Zulassungsgremien in Nachbesetzungsverfahren Konzeptbewerbungen regelmäßig akzeptierten, sei dies in Fällen nach Entsperrung des Planungsbereichs umstritten und bedürfe wegen der zunehmenden Zahl sowohl der MVZ als auch der partiellen Entsperrungen einer Klärung. Das in § 26 Abs. 4 Nr. 3 letzter Spiegelstrich BedarfspRL genannte Auswahlkriterium „Entscheidung nach Versorgungsgesichtspunkten“ sei weit auszulegen und dürfe im Verhältnis zur Chancengleichheit der Bewerber nicht vernachlässigt werden. Wenn der Gesetzgeber in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V eine Regelung zur Berücksichtigung besonderer Versorgungsangebote von MVZ geschaffen habe, sei nicht erkennbar, weshalb dieser Gesichtspunkt nicht auch im Rahmen des § 26 Abs. 4 Nr. 3 BedarfspRL anzuerkennen sei. Eine sachwidrige Bevorzugung der MVZ werde mit der Verpflichtung zur Berücksichtigung von Konzeptbewerbungen nicht begründet. Diesem Auswahlkriterium komme kein absolutes Gewicht zu; es sei lediglich im Rahmen einer Ermessensentscheidung zu berücksichtigen. Zudem sei eine Bevorzugung von sinnvollen Ergänzungen des Versorgungsangebots sachgerecht. Der Name, das Alter, die ärztliche Laufbahn usw. des anzustellenden Arztes seien ausschließlich im Hinblick auf die Chancengleichheit der Bewerber von Belang und hätten für die Beurteilung von Versorgungsgesichtspunkten keine Bedeutung. Das gelte umso mehr, als das MVZ die Möglichkeit habe, einen benannten angestellten Arzt jederzeit auszutauschen, ohne dass die Zulassungsgremien dem widersprechen könnten.

Eine deshalb auch im Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung statthafte Konzeptbewerbung sei als fristgerecht anzusehen, wenn innerhalb der vom Landesausschuss bestimmten Frist eine Beschreibung der vorgesehenen Ergänzung des Versorgungsangebots des MVZ vorgelegt werde. Für den Fall der Auswahl des MVZ obliege es sodann dem ZA, eine Frist zur Aufnahme der Tätigkeit durch Anstellung eines entsprechenden Arztes zu setzen. Nicht sachgerecht sei es, im Rahmen der Berücksichtigung versorgungsbezoge-

ner Kriterien die Bestimmungen über eine fristgerechte Einreichung personenbezogener Unterlagen zur Anwendung zu bringen. Es sei lebensfremd und einem MVZ nicht zumutbar, einen Arzt wegen der bloßen Chance auf Auswahl durch den ZA einzustellen, nur um dessen personenbezogene Unterlagen gemäß § 18 Ärzte-ZV einreichen zu können, obgleich diese für die Auswahlentscheidung zugunsten eines Versorgungsangebots nicht relevant seien. Die Fallgestaltung sei vergleichbar mit derjenigen, die der Entscheidung des Senats v. 5.5.2010 (B 6 KA 2/09 R –, SozR 4–2500 § 95 Nr. 16) zugrunde gelegen habe. In jener Entscheidung habe der Senat ausgeführt, dass in bestimmten Konstellationen § 95 Abs. 2 S. 1 SGB V verfassungskonform einschränkend dahingehend auszulegen sei, dass der Nachweis des Registereintrags auch noch nach Beantragung der Zulassung erfolgen könne (BSG, a. a. O., Rdnrn. 16, 18, 20). Die Bedenken des Bekl. hinsichtlich einer Ungleichbehandlung verschiedener Bewerber hätten sich mittlerweile erledigt. Gemäß § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 Halbs. 2 SGB V i. d. F. des Terminservice- und Versorgungsgesetzes (TSVG – v. 6.5.2019, BGBl. I 646, in Kraft ab 11.5.2019) sei nunmehr die für MVZ vorgesehene Berücksichtigung der Ergänzung eines besonderen Versorgungsangebots auch bei Vertragsärzten und BAGEn entsprechend anzuwenden.

[...]

Der Bekl. hält die Entscheidung des LSG, dass § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V auf Zulassungsentscheidungen nach partieller Entsperrung nicht entsprechend anwendbar sei, für zutreffend. Ungeachtet dessen erstrebt er eine Vorlage des Senats nach Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG, um eine Entscheidung über die Wirksamkeit des § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V in seinem originären Anwendungsbereich zu erlangen, da er von der Verfassungswidrigkeit dieser Vorschrift überzeugt ist.

[...]

Die KÄV erachtet eine weite Auslegung der in § 26 Abs. 4 Nr. 3 letzter Spiegelstrich BedarfspRL genannten Versorgungsgesichtspunkte für nicht statthaft. Die in dieser Vorschrift aufgeführten Auswahlkriterien könnten potenziell in Bezug auf jeden interessierten Bewerber – auch von angestellten Ärzten in einem MVZ – angewandt werden. Die Berücksichtigung eines Kriteriums, das ausschließlich zugunsten eines MVZ wirke, sei dagegen mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung und den Prinzipien der Chancengleichheit sowie eines fairen Auswahlverfahrens nicht vereinbar. Im Schutzbereich des Art. 12 GG müsse verhindert werden, dass durch eine Anstellungsgenehmigung ohne vorhandenen Arzt in einem für Neuzulassungen gesperrten Bereich Arztstellen auf Vorrat gehalten würden und damit die Bedarfsplanung unterlaufen werde. Im Übrigen müsse auch bei Auswahlentscheidungen im Nachbesetzungsverfahren ein MVZ den Arzt, mit dem es den Praxisstift weiterführen wolle, stets namentlich benennen. Die Revision könne daher selbst bei analoger Anwendung von § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V keinen Erfolg haben.

[...]

**Aus den Gründen:** Die Revision des Kl. ist nicht begründet. Das LSG hat die Entscheidung des Bekl., den Antrag des Kl. im Auswahlverfahren zur Besetzung einer halben Orthopädenstelle nicht zu berücksichtigen, im Ergebnis zutreffend für rechtmäßig erachtet (§ 170 Abs. 1 S. 2 SGG). Die Einbeziehung einer bloßen Konzeptbewerbung des Trägers eines MVZ ohne Benennung und Vorlage der Unterlagen des Arztes, mit dem das MVZ den begehrten Vertragsarztsitz versorgungswirksam ausfüllen will, in das Auswahlverfahren nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs bedarf näherer Regelungen, die bislang fehlen. Den hilfsweise vom Kl. verfolgten Antrag auf Erteilung einer Genehmigung zur Anstellung der Beigel. zu 8. hat der Bekl. ebenfalls zu Recht abgelehnt.

A) Gegenstand des Revisionsverfahrens sind die vorinstanzlichen Urt. des LSG und des SG sowie der Beschl. des Bekl. v. 23.6.2016, der den Widerspruch des Kl. gegen die Entscheidung des ZA auch als unbegründet zurückwies und sich so den Entscheidungsausspruch des ZA zu eigen machte (zum Bescheid des BA als alleiniger Gegenstand des gerichtlichen Verfahrens z. B. BSG, Urt. v. 16.5.2018 – B 6 KA 1/17 R –, SozR 4–2500 § 95 Nr. 34 Rdnr. 20 m. w. N.). In der Sache ist primär der Antrag des Kl. auf Berücksichtigung seiner Konzeptbewerbung, die er bis zum Ablauf der vom Landesausschuss benannten Frist ohne Nennung ei-

nes Arztes eingereicht hatte, bei der Auswahlentscheidung über die Vergabe eines halben Orthopädensitzes Streitbefangen. Zudem ist über das vom Kl. erstmals nach Fristablauf hilfsweise formulierte Begehren auf Erteilung einer Anstellungsgenehmigung für die Beigel. zu 8. zu befinden. Einer gerichtlichen Überprüfung der Entscheidung über die Konzeptbewerbung steht dabei nicht entgegen, dass der ZA nach dem Tenor seines Beschlusses lediglich den Antrag „auf Genehmigung zur Anstellung von Frau C. G. als angestellte Ärztin“ abgelehnt hat. Der ZA und nachfolgend der Bekl. haben ausweislich der Begründungen ihrer Beschl. in der Sache auch über die Konzeptbewerbung ohne Arztnennung (ablehnend) entschieden.

Der revisionsgerichtlichen Überprüfung unterfällt hingegen nicht die Entscheidung des ZA und des Bekl., die streitbefangene halbe Orthopädenstelle durch Erteilung einer Anstellungsgenehmigung an den Orthopäden Dr. K. zu besetzen. Der Kl. hat auch diese Entscheidung angefochten; insoweit ist noch ein Klageverfahren vor dem SG Nürnberg anhängig. Dessen Zusammenführung mit dem vorliegenden Verfahren steht entgegen, dass nach § 113 Abs. 1 SGG nur mehrere bei demselben Gericht anhängige Rechtsstreitigkeiten zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden werden können. Allerdings ist es grundsätzlich geboten, alle Entscheidungen hinsichtlich einer nur einmal zu vergebenden Position – die positive Vergabeentscheidung wie auch die ablehnenden Entscheidungen in Bezug auf die Anträge konkurrierender Mitbewerber – in einem einheitlichen Bescheid zu treffen (Kremer/Wittmann, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 3. Aufl., 2018, Rdnr. 455; zur Ablehnung der Anträge konkurrierender Mitbewerber als bloße Folgeregelungen zur Zulassung des ausgewählten Bewerbers s. auch BSG, Urt. v. 15. 7. 2015 – B 6 KA 31/14 R –, SozR 4–1500 § 131 Nr. 9 Rdnrn. 12, 15). Haben aber – wie hier – die Zulassungsgremien davon abweichend gesonderte Bescheide über die Bewilligung und die Ablehnungen erlassen und kann nachfolgend eine daraus entstandene Vielzahl von Gerichtsverfahren in Bezug auf dieselbe zu vergebende Position in den Tatsacheninstanzen nicht mehr zusammengeführt werden, muss es bei dem spezifischen Gegenstand des jeweiligen Verfahrens verbleiben. In einer solchen Verfahrenskonstellation muss allerdings dem Umstand, dass die Zuerkennung der Berechtigung und die Ablehnung der Bewerbungen von Konkurrenten das Ergebnis eines einheitlichen Auswahlprozesses darstellen und diese Einzelentscheidungen in Bezug auf ein und dieselbe Stelle in einem untrennbaren rechtlichen Zusammenhang stehen (BSG, Urt. v. 15. 7. 2015 – B 6 KA 32/14 R –, BSGE 119, 190 = SozR 4–2500 § 101 Nr. 17, Rdnrn. 26f.), mit dem Instrument der notwendigen Beiladung derjenigen Mitbewerber Rechnung getragen werden, denen gegenüber die Entscheidung nur einheitlich ergehen kann (§ 75 Abs. 2 Alt. 1 SGG).

B) Das von Amts wegen zu berücksichtigende verfahrensrechtliche Hindernis einer unterlassenen notwendigen Beiladung (vgl. BSG, Urt. v. 11. 10. 2017 – B 6 KA 38/16 R –, SozR 4–2500 § 95 Nr. 31 Rdnr. 13) des von den Zulassungsgremien ausgewählten Bewerbers Dr. K. steht einer Sachentscheidung des Senats hier nicht entgegen.

Wie ausgeführt, ist zu einem gerichtlichen Verfahren, in dem ein abgelehnter Mitbewerber die Vergabe einer nur einmal zur Verfügung stehenden Rechtsposition an einen Dritten anfecht und deren Zuteilung an sich selbst begehrt, der Dritte (erfolgreicher Mitbewerber) notwendig beizuladen, das gilt auch dann, wenn die Ablehnung darauf beruht, dass der Antrag des klagenden Bewerbers bereits als formell unzureichend erachtet und deshalb in die materielle Auswahlentscheidung nicht einbezogen worden ist. Es liegt auf der Hand, dass jedenfalls eine gerichtliche Entscheidung, die das anders beurteilt und einer solchen Klage im Sinne einer Verpflichtung zur erneuten Bescheidung statt-

gibt, auch dem Dritten gegenüber nur einheitlich ergehen kann und unmittelbar in dessen Rechtssphäre eingreift. Dementsprechend hätte hier der Vertragsarzt Dr. K., zu dessen Gunsten der ZA die halbe zu vergebende Orthopädenstelle durch Erteilung einer Anstellungsgenehmigung besetzt, zu der offensiven Konkurrentenklage des Kl. notwendig beigeladen werden müssen. [...]

Indes zieht eine unterbliebene notwendige Beiladung ausnahmsweise keine Aufhebung des angefochtenen Urteils und keine Zurückverweisung nach sich, wenn sich im Revisionsverfahren ergibt, dass die zu treffende Entscheidung den an sich Beizuladenden weder verfahrensrechtlich noch in der Sache benachteiligen kann (st. Rspr., z. B. BSG, Urt. v. 31. 10. 2012 – B 13 R 11/11 R –, SozR 4–1300 § 106 Nr. 1 Rdnr. 41; BSG Urt. v. 6. 9. 2018 – B 2 U 18/17 R –, SozR 4–2700 § 2 Nr. 47, Rdnr. 23 – jeweils m. w. N.). Das ist hier der Fall. Da – wie sogleich näher ausgeführt wird – aus Rechtsgründen bei der Auswahlentscheidung weder die Konzeptbewerbung des Kl. noch sein Antrag auf Genehmigung der Anstellung der Beigel. zu 8. berücksichtigt werden durften, kann sich die vom Senat in diesem Sinne zu treffende Entscheidung nicht nachteilig auf die Position des Dr. K. auswirken.

C) Die Entscheidung des Bekl. in dem hier angefochtenen Beschl. v. 23. 6. 2016, die Konzeptbewerbung des Kl. abzulehnen und nicht in die von ihm getroffene Auswahlentscheidung einzubeziehen, ist zwar nicht mit der vom LSG angeführten Begründung, aber jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden.

1. Ist – wie hier – in einem bislang übertensorgten Planungsbereich die Übertensorgung später entfallen und sind deshalb zuvor angeordnete Zulassungsbeschränkungen gemäß § 103 Abs. 3 SGB V partiell aufgehoben worden, sind für Entscheidungen der Zulassungsgremien über Anträge auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung § 95 Abs. 2 S. 1 bis 6 und S. 9 SGB V, für Entscheidungen über Anträge auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ § 95 Abs. 2 S. 7 bis 9 SGB V und für Entscheidungen über die Anstellung eines Arztes bei einem Vertragsarzt § 95 Abs. 9 SGB V als gesetzliche Rechtsgrundlagen maßgeblich (dazu unter a). Ergänzend zu beachten sind die Vorgaben in § 26 BedarfspflRL (dazu unter b) sowie die Regelungen der Ärzte-ZV, die zahlreiche persönliche Angaben zu dem Arzt erfordern, der zugelassen oder angestellt werden soll (dazu unter c). Nichts anderes ergibt sich nach derzeitiger Rechtslage aus den Vorschriften zur Konzeptbewerbung in § 103 Abs. 4 SGB V, auch wenn diese bei Zulassungsentscheidungen nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs entsprechend heranzuziehen sind (dazu unter d).

a) § 95 Abs. 2 SGB V und § 103 Abs. 4 SGB V sind im Verlauf des vorliegenden Verfahrens modifiziert worden. Die Änderungen dieser Vorschriften durch Art. 1 Nr. 52 bzw. Nr. 55 TSVG (im Folgenden: n.F.) sind gemäß Art. 17 Abs. 1 TSVG am 11. 5. 2019 und somit noch vor Abschluss des Revisionsverfahrens in Kraft getreten. Die Ergänzungen des § 95 Abs. 2 SGB V sind hier ohne Relevanz, während die Änderung des § 103 Abs. 4 SGB V gerade die Konzeptbewerbung zum Gegenstand hat. Dennoch bedarf es keiner Festlegung, ob der Entscheidung des Senats § 103 Abs. 4 SGB V bereits in der Fassung des TSVG zugrunde zu legen oder ob noch die Fassung anzuwenden ist, die diese Vorschrift durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG – v. 16. 7. 2015, BGBl. I 1211) mit Wirkung ab 23. 7. 2015 erhalten hat (im Folgenden: a. F.). Beide Varianten führen hier zu demselben Ergebnis, dass die Revision zurückzuweisen ist.

aa) § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. lautete:

„Hat sich ein medizinisches Versorgungszentrum auf die Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes beworben, kann auch anstelle der in S. 5 genannten Kriterien die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots des medizinischen Versorgungszentrums berücksichtigt werden.“

Die Vorschrift wurde durch das TSVG mit Wirkung ab 11.5.2019 durch folgende Regelung in § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V n.F. ersetzt (Abs. 4 S. 10 ergänzt seitdem das Auswahlkriterium in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 7 SGB V n.F.):

„Bei der Auswahl der Bewerber sind folgende Kriterien zu berücksichtigen: <1. – 8. – wie bisher -> 9. bei medizinischen Versorgungszentren die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots; dies gilt entsprechend für Vertragsärzte und Berufsausübungsgemeinschaften mit einem besonderen Versorgungsangebot.“

bb) Die Maßstäbe zur Beantwortung der Frage, welche Normfassung bei zwischenzeitlich geänderten Vorschriften in Zulassungssachen der gerichtlichen Entscheidung zugrunde zu legen ist, hat der Senat zuletzt im Urt. v. 29.11.2017 (B 6 KA 31/16 R – SozR 4–2500 § 95 Nr. 33, Rdnrn. 20ff.) zusammengefasst. Danach ist für die Beurteilung eines Zulassungsbegehrens im Ausgangspunkt auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Antragstellung abzustellen (BSG, a. a. O., Rdnr. 20). Spätere Änderungen des anzuwendenden Rechts sind bis zur abschließenden Entscheidung in der Revisionsinstanz nur zu berücksichtigen, wenn sie sich zugunsten des Ast. auswirken. Das entspricht dem Grundsatz, dass bei einer durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützten Berufszulassung auf die jeweils für den Ast. günstigste Rechtslage abzustellen ist (BSG, a. a. O., Rdnr. 30). Dieser für bipolare Konstellationen entwickelte Grundsatz kann jedoch Modifikationen für den Fall einer Entscheidung über mehrere sich wechselseitig beeinflussende Grundrechtsverhältnisse erfordern (sog. multipolare Konfliktlagen, s. hierzu BVerfG, Beschl. v. 26.2.2008 – 1 BvR 1602/07 u. a. – BverfGE, 120, 180, 212), da die Rechtspositionen des begünstigten Dritten sowie ggf. weiterer vorhandener Bewerber mit bedacht werden müssen. Deshalb hat der Senat in Drittanfechtungskonstellationen angenommen, dass auf den Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen ist, falls sich die Rechtslage zu diesem Zeitpunkt für den begünstigten Dritten vorteilhafter darstellt (BSG, a. a. O., Rdnr. 28 m. w. N.). Rechtsänderungen, die nach diesem Zeitpunkt zugunsten eines abgelehnten Mitbewerbers in Kraft treten, sind somit nicht zu berücksichtigen (BSG, Urt. v. 11.12.2013 – B 6 KA 49/12 R –, BSGE 115, 57 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 13, Rdnr. 30; BSG, Urt. v. 29.11.2017 – B 6 KA 31/16 R –, BSGE 124, 266 = SozR 4–2500 § 95 Nr. 33, Rdnr. 28).

cc) Auch die hier zu prüfende Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern ist dadurch geprägt, dass eine Drittanfechtung (der Zulassung des ausgewählten Bewerbers) mit der Verfolgung eines eigenen Zulassungsbegehrens (das gegebenenfalls auch gegenüber den Zulassungsbegehren weiterer – ebenfalls abgelehnter – Mitbewerber durchgesetzt werden soll) im Rahmen einer offensiven Konkurrentenklage untrennbar verknüpft ist. Ob eine solche multipolare Konstellation dazu führt, dass stets auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung abzustellen ist (so die Rspr. des BVerwG.: Beschl. v. 1.3.2018 – 1 WB 1.17 –, juris, Rdnr. 23; s. auch BVerwG, Beschl. v. 12.12.2017 – 2 VR 2.16 –, BVerwGE 161, 59 Rdnrn. 44ff.; BVerwG, Urt. v. 12.12.2013 – 3 C 30.12 –, BVerwGE 148, 307, Rdnr. 14), bedarf hier keiner abschließenden Festlegung. Unterschiede in der Vorgehensweise des BVerwG im Vergleich zur bisherigen Rechtsprechung des Senats, nach der eine für den ausgewählten Bewerber günstige Rechtsänderung bis zum Abschluss des Revisionsverfahrens stets zu berücksichtigen ist, sind lediglich in der Konstellation von praktischer Bedeutung, dass die letzte Verwaltungsentscheidung einen Bewerber nach der zu jenem Zeitpunkt maßgeblichen Rechtslage zu Unrecht ausgewählt hat und die spätere Rechtsänderung diesen Bewerber begünstigt. Eine solche Fallgestaltung liegt hier jedoch nicht vor.

Die Änderung der Regelung zur Konzeptbewerbung durch das TSVG ist einerseits günstig für die entsprechende Bewerbung des Trägers eines MVZ, weil sie die bisherige „Kann-Regelung“ zu einer Verpflichtung des ZA verdichtet, das Kriterium der Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots eines MVZ bei der Auswahl zu berücksichtigen (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum TSVG, BT-Drucks. 19/6337, S. 122 – zu Buchst. d, zu Doppelbuchst. bb). Andererseits verschlechtert die Neuregelung die Rechtsposition eines MVZ möglicherweise dadurch, dass das Kriterium der Ergänzung eines besonderen Versorgungsangebots nicht mehr „anstelle“ aller anderen in § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V a.F. genannten Kriterien berücksichtigt werden kann, sondern nur noch eines von neun im Einzelfall abzuwägenden Auswahlkriterien enthält. Für die im vorliegenden Rechtsstreit entscheidende Frage, ob Konzeptbewerbungen ohne Benennung des anzustellenden Arztes im Rahmen der Auswahlentscheidung überhaupt berücksichtigt werden können, hat sich aufgrund der Änderung des § 103 Abs. 4 SGB V durch das TSVG jedoch keine neue Rechtslage ergeben (dazu näher unter d) cc).

b) Die Regelungen in § 26 BedarfspIRL (hier i. d. F. des Beschlusses des G-BA v. 16.5.2013, BAnz AT 3.7.2013, B5; die Änderung der Vorschrift gemäß Beschl. v. 16.5.2019, BAnz AT 28.6.2019, B6, ist für das vorliegende Verfahren ohne Bedeutung) zum Zulassungsverfahren nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen sind auch anzuwenden, wenn in einer solchen Konstellation über einen Antrag auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ oder bei einem Vertragsarzt zu befinden ist. Dass der Wortlaut von § 26 Abs. 4 BedarfspIRL lediglich „Anträge auf (Neu-)Zulassung“ erfasst, steht dem nicht entgegen.

[..]

c) Vorschriften über die formalen Anforderungen für Anträge auf Zulassung oder auf Erteilung einer Anstellungsgenehmigung sind nicht in den vom G-BA zu beschließenden BedarfspIRL, sondern in der Ärzte-ZV normiert, die gemäß der Ermächtigung in § 98 Abs. 1 i.V. mit § 95 Abs. 2 S. 4 SGB V vom Bundesministerium für Gesundheit mit Zustimmung des Bundesrats als Rechtsverordnung zu erlassen ist. § 18 Ärzte-ZV beschreibt die Anforderungen an einen Antrag auf Zulassung, während die Anforderungen an einen Antrag auf Anstellungsgenehmigung in § 32b Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV geregelt sind; die zuletzt genannte Vorschrift gilt gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 2 Ärzte-ZV für die Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ entsprechend (vgl. BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 21/15 R –, BSGE 121, 143 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 20, Rdnr. 13; BSG, Urt. v. 11.10.2017 – B 6 KA 27/16 R –, BSGE 124, 205 = SozR 4–2500 § 95 Nr. 32, Rdnr. 54; Kremer/Wittmann, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 3. Aufl. 2018, Rdnr. 1545; Clemens, in: Schallen, Zulassungsverordnung für Vertragsärzte, Vertragszahnärzte, Medizinische Versorgungszentren, Psychotherapeuten, 9. Aufl. 2018, § 32b, Rdnr. 5; Wigge, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017, § 6 Rdnr. 274). § 32b Abs. 2 S. 2 Ärzte-ZV ordnet für Anträge auf Anstellungsgenehmigung wiederum die entsprechende Anwendung des § 4 Abs. 2 bis 4 sowie des § 18 Abs. 2 bis 4 Ärzte-ZV an.

Nach den genannten Vorschriften müssen einem Antrag auf Anstellungsgenehmigung bei einem Vertragsarzt oder in einem MVZ die zur Eintragung in das Arztregister erforderlichen Angaben (wie Geburtsurkunde, Approbationsurkunde und Nachweise über die ärztliche Tätigkeit nach bestandener ärztlicher Prüfung) bzw. gemäß den Vorgaben in § 95 Abs. 2 S. 8 i.V.m. S. 5 bzw. Abs. 9 S. 1 SGB V sogleich ein Auszug aus dem Arztregister für den anzustellenden Arzt beigefügt werden. Weiterhin sind ein Lebenslauf, ein polizeiliches Führungszeugnis, Bescheinigungen über bisherige Zulassungen oder Niederlassun-

gen, eine Erklärung über anderweitige Beschäftigungsverhältnisse sowie eine Erklärung zu etwaiger Drogen- oder Alkoholabhängigkeit vorzulegen (Ladurner, *Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV*, 2017, § 32b *Ärzte-ZV Rdnrn.* 35 f.; Kremer/Wittmann, *Vertragsärztliche Zulassungsverfahren*, 3. Aufl. 2018, Rdnr. 1546 i. V. m. Rdnr. 1484). Gemäß diesen Vorgaben der *Ärzte-ZV* muss ein Antrag auf Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ oder bei einem Vertragsarzt zahlreiche personenbezogene Angaben über den konkret anzustellenden Arzt enthalten. Die Erhebung dieser Daten ist erforderlich, damit der ZA beurteilen kann, ob Gründe vorliegen, die der Erteilung einer Anstellungsgenehmigung entgegenstehen (Nichteignung i. S. von § 20 *Ärzte-ZV* sowie persönliche Ungeeignetheit gemäß § 21 *Ärzte-ZV* – vgl. Clemens, in: Schallen, a. a. O., § 32b, Rdnrn. 57 ff.; zur Rechtmäßigkeit der Datenerhebung s. nunmehr Art. 5 Abs. 1 Buchst. b und c, Art. 6 Abs. 1 Buchst. e, Art. 9 Abs. 1, Gesundheitsdaten i. V. m. Abs. 2 Buchst. h EU-VO 2016/679 v. 27. 4. 2016, ABl, EU 2016 L 119, DSGVO).

d) An dem Erfordernis, dass ein von einem MVZ (oder von einem Vertragsarzt) zur Erlangung einer Anstellungsgenehmigung gestellter Antrag den anzustellenden Arzt namentlich benennen muss, weil dem Antrag zahlreiche personenbezogene Daten über den anzustellenden Arzt beizufügen sind, hat sich allein mit Einfügung der gesetzlichen Regelung zur Ermöglichung der Berücksichtigung der Konzeptbewerbung eines MVZ in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. (durch Art. 1 Nr. 44 Buchst. c Doppelbuchst. cc GKV-VSG) und ebenso mit der Neufassung der Vorschrift zu Konzeptbewerbungen in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V n. F. (durch Art. 1 Nr. 55 Buchst. c TSVG) nichts geändert.

aa) Zwar enthielt der Wortlaut von § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. unmittelbar keine Aussage zu den formalen Anforderungen, die der Antrag eines MVZ auf Erteilung einer Genehmigung für einen anzustellenden Arzt (§ 95 Abs. 2 S. 7 ff. SGB V) zu erfüllen hatte; er gab lediglich vor, dass die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots eines MVZ infolge der erstrebten Anstellungsgenehmigung als materielles Kriterium bei der zu treffenden Auswahlentscheidung anstelle der übrigen Kriterien berücksichtigt werden konnte. Aus der Begründung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung zum GKV-VSG ergibt sich aber, dass diese Regelung, die unverändert Gesetz wurde, den MVZ zugleich ermöglichen sollte, „sich mit ihrem besonderen Versorgungsauftrag auf einen ausgeschriebenen Vertragsarztsitz zu bewerben“, damit im Nachbesetzungsverfahren dann auch das besondere Versorgungsangebot eines MVZ geprüft werden kann (BT-Drucks. 18/4095, S. 109 – Zu Nr. 44 § 103, zu Buchst. c, zu Doppelbuchst. cc). Die neue Vorschrift sollte das Problem lösen, dass sich bisher MVZ auf eine ausgeschriebene Zulassung nur bewerben konnten, „wenn sie im Nachbesetzungsverfahren bereits eine Ärztin oder einen Arzt vorweisen können“, obwohl in der Realität das MVZ einen Arzt erst akquirieren könne, wenn es tatsächlich auch eine Anstellungsgenehmigung zur Verfügung habe (BT-Drucks. 18/4095, a. a. O.; ebenso Stellungnahme des Bundesverbands Medizinische Versorgungszentren-Gesundheitszentren-Integrierte Versorgung e. V. v. 18. 3. 2015, Ausschuss-Drucks. 18<14>0091<26> S. 4). Daraus ergibt sich hinreichend deutlich, dass mit dieser gesetzlichen Regelung zugunsten der MVZ auch eine Erleichterung in Bezug auf die formellen Anforderungen an einen Antrag auf Anstellungsgenehmigung beabsichtigt war (ebenso Dorra, *ZMGR* 2016, 89, 92; Fiedler, *DStR* 2016, 322, 327; Paßmann, *WzS* 2016, 207, 212; Pflugmacher, *KrV* 2017, 107, 108; Gerds, *FS 20 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein*, 2018, S. 3, 17; Ladurner, *Ärzte-ZV, Zahnärzte-ZV*, 2017, § 103 SGB V, Rdnr. 113; Wigge, in: Schnapp/Wigge, *Handbuch des Vertragsarztrechts*, 3. Aufl. 2017, § 6, Rdnr. 233).

bb) § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. traf nach seinem Wortlaut und der systematischen Stellung eine Regelung zur Konzeptbewerbung für das Verfahren der „Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes“ in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet waren, sofern der ZA einem Antrag auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens entsprochen hatte (§ 103 Abs. 4 S. 1 i. V. mit Abs. 3a, 4c SGB V). Die Vorschrift ist entgegen der Ansicht des Bekl. und der Vorinstanzen in einem Verfahren zur Vergabe einer Zulassung bzw. Anstellungsgenehmigung nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs (§ 103 Abs. 3 SGB V i. V. mit § 26 BedarfspflRL) jedoch entsprechend anzuwenden (ebenso Paßmann, *WzS* 2016, 207, 212; a. A. Kremer/Wittmann, *Vertragsärztliche Zulassungsverfahren*, 3. Aufl. 2017, Rdnr. 453 – lediglich unter Hinweis auf das hier angefochtene SG-Urt.). Die Voraussetzungen für eine Übertragung der gesetzlichen Regelung zur Konzeptbewerbung von MVZ in Nachbesetzungsverfahren auf Bewerbungen von MVZ in Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung liegen vor (zu den Voraussetzungen einer Analogie s. z. B. BVerfG Beschl. v. 3. 4. 1990 – 1 BvR 1186/89 –, BVerfGE 82, 6, 11 ff.; BVerfG Urt. v. 1. 3. 2006 – 2 BvR 1673/04 u. a. –, BVerfGE 116, 69, 83 f.; BVerfG, Beschl. v. 19. 3. 2014 – 2 BvE 7/12 –, BVerfGE 136, 1, Rdnr. 19; BSG, Urt. v. 5. 7. 2018 – B 8 SO 32/16 R –, BSGE 126, 174 = *SozR* 4–3500 § 98 Nr. 5, Rdnr. 20). Es besteht eine planwidrige Regelungslücke; zudem ist die Gleichartigkeit des nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalts mit dem von der gesetzlichen Regelung erfassten Sachverhalt in den für die Regelung maßgeblichen Gesichtspunkten gegeben. Die gegen eine analoge Anwendung vom LSG angeführten Gründe überzeugen den Senat nicht.

Der Umstand, dass in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 18/4095, S. 109 – Zu Nr. 44, § 103, zu Buchst. c, zu Doppelbuchst. cc) nur von „Nachbesetzungsverfahren“ die Rede ist, vermag nicht zu belegen, dass der Gesetzgeber für das Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung bewusst und planmäßig eine Regelungslücke belassen hat. Wenn in der Begründung zur Änderung einer spezifischen Vorschrift zum Nachbesetzungsverfahren andere Zulassungsverfahren nicht erwähnt sind, kann daraus nicht schlüssig hergeleitet werden, dass gerade deshalb das Unterlassen einer vergleichbaren Regelung für andere Zulassungsverfahren „planmäßig“ erfolgt sei. Das Fehlen jeglicher, insbesondere auch abgrenzender Hinweise in Bezug auf das – dem Nachbesetzungsverfahren ähnliche – Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung deutet vielmehr gerade darauf hin, dass diese Konstellation im Gesetzgebungsverfahren nicht bedacht worden ist und somit eine „unbewusste“ Lücke vorliegt. Das gilt umso mehr, als sowohl der in der Gesetzesbegründung beschriebene Anlass für die Neuregelung („In der Realität ist es häufig der Fall, dass MVZ erst dann eine Ärztin bzw. einen Arzt akquirieren, wenn sie tatsächlich auch eine Zulassung bzw. Anstellungsgenehmigung haben.“) als auch der damit verfolgte Zweck (um „zu Gunsten der Patientenversorgung“ dem Versorgungszweck „Versorgung unter einem Dach“ besser Rechnung zu tragen) nicht auf ein spezielles Zulassungsverfahren, sondern allgemein auf einen „ausgeschriebenen Vertragsarztsitz“ bzw. eine „ausgeschriebene Zulassung“ Bezug nehmen (vgl. BT-Drucks. 18/4095, a. a. O.).

Ebenso wenig eignen sich die vom LSG angeführten Unterschiede zwischen dem Nachbesetzungsverfahren und dem Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung als Beleg dafür, dass es der Konzeption und Struktur des Gesetzes entspreche, in anderen mit Ausschreibung und Auswahlentscheidung einhergehenden Zulassungsverfahren keine Konzeptbewerbung zu ermöglichen. Diese Unterschiede rechtfertigen nicht die Annahme, der Gesetzgeber hätte, wenn er bei Schaffung des § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. auch die Zulassungsverfahren nach partieller

Entsperrung im Blick gehabt hätte, für solche Verfahren von entsprechenden Erleichterungen für die Antragstellung von MVZ bewusst abgesehen. Zutreffend ist allerdings, dass der Gesetzgeber mit dem Nachbesetzungsverfahren für Vertragsarztsitze nach dem Ende einer Zulassung im zulassungsbeschränkten Planungsbereich aufgrund Tod, Verzicht oder Entziehung der Zulassung die finanziellen Interessen des bisherigen Vertragsarztes bzw. seiner Erben unter Inkaufnahme fortbestehender Überversorgung in bestimmtem Umfang wahren will (BSG, Urt. v. 23.3.2016 – B 6 KA 9/15 R –, BSGE 121, 76 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 18, Rdnr. 14; BSG Urt. v. 27.6.2018 – B 6 KA 46/17 R – BSGE 126, 96 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 25, Rdnr. 27, jew. m. w. N.) und dieser Gesichtspunkt für das Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung keine Bedeutung hat. Dieser Unterschied in der Zielrichtung beider Zulassungsverfahren beschränkt einerseits den Anwendungsbereich des Nachbesetzungsverfahrens und führt andererseits für den Fall von dessen Durchführung (vgl. § 103 Abs. 3a SGB V) zur Einbeziehung zusätzlicher Auswahlkriterien im Interesse des abgebenden Arztes (§ 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 5 und 6 SGB V – Berücksichtigung von Ehegatten, Lebenspartnern, Kindern, Praxispartnern und angestellten Ärzten des bisherigen Vertragsarztes). Wenn aber im Nachbesetzungsverfahren sogar trotz „Privilegierung“ bestimmter, dem bisherigen Vertragsarzt nahestehender Bewerber nach dem Willen des Gesetzgebers bloße Konzeptbewerbungen von MVZ ermöglicht und zu Gunsten einer verbesserten Patientenversorgung in das Auswahlverfahren einbezogen werden sollen (ggf. nachrangig: § 103 Abs. 4c S. 3 SGB V), spricht nichts dafür, dass der Gesetzgeber solche Konzeptbewerbungen in anderen Zulassungsverfahren, in denen eine Auswahl ohne besonders privilegierte Bewerber erfolgt, hat ausschließen wollen.

Schließlich steht einer analogen Anwendung der Regelung zur Konzeptbewerbung auf Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung auch nicht der Gesichtspunkt entgegen, dass eine Nachbesetzung die weitest mögliche Kontinuität des Praxisbetriebs in Bezug auf Ort und Leistungsspektrum voraussetze und nur im Hinblick auf diese prägenden Umstände bei einem MVZ, das sich um eine Anstellungsgenehmigung bewirbt, im Nachbesetzungsverfahren auf die Benennung eines bestimmten Arztes verzichtet werden könne, in anderen Zulassungsverfahren jedoch nicht. Insoweit geht das LSG von unzutreffenden Voraussetzungen aus, denn § 103 Abs. 4c S. 1 SGB V gestattet dem MVZ die Weiterführung einer im Wege der Nachfolgezulassung übernommenen Praxis durch einen angestellten Arzt nicht nur in den bisherigen Praxisräumen, sondern auch in den Räumlichkeiten des MVZ, wenn Gründe der vertragsärztlichen Versorgung nicht entgegenstehen (BT-Dr. 17/6906, S. 77 – zu Abs. 4d – bzw. BT-Dr. 17/8005, S. 114 – zu Abs. 4c; s. auch BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 21/15 R –, BSGE 121, 143 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 20, Rdnr. 23). Überdies kann nicht nachvollzogen werden, inwiefern im Nachbesetzungsverfahren die Struktur der zu übernehmenden Praxis zugleich die Berücksichtigung einer bloßen Konzeptbewerbung ohne Kenntnis der Person des künftig tätig werdenden Arztes ermöglichen soll bzw. aus welchem tragenden Sachgrund in einem Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung eine entsprechende Bewerbung von der Auswahlentscheidung ausgeschlossen sein soll.

Der Senat geht vielmehr davon aus, dass das in der Begründung zu § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a.F. für die Zulassung von Konzeptbewerbungen eines MVZ angeführte Ziel, eine verbesserte Patientenversorgung zu ermöglichen, nach dem mutmaßlichen Willen des Gesetzgebers auch im Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung zur Geltung kommen soll. Im Rahmen der in einem solchen Verfahren gegebenenfalls zu treffenden Auswahlentscheidung

unter mehreren Bewerbern sind gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 BedarfsplRL im Kern dieselben Kriterien zu berücksichtigen wie bei einer Auswahlentscheidung im Nachbesetzungsverfahren nach § 103 Abs. 4 SGB V (s. dazu BSG, Urt. v. 23.2.2005 – B 6 KA 81/03 R –, BSGE 94, 181 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 2, Rdnr. 24; BSG, Urt. v. 27.6.2018 – B 6 KA 33/17 R –, MedR 2019, 318, Rdnr. 24, zur Veröffentlichung in SozR 4–2500 § 103 Nr. 26 vorgesehen). Wenn zu diesen Kriterien seit Inkrafttreten des GKV-VSG am 23.7.2015 gemäß § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a.F. (und – insoweit unverändert – ab 11.5.2019 gemäß § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V n.F.) auch die Verbesserung der Patientenversorgung durch das Konzept eines MVZ zur „Versorgung unter einem Dach“ gehört und den MVZ zu diesem Zweck die Bewerbung mit einem Versorgungskonzept ohne Benennung eines Arztes ermöglicht werden sollte, spricht alles dafür, dass auch im Auswahlverfahren nach partieller Entsperrung eine solche Konzeptbewerbung möglich sein soll. Denn auch in diesem Auswahlverfahren ist gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 BedarfsplRL das Kriterium der „bestmöglichen Versorgung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes“ zu berücksichtigen. Die Konzeptbewerbung eines MVZ kann diesem Kriterium entsprechen, wenn das Versorgungskonzept vorsieht, den zu vergebenden Sitz in das MVZ einzubinden, um künftig eine optimierte fachgebietsübergreifende Versorgung der Versicherten „unter einem Dach“ anzubieten.

cc) Gleichwohl steht der Berücksichtigung einer Konzeptbewerbung, die den anzustellenden Arzt nicht benennt, im Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung wie auch im Nachbesetzungsverfahren derzeit noch entgegen, dass konkretisierende Regelungen, die im Falle einer Auswahlentscheidung zugunsten einer Konzeptbewerbung zwingend erforderlich sind, noch nicht existieren. Daran hat sich auch mit Inkrafttreten des TSVG am 11.5.2019 nichts geändert.

Bislang sind im SGB V und in der Ärzte-ZV nur die Zulassung eines Arztes bzw. eines MVZ und die Genehmigung der Anstellung eines konkreten Arztes (sowie die Ermächtigung, die im hier maßgeblichen Kontext ohne Bedeutung ist) als mögliche Formen einer Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung näher ausgestaltet. Dabei ist die Genehmigung der Anstellung eines Arztes in einem MVZ (§ 95 Abs. 2 S. 7 ff. SGB V) oder bei einem Vertragsarzt bzw. einer BAG (§ 95 Abs. 9 SGB V) davon abhängig, dass der anzustellende Arzt im Arztregister eingetragen ist; dessen Name muss deshalb bei Erteilung der (personenbezogenen) Anstellungsgenehmigung bekannt sein. Dasselbe folgt aus der Notwendigkeit, vor Erteilung einer Anstellungsgenehmigung zu prüfen, ob der anzustellende Arzt aufgrund anderweitiger Tätigkeiten (§ 20 Ärzte-ZV) oder aus gesundheitlichen oder sonstigen in der Person liegenden schwerwiegenden Gründen (§ 21 Ärzte-ZV) ungeeignet zur Ausübung der vertragsärztlichen Tätigkeit ist.

Zulassungsgremien, die ein MVZ (oder einen Vertragsarzt bzw. eine BAG) auf der Grundlage einer bloßen Konzeptbewerbung als besten Bewerber auswählen wollten, könnten einem solchen Bewerber nach geltender Rechtslage aber weder eine Zulassung als Vertragsarzt noch eine Anstellungsgenehmigung für einen bestimmten Arzt erteilen. Sie müssten vielmehr einen Status eigener Art des Inhalts vergeben, dass dem MVZ (oder dem Vertragsarzt bzw. der BAG) ein Sitz abstrakt zugeteilt wird, gleichsam als künftig unbeeinträchtigt von Zulassungsbeschränkungen mittels Anstellung eines Arztes besetzbare „Arztstelle“ eines bestimmten Fachgebiets bzw. als „arztlose Anstellungsgenehmigung“. Eine solche Berechtigung müsste dann später von dem MVZ, sobald es einen geeigneten Arzt „akquiriert“ hat, in einem weiteren Verfahren in eine „echte“ Anstellungsgenehmigung umgewandelt werden. Nähere Bestimmungen zur Konturierung dieses neuen Zu-

lassungsstatus eigener Art hat der Gesetzgeber des GKV-VSG und auch der des TSVG nicht geschaffen; er hat die erheblichen strukturellen Folgen, die mit dem Zuschlag zugunsten einer Konzeptbewerbung einhergehen, nach dem Inhalt der Gesetzesmaterialien offenbar nicht bedacht.

Auch wenn die Auswahl der Konzeptbewerbung eines MVZ mit dem vorhandenen Instrumentarium des Verwaltungsverfahrensrechts bewältigt und z. B. als Zusicherung (§ 34 SGB X) der künftigen Erteilung einer Anstellungsgenehmigung unabhängig von Zulassungsbeschränkungen ausgestaltet werden könnte, wirft doch die Mehrstufigkeit des Verfahrens und dessen Einbettung in ein von multipolaren Rechtsbeziehungen geprägtes Auswahlverfahren unter mehreren Bewerbern mit grundrechtlich geschützten Positionen (Art. 12 Abs. 1 GG) zahlreiche Probleme auf: Es bedarf insbesondere der Festlegung, wie lange ein mit einer Konzeptbewerbung ausgewähltes MVZ bis zu einem Antrag auf Genehmigung der Anstellung eines bestimmten Arztes zuwarten kann (zur Problematik des „Bunkerns“ von Arztstellen „auf Vorrat“ in zulassungsbeschränkten Planungsbereichen im Hinblick auf die Beschränkung der Berufsfreiheit anderer Bewerber vgl. BSG, Urt. v. 19.10.2011 – B 6 KA 23/11 R –, BSGE 109, 182 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 8, Rdnr. 23; BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 28/15 R –, SozR 4–2500 § 103 Nr. 21, Rdnr. 23), welche Auswirkungen zwischenzeitliche Änderungen des Versorgungskonzepts oder auftretende Hindernisse bei dessen Realisierung haben (z. B. Wegfall des Arztes eines Fachgebiets, mit dem das besondere Versorgungskonzept des MVZ begründet wurde – hier etwa der Nervenärztin oder des Rheumatologen) und ob bzw. wie lange die Begünstigung einer „arztlosen Anstellungsgenehmigung“ dem MVZ erhalten bleibt, wenn der zur Verwirklichung des Konzepts genehmigte angestellte Arzt die Stelle nicht antritt, den Versorgungsauftrag nur teilweise wahrnimmt oder bereits nach kurzer Zeit wieder aufgibt (vgl. dazu auch BSG, Urt. v. 4.5.2016 – B 6 KA 21/15 R –, BSGE 121, 143 = SozR 4–2500 § 103 Nr. 20, Rdnrn. 27 ff.). Schließlich bedarf es Regelungen auch dazu, inwieweit die im Auswahlverfahren im Hinblick auf das Versorgungskonzept des MVZ unterlegenen Bewerber an den nachfolgenden Verfahren, die die Umsetzung des Konzepts durch das MVZ betreffen, zu beteiligen sind. Zwar müssen Mitbewerber um einen freien Vertragsarztsitz es hinnehmen, wenn die Zulassungsgremien rechtsfehlerfrei einem aus Gründen der Verbesserung der Patientenversorgung vorzugswürdigen Konzept eines MVZ den Zuschlag erteilen und auf diesem Sitz sodann ein Arzt tätig wird, der geringere Qualifikationen aufweist als sie selbst. Aufgrund des grundrechtlich geschützten Anspruchs der Mitbewerber auf Chancengleichheit in einem fairen Verfahren können sie jedoch in eigenen Rechten betroffen sein, wenn das MVZ dieses Versorgungskonzept, das ihrer eigenen Bewerbung vorgezogen wurde, auf der zweiten Stufe doch nicht umsetzt. Deshalb bedarf es auch Festlegungen, wie lange ein ausgewähltes Konzept mit Blick auf die Mitbewerber verbindlich bleibt.

Die erforderlichen Regelungen zur näheren Ausgestaltung des neuen Status eigener Art einer „arztlosen Anstellungsgenehmigung“ müssen die zur Normsetzung berufenen Staatsorgane treffen. Sie können unter Beachtung des Grundsatzes der Gewaltenteilung (Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG – s. dazu BVerfG, Beschl. v. 30.6.2015 – 2 BvR 1282/11 –, BVerfGE 139, 321 Rdnrn. 125 ff.) nicht durch die Rechtsprechung im Wege der Rechtsfortbildung geschaffen werden, da die notwendigen Vorschriften, welche die grundrechtlich determinierten Rechtspositionen der Bewerber zum Ausgleich bringen müssen, über eine Lückenschließung deutlich hinausgehen. Allein auf der Grundlage des in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. bzw. nunmehr in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V n. F. zum Ausdruck gekommenen Willens des Gesetzgebers, Konzeptbewerbungen ohne Benennung

eines Arztes zulassen zu wollen, können Inhalt und Reichweite der hierfür zu treffenden Regelungen nicht erschlossen werden. Vielmehr würden sich die Gerichte, wenn sie diese aufgrund eigener Gerechtigkeitsvorstellungen selbst entwickelten, in unzulässiger Weise aus der Rolle des Normanwenders in die einer normsetzenden Instanz begeben (vgl. BVerfG Kammer, Beschl. v. 26.9.2011 – 2 BvR 2216/06 u. a. –, BVerfGE 19, 89, 98 f. –, juris, Rdnrn. 44 f.).

Auch eine ausnahmsweise „Notkompetenz“ der Gerichte zur Rechtsetzung bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers oder des zu näheren Regelungen über die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berufenen Verordnungsgebers (§ 98 SGB V) ist hier nicht eröffnet (vgl. dazu BSG, Beschl. v. 15.5.2019 – B 6 KA 27/18 B –, juris, Rdnrn. 17 f., zur Veröffentlichung in SozR 4 vorgesehen). Denn die Nichtanwendung der bislang nur rudimentären gesetzlichen Bestimmung zur Konzeptbewerbung bis zur näheren Ausgestaltung dieses Instituts durch den Normgeber hat keine unerträglichen Auswirkungen auf die Verfolgung öffentlicher Belange oder den Schutz von Grundrechten der Träger von MVZ (vgl. BVerfG, Beschl. v. 30.11.1988 – 1 BvR 1301/84 –, BVerfGE 79, 174, 194). Es verbleibt bis dahin vielmehr bei den bisherigen, für alle Bewerber gleich ausgestalteten Anforderungen an die Bewerbung um einen Vertragsarztsitz (Zulassung bzw. Anstellungsgenehmigung) nach partieller Entsperrung oder im Nachbesetzungsverfahren. Erleichterungen in Gestalt der Zulassung einer bloßen Konzeptbewerbung kann der Gesetzgeber zwar vorsehen, sie sind aber jedenfalls nicht zwingend zur Wahrung der Grundrechte im Bewerbungsverfahren geboten. Zudem kann ein MVZ (oder ein Vertragsarzt bzw. eine BAG) mit dem Konzept einer Versorgung „unter einem Dach“ bereits jetzt Kriterien erfüllen, die im Rahmen der Auswahlentscheidung zu berücksichtigen sind (vgl. § 26 Abs. 4 Nr. 3 Spiegelstriche 5 und 6 BedarfspIRL), und sich damit eine gegenüber den Mitbewerbern bessere Position verschaffen. Dass dafür derzeit aber noch die rechtzeitige Suche nach einem geeigneten Arzt und dessen Benennung im Antrag auf Anstellungsgenehmigung erforderlich ist, belastet ein MVZ weder unverhältnismäßig noch unerträglich.

2. Bei Anwendung der aufgezählten rechtlichen Maßstäbe ergibt sich, dass der Bekl. die „arztlose“ Konzeptbewerbung, die der Kl. am 20.11.2015 und damit noch vor Ablauf der in Ziffer IV Abs. 1 der Bekanntmachung „Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen“ des Landesausschusses (v. 28.8.2015, BayStAnz Nr. 39, S. 1) festgesetzten Frist eingereicht hatte, im Ergebnis zu Recht bei der Auswahlentscheidung nicht berücksichtigt, sondern abgelehnt hat. Damit muss dem vom Kl. im Revisionsverfahren zur Entscheidung gestellten Hauptantrag auf Verurteilung des Bekl. zur Genehmigung der Anstellung „eines Orthopäden“ in der Betriebsstätte des MVZ in Ne. der Erfolg versagt bleiben.

D) Auch die Hilfsanträge des Kl. können keinen Erfolg haben. Soweit sich der Kl. weiterhin gegen die Ablehnung einer Anstellungsgenehmigung für die Beigel. zu 8. wendet, ist auch diese Entscheidung des Bekl. nicht zu beanstanden. Der Kl. hat einen Antrag auf Genehmigung der Anstellung der Beigel. zu 8. erst nach Ablauf der vom Landesausschuss festgesetzten Frist gestellt (vgl. § 26 Abs. 4 Nr. 2 S. 2 BedarfspIRL). Ungeachtet dessen war dieser Antrag schon deshalb nicht genehmigungsfähig, weil die Beigel. zu 8. weder bei Antragstellung noch zum Zeitpunkt der Auswahlentscheidung in das Arztregister eingetragen war. Aufgrund der Rechtmäßigkeit der Entscheidungen des Bekl. in der Sache kommt schließlich auch die äußerst hilfswise begehrte Verpflichtung des Bekl. zu einer erneuten Entscheidung nicht in Betracht.

E) Nach alledem war die Revision des Kl. zurückzuweisen, ohne dass es auf die vom Bekl. aufgeworfene Frage entscheidungserheblich ankam, ob die Regelung zur Kon-

zeptbewerbung in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. aufgrund einer fehlenden Einbeziehung auch der Vertragsärzte und BAGen eine gleichheitswidrige Begünstigung der MVZ enthielt (s. dazu Bäune/Dahm/Flasbarth, MedR 2016, 4, 7; Dorra, ZMGR 2016, 89, 92; Ricken, GesR 2016, 265, 270; Gerds, FS. 20 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein, S. 3, 18; eine Gleichstellung der Vertragsärzte und BAGen enthält nunmehr § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V i. d. F. des TSVG, vgl. BT-Dr. 19/6337, S. 122 – zu Buchst. d, zu Doppelbuchst. bb). Für eine Aussetzung des Verfahrens zur Vorlage dieser Frage gemäß Art. 100 Abs. 1 GG an das BVerfG war somit kein Raum. [...]

### Anmerkung zu BSG, Urt. v. 15.5.2019 – Az. B 6 KA 5/18 R (Bay. LSG)

**Annika Baasch**

Die Entscheidung des BSG, dass sich ein MVZ derzeit nicht mit einem bloßen Versorgungskonzept auf einen ausgeschriebenen Vertragsarztsitz bewerben kann, ist diskussionswürdig, weil sie dem eingangs dargestellten gesetzgeberischen Willen der Berücksichtigung von Konzeptbewerbungen eines MVZ ohne Benennung des anzustellenden Arztes widerspricht.

Das BSG stellt grundsätzlich zutreffend dar, dass im SGB V und in der Ärzte-ZV aktuell nur die Zulassung eines Arztes bzw. eines MVZ und die Anstellungsgenehmigung als mögliche Formen einer Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung näher ausgestaltet sind. Zuzustimmen ist dem BSG auch insoweit, dass die Erteilung einer Anstellungsgenehmigung aufgrund der Personengebundenheit ausscheidet, wenn sich das MVZ lediglich mit einem Konzept bewirbt, ohne einen konkreten Arzt zu benennen. Deshalb verbleibt nur die Option, dass dem MVZ die Arztstelle zunächst abstrakt, unabhängig von Zulassungsbeschränkungen zugeteilt wird und das MVZ, sobald es einen für die Umsetzung des Konzeptes geeigneten Arzt gefunden hat, erst in einem zweiten Schritt eine Anstellungsgenehmigung erhält.

Auch wenn weder der Gesetzgeber des GKV-VSG noch der des TSVG entsprechende Regelungen zu diesem Zulassungsstatus eigener Art geschaffen hat, weist das BSG selbst darauf hin, dass die Auswahl der Konzeptbewerbung eines MVZ mit dem vorhandenen Instrumentarium des Verwaltungsverfahrensrechts bewältigt werden könnte, z. B. Ausgestaltung als Zusicherung gemäß § 34 SGB X, die auf die künftige Erteilung einer Anstellungsgenehmigung gerichtet ist. § 34 Abs. 1 S. 1 SGB X definiert die Zusicherung als eine von einer zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen. Eine Zusage ist daher nur eine Zusicherung im Sinne des Gesetzes, wenn sie auf einen Erlass oder auf ein Unterlassen eines zukünftigen Verwaltungsaktes gerichtet ist. Dies setzt zum einen den Willen der Behörde, sich auf ein zukünftiges Tun oder Unterlassen zu verpflichten und zum anderen den Bezug der Erklärung auf einen konkreten Sachverhalt voraus<sup>1</sup>. Der Rechtsqualität nach ist die Zusicherung ein Verwaltungsakt im Sinne von § 31 SGB X<sup>2</sup>.

Vorliegend wäre die Zusicherung auf den Erlass eines zukünftigen und konkreten Verwaltungsaktes, nämlich die Genehmigung der Anstellung des von dem MVZ noch zu

benennenden Arztes gerichtet. Die Zusicherung verfolgt gerade den Zweck, dem Adressaten, der seinerseits noch die Voraussetzungen für den Erlass des späteren Verwaltungsaktes schaffen muss (hier: Suche des MVZ nach einem geeigneten Arzt), die Sicherheit zu geben, dass seine Aufwendungen den beabsichtigten Erfolg (hier: Anstellung des Arztes auf der Grundlage einer Anstellungsgenehmigung) haben werden. Dies deckt sich mit dem auf der Grundlage des in § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V a. F. zum Ausdruck kommenden ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, einem MVZ die Option einzuräumen, sich um einen Vertragsarztsitz zu bewerben, ohne für diesen schon einen bestimmten Arzt benennen zu müssen.

Trotz des verwaltungsverfahrenrechtlichen Instrumentariums der Zusicherung lehnt das BSG jedoch die Berücksichtigung einer Konzeptbewerbung, die den anzustellenden Arzt nicht benennt, mangels existierender, ausreichender, konkreter, gesetzlicher Regelungen im Ergebnis ab.

Zunächst bedürfte es der Festlegung, innerhalb welcher Frist ein mit einer Konzeptbewerbung ausgewähltes MVZ einen Antrag auf Genehmigung der Anstellung eines bestimmten Arztes stellen muss. Das BSG verweist in diesem Zusammenhang auf die Rechtsprechung zu der Problematik des „Bunkerns“ von Arztstellen „auf Vorrat“ in zulassungsbeschränkten Planungsbereichen im Hinblick auf die Beschränkung der Berufsfreiheit anderer Bewerber.

Das BSG hat mit Urteil v. 19.10.2011 eine 6-Monats-Frist zur Nachbesetzung von Arztstellen im MVZ geschaffen, innerhalb derer der Antrag in vollständiger Form zu gegangen sein muss<sup>3</sup>. Das BSG hat zur Begründung der zeitlichen Begrenzung der Nachbesetzungsmöglichkeit auf das gesetzgeberische Ziel abgestellt, die Überversorgung in gesperrten Planungsbereichen abzubauen bzw. frei werdende Stellen etwaigen Neubewerbern zur Verfügung zu stellen. Mit diesem Ziel wäre es unvereinbar, wenn ein MVZ eine frei werdende Stelle „auf Vorrat“ vorhalten kann. Zur Begründung der 6-Monats-Frist hat das BSG auf die Regelung in § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V verwiesen. Nach § 95 Abs. 6 S. 3 SGB V ist einem MVZ die Zulassung zu entziehen, wenn die Gründungsvoraussetzungen länger als sechs Monate nicht mehr vorliegen. Das BSG übertrug diese Frist – obgleich das Gesetz hierzu keine ausdrückliche Regelung enthält – auf die Regelung des § 103 Abs. 4a S. 5 SGB V. Das BVerfG hat keine Gründe für eine Verfassungswidrigkeit der vorgenannten Rechtsprechung gesehen und eine Verfassungsbeschwerde gegen den die 6-Monats-Frist bestätigenden Beschluss des BSG v. 14.5.2014<sup>4</sup> nicht zur Entscheidung angenommen<sup>5</sup>. Auch das LSG Nds.-Bremen hat mit aktuellerem Urteil v. 28.8.2019 entschieden, dass die nach der Rechtsprechung des BSG einzuhaltende 6-Monats-Frist für die Nachbesetzung einer MVZ-Arztstelle verfassungsgemäß ist und sich innerhalb der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung bewegt<sup>6</sup>.

Es wäre wünschenswert gewesen, dass das BSG die Frage, innerhalb welchen Zeitraums das MVZ einen Antrag auf Anstellungsgenehmigung stellen muss, beantwortet hätte und eine entsprechende Frist zur Antragseinreichung selbst festgelegt hätte. Dabei hätte sich eine Orientierung an der vorgenannten Rechtsprechung des BSG zur 6-Monats-Frist bei der Nachbesetzung von Arztstellen in einem MVZ angeboten. Zwar bezieht sich die Rechtsprechung auf die

Rechtsanwältin Annika Baasch,  
Rechtsanwälte M&P Dr. Matzen & Partner mbB,  
Neuer Wall 55, 20354 Hamburg, Deutschland

1) Engelmann, in: von Wulffen/Schütze, Kommentar zum SGB X, 8. Aufl. 2014, § 34, Rdnr. 3b.  
2) St. Rspr., vgl. z. B. BSG, Urt. v. 29.1.2004 – B 4 RA 29/03 R.  
3) BSG, Urt. v. 19.10.2011 – B 6 KA 23/11 R = MedR 2012, 830.  
4) BSG, Beschl. v. 14.5.2014 – B 6 KA 67/13 B.  
5) BVerfG, Beschl. v. 20.8.2014 – 1 BvR 1989/14.  
6) LSG Nds.-Bremen, Urt. v. 28.8.2019 – L 3 KA 12/18 = MedR 2020, 258.