



**Im Namen des Volkes**

Verkündet am  
27. Juni 2018

**Urteil**

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 6 KA 33/17 R**  
Thüringer LSG 25.08.2016 - L 11 KA 928/15  
SG Gotha 13.05.2015 - S 2 KA 5680/14

.....,

Kläger, Revisionskläger und  
Revisionsbeklagter,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

Berufungsausschuss für Ärzte in Thüringen,  
Zum Hospitalgraben 8, 99425 Weimar,

Beklagter, Revisionsbeklagter und  
Revisionskläger,

beigeladen:

1. AOK PLUS - Die Gesundheitskasse für Sachsen und Thüringen,  
Sternplatz 7, 01067 Dresden,
2. BKK Landesverband Mitte,  
Eintrachtweg 19, 30173 Hannover,
3. IKK classic,  
Tannenstraße 4 b, 01099 Dresden,
4. Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau (SVLFG),  
Weißensteinstraße 70 - 72, 34131 Kassel,
5. Verband der Ersatzkassen e.V. - vdek,  
Askanischer Platz 1, 10963 Berlin,
6. Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See  
als Trägerin der Kranken- und Pflegeversicherung,  
Pieperstraße 14 - 28, 44789 Bochum,

7. Kassenärztliche Vereinigung Thüringen,  
Zum Hospitalgraben 8, 99425 Weimar,

8. ....,

Prozessbevollmächtigte: .....

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 27. Juni 2018 durch den Vorsitzenden Richter Prof. Dr. W e n n e r , die Richter G a s s e r und R a d e m a c k e r sowie die ehrenamtlichen Richter Dr. T h i e r s e und S e h n e r t für Recht erkannt:

Auf die Revision des Beklagten werden die Urteile des Thüringer Landessozialgerichts vom 25. August 2016 und des Sozialgerichts Gotha vom 13. Mai 2015 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen.

Die Revision des Klägers gegen das Urteil des Thüringer Landessozialgerichts vom 25. August 2016 wird zurückgewiesen.

Der Kläger trägt die Kosten des gesamten Verfahrens in allen Rechtszügen mit Ausnahme der Kosten der Beigeladenen zu 1. bis 7.

#### G r ü n d e :

##### I

- 1 Im Streit steht die Besetzung eines Vertragsarztsitzes für das Fachgebiet der Orthopädie.
- 2 Der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen stellte im Januar 2011 fest, dass im Planungsbereich Jena in der Arztgruppe der Orthopäden eine Überversorgung nicht mehr besteht. Mit Beschluss vom 26.1.2011 öffnete er den bislang gesperrten Planungsbereich ua für eine Zulassung auf dem Gebiet der Orthopädie. Daraufhin wurde im Thüringer Ärzteblatt der Vertragsarztsitz ausgeschrieben. Es bewarben sich ua der Kläger und die Beigeladene zu 8.
- 3 Der 1961 geborene Kläger ist seit 1987 approbiert. Seit 1995 ist er Facharzt für Chirurgie und seit September 2005 besitzt er die Berechtigung zur Führung der Bezeichnung "Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie". Er war bis 2005 Arzt an der chirurgischen Klinik der F. und von Januar 2006 bis März 2009 halbtags als Weiterbildungsassistent für Handchirurgie in der Praxis des Dr. S. beschäftigt. Seit April 2009 war er dort als angestell-

ter Arzt gemeinsam im Jobsharing mit Dr. S. tätig. In die Warteliste für das Fachgebiet Orthopädie ist er seit September 2005 eingetragen. Bereits zuvor hatte er sich um eine Niederlassung im Fachgebiet Chirurgie bemüht.

- 4 Die 1966 geborene Beigeladene zu 8. wurde im März 1994 approbiert. Sie schloss ihre Weiterbildung als Fachärztin für Orthopädie im Juni 1999 ab. Sie war bis April 2008 als Stationsärztin am R. tätig. Danach arbeitete sie als in Teilzeit angestellte Ärztin in der orthopädischen Praxis Dr. W. in B. . Zusätzlich war sie als angestellte Ärztin in anderen Einrichtungen tätig. Seit November 2007 ist sie in der Warteliste eingetragen.
- 5 Der Zulassungsausschuss (ZA) ließ mit Beschluss vom 19.4.2011, ausgefertigt am 18.5.2011, einen weiteren Bewerber (Dr. W. ) zur vertragsärztlichen Tätigkeit zu und lehnte die Anträge auf Zulassung des Klägers und der Beigeladenen zu 8. ab. Sowohl der Kläger wie auch die Beigeladene zu 8. legten gegen die Entscheidung Widerspruch ein.
- 6 Daraufhin hob der Beklagte den Bescheid des ZA mit Beschluss vom 10.8.2011/Bescheid vom 21.9.2011 auf, ließ den Kläger zur vertragsärztlichen Tätigkeit zu und ordnete die sofortige Vollziehung an. Den Widerspruch der Beigeladenen zu 8. wies er zurück. Der Kläger war daraufhin bis Ende des Jahres 2014 als Orthopäde in eigener Praxis tätig und rechnete die Behandlung gesetzlich Versicherter gegenüber der zu 7. beigeladenen KÄV ab.
- 7 Das Sozialgericht (SG) Gotha wies die Klage der Beigeladenen zu 8. ab (*Urteil vom 11.1.2012 - S 7 KA 7221/11*). Auf deren Berufung hob das Thüringer Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 5.12.2013 (*Az L 11 KA 608/12*) das Urteil des SG Gotha sowie die Entscheidung des Beklagten zur Zulassung des Klägers auf und verurteilte den Beklagten, über den Widerspruch der Beigeladenen zu 8. (Klägerin des damaligen Verfahrens) erneut unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden. Unter anderem sei die besondere Gewichtung des Approbationsalters und der längeren fachärztlichen Tätigkeit des Klägers fehlerhaft gewesen, weil beide Ärzte länger als fünf Jahre fachärztlich tätig gewesen seien. Das von dem Beklagten bei seiner Entscheidung berücksichtigte Votum der Ärzteschaft vor Ort lasse objektive Kriterien vermessen. Die von dem Kläger (Beigeladener zu 8. des damaligen Verfahrens) und dem Beklagten gegen das Urteil des LSG eingelegten Nichtzulassungsbeschwerden hat der Senat mit Beschluss vom 2.7.2014 (*Az B 6 KA 15/14 B*), zugestellt am 28.7.2014, zurückgewiesen.
- 8 Daraufhin holte der Beklagte Auskünfte bei der Landesärztekammer Thüringen zu der Frage ein, ob der Kläger die Voraussetzungen der ihm erteilten Anerkennung als Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie auch tatsächlich erfüllt habe. Ferner befragte er die KÄV ua zum Spektrum der bisher vom Kläger und der Beigeladenen zu 8. erbrachten Leistungen und gab dem Kläger und der Beigeladenen zu 8. Gelegenheit darzulegen, wie sie die zu besetzende

Stelle wahrzunehmen gedenken und auf welche beruflichen Vorerfahrungen diese Annahmen gestützt würden.

- 9 Mit Beschluss vom 5.11.2014/Bescheid vom 21.1.2015 hob der Beklagte die Zulassung des Klägers zum 31.12.2014 auf, ließ die Beigeladene zu 8. mit Wirkung zum 1.1.2015 zur vertragsärztlichen Versorgung zu und ordnete die sofortige Vollziehung an. In dem anschließenden Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes hat das LSG die aufschiebende Wirkung der gegen den Beschluss des Beklagten erhobenen Klage wiederhergestellt (*Beschluss vom 12.2.2015, Az L 11 KA 1626/14 B ER*).
- 10 Die Entscheidung des Beklagten zur Zulassung der Beigeladenen zu 8. hat das SG Gotha mit Urteil vom 13.5.2015 aufgehoben und den Beklagten verpflichtet, eine erneute Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts zu treffen. Der Beschluss sei rechtswidrig, weil dieser rechtskräftige und die Beteiligten bindende gerichtliche Maßgaben für die Neubescheidung nicht berücksichtige. Zudem habe der Beklagte seine Entscheidung auf der Grundlage eines unvollständig ermittelten Sachverhalts getroffen oder, soweit entsprechende Ermittlungen angestellt worden sein sollten, habe er diese weder im angefochtenen Beschluss dargelegt noch in die Verwaltungsakten aufgenommen. Überdies habe er wesentliche entscheidungsrelevante Gesichtspunkte bei der Entscheidung nicht berücksichtigt bzw diese nicht mit dem ihnen zukommenden Gewicht in die Abwägung eingestellt.
- 11 Das LSG hat die Berufung des Beklagten unter Bezugnahme auf die Gründe des sozialgerichtlichen Urteils, jedoch mit weiteren, von der Entscheidung des SG teilweise abweichenden Maßgaben zurückgewiesen. Danach habe der Beklagte bei der Neubescheidung ua davon auszugehen, dass die Tätigkeit des Klägers in eigener Praxis nach der Zulassungsentscheidung des Beklagten vom 10.8.2011 (*Bescheid vom 21.9.2011*) für die Auswahlentscheidung nicht maßgebend sei (*Nr 2 der Entscheidungsgründe des LSG*). Ferner bedürfe die Frage, ob das bisherige Verhalten der Beigeladenen zu 8. unter Berücksichtigung des Wirtschaftlichkeitsgebotes kritisch zu sehen sei, im Rahmen des hier streitigen Zulassungsverfahrens keiner Erörterung (*Nr 5 der Entscheidungsgründe des LSG*).
- 12 Gegen das Urteil des LSG wenden sich der Beklagte und der Kläger mit ihren Revisionen.
- 13 Der Beklagte trägt vor, dass das LSG den ihm zustehenden Ermessensspielraum unzulässig beschränkt habe. Er habe den Sachverhalt in Bezug auf beide Bewerber und die gemäß § 23 Abs 3 S 1 Nr 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie (*in der ab dem 1.4.2007 geltenden Fassung, BAnz Nr 64 vom 31.3.2007, S 3491, im Folgenden: BedarfspIRL 2007*) zu berücksichtigenden Kriterien vollständig und richtig ermittelt. Danach bestünden zwischen den beiden Bewerbern keine relevanten Unterschiede bezogen auf das Approbationsalter und die Dauer der ärztlichen Tätigkeit nach Abschluss der Weiterbildung. Die um 26 Monate längere Dauer der Eintragung in die Warteliste der Orthopäden sei jedenfalls im Hinblick auf die Gesamtdauer der Wartezeit nicht

als maßgebliches Auswahlkriterium zu Gunsten des Klägers gewertet worden. Vor diesem Hintergrund habe er sich bei seiner Ermessensentscheidung mit Versorgungsgesichtspunkten auseinandergesetzt. Dabei sei zu berücksichtigen gewesen, dass der zusätzliche Sitz in Jena als Folge der Aufnahme des sog Demografiefaktors in die BedarfspRL frei geworden sei. Da weder der Kläger noch die Beigeladene zu 8. über die in § 8a Abs 9 BedarfspRL 2007 (*idF des Beschlusses des GBA vom 15.7.2010, BAnz Nr 180 S 3954*) angesprochene gerontologische oder geriatrische Qualifikation verfügten, sei im Rahmen des Auswahlermessens berücksichtigt worden, welcher Bewerber über solche Fachgebietsschwerpunkte oder Zusatzqualifikationen verfüge, die jedenfalls in der Behandlung älterer Patienten häufiger Anwendung fänden. Unter dieser Prämisse sei der Ausschuss zu der Auffassung gelangt, dass der Behandlungsbedarf bei älteren Patienten erfahrungsgemäß im Schwerpunkt durch altersbedingte Beschwerden des Haltungs- und Bewegungsapparates bedingt sei. Hierfür würden soweit wie möglich konservative, dh nicht operative Behandlungsmethoden eingesetzt. Dafür sei die Beigeladene zu 8., die in ihrer gesamten bisherigen Tätigkeit einen eher konservativen orthopädischen Schwerpunkt gehabt habe und die über die Zusatzqualifikationen in den Bereichen physikalische Therapie, Balneologie, Spinalnerven-Analgesien und Akupunktur verfüge, besser als der Kläger geeignet. Bei dem Kläger dominiere die konservative Tätigkeit erst seit seiner Zulassung in eigener vertragsärztlicher Praxis im August 2011.

- 14 Der Beklagte und die Beigeladene zu 8., die sich der Auffassung des Beklagten anschließt und ergänzend auf ihr Vorbringen im Verfahren der Nichtzulassungsbeschwerde (*Az B 6 KA 9/17 B*) verweist, beantragen,
1. das Urteil des Thüringer LSG vom 25.8.2016 und das Urteil des SG Gotha vom 13.5.2015 aufzuheben und die Klagen abzuweisen,
  2. die Revision des Klägers zurückzuweisen.
- 15 Der Kläger beantragt,
1. die Revision des Beklagten zurückzuweisen,
  2. das Urteil des Thüringer LSG vom 25.8.2016 insoweit zu ändern, als die Maßgaben nach Ziffern 2 und 5 der Entscheidungsgründe aufgehoben werden; der Beklagte wird verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats eine erneute Auswahlentscheidung zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 8. zu treffen.
- 16 Zur Begründung seines Antrags, die Revision des Beklagten zurückzuweisen, trägt der Kläger vor: Das LSG habe den Bescheid des Beklagten zutreffend als rechtswidrig angesehen. Der Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen zu 8. liege weder eine vollständige und richtige Ermittlung des Sachverhalts zugrunde noch habe der Beklagte sein Ermessen rechtmäßig ausgeübt. Die Behauptung des Beklagten im Revisionsverfahren, er habe die Inanspruchnahme orthopädischer Leistungen im Planungsbereich nach Altersgruppen getrennt erhoben und gewürdigt, treffe nicht zu. Jedenfalls sei weder dem Protokoll der Sitzung vom 5.11.2014 noch der Begründung des Bescheides eine entsprechende Datenerhebung und Auswertung zu entneh-

men. Bezogen auf die Dauer der Wartezeit habe der Beklagte den Sachverhalt zu seinem - des Klägers - Nachteil verkürzt dargestellt und nicht berücksichtigt, dass er als Facharzt für Chirurgie bereits seit dem 12.6.1995 auf der Warteliste stehe. Als Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie habe er sich noch am Tag seiner Prüfung am 27.9.2005 in die Warteliste eintragen lassen. Er habe nicht erst im Jahr 2005, sondern spätestens mit Erwerb der Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie am 25.5.1998 zum Ausdruck gebracht, sich als Chirurg mit Schwerpunkt Unfallchirurgie/Orthopädie und Unfallchirurgie niederlassen zu wollen. Damit verfüge er über eine über zehn Jahre längere einschlägige Wartezeit als die Beigeladene zu 8. Soweit der Beklagte geltend mache, er habe sich bei seiner Auswahlentscheidung auf die in § 35 Abs 5 S 1 Nr 1 bis 6 BedarfspRL 2012 genannten Kriterien (regionale Demografie, regionale Morbidität, sozioökonomische Faktoren, Versorgungsstrukturen, räumliche Faktoren, infrastrukturelle Besonderheiten) zum lokalen Versorgungsbedarf bei der Sonderbedarfsgenehmigung gestützt, sei festzustellen, dass er sich in der Begründung des Bescheides mit keinem der genannten Faktoren inhaltlich befasst habe. Vielmehr habe der Beklagte den Bedarf für konservative orthopädische Leistungen aus der Einführung des Demografiefaktors abgeleitet. Dabei habe er übersehen, dass durch Einführung des Demografiefaktors nicht einem "generell gestiegenen Bedarf an der Behandlung älterer Patienten", sondern (erstmalig) dem höheren Lebensalter älterer Versicherter in der vertragsärztlichen Bedarfsplanung Rechnung getragen worden sei. Außerdem könne aus dem höheren Leistungsbedarf der über 60-jährigen Versicherten nicht geschlossen werden, dass dieser überwiegend im Bereich der konservativen Orthopädie bestehe. Vielmehr sei wahrscheinlich, dass dies zumindest auch signifikant für operative Leistungen bzw entsprechende Vor- und Nachbehandlungen gelte.

17 Der Beklagte habe zu Recht festgestellt, dass er - der Kläger - aufgrund der ihm mit Bescheid vom 21.9.2011 erteilten Zulassung schwerpunktmäßig konservativ und nur in einem sehr untergeordneten Umfang operativ tätig geworden sei. Einen Vorteil für die Beigeladene zu 8. leite er jedoch aus dem Umstand ab, dass er seinen konservativen Schwerpunkt erst seit seiner Niederlassung als Orthopäde und Unfallchirurg ausgebildet habe. Dabei habe der Beklagte übersehen, dass es im Rahmen der hier gebotenen Prognoseentscheidung nur darauf ankommen könne, in welcher Weise er von der ihm zu erteilenden Zulassung voraussichtlich Gebrauch machen werde. In diesem Zusammenhang dürfe ihm der Umstand, dass er in der Vergangenheit im Rahmen eines Jobsharing in der Praxis eines Chirurgen tätig gewesen und deshalb gezwungen gewesen sei, Leistungen aus dem chirurgischen Kapitel 7 des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs für ärztliche Leistungen (EBM-Ä) abzurechnen, nicht zum Nachteil gereichen.

18 Soweit sich der Beklagte auf Zusatzqualifikationen der Beigeladenen zu 8. berufen habe, sei nichts dafür vorgetragen, dass diese Zusatzqualifikationen gerade für die Behandlung altersbedingter Beschwerden des Haltungs- und Bewegungsapparates relevant sein könnten. Außerdem sei den Abrechnungsunterlagen der im Planungsbereich niedergelassenen Orthopäden zu entnehmen, dass die entsprechenden Leistungen von zahlreichen Vertragsärzten angeboten würden, sodass nicht von einem ungedeckten Versorgungsbedarf ausgegangen werden könne.

Vor allem aber habe der Beklagte nicht ausreichend gewürdigt, dass die Orthopädie als eigenständiges Gebiet im Jahr 2005 abgeschafft worden sei. Fachärzte für Orthopädie gehörten einer "aussterbenden Spezies" an. Aus dem Umstand, dass die Beigeladene zu 8. Fachärztin für Orthopädie sei, könne auch nicht auf eine besondere Befähigung zur konservativen Tätigkeit geschlossen werden. Auch das alte, abgeschaffte Fachgebiet der Orthopädie habe operative und konservative Tätigkeiten beinhaltet. Möglicherweise sei die ausschließlich konservative Tätigkeit der Beigeladenen zu 8. Ausdruck fehlender operativer Fähigkeiten, Fertigkeiten und Erfahrungen. Ein im ambulanten Bereich tätiger Orthopäde müsse jedoch sowohl die konservativen als auch die operativen Verfahren überschauen und beherrschen, um eine korrekte Indikationsstellung durchführen zu können. Die Beigeladene zu 8. habe sich dafür entschieden, eine Art "Schmalspur-Orthopädie" anzubieten, wobei das Angebot von - für den gesetzlich versicherten Patienten kostenpflichtigen - individuellen Gesundheitsleistungen im Vordergrund stehe. Anders als die Beigeladene zu 8. verfüge er über die Zusatzbezeichnung "spezielle Unfallchirurgie" nach der neuen Weiterbildungsordnung. Diese in der Auswahlentscheidung unbeachtet gebliebene Zusatzqualifikation sei für die ambulante orthopädische Tätigkeit von weitaus größerer Relevanz als die von dem Beklagten berücksichtigten Tertiärqualifikationen der Beigeladenen zu 8.

- 19 Zur Begründung seiner eigenen Revision macht der Kläger geltend, dass die unter Nr 2 und Nr 5 der Entscheidungsgründe des LSG-Urteils formulierten Maßgaben für die Neubescheidung rechtswidrig seien.

## II

- 20 A. Die Revision des Beklagten ist begründet. SG und LSG haben seine erneute Auswahlentscheidung zu Unrecht beanstandet. Die Auswahl der zu 8. beigeladenen Ärztin für den im Planungsbereich J. zu besetzenden orthopädischen Vertragsarztsitz war rechtmäßig.
- 21 I. Rechtsgrundlagen für Entscheidungen der Zulassungsgremien über Anträge auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung in einem bislang überversorgten Planungsbereich sind § 95 Abs 2 iVm § 103 Abs 3 SGB V sowie die konkretisierenden Bestimmungen des § 16b Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) und des § 23 BedarfspIRL 2007. Zwar ist die BedarfspIRL 2007 durch die zum 1.1.2013 in Kraft getretene BedarfspIRL vom 20.12.2012 (*BAnz AT 31.12.2012 B7, im Folgenden: BedarfspIRL 2012*) abgelöst worden. Nach § 63 Abs 5 BedarfspIRL 2012 gilt die BedarfspIRL 2007 jedoch für entsprechend der Ärzte-ZV ordnungsgemäß und vollständig gestellte Zulassungsanträge der Arztgruppen nach §§ 11, 12 und § 13 Abs 1 Nr 1, 2 und 4, die vor den Beschlüssen des Landesausschusses nach den Absätzen 2 und 3 gestellt worden sind, weiter. Zu den genannten Arztgruppen gehört auch die der Orthopäden (*vgl § 12 Abs 1 Nr 7, Abs 2 Nr 7 BedarfspIRL 2012*).

- 22 Gegenstand des Verfahrens ist die Besetzung eines Vertragsarztsitzes aufgrund einer partiellen Entsperrung des Planungsbereichs J. ua für die Arztgruppe der Orthopäden mit Beschluss des Landesausschusses der Ärzte und Krankenkassen in Thüringen vom 26.1.2011 (*Ärzteblatt Thüringen 2011, 142*). Die beiden (verbliebenen) Bewerber um die Besetzung des ausgeschriebenen Arztsitzes (Kläger und Beigeladene zu 8.) hatten ihre Zulassungsanträge ordnungsgemäß und vollständig gestellt, bevor die Beschlüsse des Landesausschusses zur Umsetzung der BedarfspIRL 2012 ergangen waren. Das LSG hat entsprechende Feststellungen nicht ausdrücklich getroffen; indes ergibt sich dies aus dem Umstand, dass der ZA bereits mit Beschluss vom 19.4.2011 und der Beklagte mit Beschluss vom 10.8.2011/Bescheid vom 21.9.2011 über die ersichtlich vollständigen Anträge der Bewerber entschieden hatte, während der Landesausschuss die Beschlüsse zur Umsetzung der BedarfspIRL 2012 erstmals mit Wirkung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der BedarfspIRL 2012 zum 1.1.2013 zu treffen hatte. Aus diesem Grund kommt es für die Entscheidung im vorliegenden Verfahren nicht darauf an, dass nach den durch die BedarfspIRL 2012 geänderten Maßstäben im Planungsbereich Jena für die Gruppe der Orthopäden auch ohne die Einbeziehung des hier streitbefangenen Vertragsarztsitzes Überversorgung mit einem Versorgungsgrad von 118,1 % vorlag.
- 23 II. Der Beklagte ist zutreffend davon ausgegangen, dass die vom Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen (*vgl § 90 SGB V*) angeordnete partielle Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen bezogen auf das Fachgebiet der Orthopädie die Zulassung nur eines weiteren Facharztes in dem Planungsbereich Jena ermöglichte und dass deshalb eine Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern zu treffen war. Nach § 23 Abs 1 BedarfspIRL 2007 ist der Aufhebungsbeschluss mit der Auflage zu versehen, dass Zulassungen nur in einem solchen Umfang erfolgen dürfen, bis für die Arztgruppe Überversorgung eingetreten ist. Der Senat hat bereits entschieden, dass diese Bestimmung über die partielle Aufhebung einer Zulassungsbeschränkung rechtmäßig ist (*BSG Urteil vom 23.2.2005 - B 6 KA 81/03 R - BSGE 94, 181 = SozR 4-2500 § 103 Nr 2, RdNr 8 = Juris RdNr 17; BSG Urteil vom 19.10.2011 - B 6 KA 20/11 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 10 RdNr 17*).
- 24 1. Nähere Vorgaben dazu, anhand welcher Kriterien die Auswahlentscheidung zu treffen ist, regelt das Gesetz zwar für die Praxisnachfolge (*s § 103 Abs 4 S 5 SGB V*), aber nicht - jedenfalls nicht ausdrücklich - für das Zulassungsverfahren nach partieller Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen. In der og Entscheidung vom 23.2.2005, in der der Senat das damals in Nr 23 S 2 BedarfspIRL idF vom 15.6.2004, BAnz Nr 165 vom 2.9.2004, S 19677 geregelte "Windhundverfahren" als mit Art 12 Abs 1 GG unvereinbar angesehen hat, hat er im Einzelnen dargelegt, dass § 104 Abs 2 SGB V iVm § 16b Abs 1 S 3 Ärzte-ZV die Kompetenz des GBA entnommen werden kann, die Verfahrensweise bei der Anordnung und der Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen näher auszugestalten, soweit in der Ärzte-ZV selbst solche Regelungen nicht enthalten sind. Vor diesem Hintergrund hat der Senat dem GBA aufgegeben, die Auswahlkriterien für die Besetzung nach partieller Entsperrung in Anlehnung an die für eine Praxisnachfolge geltenden Kriterien zu regeln (*vgl BSG Urteil vom 23.2.2005 - B 6 KA*

81/03 R - BSGE 94, 181 = SozR 4-2500 § 103 Nr 2, RdNr 24). Der Senat teilt daher auch nicht die Auffassung, die das Bundesministerium für Gesundheit (BMG) in einer Beanstandung vom 2.1.2018 (Az 224-21432-09; 213-21432-09, im Internet abrufbar unter [www.g-ba.de](http://www.g-ba.de)) zu einem Beschluss des GBA vom 17.11.2017 über eine Änderung der BedarfspiRL vertreten hat. Danach soll der Gesetzgeber den GBA nicht dazu ermächtigt haben, in der BedarfspiRL konkretisierende bzw steuernde Regelungen zum Nachbesetzungsverfahren zu treffen. Das trifft nach Auffassung des Senats jedenfalls in dieser Allgemeinheit nicht zu. An seiner Auffassung, nach der der GBA legitimiert ist, die Verfahrensweise bei der Anordnung oder Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen näher auszugestalten, hält der Senat auch nach dem Beschluss des BVerfG vom 10.11.2015 (1 BvR 2056/12 - BVerfGE 140, 229 = SozR 4-2500 § 92 Nr 18; vgl auch BVerfG Beschluss vom 6.10.2016 - 1 BvR 292/16 - NVwZ-RR 2017, 121 RdNr 24) fest. Die Übertragbarkeit der für die Praxisnachfolge (§ 103 Abs 4 SGB V aF) geltenden Vorgaben auf Zulassungsentscheidungen nach partieller Öffnung eines zuvor gesperrten Planungsbereichs folgt im Grundsatz bereits aus dem Erfordernis, das Besetzungsverfahren auch hier in Übereinstimmung mit den aus Art 12 Abs 1 GG abzuleitenden Anforderungen auszugestalten (vgl BSG Urteil vom 23.2.2005 - B 6 KA 81/03 R - BSGE 94, 181 = SozR 4-2500 § 103 Nr 2, Juris RdNr 33; vgl auch BSG Urteil vom 15.7.2015 - B 6 KA 32/14 R - BSGE 119, 190 = SozR 4-2500 § 101 Nr 17, RdNr 41). Bedeutung und Reichweite der Entscheidung des GBA zur Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens nach partieller Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen waren damit begrenzt, sodass auch aus diesem Grund kein Anlass zu Zweifeln an der Verfassungsmäßigkeit der in § 23 BedarfspiRL 2007 getroffenen Regelung unter dem Gesichtspunkt der demokratischen Legitimation des GBA besteht (vgl zu diesen Maßstäben auch BSG Urteil vom 15.12.2015 - B 1 KR 30/15 R - BSGE 120, 170 = SozR 4-2500 § 34 Nr 18, RdNr 43 ff; BSG Urteil vom 20.4.2016 - B 3 KR 18/15 R - SozR 4-2500 § 132a Nr 9 RdNr 21).

- 25 2. Nach § 23 Abs 3 S 1 Nr 3 BedarfspiRL 2007 entscheidet der ZA unter mehreren Bewerbern nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der beruflichen Eignung, der Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, des Approbationsalters und der Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß § 103 Abs 5 S 1 SGB V. Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern soll die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes und ihre Beurteilung im Hinblick auf die bestmögliche Versorgung der Versicherten berücksichtigt werden (§ 23 Abs 3 S 2 BedarfspiRL 2007).
- 26 Den Zulassungsgremien steht insoweit ein Auswahlermessen zu, das sie pflichtgemäß ausüben haben. Aus dem Charakter der Auswahlentscheidung als Ermessensentscheidung folgt, dass die gerichtliche Überprüfung darauf beschränkt ist, ob das Ermessen fehlerhaft ausgeübt wurde und der Kläger durch den Ermessensfehler beschwert ist (BSG Urteil vom 15.7.2015 - B 6 KA 32/14 R - BSGE 119, 190 = SozR 4-2500 § 101 Nr 17, RdNr 42; vgl BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 RdNr 45 - zur Praxisnachfolge). Den Zulassungsgremien ist ein Entscheidungsspielraum eröffnet, den die Gerichte zu respektieren haben (BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 RdNr 45). Die gerichtliche Rechtskontrolle ist auf die Überprüfung beschränkt, ob die Behörde

von einem vollständigen und richtigen Sachverhalt ausgegangen ist, die rechtlichen Grenzen ihres Ermessensspielraums eingehalten und von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise Gebrauch gemacht hat (vgl. § 54 Abs 2 S 2 SGG). Eine danach rechtsfehlerfreie Auswahlentscheidung muss das Gericht hinnehmen; es ist nicht befugt, anstelle der Zulassungsinstanzen eine eigene Auswahlentscheidung zu treffen.

- 27 3. Der Beklagte hatte hier darüber hinaus die Vorgaben aus dem Urteil des LSG vom 5.12.2013 (Az L 11 KA 608/12) zu berücksichtigen. Mit dem Urteil, das nach der Zurückweisung der Nichtzulassungsbeschwerden durch Beschluss des Senats vom 2.7.2014 (Az B 6 KA 15/14 B) rechtskräftig geworden ist, ist nicht nur die Auswahlentscheidung des Beklagten zugunsten des Klägers aufgehoben worden, sondern das LSG hat dem Beklagten auch Vorgaben für die Neuentscheidung gemacht. Daran war er gebunden; eine wesentliche Änderung der Sach- oder Rechtslage, die die Bindungswirkung entfallen lassen könnte (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl 2017, § 131 RdNr 16, § 141 RdNr 8c) ist allenfalls insofern eingetreten, als der Kläger aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung der ihm mit Beschluss des Beklagten vom 10.8.2011 erteilten Zulassung vertragsärztlich tätig war. Das Urteil des LSG vom 5.12.2013 enthält aber keine Vorgaben, die im Hinblick auf diesen Umstand überholt sein könnten.
- 28 Die Prüfung der Rechtmäßigkeit des Beschlusses des Beklagten hat sich daher auch daran zu orientieren, ob der Beklagte die verbindlichen Vorgaben aus dem genannten Urteil des LSG vom 5.12.2013 zutreffend umgesetzt hat.
- 29 III. Seinen durch die gesetzlichen Vorgaben und die rechtskräftige Entscheidung des LSG vom 5.12.2013 definierten Entscheidungsspielraum hat der Beklagte eingehalten und seine Ermessensentscheidung den gesetzlichen Anforderungen entsprechend begründet.
- 30 1. Dass der Beklagte die Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit und das Approbationsalter nicht als maßgebendes Kriterium für die Auswahl herangezogen hat, ist jedenfalls nicht zum Nachteil des Klägers fehlerhaft. Nach der Rechtsprechung des Senats (BSG Urteil vom 8.12.2010 - B 6 KA 36/09 R - BSGE 107, 147 = SozR 4-2500 § 101 Nr 9, RdNr 39; BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 RdNr 49) zielen die Kriterien "Approbationsalter" und "Dauer der ärztlichen Tätigkeit" darauf ab, einen gewissen Erfahrungsstand und den dadurch erworbenen fachlichen Standard zu berücksichtigen. Dieser dürfte in den meisten ärztlichen Tätigkeitsfeldern ca fünf Jahre nach Abschluss der Weiterbildung erreicht sein. Eine mehr als fünfjährige Tätigkeit nach Abschluss der Weiterbildung begründet daher im Regelfall keinen weiteren fachlichen Vorsprung eines Bewerbers. Der Beklagte ist bei seiner Entscheidung davon ausgegangen, dass das Approbationsalter und die Dauer der ärztlichen Tätigkeit beider Bewerber fünf Jahre übersteigt, sodass diese Kriterien für die Auswahlentscheidung hier keine Bedeutung gewinnen.

- 31 Soweit das SG darauf hinweist, dass nicht feststehe, ob der Kläger bereits fünf Jahre als Orthopäde tätig gewesen sei, trifft das insofern zu, als er - auch nach eigenen Angaben - im Anschluss an seine Anerkennung als Facharzt für Orthopädie und Unfallchirurgie im September 2005 zunächst als Chirurg und erst aufgrund der Anordnung der sofortigen Vollziehung der Zulassung (*Beschluss des Beklagten vom 10.8.2011/Bescheid vom 21.9.2011*) für einen Zeitraum von etwa drei Jahren als Orthopäde tätig war. Die Rechtsprechung des Senats, nach der sich der Fünf-Jahres-Zeitraum nach der Zeit der ärztlichen Tätigkeit nach Abschluss der Weiterbildung bemisst (*BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 RdNr 49*), geht davon aus, dass in diesem Zeitraum eine ärztliche Tätigkeit gerade auf dem Gebiet der Weiterbildung ausgeübt wurde. Ob von diesem Grundsatz im Hinblick auf die vom Kläger geltend gemachte weitgehende Übereinstimmung seiner auf dem Gebiet der Chirurgie ausgeübten Tätigkeit mit der Tätigkeit eines Orthopäden Ausnahmen zu machen sind, bedarf hier keiner Entscheidung, weil die Annahme des Beklagten, dass der Kläger der Beigeladenen zu 8. bezogen auf die Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit und das Approbationsalter gleichzustellen ist, diesen jedenfalls nicht benachteiligt. Der Beklagte ist dadurch, dass er die beiden Bewerber hinsichtlich der Dauer der ärztlichen Tätigkeit und des Approbationsalters als gleichrangig bewertet, auch nicht gehindert, die unterschiedlichen beruflichen Werdegänge und die damit verbundenen unterschiedlichen Erfahrungen bei der Frage der Eignung zu berücksichtigen (*vgl nachfolgend 3., RdNr 40*).
- 32 2. Wie aus der Begründung des angefochtenen Bescheides hervorgeht, hat der Beklagte auch nicht übersehen, dass nach § 23 Abs 3 S 1 Nr 3 BedarfspIRL 2007 die Dauer der Eintragung in der Warteliste bei der zu treffenden Ermessensentscheidung zu berücksichtigen ist. Der vom Kläger geltend gemachte Umstand, dass er bereits seit September 2005 für das Fachgebiet der Orthopädie in der Warteliste eingetragen war und bereits seit dem 12.6.1995 als Facharzt für Chirurgie auf der Warteliste gestanden habe, hat nicht die Fehlerhaftigkeit der von dem Beklagten getroffenen Auswahlentscheidung zur Folge. Ausschlaggebend ist die Wartezeit für das Fachgebiet, für das die Zulassung begehrt wird. Daher war der Beklagte auch nicht verpflichtet, hier die Eintragung des Klägers in die Warteliste als Facharzt für Chirurgie zu berücksichtigen.
- 33 Die Entscheidung des Beklagten ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil er die um 26 Monate längere Eintragung des Klägers in die Warteliste als Orthopäde nicht zu dessen Gunsten als ausschlaggebend bewertet hat. Mit der Entscheidung, der beruflichen Eignung besonderes Gewicht beizumessen und den Gesichtspunkt der Wartezeit dahinter zurücktreten zu lassen, hat der Berufungsausschuss seinen Ermessensspielraum hier nicht überschritten (*zur vorrangigen Berücksichtigung von Versorgungsgesichtspunkten vgl bereits BSG Beschluss vom 28.6.2017 - B 6 KA 12/17 B - Juris RdNr 25*). Für einen weiten Spielraum der Zulassungsgremien bei der Gewichtung der in § 23 Abs 3 BedarfspIRL 2007 genannten Kriterien spricht der Umstand, dass der GBA den Zulassungsgremien - der gesetzlichen Regelung zur Praxisnachfolge in § 103 Abs 4 S 5 SGB V folgend - nicht die "Beachtung", sondern lediglich die "Berücksichtigung" der aufgeführten Kriterien vorgegeben hat (*zur Berücksichtigung weiterer, gesetzlich*

*nicht ausdrücklich aufgeführter Kriterien bei der Praxisnachfolge vgl BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500 § 103 Nr 12 RdNr 50 ff).* Zwar bietet das nach § 23 Abs 3 S 1 Nr 3 BedarfspIRL 2007 zu berücksichtigende Kriterium der Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß § 103 Abs 5 S 1 SGB V den Vorteil, dass zwischen mehreren Bewerbern, die nach Abschluss der Weiterbildung bereits mehr als fünf Jahre vertragsärztlich tätig waren, zuverlässig und nach objektiven Kriterien eine Reihenfolge festgelegt werden kann. Andererseits ist die Wartezeit unter Versorgungsaspekten ohne Bedeutung (*vgl Pawlita in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 3. Aufl 2016, § 103 RdNr 109; Schleswig-Holsteinisches LSG Beschluss vom 3.8.2006 - L 4 B 269/06 KA ER - Juris RdNr 31*).

34 3. Dass der Beklagte die berufliche Eignung der Beigeladenen zu 8. für die Besetzung des Arztsitzes höher als diejenige des Klägers bewertet hat, ist nicht zu beanstanden. Ausschlaggebend dafür war, dass der Beklagte den Kenntnissen und Erfahrungen im Bereich der konservativ-orthopädischen Tätigkeit größere Bedeutung beigemessen hat als den Kenntnissen und Erfahrungen im Bereich der operierenden Tätigkeit. Dabei ist der Beklagte davon ausgegangen, dass es für die Besetzungsentscheidung besonders auf die Versorgungsbedürfnisse älterer, über 60-jähriger Patienten ankommt. Hintergrund war der Umstand, dass die partielle Öffnung des Planungsbereichs für die Arztgruppe der Orthopäden in Jena auf die Einführung des Demografiefaktors mit Beschluss des GBA vom 15.7.2010 (*BAnz Nr 180 S 3954 vom 26.11.2010*) zurückgeht.

35 Dem Kläger ist zuzugeben, dass die durch Einführung des Demografiefaktors ausgelöste teilweise Öffnung des Planungsbereichs für Neuzulassungen keine Auskunft über die tatsächliche Versorgungslage gibt und dass daraus nicht unmittelbar auf einen Bedarf gerade über 60-jähriger Versicherter im Bereich der konservativen Orthopädie geschlossen werden kann. Andererseits bestimmte der mit Beschluss des GBA vom 15.7.2010 eingeführte § 8a Abs 9 BedarfspIRL 2007, dass der ZA bei der Besetzung von Arztsitzen, die aufgrund des Demografiefaktors ausgeschrieben werden, darauf hinzuwirken hat, dass möglichst solche Bewerber Berücksichtigung finden, die zusätzlich zu ihrem Fachgebiet über eine gerontologisch/geriatriische Qualifikation verfügen. Über eine gerontologisch/geriatriische Qualifikation verfügt hier keiner der beiden verbliebenen Bewerber. Der Beklagte durfte der Regelung in § 8a Abs 9 BedarfspIRL 2007 aber eine darüber hinausgehende Wertung dahin entnehmen, dass bei der Besetzung von Arztsitzen, die aufgrund des Demografiefaktors ausgeschrieben werden, der Bedarf älterer (nach der hier noch maßgebenden Rechtslage: über 60-jähriger) Menschen jedenfalls besondere Berücksichtigung finden kann. Daran durfte der Beklagte anknüpfen.

36 Dass der Beklagte keine konkreten Ermittlungen zum Bedarf gerade älterer Menschen im Bereich der konservativen Orthopädie einerseits und im Bereich von Operationen andererseits angestellt hat, ist im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden. Dabei geht der Senat zunächst davon aus, dass die Anforderungen, die in der Rechtsprechung zur Ermittlung der Bedarfslage bei der Entscheidung über Sonderbedarfszulassungen entwickelt worden sind (*vgl dazu im Einzelnen*

*BSG Urteil vom 2.9.2009 - B 6 KA 34/08 R - BSGE 104, 116 = SozR 4-2500 § 101 Nr 7, RdNr 16; BSG Urteil vom 8.12.2010 - B 6 KA 36/09 R - BSGE 107, 147 = SozR 4-2500 § 101 Nr 9, RdNr 19; vgl auch § 36 Abs 4 BedarfspRL 2012*), nicht auf die Besetzung eines Arztsitzes nach partieller Öffnung eines bislang gesperrten Planungsbereichs übertragen werden können. Sonderbedarf ist als zusätzlicher Versorgungsbedarf für eine lokale Versorgungssituation oder als qualifikationsbezogener Versorgungsbedarf festzustellen (*vgl § 36 Abs 1 S 2 BedarfspRL 2012*). Im Gegensatz dazu sind im Zulassungsverfahren nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen keine Ermittlungen zu der Frage anzustellen, ob überhaupt ein zusätzlicher Bedarf besteht. Aufgrund der partiellen Öffnung des Planungsbereichs steht vielmehr fest, dass ein zusätzlicher orthopädischer Vertragsarztsitz besetzt werden kann. Dem steht hier auch nicht der Umstand entgegen, dass im Planungsbereich Jena nach den inzwischen geltenden Maßstäben bezogen auf die Gruppe der Orthopäden Überversorgung besteht und dass der Sitz allein aufgrund der in § 63 Abs 5 BedarfspRL 2012 getroffenen Übergangsregelung, die dem Vertrauensschutz der Bewerber Rechnung trägt, weiterhin zu besetzen ist. Da die Besetzung nicht von einem nach den Maßstäben der BedarfspRL zu ermittelnden tatsächlichen Bedarf abhängt, sind auch die Pflichten der Zulassungsgremien zur Bedarfsermittlung begrenzt.

37 Darüber hinaus ist hier zu berücksichtigen, dass der Beklagte bei seiner Entscheidung die Maßgaben aus dem Urteil des LSG vom 5.12.2013 umzusetzen hatte. Im Hinblick auf die Rechtskraft dieses Urteils lässt der Senat ausdrücklich offen, ob er der Entscheidung des LSG uneingeschränkt folgen würde oder ob sie die Auswahlentscheidung des Beklagten zu weitgehend determiniert. In dem genannten Urteil hatte das LSG einerseits formuliert, der Beklagte werde bei seiner erneuten Entscheidung darzulegen haben, "welcher Versorgungsbedarf konkret besteht und welcher Bewerber diesen Bedarf vermutlich am besten abdecken wird." Andererseits hat das LSG mit Blick auf die im vorangegangenen Verwaltungsverfahren angestellten Ermittlungen des Beklagten in Gestalt einer schriftlichen Befragung von Ärzten ua ausgeführt, dass fraglich sei, "ob eine Beteiligung der Ärzteschaft vor Ort überhaupt erfolgen soll." Diese Formulierung durfte der Beklagte so verstehen, dass er mit einer erneuten Befragung der Ärzte vor Ort eine Aufhebung seiner Entscheidung riskieren würde. Eine unvollständige Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts muss sich der Beklagte unter diesen Umständen nicht entgegenhalten lassen. Es ist daher aus Sicht des Senats im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, dass sich der Beklagte mit seiner Bewertung, ob ein Bedarf im Planungsbereich Jena eher in der konservativen Orthopädie oder im Bereich der operierenden Tätigkeit besteht, im Wesentlichen auf den Sachverstand der im Ausschuss vertretenen sachkundigen Mitglieder gestützt hat.

38 Bei der Frage, wie die bei der Auswahl eines Bewerbers für einen Vertragsarztsitz zu berücksichtigenden unterschiedlichen Kriterien zu gewichten sind und ob neben den normativ vorgegebenen Kriterien weitere Gesichtspunkte berücksichtigt werden, kommt den Zulassungsgremien ein weiter Spielraum zu (*zur Berücksichtigung der Versorgungskontinuität bei der Auswahl im Rahmen der Praxisnachfolge vgl BSG Urteil vom 20.3.2013 - B 6 KA 19/12 R - SozR 4-2500*

§ 103 Nr 12). Diesen hat der Beklagte hier nicht überschritten. Entscheidend ist, dass die Festlegung, wonach Erfahrungen im Bereich der konservativen Orthopädie besonderes Gewicht bei der Auswahl zukommen soll, nicht willkürlich oder diskriminierend erscheint und dass es insbesondere keine Hinweise dafür gibt, dass sachfremden Motive dabei eine Rolle gespielt haben könnten.

39 Entgegen der Auffassung des Klägers musste der Beklagte den Umstand, dass er zum Führen der Facharztbezeichnung Orthopädie und Unfallchirurgie berechtigt ist, während die Klägerin Fachärztin für Orthopädie ist, nicht zu seinen Gunsten berücksichtigen. Die unterschiedlichen Bezeichnungen sind Folge der Neustrukturierung der ärztlichen Weiterbildung nach der Neufassung der (Muster-)Weiterbildungsordnung (MWBO) im Jahr 2003. Mit der Beschlussfassung auf dem 106. Ärztetag ist die Schwerpunktbezeichnung der Unfallchirurgie für das Gebiet der Chirurgie entfallen. Das Gebiet der Orthopädie wird in der MWBO nicht mehr gesondert aufgeführt. An seine Stelle tritt der Arzt für Orthopädie und Unfallchirurgie, der weiterbildungsrechtlich der Chirurgie, bedarfsplanungsrechtlich aber dem Gebiet der Orthopädie zugeordnet wird. Chirurgen, die wie der Kläger über die Schwerpunktbezeichnung Unfallchirurgie verfügten, hatten die Möglichkeit, unter näher geregelten Voraussetzungen die neue Facharztbezeichnung "Orthopädie und Unfallchirurgie" zu erwerben (*vgl dazu im Einzelnen BSG Urteil vom 28.9.2016 - B 6 KA 40/15 R - BSGE 122, 55 = SozR 4-2500 § 103 Nr 22, RdNr 21 ff*). Von dieser Möglichkeit hat der Kläger Gebrauch gemacht. Eine Hierarchie zwischen der Facharztbezeichnung "Orthopädie" nach der alten Weiterbildungsordnung und der Facharztbezeichnung "Orthopädie und Unfallchirurgie" nach neuem Weiterbildungsrecht in der Weise, dass eine Bezeichnung generell als höherwertig anzusehen wäre als die andere, besteht nicht (*zur Rechtswidrigkeit einer pauschalen Bevorzugung von Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten gegenüber Psychologischen Psychotherapeuten mit einer einschlägigen zusätzlichen Fachkundausbildung bei der Besetzung von Therapeutesitzen, die zur ausschließlich psychotherapeutischen Behandlung von Kindern und Jugendlichen bestimmt sind, vgl BSG Urteil vom 15.7.2015 - B 6 KA 32/14 R - BSGE 119, 190 = SozR 4-2500 § 101 Nr 17, RdNr 43 ff*).

40 Auch die Bewertung des Beklagten, nach der die Beigeladene zu 8. aufgrund ihrer größeren Erfahrung bezogen auf den Bereich der konservativen Orthopädie qualifizierter und damit besser geeignet ist als der Kläger, ist unter rechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Grundlage dieser Bewertung waren ua die im Verwaltungsverfahren beigezogenen Honorarabrechnungen des Klägers für die Quartale I/2012 bis I/2014 und der Beigeladenen zu 8. für die Quartale III/2011 bis IV/2012. Ferner hat der Beklagte zu Recht berücksichtigt, dass der Kläger erst seit seiner Zulassung als Orthopäde mit Bescheid des Beklagten vom 21.9.2011 im Wesentlichen konservativ-orthopädisch tätig war, während er vorher in einer chirurgischen Praxis tätig gewesen ist und in nicht unerheblichem Umfang Operationen durchgeführt hat. Soweit der Kläger geltend macht, dass er wegen der Tätigkeit in einer chirurgischen Praxis keine Möglichkeit gehabt habe, Leistungen aus dem Kapitel 18 des EBM-Ä (Orthopädische Gebührenordnungspositionen) abzurechnen, sondern die sehr ähnlichen Leistungen aus dem Kapitel 7 (Chi-

rurgische, kinderchirurgische und plastisch-chirurgische Gebührenordnungspositionen) habe abrechnen müssen, ist das zweifellos zutreffend. Das ändert aber nichts daran, dass die orthopädischen Leistungen aus dem Kapitel 18 des EBM-Ä mit den chirurgischen Leistungen aus dem Kapitel 7 des EMB-Ä keineswegs vollständig übereinstimmen (*vgl dazu die Darlegungen im Urteil des Senats vom 28.9.2016 - B 6 KA 40/15 R - BSGE 122, 55 = SozR 4-2500 § 103 Nr 22, RdNr 29*). Der Beklagte durfte aus der unterschiedlichen Ausrichtung und dem größeren Gewicht von Operationen in der Tätigkeit des Klägers auf größere Erfahrung der Beigeladenen zu 8. im Bereich konservativ-orthopädischer Tätigkeiten und damit die bessere Eignung gerade für den hier zu besetzenden Vertragsarztsitz schließen. Dem kann der Kläger nicht mit Erfolg entgegenhalten, dass er durch seine ab 2012 ausgeübte Tätigkeit als Orthopäde gezeigt habe, dass auch er die Gewähr für eine konservativ-orthopädische Ausrichtung seiner Praxis biete. Die konservativ-orthopädische Ausrichtung auch des Klägers seit der vorläufigen Übernahme des Vertragsarztsitzes hat der Beklagte in der Begründung des angefochtenen Bescheides berücksichtigt. Entgegen der Auffassung des Klägers musste sich der Beklagte aber nicht auf eine Prognose zur künftigen Ausrichtung des ausgewählten Bewerbers um die Zulassung beschränken, sondern er durfte in die Beurteilung auch die unterschiedlichen beruflichen Werdegänge und die damit verbundenen unterschiedlichen Erfahrungen der beiden Bewerber einfließen lassen.

41 Ferner ist nicht zu beanstanden, dass der Beklagte Zusatzqualifikationen der Beigeladenen zu 8. in den Bereichen Physikalische Therapie, Sonografie des Haltungs- und Bewegungsapparates, Balneologie und Akupunktur, die Bedeutung für eine konservativ-orthopädisch ausgerichtete Tätigkeit haben können, zu deren Gunsten berücksichtigt hat. Die vom Kläger angegebene Zusatzbezeichnung "spezielle Unfallchirurgie" nach der neuen Weiterbildungsordnung musste der Beklagte dagegen nicht als Beleg für eine besondere Qualifikation im Bereich der konservativ-orthopädischen Tätigkeit bewerten. Eine aus dieser Zusatzbezeichnung abzuleitende höhere Qualifikation im Bereich operierender Tätigkeiten konnte sich unter den genannten Umständen nicht zugunsten des Klägers auswirken.

42 Der Bescheid des Beklagten ist entgegen der Auffassung des SG und in Übereinstimmung mit der vorinstanzlichen Entscheidung des LSG auch nicht deshalb fehlerhaft, weil er die Vorgabe aus dem rechtskräftigen Urteil des LSG vom 5.12.2013 nicht umgesetzt hätte, nach der Ermittlungen zu der orthopädischen Tätigkeit des Klägers vorzunehmen waren, die Grundlage für dessen Anerkennung als Facharzt für Orthopädie gewesen ist. Das LSG hatte dazu in dem Urteil vom 5.12.2013 ausgeführt, der Beklagte habe sich einen "Überblick über die tatsächliche orthopädische Tätigkeit des Beigeladenen zu 8. (Kläger des vorliegenden Verfahrens) im Einzelnen zu verschaffen, der wiederum Rückschlüsse auf sein Leistungsspektrum erlaubt, das bei einer Auswahlentscheidung einen wesentlichen Gesichtspunkt darstellt." Dieser Maßgabe hat der Beklagte Rechnung getragen, indem er beide Bewerber vor der erneuten Entscheidung aufgefordert hat, ua zu den im vorliegenden Zusammenhang relevanten beruflichen Vorerfahrungen vorzutragen. Dass der Kläger vor seiner Anerkennung als Facharzt für Orthopädie und

Unfallchirurgie über die schon bekannten und von dem Beklagten bereits berücksichtigten Tätigkeiten hinaus weitere orthopädisch ausgerichtete Tätigkeiten verrichtet hätte, hat er weder im Verwaltungsverfahren gegenüber dem Beklagten noch im weiteren gerichtlichen Verfahren geltend gemacht. Unter diesen Umständen kann - worauf das LSG unter Ziffer 1 der Entscheidungsgründe (*Urteil vom 25.8.2016*) zutreffend hingewiesen hat - das Unterlassen weiterer Ermittlungen durch den Beklagten auch nicht die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides des Beklagten begründen.

- 43 B. Da die Klage abzuweisen war und der Beklagte keine erneute Auswahlentscheidung zu treffen hat, konnte die Revision des Klägers keinen Erfolg haben. Auf die im Urteil des LSG genannten Maßgaben für die Neubescheidung kommt es unter diesen Umständen nicht mehr an. Der Kläger ist durch diese Maßgaben auch nicht mehr beschwert.
- 44 C. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs 1 S 1 Teils 3 SGG iVm § 154 Abs 1 und 2 VwGO. Danach hat der Kläger die Kosten des Rechtsstreits in allen Instanzen zu tragen. Eine Erstattung der Kosten der Beigeladenen zu 1. bis 7. ist nicht veranlasst; sie haben - anders als die Beigeladene zu 8. - im gesamten Verfahren keine Anträge gestellt (§ 162 Abs 3 VwGO; vgl dazu *BSG Urteil vom 31.5.2006 - B 6 KA 62/04 R - BSGE 96, 257 = SozR 4-1300 § 63 Nr 3, RdNr 16*).