
S 33 KA 47/09 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung	11
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 33 KA 47/09 ER
Datum	12.03.2009

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 B 8/09 KA ER
Datum	01.07.2009

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Auf die Beschwerde des Klägers wird der Beschluss des Sozialgerichts (SG) Düsseldorf vom 12.03.2009 abgeändert. Die aufschiebende Wirkung der Klage (S 33 KA 49/09 SG Düsseldorf) gegen den Bescheid der Beklagten vom 17.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchbescheides vom 27.01.2009 wird mit der Maßgabe angeordnet, dass die vom Kläger vertragsärztlich durchzuführenden Substitutionsbehandlungen auf 50 Fälle begrenzt werden. Die gerichtlichen Kosten des Verfahrens tragen der Kläger und die Beklagte je zur Hälfte. Der Kläger trägt $\frac{1}{2}$ der erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten der Beklagten. Die Beklagte trägt $\frac{1}{2}$ der erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten des Klägers.

Gründe:

I.

Der Kläger ist als praktischer Arzt in C niedergelassen und zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Zum 01.07.2003 wurde ihm die unbefristete Genehmigung zur Substitution von bis zu 100 Patienten erteilt. Mit Bescheid vom 23.06.2005 widerrief die Beklagte die Substitutionsgenehmigung im Umfang von 20 Opiatabhängigen. Das Widerspruchsverfahren blieb erfolglos. Die anhängig

gemachte Klage (S 33 KA 61/06 SG Düsseldorf) ruht. Am 12.03.2008 fand eine Überprüfung der Dokumentation von Zugängen, Abgängen und Beständen der Betäubungsmittel durch das Gesundheitsamt der Stadt C statt. In der Niederschrift wurde festgehalten, dass keine Vernichtungsprotokolle mit der Unterschrift des Antragstellers und von zwei Zeugen vorhanden seien. Weiterhin sei die monatliche Überprüfung der Eintragungen über Zu- und Abgänge und Bestände der Betäubungsmittel sowie die Übereinstimmung der Bestände mit den geführten Nachweisen nicht mit Namenszeichen und Prüfdatum des Verantwortlichen dokumentiert. Dem Kläger wurde aufgegeben, diese und weitere im Einzelnen benannten Mängel abzustellen bzw. weitere Unterlagen dem Gesundheitsamt der Stadt C vorzulegen. Nachdem der Antragsteller dem Gesundheitsamt die geforderten Unterlagen zur Verfügung gestellt hatte, wurde mit Datum vom 06.10.2008 ein Inspektionsbericht vom Gesundheitsamt der Stadt C verfasst. Dieser kommt zu dem Ergebnis, dass beim weiteren Betrieb der Praxis verschiedene Maßnahmen zu ergreifen sind. Dem Kläger wurde aufgegeben, weitere Unterlagen vorzulegen.

Mit Bescheid vom 17.12.2008 widerrief die Beklagte die dem Kläger erteilte Genehmigung zur Durchführung von Substitutionsbehandlungen bei von bis zu 100 Opiatabhängigen unter Anordnung der sofortigen Vollziehung. In der Begründung heißt es u.a., im Inspektionsbericht vom 06.10.2008 seien Verstöße gegen das Betäubungsmittelgesetz und gegen die Betäubungsmittelverschreibungsverordnung festgestellt worden. Hieraus folge, dass eine den rechtlichen Vorgaben entsprechende Substitutionsbehandlung nicht stattfinde. Eine fachliche Qualifikation sei daher nicht gegeben. Es sei nicht gewährleistet, dass eine ordnungsgemäße tägliche Dosierung der Patienten stattfinde, wenn die Lagerbestände der Substitutionsmittel nicht korrekt seien bzw. nicht überprüft werden könnten. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass mit Restbeständen Handel getrieben werde und dadurch Substitutionspatienten gefährdet würden, da nicht alle Vernichtungserklärungen vorgelegt worden seien.

Mit Schreiben vom 23.12.2008 legte der Kläger Widerspruch ein und beantragte gleichzeitig, die Aussetzung der sofortigen Vollziehung bei der Behörde. In der Begründung verwies er im Wesentlichen darauf, dass der Inspektionsbericht des Gesundheitsamtes der Stadt C von der Beklagten fehlerhaft und unvollständig gewürdigt worden sei. Die Schlussfolgerung, die Bestände könnten nicht geprüft werden, sei falsch. Anhand der Dosierlisten sowie der übrigen medizinischen Dokumentation sei nachweisbar, dass keine Patientengefährdung vorliege, er im Gegenteil lege artis behandle. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei unverhältnismäßig, da die Beklagte die Genehmigung erst zehn Wochen nach Kenntnis des Inspektionsprotokolls widerrufen habe.

Die Beklagte wies den Widerspruch und den Antrag auf Aufhebung des Sofortvollzug mit Bescheid vom 27.01.2009 zurück.

Diese Entscheidung hat der Kläger mit der Klage (S 33 KA 49/09) angegriffen und Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gestellt. Er hat die Feststellungen des Inspektionsberichts unter Beweisantritt in wesentlichen Teilen

bestritten und im Einzelnen dargelegt, die fraglichen Probleme durch Einleitung von Gegenmaßnahmen deutlich verbessert zu haben.

Der Kläger hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs vom 23.12.2008 und der nachfolgenden Klage gegen den Widerrufsbescheid der Beklagten vom 17.12.2008 betreffend die Genehmigung zur Substitution wiederherzustellen.

Die Beklagte hat beantragt,

den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung vom 07.02.2009 zurückzuweisen.

Sie hat vorgetragen: Das öffentliche Interesse an der Vollziehung der getroffenen Regelung überwiege. Das Interesse des Klägers an der Beteiligung des spezialisierten Versorgungsauftrags trete gegenüber dem Schutz der Patientengesundheit als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zurück. Der Kläger erfülle die Qualitätsanforderungen der BUB-Richtlinie nicht. Die Staatsanwaltschaft C habe seine Praxisräume durchsucht. Dabei habe sich herausgestellt, dass er mehr als 400 Patienten (davon ca. 300 Selbstzahler) substituiert habe. Ausweislich der Richtlinie solle ein Arzt in der Regel nicht mehr als 50 Opiatabhängige gleichzeitig substituieren.

Mit Beschluss vom 12.03.2009 hat das SG Düsseldorf den Antrag des Klägers abgelehnt. Eine Existenzgefährdung sei nicht zu besorgen. Der angefochtene Widerruf der Genehmigung zur Substitutionsbehandlung betreffe lediglich ein Viertel der vom Kläger versorgten Patienten. Die aufschiebende Wirkung sei auch nicht deshalb anzuordnen, weil die Versorgung der Patienten gefährdet sei. Ausweislich der Auskunft der Stadt C sei es gelungen, für die vom Kläger betreuten Patienten im wesentlichen neue Versorgungsstrukturen zu schaffen. Im Übrigen sei im Rahmen der summarischen Prüfung davon auszugehen, dass der angefochtene Bescheid rechtmäßig sei.

Diese Entscheidung greift der Kläger fristgerecht mit der Beschwerde an. Er macht geltend: Das SG haben seinen Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt. Ihm sei keine Gelegenheit gegeben worden, auf den unzutreffenden Vortrag der Beklagten im Schriftsatz vom 03.03.2009 zu erwidern. Gerade diesem unzutreffenden Vorbringen habe sich das SG angeschlossen. Die angefochtenen Bescheide seien offenkundig rechtswidrig. Die Beklagte habe es versäumt, ihn – den Kläger – vor Erlass des Widerrufsbescheid anzuhören. Schon deswegen sei die Anordnung des Sofortvollzugs rechtswidrig. Im Übrigen sei der Widerrufsbescheid auch materiell rechtswidrig. Die Beklagte habe den für die Ermessensbetätigung wesentlichen Sachverhalt nicht ermittelt. Zudem habe sie nicht erkannt, dass Ermessen ausgeübt werden müsse. Der Sofortvollzug habe existenzvernichtende Folgen.

Der Kläger beantragt,

den Beschluss des SG Düsseldorf vom 12.03.2009 abzuändern und die aufschiebenden Wirkung der beim SG Düsseldorf unter dem Aktenzeichen S 33 KA 49/09 anhängigen Klage gegen den Bescheid der Beklagten vom 17.12.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.01.2009 anzuordnen.

Die Beklagte beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie tritt dem tatsächlichen und rechtlichen Vorbringen des Klägers entgegen. Das SG habe den Anspruch auf rechtliches Gehör nicht verletzt. Es sei bei seiner Entscheidung vom Tatsachenvortrag des Klägers ausgegangen. Ein Anhörungsmangel liege nicht vor. Der Kläger habe seine Auffassung noch im Widerspruchsverfahren vorbringen können. Das Ermessen sei zutreffend ausgeübt worden. Sie – die Beklagte – sei bei der Ermessensausübung nicht allein von den nach ihrer Auffassung vorliegenden Verstößen gegen das Betäubungsmittelgesetz sondern auch von der nicht richtlinienkonformen Erbringung der Leistungen zur Substitution ausgegangen. Im Verfahren auf Zulassungsentziehung sei dokumentiert worden, dass der Kläger von Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) Vergütungen gefordert und daneben diese Leistungen gegenüber der KV abgerechnet habe. Aus einem Wirtschaftlichkeitsprüfungsverfahren ergebe sich, dass der Kläger im Quartal III/2007 allein zu Lasten einer Krankenkasse für 160 Patienten Methadon verordnet habe, bei denen eine Substitutionsbehandlung zu Lasten der GKV nicht angezeigt worden sei. Teilweise habe er gleichzeitig Benzodiazepinen verordnet. Allein dies belege, dass der Widerruf der Genehmigung mit sofortiger Wirkung zwingend geboten sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsvorgänge der Beklagten Bezug genommen.

II.

Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde erweist sich im tenorierten Umfang als begründet. 1. Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. Zwar ist in [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) lediglich die Rede von der Anordnung der aufschiebenden Wirkung, doch wird wegen der gleichen Zielrichtung auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von dieser Norm erfasst (Senat, Beschluss vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 25.10.2006 – [L 10 B 15/06 KA ER](#) -; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 – [L 4 B 269//04 KA ER](#) -). Das Gericht entscheidet nach Ermessen aufgrund einer Interessenabwägung. Bei den Entscheidungen nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#) hat eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen stattzufinden. Dabei steht eine Prüfung der Erfolgsaussichten zunächst im Vordergrund. Auch wenn das Gesetz keine materiellen Kriterien für die Entscheidung nennt, kann als Richtschnur für die Entscheidung davon ausgegangen

werden, dass das Gericht dann die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, wenn der angefochtene Verwaltungsakt offenbar rechtswidrig ist und der Betroffene durch ihn in subjektiven Rechten verletzt wird. Umgekehrt besteht am Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse (Düring, in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 86b Rdn. 11). Sind die Erfolgsaussichten nicht offensichtlich, müssen die für und gegen eine sofortige Vollziehung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die Regelung des § 86a Abs. 3 Satz 2 zu beachten, dass in den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) (Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben) die Vollziehung ausgesetzt werden soll, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bestehen oder die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Auch über diese ausdrückliche Regelung hinaus ist das aus den Regelungen des [§ 86a SGG](#) hervorgehende gesetzliche Regel-Ausnahmeverhältnis zu beachten: In den Fallgruppen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 2 bis 4 SGG](#) ist maßgebend, dass der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine davon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2003 – [1 BvR 2025/03](#) – zu [§ 80 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)). In den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) haben Widerspruch und Klage hingegen grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Es ist ein öffentliches Vollzugsinteresse oder ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten erforderlich. Nur dann wird (ausnahmsweise) die sofortige Vollziehung angeordnet. Das Gericht hat insbesondere zu berücksichtigen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung durch die aufschiebende Wirkung gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit müssen die Gründe für den Sofortvollzug in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen und ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens ausschließen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 28.08.2007 – [1 BvR 2157/07](#) –; 11.02.2005 – [1 BvR 276/05](#) –; BVerfG, [NJW 2003 S. 3618](#), 3619; Senat, Beschlüsse vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) – und 19.03.2009 – [L 11 B 20/08 KA ER](#) –; vgl. auch Düring a.a.O.).

Ausgehend hiervon ergibt sich nach cursorischer Prüfung auf der Grundlage der derzeitigen Sachlage, dass die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens als offen zu bewerten sind, mithin der Sofortvollzug nicht aufrechterhalten werden kann. a) Durch den Widerrufsbescheid vom 17.12.2008 hat die Beklagte in die Rechte des Klägers eingegriffen, so dass sie gemäß [§ 24 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) verpflichtet war, ihm vor Erlass des Bescheides Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen – Inspektionsbericht des Stadt C vom 06.10.2008 – zu äußern. aa) [§ 24 SGB X](#) dient sowohl der Wahrung der Rechte und Belange des Betroffenen als auch der Vermeidung von Fehlern der Verwaltung bei der Tatsachenermittlung. Einerseits soll durch die Vorschrift sichergestellt werden, dass der Betroffene aktiv auf das Verfahren der Sozialverwaltung und deren Entscheidung Einfluss nehmen kann; der Bürger soll vor Überraschungsentscheidungen und vor vorschnellen und vermeidbaren Eingriffen geschützt werden; darüber hinaus soll durch diese Verfahrensweise das

Vertrauensverhältnis zwischen Bürger und Sozialleistungsträger gestärkt werden. Andererseits soll die Verwaltung vor Erlass des Verwaltungsaktes anhand der Stellungnahme des Betroffenen prüfen können, ob diese Veranlassung gibt, von dem Verwaltungsakt abzusehen oder ihn erst nach weiteren Ermittlungen, in anderer Form oder zu einem späteren Zeitpunkt zu erlassen (BSG, Urteil vom 30.03.1982 - [2 RU 15/81](#) -). Eine derartige rechtserhebliche Äußerung des Betroffenen setzt jedoch voraus, dass ihm die für die Entscheidung erheblichen Tatsachen in einer Weise unterbreitet werden, dass er sie als solche erkennen und sich zu ihnen sachgerecht äußern kann. Dies erfordert eine hinreichende Information durch die Verwaltung. Was unter einer erheblichen Tatsache i.S.v. [§ 24 Abs. 1 SGB X](#) zu verstehen ist, richtet sich nach Art und Inhalt des Verwaltungsaktes, dessen Erlass beabsichtigt ist sowie nach den Umständen des Einzelfalles und den jeweils anzuwendenden Vorschriften (zu Vorstehendem vgl. BSG, Urteil vom 28.04.1999 - [B 9 SB 5/98 R](#) - m.w.N.; BSG, Urteil vom 15.08.1996 - [9 RV 10/95](#) -). Diesen Anforderungen genügt der Bescheid vom 17.12.2008 schon deswegen nicht, weil keine Anhörung durchgeführt worden ist und er sich damit als Überraschungsentscheidung darstellt. Die unterlassene Anhörung des Klägers stellt einen wesentlichen Mangel des Verfahrens dar, der allerdings nicht so schwerwiegend ist, dass deshalb der Verwaltungsakt nichtig wäre (von Wulffen, SGB X, 8. Auflage, 2008, § 24 Rdn. 17 m.w.N.). Ein Verwaltungsakt, der nicht nichtig ist ([§ 40 SGB X](#)), kann indessen nicht allein deshalb aufgehoben werden, weil er unter Verletzung von Verfahrens- oder Formvorschriften zustande gekommen ist, sofern offensichtlich ist, dass die Verletzung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst ([§ 42 Satz 1 SGB X](#)). Dabei muss nachweislich offensichtlich sein, dass die Behörde ohne den Fehler genauso entschieden hätte, eine entsprechende Erklärung der Behörde reicht nicht aus (Schütze in von Wulffen, a.a.O., § 42 Rdn. 7). Daran fehlt es. Das Vorbringen des Klägers im Antrags- und Beschwerdeverfahren mittels dessen er die Feststellungen der Stadt C im Inspektionsbericht vom 06.10.2008 in wesentlichen Punkten substantiiert bestreitet, lässt nur die Schlussfolgerung zu, dass im Verwaltungsverfahren weitere Ermittlungen hätten durchgeführt werden müssen, sofern der Kläger dies vorgetragen hätte ([§ 20 Abs. 1 SGB X](#)), was indessen mangels Anhörung nicht geschehen ist. Demzufolge greift die Aufhebungssperre des [§ 42 Satz 1 SGB X](#) nicht. Der Widerrufsbescheid könnte insoweit allein wegen des formellen Fehlers aufgehoben werden. Letztlich kann dies dahin stehen, denn [§ 42 Satz 2 SGB X](#) bestimmt, dass Satz 1 dann nicht gilt, wenn die erforderliche Anhörung - wie hier - unterblieben ist. Fehlt die Anhörung und ist sie nicht rechtzeitig nachgeholt worden, hat der Betroffene einen Anspruch auf Aufhebung des Verwaltungsaktes und ordnungsgemäße Neubescheidung und zwar auch dann, wenn keine andere Entscheidung hätte ergehen können (Schütze, a.a.O., Rdn. 10). bb) Allerdings ist die formelle Verfahrensstoß "fehlende Anhörung" dann unbeachtlich, wenn er im Widerspruchsverfahren geheilt worden wäre ([§ 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X](#)). Dies könnte deswegen der Fall sein, wenn der Kläger im Widerspruchsbescheid nicht mit neuen Tatsachen konfrontiert worden ist, zu denen er nach Maßgabe des [§ 24 SGB X](#) ggf. wiederum hätte angehört werden müssen, der Widerspruchsbescheid vielmehr in abstrahierter Form die Feststellungen des Widerrufsbescheids vom 17.12.2008 übernimmt. Das bedarf hier keiner abschließenden Klärung und mag im Hauptsacheverfahren abschließend geprüft werden, denn der Bescheid erweist sich aus anderen Gründen als fehlerhaft. 2.

Soweit die Beklagte die Auffassung vertritt, dass die Genehmigung schon dann zu widerrufen ist, wenn die Voraussetzungen des § 2 Substitutionsrichtlinie i.d.F der Bekanntmachung des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 28.10.2002 (DÄ 2003, S. 87 f.) nicht (mehr) erfüllt sind und § 9 Abs. 7 der Richtlinie insoweit verdrängt wird, kann dies hier dahinstehen. Nach § 2 der Richtlinie dürfen Substitutionen in der vertragsärztliche Versorgung nur von solchen Ärzten durchgeführt werden, die gegenüber der KV ihre fachliche Befähigung gemäß [§ 5 Abs. 2 Satz 1 Nr. BtMVV](#) nachgewiesen haben und denen die KV die Genehmigung zur Substitution erteilt hat. Entfällt die fachliche Befähigung, liegen die Voraussetzungen des § 2 der Richtlinie nicht mehr vor. Dies legt es nahe, die Genehmigung in einem solchen Fall zu widerrufen. Indessen bedarf es hierzu einer Rechtsgrundlage. Eine solche enthält die Richtlinie nicht. Ob allein der Gedanke eines actus contrarius ausreicht, erscheint als zweifelhaft. Ungeachtet dessen kann sich die Beklagte auf diese Rechtsfigur schon deswegen nicht berufen, weil sie die Genehmigung nicht mangels fehlender fachlicher Qualifikation widerrufen hat. Der Widerspruchsbescheid formuliert vielmehr ausdrücklich und nur "Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel an der fachlichen Qualifikation". Selbst wenn also die Auffassung der Beklagten zutreffend sein sollte, dass Ermächtigungsgrundlage für den Widerruf der Genehmigung § 2 der Richtlinie i.S. eines actus contrarius sein sollte, führt das nicht weiter. Zweifel daran, dass die Voraussetzungen des § 2 Richtlinie weiterhin erfüllt sind, rechtfertigen nicht den Widerruf der Genehmigung. Beweisbelastet ist insoweit die Beklagte. Sie muss den Vollbeweis erbringen, dass die Voraussetzungen des § 2 Richtlinie nicht mehr gegeben sind. Diesen Nachweis hat sie nach eigenem Vorbringen nicht erbracht. Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn die angefochtene Entscheidung auf [§ 48 SGB X](#) gestützt würde. 3. Auch § 9 Abs. 7 Satz 3 der Richtlinie trägt die Entscheidung der Beklagten nicht. Danach kann dem Arzt die Genehmigung zur Durchführung und Abrechnung der Substitution durch die KV entzogen werden, wenn es trotz wiederholter Anhörung und Beratung nicht gelingt, eine richtliniengemäße Substitutionsbehandlung zu erreichen. Rechtssystematisch ist diese Regelung dreigliedrig konzipiert, nämlich a) Tatbestandsvoraussetzungen und b) Rechtsfolge sowie eine Verknüpfung von a) und b) mittels einer c) Ermessensermächtigung. ad a) Weder der Widerrufsbescheid noch der Widerspruchsbescheid weisen die Tatbestandsvoraussetzungen komplett aus. So ist weder festgehalten noch aus den aktenkundigen Unterlagen ersichtlich, dass der Kläger "wiederholt angehört und beraten" worden ist. Beide Bescheide beziehen sich allein auf den Inspektionsbericht der Stadt C vom 06.10.2008. Damit ist bereits zweifelhaft, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 7 der Richtlinie erfüllt sind. Weitere Ermittlungen hierzu sind im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht tunlich. Dies mag ggf. dem Hauptsacheverfahren vorbehalten bleiben. ad c) Die Formulierung "kann" interpretiert der Senat nicht als Kompetenznorm sondern als Handlungsermessen (Entziehungsermessen). Das bedeutet: Liegen die Entziehungsvoraussetzungen vor, kann die KV die Genehmigung entziehen. Abgesehen von Fällen der Ermessenreduzierung auf Null ist sie hierzu indes nicht verpflichtet. In Anlehnung an [§ 39 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Erstes Buch (SGB I) ist das Entziehungsermessen unter Einhaltung seiner Grenzen dem Zweck der Ermächtigung entsprechend auszuüben; hierauf hat der Betroffene einen Rechtsanspruch. Dazu sind zunächst alle wesentlichen Umstände des Einzelfalles zu ermitteln und zu berücksichtigen, soweit sie einen

unmittelbaren Bezug auf Vertrauen und Schützwürdigkeit des Betroffenen sowie das öffentliche Interesse haben (Schütze, a.a.O., § 45 Rdn 89).

Ermessensgesichtspunkte können sein: Öffentliches Interesse an der Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Betroffenen, grobes Verschulden der Behörde und/oder des Betroffenen, Unverhältnismäßigkeit der Entscheidung, Uneinsichtigkeit usw ... Vorliegend hat die Beklagte kein Ermessen ausgeübt. Ausgehend von ihrer Rechtsauffassung war dies folgerichtig, denn ein Entzug der Zulassung als actus contrarius zur Genehmigung (§ 2 der Richtlinie) würde eine Ermessensbetätigung nicht voraussetzen.

Demgegenüber verlangt die hier einschlägige Ermächtigungsrundlage des § 9 Abs. 7 der Richtlinie eine Ermessensbetätigung. Hierauf kann nur dann verzichtet werden, wenn das Ermessen auf Null reduziert wäre. Das wiederum ist schon deswegen zu verneinen, weil schon die Tatbestandsvoraussetzungen des § 9 Abs. 7 der Richtlinie nicht nachgewiesen sind. Im Übrigen kann eine Ermessensreduzierung auf Null auch deswegen nicht angenommen werden, weil weder dargetan noch ersichtlich ist, dass mildere Maßnahmen nicht ausreichen (z.B. weitere Reduzierung des Substitutionsvolumens, zeitlich versetztes Wirksamwerden des Entzugs der Genehmigung).

Der Ermessensausfall ist nicht heilbar. Die Regelung des [§ 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X](#) greift nicht. Es liegt kein Fehler der Ermessensbegründung, sondern ein Mangel der Ermessensbetätigung nach [§ 39 SGB I](#) vor. Ein solcher Fehler kann nur bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens geheilt werden. Ermessensgründe können im Klageverfahren nicht mehr nachgeschoben werden. Hat die Behörde ersichtlich kein Ermessen ausgeübt, weil sie – wie hier – irrtümlich von einer gebundenen Entscheidung ausgegangen ist, kann dies nicht nach [§ 41 Abs. 2 SGB X](#) geheilt werden, denn die Ermessensentscheidung ist gegenüber der gebundenen Entscheidung materiell-rechtlich ein aliud (Schütze, a.a.O., Rdn. 12 m.w.N.; einschränkend Seewald in Kasseler Kommentar, SGB X, § 41 Rdn. 25; offengelassen im Senatsurteil vom 11.02.2009 – [L 11 KA 98/08](#) -).

4. Die angefochtenen Bescheide erweisen sich aus einem weiteren Grund als fehlerhaft. Die Beklagte hat den Widerrufsbescheid vom 17.12.2008 für sofort vollziehbar erklärt. Als Rechtsgrundlage hierfür hat sie [§ 80 Abs. 5](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) angegeben. Das ist zwar unzutreffend, denn maßgebend ist [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#). Dieser Fehler macht den Bescheid allerdings nicht aufhebbar ([§ 42 SGB X](#)), zumal insoweit eine Umdeutung möglich ist. Indessen sind die Voraussetzungen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) nicht dargetan.

An die Begründung sind hohe Anforderungen zu stellen. Sie muss erkennen lassen, warum im konkreten Fall das öffentliche Interesse oder das Individualinteresse eines Beteiligten am Sofortvollzug überwiegt und warum dies dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entspricht (Keller, in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, 9. Auflage, 2008, § 86a Rdn. 21b). Das den Sofortvollzug tragende öffentliche oder individuelle Interesse ("besonderes Interesse") muss mehr als das den Erlass des Verwaltungsaktes rechtfertigende Interesse sein, denn die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes reichen für die Begründung des Sofortvollzugs nicht aus (vgl. Frehse, in Schnapp/Wigge, Handbuch für das

Vertragsarztrecht, 2. Auflage, 2006, § 23 Rdn. 103; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.11.2004 - [L 10 B 14/04 KA](#) -). Etwas anders mag nur dann gelten, wenn das besondere Vollzugsinteresse schon aus der Eigenart der Regelung folgt (Senat, Beschluss vom 06.01.2004 - [L 11 B 17/03 KA ER](#) -).

Hierzu hat der Senat im Beschluss vom 17.12.2005 - L 11 B 52/05 KA ER - ausgeführt (vgl. auch Senat, Beschluss vom 02.04.2009 - [L 11 KA 2/09 ER](#) - sowie Beschluss des 10. Senats vom 11.11.2003 - [L 10 B 15/03 KA ER](#) -):

Bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung ist das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Umsetzung der getroffenen Regelung mit dem Interesse des Betroffenen an der (vorläufigen) Aufrechterhaltung des bestehenden Status abzuwägen, wobei das Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten der aufschiebenden Wirkung zu beachten ist (vgl. Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage, § 86a Rdn. 19c). Im Zusammenhang mit Zulassungsentscheidungen ist darüber hinaus zu beachten, dass nicht nur die Entziehung der Zulassung, sondern auch die Anordnung ihres Sofortvollzuges als Eingriff in die Berufsfreiheit des Betroffenen ([Artikel 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG)) zu qualifizieren sind. Dabei rechtfertigt nicht allein das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung für eine Zulassungsentziehung deren sofortigen Vollzug. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) sind vielmehr an einen präventiven Eingriff in die Berufsfreiheit schon vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens strenge Anforderungen zu stellen. Wegen der Eingriffsintensität der Maßnahme, vor allem der damit verbundenen gravierenden Auswirkung auf die berufliche Tätigkeit des Betroffenen, bedarf es zusätzlicher Gründe, die in einem angemessenen Verhältnis zu der Schwere des Eingriffs stehen und die ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens ausschließen. Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung der Umstände des Einzelfalles, wobei insbesondere von Bedeutung ist, ob bei einer weiteren Berufstätigkeit des betroffenen Arztes konkrete Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter zu befürchten sind (vgl. BVerfG [NJW 1991, 1530](#), 1531; [NJW 2003, 3618](#), 3619; [GesR 2004, 333](#), 334; zuletzt BVerfG, Beschluss vom 15.12.2005 - [2 BvR 673/05](#)). Nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) bedarf die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer schriftlichen Begründung. Die Vollziehungsanordnung ist somit grundsätzlich mit einer auf den konkreten Einzelfall abgestellten und nicht lediglich formelhaften Begründung des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes zu versehen. Die Begründung muss erkennen lassen, aus welchen Gründen das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung im konkreten Fall das Interesse des Betroffenen überwiegt. An die Begründung sind im Hinblick auf die mit ihr verbundene Warnfunktion für die Behörde sowie die dadurch bezweckte Transparenz und Rechtsklarheit hohe Anforderungen zu stellen (Keller, aaO. Rn. 21b mwN., auch OVG Brandenburg, Beschluss vom 25.1.2005 - [5 B 163/03](#)).

Zwar beziehen sich die Darlegungen des Senats im Beschluss vom 17.12.2005 - L 11 B 52/05 KA ER - auf die Konstellationen einer Zulassungsentziehung, sie beanspruchen vorliegend jedoch gleichermaßen Geltung, denn der Entzug der Genehmigung betrifft - wenngleich in geminderter Form - auch die Ausübung der Berufsfreiheit. Nach diesen Maßstäben hat die Beklagte die Anordnung der

sofortigen Vollziehung nicht ausreichend begründet.

Zur Begründung der sofortigen Vollziehung wird in dem Widerrufsbescheid lediglich ausgeführt, dass aufgrund der durch Falschdosierung entstehenden Gefährdung für Gesundheit und Leben der Patienten die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Widerrufs der Substitutionsgenehmigung gerechtfertigt ist. Eine Gesundheitsgefährdung wäre in der Tat ein gewichtiger Gesichtspunkt, unter dem die Anordnung der sofortigen Vollziehung in Betracht kommt. Es fehlt aber jegliche Abwägung mit den Interessen des Klägers. Das ist zwar nicht in jedem Fall geboten, denn die Patientengefährdung kann ggf. allein ausreichen, um den Sofortvollzug zu rechtfertigen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 24.11.2004 - [L 10 B 14/04 KA](#) - sowie 12.05.2004 - L [10 B 4/04 KA ER](#) -: jeweils kurative Koloskopien). Das setzt indessen voraus, dass der betreffende Arzt durch den Widerruf der Genehmigung bzw. deren Nichtverlängerung nicht nachhaltig in seiner Praxistätigkeit beeinträchtigt wird. Für den Kläger gilt hingegen anderes. Er hat sich auf darauf spezialisiert, opiatabhängige Patienten zu behandeln. Das beruht zwar auf seiner Entscheidung, ändert indessen nichts daran, dass der Widerruf der Genehmigung einen nicht unerheblichen Teil der Praxistätigkeit erfasst und daher die wirtschaftlichen Auswirkungen in die Abwägung hätten einbezogen werden müssen.

Der Widerspruchsbescheid ist nicht geeignet, diese Mängel zu heilen. Abgesehen davon, dass er rechtliche Obersätze, Sachverhaltssubsumtion und rechtliche Ableitungen nicht deduktiv darstellt, vielmehr eine gewisse Beliebigkeit herrscht, wird der Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung wiederum (lediglich) mit dem Gesichtspunkt der Patientengefährdung abgelehnt. Hierzu werden die Erwägungen aus dem Widerrufsbescheid lediglich wiederholt. Eine Interessenabwägung fehlt.

Dem Senat ist es verwehrt, eine ggf. unzureichende Begründung der Beklagten nachzubessern. Das folgt schon daraus, dass auch die Beklagte gehindert ist, eine fehlende Begründung nachzuholen (Senat, Beschluss vom 06.01.2004 - [L 11 B 17/03 KA](#) -; Düring, a.a.O., § 86a Rdn. 14) oder eine unzureichende Begründung auszuwechseln, denn gegen eine solche Möglichkeit sprechen die mit [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) bezweckte Warnfunktion (LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 - [L 4 B 269/06 KA ER](#) -) sowie das Klarstellungsinteresse des Bescheidadressaten (zutreffend: Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 21c; vgl. auch Düring, a.a.O., Rdn. 14).

5. Die Beklagte hat den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Hierzu ist sie nach [§ 20 SGB X](#) verpflichtet. Sie hat den Widerrufsbescheid sowie die Anordnung der sofortigen Vollziehung allein auf den Inspektionsbericht der Stadt C vom 06.10.2008 gestützt. Sie hat indessen nicht geprüft, ob der Kläger die daran enthaltenen Feststellungen angegriffen oder aber widerlegt hat. Ferner hätte die Beklagte klären müssen, ob der Kläger die ihm im Inspektionsbericht gemachten Auflagen erfüllt hat. Sollte das zu bejahen sein, dürften die Voraussetzungen für einen Sofortvollzug nicht gegeben sein. Im Übrigen kann nicht unbeachtet bleiben, dass der Kläger den ihm gemachten Vorwürfen im Beschwerdeverfahren dezidiert und nachhaltig

entgegentritt. Ob und inwieweit sich die Feststellungen der Beklagten halten lassen, wird sich ggf. erst nach einer Beweisaufnahme klären lassen. Diese bleibt dem Hauptsacheverfahren vorbehalten.

6. Nach alledem geht der Senat davon aus, dass die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens offen und die Voraussetzungen für den Sofortvollzug auch aus formellen Gründen derzeit nicht dargetan sind. Ob eine erneute Anordnung der sofortigen Vollziehung in Betracht kommt, ist nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Der Senat sieht es allerdings als geboten an, die Zahl der vom Kläger im Rahmen der vertragärztlichen Versorgung durchzuführenden Substitutionsbehandlungen vorerst auf 50 zu begrenzen (§ 10 Abs. 4 Satz 2 der Richtlinie).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

Die Bestimmung des Streitwertes erfolgt durch gesonderten Beschluss.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 07.07.2009

Zuletzt verändert am: 07.07.2009