

L 4 B 269/06 KA ER

Land

Schleswig-Holstein

Sozialgericht

Schleswig-Holsteinisches LSG

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

4

1. Instanz

SG Kiel (SHS)

Aktenzeichen

S 16 KA 18/06 ER

Datum

05.05.2006

2. Instanz

Schleswig-Holsteinisches LSG

Aktenzeichen

L 4 B 269/06 KA ER

Datum

03.08.2006

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

¶ Zur Beurteilung einer Auswahlentscheidung des Berufungsausschusses bei einer Praxisnachfolge (Nachbesetzungsverfahren) in einem wegen Überver-sorgung gesperrten Planungsbereich im Verfahren des einstweiligen Rechts-schutzes (Konkurrentenverfahren)

¶ Sicherstellung einer ortsnahen fachärztlichen Versorgung

¶ Anwendung der Auswahlkriterien ¶berufliche Eignung¶, ¶Approbationsalter¶, ¶Dauer der ärztlichen Tätigkeit¶; und ¶Warteliste¶.

Die Beschwerde des Antragstellers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 5. Mai 2006 wird zurückgewiesen. Der Antragsteller trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 8.). Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1.) bis 7.) im Beschwerdeverfahren sind nicht erstattungsfähig.

Gründe:

I.

Der Antragsteller wendet sich gegen die Anordnung des Sofortvollzuges der Zulassung der Beigeladenen zu 8.) zur vertragsärztlichen Tätigkeit.

Der Antragsteller ist Facharzt für Hals-Nasen-Ohren(HNO)-Krankheiten, seit dem 27. Dezember 1994 als Arzt approbiert und seit Januar 2006 nach vorangegangener Tätigkeit als Leitender Oberarzt HNO im B Krankenhaus H als angestellter Arzt der A -Klinik Ha tätig. Er ist seit dem 29. Oktober 2003 in die Warteliste für einen Vertragsarztsitz eingetragen und bewarb sich erstmals im August 2005 und nachdem die Ausschreibung zwischenzeitlich zurückgezogen worden war - erneut im November 2005 auf den zum 1. April 2006 frei werdenden Vertragsarztsitz des HNO-Arztes Dr. R , Ra. Neben dem Antragsteller bewarben sich die Beigeladene zu 8.), Fachärztin für HNO-Krankheiten, seit dem 3. Dezember 1979 approbiert, bis März 1989 als angestellte Klinikärztin, dabei zuletzt leitende Oberärztin im Universitätsklinikum L und seitdem mit Unterbrechungen als Vertretung in mehreren HNO-Vertragsarztpraxen tätig, seit dem 15. Dezember 2005 in die Warteliste eingetragen, sowie zwei weitere Bewerber(innen) (Dr. Aa K und S Rb T).

Der Zulassungsausschuss für Ärzte in Schleswig-Holstein ließ mit Bescheid vom 27. Februar 2006 (Beschl. vom 22. Februar 2006) die Beigeladene zu 8.) mit Wirkung ab 1. April 2006 als Fachärztin für HNO-Heilkunde in Ra , D 10, zu und lehnte die übrigen Anträge ab. Hierzu führte er unter Darlegung der Auswahlkriterien des [§ 103 Abs. 4 Satz 4](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) näher aus, aus der Aufstellung der Bewerberdaten (S. 3 des Bescheides) ergebe sich, dass die Beigeladene zu 8.) erheblich länger approbiert sei als die Mitbewerber. Sie sei darüber hinaus auch deutlich länger ärztlich tätig (dabei wurden bei der Beigeladenen zu 8.) 167 Monate, bei dem Antragsteller 141,5 Monate, bei Dr. K 87 Monate und bei Herrn T 103 Monate berücksichtigt). Die längere Eintragung des Antragstellers in die Warteliste habe die längere Dauer der Approbation und die längere ärztliche Tätigkeit der Beigeladenen zu 8.) nicht aufwiegen können. Auch das relativ kurze Bestehen der Job-Sharing-Gemeinschaftspraxis zwischen Dr. R und Herrn T sei in diesem Zusammenhang nicht entscheidungsrelevant, da gemäß [§ 101 Abs. 3 Satz 4 SGB V](#) eine Berücksichtigung erst nach mindestens fünfjähriger gemeinsamer vertragsärztlicher Tätigkeit erfolge.

Mit seinem hiergegen gerichteten Widerspruch machte der Antragsteller im Wesentlichen geltend: Die Zulassung der Beigeladenen zu 8.) diene ausschließlich der Umgehung der Zulassungsvorschriften. Die Beigeladene zu 8.) solle so lange offiziell Inhaberin des

Vertragsarztsitzes sein, bis die Job-Sharing-Zeit von fünf Jahren mit Herrn T, dem Wunsch-Übernahmekandidaten des Dr. R, abgelaufen sei. Danach werde sie den Vertragsarztsitz erneut ausschreiben, und Herr T werde dann wegen der inzwischen 5-jährigen Job-Sharing-Dauer die Zulassung erhalten. Die Beigeladene zu 8.) werde in diesen fünf Jahren ihre Tätigkeit allenfalls in dem Umfang ausüben, in dem sie auch derzeit als Vertretungsärztin tätig sei. Es dürfte zwischenzeitlich auch bereits ein Antrag der Beigeladenen zu 8.) vorliegen, die Praxis in Job-Sharing mit Herrn T zu betreiben. Hierfür spreche, dass die Beigeladene zu 8.) sich auf die erste Ausschreibung des Vertragsarztsitzes aus Juli 2005 nicht beworben und Dr. R die Ausschreibung zurückgezogen habe, obwohl bereits der Übernahmevertrag mit ihm, dem Antragsteller, ausgehandelt gewesen sei. Zudem habe die Beigeladene zu 8.) in einem Telefonat mit Herrn Dr. Ka, Chefarzt der HNO-Abteilung am B Krankenhaus, geäußert, dass sie kein Interesse daran habe, den Kassenarztsitz über längere Zeit zu behalten, sondern ihn in ca. fünf Jahren wieder abgeben wolle. Der Zulassungsausschuss habe zudem die Dauer der ärztlichen Tätigkeit bei ihm und bei der Beigeladenen zu 8.) unrichtig berechnet. So habe er bei der Beigeladenen zu 8.) ihre etwa 1.330 Vertretungstage als ganze Tage berücksichtigt und auf diese Weise etwa 62 Monate ermittelt. Tatsächlich habe die Beigeladene zu 8.) immer nur stundenweise bis maximal halbtätig vertreten, so dass diese Vertretungstage auch nur maximal zur Hälfte anerkannt werden könnten. Setze man die Vertretungszeiten nur zu 50 % an, errechne sich für die Beigeladene zu 8.) lediglich eine Dauer der ärztlichen Tätigkeit von 135 Monaten. Dagegen ergebe sich bei ihm eine längere Dauer der ärztlichen Tätigkeit als bisher angenommen. Als HNO-Arzt im B Krankenhaus habe er ein durchschnittliches Arbeitspensum von 60 Stunden pro Woche gehabt, verteilt auf mindestens sechs Tage pro Arbeitswoche im Durchschnitt. Während seiner insgesamt 20-jährigen Dienstzeit bei der B habe er als Arzt an mehrmonatigen Auslandseinsätzen in Afghanistan und im Kosovo teilgenommen und sei während dieser Zeit bis auf die mindest notwendigen Schlafzeiten rund um die Uhr an sieben Tagen in der Woche als Arzt im Einsatz gewesen. Es wäre deshalb sachgerecht, die Dauer seiner ärztlichen Tätigkeit auf Tage umzurechnen und während seiner Tätigkeit im B Krankenhaus 25,8 Arbeitstage/Monat, multipliziert mit den vom Zulassungsausschuss festgestellten 141,5 Monaten, entsprechend 3.651 Arbeitstage, anzunehmen. Berechne man dagegen die Tätigkeitsdauer der Beigeladenen zu 8.) wie von ihm für richtig gehalten, d. h. 135 Monate x 21,5 Tage pro Monat, ergäben sich 2.903 Arbeitstage. Selbst bei Ansatz der vom Zulassungsausschuss angenommenen 167 Monate würden sich nur 1.591 Tage ärztliche Tätigkeit für die Beigeladene zu 8.) ergeben. Weiterhin müsse berücksichtigt werden, dass die Beigeladene zu 8.) nur ca. 105 Monate hauptberuflich als Ärztin tätig gewesen sei und nun schon seit Jahrzehnten nur stundenweise Vertretung mache. Damit bestünden bei ihr auch Bedenken hinsichtlich des Zulassungskriteriums "berufliche Eignung". Zwar wolle er der Beigeladenen zu 8.) nicht absprechen, dass sie als HNO-Ärztin für einen Kassenarztsitz geeignet sei. Die Nennung dieses Kriteriums in [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) würde aber keinen Sinn ergeben, wenn es nicht Unterschiede bei der beruflichen Eignung der Bewerber geben könnte. Ein Bewerber, der die Mindestvoraussetzungen nicht erfülle, scheidet von vornherein aus, ohne dass eine Ermessensentscheidung erforderlich sei. Im Zusammenhang mit der beruflichen Eignung sei zu seinen Gunsten zu berücksichtigen, dass er im Rahmen seiner Klinik­tätigkeit als Leitender Oberarzt täglich mit Operationsaufgaben betraut gewesen sei. In Ra bestehe am Krankenhaus ein Bedarf an Operationsleistungen, die von dem niedergelassenen HNO-Vertragsarzt als Belegarzt ausgeführt werden sollten. Die Beigeladene zu 8.) habe nach seiner Information seit einer zweistelligen Anzahl von Jahren hingegen keine Operationen durchgeführt. Zudem stehe er auch länger auf der Warteliste als die Beigeladene zu 8.).

Die Beigeladene zu 8.) beantragte bei dem Sozialgericht Kiel, sie mit sofortiger Wirkung als Fachärztin für HNO-Heilkunde zuzulassen (Verfahren S 15 KA 14/06 ER). Sie trug dazu vor, die von dem Zulassungsausschuss zu ihren Gunsten getroffene Entscheidung sei nicht zu beanstanden. Sie sei erheblich länger approbiert und ärztlich tätig gewesen als die Mitbewerber. Insbesondere sei die Dauer ihrer ärztlichen Tätigkeit zutreffend, nämlich nach steuerrechtlichen Vorschriften ermittelt worden. Die - 1.301 - Vertretungstage seien durch 220 Tage geteilt worden, was eine Vertretungszeit von 5,91 Jahren, mithin 71 Monate ergebe. Zu ihrem Nachteil habe der Ausschuss sogar noch eine Korrektur nach unten vorgenommen und die Vertretungszeit auf 5,0 Jahre, also 60 Monate, errechnet. Hieraus ergäben sich unter Einbeziehung von 107 Monaten Dauer ihrer ärztlichen Tätigkeit in der Klinik insgesamt 167 Monate. Selbst wenn man die 70 Monate Vertretungszeit entsprechend dem Vorbringen des Antragstellers halbierte, ergäben sich noch 35 Monate und damit insgesamt 142 Monate vertragsärztlicher Tätigkeit, die immer noch über der Dauer der vertragsärztlichen Tätigkeit des Antragstellers läge. Hinsichtlich des Zulassungskriteriums der beruflichen Eignung bestehe (nur) insoweit ein Beurteilungsspielraum, als die Zulassungsverordnung zwischen schwerwiegenden Mängeln in der Person und Hinderungsgründen, die den Arzt wegen Unvereinbarkeit mit den Grundsätzen vertragsärztlicher Tätigkeit als nicht geeignet erscheinen ließen, unterscheide. Eine positive Definition, welcher Arzt "geeignet" sei, kenne die Ärzte-ZV nicht. Die Durchführung von Operationen habe nichts mit der Geeignetheit im Sinne der Zulassungsverordnung zu tun. Die Ausführungen des Antragstellers, wonach es sich bei ihrer Bewerbung um eine Umgehung der Zulassungsvorschriften handle, träfen nicht zu. Hätte sie tatsächlich kein eigenes Interesse als Nachfolgerin an dem Vertragsarztsitz des Dr. R gehabt, so würde sie sich auf diesen nicht beworben haben.

Das Sozialgericht lehnte den Antrag durch Beschluss vom 3. April 2006 im Wesentlichen mit der Begründung ab, nach summarischer Überprüfung könne nicht davon ausgegangen werden, dass für die Beigeladene zu 8.) (dortige Antragstellerin) überwiegende Erfolgsaussichten in der Hauptsache bestünden. Die nach [§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V](#) bei der Entscheidung u. a. zu berücksichtigende Dauer der ärztlichen Tätigkeit sei von dem Zulassungsausschuss nicht bei allen Bewerbern einheitlich festgestellt worden. So sei aus der von dem Zulassungsausschuss von den Bewerbern geforderten Aufstellung über die Dauer ihrer jeweiligen Tätigkeiten seit dem Staatsexamen nach Monaten und Wochen unter Angabe auch der Wochenarbeitszeit zu folgern, dass für die Dauer der ärztlichen Tätigkeit lediglich längere Tätigkeiten berücksichtigt werden sollten, die auch die Gewähr dafür böten, dass der Bewerber ausreichend ärztliche Erfahrung mitbringe. Dem widerspreche die bloße Aufrechnung der angegebenen Arbeitstage in Vertretung ohne genauere Betrachtung, inwieweit an diesen Tagen auch zusammenhängend gearbeitet worden sei. Zudem habe der Ausschuss zwei Berechnungsarten miteinander vermischt, nämlich zum einen die Berechnung der Klinikzeiten nach Monaten und sodann die Vertretungszeiten durch die Umrechnung von Tagen in Monate. Dies führe zu eher zufälligen Ergebnissen. Richtig wäre es, entweder generell für die Dauer der ärztlichen Tätigkeit nur die Zahl der geleisteten Arbeitstage zu Grunde zu legen - was bei einer Klinik­tätigkeit auf der Grundlage der vertraglich vereinbarten Arbeitszeit inkl. eines Mehrarbeitszuschlags geschehen könnte - oder nur die vollen Monate einer geleisteten ärztlichen Tätigkeit zu zählen. Auf diese Weise würden dann z. B. Vertretungszeiten nicht berücksichtigt, die lediglich ein oder zwei Tage am Stück gedauert hätten.

Der Antragsgegner (Berufungsausschuss für Ärzte in Schleswig-Holstein) führte nähere Ermittlungen zu den einzelnen Vertretungszeiten der Beigeladenen zu 8.) durch, zog insbesondere eine nach ganztätigen und halbtätigen Vertretungen differenzierte Aufstellung bei, wies mit Beschluss vom 20. April 2006 den Widerspruch des Antragstellers zurück und ordnete den Sofortvollzug seiner Entscheidung an. Zur Begründung führte er in dem Bescheid vom 18. Mai 2006 im Wesentlichen aus: Die nach [§ 103 Abs. 5 SGB V](#) bei der Auswahl der Bewerber zu berücksichtigende Dauer der Eintragung in die Warteliste beinhalte keinerlei Aussagen über die vornehmlichen ärztlichen Tugenden der beruflichen Eignung und der Dauer der ärztlichen Tätigkeit sowie des Approbationsalters, weshalb sie für die Entscheidung sekundär sei.

Entscheidend seien die in [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) genannten Merkmale Approbationsalter, Dauer der ärztlichen Tätigkeit und berufliche Eignung. Im Verhältnis der Bewerber zueinander sei festzustellen, dass die Beigeladene zu 8.) in zwei der drei zur Beurteilung heranzuziehenden Kriterien über einen deutlichen Vorsprung gegenüber dem Antragsteller verfüge, denn sie sei seit dem 3. Dezember 1979 approbiert, der Antragsteller seit dem 27. Dezember 1994, und sie sei seit dem 27. Februar 1985 Fachärztin, der Antragsteller seit dem 24. April 2002. Die Beigeladene zu 8.) verfüge zusätzlich über die Zusatzbezeichnung "Stimm- und Sprachstörungen" (seit August 1986). Die berufliche Eignung im Sinne des [§ 103 Abs. 4 SGB V](#) entscheide sich formell ausschließlich nach dem Erwerb der Facharztbezeichnung und den etwa vorhandenen zusätzlichen Schwerpunkten oder Zusatzbezeichnungen. Es sei für die Zulassungsgremien ausgeschlossen, die berufliche Eignung etwa danach zu differenzieren, ob ein Bewerber über ein höheres Erfahrungspotential an Operationstechniken o. Ä. verfüge. Nach ständiger Rechtsprechung hätten nämlich die Zulassungsgremien davon auszugehen, dass die Fachärzte einer Facharztgruppe in generalisierender Betrachtung untereinander alle über den identischen Ausbildungs- und Kenntnisstand verfügten. In Anlehnung an die von dem Sozialgericht in seiner Entscheidung im Anordnungsverfahren getroffene Anregung habe er die Dauer der ärztlichen Tätigkeit gleichfalls vergleichbar gemacht und sei davon ausgegangen, dass hierfür auf Tage abzustellen und die von der Beigeladenen zu 8.) geleisteten halbtägigen Vertretungstage durch Teilung der Halbtage durch zwei in Ganztagsvertretungen umzurechnen seien. Insgesamt ergäben sich bei dieser Form der Berechnung für die Beigeladene zu 8.) 1.063 Arbeitstage und damit einschließlich der klinischen Tätigkeit eine Gesamtdauer der ärztlichen Tätigkeit von 4.320 Tagen, für den Antragsteller ergäben sich 4.309 Tage. Dabei berücksichtige er durchaus auch, dass die Tätigkeit eines Klinikarztes nicht mit 40 Stunden in der Woche ende, sondern den Arzt weit darüber hinaus in Anspruch nehme. Dies führe jedoch nicht zu einer Erhöhung der Dauer der ärztlichen Tätigkeit auf Seiten des Antragstellers, weil die entsprechende Erhöhung gleichfalls bei der Beigeladenen zu 8.) vorzunehmen gewesen wäre. Nicht entscheidend sei für die Berechnung der Dauer der ärztlichen Tätigkeit, dass die Beigeladene zu 8.) teilweise halbtags tätig gewesen sei. Hieraus ergäben sich keinerlei Einschränkungen hinsichtlich der Intensität der ärztlichen Tätigkeit. Gleiches gelte für Pausen zwischen den Vertretungstätigkeiten, die in der ersten Zeit nach der Geburt des ersten Kindes und nach der Geburt des zweiten Kindes größer gewesen seien als in der näher zurückliegenden Vergangenheit. Diese seien ohne Einfluss auf die tatsächlich geleistete ärztliche Tätigkeit; allein entscheidend sei der wirklich geleistete Einsatz. Für eine Differenzierung nach dem jeweiligen Tagesstundeneinsatz ergebe sich aus dem Gesetz keine Grundlage. Danach erscheine die Auswahlentscheidung des Zulassungsausschusses nicht als unrichtig. Dabei sei auch berücksichtigt worden, dass die Beigeladene zu 8.) in der Vergangenheit immer wieder von niedergelassenen HNO-Ärzten des Planungsbereiches und des angrenzenden Stadtbereiches L als Vertreterin in Anspruch genommen worden sei, woraus sich ein deutliches Indiz dafür ergebe, dass die vertretenden Ärzte mit der Leistung der Beigeladenen zu 8.) voll einverstanden gewesen seien. Sie habe dadurch zugleich einen besonderen Kontakt zu den Patienten des Planungsbereiches aufgebaut und unterhalten, so dass sie auch im Sinne einer kontinuierlichen Übernahme der Patientenbetreuung im Verhältnis zu dem Widerspruchsführer über einen Vorsprung verfüge. Im Übrigen sei er der Auffassung, dass es bereits aus verfassungsrechtlichen Gründen unzulässig wäre, die auf die Familiensituation Rücksicht nehmende Art der fachärztlichen Tätigkeit zu Lasten der Beigeladenen zu 8.) zu berücksichtigen. Er habe den Sofortvollzug seiner Entscheidung angeordnet, weil, wenn die Praxis in Ra in absehbarer Zeit die Tätigkeit nicht entfalten könnte, der Planungsbereich nicht mehr gesperrt wäre; die gegenwärtige Sperrung wegen Überversorgung stehe dem Sofortvollzug demnach nicht entgegen. Die Anordnung sei auch deshalb erfolgt, weil die HNO-Versorgung in der Kreishauptstadt Ra als Mittelpunktzentrum des Kreises Herzogtum Lauenburg durch die seit dem 31. März 2006 erfolgte Schließung der Praxis des Dr. R nicht sichergestellt sei. Es liege im öffentlichen Interesse, den Menschen im Kreis Herzogtum Lauenburg zumindest auch in der Kreishauptstadt die HNO-Versorgung vorzuhalten. Die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten sei öffentliches Interesse. Auch im Sinne der Kontinuität der Patientenbetreuung sei es geboten, der Beigeladenen zu 8.) sofort die Möglichkeit der Versorgung der Versicherten zu eröffnen. Schützenswertes öffentliches Interesse sei auch das Vertrauen der Bevölkerung in das Funktionieren des vertragsärztlichen Systems. Dieses würde zerstört, wenn die Versorgung durch den Suspensiveffekt einer Klageerhebung gegen die von dem Zulassungsausschuss ausgesprochene und von ihm bestätigte Nachfolge der Zulassung unterbrochen würde.

Der Antragsteller hat bereits vor Zustellung des Bescheides des Antragsgegners am 22. April 2006 bei dem Sozialgericht Kiel beantragt, den von dem Antragsgegner angeordneten Sofortvollzug aufzuheben. In der Sitzung des Antragsgegners am 20. April 2006 habe die Beigeladene zu 8.) anhand einer geschickt aufgestellten grafischen Darstellung dargelegt, dass sie in den Jahren 1989 bis 2005 durchgängig ärztlich tätig gewesen sei. Nehme man hingegen die Zahl der "normalen" Arbeitstage mit 220 pro Jahr an und multipliziere dies mit den 17 Jahren von 1989 bis 2005, würden sich 3.740 Arbeitstage ergeben; die ärztlichen Arbeitstage der Beigeladenen zu 8.) addierten sich dagegen nach deren eigener Berechnung auf 1.087 Tage. Dies entspreche einem Anteil der ärztlichen Tätigkeit an der Gesamttätigkeit von etwa 29 %. Dem Vorschlag des Sozialgerichts in dem bereits durchgeführten Verfahren, nur ganze Arbeitsmonate zu werten, sei der Antragsgegner ausdrücklich nicht gefolgt; auch habe er keine Einschränkungen auf längere Vertretungszeiten vorgenommen. Die längste Einzelvertretung der Beigeladenen zu 8.) habe vom 4. Februar bis zum 8. März 2002 gedauert. Nach den eigenen Angaben der Beigeladenen zu 8.) habe ihre ärztliche Tätigkeit im Jahr 2002 insgesamt 90 ganze und 49 halbe Tage betragen. Dabei nehme die Beigeladene zu 8.) auf Grund sonstiger kassenärztlicher Regelungen einen ganzen Arbeitstag bereits dann an, wenn der Arbeitstag länger als 13.00 Uhr gedauert habe. Er sei auch weiterhin der Ansicht, dass die Vertretungstätigkeit der Beigeladenen zu 8.), die man auf Grund ihres Umfangs nur als nebenberufliche ärztliche Tätigkeit bezeichnen könne, nicht 1:1 mit den Arbeitstagen eines Klinikarztes verglichen werden könne. Damit fehle es auch weiterhin an einer vergleichbaren Berechnung der Dauer der jeweiligen ärztlichen Tätigkeit. Zudem sei der Zulassungsausschuss in seinem Beschluss von einer Eintragung der Beigeladenen zu 8.) in die Warteliste seit dem 19. Juli 2004 ausgegangen. In der Sitzung des Antragsgegners habe sich herausgestellt, dass die Beigeladene zu 8.) tatsächlich erst seit dem 15. Dezember 2005 in die Warteliste eingetragen sei. Er befürchte, dass durch die Aufnahme der kassenärztlichen Tätigkeit durch die Beigeladene zu 8.) nicht wieder korrigierbare Fakten geschaffen würden, indem es ihm faktisch nicht mehr möglich sein werde, den Patientenstamm noch für sich zu gewinnen. Persönliche Interessen der Beigeladenen zu 8.) oder des abgebenden Arztes dürften bei der Frage des Sofortvollzuges gemäß [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) keine Rolle spielen, weil sie das öffentliche Interesse nicht berührten. Zudem hätte Dr. R die Möglichkeit gehabt, bereits in dem vorangegangenen Vergabeverfahren seinen Kassenarztsitz zu übertragen, hätte er die Ausschreibung nicht zurückgezogen. Auch ein öffentliches Interesse sei nicht gegeben, da es sich um ein überversorgtes und letztlich für HNO-Fachärzte gesperrtes Gebiet handele. Der nächste HNO-Facharzt habe seinen Sitz in M und damit nur wenige Kilometer vom Praxissitz der abgebenden Praxis entfernt. Die Patienten in Ra könnten deswegen problemlos von dort oder von anderen HNO-Fachärzten mitversorgt werden. Demnach sei der vom Gesetzgeber vorgesehene Normalzustand, wonach ein Rechtsmittel gegen den Beschluss des Berufungsausschusses aufschiebende Wirkung habe, wieder herzustellen.

Der Antragsgegner hat die Auffassung vertreten, der bisher allein vorliegende Beschluss stelle keinen anfechtbaren Verwaltungsakt dar, so dass der Antrag unzulässig sein dürfte. Im Übrigen hat er darauf hingewiesen, dass im Falle des Nichtbetreibens der Praxis in Ra in einem

Bereich mit ca. 42.000 Einwohnern kein HNO-Arzt zur Verfügung stünde, obwohl die Verhältniszahl für die Bedarfsplanung von einem Schlüssel von 35.403 Einwohner je Arzt ausgehe. Erschwerend sei zu werten gewesen, dass der in M niedergelassene HNO-Vertragsarzt Dr. Hb einen dreiwöchigen Urlaub angemeldet habe.

Durch Beschluss vom 5. Mai 2006 hat das Sozialgericht den Antrag abgelehnt und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt: Der Antrag sei bereits unzulässig, so dass es auf die Begründetheit nicht mehr ankomme. Der Antrag sei auszulegen als ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG. Zwar habe der von dem Antragsteller als Dritter erhobene Widerspruch gegen die Zulassung der Beigeladenen zu 8.) gemäß § 96 Abs. 4 Satz 2 SGB V, § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung gehabt. Durch die Anordnung des Sofortvollzuges gemäß § 97 Abs. 4 SGB V durch den Antragsgegner, der als Fall des § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG zu sehen sei, sei jedoch die aufschiebende Wirkung entfallen. Der Antrag könne nach § 86b Abs. 3 SGG auch schon vor Klagerhebung gestellt werden. Er sei jedoch wegen des Fehlens eines besonderen Rechtsschutzbedürfnisses unzulässig. Die mit der Einlegung des Widerspruchs eingetretene aufschiebende Wirkung bestehe zur Überzeugung der Kammer nämlich trotz Anordnung des Sofortvollzuges bis zur Zustellung des mit Gründen versehenen Bescheides des Antragsgegners über den gefassten Beschluss fort. Die Anordnung des Sofortvollzuges in dem Beschluss des Antragsgegners vom 20. April 2006 gemäß der entsprechenden Mitteilung vom Folgetag entfalte für den Antragsteller noch keine Rechtswirkungen. Die behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung sei nicht selbst Verwaltungsakt und treffe keine eigene Regelung, sondern sei als unselbstständiger Annex lediglich eine Bestimmung über deren Vollzug. In der Regel werde diese Anordnung mit dem Verwaltungsakt verbunden. Für die Wirksamkeit der Vollzugsanordnung sei die schriftliche Begründung des besonderen Interesses, das die sofortige Vollziehung rechtfertige, erforderlich. Die Beigeladene zu 8.) dürfe bis zur Erteilung des Bescheides des Antragsgegners keine Folgerungen aus der ihr erteilten Zulassung ziehen und nicht auf dem ihr erteilten Vertragsarztsitz tätig werden. Es bedürfe zu diesem Zeitpunkt keiner weiteren gerichtlichen Anordnung.

Gegen den ihm am 9. Mai 2006 zugestellten Beschluss hat der Antragsteller am 2. Juni 2006 Beschwerde eingelegt. Sein Antrag sei nicht unzulässig. Der Beigeladenen zu 8.) sei am Ende der Sitzung des Berufungsausschusses ausdrücklich mitgeteilt worden, sie könne ab dem kommenden Tag (21. April 2006) ihre Praxis betreiben. Die Zulassungsstelle der Kassenärztlichen Vereinigung in Bad Segeberg habe ihm bestätigt, dass im dortigen EDV-System vermerkt sei, dass die Beigeladene zu 8.) ab dem 21. April 2006 zugelassen sei und praktizieren dürfe. Erst die in der Begründung der Entscheidung des Sozialgerichts enthaltene Feststellung, dass die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs fortbestehe, habe zu entsprechender Klarheit bei der Kassenärztlichen Vereinigung geführt. Jedenfalls das hierfür erforderliche Feststellungsinteresse habe er dargelegt. Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs und des Anordnungsgrundes wiederholt der Antragsteller im Wesentlichen sein bisheriges Vorbringen und tritt damit der Begründung des ihm am 19. Mai 2006 zugestellten Bescheides des Antragsgegners vom 18. Mai 2006 entgegen, gegen den er am 13. Juni 2006 bei dem Sozialgericht Klage erhoben hat (S 16 KA 137/06). Er trägt ergänzend vor: Für die Berechnung der jeweiligen Klinikfähigkeit habe der Berufungsausschuss durchschnittlich jeweils die gesamten Tage des Monats, nämlich 30,44 bzw. 30,45 Tage zu Grunde gelegt. Dem Antragsgegner sei in der Ansicht zu folgen, dass die Klinikfähigkeit der Beigeladenen zu 8.) von 107 Monaten mit 107 Monaten Klinikfähigkeit bei ihm gleichgesetzt werden könne. Fehlerhaft und daher für eine Ermessensentscheidung als Grundlage unbrauchbar sei jedoch die Ansicht, die 34,5 Monate, die er insgesamt an Klinikfähigkeit zurückgelegt habe, mit einer Arbeitsbelastung von durchschnittlich 6 Tagen und 60 Stunden/Woche sei gleichzusetzen mit gelegentlicher und nebenberuflicher Vertretungstätigkeit, wenn nicht ein vernünftiger und nachvollziehbarer Umrechnungsschlüssel hierfür entwickelt werde. Bei der Beigeladenen zu 8.) seien letztlich auch kürzeste Vertretungen von nur einem oder zwei Tagen mitgerechnet worden. Zudem seien auch noch Doppelanrechnungen erfolgt. Als Beispiel hierfür diene die Vertretungstätigkeit am 6. und 7. März 1989, obwohl die Klinikfähigkeit bis zum 31. März 1989 berücksichtigt worden sei. Auch der Antragsgegner sei von einer (nur) acht Monate längeren Wartezeit laut Warteliste bei ihm ausgegangen, was, wie von ihm bereits gegenüber dem Sozialgericht vorgetragen, nachweislich falsch sei, weil die Beigeladene zu 8.) erst seit dem 15. Dezember 2005 in die Warteliste eingetragen sei. Hinsichtlich der beruflichen Eignung sei die Berücksichtigung der von der Beigeladenen zu 8.) erworbenen Zusatzbezeichnung "Stimm- und Sprachstörungen" als Eignungsvorteil ihm gegenüber ermessensfehlerhaft, weil diese Zusatzbezeichnung für den Betrieb einer HNO-Facharztpraxis nicht benötigt werde. Dagegen seien die von ihm im großen Umfang erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten an Operationen nicht berücksichtigt worden. Zum Anordnungsgrund macht der Antragsteller ergänzend geltend, wenn für die Dauer des gerichtlichen Verfahrens jeder der fünf übrigen HNO-Ärzte im Planungsgebiet etwa 1.781 Einwohner = 5,03 % mehr versorgen müsse, könne von einer Unterversorgung der Bevölkerung keine Rede sein. Mit einer Versorgungsquote von fast 95 % ohne die Praxis in Ra sei im Kreis Herzogtum Lauenburg die Versorgung beinahe auf dem Normalstand von 100 %. Im Übrigen wären die mit einem kurzfristigen Wechsel des Praxisinhabers, wie er sich im Falle seines Obsiegens in der Hauptsache und zwischenzeitlicher Tätigkeit der Beigeladenen zu 8.) ergeben würde, verbundenen Nachteile ungleich größer, als wenn die Praxis noch für einige Monate geschlossen bliebe.

Der Antragsteller beantragt sinngemäß,

den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 5. Mai 2006 aufzuheben und die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 18. Mai 2006 wieder herzustellen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Entgegen der Auffassung des Sozialgerichts bestehe die Wirksamkeit der Vollziehungsanordnung mit der Zustellung der Beschlussgründe seit dem Tag der Entscheidung. Sollte sein Beschluss im Verlaufe des Hauptsacheverfahrens aufgehoben werden, wäre die Praxisnachfolge insgesamt gescheitert, weil nach der zwangsläufigen Tätigkeitspause schwerlich von einer noch bestehenden Praxis werde gesprochen werden können. Als Folge wäre die von ihm angedeutete Entsperrung der Planungsbezirke zu sehen. Es dürfte daher auch im Interesse des Antragstellers liegen, dass die Praxis tatsächlich weiter betrieben werde, weil nur so nach dem Abschluss des Klageverfahrens überhaupt noch eine existente Praxis vorhanden sei.

Die Beigeladene zu 8.) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Hinsichtlich des Anordnungsanspruchs wiederholt sie im Wesentlichen ihr Vorbringen aus dem Verfahren S 15 KA 14/06 ER. Zu dem Sofortvollzug trägt sie im Wesentlichen vor: Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers sei die Praxis des Dr. R nur für ca. drei Wochen, also bis zu der Sitzung des Berufungsausschusses wegen Urlaubes geschlossen gewesen, danach habe sie die Praxis übernommen. Dass hierdurch nicht wieder korrigierbare Fakten geschaffen werden könnten, sei nicht nachvollziehbar. Das dahingehende Vorbringen des Antragstellers sei weder substantiiert noch konkret und so pauschal, dass der Antragsteller darlegen möge, was er hierunter verstehe.

Der Antragsteller erwidert darauf, es liege keinesfalls in seinem Interesse, dass die Praxis von der Beigeladenen zu 8.) in Zusammenarbeit mit Herrn T fortgeführt werde. Für ihn sei es allemal besser, wenn es für ihn nicht zu einer "verbrannten Erde" in Ra komme. Für den Fall der Entsperrung des Planungsbezirks wegen Nichtbetriebs der Praxis würde er sich sofort um einen Kassenarztsitz in dem dann offenen Planungsbereich bewerben. Der Umstand, dass die Beigeladene zu 8.) offenbar sofort nach der Sitzung des Antragsgegners die Praxistätigkeit aufgenommen habe, belege, dass die Zurückweisung seines Antrages durch das Sozialgericht Kiel wegen angeblich fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses zu Unrecht erfolgt sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Verfahrensakte dieses Verfahrens und die des Verfahrens S 15 KA 14/06 ER sowie die Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners betreffend den Zulassungsantrag des Antragstellers Bezug genommen. Diese Vorgänge haben dem Senat bei der Beschlussfassung vorgelegen.

II.

Die statthafte ([§ 172 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#)) Beschwerde des Antragstellers ist unbegründet. Das Sozialgericht hat seinen Antrag im Ergebnis zu Recht abgelehnt.

Der Antrag ist, wovon das Sozialgericht zu Recht ausgegangen ist, auszulegen als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung im Sinne von [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#). Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Zwar haben Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Entscheidungen der Zulassungsgremien grundsätzlich aufschiebende Wirkung ([§ 86a Abs. 1 Sätze 1 und 2 SGG](#), für den Zulassungsausschuss i. V. m. [§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#)). Die aufschiebende Wirkung ist hier jedoch durch die Anordnung des Sofortvollzuges durch den Antragsgegner nach [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) entfallen. Dass einstweiliger Rechtsschutz auch mit dem Begehren gerichtet auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft ist, ist, wenngleich in [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) nur allgemein von der "Anordnung" der aufschiebenden Wirkung die Rede ist, jedenfalls aus Abs. 2 Satz 3 der Vorschrift herzuleiten, in dem ausdrücklich die "Wiederherstellung" der aufschiebenden Wirkung erwähnt ist (im Ergebnis ebenso: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschl. vom 20. Januar 2004 [L 10 B 19/03 KA ER](#) – veröffentlicht in juris). Es spricht vieles für die Auffassung des Sozialgerichts, wonach ein solcher Antrag nicht bereits statthaft ist, sobald der Berufungsausschuss in seiner Sitzung den Sofortvollzug durch Verkündung eines entsprechenden Tenors beschlossen hat, sondern erst nach Zustellung des begründeten Bescheides. Dies kann hier jedoch dahinstehen, weil jedenfalls bis zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats der Antrag statthaft (geworden) ist, nämlich mit der Zustellung des begründeten Bescheides des Antragsgegners vom 18. Mai 2006 an den Antragsteller und die Beigeladene zu 8.) jeweils am 19. Mai 2006. Jedenfalls hierdurch ist die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs bzw. nunmehr der Klage des Antragstellers gegen die Zulassung der Beigeladenen zu 8.) entfallen (vgl. zu einer entsprechenden Konstellation Beschl. des Senats vom 20. September 2005 – 4 B 198/05 KA ER). Soweit der Antrag auch zum Zeitpunkt der Entscheidung des Sozialgerichts jedenfalls insoweit statthaft war, als darin auch das - ggf. durch Auslegung zu ermittelnde Begehren steckte, ggf. festzustellen, dass der Beschluss des Antragsgegners vom 20. April 2006 bis zur Zustellung des begründeten Bescheides nicht vollzogen werden dürfe - unstrittig wurde eine evtl. weiter andauernde aufschiebende Wirkung, nämlich von der Beigeladenen zu 8.) nach ihren eigenen Erklärungen und in Übereinstimmung mit der Auffassung des Antragsgegners nicht beachtet, sondern nahm die Beigeladene zu 8.) ihre Praxistätigkeit unmittelbar nach der Sitzung des Antragsgegners am 20. April 2006 auf - besteht zum Zeitpunkt der Entscheidung des Senats kein Rechtsschutzbedürfnis für eine entsprechende Entscheidung mehr. Denn mit der Zustellung des begründeten Bescheides zu dem Beschluss vom 20. April 2006 hat sich das Feststellungsinteresse des Antragstellers erledigt und nunmehr umgewandelt in ein Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Der Antrag ist jedoch unbegründet. Die Maßstäbe, nach denen über die (Wieder-)Herstellung der aufschiebenden Wirkung, d. h. über die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges zu befinden ist, sind dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen. Da vor der umfassenden Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes im SGG durch das 6. SGG Änderungsgesetz vom 17. August 2001 ([BGBl. I S. 2144](#)) mit Wirkung vom 2. Januar 2002 bis dahin bestehende Rechtsschutzlücken vor allem durch analoge Heranziehung der Vorschriften der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in [§ 80](#) und [§ 123 VwGO](#) geschlossen worden waren und der Gesetzgeber sich bei der Einfügung der [§§ 86 a und 86 b SGG](#) weitgehend an den genannten Vorschriften orientiert hat, sind die hierzu in umfangreicher Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien bei der Anwendung der Vorschriften heranzuziehen. In der hier gegebenen, der Regelung in [§ 80a Abs. 1 Nr. 1](#) i. V. m. [§ 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO](#) entsprechenden Situation einer Vollzugsanordnung der zuständigen Behörde, hat das Gericht danach zunächst die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung zu prüfen und bei einem entsprechenden Mangel die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 14. Aufl. 2005, § 80 Rz. 146 und 148 ff.). Sofern diese Prüfung keine Fehler der behördlichen Anordnung ergibt, hat das Gericht im Rahmen seiner eigenen Entscheidung – hier nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) - zusätzlich eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, in die die betroffenen Interessen des Antragstellers, im Falle von Verwaltungsakten mit Drittwirkung auch die betroffener Dritter und ein ggf. zu berücksichtigendes öffentliches Interesse einzubeziehen sind (vgl. Kopp/Schenke, a. a. O., Rz. 151; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz, 8. Aufl. 2005, § 86b Rz. 12 c ff.).

Die Entscheidung des Antragsgegners ist in formeller Hinsicht nicht zu beanstanden. Insbesondere ist der Bescheid vom 18. Mai 2006 in einer den gesetzlichen Anforderungen - noch - entsprechenden Weise begründet worden. Eine schriftliche Begründung, die den Anforderungen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) genügt - gleiches gilt für die hier getroffene Entscheidung nach [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) -, darf nicht lediglich formelhaft auf das besondere öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit des Verwaltungsaktes abstellen. Die ordnungsgemäße Begründung ermöglicht dem Betroffenen, seine Rechte wahrzunehmen (Schutzfunktion) und veranlasst die Behörde, mit besonderer Sorgfalt zu prüfen, ob tatsächlich ein überwiegendes Vollziehungsinteresse den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung erfordert. Diese vom Gesetzgeber beabsichtigte "Warnfunktion" der Begründungspflicht beruht auf dem hohen auch verfassungsrechtlichen Stellenwert der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage gegen belastende Verwaltungsakte (vgl. Keller, a. a. O., § 86a Rz. 21 b;

zur entsprechenden Regelung in [§ 80 Abs. 3 VwGO](#) Kopp/Schenke, a. a. O., § 80 Rz. 84 ff.). Diesen Anforderungen werden die Ausführungen in dem Bescheid des Antragsgegners vom 18. Mai 2006 - noch - gerecht: Der Antragsgegner hat hinreichend deutlich gemacht, dass er das Vollzugsinteresse aus dem Gesichtspunkt der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ableitet, weil die zurzeit im Planungsbereich Kreis Herzogtum Lauenburg noch bestehende Überversorgung wegfielen, sofern die nachzubesetzende Praxis nicht besetzt würde und dann nur noch ein Versorgungsgrad von 95,2 % bestünde. Die weiteren von dem Antragsgegner insoweit angeführten Gründe lassen den Hintergrund dieser Einschätzung - noch - hinreichend deutlich erkennen. So soll mit dem Abstellen darauf, dass es sich bei Ra um die Kreishauptstadt handelt, die dann ggf. ohne hno-ärztliche Versorgung wäre, verdeutlicht werden, dass eine ortsnahe hno-ärztliche Versorgung im Raum Ra nicht mehr sichergestellt wäre. Dies ist in dem Schriftsatz vom 27. April 2006 zahlenmäßig näher konkretisiert worden dahingehend, dass in einem Bereich mit ca. 42.000 Einwohnern kein HNO-Arzt zur Verfügung stehe, obwohl die Verhältniszahl in der Bedarfsplanung von einem Schlüssel von 35.403 Einwohner je Arzt ausgehe.

Die Anordnung des Sofortvollzuges ist auch materiell rechtmäßig. Dabei dürfen im Hinblick auf den der Behörde bei der Anordnung des Sofortvollzuges eingeräumten Beurteilungs-/Ermessensspielraum bei der Überprüfung nur die von dem Antragsgegner berücksichtigten Gründe für die Anordnung des Sofortvollzuges berücksichtigt werden. Dass die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung ein - das zentrale – öffentliche(s) Interesse im Sinne des [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) darstellt, bedarf keiner näheren Erörterung, da die Vorschriften über die ärztliche Zulassung und deren Beschränkung in einem unmittelbaren Kontext mit dem Sicherstellungsauftrag (vgl. [§ 75 Abs. 1 SGB V](#)) stehen; dies ergibt sich u. a. aus [§§ 98, 99 SGB V](#), die die Ermächtigungsgrundlagen für die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) und die Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte (BedarfsplRL-Ä) enthalten und in denen die Sicherstellung durch entsprechende Bedarfsplanung ausdrücklich erwähnt ist. Der Senat hält es für die Bejahung eines öffentlichen Interesses an der sofortigen Neubesetzung eines Vertragsarztsitzes aus Sicherstellungsgründen nicht für zwingend erforderlich, dass durch die Nichtbesetzung eines Vertragsarztsitzes eine Unterversorgung im Sinne von § 15 Ärzte-ZV, Nr. 27-29 BedarfsplRL-Ä eintritt. Vielmehr reicht es aus, dass regional eine angemessene ärztliche Versorgung während des Schwebezustandes, der durch das Nachbesetzungsverfahren ggf. über einen längeren Zeitraum hinweg entsteht, nicht gewährleistet wäre. Hierfür sind die von dem Antragsgegner in seinem Schriftsatz vom 27. April 2006 erwähnten 3 Wochen Urlaub in der nächstgelegenen Praxis allerdings ohne Bedeutung. Auch die ebenfalls in dem genannten Schriftsatz angegebenen Zahlenverhältnisse belegen für sich genommen noch nicht zwingend ein Sicherstellungsdefizit, wenngleich sie es nahe legen. Dem Senat ist jedoch bekannt, dass die neben der Praxis in M im Planungsbereich Kreis Herzogtum Lauenburg vorhandenen weiteren vier hno-ärztlichen Praxen in La, G und Sa ansässig sind, d.h. in Entfernungen zu Ra von ca. 30 bis 44 Straßenkilometern. Bezogen auf einen gesamten ärztlichen Fachbereich ist es nicht zu beanstanden, wenn der Antragsgegner die Zurücklegung derartiger Entfernungen - anders als bei einzelnen Leistungen, wie sie Gegenstand von Ermächtigungen oder der partiellen Teilnahme an der fachärztlichen Versorgung sind - nicht als angemessene ortsnahe vertragsärztliche Versorgung ansieht und deshalb die Möglichkeit für die Patienten, auch auf diese Praxen auszuweichen, nicht als ausreichende Sicherstellung der hno-ärztlichen Versorgung gewertet hat. Dass er dabei die Möglichkeit von Ermächtigungen nicht in Betracht gezogen hat, ist nicht zu beanstanden, da Ermächtigungen grundsätzlich subsidiär sind gegenüber der ambulanten Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte (vgl. BSG, Urt. vom 11. September 2002 - [B 6 KA 23/01 R](#) - SozR 3 5520 § 20 Nr. 4, juris Rz. 24 m. w. N.). Zwar erlaubt die besondere Situation der Unterversorgung im Sinne von Nr. 28 BedarfsplRL-Ä eine Behebung des Versorgungsmangels auch durch die Ermächtigung von Ärzten und ärztlich geleiteten Einrichtungen. Dies betrifft jedoch nach dem Wortlaut der Regelung nur Fälle, in denen Vertragsarztsitze nicht nur vorübergehend nicht besetzt werden können. Eine Unterversorgung im engeren Sinne ist jedoch, wie dargelegt, aus der Sicht des Senats für die Annahme eines öffentlichen Interesses im Sinne des [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) nicht erforderlich und sie dürfte auch deshalb nicht in Betracht kommen, weil es sich bei der aufschiebenden Wirkung, die hier allein zu der nicht sofortigen Besetzung eines Vertragsarztsitzes führt, um eine naturgemäß vorläufige und damit vorübergehende Situation handelt, auch wenn die Verfahrensdauer letztlich erheblich sein mag. Dieser - weiten – Auslegung des öffentlichen Interesses im Sinne von [§ 97 Abs. 4 SGB V](#) kann auch nicht entgegen gehalten werden, dass sie zu einer faktischen Bedeutungslosigkeit der Regelungen über die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen gegen Entscheidungen der Zulassungsgremien führe. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass die Zulassungsgremien ganz verschiedene Entscheidungen von der Erstzulassung bis zur Zulassungsentziehung zu treffen haben, von denen nur ein Teil eine vorübergehende Verschlechterung der bisherigen Versorgungssituation beinhaltet, wobei wiederum nur zu einem Teil die hier gegebene Situation besteht, dass eine zuvor gegebene Überversorgung sich bei Schließung der betroffenen Praxis in eine Unterdeckung des Bedarfs umwandelt und zudem die räumliche Lage der weiteren Praxen im Planungsbereich nicht geeignet ist, eine ortsnahe Versorgung gleichwohl sicherzustellen.

Inwieweit auch die materielle Rechtmäßigkeit der dem Sofortvollzug zugrunde liegenden Regelung bereits bei der materiellen Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung selbst zu berücksichtigen ist, kann dahinstehen (vgl. dazu Kopp/Schenke, a. a. O., Rz. 100). Jedenfalls soweit der zugrunde liegende Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig wäre, wäre aber ein Vollzugsinteresse zu verneinen, da ein öffentliches Interesse an dem Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes schlechthin nicht bestehen kann. Da, worauf noch einzugehen sein wird, ein solcher Fall hier nicht gegeben ist und die Erfolgsaussichten in der Hauptsache ohnehin Gegenstand der umfassenden Interessenabwägung des Gerichts im Rahmen der Entscheidung nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) sind, bedarf diese Problematik keiner näheren Erörterung.

Für die Interessenabwägung des Senats gilt im Grundsatz, dass je größer die Erfolgsaussichten des Antragstellers in der Hauptsache sind, d. h. hier, je mehr für die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides des Antragsgegners spricht, desto größer das öffentliche Interesse an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist und umgekehrt. Entsprechend gewichtiger müssten evtl. darüber hinaus zu beachtende private Interessen des Antragstellers oder betroffener Dritter sein. Unter Beachtung dieser Kriterien ist hier von Folgendem auszugehen: Die Entscheidung des Antragsgegners ist bei summarischer Prüfung zwar nicht offensichtlich rechtmäßig, es spricht jedoch deutlich – mehr dafür als dagegen, dass sie im Hauptsachverfahren bestätigt werden wird. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Zulassungsgremien nach [§ 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) unter mehreren Bewerbern um den ausgeschriebenen Vertragsarztsitz nach pflichtgemäßem Ermessen auszuwählen haben. Das Gericht darf die Auswahlentscheidung deshalb nur darauf überprüfen, ob die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten sind oder von dem Ermessen in einer dem Zweck der Ermächtigung nicht entsprechenden Weise Gebrauch gemacht ist (vgl. [§ 54 Abs. 2 Satz 2 SGG](#)). Bei summarischer Prüfung spricht – deutlich - mehr dafür als dagegen, dass der Antragsgegner diese Grenzen eingehalten hat, die Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen zu 8.) mithin rechtmäßig ist. Eine über eine summarische Prüfung hinausgehende Prüfung der Erfolgsaussichten ist hier nicht erforderlich, da keine Fallgestaltung vorliegt, in der im Verfahren einstweiligen Rechtsschutzes faktisch endgültig über das geltend gemachte Recht entschieden wird (vgl. dazu BVerfG, Kammerbeschluss vom 12. Mai 2005 [1 BvR 569/05 Breith 2005, 803-808](#) ; (in anderem Kontext) dagegen für die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes in Abgrenzung zur beamtenrechtlichen Konkurrentenklage BSG, Urt. vom 5. Dezember 2003

– [B 6 KA 11/03 R](#) – SozR 4 – 2500 § 103 Nr. 1 - juris Rz. 20).

Bei seiner Auswahl hat der Antragsgegner zutreffend die in [§ 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V](#) vorgegebenen Kriterien Approbationsalter, Eignung und Dauer der ärztlichen Tätigkeit sowie Dauer der Eintragung in die Warteliste ([§ 103 Abs. 5 Satz 3 SGB V](#)) zugrunde gelegt. Es spricht vieles dafür, dass auch die Auslegung und Gewichtung der jeweiligen Begriffe im Hauptsacheverfahren nicht zu beanstanden sein wird. Dies gilt zunächst, soweit der Antragsgegner die Dauer der Eintragung in die Warteliste als gegenüber den drei weiteren Kriterien als nachrangig angesehen hat. Der Gesetzgeber hat insoweit nicht ausdrücklich eine Rangfolge vorgegeben, sondern lediglich festgelegt, dass alle genannten Kriterien zu berücksichtigen sind. Auch wenn der Antragsgegner in dem angefochtenen Bescheid nicht im positiven Sinne eine allgemeingültige Rangordnung dargelegt hat, hat er doch hinreichend deutlich gemacht, dass er die Eintragung in die Warteliste gegenüber allen Kriterien des [§ 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) für nachrangig erachtet, da jene Ausdruck der Qualität des ärztlichen Handelns seien, während die Dauer der Eintragung in die Warteliste nur ein formales Kriterium darstelle. Die damit angenommene Rangordnung wird jedenfalls in einer Fallgestaltung wie der hier Vorliegenden nicht zu beanstanden sein, in der sich die konkurrierenden Bewerber/innen in Bezug auf den Zeitpunkt der Eintragung in die Warteliste nur um ca. 2 Jahre unterscheiden, die Beigeladene zu 8.) andererseits ein deutlich - um 15 Jahre - höheres Approbationsalter aufweist als der Antragsteller. Ebenfalls ist voraussichtlich nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner das Kriterium der Eignung auf die erforderliche Grundqualifikation – Anerkennung als Facharzt/Fachärztin für HNO-Heilkunde - beschränken und allenfalls Schwerpunkt- und Zusatzbezeichnungen mit berücksichtigen will. Auf Letzteres ist hier schon deshalb nicht näher einzugehen, weil er zwar die Zusatzqualifikation der Beigeladenen zu 8.) im Bereich Sprach- und Stimmstörungen erwähnt, diese jedoch nicht im Sinne eines Eignungsvorsprungs zugunsten der Beigeladenen zu 8.) gewertet, sondern im Ergebnis festgestellt hat, dass der Antragsteller und die Beigeladene zu 8.) gleich geeignet seien. Ob sich hieraus nicht ein Eignungsvorsprung der Beigeladenen zu 8.) ergeben müsste, kann dahin stehen, denn insoweit ist der Antragsteller jedenfalls nicht beschwert. Soweit der Antragsgegner eine weitere Differenzierung jenseits der Weiterbildungsordnung bei dem Merkmal der Eignung bei Fachärzten ablehnt, ist dies nicht zu beanstanden. Die Entscheidung über die Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes muss auch bei zahlreichen Bewerbern im Interesse sowohl des abgehenden Arztes, aber auch der Bewerber nach praktikablen und in überschaubarer Zeit handhabbaren Kriterien erfolgen. Dem liefe es zuwider, müssten die Zulassungsgremien über die formalen Anerkennungen wie diejenigen nach der Weiterbildungsordnung hinaus im Einzelnen alle während des Berufslebens durch die ärztliche Tätigkeit oder durch Forschung, Lehre oder Weiterbildung erworbenen Kenntnisse und Fähigkeiten aller Bewerber/innen ermitteln und gegeneinander abwägen. Es ist nicht erkennbar, wie ein Modus aussehen sollte, nach dem insoweit eine Vergleichbarkeit hergestellt werden könnte. So dürfte beispielsweise bei Operationen nicht nur auf die Anzahl, sondern müsste auch auf die genaue Art, den Umfang und den Erfolg der durchgeführten Operationen abgestellt werden, um, wollte man den Begriff im Sinne einer umfassenden Qualitätsprüfung über die formale Qualifikationen hinaus begreifen, hieraus zuverlässige Schlüsse hinsichtlich der Eignung ziehen zu können. Persönliche Eignungsmängel im Sinne der §§ 20, 21 Ärzte-ZV sind weder bei der Beigeladenen zu 8.) noch bei dem Antragsteller ersichtlich, so dass der Antragsgegner hierauf nicht einzugehen brauchte. Der Antragsgegner hat sich bei summarischer Prüfung auch im Rahmen seines Ermessensspielraums gehalten, soweit er bei der Beigeladenen zu 8.) eine – knapp - längere Dauer der ärztlichen Tätigkeit festgestellt hat als bei dem Antragsteller. Ob dabei in jedem Fall eine tageweise Berechnung zwingend erforderlich ist, kann dahinstehen; sie ist angesichts der unterschiedlichen Berufsverläufe der Beigeladenen zu 8.) und des Antragstellers jedenfalls nicht sachwidrig und hält sich im Rahmen des Ermessensspielraums des Antragsgegners. Dabei hat der Antragsgegner auch berücksichtigt, dass die tageweisen Vertretungen durch die Beigeladene zu 8.) teils ganztags, teils halbtags erfolgten und anhand der Aufstellung der Beigeladenen zu 8.) eine taggenaue Umrechnung vorgenommen. Das Ergebnis dieser Berechnung wird von dem Antragsteller nicht beanstandet, und Fehler sind insoweit auch nicht erkennbar. Dass der Antragsgegner dagegen keine stundenweise Berechnung vorgenommen und dabei insbesondere für die Klinikzeiten bei ihm nicht wesentlich längere Arbeitszeiten zugrunde gelegt hat, ist nicht zu beanstanden. Auch das Merkmal der Dauer der ärztlichen Tätigkeit ist im Gesetz nicht näher definiert. Es geht jedoch erkennbar darum, unter mehreren Bewerbern die Bestenauslese vorzunehmen, d.h. um die Berücksichtigung von Qualitätsgesichtspunkten neben oder vorrangig vor der ebenfalls zu berücksichtigenden Eintragung in die Warteliste. Das Merkmal der Dauer der Tätigkeit zielt dabei auf die Bewertung des ärztlichen Erfahrungswissens ab und zwar nicht des durch die Ausbildung und Weiterbildung formal erworbenen, sondern des in praktischer Tätigkeit angewandten und ausgebauten Erfahrungswissens im Sinne von Berufsroutine. Hierfür bedarf es keiner punktgenauen Berechnungen von Arbeitsstunden, sondern es darf, wie hier geschehen, ein größerer Maßstab angelegt werden, wobei der Antragsgegner mit der Umrechnung in Tage und der Halbierung von Tagen mit nur halbtägiger Vertretungstätigkeit bereits einen sehr differenzierten Berechnungsmodus gewählt hat. Es ist auch nicht ersichtlich, dass allein aus einem "Mehr" an Arbeitsstunden pro Tag ein relevantes "Mehr" an Erfahrungswissen resultieren könnte, zumal wenn sich die hohe Zahl an Arbeitsstunden zu einem nicht unerheblichen Teil aus Bereitschaftsdiensten ergibt. Soweit der Antragsteller einwendet, die Vertretungen durch die Beigeladene zu 8.) seien nie im Rahmen einer kontinuierlichen Tätigkeit erfolgt, steht dies für sich genommen der Annahme einer annähernd gleichen Dauer der Tätigkeit in dem dargelegten, aus Sinn und Zweck der Vorschrift zu ermittelnden Sinne nicht entgegen. Zwar wird man, anders als von dem Antragsgegner angenommen, nicht aus [Art. 6](#) Grundgesetz ableiten können, dass ein aus einer unterbrochenen Tätigkeit evtl. abzuleitendes Erfahrungsdefizit nicht zu Lasten der Beigeladenen zu 8.) berücksichtigt werden dürfte. Ein solches ist jedoch hier nicht erkennbar. Die Beigeladene zu 8.) war seit ihrem Ausscheiden aus der Klinik-tätigkeit 1989 fortlaufend vertretungsweise als Ärztin tätig und hat – nur hierdurch - eine gleiche/geringfügig längere Tätigkeitsdauer erreicht wie/als der Antragsteller. Dass sie die Anforderungen der Praxis in jeder Hinsicht erfüllte, zeigt auch der Umstand, dass sie von mehreren HNO-Ärzten immer wieder zur Vertretung herangezogen wurde. Wie in einem Fall zu entscheiden wäre, in dem die sich gegenüber einem Mitbewerber zu errechnende gleiche oder längere Tätigkeitsdauer bereits lange zurück liegt und letztlich allein aus dem höheren Approbationsalter folgt, braucht hier nicht erörtert zu werden. Denn im Falle der Beigeladenen zu 8.) handelt es sich um eine kontinuierliche und damit auch aktuelle Berufstätigkeit, an deren Dauer angeknüpft wird. Auch unter Einbeziehung der betroffenen Interessen des Antragstellers und der Beigeladenen zu 8.) sowie des Interesses des Praxisvorgängers spricht nichts für die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Durch die ggf. vorübergehende Praxistätigkeit der Beigeladenen zu 8.) entsteht dem Antragsteller im Fall des Obsiegens in der Hauptsache und anschließender Neubescheidung mit Auswahlentscheidung zu seinen Gunsten kein nicht wiedergutzumachender Nachteil. Da die Beigeladene zu 8.) die Patienten der Praxis dann nicht weiterbehandeln dürfte, hätte er die uneingeschränkte Möglichkeit, seinerseits den Patientenstamm der Praxis zu übernehmen. Das – auch verbal neben der Sache liegende - Vorbringen des Antragstellers betreffend "verbrannte Erde" ist zu wenig substantiiert, um hieraus einen konkreten schwerwiegenden Nachteil im Zusammenhang mit dem Sofortvollzug der Zulassungsentscheidung ableiten zu können. Eine existenzielle Bedrohung des Antragstellers ist nicht erkennbar, da er weiterhin in einem Beschäftigungsverhältnis als Krankenhausarzt steht; es kann deshalb dahinstehen, ob und inwieweit eine solche bei eher geringer Erfolgsaussicht in der Hauptsache zu berücksichtigen wäre. Die Befürchtungen des Antragstellers hinsichtlich einer Umgehung der Zulassungsvorschriften letztlich mit dem Ziel, Herrn T nach Jahren die Übernahme der Praxis zu ermöglichen, können in diesem Verfahren nicht berücksichtigt werden. Sollte die Beigeladene zu 8.) die Praxis nach einiger Zeit abgeben und sich sodann wiederum Herr T bewerben, werden ggf. die näheren Umstände

der Genehmigung einer Job-Sharing-Praxis und der Praxisübernahme durch die Beigeladene zu 8.) näher zu ermitteln und bei der Auswahlentscheidung ggf. zu bewerten sein. Zurzeit hat die Beigeladene zu 8.) jedoch ein - bereits betätigtes - Interesse an der Übernahme der Praxis in Ra gezeigt und die Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten ist, wie dargelegt, bei summarischer Prüfung nicht ermessensfehlerhaft. Im Übrigen spricht auch der Gesichtspunkt der Erhaltung der Praxis für den Sofortvollzug in Fällen des [§ 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V](#). Denn die Vorschrift dient dem Schutz des Grundrechts des Praxisinhabers aus [Art. 14](#) Grundgesetz, das von einer Zulassungssperre in einem gesperrten Planungsbereich betroffen wäre. Inwieweit diesem Interesse generell bei der Entscheidung nach [§ 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V](#) Rechnung getragen werden kann, obwohl der Gesetzgeber insoweit keine Ausnahme von dem Grundsatz der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage bei Zulassungsentscheidungen normiert hat, kann dahinstehen. Jedenfalls in Fällen, in denen die Auswahlentscheidung des Berufungsausschusses mit überwiegender Wahrscheinlichkeit Bestand haben wird, ist der Gesichtspunkt der Praxiserhaltung bereits im Interesse des erfolgreichen Bewerbers nach Auffassung des Senats bei der Interessenabwägung zu berücksichtigen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2 \(VwGO\)](#).

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 8.) im Beschwerdeverfahren sind erstattungsfähig, da sich die Beigeladene zu 8.) durch die Stellung eines eigenen Sachantrages an dem Kostenrisiko des Beschwerdeverfahrens beteiligt hat ([§ 162 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 3 VwGO](#)).

Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1.) bis 7.) im Beschwerdeverfahren sind nicht erstattungsfähig, da sich die Beigeladenen zu 1.) bis 7.) nicht durch die Stellung eines eigenen Sachantrages an dem Kostenrisiko des Beschwerdeverfahrens beteiligt haben ([§ 162 Abs. 3](#) i. V. m. [§ 154 Abs. 3 VwGO](#)).

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2006-09-15