

LSG Nordrhein-Westfalen: Sofortige Vollziehung im Nachbesetzungsverfahren

Beschl. v. 12.5.2010 – L 11 KA 9/10 B ER

1. Grundvoraussetzung für den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung ist ein Rechtsschutzbedürfnis. Dieses ist zu verneinen, wenn der Beteiligte sein Begehren erkennbar auch außergerichtlich durchsetzen kann oder der Versuch, eine Aussetzung durch die Behörde zu erreichen, nicht von vornherein aussichtslos erscheint.

2. 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.

3. Die Formulierung des § 23 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä *„Der Zulassungsausschuss berücksichtigt bei dem Auswahlverfahren nur die nach der Bekanntmachung fristgerecht und vollständig abgegebenen Zulassungsanträge.“* gibt dem Landesausschuss vor, eine Ausschlussfrist zu setzen.

4. Nach Fristablauf eingegangene Bewerbungen bleiben unberücksichtigt.

5. Der Lauf der Frist beginnt mit der Veröffentlichung im Ärzteblatt der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung.

6. Wie die Zulassungsgremien die „Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit“ werten, unterliegt ihrem Beurteilungsspielraum. Grundsätzlich wird dabei davon ausgegangen werden können, dass eine längere ärztliche Tätigkeit dem betreffenden Bewerber zum Vorteil gereicht.

7. Der Sofortvollzug ist hinreichende Grundlage dafür, dass ein Arzt infolge der Zulassung schützenswertes Eigentum (Art. 14 GG) erlangt, das nunmehr die Möglichkeit eröffnet, im Nachbesetzungsverfahren wirtschaftlich verwertet zu werden.

8. Ein Bescheidtenor "Der Widerspruch wird zurückgewiesen" kann nicht für sofort vollziehbar erklärt werden.

(SG Detmold – S 5 KA 5/09 ER)

Aus den Gründen:

I.

Zwischen den Beteiligten ist die Besetzung eines Vertragsarztsitzes für Radiologie im Planungsbereich der kreisfreien Stadt C streitig.

Der Antragsteller begehrt die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung der Klagen der Beigeladenen zu 8) und 9) gegen den Beschluss des Antragsgegners vom 31.08.2009 (Sitzung vom 24.06.2009).

Mit Beschluss vom 07.07.2006 stellte der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen fest, dass in C die Zulassungsbeschränkungen für Radiologen mit der Maßgabe aufzuheben sind, dass Zulassungen nur bis zum erneuten Eintreten einer Überversorgung erfolgen dürfen. Der Beschluss lautet:

„Der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen hat am 07.07.2006 das nach §§ 101 ff. SGB V und § 16b Ärzte-ZV in Verbindung mit den Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte in der Fassung vom 09.03.1993, zuletzt geändert am 21.02.2006, in Kraft getreten am 07.04.2006, vorgesehene Verfahren zur Feststellung der Überversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung in Westfalen-Lippe durchgeführt. Der Landesausschuss beschließt wie folgt:

Der Landesausschuss stellt fest, dass in den nachstehend aufgeführten Bereichen / Arztgruppen / Psychologische Psychotherapeuten Zulassungsbeschränkungen aufzuheben sind:

Regierungsbezirk Detmold

kreisfreie Stadt C

Radiologen

Anträgen auf Zulassung für die Bereiche/Arztgruppe/Psychologische Psychotherapeuten kann - sofern die zulassungsrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind - entsprochen werden; allerdings dürfen Zulassungen nur bis zum erneuten Eintreten einer Überversorgung erfolgen. Der Zulassungsausschuss hat unter denjenigen Antragstellern eine Auswahl zu treffen, deren Zulassungsanträge innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Veröffentlichung eingegangen sind. Anträge sind zu richten an den jeweiligen Zulassungsausschuss oder an eine Dienststelle der KVWL. ...“

Der Beschluss ist in Ausgabe 8/2006 des Westfälischen Ärzteblattes vom 04.08.2006 bekanntgegeben worden.

Der 1959 geborene Antragsteller ist seit 1996 Facharzt für Diagnostische Radiologie. Er ist seit dem 01.07.2007 als genehmigter Assistent zur Weiterbildung auf dem Gebiet der Kernspintomographie in der Gemeinschaftspraxis u.a. des Beigeladenen zu 10) tätig. Am 10.09.2008 beantragte er die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung auf den Vertragsarztsitz des Beigeladenen zu 10) im Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) nach C.

Der 1941 geborene Beigeladene zu 10) ist seit dem 01.07.1976 als Facharzt für Radiologie und ab 01.01.2003 als Facharzt für Nuklearmedizin niedergelassen und zur vertragsärztlichen Versorgung in C zugelassen. Im Juli 2006 stellte er einen Antrag auf einen Fachgebietswechsel von Nuklearmedizin in Radiologie (Schreiben vom 10.07.2006), hilfsweise auf Zulassung als Facharzt für Radiologie (Schreiben vom 09.08.2006). Mit Ablauf des 22.11.2006 verzichtete er auf die Zulassung als Facharzt für Nuklearmedizin mit der Maßgabe seiner bestandskräftigen Zulassung als Facharzt für Radiologie.

Der 1951 geborene Beigeladene zu 8) war vom 01.07.2000 bis 30.06.2001 zunächst in C im Rahmen eines Job-Sharings als Facharzt für Radiologie tätig; seit dem 01.07.2001 ist er in B als Radiologe niedergelassen. Er beantragte am 13.11.2006 als Facharzt für Radiologie in C zugelassen zu werden.

Die Beigeladene zu 9) ist eine Gemeinschaftspraxis bestehend aus zwei Fachärzten für Radiologie und einer Fachärztin für Diagnostische Radiologie mit Sitz in C.

Mit Beschluss vom 22.11.2006 lehnte der Zulassungsausschuss der Ärzte und Krankenkassen für den Regierungsbezirk Detmold den Antrag des Beigeladenen zu 10) auf Fachgebietswechsel ab. Mit weiterem Beschluss vom 22.11.2006 stellte der Zulassungsausschuss fest, dass die Zulassung des Beigeladenen zu 10) infolge seines Verzichtes mit Ablauf des 22.11.2006 unter der Bedingung der bestandskräftigen Zulassung als Facharzt für Radiologie endet. Gleichzeitig ließ der Zulassungsausschuss den Beigeladenen zu 10) als Facharzt für Radiologie zur vertragsärztlichen Versorgung zu. Den Zulassungsantrag

des Beigeladenen zu 8) lehnte der Zulassungsausschuss ab; der Zulassungsantrag sei verspätet gestellt worden.

Der Widerspruch der Beigeladenen zu 8) und 9) blieb erfolglos (Bescheid des Antragsgegners vom 25.10.2007 / Sitzung vom 26.09.2007). Der Sofortvollzug der Entscheidung wurde angeordnet. Die hiergegen vom Beigeladenen zu 8) erhobene Klage wies das Sozialgericht (SG) Detmold am 03.09.2009 ab (S 5 KA 11/07). Der Senat hat die Berufung des Beigeladenen zu 8) mit Urteil vom 12.05.2010 - L 11 KA 64/09 - zurückgewiesen. Die Beigeladene zu 9) hat den Bescheid des Antragsgegners vor dem SG Dortmund angegriffen (S 5 KA 7/09). Das Verfahren ruht (Beschluss des SG vom 15.03.2010). Mit weiterem Beschluss vom 23.11.2009 ist es an das SG Detmold verwiesen worden.

Am 01.08.2008 stellte der Beigeladene zu 10) gegenüber dem Zulassungsausschuss den Antrag auf Ausschreibung seines Vertragsarztsitzes. Die Ausschreibung zur Nachbesetzung erfolgte im Westfälischen Ärzteblatt 9/2008. Hierauf bewarb sich ausschließlich der Antragsteller. Der Beigeladene zu 10) verzichtete am 03.11.2008 gegenüber dem Zulassungsausschuss mit Ablauf des 31.12.2008 auf die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung mit der Maßgabe der bestandskräftigen Zulassung eines Praxisnachfolgers für seinen Vertragsarztsitz. In der Sitzung vom 19.11.2008 entschied der Zulassungsausschuss im Sinne des Antragstellers. Hiergegen erhoben die Beigeladenen zu 8) und 9) Widerspruch. Der Beigeladene zu 10) habe über den Vertragsarztsitz nicht verfügen dürfen, da die hierzu ergangene Entscheidung des Antragsgegners noch nicht rechtskräftig sei.

Die Anträge des Antragstellers und des Beigeladenen zu 10) auf Beseitigung der aufschiebenden Wirkung der Widersprüche der Beigeladenen zu 8) und 9) gegen die Entscheidung des Zulassungsausschusses vom 19.11.2008 lehnte das SG mit Beschluss vom 06.05.2009 (S 5 KA 2/09 ER) unter Hinweis darauf ab, dass vor der Entscheidung des Berufungsausschusses einstweiliger Rechtsschutz nicht gewährt werden könne. Rechtsmittel wurden nicht eingelegt.

In der Sitzung vom 24.06.2009 (Beschluss vom 31.08.2009) wies der Antragsgegner die Widersprüche der Beigeladenen zu 8) und 9) zurück. Diese seien nicht anfechtungsberechtigt. Deren Status sei gegenüber dem des Antragstellers nur gleichrangig. Den Antrag, die sofortige Vollziehung des Beschlusses anzuordnen, lehnte der Antragsgegner ab. Es

fehle am öffentlichen Interesse, da eine Gerichtsentscheidung dazu ausstehe, ob die ursprüngliche Zulassung rechtmäßig sei und eine Entscheidung zur Sache nicht habe getroffen werden können, weil es an der Anfechtungsberechtigung der Widerspruchsführer fehle.

Diese Entscheidung haben der Beigeladene zu 8) am 01.09.2009 (S 5 KA 3/09) und die Beigeladene zu 9) am 30.09.2009 (S 5 KA 4/09) mit der Klage angegriffen. Beide Verfahren ruhen (Beschlüsse des SG vom 04.03.2010 und 15.03.2010).

Am 15.10.2009 hat der Antragsteller beim SG um vorläufigen Rechtsschutz nachgesucht. Die Klagen der Beigeladenen zu 8) und 9) seien aussichtslos. Diese seien bereits vertragsärztlich tätig. Es könne nicht in der Hand eines erfolglos gebliebenen Bewerbers liegen, die Umsetzung des Ergebnisses eines Nachbesetzungsverfahrens zu blockieren, wenn dieser bereits über eine eingeführte Praxis verfüge. Im Übrigen sei bei der Interessenabwägung auch die Motivation der Mitbewerber zu berücksichtigen. Der Beigeladene zu 8) habe sich mit den Mitgliedern der Gemeinschaftspraxis, in der er - der Antragsteller - tätig sei, persönlich nie in Verbindung gesetzt. Es sei auch nicht zu erkennen, inwieweit der Beigeladene zu 9) ein Nachteil entstehe, wenn die Zulassung bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsacheverfahren für sofort vollziehbar erklärt werde. Im Gegensatz zu den Beigeladenen zu 8) und 9) könne er - der Antragsteller - seinem Beruf als niedergelassener Radiologe nicht nachgehen.

Der Antragsteller hat beantragt,

die sofortige Vollziehung des Beschlusses des Antragsgegners vom 24.06.2009 in Verbindung mit dem Beschluss des Zulassungsausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 19.11.2008 bis zum Abschluss der rechtskräftigen Entscheidungen in den Klageverfahren beim SG Detmold (Az. S 5 KA 3/09 und S 5 KA 4/09) anzuordnen.

Der Antragsgegner hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Er hat darauf verwiesen, dass das persönliche Interesse des Antragstellers keinen Sofortvollzug rechtfertige.

Der Beigeladene zu 8) hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Der Antragsteller könne sich nicht auf ein überwiegendes Interesse an der sofortigen Vollziehung der Zulassung berufen. Der Zulassungsbescheid sei offensichtlich rechtswidrig. Der Vertragsarztsitz habe noch nicht nachbesetzt werden können, da sein rechtliches Schicksal zum Zeitpunkt der Nachbesetzung und weiterhin ungewiss sei. Nach wie vor könne sich herausstellen, dass nicht der Beigeladene zu 10), sondern er - der Beigeladene zu 8) - zuzulassen sei. Nicht maßgeblich sei, dass der Antragsteller finanzielle Risiken hinzunehmen habe. Es liege grundsätzlich in der Risikosphäre des Antragstellers, wenn vor der rechtsgültigen Zulassung eine wirtschaftliche Verwertung des Vertragsarztsitzes erfolgen solle; er habe Kenntnis von der rechtlichen Situation im Verfahren S 5 KA 11/07 und nunmehr auch die Risiken hierfür zu tragen.

Die Beigeladene zu 9) hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Zur Begründung hat sie sich auf die Entscheidung des SG vom 06.05.2009 - S 5 KA 2/09 ER - bezogen.

Mit Beschluss vom 03.12.2009 hat das SG den Antrag abgelehnt. Die sofortige Vollziehung des Beschlusses vom 24.06.2009 liege nicht im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse des Antragstellers. Es sei nicht erkennbar, dass die angemessene medizinische Versorgung ohne die Anordnung der sofortigen Vollziehung gefährdet wäre. Allein der Umstand, dass ein neu generierter Vertragsarztsitz über einen längeren Zeitraum faktisch unbesetzt bleibe, sei jedenfalls dann nicht relevant, wenn keine konkreten Gesichtspunkte für eine Unterversorgung vorgetragen werden. Gegenstand der Rechtmäßigkeitsprüfung des durchgeführten Nachbesetzungsverfahrens werde sein, ob den Beigeladenen zu 8) und 9) eine materielle Befugnis zustehe, sich gegen die sie belasten-

de Entscheidung des Antragsgegners zu wenden und ob das Nachbesetzungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden sei. Unter Berücksichtigung sämtlicher Kriterien sei es nicht angemessen, den Sofortvollzug anzuordnen und dem Antragsteller vorläufig die Möglichkeit zukommen zu lassen, als Vertragsarzt im Rahmen der von ihm erstrebten Zulassung tätig zu sein. Auch wenn die Klage des Beigeladenen zu 8) abgewiesen worden sei, bleibe abzuwarten, welches Ergebnis das Berufungsverfahren bringe. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes müsse dafür Sorge getragen werden, dass dem Konkurrenten eine realisierbare Chance auf den Sitz erhalten bleibe. Auch wenn die Beigeladenen zu 8) und 9) im Rahmen der ihnen erteilten Zulassung als Vertragsärzte tätig sein könnten, während dies dem Antragsteller verwehrt sei, rechtfertige dies es nicht zwangsläufig, im Wege des Sofortvollzugs seine Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zu ermöglichen. Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch der Antragsteller die Möglichkeit habe, als Radiologe tätig zu sein. Ferner sei auf seine gesellschaftsrechtliche Position in der Praxis D zu verweisen. Die Unsicherheiten im Zusammenhang mit dem nachzubesetzenden Vertragsarztsitz dürften im Übrigen Gegenstand der privatrechtlichen Verhandlungen des Antragstellers mit dem Beigeladenen zu 10) gewesen sein. Das Gericht verkenne nicht die zu hinterfragende Intention der Beigeladenen zu 8) und 9). Gerade der Umstand, dass der Beigeladene zu 8) in einem weiteren Nachbesetzungsverfahren in der überörtlichen Gemeinschaftspraxis D beteiligt sei und die Kommunikation zwischen dem Antragsteller und dem Beigeladenen zu 10) einerseits und den Beigeladenen zu 8) und 9) andererseits nicht ohne Hindernisse verlaufen sei, zeige, dass es eigentliches Ziel der Beigeladenen zu 8) und 9) sei, den Vertragsarztsitz zu verlegen, um die Fallzahlen zu erhöhen. Es obliege in einer solchen Situation nicht dem Gericht, einzelne private Interessen herauszuarbeiten und diesen einen Vorrang einzuräumen, wenn sonstige öffentliche Gesichtspunkte für einen Sofortvollzug nicht bestünden. Die Erfolgsaussichten der Klagen S 5 KA 3/09 und 4/09 würden mit der noch nicht rechtskräftigen Entscheidung zusammenhängen, ob die Vergabe des nach Entsperrung neu generierten Vertragsarztsitzes im Jahre 2007 rechtmäßig sei. Erst wenn hierüber Klarheit bestehe, könne geprüft werden, ob das Nachbesetzungsverfahren entsprechend den geltenden Bestimmungen durchgeführt und abgeschlossen oder ob möglicherweise der Vertragsarztsitz neu auszuschreiben sei. Etwas anderes folge auch nicht aus dem angeordneten Sofortvollzug in der Entscheidung des Antragsgegners vom 26.09.2007. Selbst wenn der Beigeladene zu 10) den Vertragsarztsitz auf dieser Grundlage habe nutzen können, stelle sich die weitere Frage, ob diese Rechtsmacht so weit reiche, dass ohne Information der Beteiligten das

Nachbesetzungsverfahren habe durchgeführt werden können.

Diese Entscheidung greift der Antragsteller fristgerecht mit der Beschwerde an. Er trägt unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens vor: Entgegen der Auffassung des SG könne er aufgrund der aufschiebenden Wirkung der Klagen der Beigeladenen zu 8) und 9) im Gegensatz zu diesen nicht vertragsärztlich tätig werden. Darüber hinaus sei der Beigeladene zu 10) aufgrund der aufschiebenden Wirkung gezwungen, trotz seines Alters gegebenenfalls noch auf Jahre hinaus weiter als zugelassener Vertragsarzt tätig zu sein, um die Zulassung als solche nicht zu gefährden. Den Beigeladenen zu 8) und 9) entstehe unmittelbar kein Nachteil dadurch, wenn die beantragte Zulassung bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsacheverfahren für sofort vollziehbar erklärt werde, während er - der Antragsteller - bis zu einer entsprechenden rechtskräftigen Entscheidung seinem Beruf als niedergelassener Radiologe nicht nachgehen könne und der Beigeladene zu 10) gezwungen sei, weiterhin als zugelassener Vertragsarzt tätig zu sein. Sollte sich tatsächlich herausstellen, dass der Beigeladene zu 10) aufgrund der ursprünglichen Teilentsperrung nicht hätte als Radiologe zugelassen werden dürfen, sondern der Beigeladene zu 8), hätte dies zur Konsequenz, dass die vorläufig vom Antragsteller begehrte Rechtsposition wieder entfalle, womit sich lediglich das Wesen des vorläufigen Rechtsschutzes bestätige.

Der Antragsteller beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Detmold vom 03.12.2009 abzuändern und die sofortige Vollziehung des Beschlusses des Antragsgegners vom 24.06.2009 bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahren S 5 KA 3/09 und S 5 KA 4/09 (jeweils SG Detmold) anzuordnen,

hilfsweise die sofortige Vollziehung des Beschlusses des Antragsgegners vom 24.06.2009 bis zum rechtskräftigen Abschluss der Verfahren S 5 KA 3/09, S 5 KA 4/09, S 5 KA 11/07 (jeweils SG Detmold) anzuordnen.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er bezieht sich auf sein Vorbringen im erstinstanzlichen Verfahren.

Die Beigeladenen zu 1), 2) und 4) stellen keinen Antrag.

Die Beigeladenen zu 3), 5) bis 7) haben sich zum Verfahren nicht geäußert.

Der Beigeladene zu 8) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 10) schließt sich dem Antrag des Antragstellers an.

Er macht geltend: Der Vortrag des Antragstellers sei nicht schlüssig, jedenfalls fehle das Rechtsschutzbedürfnis. Der Antragsteller habe im Rahmen des Nachbesetzungsverfahrens eine Zulassung als Nachfolger des Beigeladenen zu 10) erhalten. Diese Zulassung sei aufgrund der beim SG anhängigen Klageverfahren schwebend unwirksam. Gehe man davon aus, dass der Beigeladene zu 10) nach wie vor als Radiologe tätig sein dürfe, könne der Antragsteller von seiner Zulassung keinen Gebrauch machen. Der Antrag sei aber auch dann zurückzuweisen, wenn davon ausgegangen werde, dass der Beigeladene zu 10) aufgrund seines im Nachbesetzungsverfahren erklärten Verzichts überhaupt nicht tätig sein dürfe und dies spätestens jetzt unterbunden werde. Denn der Beschluss des Zulassungsausschusses, den Antragsteller zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung zuzulassen, sei offensichtlich rechtswidrig. Der Beigeladene zu 10) habe das Nachbesetzungsverfahren trotz schwebend unwirksamer Zulassung durchgeführt. Das Nachbesetzungsverfahren setze voraus, dass der nachzubesetzende Vertragsarztsitz bestandskräftig bestehe. Aufgrund der Ordnungsfunktion der vertragsärztlichen Statusentscheidung sei ein Vertragsarztsitz, dessen rechtliches Schicksal ungewiss sei, nicht nachbesetzungsfähig.

Die Beigeladene zu 9) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie macht unter Bezugnahme auf ihr erstinstanzliches Vorbringen geltend: Maßgebend

sei, ob der Vertragsarztsitz rechtmäßig übertragen worden sei. Es sei unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt begründbar, dass der Antragsteller auch nur vorläufig vertragsärztlich tätig sei, bevor abschließend geklärt werde, ob dieser Vertragsarztsitz rechtmäßig entstanden bzw. vergeben worden sei.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Streitakte, die beigezogenen Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners sowie die Streitakten S 5 KA 11/07 (L 11 KA 64/09), S 5 KA 2/09 ER, S 5 KA 3/09, S 5 KA 4/09 und S 5 KA 7/09 (jeweils SG Detmold). Deren Inhalt war Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II.

Rechtsgrundlage für die begehrte einstweilige Regelung ist § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG), denn nach § 96 Abs. 4 Satz 2 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) hat die Anrufung des Berufungsausschusses aufschiebende Wirkung.

1. Grundvoraussetzung für den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung ist ein Rechtsschutzbedürfnis. Zwar ist die Zulässigkeit der Antragstellung nicht an ein irgendwie geartetes Vorverfahren geknüpft. Indessen gilt auch hier, dass im Interesse der Entlastung der Gerichte das Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen ist, wenn der Beteiligte sein Begehren erkennbar auch außergerichtlich durchsetzen kann oder der Versuch, eine Aussetzung durch die Behörde zu erreichen, nicht von vornherein aussichtslos erscheint (Senat, Beschluss vom 03.02.2010 - L 11 KA 80/09 ER -; vgl. auch Düring in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 86b Rdn. 3). Ausgehend hiervon könnte erwogen werden, ein etwaiges Rechtsschutzinteresse des Antragstellers deswegen zu verneinen, weil er keinen Antrag nach § 86a Abs. 3 Satz 1 SGG gestellt hat. Ein solcher Antrag wäre auch noch nach Klageerhebung zulässig, denn ab diesem Zeitpunkt können sowohl die Verwaltung als auch das Gericht die sofortige Vollziehung anordnen (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage, § 86a Rdn. 21). Dieser Ansatz wiederum ist dahin einzuschränken, dass zwar beide Stellen zuständig sind, indessen die sofortige Vollziehung zunächst bei der Verwaltung zu beantragen ist. Erst wenn ein solcher Antrag erkennbar aussichtslos ist, besteht ein Rechtsschutzbedürfnis für eine Entscheidung des Gerichts. Der gegenteiligen

Entscheidung des BSG vom 17.01.2007 - B 6 KA 4/07 R - folgt der Senat nicht. Zwar führt das BSG aus, § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG setze im Gegensatz zu § 80 Abs. 6 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) gerade nicht voraus, dass sich der Antragsteller zunächst an die Verwaltung wende, um eine Entscheidung der zuständigen Behörde über die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG zu erhalten. Das trifft zwar zu, greift indessen zu kurz. Dabei bleibt unberücksichtigt, dass § 80 Abs. 6 VwGO das allgemeine Rechtsschutzbedürfnis lediglich normativ konkretisiert. Hieraus lässt sich nicht schlussfolgern, dass für das SGG Abweichendes gilt. Das Rechtsschutzbedürfnis ist Grundvoraussetzung dafür, dass ein Gericht sich in der Sache mit dem angetragenen Rechtsstreit befasst, denn jede Rechtsverfolgung setzt ein Rechtsschutzbedürfnis voraus (vgl. Keller, a.a.O., vor § 51 Rdn. 16 ff.; vgl. auch Jung in Jansen, a.a.O., § 51 Rdn. 8 f.), mithin ist ein Antrag nach § 86a Abs. 3 Satz 1 SGG vorrangig.

Das Rechtsschutzinteresse ist zu bejahen. Der Antragsteller hat den Antrag gestellt, die sofortige Vollziehung des Beschlusses vom 24.06.2009 nach § 97 Abs. 4 SGB V anzuordnen. Hierüber hat der Antragsgegner auch (negativ) entschieden. An einem Antrag nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG fehlt es hingegen. Dies ist im Ergebnis unschädlich. Zwar sind die Voraussetzungen für die Anordnung der sofortigen Vollziehung nach § 97 Abs. 4 SGB V einerseits und § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG andererseits ausweislich des Wortlautes beider Normen nicht deckungsgleich. Nach § 97 Abs. 4 SGB V kann die sofortige Vollziehung nur im öffentlichen Interesse angeordnet werden, demgegenüber sieht § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG diese Möglichkeit auch im überwiegenden Interesse eines Beteiligten vor. Im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) muss aber auch im Anwendungsbereich des § 97 Abs. 4 SGB V die sofortige Vollziehung im überwiegenden Interesse eines Beteiligten angeordnet werden können (Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 23 m.w.N.). Dieser Ansatz gilt umso mehr, wenn mit dem Senat die Auffassung vertreten wird, dass einstweiliger Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Zulassungsausschüsse nicht möglich ist (hierzu Senat, Beschluss vom 18.11.2003 - L 11 B 47/03 KA ER -; vertiefend LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 04.09.2002 - L 10 B 2/02 KA ER - und vom 25.10.2006 - L 10 B 15/06 KA ER -; in diesem Sinn auch: Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 23; Frehse in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage, 2006, § 23 Rdn. 107 ff.; Düring in Jansen, § 86a Rdn. 25; a.A. Pawlita in juris-PK, SGB V, 2008, § 97 Rdn. 41). Ausgehend hiervon ist § 97 Abs. 4 SGB V nicht obsolet (so aber Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 97 Rdn. 10; Pawlita, a.a.O.), stellt vielmehr

für das vertragsärztliche Zulassungsrecht eine Sonderregelung dar (Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 23). Demzufolge reicht es aus, wenn - wie geschehen - ein Antrag nach § 97 Abs. 4 SGB V gestellt wird.

2. Nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG kann das Gericht in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. 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 (vgl. LSG Bayern, Beschluss vom 16.03.2010 - L 5 R 21/10 B ER -). Auch wenn das Gesetz keine materiellen Kriterien für die Entscheidung nennt, kann als Richtschnur für die Entscheidung davon ausgegangen werden, dass das Gericht dann den Sofortvollzug anordnen wird, wenn Widerspruch und Anfechtungsklage offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg haben. Umgekehrt besteht am Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes kein öffentliches Interesse (Düring, a.a.O., § 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 SGG zu beachten, dass in den Fällen des § 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG 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 zu beachten, 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 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 -, 24.10.2003 - 1 BvR 1594/03 - ; 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., § 86b Rdn. 11 ff.).

3. Ausgehend hiervon muss der Antrag Erfolg haben. Der Beschluss des Antragsgegners ist nach derzeitiger Einschätzung der Sach- und Rechtslage im Ergebnis rechtmäßig. Das Individualinteresse des Antragstellers am Sofortvollzug geht vor (Vollzugsinteresse). Gegenläufige Interessen der Beigeladenen zu 8) und 9) greifen nicht durch (Suspensivinteresse).

Die Entscheidung über das Begehren des Antragstellers hängt davon ab, ob

- der Beigeladene zu 10) rechtmäßig zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen worden ist (dazu nachfolgend a)),
- das Nachbesetzungsverfahren nach Verzicht des Beigeladenen zu 10) rechtmäßig war (dazu nachfolgend b)),
- inwieweit ggf. das Suspensivinteresse der Beigeladenen zu 8) und 9) dem Vollzugsinteresse des Antragstellers entgegensteht (dazu nachfolgend c)).

a) Die Auswahlentscheidung zu Gunsten des Beigeladenen zu 10) ist rechtmäßig. Im Ergebnis zutreffend hat das SG die Klage des Beigeladenen zu 8) gegen den Beschluss des Antragsgegners vom 26.09.2007 mit Urteil vom 02.09.2009 - S 5 KA 11/07 - abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beigeladenen zu 8) hatte keinen Erfolg (hierzu Senat, Urteil vom 12.05.2010 - L 11 KA 64/09 -).

aa) Die „Teilentsperrung“ des Planungsbereichs durch Beschluss des Landeausschusses ist rechtmäßig. Dies folgt aus § 23 Abs. 1 Bedarfsplanungsrichtlinien-Ärzte (BedarfsplanungsRL-Ä) in der Neufassung vom 15.02.2007 (BAnz. 2007, S. 3491), zuletzt geändert am 18.09.2008 (BAnz. 2008, S. 4163). Rechtsgrundlage für die BedarfsplanungsRL-Ä ist § 92 Abs. 1 Satz 2 Nr. 9 SGB V. Rechtsgrundlage für den Beschluss des Landeausschusses ist § 103 Abs. 3 SGB V i.V.m. § 16b Abs. 3 Sätze 2 und 3 Zulassungsverordnung-Ärzte (Ärzte-ZV). Das BSG hat im Urteil vom 23.02.2005 - B 6 KA 81/03 - hinsichtlich der Regelung in Nr. 23 Satz 1 BedarfsplanungsRL-Ä (a.F.) zur partiellen Entsperrung eines nicht mehr überversorgten Planungsbereichs festgestellt, dass die-

se Regelung inhaltlich mit der höherrangigen Vorschrift des § 103 Abs. 3 SGB V, die in § 16b Abs. 3 Satz 2 Ärzte-ZV wiederholt wird, vereinbar ist. Nunmehr bestimmt § 23 Abs. 1 BedarfsplanungsRL-Ä:

Kommt der Landesausschuss nach einer erstmaligen Feststellung von Überversorgung aufgrund der weiteren Entwicklung und seiner Prüfung zu der Folgerung, dass Überversorgung nicht mehr besteht, so ist der Aufhebungsbeschluss hinsichtlich der Zulassungsbeschränkungen mit der Auflage zu versehen, dass Zulassungen nur in einem solchen Umfang erfolgen dürfen, bis für die Arztgruppe Überversorgung eingetreten ist.

Die Voraussetzungen dieser Regelung sind erfüllt. Auf Ziffer 1 Satz 2 des Beschlusses des Landesausschusses vom 07.07.2006 ist zu verweisen.

bb) Losgelöst hiervon hat der Beigeladene zu 8) seine Berufung im Verfahren L 11 KA 64/09 im wesentlichen auf zwei Argumente gestützt, nämlich (1) bei der im Westfälischen Ärzteblatt veröffentlichten Bewerbungsfrist handele es sich nicht um eine Ausschlussfrist und (2) die Auswahlentscheidung des Antragsgegners sei deswegen fehlerhaft, weil eine längere ärztliche Tätigkeit und höheres Approbationsalter nicht zu Gunsten des Beigeladenen zu 10) hätten berücksichtigt werden dürfen.

(1) Auf den am 04.08.2006 im Westfälischen Ärzteblatt veröffentlichten Beschluss des Landesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, demzufolge der Zulassungsausschuss unter denjenigen Antragstellern eine Auswahl zu treffen hat, deren Zulassungsanträge innerhalb einer Frist von zwei Monaten nach Veröffentlichung eingegangen sind, ist der Zulassungsantrag des Beigeladenen zu 8) am 13.11.2006 und jener des Beigeladenen zu 10) am 11.08.2006 auf der Geschäftsstelle des Zulassungsausschusses eingegangen. Der Antragsgegner hat den Zulassungsantrag des Beigeladenen zu 8) zutreffend als verfristet angesehen.

(a) Nach Auffassung des BSG (Urteil vom 23.02.2005 - B 6 KA 81/03 -) bedurfte die ehemals geltende Regelung in Nr. 23 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä (a.F.) betreffend das Verfahren bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern um einen nach partieller Entsperrung eines Planungsbereichs zu besetzenden Vertragsarztsitz noch einer weiteren Konkretisierung, um den verfassungsrechtlichen Vorgaben zu entsprechen. Die vormalige Festle-

gung, dass über die Anträge allein nach Maßgabe der Reihenfolge ihres Eingangs beim Zulassungsausschuss zu entscheiden war, genügte nicht in vollem Umfang den aus Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) abzuleitenden Anforderungen an eine angemessene Verfahrensgestaltung. Das alleinige Abstellen auf den in tatsächlicher Hinsicht oftmals von vielen Zufälligkeiten abhängigen Eingang der vollständigen Zulassungsanträge bei dem Ausschuss wurde der verfassungsrechtlichen Bedeutung der Auswahlentscheidung für die Berufschancen der Bewerber nicht gerecht. Die Interessenten für eine Zulassung als Vertragsarzt in einem bislang gesperrten Planungsbereich haben bis zur Bekanntgabe einer partiellen Entsperrung in den Bekanntmachungsblättern der Kassenärztlichen Vereinigung keine Veranlassung, sich auf bloße Vermutungen hin nähere Informationen über die künftige Entwicklung bei entsprechend Sachkundigen zu beschaffen, um auf dieser Grundlage im Wettbewerb mit anderen potentiellen Konkurrenten einen Zulassungsantrag möglichst optimal zu positionieren. Zu einem geordneten Auswahlverfahren für eine exklusiv zu vergebende Position gehört vielmehr, dass für alle potentiellen Bewerber dieselbe von vornherein in der Ausschreibung bekannt gegebene Frist zur Verfügung steht, um sich zu bewerben und die hierfür erforderlichen Unterlagen beizubringen. Dies konnte das sogenannte „Windhundprinzip“ in Nr. 23 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä (a.F.) nicht gewährleisten (so BSG im Urteil vom 23.02.2005, a.a.O.). Ausgehend hiervon hat der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) nähere Regelungen dazu getroffen, wie nunmehr in einem für alle Bewerber fairen Verfahren die Auswahl unter mehreren Zulassungsanträgen erfolgen soll. Hierfür kommt nach Überzeugung des BSG einerseits der Rückgriff auf Kriterien in Frage, welche die bestmögliche Versorgung der Versicherten in dem betreffenden Planungsbereich zum Ziel haben (berufliche Eignung bzw. Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit), die aber in § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V bislang nur für die Auswahl im Rahmen einer Praxisnachfolge gesetzlich normiert waren. Andererseits stellt auch das Prioritätsprinzip, das ebenfalls in § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V - in Gestalt des Approbationsalters - und zudem in § 103 Abs. 5 SGB V - in Form der Wartelisten für gesperrte Planungsbereiche - geregelt ist, prinzipiell ein geeignetes Auswahlkriterium dar (so BSG im Urteil vom 23.02.2005 a.a.O., m.w.N.). Soweit es die konkreten Einwände des BSG zum „Windhundprinzip“ anlangt, hat der GBA dem durch die jetzige Fassung des § 23 BedarfsplanungsRL-Ä dergestalt Rechnung getragen, dass neben der Auflistung der entsprechenden Eignungskriterien nicht mehr auf die Reihenfolge der Anträge abgestellt, sondern allen Bewerbern eine angemessene Bewerbungsfrist eingeräumt wird.

Gemäß § 23 Abs. 3 BedarfsplanungsRL-Ä i.d.F. vom 15.02.2007 (BAnz. 2007, S. 3491) entscheidet der Zulassungsausschuss über Anträge auf (Neu-) Zulassung nach Maßgabe der folgenden Regelungen:

1. *Der Beschluss des Landesausschusses nach Absatz 1 ist zum nächstmöglichen Zeitpunkt in den für amtliche Bekanntmachungen der Kassenärztlichen Vereinigung vorgesehenen Blättern zu veröffentlichen.*
2. *In der Veröffentlichung sind die Entscheidungskriterien nach Nummer 3 und die Frist (in der Regel sechs bis acht Wochen) bekannt zu machen, innerhalb der potentielle Bewerber ihre Zulassungsanträge abzugeben und die hierfür erforderlichen Unterlagen gemäß § 18 Ärzte-ZV beizubringen haben. Der Zulassungsausschuss berücksichtigt bei dem Auswahlverfahren nur die nach der Bekanntmachung fristgerecht und vollständig abgegebenen Zulassungsanträge.*
3. *Unter mehreren Bewerbern entscheidet der Zulassungsausschuss nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung folgender Kriterien:*
 - *berufliche Eignung,*
 - *Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit,*
 - *Approbationsalter,*
 - *Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß § 103 Abs. 5 Satz 1 SGB V.*

Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern soll die räumliche Wahl des Vertragsarztesitzes und ihre Beurteilung in Hinblick auf die bestmögliche Versorgung der Versicherten berücksichtigt werden.

(b) Die Formulierung des § 23 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä

„Der Zulassungsausschuss berücksichtigt bei dem Auswahlverfahren nur die nach der Bekanntmachung fristgerecht und vollständig abgegebenen Zulassungsanträge.“

gibt dem Landesausschuss vor, eine Ausschlussfrist zu setzen.

(aa) Für eine absolut wirkende Ausschlussfrist muss entweder der Ausschluss ausdrücklich bestimmt sein oder die Auslegung der Bestimmung anhand ihres Sinnes und Zwecks muss klar ergeben, dass die Regelung "mit der Frist steht und fällt"; im Zweifel ist die Zulässigkeit der Wiedereinsetzung zu bejahen (BSG, Urteil vom 05.02.2003 - B 6 KA 27/02 R - zu § 27 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch <SGB X> m.w.N.). Zweck der Ausschlussfrist des § 111 Satz 1 SGB X ist es beispielsweise, möglichst rasch klare Ver-

hältnisse darüber zu schaffen, ob eine Erstattungspflicht besteht (BSG, Urteil vom 30.06.2009 - B 1 KR 21/08 R -; zu Ausschlussfristen vgl. auch BSG, Urteile vom 29.08.2007 - B 6 KA 48/06 B - und 22.06.2005 - B 6 KA 19/04 R -). Im Gegensatz zur Fristbestimmung des § 95 Abs. 10 Satz 1 Nr. 1 SGB V (hierzu BSG, Urteil vom 05.02.2003 - B 6 KA 27/02 R -) „steht und fällt“ das Zulassungssystem des § 23 BedarfsplanungsRL-Ärzte damit, dass die fragliche Frist als Ausschlussfrist interpretiert wird. Schon der Wortlaut dieser Regelung ist unmissverständlich. Die apodiktische Formulierung „berücksichtigt bei dem Auswahlverfahren nur“ lässt keinen Raum für die Möglichkeit, nach Fristablauf eingehende Anträge zu berücksichtigen. Dieses Verständnis entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 23 Abs. 3 Nr. 2 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä. Mittels dieser Regelung wollte der GBA - wie dargestellt - die Auflage des BSG aus dem Urteil vom 23.02.2005 - B 6 KA 81/03 R - erfüllen, nämlich das „Windhundprinzip“ zu Gunsten eines rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Procederes im Hinblick auf die Antragsreihenfolge ersetzen. Das BSG hat in dieser Entscheidung deutlich zum Ausdruck gebracht, dass eine Frist von sechs bis acht Wochen auch vor dem Hintergrund von Art. 12 GG angemessen und ausreichend ist, um potentielle Bewerber in die Lage zu versetzen, die notwendigen Vorbereitungen zu treffen, einen sachgerechten Antrag stellen zu können. Soweit der Beigeladene zu 8) dennoch meint, einen Antrag noch nach Fristablauf bis zur Entscheidung des Zulassungsausschusses stellen zu können, verkennt er den aufgezeigten Sinn des § 23 Abs. 3 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä. Seine Auffassung würde dem mit der Fristbestimmung verbundenen Ziel, unter Einbeziehung der Interessen potentieller Bewerber innerhalb angemessener Zeit Rechtssicherheit und Rechtsklarheit herzustellen, vielmehr diametral entgegenstehen.

(bb) Auch soweit der Beigeladene zu 8) sich in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des LSG Bayern vom 23.04.2008 - L 12 KA 443/07 - bezieht, ergibt sich nicht anderes. Unter Bezugnahme auf den Beschluss des BVerfG vom 08.10.1985 - 1 BvL 17/83 - (NJW 1986, 1603 f.) führt das LSG Bayern zutreffend aus, dass der Ausschlusscharakter einer Frist hinreichend eindeutig aus den maßgebenden Rechtsnormen folgen müsse; dies könne dann der Fall sein, wenn ein Gesetz vorsehe, dass zu einem bestimmten Zeitpunkt über Zulassungsansprüche mehrerer Bewerber bei begrenzter Kapazität entschieden werden müsse. So liegt es - wie dargestellt - hier.

Auch soweit Bewerbungsfristen im Beamtenbewerbungsverfahren als Ordnungsfristen

angesehen werden (VGH Bayern, Beschluss vom 17.12.2009 - 3 CE 09.2494 -; vgl. auch OVG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 04.04.2002 - 1 B 1133/01 -), führt das zu keiner anderen Beurteilung. Die Festlegung von Fristen, innerhalb derer sich ein Beamter für ein zu besetzendes Amt im konkret-funktionellen Sinn bewerben kann, dient der Effektivität des Besetzungsverfahrens. Diese Effektivität liegt im Interesse des Dienstherrn, denn ihm muss an einer zeitnahen Besetzung eines vakanten Dienstpostens zur möglichst reibungslosen Erfüllung der Dienstaufgaben gelegen sein, ebenso aber auch daran, dass sich möglichst alle in Betracht kommenden Beamten innerhalb eines Zeitrahmens melden, so dass dann die Auswahl des am besten Geeigneten aus einem insofern kompletten Bewerberfeld in einem zügig angelegten Verfahren erfolgen kann. Diesem Zweck von Bewerbungsfristen würde es aber nicht entsprechen, wenn der Dienstherr seinerseits strikt an ihre Einhaltung gebunden wäre. Da sich nicht ausschließen lässt, dass leistungsstarke Interessenten sich erst nach Fristablauf melden, muss es ihm grundsätzlich unbenommen bleiben, nach Ablauf solcher Fristen eingehende Bewerbungen noch in seine Auswahlentscheidung einzubeziehen, wenn dies aus seiner Sicht mit einem geordneten Stellenbesetzungsverfahren vereinbar ist und insbesondere nicht zu unangemessenen Verzögerungen führt. Demzufolge handelt es sich bei der im Rahmen einer Stellenausschreibung gesetzten Bewerbungsfrist nicht um eine Ausschlussfrist im Sinn einer vom materiellen Recht (hier: dem materiellen Beamtenrecht) gesetzten Frist, die einer in dieser Rechtsmaterie verankerten gesetzlichen Grundlage bedarf und deren Nichteinhaltung den Verlust der materiellen Rechtsposition zur Folge hat, somit auch von der Behörde selbst einzuhalten bzw. strikt zu berücksichtigen und mit deren Zweck auch etwa die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand unvereinbar ist (so VGH Bayern, a.a.O.).

Diese Grundsätze lassen sich auf das Bewerbungsverfahren nach Aufhebung von Zulassungsbeschränkungen nicht übertragen. Im beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahren soll der „Dienstherr“ aus den genannten Gründen nicht an die strikte Einhaltung von Fristen gebunden sein. Demgegenüber haben die Zulassungsgremien keine einem öffentlich-rechtlichen „Dienstherrn“ vergleichbare Position. Ihre Rechtsmacht beschränkt sich auf Entscheidungen in Zulassungssachen (§§ 96, 97 SGB V) und ist damit lediglich punktueller Natur.

Angesichts der Besonderheiten des Vertragsarztrechts ist es im Übrigen nachgerade ausgeschlossen, die Frist des § 23 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä als Ord-

nungsvorschrift zu begreifen. Im Gegensatz zum beamtenrechtlichen Bewerbungsverfahren entscheidet über die vertragsärztliche Zulassung mit dem Zulassungsausschuss bzw. Berufungsausschuss eine bezogen auf Kassenärztliche Vereinigungen und Krankenkassen rechtlich verselbstständigte öffentlich-rechtliche Institution (§§ 96, 97 SGB V) in einem kraft Gesetzes ausgestalteten förmlichen Verfahren (§ 98 SGB V i.V.m. §§ 36 ff. Ärzte-ZV). Der Zulassungsausschuss beschließt in Sitzungen (§ 36 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV). Der Vorsitzende lädt hierzu unter Angabe der Tagesordnung ein (§ 36 Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV). Über Zulassungen und über die Entziehung von Zulassungen beschließt der Zulassungsausschuss nach mündlicher Verhandlung (§ 37 Abs. 1 Satz 1 Ärzte-ZV). Im Gegensatz zum Beamtenbewerbungsverfahren ist zudem nicht allein auf die Interessen eines „Dienstherrn“ abzustellen. Vielmehr sind die Interessen einer Vielzahl von am Zulassungsverfahren beteiligter Person und Institutionen mit durchaus heterogenen Zielsetzungen zu berücksichtigen. Verfahrensbeteiligt sind die Kassenärztliche Vereinigung, die Landesverbände der Krankenkassen, der Verband der Ersatzkassen sowie die am Verfahren beteiligten Ärzte (§ 37 Abs. 2 Satz 1 Ärzte-ZV) sowie im Falle einer Nachfolgezulassung ggf. die Erben (§ 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V, § 12 Abs. 2 SGB X). Die in § 37 Abs. 2 Satz 1 Ärzte-ZV genannten Verfahrensbeteiligten sind unter Einhaltung einer Frist von zwei Wochen zur mündlichen Verhandlung zu laden. Die Ladung ist zuzustellen (§ 37 Abs. 2 Satz 1, 2. Halbsatz Ärzte-ZV).

Diese justizförmig ausgestalteten Verfahrensvorgaben und die im Verfahren gebündelte Interessengemengelage der Verfahrensbeteiligten schließen es aus, Anträge noch bis zur Entscheidung des Zulassungsausschusses stellen zu können. Denn solchermaßen spät gestellte Anträge würden jeweils eine Vertagung notwendig machen, um den anderen Beteiligten hinreichend rechtliches Gehör zu geben und den Sachverhalt ggf. weiter aufzuklären (§ 20 SGB X, § 39 Abs. 1 Ärzte-ZV). Letztlich könnte eine Beschlussfassung dauerhaft und nachhaltig unterlaufen werden. Das ist weder mit der aus öffentlichem Interesse sicherzustellenden vertragsärztlichen Versorgung noch mit dem rechtlichen und wirtschaftlichen Interesse ernsthafter Zulassungsbewerber zu vereinbaren (Art. 12, Art. 19 Abs. 4 GG). Demzufolge legt § 23 Abs. 3 Nr. 3 Satz 2 BedarfsplanungsRL-Ä dem Landesausschuss auf, eine Ausschlussfrist zu setzen.

(c) Wann die vom Landesausschuss bestimmte Frist beginnt, ist dem Beschluss datums- genau nicht zu entnehmen. Das ist entgegen der Auffassung des Beigeladenen zu 8) un-

schädlich, denn als Fristbeginn ist abstrakt die Veröffentlichung bestimmt worden. Gemeint ist damit die Veröffentlichung des Beschlusses des Landesausschusses im Westfälischen Ärzteblatt (hier: Westfälisches Ärzteblatt vom 04.08.2006). Der Lauf der Frist beginnt sonach mit dem 05.08.2006 (§ 26 Abs. 2 SGB X). Die Frist endet am 04.10.2006 (§ 26 Abs. 1 SGB X i.V.m. § 188 Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch <BGB>). Der am 13.11.2006 beim Zulassungsausschuss eingegangene Antrag war damit verfristet. Fristverlängerungen sind weder beantragt noch gewährt worden (§ 26 Abs. 7 Satz 1 SGB X). Sie scheiden ohnehin aus, da die Säumnis eine (absolute) Ausschlussfrist betrifft. Gleichermäßen kommt eine Wiedereinsetzung nicht in Betracht (§ 27 Abs. 5 SGB X). Losgelöst hiervon ist ein solcher Antrag nicht gestellt worden (§ 27 Abs. 2 Satz 1 SGB X) und kann nunmehr auch nicht mehr nachgeholt werden (§ 27 Abs. 3 SGB X). Die Versäumung einer Ausschlussfrist ist allerdings dann unbeachtlich, wenn dies auf ein grob rechtswidriges, z.B. vorsätzliches Verhalten dessen zurückzuführen ist, der durch die Ausschlussfrist begünstigt wird (BSG, Urteil vom 10.05.2007 - B 10 KR 1/05 R -). Hierzu indessen ist nichts dargetan und auch nichts ersichtlich.

Soweit der Beigeladene zu 8) sich im hier interessierenden Zusammenhang auf das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 23.09.2009 - L 5 KA 1375/09 - bezieht, führt das nicht weiter. Das LSG hat sich lediglich mit der Frage beschäftigt, ob die Frist bereits mit der „Bekanntgabe“ des Beschlusses des Landesausschusses dem Zulassungsausschuss gegenüber beginnt. Das LSG sieht als maßgebend den Zeitpunkt der Veröffentlichung im Ärzteblatt an. Dem tritt der Senat bei. Danach ist der Antrag des Beigeladenen zu 8) - wie ausgeführt - verfristet.

(2) Hilfsweise: Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners ist rechtmäßig. Der Zulassungsausschuss entscheidet über Anträge auf (Neu-) Zulassung unter mehreren Bewerbern nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der in § 23 Abs. 3 Satz 1 BedarfsplanungsRL-Ä genannten Kriterien. Bei der Entscheidung, ob ein oder mehrere Bewerber nach § 23 Abs. 3 BedarfsplanungsRL-Ä geeignet sind, ist den Zulassungsgremien ein Beurteilungsspielraum eingeräumt, der gerichtlich nur begrenzt überprüfbar ist. Das Gericht prüft, ob der Beurteilung ein vollständig ermittelter Sachverhalt zugrunde liegt, kein Verfahrensfehler begangen wurde, die gesetzlichen Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten sind, kein Verstoß gegen höherrangiges Recht (insbesondere Grundrechte) vorliegt, die Subsumtionserwägungen in der Begründung des Verwaltungs-

akts verdeutlicht sind, sodass eine zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar ist, ob sachfremde Erwägungen angestellt wurden und ob allgemeine oder besondere Wertmaßstäbe, Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind (zur Sonderbedarfszulassung: Senat, Urteil vom 11.02.2009 - L 11 KA 98/08 - m.w.N.). Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern ist dem Antragsgegner ein Ermessen eingeräumt; hier prüft das Gericht, ob ein Ermessensfehler, ein Ermessensnichtgebrauch oder eine Ermessensreduzierung „auf Null“ vorliegt (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -: pflichtgemäßes Ermessen).

Zuzustimmen ist dem Beigeladenen zu 8), dass das Kriterium „Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit“ (§ 23 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 BedarfplanungsRL-Ä) ambivalent ist. Vorgegeben wird insoweit nur, dass dieser Gesichtspunkt zu berücksichtigen ist. Ausweislich des Wortlauts kann dies sowohl zu Gunsten eines Bewerbers als auch zu seinem Nachteil geschehen. Unbeschadet dessen geht der Senat allerdings davon aus, dass der GBA mittels dieser Formulierung einer jeweils längeren ärztlichen Tätigkeit Priorität einräumen wollte. Dies kann indes dahin stehen. Denn wie die Zulassungsgremien die „Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit“ werten, unterliegt letztlich ihrem Beurteilungsspielraum. Grundsätzlich wird dabei davon ausgegangen werden können, dass eine längere ärztliche Tätigkeit dem betreffenden Bewerber zum Vorteil gereicht. Indessen ist dies nicht zwingend. Die Zulassungsgremien können nach sorgsamer Abwägung (hierzu LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -) auch zu einem gegenteiligen Ergebnis kommen.

Der Hinweis des Beigeladenen zu 8) auf den Beschluss des LSG Hamburg vom 26.02.2009 - L 2 B 7/09 ER KA - vermag seinem Begehren nicht zum Erfolg zu verhelfen. Das LSG Hamburg hat ausgeführt, den Kriterien der bisherigen ärztlichen Tätigkeit und des Approbationsalters sei nicht zwangsläufig immanent, dass sie stets zu Gunsten desjenigen Bewerbers durchschlagen müssen, der hinsichtlich ihrer über die längere bzw. längste Zeit verfüge. Dem ist aus o.g. Gründen zuzustimmen. Hieraus folgt aber auch, dass der vom Beigeladenen zu 8) angefochtene Beschluss des Antragsgegners insoweit nicht zu beanstanden ist, wenn dieser die „Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit“ zu Gunsten des Beigeladenen zu 10) berücksichtigt hat.

Weitere Mängel der Auswahlentscheidung hat der Beigeladene zu 8) im Beschwerdeverfahren nicht geltend gemacht. Soweit er sich ergänzend auf sein

erstinstanzliches Vorbringen bezogen hat, sieht der Senat von weiteren Ausführungen ab. Das SG hat sich mit diesem Vorbringen im Verfahren S 5 KA 11/07 zutreffend auseinandergesetzt. Der Senat nimmt hierauf in entsprechender Anwendung des § 142 Abs. 2 Satz 3 SGG Bezug.

b) Das Ausschreibungsverfahren betreffend Nachbesetzung ist rechtmäßig durchgeführt worden.

aa) Das Nachbesetzungsverfahren setzt (1) ein formell ordnungsgemäß durchgeführtes Ausschreibungsverfahren voraus, ferner (2) das (bevorstehende) Ende der Zulassung und (3) die beabsichtigte Fortführung der Praxis durch einen Nachfolger sowie schließlich (4) das Bestehen eines nachbesetzungsfähigen Vertragsarztsitzes in Kombination mit einer hierauf gerichteten Zulassung.

(1) Der Vertragsarztsitz ist auf Antrag des Vertragsarztes in den für die amtliche Bekanntmachung vorgesehenen Blättern unverzüglich auszuschreiben (§ 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Das ist geschehen. Mit Schreiben vom 01.08.2008 hat der Beigeladene zu 10) darum gebeten, seinen radiologischen Vertragsarztsitz im Westfälischen Ärzteblatt zur Nachbesetzung gem. § 103 Abs. 4 SGB V auszuschreiben. Das ist in Ausgabe 09/2008 des Westfälischen Ärzteblattes erfolgt. Ein in eine Gemeinschaftspraxis eingebundener Vertragsarztsitz kann allerdings nur dann Grundlage für eine entsprechende Ausschreibung sein kann, wenn eine solche Gemeinschaftspraxis zum Zeitpunkt der Ausschreibung existierte und zum Zeitpunkt der Entscheidungen der Zulassungsgremien nachweislich, wenngleich ggf. auf anderer vertraglicher Grundlage, fortgesetzt werden sollte (LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -). Das war der Fall, denn es bestand eine rechtlich und tatsächlich fortführungsfähige Gemeinschaftspraxis. Mängel des Ausschreibungsverfahrens sind im Übrigen weder ersichtlich noch gerügt worden.

(2) Der Beigeladene zu 10) hat unter dem 03.11.2008 erklärt, mit Ablauf des 31.12.2008 auf die Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit zu verzichten. Soweit er den Verzicht mit der „Maßgabe der bestandskräftigen Zulassung eines Praxisnachfolgers für meinen Vertragsarztsitz“ erklärt hat, ist dies unschädlich. Zwar ist der Verzicht als rechtsgestaltende Willenserklärung bedingungsfeindlich (hierzu Pawlita in juris-PK, SGB V, § 103 Rdn. 48

m.w.N.). Allerdings wird dem ausscheidenden Arzt zugebilligt, das Wirksamwerden der Verzichtserklärung davon abhängig zu machen, dass ein Nachfolger auf bestandskräftiger Grundlage tätig werden kann (Pawlita, a.a.O.). Dem ist zuzustimmen, denn anderenfalls würden rechtliche und tatsächliche Unwägbarkeiten, die vielfach mit einem Nachbesetzungsverfahren verbunden sind, das Risiko für den abgebenden Arzt, zwar auf den Zulassung verzichtet zu haben, indessen letztlich keinen Nachfolger (mehr) zu finden, unüberschaubar machen. Das ist weder mit den mittels des Instituts der Nachfolgezulassung (§ 103 Abs. 4 SGB V) verfolgten Zwecken (hierzu Senat, Beschluss vom 17.06.2009 - L 11 B 6/09 KA ER - m.w.N.) noch mit Art. 12, 14 GG zu vereinbaren.

(3) Voraussetzung für das Nachbesetzungsverfahren ist ferner, dass die bislang betriebene Praxis von einem Nachfolger fortgeführt werden soll (§ 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V). Das ist der Fall. Der Beigeladene zu 10) hat dem Zulassungsausschuss mit Schreiben vom 01.08.2008 mitgeteilt, im Namen aller Gesellschafter der Berufsausübungsgemeinschaft bestehe der uneingeschränkte Wunsch, den Antragsteller als seinen Nachfolger zu bestimmen. Geplanter Übergabezeitpunkt war ausweislich dieses Schreibens der 01.01.2009.

(4) Ob und inwieweit der Beigeladene zu 10) ausschreibungsberechtigt war, ist zwischen den Beteiligten umstritten. Rechtlicher Hintergrund ist dabei die Frage, ob dem Beigeladenen zu 10) ein Anspruch auf Ausschreibung des ihm zugeteilten Vertragsarztsitzes zustand. Rechtsgrundlage eines solchen Anspruchs ist § 103 Abs. 4 und Abs. 6 SGB V. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm vor, hat der Vertragsarzt einen klagefähigen Anspruch auf Ausschreibung (vgl. Meschke in Bäune/Meschke/Rothfuß, Ärzte-ZV, 2007, § 16b Rdn. 76).

(a) Allerdings hat der Beigeladenen zu 10) einen Vertragsarztsitz ausschreiben lassen, der ihm auf noch nicht gefestigter Rechtsgrundlage zugeteilt war. Mit Beschluss vom 25.10.2007 hatte der Antragsgegner den Antrag auf Zulassung des Beigeladenen zu 8) abgelehnt und den Beigeladenen zu 10) zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Die hiergegen gerichteten Klage der Beigeladenen zu 8) und 9) haben aufschiebende Wirkung (§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG). Der Beigeladene zu 10) hätte mithin von der Zulassung zunächst keinen Gebrauch machen können, wenn nicht der Antragsgegner - wie geschehen - die Zulassung mit der Anordnung des Sofortvollzugs verbunden hätte. Zwar handelt

es sich dabei um eine vorläufige Regelung. Ungeachtet dessen ist der Beigeladene zu 10) hierdurch rechtlich in die Lage versetzt worden, auf der Grundlage der ihm erteilten Zulassung Sachanlagevermögen schaffen und einen Patientenstamm zu rekrutieren. Beides unterfällt dem Eigentum i.S.d. Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG (so schon BSG, Urteil vom 19.03.1957 - 6 Rka 5/55 -; Meschke, a.a.O., Rdn. 45 m.w.N.). Einmal bestehendes Eigentum darf der Gesetzgeber nicht ohne weiteres entziehen (vgl. Art. 14 Abs. 3 GG). So läge ein Grundrechtseingriff (Enteignung) dann vor, wenn der Gesetzgeber einem Vertragsarzt die Verwertung seiner Arztpraxis (Anlage- und immaterielles Vermögen) ganz oder in wesentlichen Teilen unmöglich machte, ohne dass der Vertragsarzt die Chance hätte, einen Käufer zu finden (zutreffend Meschke, a.a.O., Rdn. 45 m.w.N.). Ausgehend hiervon ergibt sich: Die dem Beigeladenen zu 10) erteilte Zulassung ist rechtlich zunächst noch ungesichert. Sie unterfällt mangels „Äquivalent eigener Leistung“ nicht dem Eigentum des Art. 14 GG (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 27.02.2007 - 1 BvL 10/00 -, 13.06.2002 - 1 BvR 482/02 -, 15.10.1996 - 1 BvL 44/92, 1 BvL 48/92 -, Urteil vom 16.05.1985 - 1 BvL 5/80 - NJW 1986, 39 ff.).

Andererseits ist der Beigeladene zu 10) durch öffentlichen-rechtlichen Hoheitsakt (Sofortvollzug) nicht nur in die Lage versetzt worden, Eigentum zu schaffen; im Ergebnis ist er hierzu faktisch verpflichtet. Denn öffentlich-rechtlich bewirkt die Zulassung des Arztes seine Einbindung in die vertragsärztliche Versorgung (§ 95 Abs. 1 SGB V) und die Verpflichtung zur Mitwirkung an der vertragsärztlichen Versorgung (§ 72 Abs. 1 SGB V). Nach § 95 Abs. 3 SGB V ist der Arzt zudem im Umfang seines Versorgungsauftrags zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung berechtigt und verpflichtet. Wird die vertragsärztliche Tätigkeit in einem von Zulassungsbeschränkungen betroffenen Planungsbereich nicht innerhalb von drei Monaten nach Zustellung des Beschlusses über die Zulassung aufgenommen, so endet die Zulassung kraft Gesetzes (vgl. § 19 Abs. 3 Ärzte-V).

Hieraus folgt: Mit der öffentlich-rechtlichen Zulassung ist als gleichsam notwendige Folge verbunden, dass Eigentum (Patientenstamm, immaterielles Vermögen, Sachvermögen) geschaffen wird. Dann aber ist der Sofortvollzug hinreichende Grundlage dafür, dass der Beigeladene zu 10) infolge der Zulassung schützenswertes Eigentum (Art. 14 GG) erlangt hat, das nunmehr die Möglichkeit eröffnet, im Nachbesetzungsverfahren wirtschaftlich verwertet zu werden.

(b) Der vorläufige Charakter des angeordneten Sofortvollzugs steht dem nicht entgegen. Der Antragsgegner hat den Sofortvollzug mit dem Erlass des Widerspruchsbescheides vom 25.10.2007 (Sitzung vom 26.09.2007) verbunden. Dies hat zur Folge, dass der Beigeladene zu 10) von der ihm erteilten vertragsärztlichen Zulassung binnen der durch den Zulassungsausschuss bestimmten Frist von drei Monaten (§ 19 Abs. 3 Ärzte-ZV) Gebrauch machen muss, anderenfalls die Zulassung endet. Die Vollzugsanordnung beseitigt den infolge der Widersprüche der Beigeladenen zu 8) und 9) gegen den Bescheid des Zulassungsausschusses vom 22.11.2006 eingetretenen Suspensiveffekt ex nunc (vgl. Schmidt in Eyermann, VwGO, 12. Auflage, 2006, § 80 Rdn. 47; hierzu auch BSG, Urteil vom 11.03.2009 - B 6 KA 15/08 R -). Von diesem Zeitpunkt an ist der Verwaltungsakt der Sache nach so zu behandeln, als sei er unanfechtbar und bestandskräftig; er kann Grundlage von Vollstreckungsmaßnahmen sein (Schmidt, a.a.O., § 80 Rdn. 47 m.w.N.). Auch dies spricht dafür, dass der Beigeladene zu 10) mit der Anordnung des Sofortvollzugs die Rechtsmacht erhalten hat, den ihm infolge Zulassung zugeteilten Vertragsarztsitz (§ 24 Abs. 1 Ärzte-ZV) in ein Verfahren auf Nachfolgezulassung einzubringen (§ 103 Abs. 4 SGB V).

bb) Entsprechend der Ausschreibung hat der Zulassungsausschuss in seiner Sitzung vom 19.11.2008 festgestellt, dass die Zulassung des Beigeladenen zu 10) infolge Verzichts mit Ablauf des 31.12.2008 endet und der Antragsteller als Facharzt für Diagnostische Radiologie für den vormaligen Vertragsarztsitz des Beigeladenen zu 10) zugelassen wird. Ferner hat der Zulassungsausschuss entschieden, dass die u.a. dem Beigeladenen zu 10) erteilte zur Ausübung gemeinsamer fachübergreifender vertragsärztlicher Tätigkeit mit Ablauf des 31.12.2008 widerrufen und statt dessen ab dem 01.01.2009 eine fachübergreifende Gemeinschaftspraxis u.a. mit dem Antragsteller genehmigt wird.

Im Zeitpunkt ihres Erlasses erweist sich diese vom Antragsgegner inhaltlich übernommene „Auswahlentscheidung“ als rechtmäßig (zum maßgebenden Zeitpunkt, vgl. BSG, Urteil vom 23.05.2005 - B 6 KA 81/03 R -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.09.2006 - L 10 B 2/06 KA ER -). Eines Auswahlverfahrens unter Einbeziehung der in § 103 Abs. 4 Satz 4 SGB V gelisteten Kriterien (hierzu LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 30.11.2005 - L 10 KA 29/05 -; LSG Berlin, Beschluss vom 17.07.1997 - L 7 KA-SE 27/97 -) bedurfte es nicht. Lediglich der Antragsteller hat einen Zulassungsantrag gestellt.

c) Die Suspensivinteressen der Beigeladenen zu 8) und 9) sind nachrangig.

aa) Soweit die Beigeladene zu 9) den Beschluss des Antragsgegners vom 25.10.2007 betreffend die Zulassung des Beigeladenen zu 10) angegriffen hat (hierzu das Verfahren S 5 KA 7/09) steht das dem Begehren des Antragstellers auf einstweiligen Rechtsschutz nicht entgegen. Die insoweit vorgreifliche Frage, ob der Beigeladene zu 10) ausschreibungsbe-rechtigt und Inhaber einer nachbesetzungsfähigen Zulassung war, bejaht der Senat. Ausgehend hiervon sind sowohl das Ausschreibungs- als auch das Nachbesetzungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt worden. Nur am Rande sei angemerkt, dass die Beigeladene zu 9) im Verfahren S 5 KA 7/09 vorgetragen hat, sie beantrage die Zulassung des Beigeladenen zu 8), hilfsweise die Ablehnung des Beigeladenen zu 10). Welches eigene rechtliche Interesse hiermit verbunden sein soll, hat sie weder dargelegt, noch ist dies ersichtlich.

bb) Soweit sich die Beigeladene zu 9) gegen den Beschluss des Antragsgegners vom 31.08.2009 betreffend die Zulassung des Antragstellers wendet (S 5 KA 4/09), geht die Interessenabwägung zu ihrem Nachteil. Ausweislich des Beschlusstextes hat der Antragsgegner den Widerspruch der Beigeladenen zu 9) als unzulässig zurückgewiesen. Wäre das zutreffend, wäre dessen Suspensivinteresse von vornherein zu verneinen. Ob und inwieweit ein unzulässiger Widerspruch aufschiebende Wirkung (§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB V; § 86a Abs. 1 Satz 1 SGG) mit der Folge hat, dass der angegriffene Verwaltungsakt nicht vollzogen werden darf (hierzu LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 16.04.2003 - L 10 B 21/02 KA ER -), ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten (zum Meinungsstand vgl. Schmidt in Eyermann, a.a.O., § 80 Rdn. 13; Düring, a.a.O., § 86a Rdn. 4; Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 10 m.w.N.). Das kann hier dahinstehen, denn im Rahmen der nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG gebotenen Interessenabwägung ist zu berücksichtigen, dass ein unzulässiger Widerspruch denotwendig zu keinem Erfolg in der Hauptsache führen kann, mithin dem Vollzugsinteresse des durch den angegriffenen Verwaltungsaktes begünstigten Arztes gegenüber nachrangig ist. Allerdings hat der Antragsgegner in den Bescheidgründen ausgeführt, der Widerspruch sei zulässig, weil ein Rechtsbehelf nur dann unzulässig sei, wenn durch den angefochtenen Verwaltungsakt offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise Rechte der Widerspruchsführer verletzt werden können. Im Weiteren hat der Antragsgegner dargelegt, die Beigeladene zu 9) habe angesichts des Beschlusses des BVerfG vom

17.08.2004 - 1 BvR 378/00 - kein Widerspruchsrecht. Dann aber hat der Antragsgegner den Widerspruch entgegen des Beschlusstextes nicht als unzulässig sondern in der Sache als unbegründet zurückgewiesen. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen, denn die Anfechtungsberechtigung eines Vertragsarztes, der im Wege der defensiven Konkurrentenklage gegen den einem anderen (Vertrags-)Arzt erteilten Verwaltungsakt vorgeht, erfordert, dass dieser dem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet und dass der hierdurch vermittelte Status gegenüber dem des Klägers nachrangig im Sinne noch nicht gedeckten Versorgungsbedarfs ist, ferner, dass Kläger und Konkurrent im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen erbringen dürfen (BSG, Urteile vom 28.10.2009 - B 6 KA 42/08 R - und 07.02.2007 - B 6 KA 8/06 R -). Ausgehend hiervon kann die beim SG zum Az. S 5 KA 4/09 anhängige Klage der Beigeladenen zu 9) schon deswegen keinen Erfolg haben, weil ihre Mitglieder gegenüber dem Antragsteller keinen vorrangigen vertragsärztlichen Status haben. Demzufolge kann ihr Suspensivinteresse dem Vollzugsinteresse des Antragstellers nicht mit Erfolg entgegengehalten werden.

cc) Auch soweit der Beigeladene zu 8) im Verfahren S 5 KA 3/09 die dem Antragsteller durch Beschluss des Antragsgegners vom 31.08.2009 erteilte Zulassung angreift, ist kein rechtliches Interesse ersichtlich, dass dem Erlass der einstweiligen Anordnung entgegenstehen könnte. Der Beigeladene zu 8) ist wie die Beigeladene zu 9) bezogen auf die dem Antragsteller erteilte Zulassung lediglich defensiv tätig. Einen eigenen Antrag auf Zulassung im Nachfolgebesetzungsverfahren hat er nicht gestellt. Demzufolge hat der dem Antragsteller statusrechtlich gleich geordnete Beigeladene zu 8) kein Anfechtungsrecht. Sein Suspensivinteresse geht dem Vollzugsinteresse des Antragstellers mithin nach.

3. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung kann sich immer nur auf eine Sachregelung und nicht auf die Zurückweisung eines Widerspruchs beziehen. Demzufolge kann ein Bescheidentwurf "Der Widerspruch wird zurückgewiesen" nicht für sofort vollziehbar erklärt werden (hierzu Senat, Beschluss vom 20.05.2009 - L 11 KA 5/09 KA ER -). Das Verfahren vor dem Berufungsausschuss ist kein Widerspruchsverfahren im Sinn des § 78 SGG, sondern gilt gem. § 97 Abs. 3 Satz 1 SGB V nur als solches. Mit der Anrufung wird der Berufungsausschuss für die streitbefangene Zulassungssache ausschließlich zuständig und behält diese Zuständigkeit bis zur rechtsverbindlichen Erledigung des Verfahrens. Das

Verfahren vor ihm ist ein umfassendes Verwaltungsverfahren in einer zweiten Verwaltungsinstanz (BSG, Urteil vom 27.01.1993 - 6 RKa 40/91 -). Hieraus folgt, dass der Beschluss des Antragsgegners jenen des Zulassungsausschusses ersetzt. Das wiederum bedeutet, dass der Antragsgegner, hätte er Sofortvollzug anordnen wollen, nicht nur die Widersprüche hätte zurückweisen, sondern auch hätte tenorieren müssen, dass der Antragsteller als Facharzt für Diagnostische Radiologie zur vertragsärztlichen Versorgung für den Vertragsarztsitz C zugelassen wird (so die Entscheidung des Zulassungsausschusses vom 19.11.2008). Dieser Ausspruch hätte dann - sofern die Voraussetzungen im Übrigen vorliegen - für sofort vollziehbar erklärt werden können. Für das Verfahren nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG bedeutet dies, dass der Senat insoweit gehindert ist, die Entscheidung des Antragsgegners, mittels derer die Widersprüche der Beigeladenen zu 8) und 9) zurückgewiesen worden sind, für sofort vollziehbar zu erklären. Daher ist der Senat gehalten, den insoweit fehlenden Ausspruch des Antragsgegners zu ersetzen, anderenfalls das einstweilige Rechtsschutzverfahren in derartigen Fallkonstellationen mangels Regelungsobjekts niemals Erfolg haben könnte. Das ist schon deswegen nicht hinnehmbar, weil diese verfahrensrechtliche Atypik letztlich darauf beruht, dass die Entscheidung des Berufungsausschusses jene des Zulassungsausschusses kompensiert und damit angesichts Art. 19 Abs. 4 GG letztlich das Gericht die fehlende Entscheidung des Berufungsausschusses ersetzen muss.

Nach alledem musste die Beschwerde Erfolg haben.

III.

Die Entscheidung über den Streitwert folgt aus §§ 53 Abs. 3 Nr. 4, 52 Abs. 1, 4 Gerichtskostengesetz.

Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich der Hauptbeteiligten auf § 154 Abs. 1 VwGO i.V.m. § 162 Abs. 1 SGG und hinsichtlich der Beigeladenen auf § 154 Abs. 3 VwGO.

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).

(Einsender: VorsRiLSG Nordrhein-Westfalen Hermann Frehse, Essen)