

**Titel:**

**Antrag auf Anordnung des Sofortvollzugs einer erteilten Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit**

**Normenketten:**

SGB V § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9

SGG § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 1

Bedarfsplanungs-RL § 26

**Leitsätze:**

1. Bei dem Auswahlkriterium "Dauer der Eintragung in die Warteliste" in § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V (n. F.) handelt es sich um ein rein formales Kriterium, das nur dann im Rahmen einer Auswahlentscheidung entscheidungserheblich ist, wenn sich aus den übrigen Kriterien kein eindeutiger Vorrang für einen der Bewerber ergibt. (Rn. 33)

2. § 103 Abs. 4 S. 5 Ziff. 9 SGB V gilt sowohl für „arztlose“ Konzeptbewerbungen, als auch für Konzeptbewerbungen, bei denen eine Nennung der Ärzte erfolgt. (Rn. 38)

3. Das Konzept liegt grundsätzlich in der Kombination aus bereits bestehendem besonderen Versorgungsangebot und der zu diesem noch hinzutretenden Ergänzung durch weitere Ärzte. Somit ist von einer Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots im Sinne des § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V nur dann auszugehen, wenn die Ergänzung zu einer weiteren konzeptionellen Verbesserung des bestehenden besonderen Versorgungsangebotes führt. (Rn. 39)

4. Die Konstellation, wonach neben einem Arzt/Ärztinnen aus ein- und demselben Fachgebiet ein Anästhesist/Anästhesisten tätig ist/sind, stellt kein nach dem Willen des Gesetzgebers berücksichtigungsfähiges Versorgungsangebot dar (vgl. BSG, Urteil vom 06.02.2008, Az B 6 KA 5/07 R). (Rn. 39)

**Schlagworte:**

Bedarfsplanung, Konzeptbewerbung, Versorgungsangebot, Auswahlentscheidung

**Tenor**

I. Der Antrag auf Anordnung des Sofortvollzugs der mit Bescheid des Berufungsausschusses für Ärzte Bayern (Sitzung vom 20.10.2020; Bescheid vom 08.12.2020) erteilten Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit mit einem vollen Versorgungsauftrag als Fachärztin für Augenheilkunde wird zurückgewiesen.

II. Die Kosten des Antragsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen trägt die Antragstellerin.

**Gründe**

I.

1

Mit Schreiben vom 19.05.2021 beantragte die Antragstellerin, Fachärztin für Augenheilkunde durch ihren Prozessbevollmächtigten die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Beschlusses des Antragsgegners vom 20.10.2020 (Aktenzeichen 078/20, 079/20).

2

Dieser Beschluss wurde mit Bescheid vom 08.12.2020 umgesetzt. Gegenstand dieses Bescheides war die Entscheidung der Zulassungsgremien über die Anträge der Antragstellerin auf Zulassung zur vertragsärztlichen Tätigkeit mit einem vollen Versorgungsauftrag für den Vertragsarztsitz in der E-Allee, N (Planungsbereich Landkreis N) sowie der beigeladenen KVübergreifenden BAG auf Genehmigung zur Beschäftigung von Frau K. mit weiteren 10 Wochenstunden (0,25) und Herrn M. mit 30 Wochenstunden (0,75) nach Teilentsperrung (Fachgebiet Augenheilkunde) durch den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen in Bayern (Beschluss vom 13.12.2019).

### 3

Mit Beschluss des Zulassungsausschusses vom 06.05.2020 wurde die Antragstellerin zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen, während die Anträge der beigeladenen KVübergreifenden BAG auf Genehmigung zur Beschäftigung von Frau K. und Herrn M. zurückgewiesen wurden. In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsausschuss am 20.10.2020 erklärte die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin, die Praxisräume unter der ursprünglich angegebenen Adresse "G-Straße" könnten nicht mehr genutzt werden. Deshalb sei ein Umzug in die Räume von Dr. G. & Kolleg. E-Allee geplant. Der von der Beigeladenen eingelegte Widerspruch wurde schließlich durch den Antragsgegner zurückgewiesen. Zur Begründung führte dieser aus, es sei gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung bestimmter Kriterien zu entscheiden, nämlich über die berufliche Eignung, die Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, das Approbationsalter, die Dauer der Eintragung in die Warteliste gemäß § 103 Abs. 5 S. 1 SGB V, die bestmögliche Versorgung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes und die Entscheidung nach Versorgungsgesichtspunkten (zum Beispiel Fachgebietsschwerpunkt, Barrierefreiheit, Feststellungen nach § 35 Bedarfsplanungs-Richtlinie). Der Antragsgegner gelangte zu dem Ergebnis, eine entscheidungserhebliche Differenzierung der Bewerber aufgrund der aufgelisteten Kriterien sei nicht möglich. Dies betreffe auch die räumliche Verteilung der Ärzte der Fachgruppe Planungsbereich. Alle Anschriften befänden sich in N und seien weniger als 3 km voneinander entfernt. Auch hätten die Bewerber angegeben, die zu beziehenden Praxisräumlichkeiten seien nach DIN-Norm 18040-1 barrierefrei. Nachdem sich aus den übrigen Kriterien kein Vorrang zugunsten des einen oder anderen Bewerbers ergebe, komme es auf die Dauer der Eintragung in die Warteliste an, auch wenn es sich hierbei um ein formales Kriterium handle, das gegenüber den Versorgungsgesichtspunkten von nachrangiger Bedeutung sei. Die Antragstellerin sei seit 07.11.2013 in die Warteliste eingetragen, während ein Eintrag für die Beigeladene bzw. für die dort angestellten Ärzte nicht bestehe. Schließlich überzeuge das Argument der Beigeladenen nicht, wonach der Gesetzgeber durch das TSVG das Versorgungsangebot interdisziplinärer Leistungserbringer stärken wolle. Denn nach Auswertung der Arztstellen im gesamten Planungsbereich sei festzustellen, dass jeder Arzt, mit Ausnahme der neu zugelassenen Antragstellerin in einer KVübergreifenden oder überörtlichen BAG tätig oder angestellt sei. Somit ergebe sich gerade unter diesem Gesichtspunkt keine Notwendigkeit, den Versorgungszweig noch weiter zu stärken.

### 4

Gegen den Bescheid des Berufungsausschusses ließ die Beigeladene Klage zum Sozialgericht München einlegen. Das Verfahren ist dort unter dem Aktenzeichen S 38 KA 11/21 anhängig.

### 5

Zur Begründung des Antrags auf Anordnung der sofortigen Vollziehung führte die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin aus, der Antrag nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. § 86a Abs. 1 SGG sei zulässig und auch begründet. Denn die Klage der Beigeladenen gegen den Bescheid des Berufungsausschusses entfalte nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung. In dem Antragsverfahren sei eine Abwägung der betroffenen privaten und öffentlichen Interessen vorzunehmen. Dabei spielten die Erfolgsaussichten der Klage eine entscheidende Rolle. Der Beschluss des Antragsgegners zugunsten der Antragstellerin sei rechtmäßig und verletze die BAG auch nicht in ihrem Recht auf eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung im Rahmen der partiellen Öffnung gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie. Den Zulassungsgremien stehe nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts bei der Gewichtung der Kriterien ein weiter Spielraum zu. Die Auswahlentscheidung sei in ermessensfehlerfreier Weise detailliert und nachvollziehbar begründet worden. Dabei seien die Kriterien in § 26 Abs. 4 Nummer 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie geprüft worden, d. h. das Approbationsalter und die Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, die berufliche Eignung und die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes, Barrierefreiheit. Zur räumlichen Wahl des Vertragsarztsitzes wurde mitgeteilt, die Antragstellerin sei als Fachärztin für Augenheilkunde für den Vertragsarztsitz E-Allee, N, Planungsbereich Landkreis N im Umfang eines vollen Versorgungsauftrages zur vertragsärztlichen Tätigkeit zugelassen worden. Wegen der mittlerweile langen Verfahrensdauer, deren Ende derzeit auch nicht absehbar sei, sei von der mit der Praxis Dr. G.& Koll. geplanten Kooperation in Form einer Praxisgemeinschaft in den Räumlichkeiten in der E-Allee aktuell Abstand genommen worden. Die Antragstellerin sei gezwungen gewesen, neue Räumlichkeiten, nämlich nunmehr in der S2-Straße, N zu suchen. Dies sei dem Zulassungsausschuss mit formlosem Schreiben vom 12.05.2021 angezeigt worden. Dort beabsichtige die Antragstellerin, eine Einzelpraxis zu betreiben. Wie der Berufungsausschuss festgestellt habe, seien die vorgenannten Kriterien als gleichrangig zu bewerten

gewesen, weshalb es auf die Dauer der Wartelisteneintragung ankomme. Es handle sich um ein taugliches Auswahlkriterium, mit dem eine Bewerberreihenfolge zuverlässig nach objektiven Kriterien festgelegt werden könne (BSG, Urteil vom 27.06.2018, Az B 6 KA 33/17 R). Im Einzelfall könne daher der Listenplatz als "Zünglein an der Waage" den Ausschlag für die Auswahlentscheidung geben. In diesen Fällen greife die Richterliche Auslegungsregel, wonach das Wartelistenkriterium als formales Kriterium gegenüber solchen Kriterien nachrangig ist, die als Ausdruck der Qualität des ärztlichen Handelns zu bewerten sind, nicht durch. Der Antragstellerin sei deshalb der Vorzug zu geben, da sie als einzige der Bewerber über einen Wartelisteneintrag verfügte.

## 6

Die Entscheidung des Berufungsausschusses sei auch nicht deshalb rechtswidrig, weil dieser das "besondere Versorgungsangebot" der BAG nicht berücksichtigt habe. Es handle sich nämlich nicht um eine Konzept-Bewerbung im Sinne des § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V. Außerdem würden Konzept-Bewerbungen gegenwärtig noch nicht berücksichtigt, da nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 05.05.2019, Az B 6 KA 5/18 R) konkretisierende Regelungen, die im Falle einer Auswahlentscheidung zugunsten einer Konzept-Bewerbung zwingend erforderlich seien, nicht existierten. Im Übrigen handle es sich bei den von der BAG aufgeführten Leistungen nicht um "besondere Versorgungsangebote", die die BAG von anderen augenärztlichen Praxen unterschieden und die insofern im Hinblick auf das Kriterium Versorgungsgesichtspunkt im Sinne des § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie zu berücksichtigen wären. Denn es komme für die Berücksichtigung der Versorgungssituation nicht auf die Situation der einzelnen Praxis bzw. ihrer Patienten an, sondern auf die Situation der Versicherten im Planungsbereich. Zum anderen seien die von der BAG aufgezählten besonderen Leistungen vertragsärztlich mehrheitlich überhaupt nicht relevant, da sie nicht zum Leistungskatalog der gesetzlichen Krankenversicherung gehörten (EBS-Leistungen, Lidkorrekturen, refraktive Eingriffe und Laser-OPs). Soweit seitens der BAG auf die operative Ausrichtung hingewiesen werde, sei diese für die Auswahlentscheidung ohne Belang, da die BAG diese Leistungen bereits erbringe, weshalb die beantragten Anstellungsgenehmigungen für Frau K. und M. nicht zu einer Verbesserung der Versorgung der Versicherten im Planungsbereich führten. Gerade Gegenteiliges sei der Fall. So plane die Antragstellerin die Eröffnung einer konservativen Augenarztpraxis mit einem breiten Leistungsspektrum, was eine bessere augenärztliche Versorgung der Patienten ermögliche als durch die BAG. Im Übrigen sei auch die Antragstellerin im Besitz der Genehmigung zum ambulanten Operieren. Ferner sei auch nicht erkennbar, wo das Versorgungsangebot der BAG "interdisziplinär" bzw. "fachübergreifend" sein sollte. Es würden nämlich ausschließlich augenärztliche Leistungen erbracht. Der Umstand, dass die BAG im Rahmen von ambulanten Operationen die Anästhesie durch externe Anästhesisten erbringen lasse, hebe die BAG nun freilich nicht von anderen augenärztlichen Praxen ab. Vielmehr gehöre die Erbringung von ambulanten Operationen mittlerweile zum Standardrepertoire augenärztlicher Leistungserbringer.

## 7

Die Klage der BAG sei allein schon deshalb aussichtslos, weil das Rechtsschutzbedürfnis fehle. Denn Frau K habe mittlerweile eine Stelle in Baden-Württemberg angenommen und stehe der BAG nicht länger zur Verfügung. Gleiches gelte mutmaßlich für M., der derzeit - jedenfalls nach dem Kenntnisstand - in keinem Beschäftigungsverhältnis mehr stehe.

## 8

Es bestehe ein überwiegendes Interesse der Antragstellerin an der vorläufigen Vollziehung. Denn diese sei an der Erwirtschaftung von Gewinnen aus der Versorgung von Versicherten gehindert. Die Anordnung des Sofortvollzug vermittele der Antragstellerin die Möglichkeit, an der vertragsärztlichen Versorgung gewinnbringend mitzuwirken, während der BAG daraus kein nachhaltiger rechtlicher oder wirtschaftlicher Nachteil erwachse. Umgekehrt werde durch die Stattgabe eines Antrags auf Sofortvollzug die BAG nicht in der Lage versetzt, anstelle der Antragstellerin Patienten weiter zu versorgen. Die Antragstellerin habe den Vertragsarztsitz bereits eingerichtet und erhebliche finanzielle Aufwendungen auf sich genommen.

## 9

Des Weiteren bestehe ein öffentliches Interesse am Sofortvollzug. Eine angemessene ärztliche Versorgung sei nämlich während des Schwebzustandes, der durch das Nachbesetzungsverfahren gegebenenfalls über einen längeren Zeitraum entstehe, nicht gewährleistet.

## 10

Schließlich sei darauf hinzuweisen, dass das Verhältnis zwischen der Antragstellerin und der BAG stark vorbelastet sei. Die Antragstellerin sei nämlich bei der BAG angestellt gewesen. Wegen einer fristlosen Kündigung durch die BAG habe bereits eine arbeitsgerichtliche Auseinandersetzung vor dem Arbeitsgericht A unter dem Aktenzeichen ... stattgefunden. Dieses Verfahren sei zugunsten der Antragstellerin ausgegangen. Es sei auch bereits angedeutet worden, dass für den Fall, dass sich die Zulassungsentscheidung zugunsten der Antragstellerin nicht zeitnah in eine antragsgemäße Zulassung der BAG umwandeln lasse, der Prozessbevollmächtigte der BAG den Auftrag erhalten habe, eine Schadensersatzklage gegen die Antragstellerin zu führen.

#### 11

Zum Antragsverfahren wurde die BAG beigeladen. Deren Prozessbevollmächtigter äußerte sich mit Schriftsatz vom 27.05.2021 und beantragte, den Antrag der Antragstellerin, die sofortige Vollziehung des Beschlusses des Antragsgegners anzuordnen, zu verwerfen oder zurückzuweisen.

#### 12

Zur Begründung führte der Prozessbevollmächtigte aus, es sei auf die Widerspruchsbegründungen (auch vertiefende Widerspruchsbegründung) und die Klagebegründung hinzuweisen. Bei der Entscheidung der Antragsgegnerin sei es zu einer Ermessensfehlgewichtung gekommen. Denn es sei das für die Beigeladene votierende zwingende Auswahlkriterium des "besonderen Versorgungsangebots" nach § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V nicht berücksichtigt worden. Verfahrensgegenständlich sei keine sogenannte Konzeptbewerbung, sondern konkret die Anstellung von zwei Fachärzten in der BAG. Unrichtig sei die Darstellung der Antragstellerin, die BAG sei nicht interdisziplinär, also fachbereichsübergreifend tätig, sondern erbringe im Rahmen von ambulanten Operationen die Anästhesie lediglich durch externe Anästhesisten. Denn die BAG könne auf eine eigene/hausinterne Anästhesie zurückgreifen in personam von Herrn B, der Mitgesellschafter der BAG und Facharzt für Anästhesie sei. Damit werde eine interdisziplinäre Versorgung angeboten, was dem Auswahlkriterium des besonderen Versorgungsangebotes nach § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V entspreche. Der Gesetzgeber habe mit dem TSVG zum 01.05.2019 die Berücksichtigung des besonderen Versorgungsangebotes interdisziplinärer Leistungserbringer inhaltlich gestärkt (§ 103 Abs. 4 S. 10 SGB V nach § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9). Die neue Nummer 9 verpflichte laut der Gesetzesbegründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung zum TSVG (Drucksache 19/6337 vom 07.12.2018) den Zulassungsausschuss, dieses Kriterium bei der Auswahl der Bewerber zu berücksichtigen, damit dem interdisziplinären Versorgungsgedanken in kooperativen Leistungserbringerstrukturen besser Rechnung getragen werden könne.

#### 13

Der Schwerpunkt der BAG liege in der konservativen und operativen Augenheilkunde, sowie im Bereich der Anästhesie. Den Versicherten würden hochspezialisierte Leistungen angeboten, nämlich OPs (Katarakt, Netzhäute, Makula, Linsen, refraktive Eingriffe, Glaukom), Laser-OPs (Argonlaser, YAG-Laser, SLT-Laser), EBS-Therapie (Stimulation von Nervenfasern zur Verbesserung von Gesichtsfeldausfällen). Hier gebe es nur ca. 4 - 5 Zentren in Deutschland, die die Behandlung anböten (begleitende Anästhesie, komplettes apparatives Spektrum zur Diagnostik). Dieses Leistungsspektrum, das von der BAG angeboten werde, stelle ein besonderes Versorgungsangebot dar, das im Rahmen der vorliegenden verfahrensgegenständlichen Zulassungsentscheidung nach partieller Entsperrung gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie zwingend zu beachten sei. Nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts (BSG, Urteil vom 15.05.2019, Az B 6 KA 5/18 R) spreche nichts dafür, dass der Gesetzgeber Konzeptbewerbungen in anderen Zulassungsverfahren wie im Zulassungsverfahren nach partieller Entsperrung habe ausschließen wollen. Im Rahmen der in einem solchen Verfahren gegebenenfalls zu treffenden Auswahlentscheidung unter mehreren Bewerbern seien gemäß § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie im Kern dieselben Kriterien zu berücksichtigen, wie bei der Auswahlentscheidung im Nachbesetzungsverfahren nach § 103 Abs. 4 SGB V. Es gehe um die bestmögliche Versorgung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes. Diesem Kriterium könne ein MVZ entsprechen, wenn das Versorgungskonzept vorsehe, den zu vergebenden Sitz in das MVZ einzubinden, um künftig eine optimierte fachgebietsübergreifende Versorgung der Versicherten "unter einem Dach" anzubieten. Das Auswahlkriterium "besonderes Versorgungsangebot" spreche für die Beigeladene, nicht aber für die Antragstellerin.

#### 14

Im Übrigen sei der Vollständigkeit halber darauf hinzuweisen, dass die gesetzlich versicherten Patienten die Möglichkeit hätten, sich im Einzugsbereich N in einer Einzel- bzw. Kleinpraxis augenärztlich behandeln zu lassen. Die Stadt N sei "verwoben" mit der Stadt U, was bedeute, dass die Patienten auch auf die Versorgungsstrukturen in U zurückgreifen könnten.

#### **15**

Zu widersprechen sei auch dem Vortrag der Antragstellerin zum Leistungsspektrum der BAG. Denn es finde dort auch eine konservative Augenheilkunde durch die dort tätigen Augenärzte statt. Zusätzlich könne ein operatives Versorgungsangebot unterbreitet werden. Dagegen sei die Antragstellerin tatsächlich nicht operativ tätig.

#### **16**

Der Antrag auf Anordnung des Sofortvollzugs sei auch unzulässig. Denn die ausschließliche Kompetenz, eine ermessensfehlerfreie Auswahlentscheidung unter Berücksichtigung des Auswahlkriteriums "besonderes Versorgungsangebot" zu treffen, obliege dem Antragsgegner. Diese Zuständigkeit würde übergegangen, würde das Sozialgericht dem Antrag der Antragstellerin auf Sofortvollzug stattgeben.

#### **17**

Was das Auswahlkriterium "Eintragung in der Warteliste" betreffe, sei dieses nur dann von Bedeutung, wenn sich aus den übrigen Kriterien kein Vorrang zugunsten des einen oder anderen Bewerbers ergebe. Nach der Rechtsprechung (vgl. Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 03.08.2006, Az L 4 B 269/06 KA ER) sei das rein formale Kriterium als nachrangig zu betrachten.

#### **18**

Soweit die Antragstellerin geltend mache, zwischenzeitlich seien die von der BAG darzustellenden Ärzte, für die die Genehmigungen begehrt wurden, alio loco tätig, weshalb ein Rechtsschutzbedürfnis zu verneinen sei, handle es sich diesbezüglich lediglich um Spekulationen. Abgesehen davon sei nicht ersichtlich, was der ordnungsgemäßen Umsetzung der verfahrensgegenständlichen Anträge der Beigeladenen im Wege stehen sollte, sobald dieser rechtskräftig und wirksam der Zuschlag erteilt werde. Bis dahin bestehende Anstellungsverhältnisse seien keine Voraussetzung für die ordnungsgemäße Umsetzung des Versorgungsauftrages, der erst noch zu erteilen sei.

#### **19**

Auch bestehe kein Anordnungsgrund, falls das Gericht die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens als "offen" einschätzen sollte. So sei ein Individualinteresse der Antragstellerin nicht ersichtlich. Sie habe nämlich für keines ihrer Niederlassungsvorhaben jemals konkrete Aufwendungen plausibel gemacht, noch belegt. Ferner handle es sich bei der Antragstellerin um eine gut ausgebildete und berufserfahrene Fachärztin für Augenheilkunde, die mit Leichtigkeit eine adäquate Zwischenbeschäftigung finden könne. Zudem sei ein öffentliches Interesse an der Anordnung eines Sofortvollzugs nicht ersichtlich. Zum einen führe die Besetzung der verfahrensgegenständlichen Arztstelle wieder zur vollständigen Sperrung des Planungsbereichs N für Augenheilkunde wegen Überversorgung. Eine solche Überversorgung sei grundsätzlich abzubauen und nicht zu stabilisieren. Auch sei ein öffentliches Interesse im Verständnis der zu gewährleistenden Patientenversorgung im Hinblick auf die geographische Lage und die bestehenden Leistungsangebote nicht ersichtlich.

#### **20**

Außerdem fehle auch für den Antrag auf Sofortvollzug die Eilbedürftigkeit. Die Antragstellerin habe erst 378 Tage nach der Erteilung der Zulassung durch den Zulassungsausschuss den verfahrensgegenständlichen Antrag gestellt.

#### **21**

Schließlich verahre sich die Beigeladene nachdrücklich der fortwährenden Stimmungsmache zu ihren Lasten.

#### **22**

Zum Antrag auf Anordnung des Sofortvollzugs nahm der Antragsgegner mit Schriftsatz vom 02.06.2021 Stellung. Er wies darauf hin, er habe in seiner Entscheidung vom 20.10.2020/08.12.2020 unter Ziffer 3 den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung seiner Entscheidung zurückgewiesen. Es seien weder ein öffentliches Interesse, noch ein individuelles Interesse am Sofortvollzug erkennbar. Im Planungsbereich liege nämlich keine Unterversorgung vor, auch wenn die Vertragsarztstelle nicht sofort besetzt werde. Denn

der Versorgungsgrad betrage auch ohne die sofortige Besetzung der Vertragsarztstelle über 111%, sodass derzeit von einer ausreichenden Versorgung auszugehen sei. Daraus, dass der Antragstellerin im Falle des Aufschubs ein erheblicher Schaden durch Vorenthaltung der Möglichkeit zur Gewinnerzielung drohe, erwachse kein überwiegend privates Interesse. Denn hierbei handle es sich um ein generell bestehendes Interesse jedes Antragstellers am Sofortvollzug einer ihn begünstigenden Entscheidung.

## 23

In einem nachfolgenden Schriftsatz (Schriftsatz vom 14.06.2021) machte die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin geltend, es handle sich bei der Bewerbung der Beigeladenen schon begrifflich um keine Bewerbung im Sinne des § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V, weil sich die Beigeladene mit zwei konkret benannten Ärzten beworben habe. Somit sei schon der Anwendungsbereich dieser Vorschrift nicht eröffnet. Unabhängig davon bestehe kein "besonderes Versorgungsangebot" im Sinne dieser Vorschrift. Denn erst der zu vergebende Sitz müsse zur Verwirklichung des Versorgungskonzepts führen. In diesem Zusammenhang wies die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin auf einen Beschluss des Sächsischen Landessozialgerichts hin (Sächsisches LSG, Beschluss vom 11.01.2021, Az L 1 KA 4/20 B ER). Zu vergeben sei hier ein augenärztlicher Sitz, der nicht zu einer künftigen optimierten fachgebietsübergreifenden Versorgung der Versicherten führen werde. Ein solches Verständnis sei auch nur sachgerecht, weil sonst fachübergreifende Leistungserbringer gegenüber fachgleich ausgerichteten Leistungserbringern im Auswahlverfahren stets einen Bewerbervorteil hätten, ohne dass hierfür noch ein besonderes Zutun dieser erforderlich wäre. Aber auch außerhalb der Vorschrift des § 103 Abs. 4 S. 4 Nr. 9 SGB V enthalte die Bewerbung kein "besonderes Versorgungsangebot", die zu einer Versorgungsverbesserung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes, hier in N, 12 beitragen solle. Denn der von der Beigeladenen genannte Anästhesist sei in T, D-Straße niedergelassen. Beide Standorte seien 126 km voneinander entfernt. Insofern würden die Patienten der Beigeladenen in Bayern am Standort N durch das besondere interdisziplinäre Versorgungsangebot der Beigeladenen nichts "gewinnen". Im Übrigen handle nicht um eine interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung, wie das Bundessozialgericht in einer früheren Entscheidung ausgeführt habe (BSG, Urteil vom 06.02.2008, Az B 6 KA 5/07).

## 24

Was die Interessenabwägung betreffe, sei darauf hinzuweisen, dass für eine Entscheidung nach § 86b Abs. 1 Nr. 1 SGG anders als bei einer Entscheidung nach § 86b Abs. 2 SGG weder ein Anordnungsanspruch, noch ein Anordnungsgrund vorliegen müsse. Ein öffentliches Interesse am Sofortvollzug sei nicht erforderlich. Vielmehr genüge ein überwiegendes persönliches Interesse eines Beteiligten am Sofortvollzug. Es sei grundsätzlich von einem Gleichrang der persönlichen Interessen des durch den Verwaltungsakt Begünstigten und des Drittbetroffenen auszugehen. Hier aber liege ein "besonderes Vollziehungsinteresse" der Antragstellerin vor. Denn die gegen eine sofortige Vollziehung sprechenden Interessen seien umso geringer zu gewichten, je weniger Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes bestünden (Sächsisches LSG, Beschluss vom 11.01.2021, Az L 1 KR 4/20 B ER). Der Verwaltungsakt des Antragsgegners sei offensichtlich rechtmäßig. Hinzu komme, dass nicht zu erwarten sei, die Rechtsstreitigkeit zwischen Antragstellerin und der Beigeladenen werde auf absehbare Zeit enden. Dies habe der Prozessbevollmächtigte vor dem Arbeitsgericht A deutlich gemacht. Das Verhalten der Beigeladenen bewege sich an der Grenze der Rechtsmissbräuchlichkeit. Angesichts der zu erwartenden langen Dauer des hiesigen Hauptsacheverfahrens sei der Antragstellerin nicht zuzumuten, den Eintritt der Bindungswirkung des Genehmigungsbescheides abzuwarten, bevor sie für ihre wirtschaftlichen Dispositionen Planungssicherheit erlange. Es entspreche allgemeiner Lebenserfahrung und bedürfe keiner Vertiefung, dass sich mit zunehmendem Zeitablauf wesentliche Teile des Praxissubstrats verflüchtigen.

## 25

Die von der Antragstellerin geschaffenen Sachanlagen, aber auch die Rekrutierung eines Patientenstammes unterfalle dem Eigentumsschutz im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Durch Zeitablauf würde in die grundrechtlich geschützten Interessen der Antragstellerin eingegriffen. Dem stünden keinerlei private Interessen der Beigeladenen von Gewicht gegenüber. Auch mit Blick auf die Folgenabwägung ergebe sich keine andere Bewertung. Hier sei zu beachten, dass die Vollzugsanordnung der Antragstellerin keineswegs eine gesicherte Rechtsposition einräume. Denn die gerichtliche Entscheidung nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG sei eine vorläufige und entfalte keine Bindungswirkung für das Hauptsacheverfahren.

## 26

Beigezogen und Gegenstand des Antragsverfahrens waren die Verwaltungsakte des Antragsgegners, sowie die Klageakte im Verfahren S 38 K 11/21. Im Übrigen wird auf die Schriftsätze der Beteiligten verwiesen.

II.

## **27**

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGG ist zulässig, erweist sich aber als nicht begründet.

## **28**

Nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, auf Antrag die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. Der Antrag steht im Zusammenhang mit der Klage unter dem Aktenzeichen S 38 KA 11/21 (Widerspruchsbescheid des Antragsgegners vom 08.12.2020). In diesem Verfahren ist über die Rechtmäßigkeit der zugunsten der Antragstellerin getroffenen Auswahlentscheidung nach Teilentsperrung des Planungsbereichs Landkreis N für die Fachgruppe der Augenärzte durch den Landesausschuss entschieden worden. Die gegen den Bescheid des Antragsgegners eingelegte Klage der Beigeladenen entfaltet gemäß § 86a Abs. 1 S. 1 SGB V aufschiebende Wirkung. Gerichtlichen Rechtsschutz kann die Antragstellerin gem. § 86b Abs. 1 Ziff. 1 SGG vorläufig nur erlangen, indem das Gericht die sofortige Vollziehung des Bescheides anordnet.

## **29**

Anders als bei der Sicherungsanordnung nach § 86b Abs. 2 S. 1 SGG und der Regelungsanordnung nach § 86b Abs. 2 S. 2 SGG bedarf es hier keines Anordnungsgrundes. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist aber nur dann gerechtfertigt, wenn eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange zum Ergebnis kommt, dass das Vollziehungsinteresse überwiegt (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Kommentar zum SGG, Rn. 20 a zu § 86 a.). Auch kann der Sofortvollzug bei einem öffentlichen Interesse angeordnet werden. Bei der Abwägung ist von Bedeutung, ob der Rechtsbehelf des Beigeladenen Aussicht auf Erfolg hat oder nicht. Bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes wäre der Antrag auf Anordnung des Sofortvollzugs abzuweisen, bei offensichtlicher Rechtmäßigkeit dem Antrag stattzugeben. Ist das Ergebnis offen, hat eine allgemeine Interessenabwägung stattzufinden.

## **30**

Die Klage unter dem Aktenzeichen S 38 KA 11/21 ist nicht deshalb offensichtlich aussichtslos, weil nach den Ausführungen der Antragstellerin Frau K und eventuell auch M., für die die Anstellungsgenehmigungen beantragt wurden, eventuell andernorts eine Stelle angetreten haben. Wäre dies der Fall und würden sie dauerhaft nicht zur Verfügung stehen, wäre in der Tat das Rechtsschutzbedürfnis für die Klage fraglich und dann die Klage als unzulässig wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses abzuweisen. Es gibt jedoch keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die genannten Ärzte letztendlich nicht zur Verfügung stünden. Vielmehr handelt es sich, wie der Prozessbevollmächtigte der Beigeladenen dazu ausführt - um bloße Behauptungen und Vermutungen.

## **31**

Zu berücksichtigen ist, dass den Zulassungsgremien bei der Auswahlentscheidung ein Beurteilungsspielraum zusteht, der von den Gerichten nur eingeschränkt überprüfbar ist. Die Kontrolle des Gerichts beschränkt sich darauf, ob der Entscheidung ein richtig und vollständig ermittelter Sachverhalt zu Grunde liegt, die Verwaltung die durch Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs ermittelten Grenzen eingehalten hat und ob sie ihre Subsumtionserwägungen so verdeutlicht und begründet hat, dass im Rahmen des Möglichen die zu treffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist (BSGE 60,297).

## **32**

Was die materiell-rechtliche Überprüfung des Bescheides des Antragsgegners, die im Antragsverfahren allerdings nur summarisch zu erfolgen hat, betrifft, hat der Antragsgegner richtigerweise bei der von ihm vorgenommenen Auswahlentscheidung auf die Vorschriften des § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V und des § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie abgestellt. Dort sind die Kriterien aufgezeigt, die nach pflichtgemäßen Ermessen zu berücksichtigen sind. Es handelt sich hierbei jedoch nicht um eine abschließende Aufzählung. Wie das Bundessozialgericht zu den in § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V aufgeführten

Kriterien mehrfach ausgeführt hat (vgl. BSG, Urteil vom 20.03.2013, Az B 6 KA 19/12 R), sind diese lediglich zu berücksichtigen, nicht aber zu beachten. Damit werde keine strikte Verbindlichkeit vorgegeben. Nichts Anderes gilt für die im wesentlichen deckungsgleichen Kriterien in § 26 Abs. 4 Nr. 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie, die sich auf eine Zulassung nach partieller Entsperrung beziehen.

### 33

Geprüft wurden die Kriterien berufliche Eignung, Approbationsalter, Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit, bestmögliche Versorgung der Versicherten im Hinblick auf die räumliche Wahl des Vertragsarztsitzes, Versorgungsgesichtspunkte und Dauer der Eintragung in die Warteliste. Unstrittig zwischen den Beteiligten einschließlich der Beigeladenen ist die Bewertung der Antragstellerin und der Beigeladenen hinsichtlich der Kriterien berufliche Eignung, Approbationsalter und die Dauer der bisherigen ärztlichen Tätigkeit. Das Gericht teilt im Rahmen des summarischen Verfahrens diese Auffassung, sodass hinsichtlich dieser Kriterien weder der Antragstellerin, noch der beigeladenen BAG ein Vorzug einzuräumen wäre. Ausschlaggebend für eine Auswahlentscheidung sind damit die übrigen Kriterien, wie sie in § 103 Abs. 4 SGB V in Verbindung mit § 26 Bedarfsplanungs-Richtlinie aufgezählt sind, wobei diese nicht als abschließend anzusehen sind. Hierzu zählt auch die "Dauer der Eintragung in die Warteliste". Was dieses Auswahlkriterium betrifft, ist dieses nach gefestigter Rechtsprechung als nachrangig anzusehen (vgl. BSG, Urteil vom 27.06.2018, Az B 6 KA 33/17 R; Schleswig-Holsteinisches LSG, Beschluss vom 03.08.2006, Az L 4 B 269/06 KA ER). Denn es handelt sich um ein rein formales Kriterium, das nur dann im Rahmen einer Auswahlentscheidung entscheidungserheblich ist, wenn sich aus den übrigen Kriterien kein eindeutiger Vorrang für einen der Bewerber ergibt.

### 34

In § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V (n. F.) wurde Nummer 9 eingefügt und damit § 103 Abs. 4 S. 10 SGB V (a.F.) mit Wirkung ab 11.05.2019 ersetzt (TSVG). Danach ist folgendes Auswahlkriterium zu berücksichtigen: "bei medizinischen Versorgungszentren die Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots; dies gilt entsprechend für Vertragsärzte und Berufsausübungsgemeinschaften mit einem besonderen Versorgungsangebot"

### 35

Der Gesetzesänderung (§ 103 Abs. 4 Nr. 9 SGB V) ist der mutmaßliche Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, eine verbesserte Patientenversorgung zu ermöglichen, auch durch eine Stärkung interdisziplinärer Leistungserbringer. Wenn beispielsweise ein MVZ bereits über mehrere Fachrichtungen verfügt, wie zum Beispiel Onkologie, Strahlentherapie, Rheumatologie, Orthopädie und Radiologie kann eine Ergänzung durch die Fachrichtung Psychiatrie durchaus sinnvoll sein, das bisherige Versorgungsangebot des MVZ abrunden und zu einer verbesserten Versorgung beitragen. Ein solches Versorgungsangebot wäre dann im Sinne von § 103 Abs. 4 Nr. 9 SGB V zu berücksichtigen.

### 36

Die Vorschrift gilt sowohl bei Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes in einem Planungsbereich, als auch bei Zulassung/Anstellungsgenehmigung nach Entsperrung eines Planungsbereichs (§ 103 Abs. 3 SGB V i.V.m. § 26 Bedarfsplanungs-Richtlinie). Wie das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung (BSG, Urteil vom 15.05.2019, Az B 6 KA 5/18 R) ausführt, ist "eine Gleichartigkeit des nicht ausdrücklich geregelten Sachverhalts mit dem von der gesetzlichen Regelung erfassten Sachverhalt in den für die Regelung maßgeblichen Gesichtspunkten gegeben". Deshalb bestehe eine planwidrige Regelungslücke, weshalb § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 nF SGB V analog anzuwenden sei (aA Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 17.01.2018, Az L 12 KA 12/17). Gegenstand des Verfahrens vor dem Bundessozialgericht war eine sogenannte Konzeptbewerbung ohne Namensnennung. Hierzu wies das Bundessozialgericht darauf hin, einer Berücksichtigung einer solchen "arztlosen" Konzeptbewerbung stehe derzeit noch entgegen, dass konkretisierende Regelungen, die im Falle einer Auswahlentscheidung zugunsten einer Konzeptbewerbung zwingend erforderlich seien, noch nicht existierten.

### 37

Würde eine solche vorliegen, könnte das besondere Versorgungsangebot der BAG nicht berücksichtigt werden. Die im Hauptsacheverfahren unter dem Aktenzeichen S 38 KA 11/21 klagende und im Antragsverfahren beigeladene BAG hatte aber mehrfach zum Ausdruck gebracht, dass eine Konzeptbewerbung, jedenfalls eine sogenannte "arztlose" Konzeptbewerbung nicht vorliege. Im Zusammenhang mit den von der BAG begehrten Anstellungsgenehmigungen nach § 95 Abs. 2 Satz 7-9

SGB V wurden zwei Augenärzte genannt, nämlich Frau K. und Herrn M., sodass es sich um keine "arztlose" Konzeptbewerbung handelt.

### 38

Es stellt sich die Frage, ob von § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V auch Konzeptbewerbungen umfasst werden, die nicht "arztlos" sind, sondern bei denen die dann anzustellenden Ärzte bereits genannt werden. Es spricht viel dafür, dass die genannte Vorschrift sowohl für "arztlose" Konzeptbewerbungen, als auch für Konzeptbewerbungen gilt, bei denen eine Nennung der Ärzte erfolgt. Die bisher ergangene Rechtsprechung (BSG, Urteil vom 15.05.2019, Az B 6 KA 5/18 R) bezieht sich eindeutig auf die "arztlose Konzeptbewerbung". Denn nur in diesem Fall besteht die Notwendigkeit für eine nähere Ausgestaltung einer "arztlosen" Anstellungsgenehmigung. Für die Geltung der Vorschrift auch für nicht arztlose Konzeptbewerbungen könnte sprechen, dass in § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 weder der Begriff "Konzeptbewerbung", noch der Begriff "arztlose Konzeptbewerbung" enthalten ist. Der Wortlaut ist somit diesbezüglich nicht eingeschränkt. Außerdem könnte dafür sprechen, wenn schon eine "arztlose" Konzeptbewerbung zulässig ist, dann muss dies erst recht gelten für eine Konzeptbewerbung, bei der die anzustellenden Ärzte bereits namentlich benannt werden.

### 39

Das Konzept liegt grundsätzlich in der Kombination aus bereits bestehendem besonderen Versorgungsangebot und der zu diesem noch hinzutretenden Ergänzung durch weitere Ärzte. Somit ist von einer Ergänzung des besonderen Versorgungsangebots im Sinne des § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V nur dann auszugehen, wenn die Ergänzung zu einer weiteren konzeptionellen Verbesserung des bestehenden besonderen Versorgungsangebotes führt. Sinn und Zweck der Vorschrift des § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V besteht vor allem darin, die interdisziplinäre Versorgung der Versicherten zu stärken. Somit sind auch und insbesondere interdisziplinäre Versorgungsangebote zu berücksichtigen. Dabei genügt es nicht, wenn der Leistungserbringer MVZ/BAG/Arzt lediglich eine personelle Ausweitung durch Ärzte desselben bereits vorhandenen Fachgebiets erfahren soll. Wie die Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin zu Recht hinweist, hätten ansonsten solche Bewerber im Rahmen eines Auswahlverfahrens immer einen Vorteil. Aber auch die Konstellation, wonach neben einem Arzt/Ärzten aus ein- und demselben Fachgebiet ein Anästhesist/Anästhesisten tätig ist/sind, stellt kein nach dem Willen des Gesetzgebers berücksichtigungsfähiges Versorgungsangebot dar. Wie das Bundessozialgericht (BSG, Urteil vom 06.02.2008, Az B 6 KA 5/07 R) - wenn auch in anderem Zusammenhang (§ 140d SGB V) - ausführt, ist eine Zusammenarbeit zwischen einem Arzt bzw. der Abteilung des operierten Fachgebiets und dem Anästhesisten nicht als interdisziplinär-fachübergreifende Versorgung anzusehen. Denn es ist zu beachten, dass es sich bei anästhesiologischen Leistungen um sogenannte dienende Tätigkeiten handelt, die erst die Durchführung von Operationen ermöglichen. Nach Abschnitt B Ziff. 1 der Weiterbildungsordnung für die Ärzte Bayerns (Gebiet Anästhesiologie) umfasst das Gebiet Anästhesiologie u.a. die Aufrechterhaltung der vitalen Funktionen während operativer und diagnostischer Eingriffe. Letztendlich kommt es darauf an, ob damit für die Patienten ein "echter" Mehrwert im Sinne einer verbesserten Versorgung verbunden ist, wenn Anästhesie vor Ort innerhalb der BAG stattfindet, im Vergleich dazu, wenn Anästhesieleistungen von externen Leistungserbringern erbracht werden. Im Rahmen des summarischen Verfahrens ist nicht erkennbar, dass sich hieraus ein solcher "echter" Mehrwert ergibt. Wenn schon in der Kombination augenärztliches Fachgebiet und anästhesiologisches Fachgebiet kein besonderes Versorgungsangebot zu sehen ist, ist die personelle Erweiterung durch Ärzte dieser Fachgebiete ebenfalls nicht bei einer Auswahlentscheidung nach § 103 Abs. 4 SGB V berücksichtigungsfähig. Die abschließende Klärung dieser Frage muss letztendlich dem Hauptsacheverfahren vorbehalten sein. Nach Auffassung des Gerichts ist das Argument des Antragsgegners nur bedingt nachvollziehbar.

### 40

Es ist deshalb nicht ersichtlich, wieso die von der beigeladenen BAG begehrten Anstellungsgenehmigungen für zwei Augenärzte eine solche privilegierte Ergänzung darstellen sollen (Sächsisches LSG, Beschluss vom 11.01.2021, Az L 1 KA 4/20 B ER). Eventuell könnte aber das Tätigkeitsfeld der BAG, bestehend aus konservativer Augenheilkunde und operativer Tätigkeit, erweitert durch zwei anzustellende Ärzte, die wie die Antragstellerin im konservativen Bereich tätig werden sollen, im Rahmen des Auswahlkriteriums unter § 103 Abs. 4 S. 5 Nr. 9 SGB V Berücksichtigung finden.

### 41

Darauf kommt es jedoch letztendlich nicht an. Selbst wenn § 103 Abs. 4 S.5 Nr. 9 SGB V grundsätzlich nicht anwendbar sein sollte, oder die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen sollten, spielen Versorgungsgesichtspunkte auch bei anderen Auswahlkriterien, nämlich bei § 26 Abs. 4 Ziff. 3 fünfter und sechster Spiegelstrich eine Rolle.

#### 42

Der Beklagte ist im angefochtenen Widerspruchsbescheid kurz darauf eingegangen, indem er ausgeführt hat, das Argument der Beigeladenen überzeuge nicht, wonach der Gesetzgeber durch das TSVG das Versorgungsangebot interdisziplinärer Leistungserbringer habe stärken wollen. Bei Auswertung der Arztstellen im gesamten Planungsbereich sei festzustellen, dass jeder Arzt, mit Ausnahme der neu zugelassenen Antragstellerin in einer KVübergreifenden oder überörtlichen BAG tätig oder angestellt ist. Somit ergebe sich gerade unter diesem Gesichtspunkt keine Notwendigkeit, die Versorgungszweige noch weiter zu stärken. Damit wird aber nicht die Frage beantwortet, ob unter Versorgungsgesichtspunkten bzw. unter dem Aspekt der bestmöglichen Versorgung der Versicherten das Versorgungsangebot der BAG, die sowohl konservative Augenheilkunde anbietet, als auch operativ tätig ist, einen "Mehrwert" gegenüber dem Versorgungsangebot der Antragstellerin darstellt. Es geht auch nicht darum, ob bei Berücksichtigung der Anträge der BAG allgemein ein Versorgungszweig gestärkt wird oder nicht, sondern darum, ob damit ein echter "Mehrwert", was die Versorgung der Versicherten betrifft, verbunden ist. Selbstverständlich können auch nur solche Leistungen berücksichtigt werden können, die Leistungen der GKV sind.

#### 43

Insgesamt ist nicht auszuschließen, dass hinsichtlich der Frage "Sprechen andere Auswahlkriterien (§ 103 Abs. 4 S. 5 in Verbindung mit § 26 Bedarfsplanungs-Richtlinie) eher für die BAG?" und, wenn ja, kommt deshalb dem formalen Auswahlkriterium "Dauer der Eintragung in die Warteliste" wegen der Nachrangigkeit keine auswahlentscheidende Bedeutung zu, die Begründung nicht den Anforderungen von § 35 SGB X (Begründungspflicht) entspricht. Damit ergibt sich der Eindruck, der Antragsgegner habe sich nicht ausreichend mit dem Kriterium auseinandergesetzt, was zwar nicht als Ermessens-Nichtgebrauch, sondern als Ermessensfehler zu werten wäre.

#### 44

Als Zwischenergebnis ist daher festzuhalten, dass nach summarischer Prüfung im Ergebnis weder mit der gebotenen Eindeutigkeit die Rechtmäßigkeit des Bescheides des Antragsgegners, noch die Rechtswidrigkeit des Bescheides des Antragsgegners zu bejahen ist. Somit sind die Erfolgsaussichten der Klage der beigeladenen BAG unter dem Aktenzeichen S 38 KA 11/21 als offen anzusehen. Dies hat zur Folge, dass eine Interessenabwägung stattzufinden hat.

#### 45

Es kommt daher maßgeblich auf das Ergebnis der Interessenabwägung an. Im Rahmen der allgemeinen Interessenabwägung (vgl. Meyer-Ladewig, Keller, Leitherer, Rn 12 f zu § 86 b.) sind die Interessen der Antragstellerin, die Interessen des Antragsgegners und des Beigeladenen sowie auch das öffentliche Interesse gegeneinander abzuwägen. Wenn eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange zu dem Ergebnis kommt, dass das Vollziehungsinteresse überwiegt, dann ist dem Antrag auf Sofortvollzug stattzugeben.

#### 46

Zunächst ist zu beachten, dass der Eintritt der aufschiebenden Wirkung durch eine Klage eines Mitkonkurrenten die Regel darstellt und nur ausnahmsweise, beschränkt auf eng begrenzte Ausnahmefälle von der Anordnung des Sofortvollzugs Gebrauch zu machen ist (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, Komment. zum SGG, Rn 33 zu § 86b). Auch wenn das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache im Hinblick auf die Rechtsschutzgarantie nicht gilt, ist dem Rechnung zu tragen, dass die Anordnung des Sofortvollzugs jedenfalls vorläufig "Fakten" schafft, die im Nachhinein nur bedingt rückgängig gemacht werden können. Dies gilt insbesondere für den Fall, wenn - wie hier - die Auswahlentscheidung offensichtlich knapp zugunsten der Antragstellerin erfolgt ist und lediglich auf dem formalen Kriterium "Dauer der Eintragung in die Warteliste" beruht.

#### 47

Für ein überwiegendes Individualinteresse ist nicht ausreichend, wenn seitens der Antragstellerin geltend gemacht wird, es seien bereits diverse Aufwendungen getätigt worden. Denn mit einer Praxisgründung gehen zwangsläufig weittragende Entscheidungen einher, wie zum Beispiel mehr oder weniger große

Investitionen (Praxiseinrichtung, Kauf bzw. Anmietung von geeigneten Praxisräumen). Dies liegt in der Natur der Sache, unterfällt der Eigenverantwortung der Antragstellerin und betrifft jeden Praxisneugründer. Diese tragen wie andere Selbstständige ein unternehmerisches Risiko, das nicht abgenommen werden kann. Ansonsten könnte ein Antragsteller durch solche Entscheidungen und Investitionen zu seinen Gunsten Fakten schaffen.

#### **48**

Ferner teilt das Gericht nicht die Auffassung der Antragstellerin, Art. 14 Grundgesetz werde bei nicht erfolgter Stattgabe des Antrags auf Sofortvollzug verletzt. Denn Art. 14 GG schützt nur das bereits "Erworbene", nicht jedoch den "Erwerb" einer Eigentumsposition (Jarass/Pieroth, Kommentar zum GG, Rn 17 zu Art. 14). Soweit die Antragstellerin daran gehindert sein soll, einen Patientenstamm zu rekrutieren und Investitionen zu tätigen, ist dadurch der Schutzbereich von Art. 14 Grundgesetz nicht tangiert. Somit stellt dies keinen Gesichtspunkt bei der Interessenabwägung dar, einen Sofortvollzug anzuordnen. Hinzu kommt, dass ein substantiiertes Vortrag hierzu gänzlich fehlt. Im Übrigen spricht genau der Umstand, dass bereits zum dritten Mal ein anderer Praxissitz angegeben wird, dafür, dass bislang erhebliche Investitionen durch die Antragstellerin nicht erfolgt sind. Hinzu kommt, dass ein durch die Zulassung nach Teilentsperrung begünstigter Arzt nicht auf einen bereits bestehenden Patientenstamm seines Vorgängers zurückgreifen kann. Vielmehr ist erst noch ein Patientenstamm aufzubauen. Es ist deshalb nicht nachvollziehbar, wie sich bei Nichtstattgabe des Antrags auf Sofortvollzug wesentliche Teile des Praxissubstrats "verflüchtigen" sollen.

#### **49**

Soweit darauf hingewiesen wird, die Antragstellerin sei ohne Anordnung des Sofortvollzugs an der Erwirtschaftung von Gewinnen aus der Versorgung von Versicherten gehindert, kann dem auch kein überwiegendes Individualinteresse entnommen werden. Denn, wie der Antragsgegner zutreffend ausführt, handelt es sich hierbei um ein generell bestehendes Interesse jedes Antragstellers am Sofortvollzug einer ihn begünstigenden Entscheidung.

#### **50**

Auch ein überragendes öffentliches Interesse am Sofortvollzug der Entscheidung des Berufungsausschusses ergibt sich bei summarischer Prüfung nicht. In diesem Zusammenhang ist von Bedeutung, dass im Planungsbereich N auch ohne Besetzung der Vertragsarztstelle der Versorgungsgrad bei über 111% liegt. Mit diesem Versorgungsgrad ist eine unzureichende Versorgung gesetzlich Versicherter im Sinne einer Unterversorgung daher auszuschließen. Insofern besteht auch keine Eilbedürftigkeit.

#### **51**

Ein eng begrenzter Ausnahmefall, in dem der Sofortvollzug durch das Gericht anzuordnen wäre, liegt daher nicht vor. Ein überwiegendes Interesse an der Anordnung des Sofortvollzugs ist daher nicht festzustellen. Aus den genannten Gründen war zu entscheiden, wie geschehen.

#### **52**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 VwGO. Was die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen betrifft, entspricht es der Billigkeit, diese Kosten der Antragstellerin aufzuerlegen (§ 197a SGG in Verbindung mit § 162 Abs. 2 VwGO).