
Datum: 16.11.2015
Gericht: Landessozialgericht NRW
Spruchkörper: 11. Senat
Entscheidungsart: Beschluss
Aktenzeichen: L 11 KA 42/15 B ER
ECLI: ECLI:DE:LSGNRW:2015:1116.L11KA42.15B.ER.00

Vorinstanz: Sozialgericht Düsseldorf, S 33 KA 94/15 ER
Sachgebiet: Vertragsarztangelegenheiten
Rechtskraft: rechtskräftig

Tenor:

Die Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 07.05.2015 wird zurückgewiesen. Der Beschwerdeführer trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 20.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe: 1

I. 2

Der Beschwerdeführer und der Beigeladene zu 8) sind als Fachärzte für Augenheilkunde mit Vertragsarztsitz in F zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Nachdem der Beschwerdegegner dem Antrag des Beigeladenen zu 8) auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens (§ 103 Abs. 3a Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V)) durch Beschluss vom 23.04.2014 entsprochen hatte, schrieb die zu 7) beigeladene Kassenärztliche Vereinigung (KV) Nordrhein den Vertragsarztsitz im Rheinischen Ärzteblatt 6/2014 unter der Chiffre-Nr. 000 aus. Neben weiteren Ärzten bewarb sich auch der Beschwerdeführer, dies mit dem Antrag verbunden, ihm die Genehmigung zu erteilen, die Praxis durch eine angestellte Ärztin weiterführen zu lassen. 3

Im Nachbesetzungsverfahren fand am 20.08.2014 ein Termin vor dem Beschwerdegegner (Zulassungsausschuss für Ärzte Köln) statt. Die Angelegenheit wurde vertagt, weil der Beigeladene zu 8) aus Sicht des Beschwerdegegners noch nicht in ausreichender Weise Verhandlungen mit den einzelnen Bewerbern geführt hatte. Der für den 12.11.2014 4

angesetzte Termin zur Fortsetzung der mündlichen Verhandlung fand indessen nicht mehr statt. Mit Schreiben vom 06.11.2014 teilte der Beschwerdegegner dem Beschwerdeführer zu Händen seiner Bevollmächtigten mit, der Beigeladene zu 8) habe die Ausschreibung mit Schreiben vom 04.11.2014 zurückgezogen, womit das Ausschreibungsverfahren erledigt sei.

Die Bevollmächtigten des Beschwerdeführers widersprachen der Erledigung und beantragten die Gewährung von Akteneinsicht (Schreiben vom 02.12.2014). Dies lehnte der Beschwerdegegner ab (Schreiben vom 18.12.2014). Ein Anspruch auf Akteneinsicht sei nicht gegeben, da das Verfahren durch die Rücknahme des Antrags auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens beendet sei. 5

Im Weiteren erklärte der Beigeladene zu 8) den Verzicht auf seine Zulassung zugunsten einer Anstellung bei einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ), das wiederum bei dem Beschwerdegegner die Genehmigung der Anstellung des Beigeladenen zu 8) beantragte. 6

Der Beschwerdeführer erhob daraufhin Klage (anhängig beim Sozialgericht (SG) Düsseldorf zum Az. S 33 KA 104/15) und ersuchte um Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes. 7

Er hat vorgetragen: Das unter der Chiffre-Nr. 000 geführte Nachbesetzungsverfahren sei nicht erledigt, da der Beigeladene zu 8) nach der bestandskräftigen Entscheidung des Beschwerdegegners über die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens (Beschluss vom 23.04.2014) den dahingehenden Antrag nicht mehr wirksam habe zurücknehmen können. Aufgrund der durch das Versorgungsstrukturgesetz seit dem 01.01.2012 maßgeblichen Rechtslage beziehe sich der Antrag des Vertragsarztes nur noch auf die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens. Ein solcher Antrag könne nach Bestandskraft des Durchführungsbeschlusses nicht mehr zurückgenommen werden. Es bestehe die Gefahr, dass der Beigeladene zu 8) in absehbarer Zeit weitere Verzichtserklärungen abgebe, was dem Nachbesetzungsverfahren, in welchem er - der Beschwerdeführer - als Bewerber beteiligt sei, "durch die Hintertür" den Boden entziehe. In diesem Fall würde der Beschwerdegegner vollendete und nicht mehr umkehrbare Tatsachen schaffen, mithin sei es erforderlich, ihn jedenfalls bis zur Entscheidung in der Hauptsache zur Fortführung des Nachbesetzungsverfahrens anzuhalten und ihm darüber hinaus einstweilen zu untersagen, die Beendigung der Zulassung des Beigeladenen zu 8) festzustellen. 8

Der Beschwerdeführer hat beantragt, 9

im Wege der einstweiligen Anordnung mit Wirkung bis zur bestandskräftigen Entscheidung zu der Hauptsache 10

1. festzustellen, dass sich das von dem Antragsgegner unter der Chiffre-Nr. 000 geführte Nachbesetzungsverfahren nicht durch die Rücknahme des Antrags auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens vom 04.11.2014 durch Herrn Dr. X G erledigt hat, 11

2. dem Antragsgegner zu untersagen, aufgrund einer von Herrn Dr. X G außerhalb des unter der Chiffre-Nr. 000 geführten Nachbesetzungsverfahrens abgegebenen Verzichtserklärung auf dessen Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung die Beendigung von dessen Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung festzustellen oder die Wirksamkeit einer solchen Verzichtserklärung sonstwie anzuerkennen, solange nicht abschließend über die Beendigung des unter der Chiffre-Nr. 000 geführten Nachbesetzungsverfahrens entschieden ist. 12

Der Beschwerdegegner hat sinngemäß beantragt,

den Antrag abzulehnen.

14

Er hat geltend gemacht: Die Klage sei in der Hauptsache unzulässig und unbegründet. Das Nachbesetzungsverfahren sei infolge rechtmäßiger Antragsrücknahme beendet worden. Der Beigeladene zu 8) sei als Antragsteller und Zulassungsinhaber zum Zeitpunkt der Antragsrücknahme berechtigt gewesen, über den Antrag frei zu verfügen. Die Regelungen der § 103 Abs. 3a, Abs. 4 SGB V dienten dem Schutz des Zulassungsinhabers und seiner aus der Zulassung resultierenden Rechte. Dritte erlangten im Nachbesetzungsverfahren erst dann eigene Rechte, wenn der Zulassungsausschuss über deren Bewerbungen entschieden habe. Wenngleich sich das Verfahren über die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens seit dem 01.01.2012 durch das Versorgungsstrukturgesetz insofern geändert habe, als eine weitere Prüfung des Zulassungsausschusses eingefügt worden sei, in der zunächst festzustellen sei, ob überhaupt ein Nachbesetzungsverfahren durchgeführt werde, ändere dies nichts an der Rechtslage, derzufolge ein Vertragsarzt über seinen Antrag auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens solange verfüge, bis der Zulassungsausschuss eine Entscheidung über die Auswahl der Bewerber getroffen habe. Das Recht auf Antragsrücknahme könne dem Vertragsarzt auch dann nicht verwehrt werden, wenn der Zulassungsausschuss positiv entschieden habe, ein Nachbesetzungsverfahren durchzuführen. Der Gesetzgeber habe die erste Stufe über das Ob des Ausschreibungsverfahrens nicht zum Schutz der Bewerber eingefügt, sondern allein aus Versorgungsgesichtspunkten, um die bestehende Überversorgung abzubauen. Daher könne das Recht des ausschreibenden Vertragsarztes nicht dergestalt eingeschränkt werden, dass er nicht mehr frei über seinen Antrag verfügen könne. Ein solcher Grundrechtseingriff sei nicht gerechtfertigt. Ein Anordnungsgrund liege gleichfalls nicht vor. Es drohe keine Veränderung des bestehenden Zustands. Die Rücknahme des Antrags auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens habe keinerlei statusverändernde Tatsachen geschaffen.

15

Der Beigeladene zu 8) hat ohne Antragstellung vorgetragen: Der Antragsteller sei mangels Betroffenheit in eigenen Rechten nicht antragsbefugt. Die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens liege allein im Interesse des abgebenden Arztes, um diesem die Verwertung seiner Praxis zu ermöglichen. Wünsche der Abgeber kein Nachbesetzungsverfahren und verzichte er auf seine Zulassung, werde lediglich die Beendigung der Zulassung festgestellt, ohne dass ein anderer Arzt an dieser Stelle zugelassen werde. Die Entscheidung des Zulassungsausschusses über die Einleitung eines Nachbesetzungsverfahrens habe keine Drittwirkung gegenüber etwaigen Bewerbern im anschließenden Nachbesetzungsverfahren. Der Beschwerdeführer habe daher noch keine so gefestigte Rechtsposition erworben, dass eine Betroffenheit in eigenen Rechten vorliege. Die vage Chance, im Nachbesetzungsverfahren möglicherweise als Nachfolger berücksichtigt zu werden, reiche hierfür nicht aus. Auch in der Sache könne der Antrag keinen Erfolg haben, da das Nachbesetzungsverfahren aufgrund der Erklärung des Beigeladenen zu 8), dieses nicht mehr fortführen zu wollen, vom Beschwerdegegner habe eingestellt werden müssen.

16

Mit Schreiben vom 20.04.2015 erklärte die vom Beschwerdegegner bevollmächtigte Mitarbeiterin der zu 7) beigeladenen KV, der Beigeladene zu 8) habe auf seine Zulassung zugunsten einer Anstellung bei einem MVZ verzichtet. Ein entsprechender Antrag läge vor. Der Beschwerdegegner werde hierüber erst nach rechtskräftiger Entscheidung im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes und im Hauptsacheverfahren entscheiden.

17

Mit Beschluss vom 07.05.2015 hat das SG die Anträge des Beschwerdeführers abgelehnt. Es fehle bereits am Anordnungsgrund, da der Beschwerdegegner mitgeteilt habe, dass er über

18

den neuerlichen Antrag des Beigeladenen zu 8) erst nach rechtskräftiger Entscheidung im vorliegenden Verfahren sowie im Hauptsacheverfahren entscheiden werde. Der Anordnungsanspruch sei nicht wahrscheinlich. Aus der neuen Rechtslage ergäben sich keine weitergehenden Rechte der Bewerber. Die Rechtsänderung ziele allein darauf ab, das Instrumentarium zum Abbau von Überversorgungen zu erweitern. Das Recht des abgabewilligen Arztes das Nachbesetzungsverfahren durch Rücknahme des Antrags zu beenden, solle nicht beschränkt werden. Die Verfahrenskosten einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 8) lege das SG dem Beschwerdeführer auf.

Diese Entscheidung greift der Beschwerdeführer fristgerecht an. Er trägt vor: Das SG hat zu Unrecht das Bestehen eines Anordnungsanspruches verneint. Infolge der Rechtsänderung durch das Versorgungsstrukturgesetz sei der Antrag des Vertragsarztes nicht mehr nur auf die Ausschreibung zum Zwecke der Nachbesetzung beschränkt, sondern es sei ein vorgeschalteter Antrag an den Zulassungsausschuss auf Entscheidung über die Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens erforderlich. Bereits nach der bis zum 31.12.2011 geltenden Rechtslage habe es keine einheitliche Rechtsprechung zu der Frage gegeben, bis zu welchem Zeitpunkt die Antragsrücknahme im Nachbesetzungsverfahren zulässig war. Diese Unklarheiten bestünden nach der neuen Rechtslage nicht mehr. Nach der Neufassung durch das Versorgungsstrukturgesetz finde sich der noch in § 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V a.F. vorgesehene Antrag des Vertragsarztes auf Ausschreibung im Gesetz nicht mehr wieder. Das Antragsrecht (§ 103 Abs. 3a SGB V) beziehe sich nur noch auf die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens und nicht mehr auf die Ausschreibung des Vertragsarztsitzes. Der Beigeladene zu 8) habe seinen Antrag auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens am 04.11.2014 nicht mehr wirksam zurücknehmen können, da der Durchführungsbeschluss zu diesem Zeitpunkt bereits bestandskräftig gewesen sei. Die Verfahrensherrschaft sei daher auf den Beschwerdegegner bzw. die Beigeladene zu 7) übergegangen. Die Interessen des ausschreibenden Vertragsarztes seien in diesem Verfahrensabschnitt hinreichend durch die in § 103 Abs. 4 Satz 5 Nr. 5 und Nr. 6 SGB V genannten Auswahlkriterien geschützt. Zwar sei es richtig, dass der Gesetzgeber mit der dem Ausschreibungsverfahren vorgeschalteten Entscheidung über die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens primär das Ziel verfolge, in gespernten Planungsbereichen eine Überversorgung abzubauen. Dieser Gesetzeszweck werde durch die aus dem Gesetzeswortlaut abzuleitende Beschränkung des Rechts auf Antragsrücknahme nicht beeinträchtigt, da sich die Frage nach dem Rücknahmezeitpunkt ohnehin nur stelle, wenn die Entscheidung, das Nachbesetzungsverfahren mangels entgegenstehender Versorgungsstrukturen durchzuführen, bereits gefallen sei. Angesichts der nach Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz (GG) gebotenen verfassungskonformen Auslegung seien die Interessen der Bewerber eines Nachbesetzungsverfahrens angemessen zu berücksichtigen. Letztere erwürben nicht erst dadurch Rechte, dass bereits eine konkrete Auswahlentscheidung zu ihren Gunsten vorliege. Der Beschwerdegegner habe bestandskräftig die Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens beschlossen und den Vertragsarztsitz danach unverzüglich für Bewerber ausgeschrieben. Er - der Beschwerdeführer - habe daraufhin seine Bewerbung eingereicht. Die Bewerber erhielten bereits mit der Ausschreibung und dem Verfahrensfortgang eigene Rechte, welche die Verfügungsgewalt des Vertragsarztes über das Verfahren beschränkten. Jedenfalls erlange jeder Bewerber mit der Ausschreibung einen Anspruch auf Durchführung eines sachlichen und fairen Nachbesetzungsverfahrens, insbesondere auf eine ermessenfehlerfreie Bewerberauswahl anhand der in § 103 Abs. 4 Satz 5 SGB V genannten Auswahlkriterien. Dieser Anspruch entstehe nicht erst dann, wenn der Zulassungsausschuss bereits eine Entscheidung getroffen habe, sondern bereits mit Ausschreibung der begehrten Rechtsposition. Im Übrigen stehe dies auch im Einklang mit der hier in den Grundsätzen übertragbaren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum

19

sogenannten Bewerbungsverfahrensanspruch. Selbst wenn der Beigeladene zu 8) den Antrag auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens wider Erwarten auch nach der neuen Rechtslage grundsätzlich noch nach bestandskräftigem Durchführungsbeschluss hätte zurücknehmen können, scheide die Antragsrücknahme jedenfalls aus, weil es hierfür keine hinreichend sachliche Begründung gebe. Nach Auffassung des Bundessozialgerichts (BSG) lasse sich ein Scheitern des Nachfolgeverfahrens lediglich auf ausdrücklich durch das Gesetz geschützte Gründe stützen. Könne der abgebende Arzt solche nicht anführen, verliere er auch sein Recht, eine wiederholte Ausschreibung zu beantragen (BSG, Urteil vom 05.06.2003 - B 6 KA 11/03 R -). Der Beigeladene zu 8) habe zunächst mitgeteilt, es werde keinesfalls eine Praxisveräußerung an ihn - den Beschwerdeführer - erfolgen. Daher sei anzunehmen, dass der Beigeladene zu 8) seinen Antrag lediglich deshalb zurückgenommen habe, weil er - der Beschwerdeführer - ihm als Bewerber nicht passe. Auch der Anordnungsgrund sei gegeben. Soweit das SG meine, es fehle an der Eilbedürftigkeit, da ihm - dem Beschwerdeführer - aufgrund der Mitteilung des Beschwerdegegners, über einen erneuten Zulassungsverzicht des Beigeladenen zu 8) erst nach rechtskräftiger Entscheidung im Hauptsacheverfahren zu entscheiden, ein Abwarten bis zur bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zuzumuten sei, verfange das schon deshalb nicht, weil ein gerichtlicher Beschluss den Beschwerdegegner stärker binden würde, als eine lediglich von ihm selbst abgegebene Erklärung. Darüber hinaus beziehe sich die Erklärung des Beschwerdegegners lediglich auf den konkreten Antrag. Der Beschwerdegegner wäre damit nicht gehindert, weitere bedingte Verzichtserklärungen des Beigeladenen zu 8) anzuerkennen, so dass die Gefahr des Rechtsverlustes nach wie vor bestehe. Schließlich erweise sich die Kostenentscheidung des SG als rechtsfehlerhaft. Nach dessen Auffassung habe sich der Antrag schon deshalb erledigt, weil der Beschwerdegegner mit Schriftsatz vom 20.04.2015 erklärt habe, über weitere Anträge bis zur bestandskräftigen Entscheidung in der Hauptsache zunächst nicht zu entscheiden. Die Abgabe dieser Erklärung sei allerdings erst erfolgt, nachdem er - der Beschwerdeführer - seinen Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren rechtshängig gemacht habe. Eine Erklärung dahin, im Interesse aller Beteiligten zunächst von einer Bescheidung weiterer im Zusammenhang mit der Zulassung des Beigeladenen zu 8) stehender Anträge abzusehen, hätte der Beschwerdegegner bereits zu einem früheren Zeitpunkt abgeben können, ohne dass er - der Beschwerdeführer - um einstweiligen Rechtsschutz hätte ersuchen müssen. Die Verfahrensdurchführung beruhe daher auf alleinigem Verschulden des Beschwerdegegners, so dass diesem bei Ablehnung des Antrags entsprechend § 197a Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. §§ 155 Abs. 4, 161 Abs. 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) zumindest die Gerichtskosten nach billigem Ermessen hätten auferlegt werden müssen. Darüber hinaus sei nicht nachvollziehbar, wieso er - der Beschwerdeführer - auch die außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 8) erstatten solle, der keinen Antrag gestellt und lediglich in einem Schriftsatz zur Sache vorgetragen habe.

- | | |
|--|----|
| Der Beschwerdeführer beantragt sinngemäß, | 20 |
| den Beschluss des SG Düsseldorf vom 07.05.2015 aufzuheben und nach seinem erstinstanzlichen Antrag zu erkennen. | 21 |
| Der Beschwerdegegner verweist darauf, dass der Beschwerdeführer mangels Beteiligung am Nachbesetzungsverfahren keinen Rechtsschutz genieße. | 22 |
| Die übrigen Beteiligten haben sich nicht geäußert. | 23 |
| Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der Gerichtsakte und den beigezogenen Verwaltungsvorgang. | 24 |

II.	25
Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde des Beschwerdeführers ist unbegründet.	26
1.	27
Die Beschwerde kann schon deswegen keinen Erfolg haben, weil nach ständiger Rechtsprechung des Senats einstweiliger Rechtsschutz in Zulassungssachen nicht schon vor der Entscheidung des Berufungsausschusses, sondern erst nach dessen Entscheidung gewährt werden kann (Senat, Beschluss vom 19.05.2014 - L 11 KA 99/13 B ER -; Beschluss vom 04.09.2013 - L 11 KA 48/13 B ER -; Beschluss vom 11.01.2013 - L 11 KA 123/12 B ER -; Beschluss vom 18.11.2003 - L 11 B 47/03 KA ER -; vertiefend Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 25.10.2006 - L 10 B 15/06 KA ER - und 04.09.2002 - L 10 B 2/02 KA ER -; vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 28.12.2011 - L 7 KA 153/11 B ER - m.w.N.). Der abweichenden Auffassung des BSG (Beschluss vom 05.06.2013 - B 6 KA 4/13 B -) ist nicht zu folgen (hierzu Senat, Beschluss vom 04.09.2013 - L 11 KA 48/13 B ER -). Allerdings müssen die Gerichte nötigenfalls einstweiligen Rechtsschutz über die abschließenden gesetzlichen Regelungen hinaus gewähren, wenn eine Verletzung des Gebotes, effektiven Rechtsschutz gem Art. 19 Abs. 4 GG zu gewähren, zu besorgen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 04.09.2013 - L 11 KA 48/13 B ER - m.w.N.). Nur dann und nur in einem solchen Ausnahmefall (ultima ratio) sieht es der Senat als zulässig an, einstweiligen Rechtsschutz über das abschließend formulierte gesetzliche Regelwerk hinaus zur Verfügung zu stellen.	28
Ob eine Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG zu befürchten ist, kann letztlich dahinstehen, denn Anordnungsgrund und -anspruch sind nicht glaubhaft gemacht.	29
2.	30
a) Nach § 86b Abs. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache, soweit ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliegt, auf Antrag eine einstweilige Anordnung nach Maßgabe der in Absatz 1 bzw. Absatz 2 genannten Voraussetzungen treffen. Danach ist zwischen Sicherungs- (§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG) und Regelungsanordnung (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG) zu unterscheiden. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung verlangt grundsätzlich die Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache sowie die Erforderlichkeit einer vorläufigen gerichtlichen Entscheidung. Die Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs (Anordnungsanspruch) und die Eilbedürftigkeit der erstrebten einstweiligen Regelung (Anordnungsgrund) sind glaubhaft zu machen (§ 86b Abs. 2 Satz 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 der Zivilprozessordnung (ZPO)). Droht dem Antragsteller bei Versagung des einstweiligen Rechtsschutzes eine erhebliche, über Randbereiche hinausgehende Verletzung in seinen Rechten, die durch eine Entscheidung in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann, so ist - erforderlichenfalls unter eingehender tatsächlicher und rechtlicher Prüfung des im Hauptsacheverfahren geltend gemachten Anspruchs - einstweiliger Rechtsschutz zu gewähren (vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Beschluss vom 12.05.2005 - 1 BvR 569/05 -; Senat, Beschluss vom 12.08.2013 - L 11 KA 92/12 B ER -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 04.09.2006 - L 10 B 2/06 KA ER -), es sei denn, dass ausnahmsweise überwiegende, besonders gewichtige Gründe entgegenstehen (BVerfG, Beschluss vom 16.05.1995 - 1 BvR 1087/91 -). Andererseits müssen die Gerichte unter Umständen wegen der Kürze der zur Verfügung stehenden Zeit Rechtsfragen nicht vertiefend behandeln und ihre Entscheidung maßgeblich auf der Grundlage einer Interessenabwägung treffen können (Senat, Beschlüsse vom 12.08.2013 - L 11 KA 92/12 B ER - und 12.10.2009 - L 11 B 17/09 KA ER -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 15.11.2006 - L 10 B 14/06 KA ER - und 14.12.2006 - L	31

10 B 21/06 KA ER -). Ferner darf oder muss das Gericht ggf. im Sinne einer Folgenbetrachtung bedenken, zu welchen Konsequenzen für die Beteiligten die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bei späterem Misserfolg des Antragstellers im Hauptsacheverfahren einerseits gegenüber der Versagung vorläufigen Rechtsschutzes bei nachfolgendem Obsiegen in der Hauptsache andererseits führen würde (vgl. Senat, Beschlüsse vom 14.01.2015 - L 11 KA 44/14 B ER , 12.08.2013 - L 11 KA 92/12 B ER - und 21.01.2012 - L 11 KA 77/11 B ER -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 04.04.2007 - L 5 KR 518/07 ER-B -).

b) Ausgehend hiervon sind Anordnungsgrund (nachfolgend aa)) und Anordnungsanspruch (nachfolgend bb)) nicht glaubhaft sind. 32

aa) Anordnungsgrund 33

(1) Den Anordnungsgrund definiert § 86b Abs. 2 SGG für die Sicherungsanordnung einerseits und Regelungsanordnung andererseits jeweils eigenständig. Die Sicherungsanordnung setzt die Gefahr voraus, dass durch die Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert wird (§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG). Sicherungsanordnungen dienen der Sicherung eines bestehenden Zustandes; das Gericht trifft demgemäß nur bestandsschützende Maßnahmen (Frehse, in: Jansen, SGG, 4. Auflage, 2012, § 86b Rdn. 73). Hingegen verlangt die Regelungsanordnung, dass die Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG). Hierunter fallen die praktisch häufigen Fälle eines Verpflichtungs- oder Leistungsbegehrens (vgl. Frehse, a.a.O., § 86b Rdn. 73). Die Abgrenzung der Sicherungs- von der Regelungsanordnung ist unsicher (Senat, Beschluss vom 28.12.2010 - L 11 KA 60/10 B ER -). 34

Vorliegend geht es dem Beschwerdeführer im Antrag zu 1. darum festzustellen, dass das fragliche Nachbesetzungsverfahren sich nicht durch Antragsrücknahme erledigt hat. Dies deutet auf eine Sicherungsanordnung hin. Das im Antrag zu 2. enthaltene Untersagungsbegehren zielt hingegen auf eine Regelungsanordnung ab. 35

Letztlich kann dies dahinstehen, denn Sicherungs- und Regelungsanordnung unterliegen im Ergebnis derselben Behandlung (Senat, Beschluss vom 14.01.2015 - L 11 KA 44/14 B ER -; hierzu auch Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, ZPO, 70. Auflage, 2012, § 940 Rdn. 1; Huber, in: Musielak/Voit, ZPO, 12. Auflage, 2015, § 935 Rdn. 1 und § 940 Rdn. 1; Seiler, in: Thomas/Putzo, ZPO, 33. Auflage, 2012, § 935 Rdn. 3; Vollkommer, in: Zöller, ZPO, 31. Auflage, 2016, § 935 Rdn. 2; Redeker, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Auflage, 2014, § 123 Rdn. 11, 12). Der Antragsteller muss lediglich sein Rechtsschutzziel angeben; er braucht sich nicht auf eine Art der einstweiligen Verfügung festzulegen (Vollkommer, a.a.O.) 36

Der unbestimmte Rechtsbegriff "zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint" in § 86b Abs. 2 Satz 2 SGG erfordert eine Interessenabwägung nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalls. Maßstab für die Eingriffsintensität sind vielfach die wirtschaftlichen Folgen in Bezug auf das geschützte Rechtsgut (vgl. Senat, Beschlüsse vom 28.12.2010 - L 11 KA 60/10 B ER -, 06.09.2010 - L 11 KA 3/10 B ER -, 27.05.2008 - L 11 B 6/08 KR ER -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 23.11.2007 - L 10 B 11/07 KA ER - und 12.02.2007 - L 10 B 35/06 KA ER -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 02.11.2009 - L 11 KR 3727/09 ER-B -; LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 13.12.2007 - L 5 ER 289/07 KR -). Ein Anordnungsgrund ist danach anzunehmen, wenn dem Antragsteller ein Abwarten bis zur Entscheidung in der Hauptsache nicht zumutbar ist (Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, a. a. O., § 940 Rdn. 1; vgl. Vollkommer, a.a.O., § 940 Rdn. 4; Seiler, a.a.O., § 940 Rdn. 5; 37

Huber, a.a.O., § 940 Rdn. 4; Frehse, a.a.O., § 86b Rdn. 87 ff.); dabei sind die öffentlichen Interessen jenen der Verfahrensbeteiligten gegenüberzustellen. Insbesondere sind die Folgen abzuwägen, die mit dem Erlass bzw. dem Nicht-Erlass einer einstweiligen Anordnung verbunden sind. Einzubeziehen sind u.a. die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Intensität einer drohenden (Grund-)Rechtsverletzung und sonstige unbillige Härten der Beteiligten. Die mit jedem Hauptsacheverfahren zwingend verbundenen zeitlichen Nachteile reichen für den Erlass einer Regelungsanordnung nicht aus (Senat, Beschlüsse vom 14.01.2015 - L 11 KA 44/14 B ER -, 12.08.2013 - L 11 KA 92/12 B ER - und 21.01.2012 - L 11 KA 77/11 B ER -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 03.11.2011 - L 3 KA 104/10 B ER -).

Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund stehen sich nicht isoliert gegenüber, vielmehr besteht zwischen ihnen eine funktionelle Wechselbeziehung dergestalt, als die Anforderungen an den Anordnungsanspruch mit zunehmender Eilbedürftigkeit bzw. Schwere des drohenden Eingriffs (Anordnungsgrund) zu verringern sind oder umgekehrt; dabei dürfen keine zu hohen Anforderungen an die Glaubhaftmachung im Eilverfahren gestellt werden, die Anforderungen haben sich vielmehr am Rechtsschutzziel zu orientieren, das der Antragsteller mit seinem Begehren verfolgt (BVerfG, Beschlüsse vom 19.03.2004 - 1 BvR 131/04 - und 29.07.2003 - 2 BvR 311/03 -; Senat, Beschlüsse vom 27.03.2013 - L 11 KA 96/12 B ER -, 27.02.2013 - L 11 KA 8/13 B ER -, 07.01.2013 - L 11 KR 592/12 B ER -, 21.05.2012 - L 11 KR 113/12 B ER -, 04.10.2011 - L 11 KA 50/11 B ER -, 21.06.2010 - L 11 B 26/09 K ER -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 14.02.2011 - L 12 B 50/09 AS ER -). Daraus folgt, dass sich die Anforderungen an den Anordnungsgrund vermindern, wenn eine Klage in der Hauptsache offensichtlich begründet wäre. In der Regel ist dann dem Antrag auf Erlass der einstweiligen Anordnung stattzugeben, dennoch kann auch in diesem Fall nicht gänzlich auf das Bestehen eines Anordnungsgrundes verzichtet werden (Senat, Beschluss vom 05.04.2012 - L 11 KA 85/11 B ER -; Frehse, a.a.O., § 86b Rdn. 87, 93). Ist ein Anordnungsgrund nicht dargetan, kommt der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG SGG auch dann nicht in Betracht, wenn der Antragsteller im Hauptsacheverfahren voraussichtlich obsiegen wird (zur abweichenden Rechtslage nach Maßgabe des § 86b Abs. 1 SGG vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2010 - L 11 KA 80/09 ER -). Anderenfalls würden die den Anordnungsgrund bezeichnenden Tatbestandsmerkmale des § 86b Abs. 2 SGG ("vereitelt" bzw. "wesentlich erschwert" und "zur Abwendung wesentlicher Nachteile") gesetzwidrig hinweg interpretiert (Senat, Beschlüsse vom 04.10.2011 - L 11 KA 50/11 B ER - und 16.05.2011 - L 11 KA 132/10 B ER -). Im Übrigen kommt einstweiliger Rechtsschutz insbesondere dann in Betracht, wenn eine Verletzung des Gebotes, effektiven Rechtsschutz gem. Art. 19 Abs. 4 GG zu gewähren, zu besorgen ist (LSG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 30.06.2003 - L 10 B 9/03 KA ER - und 24.11.2004 - L 10 B 14/04 KA -).

Ob die ggf. glaubhaft zu machenden Tatsachenbehauptungen einen Anordnungsgrund ausfüllen, bedarf einer genauen Prüfung. Trägt ein Antragsteller vor, in seiner Existenz gefährdet zu sein, muss er eine entsprechende wirtschaftliche Situation glaubhaft machen und nachvollziehbar darlegen, dass diese - kausal - auf die angegriffene Maßnahme zurückzuführen ist, d.h. die Gründe für die behauptete Existenzgefährdung müssen geklärt sein (Senat, Beschlüsse vom 15.05.1996 - L 11 SKa 21/96 - und 27.11.1991 - L 11 SKa 35/91 -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.03.2007 - L 10 B 3/07 KA ER -). Macht ein Antragsteller erhebliche Zahlungsverpflichtungen geltend, fehlt es am Anordnungsgrund, wenn diese nicht kausal durch den Betrieb der Arztpraxis entstanden sind (LSG Niedersachsen, Beschluss vom 16.10.1997 - L 5 Ka 58/97 eR -). Keinesfalls reicht es aus, wenn z.B. ein Vertragsarzt defizitäre Salden ausweisende steuerliche Bilanzen oder Gewinn- und Verlustrechnungen vorlegt. Der Senat hat mehrfach entschieden, dass steuerrechtliche

Regelungen angesichts ihrer spezifischen Zielsetzung eine Vielzahl von disponiblen und manipulativen Gestaltungsmöglichkeiten einräumen, mithin von vornherein ungeeignet sind, einen Anordnungsgrund glaubhaft zu machen (vgl. Senat, Beschlüsse vom 14.01.2015 - L 11 KA 44/14 B ER -, 28.12.2010 - L 11 KA 60/10 B ER - und 19.03.2009 - L 11 B 20/08 KA ER -; so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.07.2005 - L 10 B 11/05 KA ER -). In der Regel muss hinzu kommen, dass der Antragsteller glaubhaft macht, personelle und organisatorische Effizienzoptimierungsmaßnahmen ausgeschöpft zu haben (Senat, Beschluss vom 24.06.1997 - L 11 SKa 20/97 -), unmittelbar von Insolvenz bedroht zu sein oder die Schließung oder doch nennenswerte Einschränkung seines Praxisbetriebs befürchten zu müssen (Senat, Beschlüsse vom 14.01.2015 - L 11 KA 44/14 B ER -, 09.05.2012 - L 11 KA 90/11 B ER -, 05.04.2012 - L 11 KA 92/11 B ER -, 02.04.2012 - L 11 KA 81/11 B ER -, 25.01.2012 - L 11 KA 77/11 B ER -, 18.07.1997 - L 11 SKa 27/97 - und 22.02.1996 - L 11 SKa 55/95 -; im Ergebnis auch LSG Bayern, Beschlüsse vom 21.11.1995 - L 12 B 211/95 - und 28.09.1994 - L 12 B 189/94 Ka-VR -; einschränkend LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 14.10.1999 - L 4 B 60/99 KA ER -).

(2) Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen des Beschwerdeführers nicht. 40

(a) Soweit das SG annimmt, es fehle wegen der Erklärung im Schriftsatz vom 20.04.2015 am Anordnungsgrund, vermag der Senat dem im Ergebnis zu folgen. Hierdurch hat die Bevollmächtigte des Beschwerdegegners in einem dem äußeren Erscheinungsbild der zu 7) beigeordneten KV zuzuordnenden Schriftsatz mitgeteilt, der Beigeladene zu 8) habe auf seine Zulassung zugunsten einer Anstellung in einem MVZ verzichtet und einen Antrag auf Genehmigung seiner Anstellung beim MVZ vorgelegt, worüber erst nach rechtskräftiger Entscheidung des ER-Verfahrens und des Hauptsacheverfahrens entschieden werde. Das SG hat hieraus zutreffend hergeleitet, deswegen fehle es am Anordnungsgrund. Der Senat tritt dem aus nachfolgenden Gründen letztlich bei. 41

(aa) Ein Anordnungsgrund wäre insbesondere dann nicht gegeben, wenn die Erklärung im Schriftsatz vom 20.04.2015 eine Zusicherung wäre. Das ist nach der Legaldefinition des § 34 Abs. 1 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) die von der zuständigen Behörde erteilte Zusage, einen bestimmten Verwaltungsakt später zu erlassen oder zu unterlassen. 42

Die Zusicherung dient dazu, dem Adressaten Gewissheit über das zukünftige Handeln der Behörde bei Erlass eines Verwaltungsaktes zu verschaffen. Aus der wirksamen Zusicherung ergibt sich ein Rechtsanspruch des Adressaten auf die zugesagte Regelung (BSG, Urteil vom 12.12.2011 - B 13 R 79/11 R -). Die Zusicherung muss auf einen bestimmten Verwaltungsakt gerichtet sein. Dazu gehört zum einen der Wille der Behörde, sich auf ein zukünftiges Tun oder Unterlassen zu verpflichten (BSG, Urteil vom 08.12.1993 - 10 RKg 19/92 -); zum anderen muss sich die Erklärung auf einen konkreten Sachverhalt beziehen. Diese Voraussetzungen scheinen gegeben zu sein. In der Folge wäre der Beschwerdegegner an die Zusicherung rechtlich gebunden und ein Anordnungsgrund deswegen zu verneinen. 43

Im Ergebnis ist dem nicht so, was sich wie folgt ergibt: 44

Wie die Legaldefinition des § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB X deutlich macht, liegt eine Zusicherung nur dann vor, wenn die Erklärung von der zuständigen Behörde stammt. Das ist der Zulassungsausschuss (§ 96 SGB V i.V.m § 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V). Die Erklärung vom 20.04.2015 stammt - für sich betrachtet - jedoch von der zu 7) beigeordneten KV Nordrhein. Der Briefkopf (Kassenärztliche Vereinigung Nordrhein - Körperschaft des öffentlichen Rechts - Hauptstelle) ist eindeutig, was durch den Zusatz "Rechtsabteilung" im Briefkopf und das Unterschriftsfeld "Rechtsabteilung - Friedrich - Referentin" verstärkt wird. Es findet sich 45

keinerlei Hinweis darauf, dass dieses Schreiben dem Beschwerdegegner (Zulassungsausschuss für Ärzte bei der KV Nordrhein) zugeordnet werden könnte. Anderes ergibt sich aus dem Schriftsatz vom 24.03.2015. Hierin überreicht die Beigeladene zu 7), unterzeichnet durch "Friedrich (Referentin)", die am 18.03.2015 vom Vorsitzenden des Zulassungsausschusses auf Assessorin Friedrich "zur Prozessführung" ausgestellte Vollmacht.

Die Erklärung vom 20.04.2015 ist von der erteilten Vollmacht nicht gedeckt. Eine Vollmacht ist eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht (§ 166 Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)). Eine Willenserklärung, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, wirkt unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Vollmacht "zur Prozessführung" beschränkt das Vertretungsrecht auf diesen Umfang. Die Zusage, über den Verzichtsantrag erst nach rechtskräftigem Abschluss des vorliegenden ER-Verfahrens bzw. der Hauptsache zu entscheiden, betrifft einen anderen Streitgegenstand in einem anderen Verwaltungsverfahren. Das wird von der erteilten Vollmacht "zur Prozessführung" nicht erfasst. Die Erklärung vom 20.04.2015 ist demnach nicht von der zuständigen Behörde abgegeben worden und daher keine Zusicherung i.S.d. § 34 Abs. 1 Satz 1 SGB X. 46

Überdies wäre die Erklärung als "Zusicherung" auch nicht rechtsbeständig. Sie beschwert den Beigeladenen zu 8), weil das durch dessen Erklärung eingeleitete Verwaltungsverfahren, zugunsten einer Anstellung in einem MVZ zu verzichten, zurückgestellt werden soll. Dann greift § 34 Abs. 1 Satz 2 SGB X und schreibt vor, dass die Zusicherung erst nach Anhörung der Beteiligten, hier also des Beigeladenen zu 8), erteilt werden darf. Eine solche Anhörung (§ 24 SGB X) ist nach Aktenlage nicht durchgeführt worden. Demzufolge ist unsicher, ob die Erklärung vom 20.04.2015, wäre sie eine Zusicherung, hinreichend rechtsbeständig wäre. 47

(bb) Ungeachtet dessen muss sich der Beschwerdegegner die Erklärung vom 20.04.2015 aus einem anderen Rechtsgrund zurechnen lassen. Handelt es sich um keine Zusicherung, kann sie dennoch den Charakter einer nicht mit Verwaltungsaktqualität versehenen Zusage haben. Auch dies würde einem Anordnungsgrund entgegenstehen. 48

Erklärt der Beschwerdegegner den aktuellen Zustand bis zum Abschluss des gerichtlichen Verfahrens nicht verändern zu wollen, entfällt eine Grundvoraussetzung für die einstweilige Anordnung. Die Änderungsgefahr ist beseitigt (§ 86b Abs. 1 Satz 1 SGG: Regelungsanordnung) und die einstweilige Anordnung ist nicht mehr nötig, um wesentliche Nachteile abzuwenden (§ 86b Abs. 2 Satz 2 SGG: Sicherungsanordnung). Das gilt umso mehr, wenn - wie hier - eine an Recht und Gesetz (Art. 20 Abs. 3 GG) gebundene Behörde (§ 1 Abs. 2 SGB X) eine derartige Erklärung abgibt. Damit entfällt jegliches Bedürfnis auf vorläufigen Rechtsschutz. Einer einstweiligen Regelung bedarf es nicht. Der in diesem Zusammenhang relevante Einwand des Beschwerdeführers, ein gerichtlicher Beschluss würde den Beschwerdegegner stärker binden als die von ihm abgegebene Erklärung, trägt nicht. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren geht es nicht darum, eine Rechtsposition zu perpetuieren. Ziel der beiden Varianten des § 86b Abs. 2 SGG ist es, der Gefahr von Rechtsverletzungen vorzubeugen. Drohen solche nicht (mehr), entfällt das Rechtsschutzbedürfnis bzw. der Anordnungsgrund. Die Rechtsstellung eines Antragstellers kann sich mit den durch § 86b SGG zur Verfügung gestellten Möglichkeiten nicht verbessern (vgl. Redeker, in: Redeker/v. Oertzen, a.a.O., § 123 Rdn. 27). 49

Zwar ist die Erklärung, das Verichtsverfahren zunächst nicht weiter zu führen, von der eingeräumten Vertretungsmacht nicht gedeckt (§ 164 Abs. 1 Satz 1 BGB), dennoch könnte die Erklärung dem Beschwerdegegner zuzurechnen sein. Das wäre dann der Fall, wenn zwar 50

die Bevollmächtigte die ihr eingeräumte Vertretungsmacht überschritten hat, die fragliche Erklärung ihm dennoch zuzurechnen ist. Zivilrechtlich ist dieser Konflikt in § 177 ff. BGB geregelt. Der Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht kann genehmigt werden (§ 177 Abs. 1 BGB). Hingegen ist ein einseitiges Rechtsgeschäft, das von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht vorgenommen wird, grundsätzlich nichtig und nicht genehmigungsfähig (§ 180 Satz 1 BGB). Nichtigkeit tritt nach § 180 Satz 2 BGB nicht ein, wenn der Erklärungsempfänger die von dem Vertreter (auch konkludent, zB gerade durch ein Auftreten als Vertreter) behauptete Vertretungsmacht bei Vornahme des Geschäfts nicht beanstandet oder sich mit einem Handeln ohne Vertretungsmacht sogar einverstanden erklärt (vgl. Dörner, in: HK-BGB/Schulze, 8. Auflage, 2014 § 180 Rdn. 3). Eine Beanstandung setzt voraus, dass der Erklärungsempfänger zu erkennen gibt, dass er das Rechtsgeschäft wegen Zweifels an der Vertretungsmacht nicht anerkennen will; eine Zurückweisung aus anderen Gründen reicht nicht aus. Die Beanstandung muss unter Anwesenden sofort bei Vornahme des Geschäfts, unter Abwesenden unverzüglich (§ 121 Abs. 1 BGB) nach Erklärungsempfang erfolgen. Das Einverständnis kann ausdrücklich oder schlüssig, es muss grundsätzlich vor oder bei Empfang der Vertretererklärung zum Ausdruck gebracht werden; bei Erklärungen unter Abwesenden reicht es aus, wenn die Einverständniserklärung unverzüglich nach Zugang erfolgt. Erforderlich ist stets, dass der Erklärungsempfänger um die fehlende Vertretungsmacht weiß oder ein Fehlen zumindest für möglich hält (hierzu Dörner, in: HK-BGB/Schulze, 8. Auflage, 2014 § 180 Rdn. 4). In beiden Fällen des § 180 Satz 2 BGB finden die für Verträge geltenden §§ 177 bis 179 BGB entsprechende Anwendung. Das einseitige Rechtsgeschäft ist also zunächst schwebend unwirksam und kann analog § 177 BGB mit Wirkung ex tunc (§ 184 BGB) genehmigt werden (Dörner, a.a.O., § 180 Rdn. 5).

Übertragen auf die Erklärung vom 20.04.2015 bedeutet dies: Genehmigungsfähigkeit in unmittelbarer Anwendung des § 177 Abs. 1 BGB ist nicht gegeben, weil die Erklärung einseitiger Art ist. Daher ist die Rechtslage in Anlehnung an § 180 BGB zu beurteilen. Die Erklärung ist zwar kein Rechtsgeschäft i.S.d. BGB. Dennoch bietet es sich an, auf die in § 180 BGB normierten (allgemeinen) Rechtsgedanken zurückzugreifen. Die Erklärung ist nicht § 180 Satz 2 BGB zuzuordnen. Sie ist insofern "empfangsbedürftig", als Adressat (auch) der Beschwerdeführer ist und diesem eine bestimmte Verwaltungshandhabung zugesagt wird. Der Beschwerdegegner (Zulassungsausschuss) hat die Erklärung vom 20.04.2015 nicht beanstandet. Nach Sachlage kann ohnehin angenommen werden, dass er mit dem Inhalt der Erklärung einverstanden war. In der Rechtsfolge greifen §§ 177 bis 179 BGB entsprechend. Das einseitige Rechtsgeschäft kann mit Wirkung ex tunc genehmigt werden. Eine solche Genehmigung ist nicht aktenkundig. Der Senat hat indessen keinerlei Zweifel, dass der Beschwerdegegner eine solche Genehmigung erteilen würde. Diese Erkenntnis genügt für das einstweilige Rechtsschutzverfahren, um den Anordnungsgrund entfallen zu lassen.

(b) Auch im Übrigen ist ein Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht.

(aa) Das dem Antrag zugrundeliegende Interesse des Beschwerdeführers ist darauf gerichtet, den Vertragsarztsitz des Beigeladenen zu 8) zu übernehmen, um die Praxis durch eine angestellte Ärztin fortführen zu lassen. Die wirtschaftlichen Folgen sind für den Beschwerdeführer tendenziell von untergeordneter Bedeutung. Er ist auf einen Vertragsarztsitz (§ 24 Abs. 1 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV)) zugelassen und betreibt dort eine augenärztliche Praxis. Bezogen auf seine hierdurch geprägte wirtschaftliche Situation ist offenkundig, dass das streitige Nachbesetzungsverfahren keine wirtschaftlichen Auswirkungen hat, die auch nur entfernt die Erwägung rechtfertigen können, das Abwarten der Hauptsacheentscheidung sei unzumutbar. Dem Beschwerdeführer wird

allenfalls (vorläufig) eine Einkommensoptimierung verwehrt.

(bb) Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG werden nicht beeinträchtigt. Die Entscheidung des Beschwerdegegners, das Nachbesetzungsverfahren nach Antragsrücknahme nicht weiter zu betreiben, greift weder in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG noch in jenen des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG ein. 54

Durch Art. 12 Abs. 1 GG wird die Berufsfreiheit geschützt. Die Tätigkeit des Vertragsarztes im Verhältnis zum außerhalb des System der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) praktizierenden Arztes hat das BVerfG nicht als eigenständigen Beruf gewertet, mithin nicht unmittelbar unter die strengen Voraussetzungen der Berufswahlfreiheit, sondern nur unter die minderen der Berufsausübungsfreiheit gestellt, wenngleich es die Messlatte dann letztlich doch entsprechend den strengeren Anforderungen gewählt hat, wie sie für die Berufswahlregelung bei objektiven Zulassungsvoraussetzungen gelten, weil die Auswirkungen im Ergebnis dieser Regelung nahekommen (vgl. BVerfG, Urteil vom 23.03.1960 - 1 BvR 216/51 - (Kassenarzt); s. auch Beschluss vom 09.05.1972 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 - (Facharzt); hierzu auch Frehse, in: Heidelberger Kommentar (HK-AKM), Stand 16.10.2015, Stichwort "Bedarfsplanung" Rdn. 338). 55

Der vorliegende Fall ist hiervon abzugrenzen. Im Bereich des Facharztwesens müssen zumindest die "statusbildenden" Formen, d.h. diejenigen Regeln, welche die Voraussetzungen der Facharztanerkennung, die zugelassenen Facharzttrichtungen, die Mindestdauer der Ausbildung, das Verfahren der Anerkennung, die Gründe für eine Zurücknahme der Anerkennung sowie die allgemeine Stellung der Fachärzte innerhalb des gesamten Gesundheitswesens betreffen, in den Grundzügen durch ein förmliches Gesetz festgelegt werden (BVerfG, Beschluss vom 09.05.1972 - 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 - (Facharzt)). Darum geht es nicht. Der Beschwerdeführer ist als Facharzt für Augenheilkunde tätig und bleibt dies auch. Er will sein augenärztliches Angebot lediglich ausweiten. Hieraus erhellt, dass die Auswirkungen der Entscheidung des Beschwerdegegners objektiven Zulassungsvoraussetzungen nicht näherungsweise vergleichbar ist. Im Ergebnis geht es letztlich (nur) um die Berufsausübungsfreiheit. 56

Anerkannt ist insofern, dass nicht nur die Gesundheitsvorsorge ein überragend wichtiges Gemeingut darstellt, sondern auch die Sicherung der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang enthält, der sich der Gesetzgeber nicht entziehen darf. Insoweit geht es im Rahmen des Art. 12 Abs. 1 GG letztlich um eine Zumutbarkeitskontrolle (Frehse, a.a.O., Stichwort "Bedarfsplanung" Rdn. 337 m.w.N. auf die Rechtsprechung des BVerfG). Ausgehend hiervon greifen die Regelung des § 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V und deren konkrete bescheidmäßige Umsetzung ersichtlich nicht in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit des Beschwerdeführers ein. Bezogen auf die normativen Grundlagen ist er außenstehender Dritter. Eine Kollisionslage kann erst dadurch entstehen, dass das Nachbesetzungsverfahren, an dem er als Bewerber beteiligt war, wegen Rücknahme des Antrags erledigt ist. Dahinstehen mag insofern, ob diese Entscheidung in den Schutzbereich des Art. 12 Abs. 1 GG eingreift, sie ist jedenfalls i.S.d. vom BVerfG entwickelten Stufentheorie (hierzu schon Urteil vom 11.06.1958 - 1 BvR 596/ 56 -; s. auch Mann, in: Sachs, GG, 7. Auflage, 2014, Art. 12 Rdn. 123 ff.; Frehse, a.a.O, Rdn. 334) unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und verletzt - einen Eingriff unterstellt - die Berufsausübungsfreiheit nicht. 57

Der Schutzbereich des Art. 14 Abs. 1 GG ist schon deswegen nicht betroffen, weil die Einstellung des Bewerbungsverfahrens keinen Bezug zur Praxis des Beschwerdeführers am 58

Ort seiner Niederlassung (Vertragsarztsitz) hat.

bb) Anordnungsanspruch	59
Nach derzeitiger Einschätzung der Sach- und Rechtslage wird die Hauptsache voraussichtlich keinen Erfolg haben.	60
(1) Ausgangspunkt für die Beurteilung der materiell-rechtlichen Rechtslage ist § 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V i.d.F. des Versorgungsstrukturgesetzes (VStG) vom 22.12.2011 (BGBl I 2983):	61
"Wenn die Zulassung eines Vertragsarztes in einem Planungsbereich, für den Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, durch Tod, Verzicht oder Entziehung endet und die Praxis von einem Nachfolger weitergeführt werden soll, entscheidet der Zulassungsausschuss auf Antrag des Vertragsarztes oder seiner zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben, ob ein Nachbesetzungsverfahren nach Absatz 4 für den Vertragsarztsitz durchgeführt werden soll."	62
Der Beigeladene zu 8) hat Anfang 2014 das Nachbesetzungsverfahren beantragt. Hierauf hat sich neben drei weiteren Ärzten auch der Beschwerdeführer beworben. Mit Schreiben vom 04.11.2014 hat der Beigeladene zu 8) ausweislich des Schreibens des Beschwerdegegners vom 06.11.2014 die Ausschreibung zurückgezogen. Das ist nach der Konzeption des § 103 Abs. 3a SGB V schwerlich möglich. Allenfalls kann der Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens, über den der Beschwerdegegner zu entscheiden hat (§ 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V), zurückgenommen werden. Welchen Inhalt das Schreiben des Beigeladenen zu 8) hat, ergibt sich nicht aus dem von der zu 7) beigeordneten KV übersandten "Verwaltungsvorgängen".	63
Der Senat hatte dem Beschwerdegegner mit Verfügung vom 18.06.2015 unter Hinweis auf § 104 Satz 5 und Satz 6 SGG aufgegeben, den Originalverwaltungsvorgang oder eine beglaubigte Abschrift vorzulegen. Das ist nicht geschehen. Stattdessen hat die Beigeladene zu 7) ein Konvolut an kopierten, nicht nummerierten / nicht foliierten Unterlagen vorgelegt, das unvollständig ist, denn das Schreiben vom 04.11.2014 ist hierin nicht enthalten. Derart rudimentäre und dann auch nur kopierte Unterlagen können grundsätzlich nicht Gegenstand der gerichtlichen Entscheidung sein. Es fehlt jede Gewähr dafür, dass sie vollständig sind. Vorliegend verzichtet der Senat aus Zeitgründen darauf, den Originalverwaltungsvorgang anzufordern oder (hilfsweise) den Vorsitzenden des beschwerdegegnerischen Zulassungsausschusses zu dessen Inhalt zu vernehmen. Der Senat weist aber vorsorglich darauf hin, dass das SG seine Entscheidung im Hauptsacheverfahren wird schwerlich auf das als "Verwaltungsvorgang" übersandte Konvolut an kopierten Unterlagen stützen können.	64
(2) Der Auffassung des Beschwerdeführers, dass das Nachbesetzungsverfahren nicht erledigt ist, vermag der Senat nicht zu folgen. Ihm ist zuzustimmen, wenn er darauf verweist, dass sich der noch in § 103 Abs. 4 Satz 1 SGB V a.F. vorgesehene Antrag auf Ausschreibung in § 103 SGB V i.d.F. des VStG nicht wiederfindet. Statt dessen ist dem Nachbesetzungsverfahren nunmehr ein Durchführungsverfahren vorgeschaltet. Liegt dem Zulassungsausschuss ein Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens vor, hat er zu prüfen, ob auf eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes aus Versorgungsgründen verzichtet werden kann. Ist das der Fall, kann er den Antrag ablehnen (§ 103 Abs. 3a Satz 3 SGB V). Entscheidet sich der Zulassungsausschuss für die Einleitung eines Nachbesetzungsverfahrens, so sind die frei werdenden Zulassungen nach § 103 Abs. 4 Satz 1 und Satz 2 SGB V von der KV auszuschreiben.	65

So ist verfahren worden. Der Beschwerdegegner hat mit Beschluss vom 23.04.2014 entschieden, dem Antrag des Beigeladenen zu 8) auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens im Umfang eines vollen Versorgungsauftrags stattzugeben. Die zu 7) beigeladene KV hat den Vertragsarztsitz im Rheinischen Ärzteblatt ausgeschrieben. Eine mündliche Verhandlung vor dem Beschwerdegegner soll am 20.08.2014 stattgefunden haben. Das als Verwaltungsvorgang überreichte Unterlagenkonvolut ist auch insoweit unvollständig. Ein Protokoll fehlt. Sodann hat der Beigeladenen zu 8) mit Schreiben vom 04.11.2014 seine Ausschreibung zurückgenommen.

66

Ein solcher Text mag im Einvernehmen mit den Beteiligten als Rücknahme des Antrags auf Durchführung des Nachbesetzungsverfahrens ausgelegt werden können. Der Auffassung des Beschwerdeführers, dass ein Antrag nach allgemeinem Verwaltungsverfahrenrecht allenfalls bis zur bestandskräftigen Bescheidung zurückgenommen werden kann, und hier nicht mehr zurückgenommen werden konnte, weil der Durchführungsbeschluss vom 23.04.2014 am 04.11.2014 bereits bestandskräftig war (vgl. auch Bundesverwaltungsgericht (BVerwG), Urteil vom 15.05.1997 - 2 C 3/96 -; Urteil vom 22.05.1974 - VIII C 70.73 -, wonach die Rücknahme eines bereits durch Widerspruchsbescheid zurückgewiesenen Widerspruchs wirkungslos ist), vermag der Senat für den vorliegenden Fall allerdings nicht zu folgen.

67

Der Wortlaut des § 103 SGB V a.F. enthielt keine Regelung, die dafür sprechen könnte, dass ein Ausschreibungsantrag zeitlich nur begrenzt zurückgenommen werden konnte. Die Zweckbestimmung des § 103 SGB V bestätigt dies (LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.08.2012 - L 7 KA 41/12 B ER - m.w.N. auf Flint, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 103 Rdn 40; Bäune/Meschke/Rothfuß, Ärzte-ZV, 2007, § 16b Rdn 73; Schallen, Ärzte-ZV, 7. Auflage, 2009, § 16b Rdn 118; a.A. SG Berlin 14.10.2008 - S 83 KA 543/08 ER, juris; SG Marburg 4.8.2010 - S 12 KA 646/10 ER; Pawlita, in: jurisPK-SGB V, § 103 Rdn 59). Einzuräumen ist, dass die Möglichkeit einer Antragsrücknahme noch nach der Wirksamkeit des Bescheides des Zulassungsausschusses über die Auswahl des Zulassungsnachfolgers bis zur Bestandskraft dieses Verwaltungsakts dazu führt, dass es der Praxisabgeber in der Hand hat, ihm nicht genehme Nachfolger zu verhindern, so auch die Bedenken des Beschwerdeführers. Diese Möglichkeit steht jedoch im Einklang mit der diesem Praxisabgeber nach Sinn und Zweck des § 103 SGB V eingeräumten Rechtsposition. Nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dient die Vorschrift dem Interesse des Inhabers der Vertragsarztpraxis an der angemessenen Verwertung seines Praxiseigentums (vgl. BT-Drucks. 12/3937, S. 7), während sie den Bewerber um eine Zulassung nur mittelbar begünstigt (Steiner, NZS 2011, 681, 682). Wegen dieses gesetzlich geschützten Interesses des Praxisabgebers darf dieser z.B. den Verzicht auf die Zulassung unter der Bedingung rechtskräftiger Nachbesetzung erklären (BSG, Urteil vom 14.12.2011 - B 6 KA 13/11 R -). Ein vom Zulassungsausschuss als Praxismachfolger bestimmter Bewerber hat zudem zunächst schon deshalb noch keine gefestigte Rechtsposition, weil er mit der Zulassung nicht automatisch Inhaber der Praxis wird, vielmehr zusätzlich der Abschluss eines privatrechtlichen Kaufvertrags mit dem ausscheidenden Arzt oder Psychotherapeuten bzw. dessen Erben erforderlich ist (BSG, Urteil vom 14.12.2011 - B 6 KA 39/11 R -), ohne dass insoweit ein Kontrahierungszwang bestünde. Aus diesen Gründen kommt keine Ausnahme von dem Grundsatz in Betracht, dass ein Nachbesetzungsantrag noch bis zum Eintritt der Bestandskraft des diesem stattgebenden Verwaltungsakts zurückgenommen werden kann (so zutreffend auch LSG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 30.08.2012 - L 7 KA 41/12 B ER -).

68

Diese Rechtslage greift auch unter Geltung des § 103 SGB V i.d.F. des VStG. Auf den Durchführungsbeschluss vom 04.11.2014 ist der fragliche Vertragsarztsitz zwar ausgeschrieben worden. Ein Beschluss über die Zulassung eines Bewerbers ist jedoch nicht

69

ergangen. Der Beschwerdegegner hat das Nachbesetzungsverfahren auf die Antragsrücknahme vom 04.11.2014 abgebrochen. Dem Beschwerdeführer ist zuzugestehen, dass § 103 Abs. 3a SGB V zur Annahme verleiten könnte, ein Nachbesetzungsverfahren könne nicht mehr eingestellt werden, wenn dem ein bestandskräftiger Durchführungsbeschluss zugrunde liegt. Indessen vermittelt das Durchführungsverfahren keinen Drittschutz. Das folgt aus dem Wortlaut des § 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V, der mit der Wendung "ob ein Nachbesetzungsverfahren (...) durchgeführt werden soll", die alleinige Zielrichtung der Prüfung deutlich macht. Ein wie auch immer gearteter Drittschutz ist hiermit nicht verbunden. Die Gesetzesbegründung bestätigt diese Einschätzung. Ausweislich der auf Empfehlung des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten und in dieser Form Gesetz gewordenen Neuregelung (BT-Drucks. 17/8005, S. 112) wird bezweckt:

"Mit dem neuen Absatz 3a erhält der Zulassungsausschuss die Aufgabe, im Vorfeld des nach geltendem Recht vorgesehenen Verfahrens zur Nachbesetzung eines Vertragsarztsitzes in einem Planungsbereich, in dem wegen Überversorgung Zulassungsbeschränkungen angeordnet sind, über die Frage zu entscheiden, ob ein Nachbesetzungsverfahren überhaupt erfolgen soll. (...) Ziel auch des nunmehr vorgesehenen Verfahrens ist es, in gesperrten Planungsbereichen Überversorgung abzubauen und dadurch langfristig eine ausgewogenere räumliche Verteilung von Vertragsärztinnen und Vertragsärzten zu erreichen und die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung zu sichern. Die Neuregelung ergänzt die in § 105 Absatz 3 vorgesehene Möglichkeit, den freiwilligen Verzicht einer Vertragsärztin oder eines Vertragsarztes auf ihre oder seine Zulassung finanziell zu fördern. (...) Liegt dem Zulassungsausschuss ein Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens vor, hat er zu prüfen, ob auf eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes aus Versorgungsgründen verzichtet werden kann. Ist eine Nachbesetzung des Vertragsarztsitzes aus Versorgungsgründen nicht erforderlich, kann er den Antrag auf Durchführung eines Nachbesetzungsverfahrens ablehnen. Im Rahmen seiner Prüfung hat der Zulassungsausschuss auch wirtschaftliche Gesichtspunkte zu berücksichtigen. (...) Hat der Zulassungsausschuss den Antrag abgelehnt, hat die Kassenärztliche Vereinigung der Vertragsärztin bzw. dem Vertragsarzt oder den zur Verfügung über die Praxis berechtigten Erben eine Entschädigung zu zahlen."

Dem ist mit der gebotenen Deutlichkeit zu entnehmen, dass es dem Durchführungsverfahren allein um Versorgungsgesichtspunkte geht; es entfaltet keinerlei Schutzwirkung zugunsten Dritter.

(3) Selbst wenn der Beigeladene zu 8) seinen Antrag wegen des bestandskräftigen Durchführungsverfahrens nicht mehr zurücknehmen konnte, bleibt es ihm unbenommen, auf seinen Vertragsarztsitz zu verzichten. Antragsrücknahme und Verzicht sind in ihrer rechtlichen Qualität voneinander zu trennen. Die Rücknahme betrifft die formelle Rechtslage. Die (wirksame) Antragsrücknahme erledigt das hierdurch eingeleitete Verwaltungsverfahren. Die Rücknahme des Widerspruchs führt dazu, dass der angegriffene Bescheid bestandskräftig wird. Demgegenüber hat der Verzicht eine materiell-rechtliche Funktion: Der Verzichtende verliert sein Recht. Die vertragsärztliche Zulassung endet u.a. durch wirksamen Verzicht (§ 95 Abs. 7 Satz 1 SGB V) und zwar unmittelbar und ohne, dass es eines Verwaltungsaktes bedürfte.

Der Beigeladene zu 8) hat auf seine Zulassung zugunsten einer Anstellung in einem MVZ verzichtet. Nach Wortlaut und Sinn und Zweck der Regelung des § 103a Abs. 1 Satz 1 SGB V ist Voraussetzung für die Ausschreibung, dass der Vertragsarzt einen Vertragsarztsitz

innehat, auf den er u. a. verzichtet. Der Verzicht hat grundsätzlich das Ende der Zulassung (§ 95 Abs. 7 Satz 1 SGB V) mit der Maßgabe zur Folge, dass der Vertragsarztsitz ausgeschrieben werden kann (§ 103 Abs. 3a Satz 1 SGB V), es sei denn, der Verzicht erfolgt zu dem Zweck, dass der Vertragsarzt in einem MVZ tätig werden will (§ 103 Abs. 4a Satz 1 SGB V). Letzteres führt dazu, dass der Zulassungsausschuss die Anstellung des Vertragsarztes zu genehmigen hat, wenn Gründe der vertragsärztlichen Versorgung dem nicht entgegenstehen. Gemäß § 103 Abs. 4a Satz 1 Halbs. 2 SGB V ist eine Fortführung der Praxis nach Abs. 4 bzw. eine Ausschreibung dann nicht möglich.

Da der Beigeladene zu 8) auf seinen Vertragsarztsitz verzichtet hat, fehlt es an einem Substrat, das Grundlage des Nachbesetzungsverfahrens sein könnte. Er will seinen Vertragsarztsitz in ein MVZ einbringen und dort angestellt werden. Der Zulassungsverzicht ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die mit ihrem Zugang bindend wird. Ein Arzt kann sich grundsätzlich nicht mehr von ihr lösen (LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 16.06.2015 - L 4 KA 36/13 -). Mit seinem Verzicht auf den Vertragsarztsitz verfügt der Beigeladene zu 8) über keine Zulassung mehr, die Gegenstand eines Nachbesetzungsverfahrens sein und gemäß § 103 Abs. 4 SGB V ausgeschrieben werden könnte (vgl. auch LSG Schleswig-Holstein, Urteil vom 16.06.2015 - L 4 KA 36/13 -). Das Nachbesetzungsverfahren hat sich entsprechend § 39 Abs. 2 SGB X, § 131 Abs. 1 Satz 2 SGG erledigt. 74

Der bestandskräftige Durchführungsbeschluss vermag hieran nichts zu ändern. Auch dieser hat sich erledigt. Es gibt nichts mehr, was "durchgeführt" werden könnte. Der Durchführungsbeschluss ist zu einer leeren Hülse mutiert und hat sich als Verwaltungsakt auf andere Weise erledigt (§ 39 Abs. 2 SGB X). Eine Erledigung auf andere Weise liegt vor, wenn durch eine Änderung der Sach- oder Rechtslage das Regelungsobjekt des Verwaltungsaktes entfällt (BSG, Urteil v. 11.07.2000 - B 1 KR 14/99 R -). Darunter fallen insbesondere Sachverhalte, bei denen für die getroffene Regelung nach der eingetretenen Änderung kein Anwendungsbereich mehr verbleibt bzw. bei denen der geregelte Tatbestand selbst entfällt. Für die Gegenstandslosigkeit des Verwaltungsaktes bei nachträglicher Änderung der Sach- oder Rechtslage ist maßgeblich, ob er auch für den Fall geänderter Umstände Geltung beansprucht oder nicht (BSG, Urteil vom 06.09.2006 - B 6 KA 43/05 R -). 75

So liegt es hier. Infolge des Verzichts auf die vertragsärztliche Zulassung, ist der Beigeladene zu 8) nicht mehr Inhaber seines vormaligen Vertragsarztsitzes (§ 24 Abs. 1 Ärzte-ZV). Gegenstand des Nachbesetzungsverfahrens ist der Vertragsarztsitz (§ 103 Abs. 3a Satz 3 SGB V). Erst die Zulassung generiert den Vertragsarztsitz, was § 24 Abs. 1 Ärzte-ZV mit den Worten "Die Zulassung erfolgt für den Ort der Zulassung (Vertragsarztsitz)" deutlich macht; verkürzt also: Ohne Zulassung kein Vertragsarztsitz. Infolgedessen hat der Beschwerdegegner das Verfahren zu Recht eingestellt. 76

(4) Zwar sind offensive Konkurrentenklagen des übergangenen Zulassungsbewerbers strukturell in mancher Hinsicht den beamtenrechtlichem Konkurrentenstreitverfahren vergleichbar (BSG, Urteil vom 05.11.2003 - B 6 KA 11/03 R -). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers sind die für einen Bewerbungsverfahrensanspruch nach allgemeinem Verwaltungsrecht maßgebenden Grundsätze auf die vorliegende Fallkonstellation dennoch nicht übertragbar. 77

Der aus Art. 33 Abs. 2 GG folgende Bewerbungsverfahrensanspruch gibt Bewerbern um ein öffentliches Amt ein grundrechtsgleiches Recht auf leistungsgerechte Einbeziehung in die Bewerberauswahl. Die Bewerbung darf nur aus Gründen abgelehnt werden, die durch Art. 33 Abs. 2 GG gedeckt sind (BVerwG, Urteile vom 29.11.2012 - 2 C 6/11 - und 17.08.2005 - 2 C 78

37.04 -). Der Bewerbungsverfahrensanspruch ist auf ein konkretes Stellenbesetzungsverfahren für die Vergabe eines bestimmten höheren Statusamtes gerichtet, das möglichst zeitnah nach der Auswahlentscheidung durch Beförderung des ausgewählten Bewerbers besetzt werden soll. Aus dieser Verfahrensabhängigkeit folgt, dass der Anspruch erlischt, wenn das Verfahren beendet wird. Dies kann zum einen durch die Ernennung des ausgewählten Bewerbers geschehen. Diese beendet das Stellenbesetzungsverfahren unwiderruflich, wenn sie Ämterstabilität genießt, das heißt nicht mehr von erfolglosen Bewerbern im Rechtsweg beseitigt werden kann (BVerwG, Urteil vom 04.11.2010 - 2 C 16.09 -). Der Bewerbungsverfahrensanspruch kann zum anderen dadurch erlöschen, dass das Stellenbesetzungsverfahren ohne Ergebnis, d.h. ohne Ernennung eines Bewerbers abgebrochen wird. Wie eine Ernennung zieht auch ein Abbruch diese Rechtsfolge nur dann nach sich, wenn er rechtsbeständig ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 28.11.2011 - 2 BvR 1181/11 -; BVerwG, Urteile vom 29.11.2012 - 2 C 6/11 -, 26.01.2012 - 2 A 7.09 -, 22.07.1999 - 2 C 14.98 -). Ist der Bewerbungsverfahrensanspruch durch eine rechtsbeständige Ernennung oder durch einen gerechtfertigten Abbruch erloschen, kann ein Bewerber nicht mehr verlangen, auf die ausgeschriebene Stelle befördert zu werden. Deshalb fordert in beiden Fällen das Gebot effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG), dass der Bewerber die Möglichkeit erhält, im Wege vorläufigen Rechtsschutzes das Erlöschen des Bewerbungsverfahrensanspruches zu verhindern (vgl. BVerwG, Urteil vom 4.11.2010, a.a.O.). Ein unterlegener Bewerber kann daher die Nachprüfung der Auswahlentscheidung vor der endgültigen Besetzung der Stelle im einstweiligen Anordnungsverfahren nach § 123 VwGO herbeiführen; der Dienstherr ist bis zum Abschluss des gerichtlichen Eilverfahrens gehindert, den ausgewählten Bewerber zu ernennen (BVerwG, Urteil vom 4.11.2010, a.a.O.).

Diese Rechtslage ist nicht übertragbar. Der sog. Dienstherr hat die rechtliche Befugnis, die ausgeschriebene Stelle nach Maßgabe vorbefindlicher Kriterien zu besetzen. Hierzu führt er das Bewerbungsverfahren durch; gleichzeitig kann er im Rahmen haushaltsrechtlicher Vorgaben über die Stelle verfügen. Demgegenüber betreibt ein Zulassungsausschuss das Nachbesetzungsverfahren, ohne irgendeine rechtliche Zugriffsmöglichkeit auf den ausgeschriebenen Vertragsarztsitz zu haben. Dessen Inhaber bleibt zunächst der das Nachbesetzungsverfahren initiiierende Vertragsarzt. 79

Beim Abbruch eines Stellenbesetzungsverfahrens kann jeder Bewerber eine einstweilige Anordnung nach § 123 VwGO mit dem Ziel anstreben, den sog. Dienstherrn zur Fortführung zu verpflichten. Das Substrat, die Stelle, ist vorhanden und der sog. Dienstherr kann hierüber verfügen. Anders verhält es sich im Nachbesetzungsverfahren. Verzichtet der das Verfahren beantragende Vertragsarzt auf die Zulassung, entfällt das Substrat, der Vertragsarztsitz. Im Gegensatz zum beamtenrechtlichen Stellenbesetzungsverfahren kann der Zulassungsausschuss zu einer Fortführung nicht verpflichtet werden, weil es nichts mehr gibt, was Gegenstand weiterer Verwaltungsaktivitäten sein könnte. Das Verfahren erledigt sich. 80

Eine vergleichbare Situation würde im beamtenrechtlichen Stellenbesetzungsverfahren dann eintreten, wenn der das Verfahren betreibende Dienstherr die Herrschaft über die fragliche Stelle deswegen verlöre, weil der Haushaltsgesetzgeber sie streicht. Der Bewerbungsverfahrensanspruch kann schwerlich dazu führen, dass der sog. Dienstherr dazu verpflichtet wird, eine nicht mehr existierende Stelle zu besetzen. 81

(5) Dieses Ergebnis wird durch nachfolgende Erwägungen gestützt: Im Unterschied zum beamtenrechtlichen Konkurrentenstreit um eine Ernennung oder Beförderung besteht im Rahmen des § 103 Abs. 4 Satz 3 SGB V kein Anspruch auf Neubescheidung des zunächst 82

unterlegenen Bewerbers, wenn sich das Auswahlverfahren durch Verzicht des ausgewählten Amtes erledigt hat. Das beruht darauf, dass dem zunächst unterlegenen Bewerber kein sicherungsfähiger Rechtsanspruch hinsichtlich des frei gewordenen Vertragsarztsitzes zukommt. Im Beamtenrecht ergibt sich ein solcher Anspruch hingegen aus Art. 33 Abs. 2 GG, der jedem Deutschen ein Recht auf gleichen Zugang zu jedem öffentlichen Amt nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung gewährt. Eine vergleichbare Rechtsposition besteht im vertragsärztlichen Nachbesetzungsverfahren nicht. Nach der Konzeption des Gesetzes ist die Nachbesetzung von Vertragsarztsitzen in überversorgten Planungsbereichen unerwünscht (BSG, Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -). Der Gesetzgeber hat die Fortschreibung der Überversorgung nur in Kauf genommen, weil andernfalls ein ausscheidender Vertragsarzt bzw. seine Erben keine Möglichkeit hätten, die Praxis zu verwerten. Ein rechtlich geschütztes Interesse eines Bewerbers um einen frei werdenden Vertragsarztsitz in einem überversorgten Gebiet kann es deshalb nur nach Maßgabe des Gleichbehandlungsgebotes i.S.d. Art 3 Abs. 1 GG geben. Dieses Interesse ist nur insoweit geschützt, als der einzelne Bewerber bei einer tatsächlich erfolgenden Nachbesetzung nicht unter Verstoß gegen die in § 103 Abs. 4 SGB V genannten Kriterien übergangen werden darf. Ein Anspruch auf Ausschreibung des Sitzes steht ihm nicht zu (BSG, Urteil vom 29.09.1999 - B 6 KA 1/99 R -); er kann die Rücknahme des Ausschreibungsantrages der Berechtigten nicht verhindern.

Auch aus dieser normativen Ausgestaltung des Nachbesetzungsverfahrens ist abzuleiten, dass dieses beendet ist, wenn der zugelassene Arzt vor Aufnahme seiner Tätigkeit i.S.d. § 19 Abs. 3 Ärzte-ZV auf seine Zulassung verzichtet (so BSG, Urteil vom 05.11.2003 - B 6 KA 11/03 R -). 83

Aus alledem folgt, dass der Zulassungsverzicht das Nachbesetzungsverfahren erledigt hat. 84

(6) Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers greift dieses Prozedere nicht in den Schutzbereich des Art. 3 Abs. 1 GG ein. Es fehlt jeglicher Ansatzpunkt für eine Ungleichbehandlung. Alle Bewerber müssen sich dieser Rechtslage unterwerfen. Gleiches wird gleichbehandelt. 85

Die Beschwerde konnte demnach keinen Erfolg haben. 86

III. 87

1. 88

Nach §§ 53 Abs. 3 Nr. 4, 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) in der Fassung des Kostenmodernisierungsgesetzes vom 05.05.2004 (BGBl I 718) bestimmt sich die Höhe des Streitwertes nach der sich aus dem Antrag des Klägers ergebenden Bedeutung der Streitsache. Maßgebend ist grundsätzlich dessen wirtschaftliches Interesse am Ausgang des Verfahrens (vgl. Senat, Beschluss vom 21.05.2010 - L 11 B 15/09 KA ER -; Beschluss vom 15.06.2009 - L 11 B 2/09 KA ER -). Das wirtschaftliche Interesse ist nicht bestimmbar. Eine Streitwertfestsetzung nach § 52 Abs. 1 GKG scheidet damit aus. Der Streitwert ist daher nach § 53 Nr. 4 i.V.m. § 52 Abs. 2 GKG zu bemessen. Es ist auf den Auffangstreitwert zurückzugreifen (§ 52 Abs. 2 GKG). Da der Beschwerdeführer die Nachfolgezulassung nicht aus einer altruistischen Motivation, sondern deswegen begehrt, weil er seine ökonomische Situation optimieren will, ist der Auffangstreitwert von 5.000,00 EUR ersichtlich unzutreffend und daher angemessen wie folgt zu erhöhen: 89

In Anlehnung an die Streitwertfestsetzung in Zulassungsangelegenheiten bemisst der Senat den Streitwert in Verfahren auf Zweigpraxisgenehmigung in der Hauptsache grundsätzlich auf 5.000,00 EUR x 12 Quartale = 60.000,00 EUR. In Verfahren auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes ist sodann wegen Art. 19 Abs. 4 GG ein Abschlag zu machen (hierzu Beschlüsse vom 12.08.2009 - L 11 KA 102/08 ER - und 15.06.2009 - L 11 B 2/09 KA ER -), denn:

"Soweit es ein Hauptsacheverfahren auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung anlangt, ist nach der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht mehr von einem Fünf-Jahres-Zeitraum sondern nur noch von einem Drei-Jahres-Zeitraum auszugehen (BSG, Beschluss vom 12.10.2005 - B 6 KA 47/04 B -; Urteil vom 01.09.2005 - B 6 KA 41/04 R -). Geht es - wie hier - um einstweiligen Rechtsschutz in Zulassungssachen, wird teilweise die Auffassung vertreten, dass von dem fiktiven Wert des solchermaßen in zeitlicher Hinsicht fixierten Hauptsacheverfahrens ein Abschlag vorzunehmen ist (vgl. SG Dresden, Beschluss vom 15.07.2004 - S 11 KA 279/04 ER -; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 19.11.2003 - L 11 B 28/00 KA -; LSG Thüringen, Beschluss vom 12.03.2004 - L 4 B 15/01 KA -). Der Senat folgt dem nicht. Für die Wertberechnung ist vielmehr ein (fiktives) Hauptsacheverfahren zu Grunde zu legen. Insoweit ist die Länge des Zeitraums zu schätzen, die bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens typischerweise zu erwarten ist (LSG Bayern, Beschlüsse vom 09.12.2004 - L 12 B 202/04 KA - und vom 25.04.2005 - L 12 B 203/04 KA -: zwei Jahre). Ein Abschlag wegen des besonderen Charakters des einstweiligen Rechtsschutzes kommt nicht in Betracht. Dies beruht darauf, dass der vorläufig zugelassene Arzt und der Arzt, der wegen der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsmittels gegen die Zulassungsentziehung weiter vertragsärztlich tätig sein darf, unter dem Gesichtspunkt der Vergütung ihrer Leistungen keinen anderen Status als ´regulär´ zugelassene Ärzte haben (vgl. Wenner/Bernard, NZS 2006, 1, 4). Dieser Ansatz würde dazu führen, dass das wirtschaftliche Interesse des antragstellenden Arztes an einer einstweiligen Regelung seinem wirtschaftlichen Interesse an einem Obsiegen im Hauptsacheverfahren deckungsgleich ist. Da für ein solches Hauptsacheverfahren - typisierend - grundsätzlich ein Zeitraum von drei Jahren anzusetzen ist (vgl. oben), müsste auch der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu berücksichtigende Zeitfaktor auf drei Jahre bemessen werden. Das damit verbundene Kostenrisiko erachtet der Senat wegen Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) als nicht mehr vertretbar (vgl. BVerfG NJW 1997, 311). Aus diesem Grunde kann in einstweiligen Rechtsschutzverfahren (einschließlich eines etwaigen Beschwerdeverfahrens) grundsätzlich ein Zeitraum von (insgesamt) zwei Jahren angesetzt werden. Anderes mag dann gelten, wenn eine befristete Teilnahmeform im Streit steht (vgl. Senatsbeschlüsse vom 19.05.2009 - L 11 B 10/09 KA ER - und 27.05.2009 - L 11 KA 2/09 ER -). Darum geht es hier indessen nicht. Zeitlicher Bemessungsfaktor für den Streitwert ist mithin ´ein Jahr´."

91

Diese Grundsätze sind auf vorliegende Gestaltung übertragbar. Angesichts eines zeitlichen Bemessungsfaktors von einem Jahr ergibt sich mithin ein Streitwert von 20.000,00 EUR für das Beschwerdeverfahren.

92

2.

93

a) Die Kostenentscheidung betreffend das Beschwerdeverfahren beruht auf § 197a Abs. 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 VwGO.

94

b) Soweit der Beschwerdeführer die Kostenentscheidung des SG angreift, weil ihm die Kosten des Verfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen zu 8) auferlegt worden sind, ist eine Abänderung nicht angezeigt.

95

Als Rechtsgrundlage für diese Entscheidung hat das SG die §§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 3 VwGO benannt. Nach § 162 Abs. 3 VwGO sind die außergerichtlichen Kosten eines Beigeladenen nur dann erstattungsfähig, wenn sie das Gericht aus Billigkeit der unterliegenden Partei oder der Staatskasse auferlegt. Das ist infolge des sozialgerichtlichen Ausspruchs geschehen. Zu klären ist daher allein, ob dies "billig" war. 96

Eine solche Kostenentscheidung entspricht "idR nur dann der Billigkeit, wenn der Beigeladene erfolgreich Anträge gestellt oder Rechtsmittel eingelegt hat, das er mit der Antragstellung das Risiko eigener Kostenpflicht nach § 154 Abs. 3 VwGO übernommen hat, oder wenn der Beigeladene das Verfahren sonst wesentlich gefördert hat" (W.-R. Schenke, in: Kopp/Schenke, VwGO, 21. Auflage, 2015, § 162 Rdn. 23; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, a.a.O., § 163 Rdn. 15). Einen Antrag hat der Beigeladene zu 8) nicht gestellt. Ob er das Verfahren wesentlich gefördert hat und deswegen aus Gründen der Billigkeit die Kosten zu erstatten sind, ist eine zuvörderst vom SG zu beantwortende Frage. Lediglich wenn die Entscheidung des SG nicht mehr vertretbar ist, würde der Senat in den weiten, dem SG zukommenden Beurteilungsspielraum ("Billigkeit") eingreifen. 97

Diese Voraussetzung ist nicht erfüllt. Der Beigeladene zu 8) hat sich über seine Bevollmächtigten lediglich einmal, nämlich mit Schriftsatz vom 17.04.2015 in das Verfahren eingebracht. Der Schriftsatz hat einem Umfang von drei Seiten, davon knapp zwei Seiten Fließtext. Die wesentlichen Rechtsprobleme sind benannt, wenngleich nicht vertieft worden (Antragsbefugnis, Zweck des Nachbesetzungsverfahrens unter Hinweis auf einschlägige Judikate, keine Drittwirkung, Neuregelung). All das ist knapp angerissen und hätte den Senat (wohl) nicht dazu bewogen, eine wesentliche Förderung des Verfahrens zu bejahen. Andererseits erachtet der Senat die abweichende Einschätzung des SG als (noch) vertretbar. Die Entscheidung war daher nicht abzuändern. 98

c) Soweit der Beschwerdeführer die Kostenentscheidung des SG angreift, weil der Beschwerdegegner die Erklärung vom 20.04.2015 zu einem früheren Zeitpunkt hätte abgeben und dann auf das einstweilige Rechtsschutzverfahren verzichtet werden können, trägt das nicht. Der Vortrag ist nicht schlüssig. Zentrales Element des Vorbringens zum Anordnungsgrund ist, dass die Erklärung vom 20.04.2014 nicht ausreicht, um einem drohenden Rechtsverlust vorzubeugen; das sei nur möglich, wenn der Beschwerdegegner antragsgemäß verpflichtet werde. Ausgehend von dieser Rechtsauffassung hätte der Beschwerdeführer auch dann um einstweiligen Rechtsschutz nachsuchen müssen, wenn der Beschwerdegegner die Erklärung vom 20.04.2015 früher abgegeben hätte. Dennoch hätte der Beschwerdeführer um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht, da diese Erklärung aus seiner Sicht unzureichend war. Im Übrigen ist die Erklärung vom 20.04.2015 nur knapp 1 ½ Monate nach Anhängigmachung des Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz abgegeben worden. Das war unverzüglich (§ 121 BGB) und stellt den Beschwerdegegner schon deswegen von Kosten frei (hierzu Straßfeld, in: Jansen, a.a.O., § 193 Rdn. 12). Schlussendlich ist die Argumentation des Beschwerdeführers ambivalent. So wie er dem Beschwerdegegner vorhält, dieser hätte die Erklärung vom 20.04.2015 früher abgeben müssen, kann dem Beschwerdeführer vorgehalten werden, sich nicht vorgerichtlich um eine solche Erklärung bemüht zu haben. 99

3. 100

Diese Entscheidung ist mit der Beschwerde nicht anfechtbar (§ 177 SGG). 101
