



# SÄCHSISCHES LANDESSOZIALGERICHT

## BESCHLUSS

In dem Beschwerdeverfahren

.....,  
.....,

- Antragsteller und Beschwerdegegner -

Prozessbevollmächtigter: .....,  
.....,

g e g e n

1. Freistaat Sachsen, vertreten durch das Sächsische Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz, Albertstraße 10, 01097 Dresden,

- Antragsgegner und Beschwerdeführer -

2. Klinikum C. ....,  
.....,

- Beigeladene zu 1. und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigter: (zu 2) .....,  
.....,

mit den weiteren Beigeladenen:

2. ....,  
.....,

3. ....,  
.....,

- 4. ....  
.....,
- 5. ....  
.....,
- 6. ....  
.....,

7. Kassenärztliche Vereinigung Sachsen, vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes, Schützenhöhe 12, 01099 Dresden,

hat der 1. Senat des Sächsischen Landessozialgerichts am 03. Juni 2010 in Chemnitz durch den Vizepräsidenten des Landessozialgerichts Dr. Estelmann, den Richter am Landessozialgericht Dr. Wahl und den Richter am Landessozialgericht Dr. Kasten ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

- I. Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1 gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 29. September 2009 werden zurückgewiesen.
- II. Antragsgegner und Beigeladene zu 1 tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens je zur Hälfte. Außergerichtliche Kosten der übrigen Beigeladenen sind nicht zu erstatten.
- III. Der Streitwert für das Beschwerdeverfahren wird auf 15.000,00 € festgesetzt.

**Gründe:**

**I.**

Im Streit steht die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen einen Bescheid zur Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung onkologischer Erkrankungen.

Der Antragsteller ist Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe mit Schwerpunkt „Gynäkologische Onkologie“. Er nimmt seit 01.07.2005 in C. an der vertragsärztlichen Versorgung teil und ist „onkologisch verantwortlicher Arzt“ nach der Vereinbarung über die qualifizierte ambulante Versorgung krebskranker Patienten (Onkologie-Vereinbarung) zwischen der zu 7 beigeladenen Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV) und den Landesverbänden der Krankenkassen sowie dem Verband der Ersatzkassen. Die Beigeladene zu 1 ist

Träger eines in den Krankenhausplan des Antragsgegners aufgenommenen Krankenhauses der Schwerpunktversorgung in C. . Zugleich betreibt die Beigeladene zu 1 über eine Tochtergesellschaft in C. zwei Medizinische Versorgungszentren (MVZ) mit jeweils einer gynäkologisch-onkologischen Schwerpunktpraxis.

Die Beigeladene zu 1 beantragte beim Antragsgegner unter Hinweis auf die „Unterversorgung im vertragsärztlichen Bereich“ mit Schreiben vom 04.09.2007 die Bestimmung zur ambulanten Behandlung von gynäkologischen Tumoren und mit Schreiben vom 28.07.2008 die Bestimmung zur ambulanten Behandlung von gastrointestinalen Tumoren und von Tumoren der Bauchhöhle. Die zu 7 beigeladene KÄV nahm unter dem 31.07.2008 zur vertragsärztlichen Versorgungssituation bei gynäkologischen Tumoren in C. und Umgebung Stellung. Der Krankenhausplanungsausschuss beriet am 18.11.2008 über den Antrag. Das Tumorzentrum C. teilte dem Antragsgegner mit Schreiben vom 12.12.2008 die in seinem klinischen Krebsregister erfassten Fallzahlen aus dem Krankenhaus der Beigeladenen zu 1 mit. Zum Verwaltungsverfahren wurden der Antragsteller sowie die zu 2 beigeladene Ärztin, die zu 3, 4 und 6 beigeladenen Gemeinschaftspraxen und das zu 5 beigeladene MVZ hinzugezogen; der Antragsteller und die Beigeladenen zu 2 und 3 durch Schreiben des Antragsgegners vom 14.01.2009, die Beigeladenen zu 4 bis 6 durch Aufnahme in die Adressatenliste des streitgegenständlichen Bescheides; die Beteiligung der Landesverbände der Krankenkassen und des Verbandes der Ersatzkassen wurde dagegen abgelehnt (Schreiben vom 09.03.2009). Der Krankenhausplanungsausschuss beschloss am 15.01.2009 mit 8 zu 6 Stimmen, dem Antrag der Beigeladenen zu 1 stattzugeben. Mit Bescheid vom 20.01.2009 bestimmte der Antragsgegner das Krankenhaus der Beigeladenen zu 1 ab dem 01.02.2009 zur ambulanten Behandlung von Patienten mit gastrointestinalen Tumoren und von Tumoren der Bauchhöhle (ICD-10-GM: C 15, C 16, C 18, C 20, C 21, C 25) sowie mit gynäkologischen Tumoren (ICD-10-GM: C 50 bis C 58, D 05.1) einschließlich bestimmter weiterer primärer und sekundärer bösartiger Neubildungen (ICD-10-GM: C45.7, C45.9, C47.0, C47.5, C47.6, C47.8, C47.9, C49.5, C49.6, C49.8, C49.9, C75.5, C75.8, C75.9, C76.3, C76.7, C76.8, C77-C80). Dem Antrag sei im Rahmen des auszuübenden Ermessens zu entsprechen. Es lägen keine Anhaltspunkte vor, dass das Krankenhaus der Beigeladenen zu 1 für die bestimmten Behandlungen nicht geeignet sei. Es erfülle die Anforderungen der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Ambu-

lante Behandlung im Krankenhaus nach § 116b Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V). Insbesondere seien nach den Angaben des Tumorzentrums C. im Jahr 2007 die Mindestzahlen bei den beantragten Tumorgruppen deutlich überschritten. Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei berücksichtigt worden. Da nach dem Willen des Gesetzgebers keine Bedarfsprüfung erfolge, stelle der Einwand der zu 7 beigeladenen KÄV, die ambulante Versorgung der Patienten sei durch die niedergelassenen Ärzte gewährleistet, keinen Ausschlussgrund dar. Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten sei in der Sitzung des Krankenhausplanungsausschusses am 15.01.2009 angestrebt worden. Nach Abwägung der öffentlichen und privaten Belange sei dem Antrag zu entsprechen gewesen. Ausführungen zu dieser Abwägung fehlen im Bescheid.

Gegen diesen Bescheid hat der Antragsteller am 20.02.2009, beschränkt auf die Bestimmung zur ambulanten Behandlung von gynäkologischen Tumoren, beim Sozialgericht (SG) Chemnitz Klage erhoben (S 10 KR 107/09), das mit Beschluss vom 24.02.2009 die Beigeladene zu 1 zum Hauptsacheverfahren beigeladen hat.

Die Beigeladene zu 1 hat am 24.04.2009 beim SG Chemnitz (S 10 KR 208/09 ER) und am 05.05.2009 beim Antragsgegner die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit beantragt. Dieses Eilverfahren ist durch übereinstimmende Erledigungserklärungen beendet worden, nachdem der Antragsgegner mit Schreiben vom 14.05.2009 die sofortige Vollziehbarkeit seines Bescheides vom 20.01.2009 angeordnet hatte. Der Antragsgegner hat ausgeführt: Die sofortige Vollziehbarkeit liege im überwiegenden öffentlichen Interesse und auch im überwiegenden Interesse der Beigeladenen zu 1. Die vom Antragsteller gegen den Bescheid vom 20.01.2009 erhobene Klage habe keine Aussicht auf Erfolg. Sie sei bereits unzulässig. Es mangle an der Klagebefugnis. Bei der Bestimmung eines Krankenhauses nach § 116b Abs. 2 SGB V habe der Gesetzgeber auf eine Bedarfsprüfung und damit auf jegliche staatliche Planung verzichtet. Daher entfalte § 116b Abs. 2 SGB V keine dritt-schützende Wirkung für konkurrierende Vertragsärzte. Die Klage sei aber auch unbegründet. Es lägen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass das Krankenhaus der Beigeladenen zu 1 nicht geeignet sei. Dabei komme es nicht auf die für den vertragsärztlichen Bereich geschlossene Onkologie-Vereinbarung an. Bei der Berücksichtigung der vertragsärztlichen

Situation habe keine Bindung an die Stellungnahme der zu 7 beigeordneten KÄV bestanden. „Berücksichtigen“ bedeute im Gegensatz zu „beachten“, dass Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssten und eine sachliche Auseinandersetzung mit ihnen stattzufinden habe, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden könne. Eine Zulassung nach § 116b Abs. 2 SGB V komme selbst bei einem ausreichenden vertragsärztlichen Versorgungsangebot in Betracht. Erst dadurch werde der vom Gesetzgeber intendierte Wettbewerb zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten ermöglicht. Bei der Interessenabwägung seien die vom Gesetzgeber verfolgte Ziele – Erfahrung und Routine im Krankenhausbereich, Kompetenzbündelung und Sicherheit in der Versorgung – zu berücksichtigen (Hinweis auf SG Schwerin, Beschluss vom 10.02.2009 – S 3 ER 367/08 KA). Zudem drohten der Beigeladenen zu 1 nach ihrem plausiblen Vortrag ohne sofortige Vollziehbarkeit siebenstellige Einkommenseinbußen. Dagegen träten durch die Vollziehbarkeitsanordnung keine irreparablen Folgen ein, selbst wenn die Klage Erfolg hätte. Etwaige – bisher nicht bezifferte – finanzielle Risiken der Vertragsärzte hätten zurückzustehen.

Am 17.06.2009 hat der Antragsteller beim SG Chemnitz die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage beantragt (S 10 KR 320/09 ER). Mit Beschlüssen vom 25.06.2009 hat das SG Chemnitz dieses Eilverfahren sowie das Hauptsacheverfahren an das SG Dresden verwiesen (Az. des Eilverfahrens: S 11 KA 114/09 ER; Az. des Hauptsacheverfahrens: S 11 KA 115/09). Das SG Dresden hat mit Beschluss vom 07.07.2009 die unter 1 bis 7 aufgeführten Beteiligten beigeordnet.

Der Antragsteller hat vorgebracht, er sei klagebefugt. Der in § 116b Abs. 2 SGB V geforderten Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation sei jedenfalls im Lichte des Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG) drittschützende Wirkung beizumessen. Die Bestimmung der Beigeladenen zu 1 zur ambulanten Versorgung verzerrte aufgrund der unterschiedlichen rechtlichen Rahmenbedingungen den Wettbewerb. Ziel des § 116b Abs. 2 SGB V sei aber nicht, die onkologische vertragsärztliche Versorgung zu zerstören, sondern lediglich, sie zu ergänzen. Der Bescheid des Antragsgegners sei offensichtlich rechtswidrig. Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei von ihm nicht berücksichtigt worden. Zwar habe er die zu 7 beigeordnete KÄV angehört. In seinem Bescheid habe er sich mit der vertragsärztlichen Versorgungssituation aber in keiner Weise

auseinandergesetzt. Es bestehe auch keine medizinische Notwendigkeit einer ambulanten Behandlung im Krankenhaus, da die onkologische Versorgung durch die niedergelassenen Vertragsärzte in qualifizierter Weise sichergestellt sei. Zudem müssten für die Eignung des Krankenhauses die Anforderungen der Onkologie-Vereinbarung erfüllt sein. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung sei dringend geboten. Er – der Antragsteller – habe für seine noch in der Aufbauphase befindliche Praxis erhebliche Mittel investiert, deren Tilgung noch laufe. Mit dem durch den angefochtenen Bescheid ermöglichten „exzellenten“ Erstzugriff der Beigeladenen zu 1 auf ambulante Patienten werde er in seiner Existenz bedroht. Bereits bei einem Verlust von nur 57 Patientinnen im Quartal mit laufender Chemotherapie (so die Situation im Quartal I/2009) drohte ihm ein Einbruch von etwa 50 % seiner vertragsärztlichen Einnahmen. Könnte er den Mindestumfang von 120 Patientinnen im Quartal nach der Onkologie-Vereinbarung nicht mehr erfüllen, entfielen auch sein Status als onkologisch verantwortlicher Arzt mit dem Verlust der dadurch bedingten Einnahmen und Überweisungen. Die Beigeladene zu 1 sei hingegen nicht existenziell betroffen. Diese Rechtsposition hat die Beigeladene zu 7 in ihrem Schriftsatz vom 20.07.2009 ebenfalls vertreten.

Der Antragsgegner hat erwidert, der Gesetzgeber habe in § 116b Abs. 2 SGB V mit dem Verzicht auf jegliche Bedarfsprüfung und -planung einen Drittschutz konkurrierender Vertragsärzte ausgeschlossen. Der vom Gesetzgeber gewollte Wettbewerb könne nur zum Tragen kommen, wenn Krankenhäuser auch bei einem im vertragsärztlichen Bereich gedeckten Bedarf zur Leistungserbringung zugelassen würden. Das Argument der zu 7 beige-ladenen KÄV, die Bestimmung der Beigeladenen zu 1 sei nicht erforderlich, habe keine Berücksichtigung finden können. Die Bestimmung sei dem überwiegenden öffentlichen Interesse geschuldet gewesen, den vom Gesetzgeber gewollten Wettbewerb zu schaffen, um den Patienten Behandlungsalternativen anzubieten. Der Antragsteller stelle seine wirtschaftliche Betroffenheit nicht korrekt dar. Demgegenüber habe die Beigeladene zu 1 hohe Einkommensverluste plausibel dargelegt. Die Beigeladene zu 1 hat ebenfalls die Auffassung vertreten, § 116b Abs. 2 SGB V habe keine drittschützende Wirkung. Zudem sei eine wirtschaftliche Existenzgefährdung des Antragstellers nicht zu erkennen. Obwohl sie – die Beigeladene zu 1 – bereits in den vergangenen Jahren ambulante Leistungen, nämlich teilstationär (2008: 3.825 Behandlungsfälle) bzw. vorstationär (2008: 2.921 Behandlungsfäl-

le), erbracht habe, habe der Antragsteller seine Fallzahlen steigern können. In den ersten beiden Quartalen 2009 seien hingegen von ihr – der Beigeladenen zu 1 – insgesamt nur 2.129 Fälle behandelt worden. Sie habe sich bereits in der Vergangenheit nicht davon abhalten lassen, die Patientinnen, die im Krankenhaus die Leistungen in Anspruch nehmen wollten, zu behandeln. Mit der Bestimmung würden lediglich die ohnehin tatsächlich erbrachten Leistungen angemessen vergütet. Die Bestimmung habe daher keinen Einfluss auf die Behandlungszahlen. Dies widerlege die Mutmaßung des Antragstellers, sie werbe ihm Patienten ab.

Mit Beschluss vom 29.09.2009 hat das SG Dresden die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 wiederhergestellt. Der vom Antragsteller gegen diesen Bescheid erhobenen Anfechtungsklage seien hohe Erfolgsaussichten beizumessen. § 116b Abs. 2 SGB V habe drittschützende Wirkung zugunsten des Antragstellers. Dies folge allerdings nicht aus einem mit § 116b Abs. 2 SGB V selbst angeordneten Vorrang-Nachrang-Verhältnis. Die Bestimmung des Krankenhauses setze nicht eine Versorgungslücke voraus. Ein solches Erfordernis enthalte auch nicht die Klausel, die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen. Eine Bedarfsprüfung habe der Gesetzgeber nicht gewollt. Dies bedeute aber nicht, dass die Interessen der Vertragsärzte ohne Belang seien und die Bestimmung des Krankenhauses auch bei bereits ausreichender Versorgung ohne Einschränkungen zu erfolgen habe. Trotz fehlenden Vorrangs der Vertragsärzte sei § 116b Abs. 2 SGB V drittschützende Wirkung zuzubilligen. Dies sei durch die Grundrechte des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG geboten. Der Drittschutz sei unter Würdigung von Sinn und Zweck des § 116b Abs. 2 SGB V und dessen Wortlaut aus einer verfassungsrechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbedingungen im staatlich regulierten Gesundheitsmarkt abzuleiten. Zwar gewähre Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz. Doch könne eine Wettbewerbsveränderung, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge habe, das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und Verteilung der staatlichen Mittel stehe. Das Krankenhaus habe bei der ambulanten Behandlung einen Wettbewerbsvorteil. Es könne die wirtschaftlichen Einbußen infolge einer schwachen oder ungenügenden Auslastung leichter als der Vertragsarzt tragen, weil es insoweit kein unternehmerisches Risiko trage. Für die ambulanten Behandlungen stünden die ohnehin vor-

handenen Räumlichkeiten und die sächliche Ausstattung des Krankenhauses wie auch dessen ärztliches und nichtärztliches Personal zur Verfügung, so dass diese Kosten nicht erwirtschaftet werden müssten. Für den nicht ausgelasteten Vertragsarzt hingegen könnten (hohe) Investitionskosten, insbesondere wenn die Praxis sich noch in der Aufbauphase befinde, ruinös sein. Darüber hinaus komme dem Krankenhaus aufgrund der dort durchgeführten Tumoroperation ein wesentlicher Wettbewerbsvorteil in Bezug auf die Entscheidung der Versicherten über eine ambulante onkologische Therapie zu, insbesondere wenn diese über die Möglichkeit der Behandlung durch Vertragsärzte und deren Praxisstandorte nicht oder unzureichend informiert seien. Zudem werde das Grundrecht des Vertragsarztes aus Art. 12 Abs. 1 GG im Interesse der Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung in vielfältiger Weise eingeschränkt. Komme es durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, nicht an denselben Belangen ausgerichteten Eingriffen in die gesetzlich durchstrukturierten Marktbedingungen, könnten die Vertragsärzte in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein. Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung erfordere die Befugnis des Grundrechtsträgers, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben für eine Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Versorgung nach § 116b Abs. 2 SGB V zur gerichtlichen Überprüfung zu stellen. Dies folge auch aus dem Regelungsziel des § 116b Abs. 2 SGB V. Mit der begrenzten Öffnung der Krankenhäuser zur ambulanten Leistungserbringung habe der Gesetzgeber die bestehende ambulante Versorgung durch die Vertragsärzte nicht gefährden, sondern nur ergänzen wollen. Vor diesem Hintergrund normiere die Berücksichtigungsklausel in § 116b Abs. 2 SGB V ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte, die in demselben räumlichen Bereich wie das Krankenhaus bereits eine Position am Markt der Leistungserbringer innehätten. Dem Erfordernis der Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation sei der Antragsgegner mit dem angefochtenen Bescheid nicht gerecht geworden. Aus der Begründung des Bescheides ergebe sich, dass der Antragsgegner der vertragsärztlichen Versorgungssituation keine Bedeutung beigemessen habe. Daher spreche viel dafür, dass die vom Antragsteller erhobene Klage insoweit Erfolg haben werde. Eine Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation müsse nicht zwingend zur vollumfänglichen Ablehnung des Antrags der Beigeladenen zu 1 führen. Wie bei Ermächtigungen könnte eine räumliche Begrenzung der Bestimmung erwogen werden. Auch die gebotene umfassende Abwägung ergebe, dass das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung der Klage überwiege. Ein besonders schützenswertes Interesse der



Beigeladenen zu 1 an der sofortigen Vollziehbarkeit sei nicht zu erkennen. Ihr Vortrag, bereits im Jahr 2008 eine erhebliche Anzahl von Patientinnen ambulant, nämlich teilstationär bzw. vorstationär, im Wesentlichen unvergütet versorgt zu haben, so dass mit der Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V keine Änderung der ambulanten Behandlungspraxis einhergehe, sondern sie nunmehr lediglich eine angemessene Vergütung für solche Behandlungsfälle erhalte, sei un schlüssig und rechtlich bedenklich. Die Abgrenzung zwischen teilstationärer und ambulanter Krankenhausbehandlung möge im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten; doch stellten teilstationäre und ambulante Behandlung im Krankenhaus keine beliebig austauschbaren Abrechnungsmodalitäten dar. Das Vorbringen der Beigeladenen zu 1, in den Quartalen I/2009 und II/2009 767 Fälle nach § 116b Abs. 2 SGB V abgerechnet zu haben, spreche für eine Übernahme von Patienten aus der vertragsärztlichen Versorgung. Denn die 767 Patienten habe die Beigeladene zu 1 wegen des Suspensiveffekts der Klage nur in etwa zweieinhalb Monaten behandelt, womit auf das Jahr bezogen ein Übergang von 3.681,6 Patienten zu erwarten sei. Bei den von der Beigeladenen zu 1 angegebenen Einkommenseinbußen in siebenstelliger Höhe handele es sich lediglich um die Aussicht auf zukünftige Erwerbsmöglichkeiten, auf die sie aber zur Existenzsicherung nicht angewiesen sei. Demgegenüber sei bei der sofortigen Vollziehbarkeit des Bescheids von einer Existenzbedrohung des Antragstellers auszugehen. Diese sei mit den vom Antragsteller vorgelegten Honorarbescheiden, Häufigkeitsstatistiken und der betriebswirtschaftlichen Auswertung mit Gewinnverwendungsübersicht nachvollziehbar dargelegt. Der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit sei auch nicht im Interesse der Patientenversorgung geboten. Wie sich aus der Stellungnahme der zu 7 beigeladenen KÄV ergebe, sei ohne Leistungserbringung durch die Beigeladene zu 1 die ambulante onkologische Versorgung von Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren quantitativ und qualitativ gesichert.

Gegen diesen ihnen am 07.10.2009 bzw. 01.10.2009 zugestellten Beschluss richten sich der Antragsgegner und die Beigeladene zu 1 mit ihren am 15.10.2009 bzw. 28.10.2009 eingelegten Beschwerden.

Der Antragsgegner ist der Auffassung, der Beschluss könne keinen Bestand haben, da die Klage zumindest offensichtlich unbegründet sei. Eine drittschützende Wirkung komme weder § 116b Abs. 2 SGB V zu noch lasse sie sich aus den Grundrechten ableiten. Eine

unmittelbare Herleitung der Anfechtungsbefugnis aus Art. 12 Abs. 1 GG lasse sich weder mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) noch mit derjenigen des Bundessozialgerichts (BSG) in Einklang bringen. Der bewusste Verzicht des Gesetzgebers auf ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis in § 116b Abs. 2 SGB V stehe einem defensiven Konkurrentenschutz entgegen. Bei der Bestimmung des Krankenhauses gemäß § 116b Abs. 2 SGB V handele es sich auch nicht um eine Entscheidung, die im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel stehe. Die Öffnung der Krankenhäuser für ein definiertes Leistungsspektrum diene der Weiterentwicklung der Versorgungsstrukturen; mit der Überwindung der sektoralen Grenzen solle Wettbewerb eröffnet werden, um den Bedürfnissen der Patienten zu entsprechen und Effizienzreserven zu erschließen. Die Öffnung der Krankenhäuser nach § 116b Abs. 2 SGB V habe auf die Höhe der Vergütung der niedergelassenen Ärzte keine unmittelbaren Auswirkungen. Die Darlegungen des SG Dresden zur mittelbaren Betroffenheit überzeugten nicht. Ebenso wenig überzeuge die wettbewerbsrechtliche Argumentation. Vor dem Hintergrund der Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 28.11.2009 zum europäischen Beihilferecht (2005/842/EG – ABl. L 312/67) sei sichergestellt, dass staatlich geförderte Räume und Medizingeräte außerhalb der stationären Versorgung nur gegen ein marktübliches Entgelt genutzt werden dürften. Der angefochtene Bescheid sei rechtmäßig. Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei berücksichtigt worden. Die zu 7 beigeladene KÄV sei gebeten worden, die vertragsärztliche Versorgungssituation darzustellen. Ihre Stellungnahme und die Stellungnahmen der zum Verwaltungsverfahren hinzugezogenen Ärzte hätten aber im Wesentlichen nur den pauschalen, schablonenhaften Einwand enthalten, dass aufgrund vorhandener Behandlungsmöglichkeiten kein Bedarf für eine Bestimmung bestehe. Die Entscheidung sei im Krankenhausplanungsausschuss am 18.11.2008 vorberaten und am 15.01.2009 getroffen worden. Obwohl die im Krankenhausplanungsausschuss vertretene Beigeladene zu 7 lediglich ihren Hinweis auf den durch die niedergelassenen Ärzte bereits gedeckten Bedarf wiederholt habe, sei vom Ausschuss das Für und Wider der Bestimmung der Beigeladenen zu 1 leidenschaftlich diskutiert worden. Auswirkungen auf die vertragsärztliche Versorgung seien auch hier im Sinne eines fehlenden Bedarfs besprochen worden. Weitere Erwägungen, so die mögliche Verschärfung der Wettbewerbssituation zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern, hätten Eingang in die Diskussion gefunden. Am Ende dieses Diskussions- und Abwägungsprozesses hätten die Mitglieder des Krankenhausplanungsausschusses mehrheitlich für die Bestimmung

der Beigeladenen zu 1 votiert. Das SG Dresden habe das Tatbestandsmerkmal „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgung“ nicht hinreichend konkretisiert. Da nach den Gesetzesmaterialien eine Bedarfsprüfung ausscheide, könnten Argumente, die auf eine Bedarfsprüfung hinausliefen, höchstens Indiz, nie aber Grund für eine Entscheidung sein. Darüber hinaus dürften nur Gesichtspunkte maßgeblich sein, die zum Zeitpunkt der Entscheidung für den Entscheidungsträger erkennbar gewesen seien. Die finanzielle Betroffenheit einzelner Praxen sei bis zur Bekanntgabe der Entscheidung weder schlüssig dargestellt noch mit Zahlen unterlegt worden. Der Bestimmungsbescheid sei keine vom Beschluss des Krankenhausplanungsausschusses losgelöste Entscheidung. In Ausführung dieses Beschlusses sei eine Interessenabwägung vorgenommen worden. Dass am Ende des Entscheidungsprozesses die Bestimmung des Beigeladenen zu 1 gestanden habe, sei dem überwiegenden öffentlichen Interesse geschuldet gewesen, krebserkrankten Menschen zur bestehenden ambulanten Versorgung Behandlungsalternativen zu bieten. Selbst wenn die Erfolgsaussichten der Klage nicht abschätzbar wären, ginge die Interessenabwägung zulasten des Antragstellers. Es fehle schon an Tatsachen für die Annahme, die sofortige Vollziehbarkeit des angefochtenen Bescheides wirke sich sofort auf die Behandlungszahlen des Antragstellers aus, zumal dieser eng mit dem Krankenhaus eines anderen Trägers in C. zusammenarbeite. Die wirtschaftliche Existenz des Antragstellers sei nicht bedroht. Das Hauptinteresse des Antragstellers liege nicht in der Abwehr einer drohenden Insolvenzgefahr, sondern in der Sicherung zukünftiger Erwerbschancen. Selbst wenn das Interesse der Beigeladenen zu 1 an der sofortigen Vollziehbarkeit ebenfalls nur in der Sicherung zukünftiger Erwerbschancen liege, müsse es mit dem Interesse des Antragstellers gleichbehandelt werden. Bestehen bleibe aber das öffentliche Interesse an der unmittelbaren Ergänzung des ambulanten Angebots.

Die Beigeladene zu 1 bringt vor, der Planungsbereich C. Stadt sei mit Bekanntmachungen des Landesausschusses der Ärzte und Krankenkassen vom 29.04.2009 und 12.08.2009 für die Zulassung eines Gynäkologen gesperrt. Gegen eine vertragsärztliche Zulassung hätte der Antragsteller keine Rechtsschutzmöglichkeit, selbst wenn der Zulassungsbewerber noch mehr onkologische Patienten behandeln würde. An ihre – der Beigeladenen zu 1 – Bestimmung könnten keine anderen Anforderungen gestellt werden, zumal die Bestimmung keine vollumfängliche Zulassung darstelle, sondern lediglich einen sehr begrenzten

hochspezialisierten Bereich betreffe. Der Wegfall der Überversorgung zeige auch, dass sich durch ihre Bestimmung die Marktsituation des Antragstellers nicht verschlechtert, sondern im Gegenteil verbessert habe. Denn die Entsperrung des Planungsbereichs sei in der Zeit erfolgt, in der der Bestimmungsbescheid vollziehbar gewesen sei. Ihre Bestimmung nach § 116b SGB V habe nicht dazu geführt, dass sie mehr Patientinnen als vorher behandelt habe. Ganz im Gegenteil habe sie 2009 weniger Patientinnen chemotherapiert als in den beiden Jahren zuvor. Angesichts dessen könne von einer Existenzbedrohung des Antragstellers keine Rede sein, zumal dieser im ersten Quartal 2009 mehr Patientinnen chemotherapiert habe als sie. Hinsichtlich der vom Antragsteller geltend gemachten wirtschaftlichen Gefährdung sei seine gesamte vertragsärztliche Tätigkeit zu betrachten. Hier bestünden zurzeit noch nicht einmal Zulassungsbeschränkungen. Wenn noch nicht einmal eine Überversorgung bestehe, habe er unter keinem Gesichtspunkt Anspruch auf Fernbleiben von Konkurrenz. Ebenso wenig bestehe ein Anspruch darauf, dass ein bestimmter Teilbereich der vertragsärztlichen Versorgung, hier die onkologische Tätigkeit, erhalten bleibe; dies gelte auch für die Stellung als onkologisch verantwortlicher Arzt. Bei der Folgenabwägung sei zu berücksichtigen, dass dem Antragsteller angesichts des im Jahre 2008 erzielten erheblichen Gewinns ein Abwarten zumutbar sei. Im Gegenzug sei zu berücksichtigen, dass sie – die Beigeladene zu 1 – nach wie vor teilstationär – wozu sie berechtigt sei – Patienten versorge, dafür jedoch keine Erstattung der Kosten erhalte. Weiter seien die Belange der Patientinnen zu berücksichtigen, die im Hinblick auf die sofortige Vollziehbarkeit des Bestimmungsbescheides bei ihr eine Behandlung begonnen hätten und wohl kaum eine nahtlose Weiterbehandlung in den Praxen der Umgebung erhalten könnten.

Der Antragsgegner und die Beigeladene zu 1 beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts Dresden vom 29. September 2009 aufzuheben und den Antrag des Antragstellers abzulehnen.

Der Antragsteller beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Er meint, § 116b Abs. 2 SGB V entfalte mit der darin enthaltenen Berücksichtigungsklausel wegen der ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten drittschützende Wirkung. Bei Fortbestand der bevorzugten Wettbewerbsbedingungen für die Krankenhäuser, die keiner Budgetierung, keiner Leistungsbegrenzung und keinen Vorhaltekosten ausgesetzt seien, greife die Schaffung eines privilegierten Parallelmarktes für bestimmte ambulante Leistungen in wettbewerbsverzerrender Weise in den staatlich regulierten Markt der Vertragsärzte ein. Die Bestimmung von Krankenhäusern ohne Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation drohe die qualifizierte vertragsärztliche onkologische Versorgung zu zerstören, was der Gesetzgeber weder beabsichtigt noch in Kauf genommen habe und auch nicht im Interesse krebskranker Patienten sei. Der Antragsgegner habe im angefochtenen Bescheid die vertragsärztliche Versorgungssituation keineswegs berücksichtigt. Zwar habe er die zu 7 beigelegene KÄV angehört. Diese habe auch zur vertragsärztlichen Versorgungssituation umfassend Stellung genommen. Dieser Stellungnahme habe der Antragsgegner aber keinerlei Bedeutung beigegeben. Sein Bescheid lasse nicht erkennen, welche öffentlichen und privaten Belange abgewogen worden seien. Insbesondere sei nicht zu erkennen, dass der Antragsgegner sich mit den Folgen der Bestimmung für das funktionierende Netz qualifizierter wohnortnaher vertragsärztlicher onkologischer Versorgung in C. und Umgebung auseinandergesetzt habe. Vielmehr habe er allein die Eignung der Beigeladenen zu 1 geprüft. Die nach Erlass des angefochtenen Bescheides erfolgte Teilentsperrung des Planungsbereichs C. Stadt ändere an der gesicherten onkologischen vertragsärztlichen Versorgung nichts. Auch im Rahmen einer Interessenabwägung sei unerheblich, ob zurzeit ein Bewerber Anspruch auf Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung als Gynäkologe im Planungsbereich habe. Denn zum einen unterläge dieser als Vertragsarzt denselben Wettbewerbsbedingungen wie er. Zum anderen habe der Wegfall einer gynäkologischen Zulassung keine Auswirkungen auf die onkologische Versorgung gehabt. Dagegen könnte er den Verlust des Status als onkologisch verantwortlicher Arzt infolge der drohenden Unterschreitung der nach der Onkologie-Vereinbarung geforderten Mindestzahl an Patientinnen nicht anders kompensieren. Aber auch eine mangelnde Auslastung seiner Praxis oberhalb dieser Schwelle könne er sich wirtschaftlich nicht leisten. Der Markt für gynäkologische Leistungen ohne Schwerpunkt sei im Planungsbereich bei einem Versorgungsgrad von 107,8 % verteilt. Schwerpunkt seiner vertragsärztlichen Tätigkeit sei die Versorgung gynäkologisch-onkologischer Patientinnen, die bereits jetzt 60-70 % der Arbeitszeit und 50 % seines Umsatzes ausma-

che. Seine Existenzbedrohung sei evident. Die Krankenhäuser hätten einen exzellenten Erstzugriff auf onkologische Patienten. In der Regel werde der Verdacht auf eine gynäkologisch-onkologische Diagnose vom behandelnden Gynäkologen gestellt. Bestätigten Mammografie oder Röntgen diesen Verdacht, werde die Patientin zur Operation ins Krankenhaus überwiesen. Erst nach der Operation werde die Entscheidung über die anschließende onkologische Behandlung getroffen. Er – der Antragsteller – habe keinen Einfluss auf die behandelnden Gynäkologen, weder wohin sie zur stationären Behandlung noch wohin sie zur ambulanten Weiterbehandlung überwiesen. Demgegenüber gebe es kein schützenswertes Interesse der Beigeladenen zu 1. Dieser sei es unbenommen, weiterhin Patientinnen teil- oder vollstationär chemotherapeutisch zu behandeln, die nicht ambulant behandelt werden könnten.

Die zu 4 beigeladene Gemeinschaftspraxis und die zu 7 beigeladene KÄV halten den angefochtenen Beschluss für zutreffend. Die Beigeladene zu 7 hebt hervor, ein Rückgang der Patientenzahlen unter die Mindestmengen nach der Onkologie-Vereinbarung und infolgedessen der Verlust der Bezeichnung „onkologisch verantwortlicher Arzt“ hätte existenzvernichtende Bedeutung.

Die übrigen Beigeladenen haben sich nicht zur Sache geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Rechtszüge einschließlich derjenigen des Hauptsacheverfahrens (S 11 KA 115/09) sowie des von der Beigeladenen zu 1 angestrebten Eilverfahrens (S 10 KR 320/09 ER) und der beigezogenen Verwaltungsakten der Antragsgegnerin ergänzend Bezug genommen.

## II.

Die Beschwerden des Antragsgegners und der Beigeladenen zu 1 sind unbegründet.

A. Zur Entscheidung des Rechtsstreits ist der erkennende Senat berufen.

1. Der für das Vertragsarztrecht zuständige 6. Senat des BSG hat in einem Urteil vom (06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106 = SozR 4-2500 § 94 Nr. 2, jeweils Rn. 25) die Auffassung vertreten, Streitverfahren über die Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen gemäß § 116b Abs. 2 SGB V seien solche des Vertragsarztrechts im Sinne des § 10 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Er ist dabei von der Erwägung ausgegangen, dass zu den in § 10 Abs. 2 SGG genannten Streitigkeiten auch solche über Entscheidungen der gemeinsamen Gremien von Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Krankenhäusern oder anderen Leistungserbringern und Krankenkassen gehören und zwar unabhängig von der jeweiligen Zusammensetzung dieser Gremien (BSG, Urteil vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106 = SozR 4-2500 § 94 Nr. 2, jeweils Rn. 19 ff.). Dass in § 116b Abs. 2 SGB V die Entscheidung über den Zugang der Krankenhäuser zur ambulanten Behandlung von den Zulassungsgremien auf die Landesbehörden übertragen worden sei, ändere nichts daran, dass es in der Sache um den Zugang zur „ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung“ und damit im prozessualen Sinne um Vertragsarztrecht gehe; hätte der Gesetzgeber eine Ausgliederung der entsprechenden Verfahren aus dem Vertragsarztrecht im verfahrensrechtlichen Sinne herbeiführen wollen, hätte das ausdrücklich geschehen müssen (BSG, Urteil vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106 = SozR 4-2500 § 94 Nr. 2, jeweils Rn. 25). Dem ist der für Angelegenheiten der Krankenversicherung zuständige 3. Senat des BSG entgegengetreten. Er hat – in Übereinstimmung mit dem 1. Senat des BSG – die Auffassung vertreten, die Zuordnung von Streitigkeiten des Leistungserbringerrechts zu den Spruchkörpern für Krankenversicherung sei der Regelfall. Demgegenüber bilde das Vertragsarztrecht wegen der besonderen Besetzung der Richterbank eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Vom Sinn und Zweck des Gesetzes her sollten im Vertragsarztrecht nur solche Personen im Spruchkörper mitwirken, die sachkundig und mit der besonderen Materie sowie den tatsächlichen Verhältnissen vertraut seien (BSG, Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R – GesR 2009, 630 Rn. 12; Beschluss vom 18.11.2009 – B 1 KR 74/08 B – juris Rn. 5 und 9). Dies sei etwa der Fall, wenn der Streitgegenstand den rechtlichen Status als Vertragsarzt, Fragen der vertragsärztlichen Zulassung oder solche der Honorierung betreffe. Nicht ausreichend sei dagegen eine bloß mittelbare Betroffenheit von Vertragsärzten. Dies gelte erst recht, wenn gar keine vertragsärztliche Leistungserbringung im Streit stehe (BSG, Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R – GesR 2009, 630 Rn. 12). Streitverfahren über die Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen gemäß § 116b Abs. 2 SGB V seien nicht solche des Vertragsarztrechts.

Denn damit habe der Gesetzgeber eine neue Versorgungsform geschaffen, für die eine Zulassungsentscheidung durch den Zulassungsausschuss nicht erforderlich sei und deren maßgebliche Voraussetzungen sich nach der regionalen Krankenhausplanung und damit ausschließlich nach Landesrecht richteten (BSG, Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R – GesR 2009, 630 Rn. 13; im Ergebnis ebenso Landessozialgericht [LSG] Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.05.2009 – L 4 KR 116/09 B ER – GesR 2010, 109, 110).

Streitverfahren über die Bestimmung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V können nicht nach der die Entscheidung treffenden Stelle den Streitverfahren des Vertragsarztrechts zugeordnet werden. Denn die für die Bestimmung zuständige Krankenhausplanungsbehörde ist weder ein gemeinsames Gremium von Ärzten und Krankenkassen noch ist sie an die Stelle eines solchen Kooperationsgremiums getreten. § 116b SGB V wurde durch das GKV-Modernisierungsgesetz (GMG) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) eingeführt. Danach lag die Kompetenz für die Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante Behandlung bei den Krankenkassen, Kassenverbänden und Krankenhäusern als Vertragspartnern (§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V i.d.F. von Art. 1 Nr. 85 GMG). Mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) vom 26.03.2007 (BGBl. I S. 378) ging diese Kompetenz auf die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde über, die nur das Einvernehmen mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten, zu denen insbesondere die Krankenkassenverbände gehören (vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 139 f. sowie zu § 7 Abs. 1 Satz 2 Krankenhausfinanzierungsgesetz [KHG] BT-Drucks. 10/2095, S. 22; BT-Drucks. 10/2565, S. 28), anzustreben hat (§ 116b Abs. 2 Satz 1 und 3 SGB V i.d.F. von Art. 1 Nr. 85 Buchst. b GKV-WSG). Die Bestimmung durch die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde tritt also nicht an die Stelle einer Berechtigung durch die Zulassungsgremien, sondern ersetzt den Abschluss eines Vertrages mit den Krankenkassen. Wiewohl die Zulassungsgremien in den §§ 115 ff. SGB V vielfach über den Zugang der Krankenhäuser sowie ihrer Ärzte und Einrichtungen zur ambulanten Behandlung zu entscheiden haben (vgl. § 116 Satz 1, § 116a, § 117, § 118 Abs. 1 SGB V), hat der Gesetzgeber im Rahmen des § 116b SGB V ein anderes Modell gewählt, nämlich den Vertragsschluss mit den Krankenkassen, der in § 116b Abs. 1 SGB V noch vorgesehen ist, in § 116b Abs. 2 SGB V aber durch die einseitige Bestimmung seitens einer Landesbehörde ersetzt worden ist. Diese Landesbehörde stellt kein gemeinsames Gremium von Ärz-



ten oder anderen Leistungserbringern und Krankenkassen dar. Die im Rahmen des § 116b Abs. 2 SGB V entscheidende Stelle hat nichts mit den Kooperationsgremien gemeinsam, auf deren (Haupt-) Beteiligung am Streitverfahren es nach Auffassung des 6. Senats des BSG für die Zuordnung einer Angelegenheit zum Vertragsarztrecht maßgeblich ankommen soll.

Eine Zuordnung zum Vertragsarztrecht ist daher nur über den Gegenstand der Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V denkbar. Der 6. Senat des BSG meint insoweit, in der Sache gehe es um den Zugang zur „ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung“ (BSG, Urteil vom 06.05.2009 – B 6 A 1/08 R – BSGE 103, 106 = SozR 4-2500 § 94 Nr. 2, jeweils Rn. 25). Der 3. Senat des BSG hält dagegen die ambulante Behandlung im Krankenhaus nach § 116b Abs. 2 SGB V für eine neue Versorgungsform, deren maßgebliche Voraussetzungen sich nach der regionalen Krankenhausplanung und damit ausschließlich nach Landesrecht richteten, ohne dies zu begründen (BSG, Urteil vom 12.08.2009 – B 3 KR 10/07 R – GesR 2009, 630 Rn. 13). Letzteres trifft nicht zu. Rechtsgrundlage für die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Erbringung der im Katalog nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V genannten Leistungen ist allein § 116b Abs. 2 SGB V. Daran ändert auch die Formulierung in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V nichts, wonach das Krankenhaus zur ambulanten Erbringung der Katalogleistungen berechtigt ist, wenn und soweit es „im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes“ dazu bestimmt ist. Diese Bezugnahme auf die Krankenhausplanung hat allein zuständigkeitsbestimmende Bedeutung. Mit ihr wird festgelegt, durch welche Stelle – nämlich die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde – die Bestimmung zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V erfolgt. Dies entspricht den Gesetzmaterialien, die einen Zusammenhang zwischen dem Wegfall der Vertragskompetenz der Krankenkassen und der Bestimmung im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes herstellen und das Land für entscheidungsbefugt halten (BT-Drucks. 16/3100, S. 87 f. und S. 139 f.). Die Prüfungs- und Entscheidungsmaßstäbe für die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V ergeben sich dagegen aus der Bezugnahme auf die Krankenhausplanung nicht (so auch Wagener/Weddehage, MedR 2007, 643, 645; Walter in: Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, 2008, S. 657, 662; Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 116b SGB V, Rn. 17, Stand Juli 2009). Denn wenn die inhaltlichen Maßstäbe der (stationären) Krankenhausplanung – die

in ihren wesentlichen Grundzügen bundesrechtlich geregelt ist (vgl. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 KHG) – entsprechend gälten, müsste die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung eine Bedarfsprüfung voraussetzen, die aber nach den Gesetzesmaterialien ausgeschlossen sein soll (BT-Drucks 16/3100, S. 139) und statt derer im Gesetzestext die „Betrückichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ vorgesehen ist (§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V). Zudem hat der Gesetzgeber die Anforderungen an die Eignung des Krankenhauses in § 116b Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 3 SGB V durch Bezugnahme auf die vertragsärztliche Versorgung und die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses eigenständig geregelt. Die Frage, ob sich aus der Formulierung „im Rahmen der Krankenhausplanung“ eine Beschränkung der Bestimmung zur ambulanten Behandlung auf die im Krankenhausplan ausgewiesenen Fachgebiete und Leistungsmengen, mithin den stationären Versorgungsauftrag des Krankenhauses, ergibt, wird unterschiedlich beurteilt (dafür Stollmann, ZMGR 2007, 134, 135 f.; dagegen Wagener/Weddehage, MedR 2007, 643, 645). Daraus ergibt sich jedoch kein tragfähiges Argument dafür, dass es um landesrechtliche Krankenhausplanung geht, wenn man die Frage bejaht. Da der Versorgungsauftrag auch ein Begriff des Krankenversicherungsrechts ist (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 3, § 109 Abs. 4 Satz 2 SGB V), kann sich diese Frage indessen ebenso stellen, wenn die Bezugnahme auf die Krankenhausplanung allein als Zuständigkeitszuweisung angesehen wird.

Richten sich folglich die maßgeblichen Voraussetzungen der Bestimmung zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V keineswegs nach dem Recht der Krankenhausplanung, sondern allein nach dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, so bedeutet dies nicht, dass die Bestimmung den Krankenhäusern den Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung eröffnet. Sachlich-gegenständlich gehören die Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V zwar zur vertragsärztlichen Versorgung. Denn diese umfasst die gesamte ambulante ärztliche Behandlung der Versicherten (§ 73 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V) ungeachtet der Art und des Verlaufs der zugrundeliegenden Erkrankung sowie des Spezialisierungsgrades der erforderlichen Leistung. Daher sind auch die hochspezialisierten ambulanten Leistungen und die ambulante Behandlung seltener Erkrankungen sowie von Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen im Sinne von § 116b Abs. 3 und 4 SGB V Gegenstand der vertragsärztlichen Versorgung. Organisatorisch aber stehen die Krankenhäuser bei der ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V außerhalb der ver-

tragsärztlichen Versorgung. Denn anders als in § 116 Satz 1 und § 116a SGB V spricht § 116b Abs. 2 SGB V nicht davon, dass diese Krankenhäuser an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen. Dieses ist zwar auch in § 117 und § 118 SGB V nicht der Fall; doch ist dort von einer Ermächtigung zur ambulanten Behandlung bzw. Versorgung die Rede und eine Ermächtigung bewirkt nach § 95 Abs. 4 SGB V das Recht und die Pflicht zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung. Weil die nach § 116b Abs. 2 SGB V bestimmten Krankenhäuser nicht an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmen, hat der Gesetzgeber in § 116b Abs. 3 Satz 2 SGB V die entsprechende Geltung von für die vertragsärztliche Versorgung geltenden Anforderungen anordnen müssen. Weitere Folge der fehlenden Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung ist der abweichend von § 120 Abs. 1 Satz 1 SGB V geregelte unmittelbare Vergütungsanspruch gegen die Krankenkassen (§ 116b Abs. 5 Satz 1 SGB V), der allerdings inzwischen auch bei ambulanten Leistungen bestimmter ermächtigter Krankenhauseinrichtungen vorgesehen ist (§ 120 Abs. 2 SGB V), obwohl diese organisatorisch in die vertragsärztliche Versorgung einbezogen sind.

2. Aus § 10 Abs. 2 SGG ergibt sich, dass dem Vertragsarztrecht mit der sich aus § 12 Abs. 3 SGG ergebenden Besetzung der Richterbank nur solche Streitverfahren zuzuordnen sind, die Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten, Psychotherapeuten sowie Vertragszahnärzten einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände betreffen. Hier geht es aber um die Rechtsbeziehung zwischen einem Krankenhausträger und der nach Landesrecht zuständigen Behörde für die Entscheidung nach § 116b Abs. 2 SGB V. Soweit der Antragsteller als Vertragsarzt sich gegen den Freistaat Sachsen, vertreten durch das Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz, als Antragsgegner sowie mittelbar gegen den von dessen Entscheidung begünstigten Krankenhausträger, die Beigeladene zu 1, wendet, nimmt er nicht Bezug auf eine Rechtsbeziehung im Sinne des § 10 Abs. 2 SGG, sondern wendet sich seinerseits gegen ein Rechtsverhältnis, das dem Vertragsarztrecht nicht zuzuordnen ist. Allein der Umstand, dass der Antragsteller ein Vertragsarzt ist, macht den Rechtsstreit nicht zu einer Angelegenheit des Vertragsarztrechts. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Auslegung und Anwendung des § 116b Abs. 2 SGB V ganz erhebliche Auswirkungen auf das Vertragsarztsystem haben kann. § 10 Abs. 2 SGG stellt nicht auf die Bedeutung eines Rechtsverhältnisses für

das Vertragsarztsystem ab, sondern auf konkrete Rechtsbeziehungen zwischen den dort genannten Rechtsträgern und wählt damit einen förmlichen Anknüpfungspunkt. Dem Vertragsarztrecht zuzuordnende Streitigkeiten können daher nur solche Streitigkeiten sein, die in Rechtsbeziehungen zwischen den in § 10 Abs. 2 SGG genannten Rechtsträgern wurzeln. Dazu gehören weder die Beigeladene zu 1 als Krankenhausträger noch der Antragsgegner. Anders verhielte es sich nur dann, wenn die Beigeladene zu 1 durch den Bestimmungsbescheid nach § 116b Abs. 2 SGB V ihrerseits in das vertragsärztliche System einbezogen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Vielmehr wird durch § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V parallel und in Konkurrenz zur vertragsärztlichen Versorgung eine ambulante Behandlung durch Krankenhäuser ermöglicht.

Der erkennende Senat, der nach dem richterlichen Geschäftsverteilungsplan sowohl allein für die gesetzliche Krankenversicherung als auch für das Vertragsarztrecht zuständig ist, kann die Frage der Zuständigkeit wegen der Beachtung des gesetzlichen Richters auch im Beschwerdeverfahren nicht offenlassen. Denn der Senat ist mit einem Vorsitzenden und drei Berichterstattern besetzt. Je nachdem, ob man eine vertragsärztliche Streitigkeit oder eine krankenversicherungsrechtliche Streitigkeit annimmt, ergeben sich unterschiedliche Sitzgruppen. Dem Senat steht es daher nicht frei, einen Rechtsstreit willkürlich dem einen oder dem anderen Rechtsgebiet zuzuordnen oder sich über die Zuordnung eines Rechtsstreits zu einem Rechtsgebiet keine Meinung zu bilden. Ansonsten würde er den gesetzlichen Richter verletzen. Der Senat in seiner gesamten Besetzung ist der Auffassung, dass aus den oben genannten Gründen der Rechtsstreit nicht dem Vertragsarztrecht, sondern dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zuzuordnen ist. Daher war das für das Beschwerdeverfahren zunächst angelegte KA-Aktenzeichen auszutragen und ein neues Aktenzeichen mit dem Registerzeichen KR zu vergeben, wodurch wiederum der zuständige Berichterstatter einschließlich dem Vorsitzenden und dem Mitberichterstatter nach abstrakten Merkmalen bestimmt worden sind.

B. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist statthaft und auch im Übrigen zulässig.

1. Gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG kann das Gericht der Hauptsache in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben, auf Antrag die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen. Diese Anordnungsbezugnis besteht nicht nur dann, wenn von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung von Widerspruch oder Anfechtungsklage entfällt (§ 86a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGG), sondern auch dann, wenn eine Behörde die sofortige Vollziehbarkeit des Verwaltungsakts angeordnet hat (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG). Die Anordnungsbezugnis des Gerichts umfasst daher auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, die in § 86b Abs. 1 Satz 3 SGG eigens erwähnt wird.

Der Anfechtungsklage gegen die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V kommt nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung zu. Bei der „Bestimmung“ handelt es sich um einen Verwaltungsakt im Sinne des § 31 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) und nicht um eine eigenständige Handlungsform (Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 116b SGB V, Rn. 7, Stand Juli 2009, Hänlein in: LPK-SGB V, 3. Aufl., § 116b Rn. 17; Schillhorn, ZMGR 2008, 304, 309; Wagener/Weddehage, MedR 2007, 643, 646; Stollmann, ZMGR 2007, 134, 137 f.). Obwohl in den Gesetzesmaterialien von der „Einführung eines Zulassungsverfahrens“ (BT-Drucks. 16/3100, S. 88) und den „auf diese Weise zugelassenen Krankenhäuser[n]“ (BT-Drucks. 16/3100, S. 140) die Rede ist, hat sich der Gesetzgeber der gebräuchlichen Bezeichnungen für einseitig erteilte Versorgungsberechtigungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung enthalten und in § 116b Abs. 2 SGB V weder von „Zulassung“ noch von „Ermächtigung“ gesprochen. Dies hat zur Folge, dass die für Zulassungen bzw. Ermächtigungen geltenden Vorschriften auf die „Bestimmung“ nach § 116b Abs. 2 SGB V nicht anwendbar sind, ändert aber nichts daran, dass es sich bei der Bestimmung ebenso um einen Verwaltungsakt handelt wie bei jenen anderen Versorgungsberechtigungen. Ebenso hat die Bestimmung statusbegründende Wirkung, da sie das Krankenhaus zur ambulanten Erbringung der Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V an alle Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung zulasten deren Krankenkassen berechtigt (Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 116b SGB V, Rn. 18, Stand Juli 2009). Insoweit ist die Bestimmung auf die unmittelbare Gestaltung der Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus und gesetzlichen Krankenkassen gerichtet. Der Umstand,

dass es sich bei ihr daher um einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt handelt, steht der aufschiebenden Wirkung der gegen sie erhobenen Anfechtungsklage nicht entgegen (§ 86a Abs. 1 Satz 2 SGB V).

Die aufschiebende Wirkung der vom Antragsteller gegen den Bestimmungsbescheid erhobenen Anfechtungsklage entfiel mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch den Antragsgegner (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG). Zugleich ist damit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft geworden.

2. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist nicht deshalb unzulässig, weil die gegen den Bestimmungsbescheid erhobene Anfechtungsklage des Antragstellers offensichtlich unzulässig wäre. Denn offensichtlich unzulässig ist die von einem Dritten erhobene Anfechtungsklage nur, wenn sich aus der höchstrichterlichen Rechtsprechung klar und eindeutig ergibt, dass eine Drittanfechtungsbefugnis nicht besteht (Clemens in: *Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen*, 2008, S. 323, 334).

Die Anfechtungsklage des Antragstellers ist zulässig. Da der angegriffene Bestimmungsbescheid vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales und damit von einer obersten Landesbehörde erlassen wurde, bedurfte es nicht der Durchführung eines Vorverfahrens (§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG). Auch sonstige Zulässigkeitsbedenken bestehen nicht. Die Anfechtung eines Verwaltungsakts durch einen Dritten ist nur dann unzulässig, wenn dessen Rechte offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt sein können (BSG, Urteil vom 17.06.2009 – B 6 KA 38/08 R – SozR 4-2500 § 101 Nr. 5 Rn. 15; Urteil vom 17.06.2009 – B 6 KA 25/08 R – SozR 4-1500 § 54 Nr. 16 Rn. 16; Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R – BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4, jeweils Rn. 17; Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 17). Das ist hier nicht der Fall. Denn ob und inwieweit Vertragsärzte berechtigt sind, die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung nach § 116b Abs. 2 SGB V anzufechten, ist bislang höchstrichterlich nicht geklärt (zu diesem Gesichtspunkt siehe BSG, Urteil vom 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R – juris Rn. 16; Urteil vom

17.06.2009 – B 6 KA 38/08 R – SozR 4-2500 § 101 Nr. 5 Rn. 15; Urteil vom 17.06.2009 – B 6 KA 25/08 R – SozR 4-1500 § 54 Nr. 16 Rn. 16). Dementsprechend ist die vom Antragsteller erhobene Anfechtungsklage zulässig.

C. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet.

1. Nach welchen Maßstäben das Gericht über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden hat, ist in § 86b Abs. 1 SGG nicht ausdrücklich geregelt. Der gerichtlichen Entscheidung muss aber eine behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit vorausgegangen sein. Für diese behördliche Anordnung bestimmt § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG, dass sie nur im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten erfolgen darf und eine schriftliche Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehbarkeit erfordert. Hieraus ergibt sich, dass das Gericht bei seiner Entscheidung über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zunächst zu prüfen hat, ob die behördliche Vollziehbarkeitsanordnung formell rechtmäßig getroffen worden ist. Ist das nicht der Fall, ist die aufschiebende Wirkung schon deshalb wiederherzustellen. Ergibt die Prüfung dagegen keinen formellen Mangel der behördlichen Anordnung, hat das Gericht losgelöst von der Verwaltungsentscheidung eine eigene umfassende Interessenabwägung vorzunehmen. Bei der demnach gebotenen umfassenden Abwägung des Vollzugsinteresses mit dem Aussetzungsinteresse kommt den Erfolgsaussichten in der Hauptsache wesentliche Bedeutung zu. Ist der im Hauptsacheverfahren angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig, überwiegt das Aussetzungsinteresse. Lässt sich dagegen ohne Weiteres und in einer jeden vernünftigen Zweifel ausschließenden Weise erkennen, dass der im Hauptsacheverfahren angefochtene Verwaltungsakt rechtmäßig ist, ist ein überwiegendes Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit anzunehmen (Wehrhahn in: Breitkreuz/Fichte, SGG, § 86b Rn. 45). Ist der Ausgang des Hauptsacheverfahrens offen, hat eine Abwägung der beteiligten Interessen unter Berücksichtigung des Grades der Erfolgsaussichten stattzufinden. Dabei gilt: Je wahrscheinlicher ein Erfolg in der Hauptsache ist, desto mehr Gewicht hat das Aussetzungsinteresse und umgekehrt (vgl. Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86b Rn. 12f). Die Vollziehbarkeitsanordnung ist gerechtfertigt, wenn eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange zum Ergebnis kommt, dass das Vollzugsinteresse überwiegt. Dabei ist auch zu

berücksichtigen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung durch den sofortigen Vollzug bzw. die aufschiebende Wirkung gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 24.10.2003 – 1 BvR 1594/03 – NJW 2003, 3618, 3619).

2. Die aufschiebende Wirkung ist nicht schon wegen formeller Mängel der behördlichen Vollziehbarkeitsanordnung wiederherzustellen.

a) Der Antragsgegner durfte die sofortige Vollziehbarkeit des Bestimmungsbescheides trotz dessen gerichtlicher Anfechtung durch den Antragsteller anordnen. Seine auf § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG beruhende Anordnungsbefugnis wurde nicht durch die Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache ausgeschlossen, nach § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG auf Antrag hin die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheids anzuordnen.

Zwar wird die Auffassung vertreten, dass der Behörde spätestens nach Anhängigkeit der Klage die Befugnis entzogen sein soll, die vorläufige Vollziehbarkeit des Bescheids anzuordnen (Sächsisches LSG, Beschluss vom 26.02.2004 – L 3 B 18/04 AL-ER – juris Rn. 12 m. w. N. – auch zur Gegenauffassung; Wehrhahn in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 86a Rn. 34). Doch wird auch die gegenteilige Auffassung vertreten, wonach die Zuständigkeiten von Behörde und Gericht (bis zur gerichtlichen Entscheidung) kumulativ nebeneinander stehen (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.02.2006 – L 13 AL 4566/05 ER-B – juris Rn. 8; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86a Rn. 21; Binder in: Lüdtkke, SGG, 3. Aufl., § 86a Rn. 20; Clemens in: Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, 2008, S. 323, 331; Krodell, Das sozialgerichtliche Eilverfahren, 2. Aufl., Rn. 138).

Eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten lässt sich dem Gesetzestext nicht entnehmen. Soweit nach § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG die Vollziehbarkeitsanordnung von der Stelle zu treffen ist, die den Verwaltungsakt erlassen oder „über den Widerspruch zu entscheiden“ hat, ergibt sich daraus nicht, dass die behördliche Vollziehbarkeitsanordnung spätestens mit Bekanntgabe des Widerspruchsbescheids erfolgen muss; vielmehr wird mit der Bezug-



nahme auf die noch ausstehende Entscheidung über den Widerspruch lediglich die konkurrierende Zuständigkeit von Ausgangs- und Widerspruchsbehörde geregelt. Für das Erlöschen der behördlichen Anordnungsbefugnis mit der Klageerhebung spricht, dass dies der Rechtsklarheit eher zu dienen scheint (so Sächsisches LSG, Beschluss vom 26.02.2004 – L 3 B 18/04 AL-ER – juris Rn. 12). Bei näherem Zusehen zeigt sich aber, dass sich eine klare Abgrenzung der Zuständigkeiten so nicht erreichen lässt. Dem steht bereits die Vorschrift des § 86b Abs. 3 SGG entgegen, die eine gerichtliche Vollziehbarkeitsanordnung schon vor Klageerhebung ermöglicht. Zudem ist es – wie der vorliegende Fall zeigt – möglich, dass ein Bescheid durch einen Dritten nur teilweise angefochten wird. In einem solchen Fall könnte die behördliche Anordnungsbefugnis nur insoweit durch die gerichtliche Zuständigkeit ausgeschlossen sein, wie der Bescheid mit der Klage angefochten ist; im Übrigen müsste es bei der Kompetenz der Behörde verbleiben. Nicht einfacher wird es, wenn die verschiedenen Teilregelungen eines Bescheides durch mehrere Dritte mit unterschiedlichen Klagen angefochten worden wären; denn wären die Klagen bei verschiedenen Gerichten erhoben worden, könnte eine einheitliche Entscheidung über die sofortige Vollziehbarkeit des Bescheides nicht mehr getroffen werden. Dies zeigt, dass sich eine klare, überschneidungsfreie Abgrenzung der Zuständigkeit nicht erreichen lässt.

Demgegenüber spricht für das Fortbestehen der Anordnungsbefugnis der Behörde auch nach der gerichtlichen Anfechtung des Bescheids, dass die ständige Beobachtung der Lage und das schnelle Reagieren auf geänderte Umstände originär exekutive Aufgaben sind, deren Wahrnehmung die Gerichte schon aufgrund ihrer begrenzten Ressourcen der Verwaltung nicht abnehmen können. Zudem hat die Behörde in Drittanfechtungsfällen einen Interessenausgleich zwischen mehreren Beteiligten zu treffen und entscheidet nicht lediglich in eigener Sache über die Durchsetzung der von ihr vertretenen öffentlichen Interessen gegen ihren Gegner im Hauptsacheverfahren (SG Dresden, Beschluss vom 12.12.2005 – S 18 KA 674/05 ER – juris Rn. 23 f.).

Etwas anderes hat auch nicht dann zu gelten, wenn – wie hier – die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit zunächst bei Gericht (hier: 24.04.2009) und danach auch noch bei der Behörde (hier: 05.05.2009) beantragt wird. Denn mit Blick auf den Grundsatz der Gewaltenteilung kann von einer doppelten Anhängigkeit ein und desselben Antrags nicht gespro-

chen werden. Eine behördliche Vollziehbarkeitsanordnung ist daher erst nach einer Entscheidung des Gerichts über die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ausgeschlossen, weil nur das Gericht selbst zur Abänderung seiner Maßnahmen befugt ist, nicht hingegen die Behörde befugt ist, die gerichtliche Entscheidung abzuändern oder zu ersetzen (§ 86b Abs. 1 Satz 4 SGG – so auch Binder in: Lüdtko, SGG, 3. Aufl., § 86a Rn. 20). Zu einer gerichtlichen Entscheidung über den Antrag der Beigeladenen zu 1 auf Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist es jedoch nicht gekommen; vielmehr hat die Beigeladene zu 1 ihren Eilantrag bei Gericht nach der Vollziehbarkeitsanordnung durch den Antragsgegner für erledigt erklärt.

b) Die Anordnung des Antragsgegners über die sofortige Vollziehbarkeit des mit der Klage angefochtenen Bestimmungsbescheids genügt auch im Übrigen den daran zu stellenden formellen Anforderungen.

Insbesondere hat der Antragsgegner seine Begründungspflicht (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG) erfüllt. Da die Begründung der Vollziehbarkeitsanordnung der Schaffung von Transparenz und Rechtsklarheit dient und die Behörde zu besonderer Sorgfalt anhalten soll, sind an sie hohe Anforderungen zu stellen. Die Begründung muss nicht nur sämtliche Gesichtspunkte enthalten, die die Behörde in ihre Entscheidung einbezogen hat, sondern auch erkennen lassen, warum nach ihrer Auffassung im konkreten Einzelfall das Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit überwiegt und warum die Vollziehbarkeitsanordnung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht (Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 86a Rn. 21b).

Dies ist hier der Fall. Der schriftlichen Begründung der Vollziehbarkeitsanordnung lässt sich entnehmen, dass der Antragsgegner das Vollzugsinteresse mit dem Aussetzungsinteresse abgewogen und dabei den Erfolgsaussichten in der Hauptsache wesentliche Bedeutung beigemessen hat. Dabei hat der Antragsgegner den Antragsteller nicht nur für nicht berechtigt gehalten, den Bestimmungsbescheid anzufechten, sondern ungeachtet dessen dargelegt, warum dieser Bescheid in der Sache rechtmäßig sei, nämlich weil nichts gegen die Eignung des Krankenhauses der Beigeladenen zu 1 spreche und die von § 116b Abs. 2

Satz 1 SGB V geforderte Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung selbst bei einem ausreichenden vertragsärztlichen Versorgungsangebot zulasse. Zusätzlich hat der Antragsgegner eine Interessenabwägung vorgenommen und dabei dem öffentlichen Interesse an der ambulanten Erbringung von Katalogleistungen durch Krankenhäuser die privaten Interessen der Beigeladenen zu 1 und der Vertragsärzte gegenübergestellt. Insgesamt ist die interessensabwägungsbezogene Begründung der Vollziehbarkeitsanordnung wesentlich umfangreicher als diejenige des Bestimmungsbescheides. Dass der Antragsgegner dabei den nicht bezifferten Vortrag der Beigeladenen zu 1 zu ihren „siebenstelligen“ Einkommenseinbußen dem Grunde nach für ausreichend plausibel gehalten hat, dem Vorbringen des Antragstellers zu den finanziellen Auswirkungen des Bestimmungsbescheides dagegen dessen mangelnde Bezifferung vorgeworfen hat, ist ohne Belang. Denn die Behörde hat ihrer Begründungspflicht dann genüge getan, wenn sie die wesentlichen Gesichtspunkte aufgezeigt hat, die sie zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Dagegen ist es nicht erforderlich, dass diese Gesichtspunkte auch zutreffend oder überzeugend sind. Es genügt daher, dass der Antragsgegner mit der schriftlichen Begründung der Vollziehbarkeitsanordnung nicht nur deutlich gemacht hat, eine Interessenabwägung vorgenommen zu haben, sondern auch die für ihn dabei maßgeblichen Gesichtspunkte dargelegt hat.

3. Bei der gebotenen Abwägung des Vollzugsinteresses mit dem Aussetzungsinteresse ist zu berücksichtigen, dass die gegen den Bestimmungsbescheid des Antragsgegners erhobene, zulässige (siehe dazu die Ausführungen unter B.2) Anfechtungsklage des Antragstellers aller Voraussicht nach Erfolg haben wird.

a) Die Anfechtungsklage des Antragstellers ist nach dem gegenwärtigen Erkenntnisstand begründet. Die dabei vor der formellen und materiellen Rechtmäßigkeit des Bestimmungsbescheides (dazu unter b) zu prüfende Anfechtungsberechtigung des Antragstellers (zur zweistufigen Prüfung der Begründetheit von Drittanfechtungen siehe nur BSG, Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R – BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4, jeweils Rn. 22 ff. und 26 ff.) liegt vor. Zwar ist der angefochtene Bestimmungsbescheid weder an den Antragsteller gerichtet noch der Antragsteller durch ihn unmittelbar rechtlich betroffen (1). Auch ergibt sich seine Anfechtungsberechtigung nicht aus seiner Beteiligtenstellung im

Verwaltungsverfahren (2). Ebenso wenig lässt sie sich aus einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern bei der Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V ableiten (3). Doch entfaltet das in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V enthaltene Gebot, die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen, drittschützende Wirkung zugunsten des Antragstellers (4).

(1) Die Anfechtungsklage setzt gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG voraus, dass eine Verletzung von Rechten des Klägers durch den angefochtenen Verwaltungsakt als möglich erscheint (siehe nur Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 54 Rn. 9). Der rechtliche Status des Antragstellers und seine sonstigen Rechtsbeziehungen werden durch den Bestimmungsbescheid weder umgestaltet noch ist er sonst unmittelbar rechtlich betroffen. Insbesondere unterscheidet sich seine Lage von derjenigen der Krankenkassen, die durch den Bestimmungsbescheid unmittelbar verpflichtet und berechtigt werden, ihre Versicherten auf ihre Kosten mit bestimmten ambulanten Leistungen der Beigeladenen zu 1 versorgen zu lassen, und bei denen sich aus diesem Grunde die Berechtigung zur Anfechtung von Bestimmungsbescheiden nicht verneinen lässt (sogar gegen eine Klagebefugnis der Krankenkassen: Stollmann, NZS 2009, 248, 252 unter Berufung auf das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts [BVerwG] vom 16.06.1994 – 3 C 12.93 – NJW 1995, 1628 f., das sich jedoch auf § 116b Abs. 2 SGB V nicht übertragen lässt, weil die Berechtigung des Krankenhauses zur ambulanten Versorgung Versicherter nicht nur mittelbare Folge des Bestimmungsbescheides, sondern dessen unmittelbares Ziel ist). Demgegenüber begehrt der Antragsteller die (teilweise) Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der einer anderen – der Beigeladenen zu 1 – erteilt und durch den dieser erlaubt wurde, bestimmte ambulante Leistungen, die auch er selbst anbietet, zu erbringen. Der Antragsteller kann durch diesen Verwaltungsakt nur mittelbar bzw. nur durch dessen wirtschaftliche Auswirkungen betroffen sein. Dies reicht im Regelfall für eine rechtliche Betroffenheit und damit für die Annahme einer Anfechtungsbefugnis nicht aus, denn die Rechtsordnung gewährt bei der Ausübung beruflicher Tätigkeiten grundsätzlich keinen Schutz vor Konkurrenz (BSG, Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 14; siehe zu Art. 12 Abs. 1 GG: BVerfG, Beschluss vom 22.05.1996 – 1 BvR 744/88 u.a. – BVerfGE 94, 372, 395; Beschluss vom 03.12.1980 – 1 BvR 409/80 – BVerfGE 55, 261, 269; Beschluss vom 01.02.1973 – 1 BvR 426/72 u.a. – BVerfGE 34, 252, 256).

(2) Eine Anfechtungsberechtigung des Antragstellers ergibt sich auch nicht aus seiner Beteiligung am Verwaltungsverfahren und der sich daraus ableitenden formellen Bindungswirkung als Adressat des Verwaltungsaktes (zu letzterem Gerichtspunkt Krasney in: Kasselner Kommentar, SGB X, § 12 Rn. 2 und 19, Stand Dezember 2003). Der Antragsgegner hat ihn auf seinen Antrag hin gemäß § 12 Abs. 2 SGB X zum Verfahren hinzugezogen. Danach kann die Behörde Dritte hinzuziehen, deren rechtliche Interessen durch den Ausgang des Verfahrens berührt werden können (Satz 1) oder für die der Ausgang des Verfahrens rechtsgestaltende Wirkung hat (Satz 2). Letzteres trifft – wie unter (1) ausgeführt – auf die Krankenkassen zu. Es trifft aber nicht auf die Vertragsärzte zu, da deren rechtlicher Status durch die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung in keiner Weise verändert wird. Aber selbst wenn die Hinzuziehung des Antragstellers nach § 12 Abs. 2 Satz 2 SGB X und nicht nach § 12 Abs. 2 Satz 1 SGB X erfolgt sein sollte, ist er nicht bereits deshalb klagebefugt. Denn wie bei dem gemäß § 75 SGG zum gerichtlichen Verfahren Beigeladenen die bloße Beteiligtenstellung für seine Rechtsmittelbefugnis nicht ausreicht, sondern darüber hinaus eine materielle Beschwer, mithin eine Verletzung in eigenen Rechten durch das angefochtene Urteil, vorliegen muss (Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., § 75 Rn. 19), genügt für die Klagebefugnis nicht die durch die Hinzuziehung erlangte Beteiligtenstellung im Verwaltungsverfahren, sondern es muss darüber hinaus die Verletzung eigener Rechte durch den angefochtenen Verwaltungsakt als möglich erscheinen.

(3) Die Anfechtungsberechtigung des Antragstellers lässt sich auch nicht aus einem Vorrang-Nachrang-Verhältnis zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern bei der Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V ableiten.

aa) Während bei der offensiven Konkurrentenklage, bei der mehrere Bewerber um die Zuerkennung einer nur einmal zu vergebenden Berechtigung streiten, die Sozialgerichte die Anfechtungsbefugnis des übergangenen Bewerbers schon lange grundsätzlich für gegeben erachten (siehe nur BSG, Urteil vom 05.11.2003 – B 6 KA 11/03 R – BSGE 91, 253 = SozR 4-2500 § 103 Nr. 1, jeweils Rn. 8), wurde sie von den Verwaltungsgerichten im

Krankenhausplanungsrecht abgelehnt (vgl. Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Beschluss vom 06.11.2001 – 9 S 772/01 – NVwZ-RR 2002, 504, 505 im Ergebnis aber offengelassen; Oberverwaltungsgericht [OVG] Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 18.07.2002 – 13 B 1186/02 – NVwZ 2003, 630, 631), bis das BVerfG in einem Kammerbeschluss vom 14.01.2004 (1 BvR 506/03 – NZS 2004, 199, 200 f.) entschieden hat, dass zur Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes dem übergangenen Krankenhaus zeitnah die Möglichkeit der Drittanfechtung des Feststellungsbescheides über die Aufnahme in den Krankenhausplan eingeräumt werden muss. Defensive Konkurrentenklagen zur Abwehr eines zusätzlichen Konkurrenten hatten dagegen auch die Sozialgerichte grundsätzlich für unzulässig gehalten, es sei denn, die dem Konkurrenten erteilte Versorgungsberechtigung verstieß gegen das Willkürverbot (BSG, Urteil vom 11.12.2002 – B 6 KA 32/01 R – BSGE 90, 207, 210 ff. = SozR 3-1500 § 54 Nr. 47; Urteil vom 10.05.2000 – B 6 KA 9/99 R – SozR 3-2500 § 101 Nr. 4 S. 23; Urteil vom 29.09.1999 – B 6 KA 30/98 R – SozR 3-1500 § 54 Nr. 40 S. 85). Dahinter stand die Erwägung, dass trotz des § 116 Satz 2 SGB V zu entnehmenden Nachrangs der Ermächtigung gegenüber der Versorgung durch die Vertragsärzte, die Vorschriften über die Erteilung von Ermächtigungen weder dazu dienen, Konkurrenz von den niedergelassenen Vertragsärzten fernzuhalten, noch dazu, ihre vertragsärztliche Tätigkeit vor wirtschaftlichen Gefährdungen zu schützen. Der weitgehende Ausschluss defensiver Konkurrentenklagen von Vertragsärzten wird nach einem Kammerbeschluss des BVerfG vom 17.08.2004 (1 BvR 378/00 – SozR 4-1500 § 54 Nr. 4) der Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit nicht gerecht. Zwar gewähre Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz. Eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge habe, könne aber das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel oder einem regulierten Marktzugang stehe. Werde zur Wahrung von Gemeinwohlbelangen der einzelne Leistungserbringer weitgehenden Einschränkungen unterworfen und komme es in einem dergestalt durchstrukturierten Markt durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, an den Gemeinwohlbelangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führten, bestehe die Möglichkeit, dass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt seien (BVerfG, a. a. O., Rn. 19 ff.). Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse sei dann zu besorgen, wenn – wie nach § 116 Satz 2 SGB V – den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vor-

rang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt sei (BVerfG, a. a. O., Rn. 24 f.).

Anders als bei der offensiven Konkurrentenklage, bei der die Anfechtungsbefugnis aus der eigenen Grundrechtsbetroffenheit jedes Bewerbers folgt, kann bei der defensiven Konkurrentenklage die Anfechtungsberechtigung nicht aus materiellen Grundrechten abgeleitet werden, weil diese keinen Anspruch auf Fernhaltung anderer begründen. Vielmehr kann sich eine Befugnis zur Abwehr des Konkurrenten nur aus einfach-rechtlichen Regelungen ergeben, wenn diesen ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen ist, die schon eine Position am Markt innehaben (BSG, Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 16). Ausgehend hiervon wird im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 17.08.2004 (1 BvR 378/00 – SozR 4-1500 § 54 Nr. 4) ein Vertragsarzt unter folgenden kumulativ vorliegenden Voraussetzungen für berechtigt gehalten, die zugunsten eines Konkurrenten ergangenen Entscheidungen anzufechten:

- der Vertragsarzt und der Konkurrent bieten im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen an,
- dem Konkurrenten wird die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt,
- der dem Konkurrenten eingeräumte Status ist gegenüber demjenigen des Anfechtenden nachrangig, was der Fall ist, wenn die Einräumung des Status an den Konkurrenten vom Vorliegen eines Versorgungsbedarfs abhängt, der von den bereits zugelassenen Vertragsärzten nicht abgedeckt wird (BSG, Urteil vom 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R – juris Rn. 19; Urteil vom 17.06.2009 – B 6 KA 38/08 R – SozR 4-2500 § 101 Nr. 5 Rn. 17; Urteil vom 17.06.2009 – B 6 KA 25/08 R – SozR 4-1500 § 54 Nr. 16, jeweils Rn. 19; Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R – BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4, jeweils Rn. 17 ff.; Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 19 ff.).

Von der Maßgeblichkeit eines Vorrang-Nachrang-Verhältnisses ist auch das BVerfG ausgegangen, als es den Ausschluss defensiver Konkurrentenklagen im Krankenhauspla-

nungsrecht durch das BVerwG (Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35.07 – BVerwGE 132, 64) gebilligt hat, weil das einfache Recht den vorhandenen Plankrankenhäusern gegenüber hinzutretenden Konkurrenten keinen Vorrang einräume (BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08 – GesR 2009, 376, 377).

bb) § 116b Abs. 2 SGB V lässt sich ein Vorrang der bereits niedergelassenen Vertragsärzte gegenüber den Krankenhäusern nicht entnehmen (so auch: Stollmann, NZS 2009, 248, 250 f.; Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, 2008, § 14 Rn. 10; Szabados, GesR 2007, 97, 102; anderer Ansicht Pitschas, MedR 2008, 473, 476 f.). Der Gesetzestext enthält keinen Hinweis darauf, dass die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V von einem Versorgungsbedarf abhängt, der von den Vertragsärzten nicht abgedeckt wird. Aus der Formulierung in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V, die Bestimmung erfolge „im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes“, ergibt sich – wie bereit ausgeführt wurde (s.o. A.1) – nicht, dass die Prüfungs- und Entscheidungsmaßstäbe des Krankenhausplanungsrechts entsprechend heranzuziehen wären.

cc) Ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis lässt sich ebenfalls nicht daraus ableiten, dass nach § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V über die Bestimmung „unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ zu entscheiden ist.

Zwar sind mit dem Berücksichtigungsgebot Bedarfsgesichtspunkte angesprochen. Denn die vertragsärztliche Versorgungssituation, die nach dem Wortlaut des Gesetzes bei der Entscheidungsfindung eine Rolle spielen soll, wird durch Umfang und Qualität des Angebots an und der Nachfrage nach ambulanten Katalogleistungen im Sinne des § 116b Abs. 3 und 4 SGB V bestimmt und kann gemessen am Bedarf durch Über- oder Unterversorgung geprägt sein. Dementsprechend muss die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung eine Analyse und Würdigung der aktuellen Versorgungssituation im vertragsärztlichen Bereich voraussetzen. Da dazu ermittelt werden muss, wie hoch der Versorgungsbedarf im jeweiligen Versorgungsgebiet ist und inwieweit die Vertragsärzte diesen Bedarf tatsächlich abdecken können, läuft dies im Ergebnis auf eine Bedarfsprüfung hinaus



(vgl. Weimer/Multmeier, AZR 2008, 31, 35). Dem widersprechen freilich die Gesetzesmaterialien, in denen es apodiktisch heißt: „Eine Bedarfsprüfung erfolgt nicht.“ (BT-Drucks. 16/3100, S. 139). Indessen kann mit den Gesetzesmaterialien, die nur eine Auslegungshilfe sind und nicht selbst Normcharakter haben, nicht der Gesetzestext überspielt werden, der mit der vertragsärztlichen Versorgungssituation Bedarfsgesichtspunkte anspricht und deren Berücksichtigung bei der Entscheidung über die Bestimmung verlangt. Außerdem ist in den Gesetzesmaterialien auch davon die Rede, dass mit der Neufassung des § 116b Abs. 2 SGB V zusammen mit anderen Änderungen durch das GKV-WSG die Grundlage dafür geschaffen werden sollte, „die Bedarfszulassung im Sinne von Zulassungssperren zu einem späteren Zeitpunkt abzulösen und künftig auf eine Versorgungsplanung zu konzentrieren, die auch sektorenübergreifend sein sollte“ (BT-Drucks. 16/3100, S. 88). Vor diesem Hintergrund lässt sich das Gebot, bei der Bestimmung des Krankenhauses die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen, auch als ein erster Ansatz zu einer sektorübergreifenden Versorgungsplanung begreifen. Hinzu kommt, dass die Teilöffnung der Krankenhäuser für die ambulante Erbringungen von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V zur Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung eingeführt wurde. In § 116b Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 SGB V i.d.F. des GMG hieß es ausdrücklich, dass in „Ergänzung zur vertragsärztlichen Versorgung“ mit den Krankenhäusern über die ambulante Erbringung von Katalogleistungen Verträge geschlossen werden können. Diese Formulierung ist mit Inkrafttreten des GKV-WSG aufgrund der Einführung des Zulassungsverfahrens, durch das die Teilöffnung der Krankenhäuser für die ambulante Behandlung vorangetrieben (BT-Drucks. 16/3100, S. 87 f. und 89), nicht aber auf eine völlig neue Grundlage gestellt werden sollte, gestrichen worden. So besehen kann in der nach § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V i.d.F. des GKV-WSG gebotenen „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ ein Ersatz für die von § 116b Abs. 3 Satz 1 Halbs. 1 SGB V i.d.F. des GMG verlangte „Ergänzung zur vertragsärztlichen Versorgung“ gesehen werden.

Doch lässt sich trotz der mit der vertragsärztlichen Versorgungssituation angesprochenen Bedarfsgesichtspunkte aus dem Gebot ihrer Berücksichtigung in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V nicht ableiten, dass den Vertragsärzten bei der Abdeckung des Versorgungsbedarfs ein Vorrang zuzusprechen wäre. Denn nach § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V ist die vertragsärztliche Versorgungssituation nur zu berücksichtigen. Mit dem Wort „berücksichtigen“ wird

aber eine geringere Intensität der Gesetzesbindung zum Ausdruck gebracht als mit dem Wort „beachten“. Während „beachten“ im Sinne von „als verbindlich zugrunde legen“ zu verstehen ist, bedeutet „berücksichtigen“ nur, dass Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen und eine sachliche Auseinandersetzung mit ihnen zu erfolgen hat, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden darf (vgl. BSG, Urteil vom 10.05.2000 – B 6 KA 20/99 R – BSGE 86, 126, 137 = SozR 3-2500 § 85 Nr. 37). Ist die vertragsärztliche Versorgungssituation nur ein in diesem Sinne bei der Entscheidungsfindung zu berücksichtigender Gesichtspunkt, hängt die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung nicht zwingend von einem von den Vertragsärzten nicht abgedeckten Versorgungsbedarf ab. Insoweit trifft es zu, dass die Bestimmung bedarfsunabhängig ausgestaltet ist (Wenner, GesR 2009, 505, 509). Es besteht auch ein textlicher Unterschied gegenüber den Vorschriften des Krankenversicherungsrechts, denen ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis zu entnehmen ist. So heißt es in § 116 Satz 2 SGB V und in § 31a Abs. 1 Satz 2 Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (ÄrzteZV), dass die Ermächtigung zu erteilen ist, soweit und solange ohne sie eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten nicht sichergestellt wird. Folglich kommt eine Ermächtigung nur in Betracht, wenn die ambulante Versorgung von den Vertragsärzten nicht gewährleistet ist, also ein von ihnen nicht abgedeckter Versorgungsbedarf besteht (siehe nur BSG, Urteil vom 19.07.2006 – B 6 KA 14/05 R – SozR 4-2500 § 116 Nr. 3 Rn. 16). Wenn demgegenüber § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V die Bestimmung des Krankenhauses nicht von Lücken in der vertragsärztlichen Versorgung abhängig macht, sondern nur die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation verlangt, kann von einem den Vertragsärzten bei der Abdeckung des Versorgungsbedarfs eingeräumten Vorrang keine Rede sein.

(4) Auch wenn aus § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis nicht abgeleitet werden kann, folgt nicht im Umkehrschluss daraus, dass das Berücksichtigungsgebot keine drittschützende rechtliche Bedeutung hat. Vielmehr ergibt sich die Anfechtungsberechtigung des Antragsstellers gerade aus dem in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V festgeschriebenen Gebot zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgung (so im Ergebnis auch: Hencke in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 116b SGB V, 3. Aufl., Rn. 3a, Stand 01.07.2009; Hänlein in: LPK-SGB V, 3. Aufl., § 116b Rn. 23; Pitschas, MedR 2008, 473, 481; Debong, ArztRecht 2008, 284, 289; dagegen eine Anfecht-

tungsberechtigung ablehnend: Stollmann, NZS 2009, 248, 250 f.; Möller, SGB 2009, 345, 349; Becker in: ders./Kingreen, SGB V, § 116b Rn. 8; Köhler-Hohmann in: jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 54; Walter in: Medizinrecht heute: Erfahrungen, Analysen, Entwicklungen, 2008, S. 657, 668 f.; Wagener/Weddehage, MedR 2007, 643, 648; Szabados, GesR 2007, 97, 102; Wenner, GesR 2007, 337, 343; zurückhaltender Wenner, GesR 2009, 505, 509; das BVerfG hat die Frage der Anfechtungsbefugnis in seinem Kammerbeschluss vom 31.07.2008 – 1 BvR 840/08 – GesR 2008, 607, mit dem Verfassungsbeschwerden von Vertragsärzten unmittelbar gegen § 116b Abs. 2 SGB V nicht zur Entscheidung angenommen worden sind, ausdrücklich offen gelassen; differenzierend Knittel in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 116b SGB V Rn. 20, Stand Juli 2009, der meint, den Vertragsärzten müsse die Möglichkeit der Klage bleiben, wenn sie geltend machen könnten, der Leistungskatalog sei zu weit gefasst oder bei Erteilung der Bestimmung nicht genügend beachtet worden).

Die Anfechtungsbefugnis Dritter, die nicht oder nur formal durch eine Beteiligung nach § 12 SGB X Adressaten des Verwaltungsaktes sind, setzt voraus, dass die Rechtsnormen, die dem angefochtenen Verwaltungsakt zu Grunde liegen, nicht nur im Interesse der Allgemeinheit erlassen worden, sondern – zumindest auch – dem Schutz der Individualinteressen Dritter zu dienen bestimmt sind (siehe nur BSG, Urteil vom 11.12.2002 – B 6 KA 32/01 R – BSGE 90, 207, 209 = SozR 3-1500 § 54 Nr. 47; Urteil vom 14.11.2002 – B 13 RJ 19/01 R – BSGE 90, 127, 131 = SozR 3-5795 § 10d Nr. 1; Urteil vom 10.05.2000 – B 6 KA 9/99 R – SozR 3-2500 § 101 Nr. 4 S. 22; Urteil vom 29.09.1999 – B 6 KA 30/98 R – SozR 3-1500 § 54 Nr. 40 S. 84; Urteil vom 19.06.1996 – 6 RKa 84/95 – BSGE 78, 291, 292 = SozR 3-5520 § 32b Nr. 2; Urteil vom 06.02.1992 – 12 RK 15/90 – BSGE 70, 99, 101 = SozR 3-1500 § 54 Nr. 15). Ob eine Rechtsnorm dem Schutz von Individualinteressen dient oder nicht, ist durch deren Auslegung zu ermitteln. Wesentliches Kriterium für den drittschützenden Charakter einer Norm ist, inwieweit in ihr der Kreis der geschützten Personen und deren geschütztes Interesse (Rechtsgut) hinreichend klar abgegrenzt wird (BSG, Urteil vom 11.12.2002 – B 6 KA 32/01 R – BSGE 90, 207, 209 = SozR 3-1500 § 54 Nr. 47; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung [VwGO], 16. Aufl., § 42 Rn. 84). Drittschutz vermitteln nur solche Rechtsnormen, die nach dem in ihnen enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm auch der Rücksichtnahme auf Interes-

sen eines individualisierbaren, d.h. sich von der Allgemeinheit unterscheidenden Personenkreises dienen (BSG, Urteil vom 14.03.2001 – B 6 KA 34/00 R – BSGE 88, 6, 8 = SozR 3-2500 § 103 Nr. 6). Einen Auslegungsgrundsatz, nach dem nur solche Rechtsnormen drittschützende Wirkung zugunsten der bereits vorhandenen Leistungserbringer entfalten, die ihnen einen Vorrang gegenüber neu hinzutretenden Leistungserbringern einräumen, gibt es nicht. Wird dem in § 116 Satz 2 SGB V und in § 31a Abs. 1 Satz 2 ÄrzteZV angeordneten Vorrang der Vertragsärzte deshalb drittschützender Charakter zugesprochen, weil diesen Rechtsnormen ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte, die in demselben räumlichen Bereich wie der um eine Ermächtigung nachsuchende Krankenhausarzt bereits eine Position am Markt der Leistungserbringer innehaben, zu entnehmen ist (BSG, Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R – BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4, jeweils Rn. 17; Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 16), handelt es sich – unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG zur defensiven Konkurrentenklage – um eine eindeutige Zuweisung rechtlich geschützter Interessen Dritter durch den Gesetzgeber. Hieraus folgt aber nicht, dass die gesetzgeberische Formulierung individueller, rechtlich geschützter Interessen Dritter jenseits eines Vorrang-Nachrang-Verhältnisses nicht möglich ist. Die Intensität des Drittschutzes darf nicht mit der Frage vermengt werden, ob überhaupt eine drittschützende Norm vorliegt.

Ein solches, rechtlich erhebliches Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der Vertragsärzte ist § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V insoweit zu entnehmen, als danach bei der Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen ist. Damit ist nicht allein das Interesse der Allgemeinheit an der ambulanten Versorgung mit Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V angesprochen, sondern auch das Individualinteresse der zugelassenen Vertragsärzte – und MVZ –, die die gleichen Leistungen im selben Versorgungsbereich wie das Krankenhaus erbringen. Das Gebot zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ist zwar weniger als der in einer Bedarfsabhängigkeit zum Ausdruck kommende Vorrang der Vertragsärzte, macht aber dennoch deutlich, dass auch bei der Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung auf die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte Rücksicht zu nehmen ist (Düring in:

Festschrift Schnapp, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, 2008, S. 389, 396 ff. m. w. N. in Fn. 21; indifferent bzw. aporetisch: Reiter/Spiegel, ZMGR 2008, 245, 253, die diese Auffassung als „vertretbar“ bezeichnen; Weimer/Multmeier, AZR 2/2008, 31, 35 ff., die meinen: „Inwieweit die eine oder andere Ansicht vorzugswürdig ist, ist letztlich Überzeugungsfrage oder eine solche der Interessenvertretung.“). Da Gegenstand des Berücksichtigungsgebots immer die vertragsärztliche Versorgungssituation bei der jeweiligen Katalogleistung ist, für die das Krankenhaus die Bestimmung begehrt, ist nicht nur das rechtlich geschützte Interesse, sondern über den Einzugsbereich der Leistung auch der geschützte Personenkreis hinreichend klar abgegrenzt. Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass der Gesetzestext nur auf die „Situation“ der vertragsärztlichen Versorgung, nicht aber auf die „Interessen“ oder „Belange“ der Vertragsärzte Bezug nimmt (so aber Stollmann, NZS 2009, 248, 251; Möller, SGB 2009, 345, 349). Denn der Drittschutz einer Rechtsnorm muss nicht ausdrücklich in ihrem Wortlaut angeordnet sein. Vielmehr genügt es, wenn sich die drittschützende Wirkung im Wege der Auslegung ermitteln lässt. Da die vertragsärztliche Versorgungssituation durch die Vertragsärzte und ihre „Situation“ bestimmt wird, ist der Berücksichtigungsklausel des § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Belange der Vertragsärzte zu entnehmen. Hiervon ist auch der Gesetzgeber ausgegangen, als der Bundestag in einer mit dem GKV-WSG beschlossenen Entschließung die Länder aufgefordert hat, bei ihrer Entscheidung über die Berechtigung eines Krankenhauses zur ambulanten Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V, die „Belange der vertragsärztlichen Leistungserbringer“ durch Beteiligung der zuständigen KÄV zu berücksichtigen (BT-Drucks. 16/4220, S. 4 unter IV.). Auch wenn sich diese Aufforderung unmittelbar auf die Anwendung des § 116b Abs. 2 Satz 3 SGB V bezieht, so lässt sie doch Rückschlüsse auf die Auslegung des § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V zu (vgl. Rau in: GKV-Kommentar, § 116b SGB V Rn. 8, Stand Mai 2009).

Es darf nicht aus dem Blick geraten, dass die Bestimmung von Krankenhäusern als weitere ambulante Leistungserbringer den Charakter der bloßen Ergänzung bis hin zur Ersetzung der vertragsärztlichen Versorgung auf den in § 116b Abs. 3 und 4 SGB V genannten Gebieten annehmen kann. Eine vom Gesetz erlaubte oder gar beabsichtigte Entwicklung, durch die es faktisch zu einer Verdrängung der vertragsärztlichen Versorgung in dem durch § 116b Abs. 3 und 4 SGB V abgesteckten Teilbereich käme oder auch nur kommen

könnte, bedürfte keiner Einschränkung durch die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation. Hierfür würde es genügen, dass das den Antrag stellende Krankenhaus die Eignungsvoraussetzungen nachweist. Indem das Berücksichtigungsgebot in § 116b Abs. 2 SGB V aufgenommen worden ist, kann daraus nur der Schluss gezogen werden, dass zumindest eine wesentliche Beeinträchtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation im Sinne eines Verdrängungswettbewerbs vom Gesetzgeber nicht gewollt ist. Dabei kommt es nicht auf die überindividuelle Situation des Vertragsarztsystems, sondern nur auf die Situation der einzelnen Vertragsärzte im Einzugsbereich des § 116b Abs. 2 SGB V bestimmten Krankenhauses an (zum regionalen Bereich als maßgeblichem örtlichen Anknüpfungspunkt vgl. nur BSG, Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R – BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4, jeweils Rn. 20). Denn die vertragsärztliche Versorgungssituation kann im Falle des § 116b Abs. 2 SGB V nie losgelöst von der konkreten örtlichen Gegebenheiten betrachtet werden, weil sich auch die Bestimmung des Krankenhauses nicht in einem abstrakten Raum vollzieht und auswirkt, sondern in einem konkreten regionalen Bereich. Dies bedeutet wiederum nicht, dass der einzelne Vertragsarzt einen unbedingten Anspruch auf Schutz vor Konkurrenz durch das Krankenhaus hat. Auch hat er keinen Anspruch auf einen wirtschaftlichen Bestandsschutz. Konkurrenz, die sich aus einem ergänzenden Leistungserbringerangebot ergibt und im Einzelfall auch zur Aufgabe einer Vertragsarztpraxis führen kann, ist vom Gesetz gewollt. Mit der gebotenen Rücksichtnahme auf die vertragsärztliche Versorgungssituation (§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V) lässt sich aber eine wesentliche Beeinträchtigung der Situation der Vertragsärzte im Einzugsbereich des Krankenhauses, die sich auf Leistungen der in § 116b Abs. 3 und 4 SGB V genannten Gebiete spezialisiert haben, nicht vereinbaren. Der Vertragsarzt, der seinen Sitz in dem Einzugsgebiet eines nach § 116b Abs. 2 SGB V bestimmten Krankenhauses hat, muss geltend machen können, dass die – auch ihn mit umfassende – regionale vertragsärztliche Versorgungssituation in einem erheblichen Maße bedroht und er persönlich davon betroffen ist.

Danach kann keine Rede davon sein, dass das Gebot zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation allein im Interesse der Allgemeinheit erlassen worden ist.

Auch der Blick auf das Krankenhausplanungsrecht spricht dafür, dem Berücksichtigungsgebot des § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V einen subjektiv-rechtlichen Gehalt zuzusprechen. Dem in § 8 Abs. 2 Satz 2 KHG enthaltenen Gebot der Berücksichtigung der Trägervielfalt hat die Rechtsprechung eine Verpflichtung der zuständigen Landesbehörde entnommen, innerhalb des jeweiligen Versorgungsgebietes bei der Auswahlentscheidung zwischen mehreren Krankenhäusern neben den öffentlichen auch die freigemeinnützigen und privaten Krankenhäuser angemessen zu berücksichtigen (BVerwG, Beschluss vom 12.02.2007 – 3 B 77.06 – juris Rn. 5); diese Verpflichtung kann im Einzelfall soweit gehen, dass einem weniger leistungsfähigen privaten Krankenhaus der Vorzug vor einem leistungsfähigeren öffentlichen Krankenhaus zu geben ist (BVerwG, Urteil vom 14.11.1985 – 3 C 41.84 – juris Rn. 60 = USK 85217). Wird der Gesichtspunkt der Trägervielfalt bei der Abwägung vernachlässigt, werden rechtlich geschützte Interessen des betroffenen Krankenhauses verletzt (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 04.03.2004 – 1 BvR 88/00 – NJW 2004, 1648, 1649 f.; ausführlich zum Rechtsschutzsystem im Krankenhausplanungsbereich BVerwG, Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35.07 – BVerwGE 132, 64 Rn. 16 ff.).

Wirkt das Gebot, die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen, drittschützend, muss ein Vertragsarzt, der im selben räumlichen Bereich die Leistungen anbietet, die Gegenstand der einem Krankenhaus erteilten Bestimmung sind, zu deren Anfechtung befugt sein. Regelmäßig wird dabei vom Vertragsarzt, der die Situation der mit ihm in Konkurrenz stehenden anderen Vertragsärzte zumeist unzureichend kennt, nur verlangt werden können, dass er seine eigene Situation so konkret beschreibt, dass sich die nicht fernliegende Möglichkeit der Gefährdung seiner vertragsärztlichen Tätigkeit daraus ableiten lässt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Der Antragsteller hat den Bestimmungsbescheid nur hinsichtlich der gynäkologisch-onkologischen Leistungen angefochten, die er selbst erbringt; gegen die Berechtigung zur Erbringung der übrigen im Bestimmungsbescheid aufgeführten onkologischen Leistungen wendet er sich mit seiner Klage nicht. Die streitigen Leistungen werden vom Antragsteller auch in erheblichem Umfang erbracht; nach seinem Vorbringen nimmt die Versorgung gynäkologisch-onkologischer Patientinnen bereits jetzt 60 bis 70 % der Arbeitszeit in Anspruch und macht 50 % des Umsatzes seiner Praxis aus. Der Antragsteller bietet diese Leistungen auch im selben räumlichen Bereich an wie die Beigeladene zu 1. Die Frauenklinik ihres Krankenhauses ist 6,9 km vom Praxissitz

des Antragstellers entfernt. Angesichts dieser geringen Entfernung bedarf es keiner weiteren Vertiefung zur Reichweite des Einzugsbereichs von Erbringern der streitigen onkologischen Leistungen; die zu 7 beigelegene KÄV ist insoweit von einem Umkreis von 30 km um das Krankenhaus der Beigeladenen zu 1 ausgegangen. Der Antragsteller hat auch plausibel dargetan, dass seine vertragsärztliche Tätigkeit durch den Bestimmungsbescheid gefährdet ist. Erbringt der Antragsteller somit die gleichen Leistungen im selben Versorgungsbereich, wie es der Beigeladenen zu 1 durch den Bestimmungsbescheid ermöglicht wird und ist eine konkrete Beeinträchtigung der vertragsärztlichen Tätigkeit nicht fernliegend, ist er zu dessen Anfechtung aufgrund der drittschützenden Wirkung des Berücksichtigungsgabots in § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V berechtigt.

b) Der Bestimmungsbescheid ist, soweit er mit der Klage angefochten ist, rechtswidrig.

(1) Der Bestimmungsbescheid ist formell rechtmäßig. Insbesondere ist das Staatsministerium für Soziales, das ihn erlassen hat, die dafür zuständige Behörde. § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V weist mit der Bezugnahme auf den „Rahmen der Krankenhausplanung des Landes“ die Zuständigkeit für den Erlass des Bestimmungsbescheides der Landesbehörde zu, die nach dem Krankenhausplanungsrecht zuständig ist. Die für die Ausführung des Sächsischen Krankenhausgesetzes (SächsKHG) zuständige Behörde ist, soweit nichts anderes bestimmt ist, die Landesdirektion, in deren Bezirk das betreffende Krankenhaus liegt (§ 36 Abs. 1 Satz 1 SächsKHG). Eine abweichende Bestimmung von dieser Grundregel enthält etwa § 36 Abs. 2 Satz 1 SächsKHG, wonach das Staatsministerium für Soziales für die im Dritten Abschnitt des SächsKHG geregelte öffentliche Förderung der Krankenhäuser zuständig ist; darum geht es hier aber nicht. Die Krankenhausplanung hat ihre Regelung im Zweiten Abschnitt des SächsKHG gefunden. Dort ist bestimmt, dass das zuständige Staatsministerium den Krankenhausplan für das Gebiet des Freistaates Sachsen aufstellt und fortschreibt (§ 3 Satz 1 SächsKHG) sowie dass über die Aufnahme in den Krankenhausplan ein Feststellungsbescheid ergeht, wobei über die gegebenenfalls erforderliche Auswahl zwischen mehreren Krankenhäusern das zuständige Staatsministerium entscheidet (§ 7 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 SächsKHG). § 36 Abs. 3 SächsKHG erklärt das Sächsische Staatsministerium für Soziales (nunmehr Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz) zum zuständigen Staatsministerium. Eine ausdrückliche Bestimmung



darüber, welche Behörde für den Erlass des Feststellungsbescheides über die (Nicht-) Aufnahme in den Krankenhausplan zuständig ist, gibt es nicht. Obwohl es denkbar wäre, die Auswahlentscheidung ebenso wie den Krankenhausplan als bloßes Verwaltungsinternum zu qualifizieren (zum Krankenhausplan siehe nur: BVerwG, Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35.07 – BVerwGE 132, 64 Rn. 17) und die Zuständigkeit des Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz hierauf zu beschränken, wird davon ausgegangen, dass die Auswahlentscheidung Teil des Feststellungsbescheids ist (BVerwG, a. a. O., Rn. 18). Ausgehend hiervon lässt sich § 7 Abs. 2 Satz 2 SächsKHG mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen, dass das Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz abweichend von § 36 Abs. 1 SächsKHG für den Erlass des Feststellungsbescheides zuständig ist. Dementsprechend ist diese oberste Landesbehörde auch für den Erlass eines Bestimmungsbescheides nach § 116b Abs. 2 SGB V zuständig.

(2) Der Bestimmungsbescheid ist jedoch materiell rechtswidrig, weil der Antragsgegner bei seiner Entscheidung über die Bestimmung des Beigeladenen zu 1 zur ambulanten Behandlung die vertragsärztliche Versorgungssituation im Rahmen der ihm obliegenden Abwägung nicht berücksichtigt hat.

§ 116b Abs. 2 SGB V räumt den zugelassenen Krankenhäusern keinen gebundenen Anspruch auf Bestimmung zur ambulanten Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V ein. In § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V heißt es nicht, dass ein Krankenhaus unter bestimmten Voraussetzungen zur ambulanten Behandlung zu berechtigen ist, sondern nur, dass es berechtigt ist, wenn und soweit es zur ambulanten Behandlung bestimmt worden ist. Für Entscheidungsspielräume der zuständigen Landesbehörde im Sinne eines Ermessens spricht ferner die Formulierung des § 116b Abs. 2 Satz 2 SGB V, wonach die Bestimmung nicht erfolgen darf, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist (so auch Stollmann, ZGMR 2007, 134, 136; a. A. ohne Begründung für eine gebundene Entscheidung: Möller, SGB 2009, 345, 349. Mehr noch ergeben sich Abwägungsnotwendigkeiten aber daraus, dass nach § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V über die Bestimmung unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation zu entscheiden ist. Da – wie oben ausgeführt wurde – die Entscheidung nicht unter Beachtung, sondern nur unter Berücksichtigung der regionalen vertragsärztlichen Versorgungssituation und damit der Inte-

ressen der dortigen Vertragsärzte zu ergehen hat, müssen in ihr auch andere, im Gesetzestext nicht benannte Gesichtspunkte gewürdigt werden. Die Abwägung verschiedener, auch gegenläufiger Gesichtspunkte ist nicht kennzeichnend für eine gebundene Entscheidung, sondern für Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Dabei bedarf es hier keiner weiteren Vertiefung, ob diese Spielräume nur auf Rechtsfolgenseite im Sinne eines Ermessens oder auch auf Tatbestandsseite im Sinne eines Beurteilungsspielraums angesiedelt sind.

Welche weiteren Gesichtspunkte neben der vertragsärztlichen Versorgungssituation bei der Entscheidung über die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung zu berücksichtigen sind, ist in § 116b SGB V nicht ausdrücklich geregelt. Diese weiteren Abwägungsgesichtspunkte ergeben sich namentlich aus den allgemeinen Anforderungen an die Ausgestaltung der Leistungserbringung, insbesondere an deren Qualität (§ 70 Abs. 1 Satz 1 SGB V) sowie Wirtschaftlichkeit (§ 70 Abs. 1 Satz 2 SGB V), und darüber hinaus aus dem Normzweck des § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V. Die darin vorgesehene Teilöffnung der Krankenhäuser dient nicht allein und nicht einmal vorrangig der Schließung von Versorgungslücken, sondern auch und vor allem der Verbesserung der Versorgungsqualität, den Erfordernissen der Patientengerechtigkeit und der Erschließung von Effizienzreserven. In den Gesetzesmaterialien zum GMG ist im Einzelnen von der besonderen Qualifikation der Krankenhausärzte und der hohen Patientenfrequenz (Erfahrung und Routine), der vorhandenen Struktur (Kompetenzbündelung), der Möglichkeit, Risiken der Behandlung besser beherrschen zu können (Sicherheit), und dem wirtschaftlichen Einsatz der im Krankenhaus vorhandenen kostspieligen Infrastruktur (Effizienz) die Rede (BT-Drucks. 15/1525, S. 120; siehe auch Wenner, GesR 2007, 337, 341). Die darüber hinaus in den Gesetzesmaterialien erwähnte Eröffnung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Versorgungsformen ist kein Selbstzweck, sondern dient den Zielen der Qualitätssteigerung, Patientengerechtigkeit und Effizienzsteigerung (vgl. BT-Drucks. 15/1525, S. 74). In den Gesetzesmaterialien zum GKV-WSG wird das Interesse einer kontinuierlichen Behandlung der Patienten stärker betont (BT-Drucks. 16/3100, S. 87). Es ist nicht mehr nur davon die Rede, dass bei häufig wiederkehrenden stationären Aufenthalten ein durchgängig abgestimmtes Versorgungskonzept aus einer Hand erforderlich sein kann (so BT-Drucks. 15/1525, S. 120). Vielmehr wird der Beseitigung von Schnittstellenproblemen, der Verbesserung der Zusammenarbeit zwischen ambulantem und stationärem Sektor sowie der Erleichterung der

Übergänge ein höherer Stellenwert eingeräumt (vgl. BT-Drucks. 16/3100, S. 87). Dem Wettbewerb wird trotz seiner gewollten Intensivierung weiterhin eine dienende Funktion für Qualität, Effizienz und Patientengerechtigkeit der Versorgung beigemessen; darüber hinaus soll den Gefahren des intensivierten Wettbewerbs mit einem adäquaten wettbewerbsrechtlichen Rahmen zum Schutz vor Diskriminierung und Missbrauch marktbeherrschender Stellungen begegnet werden (BT-Drucks. 16/3100, S. 87). Diese allgemeinen Gesichtspunkte werden, da die Eignung des Krankenhauses tatbestandlich bereits bejaht sein muss, regelmäßig keinen Grund dafür bieten, den Antrag des Krankenhauses abzulehnen. Dafür müssen schon besondere tatsächliche Umstände vorliegen, wie etwa ein geringeres Qualitätsniveau verglichen mit der regionalen vertragsärztlichen Versorgung. Diese allgemeinen Gesichtspunkte können es aber nach pflichtgemäßer Abwägung rechtfertigen, die Interessen der vertragsärztlichen Leistungserbringer hintanzustellen und dem Antrag des Krankenhauses stattzugeben.

Bei der von § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V verlangten Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ist zu beachten, dass – wie bereits ausgeführt wurde – damit Bedarfsgesichtspunkte angesprochen sind und dementsprechend eine Analyse und Würdigung der aktuellen Versorgungssituation im vertragsärztlichen Bereich erforderlich ist. Dies läuft zwar auf eine Bedarfsprüfung hinaus, bedeutet aber nicht, dass den niedergelassenen Vertragsärzten ein Vorrang bei der Abdeckung des Bedarfs zukäme. Vielmehr ist es denkbar, dass Gesichtspunkte der Qualität – wie etwa solche der höheren Erfahrung und Routine im Krankenhaus – oder der Patientengerechtigkeit – wie etwa bessere Erreichbarkeit – ein höherer Stellenwert eingeräumt wird. Diese Gesichtspunkte sind mit der Gefahr abzuwägen, dass durch den eröffneten Wettbewerb zwischen Vertragsärzten und Krankenhaus die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Vertragsärzte im regionalen Einzugsbereich des jeweiligen Krankenhauses derart beeinträchtigt wird, dass die vom Krankenhaus nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V angebotenen ambulanten Leistungen von den Vertragsärzten aus wirtschaftlichen oder rechtlichen Gründen nicht mehr oder nur noch sehr eingeschränkt erbracht werden können und dadurch trotz der gebotenen Vielfalt der Leistungserbringer insgesamt dennoch eine Verschlechterung der Versorgungssituation eintritt. Da es sich dabei nur um prognostische Bewertungen handeln kann, steht der Behörde, die den Bescheid nach § 116b Abs. 2 SGB V erlässt, ein Einschätzungsspielraum über die künftige

Entwicklung zu. Es kann allerdings in Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips geboten sind, im Rahmen der Ausübung des Ermessens zu Lasten des den Antrag stellenden Krankenhauses befristet Kontingentierungen vorzusehen, um die weitere Entwicklung zu beobachten und daraus Erkenntnisse für weitergehende Entscheidungen abzuleiten (§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V: „... wenn und soweit es ... dazu bestimmt worden ist.“). Dies ist umso eher in Erwägung zu ziehen, als die begründete Befürchtung besteht, dass bei den in Frage stehenden Leistungen das Krankenhaus einen faktischen Erstzugriff auf die Patienten hat und bei geschickter Führung der Patienten vertragsärztliche Leistungserbringer ausschließen kann. Dabei spielt es eine Rolle, ob das Krankenhaus und gegebenenfalls eine Mehrheit von Krankenhäusern (bei parallel gestellten Anträgen) einen so erheblichen Marktanteil im stationären Bereich haben, dass ein entsprechender Marktanteil im ambulanten Bereich zu erwarten ist. Wenn – wie hier – das Krankenhaus bereits Träger eines MVZ ist, das im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung auf die Erbringung von Leistungen spezialisiert ist, für die das Krankenhaus die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V beantragt, mag dies geeignet sein, derartige Befürchtungen zu widerlegen. Zugleich stellt sich dann aber die Frage, ob eine Verbesserung der Qualität, der Patientengerechtigkeit und der Effizienz dadurch noch erreicht werden kann, dass zusätzlich das Krankenhaus als stationäre Einrichtung ambulante Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V erbringt. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – das vom Krankenhaus getragene MVZ sich sogar auf dem Betriebsgelände des Krankenhauses befindet. Die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V dient jedenfalls nicht vordringlich dazu – und hierin irrt die Beigeladene zu 1 –, den Zwängen des Vergütungsrechts im vertragsärztlichen oder stationären Bereich auszuweichen, um als Krankenhaus das eigene betriebswirtschaftliche Ergebnis zu verbessern. Der sich aus der Bestimmung ergebende „Mehrwert“ für die ambulante Versorgung der Versicherten und das Gesamtsystem der Krankenversicherung muss sich aus anderen Gründen ergeben, wobei auch die Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven zugunsten des Gesamtsystems (!) der Krankenversicherung eine Rolle spielen kann.

Die Bedarfsprüfung, die zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation erforderlich ist, darf jedoch nicht mit der Bedarfsplanung im vertragsärztlichen Bereich verwechselt werden (Hencke in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, § 116b

SGB V Rn. 3, Stand Juli 2009). Die vertragsärztliche Bedarfsplanung im engeren Sinne (§§ 100, 101 SGB V) greift die Fachgebiete nach den Weiterbildungsordnungen auf (siehe § 4 Bedarfsplanungs-Richtlinie Ärzte) und vermag daher schon vom Ansatz her keine Auskunft über den Bedarf an Katalogleistungen nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V, für die das Krankenhaus die Bestimmung zur ambulanten Behandlung beantragt hat, und dessen Abdeckung zu geben. Denn für die Bestimmung des Krankenhauses ist nicht der nach Arztgruppen bemessene quantitative Bedarf von Bedeutung, sondern der auf die jeweilige Leistung bezogene qualitative Bedarf und die diesbezüglichen Kapazitäten der zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer.

Gleichwohl bleibt es dabei, dass der Stellenwert der vertragsärztlichen Versorgungssituation nicht deshalb gering zu veranschlagen ist, weil die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung nicht gegenüber der Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung nachrangig ist. Zwar räumt das Gesetz in § 116b Abs. 2 SGB V den Vertragsärzten keinen Vorrang ein. Doch lässt das Gesetz die Bestimmung von Krankenhäusern zur ambulanten Behandlung auch nur unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation zu. Von einer völligen Gleichrangigkeit kann – wie unter B. 3. a (4) und soeben ausführlich dargelegt wurde – nicht die Rede sein. Deshalb greift die Argumentation zu kurz, die Bestimmung des Krankenhauses bilde gegenüber der vertragsärztlichen Versorgung einen eigenen Rechtskreis (so Deutsche Krankenhausgesellschaft, KH 2007, 411, 412, 413 und 418). Denn § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V verkoppelt beide Bereiche gerade durch das Berücksichtigungsgebot miteinander.

Da der zuständigen Landesbehörde bei der Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung ein Spielraum zusteht, beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, ob die Behörde den Gehalt der anzuwendenden gesetzlichen Bestimmungen und den gesetzlichen Rahmen, in dem sie sich bewegen kann, zutreffend erkannt hat, von einem richtig und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen ist, die sich im Rahmen des Gesetzes haltenden Beurteilungsmaßstäbe beachtet hat und sich nicht von sachfremden Erwägungen hat leiten lassen. Das bedeutet auch, dass bei der Entscheidung die maßgeblichen Gesichtspunkte sämtlich in den Blick zu nehmen und angemessen zu berücksichtigen sind und dass die Behörde ihre Erwägungen so hinreichend in der Be-

gründung der Entscheidung zu verdeutlichen hat, dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist.

Gemessen an diesen Maßstäben ist der Antragsgegner dem Gebot, die vertragsärztliche Versorgungssituation zu berücksichtigen, nicht gerecht geworden. Im angefochtenen Bestimmungsbescheid heißt es dazu nur: Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei berücksichtigt worden. Die zu 7 beigelegene KÄV spreche sich gegen die Bestimmung der Beigeladenen zu 1 mit dem Verweis darauf aus, dass die Versorgung der Patienten durch die niedergelassenen Ärzte gewährleistet sei. Da nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers jedoch keine Bedarfsprüfung erfolge, stelle dieser Einwand keinen Ausschlussgrund dar. Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten sei in der Sitzung des Krankenhausplanungsausschusses am 15.01.2009 angestrebt worden. Nach Abwägung der öffentlichen und privaten Belange sei daher dem Antrag zu entsprechen. Dem Bestimmungsbescheid lässt sich nicht entnehmen, welche öffentlichen und privaten Belange miteinander abgewogen worden sein sollen. Der regionalen vertragsärztlichen Versorgungssituation jedenfalls ist dabei keine Bedeutung beigegeben worden. Ihre Berücksichtigung erschöpft sich darin, dem Verweis der zu 7 beigelegenen KÄV auf eine ausreichende Versorgung durch die Vertragsärzte die apodiktische Absage an eine Bedarfsprüfung in den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks. 16/3100, S. 139) entgegenzuhalten, obwohl diese am Gesetzestext nichts ändern kann, der mit der vertragsärztlichen Versorgungssituation gerade Bedarfsgesichtspunkte anspricht. Die Begründung des Bestimmungsbescheides erweckt den Eindruck, dass sich für den Antragsgegner die Berücksichtigung der regionalen vertragsärztlichen Versorgungssituation darin erschöpft, eine dazu bei der zu 7 beigelegenen KÄV eingeholte Stellungnahme zur Kenntnis zu nehmen. Damit ist der Antragsgegner aber dem Gebot zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation nicht gerecht geworden. Er hat zumindest nicht hinreichend verdeutlicht, dass er die Bedeutung dieses Berücksichtigungsgebotes zutreffend erkannt hat. Stattdessen spricht sein Hinweis auf die insoweit unzutreffenden Gesetzesmaterialien dafür, dass er die vertragsärztliche Versorgungssituation nicht für abwägungserheblich gehalten hat. Vor allem aber geht aus dem Bestimmungsbescheid nicht hervor, welche Gesichtspunkte der Antragsgegner bei der von ihm zu treffenden Abwägungsentscheidung berücksichtigt hat und von welchen Beurteilungsmaßstäben er dabei ausgegangen ist.

Hieran vermag auch der Hinweis auf eine Sitzung des Krankenhausplanungsausschusses nichts zu ändern, über die nichts Näheres mitgeteilt wird. Dagegen ist nicht zu beanstanden, dass der Antragsgegner zur Ermittlung der vertragsärztlichen Versorgungssituation die zu 7 beigeladene KÄV herangezogen hat (vgl. § 21 Abs. 1 SGB X). Falls er deren Ermittlungsergebnisse für unzutreffend gehalten haben sollte, wäre es allerdings nach § 20 Abs. 1 SGB X an ihm gewesen, den Sachverhalt weiter aufzuklären.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht dann, wenn ein Nachschieben von neuen Gründen im Hauptsacheverfahren für zulässig gehalten wird, weil auf dieses die Grundsätze über Vornahmeklagen anzuwenden sein sollten (zu Tatsachen- und Rechtsänderungen bei Drittanfechtungen von Zulassungen durch KÄVen und Krankenkassen: BSG, Urteile vom 02.09.2009 – B 6 KA 21/08 R – GesR 2010, 218, 221, – B 6 KA 34/08 R – BSGE 104, 116 = SozR 4-2500 § 101 Nr. 7 und – B 6 KA 35/08 R – GesR 2010, 88, 92). Zwar wird bei Vornahmeklagen ein Nachschieben von Gründen selbst dann unbeschränkt für möglich gehalten, wenn der Behörde bei Erlass des Verwaltungsakts Entscheidungsspielräume zustehen (Kopp/Schenke, VwGO, 16. Aufl., § 113 Rn. 232). Doch hat der Antragsgegner seine Bestimmungsentscheidung bisher nicht fehlerfrei begründet.

Dies gilt zunächst für die in der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit vom 14.05.2009 genannten Erwägungen – ungeachtet der Frage, ob eine solche Anordnung überhaupt für die Mitteilung der Gründe für den ihr zugrunde liegenden Verwaltungsakt geeignet ist. Wohl können die in der Anordnung erwähnten Gesichtspunkte der Erfahrung und Routine, Kompetenzbündelung und Sicherheit – wie oben dargelegt wurde – für die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung sprechen. Die pauschale Berufung auf diese Gesichtspunkte wie in der Vollziehbarkeitsanordnung des Antragsgegners genügt aber nicht. Vielmehr muss auch bezogen auf die einzelnen zu beurteilenden Katalogleistungen konkret dargelegt werden, wodurch sich das Krankenhaus hinsichtlich dieser Gesichtspunkte hervortut, worauf also seine Erfahrung beruht, woher es seine Routine bezieht, worin die Kompetenzbündelung besteht und worauf die Sicherheit in der Behandlung beruht. Außerdem müssen alle diese Gesichtspunkte auch mit der Situation im regionalen vertragsärztlichen Bereich verglichen und dargelegt werden, ob und warum sich daraus unter Berücksichtigung der prognostizierten weiteren Entwicklung eine Verbesserung

der Versorgungssituation insgesamt ergeben wird, ohne die vertragsärztliche Versorgungssituation wesentlich zu beeinträchtigen. Hierzu findet sich in der Vollziehbarkeitsanordnung nichts. Stattdessen erweckt die Anordnung den Eindruck, der Antragsgegner messe dem Wettbewerb zwischen Krankenhäusern und Vertragsärzten nicht nur eine dienende Funktion bei, sondern halte ihn für einen Wert an sich, wenn es heißt, dass der vom Gesetzgeber mit der Öffnung der Sektorengrenze gewollte Wettbewerb nur zum Tragen kommen könne, wenn Krankenhäuser auch bei einem im vertragsärztlichen Bereich gedeckten Bedarf zur Leistungserbringung zugelassen werden könnten. Auf die bereits oben angesprochene Frage, welche Bedeutung dem Beigeladenen zu 5 für die Zweckmäßigkeit der Bestimmung der Beigeladenen zu 1 zukommt, wird ebenfalls nicht eingegangen.

Auch aus dem Vorbringen des Antragsgegners im gerichtlichen (Eil-) Verfahren lässt sich nicht entnehmen, dass seine Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses der Beigeladenen zu 1 hinsichtlich der streitigen Leistungen von Fehlern frei ist. Der bereits im erstinstanzlichen Verfahren erwähnte Gedanke, den Patienten Behandlungsalternativen anzubieten, reicht nicht aus. Insoweit kann nicht weniger gelten wie für die Versorgungsverbesserung im Sinne des § 24 Abs. 3 Ärzte-ZV, die bereits dann gegeben ist, wenn das Leistungsangebot zum Vorteil der Versicherten erweitert wird, wofür aber nicht bereits das bloße Hinzutreten eines weiteren Behandlers genügt (BSG, Urteil vom 28.10.2009 – B 6 KA 42/08 R – GesR 2010, 211, 217). Hieran vermag auch der Umstand, dass die Patienten unter onkologischen Erkrankungen leiden, nichts zu ändern. Die im Beschwerdeverfahren besonders hervorgehobenen Beratungen im Krankenhausplanungsausschuss führen zu keinem anderen Ergebnis. Gegen deren Berücksichtigung spricht nicht, dass der Antragsgegner und nicht der Krankenhausplanungsausschuss – und schon gar nicht bei verfehlter Einvernehmlichkeit wie hier – die Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung zu treffen hat. Denn dem Antragsgegner ist es unbenommen, sich die im Krankenhausplanungsausschuss einvernehmlich oder mehrheitlich vertretenen Argumente zu eigen zu machen. Doch sind die Niederschriften über die Sitzungen des Krankenhausplanungsausschusses wenig ergiebig. Aus der Niederschrift über die Sitzung vom 18.11.2009 geht hervor, dass von Kassenseite eine krankenhauserische Bereinigung der Struktur der Tageskliniken gefordert wurde, von Ärzteseite auf die hervorragende onkologische Versorgung durch Vertragsärzte im städtischen Bereich verwiesen wurde und



von Krankenhaussseite die Erleichterung für die Patienten durch die Behandlung aus einer Hand und ohne lange Wartezeiten in den Mittelpunkt gestellt wurde; zur Vertagung führte die noch ausstehende Klärung der Fallzahlen der Krankenhäuser, über deren Bestimmung zur ambulanten Behandlung beraten wurde. In der Sitzung vom 15.01.2009 wurden dieselben Positionen vertreten. Die Krankenkassen kritisierten weiterhin die Schaffung von Doppelstrukturen durch die nicht erfolgte Abgrenzung von teilstationären Leistungen und Leistungen nach § 116b SGB V. Die Krankenhäuser betonten, insoweit an einer gemeinsamen Lösung interessiert zu sein. Die Ärzte wiesen erneut auf die Folgen einer Senkung der Patientenzahlen für die Vertragsärzte und das Verfehlen der Mindestmengen nach der Onkologie-Vereinbarung hin. Nachdem seitens des Antragsgegners eine zeitnahe Überprüfung der tagesklinischen Plätze erneut zugesichert worden war und die Krankenkassen sich kurz intern abgestimmt hatten, kam es zur Abstimmung über eine Reihe von Anträgen von Krankenhausträgern, unter anderem über denjenigen der Beigeladenen zu 1. Zur Bestimmung des Krankenhauses der Beigeladenen zu 1 wird nur das Stimmergebnis (dafür 8, dagegen 6 Stimmberechtigte) mitgeteilt. Der Niederschrift lässt sich entnehmen, dass bei anderen Krankenhäusern das Erreichen der Mindestmengen und die Erfüllung der Anforderungen an die Strukturqualität im Mittelpunkt der Diskussion standen. Ergänzend hat der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren vorgebracht: vom Krankenhausplanungsausschuss sei das Für und Wider der Bestimmung der Beigeladenen zu 1 leidenschaftlich diskutiert worden; Eingang in die Diskussion hätten die Auswirkungen auf die vertragsärztliche Versorgung und die mögliche Verschärfung des Wettbewerbs zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern gefunden; am Ende dieses Diskussions- und Abwägungsprozesses habe der Krankenhausplanungsausschuss mehrheitlich für den Antrag der Beigeladenen zu 1 votiert. Welche Gesichtspunkte im Einzelnen miteinander abgewogen wurden, wie diese gewichtet wurden und von welchen Beurteilungsmaßstäben dabei ausgegangen wurde, lässt sich weder den Niederschriften des Krankenhausplanungsausschusses noch dem ergänzenden Vorbringen des Antragsgegners entnehmen. Die Niederschriften allein sprechen dafür, dass der vertragsärztlichen Versorgungssituation kein besonderer Stellenwert beimessen wurde. Der Hinweis der zu 7 beigeladenen KÄV auf den durch die Vertragsärzte bereits abgedeckten Versorgungsbedarf wurde – so ergänzend der Antragsgegner – als „gebetsmühlenartig“ empfunden. Soweit der Antragsgegner im Beschwerdeverfahren vorbringt, derartige Bedarfsgesichtspunkte könnten höchstens ein Indiz, nie aber Grund für eine Entscheidung über die Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung

sei, deutet dies darauf hin, dass auch er eine Analyse und Würdigung des Versorgungsbedarf im jeweiligen Versorgungsgebiet einschließlich seiner Abdeckung durch die Vertragsärzte nicht für ausgeschlossen hält. Allerdings macht der Antragsgegner zugleich deutlich, dass er weiterhin von der unzutreffenden Annahme ausgeht, die vertragsärztliche Versorgungssituation könne nicht von tragender Bedeutung für die Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses sein. Von einer fehlerfreien Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation kann folglich nach wie vor nicht die Rede sein.

(3) Demgegenüber ist die Anfechtungsklage jedoch insoweit offensichtlich unbegründet, als der Antragsteller meint, für die Eignung des Krankenhauses müssten die Anforderungen der Onkologie-Vereinbarung erfüllt sein.

Hinsichtlich der von § 116b Abs. 2 Satz 2 SGB V geforderten Eignung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung fehlt dem Antragsteller bereits die Anfechtungsbefugnis. Denn dieses Erfordernis dient ausschließlich der im öffentlichen Interesse liegenden Sicherung der Qualität, Effizienz und Patientengerechtigkeit. Ihm kann daher keine drittschützende Wirkung zugunsten derer entnommen werden, die als Vertragsärzte bereits Marktteilnehmer sind und Leistungen erbringen, die Gegenstand der Bestimmung des Krankenhauses sind (zur Qualitätssicherung vgl. BSG, Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R – BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10, jeweils Rn. 25 ff.). Auf die fehlende Eignung des Krankenhauses zur Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V kann ein Vertragsarzt daher seine Anfechtungsklage gegen einen Bestimmungsbescheid nicht stützen.

Dessen ungeachtet lässt sich der vom Antragsteller gerügte Fehler auch nicht feststellen. Denn die Onkologie-Vereinbarung samt den darin aufgestellten Anforderungen an die Qualität der ambulanten Versorgung krebskranker Patienten ist nicht auf Krankenhäuser anwendbar, die nach § 116b Abs. 2 SGB V zur ambulanten Behandlung berechtigt sind. Dies ist zwar nur in der auf Bundesebene geschlossenen Onkologie-Vereinbarung (§ 1 Abs. 1 Satz 4 der Anlage 7 zu den Bundesmantelverträgen) ausdrücklich so bestimmt. Diese Vereinbarung gilt wegen der auf Landesebene bestehenden Onkologie-Vereinbarung

nicht (§ 11 Abs. 3 der Anlage 7 zu den Bundesmantelverträgen). Wenn aber nach § 4 Abs. 1 der sächsischen Onkologie-Vereinbarung zur Teilnahme an diesem Vertrag nur die zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzte und die bei diesen, den MVZ sowie den Einrichtungen nach § 311 Abs. 2 SGB V angestellten Ärzte und schließlich ausnahmsweise ermächtigte Ärzte berechtigt sind, so ergibt sich daraus, dass diese Vereinbarung auf Ärzte, die an Krankenhäusern mit der Erbringung von Katalogleistungen nach § 116b Abs. 2 bis 4 SGB V beschäftigt sind, keine Anwendung findet.

Die fehlende Anfechtungsbefugnis des Vertragsarztes hinsichtlich der Einhaltung des § 116b Abs. 2 Satz 2 SGB V verwehrt ihm allerdings nicht den Einwand, die vertragsärztliche Versorgungssituation sei deshalb fehlerhaft berücksichtigt worden, weil bei der Entscheidung über die Bestimmung die Qualität der Leistungserbringung durch Vertragsärzte im Vergleich zum Krankenhaus nicht angemessen gewürdigt worden sei. Insoweit müssen sich die Krankenhäuser, obwohl die Onkologie-Vereinbarung auf sie nicht anwendbar ist, an deren Anforderungen messen lassen, wenn und soweit die tatsächliche Versorgung im vertragsärztlichen Bereich dadurch geprägt ist.

4. Es liegen keine öffentlichen oder privaten Vollziehungsinteressen vor, die angesichts der hohen Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren das Aussetzungsinteresse überwiegen.

Das vom Antragsgegner angeführte öffentliche Interesse, den krebserkrankten Patienten Behandlungsalternativen anzubieten, rechtfertigt die sofortige Vollziehbarkeit des Bestimmungsbescheides nicht. Dass es Lücken in der ambulanten onkologischen Versorgung im vertragsärztlichen Bereich gibt, hat der Antragsgegner nicht behauptet. Die Ermittlungsergebnisse der zu 7 beigelegten KÄV zur vertragsärztlichen Versorgungssituation, die eine ausreichende Versorgung ergeben haben, sind von ihm nicht in Frage gestellt worden. Vielmehr hat er betont, das Fehlen von Versorgungslücken sei für die Entscheidung über die Bestimmung ohne Belang. Gibt es aber keine Versorgungslücken, so ist eine Eilbedürftigkeit aufgrund eines unabwiesbaren Patienteninteresses nicht erkennbar. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass es die Beigeladene zu 1 im Beschwerdeverfahren für fraglich hält, ob die Patienten, die während der Vollziehbarkeit des Bestimmungsbeschei-

des eine ambulante Behandlung begonnen hätten, eine nahtlose Weiterbehandlung in den Vertragsarztpraxen der Umgebung erhalten könnten. Abgesehen davon, dass diese pauschalen Bedenken nicht näher begründet werden, lassen sie sich doch nicht mit den Ermittlungsergebnissen zur vertragsärztlichen Versorgungssituation vereinbaren und könnten darüber hinaus allenfalls eine einstweilige Fortführung der bereits begonnenen Behandlungen, nicht aber die sofortige Vollziehbarkeit des gesamten Bestimmungsbescheides rechtfertigen.

Das private Vollziehungsinteresse der Beigeladenen zu 1 überwiegt das Aussetzungsinteresse nicht. Die von der Beigeladenen zu 1 erhoffte Verbesserung ihrer gegenwärtigen Ertragslage durch Umwandlung teilstationärer in ambulante Behandlungsfälle genügt nicht. Ist die Behandlung bisher zutreffend als teilstationäre abgerechnet worden, steht einer weiteren derartigen Abrechnung nichts entgegen. Hätte die Behandlung aber nur als ambulante abgerechnet werden dürfen, wäre das Interesse der Beigeladenen zu 1 an der vorläufigen Legalisierung ihrer Leistungserbringung nicht schutzwürdig. Die wirtschaftlichen Effekte, die sich die Beigeladene zu 1 von der Gewinnung weiterer onkologischer Patienten verspricht, rechtfertigen die sofortige Vollziehbarkeit des Bestimmungsbescheides ebenfalls nicht. Denn auch insoweit liegt das Vollziehungsinteresse nur in der Sicherung zukünftiger Erwerbschancen.

Das private Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung ist zwar auch nur finanzieller Natur. Doch muss, schon weil die aufschiebende Wirkung bei der von ihm erhobenen Anfechtungsklage der gesetzliche Regelfall ist, das Vollziehungsinteresse des Antragsgegners oder der Beigeladenen zu 1 überwiegen, um sich gegen das Aussetzungsinteresse des Antragstellers durchsetzen zu können. Dies ist nicht der Fall. Allerdings ist nicht zu erkennen, dass der Praxis des Antragstellers durch die Vollziehbarkeit des Bestimmungsbescheides unmittelbar die Existenzvernichtung drohte. Vielmehr bedürfte es – ausgehend von seinem Vorbringen – einiger Zeit, bis sich die Bestimmung des Krankenhauses der Beigeladenen zu 1 auf seine Tätigkeit gravierend auswirken könnte. So plausibel sein Vorbringen zu dem Erstzugriff eines operierenden Krankenhauses wie desjenigen der Beigeladenen zu 1 auf ambulant weiter zu betreuende onkologische Patienten ist, so kann doch nicht außer acht gelassen werden, dass der Antragsteller selbst mit einem ande-

ren operierenden Krankenhaus kooperiert. Freilich könnte schon mit dem Verlust weniger Patienten eine Kettenreaktion ausgelöst werden, wenn nämlich der Antragsteller deswegen den Status als onkologisch verantwortlicher Arzt verlöre, weil er die Mindestmengen nach der Onkologie-Vereinbarung nicht mehr erfüllte. Mit diesem Status entfielen nicht nur die Förderung nach dieser Vereinbarung, sondern auch noch eine besondere Qualifikation, die für die ständig die Patientinnen betreuenden Gynäkologen bei der Überweisung zur ambulanten Weiterbehandlung von Bedeutung ist. Dies spricht für eine gewisse Dringlichkeit des Aussetzungsinteresses des Antragstellers. Dem steht die Teilentsperrung des Planungsbereichs für die Zulassung eines Gynäkologen nicht entgegen. Zwar könnte der Antragsteller diese Zulassung nicht verhindern. Doch folgt aus der Teilentsperrung für eine Vertragsarztstelle weder, dass auf gynäkologischem Fachgebiet eine Unterversorgung besteht, noch ergibt sich hieraus, dass bei den streitigen gynäkologisch-onkologischen Leistungen im Planungsbereich eine Versorgungslücke eingetreten ist.

D. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 2 und 3, § 159 VwGO. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten der Beigeladenen zu 2 bis 7 gemäß § 162 Abs. 3 VwGO ist nicht veranlasst, weil diese im Verfahren keine Anträge gestellt haben (vgl. BSG, Urteil vom 31.05.2006 – B 6 KA 62/04 R – BSGE 96, 257 = SozR 4-1300 § 63 Nr. 3, jeweils Rn. 16).

Die Streitwertfestsetzung ergibt sich aus § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 47 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, § 53 Abs. 3 Nr. 4, § 52 Abs. 1 und 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Maßgeblich ist dabei gemäß § 52 Abs. 1 GKG die Bedeutung der Sache für den Antragsteller, nicht aber für die Beigeladene zu 1, woran sich nichts dadurch ändert, dass diese Beschwerde eingelegt hat (BSG, Beschluss vom 12.09.2006 – B 6 KA 70/05 B – SozR 4-1920 § 47 Nr. 1 Rn. 1). Daher ist der Streitwert nicht in Höhe des Umsatzes anzusetzen, den die Beigeladene zu 1 bei erlangter Bestimmung innerhalb eines Zeitraums von drei Jahren aus der ambulanten Erbringung der streitigen Katalogleistungen abzüglich des Kostenanteils nach § 116b Abs. 3 und 4 SGB V erzielen könnte (vgl. BSG, Beschluss vom 01.09.2005 – B 6 KA 41/04 R – SozR 4-1920 § 52 Nr. 1 Rn. 6 ff.; Beschluss vom 10.11.2005 – B 3 KR 36/05 B – SozR 4-1920 § 52 Nr. 2 Rn. 12 ff.; Beschluss vom 12.09.2006 – B 6 KA 70/05 B – SozR 4-1920 § 47 Nr. 1 Rn. 1; Urteil vom 12.06.2008 – B 3 P 2/07 R – BSGE 101, 6 =

SozR 4-3300 § 79 Nr. 1, jeweils Rn. 50 f.). Vielmehr ist der Streitwert – nicht anders als bei Konkurrentenklagen gegen Ermächtigungen – nach den Umsatzeinbußen des Antragstellers bei seinen von der Bestimmung des Krankenhauses der Beigeladenen zu 1 betroffenen Leistungen abzüglich der Praxiskosten (BSG, Beschluss vom 24.02.1997 – 6 BKa 54/95 – juris Rn. 2) für einen Zeitraum von drei Jahren zu bestimmen, wobei bei fehlenden Anhaltspunkten für die konkreten Auswirkungen für jedes Quartal des Dreijahreszeitraums der Auffangstreitwert anzusetzen ist (BSG, Beschluss vom 07.12.2006 – B 6 KA 42/06 R – ZMGR 2007, 44). Da es hier keine Anhaltspunkte für eine Schätzung der voraussichtlichen Umsatzeinbußen des Antragstellers gibt, ist der Auffangstreitwert von 5.000,00 € (§ 52 Abs. 2 GKG) je Quartal für drei Jahre anzusetzen und hiervon für das Eilverfahren ein Abschlag von 75 % vorzunehmen. Dieser Abschlag entspricht der ständigen Rechtsprechung des Senats in Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nach § 86b Abs. 1 SGG.

Diese Entscheidungen sind nicht mit der Beschwerde anfechtbar (§ 177, § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 68 Abs. 1 Satz 5, § 66 Abs. 3 Satz 3 GKG).

Dr. Estelmann

Dr. Kasten

Dr. Wahl

Ausgefertigt - Beglaubigt  
Sächsisches Landessozialgericht  
Chemnitz, den

als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle