



SOZIALGERICHT DRESDEN

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

Dr.

- Antragsteller -

Prozessbevollmächtigte:

g e g e n

Freistaat Sachsen, vertreten durch das Sächsische Staatsministerium für Soziales, dieses vertreten durch die. Staatsministerin, Albertstraße 10, 01097 Dresden,

- Antragsgegner -

beigeladen:

1.
7. Kassenärztliche Vereinigung Sachsen, Landesgeschäftsstelle, vertreten durch den Vorsitzenden des Vorstandes, Schützenhöhe 12, 01099 Dresden,

hat die 11. Kammer des Sozialgerichts Dresden durch die Vizepräsidentin des Sozialgerichts Steinmann-Munzinger ohne mündliche Verhandlung am 29.09.2009 beschlossen:

- I. Die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers vom 20.02.2009 gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 wird wiederhergestellt.
- II. Der Antragsgegner trägt die Kosten des Verfahrens. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Der Antragsteller begehrt die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners zur Bestimmung des Klinikums A., Beigeladene zu 1., zur ambulanten Diagnostik und Versorgung von Patientinnen mit onkologischen Erkrankungen.

Der Antragsteller ist Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe mit Schwerpunkt „Gynäkologische Onkologie“. Vor seiner Niederlassung ab 01.07.2005 mit eigener Praxis in A. hat er als im Klinikum A. angestellter Arzt die „Brustsprechstunde“ geleitet. Er ist „onkologisch verantwortlicher Arzt“ nach den Onkologie-Vereinbarungen der Ersatzkassen und Primärkassen. Im MVZ B. werden durch Prof. Dr. E., Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe mit dem Schwerpunkt Gynäkologische Onkologie, ebenfalls Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren behandelt. Trägerin des MVZ ist die Poliklinik A. GmbH, die eine Tochtergesellschaft der Beigeladenen zu 1. ist. Die Praxisräume des MVZ befinden sich direkt in der Frauenklinik der Beigeladenen zu 1.

Mit Bescheid vom 20.01.2009 hat der Antragsgegner die Beigeladene zu 1. ab 01.02.2009 zur ambulanten Diagnostik und Versorgung von Patienten mit gastrointestinalen Tumoren und Tumoren der Bauchhöhle sowie mit gynäkologischen Tumoren gemäß § 116b Abs. 2 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) bestimmt. Die Beigeladene zu 1. sei in den Krankenhausplan des Freistaats Sachsen aufgenommen und damit gemäß § 108 Nr. 2 SGB V zur Krankenhausbehandlung zugelassen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beigeladene zu 1. für die bestimmten Behandlungen nicht geeignet sei, lägen nicht vor. Die Anforderungen nach der Anlage 3 Nr. 1 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) über die ambulante Behandlung im Krankenhaus nach § 116b SGB V seien erfüllt.

Die vertragsärztliche Versorgung sei berücksichtigt worden. Die Kassenärztliche Vereinigung Sachsen (Beigeladene zu 7.) habe sich unter Verweis auf eine sichergestellte Versorgung gegen die Bestimmung der Beigeladenen zu 1. ausgesprochen. Eine Bedarfsprüfung habe indes nicht stattgefunden, so dass eine vorhandene Sicherstellung mit den fraglichen Leistungen keinen Ausschlussgrund darstelle. 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 daher zu entsprechen gewesen.

Gegen diesen Bescheid hat der Antragsteller am 20.02.2009, beschränkt auf die Bestimmung zur Diagnostik und Versorgung von Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren beim Sozialgericht A. Klage erhoben, die nach Verweisung beim Sozialgericht Dresden eingegangen ist (S 11 KA 115/09).

Auf den Antrag der Beigeladenen zu 1. vom 05.05.2009 hat der Antragsgegner die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 20.01.2009 mit Schreiben vom 14.05.2009 angeordnet. Dem Antrag der Beigeladenen zu 1. sei zu entsprechen und eine Anhörung der Beteiligten nicht erforderlich gewesen. Bei der Anordnung der sofortigen Vollziehung handele es sich nicht um einen Verwaltungsakt, sondern um einen unselbständigen Annex. Die Entscheidung gründe sich auf eine Folgenabwägung. Die vom Antragsteller erhobene Klage sei bereits unzulässig, jedenfalls unbegründet. Er fehle schon an einer Klagebefugnis der niedergelassenen Ärzte. Auf eine Bedarfsprüfung und -planung habe der Gesetzgeber verzichtet. Maßgeblich sei die Eignung des Krankenhauses. Auch der Vorsitzende des 6. Senats des Bundessozialgerichts (BSG) teile die Rechtsauffassung, dass § 116b Abs. 2 SGB V keine drittschützende Wirkung habe. Die Klage sei aber jedenfalls unbegründet. Die Onkologie-Vereinbarung nach § 73a SGB V sei für den vertragsärztlichen Bereich geschlossen worden und binde deshalb den Antragsgegner als zuständige Krankenhausplanungsbehörde nicht. Gleiches gelte für die Beigeladene zu 1.

Eine Bindung an die Stellungnahme der Beigeladenen zu 7. habe nicht bestanden. Wie der Begriff der Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgung auszufüllen sei, lasse sich aus der gesetzgeberischen Vorstellung ableiten. „Berücksichtigen“ bedeute im Gegensatz „zu beachten“, dass Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssten und eine sachliche Abwägung stattzufinden habe, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden könne. Bei der Interessenabwägung sei das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel der Einbringung von Routine, Erfahrung und Kompetenzbündelung verfolgt worden, die im öffentlichen Interesse lägen.

Zudem habe die Beigeladene zu 1. für den Fall der weiterhin bestehenden aufschiebenden Wirkung siebenstellige Einkommenseinbußen vorgetragen. Die Beigeladene zu 1. betreibe tagesklinische Plätze in der Hämatologie/Onkologie, die im Krankenhausplan ausgewiesen seien. Dort würden bereits jetzt mehr Leistungen erbracht als mit den Krankenkassen vereinbart. Aufgrund dieser Situation sei auch mit keiner wesentlichen Patientenabwanderung zu rechnen, denn die Patientinnen, die die Beigeladene zu 1. behandeln wolle, würden dort bereits jetzt auf anderer Grundlage behandelt. Auch deshalb bestehe ein Vollzugsinteresse.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit begründe aber auch bei einem etwaigen Erfolg des Antragstellers in der Hauptsache keine irreparablen Folgen. Etwaige finanzielle, bisher nicht näher bezifferte Risiken der Vertragsärzte, müssten zurückstehen. Die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 Grundgesetz (GG) schütze nicht vor der Zulassung neuer Konkurrenten. Auch könnten Vertragsärzte nicht darauf vertrauen, Einnahmen in immer gleicher Höhe zu erzielen. Schon deshalb sei es nicht nachvollziehbar, wieso die mit der Klage vorgetragene Existenzbedrohung gerade aus der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Versorgung resultieren solle.

Mit dem am 17.06.2009 beim Sozialgericht A. und nach Verweisung hier am 10.07.2009 eingegangen Antrag begehrt der Antragsteller die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage.

Seine Klage sei zulässig. Er sei klagebefugt im Sinne von § 54 Abs. 1 Satz 2 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Die Klagebefugnis sei nur dann ausgeschlossen, wenn die geltend gemachten Rechte unter Zugrundelegung des Klagevorbringens offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise dem Kläger zustehen könnten. Der Fall einer offensichtlich ausgeschlossenen drittschützenden Wirkung von § 116b Abs. 2 SGB V sei nicht gegeben.

Die Klage habe mit der offensichtlichen Rechtswidrigkeit des Bescheides des Antragsgegners auch Erfolg. Die Ausstattung des Krankenhauses müsse mindestens den Anforderungen für die vertragsärztliche Versorgung entsprechen. Damit müssten auch die Voraussetzungen nach den Onkologie-Vereinbarungen im Primär- und Ersatzkassenbereich erfüllt werden. Die Anforderungen mit der vom G-BA gemäß § 116b Abs. 4 SGB V erlassenen Richtlinie seien zusätzlich zu erfüllen.

Der Antragsteller sei auch im Sinne der Rechtsprechung des BSG betroffen. Der Einzugsbereich des Antragstellers und der Beigeladenen zu 1. würden sich zu 90 % überschneiden. Der Drittschutz zugunsten des Antragstellers folge unmittelbar aus § 116b Abs. 2 SGB V. Bereits der Wortlaut gebe die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgung vor. Die drittschützende Wirkung könne im Übrigen auch aus den Grundrechten, hier Art. 12 Abs. 1 GG, hergeleitet werden. Ein einheitliches Verständnis über die Auslegung des Begriffes „berücksichtigen“ bestehe nicht. Die Verbindlichkeit des Begriffes hänge von der Bedeutung der Interessen ab, die zu berücksichtigen seien.

Bei § 116b Abs. 2 SGB V sei dem Begriff der Berücksichtigung im Lichte des Art. 12 Abs. 1 GG zugunsten der betroffenen Vertragsärzte eine drittschützende Wirkung beizumessen. Der Gesetzesbegründung komme nur eine geringe Bedeutung zu. Die Berücksichtigungsklausel sei nachträglich aufgenommen worden. Insoweit sei schon unklar, ob die Aussage, dass eine Bedarfsprüfung nicht zu erfolgen habe, nicht lediglich einen redaktionellen Fehler darstelle. Es bestehe auch keine medizinische Notwendigkeit einer ambulanten Diagnostik und Therapie im Krankenhaus der Beigeladenen zu 1. Die onkologische Versorgung sei durch die niedergelassenen Vertragsärzte in qualifizierter Weise sichergestellt.

Die Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Versorgung führe zu einer Wettbewerbsverzerrung. Eine Budgetierung der Krankenhäuser erfolge nicht. Eine Leistungsbegrenzung, wie sie für Vertragsärzte gelte, sei nicht gegeben. Die Bestimmung erfolge ohne zeitliche Befristung. Die Krankenhäuser müssten anders als die Vertragsärzte auch keine Investitionen für einen Praxiskauf aufbringen. Hinzu komme, dass die im Krankenhaus erbrachten Leistungen mit Geräten und Einrichtungen den Vorteil einer öffentlichen Investitionsförderung mit sich bringen würden. Eingeschränkte Überweisungserfordernisse würden den Erstzugriff auf die Patienten absichern. Auch eine vom Bundesfinanzministerium in Auftrag gegebene Analyse sei zu dem Ergebnis gekommen, dass bei Vertragsärzten und Krankenhäuser von gleichen und fairen Wettbewerbsbedingungen nicht die Rede sein könne. Damit bestehe eine Ungleichbehandlung gegenüber den niedergelassenen Vertragsärzten, mit der zugleich in einer wettbewerbsverzerrenden Weise in den staatlich regulierten Markt eingegriffen werde. Eine Auslegung im Lichte der Berufsausübungsfreiheit der betroffenen Vertragsärzte gebiete deshalb eine drittschützende Wirkung. Die Wettbewerbsverzerrung sei mit dem Risiko des niedergelassenen Vertragsarztes nicht vereinbar. Die Berufsausübung des Vertragsarztes finde in einem staatlich regulierten Markt statt. Weitere Eingriffe in die Berufsfreiheit, die nicht an diesen Belangen ausgerichtet seien und zur Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führten, seien nicht mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar. Aus diesem Grund könne § 116b Abs. 2 SGB V nur Bestand haben, wenn die „Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ Drittschutz für die betroffenen Vertragsärzte vermittele, die im selben Bereich die gleichen Leistungen erbrächten. Schließlich sei es auch nicht Ziel der Regelung, die onkologische vertragsärztliche Versorgung zu zerstören. Es solle lediglich eine Ergänzung ermöglicht werden. Ergänzung bedeute jedoch nicht, die Bestimmung von Krankenhäusern ohne jede Berücksichtigung des vertragsärztlichen Versorgungsangebotes vorzunehmen.

Der Antragsgegner sei dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit des Antragstellers nicht gerecht geworden. Zwar habe der Antragsgegner die Beteiligten im Vorfeld angehört. Eine Abwägungsentscheidung habe er aber nicht ansatzweise vorgenommen.

Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung sei auch zugunsten des Antragstellers dringend geboten. Der Antragsteller sei noch keine 16 Quartale niedergelassen. Die Praxis befinde sich noch in der Aufbauphase. Für den Kauf und Einrichtung habe er insgesamt etwa 300.000 EUR investiert. Es stünden 10 Infusionsplätze zur Verfügung. Zwei onkologische Fachschwestern und eine Studynurse seien eingestellt worden. Aufgrund deren Qualifikationen bestünden höhere Lohnkosten. Die Tilgung für die erforderlichen Kredite laufe noch. Neben den laufenden Praxiskosten für Miete, Personal etc. habe der Antragsteller die laufenden Fortbildungen für sich selbst und die Schwestern zu finanzieren.

Den Schwerpunkt der onkologischen Tätigkeit bilde die tumorspezifische intravasale zytostatische Tumortherapie. Alle Fälle würden nach der Operation im Brustzentrum des B. Krankenhauses im Rahmen des wöchentlichen interdisziplinären Tumorboards besprochen und die ambulante Behandlungstherapie abgestimmt. Nur sehr seltene Fälle, in denen eine ambulante Behandlung aus medizinischer Sicht nicht möglich sei, würden mit einer stationären bzw. teilstationären Behandlung im Krankenhaus weiter behandelt. Die onkologische Schwerpunktpraxis des Antragstellers befinde sich nur etwa 7 km vom Standort der Beigeladenen zu 1. entfernt.

Mit der ambulanten Behandlung durch die Beigeladene zu 1. werde der Antragsteller in seiner Existenz bedroht. Bestätige sich der Verdacht eines Mammakarzinoms erfolge eine Einweisung in das Krankenhaus. Zunächst werde eine Punktion vorgenommen und etwa vier bis fünf Tage später erfolge die Operation. Erst nach der Operation erfolge die Entscheidung über das sich anschließende Behandlungskonzept im Rahmen eines interdisziplinären Tumorboards. Die Erfahrung zeige, dass Patientinnen nach Tumoroperation die ambulante Weiterbehandlung im Krankenhaus vornehmen lassen würden. Die freie Arztwahl habe nach einer Tumoroperation praktisch keine Relevanz. Die von der Diagnose geschockte Patientin habe sich erfahrungsgemäß mit einer weiteren ambulanten und wohnortnahen Therapiemöglichkeit nicht befasst und sei auf Informationen angewiesen. Diese Informationen würden künftig entfallen, weil das Krankenhaus kein Interesse daran haben

werde, die Patientinnen auf ambulante Behandlungsalternativen in der vertragsärztlichen Versorgung aufmerksam zu machen. Damit bestünde ein exzellenter Erstzugriff des Krankenhauses, der auch nicht durch Überweisungserfordernisse eingeschränkt sei. Erst drei Jahre nach der Erstzuweisung sei eine erneute Überweisung durch einen Vertragsarzt notwendig. Da Rezidive in etwa 80 % aller Fälle innerhalb von drei Jahren auftreten würden, bedürfe das Krankenhaus auch für die Behandlung der Rezidivpatientinnen keiner Überweisung.

Bereits bei einem Verlust von nur 57 Patientinnen im Quartal mit laufender Chemotherapie von etwa 225 Patientinnen im Quartal und mittlerer Anzahl von drei Zyklen drohe dem Antragsteller ein Einbruch von etwa 50 % seiner KV-Einnahmen. Dies entspreche einem Verlust von etwa 39.361,35 EUR pro Quartal. Für das nunmehr abgerechnete Quartal I/09 ergebe sich ein Betrag in Höhe von 44.769,92 EUR, einschließlich 11.780,17 EUR nach den Onkologie-Vereinbarungen.

Mit der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. würden zudem nicht nur die Patientinnen mit einer Chemotherapiebehandlung wegfallen, sondern auch Patientinnen, die eine endokrine Therapie/Hormontherapie oder Antikörpertherapie benötigten. Die Anzahl von Patientinnen mit einer intravasalen zytostatischen Chemotherapie sei mit den Nrn. 86505 und 96503 aus den Häufigkeitsstatistiken ablesbar. Im Quartal I/09 seien es 57 Patientinnen gewesen. Der Praxiskredit belaufe sich auf noch EUR für den Erwerb der Praxis mit Goodwill und Einrichtung. Zudem sei bei der Praxisübernahme die Teileigentumseinheit, in der sich die Praxisräume befänden, für EUR von seiner Ehefrau finanziert und erworben worden. Der Antragsteller miete diese Teileigentumseinheit mit zusätzlichen Kosten. Darüber hinaus drohe ihm eine Existenzvernichtung, weil er mit einem Patienteneinbruch den Mindestumfang von 120 Patientinnen im Quartal nach der Onkologie-Vereinbarung nicht mehr erfüllen könnte. Damit entfalle auch sein Status als onkologisch-verantwortlicher Arzt, mit dem Verlust von weiteren dadurch bedingten Einnahmen.

Die Angabe der Beigeladenen zu 1., im Quartal I/09 385 Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren behandelt zu haben, sei nicht nachvollziehbar. Der Sofortvollzug sei erst am 14.05.2009 und damit nach dem Quartal I/09 angeordnet worden. Die - ambulante - Behandlung von 385 Patientinnen im Zeitraum von einem Monat zwischen Zustellung des Bescheides an die Beigeladene zu 1. und Klageerhebung durch den Antragsteller sei nicht plausibel dargelegt. Fraglich sei vielmehr, ob die Beigeladene zu 1. nicht ambulante Leistungen unrechtmäßig abgerechnet habe. Würde ihre Behauptung zutreffen, würde dies die Situation des Antragstellers jedoch erheblich verschärfen. Es sei dem Antragsteller auch nicht zumutbar abzuwarten, bis ihm die Patientinnen tatsächlich wegbrechen würden. Es sei für ihn nicht abschätzbar, wann die Beigeladene zu 1. ihre Kapazitäten erhöhe. Sie habe schon in ihrem Konzept ausgeführt, dass die Kapazitäten beliebig erweitert werden könnten. Mit dem Erstzugriff der Beigeladenen zu 1. bestehe die Gefahr, dass die Patientinnen erst gar nicht in die Praxis des Antragstellers gelangen würden.

Sollte sich gleichwohl später die Erfolglosigkeit der Klage ergeben, seien mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung keine Nachteile entstanden. Mit der Anordnung der aufschiebenden Wirkung werde der gegenwärtige Zustand einer qualitativ hochwertigen und ausreichenden Versorgung erhalten. Die Beigeladenen zu 1. könne lediglich ihre Gewinnchance erst später nutzen.

Die beigeladene KVS unterstützt das Vorbringen des Antragstellers. Mit einer Patientenabwanderung werde dem Antragsteller die wirtschaftliche Grundlage für seine Praxis entzogen. Die ambulante Versorgung von Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren sei sichergestellt.

Der Antragsteller beantragt,

die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 anzuordnen.

Der Antragsgegner beantragt,

den Antrag abzuweisen.

Dem Antragsteller komme in der Hauptsache keine Klagebefugnis zu. Mit § 116b Abs. 2 SGB V würde den Vertragsärzten kein Individualrecht eingeräumt. Der Gesetzgeber habe hier auf jegliche Bedarfsprüfung und -planung verzichtet. Damit sei ein Drittschutz potenziell konkurrierender Vertragsärzte ausgeschlossen. Die Öffnung der Krankenhäuser für ein definiertes Leistungsspektrum diene der Weiterentwicklung der Versorgungsstrukturen. Mit der Überwindung der sektoralen Grenzen zwischen verschiedenen Versorgungsformen wolle der Gesetzgeber den Wettbewerb eröffnen, um den Bedürfnissen der Patienten zu entsprechen und Effizienzreserven zu erschließen. Damit solle den besonderen Bedürfnissen krebserkrankter Menschen Rechnung getragen werden.

Darüber hinaus gehe es nicht um die Verteilung staatlicher Mittel. Die Vergütung der ambulant tätigen Krankenhäuser erfolge nicht aus der Gesamtvergütung. Die wettbewerbsrechtliche Argumentation treffe nicht zu. Förderungsfähig seien ausschließlich Erstinvestitionen für den im Krankenhausplan ausgewiesenen Versorgungsauftrag. Die medikamentöse Tumorthherapie erfordere weder einen großen apparativen noch einen großen bautechnischen Aufwand.

Die freie Arztwahl werde durch ein zusätzliches Angebot gestärkt. Zwar möge für eine Verpflichtung der Beigeladenen zu 1., die Patientinnen über weitere ambulant tätige Leistungserbringer aufzuklären, keine rechtliche Verpflichtung bestehen. Die Behauptung, bei Eingliederung der Patientinnen in die Krankenhausbehandlung bestehe keine Einflussmöglichkeit niedergelassener Ärzte mehr, sei jedoch nicht richtig. Nehme der Arzt seine Lotsenfunktion rechtzeitig und verantwortlich wahr, habe er genauso Einfluss auf die Patientinnen wie die Einrichtung, die die stationäre Hauptleistung erbringe. Darüber hinaus sei die Gefahr auch vom G-BA erkannt worden. Die Krankenhäuser hätten durch eine geeignete Organisation und Infrastruktur dafür Sorge zu tragen, dass den Patientinnen industrie-

unabhängiges und kostenloses Informationsmaterial zur Verfügung gestellt werde. Damit werde eine unabhängige Aufklärung sichergestellt.

Die Voraussetzungen der Onkologie-Vereinbarungen seien nicht zu prüfen gewesen. Diese Verträge seien für den vertragsärztlichen Bereich geschlossen worden. Weder die zuständige Krankenhausplanungsbehörde noch die Krankenhäuser seien Vertragspartner der Vereinbarungen. Deren Geltung sei durch die Protokollnotiz vom auch 29.01.2009 auch explizit ausgeschlossen worden.

An die Aussage der Beigeladenen zu 7. in der Stellungnahme vom 03.11.2008 sei der Antragsgegner nicht gebunden gewesen. Zutreffend sei, dass der Gesetzgeber nicht näher vorgegeben habe, wie die nach dem Wortlaut vorgegebene Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation erfolgen solle. Nach der Rechtsprechung des BSG bringe die Verwendung des Verbs „beachten“ eine höhere Intensität der Gesetzesbindung zum Ausdruck als der Bedeutungsgehalt des Verbs „berücksichtigen“. Für letzteres sei ausreichend, dass Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssten und eine sachliche Auseinandersetzung zu erfolgen habe, nach pflichtgemäßer Abwägung aber davon abgewichen dürfe. Eine Bindung daran, wie sich die Situation im vertragsärztlichen Bereich aufgrund der Bedarfsplanung darstelle, bestehe deshalb nicht. Mit der Überwindung der sektoralen Grenzen habe der Gesetzgeber den Wettbewerb eröffnen wollen, der aber nur zum Tragen kommen könne, wenn Krankenhäuser auch bei einem im vertragsärztlichen Bereich gedeckten Bedarf zur Leistungserbringung zugelassen würden. Fazit der Stellungnahmen der Beigeladenen zu 7. sei die Aussage gewesen, dass die Bestimmung der Beigeladenen zu 1. nicht erforderlich sei. Dieses Argument habe aus den dargelegten Gründen keine Berücksichtigung finden können. Die Bestimmung sei dem überwiegenden öffentlichen Interesse geschuldet gewesen, den vom Gesetzgeber gewollten Wettbewerb zu schaffen, um den Patientinnen Behandlungsalternativen anzubieten.

Die wirtschaftliche Betroffenheit des Antragstellers sei schließlich überzogen dargestellt. Der Antragsteller erbringe als Facharzt für Gynäkologie neben den onkologischen Leistun-

gen sämtliche Leistungen der allgemeinen Frauenheilkunde und der Geburtshilfe. Sein Vortrag, 300.000 EUR für den Kauf und Einrichtung der Praxis für die 10 Infusionsplätze aufgewandt zu haben, sei damit widerlegt.

Der vom Antragsteller ermittelte Wert von 44.729,53 EUR sei im Verhältnis zur Honorarzusammenstellung für die Abrechnung der Quartals I/09 auch nicht nachvollziehbar. Dort sei ein Honorar für Onkologie mit EUR ausgewiesen. Die Anzahl von 57 Patientinnen mit Tumortherapie sei auch nicht erklärbar. Schließlich sei Zahl der Tumorpatientinnen vom Quartal I/08 mit 119 Patientinnen zum Quartal I/09 auf 225 gestiegen. Demgegenüber habe die Beigeladene zu 1. im ersten Quartal I/09 aufgrund der Bestimmung zum 01.02.2009 385 Patientinnen mit überwiegend gynäkologischen Tumoren behandelt. Damit sei der Vortrag des Antragstellers zu einem drastischen Patientenrückgang widerlegt. Für seine Behauptung, die Bestimmung der Beigeladenen zu 1. führe zum Zusammenbruch des funktionierenden Netzes einer vertragsärztlichen onkologischen Versorgung gebe es vielmehr keine tatsächlichen Anhaltspunkte. Gerade in den ländlichen Gebieten des Erzgebirges (z.B. Gebiet C.) könne eine Unterversorgung angenommen werden. Patientinnen aus diesem Gebiet müssten zwangsläufig in ein Ballungsgebiet ausweichen, denen mit der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. eine Wahlmöglichkeit zwischen onkologischer Praxis und Krankenhaus eingeräumt werde. Auch würden Patientinnen, die bereits vom Antragsteller mit einer Chemotherapie behandelt würden, wohl kaum zum Krankenhaus wechseln. Werde vom Antragsteller ein hoher Behandlungsstandard angeboten, sei auch unwahrscheinlich, dass sämtliche Patientinnen fernbleiben würden. Der Antragsteller verkenne, sich nicht nur dem Wettbewerb mit anderen Vertragsärzten, sondern auch mit zugelassenen Krankenhäusern stellen zu müssen. Dem Antragsteller gehe es ausschließlich um die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit. Dies sei von Art. 12 Abs. 1 GG nicht geschützt.

Demgegenüber habe die Beigeladene zu 1. ohne Sofortvollzug plausibel hohe Einkommensverluste dargelegt. Diesen Vortrag habe der Antragsteller nicht widerlegt. Zwar sei sicherlich zu erwarten, dass potentielle Patientinnen des Antragstellers vom Angebot der

Leistungen der Beigeladenen zu 1. gebrauch machen würden. Der Umfang werde vom Antragsteller aber bewusst dramatisch dargestellt, ohne konkrete Zahlen darzulegen und in einen kausalen Zusammenhang zur Beigeladenen zu 1. zu setzen. Auch mit Blick auf die Ausrichtung der Praxis sei nicht zu erwarten, dass ein dramatischer Einbruch im Onkologiegeschäft zum wirtschaftlichen Aus der Praxis führe.

Die Beigeladene zu 1. hat keinen Antrag gestellt, aber ausgeführt, die vom Antragsteller erhobene Klage sei mangels Klagebefugnis unzulässig, weil § 116b Abs. 2 SGB V zu seinen Gunsten keinen Drittschutz entfalte. Auch eine wirtschaftliche Existenzgefährdung des Antragstellers sei nicht zu erkennen. Er werde durch eine Leistungserbringung der Beigeladenen zu 1. nicht beeinträchtigt.

Von der Beigeladenen zu 1. seien bereits in den vergangenen Jahren Leistungen der ambulanten Versorgung, nämlich teilstationär bzw. vorstationär, erbracht worden. Mit den Krankenkassen seien für 2008 die Behandlung von 1.242 teilstationären Fällen ohne Medikation (140,00 EUR pro Fall) und 702 teilstationären Fällen mit Medikation (590,00 EUR pro Fall) vereinbart worden. Tatsächlich seien 2.804 teilstationäre Fälle ohne Medikation und 1.021 teilstationäre Fälle mit Medikation behandelt worden. Die über den Vereinbarungen liegenden Fälle seien mit nur 10,36 % vergütet worden. Dies sei nicht zuletzt ein Grund gewesen, eine Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V anzustreben. Darüber hinaus seien 2.921 vorstationäre Fälle behandelt worden, wobei die Vereinbarungen 1.700 Fälle eingeschlossen hätten. Insgesamt seien im Jahr 2008 6.746 Fälle abzüglich weniger Fälle ohne onkologische Diagnosen behandelt worden.

In den ersten beiden Quartalen 2009 habe die Beigeladene zu 1. insgesamt 767 Fälle nach § 116b Abs. 2 SGB V abgerechnet. Darüber hinaus seien 1.069 vorstationäre Fälle und 36 teilstationäre Fälle, insbesondere in der Zeit ohne Sofortvollzug aufgrund der Konkurrenzklage, behandelt worden. Seit der streitgegenständlichen Behandlung sei die absolute Zahl der Behandlungen daher deutlich gesunken und werde zu keiner Änderung der ambulanten Behandlungspraxis führen. Die Patientinnen seien bereits in der Vergangenheit be-

handelt worden. Die einzige Änderung für die Beigeladene zu 1. liege darin, die Leistungen nunmehr auch angemessen honoriert zu erhalten. Selbst bei der vom Antragsteller vortragenen ungünstigen Prognose mit einer Reduzierung der KV-Einnahmen um 50 % würde er noch einen Gewinn von 62.663,91 EUR erzielen können. Aus einem solchen Jahreseinkommen ergebe sich keine Dringlichkeit. Zudem verbleibe ihm Raum, die Praxiskosten von EUR zu reduzieren und Einnahmen aus anderen Behandlungsbereichen zu generieren.

Der Antragsteller habe seine Fallzahlen zudem vom Quartal I/08 zum Quartal I/09 steigern können, obwohl die Beigeladene zu 1. im Jahr 2008 etwa 6.000 solcher Fälle behandelt habe. Dies widerlege seine Mutmaßung, die Beigeladene zu 1. würde ihm Patienten abwerben. Träfe dies zu, hätte er nie Patienten haben können.

Maßgeblich sei allein, welche Umsätze der Antragsteller ab 14.05.2009 erzielt habe. Der Bescheid der Antragstellerin sei erst ab 14.05.2009 vollzogen worden. Die allein relevanten Zahlen des Quartals II/09 habe der Antragsteller nicht dargelegt. Alle früheren Umsätze würden dennotwendig nicht auf der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. beruhen.

Wegen der weiteren Einzelheiten zum Sach- und Streitstand wird auf die Gerichtsakte und die beigezogene Verwaltungsakte des Antragsgegners sowie die Akte zum Klageverfahren S 11 KA 115/09 Bezug genommen.

II.

Der vom Antragsteller erhobene Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seiner Klage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 ist zulässig und begründet.

Der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ist statthaft. Gemäß § 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz (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 Anordnungsbefugnis besteht nicht nur dann, wenn von Gesetzes wegen die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage entfällt (§ 86a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGG), sondern auch dann, wenn eine Behörde die sofortige Vollziehung des Verwaltungsaktes angeordnet hat (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG). Die Anordnungsbefugnis des Gerichts umfasst daher auch die Anordnung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung.

Der Anfechtungsklage gegen die Entscheidung des Antragsgegners kam nach § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung zu (Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, 8. Aufl., § 86a Rn. 23). Die aufschiebende Wirkung ist entfallen, weil der Antragsgegner die sofortige Vollziehung angeordnet hat.

Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage ist auch begründet. Nach welchen Maßstäben das Gericht über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden hat, ist in § 86b Abs. 1 SGG nicht ausdrücklich geregelt. Der gerichtlichen Entscheidung hat aber eine behördliche Anordnung der sofortigen Vollziehung voranzugehen. 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 Vollziehung erfordert. Hieraus ergibt sich, dass das Gericht bei seiner Entscheidung über die Anordnung der aufschiebenden Wirkung zunächst zu prüfen hat, ob die behördliche Vollzugsanordnung formell rechtmäßig getroffen worden ist. Ist das nicht der Fall, ist die aufschiebende Wirkung schon deshalb anzuordnen. Ergibt die Prüfung dagegen keine formellen Mängel der behördlichen Anordnung, hat das Gericht losgelöst von der Verwaltungsentscheidung eine eigene umfassende Interessenabwägung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten vorzunehmen.

Lässt sich schon bei summarischer Prüfung eindeutig feststellen, dass der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtswidrig ist, so dass die Klage Erfolg haben wird (hier

die vom Antragsteller erhobene Anfechtungsklage) besteht weder ein öffentliches Interesse noch ein überwiegendes Interesse des Begünstigten (hier der Beigeladenen zu 1.) am Sofortvollzug. Ist der angefochtene Verwaltungsakt offensichtlich rechtmäßig, ist demgegenüber eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs dem Begünstigten gegenüber nicht gerechtfertigt. Sind die Erfolgsaussichten des Rechtsbehelfs offen, kommt der Abwägung der betroffenen öffentlichen und privaten Interessen maßgebliche Bedeutung zu. Dabei ist die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gerechtfertigt, wenn eine umfassende Abwägung aller öffentlichen und privaten Belange zu dem Ergebnis kommt, dass das Interesse an der aufschiebenden Wirkung überwiegt. Dabei ist auch zu berücksichtigen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung durch den sofortigen Vollzug bzw. die aufschiebende Wirkung gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Kammerbeschluss vom 24.10.2003 – 1 BvR 1594 = NJW 2003, 3618, 3619).

In Anwendung der dargestellten Maßstäbe hatte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu erfolgen. Die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist dabei nicht schon wegen formeller Mängel anzuordnen. Der vom Antragsteller erhobenen Anfechtungsklage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 sind hohe Erfolgsaussichten einzuräumen. Es sprechen gute Gründe dafür, dass die der Beigeladenen zu 1. vom Antragsgegner erteilte Bestimmung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V sich als rechtswidrig erweist, weil sie nicht mit höherrangigem Recht vereinbar ist und sich nicht im Rahmen der ihm zukommenden Entscheidungsbefugnis hält.

Die Anordnung der sofortigen Vollziehung mit Beschluss des Antragsgegners vom 14.05.2009 genügt den formellen Anforderungen. Insbesondere hat der Antragsgegner seine Begründungspflicht (§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG) erfüllt. Da die Begründung der Vollzugsanordnung der Schaffung von Transparenz und Rechtsklarheit dient und 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 Vollziehung überwiegt und warum die Vollzugsanordnung dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entspricht (Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, 8. Aufl., § 86a Rn. 21b). Dies ist hier der Fall.

Der Antragsgegner hat ausgeführt, die Beigeladene zu 1. habe für den Fall der weiterhin bestehenden aufschiebenden Wirkung siebenstellige Einkommenseinbußen vorgetragen. Die Beigeladene zu 1. betreibe tagesklinische Plätze in der Hämatologie/Onkologie, die im Krankenhausplan ausgewiesen seien. Dort würden bereits jetzt mehr Leistungen erbracht als vereinbart. Aufgrund dieser Situation sei auch mit keiner wesentlichen Patientenabwanderung zu rechnen, denn die Patienten, die die Beigeladene zu 1. behandeln wolle, würden dort bereits jetzt auf anderer Grundlage behandelt. Auch deshalb bestehe ein Vollzugsinteresse. Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit begründe aber auch bei einem etwaigen Erfolg des Antragstellers in der Hauptsache keine irreparablen Folgen. Etwaige finanzielle, bisher nicht näher bezifferte Risiken der Vertragsärzte, müssten zurückstehen. Die Berufsausübungsfreiheit nach Art. 12 GG schütze nicht vor der Zulassung neuer Konkurrenten. Auch könnten Vertragsärzte nicht darauf vertrauen, Einnahmen in immer gleicher Höhe zu erzielen. Schon deshalb sei es nicht nachvollziehbar, wieso die mit der Klage vorgetragene Existenzbedrohung gerade aus der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Versorgung resultieren solle. Damit hat der Antragsgegner nicht nur deutlich gemacht, dass er eine Interessenabwägung vorgenommen hat, sondern auch die - für ihn - dabei maßgeblichen Gesichtspunkte aufgezeigt.

Die Rechtmäßigkeit der vom Antragsgegner mit Bescheid vom 20.01.2009 erfolgten Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Behandlung gynäkologischer Tumore unterliegt erheblichen Bedenken. Der vom Antragsteller erhobenen Klage sind gute Erfolgsaussichten beizumessen.

Die vom Antragsteller erhobene Anfechtungsklage gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 20.01.2009 ist zulässig. Die Anfechtungsklage setzt nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG voraus, dass eine Verletzung von Rechten des Antragstellers durch den angefochte-

nen Verwaltungsakt als möglich erscheint. Davon ist regelmäßig bei einem Verwaltungsakt auszugehen, der an den Anfechtenden gerichtet ist. Das ist hier nicht der Fall. Der Antragsteller ist nicht Adressat des von ihm angefochtenen Verwaltungsaktes. Auch sein rechtlicher Status und seine sonstigen Rechtsbeziehungen werden durch die Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Versorgung weder umgestaltet noch sonst unmittelbar rechtlich betroffen.

Der Antragsteller begehrt vielmehr die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der einem anderen - der Beigeladenen zu 1. - erteilt und durch den dieser erlaubt wurde, bestimmte Leistungen, die er auch selbst anbietet, im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung zu erbringen und abzurechnen. Er kann durch jenen 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. Die Auslegungsfrage, ob den einschlägigen Regelungen drittschützende Wirkung entnommen werden kann, ist nicht der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs zuzuordnen. Unzulässig ist der Rechtsbehelf - hier die Klage des Antragstellers -, wenn durch den angefochtenen Verwaltungsakt offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise Rechte des Klägers verletzt sein können. Die Überprüfung im Einzelnen, ob eine Rechtsnorm (auch) drittschützenden Charakter hat, erfolgt erst im Rahmen der Begründetheit. Dementsprechend ist die vom Antragsteller erhobene Anfechtungsklage zulässig (BSG, Urteil vom 07.02.2007 – B 6 KA 8/06 R = BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10 m.w.N.).

Die Klage des Antragstellers ist bei summarischer Prüfung auch begründet. Eine drittschützende Wirkung zugunsten des Antragstellers ist mit § 116b Abs. 2 SGB V gegeben (zum Meinungsstand vgl. einen Drittschutz bejahend: Barth/Hänlein, Die Gefährdung der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) niedergelassener Vertragsärzte durch die Zulassung von Krankenhausambulanzen nach § 116b Abs. 2 SGB V n.F., Stand 2007; Düring in: Festschrift für Friedrich E. Schnapp zum 70. Geburtstag, 2008, Organisation und Verfahren im

sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389, 399; Weimer/Multmeier, § 116b Abs. 2 SGB V - Defensive Konkurrentenklage der Vertragsärzte, AZR 2/2008, S. 31 ff.; wohl auch Pitschas, Änderung der Versorgungsstrukturen durch Verflechtung von Leistungssektoren: Ambulante Krankenhausbehandlung nach § 116b SGB V, MedR 2008, S. 473, 479; Hänlein in: LPK-SGB V, § 116b Rn. 23; verneinend: Wenner, Einbeziehung von Krankenhäuser in die ambulante ärztliche Versorgung, GesR 2007 S. 337, 343; Vollmöller, Die Vereinbarkeit der Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen (§ 116b Abs. 2 SGB V) mit der Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte (Art. 12 Abs. 1 GG), NZS 2006, S. 572 ff.; Köhler-Hohman in: juris-Praxiskommentar, § 116b SGB V, Rn. 49, 54; Peters in: Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 116b Rn. 3a; Becker in: SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, § 116b Rn. 8; Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 15 Rn 90;). Dies folgt allerdings nicht aus einem mit § 116b Abs. 2 SGB V selbst angeordnetem Vorrang-Nachrangverhältnis. Das BSG hat im Urteil vom 02.07.2007 (B 6 KA 8/06 R = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10) der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) mit Kammerbeschluss vom 17.08.2004 (1 BvR 370/00 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 4) als maßgeblich entnommen, dass nach der in Streit stehenden Vorschrift des § 116 Satz 2 SGB V Krankenhausärzten der Zugang zum System der vertragsärztlichen Versorgung nur nachrangig im Falle eines noch nicht gedeckten Versorgungsbedarfs („soweit und solange eine ausreichende Versorgung der Versicherten ohne ... die Krankenhausärzte nicht sichergestellt wird“) gewährt wird und als Ergebnis festgestellt, dass für die Anerkennung der Berechtigung zur Anfechtung - neben der Voraussetzung, dass der anfechtende Vertragsarzt im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen wie der durch den Verwaltungsakt Begünstigte anbietet - bei dem Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis erforderlich ist (BSG, a.a.O., Rn. 20, 21; zum Konkurrentenschutz im Krankenhausplanungsrecht vgl. Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 25.09.2008 – 3 C 35/07, nachgehend BVerfG, Kammerbeschluss vom 23.04.2009 – 1 BvR 3405/08). Dabei hat das BSG im Ansatz als maßgeblich erachtet, dass bei einer defensiven Konkurrentenklage zur Abwehr eines zusätzlichen Konkurrenten, wie sie auch vorliegend vom Antragsteller verfolgt wird, eine Anfechtungsbefugnis nicht aus materiellen Grundrechten abgeleitet werden könne, weil sie

keinen Anspruch auf Fernhaltung anderer begründeten. Eine Befugnis zur Abwehr könne sich nur aus einschlägigen sog. einfach-rechtlichen Regelungen ergeben. Dies sei lediglich der Fall in der besonderen Konstellation, dass den Bestimmungen, auf die sich die Rechtseinräumung an den Konkurrenten stütze, ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen sei, die schon eine Position am Markt innehaben würden, wenn also die einschlägigen Bestimmungen diesen einen sog. Drittschutz vermitteln würden. Bei der Auslegung, ob den einschlägigen gesetzlichen Regelungen eine solche drittschützende Wirkung entnommen werden könne, seien die Besonderheiten des jeweils betroffenen Sachbereichs zu berücksichtigen (BSG, a.a.O., Rn. 16).

In Anwendung dieses Maßstabes wäre indes eine Anfechtungsbefugnis des Antragstellers nicht gegeben. Die Bestimmung des Krankenhauses nach § 116b Abs. 2 SGB V hat nicht zur Voraussetzung, dass für die fraglichen Leistungen ein nicht gedeckter Versorgungsbedarf besteht. Eine Formulierung, die die Bestimmung des Krankenhauses an ein solches Erfordernis knüpft, enthält § 116b Abs. 2 SGB V nicht. Gemäß § 116b Abs. 2 SGB V ist ein zugelassenes Krankenhaus zur ambulanten Behandlung der in den Katalog nach Abs. 3 und 4 genannten hochspezialisierten Leistungen, seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation bestimmt ist. Die Berücksichtigungsklausel enthält keinen Hinweis auf eine Prüfung und Feststellung eines nicht gedeckten Bedarfs. Eine solche Prüfung hat der Gesetzgeber auch ohne Zweifel nicht gewollt. § 116b Abs. 2 SGB V wurde mit Wirkung zum 01.01.2004 mit dem Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz) vom 14.11.2003 (BGBl. I S. 2190) eingeführt und hatte folgenden Wortlaut:

„Die Krankenkassen, die Landesverbände der Krankenkassen oder die Verbände der Ersatzkassen können mit zugelassenen Krankenhäusern Verträge über die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen sowie zur Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen schließen, sofern diese Leistungen und diese Behandlung in dem Katalog nach Absatz 3 enthalten sind. In den Verträgen ist das Nähere über die

Durchführung der Versorgung, insbesondere der Nachweis der Einhaltung der sachlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses, zu regeln.“

Die Berücksichtigungsklausel war in der ab 01.01.2004 eingeführten Fassung damit nicht enthalten. Auch die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 15/1525 S. 119, 120) enthält keinen Hinweis auf eine Bedarfsprüfung. Die jetzt geltende Fassung wurde mit dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-WSG) ab 01.04.2007 (BGBl. I S. 378) eingeführt und ist im Wortlaut des Gesetzentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und SPD zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 24.10.2006 ohne Änderungen Gesetz geworden. In der Begründung ist hierzu ausgeführt (BT-Drs. 16/3100 S. 139, 140):

„Einen derartigen Antrag unter Nennung der betreffenden Leistungen und Erkrankungen können alle zur Behandlung gesetzlich Krankenversicherter zugelassenen Krankenhäuser (s. § 108 SGB V) stellen. Die Entscheidung fällt im Rahmen der Krankenhausplanung. Eignung für die ambulante Erbringung der im Katalog genannten Leistungen muss gegeben sein, was beispielsweise bei Krankenhäusern der Grundversorgung in der Regel nicht der Fall sein dürfte. Eine Bedarfsprüfung findet nicht statt.“

Damit steht ohne Zweifel fest, dass die Prüfung eines Bedarfs für eine ambulante Leistungserbringung im Krankenhaus nicht Voraussetzung für eine Erteilung der Teilnahme ist. Wenngleich damit eine Bedarfsprüfung nicht stattzufinden hat, so bedeutet dies indes nicht, dass die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte ohne Belang sind und auch im Falle einer ausreichenden Versorgung die Bestimmung des Krankenhauses erfolgen muss. Denn insoweit bedeutet das Absehen von einer Bedarfsprüfung lediglich, dass die Bestimmung des Krankenhauses nicht auf den Fall des Bestehens einer Versorgungslücke beschränkt ist, mithin eine ambulante Leistungserbringung durch das Krankenhaus zu einer Versorgung der Versicherten unerlässlich ist, nicht aber umgekehrt, dass auch im Falle einer bestehenden ausreichenden Versorgung die Bestimmung ohne Einschränkungen zu erfolgen hat.

Eine drittschützende Wirkung von § 116b Abs. 2 SGB V ist trotz des nicht ausdrücklich einfach-gesetzlich mit § 116b Abs. 2 SGB V festgelegten Vorrangs der niedergelassenen Vertragsärzte gegeben. Diese Auslegung ist durch die Grundrechte des Antragstellers aus Art. 12 Abs. 1 und Art. 19 Abs. 4 GG geboten.

Der Drittschutz ist unter Würdigung von Sinn und Zweck der Regelung und dessen Wortlaut aus einer verfassungsrechtlichen Würdigung der Wettbewerbsbedingungen im staatlich regulierten Gesundheitsmarkt abzuleiten. Die Bestimmung des Krankenhauses greift in die Berufsausübungsfreiheit eines Vertragsarztes ein, der in demselben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbietet, indem es die Erwerbsmöglichkeiten über das dem Vertragsarztrecht immanente Maß hinaus einschränkt. Die vom BVerfG in der Entscheidung vom 17.08.2004 (a.a.O.) als maßgeblichen Ausgangspunkt zu bewertenden Grundsätze für die Drittanfechtung einer Ermächtigung gelten vorliegend entsprechend. Das BVerfG hat zur Ermächtigung von Krankenhausärzten ausgeführt, dass ein niedergelassener Vertragsarzt nicht mehr nur mit anderen niedergelassenen Vertragsärzten, die ebenso wie er in eine Praxisausstattung investierten, im freien Wettbewerb untereinander stünden, weil die Patienten die freie Arztwahl haben. Er konkurriere infolge der Ermächtigung zusätzlich mit Krankenhausärzten, denen die Krankenhäuser die sächlichen Mittel zur Verfügung stünden. Diese Erwägungen sind auf die Bestimmung des Krankenhauses nach § 116b Abs. 2 SGB V übertragbar. Im Falle der Bestimmung des Krankenhauses nach § 116b SGB V konkurriert der niedergelassene Vertragsarzt nunmehr auch mit dem zur ambulanten Versorgung zugelassenen Krankenhaus.

Die weiteren Erwägungen des BVerfG in der Entscheidung vom 17.08.2004 (a.a.O.) gebieten die Annahme eines Drittschutzes zugunsten der niedergelassenen Vertragsärzte ebenso. Das Grundrecht der Berufsfreiheit gewährleistet dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Es konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung. In dieses Grundrecht greifen nicht nur Vergütungsregelungen ein, die auf die Existenzerhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind. Bei einem

regulierten Marktzugang können auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen. Solche Eingriffe sind mit Art. 12 Abs. 1 GG vereinbar, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden (BVerfG, a.a.O.).

Zwar gewährt Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz. Die Vertragsärzte haben aufgrund ihres Zulassungsstatus auch keinen Rechtsanspruch auf die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit. Die Wettbewerbsposition und die Erträge unterliegen grundsätzlich dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen. Maßgeblich ist indes, wie das BVerfG herausgestellt hat, dass eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen kann, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und Verteilung der staatlichen Mittel steht.

Der Zustrom der Leistungserbringer zur ambulanten Versorgung wird nach wie vor durch Mechanismen der Bedarfsplanung gelenkt. Hierzu gehören die Zulassungsbeschränkungen bei Überversorgung wie auch die Verminderung der Zahl der Leistungserbringer durch die Einführung von Altersgrenzen für Vertragsärzte. Die Begrenzung der Arztzahlen dient nach dem Willen des Gesetzgebers der Kostenreduzierung und damit einer Stabilisierung des Systems insgesamt. Gleichzeitig, so das BVerfG in der Entscheidung vom 17.08.2004 (a.a.O.), wird aber auch der einzelne Vertragsarzt begünstigt, der innerhalb des geschlossenen Systems der vertragsärztlichen Versorgung nur einer für ihn noch tragbaren Konkurrenz ausgesetzt ist. Das gewährleistet zugleich den Erhalt einer leistungsfähigen Ärzteschaft. Dem Aspekt einer quantitativ begrenzten Konkurrenz kommt für die Berufsausübung des einzelnen Arztes wegen der budgetierten Gesamtvergütung - immer noch - besondere Bedeutung zu. Insoweit verhält es sich bei der Teilnahme von Krankenhäusern an der ambulanten Versorgung nicht anders als bei der Ermächtigung von einzelnen Krankenhausärzten. Wird das Krankenhaus nicht zur ambulanten Versorgung bestimmt, werden die niedergelassenen Ärzte stärker in Anspruch genommen. Sie können mehr Leistungen selbst abrechnen, soweit sie noch über freie Kapazitäten verfügen.

Besonders deutlich wird der Zusammenhang zwischen der Zahl der Ärzte und der Höhe ihrer Vergütung dort, wo Krankenhaus und Vertragsarzt in einem Planungsbereich Leistungen anbieten. Unbeschadet des Umstandes, dass die streitgegenständlichen ambulanten Leistungen des Krankenhauses außerhalb der Gesamtvergütung von der Krankenkassen bezahlt werden, und damit nicht unmittelbar, sondern nur mittelbar, weil sich das Ausgabevolumen der Krankenkassen insgesamt nicht erhöht, zu Lasten der vertragsärztlichen Versorgung gehen, hat das Krankenhaus - ebenso wie ermächtigte Krankenhausärzte - einen Wettbewerbsvorteil (vgl. hierzu auch „Wettbewerbsdruck auf Vertragsärzte nimmt zu“, Ärzte-Zeitung vom 30.07.2009, Nr. 141/2009 unter Hinweis auf die Studie „Effizientere und leistungsfähigere Gesundheitsversorgung als Beitrag für eine tragfähige Finanzpolitik in Deutschland“, Prof. Dr. Dr. h. c. Bert Rürup, IGES Institut GmbH, Berlin, Forschungsvorhaben für das Bundesministerium für Finanzen). Eine angemessene Auslastung kann der niedergelassene Vertragsarzt nur erreichen bzw. beibehalten, wenn das Krankenhaus seinen potentiellen Patientenstamm nicht übernimmt oder der Bedarf auch nicht annähernd gedeckt ist. Hat die Erbringung mit den streitgegenständlichen Leistungen durch das Krankenhaus im Rahmen der ambulanten Versorgung nur eine schwache oder ungenügende Auslastung zur Folge, kann es die wirtschaftlichen Einbußen leichter tragen, weil es kein unternehmerisches Risiko trägt. Für die Behandlungen stehen die ohnehin vorhandenen Räumlichkeiten und die sächliche Ausstattung des Krankenhauses wie auch dessen ärztliches und nichtärztliches Personal zur Verfügung, so dass diese Kosten - anders als mit der Leistungserbringung durch die niedergelassenen Ärzte - nicht erwirtschaftet werden müssen. Für den nicht ausgelasteten niedergelassenen Arzt können (hohe) Investitionskosten, insbesondere wenn die Praxis sich noch in der Aufbauphase befindet, hingegen ruinös sein.

Darüber hinaus macht der Antragsteller zu Recht geltend, dass dem Krankenhaus aufgrund der dort durchgeführten Operation ein wesentlicher Wettbewerbsvorteil in Bezug auf die Entscheidung der Versicherten für eine ambulante Leistungserbringung zukommt. Insoweit liegt es auf der Hand, dass sich die Patientinnen auch bei vorangegangener Betreuung

durch den niedergelassenen Gynäkologen insbesondere nach der Tumoroperation in einer besonderen Lage befinden, die eine Entschlussfassung, die weitere notwendige (chemo-)therapeutische Behandlung in der stationären Einrichtung durchführen zu lassen, beeinflusst und insbesondere aufgrund des Vertrauensverhältnisses zu den unmittelbar stationär behandelnden Ärzten überlagert wird. Auch liegt es nahe, dass sich die Patientinnen dem konkreten Angebot durch die Krankenhausärzte, die Chemotherapie im Krankenhaus durchzuführen zu lassen, insbesondere wenn sie über die Möglichkeiten der Behandlung durch niedergelassene Ärzte und deren Praxisstandorte nicht oder unzureichend informiert sind, nur schwer entziehen können.

Dieser Vorteil der Krankenhäuser in Bezug auf die Arztwahl der Patientinnen ist auch nicht mit der Anlage 3 der Richtlinie des G-BA zur Bereitstellung von Informationsmaterial beseitigt oder eingeschränkt. Mit der genannten Anlage wird den Krankenhäusern lediglich aufgegeben, den Patientinnen und Patienten industrieunabhängiges, kostenlos erhältliches Informationsmaterial (z.B. „Blaue Reihe“ der Deutschen Krebshilfe, Material der Krebs-Selbsthilfeorganisationen) über ihre Erkrankung und Behandlungsalternativen zur Verfügung zu stellen. Die Notwendigkeit der Aufklärung über die Möglichkeit, die Therapie in entsprechend onkologisch-qualifizierten Praxen niedergelassener Ärzte durchführen zu lassen und möglichen Behandlungsorte anzugeben, ist damit schon nicht vorgeschrieben. Damit sind erhebliche Wettbewerbsnachteile bei der Versorgung der gesetzlich Versicherten für die niedergelassenen Ärzte zu besorgen.

Zudem wird das Grundrecht des Vertragsarztes aus Art. 12 Abs. 1 GG im Interesse der Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung in vielfältiger Weise eingeschränkt. Zur Sicherung der Qualität und Wirtschaftlichkeit muss er Einschränkungen seines Behandlungsspektrums ebenso hinnehmen wie Regelungen, die seine Niederlassungsfreiheit, seine Fallzahlen und seine Vergütung (z.B. durch Regelleistungsvolumina) begrenzen. Diese Eingriffe können durch den Gemeinwohlbelang der Sicherstellung der Versorgung der gesetzlich Versicherten gerechtfertigt werden. An diesem legitimen Zweck sind, wie das BVerfG (a.a.O.) zum Ausdruck gebracht hat, aber die jeweiligen Be-

schränkungen der Berufsfreiheit der im System tätigen Leistungserbringer auch zu messen. Kommt es durch hoheitliche Maßnahmen zu weiter gehenden, an diesen Belangen nicht ausgerichteten Eingriffen in die gesetzlich durchstrukturierten Marktbedingungen, die - wie oben dargestellt - zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen können, können die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs.1 GG verletzt sein. Die Möglichkeit der Grundrechtsverletzung erfordert 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.

Dieses Ergebnis ergibt sich schließlich auch mit Blick auf das Regelungsziel von § 116b Abs. 2 SGB V. Zwar hat der Gesetzgeber den Vertragsärzten mit § 116b Abs. 2 SGB V in seinem Wortlaut keinen ausdrücklichen Vorrang eingeräumt. Ihrer Berufsausübung in einem staatlich regulierten Markt mit dem spezifischen unternehmerischen Risiko im Verhältnis zu den Krankenhäusern ist aber Rechnung getragen, in dem die Bestimmung des Krankenhauses zu erfolgen hat, „wenn und soweit es (...) unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation dazu bestimmt worden ist“. Im Lichte des dargestellten Grundrechts aus Art. 12 Abs. 1 GG kann auch dieser Voraussetzung drittschützende Wirkung beigemessen werden.

Die Herbeiführung eines ruinösen Wettbewerbs zu Lasten der Vertragsärzte hat der Gesetzgeber mit der - begrenzten - Öffnung der Krankenhäuser zur ambulanten Versorgung gemäß § 116b Abs. 2 SGB V schließlich weder beabsichtigt noch in Kauf genommen. Die Bedeutung der vom Gesetzgeber eingefügten Berücksichtigungsklausel ist aus Sinn und Zweck des § 116b Abs. 2 SGB V abzuleiten.

Mit dem GKV-WSG hat der Gesetzgeber u.a. eine Intensivierung des Wettbewerbs innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung angestrebt, um Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung deutlich zu verbessern und hierzu hervorgehoben (BT-Drs. 16/3100 S. 87):

„Stärker als bisher wird sich die medizinische Versorgung künftig am Bedarf und an den Interessen der Versicherten orientieren und darauf ausgerichtet sein, heute noch bestehende Schnittstellenprobleme zu beseitigen. Die ambulante Versorgung stützt sich weiterhin auf freiberuflich tätige Haus- und Fachärzte sowie in besonderen Fällen auf die Behandlung im Krankenhaus. Im Interesse einer kontinuierlichen Behandlung der Versicherten werden die Zusammenarbeit der verschiedenen Arztgruppen und die Zusammenarbeit zwischen ambulanten und stationärem Sektor verbessert, die Übergänge erleichtert und die Qualität der medizinischen Versorgung verbessert“.

Insbesondere zu § 116b Abs. 2 SGB V ist ausgeführt (BT-Drs. 16/3100 S.139):

„Nach geltendem Recht können die Krankenkassen mit zugelassenen Krankenhäusern Verträge über die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen sowie zur Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen schließen, sofern diese Leistungen und diese Behandlung in dem Katalog nach § 116b Abs. 3 und 4 enthalten sind. Diese Möglichkeit zur Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung haben die Krankenkassen bisher kaum genutzt. Die Vertragskompetenz der Krankenkassen entfällt daher.“

Damit wird deutlich, dass der Gesetzgeber der bestehenden Struktur mit der Versorgung durch die niedergelassenen Ärzte und der vorhandenen Versorgungssituation eine grundlegende Funktion beigemessen hat, die auch mit einer Teilnahme der Krankenhäuser an der ambulanten Versorgung nicht gefährdet werden sollte. Die mit § 116b Abs. 2 SGB V vorgesehene ambulante Leistungserbringung der Krankenhäuser mit hochspezialisierten Leistungen, zur Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Behandlungsverläufen soll vielmehr eine Ergänzung der ambulanten Versorgung durch die niedergelassenen Vertragsärzte darstellen. Damit wird deutlich, dass die bestehende vertragsärztliche Versorgungslage auch mit der Bestimmung des Krankenhauses gewährleistet und weder beeinträchtigt noch gefährdet werden soll. In diesem Sinne hat sich auch das Bundesgesundheitsministerium durch den Staatssekretär Dr. Klaus-Theo Schröder geäußert, wonach es nicht darum gehe, die ambulante vertragsärztliche Versorgung zu ersetzen, sondern allenfalls zu ergänzen („Freiberuflichkeit der Fachärzte steht nicht zur Debatte“, Ärzte-Zeitung vom 26.07.2009). Vor diesem Hintergrund erschließt sich auch die Bedeutung

der Formulierung „unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation“ in § 116b Abs. 2 SGB V. Sie normiert in Zusammenhang mit der Erteilung der Bestimmung ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der bereits niedergelassenen Vertragsärzte, die in demselben räumlichen Bereich wie das nachsuchende Krankenhaus bereits jetzt eine Position am Markt der Leistungserbringer innehaben.

Die für eine Anfechtungsberechtigung weiterhin erforderliche Voraussetzung, dass der Antragsteller und das neu zur Leistungserbringung zugelassene Krankenhaus in räumlicher Nähe gleiche Leistungen erbringen, ist mit Blick auf die Schwerpunktbezeichnung des Antragstellers und dessen Teilnahme an den Onkologie-Vereinbarungen nicht fraglich. Zudem befindet sich die Praxis des Antragstellers nur etwa 7 km entfernt vom Standort der Beigeladenen zu 1. Insoweit ist eine reale Konkurrenzsituation wegen des identischen Einzugsbereichs nicht zweifelhaft. Bei alledem ist der Antragsteller, der in demselben räumlichen Bereich Leistungen anbietet, die Gegenstand der Bestimmung des Krankenhauses nach § 116b Abs. 2 SGB V sind, zur Anfechtung der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. befugt.

Dem Erfordernis der Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ist der Antragsgegner mit dem angefochtenen Bescheid nicht gerecht geworden. Dem Substantiv ist der Bedeutungsgehalt beizumessen, dass die maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen und eine sachliche Auseinandersetzung mit ihnen zu erfolgt hat, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden kann (BSG, Urteil vom 10.05.2000 – B 6 KA 20/99 R = SozR 3-2500 § 85 Nr. 37). Der Antragsgegner hat die vertragsärztliche Situation indes unberücksichtigt gelassen.

In der Begründung seines Bescheides ist hierzu ausgeführt:

„Die vertragsärztliche Versorgungssituation wurde berücksichtigt. Die KVS spricht sich gegen die Bestimmung des Klinikums A. aus mit dem Verweis darauf, dass die Versorgung der Patienten und Patientinnen durch die niedergelassenen Ärzte gewährleistet sei. Da nach dem ausdrücklichen Willen des Ge-

setzgebers jedoch keine Bedarfsprüfung erfolgt (BT-Drucks. 16/3100 zu § 116b), stellt der Einwand, dass die ambulante Diagnostik und Versorgung von Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren und Patienten mit gastrointestinalen Tumoren und Tumoren der Bauchhöhle im Versorgungsbereich des Klinikums A. bereits durch niedergelassene Ärzte bzw. Medizinische Versorgungszentren sichergestellt ist, keinen Ausschlussgrund dar.

Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist in der Sitzung des Krankenhausplanungsausschusses am 15.01.2009 angestrebt worden.

Nach Abwägung der öffentlichen und privaten Belange war daher dem Antrag zu entsprechen.“

Entgegen dem einleitenden Satz ist mit den weiteren Ausführungen gerade keine Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation erfolgt. Mit ihnen kommt vielmehr zum Ausdruck, dass der Antragsgegner - aufgrund seiner Rechtsansicht - der vertragsärztlichen Versorgungssituation wegen einer vom Gesetzgeber nicht vorgesehenen Bedarfsprüfung keine Bedeutung beigemessen hat. Welche öffentlichen und privaten Belange erwogen wurden, ist mangels näherer Ausführungen nicht erkennbar. Bei alledem spricht viel dafür, dass die vom Antragsteller erhobene Klage insoweit Erfolg haben wird.

Eine Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation muss im Übrigen auch nicht zwingend zu der Rechtsfolge führen, den Antrag der Beigeladenen zu 1. in vollem Umfang abzulehnen. Entsprechend der Begrenzung von Ermächtigungen nach § 116 SGB V bzw. 31a Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV (BSG, Urteil vom 17.10.2007 – B 6 KA 42/06 R = BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4) kann auch in Erwägung gezogen werden, die Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V räumlich in der Weise zu begrenzen, dass die Versorgung von Patienten aus dem Einzugsbereich einer Vertragsarztpraxis ausgeschlossen oder auf Patienten aus einem begrenzten räumlichen Bereich beschränkt wird. Damit könnte für den Fall, dass eine zur Versorgung bestimmter Patientinnen erforderliche und sinnvolle Bestimmung so ausgestaltet wird, dass die Betätigungsmöglichkeiten der in demselben räumlichen Bereich niedergelassenen Vertragsärzte nicht übermäßig eingeschränkt werden.

Dem weiteren Vorbringen des Antragstellers zur Rechtswidrigkeit der der Beigeladenen zu 1. erteilten Bestimmung zur ambulanten Leistungserbringung, weil die mit den Onkologie-Vereinbarungen geltenden Anforderungen an die sächliche und personelle Ausstattung nicht erfüllt würden, kommt indes keine Erheblichkeit zu. Zwar gelten für die sächlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses die Anforderungen für die vertragsärztliche Versorgung entsprechend (§ 116b Abs. 3 Satz 2 SGB V). Ob hier auch die Onkologie-Vereinbarungen einzubeziehen sind, ist nicht zu prüfen. Eine sich hieraus ggf. ergebende Rechtswidrigkeit der Bestimmung der Beigeladenen zu 1. kann der Antragsteller nicht geltend machen. Die Regelungen dienen der Qualitätssicherung, die unzweifelhaft keine drittschützende Wirkung zu Gunsten des Antragstellers vermitteln und er deshalb insoweit keine Berechtigung zur Geltendmachung hat.

Soweit der Bescheid des Antragsgegners wegen einer nicht ausreichenden Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation sich als rechtswidrig erweist, ergibt auch die gebotene umfassende Abwägung, dass das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung der Klage überwiegt.

Ein besonders schützenswertes Interesse der Beigeladenen zu 1 an der sofortigen Vollziehbarkeit ist 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, ist un schlüssig und rechtlich bedenklich.

Die von ihr genannten 2.921 vorstationären Behandlungsfälle haben außer Betracht zu bleiben, weil schon gar nicht erkennbar ist, dass eine vorstationäre Behandlung im Krankenhaus mit einer ambulanten Behandlung nach einer Tumoroperation, wie sie Gegenstand der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung ist und von den Vertragsärzten im niederge-

lassen Bereich erbracht wird, nunmehr vom Krankenhaus nach § 116b Abs. 2 SGB V rechtmäßig abgerechnet werden könnte. Zweck der vorstationären Behandlung ist, die stationäre Behandlung vorzubereiten oder ihre Notwendigkeit zu klären (§ 115a Abs. 1 Nr. 1 SGB V). Damit sind Leistungen nach § 116b Abs. 2 SGB V, für die der Beigeladenen zu 1. die streitige Bestimmung erteilt worden ist, nicht mit einer vorstationären Krankenhausbehandlung identisch und nicht mit Leistungen nach § 116b Abs. 2 SGB V ersetzbar.

Auch soweit mit dem weiteren Vortrag der Beigeladenen zu 1. in Bezug auf die teilstationären Behandlungsfälle der Eindruck vermittelt wird, solche Fälle nunmehr auf der Grundlage von § 116b Abs. 2 SGB V behandeln und abrechnen zu wollen, wäre dies rechtlich bedenklich. Auch eine teilstationäre Behandlung im Krankenhaus ist nicht mit einer ambulanten Behandlung, wie sie Gegenstand der vertragsärztlichen Versorgung ist und für die Beigeladene zu 1. mit § 116b Abs. 2 SGB V eröffnet werden soll, beliebig austauschbar. Allein aus dem Umstand, dass Krankenhäuser sog. tagesklinische Betten eingerichtet haben, ergibt sich noch nicht, dass auch die dort zur Behandlung verweilenden Patienten bei einer Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V nunmehr alle nach dieser Vorschrift abgerechnet werden könnten.

Die Abgrenzung zwischen vollstationärer, teilstationärer und ambulanter Krankenhausbehandlung kann im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Solche Abgrenzungsschwierigkeiten sind im Ansatz vom Merkmal der geplanten Aufenthaltsdauer zu lösen. Eine physische und organisatorische Eingliederung in das spezifische Versorgungssystem des Krankenhauses ist dabei augenfällig gegeben, wenn sie sich zeitlich über mindestens einen Tag und eine Nacht erstreckt. Damit ist die vollstationäre Behandlung erfasst. Es besteht auch weitgehend Einigkeit, dass der Patient bei einer vollstationären Versorgung zeitlich ununterbrochen - also Tag und Nacht - im Krankenhaus untergebracht ist. Eine Behandlung findet demgemäß regelmäßig nur ambulant statt, wenn der Patient die Nacht vor und die Nacht nach der Behandlung nicht im Krankenhaus verbringt. Ist das der Fall, liegt typischerweise auch keine teilstationäre Behandlung vor. Bei der teilstationären Behandlung ist die Inan-

spruchnahme des Krankenhauses zwar ebenfalls zeitlich beschränkt. Diese Form der stationären Behandlung erfolgt bei der Unterbringung in Tages- und Nachtkliniken. Für Tageskliniken ist eine zeitliche Beschränkung auf die Behandlung tagsüber kennzeichnend, wobei die Nacht zu Hause verbracht wird. Aus der zeitlichen Beschränkung und den praktischen Anwendungsbereichen ist erkennbar, dass die teilstationäre Behandlung zwar keine „Rund-um-die-Uhr-Versorgung“ der Patienten darstellt, sich die Behandlung aber auch nicht im Wesentlichen im Rahmen eines Tagesaufenthalts im Krankenhaus erschöpfen darf. Vielmehr erstrecken sich teilstationäre Krankenhausbehandlungen auf Grund der im Vordergrund stehenden Krankheitsbilder regelmäßig auf einen längeren Zeitraum, wobei allerdings die medizinisch-organisatorische Infrastruktur des Krankenhauses benötigt wird, ohne dass eine ununterbrochene Anwesenheit des Patienten im Krankenhaus notwendig ist. Einen Sonderfall stellen Behandlungen dar, die in der Regel nicht täglich, aber in mehr oder weniger kurzen Intervallen erfolgen, wie es z.B. bei Dialysepatienten der Fall ist, die zwar nicht jeden Tag, aber mehrmals in der Woche für einige Stunden im Krankenhaus versorgt werden. Eine derartige Form der Behandlung stellt einen Grenzfall zwischen teilstationärer Behandlung und ambulanter Krankenhausbehandlung dar, der aber zur ambulanten Behandlung zu zählen ist (vgl. BSG, Urteil vom 04.03.2004 – B 3 KR 4/03 R = BSGE 92, 223 = SozR 4-2500 § 39 Nr. 1). Damit wird deutlich, dass teilstationäre Behandlung im Krankenhaus und eine ambulante Behandlung im Krankenhaus nicht lediglich beliebig austauschbare Abrechnungsmodalitäten darstellen.

Aufgrund dieser Erwägungen ist davon auszugehen, dass in den von der Beigeladenen zu 1. bislang als teilstationären Behandlungsfällen abgerechneten Fällen auch tatsächlich eine teilstationäre Behandlungsnotwendigkeit bestand, also die medizinisch-organisatorische Infrastruktur des Krankenhauses benötigt wurde, die von Vertragsärzten in den niedergelassenen Praxen nicht vorgehalten wird, und derartige Behandlungsfälle bei bestehender Notwendigkeit der teilstationären Behandlungsbedürftigkeit auch zukünftig nicht zur Erlangung einer höheren Vergütung in rechtswidriger Weise nur mit ambulanten Leistungen versorgt werden, um nach § 116b Abs. 2 SGB V abrechnen zu können. Bei einer solchen - rechtmäßigen - Behandlungspraxis der Beigeladenen zu 1. ist zwar zutreffend, dass den

Vertragsärzten keine Patienten vorenthalten wurden und werden. Indessen erweist sich aber ihr Vortrag, ihre Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V werde „zu keinerlei Änderung in ihrer ambulanten Behandlungspraxis führen“ als rechtlich bedenklich, weil die angegebenen 3.825 teilstationären Behandlungsfälle nicht schlicht als Behandlungsfälle nach § 116b Abs. 2 SGB V abgerechnet werden können. Die angegebenen 3.825 teilstationären Fälle für das Jahr 2008 lassen damit auch den vor ihr gezogenen Schluss zu, dass aufgrund der bereits bislang behandelten teilstationären Fälle ein Fallzahlrückgang bei den niedergelassenen Vertragsärzten nicht zu besorgen, nicht zu. Auch soweit die Beigeladene zu 1. ausgeführt hat, die Anzahl der mit den Krankenkassen vereinbarten teilstationären Behandlungsfälle überschritten und deshalb ihre Leistungen zum Teil nicht vergütet erhalten zu haben und vor diesem Hintergrund mit der Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V zukünftig eine angemessene Vergütung erreichen zu wollen, ist dies nicht als der richtige Weg zu bewerten. Sofern die Notwendigkeit einer höheren Anzahl teilstationärer Behandlungsfälle bestehen sollte, wäre es Sache der Beigeladenen zu 1. auf eine Erhöhung der Anzahl der teilstationären Behandlungsfälle gegenüber den Krankenkassen hinzuwirken.

Soweit die Beigeladene zu 1. im Übrigen vorgetragen hat, in den ersten beiden Quartalen I und II/09 767 Fälle nach § 116b Abs. 2 SGB V abgerechnet zu haben, stützt dies vielmehr die Prognose, bislang im Rahmen der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung behandelbare Patienten übernommen zu haben. Die von ihr angegebene Anzahl von Patienten kann die Beigeladene zu 1. wegen des Suspensiveffekts (§ 86a Abs. 1 SGG) in rechtmäßiger Weise, was zu ihren Gunsten anzunehmen ist, nur im Zeitraum ab 01.02.2009 bis zur Klageerhebung am 20.02.2009 und ab Zugang des Bescheides über die Anordnung der sofortigen Vollziehung vom 14.05.2009 bis zum Quartalsende am 30.06.2009, also in etwa zweieinhalb Monaten, behandelt haben. Damit würden auf das Jahr bezogen 3.681,6 Patienten von der vertragsärztlichen Versorgung in die Behandlung durch die Beigeladene zu 1. im Krankenhaus übergehen. Allein die von der Beigeladenen zu 1. angegebene Zahl von 767 Patienten mit Medikation für den Zeitraum von zweieinhalb Monaten spricht dafür, dass bei einer weiterhin möglichen Leistungserbringung im

Rahmen eines Sofortvollzuges eine erhebliche Anzahl von Patienten der vertragsärztlichen Versorgung entzogen werden kann.

Auch soweit der Antragsgegner in seiner Entscheidung über die Anordnung des Sofortvollzuges auf von der Beigeladenen zu 1. angegebene Einkommenseinbußen in siebenstelliger Höhe abgestellt hat, kann dem nicht gefolgt werden. Insoweit handelt es sich bei ihr lediglich um die Aussicht auf zukünftige Erwerbsmöglichkeiten, auf die sie aber zur Existenzsicherung - anders als der Antragsteller - nicht angewiesen ist.

Demgegenüber ist bei der sofortigen Vollziehung mit einer Leistungserbringung durch die Beigeladene zu 1. von einer Existenzbedrohung des Antragstellers auszugehen. Diese ist mit den vom Antragsteller vorgelegten Honorarbescheiden, Häufigkeitsstatistiken und der betriebswirtschaftlichen Auswertung mit Gewinnverwendungsübersicht nachvollziehbar dargelegt. In den Quartalen I/08 bis I/09 hat der Antragsteller pro Quartal durchschnittlich 210 Patientinnen mit einer Tumorthherapie behandelt. Mit den im Quartal I/09 behandelten 57 Patientinnen mit laufender intravasaler zytostatischer Tumorthherapie hatte er Honorareinnahmen in Höhe von EUR, die bei einem Gesamthonorar von EUR knapp die Hälfte des vertragsärztlichen Honorars betreffen. Im Jahr 2008 hatte der Antragsteller Gesamteinnahmen in Höhe von EUR bei Praxisausgaben in Höhe von EUR, mithin ein Gewinn in Höhe von EUR. Bei einer typischen Tumorpatientin mit der Diagnose Brustkrebs bei Ersterkrankung ohne Metastasen mit 4 Zyklen Chemotherapie kann von einem Honorar von etwa 690,00 EUR ausgegangen werden, so dass sich bei 57 Patientinnen ein durchschnittliches Quartalshonorar in Höhe von 39.330,00 EUR errechnen lässt. Auf das Jahr bezogen ergibt sich mit dem Betrag in Höhe von 157.320 EUR eine Reduzierung des jährlichen Umsatzes in Höhe von EUR bzw. des Gewinns (vor Steuer) von EUR auf 35.733,63 EUR. Insoweit ist eine Existenzbedrohung des Antragstellers, auch wenn die Patientinnen zur Behandlung mit einer Tumorthherapie nicht sofort und in vollem Umfang wegbleiben sollten, aufgrund der Praxisgründung mit dem vom Gewinn zu tilgenden Kredit in Höhe von noch EUR (im Jahr 2008 EUR Tilgung) als real einzuschätzen.

Mit der damit anzunehmenden schwerwiegenden Beeinträchtigung durch den Sofortvollzug für den Antragsteller, dem bei der Beigeladenen zu 1. keine gegenwärtige nachhaltige wirtschaftliche Betroffenheit, sondern lediglich eine aus der Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V resultierende Aussicht auf zukünftige Erwerbsmöglichkeiten gegenüber steht, spricht auch eine Folgenabwägung der widerstreitenden Belange für ein überwiegendes Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung.

Der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit ist auch nicht im Interesse der Patientenversorgung geboten. Mit der derzeitigen Versorgungssituation ohne Leistungserbringung der Beigeladenen zu 1. ist, wie sich aus der Stellungnahme der beigeladenen KVS vom 31.07.2008 ergibt, die allein streitige Versorgung der Patientinnen mit gynäkologischen Tumoren mit ambulanten Leistungen quantitativ und qualitativ gesichert.

Bestehen bei alledem ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit der vom Antragsteller in der Hauptsache mit der Klage angefochtenen Bestimmung der Beigeladenen zu 1. zur ambulanten Leistungserbringung und sprechen zu Gunsten des Antragstellers auch die überwiegenden Interessen gegen den Sofortvollzug, ist die aufschiebende Wirkung der Klage wiederherzustellen gewesen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Den Beigeladenen waren mangels eigener Antragstellung Kosten nicht aufzuerlegen (§ 154 Abs. 3 VwGO), auch war es nicht veranlasst, außergerichtliche Kosten von Beigeladenen dem Antragsteller oder der Staatskasse aufzuerlegen (§ 162 Abs. 3 VwGO).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diesen Beschluss ist gemäß den §§ 172 Abs. 1, 173 SGG Beschwerde zum Sächsischen Landessozialgericht statthaft. Die Beschwerde ist binnen eines Monats nach Zustellung des Beschlusses beim Sozialgericht Dresden, Fachgerichtszentrum, Hans-Oster-Straße 4, 01099 Dresden schriftlich oder zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle einzulegen.

Die Beschwerdefrist ist auch gewahrt, wenn die Beschwerde innerhalb der Frist beim Sächsischen Landessozialgericht, Parkstraße 28, 09120 Chemnitz, schriftlich oder mündlich zur Niederschrift des Urkundsbeamten der Geschäftsstelle eingelegt wird.

Die Vorsitzende der 11. Kammer

Steinmann-Munzinger
Vizepräsidentin des Sozialgerichts Dresden

Ausgefertigt - Beglaubigt
Sozialgericht Dresden
Dresden, den

als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle