
S 9 KR 578/10 ER

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung	11
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	S 9 KR 578/10 ER
Datum	26.08.2010

2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 KA 120/10 B ER
Datum	04.05.2011

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 26.08.2010 abgeändert. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bestimmungsbescheides vom 29.12.2009 durch Anordnungsbescheid vom 02.06.2010 wird mit der Maßgabe aufgehoben, dass die Beigeladene zu 1) berechtigt bleibt, auf der Grundlage dieses Bescheides vor dem 13.05.2011 begonnene ambulante Behandlungen bis zum 31.12.2011 durchzuführen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Antragsgegner und Beigeladene zu 1) tragen die Kosten des Verfahrens je zur Hälfte als Gesamtschuldner. Der Streitwert wird auf 60.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Streitig ist die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gegen einen Bescheid zur Bestimmung eines Krankenhauses zur ambulanten Behandlung onkologischer Erkrankungen.

Die Antragstellerin ist eine onkologische Schwerpunktpraxis in O. Ihre zwei

Gesellschafter sind zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen und "onkologisch verantwortliche Ärzte" nach der Onkologie-Vereinbarung vom 01.10.2009. Die Beigeladene zu 1) ist Trägerin der Städtischen Kliniken O - M-Krankenhaus.

Auf den Antrag vom 23.08.2007 ließ die Bezirksregierung Düsseldorf die Beigeladene zu 1) mit Bescheid vom 29.12.2009 gemäß [§ 116b Abs. 2 Satz 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) i. V. m. der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) über die ambulante Behandlung im Krankenhaus nach [§ 116b SGB V](#) i.d.F. vom 18.10.2005 (Bundesanzeiger 2006, Nr. 7, S. 88 vom 11.01.2006) in der jeweils geltenden Fassung wie folgt zur "Durchführung ambulanter Behandlungen der nachfolgenden spezialisierten Leistung (oder seltenen Erkrankung oder Erkrankung mit besonderem Krankheitsverlauf)" zu:

"Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen für folgende Leistungsbereiche:

- Gastrointestinale Tumore und Tumore der Bauchhöhle
- Gynäkologische Tumore
- Kopf- und Halstumore
- Tumore der Lunge und des Thorax
- Tumore des lymphatischen, blutbildenden Gewebes und schwere Erkrankungen der Blutbildung
- Urologische Tumore."

Den Widerspruch der Antragstellerin vom 19.03.2010 wies die Bezirksregierung mit Bescheid vom 08.06.2010 zurück. Der Widerspruch sei zwar zulässig, indessen nicht begründet. Die Bestimmung sei rechtmäßig. Im Hinblick auf die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation sei das Einvernehmen mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten angestrebt und der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) Nordrhein Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt worden. Diese habe mitgeteilt, dass die vertragsärztliche Versorgung ausreiche und es der Bestimmung nicht bedürfe. Auf das Vorliegen einer Versorgungslücke komme es jedoch nicht an. Soweit in der Rechtsprechung Drittschutz aus Grundrechten hergeleitet werde, führe das nicht weiter, denn ein etwaiger Eingriff in den durch [Art. 12 Grundgesetz \(GG\)](#) geschützten Bereich der Antragstellerin sei dadurch gerechtfertigt, dass die Versorgung von besonders schwer erkrankten Patienten im Sinn der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ein hohes Gut von öffentlichem Interesse sei, das es rechtfertige, die Berufsausübungsfreiheit der vertragsärztlichen Leistungserbringer zu beschränken.

Diese Entscheidung hat die Antragstellerin vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf mit der Klage angegriffen (S 2 KA 320/10). Die 2. Kammer hat sich nicht als zuständig angesehen und einen Beschluss des Präsidiums des SG erwirkt. Dieses hat mit Beschluss Nr. 9/2010 vom 09.07.2010 entschieden, dass das Verfahren in den Zuständigkeitsbereich des Krankenversicherungsrechts (KR) gehöre. Sodann ist das Verfahren von der 9. Kammer des SG Düsseldorf zu S 9 KR 572/10 übernommen worden.

Mit Anordnungsbescheid vom 02.06.2010 ordnete die Bezirksregierung auf Antrag der Beigeladenen zu 1) die sofortige Vollziehung des Bestimmungsbescheides vom 29.12.2009 an. Das Interesse an der sofortigen Vollziehung bestehe darin, dass der Bestimmungsbescheid rechtmäßig sei und nicht in die Rechte Dritter eingreife. Im Bereich des Krankenhausplanrechts habe der Gesetzgeber mit der Einführung von § 16 Abs. 3 Krankenhausgestaltungsgesetz (KHGG) NRW zudem deutlich gemacht, im Falle von Drittwidersprüchen der Sicherstellung der Gesundheitsversorgung den Vorrang vor dem Rechtsschutzinteresse des widerspruchsführenden Dritten einräumen zu wollen. Die Planungsentscheidungen der Landesbehörden seien gegenüber Individualinteressen vorrangig. Darüber hinaus ergebe sich das Interesse an der sofortigen Vollziehung daraus, dass das Krankenhaus bereits entsprechende Patienten behandle und dies ohne Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht möglich sei. Die Diagnostik spiele bei onkologischen Erkrankungen eine wesentliche Rolle, da sie sowohl wegweisend für die Auswahl der einzelnen Therapiemethoden als auch ausschlaggebend für die Heilungschancen sei. Das für onkologische Erkrankungen charakteristische infiltrative Wachstum des Primärtumors sowie das mögliche Auftreten von Tochtergeschwülsten in allen Körperregionen bzw. Organsystemen erfordere schon zum Zeitpunkt der Diagnostik eine multidisziplinäre Zusammenarbeit aller Fachdisziplinen. Die zeitliche Abstimmung sowie die Verzahnung der unterschiedlichen Fachgebiete der ambulanten und stationären Versorgung seien grundlegend für den Behandlungserfolg. Daher sei es zum Wohle der Patienten sinnvoll, einen reibungslosen Ablauf auch hinsichtlich Terminierung und Kommunikation zu gewährleisten. Diese Anforderungen könnten nur dann optimal erfüllt werden, wenn die Diagnostik und die Therapie aus einer Hand erfolge und in einer Einrichtung gebündelt werde.

Mit am 14.07.2010 beim SG Düsseldorf eingegangenem Schriftsatz hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht (S 9 KR 528/10 ER).

Die Antragstellerin hat geltend gemacht: In ihrer Praxis würden sämtliche Tumorentitäten versorgt. Den Schwerpunkt bilde die tumorspezifische intravasale zytostatische Chemotherapie. Sie habe im Quartal IV/2009 ca. 1397 Patienten, davon ca. 737 Patienten mit einer aktiven onkologischen Erkrankung und davon wiederum ca. 198 Patienten mit einer Chemotherapie versorgt. Ihre Gesellschafter seien in die wöchentlichen interdisziplinären Tumorboards des K-Krankenhauses in O eingebunden. Die Verzahnung ambulant-stationär funktioniere reibungslos. Sie gewährleiste die ambulante Versorgung durch Sprechstunden auch an Samstagen und Sonntagen sowie Feiertagen. Für dringliche Indikationen betrage die Wartezeit max. drei Werktage. Onkologische bzw. hämatologische Notfälle würden taggleich versorgt. Ihre Patienten würden grundsätzlich von ein und demselben Arzt behandelt. Ein Krankenhaus könne dies nicht sicherstellen, zumal die an der Versorgung teilnehmenden Chef- und Oberärzte ihren originären administrativen und operativen Tätigkeiten nachkommen müssten. Demzufolge werde der Patient im Krankenhaus häufig von Assistenzärzten mit unterschiedlichem Ausbildungsstand betreut. Sie habe in die Einrichtung ihrer Praxis insgesamt ca. 570.000,00 EUR investiert. Die Tilgung für Praxiskredite laufe noch. Es stünden unter anderem 20 Infusionsplätze zur Verfügung. Sie beschäftige onkologisch

qualifiziertes Fachpersonal. Ihre Praxis befinde sich in nur ca. 3,9 km Entfernung zum Krankenhaus. Die onkologischen Patienten kämen aus demselben Einzugsbereich. Das Krankenhaus habe die Bestimmung beantragt, um die onkologischen Patienten selbst unter Ausschluss der vertragsärztlich tätigen Onkologen ambulant zu behandeln und strebe nach einer Erklärung des kaufmännischen Geschäftsführers an, den Wettbewerb auszuschalten. Infolge der Anordnung des Sofortvollzuges werde ihre wirtschaftliche Existenz bedroht. Der Anteil der internistischen Onkologie mache rund 85 % ihres vertragsärztlichen Umsatzes aus. Sie habe keine Ausweichmöglichkeit. Krankenhäuser hätten demgegenüber einen exzellenten Erstzugriff auf onkologische Patienten. In der Regel werde der Verdacht auf eine onkologische Diagnose vom Hausarzt oder Facharzt gestellt, der den Patienten dann zur ambulanten Diagnostik direkt in das Krankenhaus einweise. Nach der Operation/weiteren Abklärung werde dort über das sich anschließende Behandlungskonzept im Rahmen eines interdisziplinären Tumorboards entschieden, da erst nach Auswertung der im Krankenhaus durchgeführten Operation/weiteren Abklärung alle relevanten Daten zur Festlegung des sich anschließenden Behandlungskonzeptes vorlägen. Die ambulante Weiterbehandlung werde gegenwärtig in der vertragsärztlichen Praxis auf der Grundlage des im Tumorboard festgelegten Behandlungskonzeptes durchgeführt. Werde jedoch ein Krankenhaus zur ambulanten Behandlung von onkologischen Erkrankungen bestimmt, habe es kein Interesse an der Einbindung eines vertragsärztlich tätigen Onkologen in das Tumorboard bzw. in die sich anschließende ambulante Versorgung. Der Patient werde die ambulante Weiterbehandlung im Krankenhaus vornehmen lassen. Die Information der Patienten über die Möglichkeit einer ambulanten onkologischen Versorgung durch einen Vertragsarzt werde seitens der Krankenhäuser künftig entfallen. Krankenhäuser seien aus wirtschaftlichen Gründen daran interessiert, die Patienten ambulant weiter zu behandeln, um finanzielle Einnahmen zu generieren. Diesen exzellenten Erstzugriff verhindernde Überweisungserfordernisse bestünden nicht. Der onkologische Patient komme aus dem Behandlungskreislauf des Krankenhauses nicht mehr heraus. Erst drei Jahre nach der Erstzuweisung sei eine erneute Überweisung durch einen Vertragsarzt erforderlich. Da Rezidive in ca. 80 % der Fälle jedoch innerhalb der ersten drei Jahre nach der Operation aufträten, bedürfe das Krankenhaus noch nicht einmal für die Behandlung der Rezidivpatienten einer erneuten Zuweisung. Dies bedrohe ihre - der Antragstellerin - Existenz erheblich; sie sei auf die Zuweisung stationär behandelter onkologischer Patienten angewiesen. Die weiteren onkologischen Schwerpunkt-Praxen im Einzugsbereich des Krankenhauses seien in gleicher Weise durch dessen Bestimmung betroffen. In O seien insgesamt 18 Vertragsärzte als "onkologisch verantwortliche Ärzte" nach der Onkologie-Vereinbarung tätig. Die Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen sei auf hohem qualitativem Niveau durch "onkologisch verantwortliche Vertragsärzte" und ermächtigte Krankenhausärzte sichergestellt. Die Bestimmung des Krankenhauses sei ohne medizinische Notwendigkeit erfolgt und führe zu verzerrten Wettbewerbsbedingungen. Krankenhäuser seien nicht budgetiert. Leistungsbegrenzungen existierten nicht. Sie könnten die Leistungsmenge beliebig ausweiten und müssten keine Investitionen für einen "Praxiskauf" aufbringen. Schließlich sicherten eingeschränkte Überweisungserfordernisse gemäß Beschluss des GBA zur Richtlinie nach [§ 116b](#)

[SGB V](#) den Erstzugriff des Krankenhauses bei onkologischen Erkrankungen ab. Die Klagebefugnis sei gegeben; sie folge aus dem durch [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) eingeräumten Drittschutz. Die Klage sei begründet. Sie – die Antragstellerin – werde durch den Bestimmungsbescheid beeinträchtigt und sei anfechtungsberechtigt (wird jeweils ausgeführt). Ein Anordnungsgrund bestehe. Ohne einstweilige Anordnung entstehe ein schwerer und nicht wieder gut zu machender Nachteil. Sie – die Antragstellerin – werde in ihrer beruflichen und wirtschaftlichen Existenz bedroht. Bei einem Wegbruch nur der eine intravasale Chemotherapie benötigenden Patienten der gesetzlichen Krankenversicherung drohe in diesem Bereich ein Einnahmerückgang von ca. 50 %. Das entspreche einem Verlust von ca. 106.000,00 EUR je Quartal bei unverändert laufenden Kosten. Die Bestimmung liege nicht im öffentlichen Interesse, denn hierdurch werde das funktionierende System der wohnortnahen vertragsärztlichen onkologischen Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen zerstört.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung der von ihr gegen den Bescheid der Bezirksregierung Düsseldorf vom 29.12.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.06.2010 erhobenen Klage wiederherzustellen.

Die Bezirksregierung Düsseldorf als seinerzeitige Antragsgegnerin hat beantragt, den Antrag abzulehnen.

Sie hat die Auffassung vertreten: Das Krankenhaus sei fachlich geeignet. Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei berücksichtigt worden. Das Bestehen einer Versorgungslücke sei nicht Voraussetzung für eine rechtmäßige Bestimmung eines Krankenhauses. Das besondere öffentliche Interesse, welches der Anordnung der sofortigen Vollziehung zu Grunde liege, und welches den Willen des Gesetzgebers zur Schaffung einer bestmöglichen Versorgungsstruktur für die Bevölkerung widerspiegele, überwiege das Interesse Dritter. Die von der Antragstellerin vorgetragene Argumente beruhten nicht auf belastbaren Daten (wird ausgeführt). Hinzu komme, dass es nach den Darstellungen der Antragstellerin in O insgesamt 18 Vertragsärzte als "onkologisch verantwortliche Ärzte" nach der Onkologie-Vereinbarung gebe. Werde unterstellt, dass sich die Patientenströme tatsächlich zugunsten des Krankenhauses verschieben, so betreffe dies alle mit einem onkologischen Schwerpunkt tätigen Ärzte. Andererseits seien die Behandlungskapazitäten des Krankenhauses nicht unendlich. Daher sei nicht ersichtlich, wie die wirtschaftliche Existenz der Antragstellerin bedroht sein könne, wenn gleichzeitig von allen onkologisch tätigen Praxen Patienten zum Krankenhaus abwanderten. Konkurrenzsituationen seien vom Gesetzgeber in Kauf genommen worden. Zwar könne die nur sehr spezielle ärztliche Leistungen anbietende Antragstellerin von der Bestimmung in besonderer Weise betroffen sein, dies liege aber in der Natur der gesetzlichen Regelung begründet, da diese durch den Katalog der hochspezialisierten Leistungen und seltenen Erkrankungen zwangsläufig hochspezialisierte Ärzte stärker betreffe als ein breiteres Leistungsspektrum anbietende Ärzte. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, dass durch die

ambulante Versorgung im Krankenhaus den betroffenen Patienten der zum Teil belastende Wechsel zwischen notwendigen Krankenhausaufenthalten und regelmäßigen Besuchen beim niedergelassenen Arzt erspart bleibe, die Behandlung folglich abgestimmt aus einer Hand erfolge. Die Behandlungsqualität der erprobten Strukturen solle dennoch nicht in Frage gestellt werden, auch wenn die gesetzgeberische Intention die einheitliche Behandlung im Krankenhaus zu präferieren scheine. Bei der Neufassung des [§ 116b SGB V](#) handle es sich um eine sinnvolle Ergänzung der ambulanten Leistungserbringung und nicht um einen Verdrängungswettbewerb. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei im besonderen Interesse des Krankenhauses ergangen, da der Zulassungsbescheid rechtmäßig sei und es dem Krankenhaus deshalb ermöglicht werden müsse, von der rechtmäßigen Zulassung Gebrauch zu machen.

Die Beigeladene zu 1) hat beantragt,

den Antrag abzulehnen.

Sie hat vorgetragen: Der angefochtene Bescheid sei rechtmäßig. Die Antragstellerin sei nicht anfechtungsbefugt. Die Versorgungssituation sei für die Entscheidung irrelevant. Eine Bedarfsprüfung finde nicht statt. Zudem verfügten auch bei ihr tätige Oberärzte über Ermächtigungen zur Behandlung onkologisch geprägter Erkrankungsbilder. Der Zulassungsausschuss habe Anträge auf "Verlängerung" der Ermächtigungen unter Hinweis auf die Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) abgelehnt. Im Übrigen seien auch ihre wirtschaftlichen Interessen und nicht nur jene der Antragstellerin zu berücksichtigen.

Das SG hat den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung mit Beschluss vom 26.08.2010 abgelehnt. Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage sei nicht begründet. Die von den Antragstellern erhobene Anfechtungsklage sei zulässig. Die Erfolgsaussichten der Klage in der Hauptsache seien offen. Dies gelte zunächst hinsichtlich der Frage, inwieweit niedergelassenen Vertragsärzten eine Anfechtungsbefugnis gegen einen Bestimmungsbescheid nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) zustehe. Es spreche einiges dafür, dass die in [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) angeordnete "Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" schon einfachrechtlich zugunsten der Vertragsärzte drittschützende Wirkung habe. Bei offenem Ausgang des Hauptsacheverfahrens überwiege das Interesse des Antragsgegners am Sofortvollzug der Entscheidung, denn dieser habe deutlich gemacht, dass die Bestimmung des Krankenhauses die bestmögliche Versorgung für die Bevölkerung sichere. Die hier streitige Zulassung des Krankenhauses entspreche genau diesem Ziel des Gesetzgebers. Dieser habe auch die sich zur vertragsärztlichen Versorgung ergebende Konkurrenzsituation erkannt. Ob und in welchem Umfang die Zulassung sich an der Bedarfsplanung orientieren solle, werde das Hauptsacheverfahren klären müssen. Sei diese Frage offen, komme es für die Frage, ob die aufschiebende Wirkung wieder herzustellen sei, darauf an, welche Konsequenzen sich für die Beteiligten daraus ergäben. Soweit die Antragstellerin vorgetragen habe, dass ihr ein schwerer und voraussichtlich nicht wieder gut zu machender Nachteil drohe, sei dies nicht nachvollziehbar. Denn auch in der Vergangenheit seien Oberärzte der

Beigeladenen zu 1) in dem Bereich tätig gewesen, für den diese die streitige Zulassung erhalten habe. Die Ermächtigung der Oberärzte der Beigeladenen zu 1) sei mit Blick auf deren gerade nicht verlängert worden, so dass in dem Bereich dieser bisher schon von den Oberärzten der Beigeladenen zu 1) behandelten Patienten die Kontinuität der Versorgung gerade nicht gewährleistet werde. Auch soweit die Antragstellerin geltend mache, dass ihre wirtschaftliche Existenz bedroht werde, sei dies nicht hinreichend glaubhaft gemacht. Den Ausführungen der KV Nordrhein im Verwaltungsverfahren (Schreiben vom 15.04.2009) sei zu entnehmen, dass im Planungsbereich O 29 Ärzte an der Onkologie-Vereinbarung teilnähmen. Ziel der Onkologie-Vereinbarung sei die Förderung einer qualifizierten ambulanten Behandlung krebskranker Patienten in der vertragsärztlichen Versorgung. Dadurch werde in der vertragsärztlichen onkologischen Versorgung eine Alternative zur stationären Behandlung sichergestellt. Es sei nicht glaubhaft gemacht, dass diese bereits bestehende und auf mehrere Ärzte verteilte Versorgung, die an der Onkologie-Vereinbarung teilnähmen, dadurch bedroht werde, dass die Beigeladene zu 1) eine Zulassung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) erhalte. Ohnehin sei zu berücksichtigen, dass auch in der Vergangenheit der Beigeladenen zu 1) infolge Ermächtigung ihrer Oberärzte eine Behandlung möglich gewesen sei. Die Befürchtung, die Patienten würden von dem Recht auf freie Arztwahl keinen Gebrauch mehr machen, rechtfertige den Antrag ebenfalls nicht. Denn durch Informationen und Zusammenarbeit mit den Hausärzten könne die Antragstellerin z.B. mit einer Broschüre "Ansprechpartner in der Onkologie" auf die Möglichkeit der ambulanten Behandlung hinweisen. Von daher sehe die Kammer bis zur Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung keine unzumutbaren Eingriffe in die Rechte der Antragstellerin so dass das Interesse am Sofortvollzug überwiege, weil die Zulassung den Patienteninteressen diene.

Diese Entscheidung greift die Antragstellerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit der Beschwerde an. Sie meint, dass SG habe sich nicht hinreichend mit den maßgeblichen Rechtsfragen auseinandergesetzt. Das SG habe verkannt, dass es nicht genüge, die Erfolgsaussichten als offen zu bewerten, ohne auch nur ansatzweise eine eigene rechtliche Prüfung vorzunehmen. Zudem habe das SG gegen den Grundsatz des fairen Verfahrens verstoßen, indem es versäumt habe, weitere Unterlagen zur Glaubhaftmachung der Betroffenheit anzufordern, obgleich sie – die Antragstellerin – darum für den Fall gebeten habe, dass der bisherige Vortrag nicht ausreiche. Schließlich habe das SG gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, indem ihr – der Antragstellerin – keine Möglichkeit eingeräumt worden sei, zum Schriftsatz der Bevollmächtigten der Beigeladenen zu 1) vom 20.08.2010 Stellung zu nehmen. Dieser Schriftsatz sei ihr erst mit dem Beschluss des SG vom 26.08.2010 am 06.09.2010 zugestellt worden. Entgegen der Auffassung des SG habe sich die Bestimmung des Krankenhauses massiv auf die wirtschaftliche Situation ausgewirkt. Fallzahlen und Honorarerlöse seien nachhaltig zurückgegangen (wird ausgeführt).

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des SG Düsseldorf vom 26.08.2010 aufzuheben und die aufschiebenden Wirkung beim SG Düsseldorf erhobenen Klage gegen den Bescheid

der Bezirksregierung Düsseldorf vom 29.12.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.06.2010 wieder herzustellen.

Die Bezirksregierung als vormalige Antragsgegnerin ist mit Ablauf des 31.12.2010 als Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin aus dem Verfahren ausgeschieden. Diese verfahrensrechtliche Stellung hat seither das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter. Dieses hat allerdings bislang keinen Antrag gestellt und sich nicht zur Sache geäußert.

Die Bezirksregierung trägt vor: Die Antragstellerin sei nicht anfechtungsberechtigt. Sofern der Gesetzgeber [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) eine drittschützende Wirkung habe beimessen wollen, sei dem im Bestimmungsverfahren Rechnung getragen worden. Das Einvernehmen mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten habe sie angestrebt. Bei der Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) komme es nicht auf das Vorhandensein einer Versorgungslücke an. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung habe sie hinreichend begründet. Das im Anordnungsbescheid angesprochene besondere öffentliche Interesse bestehe darin, dass der gesetzgeberische Wille zur Versorgung von Patienten mit Krankheiten mit besonderen Krankheitsverläufen im Bestimmungsbescheid konkretisiert werde. Das öffentliche Interesse an der Eröffnung dieser Behandlungsmöglichkeiten schon während des Klageverfahrens überwiege das Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung. Dabei sei zu berücksichtigen, dass beigeladene Krankenhaus bereits umfangreiche organisatorische, bauliche, finanzielle und personelle Aufwendungen erbracht und bis zur Anfechtung des Bestimmungsbescheides einen Patientenkreis etabliert habe.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen,

hilfsweise ihr zu ermöglichen, die bereits begründeten ambulanten Behandlungen für einen adäquaten Übergangszeitraum weiter durchzuführen.

Sie verweist auf ihr erstinstanzliches Vorbringen und ergänzt: Die Anfechtungsbefugnis der Antragstellerin sei offen, so dass an die Abwägung erhöhte Anforderungen zu stellen seien. Mit Blick auf die Anlage 3 der Richtlinie des GBA sei jederzeit sichergestellt, dass ein Facharzt für Hämatonkologie zur Verfügung stehe. Auch soweit die Anlage 3 Mindestfallzahlen verlange, sei diese Voraussetzung erfüllt (wird ausgeführt). Im Übrigen sei die Zulassung deswegen rechtmäßig, weil die Bezirksregierung jedenfalls im Widerspruchsbescheid die Stellungnahme der Beigeladenen zu 2) und der Landesverbände der Krankenkassen und Verbände der Ersatzkassen berücksichtigt habe. Die Antragstellerin habe einen Anordnungsgrund nicht glaubhaft gemacht. Die behaupteten Umsatzrückgänge seien zu hinterfragen.

Die Beigeladene zu 2) beantragt,

den Beschluss des SG Düsseldorf vom 26.08.2010 abzuändern und die

aufschiebende Wirkung der Klage S 9 KR 572/10 anzuordnen.

Sie trägt vor: Der Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung der Klage sei statthaft und zulässig. Die Drittanfechtungsbefugnis sei gegeben. Das Aussetzungsinteresse der Antragstellerin überwiege. Die Anfechtungsklage werde Erfolg haben. Der Bestimmungsbescheid sei materiell rechtswidrig. Die Bestimmung sei nicht "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" getroffen worden. Die Bestimmungsbehörde habe den Sachverhalt nicht hinreichend aufgeklärt. Unklar bleibe, welche öffentlichen und privaten Belange sie miteinander abgewogen habe. Der Widerspruchsbescheid heile den Abwägungsausfall nicht. Die Antragstellerin sei anfechtungsberechtigt. Es bestehe ein reales Konkurrenzverhältnis. Eine Gefährdung der vertragsärztlichen Tätigkeit der Antragstellerin sei nicht fernliegend. Sie und die Beigeladene zu 1) erbrächten im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen. Die Entfernungen zwischen den Praxisstandorten beliefen sich auf ca. 4 km. Die Gesellschafter der Antragstellerin erbrächten die im Bestimmungsbescheid gelisteten hochspezialisierten Leistungen. Ausweislich der Gebührenordnungsstatistiken der Antragstellerin seien die Chemotherapiefälle infolge der Bestimmung der Beigeladenen zu 1) von 198 (Quartal IV/2009) auf 175 (Quartal III/2010), mithin um 23 Fälle bzw. 11,6 % gesunken. Auch die Fallzahlen hätten sich verringert, nämlich von 1.329 (Quartal IV/2009) auf 1.067 (Quartal III/2010). Gemäß § 3 Abs. 4 der Onkologie-Vereinbarung sei Voraussetzung zur Teilnahme, dass Fachärzte für Innere Medizin mit der Schwerpunktbezeichnung Hämatologie und Onkologie die Betreuung von durchschnittlich 120 Patienten/Quartal und Arzt mit soliden oder hämatologischen Neoplasien, darunter 70 mit medikamentöser Tumortherapie zu behandelnden Patienten, davon wiederum 30 mit intravenöser und/oder intrakavitärer und/oder intraläsionaler Behandlung nachweisen. Führe die Abwanderung von Patienten zur Unterschreitung dieser durch die Onkologie-Vereinbarung vorgegebenen Mindestmenge, drohe den Gesellschaftern der Antragstellerin der Verlust des Status als onkologisch qualifizierte Ärzte. Damit würde der Antragstellerin die wirtschaftliche Grundlage entzogen. Demgegenüber gelte die Onkologie-Vereinbarung nicht für nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) bestimmte Krankenhäuser. Daher lägen verzerrte Wettbewerbsbedingungen vor. Auch im Übrigen hätten Krankenhäuser einen nicht zu rechtfertigenden Wettbewerbsvorsprung. Sie könnten versorgungsbereichsübergreifend den Therapieverlauf der überwiesenen Patienten mitbestimmen. Zudem hätten zugelassene Leistungserbringer nur wenig Möglichkeiten, auf die durch das Hinzutreten eines Krankenhauses geänderten Bedingungen zu reagieren, denn sie hätten einen Versorgungsauftrag zu erfüllen, dem sie sich nicht entziehen könnten. Hingegen werde dem Krankenhaus mit der Bestimmung ein zusätzliches Tätigkeitsfeld mit entsprechenden Gewinnchancen eröffnet. Auch unterschiedliche Investitionsrisiken sowie die Vielzahl der nur Vertragsärzte betreffenden Honorarverteilungsmechanismen belegten eine Wettbewerbsungleichheit. Im Übrigen sei der Bestimmungsbescheid auch deswegen rechtswidrig, weil das Krankenhaus nicht die vom GBA in der Anlage 3 der Richtlinie zu [§ 116b SGB V](#) formulierten Anforderungen erfülle (wird ausgeführt).

Die Beigeladenen zu 3) bis 9) haben sich nicht zur Sache geäußert.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der Gerichtsakte, die beigezogene Streitakte S 9 KR 572/10 und den Verwaltungsvorgang der Bezirksregierung.

II.

Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde ([§§ 172, 173](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) ist im tenorierten Umfang begründet. Der angefochtene Beschluss des SG ist abzuändern, denn die von der Bezirksregierung angeordnete sofortige Vollziehung des Bestimmungsbescheids ist nicht gesetzmäßig.

1.

Der erkennende Senat ist zuständig.

Ausweislich des Abschnitts A I des Geschäftsverteilungsplans des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen für das Jahr 2011 vom 20.12.2010 sind dem erkennenden Senat Streitsachen des Vertragszahnarztrechts, des Vertragsarztrechts und nach einem bestimmten Schlüssel Streitsachen der Krankenversicherung zugewiesen. Vorliegend handelt es sich um eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts ([§§ 10 Abs. 2, 31 Abs. 2 SGG](#)) und nicht um eine solche der Sozialversicherung ([§§ 10 Abs. 1 Satz 1, 31 Abs. 1 SGG](#)). Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat insoweit Bezug auf den Beschluss vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -, dessen Inhalt den Beteiligten bekannt ist.

Ergänzend ist auszuführen: Soweit ausweislich eines Referentenentwurfs für ein Viertes Gesetz zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze (Bearbeitungsstand 30.03.2011) zu Art. 9 Nr. 1 erwogen wird, [§ 10 Abs. 2 SGG](#) folgenden Satz anzufügen:

"Zu diesen Streitigkeiten gehören auch

1. Klagen gegen Entscheidungen und Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, soweit diese Entscheidungen und Richtlinien allein die vertragsärztliche Versorgung betreffen,

2. Klagen in Aufsichtsangelegenheiten gegenüber dem Gemeinsamen Bundesausschuss, denen die in Nummer 1 genannten Entscheidungen und Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Grunde liegen, und

3. Klagen aufgrund von Verträgen nach den [§§ 73b](#) und [73c](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch sowie Klagen aufgrund von Verträgen nach [§ 140a](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch, soweit es um die Bereinigung der Gesamtvergütung nach [§ 140d](#) des Fünften Buches Sozialgesetzbuch geht."

entspricht dies im Wesentlichen der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 27.01.2010 - L [11 \(10\) KA 14/07](#) -). Soweit im Entwurf der Gesetzesbegründung

allerdings ausgeführt wird,

"Nicht zum Vertragsarztrecht zählen hingegen Klagen, die die Versorgung auf der Grundlage der [§§ 115a, 115b](#) und [116b SGB V](#) betreffen, weil diese nicht der vertragsärztlichen Versorgung zuzuordnen sind."

ist das wenig hilfreich. Der Senat hat im Beschluss vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - ausführlich dargestellt, dass [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) in das System der vertragsärztlichen Versorgung eingebettet ist. Hieran vermag eine etwaige Gesetzesbegründung nichts zu ändern (vgl. BFH, Urteil vom 23.09.1999 - [IV R 56/98](#) -; vgl. auch Senat, Beschluss vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - m.w.N.). Dies gilt umso mehr, als die Begründung in der Fassung des Referentenentwurfs (a.a.O.) auch nicht trägt. Maßgebend ist nicht, ob der Regelungskomplex des [§ 116b SGB V](#) der vertragsärztlichen Versorgung zuzuordnen ist, entscheidend ist vielmehr, ob er dem verfahrensrechtlichen Begriff des Vertragsarztrechts zuzurechnen ist, der wiederum von dem materiell-rechtlich durch das SGB V geprägten Begriff der vertragsärztlichen Versorgung abweicht (vgl. Senat, Beschluss vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - m.w.N.). Nötigenfalls wird der Gesetzgeber die Zuordnung von Verfahren nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) entweder zur Sozialversicherung ([§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) oder zum Vertragsarztrecht ([§ 10 Abs. 2 SGG](#)) ausdrücklich normieren müssen (vgl. schon Senat, Beschluss vom 13.04.2011 - [L 11 KA 109/10 B ER](#) -).

2.

Das SG hat den Träger des Krankenhauses und der Senat die Beigeladenen zu 2) bis 9) einfach zum Verfahren beigeladen ([§ 75 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)). Die einfache Beiladung setzt voraus, dass der Ausgang des Rechtsstreits für den Dritten in rechtlicher, wirtschaftlicher oder schützenswert ideeller Hinsicht von Bedeutung sein kann (Düring in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 75 Rdn. 2 m.w.N.). Soweit es die zu 2) beigeladene KV Nordrhein anlangt, folgt deren berechtigtes Interesse daraus, dass der Bestimmungsbescheid, so er denn rechtswidrig wäre, unzulässig in den ihr zugewiesenen Rechtskreis ([§ 72 Abs. 1 SGB V](#)) eingreift, also deren rechtliches Interesse betroffen ist. Im Übrigen entnimmt der Senat auch [§ 116b Abs. 2 SGB V](#), dass eine KV jedenfalls einfach beizuladen ist. Die Formulierung "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" indiziert, dass die Interessen des durch [§ 72 Abs. 1 SGB V](#) definierten Rechtskreises in das Bestimmungsverfahren einzubringen sind. Da den KVen und der KBV zudem der Sicherstellungsauftrag übertragen ist ([§ 75 Abs. 1 SGB V](#)) und Bestimmungsbescheide nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) die vertragsärztliche Versorgung insofern beeinflussen können, als es zu einer sektorübergreifenden Konkurrenz des Krankenhauses mit vertragsärztlichen Leistungserbringern mit der Folge kommen kann, dass das vertragsärztliche Leistungsangebot zurückgefahren wird, ist ein rechtliches Interesse auch unter diesem Blickwinkel gegeben (a.A. LSG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2008 - [L 2 B 485/07 ER KA](#) -). Die Folgen eines Bestimmungsbescheids können im Einzelfall existenzvernichtend sein. Das gilt namentlich in Fällen der Sonderbedarfs auf der Grundlage von § 24 Satz 1 Buchst. b Satz 5 Bedarfsplanungsrichtlinie-Ärzte (BedarfsplanungsRL-Ä). Zudem kann ein solchermaßen an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmender Arzt weder

inhaltlich noch räumlich ausweichen (§ 25 Abs. 1 BedarfsplanungsRL-Ä). Der spezialisierte Facharzt hat unter dem Regime der Bedarfsplanung mithin keine Chance, den durch die Verschmelzung des ambulanten mit dem stationären Behandlungssektor bewirkten Einschränkungen mittels ökonomischer Eigensteuerung zu entgehen (vgl. Pitschas in GesR 2010, 513, 519). Ein allgemeines Mandat zur Wahrnehmung der Rechte der Vertragsärzte zur Abwehr von Konkurrenz durch die Krankenhäuser ist den KVen zwar nicht übertragen (LSG Hamburg, Beschluss vom 11.02.2008 - [L 2 B 485/07 ER KA](#) -; vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss 25.05.2009 - [L 4 KR 116/09 B ER](#) -). Diese Erkenntnis steht einer Beiladung indes nicht entgegen. Da die KVen den Sicherstellungsauftrag durch ihre Mitglieder erfüllen (Henke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, 2009, § 75 Rdn. 4), ist dieser der Sache nach berührt, wenn ein Krankenhaus nach Maßgabe des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) bestimmt wird. Zudem ist den KVen mittels des [§ 75 Abs. 1 SGB V](#) eine institutionelle Verantwortung im Hinblick auf die Funktionsfähigkeit der Systems der vertragsärztlichen Versorgung eingeräumt (BSG, Urteil vom 30.11.1994 - 6 Rka 32/93 -). Demzufolge sind ihre rechtlichen Interessen betroffen; sie sind zum Verfahren einfach beizuladen (vgl. Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -).

Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass hieraus nicht hergeleitet werden kann, eine KV sei in Verfahren nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) klagebefugt (hierzu auch LSG Niedersachsen, Beschluss vom 25.09.2009 - [L 4 KR 116/09 ER](#) -; bejahend SG Schwerin, Beschluss vom 11.12.2008 - [S 3 ER 367/08 KA](#) -). Das ist nicht Streitgegenstand und bedarf hier keiner Klärung.

Für die beigeladenen Landesverbände der Krankenkassen gilt angesichts von [§ 72 Abs. 1 SGB V](#) im Ergebnis nichts anderes. Zudem verlangt [§ 116b Abs. 2 Satz 3 SGG](#), dass das Einvernehmen mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten anzustreben ist. Hierzu rechnen nach §§ 14, 15 KHGG NRW auch die Landesverbände der Krankenkassen. Das hieraus resultierende rechtliche Interesse rechtfertigt die einfache Beiladung.

Soweit es den zu 1) beigeladenen Träger des Krankenhauses anlangt, ist das berechnigte Interesse schon deswegen gegeben, weil sowohl dessen rechtliche als auch wirtschaftliche Interessen berührt sind, was keiner weiteren Darlegung bedarf.

Die Beiladung des Berufungsausschusses für Ärzte für den Bezirk der KV Nordrhein erscheint demgegenüber eher als nachrangig. Der Senat hat erwogen, die Beiladung aufzuheben. Hiervon ist abzusehen, weil der Berufungsausschuss angesichts des derzeit ungeklärten rechtlichen Verhältnisses von Bestimmungsbescheiden nach [§ 116b SGB V](#) zu Zulassungen und Ermächtigungen jedenfalls ein rechtliches Interesse daran hat, unmittelbar zu erfahren, welche Krankenhäuser im Planungsbereich welche Leistungen nach [§ 116b SGB V](#) erbringen dürfen.

3.

Die Klage in der Hauptsache und der Antrag im einstweiligen Rechtsschutzverfahren waren zunächst zutreffend gegen die Bezirksregierung Düsseldorf gerichtet. Ab dem 01.01.2011 ist Antragsgegner indessen das Land Nordrhein-Westfalen (nachfolgend a)), vertreten durch das Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter (nachfolgend b)). Die Antragstellerin hat ihren Antrag entsprechend umgestellt. Die Bezirksregierung ist seit dem 01.01.2011 nicht mehr postulationsfähig. Der jetzige Antragsgegner (Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das zuständige Ministerium) hat Vorbringen und Anträge der Bezirksregierung mangels jeglicher Äußerung bislang nicht in seine verobjektivierte Willensbildung aufgenommen (nachfolgend c)).

a) Beteiligtenfähig sind nach [§ 70 Nr. 3 SGG](#) Behörden dann, wenn das Landesrecht dies bestimmt. Das Land Nordrhein-Westfalen hatte von dieser Option Gebrauch gemacht (Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG) vom 03.09.1953 (GV. NRW 1953 S.412/SGV. NRW. 304)) i.d.F. des Gesetzes vom 17.12.1974 (GVBl NRW 1588). Durch Art. 2 Nr. 29 i.V.m. Art. 4 Satz 1 des Gesetzes zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.01.2010 (GVBl NRW 30) sind mit Wirkung vom 01.01.2011 die vorgenannten landesrechtlichen Bestimmungen aufgehoben worden. Damit ist die Beteiligtenfähigkeit von Behörden nicht mehr vorgesehen und die landesrechtliche Option nach [§ 70 Nr. 3 SGG](#) weggefallen.

Es gilt nunmehr Folgendes: Für die Bezirksregierung, eine Landesmittelbehörde der allgemeinen und inneren Verwaltung im Bereich des Innenministeriums, hat die Gesetzesänderung zur Folge, dass sie nicht mehr als Beteiligte in einem sozialgerichtlichen Streitverfahren auftreten kann, sondern aufgrund des nunmehr geltenden Rechtsträgerprinzips das Land Nordrhein-Westfalen verfahrensbeteiligt ist. Dies hat einen Beteiligtenwechsel kraft Gesetzes zur Folge, der eine Rubrumsänderung von Amts wegen nach sich zieht (Senat, Beschlüsse vom 23.03.2011 – [L 11 KA 96/10 B ER](#) – und 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) –; hierzu auch BSG, Urteil vom 28.07.2008 – [B 1 KR 5/08 R](#) – und BSG, Beschluss vom 08.05.2007 – [B 12 SF 3/07 S](#) –; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Vorlagebeschluss vom 03.09.2008 – [L 10 VG 20/03](#) – anhängig beim Bundesverfassungsgericht (BVerfG) zum Az. [2 BvL 20/08](#)).

b) Das Land Nordrhein-Westfalen wird nicht durch die Bezirksregierung vertreten. Zwar bestimmt § 8 des Gesetzes über die Organisation der Landesverwaltung – Landesorganisationsgesetz (LOG NRW, GV. NRW. 1962 S. 421 i.d.F. von Art. 10 des 2. ModernG v. 09.05.2000 (GV. NRW. S. 462))

(1) Die Bezirksregierung ist die allgemeine Vertretung der Landesregierung im Bezirk. Sie hat die Entwicklung auf allen Lebensbereichen im Bezirk zu beobachten und den zuständigen obersten Landesbehörden darüber zu berichten.

(2) Die Bezirksregierung ist eine Bündelungsbehörde.

(3) Die Bezirksregierung ist zuständig für alle Aufgaben der Landesverwaltung, die nicht ausdrücklich anderen Behörden übertragen sind.

(4) ...

Hieraus kann aber keine prozessuale Vertretungsbefugnis hergeleitet werden. Im gerichtlichen Verfahren ist die Beteiligtenfähigkeit von der Prozessführungsbefugnis zu unterscheiden. Letztere betrifft das Recht, im eigenen Namen einen Prozess zu führen, ohne dass eine materiell-rechtliche Beziehung zum Streitgegenstand vorliegen muss. Dabei ist die gesetzliche Prozessstandschaft durch ausdrücklich gesetzliche Anordnung (hierzu u.a. BSG, Urteil vom 15.07.2009 – [B 12 KR 14/08 R](#) -) von der gewillkürten Prozessstandschaft aufgrund rechtsgeschäftlicher Befugnis (hierzu u.a. BGH, Urteil vom 08.03.2004 – [II ZR 316/01](#) -) zu unterscheiden. Während das Oberverwaltungsgericht (OVG) Nordrhein-Westfalen seit dem Wegfall der Beteiligtenfähigkeit lediglich das Rubrum in dem Sinne umstellt, dass das Land vertreten durch die Bezirksregierung auftritt (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschlüsse vom 04.03.2011 – [13 A 2099/10](#) – und 01.03.2011 – [15 B 127/11](#) -), hat der Senat im Beschluss vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) – die Frage nach der Prozessführungsbefugnis problematisiert. Dies konnte letztlich offen bleiben, weil nicht die aktive Prozessführungsbefugnis der Bezirksregierung klärungsbedürftig war, sondern deren passive Prozessführungsbefugnis (zur Unterscheidung vgl. BSG, Urteil vom 30.09.2010 – [B 10 EG 9/09 R](#) -). Der Senat vertieft die im Beschluss vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/19 B ER](#) – angedeutete rechtliche Problematik nunmehr wie folgt:

Wer gesetzlicher Vertreter ist, ergibt sich aus dem materiellen Recht, also aus dem Grundgesetz, der Landesverfassung oder der Geschäftsordnung der Regierung bzw. den Geschäftsordnungen allgemein (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 16. Auflage, 2009, § 62 Rdn. 14). Nach § 8 Abs. 1 LOG NRW ist die Bezirksregierung die allgemeine Vertretung der Landesregierung im Bezirk. Nach § 8 Abs. 3 LOG NRW ist die Bezirksregierung zuständig für die Aufgaben der Landesverwaltung. Da diese Norm aber keine Regelung für das rechtsgeschäftliche Auftreten und die Geltendmachung von Ansprüchen im Gerichtsverfahren enthält, ist sie nicht geeignet, insoweit eine gesetzliche Vertretungsbefugnis zu begründen. Die Geschäftsordnung der Bezirksregierungen (GeschO des Innenministeriums des Landes NRW vom 26.03.2008 MBl. NRW. S. 288 (SMBL. NRW 20020)) sieht zwar in § 4 Satz 3 vor, dass die Bezirksregierungen "in bestimmten Aufgaben Zuständigkeiten für das gesamte Land wahrnehmen", dies bedeutet jedoch nicht die Legitimierung einer Prozessführungsbefugnis. Vielmehr wird eine Option zur Wahrnehmung einzelner sich aus dem Organisationsermessens ergebender Aufgaben als Ausfluss der sich aus [Art. 84 Abs. 1 GG](#) ergebenden Organisationsgewalt der Landeseigenverwaltung formuliert. Die Errichtung von Behörden umfasst deren Ausgestaltung und innere Organisation, einschließlich der Übertragung von Aufgaben und Befugnissen (vgl. Pieroth in Jarras/Pieroth, GG, 5. Auflage, 2000, Art. 84 Rdn. 3 m.w.N.). Die Geschäftsordnung der Bezirksregierungen bietet demnach keine hinreichende Legitimation im Sinne einer gesetzlichen Prozessführungsbefugnis. So bedurfte es auch mit der Auflösung des Landesversorgungsamtes NRW durch Art. 1 § 3 Satz 2 i.V.m. Art. 37 Abs. 2 des 2. ModernG und dessen Aufgabenwahrnehmung durch die Bezirksregierung Münster nicht nur einer expliziten Regelung in der Geschäftsordnung (§ 4 Abs. 4 i.d.F. der Geschäftsordnung für die Bezirksregierungen vom 30.07.2004) sondern auch einer Änderung des [§ 71 Abs. 5](#)

[SGG](#) durch das 6. SGG-Änderungsgesetz vom 17.08.2001 zum 02.01.2002 (BGBl. I 2001, 2144 vom 17.08.2001; hierzu auch Düring in Jansen, a.a.O., § 71 Rdn. 6; Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage, 2008, § 71 Rdn. 7). Erst nach Änderung des [§ 71 Abs. 5 SGG](#) konnte eine wirksame Vertretung des Landes durch die Bezirksregierung für die Versorgungsverwaltung angenommen werden (vgl. BSG, Urteile vom 12.06.2001 – [B 9 V 5/00](#) – und 07.11.2001 – [B 9 SB 1/01 R](#) –; Leitherer a.a.O.). Aufgrund seiner umfassenden Organisationsgewalt ist das Land befugt, die Art seiner Vertretung vor Gericht selbst zu bestimmen, immer aber in den Grenzen des [§ 71 SGG](#). Ob der für das Bundesrecht zuständige Gesetzgeber ([Art. 74 Nr. 1 GG](#)) sich für eine abweichende Regelung des [§ 71 SGG](#) entscheidet, liegt in seinem legislativen Ermessen. Da für die Bezirksregierung keine gesetzliche Prozessstandschaft anzunehmen ist (vgl. auch BVerwG, Beschluss vom 28.02.2002 – [5 C 25/01](#) –), kann das Land daher nur aufgrund seines Organisationsermessen die Bezirksregierung als Behörde gemäß [§ 73 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) im gewillkürten Einzelfall ohne verbindliche Außenwirkung bevollmächtigen. Das ist bislang nicht geschehen.

Die Bezirksregierung ist im vorliegenden Rechtsstreit auch im Übrigen nicht vertretungsbefugt. Soweit der Senat dies im Beschluss des vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) – nach cursorischer Prüfung der Rechtslage noch bejaht hat, wird daran nicht festgehalten (so schon die Verfügung des Senats vom 22.02.2011). Vielmehr gilt: Vorbehaltlich spezieller Vertretungsregelungen der Landesregierung wird das Land infolge des Rechtsträgerprinzips und ausgehend von dem materiellen Normenkomplex des [§ 116b SGB V](#) durch das sachnächste Ministerium (hier: Ministerium für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter) vertreten (vgl. auch Artikel 55 Abs. 2 Landesverfassung NRW).

Soweit verschiedene Landesministerien durch entsprechende Erlasse ihre Vertretungskette geregelt haben (z.B. Anordnung über die Vertretung des Landes Nordrhein-Westfalen im Geschäftsbereich des Justizministers (Vertretungsordnung JM NRW, AV. d. JM vom 25.07.2000 i.d.F. vom 19.09.2007) sowie die Bestimmung über die Vertretung im Geschäftsbereich des Finanzministeriums (Vertretungsordnung FM NRW; Runderlass des FM vom 06.02.2006)), wonach die Bezirksregierungen für den jeweiligen Geschäftsbereich vertretungsbefugt sind (vgl. auch für die Zuständigkeit in privatrechtlichen Angelegenheiten im Geschäftsbereich des Innenministeriums: Runderlass vom 09.02.2000), fehlt bislang eine solche Vertretungsregelung für die Wahrnehmung der Prozessvertretung durch die Bezirksregierung für die Aufgaben des Ministeriums für Gesundheit, Emanzipation, Pflege und Alter. Demzufolge ist die Bezirksregierung aus dem Rechtsstreit zu entlassen. Die Vertretung des Landes liegt beim genannten Ministerium.

c) Hieraus folgt, dass die Bezirksregierung seit dem 01.01.2011 mangels jedweder Verfahrensbeteiligung nicht postulationsfähig ist, mithin weder wirksame Anträge stellen kann noch der Inhalt der von dieser Behörde dem Senat zugeleiteten Schriftsätze rechtlich beachtlich ist. Da das Land Nordrhein-Westfalen, vertreten durch das vorgenannte Ministerium, sich bislang weder zur Sache geäußert, noch Anträge gestellt hat, noch die bislang von der Bezirksregierung gestellten "Anträge"

und schriftsätzlichen Äußerungen durch eine ausdrückliche oder auch nur konkludente Willenserklärung "genehmigt" hat, fehlt es seitens des Antragsgegners ab dem 01.01.2011 an jeglichem rechtlich erheblichen Vorbringen. 4.

Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist im tenorierten Umfang begründet. Zu Unrecht hat das SG den Antrag "zurückgewiesen".

a) Antragstellerin ist entgegen der Auffassung des SG ("die Antragsteller") die Gemeinschaftspraxis, denn diese ist als Rechtsmittelführerin in der Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts beteiligtenfähig i.S.d. [§ 70 Nr. 1 SGG](#) (hierzu BSG, Urteil vom 07.02.2007 - [B 6 KA 6/06 R](#) - m.w.N.).

b) Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung war statthaft (nachfolgend aa)) und auch im Übrigen zulässig (nachfolgend bb)).

aa) Nach [§ 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 Anordnungsbefugnis 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 Anordnungsbefugnis des Gerichts umfasst daher auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung, die in [§ 86b Abs. 1 Satz 3 SGG](#) eigens erwähnt wird (Senat, Beschlüsse vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - und 20.05.2009 - [L 11 B 5/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 25.10.2006 - [L 10 B 15/06 KA ER](#) -; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 - [L 4 B 269/04 KA ER](#) -).

Die Antragstellerin wendet sich gegen die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bestimmungsbescheides vom 29.12.2009. Dieses Begehren ist als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen diesen Bescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.06.2010 statthaft, denn eine vollzugsfähige Regelung ist vorhanden (hierzu Senat, Beschluss vom 19.01.2011 - [L 11 KA 106/10 B ER](#) / [L 11 KA 119/10 B ER](#) -). Die Anfechtungsklage gegen einen Bestimmungsbescheid nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) hat aufschiebende Wirkung ([§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#)).

Die "Bestimmung" stellt einen Verwaltungsakt im Sinne des [§ 31 SGB X](#) dar. Obwohl in den Gesetzesmaterialien von der "Einführung eines Zulassungsverfahrens" ([BT-Drucks. 16/3100](#), 88) und den "auf diese Weise zugelassenen Krankenhäuser[n]" ([BT-Drucks. 16/3100](#), 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. Infolgedessen sind die für Zulassungen bzw. Ermächtigungen geltenden Vorschriften auf die "Bestimmung" nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) nicht anwendbar. Gleichwohl handelt es sich bei der Bestimmung ebenso um einen Verwaltungsakt wie bei anderen

Versorgungsberechtigungen. Die Bestimmung hat auch 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 von deren Krankenkassen berechtigt. Die Bestimmung gestaltet sonach unmittelbar die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhaus und gesetzlichen Krankenkassen (Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -; LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -).

Die aufschiebende Wirkung der von der Antragstellerin gegen den Bestimmungsbescheid in der Gestalt des Widerspruchsbescheides erhobenen Anfechtungsklage entfiel mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch die Bezirksregierung durch Anordnungsbescheid vom 08.06.2010 ([§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#)). Zugleich ist damit der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung statthaft geworden.

bb) Die in der Hauptsache erhobene Anfechtungsklage ist zulässig. Die Antragstellerin ist anfechtungsbefugt. 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 (Klagebefugnis). Davon ist regelmäßig bei einem Verwaltungsakt auszugehen, der an den Anfechtenden gerichtet ist. Das ist hier allerdings nicht der Fall. Die Antragstellerin ist nicht Adressat des von ihr angefochtenen Verwaltungsakts. Sie begehrt vielmehr die Aufhebung eines Verwaltungsakts, die einem anderen - der Beigeladenen zu 1) - erteilt und durch den dieser erlaubt wurde, bestimmte Leistungen, die sie - die Antragstellerin - nach eigenem Vorbringen auch anbietet, im Rahmen der ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung zu erbringen und abzurechnen. Sie kann hierdurch nur mittelbar bzw. nur durch die wirtschaftlichen Auswirkungen jenes Verwaltungsakts 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 (BVerfG, Beschlüsse vom 23.04.2009 - [1 BvR 3405/08](#) - und 17.08.2004 - [1 BvR 378/00](#) -).

Während bei der sog. offensiven Konkurrentenklage, bei der mehrere Bewerber um die Zuerkennung einer nur einmal zu vergebenden Berechtigung streiten, die Anfechtungsbefugnis aus der eigenen Grundrechtsbetroffenheit jeden Bewerbers folgt (BVerfG, Beschluss vom 13.06.2006 - [1 BvR 1160/03](#) -), kann nach Ansicht des BSG bei der sog. defensiven Konkurrentenklage zur Abwehr eines zusätzlichen Konkurrenten eine Anfechtungsbefugnis nicht aus materiellen Grundrechten abgeleitet werden, weil diese keinen Anspruch auf Fernhaltung Dritter begründen. Eine Befugnis zur Abwehr des Konkurrenten könne sich nur aus einschlägigen einfach-rechtlichen Regelungen ergeben. Dies sei lediglich der Fall in der besonderen Konstellation, dass den Bestimmungen, auf die sich die Rechtseinräumung stütze, ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen sei, die schon eine Position am Markt innehätten, wenn also die einschlägigen Bestimmungen einen Drittschutz vermittelten (BSG, Urteil vom

07.02.2007 – [B 6 KA 8/06 R](#) – m.w.N.).

Diese Auslegungsfrage ist indes nicht der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs zuzuordnen. Unzulässig ist ein Rechtsbehelf vielmehr nur dann, wenn durch den angefochtenen Verwaltungsakt offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise Rechte des Klägers verletzt sein können (vgl. BSG, Urteile vom 28.10.2009 – [B 6 KA 42/08 R](#) –, 17.06.2009 – [B 6 KA 38/08 R](#) –; Düring in Jansen, a.a.O., § 86a Rdn. 5; Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff., 393), was wiederum der Fall ist, wenn sich die Verneinung der Drittanfechtungsbefugnis bzw. -berechtigung klar aus der Rechtsprechung des BSG ergibt. Dagegen ist keine offensichtliche Unzulässigkeit gegeben und demgemäß die aufschiebende Wirkung der Drittanfechtung zu bejahen, wenn die fragliche Drittanfechtungskonstellation noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen ist, so dass man noch ernstlich streiten kann, ob eine Anfechtungsberechtigung besteht (zutreffend Clemens in Festschrift ARGE Medizinrecht im DAV, 2008, S. 334). Die Überprüfung im Einzelnen, ob eine Rechtsnorm drittschützenden Charakter hat, erfolgt erst im Rahmen der Begründetheit (BSG, Urteil vom 07.02.2007 – [B 6 KA 8/06 R](#) – m.w.N. und 17.06.2009 – [B 6 KA 25/08 R](#) –; vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 23.03.2011 – [L 11 KA 97/10 B ER](#) –, 16.03.2011 – [L 11 KA 96/10 B ER](#) –, 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 BER](#) –, 23.10.2010 – [L 11 KA 71/10 B ER](#) -).

Hiernach ist die Anfechtungsbefugnis zu bejahen (so auch Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff., 396). Zum einen hat der Senat im Beschluss vom 23.12.2010 – [L 11 KA 71/10 B ER](#) – (Zweigpraxisgenehmigung) entschieden, dass auch in Fällen der Drittanfechtung eine die Zulässigkeit des Rechtsbehelfs betreffende Anfechtungsbefugnis jedenfalls solange gegeben ist, wie auf der Grundlage des Sachvortrags eine willkürliche Bescheiderteilung zumindest als möglich erscheint und vom BSG die Willküranfechtung nicht expressis verbis ausgeschlossen wird (nachfolgend (1)). Zum anderen räumt [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) dem niedergelassenen Vertragsarzt hiervon losgelöst eine Anfechtungsbefugnis ein (nachfolgend (2)).

(1) Die Antragstellerin hat (nur) dargelegt, warum aus ihrer Sicht der angefochtene Bescheid fehlerhaft ist. Eine etwaige Rechtswidrigkeit des Bescheides genügt allerdings nicht, um die Anfechtungsbefugnis unter Willkürgesichtspunkten zu eröffnen, denn Willkür liegt erst vor, wenn gravierende Rechtsverstöße vorliegen und diese den Kläger schwer beeinträchtigen (BSG, Urteil vom 28.10.2009 – [B 6 KA 42/08 R](#) – m.w.N.; Senat, Beschluss vom 23.12.2010 – [L 11 KA 71/10 B ER](#) -). An einem Sachvortrag, der eine willkürliche Bescheiderteilung schlüssig darlegt, fehlt es. Hierzu ist auch im Übrigen nichts ersichtlich.

(2) Ungeachtet dessen bejaht der Senat die Anfechtungsbefugnis. Soweit ersichtlich, gibt es derzeit keinerlei Rechtsprechung des BSG zur Frage, ob infolge einer Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) eine defensive Konkurrenzsituation gegeben ist, welche eine Anfechtungsberechtigung statuiert. Das wiederum

bedeutet: Namentlich vor dem Hintergrund von [Art. 12 GG](#) geht der Senat bis zur abschließenden höchstrichterlichen Klärung davon aus, dass eine Drittanfechtung jedenfalls nicht offensichtlich unzulässig ist (vgl. Senat, Beschlüsse vom 13.04.2011 - [L 11 KA 109/10 B ER](#) -, 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) -, 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - und 23.12.2010 - [L 11 KA 71/10 B ER](#) -; vgl. auch BSG, Urteile vom 28.10.2009 - [B 6 KA 42/08 R](#) -, 17.06.2009 - [B 6 KA 38/08 R](#) -, 17.06.2009 - [B 6 KA 25/08 R](#) -: LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; vgl. auch Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff.).

Infolgedessen ist die von der Antragstellerin erhobene Anfechtungsklage zulässig.

b) Der Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ist begründet. Die Voraussetzungen des [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) liegen entgegen der Auffassung des SG vor.

Bei den Entscheidungen nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#) hat eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen stattzufinden. Dabei steht eine Prüfung der Erfolgsaussichten zunächst im Vordergrund. Auch wenn das Gesetz keine materiellen Kriterien für die Entscheidung nennt, kann als Richtschnur für die Entscheidung davon ausgegangen werden, dass das Gericht dann die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, wenn der angefochtene Verwaltungsakt offenbar rechtswidrig ist und der Betroffene durch ihn in subjektiven Rechten verletzt wird. Am Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes besteht kein öffentliches Interesse (Düring in Jansen, a.a.O., § 86b Rdn. 11). Sind die Erfolgsaussichten nicht offensichtlich, müssen die für und gegen eine sofortige Vollziehung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abgewogen werden. Dabei ist die Regelung des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu beachten, dass in den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) (Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben) die Vollziehung ausgesetzt werden soll, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bestehen oder die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Auch über diese ausdrückliche Regelung hinaus ist das aus den Regelungen des [§ 86a SGG](#) hervorgehende gesetzliche Regel-Ausnahmeverhältnis zu beachten: In den Fallgruppen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 2 bis 4 SGG](#) ist maßgebend, dass der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine davon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2003 - [1 BvR 2025/03](#) - zu [§ 80 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3 VwGO](#)). In den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) haben Widerspruch und Klage hingegen grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Es ist ein öffentliches Vollzugsinteresse oder ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten erforderlich. Nur dann wird (ausnahmsweise) die sofortige Vollziehung angeordnet. Das Gericht hat insbesondere zu berücksichtigen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung durch die aufschiebende Wirkung gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit müssen die Gründe für den Sofortvollzug in einem

angemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen und ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens ausschließen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 28.08.2007 – [1 BvR 2157/07](#) –; 11.02.2005 – [1 BvR 276/05](#) –; BVerfG, [NJW 2003 S. 3618](#), 3619; Senat, Beschlüsse vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) –, 19.03.2009 – [L 11 B 20/08 KA ER](#) –, 17.06.2009 – [L 11 B 6/09 KA ER](#) –; vgl. auch Düring in Jansen, a.a.O., § 86b Rdn. 11).

Ausgehend hiervon ergibt sich: Das SG hat die Sach- und Rechtslage nicht hinreichend geprüft. Auch im einstweiligen Rechtsschutzverfahren ist eine vertiefte Befassung dann notwendig, wenn ein Eingriff in Grundrechte (hier [Art. 12 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 3 GG](#)) nachvollziehbar behauptet wird. Insbesondere wäre die im Zeitpunkt der Entscheidung vom 25.08.2010 ergangene Rechtsprechung und bekannt gewordene Literatur auszuwerten gewesen. Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin dem SG mittels eines umfangreichen "Handapparats" die maßgebliche Rechtsprechung und Literatur zur Verfügung gestellt hat. Nicht zu folgen ist der Auffassung, der Ausgang des Hauptsacheverfahrens sei offen, weswegen das Interesse des Antragsgegners am Sofortvollzug überwiege, denn damit werden die Abwägungsparameter verkannt. Der vom SG unterstützte argumentative Ansatz der Bezirksregierung, für die bestmögliche Versorgung der Bevölkerung sei es notwendig, das Krankenhaus nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) zu bestimmen, trägt nicht. Dies mag u.U. den Bestimmungsbescheid als solchen rechtfertigen, ist jedoch nicht geeignet, die Anordnung der sofortigen Vollziehung zu begründen, was sich unschwer daraus erhellt, dass mittels einer solchen Verfahrensweise jeder Bestimmungsbescheid für sofort vollziehbar erklärt werden kann und das Regel-Ausnahmeverhältnis des [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in das Gegenteil verkehrt wird (vgl. Senat, Beschluss vom 29.10.2010 – [L 11 KA 64/10 B ER](#) -).

Im Einzelnen:

Der Bestimmungsbescheid erweist sich in der Sache als nicht gesetzmäßig (aa)). Zudem ist die sofortige Vollziehung formal fehlerhaft angeordnet worden (bb)). Die Antragstellerin kann sich hierauf berufen, denn sie ist (materiell) anfechtungsberechtigt (cc)).

aa) Die Anfechtungsklage wird voraussichtlich Erfolg haben. Der angefochtene Bescheid ist rechtswidrig.

(1) Der Bestimmungsbescheid ist formell rechtmäßig. Insbesondere ist die Bezirksregierung Düsseldorf die dafür zuständige Behörde (§ 1 Abs. 2 der Verordnung zur Regelung von Zuständigkeiten und Verfahren auf dem Gebiet des Krankenhauswesens vom 21.10.2008).

(2) Der Bestimmungsbescheid ist jedoch materiell rechtswidrig, weil die Bezirksregierung die vertragsärztliche Versorgungssituation im Rahmen der ihr obliegenden Abwägung nicht berücksichtigt hat.

(a) Voraussetzung der gesetzlichen Erlaubnis des [§ 116b Abs. 2 Satz 1 Halbs. 1 SGB](#)

V ("ist berechtigt") ist Zweierlei, nämlich (positiv) – dass die nach Landesrecht für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde das Krankenhaus unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation bestimmt hat ([§ 116b Abs. 2 Satz 1 Halbs. 2 SGB V](#)) und (negativ)

– eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist.

Die Norm räumt zugelassenen Krankenhäusern keinen gebundenen Anspruch auf Bestimmung zur ambulanten Erbringung von Katalogleistungen nach [§ 116b Abs. 3](#) und 4 SGB V ein. So heißt es nicht, dass ein Krankenhaus unter bestimmten Voraussetzungen zur ambulanten Behandlung berechtigt ist, sondern nur, dass es berechtigt ist, wenn und soweit es zur ambulanten Behandlung bestimmt worden ist. Abgrenzend hierzu sind z.B. psychia-trische Krankenhäuser nach [§ 118 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) im Sinne einer gebundenen Entscheidung zur ambulanten psychiatrischen und psychotherapeutischen Versorgung zu ermächtigen und Allgemeinkrankenhäuser mit selbständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen unter den in [§ 118 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) näher gelisteten Voraussetzungen kraft Gesetzes ermächtigt (vgl. BSG, Urteil vom 28.01.2009 – [B 6 KA 61/07 R](#) -). Für Entscheidungsspielräume der zuständigen Landesbehörde 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 (Senat, Beschlüsse vom 23.03.2011 – [L 11 KA 97/10 B ER](#) – und 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) -; LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 – [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 3; Stollmann, ZGMR 2007, 134, 136; Knittel in Krauskopf, SGB V, § 116b Rdn. 8; a.A. Becker in Becker/Kingreen, SGB V, 2. Auflage, 2010, § 116b Rdn. 6; Möller, SGB 2009, 345, 349). Losgelöst hiervon ergeben sich Abwägungsnotwendigkeiten jedenfalls daraus, dass die Bestimmung nur unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation erfolgen darf ([§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)). Die Substantivierung des Verbs "berücksichtigen" bringt im Gegensatz zum Verb "beachten" eine geringere Intensität der Gesetzesbindung zum Ausdruck. Demgemäß ist der Begriff "beachten" im Zusammenhang mit der Großgeräteplanung des (inzwischen aufgehobenen) [§ 122 SGB V](#) im Sinne von "als verbindlich zu Grunde legen" definiert worden, während dem Verb "berücksichtigen" nur der Bedeutungsinhalt beigemessen worden ist, dass Gesichtspunkte in Betracht gezogen werden müssen und eine sachliche Auseinandersetzung mit ihnen zu erfolgen hat, aber nach pflichtgemäßer Abwägung davon abgewichen werden darf (BSG, Urteile vom 10.05.2000 – [B 6 KA 20/99 R](#) – und 14.05.1992 – [6 RKa 41/91](#) -). Da die Bestimmung nicht unter Beachtung, sondern nur unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ergehen darf, müssen in ihr sonach auch andere, im Gesetzestext nicht genannte Gesichtspunkte gewürdigt werden. Die Abwägung verschiedener, auch gegenläufiger Gesichtspunkte ist kennzeichnend für Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Diese betreffen in [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) die Tatbestandsseite der Norm. Ist die Eignung erwiesen und stehen Aspekte der vertragsärztlichen Versorgungssituation nicht entgegen, ist das Krankenhaus zuzulassen. M.a.W.: Die Erfüllung der Tatbestandsvoraussetzung bedingt eine zwingende Rechtsfolge. Mithin ist der Behörde ein Beurteilungs- und kein Ermessensspielraum eingeräumt

(zutreffend SG Duisburg, Beschluss vom 19.08.2010 – [S 19 KA 14/10 ER](#) -, bestätigt vom Senat, Beschluss vom 13.04.2011 – [L 11 KA 109/10 B ER](#) -; vgl. auch Senat, Beschluss vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/19 B ER](#) -; offengelassen von LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 – [L 1 KR 94/10 B ER](#) -).

Ohne Bestimmung ist das Krankenhaus für die Erbringung ambulanter Leistungen kein zugelassener Leistungserbringer (Becker, a.a.O., § 116b Rdn. 5). Systematisch folgt hieraus, dass zunächst die Eignung zu prüfen ist, denn Maßstab der Bestimmung ist die Eignung ([§ 116b Abs. 2 Satz 2 SGB V](#)). Die Negativformulierung könnte darauf hin deuten, dass grundsätzlich die Eignung des Krankenhauses zu vermuten ist und eine Nichteignung seitens der Zulassungsbehörde nachzuweisen ist (vgl. Köhler-Hohmann in jurisPK-SGB V, § 116b Rdn 20; Becker, a.a.O., § 116b Rdn. 6). Das kann hier offen bleiben. Der von den Beteiligten diskutierte Frage, ob und inwieweit das zugelassene (bestimmte) Krankenhaus geeignet ist, geht der Senat im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht nach. Sofern entscheidungserheblich, mag dies im Hauptsacheverfahren geklärt werden. Der Senat sieht den Bestimmungsbescheid vielmehr schon deswegen als rechtswidrig an, weil ihm ein kompletter Abwägungsausfall zu Grunde liegt.

Das Berücksichtigungsgebot gebietet, die aktuelle Versorgungssituation im vertragsärztlichen Bereich "sorgfältig" (so Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 3) zu analysieren und zu würdigen (vgl. auch Blöcher in SGB 2010, 627, 630). Dies setzt voraus, den unbestimmten Rechtsbegriff "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" zu konkretisieren. Welche Gesichtspunkte insoweit rechtlich relevant sind, legt [§ 116b SGB V](#) nicht fest. Sie sind 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 dem Normzweck des [§ 116b Abs. 2 bis 5 SGB V](#) zu entnehmen.

Die vom Gesetzgeber gewollte Teilöffnung der Krankenhäuser zur Teilnahme an der ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung dient nicht allein der Schließung von Versorgungslücken, sondern vor allem der Verbesserung der Versorgungsqualität, den Erfordernissen der Patientengerechtigkeit und der Erschließung von Effizienzreserven. In den Gesetzesmaterialien zum GKV-Modernisierungsgesetz (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-Drs. 15/1525, S. 120](#); vgl. auch Wenner in GesR 2007, 337, 341). Die darüber hinaus in den Gesetzesmaterialien erwähnte Eröffnung des Wettbewerbs zwischen verschiedenen Versorgungsformen ist kein Selbstzweck, dient vielmehr den Zielen der Qualitätssteigerung, Patientengerechtigkeit und Effizienzsteigerung (vgl. [BT-Drs. 15/1525, S. 74](#)). Hingegen wird das Interesse einer kontinuierlichen Behandlung der Patienten in den Gesetzesmaterialien zum GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) stärker herausgestellt ([BT-Drs. 16/3100, S. 87](#)). Soweit zunächst davon ausgegangen wurde, bei häufig wiederkehrenden

stationären Aufhalten könne ein durchgängig abgestimmtes Versorgungskonzept aus einer Hand erforderlich sein (so [BT-Drs. 15/1525, S. 120](#)), wird nunmehr hervorgehoben, dass Schnittstellenprobleme beseitigt, die Zusammenarbeit zwischen ambulantem und stationärem Sektor verbessert und die Übergänge erleichtert werden sollen (vgl. [BT-Drs. 16/3100, S. 87](#)). Ungeachtet einer angestrebten Wettbewerbsintensivierung wird diesem Aspekt weiterhin eine untergeordnete Funktion mit Blick auf Qualität, Effizienz und Patientengerechtigkeit der Versorgung beigemessen. Ferner soll den mit einem intensivierten Wettbewerb verbundenen Gefahren mittels eines adäquaten wettbewerbsrechtlichen Rahmens zum Schutz vor Diskriminierung und Missbrauch marktbeherrschender Stellungen begegnet werden ([BT-Drs. 16/3100, S. 87](#)).

Auch bedarfsplanerische Gesichtspunkte sind zu ermitteln und in den Abwägungsvorgang einzubeziehen. Das Berücksichtigungsgebot verweist zwar nicht auf die vertragsärztliche Bedarfsplanung, will eine Bedarfsprüfung ausweislich der Gesetzesbegründung vielmehr ausschließen ([BT-Drs. 16/3100, S. 139](#) zu Nr. 85 b) und c)). Demnach sind weder die Vorgaben des gesetzlichen Bedarfsplanungsrechts ([§§ 99 ff. SGB V](#); [§§ 12 ff. Zulassungsverordnung-Ärzte](#)) noch jene der BedarfsplanungsRL-Ä rechtlich beachtlich. Das darf indessen nicht zum Fehlschluss führen, bedarfsplanungsrechtliche Momente seien für die Bestimmungsentscheidung per se irrelevant. Derartiges lässt sich weder der Gesetzesbegründung noch dem Wortlaut des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) entnehmen. Vielmehr gilt: Die "vertragsärztliche Versorgungssituation" geht sprachlich über vertragsärztliches Planungsrecht hinaus, bezieht dieses aber (mittelbar) in das Berücksichtigungsgebot ein. Die "vertragsärztliche Versorgungssituation" erfasst die vertragsärztliche Versorgung als solche, impliziert mithin auch planungsrechtliche Momente. Soweit das LSG Sachsen (Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -) in diesem Zusammenhang formuliert, dies "läuft zwar auf eine Bedarfsprüfung hinaus", mag das missverständlich sein. Wenn dem allerdings entgegengehalten wird, hiermit werde gesetzwidrig eine Bedarfsprüfung "durch die Hintertür" eingeführt (Quaas in f&w, 2010, 412, 416), wird sowohl der Inhalt der Entscheidung des LSG Sachsen als auch der Normbefehl des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) verkannt. Dass das Berücksichtigungsgebot schon dem Wortlaut nach ("unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation") auch bedarfsplanerische Gesichtspunkte enthält, bedarf keiner Vertiefung und wird - insoweit inkonsequent - im Ergebnis auch von Quaas a.a.O. (Seite 416, re. Spalte) anerkannt. M.a.W.: Die Versorgungssituation impliziert auch die Planungssituation; anders formuliert: Die konkrete Planungssituation ist notwendiger Teil der übergreifenden Versorgungssituation. Gleichwohl darf die infolge des Berücksichtigungsgebots durchzuführende (eingeschränkte) Bedarfsprüfung nicht mit der Bedarfsplanung im vertragsärztlichen Bereich verwechselt werden (Hencke in Peters, a.a.O., [§ 116b Rdn. 3](#); vgl. auch Wenner in GesR 2009, 505, 509). Die vertragsärztliche Bedarfsplanung im engeren Sinne ([§§ 100, 101 SGB V](#)) greift die Fachgebiete nach den Weiterbildungsordnungen auf (vgl. [§ 4 BedarfsplanungsRL-Ä](#)) und kann schon vom Ansatz her keine Auskunft über den Bedarf an Katalogleistungen nach [§ 116b Abs. 3](#) und 4 SGB V 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 entsprechenden Kapazitäten der zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer. Entscheidend ist daher nicht, dass eine Bedarfsprüfung durchgeführt wird, denn diese verlangt das Gesetz nicht, maßgebend ist allein, ob bedarfsplanerische Gesichtspunkte als ein Abwägungsmoment neben einer Vielzahl anderer berücksichtigt werden (Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -).

Soweit gegenläufig die Auffassung vertreten wird, aus dem Berücksichtigungsgebot folge, dass eine Bestimmung des Krankenhauses zur Teilnahme an der ambulanten Versorgung regelmäßig nicht erfolgen dürfe, wenn eine pflichtgemäße Ermessensprüfung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ergebe, dass der niedergelassene Bereich die Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung mit den Katalogleistungen nach den Abs. 3 und 4 sowohl quantitativ als auch qualitativ ordnungsgemäß gewährleisten könne (Henke in Peters. a.a.O., § 116b Rdn. 3; Pitschas in MedR 2008, 473 ff. m.w.N.), vermag der Senat dem nicht zu folgen. Soweit ersichtlich, wird dieser Ansatz damit begründet, dass das Berücksichtigungsgebot sinnentleert wäre, wenn der Gesetzgeber aus politischen Erwägungen eine uneingeschränkte Öffnung der Krankenhäuser für die ambulante Behandlung der entsprechenden Erkrankungen beabsichtigt hätte (so Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 3). Diese Auffassung würde eine umfassende Präponderanz der Vertragsärzte perpetuieren. Hierzu indessen geben weder Wortlaut, noch Genese noch Gesetzesbegründung des [§ 116b SGB V](#) auch nur ansatzweise etwas her. Vielmehr ist es denkbar und legitim, dass die Bestimmungsbehörde Qualitätsgesichtspunkten wie höhere Erfahrung und Routine im Krankenhaus oder Patientengerechtigkeit (z.B. bessere Erreichbarkeit) einen größeren Stellenwert einräumt. 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 (Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -; LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -). Da es sich dabei nur um prognostische Bewertungen handeln kann, steht der Bestimmungsbehörde ein Einschätzungsspielraum über die künftige Entwicklung zu. In Anwendung des Verhältnismäßigkeitsprinzips kann es allerdings geboten sein, im Rahmen der Konkretisierung des Spielraums zu Lasten des antragstellenden 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 zu erwägen, wenn begründet zu befürchten ist, dass das Krankenhaus bei den fraglichen Leistungen einen faktischen Erstzugriff auf die Patienten hat und bei zielgerichteter Führung der Patienten vertragsärztliche

Leistungserbringer ausschließen kann. Unerheblich ist dabei, ob das Krankenhaus einen so erheblichen Marktanteil im stationären Bereich hat, dass ein entsprechend voluminöser Marktanteil im ambulanten Bereich zu erwarten ist. Die Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) dient jedenfalls nicht dazu, den Zwängen des Vergütungsrechts im vertragsärztlichen oder stationären Bereich auszuweichen, um als Krankenhaus das eigene betriebswirtschaftliche Ergebnis zu optimieren. 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 (zutreffend LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -).

(b) Angesichts des der zuständigen Landesbehörde bei der Entscheidung über die Bestimmung des Krankenhauses eingeräumten Beurteilungsspielraums beschränkt sich die gerichtliche Kontrolle darauf, ob der Entscheidung (aa) ein richtig und vollständig ermittelter Sachverhalt zu Grunde liegt, ob (bb) die Behörde die durch die Auslegung der unbestimmten Rechtsbegriffe "unter Berücksichtigung der Versorgungssituation" ermittelten Grenzen eingehalten hat und ob (cc) sie ihre Erwägungen so verdeutlicht und begründet hat, dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist (vgl. BSG, Urteile vom 23.06.2010 - [B 6 KA 22/09 R](#) - und 08.11.2008 - [B 6 KA 10/08 R](#) -: Sonderbedarfszulassungen; Senat, Beschluss vom 23.12.2010 - [L 11 KA 71/10 B ER](#) -: Zweigpraxis). Diesen Anforderungen wird der angefochtene Bescheid nicht gerecht. Der Mangel ist nicht geheilt (dd).

(aa) Dem Bestimmungsbescheid liegt kein noch hinreichend festgestellter Sachverhalt zu Grunde.

Die Bestimmung darf nur erfolgen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Behörde hat hierzu den maßgebenden Sachverhalt von Amts wegen zu ermitteln ([§ 20 Abs. 1 SGB X](#)) und der (richtigen) Entscheidung einen vollständig und zutreffend aufgeklärten Sachverhalt zu Grunde zu legen (Senat, Beschluss vom 23.12.2010 - [L 11 KA 71/10 B ER](#) -; von Wulffen, SGB X, 6. Auflage, 2008, § 20 Rdn. 3; vgl. auch BSG, Urteil vom 15.11.1995 - 6 Rka 43/94 -). Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Antragsvorbringen interessengeleitet ist (zum Sonderbedarf: BSG, Urteil vom 28.06.2000 - [B 6 KA 35/99 R](#) - sowie Senat, Beschluss vom 20.05.2009 - [L 11 B 5/09 KA ER](#) -), kann eine Entscheidung jedenfalls dann nicht allein hierauf gestützt werden, wenn - wie hier - auch Drittinteressen zu berücksichtigen sind (vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 23.12.2010 - [L 11 KA 71/10 B ER](#) -, 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - und 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER](#) -).

Der Entscheidung der Bestimmungsbehörde lagen zu Grunde: Das Antragsvorbringen, die Stellungnahmen der zu 2) beigeladenen KV, der Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen in Nordrhein sowie der Ärztekammer Nordrhein.

Die Landesverbände haben sich zur Eignung des Krankenhauses geäußert und diese für zwei Tumorguppen (Knochen- und Weichteiltumore bzw. Mammakarzinom) verneint. Die Ärztekammer hat darauf hingewiesen, dass das Krankenhaus entgegen der Richtlinie des GBA zur ambulanten Behandlung nach [§ 116b SGB V](#) weder über eine Fachabteilung für internistische Hämatologie und Onkologie verfüge, noch Fachärzte für Innere Medizin und Onkologie im Umfang von zwei Vollzeitstellen zur Verfügung stünden. Soweit die Richtlinie des GBA auch bestimmte Kooperationsmöglichkeiten ausreichen lasse, sei nicht erkennbar, dass solche existierten. Die zu 2) beigelegene KV Nordrhein hat darauf verwiesen, dass die grundsätzliche Versorgung der Patienten, die der Diagnostik und Versorgung bei onkologischen Erkrankungen bedürften, sichergestellt sei.

Der Inhalt dieser Stellungnahmen ist keine hinreichende Grundlage für die Entscheidung. Die Bestimmungsbehörde darf sich nicht auf die Auswertung der beigezogenen Stellungnahmen beschränken, denn sie ist zur vollständigen Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts verpflichtet ([§ 20 Abs. 1 SGB X](#)) und hat alle für den Einzelfall bedeutsamen Umstände zu berücksichtigen ([§ 20 Abs. 2 SGB X](#)). Entsprechend der den Zulassungsgremien auferlegten Pflicht, den Sachverhalt u.a. im Hinblick auf Zulassungsanträge wegen Sonderbedarfs durch weiterführende Ermittlungen aufzuklären (hierzu Senat, Beschluss vom 25.05.2009 - [L 11 B 5/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25.04.2007 - [L 10 KA 48/06](#) -, nachgehend BSG, Urteil vom 05.11.2008 - [B 6 KA 10/08 R](#) -), gilt im Ergebnis auch für die Bestimmungsbehörde im Antragsverfahren nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) nichts anderes (Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 - [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -). Zwar mögen die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze für die je nach Sachlage notwendigen Ermittlungen im Fall von Zulassungsanträgen wegen quantitativen und/oder qualitativen Bedarfs im Hinblick auf das Berücksichtigungsgebot des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) zu modifizieren sein, jedenfalls aber lassen sich dem Anhaltspunkte entnehmen, um das der Behörde aufgegebenen Ermittlungsprogramm zu konkretisieren (zu Ermächtigungen: BSG, Urteil vom 19.07.2006 - [B 6 KA 14/05 R](#) -; zu Genehmigungen nach [§ 73 Abs. 1a Satz 3 SGB V](#): Senat, Urteil vom 11.02.2009 - [L 11 KA 97/08](#) -). Des Weiteren verlangt [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) die "Eignung" des fraglichen Krankenhauses und insoweit einen Qualitätsvergleich ("unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation") mit den Angeboten niedergelassener Fachärzte (Hess in KassKomm, SGB V, 2004, § 116b Rdn. 7; Pitschas in GesR 2010, 513, 515). Das wiederum setzt voraus, dass das Leistungsangebot der niedergelassenen Fachärzte ermittelt wird, was nicht geschehen ist. Insbesondere wäre zu klären, bei welchen der in den Antragsschreiben aufgeführten Krankheitsbilder die Beigeladene zu 1) mit im Planungsbereich mit dem Schwerpunkt "Hämatologie und Internistische Onkologie" tätigen Ärzten und den übrigen an der Onkologie-Vereinbarung teilnehmenden Ärzten zusammenarbeitet und wie sich die Bestimmung hierauf auswirkt. Dies gilt umso mehr, als nach dem Vorbringen der Antragstellerin und der Beigeladenen zu 2) bestehende und funktionstüchtige Versorgungsstrukturen mittels der Bestimmung letztlich zerstört werden. Flankierend hierzu wird die Bestimmungsbehörde bei der ggf. nachzuziehenden Sachaufklärung weitere, je nach Sachlage relevante Abwägungsparameter beachten, also den

entscheidungserheblichen Sachverhalt mit Blick hierauf ermitteln müssen (vgl. auch Blöcher in SGB 2010, 627, 630).

Soweit erwogen wird, die Bestimmungsbehörde sei u.a. mangels personeller Ressourcen nicht der Lage, ein solches Ermittlungsprogramm abzuarbeiten, führt das nicht weiter. Das Recht ist nicht etwa dergestalt biegsam, dass es auf etwaige personelle, sächliche und/oder fachliche Defizite reagieren muss, indem die Anforderungen an die Sachaufklärung reduziert werden. Vielmehr gilt, dass Haushaltsgesetzgeber und die verantwortlichen Landesministerien die Bestimmungsbehörden in die Lage zu versetzen haben, die ihnen übertragene Aufgabe gesetzmäßig zu erfüllen (vgl. auch Verfassungsgericht Brandenburg, Beschluss vom 20.03.2003 - [VfGBbg 108/02](#) -).

(bb) Die Bestimmungsbehörde hat die durch Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs "unter Berücksichtigung der Versorgungssituation" ermittelten Grenzen nicht eingehalten. Das folgt schon daraus, dass sie - wie dargestellt - den Inhalt des Berücksichtigungsgebots inhaltlich unzureichend erfasst hat. Sie hat sich lediglich darauf bezogen, dass eine Bedarfsprüfung nicht stattfindet, indessen hat sie weitere Kriterien zur Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht herausgearbeitet. Infolgedessen hat sie den Inhalt des Begriffs "unter Berücksichtigung der Versorgungssituation" unzutreffend eingengt (vgl. auch Jung in Jansen, a.a.O., § 54 Rdn. 34 betreffend Ermessen).

(cc) Die Bestimmungsbehörde hat ihre Erwägungen nicht so verdeutlicht und begründet, dass im Rahmen des Möglichen die zutreffende Anwendung der Beurteilungsmaßstäbe erkennbar und nachvollziehbar ist (vgl. [§ 35 Abs. 1 SGB X](#)). Dem Begründungsteil des angefochtenen Bestimmungsbescheides fehlen hierzu jegliche Ausführungen. Ihm lässt sich nur entnehmen, dass die Bestimmungsbehörde die Eignung geprüft und bejaht hat. Hinweise darauf, dass die Bestimmungsbehörde die weitere Voraussetzung "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" auch nur in ihren Willensbildungsprozess aufgenommen hat, sind nicht ansatzweise ersichtlich. Eine Abwägungsentscheidung unter Einbeziehung von im Einzelnen zu benennenden Beurteilungsfaktoren ist schon gar nicht getroffen worden.

(dd) Die fehlerhafte Begründung macht den Bescheid (formell) rechtswidrig, aber nicht nichtig (vgl. auch Engelmann in von Wulffen, a.a.O., § 35 Rdn. 18 m.w.N.). Der Fehler kann geheilt werden. Ein inhaltlicher Begründungsmangel ist bei gebundenen Verwaltungsakten grundsätzlich entscheidungsunerheblich, weil das Gericht die getroffene Regel unter jedem rechtlich denkbaren Gesichtspunkt zu überprüfen hat (BSG, Urteil vom 29.06.2000 - [B 11 AL 85/99 R](#) - m.w.N.) und die fehlende Begründung ggf. noch im Gerichtsverfahren nachgeholt werden kann (vgl. [§ 41 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGB X](#) sowie [§ 42 SGB X](#)). Hiervon zu unterscheiden ist die Ergänzung einer unvollständigen Begründung. Bei Klageerhebung soll eine den Anforderungen des [§ 35 SGB X](#) entsprechende Begründung vorliegen, nicht jedoch muss eine erschöpfende, materiell-rechtlich richtige Begründung gegeben sein. Da die materiellen Rechtsfragen ohnehin vom Gericht von Amts wegen untersucht werden müssen, ist das Nachschieben von Gründen i.S. einer Ergänzung oder Änderung der

von der Behörde gegebenen Begründung auch noch im Prozess möglich (BSG a.a.O.; vgl. auch Schütze in von Wulffen, a.a.O., § 41 Rdn. 12). Ein Nachschieben von Gründen liegt dabei vor, wenn die früheren Erwägungen auf Grund neuer oder anderer Tatsachen ergänzt oder ausgewechselt werden; es ist zulässig, soweit der Verwaltungsakt dadurch nicht in seinem Regelungsumfang oder seinem Wesensgehalt verändert oder die Rechtsverteidigung des Betroffenen in nicht zulässiger Weise beeinträchtigt oder erschwert wird (BSG, Urteile vom 16.12.2008 – [B 4 AS 48/07 R](#) –, 25.04.2002 – [B 11 AL 69/01 R](#) –, 18.09.1997 – [11 RAr 9/97](#) –). In diesem Zusammenhang ist zu klären, ob der den Beurteilungsspielraum betreffende Begründungsmangel den Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die erweiterte Begründungspflicht bei Ermessensentscheidungen unterworfen ist ([§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#)) oder ob vorgenannte Grundsätze zur Anwendung gelangen. Das ist umstritten (vgl. Engelmann, a.a.O., § 35 Rdn. 7 m.w.N.). Werden die Rechtsfolgen eines Beurteilungsmangels den für defizitäre Ermessensentscheidung geltenden Regelungen unterworfen, stellt sich die weitere Frage, ob und inwieweit bei Ermessensentscheidungen Verstöße gegen die Begründungspflicht noch im gerichtlichen Verfahren heilbar sind ([§ 41 Abs. 2 SGB X](#) i.V.m. [§ 114 Abs. 2 Satz 2 SGG](#) i.d.F. des 4. Euro-Einführungsgesetzes vom 21.12.2000 ([BGBl. I 1983](#))). Dem ist allerdings nicht weiter nachzugehen, denn [§ 35 Abs. 1 Satz 3 SGB X](#) ist auf unbestimmte Rechtsbegriffe, bei denen der Behörde ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist, nicht entsprechend anzuwenden (zutreffend Engelmann, a.a.O., § 35 Rdn. 7 m.w.N.). Die Voraussetzungen für eine Analogie sind nicht gegeben. Es fehlt an einer planwidrigen Lücke. Statt dessen ist im Hinblick auf die eingeschränkte Kontrolle behördlicher Entscheidungen, denen – wie hier – eine Beurteilungsermächtigung zu Grunde liegt, eine eingehende Begründung der Entscheidung zu fordern (Engelmann, a.a.O., § 35 Rdn. 7 m.w.N.). Hieraus folgt: Das den Beurteilungsspielraum betreffende Begründungsdefizit ist entweder als fehlende oder als unzureichende Begründung zu werten. Die Rechtsfolgen sind vorliegend identisch. Eine unzureichende Begründung kann mittels Nachschieben von Gründen noch bis zum Abschluss der letzten Tatsacheninstanz geheilt werden (vgl. BSG, Urteil vom 29.06.2000 – [B 11 AL 85/99 R](#) –; Jung in Jansen, a.a.O., § 54 Rdn. 37). Auch bei Entscheidungen mit Beurteilungsspielraum können grundsätzlich Erwägungen für die Beurteilung noch im Laufe des gerichtlichen Verfahrens nachgeschoben werden. Das Nachschieben setzt aber voraus, dass die nachgebrachten Gründe schon beim Erlass des Bescheides vorgelegen haben, dieser durch sie nicht in seinem Wesen verändert und der Kläger nicht in seiner Rechtsverfolgung beeinträchtigt wird (BSG, Urteil vom 22.05.1984 – [6 RKa 16/83](#) –: Wirtschaftlichkeitsprüfung; vgl. auch Jung, a.a.O., § 54 Rdn. 37). Die fehlende Begründung ([§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#)) würde den angefochtenen Beschluss zwar nicht nichtig ([§ 40 SGB X](#)), jedoch formell fehlerhaft machen. Auch dieser Verfahrensfehler wäre nach [§ 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X](#) heilbar (vgl. auch Engelmann, a.a.O., § 35 Rdn. 7).

Ausgehend hiervon ergibt sich:

Der Widerspruchsbescheid heilt den Abwägungsausfall nicht. Eine Abwägung hat die Widerspruchsbehörde hierin nicht vorgenommen. Die Begründung des Widerspruchsbescheides ist in drei Abschnitte gegliedert. Die Abschnitte I. und II.

beziehen sich auf die Verfahrensgeschichte. In Abschnitt III. wird dargelegt, dass der Widerspruch zwar zulässig, aber unbegründet ist. Hier wird u.a. ausgeführt (Anm.: Nummerierung durch Senat):

(1) Die Bestimmung der Städtischen Kliniken O M-Krankenhaus GmbH zur Erbringung bestimmter ambulanter Leistungen gemäß [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) ist rechtmäßig erfolgt. (2) Die gesetzlichen Voraussetzungen liegen vor. (3) Insbesondere ist es nicht erforderlich, zu prüfen, inwieweit die von der Bestimmung erfassten Leistungen von niedergelassenen Vertragsärzten erbracht werden. (4) Im Hinblick auf die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungsleistung wurde das Einvernehmen mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten angestrebt; insbesondere wurde der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein Gelegenheit zur Stellungnahme eingeräumt. (5) Diese hat mitgeteilt, dass die vertragsärztliche Versorgung ausreichend sei und es der Bestimmung der Krankenhäuser gem. [§ 116b SGB V](#) nicht bedürfe. (6) Wie jedoch auch das Sozialgericht Dresden in dem Beschluss vom 29.09.2009 – [S 11 KA 114/09 ER](#) – festgestellt hat, kommt es aber bei der Bestimmung nach [§ 116b SGB V](#) eben nicht auf das Vorhandensein einer Versorgungslücke an. (7) Weitere Argumente seitens der Kassenärztlichen Vereinigung wurden nicht vorgetragen. (8) Dem Willen des Gesetzgebers nach einer Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungsleistung ist jedenfalls angemessen Rechnung getragen worden. (9) Die Berufung auf die Rechtspraxis in Rheinland-Pfalz ist für den aktuellen Streit in Nordrhein-Westfalen unbeachtlich ...

Die Herstellung des Einvernehmens mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten schreibt [§ 116b Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) zwar vor ("ist anzustreben"), ausweislich des § 15 KHHG NRW ist die Beigeladene zu 2) indessen an der Krankenhausplanung nur mittelbar beteiligt, mithin ist mit ihr schwerlich ein Einvernehmen "angestrebt worden". Die Aktenlage belegt, dass das auch nicht der Fall war. Der zweite Halbsatz des Satzes 4 suggeriert mit der Wendung "insbesondere", dass zwischen Halbsatz 1 und Halbsatz 2 ein innerer Zusammenhang besteht. Das ist jedoch nicht der Fall. Die Beteiligung der Beigeladenen zu 2) folgt nicht dem Einvernehmensgebot ([§ 116b Abs. 2 Satz 3 SGB V](#)) sondern dem Berücksichtigungsgebot ([§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)). Der Hinweis des Halbsatzes 2 (Satz 4), der Beigeladenen zu 2) sei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden, trifft zwar zu. Die Stellungnahme der Beigeladenen zu 2) hat die Widerspruchsbehörde ausweislich des Widerspruchsbescheides jedenfalls zur Kenntnis genommen, was aus Satz 5 ("diese hat mitgeteilt ...") folgt. Dennoch hat sie sich nicht ansatzweise mit dem Vorbringen der Beigeladenen zu 2) auseinandergesetzt. Stattdessen hat sie lediglich den Sachverhalt referiert und darauf hingewiesen, dass es auf das Vorhandensein einer Versorgungslücke nicht ankomme. Dieser Rechtsauffassung ist zwar beizutreten, indessen zeigt gerade diese Argumentation, dass die Widerspruchsbehörde den Inhalt der Begrifflichkeit "unter Berücksichtigung der Versorgungssituation" verkannt und diese Klausel nicht gewürdigt hat.

Im Ergebnis hat die Widerspruchsbehörde die Stellungnahme der Beigeladenen zu 2) lediglich zur Kenntnis genommen und diese angesichts einer inhaltlich verkürzten

Interpretation des Berücksichtigungsgebots als unerheblich gewertet; dieses verlangt u.a., dass auch die vorbefindliche Versorgungslage unter qualitativen und quantitativen Gesichtspunkten gewürdigt wird (Senat, Beschlüsse vom 13.04.2011 – [L 11 KA 109/10 B ER](#) -, 30.03.2011 – [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 – [L 11 KA 97/10 B ER](#)/ [L 11 KA 22/11 B ER](#) – und 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) -).

Soweit bei Vornahmeklagen ein Nachschieben von Gründen im Hauptsacheverfahren dann unbeschränkt für möglich gehalten wird, wenn der Behörde bei Erlass des Verwaltungsakts Entscheidungsspielräume zustehen (vgl. BSG, Urteil vom 02.09.2009 – [B 6 KA 21/08 R](#) -; BSG, Beschluss vom 06.10.1994 – [GS 1/91](#) -, vgl. auch Senat, Beschluss vom 23.10.2010 – [L 11 KA 71/10 B ER](#) -), lässt der Senat offen, ob dies auch für die vorliegende Fallgestaltung (defensive Konkurrentenklage) gilt. Jedenfalls sind die Voraussetzungen nicht erfüllt, denn der Bestimmungsbescheid ist auch im Übrigen nicht zureichend begründet worden.

Denkbar wäre, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung eine solche (ersetzende) Begründung enthält. Dann würde sich allerdings die weitergehende Frage danach stellen, ob dieser Umstand die unzureichende Begründung des eigentlichen Bescheides aus Rechtsgründen zu heilen vermag. Das kann dahinstehen, denn auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung ist unzulänglich begründet worden, was noch darzustellen sein wird.

Im Hauptsacheverfahren S 9 KR 572/10 hat die Bezirksregierung in ihrer vormaligen Funktion als Antragsgegnerin bislang nicht zur Sache Stellung genommen. Auch der jetzige Antragsgegner hat sich nicht geäußert.

Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat die Bezirksregierung mit Schriftsatz vom 26.07.2010 vorgetragen. Diese Stellungnahme ist nicht geeignet, den Abwägungsausfall zu kompensieren. Vornehmlich wird die Frage der Drittanfechtungsbefugnis und -berechtigung diskutiert. Ferner setzt sich die Bezirksregierung mit der Behauptung der Antragstellerin auseinander, das zugelassene Krankenhaus sei nicht geeignet. Darum geht es indessen nicht. Im Übrigen hat sich die Bezirksregierung auf die mit [§ 116b SGB V](#) verfolgten gesetzgeberischen Ziele bezogen. Deren Wiedergabe reicht naturgemäß nicht aus, um den situationsbezogenen Abwägungsausfall zu kompensieren. Schließlich hat sie dargelegt, aus welchen Gründen der Sofortvollzug von öffentlichen und Individualinteressen getragen wird. Auch dieser Gesichtspunkt ist angesichts völlig andersartiger rechtlicher Zielsetzung nicht geeignet, den Abwägungsausfall auszugleichen. Weitere Darlegungen der vormaligen Antragsgegnerin nach dem 01.01.2011 sind mangels Postulationsfähigkeit rechtlich irrelevant: Der nunmehrige Antragsgegner hat bislang keine Stellung genommen.

Ist sonach der Bestimmungsbescheid formell fehlerhaft und dieser Mangel weder im Widerspruchs- noch im Gerichtsverfahren geheilt, kann der Bescheid dennoch nicht aufgehoben werden, wenn offensichtlich ist, dass die Verletzung der Verfahrens- und/oder Formvorschrift die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat ([§ 42 Satz 1 SGB X](#)). Daran fehlt es schon deswegen, weil der Nachweis derzeit nicht zu führen ist, dass der unzureichend aufgeklärte Sachverhalt und der

Abwägungsausfall die von einem Beurteilungsspielraum getragene Entscheidung der Antragsgegnerin offensichtlich nicht beeinflusst haben (hierzu auch Schütze, a.a.O., § 42 Rdn. 9).

(ee) Die Erwägungen des SG führen nicht weiter. Ein Anspruch auf sofortige Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes existiert nicht; demzufolge kommt es auf die vom SG vorgenommenen Interessenabwägung nicht an. Selbst wenn mit dem SG von einem offenen Ausgang des Hauptsachverfahrens ausgegangen wird, ergäbe sich nichts anderes. Die Abwägung ist rechtsfehlerhaft. Dass das Bemühen der Bestimmungsbehörde um "bestmögliche Versorgung der Bevölkerung" den Sofortvollzug nicht rechtfertigt, wurde schon dargestellt (vgl. oben). Ohnehin wäre zu beachten, dass die "Bevölkerung", gemeint sind offenbar die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung, keinen Anspruch auf eine bestmögliche Versorgung haben (hierzu [§ 12 Abs. 1 SGB V](#)). Infolgedessen ist ein solches Abwägungskriterium grundsätzlich jedenfalls dann sachfremd, wenn das rechtlich nicht geschützte Bemühen um eine "bestmögliche Versorgung" – wie hier – mit rechtlich geschützten Drittinteressen kollidiert. Auch soweit das SG den Sofortvollzug damit meint rechtfertigen zu können, dass die streitige Zulassung "genau dem Ziel des Gesetzgebers entspricht", rechtfertigt dies allenfalls den Bestimmungsbescheid, nicht hingegen die von der Regel des [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) abweichende sofortige Vollziehung. Auch der Folgenabschätzung des SG vermag der Senat nicht beizutreten. Das SG hält das Vorbringen der Antragstellerin, die Bestimmung führe zu schweren und nicht wieder gut zumachenden Nachteilen, für nicht nachvollziehbar, da in der Vergangenheit Oberärzte der Beigeladenen zu 1) im streitigen Leistungsbereich tätig gewesen seien, deren Ermächtigungen der Zulassungsausschuss wegen der Bestimmung nicht "verlängert" habe. Das überzeugt nicht. Unklar bleibt schon, wieviele Ermächtigungen betroffen sind und auf welche Leistungen sich diese Ermächtigungen beziehen. Allein der Umstand, dass Ermächtigungen wegen der Bestimmung nicht "verlängert" worden sind, besagt zunächst nichts. Hierzu hätte das durch die Ermächtigungen definierte Leistungsangebot mit jenem des Bestimmungsbescheides abgeglichen werden müssen, wozu nötigenfalls der Sachverhalt weiter aufzuklären gewesen wäre. Im Übrigen kann die Überlegung, dass onkologisch behandlungsbedürftige Patienten auf der Grundlage der fraglichen Ermächtigungen versorgt worden sind, es allenfalls rechtfertigen, dass der Sofortvollzug in einem dem Leistungsangebot der (entfallenen) Ermächtigungen entsprechenden Umfang angeordnet wird. Auch hierzu hätte es weiterer Sachaufklärung bedurft. Losgelöst hiervon hat das SG den rechtlichen Gehalt einer Ermächtigung nach [§ 116 SGB V](#) verkannt. Diese Norm regelt die bedarfsabhängige Ermächtigung von Krankenhausärzten, die nach berufsrechtlichen Vorschriften über eine Weiterbildung in Form einer Facharztanerkennung i.S.d. ärztlichen Berufsrechts der Bundesländer verfügen (hierzu Hencke in Peters, a.a.O., § 116 Rdn, 2). Tatbestandsvoraussetzung ist das Vorliegen einer Versorgungslücke. Besteht diese, so besteht ein Rechtsanspruch des Krankenhausarztes auf Ermächtigung. [§ 116 SGB V](#) regelt somit die persönliche Ermächtigung im Gegensatz zur bedarfsabhängigen Institutsermächtigung nach [§ 116a SGB V](#) (vgl. Senat, Urteile vom 29.04.1998 – [L 11 KA 177/97](#) – und 24.09.1997 – [L 11 Ka 88/97](#) -). Der vom Krankenhausarzt in der vertragsärztlichen Versorgung befugt zu erbringende Leistungsumfang wird durch die Ermächtigung nach Inhalt

und Umfang begrenzt. Demgegenüber gilt der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung für nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) bestimmte Krankenhäuser nicht. Mengenbegrenzungen, die Teil einer Ermächtigung sein können, existieren nicht. Hieraus folgt, dass die Drittwirkung der Bestimmung eines Krankenhauses mit der Drittwirkung einer Ermächtigung weder rechtlich noch tatsächlich gleichgesetzt werden kann. Demzufolge fehlt der Überlegung, ein schwerer Nachteil könne schon deswegen nicht eintreten, weil die Konkurrenzwirkungen der auslaufenden Ermächtigungen durch jene der Bestimmung ersetzt werden, eine Grundlage.

Soweit das SG meint, die Antragstellerin habe nicht glaubhaft gemacht, dass die wirtschaftliche Existenz gefährdet sei, trägt auch dies dessen Entscheidung nicht. Die Antragstellerin hat ausdrücklich für den Fall um einen richterlichen Hinweis gebeten, dass das SG das Vorbringen insoweit nicht als ausreichend erachtet. Dem Gesamtzusammenhang war zu entnehmen, dass es sich hierbei nicht um eine der vielfach bemühten "salvatorischen Klauseln" handelte, sondern dem das ernsthafte Bemühen zugrunde lag, auf Anforderung das Vorbringen zu präzisieren. Die Antragstellerin hat umfangreich zum Anordnungsgrund vorgetragen. Sie konnte daher erwarten, dass das SG auf die geäußerte Bitte einen Hinweis gibt, wenn es den Anordnungsgrund dennoch nicht als glaubhaft gemacht ansieht. Dies gilt umso mehr, als den durch angefochtene Verwaltungsentscheidung bewirkten wirtschaftlichen Auswirkungen (Beeinträchtigungen) im Rahmen des [§ 86b Abs. 1 SGG](#) nicht die Bedeutung zukommt wie in Fällen des [§ 86b Abs. 2 SGG](#) (hierzu Senat, Beschlüsse vom 06.09.2010 - [L 11 KA 3/10 B ER](#) - und 03.02.2011 - [L 11 KA 80/09 KA ER](#) -). Ein Gericht verstößt aber dann gegen [Art. 103 Abs. 1 GG](#) und das Gebot eines fairen Verfahrens, wenn es ohne vorherigen Hinweis Anforderungen an den Sachvortrag stellt, mit denen auch ein gewissenhafter und kundiger Prozessbeteiligter nach dem bisherigen Prozessverlauf nicht zu rechnen brauchte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 15.02.2011 - [1 BvR 980/10](#) - m.w.N.).

Vorbehaltlich der Anfechtungsberechtigung der Antragstellerin ist demzufolge die angeordnete sofortige Vollziehung aufzuheben.

(2) Die Bestimmungsbehörde hat die sofortige Vollziehung zudem fehlerhaft angeordnet. Die Voraussetzungen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) sind nicht dargetan. Danach erfordert die Anordnung der sofortigen Vollziehung, dass das hieran bestehende besondere Interesse schriftlich begründet wird.

(a) An die Begründung sind hohe Anforderungen zu stellen. Sie muss erkennen lassen, warum im konkreten Fall das öffentliche Interesse oder das Individualinteresse eines Beteiligten am Sofortvollzug überwiegt und warum dies dem Prinzip der Verhältnismäßigkeit entspricht (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, a.a.O., § 86a Rdn. 21b). Das den Sofortvollzug tragende öffentliche oder individuelle Interesse ("besonderes Interesse") muss mehr als das den Erlass des Verwaltungsaktes rechtfertigende Interesse sein, denn die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass des Verwaltungsaktes reichen für die Begründung des Sofortvollzugs nicht aus (Senat, Beschluss vom 29.10.2010 - [L 11 KA 64/10 B ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.11.2004 - [L 10 B 14/04 KA](#) -). Etwas anders mag nur dann gelten, wenn das besondere

Vollzugsinteresse schon aus der Eigenart der Regelung folgt (Senat, Beschluss vom 06.01.2004 - [L 11 B 17/03 KA ER](#) -). Der Senat hat im Beschluss vom 17.12.2005 - L 11 B 52/05 KA ER - ausgeführt (vgl. auch Senat, Beschluss vom 02.04.2009 - [L 11 KA 2/09 ER](#) - sowie LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.11.2003 - [L 10 B 15/03 KA ER](#) -):

Nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) bedarf die Anordnung der sofortigen Vollziehung einer schriftlichen Begründung. Die Vollziehungsanordnung ist somit grundsätzlich mit einer auf den konkreten Einzelfall abgestellten und nicht lediglich formelhaften Begründung des öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes zu versehen. Die Begründung muss erkennen lassen, aus welchen Gründen das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung im konkreten Fall das Interesse des Betroffenen überwiegt. An die Begründung sind im Hinblick auf die mit ihr verbundene Warnfunktion für die Behörde sowie die dadurch bezweckte Transparenz und Rechtsklarheit hohe Anforderungen zu stellen (Keller, a.a.O. Rdn. 21b m.w.N., OVG Brandenburg, Beschluss vom 25.01.2005 - [5 B 163/03](#) -).

Zwar beziehen sich die Darlegungen des Senats im Beschluss vom 17.12.2005 - L 11 B 52/05 KA ER - auf eine Zulassungsentziehung, sie beanspruchen vorliegend jedoch gleichermaßen Geltung, denn die Anforderungen an die sofortige Vollziehung sind nicht davon abhängig, ob Rechte - wie hier - eingeräumt oder aber entzogen werden, zumal jeweils Dritte betroffen sind (Senat, Beschluss vom 29.10.2010 - [L 11 KA 64/10 B ER](#) -).

Nach diesen Maßstäben hat die Bestimmungsbehörde die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht ausreichend begründet.

Allein eine unterstellte Rechtmäßigkeit des Bestimmungsbescheides rechtfertigt entgegen der Auffassung des SG schon deswegen nicht den Sofortvollzug, weil hiervon nur der Bescheid als solcher getragen wird, indessen das für den Sofortvollzug gebotene "Mehr" nicht dargetan ist. Soweit die Bezirksregierung meint, aus [§ 16 Abs. 3 KHGG NRW](#) herleiten zu können, der Gesetzgeber habe im Fall von Drittwidersprüchen der Sicherstellung der Gesundheitsversorgung den Vorrang vor dem Rechtsschutzinteresse des widerspruchsführenden Dritten einräumen wollen, trifft das im hier interessierenden Zusammenhang nicht zu. Zwar bestimmt [§ 16 Abs. 3 KHGG NRW](#), dass Widerspruch und Anfechtungsklage eines Dritten gegen einen Feststellungsbescheid keine aufschiebende Wirkung haben. Indessen bezieht sich [§ 16 Abs. 3 KHGG NRW](#) inhaltlich-systematisch allein auf nach [§ 16 Abs. 1 Satz 1 KHGG NRW](#) getroffene Entscheidungen:

Die Feststellungen über die Aufnahme oder Nichtaufnahme des Krankenhauses in den Krankenhausplan werden durch Bescheid der zuständigen Behörde getroffen.

Darum geht es hier nicht. Die Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) ist nicht Teil der - landesrechtlichen - Krankenhausplanung (dazu unten). Die Interessenabwägung führt nicht weiter. Zwar mag es sein, dass die Beigeladene zu 1) bereits umfangreiche organisatorische, finanzielle und personelle Aufwendungen

erbracht und bis zur Anfechtung der Bestimmungsbescheide einen Patientenkreis etabliert hat. Dieser Gesichtspunkt ist indes nicht geeignet, die sofortige Vollziehung zu rechtfertigen. Eigenverantwortliche Dispositionen sind grundsätzlich dann nicht schützenswert, wenn sie im Hinblick auf ungesicherte künftige Rechtspositionen vorgenommen werden. So hat der Senat durchgängig Anträge von Vertragsärzten auf Erlass einstweiliger Anordnungen zur Erteilung von Abrechnungsgenehmigungen und Standortgenehmigungen für medizinisch-technische Großgeräte ([§§ 85 Abs. 2 a](#), [122 SGB V](#) i.d.F. bis 30.06.1997) zurückgewiesen, weil ein Anordnungsgrund dann nicht besteht, wenn die behaupteten "schweren und nicht anders abwendbaren Nachteile" erst als Folge eigenverantwortlicher Dispositionen der betroffenen Bürger eintreten, die der Auffassung sind, ihre Beurteilung der Anspruchs- und Rechtslage werde sich trotz entgegenstehender gesetzlicher und vertraglicher Regelungen im Ergebnis durchsetzen. Das darin zum Ausdruck kommende Vertrauen auf eine nicht gesicherte (künftige) Rechtsposition ist nicht geschützt (z.B. Senat, Beschlüsse vom 30.05.1996 - L 11 SKa 34/96 - und vom 26.06.1996 - L 11 SKa 49/96 -). Hieran hat der Senat seither festgehalten; eigenautonome Entscheidungen fallen grundsätzlich in die alleinige Verantwortungssphäre des jeweiligen Antragstellers (vgl. Beschluss vom 15.06.2009 - L [11 B 2/09](#) KA ER -; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 19.03.2007 - L 10 KA 3/07 KA ER -). Dieser rechtliche Ansatz ist auf vorliegenden Fall zu übertragen. Zutreffend ist zwar, dass die Beigeladene zu 1) kein Vertrauen in eine ihrer Disposition entgegenstehende gesetzliche Regelung setzt, gleichwohl sind ihre eigenverantwortlich getätigten Investitionen nicht geschützt. So kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene zu 1) sich mit [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) auf eine "klare gesetzliche Bestimmung" stützen kann. Die rechtlich zutreffende Interpretation der Tatbestandsvoraussetzungen des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) war und ist höchst umstritten. Zudem hat die Antragstellerin bereits am 19.03.2010 Widerspruch eingelegt. Da der vom 29.12.2009 datierende Bestimmungsbescheid der Beigeladenen zu 1) frühestens Anfang 2010 zugegangen sein kann, diese innerhalb der einmonatigen Widerspruchsfrist allerdings nicht geschützt ist, bleibt allenfalls zu erwägen, für die Zeit von Anfang Februar 2010 bis Mitte März 2010 Vertrauensschutz anzunehmen. Dass die Beigeladene zu 1) gerade in diesem kurzen Zeitraum organisatorische und personelle Maßnahmen getroffen hätte, die nunmehr zumutbar nicht mehr rückabgewickelt werden können, ist weder ersichtlich noch dargetan. Im Übrigen hat die Bezirksregierung der Antragstellerin mit Schreiben vom 05.05.2010 mitgeteilt, die Beigeladene zu 1) über den Widerspruch informiert zu haben. Die Antragstellerin hat mithin das Gebotene unternommen, um zu verhindern, dass die Beigeladene zu 1) im Vertrauen auf den Bestimmungsbescheid bereits Investitionen tätigt. Dem durch [§ 86a Abs. 1 SGG](#) vorgegebenen Regel-Ausnahmeverhältnis ist es überdies wesensfremd, wenn eigenverantwortlich die Voraussetzungen für die Ausnahme geschaffen werden und auf dieser Grundlage die sofortige Vollziehung angeordnet wird. Damit ließe sich das Regel-Ausnahmeverhältnis letztlich unterlaufen. Auch soweit im Krankenhaus auf der Grundlage des Bestimmungsbescheides bereits Patienten behandelt werden, rechtfertigt dies als solches nicht den Sofortvollzug unter dem Blickwinkel des öffentlichen Interesses. Dann hätte im Anordnungsbescheid zumindest dargelegt werden müssen, dass die vertragsärztlich-onkologische Versorgung defizitär ist, mithin eine anderweitige Behandlung nicht möglich gewesen wäre. Das

ist nicht geschehen.

Dem Senat ist es verwehrt, eine unzureichende Begründung nachzubessern. Das folgt schon daraus, dass auch die Bestimmungsbehörde gehindert ist, eine fehlende Begründung nachzuholen (Senat, Beschlüsse vom 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER](#) -, 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) - und 06.01.2004 - [L 11 B 17/03 KA](#) -; Düring in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 86a Rdn. 14) oder eine unzureichende Begründung auszuwechseln, denn gegen eine solche Möglichkeit sprechen die mit [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) bezweckte Warnfunktion (LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 - [L 4 B 269/06 KA ER](#) -) und das Klarstellungsinteresse der Verfahrensbeteiligten (Senat, Beschluss vom 03.05.2010 - [L 11 B 23/09 KA ER](#) -; Keller, a.a.O., § 86a Rdn. 21c; vgl. auch Düring in Jansen, a.a.O., § 86a Rdn. 14;). Demzufolge ist die Anordnung der sofortigen Vollziehung - wiederum vorbehaltlich der Anfechtungsberechtigung - auch aus diesem Grunde aufzuheben und die aufschiebende Wirkung der Klage herzustellen.

(3) Die Antragstellerin kann sich auf diese Mängel berufen. Sie ist anfechtungsberechtigt.

(a) Die Frage, ob niedergelassene Vertragsärzte einen Bestimmungsbescheid anfechten können, ist höchst umstritten und wird in Rechtsprechung und Schrifttum unterschiedlich beantwortet. Während im Schrifttum eine Reihe von Autoren eine Anfechtungsberechtigung negieren (z.B. Becker in Becker/Kingreen, a.a.O., § 116b Rdn. 8; Quaas in f&w 2010, 412 ff., ders. in GesR 2010, 455 ff.; Steinhilper in MedR 2008, 502 ff.; Wenner in GesR 2007, 337 ff.; ders. in GesR 2009, 505, 509 nunmehr zurückhaltender "wohl nicht befugt; Möller in SGB 2009, 345 ff.; Wagener/Weddehage in MedR 2007, 643, 648; Stollmann in NZS 2009, 248 ff.), vertreten andere die gegenteilige Position (Blöcher in SGB 2010, 627, 629; Meschke in jurisPR-MedizinR 2/2009 Anm. 5; Pitschas in GesR 2010, 513 ff.; Müller in KHR 2010, 73 ff.; Häser in klinikarzt 2010, 326 f.; Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 3a; Barth in MedR 2010, 209 ff.). Demgegenüber wird in der Rechtsprechung überwiegend eine Anfechtungsberechtigung bejaht (Senat, Beschlüsse vom 13.04.2011 - [L 11 KA 109/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER](#) - und 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -; SG Hannover, Beschluss vom 04.02.2009 - [S 16 KA 654/08 ER](#) -, nachfolgend LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 25.05.2009 - [L 4 KR 116/09 B ER](#) -; SG Hannover, Beschluss vom 24.08.2010 - [S 61 KA 358/10](#) -, nachfolgend LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 01.11.2011 - [L 4 KR 468/10 B ER](#) -; SG Dresden, Beschluss vom 18.05.2010 - [S 18 KA 10/10 ER](#) -; SG Dresden, Beschluss vom 29.09.2009 - [S 11 KA 114/09 ER](#) -, nachfolgend LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; SG Dresden, Urteil vom 27.10.2010 - [S 18 KR 312/10](#) -). Das BVerfG hat diese Frage in seinem Beschluss vom 31.07.2008 - [1 BvR 840/08](#) -, mit dem Verfassungsbeschwerden von Vertragsärzten unmittelbar gegen [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) wegen fehlender unmittelbarer grundrechtlicher Betroffenheit als unzulässig behandelt worden sind, ausdrücklich offengelassen und hierzu ausgeführt:

"Den Fachgerichten obliegt indes die Klärung, ob und in welchem Ausmaß ein Beschwerdeführer durch die beanstandete Regelung oder Maßnahme in seinen

Rechten betroffen ist und ob die Regelung mit der Verfassung vereinbar ist."

(b) Unter welchen Voraussetzungen Vertragsärzte berechtigt sind, zugunsten anderer Ärzte ergangene Entscheidungen anzufechten (defensive Konkurrentenklage), hat das BSG in seinem Urteil vom 07.02.2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 17.08.2004 - [1 BvR 378/00](#) - im Einzelnen dargestellt (vgl. auch BSG, Urteile vom 28.10.2009 - [B 6 KA 42/08 R](#) - und 17.10.2007 - [B 6 KA 42/06 R](#) -). Danach besteht eine Anfechtungsberechtigung eines Vertragsarztes nur dann, wenn

(aa) der Kläger und der Konkurrent im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbieten (faktisches Konkurrenzverhältnis) und (bb) dem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird, sowie (cc) der dem Konkurrenten eingeräumte Status gegenüber demjenigen des Anfechtenden nachrangig ist. Letzteres ist der Fall, wenn die Einräumung des Status an den Konkurrenten vom Vorliegen eines Versorgungsbedarfs abhängt, der von den bereits zugelassenen Ärzten nicht abgedeckt wird.

(aa) Von den genannten Voraussetzungen erfüllt ist diejenige, dass die Antragstellerin und die mit ihr konkurrierende Beigeladene zu 1) im selben räumlichen Bereich Leistungen anbieten. Mit Blick auf das faktische Konkurrenzverhältnis bedarf es ferner der Überprüfung und Feststellung, ob und inwieweit es in den Leistungsspektren und Einzugsbereichen vom anfechtenden Arzt und begünstigtem Krankenhaus ins Gewicht fallende Überschneidungen gibt (vgl. BSG, Urteil vom 17.06.2009 - [B 6 KA 38/08 R](#) -). Soweit sich ergibt, dass das zugelassene Krankenhaus (mutmaßlich) auch Patienten aus dem Einzugsbereich der Antragstellerin versorgt, sich beide Einzugsbereiche also überschneiden, ist in einem zweiten Schritt die Zahl der (mutmaßlichen) Behandlungsfälle des Krankenhauses mit Herkunft aus dem Einzugsbereich der Vertragsarztpraxis ins Verhältnis zu setzen zur Gesamtzahl der Behandlungsfälle dieser Vertragsarztpraxis. Von einem realen Konkurrenzverhältnis in einem für den Wettbewerb wesentlichen Umfang wird nur auszugehen sein, wenn feststeht, dass die durchschnittliche Zahl der vom zugelassenen Krankenhaus (mutmaßlich) mit den gleichen Leistungen behandelten Patienten aus dem Einzugsbereich der Vertragsarztpraxis 5 % der durchschnittlichen Gesamtfallzahl dieser Praxis überschreitet. Dabei haben Behandlungsfälle, in denen das zugelassene Krankenhaus Leistungen erbringt, die der niedergelassene Vertragsarzt nicht anbietet oder - etwa wegen unzureichender Geräteausstattung oder Qualifikation - nicht erbringen darf, außer Betracht zu bleiben (vgl. BSG, Urteil vom 17.10.2007 - [B 6 KA 42/06 R](#) - betreffend Drittanfechtung einer Ermächtigung).

Das Vorbringen der Antragstellerin genügt diesen Anforderungen. Sie hat glaubhaft gemacht, dass die im Bestimmungsbescheid benannten Leistungen denen entsprechen, die sie als onkologische Schwerpunktpraxis anbietet. Soweit die Antragstellerin darüber hinaus versucht, eine unmittelbare und derzeitige wirtschaftliche Betroffenheit darzustellen, deuten die von ihr mitgeteilten Daten daraufhin, dass die Zahl der von ihr mit den fraglichen Leistungen behandelten

Patienten in einem relevanten Volumen zurückgegangen ist, was von der zu 2) beige-ladene KV bestätigt wird. Losgelöst hiervon ist glaubhaft gemacht, dass die durchschnittliche Zahl der vom Krankenhaus mit den gleichen Leistungen behandelten Patienten 5 % der durchschnittlichen Gesamt-fallzahl der Antragstellerin überschreitet. Weitere Sachaufklärung ist nötigenfalls im Hauptsacheverfahren durchzuführen.

(bb) Ob dem konkurrierenden Krankenhaus die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert wird und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird, erscheint aus Rechtsgründen als fraglich. Der 3. Senat des BSG hält 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 richten (Urteil vom 12.08.2009 – [B 3 KR 10/07 R](#) -). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. 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 (Müller/Notz/Renzewitz, Anmerkungen zum Krankenhausgestaltungsgesetz, 2009, 26 f., [www.bdo.de/uploads/media/BDO KHGG NRW final.pdf](#)). Hierdurch wird festgelegt, durch welche Stelle – nämlich die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde – die Bestimmung zur ambulanten Behandlung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) erfolgt (Müller/Notz/Renzewitz, a.a.O.). Die Prüfungs- und Entscheidungsmaßstäbe für die Bestimmung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) ergeben sich dagegen aus der Bezugnahme auf die Krankenhausplanung nicht (Müller/Notz/Renzewitz, a.a.O., 27; Wagener/Weddehage, MedR 2007, 643, 645; Knittel in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Stand Juli 2009, [§ 116b SGB V](#), Rdn. 17). Denn wenn die inhaltlichen Maßstäbe der in ihren wesentlichen Grundzügen bundesrechtlich geregelten stationären Krankenhausplanung (vgl. § 6 Abs. 1 i.V.m. § 1 Krankenhausfinanzierungsgesetz (KHG)) entsprechend gelten, müsste die Bestimmung des Krankenhauses zur ambulanten Behandlung eine Bedarfsprüfung voraussetzen, die aber nach den Gesetzesmaterialien ausgeschlossen sein soll ([BT-Drs. 16/3100, S. 139](#)) und statt derer im Text ([§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)) die "Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" vorgesehen ist (so zutreffend mit weiteren Erwägungen: LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 – [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; vgl. auch Senat, Beschluss vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) -). Soweit der 6. Senat des BSG demgegenüber meint, in der Sache gehe es um den Zugang zur "ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung" (Urteil vom 06.05.2009 – [B 6 A 1/08 R](#) -), spricht dafür jedenfalls, dass weder aus dem Wortlaut des [§ 116b SGB V](#) noch der Gesetzesbegründung etwas für die Annahme hergeleitet werden kann, dass der Gesetzgeber neben die (ambulante) vertragsärztliche Versorgung eine weitere, hiervon getrennte, den ambulanten Bereich abdeckende Versorgungsstruktur setzen wollte. Der Gesetzesbegründung ist zu entnehmen, dass die ambulante Versorgung sich weiterhin auf freiberuflich tätige Haus- und Fachärzte stützt sowie

in besonderen Fällen auf die Behandlung am Krankenhaus ([BT-Drs. 16/3100, S. 88](#)) und eben nicht auf eine Krankenhausbehandlung i.S.d. [§ 39 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#). Für die Auffassung, Leistungen nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) seien dem System der vertragsärztlichen Versorgung zuzurechnen, sprechen überdies die Vergütungsregelungen des [§ 116b Abs. 5 SGB V](#) und der in § 116 Abs. 4 Satz 2 SGB für den dortigen Regelungskomplex definierte Vergleichsmaßstab "in der Vertragsarztpraxis". Hinzu kommt, dass die ambulante Behandlung nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) die Verordnung von Leistungen nach [§ 73 Abs. 2 Nr. 5 bis 8](#) und 12 SGB V einschließt, also unmittelbar auf den vom Gesetzgeber bestimmten Umfang der von insoweit von Vertragsärzten zu erbringenden vertragsärztlichen Versorgung Bezug nimmt ([§ 116b Abs. 6 SGB V](#)). Ausgehend hiervon wäre die Voraussetzung zu (bb) erfüllt, denn dem Krankenhaus wird der Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung eröffnet (offengelassen von Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff, 397: Parallelmarkt für bestimmte ambulante Leistungen, der in Teilbereichen anderen Kautelen als denen des Vertragsarztrechts unterliegt).

(cc) Auch diese Voraussetzung ist erfüllt, sofern der Bestimmungsakt der Sache nach eine "Ermächtigung" darstellt (so Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 3; Pitschas in GesR 2010, 513, 515). Dann wäre die vom BSG (a.a.O.) geforderte Hierarchie der Teilnahmeformen in der konkreten Konkurrenzsituation gegeben. Das ergibt sich auch wie folgt: Die Vorschrift des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) weist ein (relatives) Vorrang-Nachrang-Verhältnis aus, wenngleich nicht in der Ausprägung, die den Konkurrenzsituationen der herkömmlichen Teilnahmeformen eigen ist (z.B. Zulassung zu Ermächtigung). Das Konkurrenzverhältnis besteht zwar auf der identischen Ebene der "Zulassungshierarchie", dennoch hat der Gesetzgeber den vertragsärztlichen Leistungserbringern mittels des Berücksichtigungsgebots einen "Vorsprung" eingeräumt. Die dem Bestimmungsbescheid innewohnende Befugnis des Krankenhauses, hochspezialisierte Leistungen im Rahmen der ambulanten Versorgung erbringen zu dürfen, beruht u.a. auf dem gesetzgeberischen Anliegen, den Wettbewerb unter den Leistungserbringern zu forcieren (BT-Drs.16/3100, 88). Dem soll die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen zur Behandlung seltener Erkrankungen und von Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen nach [§ 116b SGB V](#) dienen ([BT-Drs. 16/3100](#), 88, 89). [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) begründet indes nur einen limitierten Wettbewerb zwischen den verschiedenen Versorgungsformen des ambulanten und stationären Sektors. Für dessen Einrichtung, Ausdehnung oder Rückführung bleibt die vertragsärztliche Versorgungssituation zu "berücksichtigen". Dem ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, nicht schlechthin durch [§ 116b SGB V](#) die Versorgungssektoren zu verschmelzen, sondern nur ausgewählten Krankenhäusern unter Beachtung der Berufsausübung ebenfalls spezialisierter niedergelassener Ärzte eine Art "Ermächtigung" (hierzu auch Hencke, a.a.O., § 116b Rand. 3) zur ambulanten Behandlung der im Katalog des [§ 116b Abs. 3 SGB V](#) aufgeführten oder auch später fortgeschriebenen Leistungen bzw. Erkrankungen zu erteilen. Von einer grundsätzlichen Zweiteilung der ambulanten Versorgung in eine solche durch niedergelassene Ärzte sowie durch Krankenhäuser ist nicht die Rede. Deshalb besteht keine völlige Gleichrangigkeit dieser ambulanten Krankenhausversorgung

mit den vertragsärztlichen ambulanten Leistungen. Auch 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](#) weder beabsichtigt noch in Kauf genommen (hierzu [BT-Drs. 16/3100](#), 87). Mit dem GKV-WSG hat der Gesetzgeber unter anderem eine Intensivierung des Wettbewerbs innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung angestrebt, um Qualität und Effizienz der medizinischen Versorgung deutlich zu verbessern. Demzufolge dokumentiert [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) durch das Berücksichtigungsgebot und die Beschränkung der Öffnung von Krankenhäusern auf die "Katalogbehandlung" tendenziell einen Vorrang der vorbefindlichen ambulanten Versorgung. Dies rechtfertigt den Anspruch der niedergelassenen und ambulant tätigen Vertragsärzte auf Rechts- bzw. Drittschutz (Pitschas in GesR 2010, 513, 515; so im Ergebnis auch LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 – [L 1 KR 94/10 B ER](#) -).

Im Übrigen stellt [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) hinsichtlich des Berücksichtigungsgebots nicht allein auf die Versorgung der Versicherten ab, sondern erwähnt – umfassend – die vertragsärztliche Versorgungssituation als solche (vgl. auch [§ 72 Abs. 1 SGB V](#)), hat mithin sowohl die Versicherten als auch die Vertragsärzte im Blick (vgl. auch Blöcher in SGb 2010, 627, 629). Infolgedessen geht es nicht allein um die Versorgung der Versicherten mit ambulanten Leistungen ([§ 73 Abs. 3 SGB V](#)), sondern auch um die Situation der vertragsärztlichen Leistungserbringer, also um das Individualinteresse derjenigen Vertragsärzte, die im selben Versorgungsbereich wie das antragstellende Krankenhaus die Katalogleistungen des [§ 116b Abs. 3](#) bzw. Abs. 4 SGB V anbieten und erbringen. Da das Berücksichtigungsgebot sich auf die vertragsärztliche Versorgungssituation hinsichtlich der jeweiligen, vom Krankenhaus beantragten Katalogleistung bezieht, ist mittels der definierten Leistung auch der geschützte Personenkreis hinreichend individualisiert und damit von der Allgemeinheit abgegrenzt. Ein so verstandenes Gebot zur Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ist im Ergebnis zwar in seiner drittschützenden Funktion schwächer als der in einer Bedarfsabhängigkeit zum Ausdruck kommende Vorrang der niedergelassenen Ärzte, wie er idealtypisch in [§ 116 SGB V](#) zum Ausdruck gebracht worden ist. Die "Durchsetzungskraft" des Drittschutzes einer Norm ändert aber nichts an deren grundsätzlich drittschützendem Charakter (zutreffend SG Hannover, Beschluss vom 24.08.2010 – [S 61 KA 358/10 ER](#) -). Soweit in den Materialien zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung ausgeführt wird, eine Bedarfsprüfung finde nicht statt ([BT-Drs. 16/3100, Seite 139](#)), ändert dies am bisherigen Befund nichts. Aus dieser Formulierung lässt sich schon nicht herleiten, dass der Gesetzgeber einen Drittschutz ausschließen wollte. Dies wäre aus Gründen der Normenklarheit und Rechtssicherheit nur im Gesetz selbst möglich gewesen. Wie Eingangs dargelegt, kommt es nicht darauf an, was der Gesetzgeber regeln wollte oder meint, geregelt zu haben, sondern auf den durch das Gericht im Wege der Auslegung zu ermittelnden Inhalt des Gesetzes selbst, den "objektivierten Willen des Gesetzgebers", in dessen Bestimmung die Motive des Gesetzgebers allenfalls sekundär einfließen können (Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, 2006, S. 21 ff., 46 ff.; Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, 2005, S. 113 ff.; vgl. auch BFH, Urteil vom 23.09.1999 – [IV R 56/98](#) – und BSG, Urteil vom

20.02.1964 – [8 RV 649/62](#) –; Senat, Beschluss vom 17.06.2009 – [L 11 B 6/09 KA ER](#) –). Zudem gilt, dass Drittschutz zugunsten niedergelassener Ärzte nicht an eine Bedarfsprüfung anknüpft, vielmehr hiervon losgelöst greift. Im Übrigen sprechen auch die Materialien von einer "Ergänzung der vertragsärztlichen Versorgung" ([BT-Drs. 16/3100, S. 139](#)). Sprachlich setzt "Ergänzung" den Erhalt des Bestehenden und damit Berücksichtigung i.S.v. Rücksichtnahme voraus (SG Hannover, Beschluss vom 24.08.2010 – [S 61 KA 358/10](#) – ER).

Im Hinblick auf die Konkretisierung des unbestimmten Rechtsbegriffs "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgung" und des hieraus folgenden Drittschutzes ist ferner das in [§§ 72, 75 SGB V](#) zum Ausdruck kommende Leitbild der Versorgung durch niedergelassene Vertragsärzte bedeutsam. Der Vertragsarzt ist die zentrale Figur der Leistungsgewährung in der gesetzlichen Krankenversicherung (Wigge in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage, 2006, § 2 Rdn. 38 m.w.N. auf BSG, Urteil vom 17.01.1996 – [3 RK 26/94](#) –). Hierzu heißt es in der Begründung zum GKV-WSG unmissverständlich ([BT-Drs. 16/3100](#), 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 (Anm.: Unterstreichung durch Senat) 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".

Die Erbringung ambulanter Leistungen durch Dritte bleibt sonach eine Ausnahme und ist weiterhin nur in den gesetzlich geregelten Fällen zulässig (zur Krankenhausbehandlung vgl. [§ 39 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#)). Ausgehend hiervon ist zu erwarten, dass je stärker die Ausnahme von der Regel sein soll, umso deutlicher die Ausnahme formuliert wird. Hätte mithin der Gesetzgeber eine völlige Entkopplung der ambulanten Leistungserbringung durch Krankenhäuser von der vertragsärztlichen Versorgungssituation gewollt, hätte er jeglichen Bezug zur vertragsärztlichen Versorgung vermeiden müssen. Das Gegenteil ist – wie aufgezeigt – ausweislich der Gesetzesbegründung und des Wortlautes des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) der Fall.

Aus alledem hat der Senat die rechtliche Überzeugung gewonnen, dass [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) eine drittschützende Funktion hat.

(c) Vorliegend nimmt der Senat nicht nur einfachrechtlich sondern auch kraft Verfassungsrechts eine Drittanfechtungsberechtigung an. Die sich partiell von den Vorgaben des BVerfG im Beschluss vom 17.08.2004 – [1 BvR 378/00](#) – lösende Rechtsprechung des BSG zum Drittschutz konkurrierender Vertragsärzte (hierzu auch Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff.) steht dem nicht entgegen, denn sie kann nicht abschließend sein. Dies gilt schon deswegen, weil

auch das BSG in seiner früheren Rechtsprechung im Falle einer willkürlichen Entscheidung aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) mittels des Rücksichtnahmegebots eine Anfechtungsberechtigung hergeleitet hat (hierzu BSG, Urteil vom 29.09.1999 – B 6 KA 30/96 R -). Der Drittschutz scheidet daher nicht an etwaigen "Vorrang"-Debatten (zutreffend Pitschas in GesR 2010, 513, 518; vgl. auch Meschke in jurisPR-MedizinR 2/2009 Anm. 5; ders. in Bäune/Meschke/Rothfuß, Zulassungsverordnung für Ärzte, 2008, § 16b Rdn. 40 f.; Barth in MedR 2010, 209 f.; vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 30.03.2011 – [L 11 KA 98/10 B ER](#) -, 23.03.2011 – [L 11 KA 97/10 B ER/L 11 KA 22/11 B ER](#) - und 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) -). Eine solche Rechtsprechung wird vielerlei Fallgestaltungen nicht gerecht (so im Ergebnis auch LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 – [L 1 KR 94/10 B ER](#) -; SG Dresden, Urteil vom 27.10.2010 – [S 18 KR 312/10](#) -; SG Hannover, Beschluss vom 24.08.2010 – S 61 KA 351/10 ER -). Schon die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine nach der Rechtsprechung des BSG an sich ausgeschlossene Anfechtungsberechtigung unter Willkürgesichtspunkten ausnahmsweise doch gegeben ist (hierzu BSG, Urteil vom 07.02.2007 – [B 6 KA 8/06 R](#) -; betreffend Zweigpraxisgenehmigung offengelassen von BSG, Urteil vom 28.10.2009 – [B 6 KA 42/08 R](#) -), bedarf der rechtlichen Klärung (hierzu Senat, Beschlüsse vom 23.10.2010 – L 11 B 71/10 KA ER -, 17.05.2010 – [L 11 B 14/09 KA ER](#) -); außerdem wird eine Anfechtungsberechtigung in weiteren Sondersituationen anerkannt (zur Drittanfechtung einer Dialyse-zweigpraxisgenehmigung vgl. Senat, Beschluss vom 16.03.2011 – [L 11 KA 96/10 B ER](#) -, LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.12.2009 – [L 5 KA 2164/08](#) -, LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10.05.2004 – [L 4 B 8/04 KA ER](#) -). Aus dem Fehlen eines Vorrang-Nachrang-Verhältnisses kann mithin entgegen einer gelegentlich im Schrifttum geäußerten Auffassung (z.B. Quaas in f&w 2010, 412, 416) nicht hergeleitet werden, dass kein Drittschutz vermittelt wird (zutreffend SG Hannover, Beschluss vom 24.08.2010 – [S 61 KA 358/10 ER](#) -).

Die Grundrechtsbetroffenheit der vertragsärztlichen Leistungserbringer vermittelt Rechtsschutz. Die Teilnahme der Antragstellerin an der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung steht unter dem verfassungsrechtlich garantierten Schutz der Berufsfreiheit nach [Art. 12 Abs. 1 GG](#). Die Berufsfreiheit gewährleistet dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung. Sie konkretisiert das Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzerhaltung. Das Grundrecht schützt nicht nur die Freiheit der Berufswahl, sondern auch die freie Berufsausübung gegenüber Eingriffen der staatlichen Gewalt. Im Rahmen der bestehenden freiheitlichen Wirtschaftsverfassung erfasst der Schutzbereich der Berufsausübungsfreiheit als Teil der Unternehmer- bzw. Gewerbefreiheit auch das Recht zur Teilnahme am Wettbewerb. Eingriffe in die durch [Art. 12 Abs. 1 GG](#) geschützte Berufsfreiheit sind nur zulässig, wenn sie durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt sind und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.12.2010 – [1 BvR 1287/08](#) -). Allerdings gewährt das Grundrecht keinen Schutz vor wirtschaftlicher Konkurrenz, wie sie jedem Wettbewerb immanent ist (Senat, Urteil vom 27.10.2010 – L [11 \(10\) KA 14/07](#) -, Beschlüsse vom 28.12.2010 – [L 11 KA 60/10 B ER](#) - und 23.12.2010 – [L 11 KA 54/10 B ER](#) -). Demgemäß haben Marktteilnehmer regelmäßig

keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben (BVerfG, Beschlüsse vom 04.02.2010 – [1 BvR 2514/09](#) – und 13.06.2006 – [1 BvR 1160/03](#) -), insbesondere nicht darauf, dass Konkurrenten vom Markt fernbleiben (Senat, Beschlüsse vom 28.12.2010 – [L 11 KA 60/10 B ER](#) – und 23.12.2010 – [L 11 KA 54/10 B ER](#) -). Das Hinzutreten von Mitwettbewerbern ist deshalb ungeachtet der damit verbundenen wirtschaftlichen Risiken für die bereits am Markt präsenten Wettbewerbsteilnehmer hinzunehmen. Die Vertragsärzte haben aufgrund ihres Zulassungsstatus auch keinen Rechtsanspruch auf die Sicherung einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit. Ihre Wettbewerbsposition und ihre Erträge unterliegen grundsätzlich dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen. So reicht die Schmälerung der Verdienstmöglichkeiten niedergelassener Vertragsärzte aus der budgetierten Gesamtvergütung infolge des Hinzutretens von Konkurrenten reicht allein nicht aus, um dem Vertragsarzt einen Abwehranspruch gegen die Ermächtigung von Krankenhausärzten oder die Zulassung weiterer niedergelassener Vertragsärzte zu vermitteln (BSG, Urteil vom 07.02.2007 – [B 6 KA 8/06 R](#) -). Gleichwohl kann eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die bei einem regulierten Marktzugang erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht (BVerfG, Beschlüsse vom 17.08.2004 – [1 BvR 378/00](#) – und 12.06.1990 – [1 BvR 355/86](#) -; vgl. auch Düring, Festschrift für Schnapp, 2008, Organisation und Verfahren im sozialen Rechtsstaat, Konkurrentenschutz im Vertragsarztrecht, S. 389 ff, 398; hierzu auch Rürup/Wille, Effizientere und leistungsfähigere Gesundheitsversorgung als Beitrag für eine tragfähige Finanzpolitik in Deutschland, 2009, S. 156). Dem kann zwar entgegengehalten werden, der vom Bundesverfassungsgericht in den Vordergrund gerückte "Zusammenhang mit staatlicher Planung und Verteilung der staatlichen Mittel" stelle mangels eines spezifischen Bezugs zum Schutzgut des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) weder ein plausibles noch für Auslegung und Anwendung des Gesetzes praktisch handhabbares Kriterium für die Abgrenzung zwischen bloßen Rechtsreflexen und wehrfähigen Rechtspositionen dar (so ansatzweise BSG a.a.O.). Diesem Ansatz mag zwar grundsätzlich zugestimmt werden können, indes gilt das nicht für [§ 116b Abs. 2 SGB V](#).

Mittels dieser Norm werden Vertragsärzte zu Adressaten staatlicher Kontingentierungs- und Verteilungsentscheidungen (vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 23.04.2009 – [1 BvR 3405/08](#) -). Die Regelung beeinträchtigt nicht allein die durch [Art. 12 Abs. 1](#) und 14 Abs. 1 GG geschützte Berufs-, Eigentums- sowie Wettbewerbsfreiheit niedergelassener Ärzte, sondern überdies deren Wettbewerbsgleichheit mit den Krankenhäusern angesichts der ihnen durch [Art. 3 Abs. 1 GG](#) i.V.m. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gewährleisteten Berufsausübungsfreiheit. Tatsächlich sehen sich Vertragsärzte zahlreichen legitimen und notwendigen Einschränkungen ihrer Berufsfreiheit ausgesetzt, insbesondere durch die Beschränkung ihres Leistungsspektrums auf die im EBM und der Richtlinie des GBA zu Untersuchungs- und Behandlungsmethoden der vertragsärztlichen Versorgung aufgeführten ambulanten Leistungen unter gleichzeitiger Bindung an die Grenzen ihres Versorgungsbereichs und des Fachgebiets nach Maßgabe des [§ 73 Abs. 1](#), 1a und 2 SGB V sowie des [§ 87 Abs. 2a SGB V](#) (dazu BVerfG, Beschluss vom 17.06.1999

- [1 BvR 2507/97](#) -, vgl. auch BSG, Urteil vom 28.10.2009 - [B 6 KA 22/08 R](#) -). Innerhalb dieser Inhalts- und Schrankenbestimmungen müssen sie sich gleichwohl der Konkurrenz anderer Ärzte stellen, ohne dass darin ein Eingriff in den Schutzbereich des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) läge. Die Grundrechtsrelevanz dieser Rahmenbedingungen im Wettbewerb kommt erst dann zum Tragen, wenn der Wettbewerb für Konkurrenten freigegeben wird, welche diesen Beschränkungen nicht unterworfen sind (vgl. auch Rürup/Wille, a.a.O., S. 156), während die engen gesetzlichen Vorgaben den Vertragsärzten die Möglichkeit versagen, auf die veränderten Bedingungen durch eine Verschiebung ihres Tätigkeitsspektrums zu reagieren. Insbesondere bei einem regulierten Marktzugang können insofern auch Einzelentscheidungen, die das erzielbare Entgelt beeinflussen, die Freiheit der Berufsausübung beeinträchtigen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 23.04.2009 - [1 BvR 3405/08](#) - und 17.08.2004 - [1 BvR 378/00](#) -). Insofern ist allerdings nicht primär der Schutzbereich des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) tangiert. Vielmehr handelt es sich in erster Linie um ein Problem der von [Art. 3 Abs. 1 GG](#) geschützten Gleichbehandlung im berufsbezogenen Kontext. Demzufolge ist der Schutzbereich des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) i.V.m. dem allgemeinen Gleichheitssatz des [Art. 3 Abs. 1 GG](#) eröffnet, um der Antragstellerin die gleichberechtigte Teilnahme an einem von Verzerrungen freien Wettbewerb zu ermöglichen. Daher geht es nicht in erster Linie um Wettbewerbsfreiheit, sondern um Wettbewerbsgleichheit (SG Dresden, Urteil vom 27.10.2010 - [S 18 KR 312/10](#) -).

Eine auch für die Auslegung und Anwendung des [§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) beachtliche Grundrechtsbetroffenheit kann sich unter dem Gesichtspunkt des allgemeinen Gleichheitssatzes daher nur ergeben, wenn insofern auch die wettbewerbsrelevante Berufsausübung über den bloßen Konkurrenzdruck hinaus in qualifizierter Weise betroffen ist. Die Annahme einer Grundrechtsbeeinträchtigung wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass die von der Antragstellerin befürchteten Nachteile keine unmittelbare Folge der auf [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) gestützten Bestimmung der Antragsgegnerin sind. Zwar entfaltet die Bestimmung nur mittelbare Wirkungen, indem die möglichen wirtschaftlichen Nachteile für die Antragstellerin allein auf dem autonomen Verhalten Dritter beruhen, nämlich dem der Beigeladenen zu 1), der von ihr auf Grundlage der Bestimmung behandelten Patienten und der diese an die Beigeladene zu 1) überweisenden Ärzte. Unter Berücksichtigung der Schutzfunktion des jeweiligen Grundrechts kann jedoch - je nach Art und Ausmaß - auch eine tatsächliche Betroffenheit des Grundrechtsträgers einen Grundrechtseingriff bedeuten. Der Grundrechtsschutz ist nicht auf unmittelbare Eingriffe beschränkt. [Art. 12 Abs. 1 GG](#) vermittelt Schutz auch gegenüber solchen Normen oder Akten, die sich zwar nicht unmittelbar auf die Berufstätigkeit beziehen, mit ihr jedoch in einem engen Zusammenhang stehen und eine objektiv berufsregelnde Tendenz haben (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 24.11.2010 - [1 BvF 2/05](#) -, 08.04.1997 - [1 BvR 48/94](#) -, 30.10.1961 - [1 BvR 833/59](#) -). So wird ein Eingriff in die Wettbewerbsfreiheit angenommen, wenn der Staat durch die einseitige Subventionierung eines Konkurrenten die Wettbewerbslage verzerrt und die wirtschaftliche Stellung des nicht begünstigten Unternehmers in unerträglichem Maße und unzumutbar schädigt (BVerwG, Urteil vom 30.08.1968 - [VII C 122.66](#) -). Andererseits muss ein Unternehmer stets die Dynamik der seine Erwerbstätigkeit maßgeblich beeinflussenden gesellschaftlichen

Rahmenbedingungen in Rechnung stellen. So beinhalten beispielsweise die staatliche Konzessionierung eines neuen Konkurrenten oder das Hinzutreten des Staates als Konkurrent lediglich eine weitgehend systemimmanente Verschärfung des marktwirtschaftlichen Konkurrenzdrucks. Anderes gilt allerdings dann, wenn der Staat Rahmenbedingungen zielgerichtet verändert, um zu Lasten bestimmter Unternehmen einen im öffentlichen Interesse erwünschten Erfolg herbeizuführen. Solche Maßnahmen haben eine andere rechtliche Qualität. Im Gegensatz zu einer Veränderung sozialer Bedingungen als bloßer Reflex staatlicher Maßnahmen handelte es sich hier um "grundrechtsspezifische" Maßnahmen. Im Rahmen von [Art. 12 Abs. 1 GG](#) sind das Maßnahmen, die eindeutig auf einen auf Seiten des Unternehmens eintretenden nachteiligen Effekt abzielen und diesen Effekt nicht lediglich als Begleiterscheinung mit sich bringen. Der Grundrechtsschutz der unternehmerischen Betätigungsfreiheit kann sich mithin ausnahmsweise auf die Veränderung von Erwerbsbedingungen erstrecken, wenn und soweit diese staatlicherseits final und grundrechtsspezifisch erfolgt. Ein anderes Ergebnis wäre mit dem Schutzzweck des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) nicht vereinbar, weil es dem Staat erlauben würde, ohne Beachtung grundrechtlicher Schutzbedingungen unternehmerisches Verhalten zu steuern und die unternehmerische Dispositions- und Betätigungsfreiheit ein-zuschränken und womöglich auszuhöhlen (vgl. BVerwG, Urteil vom 18.04.1985 - [3 C 34.84](#) -).

Der Gesetzgeber hat mit der Öffnung der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung final gestaltend in die Wettbewerbsstrukturen der bislang im Wesentlichen dem vertragsärztlichen Sektor vorbehaltenen ambulanten Versorgung gesetzlich Versicherter eingegriffen. Der potentiell drittschützende Gehalt des [§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) verdichtet sich dann zu einem subjektiven Recht der mittelbar betroffenen Vertragsärzte, wenn sich ein Verstoß gegen das objektiv-rechtliche Gebot der Rücksichtnahme auf die vertragsärztliche Versorgung in qualifizierter und individualisierter Weise, die über eine bloße Verschärfung des Konkurrenzdruckes hinausgeht, auf die Berufsausübung der im Einzugsbereich des Krankenhauses die gleichen Leistungen erbringenden Vertragsärzte auswirkt. Danach ist es für die potentiell drittschützende Wirkung einer Norm weder erforderlich, dass diese in ihrer vollen Reichweite auch dem Schutz individueller Interessen zu dienen bestimmt ist, noch dass sie den geschützten Personenkreis räumlich abgrenzt, solange er sich nur von der Allgemeinheit abgrenzen lässt (vgl. BVerwG, Urteile vom 25.02.1977 - [IV C 22.75](#) - und 19.09.1986 - [4 C 8/84](#) -). Letzteres ist hier mit der Eingrenzung des Rücksichtnahmegebots auf die "vertragsärztliche Versorgungssituation" und damit auf die im Einzugsbereich des Krankenhauses die gleichen Leistungen erbringenden Vertragsärzte der Fall. Eine Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse ist (insbesondere) dann zu besorgen, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist. Fehlt es hieran, so realisiert sich in dem Marktzutritt lediglich ein dem jeweiligen Markt bereits immanentes Wettbewerbsrisiko (BVerfG, Beschluss vom 23.04.2009 - [1 BvR 3405/08](#) -). Möglicherweise sieht sich der Grundrechtseingriff letztlich durch Gemeinwohlerwägungen zum Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter gerechtfertigt, was wiederum von den der Bestimmung zu Grunde zu legenden und noch zu ermittelnden Tatsachen sowie der hierauf aufbauenden Abwägungsentscheidung

abhängt. Doch ergeben sich zumindest aus der Reichweite der gleichheitsdirigierten Berufsausübungsfreiheit in Verbindung mit der "Berücksichtigungsklausel" in [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) prozessuale Beteiligungs- und Mitwirkungsrechte der Vertragsärzteschaft als Widerspiegelung grundrechtlich geforderter Kontrolle durch Rechtsschutz. Denn die unmittelbare Zulassung von Krankenhäusern zur ambulanten Leistungserbringung entfaltet eine asymmetrische Wettbewerbssituation mit der Folge berufsgestaltender Auswirkungen auf die vertragsärztliche Versorgung, die gemessen an [Art. 12 Abs. 1](#) i.V.m. [Art. 3 Abs. 1 GG](#) und dem daraus fließenden Rechtsschutzversprechen ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) nachprüfbar sein sollten. Den Maßstab hierfür bietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die "vertragsärztliche Versorgungssituation" zu "berücksichtigen" meint sonach, bei der Anwendung des [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) die freiheitsrechtlichen Einbußen für den betroffenen Vertragsarzt zu erkennen, d.h. in ihren prozessrechtlichen Konsequenzen zu würdigen. Der mittelbare Grundrechtseingriff bedingt die notwendige Beteiligung der Vertragsärzte an Verfahren zu [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) mit der Rechtsfolge ihres prozessualen Drittschutzes (vgl. Pitschas, a.a.O., 517). Zutreffend haben deshalb das SG Dresden, das SG Hannover, das LSG Sachsen und das LSG Niedersachsen-Bremen ergänzend zu der noch nicht voll entfalteten "Vorrangs"-Perspektive in der Rechtsprechung des BSG die Anfechtungsbefugnis (dritt)betreffender Vertragsärzte bejaht (so nunmehr auch der Senat, Beschlüsse vom 09.02.2011 - [L 11 KA 91/10 B ER](#) -, 16.03.2011 - [L 11 KA 96/10 B ER](#) -, 23.03.2011 - [L 11 KA 97/10 B ER](#) - und 13.04.2011 - [L 11 KA 109/10 B ER](#) -). Der Antragsgegner ist infolgedessen nicht nur allgemein verpflichtet, vielmehr haben die vertragsärztlichen Konkurrenten ein eigenes Recht darauf, dass der Antragsgegner vor der Bestimmung der Beigeladenen zu 1) die Interessen und die individuelle Betroffenheit derjenigen Ärzte analysiert, in die Abwägung einbezieht und erkennbar gewichtet, die im voraussichtlichen ambulanten Einzugsbereich der Beigeladenen zu 1) die gleichen Leistungen erbringen (vgl. Henke in Peters, a.a.O., § 116b Rdn. 2: "sorgfältige Analyse").

In tatsächlicher Hinsicht resultiert hieraus für Ärzte, die für sich infolge eines rechtlichen "Vorsprungs" Drittschutz in Anspruch nehmen, die Obliegenheit, die eigene Situation so konkret zu beschreiben, dass sich daraus für die Bestimmungsbehörde die nicht fernliegende Möglichkeit der Gefährdung ihrer vertragsärztlichen Tätigkeit ableiten lässt (LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - [L 1 KR 94/10 B ER](#) -). Diesen Anforderungen genügt das Vorbringen der Antragstellerin - wie dargestellt - jedenfalls im einstweiligen Anordnungsverfahren.

5.

Soweit die Antragstellerin rügt, das SG habe gegen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs verstoßen, indem es ihr keine Möglichkeit gegeben habe, auf den Schriftsatz der Beigeladenen zu 1) vom 20.08.2010 zu erwidern, tritt der Senat dem bei. Mit diesem Schriftsatz (Beschwerdeerwiderung) hat die Beigeladene zu 1) einen Sachantrag gestellt und diesen in einem Umfang von sieben Seiten mit dem Antragsvorbringen gegenläufigen Argumenten begründet. Aus welchem Grund das SG der Antragstellerin nicht die Möglichkeit eingeräumt hat, hierzu Stellung zu nehmen, ihr diesen Schriftsatz vielmehr zusammen mit dem angefochtenen

Beschluss vom 26.08.2010 zugestellt hat, erschließt sich nicht. Dies gilt umso mehr, als die Antragstellerin keinerlei Interesse daran hatte, das Verfahren zu verzögern. Von einer Zurückverweisung an das SG nach [§ 159 SGG](#) (analog) ist angesichts des Zeitablaufs abzusehen.

6.

Nach alledem musste die Beschwerde im tenorierten Umfang Erfolg haben. Soweit der Senat die Beschwerde "im Übrigen" zurückgewiesen hat, beruht dies auf der Fassung der Anträge. Die der Beigeladenen zu 1) eingeräumte Karenzzeit sieht der Senat im Interesse der Patienten als geboten aber auch ausreichend an, um begonnene Behandlungen abschließen zu können.

III.

1. Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf [§ 52 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Der Antragstellerin ging es im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht darum, eine eigene Rechtsposition zu erlangen, vielmehr war ihr Begehren darauf gerichtet, die der Beigeladenen zu 1) günstige Entscheidung Bestimmungsbehörde auf sofortige Vollziehung des Bestimmungsbescheides zu beseitigen. Dieses Begehren hat defensiven Charakter (vgl. Senat, Beschluss vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) -). Maßgebend für die Streitwertbestimmung ist das dem Begehren zu Grunde liegende wirtschaftliche Interesse des Klägers. Dieses ist bei einer defensiven Konkurrentenklage vielfach kaum zu beziffern. Demzufolge kann auf die Kriterien des [§ 52 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG) zurückgegriffen werden. Hiernach ist ein Streitwert von 5.000,00 EUR anzunehmen, wenn der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts keine genügenden Anhaltspunkte bietet. Da die Bedeutung des Antrags erkennbar über diesem Wert liegt, ist der Streitwert angemessen zu erhöhen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 27.07.2005 – [L 10 B 14/05 KA](#) -; str. vgl. Hartmann, Kostengesetze, GKG, 38. Auflage, 2008, § 52 Rdn. 18 m.w.N.). In Anlehnung an den in Zulassungssachen für die Streitwertbestimmung zu Grunde zu legenden Zeitraum von drei Jahren (BSG, Beschluss vom 12.10.2005 – [B 6 KA 47/04 B](#) - und Urteil vom 01.09.2005 – [B 6 KA 41/04 R](#) -) ergäbe sich im Hauptsacheverfahren ein Streitwert von 12 Quartalen x 5.000,00 EUR = 60.000,00 EUR (vgl. auch Senat, Beschluss vom 23.12.2010 – [L 11 KA 95/10 B ER](#) -). Da für ein solches Hauptsacheverfahren – typisierend – grundsätzlich ein Zeitraum von drei Jahren anzusetzen ist, müsste vorliegend auch der im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes zu berücksichtigende Zeitfaktor auf drei Jahre bemessen werden. Das damit verbundene Kostenrisiko erachtet der Senat wegen [Art. 19 Abs. 4 GG](#) grundsätzlich als nicht mehr vertretbar (vgl. BVerfG [NJW 1997, 311](#)). Aus diesem Grunde hat der Senat in Beschwerdeverfahren betreffend defensive Konkurrentenklagen als Zeitfaktor ein Jahr angesetzt (vgl. Senat, Beschluss vom 16.06.2009 – [L 11 B 3/09 KA](#) -). Hieraus würde ein Streitwert von 20.000,00 EUR resultieren (vgl. auch Senat, Beschlüsse vom 09.02.2011 – [L 11 KA 91/10 B ER](#) - und 23.03.2011 – [L 11 KA 97/10 B ER](#) -). Der Senat hat seine Rechtsprechung zur Streitwertfestsetzung in Verfahren defensiven Konkurrentenschutzes im Beschluss vom 13.04.2011 – [L 11 KA 109/10 B ER](#) - modifiziert. Grundsätzlich verbleibt aus

den o.g. Gründen in defensiven Konkurrentenverfahren bei einer Streitwertfestsetzung in Höhe von 60.000,00 EUR (Hauptsachverfahren) bzw. 20.000,00 EUR (Beschwerdeverfahren). Geht es um Bestimmungsbescheide nach [§ 116b Abs. 2 SGB V](#) ist dieser Wert indessen augenscheinlich zu gering. Angesichts der von den Beteiligten in den vor dem Senat bislang anhängig gemachten Verfahren jeweils benannten Umsatzeinbußen und des hierin näherungsweise zum Ausdruck kommenden wirtschaftlichen Interesses, ist es ausgehend vom Auffangstreitwert ([§ 52 Abs. 2 GKG](#)) nunmehr geboten, den Streitwert angemessen – ohne Abschlag – auf 60.000,00 EUR zu erhöhen.

2. Die Kostenentscheidung folgt für den Antragsgegner aus [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#) und für die Beigeladene zu 1) aus [§ 154 Abs. 1 und Abs. 3 VwGO](#). Die Antragstellerin war nicht mit Kosten zu belasten ([§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO](#))

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Erstellt am: 07.06.2011

Zuletzt verändert am: 07.06.2011