

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen

Beschluss vom 09.02.2011 (rechtskräftig)

Sozialgericht Duisburg S 19 KA 16/10 ER

Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen L 11 KA 91/10 B ER

Auf die Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss des Sozialgerichts Duisburg vom 09.08.2010 abgeändert. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung des Bestimmungsbescheids vom 10.12.2009 durch Anordnungsbescheid vom 02.06.2010 wird mit der Maßgabe aufgehoben, dass die Beigeladene zu 3) berechtigt bleibt, auf der Grundlage des Bestimmungsbescheids vor dem 10.02.2011 begonnene ambulante Behandlungen bis zum 31.10.2011 durchzuführen. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 20.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin betreibt eine aus zwei Gesellschaftern bestehende, zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassene onkologisch-hämatologische Schwerpunktpraxis im Bereich E. Beide Gesellschafter sind onkologisch verantwortliche Ärzte im Sinne der Onkologievereinbarung 2009.

Auf Antrag vom 19.07.2007 wurde die Beigeladene zu 3) mit Bestimmungsbescheid vom 10.12.2009 gemäß § 116b 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 zur ambulanten Diagnostik und Versorgung von Patienten mit onkologischen Erkrankungen (Gastrointestinale Tumore und Tumore der Bauchhöhle, Gynäkologische Tumore, Hauttumore, Kopf- und Halstumore, Tumore der Lunge und des Thorax, Tumore des lymphatischen, blutbildenden Gewebes und schwere Erkrankungen der Blutbildung und Urologische Tumore) bestimmt. Auf den Widerspruch der Antragstellerin vom 17.03.2010 bestätigte die Antragsgegnerin unter dem 19.05.2010 die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs. Mit Bescheid vom 02.06.2010 ordnete die Antragsgegnerin die sofortige Vollziehung des Bestimmungsbescheides vom 10.12.2009 an.

Mit am 25.06.2010 beim Sozialgericht (SG) Düsseldorf

eingegangenem Schriftsatz hat die Antragstellerin um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Sie hat geltend gemacht: Ihre beiden Gesellschafter partizipierten bislang an wöchentlich vier Tumorkonferenzen, teils auch in Betriebsstätten, für die die Beigeladene zu 3) die Bestimmung beantragt habe. Ihr Gesellschafter Dr. T sei stellvertretender Leiter des Onkologischen Zentrums E. Sie - die Antragstellerin - sei Kernleistungserbringerin im Brustzentrum S und eingebunden in die Leitung des Gynäkologischen Krebszentrums O. An einer optimalen Versorgung der Versicherten unter Berücksichtigung der vorhandenen Krankenhäuser und optimalem Informationsaustausch innerhalb der einzelnen Behandlungsschritte könne danach kein ernsthafter Zweifel bestehen. Die Betriebsteile der Beigeladenen zu 3) verfügten weder über einen stationären Versorgungsauftrag für die beantragten onkologischen Erkrankungen noch seien Komplementärabteilungen (etwa Neurochirurgie, Mund-, Kiefer-, Gesichtschirurgie oder Strahlentherapie) vorhanden. Insbesondere fehlten Fachabteilungen für HNO-Erkrankungen, Thoraxchirurgie und Pneumologie. Soweit überhaupt eine onkologische Kompetenz in den Betriebsteilen vorhanden sei, beschränke sich diese ausweislich der vorgelegten Fallzahlen auf den Bereich der Hämatologie bzw. Senologie. Die mangelnde Eignung werde dadurch belegt, dass die jeweiligen Fachdisziplinen fachärztlich am Krankenhaus nicht vorhanden seien. Exemplarisch sei auf die Behandlung von Tumoren der Lunge und des Thorax zu verweisen. Hierzu werde im Antrag zwar das Vorhandensein einer Fachabteilung internistische Hämatologie und Onkologie angegeben, allerdings fehle es sowohl an einem Facharzt für Innere Medizin mit Schwerpunkt Pneumologie als auch an einem Facharzt für Thoraxchirurgie oder Kardiochirurgie. Die sonstigen Leistungsbereiche belegten, dass die Beigeladene zu 3) die ständig benötigten Disziplinen (Radiologie, Nuklearmedizin, Strahlentherapie) nicht vorhalte. Schließlich seien die angegebenen Arztstellen in der die Leitung übernehmenden Abteilung im Wesentlichen mit Assistenzärzten besetzt. Erklärungsbedürftig sei, weshalb die sich regelmäßig in der Weiterbildung befindenden und sukzessiv ausgetauschten Assistenzärzte in der Lage sein sollen, die beantragten hochspezialisierten Leistungen auf dem Niveau der vertragsärztlichen Versorgung erbringen zu können. Sie - die Antragstellerin - sei anfechtungsberechtigt, da mittels des Bestimmungsbescheids in ihre Rechte eingegriffen werde (wird ausgeführt). Der Bestimmungsbescheid sei willkürlich fehlerhaft begründet und die angeordnete sofortige Vollziehung unzureichend begründet (wird ausgeführt). Verfahrensrechtlich handele es sich um eine Streitigkeit des Vertragsarztrechts und nicht um eine solche der Krankenversicherung.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. festzustellen, dass der Widerspruch der Antragstellerin vom 17.03.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2009 aufschiebende Wirkung hat, hilfsweise die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin vom 17.03.2010 gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2009 wiederherzustellen, soweit durch Bescheid vom 02.06.2010 die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 10.12.2009 angeordnet worden ist,

2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

Antrag und Hilfsantrag abzulehnen.

Der Bestimmungsbescheid vom 10.12.2009 sei rechtmäßig. Das besondere öffentliche Interesse an der Umsetzung der weiteren Öffnung der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung lasse das Interesse des Antragstellers an der aufschiebenden Wirkung zurückstehen. Die sofortige Vollziehung sei ausreichend begründet worden (wird ausgeführt). Der Bescheid sei materiell rechtmäßig. Das fragliche Krankenhaus sei fachlich geeignet (wird ausgeführt). Die vertragsärztliche Versorgungssituation sei berücksichtigt worden (wird ausgeführt).

Das SG Düsseldorf hat sich für unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das SG Duisburg verwiesen (Beschluss vom 05.08.2010). Dieses hat den einstweiligen Rechtsschutzantrag am 09.08.2010 "zurückgewiesen". Der Hauptantrag sei unbegründet, denn die Anordnung der sofortigen Vollziehung erfasse den Bestimmungsbescheid insgesamt. Hinsichtlich des Hilfsantrags sei festzuhalten, dass bei der gebotenen summarischen Prüfung eine offensichtliche Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides nicht gegeben sei und ein nachvollziehbares Vollzugsinteresse bestehe.

Diese Entscheidung greift die Antragstellerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens mit der Beschwerde an. Am 12.08.2010 sei ein Widerspruchsbescheid ergangen, den sie zum Az. S 8 KR 686/10 beim SG Düsseldorf beklagt habe. Ihre Anfechtungsberechtigung sei einfachrechtlich und grundrechtlich gegeben (wird ausgeführt).

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des SG Duisburg vom 09.08.2010 abzuändern und festzustellen, dass ihre Klage gegen den Bescheid der

Antragsgegnerin vom 10.12.2009 aufschiebende Wirkung hat, hilfsweise die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 10.12.2009 wiederherzustellen, soweit durch Bescheid vom 02.06.2010 die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 10.12.2009 angeordnet worden ist.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie meint, 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 sei angestrebt worden. 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 vom 02.06.2010 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 das zu 3) beigeflagte 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,

den Beschluss des SG Duisburg vom 09.08.2010 abzuändern und die aufschiebenden Wirkung der Klage anzuordnen.

Die Beigeladene zu 1) trägt vor: Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei unzureichend begründet worden, denn insoweit fehle es an dem für den Sofortvollzug notwendigen "Mehr" gegenüber der eigentlichen Bescheiderteilung. Die Antragstellerin sei angesichts des drittschützenden Charakters des § 116b Abs. 2 SGB V klagebefugt. Die Klage sei in der Hauptsache begründet. Die Antragstellerin habe ihre qualifizierte und individualisierte Betroffenheit hinreichend dargelegt. Führe die Patientenabwanderung dazu, dass die nach der Onkologievereinbarung notwendige Mindestmenge an Patienten mit onkologisch spezifischer Behandlungsbedürftigkeit unterschritten werde, so drohe der Verlust des Status als onkologisch

qualifizierte Ärzte. Damit würde der Antragstellerin die wirtschaftliche Grundlage entzogen. Die Antragsgegnerin habe im angefochtenen Bescheid zudem die vertragsärztliche Versorgungssituation nicht berücksichtigt. Sie hätte auch Bedarfsgesichtspunkte berücksichtigen müssen. Daran fehle es schon deswegen, weil die Beigeladene zu 3) genau die dem Angebotsspektrum der niedergelassenen Vertragsärzte entsprechenden Leistungen erbringen wolle. Die Versorgung sei auch an Wochenenden und Feiertagen sichergestellt. In Notfällen sei eine taggleiche Versorgung üblich; für dringende Indikationen betrage die Wartezeit weniger als fünf Werkzeuge. Die Beigeladene zu 3) sei im Übrigen nicht geeignet i.S.d. § 116b Abs. 2 SGB V. Ausweislich der Krankenhausdatenbank Nordrhein-Westfalen (NRW) verfüge sie nicht über eine pneumologische Abteilung. Ferner fehlten Fachabteilungen für Onkologie sowie Strahlentherapie. Schließlich sei nicht nachgewiesen, dass die für die Beigeladene zu 3) tätigen Ärzte die notwendige fachliche Qualifikation hätten.

Die Beigeladene zu 3) beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie trägt vor: Auf der Grundlage des Bescheides vom 10.12.2009 erbringe sie nicht nur Leistungen zur ambulanten Diagnostik und Versorgung von Patienten. Sie habe auch einen eigenen Patientenstamm etabliert und infolge der Zulassung erhebliche organisatorische, finanzielle und personelle Dispositionen getroffen (wird ausgeführt). Folge einer Entscheidung im Sinne der Antragstellerin wäre die vollständige Einstellung der von ihr auf der Grundlage des Bestimmungsbescheides erbrachten hochspezialisierten Leistungen. Für die Patienten bedeute dies den Verlust ihres vertrauten Leistungserbringers und damit unweigerlich eine erhebliche Verschlechterung der Versorgungssituation. Die Drittinteressen der Antragstellerin seien unklar. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt; der Antrag sei unzulässig. Einen transsektoralen Konkurrentenwiderspruch sehe das Gesetz nicht vor (wird ausgeführt). Zudem fehle es am Rechtsschutzbedürfnis. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei formell und materiell rechtmäßig. Das Interesse an der sofortigen Vollziehung ergebe sich vor allem daraus, dass sie - die Beigeladene zu 3) - bereits Patienten behandelt habe und eine Weiterbehandlung bei einer Entscheidung i.S.d. Antragstellerin nicht möglich sei. Die über den Erlass des Verwaltungsaktes hinausgehenden besonderen Interessen seien im Anordnungsbescheid wiedergegeben. Ein besonderes Klarstellungsinteresse des Bescheidadressaten bestehe nicht, da der Bescheid vom 10.12.2009 weder formell noch

materiell rechtswidrig sei (wird ausgeführt). Das Vollzugsinteresse überwiege angesichts der getätigten organisatorischen, finanziellen und personellen Dispositionen. Zudem entspreche es dem Willen des Gesetzgebers, mit der Öffnung der Sektorengrenzen einen weiteren Zugang der Krankenhäuser für die ambulante Versorgung zu ermöglichen. Gegenläufige Individualinteressen seien nicht ersichtlich. Die Antragstellerin behaupte unsubstantiiert, dass es eine Patientenkongruenz in einem Volumen von rund 90 % gebe. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung des Widerspruchsbescheides würde faktisch zu einer vorübergehenden Entziehung der Zulassung führen (wird ausgeführt).

Die übrigen Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der Gerichtsakte, die beigezogene Streitakte S 8 KR 686/10 und den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin.

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 Antragsgegnerin angeordnete sofortige Vollziehung des Bestimmungsbescheides vom 10.12.2009 ist nicht gesetzmäßig.

1.

Der erkennende Senat ist zuständig.

a) 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).

b) Die §§ 10 Abs. 2, 31 Abs. 2 SGG begründen eine Spezialzuständigkeit für Streitigkeiten, die materiell dem Krankenversicherungsrecht i.S.d. SGB V zuzuordnen sind, aber die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten betreffen (Senat, Urteil vom 11.11.2009 - L 11 KA 101/06 - Revision anhängig zu B 6 KA 25/10 R; Beschluss vom 27.06.2006 - L 11 B

30/06 KA ER -; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.07.2004 - L 10 B 6/04 KA ER -). Eine solche Streitigkeit liegt zur rechtlichen Überzeugung des Senats vor, wie nachfolgend darzustellen sein wird. Die Frage ist in der Rechtsprechung höchst umstritten und im Hinblick auf den gesetzlichen Richter von hoher Bedeutung. So nimmt der 3. Senat des BSG an, Streitverfahren gemäß § 116b Abs. 2 SGB V seien solche der Sozialversicherung nach § 10 Abs. 1 Satz 1 SGG (Beschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B -, Urteil vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R -). Im Ergebnis dürfte dem der 1. Senat des BSG beitreten, wengleich dies bislang - soweit ersichtlich - nicht expressis verbis formuliert wurde (vgl. Beschluss vom 18.11.2009 - B 1 KR 74/08 B -). Dem folgen das LSG Niedersachsen-Bremen (Beschlüsse vom 01.11.2010 - L 4 KR 468/10 B ER - und 25.05.2009 - L 4 KR 116/09 B ER -), das LSG Sachsen (Beschluss vom 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 B ER -) sowie das SG Dresden (Urteil vom 27.10.2010 - S 18 KR 312/10 -). Hingegen ist der 6. Senat des BSG der Auffassung, es handele sich bei Bestimmungsverfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V um solche des Vertragsarztrechts (Urteil vom 06.05.2009 - B 6 A 1/08 R -); dem folgen das SG Hannover (Beschluss vom 24.08.2010 - S 61 KA 358/10 ER -, nachfolgend allerdings LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 01.11.2010 - L 4 KR 468/10 B ER -) und das LSG Hamburg (Beschluss vom 11.02.2008 - L 2 B 485/07 ER KA -, wengleich ohne Begründung), das LSG Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 12.04.2010 - L 17 SF 51/10 - obiter dictum) sowie das SG Duisburg (Beschluss vom 19.08.2010 - S 19 KA 14/10 ER -, Beschwerdeverfahren vor dem Senat anhängig zum Az. L 11 KA 109/10 B ER), das SG Dresden (Beschluss vom 18.05.2010 - S 18 KA 10/10 ER -) und das SG Kiel (Beschluss vom 16.01.2009 - S 15 KA 60/08 ER -). Das LSG Sachsen (a.a.O.) hat die Auffassung, für derartige Streitverfahren seien Spruchkörper der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG) zuständig, am bislang ausführlichsten u.a. wie folgt begründet:

Aus § 10 Abs. 2 SGG ergibt sich, dass dem Vertragsarztrecht mit der sich aus § 12 Abs. 3 SGG ergebenden Besetzung der Richterbank nur solche Streitverfahren zuzuordnen sind, die Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten, Psychotherapeuten sowie Vertragszahnärzten einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände betreffen. Hier geht es aber um die Rechtsbeziehung zwischen einem Krankenhausträger und der nach Landesrecht zuständigen Behörde für die Entscheidung nach § 116b Abs. 2 SGB V. Soweit der Antragsteller als Vertragsarzt sich gegen den Freistaat Sachsen, vertreten durch das Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz, als Antragsgegner sowie mittelbar gegen den von dessen Entscheidung begünstigten Krankenhausträger, die Beigeladene zu 1, wendet, nimmt er nicht Bezug auf eine

Rechtsbeziehung im Sinne des § 10 Abs. 2 SGG, sondern wendet sich seinerseits gegen ein Rechtsverhältnis, das dem Vertragsarztrecht nicht zuzuordnen ist. Allein der Umstand, dass der Antragsteller ein Vertragsarzt ist, macht den Rechtsstreit nicht zu einer Angelegenheit des Vertragsarztrechts. Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass die Auslegung und Anwendung des § 116b Abs. 2 SGB V ganz erhebliche Auswirkungen auf das Vertragsarztsystem haben kann. § 10 Abs. 2 SGG stellt nicht auf die Bedeutung eines Rechtsverhältnisses für das Vertragsarztsystem ab, sondern auf konkrete Rechtsbeziehungen zwischen den dort genannten Rechtsträgern und wählt damit einen förmlichen Anknüpfungspunkt. Dem Vertragsarztrecht zuzuordnende Streitigkeiten können daher nur solche Streitigkeiten sein, die in Rechtsbeziehungen zwischen den in § 10 Abs. 2 SGG genannten Rechtsträgern wurzeln. Dazu gehören weder die Beigeladene zu 1 als Krankenhausträger noch der Antragsgegner. Anders verhielte es sich nur dann, wenn die Beigeladene zu 1 durch den Bestimmungsbescheid nach § 116b Abs. 2 SGB V ihrerseits in das vertragsärztliche System einbezogen würde. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Vielmehr wird durch § 116b Abs. 2 bis 5 SGB V parallel und in Konkurrenz zur vertragsärztlichen Versorgung eine ambulante Behandlung durch Krankenhäuser ermöglicht.

c) Dem vermag der erkennende Senat nicht beizutreten. Grammatikalische, systematische, historische und teleologische Auslegung führen gleichermaßen zum Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 SGG gegeben sind, es sich mithin um eine Streitigkeit des Vertragsarztrechts handelt.

aa) Primäres Auslegungskriterium für die Norminterpretation ist der Wortlaut. Die Grenze des möglichen Wortsinns ist auch die Grenze der Auslegung (Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, 2006, S. 47; vgl. auch BVerfG, Beschluss vom 20.10.1992 - 1 BvR 698/89 -). Bleibt der Wortsinn unklar, können weitere Auslegungsmethoden herangezogen werden, deren Ergebnisse wiederum nur in den Grenzen des Wortsinns liegen dürfen. Ein eindeutiger, ggf. durch Auslegung zu ermittelnder Wortlaut ist bindend (Senat, Urteile vom 20.03.1996 - L 11 Ka 132/95 - und 25.10.1995 - L 11 Ka 75/95 -). Für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers maßgebend, so wie er sich aus dem Wortlaut des Gesetzes und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen ermittelten Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können. Der Wille des Gesetzgebers kann bei der Auslegung nur insoweit berücksichtigt

werden, als er in dem Gesetz selbst einen hinreichend bestimmten Ausdruck gefunden hat (BVerfG, Beschluss vom 16.12.1981 - 1 BvR 898/79, 1 BvR 1132/79, 1 BvR 1150/79, 1 BvR 1333/79, 1 BvR 1181/79 -; Entscheidung vom 17.05.1960 - 2 BvL 11/59, 2 BvL 11/60 -). Nach Maßgabe dieser Auslegungsgrundsätze ergibt sich:

aa) Soweit der 3. Senat des BSG im Urteil vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R - davon ausgeht, der Begriff "Vertragsarztrecht" sei weder im SGG noch im SGB V definiert, vermag der erkennende Senat dem schon deswegen nicht zu folgen, weil diese Prämisse nicht zutrifft. Vielmehr enthält § 10 Abs. 2 SGG eine solche Legaldefinition (so nunmehr auch der Beschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B -; vgl. auch BSG, Beschluss vom 27.05.2004 - B 7 SF 6/04 S -). Ausgehend von der Annahme, eine solche Definition existiere nicht, nimmt der 3. Senat im Urteil vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R - an, das entscheidende Abgrenzungskriterium sei nicht im SGG, sondern im materiellen Recht insbesondere des SGB V zu finden. Diese Auffassung überzeugt angesichts des § 10 Abs. 2 SGG nicht. Anzusetzen bei dieser Norm; die materiell-rechtlichen Vorschriften des SGB V können allenfalls als Interpretationshilfe herangezogen werden (so im Ergebnis auch der Beschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B -; Senat, Urteil vom 27.10.2010 - L 11 (10) KA 14/07 -).

Nach der Legaldefinition des § 10 Abs. 2 SGG gilt:

(2) Für Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzten (Vertragsarztrecht) einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände sind eigene Kammern zu bilden.

Diese Vorschrift bestimmt die funktionale Zuständigkeit der Kammern für Vertragsarztrecht in Abgrenzung zu § 10 Abs. 1 Satz 1, 1. Alternative SGG.

(1) Bei den Sozialgerichten werden Kammern für Angelegenheiten der Sozialversicherung ... gebildet.

und ist über § 31 Abs. 2 SGG auch für die Zuständigkeit des erkennenden Senat maßgebend.

Zuständigkeitsbestimmend sind hiernach drei Parameter. An der Streitigkeit müssen - erstens - Krankenkassen und Vertragsärzte, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzte (Vertragsarztrecht) einschließlich ihrer Vereinigungen und Verbände beteiligt sein (nachfolgend (1)). Ist das der Fall, ist - zweitens - zu klären, ob die "Beziehungen" zwischen den vorgenannten Bezugsobjekten betroffen sind (nachfolgend (2)). Ist auch dieses zu bejahen, ist

- drittens - zu untersuchen, ob die Streitigkeit "aufgrund" einer solchen Beziehungen besteht (nachfolgend (3)). Soweit das SGG keine weiterführenden Definitionen dieser "Tatbestandsmerkmale" enthält, ist zur Konkretisierung auf materiell-rechtliche Normenkomplexe zurückzugreifen. Hieraus folgt: Die funktionale Zuständigkeitszuordnung erfolgt allein nach Maßgabe der verfahrensrechtlichen Legaldefinition des § 10 Abs. 2 SGG, indessen kann zur Ausfüllung der darin benutzten (u.a. unbestimmten) Rechtsbegriffe auf materielles Recht zurückgegriffen werden (Senat, Urteil vom 27.10.2010 - L 11 (10) KA 14/07 -).

(1) Die Auflistung der Bezugsobjekte hat alternativen Charakter. Es reicht insoweit aus, wenn aus dem durch § 10 Abs. 2 SGG beschriebenen personalen bzw. institutionellen Koordinatensystem mindestens zwei Bezugsobjekte am Rechtsstreit beteiligt sind. Ob ein Verfahrensbeteiligter den öffentlich-rechtlichen Status einer "Krankenkasse" hat, ist anhand der Satzung (§ 194 SGB V), der organisationsrechtlichen Vorgaben des Vierten Buchs Sozialgesetzbuch (§§ 29 ff.) und jener des Sechsten Kapitels des SGB V (§§ 143 ff.) zu klären. Die Frage, ob am Verfahren Vertragsärzten, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzte beteiligt sind, ist nach Maßgabe der §§ 95 ff. SGB V zu prüfen. Geht es um deren "Vereinigungen und Verbände" bezieht sich dies sowohl auf die Krankenkassen als auch auf Vertragsärzte, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzte, d.h. gemeint sind die Vereinigungen und Verbände der Krankenkassen und die der Vertragsärzte, Psychotherapeuten, Vertragszahnärzte (hierzu weiterführend Senat, Beschluss vom 06.09.2010 - L 11 KA 3/10 B ER -).

Hauptbeteiligte des Verfahrens sind das Land Nordrhein-Westfalen als Antragsgegnerin (§ 69 Ziff. 2 SGG) und die Antragstellerin (§ 69 Ziff. 1 SGG), eine Gemeinschaftspraxis, die als Gesellschaft Bürgerlichen Rechts fähig ist, gem. § 70 Ziff. 1 SGG am Verfahren beteiligt zu sein (vgl. BSG, Urteil vom 07.02.2007 - B 6 KA 6/06 R -). Wird allein auf die Stellung als Hauptbeteiligte abgestellt, wäre Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG definitionsgemäß schon deswegen zu verneinen, weil das Land Nordrhein-Westfalen keinem der in dieser Norm gelisteten Bezugsobjekte zugeordnet werden kann. Darauf kommt es an dieser Stelle der Zuständigkeitsprüfung indes nicht an. Die Regelung des § 10 Abs. 2 SGG knüpft ausweislich des eindeutigen Wortlauts nicht an die verfahrensrechtliche, gelegentlich auch zufällige Einbindung eines der genannten Bezugsobjekte als Hauptbeteiligter (§ 69 Ziff. 1 und Ziff. 2 SGG) oder nur als Beigeladener (§ 69 Ziff. 3 SGG) an. Das wäre auch sinnwidrig, denn das Fachkammerprinzip des § 10 SGG will fachliche Ressourcen konzentrieren und für die Rechtsanwendung nutzbar machen. Dann

aber kann es nicht auf die verfahrensrechtliche Stellung als Hauptbeteiligter ankommen, maßgebend ist allein, ob mindestens zwei der Bezugsobjekte des § 10 Abs. 2 SGG am Verfahren beteiligt sind. Das ist hier der Fall. Gleichwohl ist nicht jeder Rechtsstreit, an dem die in § 10 Abs. 2 SGG genannten Bezugsobjekte teilnehmen, allein schon deswegen ein solcher des Vertragsarztrechts. Das ergibt sich daraus, dass ggf. nicht die "Beziehungen zwischen" betroffen sind oder das Merkmal "aufgrund" nicht erfüllt ist (dazu jeweils unten). Rechtlich irrelevant ist im Übrigen, wenn neben den in § 10 Abs. 2 SGG gelisteten Bezugsobjekten weitere, dem nicht zuzuordnende natürliche oder juristische Personen am Verfahren beteiligt sind. Der Wortlaut des § 10 Abs. 2 SGG ist eindeutig und nicht auslegungsfähig. Zuständigkeitsbestimmend ist - vorbehaltlich der weiteren Tatbestandsmerkmale - allein, ob die Institutionen und Personenmehrheiten des § 10 Abs. 2 SGG verfahrensbeteiligt sind. Eine Negativklausel dergestalt, dass Spruchkörper der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG) dann zuständig sind, wenn am Verfahren auch nur eine nicht den in § 10 Abs. 2 SGG genannten Institutionen und Personenmehrheiten zuzuordnende juristische oder natürliche Person beteiligt ist, sieht die Norm nicht vor. Derartiges kann contra legem auch nicht in § 10 Abs. 2 SGG hineininterpretiert werden (vgl. auch Senat, Urteil vom 27.10.2010 - L 11 (10) KA 14/07 -).

(2) Zu fragen ist sodann nach dem Bedeutungsgehalt des Begriffs "Beziehungen" im Kontext des § 10 Abs. 2 SGG. Diese Vorschrift legt die Koordinaten fest. Es geht um die Beziehungen ("zwischen") der darin genannten Institutionen und Personenmehrheiten. Festzulegen ist die für die Auslegung benötigte verbale Ausgangsbasis der Begrifflichkeit "Beziehungen".

(a) Sprachlich beschreibt "Beziehung" ein Gegenseitigkeitsverhältnis. Dieses wird begründet durch mindestens eine Eigenschaft, welche minimal zwei Objekte miteinander verbindet. Dabei gibt es unterschiedliche Arten von Beziehungen. Eine Möglichkeit, von Beziehungen zwischen zwei oder mehr Objekten zu sprechen, beruht auf einem Vergleich von Eigenschaften, mittels derer die bezogenen Objekte jeweils separat charakterisiert werden (komparative Beziehung). Eine andere Möglichkeit zur Definition von Beziehungen zwischen zwei oder mehr Objekten besteht darin, auf eine Situation oder einen Kontext Bezug zu nehmen, dem die Objekte in einer bestimmten Weise angehören (kontextabhängige Beziehung). Solche Beziehungen können sowohl durch Ereignisse als durch Sachverhalte charakterisiert werden. Einerseits sind ereignisförmige Beziehungen zwischen zwei oder mehr Objekten möglich, was der

Fall ist, wenn die Objekte in ein die Beziehung konstituierendes Ereignis einbezogen sind. Andererseits kann zur Definition solcher Beziehungen auch von unveränderten, über einen längeren Zeitraum existierenden Sachverhalten ausgegangen werden, bei denen es sich nicht um Ereignisse handelt (vgl. www.stat.ruhr-uni-bochum.de/teaching-archiv/teaching-wise2008_09/withe/wt2.pdf).

(b) Ausgehend hiervon betrifft § 10 Abs. 2 SGG auf einem Sachverhalt beruhende kontextabhängige Beziehungen im o.g. Sinn. Der fragliche Sachverhalt ist rechtlicher Art. Er wird konkretisiert durch die rechtlichen Rahmenbedingungen, die das Zusammenwirken der in dieser Vorschrift genannten Institutionen und Personenmehrheiten mit Blick auf ein bestimmtes Ziel prägen. Demzufolge bestimmt § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V, dass das Vierte Kapitel des SGB V abschließend die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, Apotheken und sonstigen Leistungserbringern und ihren Verbänden, einschließlich der Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse nach den §§ 90 bis 94 SGB V regelt. Hieraus folgt, dass die "Beziehungen" i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG die im SGB V normierten materiell-rechtlichen Rechtsbeziehungen der zuvor genannten Institutionen und Personenmehrheiten meint. Das heißt: Zur Auslegung des Begriffs "Beziehungen" in § 10 Abs. 2 SGG ist (auch) auf das materielle Recht des SGB V zurückzugreifen (vgl. auch Senat, Urteil vom 27.10.2010 - L 11 (10) KA 14/07 -).

Nach § 116b Abs. 2 SGB V ist eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten anzustreben. Hierzu rechnen die Verbände der Krankenkassen. Nach § 14 Abs. 1 Satz 2 des Krankenhausgestaltungsgesetz des Landes Nordrhein-Westfalen (KHGG NRW) vom 11.12.2007 (GV. NRW. S. 702), zuletzt geändert am 16.03.2010 (GV NRW S. 184), in Kraft getreten am 31.03.2010, erarbeiten die Krankenhausträger und die Verbände der Krankenkassen gemeinsam und gleichberechtigt ein regionales Planungskonzept. Unmittelbar Beteiligte an der Krankenhausversorgung sind nach § 15 Abs. 1 KHGG NRW u.a. die Verbände der Krankenkassen. Diese sind mithin in Streitverfahren nach § 116b Abs. 2 SGG eines der Bezugsobjekte und demzufolge in die nachfolgend noch zu präzisierenden "Beziehungen" i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG einbezogen.

Zwar sind die Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) nur mittelbar Beteiligte an der Krankenhausversorgung (§ 15 Abs. 2 KHGG NRW), dennoch ergibt sich auch für sie im Ergebnis nichts anderes. Nach § 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V ist die "vertragsärztliche Versorgungssituation" zu berücksichtigen. Da nach § 72 Abs. 1 SGB

V Ärzten, Zahnärzten, Psychotherapeuten, medizinische Versorgungszentren und Krankenkassen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung der Versicherten zusammenwirken, ist ein hinreichender Bezug zur KV hergestellt. Demzufolge können mit dem Bestimmungsbescheid nach § 116b Abs. 2 SGB V die rechtlichen Interessen von KV und Krankenkassen berührt sein. In der Folge sind KVen und Krankenkassen - wie noch zu vertiefen sein wird - schon im Verwaltungsverfahren zu beteiligen (vgl. auch LSG Sachsen 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 B ER -), nämlich förmlich hinzu zu ziehen (§ 12 Abs. 2 Satz 1 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X)).

(c) Die Wortlautauslegung belegt mithin hinlänglich, dass "Beziehungen" i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG jedenfalls dann gegeben sind, wenn Ärzte und Krankenkassen infolge der ihnen durch §§ 69 ff. SGB V auferlegten Rechte und Pflichten in einem rechtlichen Beziehungsverhältnis stehen, was bei Streitverfahren vorliegender Art der Fall ist.

(3) Betrifft demnach der Rechtsstreit die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und Vertragsärzten, so ist auch die dritte Voraussetzung des § 10 Abs. 2 SGG erfüllt. Die Streitigkeit muss "aufgrund" einer solchen Beziehung bestehen. Sprachlich wird hierdurch zum Ausdruck gebracht, dass eine bloß mittelbare Betroffenheit nicht ausreicht (so auch BSG, Beschluss vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R -). Die Streitigkeit muss in einem engen sachlich-inhaltlichen Zusammenhang mit den durch das SGB V bestimmten Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten stehen. Das ist der Fall, denn der Bestimmungsbescheid darf nur "unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" ergehen.

Das Merkmal ist aber auch aus einem weiteren Grund zu bejahen. "Aufgrund" der Beziehung zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten kann eine Streitigkeit auch entstehen, wenn nicht an dieser Rechtsbeziehung beteiligte Dritte behaupten, durch eine zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten getroffene Regelung in ihren Rechten unmittelbar oder mittelbar berührt zu sein (Keller in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage, § 10 Rdn. 1c; Senat, Beschlüsse vom 28.12.2010 - L 11 KA 60/10 B ER -, 23.12.2010 - L 11 KA 54/10 B ER -, 06.09.2010 - L 11 KA 3/10 B ER -, 07.06.2010 - L 11 KA 37/10 B -, 27.06.2006 - L 11 B 30/06 KA ER -). So liegt es hier. Bei einer ambulanten Behandlung außerhalb der Katalogerkrankungen würde das Krankenhaus in den grundsätzlich den niedergelassenen Ärzten zugewiesenen Bereich im Rahmen der Erfüllung des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrages der Krankenkassen eingreifen (so OLG Schleswig, Beschluss vom 14.01.2011 - 16 W 120/10 -). Da der

Gesetzgeber den Ärzten, Zahnärzten,

Psychotherapeuten, Medizinischen Versorgungszentren und Krankenkassen die Aufgabe übertragen hat, die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen (§ 72 Abs. 1 SGB V), hat ein unzulässiger Eingriff eines Krankenhauses in diesen Rechtskreis zur Folge, dass rechtliche Abwehrmaßnahmen angezeigt sind. Daraus folgt, dass das Krankenhaus in einer solchen Konstellation (rechtswidrig) in die Beziehungen der in § 10 Abs. 2 SGG genannten Institutionen und Personenmehrheiten eingreift, mithin verfahrensrechtlich Vertragsarztrecht gegeben ist. Dann kann für die vorliegende Konstellation nichts anderes gelten. Die Antragstellerin behauptet, der Bestimmungsbescheid sei rechtswidrig. Wäre das der Fall, würde die Antragsgegnerin rechtswidrig in den Ärzten und Krankenkassen zugewiesenen Rechtskreis (§ 72 Abs. 1 SGB V) eingreifen. Mithin beruht der Rechtsstreit insoweit auch kausal ("aufgrund") auf den Beziehungen der in § 10 Abs. 2 SGG genannten Institutionen und Personenmehrheiten.

bb) Auch die systematische Auslegung bestätigt, dass der Rechtsstreit dem Vertragsarztrecht (§ 10 Abs. 2 SGG) und nicht der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG) zuzuordnen ist.

(1) Ausweislich der Gliederung des SGB V regelt das Vierte Kapitel (§§ 69 - 140h) die "Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern". Der erste Abschnitt (§§ 69 - 71 SGB V) gibt allgemeine Grundsätze vor. Im Weiteren ist das Vierte Kapitel - soweit hier von Interesse - wie folgt gegliedert:

Zweiter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu den Ärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten (§§ 72 - 106a SGB V)
 Dritter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu den Krankenhäusern und anderen Einrichtungen (§§ 107 - 114 SGB V)
 Vierter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu Krankenhäusern und Vertragsärzten (§§ 115 - 121a SGB V)
 Fünfter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu Leistungserbringern von Heilmitteln (§§ 124, 125 SGB V)
 Sechster Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu Leistungserbringern von Hilfsmitteln (§§ 126, 127 SGB V)
 Siebter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu Apotheken und pharmazeutischen Unternehmen (§§ 129 - 131 SGB V)
 Achter Abschnitt - Beziehungen (der Krankenkassen) zu sonstigen Leistungserbringern (§§ 132 - 134a SGB V) ... Die im Vierten Kapitel geregelten Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern werden gemeinhin unter dem Begriff "Leistungserbringerrecht" zusammengefasst (vgl. BSG, Beschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B -, Urteil vom 06.05.2009 - B 6 A

1/08 R -; vgl. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 14.01.2011 - 16 W 120/10 -). Leistungserbringer sind die Personen und Einrichtungen, die an den oder für die Versicherten Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung erbringen (Roters, Die gebotene Kontrolldichte bei der gerichtlichen Überprüfung der Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, 2003, S. 13).

Die Beziehungen der Krankenkassen zu den einzelnen Leistungserbringergruppen (Ärzte, Krankenhäuser, Vertragsärzte, Heilmittelerbringer, Hilfsmittelerbringer usw.) unterwirft der Gesetzgeber jeweils eigenständigen normativen Vorgaben. Dem ist zu entnehmen, dass alle dem Zweiten Abschnitt des Vierten Kapitels (§§ 72 - § 106a SGB V) zuzuordnenden Angelegenheiten materiell-rechtlich die vertragsärztliche Versorgung (vgl. § 72 Abs. 1 SGB V) betreffen, mithin verfahrensrechtlich dem legal definierten Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG zuzuordnen sind. Auch die Zuordnung der im Dritten Abschnitt (§§ 107 - 114 SGB V) geregelten Sachverhalte ist eindeutig. Der Abschnitt ist überschrieben mit "Beziehungen zu den Krankenhäusern und anderen Einrichtungen". Da hieraus resultierende Streitigkeiten nicht die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten betreffen (§ 10 Abs. 2 SGG), sind die Spruchkörper für Angelegenheiten der Sozialversicherung (§§ 10 Abs. 1 Satz 1, 31 Abs. 1 Satz 1 SGG) zuständig.

Einen Sonderfall stellt der die Beziehungen (der Krankenkassen) zu Krankenhäusern und Vertragsärzten regelnde Vierte Abschnitt des Vierten Titels dar (§§ 115 - 121a SGB V). Die Zuordnung ist vordergründig ambivalent ("zu Krankenhäusern und Vertragsärzten"), betrifft der Sache nach indes ganz überwiegend Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG. Insbesondere ist es angesichts der nicht eindeutigen systematischen Zuordnung geboten, jede Vorschrift des Vierten Abschnitts einzelnen darauf hin zu analysieren, ob hieraus resultierende Streitigkeiten verfahrensrechtlich dem Vertragsarztrecht oder der Sozialversicherung zugewiesen sind.

Eindeutig ist, dass alle auf einer Entscheidung des Zulassungsausschusses beruhenden Streitverfahren solche des verfahrensrechtlichen Vertragsarztrechts (§ 10 Abs. 2 SGG) sind. Hierzu rechnen die ambulante Behandlung durch Krankenhausärzte (§ 116 SGB V), die ambulante Behandlung durch Krankenhäuser (§ 116a SGB V), die Ermächtigung von Hochschulambulanzen (§ 117 SGB V), Psychiatrischen Krankenhäusern (§ 118 SGB V) und Sozialpädiatrischen Zentren (§ 119 SGB V), ferner die ambulante Behandlung in Einrichtungen der Behindertenhilfe (§ 119a SGB V) und in stationären Pflegeeinrichtungen (§ 119b SGB V). Dem

zuzurechnen ist auch die Anerkennung als Belegarzt (§ 121 SGB V). Zwar entscheidet hierüber nicht der Zulassungsausschuss, indessen ist die Anbindung an das Vertragsarztrechts (§ 10 Abs. 2 SGG) schon deswegen eindeutig, weil hierüber die für den Niederlassungsort zuständige KV auf Antrag im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen entscheidet (§ 40 Abs. 2 Satz 1 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä)). Genehmigungen zur Durchführung künstlicher Befruchtungen (§ 121a SGB V) betreffen gleichermaßen das Vertragsarztrecht. Nach § 121a Abs. 4 SGB V bestimmt sich die zur Erteilung zuständige Behörde nach Landesrecht. In diesem Zusammenhang legt § 9 Abs. 1 Nr. 1 Heilberufsgesetz Nordrhein-Westfalen vom 09.05.2000 (zuletzt geändert am 17.12.2002 (GV NRW, S. 641)) die Zuständigkeit der Ärztekammern fest. Eine hieraus resultierende Streitigkeit ist jedenfalls dann eine solche des Vertragsarztrechts, wenn es gemäß § 121a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 SGB V um die Leistungserbringung der Krankenkassen durch Vertragsärzte, zugelassene medizinische Versorgungszentren, ermächtigte Ärzte und ermächtigte ärztlich geleitete Einrichtungen geht (vgl. Senat, Urteil vom 07.05.2003 - L 11 KA 197/01 -; nachgehend BSG, Urteil vom 28.09.2005 - B 6 KA 60/03 R -; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.03.2010 - L 5 KA 3725/09 ER-B -). Lediglich soweit die Krankenkassen die Leistungen durch zugelassene Krankenhäuser (hierzu § 108 SGB V) erbringen, mag verfahrensrechtlich die Zuordnung zum Vertragsarztrecht (§ 10 Abs. 2 SGG) zweifelhaft und ggf. eine Zuständigkeit der Spruchkörper für Sozialversicherung gegeben sein (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Wird allerdings angenommen, mittels § 121a SGB V solle sichergestellt werden, dass in der vertragsärztlichen Versorgung den besonderen technischen und personellen Voraussetzungen für ein fachgerechtes Vorgehen bei künstlichen Befruchtungen Rechnung getragen wird (BSG, Beschluss vom 16.08.2000 - B 6 SF 1/00 R -), dürften alle aus § 121a SGBV resultierenden Streitverfahren dem Vertragsarztrecht zuzurechnen sein. Soweit es schließlich die Vergütung der im Krankenhaus erbrachten ambulanten ärztlichen Leistungen anlangt, bestimmt § 120 Abs. 1 Satz 1 SGB V, dass diese aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung vergütet werden, woraus sich unschwer erhellt, dass das Vertragsarztrecht (§ 10 Abs. 2 SGG) betroffen ist. Demgegenüber werden die Leistungen der Hochschulambulanzen, der psychiatrischen Institutsambulanzen und der sozialpädiatrischen Zentren unmittelbar von den Krankenkassen vergütet (§ 120 Abs. 2 Satz 1 SGB V), dennoch sind hieraus folgende Streitverfahren solche des Vertragsarztrechts. Können nämlich solche Einrichtungen nur mittels Entscheidung des Zulassungsausschusses in der vertragsärztlichen Versorgung tätig werden, sind nachgängige, die Vergütung betreffende Streitverfahren schon kraft Sachzusammenhangs solche des Vertragsarztrechts. Auch

soweit der Vierte Abschnitt dreiseitige Verträge und Rahmenempfehlungen zwischen Krankenkassen, Krankenhäusern und Vertragsärzten regelt (§ 115 SGB V), handelt es sich um Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG. Nach § 115 Abs. 1 SGB V gilt:

Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und die Kassenärztlichen Vereinigungen schließen mit der Landeskrankengesellschaft oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam Verträge mit dem Ziel, durch enge Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und zugelassenen Krankenhäusern eine nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten zu gewährleisten.

Definitionsgemäß sind hiernach die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und Vereinigungen der Vertragsärzte (hier: KVen) betroffen (vgl. auch BSG, Urteil vom 29.08.2007 - B 6 KA 31/06 R -). Zwar ist Vertragspartner auch die Landeskrankengesellschaft. Allein dies macht einen hieraus resultierenden Rechtsstreit - wie dargestellt - nicht zu einem solchen der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG). Auch soweit es § 115b SGB V (ambulantes Operieren im Krankenhaus) anlangt, sind infolge Einbindung der KBV (§ 115b Abs. 1 SGB V) und der KVen (§ 115b Abs. 2 SGB V) entsprechende Streitverfahren solche des Vertragsarztrechts. Lediglich soweit es die Regelung des § 115a SGB V (vor- und nachstationäre Behandlung im Krankenhaus) anlangt, dürfte ein Zusammenhang mit der vertragsärztlichen Versorgung und damit letztlich dem verfahrensrechtlichen Vertragsarztrecht eher fern liegen. Durch die Einfügung der §§ 115a, 115b SGB V infolge des Gesetzes vom 21.12.1992 (BGBl. I S. 2266) sind seither in einem Krankenhaus erbrachte ambulante, rechtlich dem Bereich "Krankenhausbehandlung" und nicht dem Bereich "vertragsärztliche Versorgung" zuzuordnende Leistungen (vgl. § 39 Abs. 1 Satz 1 SGB V) nicht solche der vertragsärztlichen Versorgung und mangels Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 SGG auch nicht Vertragsarztrecht, sondern Teil der allgemeinen Krankenversicherung. Hierüber ist durch Spruchkörper für Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG) zu entscheiden (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 29.05.2008 - L 5 KR 41/06 -, nachgehend BSG, Urteil vom 10.03.2010 - B 3 KR 15/08 R -). Nach alledem ergibt sich, dass die Regelungen des Vierten Abschnitts (Beziehungen der Krankenkassen zu Krankenhäusern und Vertragsärzten) ganz überwiegend Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG darstellen. Schon deswegen bedarf es einer besonderen Rechtfertigung, um - insoweit systemwidrig - Verfahren nach § 116b SGB V der Zuständigkeit der Spruchkörper für Sozialversicherung zuzuordnen.

Zur Überzeugung des Senats liegen dies rechtfertigende Gründe,

wie im Weiteren darzustellen ist, nicht vor.

(2) Unter einem weiteren Blickwinkel ist § 116b Abs. 2 SGB V systematisch dem Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG zuzuordnen. So bestimmt § 116b Abs. 3 Satz 2 SGB V, dass für die sächlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses die Anforderungen an die vertragsärztliche Versorgung entsprechend gelten. Aus der Verwendung des Begriffs "entsprechend" lässt sich nicht entnehmen, dass aus § 116b Abs. 2 SGB V herrührende Streitverfahren solche der Sozialversicherung sind. Die nur "entsprechende" Anwendung ist vielmehr folgerichtig. Die ambulante Versorgung durch das Krankenhaus mit den hochspezialisierten Leistungen des § 116 b SGB V ist der Sache nach vertragsärztliche Versorgung (dazu unten). Darum geht es indes zunächst nicht. Vertragsarztrecht i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG ist begrifflich-inhaltlich nicht auf aus der materiell-rechtlichen vertragsärztlichen Versorgung (vgl. § 72 Abs. 1 SGB V) herrührende Streitigkeiten reduziert. Vielmehr werden definitionsgemäß alle aufgrund der Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten entstehenden Verfahren erfasst (vgl. auch Senat, Beschluss vom 06.09.2010 - L 11 KA 3/10 B ER -). Demzufolge ist der Begriff "Vertragsarztrecht" i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG inhaltlich weiter zu interpretieren als jener der "vertragsärztlichen Versorgung" i.S.d. § 72 Abs. 1 SGB V.

(3) Auch soweit der 3. Senat des BSG meint, aus § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG herleiten zu können, die Zuordnung von Streitigkeiten des Leistungs- und Leistungserbringerrechts zu den Spruchkörpern für Sozialversicherung sei der Regelfall, vermag der erkennende Senat dem nicht beizutreten. Mittels § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG wird in öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung der Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit eröffnet. Da die Beziehungen der Krankenkassen zu den Ärzten (§§ 72 - 106a SGB V und §§ 115 ff. SGB V) als Teil des Vierten Kapitels in das SGB V - Gesetzliche Krankenversicherung - einbezogen sind, folgt aus § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG nur, dass auch aus den §§ 72 - 106a SGB V und §§ 115 ff. SGB V resultierende Streitigkeiten den Gerichten den Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen sind. Für die Auffassung, dass § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG ein Regel- (Krankenversicherung) und Ausnahmeverhältnis (Vertragsarztrecht) begründet, gibt diese Vorschrift nichts her. Zu unterscheiden ist zwischen der Rechtswegzuständigkeit und der funktionalen Zuständigkeit des jeweiligen Spruchkörpers. Welcher Rechtsweg eröffnet ist, wird abstrakt durch die jeweiligen Prozessordnungen (§ 51 SGG; vgl. auch § 40 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 33 Finanzgerichtsordnung) und konkret durch Art des

anspruchsbegründenden Rechtsverhältnisses auf der Grundlage von Klagevorbringen und Klageantrag bestimmt (Senat, Beschluss vom 14.06.2010 - L 11 KR 199/10 KL -, nachgehend BSG, Beschluss vom 28.09.2010 - B 1 SF 2/01 R -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.07.2004 - L 10 B 6/04 KA ER -; BVerwG, Beschluss vom 15.12.1992 - 5 B 144/91 -). Ist der Rechtsweg mittels des § 51 SGG hiernach geklärt, bedarf es weiterführender Kriterien, um die Spruchkörperzuständigkeit zu bestimmen. Folgerichtig stellen §§ 10, 31 SGG von § 51 SGG abweichende Kriterien auf, die belegen, unter welchen Voraussetzungen ein Rechtsstreit dem Vertragsarztrecht oder der Sozialversicherung zuzurechnen ist (vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 09.07.2004 - L 10 B 6/04 KA ER -).

(4) Auch soweit es § 57a Abs. 1 SGG anlangt, ergibt sich nichts anderes. Hiernach ist in Vertragsarztangelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung, wenn es sich um Fragen der Zulassung oder Ermächtigung nach Vertragsarztrecht handelt, das Sozialgericht zuständig, in dessen Bezirk der Vertragsarzt, der Vertragszahnarzt oder der Psychotherapeut seinen Sitz hat. Die Vorschrift hat ihre jetzige Fassung durch das SGGArbGGÄndG vom 26.03.2008 (BGBl I 444) mit Wirkung vom 01.04.2008 erhalten. Ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 820/07) war die redaktionelle Überarbeitung notwendig, weil in Rechtsprechung und Literatur Uneinigkeit über die Auslegung der Vorschrift besteht. Das BSG verstand § 57a SGG als "Sonderzuständigkeitsregel" zu § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG und nahm an, dass alle vier Alternativen ausschließlich Angelegenheiten des Vertragsarztrechts betreffen (vgl. BSG, Urteil vom 27.05.2004 - B 7 SG 6/04 S -). Diese Auslegung wurde in der Literatur kritisiert (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 7. Auflage, 2002, § 57a Rdn 6; Groß in Hk-SGG, 2003, § 57a Rdn 7).

Zutreffend geht die Norm in der jetzigen Fassung davon aus, dass Vertragsarztangelegenheiten sachlich-inhaltlich der gesetzlichen Krankenversicherung zuzurechnen sind. Unklar bleibt aber, was das Gesetz unter "Vertragsarztangelegenheiten" versteht. Diese Begrifflichkeit findet sich weder in § 10 Abs. 2 SGG noch im materiellen Recht des SGB V. Die Gesetzesbegründung (a.a.O.) führt insoweit nicht weiter; sie weist lediglich aus, dass die spezielle örtliche Zuweisung der genannten Rechtsstreitigkeiten aus Gründen der Verwaltungsökonomie und der Einheitlichkeit der Rechtsprechung erfolgt; die Materie des Vertragsarztrechts, insbesondere soweit sie auf Verträgen oder Entscheidungen der Bundesträger beruhe, sei äußerst komplex; mittels der Zuweisung könne sich das zuständige Sozialgericht die notwendige Fachkompetenz aneignen und eine einheitliche Rechtsprechung entwickeln; auf diese Weise entstehe auch ein höheres Maß an

Rechtssicherheit für die Betroffenen.

Der Zusammenhang der Absätze 1 bis 4 des § 57a SGG belegt, dass der Gesetzgeber das Vertragsarztrecht des § 10 Abs. 2 SGG im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit aus den in der Gesetzesbegründung (a.a.O.) genannten Erwägungen in vier Gruppen (analog der Absätze 1 - 4) untergliedert hat und lediglich aus Gründen der auch sprachlichen Abgrenzung des Regelungsgehaltes der Absätze 3 und 4 in den Absätzen 1 und 2 den Begriff "Vertragsarztangelegenheiten" verwendet. Gesetzessystematisch mag insofern in Bezug auf die allgemeine Zuständigkeitsregel des § 57 SGG von einem Regel-Ausnahmeverhältnis ausgegangen werden können. Indessen gilt dies ausweislich der in der Gesetzesbegründung (a.a.O.) formulierten Erwägungen nur für die Bestimmung der örtlichen Zuständigkeiten und nicht für die funktionale Abgrenzung des Vertragsarztrechts (§ 10 Abs. 2 SGG) zur Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG).

(5) Systematischer Anknüpfungspunkt für die funktionale Spruchkörperzuständigkeit ist - wie dargestellt - nicht § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG; maßgebend ist allein das Verhältnis von § 10 Abs. 1 Satz 1 SGG zu § 10 Abs. 2 SGG. Mithin setzt eine zutreffende funktionale Zuständigkeitsbestimmung voraus, die Angelegenheiten der Sozialversicherung von jenen des Vertragsarztrechts abzugrenzen. Verfahrensrechtlich ist auch die Sozialversicherung nicht definiert, so dass wiederum auf materiell-rechtliche Regelungen zurückzugreifen ist. Nach § 4 Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) hat jeder im Rahmen dieses Gesetzbuchs ein Recht auf Zugang zur Sozialversicherung. Nach § 4 Abs. 2 SGB I hat, wer in der Sozialversicherung versichert ist, im Rahmen der gesetzlichen Kranken-, Pflege-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte ein Recht auf 1. die notwendigen Maßnahmen zum Schutz, zur Erhaltung, zur Besserung und zur Wiederherstellung der Gesundheit und der Leistungsfähigkeit und 2. wirtschaftliche Sicherung bei Krankheit, Mutterschaft, Minderung der Erwerbsfähigkeit und Alter. Damit ist die im SGB V normierte gesetzliche Krankenversicherung Teil der Sozialversicherung i.S.d. § 4 Abs. 1 SGB I. Erfasst sind mithin auch die im Vierten Kapitel des SGB V geregelten Beziehungen der Krankenkassen zu den Vertragsärzten. Demzufolge wäre die funktionale Zuständigkeit eines Spruchkörpers für Sozialversicherung gegeben, wenn das SGG nicht einen Teilbereich der aus dem SGB V herrührenden Streitverfahren den nach § 10 Abs. 2 SGG zu bildenden Spruchkörpern zugewiesen hätte. Es liegt ein Fall der Normenkonkurrenz vor. Beide Normen treffen ihrem Wortlaut nach auf den gleichen Sachverhalt zu. Die Beziehungen der Krankenkassen zu den Vertragsärzten nach dem SGB V sind Teil der

Sozialversicherung (dann § 10 Abs. 1 Satz 1 SGG); sie sind aber auch Vertragsarztrecht (dann § 10 Abs. 2 SGG). Da beide Normen offenkundig nicht nebeneinander eingreifen sollen, kann die Normenkonkurrenz nur dahin gelöst werden, dass die eine Norm die Anwendung der anderen Norm im Konkurrenzbereich ausschließt. Gemeinhin wird dann das Prinzip "lex specialis derogat legi generali" vertreten. Die Anwendung dieser Regel setzt ein Spezialitätsverhältnis voraus. Spezialität läge vor, wenn - isoliert interpretiert - alle Sachverhalte, die unter § 10 Abs. 2 SGG subsumiert werden können, gleichzeitig auch § 10 Abs. 1 Satz 1 SGG zurechenbar sind, nicht aber umgekehrt (vgl. Kramer, Juristische Methodenlehre, 2. Auflage, 2005, S. 96 ff.). Das trifft vorliegend zu. Demzufolge enthält § 10 Abs. 2 SGG eine abdrängende Sonderzuweisung. Angesichts dieses Befundes kann entgegen der im Urteil des BSG vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R - vertretenen Auffassung nicht argumentiert werden, das Vertragsarztrecht bilde eine von der allgemeinen Situation in der gesetzlichen Krankenversicherung abweichende und damit rechtfertigungsbedürftige Ausnahme. Richtig ist zwar, dass Ausnahmetatbestände einer erweiternden Auslegung grundsätzlich nicht zugänglich sind. Darum geht es hier indessen nicht. Der Vorlagebeschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B - belegt vielmehr, dass eine infolge jahrelanger und gefestigter Rechtsprechung umrissene und definierte Grenzziehung zwischen § 10 Abs. 1 Satz 1 SGG und § 10 Abs. 2 SGG zu Lasten letztgenannter Vorschrift verschoben werden soll.

Dann aber gilt: Der Zuständigkeitsabgrenzung durch den 6. Senat des BSG und den erkennenden Senat liegt keine unzulässige, eine Ausnahme erweiternde Interpretation des § 10 Abs. 2 SGG zugrunde, vielmehr geht es darum, dass der 1. und 3. Senat des BSG einen die verdrängende Sonderzuweisung (§ 10 Abs. 2 SGG) reduzierenden rechtlichen Ansatz verfolgen. Dies wiederum bedeutet, dass nicht das Vertragsarztrecht die rechtfertigungsbedürftige Ausnahme ist, vielmehr die Auffassung, Streitverfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V seien nicht solche des Vertragsarztrechts, besonderer Rechtfertigung bedarf.

cc) Die Genese des § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG belegt, dass es an einer solchen (besonderen) Rechtfertigung fehlt, vielmehr Verfahren nach § 116b Abs. 2 SGG solche des Vertragsarztrechts sind und eine Einengung des § 10 Abs. 2 SGG sachlich nicht legitimiert ist.

Der Regelungsgehalt dieser Norm beschränkt sich unter historischem Blickwinkel allein darauf, für die dort genannten Streitverfahren den Rechtsweg zu den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zu eröffnen. Die Vorschrift ist mehrfach geändert und durch das 6. SGGÄndG vom 17.08.2001 (BGBl. I S.

2144) übersichtlicher gestaltet worden. § 51 Abs. 1 SGG fasst die öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten seither zusammen und gliedert sie nach den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung und weiteren Rechtsbereichen. Hingegen spezifizierte § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG a.F. dergestalt, dass die in den Nrn. 1 bis 3 genannten und nach dem SGB V entstandenen Angelegenheiten den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit zugewiesen wurden. § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG a.F. betraf u.a. Entscheidungen aller Bundesausschüsse und damit auch jene des seinerzeitigen Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen (vgl. Meyer-Ladewig, SGG, 6. Auflage, 1998, § 51 Rdn. 33). Geregelt war hiernach eindeutig und allein, dass in derartigen Streitverfahren der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet ist. Die weitergehende Frage danach, welcher Fachspruchkörper zuständig ist, bestimmte sich nach § 10 Abs. 2 SGG a.F.; die Vorschrift hatte folgenden Wortlaut:

Für die in § 51 Abs. 2 Satz 1 genannten Streitigkeiten aufgrund der Beziehungen zwischen Ärzten, Zahnärzten und Krankenkassen (Kassenarztrecht) sind eigene Kammern zu bilden.

Durch die Bezugnahme auf § 51 Abs. 2 Satz 1 SGG war wiederum klargestellt, dass die dort genannten Angelegenheiten (u.a. jene der Nr. 2) im Sinne der vormaligen Terminologie "Kassenarztrecht" waren. Hieran hat das 6. SGGÄndG vom 17.08.2001 (BGBl I 2144) nichts geändert. Infolge Änderung des § 51 SGG a.F. war allerdings die Bezugnahme nicht mehr möglich. Demzufolge enthält nunmehr § 10 Abs. 2 SGG eine eigenständige Definition des Begriffs "Vertragsarztrecht", die mit dem materiell-rechtlichen Verständnis des Begriffs "vertragsärztliche Versorgung" i.S.d. SGB V - wie dargestellt - nicht deckungsgleich sein muss, wengleich die materiell-rechtlichen Regelungen zur Auslegung der Legaldefinition heranzuziehen sind. Auch geben Gesetzesmaterialien zum 6. SGG-ÄndG nicht ansatzweise etwas dafür her, dass der Gesetzgeber die durch §§ 10 Abs. 2, 51 Abs. 2 Satz 1 SGG a.F. vorgegebene und jahrelange unstrittige Abgrenzung zwischen Vertragsarztrecht und Krankenversicherungsrecht mit Blick auf die funktionale Spruchkörperzuständigkeit aufgegeben wollte. Das Gegenteil ist der Fall. Diese bewährten Abgrenzungskriterien hat der Gesetzgeber mangels gegenteiliger Willensäußerung in das SGG in der Fassung des 6. SGG-ÄndG einbezogen (Senat, Urteile vom 27.10.2010 - L 11 (10) KA 14/07 - und 11.11.2009 - L 11 KA 101/06 -).

dd) Soweit der 3. Senat des BSG meint, in der Sache gehe deswegen nicht um den Zugang zur "ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung", da die ambulante Behandlung im Krankenhaus nach § 116b Abs. 2 SGB V eine neue Versorgungsform darstelle, deren

maßgebliche Voraussetzungen sich nach der regionalen Krankenhausplanung und damit ausschließlich nach Landesrecht richteten (Urteil vom 12.08.2009 - B 3 KR 10/07 R -), trifft das nicht zu (so auch LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 B ER -).

(1) 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 -). Geht es aber bei den vom Bestimmungskrankenhaus zu erbringenden Katalogleistungen um solche der ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung, spricht schon die Sachnähe dafür, die Zuständigkeit eines auch sachkundig besetzten (dazu unten) Spruchkörpers nach § 10 Abs. 2 SGG anzunehmen.

(2) Ohnehin belegt die Entstehungsgeschichte des § 116b Abs. 2 SGB V, dass es auch im Übrigen keine sachliche Rechtfertigung dafür gibt, diese Verfahren der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 Satz 1 SGG) zuzuordnen.

In seiner Entscheidung vom 06.05.2009 - B 6 A 1/08 R - hat der 6. Senat des BSG im Zusammenhang mit der Frage danach, ob in Verfahren mit dem GBA als Hauptbeteiligtem die Zuständigkeitszuweisung des § 10 Abs. 2 SGG greift ausgeführt:

Die Erweiterung des Kreises der Trägerorganisationen des GBA ist ein Element aus einer größeren Anzahl von Änderungen im Bereich der Organisation der Leistungserbringung in der ambulanten Versorgung, mit denen die vertragsärztliche Versorgung modernisiert werden sollte. Diese lassen sämtlich die verfahrensrechtliche Abgrenzung nach § 10 Abs 2 SGG unberührt. Das zeigt exemplarisch schon das Urteil des BSG vom 28.9.2005, das im Streit zwischen einem Vertragsarzt, der beklagten Ärztekammer und der beigeladenen Kassenärztlichen Vereinigung (KÄV) ergangen ist (BSG SozR 4-1300 § 32 Nr 1). Gegenstand war die Erteilung einer Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen im Sinne des § 121a SGB V. Der vertragsarztrechtliche Charakter dieser Streitigkeit ergibt sich selbst dann, wenn die Ärztekammer nicht als Vereinigung von Ärzten iS des § 10 Abs 2 SGG anzusehen sein sollte, aus dem Umstand, dass mit der Genehmigung nach § 121a SGB V einem Vertragsarzt der Zugang zur ambulanten ärztlichen Versorgung für einen bestimmten Tätigkeitsbereich eröffnet wird. Diesen Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung hat das LSG Nordrhein-Westfalen mit Recht auch für maßgeblich gehalten, wenn zwischen einem Vertragsarzt und einer Krankenkasse die Beteiligung an einem Modellvorhaben gemäß § 63 SGB V umstritten ist (Beschluss vom 9.7.2004 - L 10 B 6/04 KA ER - juris RdNr 30). Zutreffend weist das LSG darauf hin, dass neue Versorgungsformen oder Modellvorhaben das Leistungsrecht des SGB V modernisieren sollen, das Prozessrecht und die vom SGG vorgegebenen Zuständigkeitsregelungen aber unberührt lassen. Das gilt nach Auffassung des Senats auch für Streitigkeiten zwischen Ärzten, Ärzteverbänden und Krankenkassen über die selektivvertraglich gestalteten neuen Versorgungsformen nach §§ 73b, 73c SGB V sowie über den Zugang zu - und den Abschluss und die Ausgestaltung von - Verträgen zur integrierten Versorgung im Sinne von § 140b SGB V (vgl dazu die Senatsurteile vom 6.2.2008 - BSGE 100, 52 = SozR 4-2500 § 140d Nr 1 sowie SozR 4-2500 § 140a Nr. 2).

Aufgrund vergleichbarer Erwägungen sind auch Streitverfahren über die Öffnung der Krankenhäuser für ambulante Leistungen gemäß § 116b Abs. 2 SGB V solche des Vertragsarztrechts i.S.d. § 10 Abs. 2 SGG.

Die Entscheidung über den Zugang der Krankenhäuser zur ambulanten (vertragsärztlichen) Versorgung ist von den Zulassungsgremien, die für Ermächtigungen von Hochschulambulanzen (§ 117 SGB V),

psychiatrischen Krankenhäusern (§ 118 Abs. 1 SGB V) und sozialpädiatrischen Zentren (§ 119 SGB V), von Einrichtungen der Behindertenhilfe (§ 119a SGB V), stationären Pflegeeinrichtungen (§ 119b SGB V), Krankenhausärzten (§ 116 Satz 1 SGB V) und von ärztlich geleiteten Einrichtungen (§ 31 Abs. 1 Ärzte-ZV) zuständig sind, für die in § 116b Abs. 2 SGB V genannten seltenen Erkrankungen und hochspezialisierten Leistungen auf die Landesbehörden übertragen worden (zur verfassungsrechtlichen Relevanz vgl. Henke in Peters, SGB V, Stand Juni 2010, § 116b Rdn 3). Das ändert aber nichts daran, dass es in der Sache um den Zugang zur ambulanten vertragsärztlichen Versorgung und damit im prozessualen Sinne um Vertragsarztrecht geht. Hätte der Gesetzgeber im Zuge der Übertragung der Kompetenz für die Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante vertragsärztliche Versorgung für seltene Krankheiten von den Krankenkassen, Kassenverbänden und Krankenhäusern als Vertragspartnern (§ 116b Abs. 2 SGB V i.d.F. von Art. 1 Nr. 85 GMG) auf die zuständige Landesbehörde (§ 116b Abs. 2 SGB V i.d.F. von Art. 1 Nr. 85 Buchst. b GKV-WSG) eine Ausgliederung der entsprechenden Verfahren aus dem Vertragsarztrecht im verfahrensrechtlichen Sinne herbeiführen wollen, hätte das ausdrücklich geschehen müssen. Das ist indessen weder im GKV-WSG selbst noch durch das SGGArbGGÄndG erfolgt (zutreffend BSG, Urteil vom 06.05.2009 - B 6 A 1/08 R -).

ee) Soweit der 1. Senat und der 3. Senat des BSG unter teleologischen Gesichtspunkten meinen, von der Intention her sollen im Segment "Vertragsarztrecht" nur solche Spruchkörper mitwirken, die sachkundig und mit der besonderen Materie sowie den tatsächlichen Verhältnissen in der vertragsärztlichen Versorgung vertraut sind (Beschluss vom 18.11.2009 - B 1 KR 74/08 B -; Beschluss vom 10.03.2010 - B 3 KR 36/09 B -), trifft das zwar zu, greift im hier interessierenden Zusammenhang zu kurz und blendet wesentlich Gesichtspunkte aus.

(1) Dabei wird verkannt, dass das verfahrensrechtliche Vertragsarztrecht (§ 10 Abs. 2 SGG) aus den Angelegenheiten des Vertragsarztrechts (§ 12 Abs. 3 Satz 1 SGG) und den Angelegenheiten der Vertragsärzte (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGG) besteht. Während der Spruchkörper in Angelegenheiten des Vertragsarztrechts mit je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Krankenkassen und der Vertragsärzte/Psychotherapeuten entscheidet, wirken in Angelegenheiten der Vertragsärzte zwei Vertragsärzte/ Psychotherapeuten mit. Hingegen entscheiden Spruchkörper der Sozialversicherung (§ 10 Abs. 1 SGG) in der Besetzung mit je einem ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der Versicherten und der Arbeitgeber (§ 12 Abs. 2 Satz 1 SGG). Mit Blick auf Verfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V lässt sich dies

schwerlich rechtfertigen, da dem vielfach hochkomplexe medizinische Fragestellungen zugrunde liegen, zu denen Vertreter der Versicherten und Arbeitgeber eher einen geringen Bezug haben.

(2) Wird allerdings mit dem BSG die Auffassung vertreten, dass die Solidargemeinschaft über Arbeitgeber und Versichertem an der Entscheidung beteiligt sein soll (Beschluss vom 18.11.2009 - B 1 KR 74/08 B -), führt auch das nicht weiter, denn der für das Vertragsarztrecht zuständige Spruchkörper würde jedenfalls (auch) unter Beteiligung eines ehrenamtlichen Richters aus dem Kreis der Krankenkassen entscheiden. In der Folge wäre die Solidargemeinschaft, d.h. die Versicherten kraft Mitgliedschaft in der Krankenkasse, jedenfalls mittelbar über den ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der Krankenkassen im Spruchkörper repräsentiert, womit dem Anliegen des 1. Senats hinlänglich Rechnung getragen wäre.

(3) Selbst wenn aber davon ausgegangen wird, die Beteiligung der ehrenamtlichen Richter beruhe auf dem Grundgedanken sozialer Selbstverwaltung, denn sie repräsentierten die Versicherten- und Solidargemeinschaft, an deren Schicksal die Arbeitnehmer und Arbeitgeber u.a. deswegen gleichermaßen interessiert seien, weil sie gemeinsam die finanziellen Mittel aufbringen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 17.12.1969 - 2 BvR 271, 342 ff. -), rechtfertigt dies nicht Auffassung, Streitverfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V seien solche der Sozialversicherung. Neben dem die Besetzung der für die Sozialversicherung zuständigen Spruchkörpern (§ 10 Abs. 1 SGG) mit ehrenamtlichen Richtern aus Kreisen der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 12 Abs. 2 SGG) prägenden repräsentativen Prinzip steht gleichrangig das Prinzip der besonderen Sachkunde. Dieses findet sich in den Regelungen über die Besetzung der Spruchkörper für Angelegenheiten des sozialen Entschädigungsrechts und des Schwerbehindertenrechts (§ 12 Abs. 4 SGG) und der Spruchkörper für Angelegenheiten des Vertragsarztrechts (§ 12 Abs. 3 Satz 1 SGG) und der Vertragsärzte (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGG). Demzufolge ist die Erwägung unzutreffend, das repräsentative Prinzip sei die Regel und das Sachkundeprinzip die Ausnahme. Vielmehr gilt: Die als sachangemessen angesehene Spruchkörperbesetzung bestimmt nicht die funktionale Zuständigkeit; statt dessen zieht die gesetzmäßige Bestimmung der funktionalen Zuständigkeit (§ 10 Abs. 1 SGG oder § 10 Abs. 2 SGG) die Besetzung des Spruchkörpers nach repräsentativem Prinzip (§ 12 Abs. 2 SGG) oder nach Sachkundeprinzip (§ 12 Abs. 3 SGG) nach sich.

(4) Abschließend sei angemerkt, dass der erkennende Senat die Besetzung des Spruchkörpers, der über die Rechtmäßigkeit von Bestimmungsentscheidung nach § 116b Abs. 2 SGBV zu entscheiden hat, nach § 10 Abs. 2 i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 SGG mit je einem

ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Ärzte und der Krankenkassen auch als sachgerecht ansieht. Soweit § 12 Abs. 3 SGG die Vorstellung zugrunde liegt, in der Besetzung der Richterbank des zuständigen sozialgerichtlichen Spruchkörpers mit ehrenamtlichen Richtern sollten sich die Interessenkonstellationen bei der zu überprüfenden Entscheidung bzw. die Zusammensetzung des Gremiums, dessen Entscheidung überprüft wird, widerspiegeln, wird dem durch die Mitwirkung je eines ehrenamtlichen Richters aus den Kreisen der Ärzte und der Krankenkassen Rechnung getragen (vgl. auch BSG, Urteil vom 03.02.2010 - B 6 KA 31/09 R -).

d) Nach alledem gilt: Der Rechtsstreit betrifft das "Vertragsarztrecht" i.S.d. §§ 10 Abs. 2, 31 Abs. 2 SGG. Der erkennende Senat ist zuständig.

2.

Der Senat entscheidet den Rechtsstreit in der Besetzung mit je einem ehrenamtlichen Richter aus dem Kreis der Krankenkassen und der Vertragsärzte (§§ 12 Abs. 2 Satz 1, 33 Satz 2 SGG). Es handelt sich infolge der Nähe zum Zulassungsrecht um eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts (§ 12 Abs. 3 Satz 1 SGG) und nicht um eine solche der Vertragsärzte (§ 12 Abs. 3 Satz 2 SGG). Im übrigen gilt, dass der Spruchkörper im Zweifel mit einem Vertragsarzt und einem Kassenvertreter entscheidet (Frehse in Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Auflage, 2006, § 23 Rdn. 15 m.w.N.; vgl. auch Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 12 Rdn. 5 m.w.N.).

3.

Der Senat hat die Beigeladenen zu 1) 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 1) 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 SGG) 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 SGG) und Krankenhausbestimmungen 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 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 keine Chance, den durch die Verschmelzung des ambulanten mit dem stationären Behandlungssektor bewirkten Einschränkungen durch ökonomische 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 1.02.2008 - L 2 B 485/07 ER KA -; vgl. auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss 25.05.2009 - L 4 KR 116/09 B ER -). Dieses Erkenntnis steht einer Beiladung indes nicht entgegen. Da die KVen den Sicherstellungsauftrag durch ihre Mitglieder erfüllen (Henke in Peters, a.a.O., § 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 SGG 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. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass hieraus nicht hergeleitet werden kann, die KV sei in Verfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V beschwerdebefugt (hierzu auch LSG Niedersachsen, Beschluss vom 25.09.2009 - L 4 KR 116/09 ER -). Das ist nicht Streitgegenstand und bedarf 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 durch den zu 3) beigeordneten 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. Der stellvertretende Vorsitzende des Berufungsausschusses hat dem Senat in der mündlichen Verhandlung vom 09.02.2011 allerdings dargelegt, dass jedenfalls im vorliegenden Fall ein rechtliches Interesse vor dem Hintergrund des vor dem SG Duisburg zum Az. S 10 KA 24/10 geführten Verfahrens auf Sonderbedarfszulassung eines der Gesellschafter der Antragstellerin gegeben ist. Die Beiladung bleibt daher bestehen.

4.

Beteiligtenfähig sind nach § 70 Ziff. 3 SGG Behörden nur dann, wenn das Landesrecht dies bestimmt. Obwohl die Bezirksregierung Düsseldorf die angefochtenen Bescheide erlassen hat, ist sie nach derzeitiger Einschätzung der Sach- und Rechtslage nicht mehr beteiligtenfähig. Nach bisheriger Rechtslage waren Behörden im SGG-Verfahren infolge ausdrücklicher landesrechtlicher Regelung (Gesetz zur Ausführung des Sozialgerichtsgesetzes im Lande Nordrhein-Westfalen (AG-SGG) vom 08.12.1953 (GV. NRW. S.412/SGV. NRW. 304)) beteiligtenfähig. Dieses Gesetz ist durch Art. 2 des Gesetzes zur Modernisierung und Bereinigung von Justizgesetzen im Land Nordrhein-Westfalen vom 26.01.2010 (GV. NRW. Ausgabe 2010 Nr. 3 vom 08.02.2010, S. 29 ff.) mit Wirkung zum 01.01.2011 (hierzu Art. 4 a.a.O.) aufgehoben worden. Ob eine landesrechtliche Regelung existiert, mittels der die Beteiligtenfähigkeit der Bezirksregierung Düsseldorf begründet wird, ist für den Senat nicht ersichtlich. Die hierzu am 21.01.2011 um Stellungnahme gebetene Bezirksregierung Düsseldorf hat mit Schreiben vom 01.02.2011 mitgeteilt, diese Fragestellung infolge der Anfrage des Senats an das Innenministerium des Landes Nordrhein-Westfalen herangetragen zu haben. Bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 09.02.2011 hat das Innenministerium die angeforderte Stellungnahme allerdings nicht vorgelegt. Der Senat geht daher zunächst davon aus, dass statt der Bezirksregierung Düsseldorf das Land Nordrhein-Westfalen verfahrensbeteiligt ist. Insoweit ist es zu einem Beteiligtenwechsel kraft Gesetzes gekommen (vgl. dazu BSG, Urteile vom 28.7.2008 - B 1 KR 5/08 R und 05.07.2007 - B 9/9a SB 2/07 R -, 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 -). Der Senat hat

das Rubrum von Amts wegen geändert. Fraglich bleibt, ob das Land Nordrhein-Westfalen durch die Bezirksregierung vertreten wird. 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).

Ob hieraus eine prozessuale Vertretungsbefugnis hergeleitet werden kann, erscheint dem Senat als zweifelhaft. Die hierzu um Stellungnahme gebetene Bezirksregierung Düsseldorf hat auch diese Anfrage an das Innenministerium des Landes NRW weitergeleitet, das bis wiederum bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung am 09.02.2011 keine Stellungnahme abgegeben hat.

Eine Klärung dieser Rechtsfrage in diesem Verfahren ist nicht tunlich. Die Beschwerde ist am 23.08.2010 anhängig gemacht worden. Dem Charakter des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens entsprechend erscheint es vertretbar, diese Rechtsfrage zunächst unbeantwortet zu lassen. Ausgehend von der derzeitigen Einschätzung der Rechtslage durch den Senat, wäre die Antragsgegnerin im Termin zur mündlichen Verhandlung nicht anwesend gewesen. Die Sitzungsvertreterin der Bezirksregierung Düsseldorf hat auch keine Vollmacht des Landes Nordrhein-Westfalen bzw. der dieses vertretenen Landesministeriums vorlegen können. Der Senat hat zwar die Prozessanträge der Sitzungsvertreterin und damit der Bezirksregierung Düsseldorf protokolliert. Dies sind indes unwirksam. Das ist jedenfalls im einstweiligen Rechtsschutzverfahren (noch) unschädlich, da die Antragsgegnerin abwehrend tätig wird; aktive Prozessanträge könnte sie hingegen nicht stellen.

5.

Die statthafte und im Übrigen zulässige Beschwerde ist im tenorierten Umfang begründet.

a) 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, Beschluss vom 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 der Beigeladenen zu 3) erteilten Bestimmungsbescheides. Dieses Begehren ist als Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung ihrer Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 10.12.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.08.2010 statthaft, denn eine vollzugsfähige Regelung ist vorhanden (hierzu Senat, Beschluss vom 19.11.2011 - 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. Obschon 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. Das ändert aber nichts daran, dass es sich bei der Bestimmung ebenso um einen Verwaltungsakt handelt 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 (LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 B ER).

Die aufschiebende Wirkung der von der Antragstellerin gegen den Bestimmungsbescheid vom 10.12.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 11.06.2010 erhobenen Anfechtungsklage entfiel mit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit durch Bescheid der Antragsgegnerin vom 02.06.2010 (§ 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 hinsichtlich des Bestimmungsbescheides 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 nicht der Fall. Die Antragstellerin ist nicht Adressat des von ihr angefochtenen Verwaltungsaktes. Sie begehrt vielmehr die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der einem anderen - der Beigeladenen zu 3) - 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 wirtschaftliche Auswirkungen jenes Verwaltungsaktes 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 innehaben, 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). Das ist dann der Fall, 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, Beschluss vom 23.10.2010 - L 11 KA 71/10 B ER -).

Hiernach ist die Anfechtungsbefugnis zu bejahen. 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 zwar eine willkürliche Bescheiderteilung moniert (u.a. Schriftsatz vom 17.12.2010), dies allerdings nicht näher substantiiert. Sie hat vielmehr (nur) dargelegt, warum aus ihrer Sicht der angefochtene Bescheid fehlerhaft ist. Eine etwaige Rechtswidrigkeit des Bescheides genügt 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

zumindest schlüssig darlegt, fehlt es. Auch ansonsten ist hierzu nichts ersichtlich.

(2) Ungeachtet dessen bejaht der Senat die Anfechtungsbefugnis. Soweit bislang 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, Beschluss vom 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 -).

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 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, a.a.O., § 86b Rdn. 11).

Ausgehend hiervon ergibt sich: Die Entscheidung der Antragsgegnerin, der Beigeladenen zu 3) die begehrte Bestimmung zu erteilen, 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 ihn erlassende 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 Antragsgegnerin 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. Es heißt 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. psychiatrische 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 (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 (Becker in Becker/Kingreen, SGB V, 2. Auflage, 2010, § 116b, § 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). Da die Bestimmung nicht unter Beachtung, sondern nur unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation ergehen darf, müssen in ihr auch andere, im Gesetzestext nicht genannte Gesichtspunkte gewürdigt werden. Die Abwägung verschiedener, auch gegenläufiger Gesichtspunkte ist kennzeichnend für Entscheidungsspielräume der Verwaltung. Diese betreffen 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 (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 deutet allerdings darauf hin, 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). Sofern die Eignung des antragstellenden Krankenhauses bejaht wird, wird vielfach kein Grund gegeben sein, den Antrag abzulehnen. Der von den Beteiligten ausführlich diskutierte Frage, ob und inwieweit das antragstellende Krankenhaus geeignet ist, geht der Senat im einstweiligen Rechtsschutzverfahren indessen 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 zugrunde 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. Diese 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, sondern dient den Zielen der Qualitätssteigerung, Patientengerechtigkeit und Effizienzsteigerung (vgl. BT-Drs. 15/1525, S. 74). In den Gesetzesmaterialien zum GKV-

Wettbewerbsstärkungsgesetz (GKV-WSG) wird das Interesse einer kontinuierlichen Behandlung der Patienten demgegenüber stärker betont (BT-Drs. 16/3100, S. 87). Soweit zunächst ausgeführt wurde, bei häufig wiederkehrenden stationären Aufenthalten 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 dienende Funktion mit Blick auf Qualität, Effizienz und Patientengerechtigkeit der Versorgung beigemessen. Ferner sollen 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)). Hieraus folgt, dass vertragsärztliches Bedarfsplanungsrecht nicht anzuwenden ist, mithin weder auf die gesetzlichen Vorgaben des Bedarfsplanungsrechts (§§ 99 ff. SGB V; §§ 12 ff. der Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV)) noch auf die Bedarfsplanungsrichtlinie-Ärzte (BedarfsplanungsRL-Ä) des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) Bezug genommen wird. Das darf indessen nicht zum Fehlschluss führen, bedarfsplanungsrechtliche Momente seien für die Bestimmungsentscheidung per se irrelevant. Derartige 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 nicht nur planungsrechtliche Momente, sondern die vertragsärztliche Versorgung als solche. Soweit das LSG Sachsen (a.a.O.) 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 ist 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.

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 (Hencke 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 Hencke 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 (z.B. höhere Erfahrung und Routine im Krankenhaus) oder der Patientengerechtigkeit (z.B. bessere Erreichbarkeit) einen

höheren 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 (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 verbessern. Der sich aus der Bestimmung ergebende " Mehrwert " für die ambulante Versorgung der Versicherten und das Gesamtsystem der Krankenversicherung muss sich aus anderen Gründen ergeben, wobei auch die Erschließung von Wirtschaftlichkeitsreserven zugunsten des Gesamtsystems der Krankenversicherung eine Rolle spielen kann (zutreffend LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 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, Urteil vom 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 Bestimmungsbescheiden vom 10.12.2009 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, Beschluss vom 23.12.2010 - L 11 KA 71/10 B ER -).

Der Entscheidung der Antragsgegnerin lagen zugrunde: Das jeweilige Antragsvorbringen, die Stellungnahme der zu 1) beigeladenen KV vom 05.08.2008, eine Stellungnahme des Landesverbandes der Krankenkassen und Ersatzkassen in Nordrhein vom 09.10.2009 und eine solche der Ärztekammer Nordrhein vom 05.10.2009.

Die Beigeladene zu 1) verweist unter Darlegung im Einzelnen darauf, dass die Versorgung quantitativ und qualitativ gesichert sei. Die Ärztekammer äußert sich im Hinblick auf den Leistungskatalog zur Eignung des Krankenhauses und regt angesichts der sichergestellten Versorgung zu prüfen an, ob die Bestimmung negative Auswirkungen auf die bereits bestehenden bzw. im Aufbau befindlichen Kooperationsbeziehungen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern hat. Die Stellungnahmen des Landesverbandes der Krankenkassen und Ersatzkassen verhalten sich allein zur Eignung des Krankenhauses im Hinblick auf einzelne der Katalogleistungen.

Der Inhalt dieser Stellungnahmen reicht als

Entscheidungsgrundlage schon deswegen nicht aus, weil für die Bestimmung des Krankenhauses grundsätzlich nicht der nach Arztgruppen bemessene quantitative Bedarf, sondern der auf die jeweilige Leistung bezogene qualitative Bedarf und die entsprechenden Kapazitäten der zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Leistungserbringer von Bedeutung ist. Hierzu und zwecks Ausfüllung des Berücksichtigungsgebots hätte es weiterer Sachaufklärung bedurft. Die Antragsgegnerin darf sich nicht auf die Auswertung der beigezogenen, insoweit unzulänglichen Stellungnahmen der Beigeladenen zu 1), der Krankenkassenverbände und der Ärztekammer beschränken. Dies gilt umso mehr, als die Ärztekammer bereits auf ggf. problematische Auswirkungen der Bestimmung auf im Aufbau befindliche Kooperationsbeziehungen zwischen niedergelassenen Ärzten und Krankenhäusern hingewiesen hat. Auch im Übrigen ist die Behörde 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 Antragsgegnerin im Antragsverfahren nach § 116b Abs. 2 SGB V nichts anderes. 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 aufgegebenes 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. Flankierend hierzu wird die Behörde bei der ggf. nachzuholenden Sachaufklärung die soeben herausgearbeiteten Abwägungsparameter beachten müssen, also den entscheidungserheblichen Sachverhalt mit Blick hierauf ermitteln.

Soweit die Beigeladene zu 3) in der mündlichen Verhandlung hat vortragen lassen, 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 Antragsgegnerin 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. Denn die Antragsgegnerin 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 eingeengt (vgl. auch Jung in Jansen, a.a.O., § 54 Rdn. 34 betreffend Ermessen).

(cc) Die Antragsgegnerin 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). Aus dem Bestimmungsbescheid geht nicht hervor, welche Gesichtspunkte die Antragsgegnerin bei der von ihr zu treffenden Abwägungsentscheidung berücksichtigt hat und von welchen Beurteilungsmaßstäben sie dabei ausgegangen ist. Lediglich aus dem Verwaltungsvorgang ist zu entnehmen, dass die zu 1) beigefügte KV sich mit Datum vom 05.08.2008 geäußert und dem eine weiterführende Stellungnahme der Gemeinschaftspraxis Dres. T u.a. beigefügt hat. Aus dem Bestimmungsbescheid lässt sich demgegenüber nicht herleiten, welche öffentlichen und privaten Belange miteinander abgewogen worden sind. Vielmehr belegt der Bescheidtext, dass keine Abwägung stattgefunden hat und der regionalen vertragsärztlichen Versorgungssituation keinerlei Bedeutung beigemessen wurde.

(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 vom 24.03.2010 heilt den Abwägungsausfall nicht. Soweit hier von Interesse heißt es darin lediglich (Anm.: Nummerierung durch Senat)

(1) 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.

(2) Diese hat mitgeteilt, dass die vertragsärztliche Versorgung ausreichend sei und es der Bestimmung der Krankenhäuser gem. § 116b SGB V nicht bedürfe.

(3) 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.

(4) Weitere Argumente seitens der Kassenärztlichen Vereinigung wurden nicht vorgetragen. Dem Willen des Gesetzgebers nach einer Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungsleistung ist jedenfalls angemessen Rechnung getragen worden.

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 1) 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 1 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 1) folgt nicht dem Einvernehmensgebot (§ 116b Abs. 2 Satz 3 SGB V) sondern einem anderen Rechtsgrund, nämlich dem Berücksichtigungsgebot (§ 116b Abs. 2 Satz 1 SGB V). Der Hinweis des Halbsatzes 2 (Satz 1), der Beigeladenen zu 1) sei Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben worden, trifft zu. Die Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) vom 05.08.2008 nebst diverser Anlagen hat die Antragsgegnerin ausweislich des Widerspruchsbescheides jedenfalls zur Kenntnis genommen, was aus Satz 2 ("diese hat mitgeteilt ...") folgt. Dennoch hat sich die Antragsgegnerin nicht ansatzweise mit dem Vorbringen der Beigeladenen zu 1) auseinandergesetzt. Statt dessen hat sie in Satz 2 lediglich den Sachverhalt referiert und zu Satz 3 darauf hingewiesen, dass es auf das Vorhandensein einer Versorgungslücke nicht ankomme. Diese Rechtsauffassung trifft zwar zu, indessen zeigt gerade diese Argumentation, dass die Antragsgegnerin sich mit der Begrifflichkeit "unter Berücksichtigung der Versorgungssituation" nicht hinreichend auseinandergesetzt hat. Zwar hat die Beigeladene zu 1) im Wesentlichen darauf abgestellt, dass unter quantitativen Gesichtspunkten kein Bedarf besteht. Allerdings deutet deren Stellungnahme auch darauf hin, dass unter qualitativen Aspekten die Versorgung gesichert ist. Dies gilt namentlich vor dem Hintergrund des als Anlage beigefügten Schreibens der Gemeinschaftspraxis Dres. T u.a. vom 24.06.2008, in dem nicht nur auf quantitative sondern auch auf qualitative Versorgungsaspekte abgestellt wird. Im Ergebnis hat die Antragsgegnerin die Stellungnahmen der Beigeladenen zu 1) lediglich zur Kenntnis genommen und diese angesichts einer inhaltlich verkürzten Interpretation des Berücksichtigungsgebots als unerheblich gewertet.

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.

Die Antragsgegnerin hat den Bestimmungsbescheid bislang nicht zureichend begründet.

Denkbar wäre, dass die Anordnung der sofortigen Vollziehung (Bescheid vom 02.06.2010) eine solche Begründung enthält; dann würde sich allerdings die weitergehende Frage danach stellen, ob eine solche Begründung 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, wie noch darstellen sein wird.

Im Hauptsacheverfahren S 8 KR 686/10 hat die Antragsgegnerin bislang nicht zur Sache Stellung genommen. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren hat die Antragsgegnerin hinsichtlich der Stellungnahmen der Beigeladenen zu 1) moniert (Schriftsatz vom 08.07.2010), diese habe lediglich dargelegt, warum aus deren Sicht für eine Bestimmung nach § 116b Abs. 2 SGB V kein Bedarf besteht. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang darauf, dass keine Bedarfsprüfung i.S.d. Bedarfsplanung durchzuführen ist. Im Übrigen aber hat sich die Antragsgegnerin auf die mit § 116b SGB V verfolgten gesetzgeberischen Ziele bezogen. Deren Wiedergabe reicht naturgemäß nicht aus, um den situationsbezogenen Abwägungsausfall zu kompensieren. Soweit die Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 16.12.2010 darauf verweist, die Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) gebe keinen Aufschluss darüber, ob die im Planungsbereich zugelassenen Fachärzte auch entsprechend hochqualifizierte Leistungen anbieten, trifft das im Ergebnis nicht zu. Denn ausweislich des der Stellungnahme der Beigeladenen zu 1) beigefügten Schreibens der Gemeinschaftspraxis Dres. T u.a. vom 24.06.2008 wird substantiiert dargelegt, die von der Beigeladenen zu 3) beabsichtigten Katalogleistungen würden exakt dem Leistungsspektrum der niedergelassenen Leistungserbringer entsprechen. Hierzu verhalten sich die Äußerungen der Antragsgegnerin nicht.

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).

Vorbehaltlich der Anfechtungsberechtigung der Antragstellerin ist demzufolge die mit Bescheid vom 02.06.2010 angeordnete sofortige Vollziehung aufzuheben. Ein Anspruch auf sofortige Vollziehung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes existiert nicht.

(2) Die sofortige Vollziehung ist fehlerhaft angeordnet worden.

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 Antragsgegnerin die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht ausreichend begründet.

Allein eine unterstellte Rechtmäßigkeit des Bescheides vom 10.12.2009 rechtfertigt schon deswegen nicht den Sofortvollzug, weil hiervon nur der Bescheid als solcher getragen wird, indessen das für den Sofortvollzug gebotene "Mehr" nicht dargetan ist (Bescheid Seite 3 Absatz 3). Dass die Planungsentscheidungen der Landesbehörden gegenüber Individualinteressen vorrangig sein sollen, mag durchaus zu bezweifeln sein, rechtfertigt als zutreffend unterstellt indessen nicht den Sofortvollzug (Bescheid Seite 3 Absatz 4). Absatz 5 der Seite 3 des Bescheides ist in sich widersprüchlich, damit nicht verständlich und daher auch nicht geeignet, den Sofortvollzug zu tragen. Absatz 6 der Seite 3 des Bescheides hat einen lediglich deskriptiven und insoweit betreffend den Sofortvollzug keinen weiterführenden Inhalt. Seite 4 des Bescheids benennt die für eine Zulassung nach § 116b SGB V sprechenden Gründe, nicht jedoch, warum zusätzlich der Sofortvollzug geboten ist. Ausgehend von den Erwägungen der Antragsgegnerin müsste in jedem vergleichbaren Fall der Sofortvollzug angeordnet werden. Schon dies erscheint als fragwürdig und deutet darauf hin, dass die Antragsgegnerin den Sofortvollzug (nur) mit Argumenten unterlegt hat, die allenfalls den eigentlichen Bescheid (10.12.2009) rechtfertigen.

Dem Senat ist es verwehrt, eine unzureichende Begründung der Beklagten nachzubessern. Das folgt schon daraus, dass auch die Antragsgegnerin gehindert ist, eine fehlende Begründung nachzuholen (Senat, Beschluss vom 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 (Meschke in jurisPR-MedizinR 2/2009 Anm. 5; Pitschas in GesR 2010, 513 ff.; Müller in KHR 2010, 73 ff.; Blöcher in SGB 2010, 627 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 (z.B. 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 Duisburg, Beschluss vom 19.08.2010 - S 19 KA 14/10 ER -, Beschwerdeverfahren vor dem Senat zum Az. L 11 KA 109/10 B ER anhängig; 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 -, Revision anhängig zum Az. B 1 KR 1/11 R). 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 3) im selben räumlichen Bereich Leistungen anbieten. Mit Blick auf das faktische Konkurrenzverhältnis bedarf es 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 zur Überzeugung des Gerichts 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 (ggf. Gemeinschaftspraxis) 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. Die zu 1) beigeladene KV hat dies bestätigt. Soweit die Antragstellerin darüber hinaus versucht, eine unmittelbare und derzeitige wirtschaftliche Betroffenheit darzustellen, deuten die von ihr mitgeteilten Daten zwar daraufhin, dass die Zahl der von ihr mit den fraglichen Leistungen behandelten Patienten in einem relevanten Volumen zurückgegangen ist, was wiederum durch die zu 1) beigeladene KV bestätigt wird. Indessen kommt es hierauf nicht an, da losgelöst

hiervon jedenfalls glaubhaft gemacht ist, dass die durchschnittliche Zahl der vom zugelassenen Krankenhaus (mutmaßlich) mit den gleichen Leistungen behandelten Patienten aus dem Einzugsbereich der Vertragsarztpraxis 5 % der durchschnittlichen Gesamtfallzahl 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 -). Das trifft - wie dargelegt - nicht zu (so auch LSG Sachsen, Beschluss vom 03.06.2010 - L 1 KR 94/10 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 V 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.

(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. 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, a.a.O., S. 21 ff., 49 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 steht dem nicht entgegen, denn sie kann nicht abschließend sein. Der Drittschutz scheitert 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.). 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 (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 09.12.2009 - L 5 KA 2164/08 - zur Drittanfechtung einer Dialyse-zweigpraxisgenehmigung). 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. Die Schmälerung der Verdienstmöglichkeiten niedergelassener Vertragsärzte aus der budgetierten Gesamtvergütung infolge des Hinzutretens von Konkurrenten reicht mithin 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 -). 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, 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 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 -). Insoweit 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 insoweit 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 3), der von ihr auf Grundlage der Bestimmung behandelten Patienten und der diese an die Beigeladene zu 3) 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 (BVerfG, 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

einzu­schränken 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 Versicherten 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 zugrunde zulegenden 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 asymmetrischen 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 entfalteteten "Vorrangs"-Perspektive in der Rechtsprechung des BSG die Anfechtungsbefugnis (dritt)betreffender Vertragsärzte bejaht. Die Antragsgegnerin ist infolgedessen nicht nur allgemein verpflichtet, vielmehr haben die vertragsärztlichen Konkurrenten ein eigenes Recht darauf, dass die Antragsgegnerin vor der Bestimmung der Beigeladenen zu 3) die Interessen und die individuelle Betroffenheit derjenigen Ärzte analysiert, in die Abwägung einbezieht und erkennbar gewichtet, die im voraussichtlichen ambulanten Einzugsbereich der Beigeladenen zu 3) 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 Krankenhausplanungsbehörde 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.

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 3) eingeräumte Karenzzeit sieht der Senat im Interesse der Patienten als geboten aber auch ausreichend an, um begonnene Behandlungen abschließen zu können.

III.

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 3) günstige Entscheidung der

Antragsgegnerin auf sofortige Vollziehung 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 zugrundeliegende wirtschaftliche Interesse des Klägers. Dieses ist bei einer defensiven Konkurrentenklage schwerlich zu beziffern. Demzufolge kann auf die Kriterien des § 52 Abs. 2 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 -). In Anlehnung an den in Zulassungssachen für die Streitbestimmung zugrunde zulegenden Zeitraum von drei Jahren (BSG, Beschluss vom 12.10.2005 - B 6 KA 47/04 B -; Urteil vom 01.09.2005 - B 6 KA 41/04 R -) ergäbe sich im Hauptsacheverfahren ein Streitwert von 12 Quartale x 5000,00 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 (vgl. soeben), 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 allerdings als nicht mehr vertretbar (vgl. BVerfG NJW 1997, 311). Aus diesem Grunde kann im Beschwerdeverfahren ein Zeitraum von einem Jahr berücksichtigt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 16.06.2009 - L 11 B 3/09 KA -). Hieraus resultiert ein Streitwert von 20.000,00 EUR.

Die Kostenentscheidung folgt aus der entsprechenden Anwendung des § 197a Abs. 1 SGG in Verbindung mit § 154 Abs. 1 VwGO. Zwar ist die Antragstellerin insoweit unterlegen, als der Senat die Beigeladene zu 3) im Interesse der Patienten befugt, deren Behandlungen bis zum Ablauf des 31.10.2011 abzuschließen. Dies rechtfertigt indes keine abweichende Kostenentscheidung (§ 155 Abs. 1 Satz 3 VwGO). Der Beigeladenen zu 3) hat der Senat trotz Antragstellung keine Kosten nach § 154 Abs. 3 VwGO auferlegt, weil sie den Rechtsstreit im Hinblick auf die Vielzahl von ungeklärten Rechtsfragen in der Sache mit konstruktiven Schriftsätzen gefördert hat (str., vgl. die Nachweise bei Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage, 2007, § 154 Rdn. 8).

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar (§ 177 SGG).