

Lösungshinweise

Aufgabe 1

1.

Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 SGG ist die Klage zulässig, wenn der Kläger behauptet, durch den Verwaltungsakt oder durch die Ablehnung oder Unterlassung eines Verwaltungsakts beschwert zu sein.

K ist nicht Adressat des Beschlusses des Berufungsausschusses, eines Verwaltungsakts, so dass nicht von vornherein eine Klagebefugnis unterstellt werden kann. Es muss möglich sein, dass C in seinen Rechten verletzt wird (vgl. BSG, Urt. v. 17.10.2007 - B 6 KA 42/06 R - BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4 = ZMGR 2008, 262, juris Rn. 16 f.).

Die Rechtsprechung des **BSG** hat **seit 1991** unter Aufgabe der früheren Rechtsprechung eine Klagebefugnis verneint, weil die Zulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung bereits zugelassene Vertragsärzte nicht vor einer wirtschaftlich ungefährdeten Tätigkeit schütze. Lediglich für den Fall einer willkürlich erteilten Ermächtigung hatte das BSG eine Klagebefugnis bejaht (gl. BSG, Urt. v. 27.10.1987 - 6 RKa 57/86 - BSGE 62, 231 = SozR 2200 § 368b Nr. 4, juris Rn. 17; BSG, Urt. v. 29.09.1999 - B 6 KA 30/98 R - BSG SozR 3-1500 § 54 Nr. 40, juris Rn. 27).

**BVerfG**, 1. Sen. 2. Kammer, Beschl. v. 17.08.2004 – 1 BvR 378/00 – SozR 4-1500 § 54 Nr. 4 hat demgegenüber betont, eine defensive Konkurrentenklage ausschließlich bei besonders schweren materiellen Mängeln der Begründetheit einer angefochtenen Ermächtigungsentscheidung zuzulassen, werde der Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit nicht gerecht. Dem in § **116 Satz 2 SGB V** und § 31a I 2 Ärzte-ZV gesetzlich angeordneten Vorrang der niedergelassenen Vertragsärzte komme im Lichte dieses Grundrechts vor dem Hintergrund restriktiver Bedarfsplanung und limitierter Gesamtvergütungen auch drittschützende Wirkung in dem Sinne zu, dass diese Ärzte befugt seien, Krankenhausärzte begünstigende Ermächtigungsentscheidungen gerichtlich anzufechten. Solange gerichtlicher Rechtsschutz nur auf Willkürkontrolle beschränkt sei, bleibe ein Sektor der Berufsausübungsfreiheit ohne Überprüfung. Während der Krankenhausarzt gegen die Versagung einer Ermächtigung klagen könne, könne der niedergelassene Arzt bislang nicht gerichtlich überprüfen lassen, ob durch die Erteilung von Ermächtigungen zu seinen Lasten ein Überangebot entstehe. Die Zulassungsbeschränkungen und die Deckelung der Gesamtvergütung hätten das System des Vertragsarztrechts spätestens seit dem GSG verändert. Dem Aspekt einer quantitativ begrenzten Konkurrenz komme für die Berufsausübung des einzelnen Vertragsarztes wegen der budgetierten Gesamtvergütung wachsende Bedeutung zu. Die Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung erfordere die Befugnis des Grundrechtsträgers, die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben für die Erteilung einer Ermächtigung zur gerichtlichen Überprüfung zu stellen. Die Einbindung der Vertragsärzte in das System der gesetzlichen Krankenversicherung, das ihnen einen Vorrang gegenüber anderen Ärzten garantiere, korreliere mit dem Anspruch auf Rechtsschutz bei Vernachlässigung der gesetzgeberischen Entscheidung durch die Zulassungsgremien. Die verfahrensmäßige Absicherung des Grundrechtsschutzes setze nicht erst bei Willkür ein. Die verfahrensrechtliche Absicherung der Vorrangstellung der Vertragsärzte begegne unter dem Gesichtspunkt der Prozesspraktikabilität keinen Bedenken. Die Ermächtigung von Krankenhausärzten berühre zwar gelegentlich - je nach Gebiet - zahlreiche niedergelassene Ärzte. § 75 Abs. 2a SGG gebe den Gerichten in Massenverfahren die Möglichkeit, über die Beiladung in einem vereinfachten Verfahren zu entscheiden.

Dem ist die Rechtsprechung des **BSG** gefolgt. Danach ist zunächst zu klären, ob der Vertragsarzt oder die Berufsausübungsgemeinschaft berechtigt ist, die dem konkurrierenden Arzt erteilte Begünstigung (z.B. Zulassung, Ermächtigung) anzufechten. Ist das zu bejahen, muss geprüft werden, ob die den Dritten begünstigende Entscheidung in formeller und materieller Hinsicht rechtmäßig ist (BSG, Urt. v. 28.10.2009 - B 6 KA 42/08 R - SozR 4-5520 § 24 Nr. 3 = BSGE 105, 10 = GesR 2010, 211 = ZMGR 2010, 102 = USK 2009-103 = MedR 2010, 511, juris Rn. 17). Die Auslegungsfrage, ob den einschlägigen Regelungen drittschützende Wirkung entnommen werden kann, ist hier nicht der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs (des Widerspruchs bzw. der Klage) zuzuordnen. Unzulässig ist ein Rechtsbehelf nur dann, wenn durch den angefochtenen Verwaltungsakt offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise Rechte des Klägers verletzt sein. Die Überprüfung im Einzelnen, ob

eine Rechtsnorm drittschützenden Charakter hat, erfolgt erst im Rahmen der Begründetheit. Dementsprechend hat der Kläger eine Klagebefugnis (vgl. BSG, Urt. v. 07.02.2007 - B 6 KA 8/06 R - SozR 4-1500 § 54 Nr. 10 = BSGE 98, 98 = GesR 2007, 369 = MedR 2007, 499 = NZS 2008, 105, juris Rn. 16).

## 2.

Die Entscheidung des Berufungsausschusses ist rechtswidrig, wenn die Ermächtigung gegen § 116 SGB V i.V.m. § 31a Ärzte-ZV verstößt.

Nach § 116 Satz 2 SGB V (ebs. § 31a Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV) ist die Ermächtigung zu erteilen, soweit und solange eine ausreichende ärztliche Versorgung der Versicherten ohne die besonderen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden oder Kenntnisse von hierfür geeigneten Krankenhausärzten nicht sichergestellt wird.

Der in dieser Formulierung zum Ausdruck kommende **Vorrang der niedergelassenen Vertragsärzte** gilt für den gesamten Bereich der ambulanten Krankenversorgung und mithin auch für die konsiliarische Tätigkeit von Ärzten. Nicht nur die eigenverantwortliche ambulante Behandlung, sondern auch die Beratung und Unterstützung eines anderen Vertragsarztes bei dessen Behandlung obliegen in erster Linie den entsprechend weitergebildeten und qualifizierten Vertragsärzten. Die besonderen Kenntnisse und Erfahrungen eines Krankenhausarztes reichen für sich allein nicht aus, um eine Ermächtigung zur vertragsärztlichen Versorgung zu rechtfertigen. Für die vertragsärztliche Versorgung können diese speziellen Kenntnisse und Erfahrungen erst von Bedeutung sein, wenn sie sich in einem besonderen Leistungsangebot niederschlagen. Es muss sich dabei um Leistungen handeln, die im Rahmen einer ausreichenden ambulanten ärztlichen Versorgung benötigt und von den niedergelassenen Ärzten nicht oder nicht ausreichend angeboten werden (vgl. BSG, Urt. v. 27.06.2001 - B 6 KA 39/00 R - KRS 01.083 = USK 2001-166, juris Rn. 16 u. 18). Dies setzt einen quantitativ-allgemeinen oder einen qualitativ-speziellen Versorgungsbedarf voraus, bei dessen Überprüfung und Feststellung die Zulassungsgremien über einen der gerichtlichen Nachprüfung nur eingeschränkt zugänglichen Beurteilungsspielraum verfügen. Ein **quantitativ-allgemeiner Bedarf** liegt vor, wenn in einem Planungsbereich in einer Arztgruppe zu wenige niedergelassene Ärzte vorhanden sind, um den Bedarf zu decken. Das Vorliegen eines **qualitativ-speziellen Bedarfs** setzt voraus, dass ein Krankenhausarzt besondere, für eine ausreichende Versorgung notwendige Untersuchungs- und Behandlungsleistungen anbietet, die von den niedergelassenen Ärzten nicht bzw. nicht in erforderlichem Umfang erbracht werden (vgl. BSG, Urt. v. 30.01.2002 - B 6 KA 12/01 R - SozR 3-2500 § 116 Nr. 24 = MedR 2002, 529 = KRS 02.028 = USK 2002-89, juris Rn. 18 bis 20; BSG, Urt. v. 12.09.2001 - B 6 KA 86/00 R - SozR 3-2500 § 116 Nr. 23, juris Rn. 18, jeweils m. w. N.). Maßstab für die Bedarfsprüfung ist grundsätzlich der **Planungsbereich**.

Bei der Beurteilung, ob bzw. inwieweit die bereits zugelassenen Ärzte eine ausreichende Versorgung gewährleisten oder ob in diesem Versorgungsbereich der Versorgungsbedarf nicht gedeckt ist, verfügen die Zulassungsgremien in weitem Umfang über einen gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbaren **Beurteilungsspielraum**. Ihre Beurteilung ist durch das Zusammenspiel einer Vielzahl von Faktoren geprägt. Einen Beurteilungsspielraum haben die Zulassungsgremien zunächst bei der Frage nach dem Umfang der erforderlichen Ermittlungen im Zusammenhang mit der Bewertung, Gewichtung und Abwägung der ermittelten Tatsachen. Sie haben einen Beurteilungsspielraum aber auch - und vor allem - bei der schlussfolgernden Bewertung, ob und inwieweit der Versorgungsbedarf bereits durch das Leistungsangebot der zugelassenen Ärzte gedeckt ist oder ob noch ein Versorgungsbedarf besteht. Liegen Leistungsangebote von Ärzten vor, so ist bei der Frage der Deckung des Versorgungsangebots deren Erreichbarkeit mitzuberücksichtigen; den Versicherten - das gilt auch für Fälle von Kindern - sind weitere Wege umso eher zuzumuten, je spezieller die betroffene Qualifikation ist. Soweit die Zulassungsgremien z.B. dem Umfang der Leistungserbringung durch die bereits zugelassenen Ärzte entscheidende Bedeutung beimessen, muss ihr Beurteilungsergebnis auf ausreichend fundierte Ermittlungen gegründet sein. Ihnen obliegt es, diejenigen Ärzte bzw. Praxen, die solche Leistungen möglicherweise bereits erbringen bzw. erbringen können, zu befragen und deren Angaben, da diese interessenorientiert sein könnten, anhand ihnen zugänglicher weiterer Unterlagen - insbesondere der sog. Anzahlstatistiken - zu verifizieren. Einen Beurteilungsspielraum haben sie hingegen nicht bei der Frage, wie weit sie ihre Ermittlungen erstrecken. Denn der Umfang ihrer Ermittlungen ist durch § 21 SGB X vorgegeben; die Ermittlung des Sachverhalts muss das nach pflichtgemäßem Ermessen erforderliche Maß ausschöpfen, d.h. so weit gehen, wie sich weitere

Ermittlungen als erforderlich aufdrängen. Die Ermittlungen der Zulassungsgremien zur Bedarfsdeckung müssen sich an der Versorgungsrealität ausrichten. Deshalb kommt Angaben über die Zahl der im betroffenen Planungsbereich zugelassenen Vertragsärzte und deren Fallzahlen allenfalls indizielle Aussagekraft zu. Wenn z.B. Ärzte bei Anwendung eines statistischen Fallzahlvergleichs nicht ausgelastet sind, zusätzliche Patienten aber nicht versorgen wollen, besteht lediglich ein potenzielles, nicht aber ein reales Versorgungsangebot. Nur eine Versorgung, die den Versicherten tatsächlich zur Verfügung steht, kann ihren Versorgungsbedarf decken (vgl. BSG, Urt. v. 02.09.2009 - B 6 KA 34/08 R – BSGE 104, 116 = SozR 4-2500 § 101 Nr. 7, juris Rn. 15-17).

Der Berufungsausschuss hat weder ermittelt, ob die strittigen Leistungen auch von den niedergelassenen Ärzten erbracht werden und welche Behandlungskapazitäten bei diesen noch vorhanden sind. Eine Ermächtigung aus quantitativen Gründen kommt nur in Betracht, wenn K und L nicht ausreichende Kapazitäten haben. Eine Ermächtigung aus qualitativen Gründen kann nicht mit der „besseren“ Qualifikation des C begründet werden, da K und L gleichfalls berechtigt sind, diese Leistungen zu erbringen und jedenfalls K hierzu auch bereit ist.

### 3.

Insofern kommt allenfalls eine Ermächtigung mit einem sog. Facharztfilter in Betracht, nach der C nur aufgrund von Überweisungen eines Gastroenterologen ermächtigt wird.

### 4.

K begehrt die Aufhebung eines Verwaltungsaktes, der einem anderen - dem K - erteilt und durch den diesem erlaubt wurde, bestimmte Leistungen, die auch er selbst anbietet, im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung zu erbringen und abzurechnen. Er kann durch jenen Verwaltungsakt nur mittelbar bzw. nur durch dessen wirtschaftliche Auswirkungen betroffen sein. Dies reicht im Regelfall für eine rechtliche Betroffenheit und damit für die Annahme einer Anfechtungsbefugnis nicht aus, denn die Rechtsordnung gewährt bei der Ausübung beruflicher Tätigkeiten grundsätzlich keinen Schutz vor Konkurrenz. Demgemäß haben Marktteilnehmer regelmäßig keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben, insbesondere nicht darauf, dass Konkurrenten vom Markt fernbleiben.

Während bei der sog. **offensiven Konkurrentenklage**, bei der mehrere Bewerber um die Zuerkennung einer nur einmal zu vergebenden Berechtigung streiten (auch als Mitbewerberklage bezeichnet), die Anfechtungsbefugnis aus der eigenen Grundrechtsbetroffenheit jeden Bewerbers, kann bei der sog. **defensiven Konkurrentenklage** zur Abwehr eines zusätzlichen Konkurrenten, wie sie vorliegend von K verfolgt wird, eine Anfechtungsbefugnis nicht aus materiellen Grundrechten abgeleitet werden, weil - wie ausgeführt - diese keinen Anspruch auf Fernhaltung anderer begründen. Eine Befugnis zur Abwehr des Konkurrenten kann sich nur aus einschlägigen sog. einfach-rechtlichen Regelungen ergeben. Dies ist lediglich der Fall in der besonderen Konstellation, dass den Bestimmungen, auf die sich die Rechtseinräumung an den Konkurrenten stützt, ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen ist, die schon eine Position am Markt innehaben, wenn also die einschlägigen Bestimmungen diesen einen sog. Drittschutz vermitteln. Bei der Auslegung, ob den einschlägigen gesetzlichen Regelungen eine solche drittschützende Wirkung entnommen werden kann, sind die Besonderheiten des jeweils betroffenen Sachbereichs zu berücksichtigen (vgl. BSG, Urt. v. 07.02.2007 - B 6 KA 8/06 R - SozR 4-1500 § 54 Nr. 10 = BSGE 98, 98 = GesR 2007, 369 = MedR 2007, 499 = NZS 2008, 105, juris Rn. 15 f.).

Ob eine Rechtsnorm drittschützenden Charakter hat, erfolgt erst im Rahmen der Begründetheit. Hierfür hat das BSG für § 116 SGB V folgende Voraussetzungen aufgestellt (vgl. zuletzt SozR 4-5520 § 24 Nr. 3 = BSGE 00 = GesR 2010, 211 = ZMGR 2010, 102 = USK 2009-103 = MedR 2010, 511, juris Rn. 19):

1. Der Status des anfechtenden Vertragsarztes hat Vorrang vor demjenigen des durch den Verwaltungsakt begünstigten Arztes. Ein solches **Vorrang-Nachrang-Verhältnis** ist im Verhältnis eines Zulassungsinhabers zu einem Krankenhausarzt gegeben, der auf der Rechtsgrundlage des § 116 SGB V i.V.m. § 31a Ärzte-ZV eine Ermächtigung beansprucht bzw. erhält; denn eine Ermächtigung darf einem Krankenhausarzt lediglich im Falle eines durch die zugelassenen Ärzte nicht gedeckten Bedarfs erteilt werden.

2. Der Anfechtende bietet **im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen** wie der Begünstigte an. Diese Voraussetzung liegt vor, da K wie C gastroenterologisch im selben Planungsbereich und in unmittelbarer Entfernung von C tätig ist.
3. Dem Konkurrenten wird die **Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt**. Dies ist hier mit der Ermächtigung der Fall.

## Aufgabe 2

Das GKV-WSG fasste § 116b Abs. 2 SGB V wie folgt:

„(2) Ein zugelassenes Krankenhaus ist zur ambulanten Behandlung der in dem Katalog nach Absatz 3 und 4 genannten hochspezialisierten Leistungen, seltenen Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen berechtigt, wenn und soweit es im Rahmen der Krankenhausplanung des Landes auf Antrag des Krankenhausträgers unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation dazu bestimmt worden ist. Eine Bestimmung darf nicht erfolgen, wenn und soweit das Krankenhaus nicht geeignet ist. Eine einvernehmliche Bestimmung mit den an der Krankenhausplanung unmittelbar Beteiligten ist anzustreben.“

Zuvor konnten die Krankenkassen, die Landesverbände der Krankenkassen oder die Verbände der Ersatzkassen mit zugelassenen Krankenhäusern Verträge über die ambulante Erbringung hochspezialisierter Leistungen sowie zur Behandlung seltener Erkrankungen und Erkrankungen mit besonderen Krankheitsverläufen schließen, sofern diese Leistungen und diese Behandlung in dem Katalog nach Absatz 3 enthalten waren. In den Verträgen war das Nähere über die Durchführung der Versorgung, insbesondere der Nachweis der Einhaltung der sächlichen und personellen Anforderungen an die ambulante Leistungserbringung des Krankenhauses, zu regeln.

§ 116b Abs. 2 SGB V

- lässt die Krankenhäuser als stationäre Leistungserbringer zur ambulanten Versorgung abseits des Sicherstellungsauftrags der Kassenärztlichen Vereinigung (§ 75 Abs. 2 SGB V) zu;
- die Zulassung erfolgt unabhängig von einer Bedarfsprüfung;
- die Zulassungsgremien (§§ 96, 97 SGB V) als Teil der sog. gemeinsamen Selbstverwaltung sind nicht beteiligt; die Kassenärztliche Vereinigung und die Landesverbände der Krankenkassen sind nur im Rahmen des Einvernehmens beteiligt und haben kein Klagerecht gegen eine Bestimmung;
- die Kompetenzen gehen auf das Land als für den Krankenhausplan Verantwortlichen über;
- die Bedarfsplanung (§§ 99 ff. SGB V) ist ohne Bedeutung;
- abseits des § 95 Abs. 1 SGB V wird eine weitere Teilnahmeform neben Zulassung und Ermächtigung geschaffen;
- die Vergütung erfolgt zusätzlich von den Krankenkassen und wird nicht auf die Gesamtvergütung angerechnet (§ 116b Abs. 5 SGB V).