

L 5 KA 3725/09 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung
5
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 11 KA 3390/09 ER
Datum
21.07.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KA 3725/09 ER-B
Datum
12.03.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze

Eine Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen darf nach den maßgeblichen gesetzlichen Regelungen einem Arzt oder einer Einrichtung nur erteilt werden, wenn hohe persönliche und sachliche Anforderungen erfüllt werden. So ist unter anderem auch eine Bedarfsprüfung wie auch eine Prüfung der Geeignetheit und Zuverlässigkeit des Arztes durchzuführen.

Die Konkurrentenklage gegen eine solche Genehmigung ist zulässig.

Auf die Beschwerde des Antragstellers wird der Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2009 aufgehoben und die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung vom 12. März 2009 zur Durchführung künstlicher Befruchtungen in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. Mai 2009 wiederhergestellt.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten beider Rechtszüge mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen, die dieser selber trägt.

Gründe:

I.

Zwischen den Beteiligten steht im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes die Anordnung der sofortigen Vollziehung der dem Beigeladenen erteilten Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen nach [§ 121a](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) im Streit.

Der Antragsteller ist Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe, Gynäkologische Endokrinologie und Fortpflanzungsmedizin und nimmt mit Vertragsarztsitz in Karlsruhe an der vertragsärztlichen Versorgung teil. Er verfügt außerdem über eine von der Antragsgegnerin erteilte Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen nach [§ 121a Abs. 2 SGB V](#), die unter der Bezeichnung "Karlsruher IVF Programm" durchgeführt werden.

Der Beigeladene ist ebenfalls Facharzt für Frauenheilkunde und Geburtshilfe und nimmt bislang mit Vertragsarztsitz in Baden-Baden an der vertragsärztlichen Versorgung teil.

Am 21. August 2008 beantragte der Beigeladene bei der Antragsgegnerin die Erteilung einer Genehmigung nach [§ 121a Abs. 2 SGB V](#) zur Durchführung der Leistungen in den Räumen des Kreiskrankenhauses Rastatt (Blatt 77 bzw. 93 Verwaltungsakte - VA -). Dem Antrag ist der Zusatz beigefügt, dass der Praxissitz im Falle der Genehmigungserteilung dorthin verlegt werde. In einem nachgereichten Schreiben vom 14. November 2008 stellte der Antragsteller hierzu klar, dass die gesamte vertragsärztliche Tätigkeit grundsätzlich im geplanten Zentrum für Reproduktionsmedizin in Rastatt stattfinden werde. Sollte er doch einmal in Baden-Baden eine Operation oder Behandlung durchführen wollen, werde er die zuständigen Behörden hierüber informieren oder entsprechend eine Nebenbetriebsstätte beantragen.

In einem ersten Umlaufverfahren haben von sechs Kommissionsmitgliedern der Antragsgegnerin fünf dem Antrag nicht zugestimmt, wobei ein Kommissionsmitglied, Dr. W. (im Folgenden Dr. W.), sehr ausführlich auf Kritikpunkte verwies (u. a. auch die Frage ansprach, ob es zutrefte, dass der Beigeladene in der Vergangenheit ohne die erforderliche Genehmigung bereits fortpflanzungsmedizinische Behandlungen vorgenommen habe und ob es in dem Zusammenhang entsprechende Verfahren gegeben habe - siehe hierzu Blatt 113/106 und 128 VA). Ausweislich des Protokolls der Kommission vom 20. Oktober 2008 (Blatt 133 VA) haben sich die Kommissionsmitglieder dafür ausgesprochen, da bisher keine Kriterien für die in [§ 121a](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung - (SGB V) u. a.

geforderte Bedarfsgerechtigkeit und Wirtschaftlichkeit vorhanden seien, entsprechende Bedarfskriterien zu erarbeiten.

Mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 teilte im weiteren die Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg (KV) mit: "Die bereits vorhandenen Praxen mit Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen im nördlichen Teil des Einzugsgebiets von Baden-Baden/Rastatt als dem Ort der Niederlassung des Antragstellers (gemeint ist der Beigeladene) genügen unseres Erachtens für eine ausreichende Versorgung. Südlich davon und insbesondere für die Ortenau sehen wir jedoch noch Versorgungspotential, auch wenn uns eine Bedarfsprüfung im klassischen Sinne nicht zusteht. Wir können somit sowohl für den Antragsteller als auch für die vorhandenen Praxen bestätigen, dass seitens der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg keine Zweifel an der Gewährleistung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Durchführung von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bestehen."

In einem an den Beigeladenen gerichteten Schreiben der Antragsgegnerin vom 5. November 2008 (Blatt 135/134 VA) wird u. a. darauf verwiesen, dass sich die Kommission vorbehalte, die Bedarfssituation eingehend zu prüfen.

Im weiteren Protokoll der Kommission vom 12. Januar 2009 (Blatt 196/195 VA) wird ausgeführt: "Zum Kriterium "Gewähr für eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Durchführung der IVF-Maßnahmen" teilt die Kassenärztliche Vereinigung Baden-Württemberg mit Schreiben vom 20. Oktober 2008 mit, dass seitens der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg keine Zweifel an der Gewährleistung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Durchführung von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft für den Antragsteller (gemeint hier der Beigeladene) bestehen."

Mit Vorstandsbeschluss vom 18. Februar 2009 (Bescheid vom 12. März 2009 - siehe Blatt 213/222 VA) erteilte die Antragsgegnerin die beantragte Genehmigung mit folgenden Auflagen:

1. Die Anstellungs- und Kooperationsverträge, die mit dem Teammitgliedern getroffen werden, sind noch ergänzend vorzulegen. 2. Zur abschließenden Überprüfung der ordnungsgemäßen Einrichtung und Ausstattung der Praxis führt die Kommission eine Begehung durch.

Dagegen erhob der Antragsteller bereits am 17. Februar 2009 (Blatt 218 VA) und nach Kenntniserlangung vom Genehmigungsbescheid nochmals am 18. März 2009 Widerspruch (Blatt 239 VA), den die Antragsgegnerin mit Widerspruchsbescheid vom 4. Mai 2009 (Blatt 267 VA) zurückwies (Ziff. 1), wobei sie zugleich auch die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 12. März 2009 anordnete (Ziff. 2).

Hiergegen hat der Antragsteller am 15. Mai 2009 Klage zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben (Az. S 11 KA 3388/09) und zugleich Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gestellt ([S 11 KA 3390/09 ER](#)). Zur Begründung hat der Bevollmächtigte im Wesentlichen vorgebracht, die Genehmigung sei rechtswidrig und verletze den Antragsteller in seinen Rechten. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) habe in seiner Entscheidung zur Zulässigkeit der defensiven Konkurrentenklage niedergelassener Vertragsärzte gegenüber der Ermächtigung von Krankenhausärzten (Beschluss vom 17. August 2004 - [1 BvR 378/00](#)) ausgeführt, dass die Leistungserbringer im System der gesetzlichen Krankenversicherung durch jede Öffnung ihres gesetzlich regulierten Markts für Dritte belastet würden. Eine Wettbewerbsveränderung, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge habe, könne das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel stehe. Dieser vergleichbaren Situation sehe sich der Antragsteller durch die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) ausgesetzt. Nach dem Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen der schon im System tätigen Ärzte, insbesondere im Rahmen der Feststellung des Leistungsbedarfs, der Leistungsfähigkeit und Wirtschaftlichkeit der Anbieter hätte die Genehmigung nicht erteilt werden dürfen. Der Markt sei insofern staatlich durch die Regelung des SGB V reguliert. Der Drittschutz greife hier zugunsten des Antragstellers unter drei Gesichtspunkten: Der Beigeladene werde im gleichen Einzugsbereich wie der Antragsteller tätig (Entfernung ca. 40 km) und biete IVF-Leistungen an. Er habe hiermit bereits begonnen, indem Termine vergeben würden. Dem Beigeladenen werde durch die Genehmigung der so genannte "Basis-Status" erteilt, das bedeute, er erhalte erstmals Zugang zu diesem Leistungsbereich der vertragsärztlichen Versorgung, der hohe Zugangshürden in genehmigungsrechtlicher Hinsicht, wie auch im Bezug auf die Investition in technische sowie personelle Ausstattung aufweise. Der Status des Beigeladenen sei gegenüber dem des Antragstellers nachrangig, da dieser bereits zugelassen sei und kein Versorgungsbedarf im Einzugsbereich der beiden Konkurrenten bestehe. Die bereits zugelassenen IVF-Zentren müssten neben den vertragsärztlichen Vorschriften eine ganze Reihe von Anforderungen erfüllen, die hohe wirtschaftliche Belastungen nach sich ziehen würden. Dies könnten sie nur dann in sachgerechter Art und Weise tun, wenn hierauf im Rahmen der Zulassung von Konkurrenten Rücksicht genommen werde. Genau aus diesem Grunde bestehe ein staatlich reguliertes System, das die hohe Qualität der Versorgung sichern solle. Die Vorschrift des [§ 121a SGB V](#) habe drittbeschützenden Charakter. Denn sie betreffe einen Sonderbereich. Obwohl nämlich beide Konkurrenten bereits zugelassene Vertragsärzte seien, werde nicht nur eine weitere Abrechnungsmöglichkeit eröffnet, sondern grundsätzlich die Ausrichtung der Praxis auf die Leistungen der künstlichen Befruchtung festgelegt. Die Entscheidung habe Berufswahlcharakter. Nicht umsonst bedürfe es einer separaten Genehmigung. Um wirtschaftlich und mit hoher Qualität arbeiten zu können, bedürfe es auch eines konstanten Leistungsaufkommens. Aus diesem Grunde sei auch regelmäßig der tatsächliche Bedarf an fortpflanzungsmedizinischen Leistungen Grundlage einer Genehmigung. Daraus folge, dass es sich hier nicht nur um eine zusätzliche Abrechnungsgenehmigung handele, sondern um den Zugang zum Hauptleistungsbereich der Praxis. Der "Basis-Status" sei damit betroffen. Es liege ein für Dritte gesetzlich regulierter Markt vor. Die Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) sei nicht zwingend zu erteilen und sei auch in den letzten Jahrzehnten nur in Bedarfsfällen erteilt worden. An einem solchen Bedarf fehle es vorliegend. Ferner befinde sich der Beigeladene auch im direkten Einzugsbereich des Antragstellers und damit in einem Konkurrenzverhältnis. Der Antragsteller versorge einen ganz maßgeblichen Anteil der Patienten im direkten Einzugsbereich des Beigeladenen (wird noch im Einzelnen weiter dargetan). Das bedeute, die Konkurrenzsituation sei hier gegeben und werde ruinös verschärft, wenn diese Patienten aus dem Einzugsbereich des Antragstellers zum Beigeladenen abwandern würden. Zudem seien die Genehmigungsvoraussetzungen des [§ 121a SGB V](#) nicht nachgewiesen. Auch überschritten die mit der Genehmigung verbundenen Auflagen bei weitem den möglichen Aufgabenumfang und seien dem Charakter nach im Rahmen des [§ 121a SGB V](#) überhaupt nicht auflagefähig, da es sich um die Erfüllung elementarer Genehmigungsvoraussetzungen handele, die vorab vorliegen müssten. So böte der Beigeladene keine Gewähr für eine ordnungsgemäße Versorgung und die bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Durchführung der Maßnahme, da die entsprechenden Kooperationsverträge nicht vorgelegt worden seien, die vorab erforderlichen Genehmigungen nach den [§§ 20b, 20c AMG](#) nicht vorliegen würden und die Wirtschaftlichkeit der Einrichtung nicht geprüft worden sei. Außerdem sei die Genehmigung nicht im Benehmen mit der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung (KV) erteilt worden, da diese festgestellt habe, dass ein Bedarf nicht gegeben sei. Hieraus folge

insgesamt, dass der Antragsteller rechtlich betroffen sei, insbesondere auch dadurch, dass offensichtlich ein IVF-Zentrum unter ganz anderen Vorzeichen zugelassen werden sollte, nämlich vorbei an den gesetzlichen Vorschriften, die jedes andere IVF-Zentrum einhalte. Der Antragsteller habe mit sehr hohem finanziellen Aufwand alle Genehmigungen im Vorfeld eingeholt, um die Praxis als Einrichtung nach [§ 121a SGB V](#) betreiben zu können und müsse einen hohen Aufwand zur Einhaltung der Qualitätsstandards betreiben und sei insoweit auf die Einhaltung der Schutzkriterien des [§ 121a SGB V](#), die auch zu seinen Gunsten bestünden, angewiesen. Nur so könne er die Gewähr für Wirtschaftlichkeit und hohe Qualität in der Versorgung des Patienten bieten. Insofern habe [§ 121a SGB V](#) drittschützenden Charakter. Aus den genannten Gründen sei auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung rechtswidrig. So bedürfe es eines erhöhten Vollzugsinteresses hier, welches nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 5](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) entweder im öffentlichen Interesse oder im besonderen Interesse eines der Beteiligten liegen könne. Im vorliegenden Fall begründe die Antragsgegnerin ihre Entscheidung, die sofortige Vollziehung des Bescheides vom 12. März 2009 anzuordnen, in erster Linie damit, dass der Rechtsbehelf in der Sache erfolglos gewesen sei. Eine Interessenabwägung unter Einbeziehung der Interessen des Antragstellers finde demgegenüber nicht statt. Ungeachtet dessen, dass der angefochtene Bescheid vom 12. März 2009 rechtswidrig sei und den Antragsteller in seinen Rechten verletze, komme es für die Frage des Sofortvollzuges auf die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes nicht an. Die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes sei Voraussetzung für seinen Erlass, nicht jedoch Rechtfertigung für den Vollzug. Die erfolgte Anordnung der sofortigen Vollziehung sei zudem mit Blick auf die mit der Genehmigung verbundenen Auflagen rechtswidrig. Wenn Inhalt der Auflage sei, erst einmal die Genehmigungsvoraussetzungen zu schaffen, mache es keinen Sinn, die sofortige Vollziehbarkeit eines solchen Bescheides anzuordnen.

Die Antragsgegnerin ist dem entgegen getreten und hat geltend gemacht, dass vorliegend keine drittschützende Norm verletzt sei, [§ 121a SGB V](#) stelle keine drittschützende Norm dar. So setze der vom Antragsteller angeführte Beschluss des BVerfG vom 17. August 2004 voraus, dass eine Öffnung des "gesetzlich regulierten Marktes für Dritte" erfolge. Eine solche Marktöffnung für "Dritte" stelle die Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) gerade nicht dar, weil die Genehmigung zur Durchführung der künstlichen Befruchtung nur an Ärzte erteilt werde, die bereits zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen seien. Dem Beigeladenen sei daher durch die streitgegenständliche Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen gerade nicht ein so genannter "Basis-Status" gewährt worden. Aus [§ 121a SGB V](#) lasse sich darüber hinaus auch kein Vorrangverhältnis zugunsten des Klägers ableiten. So werde auch von der ganz überwiegenden Auffassung anerkannt, dass trotz des Wortlauts des [§ 121a Abs. 3 SGB V](#) ein Anspruch auf die Genehmigung bestehe, wenn die fachlich-sachlichen Voraussetzungen vorliegen würden und ein Bedarf bejaht werde (mit entsprechenden Nachweisen). Im Wortlaut dieser Norm sei kein Vorrangverhältnis zugunsten eines anderen Leistungserbringers statuiert, wie dies etwa in [§ 116 Satz 2 SGB V](#) erfolgt sei. Die von [§ 121a SGB V](#) verlangte Leistungsfähigkeit der Einrichtung liege vor. Hierzu zählten nicht die Bestimmungen des AMG, über die die zuständige Behörde zu befinden habe. Die Prüfung dieser Voraussetzungen unterliege nicht der Kompetenz der Antragsgegnerin und sei umgekehrt auch nicht von der Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) umfasst. Die Anordnung der sofortigen Vollziehung sei ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden. Eine Anhörung des Antragstellers sei erfolgt, die zudem noch im gerichtlichen Verfahren nachgeholt werden könne. Die Antragsgegnerin sei sich der Bedeutung der widerstreitenden Interessen bewusst gewesen und habe dies in eine Abwägung eingestellt. Dabei sei das wirtschaftliche Interesse des Beigeladenen und der weiteren kooperierenden Ärzte höher bewertet worden als das Interesse des Antragstellers. Des Weiteren sei es durchaus richtig, auf die Erfolgsaussichten von Rechtsbehelfen bei der Interessenabwägung ergänzend abzustellen. Zwar sei umstritten, ob die Aussichten des Rechtsbehelfs in die Bewertung einfließen sollten. Dies werde aber in Literatur und Rechtsprechung bejaht, weil andererseits an einem unrechtmäßigen Verwaltungsakt kein Vollzugsinteresse bestehen könne, aber umgekehrt bei einem unberechtigten Rechtsbehelf ohne Erfolgsaussichten sich die Interessen des Klägers auf eine bloße Verzögerung beschränken könnten.

Der Beigeladene hat noch ausgeführt, er sei der Auffassung, der Antragsteller sei durch die Genehmigung nicht in eigenen Rechten verletzt. Es habe für eine Genehmigung des Beigeladenen nach [§ 121a Abs. 2 SGB V](#) keine Bedarfsplanung in Form etwaiger Zulassungsbeschränkungen gegeben. Der Antragsteller befinde sich auch nicht im selben Einzugsgebiet wie der Beigeladene. Die Praxen befänden sich in ca. 30 km Entfernung zueinander. Der Antragsteller befinde sich in einer Großstadt mit ca. 290.000 Einwohnern, der Landkreis Rastatt weise ebenfalls nochmals ca. 230.000 Einwohner auf. Im direkten Gebiet um den Antragsteller seien nach Kenntnis des Beigeladenen keine entsprechenden Genehmigungen erteilt worden. Zum Vergleich seien im Raum Stuttgart beispielsweise alleine drei Genehmigungen zur Durchführung künstlicher Befruchtungen erteilt worden. Die Stadt Freiburg mit nur ca. 200.000 Einwohnern weise allein zwei Zentren auf, Tübingen mit ca. 80.000 Einwohnern besitze ebenfalls zwei IVF-Zentren. Diese Zahlen zeigten, dass der Antragsteller sehr illusorisch ein überdimensionales Einzugsgebiet vor Konkurrenz schützen wolle. Den Urteilen des BSG sei immer wieder zu entnehmen, dass derartige Begehren nicht durchdringen könnten, wenn Dritte nur mittelbar bzw. nur durch die wirtschaftlichen Auswirkungen des Bescheides betroffen seien. Auch sei nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG und des BSG nur maßgebend, ob ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis im Bezug auf die Ausübung ambulanter ärztlicher Versorgung bestehe. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Der Beigeladene erstrebe eine Tätigkeit, die mit derjenigen des Antragstellers identisch sei. Dies sei nicht zu vergleichen mit einer Ermächtigung, wo es den Krankenhausärzten nur ausnahmsweise erlaubt werde, auch in dem den niedergelassenen Ärzten vorbehaltenen Bereich der ambulanten Versorgung tätig zu werden. Dies sei vorliegend nicht der Fall. Der Beigeladene erstrebe eine Tätigkeit, die mit derjenigen des Antragstellers identisch sei. Richtig sei, dass der Markt durch staatliche Regelungen im SGB V reguliert werde. Dies schütze jedoch den einzelnen Arzt nicht vor unliebsamer Konkurrenz.

Mit Beschluss vom 21. Juli 2009 hat das SG den Antrag auf Gewährung einstweiligen Rechtsschutzes abgelehnt. Es hat hierbei die Auffassung vertreten, dass der vorliegende Aussetzungsantrag sachdienlich auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage nunmehr gerichtet sei. Er sei jedoch unbegründet. Die streitbefangene Anordnung der sofortigen Vollziehung im Widerspruchsbescheid der Antragsgegnerin genüge den formalen Anforderungen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Das Interesse an der sofortigen Vollziehung sei hinreichend schriftlich begründet worden. Die Eilentscheidung in Anfechtungssachen verlange vom Gericht eine eigene originäre Entscheidung unter Abwägung der betroffenen Interessen, wobei das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsaktes und das durch [Art. 19 Abs. 4](#) Grundgesetz (GG) verfassungsrechtlich geschützte Aussetzungsinteresse gegeneinander abzuwägen seien. Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung seien auch die Erfolgsaussichten des Hauptsacherechtsbehelfs in die Betrachtung mit einzubeziehen. Die danach gebotene Interessenabwägung führe hier zu einem Überwiegen der Interessen des Beigeladenen gegenüber dem Aussetzungsinteresse des Antragstellers. Denn bei der im Eilverfahren gebotenen, aber zugleich ausreichenden summarischen Prüfung werde die Klage des Antragstellers voraussichtlich erfolglos bleiben. Der Antragsteller sei durch den von ihm angefochtenen Bescheid der Antragsgegnerin nicht unmittelbar betroffen. Er sei weder Adressat des Verwaltungsaktes noch würden sein eigener rechtlicher Status und seine sonstigen Rechtsbeziehungen durch die hier erteilte Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen umgestaltet oder sonst unmittelbar rechtlich betroffen werden. Der Antragsteller könne daher nun mittelbar bzw.

nur durch die wirtschaftlichen Auswirkungen der Genehmigung an den Beigeladenen betroffen sein. Dies reiche im Regelfall für eine rechtliche Betroffenheit und damit für die Annahme einer Anfechtungsbefugnis nicht aus, denn die Rechtsordnung gewähre bei der Ausübung beruflicher Tätigkeiten grundsätzlich keinen Schutz vor Konkurrenz, weswegen Marktteilnehmer regelmäßig keinen Anspruch darauf hätten, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich blieben, insbesondere nicht darauf, dass Konkurrenten nach dem Markt fern blieben (mit Hinweis u. a. auf Urteil des BSG vom 7. Februar 2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - und weiteren Nachweisen). Das BSG habe in der genannten Entscheidung vom 7. Februar 2007 klargestellt, dass bei der so genannten defensiven Konkurrentenklage zur Abwehr eines zusätzlichen Konkurrenten eine Anfechtungsbefugnis nicht aus materiellen Grundrechten abgeleitet werden könne, weil diese keinen Anspruch auf Fernhaltung anderer begründeten. Eine Befugnis zur Abwehr des Konkurrenten könne sich aus einschlägigen, so genannten einfach-rechtlichen Regelungen ergeben. Die Auslegungsfrage, ob den einschlägigen Regelungen drittschützende Wirkung entnommen werden könne, sei dabei nicht der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs (des Widerspruchs bzw. der Klage) zuzuordnen. Die Überprüfung im einzelnen, ob eine Rechtsnorm drittschützenden Charakter habe, erfolge erst im Rahmen der Begründetheit. Das BSG habe in der genannten Entscheidung unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BVerfG zu defensiven Konkurrentenklagen dargelegt, dass ein Drittwiderspruchsrecht bzw. eine Anfechtungsbefugnis des Konkurrenten im vertragsärztlichen Bereich dann anzunehmen sei, wenn - erstens- der Status des anfechtenden Vertragsarztes Vorrang vor demjenigen des durch den Verwaltungsakt begünstigten Arztes habe und - zweitens- der Anfechtende im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen wie der Begünstigte anbiete. Ein solches Vorrang-Nachrang-Verhältnis sei z. B. im Verhältnis eines Zulassungsinhabers zu einem Krankenhausarzt gegeben, der gemäß [§ 116 SGB V](#) i. V. m. [§ 31a Zulassungsverordnung für Vertragsärzte \(Ärzte-ZV\)](#) eine Ermächtigung beanspruche, bzw. erhalte. Denn eine Ermächtigung dürfe einem Krankenhausarzt lediglich im Falle eines durch die zugelassenen Ärzte nicht gedeckten Bedarfs erteilt werden. Das BSG habe auch dargelegt, dass für die Anfechtungsbefugnis durch Dritte weder die Verletzung nur wirtschaftlicher Interessen ausreiche, noch die Verletzung von Rechtssätzen, die lediglich Reflexwirkung hätten, weil in ihnen der Einzelne allein aus Gründen des Interesses der Allgemeinheit begünstigt werde. Im vorliegenden Fall sei davon auszugehen, dass der Status des Antragstellers keinen Vorrang vor dem des Beigeladenen habe und dessen defensive Konkurrentenklage daher schon aus diesem Grund voraussichtlich erfolglos bleiben werde. Inwieweit beide im selben räumlichen Bereich tätig seien, bzw. wie dieser zu fassen sei, bedürfe unter diesen Umständen keiner Entscheidung. Ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis bestehe zwischen zugelassenen Ärzten grundsätzlich nicht. Ein solcher Vorrang des Antragstellers folge aber auch nicht daraus, dass dieser zuerst eine (zusätzliche) Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) erhalten habe und sich nun gegen das Hinzukommen eines Konkurrenten wehre. Ein rechtlich relevanter Vorrang im genannten Sinne könne aus dieser Anciennität allein nicht folgen. Hinzukommen müsse eine rechtliche Betroffenheit, an der es vorliegend fehle. Bei der Auslegung, ob den einschlägigen gesetzlichen Regelungen eine drittschützende Wirkung entnommen werden könne, seien die Besonderheiten des jeweiligen Fachbereiches zu berücksichtigen. Die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) vermittele bei summarischer Prüfung keinen solchen Drittschutz. Dies folge schon daraus, dass die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen nicht den Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung im Sinne einer Statusgewährung betreffe, sondern dem Beigeladenen nur qualifikationsabhängig einen weiteren Leistungsbereich eröffne. Nichts anderes ergebe sich, wenn man - wie sinngemäß der Antragsteller - die Genehmigung zur Durchführung und Abrechnung von Leistungen der künstlichen Befruchtung als Zugangsrecht zu einem Teilmarkt - der Antragsteller spreche insoweit von der Ausrichtung der Praxis bzw. der Praxisstruktur - werten würde. Den Regelungen, die der vorliegenden Genehmigung zugrunde liegen würden, könne keine drittschützende Wirkung zugunsten derer entnommen werden, die bereits Marktteilnehmer seien und solche Leistungen durchführten. Denn der "Basis-Status" des Antragstellers sei auch in diesem Falle nicht tangiert. Die Bestimmung des [§ 121a SGB V](#) knüpfe die Erteilung an das Vorliegen bestimmter, im Abs. 2 formulierter Genehmigungsvoraussetzungen. Die Bestimmung stelle damit qualitative Voraussetzungen für die Erbringung dieser Maßnahmen auf, ohne damit den Konkurrentenschutz zu intendieren. Die Einführung der Regelung des [§ 121a SGB V](#) habe die Begrenzung der künstlichen Befruchtung auf Leistungserbringer beabsichtigt, welche durch ein besonderes, in der gesetzlichen Krankenversicherung einzigartiges Zulassungsverfahren einer besonderen Kontrolle unterworfen seien. Hintergrund sei die Sicherstellung der Beachtung der Schutzvorschriften des Embryonenschutzgesetzes bei der Durchführung der künstlichen Befruchtung. Schutzzweck sei damit zum einen die Sicherung einer ordnungsgemäßen Qualität der Leistungserbringung und zum anderen eine Steuerung des Bedarfs. Letztere solle "einer Entwicklung vorbeugen, die durch immer mehr Leistungserbringer zu einem Absinken der Indikationsschwelle für künstliche Befruchtungen führe" (Hinweis auf Begründung im Regierungsentwurf zu [§ 121a](#) in [BT-Drs. 11/6760 Seite 16](#); mit noch weiteren Nachweisen). Die Belange der anderen niedergelassenen Ärzte hätten demgegenüber offenbar für den Gesetzgeber keine relevante Rolle gespielt. Wenn und soweit diese hierdurch (gleichwohl) beeinträchtigt seien, handele es sich um einen bloßen Rechtsreflex, nicht aber um die gesetzgeberisch intendierte Einräumung von Drittschutz. Nichts anderes folge aus [§ 121a Abs. 2 Nr. 2 SGB V](#), wonach die Genehmigungserteilung auch voraussetze, dass der Leistungserbringer die Gewähr für eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Durchführung von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bieten müsse. Denn allein aus dem Umstand, dass das Gesetz insoweit eine Bedarfsprüfung verlange, könne noch kein Schluss auf eine rechtliche Betroffenheit des bereits niedergelassenen Arztes gezogen werden. Die vorhergehende, grundsätzlich im öffentlichen Interesse liegende Bedarfsprüfung begründe daher für sich noch nicht die Befugnis zur Erhebung einer defensiven Konkurrentenklage (mit Hinweis auf Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 4. Juni 2008 - [L 5 KA 4514/07](#) - zur Sonderbedarfszulassung eines Konkurrenten; mit weiterem Hinweis auf Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, München 2008, [§ 18 Rdnr. 36](#)).

Auch im Übrigen vermöge das SG keine rechtliche Betroffenheit auf Seiten des Antragstellers zu erkennen. Diese folge auch nicht daraus, dass der Beigeladene noch der Erteilung einer Genehmigung nach den [§§ 20b, 20c AMG](#) bedürfe - über die im Rahmen des vorliegenden Verfahrens nicht zu befinden sei - bzw. der Genehmigungserteilung bezüglich der Verlegung seines Vertragsarztsitzes. Denn diese Anforderungen seien ebenfalls nicht dem Rechtskreis des Antragstellers zugeordnet. Es sei des Weiteren damit auch die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Genehmigung nicht zu beanstanden. Bleibe die Drittanfechtung - wie ausgeführt - voraussichtlich erfolglos, so überwiege das Vollzugsinteresse das Suspensivinteresse des Antragstellers. Dem stehe weder das wirtschaftliche Interesse des Antragstellers entgegen noch der Umstand, dass der Beigeladene - soweit ersichtlich - noch keine erheblichen bzw. nicht wieder rückgängig zu machenden Investitionen getätigt habe. Aus der Rechtsprechung des BVerfG für das zweipolige Verwaltungsrechtsverhältnis ergebe sich u. a. aus dem Zweck der Rechtsschutzgarantie und dem Verfassungsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit, dass der Rechtsschutzanspruch des Bürgers umso stärker sei, und um so weniger zurückstehen dürfe, je schwerwiegender die ihm auferlegte Belastung sei und je mehr die Maßnahmen der Verwaltung unabänderliches bewirkten (mit Hinweis auf [BVerfGE 35, 382, 401](#); [69, 220, 227 ff.](#)). Werde dagegen wie hier von einem Dritten die einem anderen erteilte und diesen begünstigende Genehmigung angegriffen, bedürfe es schon nach dem einfachen Recht (vgl. [§§ 80a, 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 2. Alternative VwGO](#)) und erst recht nicht wegen [Art. 19 Abs. 4 GG](#) der Prüfung eines besonderen öffentlichen Interesses an der sofortigen Vollziehung. Denn in dieser Situation stünden sich konkrete Rechtspositionen Privater gegenüber, die grundsätzlich gleichrangig seien. Die Frage, wer hier bis zur Hauptsacheentscheidung das Risiko der Beführung vollendeter Tatsachen

tragen müsse, bestimme sich nach dem materiellen Recht, also der Erfolgsaussicht des Hauptsacherechtsbehelfs. [Art. 19 Abs. 4 GG](#) lasse sich nicht entnehmen, dass hier eine der beiden Rechtspositionen bevorzugt wäre oder dass für ihre sofortige Ausnutzung zusätzlich ein besonderes öffentliches Interesse vorliegen müsste (BVerfG, Beschluss vom 1. Oktober 2008 - [1 BvR 2466/08](#); BSG Urteil vom 11. März 2009 - [B 6 KA 15/08 R](#) -). Denn [Art. 19 Abs. 4 GG](#) sichere dem Einzelnen (nur) Rechtsschutz für die Verletzung seiner Rechte durch die öffentliche Gewalt. Er garantiere dem Bürger damit keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle der Verwaltung, sondern treffe eine Systementscheidung für den Individualrechtsschutz.

Der Antragsteller hat gegen den seinem Bevollmächtigten mit Empfangsbekanntnis am 23. Juli 2009 zugestellten Beschluss am 17. August 2009 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung macht der Bevollmächtigte geltend, entgegen der Auffassung des SG sei der Antragsteller durch den angefochtenen Bescheid in seinen Rechten insoweit verletzt, als der Vorschrift des [§ 121a SGB V](#) ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen sei, die schon eine Position am Markt inne hätten. [§ 121a SGB V](#) komme insoweit drittschützende Wirkung zu. Dieser Regelung sei nämlich - aufgrund der besonderen Genehmigungs constellation - ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen, die schon eine Position am Markt inne hätten. Dies erfolge nicht aus Schutz vor Konkurrenz, sondern aus dem übergeordneten Interesse an einer ordnungsgemäßen Patientenversorgung. Dies insbesondere im Hinblick auf die Aufrechterhaltung einer qualitativ hochwertigen und wirtschaftlichen Patientenversorgung. Bei der Auslegung, ob [§ 121a SGB V](#) eine drittschützende Wirkung zukomme, seien nämlich die Besonderheiten der Leistungserbringung nach [§ 121a SGB V](#) zu berücksichtigen. Dies habe jedoch das SG nicht beachtet. Die Feststellung des von der Rechtsprechung so genannten "Vorrang-Nachrang-Verhältnisses" zwischen den am Markt konkurrierenden im Zusammenhang mit Konkurrentenklagen sei im Hinblick auf die Bedeutung des [§ 121a SGB V](#) vorzunehmen. Danach könne es vorliegend nicht darauf ankommen, ob beide Ärzte den "Vertragsarztstatus" genießen würden. Entscheidend sei, dass der Antragsteller mit der Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#) über den "Zugangstatus" zu einem ganz speziellen Leistungsbereich in einem abgrenzbaren Leistungsgebiet bereits verfüge, also Vorrang habe. Der Leistungsbereich "künstliche Befruchtung" unterliege speziellen gesetzlichen Regelungen und sei einer eigenständigen Zulassung gleichzusetzen. Insoweit habe man es bei der Anwendung des [§ 121a SGB V](#) mit einem Sonderbereich zu tun. [§ 121a SGB V](#) erfordere eine medizinisch fachliche Ausrichtung, die eine ganz andere Praxisstruktur, ein entsprechendes Team von Fachleuten und die Zulassung dieses Teams erfordere (wird weiter ausgeführt, u. a. auch mit Hinweis auf maßgebliche EG-Richtlinien, das Arzneimittelgesetz - AMG -, das Transplantationsgesetz, wie auch das Embryonenschutzgesetz). Hieraus folge, dass die Leistungen gerade nicht von allen Frauenärzten ohne Genehmigung erbracht werden dürften, sondern nur unter diesen besonderen Voraussetzungen. So habe u. a. das SG München (Urteil vom 17. März 2009 - S 28 KA 894/07 -) darauf verwiesen, dass es sich bei den durchzuführenden Behandlungen hier nicht lediglich um Leistungen handele, die jeder Frauenarzt durchführen könne. Auch das SG Nürnberg habe in seinem Urteil vom 22. Mai 2002 (S 6 KA 18/01) auf die Bedarfsgerechtigkeit abgestellt, und zwar, dass eine Bedarfsprüfung letztlich regelmäßig darauf abziele, die Zulassung eines Leistungserbringers zur gesetzlichen Krankenversicherung von einem Bedarf abhängig zu machen. Es seien einerseits die Angebote für IVF und umgekehrt der Bedarf einander gegenüberzustellen und sofern das Angebot den Bedarf überwiege, scheidet eine Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen für weitere Antragsteller aus. Weiter führt der Bevollmächtigte aus, wegen der hohen Investitionen in Personal und Technik und der hohen Sicherheits- und Qualitätsanforderung müsste demgemäß auch eine konsequente Ausrichtung auf diesen Bereich erfolgen, um die Gewähr für die geforderte Wirtschaftlichkeit zu bieten. Entsprechend werde der weit überwiegende Teil aller Leistungen ausschließlich im fortpflanzungsmedizinischen Bereich erbracht. Die fortpflanzungsmedizinischen Leistungsmengen stünden zu den allgemeinen frauenärztlichen Leistungen im Allgemeinen im Verhältnis von 90 zu 10. Die Entscheidung habe damit eigenen Berufswahlcharakter. Es bedürfe damit eines konstanten Leistungsaufkommens. Aus diesem Grunde sei auch regelmäßig der tatsächliche Bedarf an fortpflanzungsmedizinischen Leistungen Grundlage einer Genehmigung. Das Erfordernis einer Bedarfsgerechtigkeit nach [§ 121a Abs. 1 Satz 1](#) solle - wie sich aus der seinerzeitigen Begründung des Gesetzentwurfes ausdrücklich ergebe - einer Entwicklung vorbeugen, die durch einen Anstieg der Leistungserbringer zu einem Absenken der Indikationsschwelle für künstliche Befruchtungen führe. Dies könnten zugelassene IVF-Zentren nur dann in sachgerechter Art und Weise tun, wenn hierauf im Rahmen der Zulassung neuer Einrichtungen Rücksicht genommen werde. Genau aus diesem Grunde bestehe ein staatlich reguliertes System, das die hohe Qualität der Versorgung sichern solle. Baden-Württemberg verfüge nach einer Studie aus dem Jahr 2008 bereits über die zweithöchste Zentrenzahl in Deutschland. Bundesweit komme ein Zentrum auf 640.000 Einwohner, in Baden-Württemberg dagegen entfielen nur 560.000 Einwohner auf jedes Zentrum. Auch ausweislich der Stellungnahme der Kassenärztlichen Vereinigung Baden-Württemberg gebe es einen solchen Bedarf nicht. So werde dort im Schreiben vom 20. Oktober 2008 (Bl. 132 VA) darauf verwiesen, dass die bereits vorhandenen Praxen mit Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtung und im nördlichen Teil des Einzugsgebiets von Baden-Baden/Rastatt als dem Ort der Niederlassung des Antragstellers nach dortiger Einschätzung für eine ausreichende Versorgung genügen. Weiter hat der Bevollmächtigte darauf verwiesen, dass die Bedarfsbestimmung für die Zulassung eines IVF-Zentrums üblicherweise nach bestimmten Kriterien erfolge, so u. a. in Bayern nach den Grundsätzen für die Genehmigung nach [§ 121a SGB V](#), wonach u. a. für die Genehmigung von bundesweit 91 Zentren bei einem Radius von 80 km ausgegangen werde (in der Fassung vom 1. Januar 2001). Im Mittel würden dabei 901.505 Bewohner im Einzugsbereich eines Zentrums als bedarfsgerecht und wirtschaftlich angesehen. Ähnlich habe die Ärztekammer Nordrhein im Einvernehmen mit der Kassenärztlichen Vereinigung Nordrhein eine strukturorientierte Bedarfsprüfung und Planung bei der Ärztekammer Nordrhein für das Verfahren nach [§ 121a SGB V](#) festgelegt. Dort würden 806.470 Einwohner auf ein zugelassenes Zentrum berücksichtigt. In Anwendung dieser Kriterien liege hier keine Bedarf vor. Der Beigeladene befinde sich auch im direkten Einzugsbereich des Antragstellers und damit in einem Konkurrenzverhältnis. Der Antragsteller versorge einen ganz maßgeblichen Anteil der Patienten im direkten Einzugsbereich des Beigeladenen (mindestens ca. 35 % bzw. bei einem entsprechend noch größeren Radius rund 50 %). Zudem sei davon auszugehen, dass sich der Einzugsbereich einer IVF-Praxis nicht nur auf diesen engeren Bereich, sondern auf einen Umkreis von ca. 80 km erstreckte, sodass weitere Patienten aus dem Einzugsbereich des Antragstellers zum Beigeladenen abwandern würden. Damit sei eine Konkurrenzsituation gegeben und werde diese ruinös verschärft, wenn diese Patienten wegfallen würden. Der Antragsteller behaupte sich auch mit viel Aufwand und Sorgfalt bezogen auf die Ergebnisqualität belegbar im deutschen und internationalen Spitzenfeld. Diese hohe Behandlungsqualität sei nur dadurch zu erreichen, dass eine Einrichtung kontinuierliche Patientenzahlen aufweise. Nur so könnten die umfangreichen Anforderungen, die das Gesetz vorschreibe, erfüllt werden. Die Praxis unterliege auch einem sehr hohen Kostendruck, da [§ 121a SGB V](#) i.V.m. den weiteren Vorschriften einen hohen organisatorischen und investiven Aufwand erfordere. Im Ergebnis verlange [§ 121a SGB V](#) zwingend eine Bedarfsprüfung. Die Bedarfsprüfung erfolge im öffentlichen Interesse, um die bedarfsgerechte leistungsfähige und wirtschaftliche Durchführung der Maßnahme zu gewährleisten. Diese sei vorliegend nicht erfüllt. Die Antragsgegnerin habe in der Vergangenheit angekündigt, die Bedarfssituation eingehend prüfen zu wollen und Bedarfskriterien zu erstellen, anhand derer künftig neue Anträge beurteilt würden. Auf diese Ankündigung hin habe die Antragsgegnerin nichts veranlasst. Entsprechend ihrer Ankündigung hätte sie aber entsprechende Kriterien aufstellen und in die Prüfung einsteigen müssen. Es sei hier zu rügen, dass eine Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit überhaupt nicht stattgefunden habe. Zudem habe die Antragsgegnerin es auch unterlassen zu prüfen, ob der

Beigeladene überhaupt die Gewähr für eine ordnungsgemäße Versorgung biete. Hieran bestünden begründete Zweifel, denn wie auch der Antragsgegnerin gut bekannt sei, habe sich der Beigeladene in der Vergangenheit gerade nicht an die gesetzlichen Vorschriften auf die Versorgung mit Leistungen nach [§ 121a SGB V](#) gehalten (hierzu wird eine Unterlassungs- und Verpflichtungserklärung des Beigeladenen vom 28. März 2008 vorgelegt - Blatt 82 Senatsakte -). Hintergrund sei gewesen, dass der Beigeladene bereits ohne Genehmigung und ohne Zulassung Kassenpatienten IVF-Behandlungen angeboten und diese bei der Krankenkasse auch beantragt habe. Unter Angabe angeblicher privater Probleme habe er dann die Patienten an die UFK Heidelberg zur Punktion weitergereicht. Schließlich habe nach der Verordnung der Landesregierung über die Genehmigung der Durchführung der Maßnahmen der künstlichen Befruchtung vom 2. Juli 1991 die Genehmigungserteilung nur im Benehmen mit der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung zu erfolgen. Dieses Benehmen sei nicht hergestellt. Die KV habe ausdrücklich dargestellt, dass ein Bedarf nicht gegeben sei. Es liege insoweit auch ein Verfahrensfehler vor. Darüber hinaus habe die Antragsgegnerin auch ihre eigene Verfahrensregelung missachtet, wonach vor der Entscheidung unter Übermittlung des Beratungsergebnisses der Kommission die für den jeweiligen Antragsteller zuständige KV zu hören sei. Dies sei nicht erfolgt. Das Beratungsergebnis sei nicht mitgeteilt worden. Die KV habe auch nicht explizit prüfen und Stellung nehmen können, sondern bereits vorher ein allgemeines Schreiben verfasst.

Der Antragsteller beantragt,

unter Aufhebung des Beschlusses des Sozialgerichts Stuttgart vom 21. Juli 2009 die aufschiebende Wirkung der Klage des Antragstellers gegen die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen gemäß [§ 121a Abs. 2 SGB V](#) vom 12. März 2009 wieder herzustellen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend und führt ergänzend aus, [§ 121a Abs. 1 SGB V](#) sei keine Norm mit drittschützendem Charakter. Das vom Antragsteller geltend gemachte "Rücksichtnahmegebot" sei dem Wortlaut nicht zu entnehmen und dort auch nicht hineinzulesen. Es sei hier auch kein Vorrangverhältnis zugunsten des Antragstellers vorgesehen. Der Beigeladene trete nicht erstmals in den Markt ein, sondern habe bereits eine Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung inne. Durch die nunmehr Streitgegenständliche Genehmigung sei ihm zusätzlich die Erlaubnis erteilt worden, künstliche Befruchtungen bei gesetzlich versicherten Patienten zu erbringen. Das BSG habe im Fall der Gewährung einer Abrechnungsgenehmigung zur Behandlung von Dialysepatienten entschieden, dass diese Genehmigung nicht solches rechtliches Gewicht besitze für Vertragsärzte, die schon zuvor eine entsprechende Abrechnungsgenehmigung erhalten hatten, um eine Vorrangstellung zu vermitteln. Die vom Antragsteller dargestellten hohen Anforderungen für die Erteilung einer Genehmigung zur Durchführung der künstlichen Befruchtung bei gesetzlich versicherten Patienten führten nicht dazu, dass sich qualitativ an der Beurteilung von [§ 121a SGB V](#) im Sinne eines Vorrang-Nachrang-Verhältnisses etwas ändere. Regelmäßig werde bei einer Erweiterung von Abrechnungsbefugnissen ein mehr oder weniger großer Aufwand für den Vertragsarzt zur Erfüllung der Genehmigungsvoraussetzungen verbunden sein. Soweit der Antragsteller darauf verweise, dass die Entscheidung, künstliche Befruchtungen durchführen zu können, Berufswahlcharakter habe, sei zunächst darauf zu verweisen, dass die Berufswahl sich darauf beziehe, den Beruf des Arztes zu ergreifen. Es möge auch angesichts der Anzahl an gesetzlich versicherten Personen die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung berufswahlähnlichen Charakter haben. Der grundrechtliche Schutz der Entscheidungsfreiheit, künstliche Befruchtungen als zugelassener Facharzt für Frauenheilkunde durchführen zu können, komme jedenfalls nicht allein dem Antragsteller zu. Vielmehr sei von der Antragsgegnerin ebenfalls die grundrechtlich geschützte Position des Beigeladenen zu berücksichtigen. Wegen der grundrechtlichen Relevanz sei umstritten, ob man [§ 121a SGB V](#) sogar dahingehend zu interpretieren habe, dass jedem Bewerber, der über die diagnostischen und therapeutischen Möglichkeiten verfüge, die Genehmigung zu erteilen sei, weil der Gesetzgeber der Verwaltung nicht die Entscheidung über den Berufszugang übertragen könne. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht zustimmen wolle, werde ansonsten anerkannt, dass jedenfalls dann, wenn ein Bedarf bestehe, eine Genehmigung bei Vorliegen der sachlichen Voraussetzungen zu erteilen sei. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung in [§ 121a Abs. 2 SGB V](#) die Gefahr bannen wollen, dass die Zulassung weiterer IVF-Zentren zu einem Absinken der Indikationsschwelle für die Durchführung einer künstlichen Befruchtung führe. Es sei dagegen nicht der Wille des Gesetzgebers gewesen, einzelnen Zentren einen besonders großen Einzugsbereich zu sichern und sie vor Konkurrenz abzuschirmen. Die Gefahr des Absinkens der Indikationsschwelle bestehe nach Einschätzung der Antragsgegnerin in Übereinstimmung mit der KV Baden-Württemberg im vorliegenden Fall durch die Erteilung der Genehmigung an den Beigeladenen nicht. Eine solche Gefahr bestehe deshalb nicht, weil ein Bedarf bestehe. So werde nämlich im Schreiben der KV Baden-Württemberg auch differenziert und allein für den nördlichen Einzugsbereich von Baden-Baden/Rastatt eine ausreichende Versorgung angenommen. Dagegen werde im südlich gelegenen Gebiet, insbesondere für die Ortenau, noch Versorgungspotenzial gesehen. Des Weiteren werde sowohl für den Betrieb einer Praxis durch den Beigeladenen als auch für die Praxis des Antragstellers bestätigt, dass keine Zweifel an der Gewährleistung einer bedarfsgerechten, leistungsfähigen und wirtschaftlichen Durchführung von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft bestünden. Die vom Antragsteller vorgelegte statistische Untersuchung sei nicht von Relevanz für das vorliegende Verfahren. In Baden-Württemberg würden nicht die in Bayern geschlossenen Regelungen gelten. Es sei zu vermerken, dass Bayern bislang einen eigenen Weg gehe. Die Antragsgegnerin habe die dortigen Regelungen überprüft und beschlossen, diese Regelungen nicht in der hiesigen Region zur Selbstbindung der Verwaltung einzuführen. Im Übrigen ergebe die Untersuchung, dass Baden-Württemberg nach den von der Statistik mehr oder weniger willkürlich herangezogenen Parameter etwa im Mittelfeld liege. Auch zeigten die vom Antragsteller zitierten Urteile der Sozialgerichte München und Nürnberg, dass es den Betroffenen problematisch erscheine, mit starren Entfernungsvorgaben eine den gesetzgeberischen Normvorgaben entsprechende Lösung zu realisieren. Bei der vom Antragsteller zitierten "Verfahrensregelung zur Beurteilung und der Durchführung von Maßnahmen der assistierten Reproduktion vom 16. Juli 2003" der Antragsgegnerin sei zu beachten, dass es sich um einen Vorstandsbeschluss handele. Im vorliegenden Verfahren habe die Kommission beschlossen, die Stellungnahme der KV vorab einzuholen. Da es in der Sache auch keinerlei Differenzen zwischen der Auffassung der KV, dem Votum der Kommission zur Beurteilung der Durchführung der Maßnahmen der assistierenden Reproduktion und dem Vorstand der Antragsgegnerin gegeben habe, sei auch nicht erkennbar, worin sich ein Abweichen von einem Vorstandsbeschluss ausgewirkt haben könnte.

Der Beigeladene hat keinen Antrag gestellt und sich auch nicht zur Sache weiter geäußert.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakte der Antragsgegnerin

sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde des Antragstellers ist zulässig und begründet.

Gemäß [§ 86 a Abs. 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Dies gilt auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung ([§ 86 a Abs. 1 Satz 2 SGG](#)). Dies bedeutet, dass die Klage des Antragstellers (Verfahren S 11 KA 3388/09) gegen den Widerspruchsbescheid vom 12.03.2009 hinsichtlich der verfügten der Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen grundsätzlich aufschiebende Wirkung hat. Hat ein bei einem Verwaltungsakt mit Drittwirkung belasteter Dritter (hier der Antragsteller) einen Rechtsbehelf eingelegt, darf der Begünstigte davon zunächst keinen Gebrauch machen (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichtsgesetz - SGG, Kommentar 9. Auflage § 86 a Rdnr. 5). Um gleichwohl bereits vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens Patienten behandeln zu können, muss der erteilten Genehmigung aktuelle Geltung verschafft werden, was hier durch die Antragsgegnerin durch die Anordnung des Sofortvollzuges auch erfolgt ist.

Rechtsgrundlage für den von der Antragsgegnerin erklärten einstweiligen Sofortvollzug der erteilten Genehmigung ist [§ 86 a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#). Danach kann die Stelle, die den Verwaltungsakt erlassen oder über den Widerspruch zu entscheiden hat, in Fällen, in denen die sofortige Vollziehung im öffentlichen Interesse oder im überwiegenden Interesse eines Beteiligten ist, die sofortige Vollziehung mit schriftlicher Begründung des besonderen Interesses an der sofortigen Vollziehung anordnen.

Das Gericht kann gem. [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs ganz oder teilweise anordnen, wenn Widerspruch oder Klage keine aufschiebende Wirkung haben. Dies gilt auch, sofern von der Behörde der Sofortvollzug angeordnet wurde (Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer SGG 9. Aufl. § 86 b Rn. 5).

Das Gericht wird für die Bewertung und Abwägung der widerstreitenden Interessen zunächst auf die Erfolgsaussichten des gegen den Verwaltungsakt in der Hauptsache eingelegten Rechtsbehelfs abstellen, je nach Fallgestaltung aber auch andere Belange zu berücksichtigen haben. Danach wird ein besonderes Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts jedenfalls dann nicht anzunehmen sein, wenn der gegen ihn eingelegte Rechtsbehelf des anderen Beteiligten voraussichtlich erfolgreich sein und daher zur Aufhebung des Verwaltungsakts führen wird. Andererseits kann die voraussichtliche Erfolglosigkeit des Rechtsbehelfs für sich allein die Anordnung der sofortigen Vollziehung nicht rechtfertigen, da das dafür notwendige besondere Interesse damit noch nicht dargetan ist. Hinzukommen muss vielmehr, dass dem Begünstigten gegenüber die Fortdauer der aufschiebenden Wirkung unbillig erscheint. Können die Erfolgsaussichten des Hauptsacheverfahrens bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglichen summarischen Prüfung nicht hinreichend sicher beurteilt werden, sind die widerstreitenden Interessen der Beteiligten davon unabhängig abzuwägen. Stehen diese gleichwertig nebeneinander, bleibt es beim gesetzlichen Regelfall der aufschiebenden Wirkung (vgl. zu alledem etwa NK-VwGO-Puttler, § 80a § 27 ff. m. w. N.; Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 9. Aufl. § 86b Rdnr.4 ff.). Schließlich darf das Gericht ggf. auch im Sinne einer Folgenbetrachtung bedenken, zu welchen Konsequenzen für die Beteiligten die sofortige Vollziehung bei späterer Aufhebung des Verwaltungsakts einerseits gegenüber der Versagung des Sofortvollzugs bei späterer Bestätigung des Verwaltungsakts andererseits führen würde.

Nach der hier vorzunehmenden summarischen Prüfung wird die Klage des Antragstellers in der Hauptsache voraussichtlich erfolgreich sein. Bei der des Weiteren hier durchzuführenden Interessenabwägung überwiegt folglich das Interesse des Antragstellers an der Aussetzung der dem Beigeladenen erteilten Genehmigung das Vollzugsinteresse des Beigeladenen.

Nach der neuesten Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 7. Februar 2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - und vom 17. Juni 2009 - [B 6 KA 38/08 R](#) -) zur defensiven Konkurrentenklage ist die Klage des Antragstellers gegen die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung zulässig. So hatte das BSG in dieser Entscheidung betreffend eine Sonderbedarfszulassung u.a. ausgeführt, dass die vom dortigen schon zugelassenen Mitbewerber mit seiner Revision weiter verfolgte Klage nur unzulässig wäre, wenn seine Rechte durch die in Rede stehende Sonderbedarfszulassung offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise verletzt sein könnten (vgl. [BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10](#), jeweils Rdnr. 14, 17 mit Bundesverwaltungsgerichts (BVerwG)-Angaben; [BSGE 99, 145 = SozR 4-1500 § 116 Nr. 4](#), jeweils Rdnr. 17; zur sog Möglichkeitstheorie siehe z.B. auch [BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4](#), jeweils Rdnr. 17, und BVerwG, Urteil vom 21.4.2009 - [4 C 3.08](#) - unter II., vor 1.). Das sei jedoch nicht der Fall. Denn ob und inwieweit bereits zugelassene Vertragsärzte berechtigt seien, anderen Ärzten erteilte Sonderbedarfszulassungen anzufechten, sei bislang höchstrichterlich nicht geklärt.

Die Prüfung der Begründetheit von Drittanfechtungen vertragsärztlicher Konkurrenten erfolgt nach der Rechtsprechung des BSG zweistufig (siehe z.B. [BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4](#), jeweils Rdnr. 22 ff und 26 ff). Zunächst ist danach zu klären, ob der Vertragsarzt berechtigt ist, die dem konkurrierenden Arzt erteilte Begünstigung (z.B. Zulassung, Ermächtigung) anzufechten. Ist das zu bejahen, so muss geprüft werden, ob die Entscheidung des Berufungsausschusses (bzw. hier der Landesärztekammer) in der Sache zutrifft. Unter welchen Voraussetzungen Vertragsärzte berechtigt sind, zugunsten anderer Ärzte ergangene Entscheidungen anzufechten (sog. defensive Konkurrentenklage), hat das BSG in seinem Urteil vom 7.2.2007 - im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG vom 17.8.2004 (BVerfG (Kammer) [SozR 4-1500 § 54 Nr. 4](#)) - im Einzelnen dargestellt ([BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10](#)). Danach bestehen drei Voraussetzungen für die Anerkennung einer Drittanfechtungsberechtigung, nämlich (1) dass der Kläger und der Konkurrent im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbieten ([BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10](#) Rdnr. 19, 21; dies weiterführend [BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr. 4](#), jeweils Rdnr. 17 f, 20, 22-24), weiterhin, (2) dass dem Konkurrenten die Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung eröffnet oder erweitert und nicht nur ein weiterer Leistungsbereich genehmigt wird ([BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10](#), jeweils Rdnr. 23 i.V.m. 32), und ferner, (3) dass 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 ([BSGE 98, 98 = SozR 4-1500 § 54 Nr. 10](#), jeweils Rdnr. 19-21; so auch BSG in Urteil vom 17. Juni 2009 -). Das BVerfG hat jüngst in einem Beschluss vom 23.4.2009 an diese Rechtsprechung angeknüpft (BVerfG (Kammer), Beschluss vom 23.4.2009 - [1 BvR 3405/08 - GesR 2009, 376 = NVwZ 2009, 977](#)). Es hat ausgeführt, dass eine unter dem Aspekt der Berufsfreiheit nach Rechtsschutz verlangende Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse dann in Frage steht, wenn den bereits zum Markt zugelassenen Leistungserbringern ein gesetzlicher Vorrang gegenüber auf den Markt drängenden Konkurrenten eingeräumt ist (BVerfG aaO unter II.1.a unter Bezugnahme auf seinen früheren Beschluss vom 17.8.2004).

Hinsichtlich der Sonderbedarfszulassung hat das BSG in seinem Urteil vom 17. Juni 2009 u. a. konkret ausgeführt:

Die Voraussetzung, dass der dem Konkurrenten eingeräumte Status gegenüber demjenigen des Anfechtenden nachrangig sein muss, ist im Verhältnis von Sonderbedarfszulassungen zu bereits erteilten Zulassungen gegeben. Sonderbedarfszulassungen kommen nur in Planungsbereichen in Betracht, die wegen Überversorgung für weitere Zulassungen gesperrt sind, und sie dürfen nur ausnahmsweise erteilt werden, soweit dies zur Wahrung der Versorgungsqualität unerlässlich ist ([§ 101 Abs 1 Satz 1 Nr 3 SGB V](#) iVm § 24 Satz 1 Buchst a bis e ÄBedarfsplRL). Erforderlich ist mithin, dass das Leistungsangebot der bereits zugelassenen Ärzte für eine umfassende Versorgung der Versicherten nicht ausreicht und der Bewerber um die Sonderbedarfszulassung das verbliebene Versorgungsdefizit beseitigen oder lindern kann. Damit ist die Erteilung einer Sonderbedarfszulassung nachrangig gegenüber der Versorgung durch die bereits zugelassenen Ärzte. Insofern unterscheidet sich die Bedarfsprüfung in ihren Grundzügen nicht von derjenigen bei Ermächtigungen gemäß [§ 116 SGB V](#) (vgl BSG [SozR 3-2500 § 101 Nr 1](#) S 4 f; s auch BVerfG (Kammer) [SozR 4-1500 § 54 Nr 4](#) RdNr 15 ff und BSG [SozR 4-2500 § 116 Nr 3](#) RdNr 16 ff; [BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr 4](#), jeweils RdNr 27 f; [BSGE 100, 154 = SozR 4-2500 § 87 Nr 16](#), jeweils RdNr 14).

Dies legt die Folgerung nahe, dass bereits zugelassene Ärzte, ebenso wie sie grundsätzlich Ermächtigungen anfechten können (BVerfG, aaO, RdNr 15 ff und [BSGE 99, 145 = SozR 4-2500 § 116 Nr 4](#), jeweils RdNr 22 ff, 26 ff), auch berechtigt sind, die Erteilung von Sonderbedarfszulassungen anzufechten. Dagegen kann nicht mit Erfolg eingewendet werden, dass im Verhältnis einer Sonderbedarfszulassung zu bereits erteilten Zulassungen kein Nachrang bestehe, weil die Sonderbedarfszulassung ebenfalls eine Zulassung sei, selbst wenn sie auf Ausnahmesituationen beschränkt ist. Darauf, ob insoweit eine statusmäßige Gleichordnung besteht oder nicht, kommt es nach den Vorgaben des BVerfG nicht an. Für die Anfechtungsberechtigung ist nach dem Kontext seiner Rechtsprechung vor allem relevant, ob die Erteilung von Sonderbedarfszulassungen davon abhängt, dass der Versorgungsbedarf noch nicht durch die bereits zugelassenen und damit dauerhaft in das Versorgungssystem einbezogenen Ärzte gedeckt ist; die Vorrangigkeit der Bedarfsdeckung durch die bereits zugelassenen Ärzte - womit der Nachrang der neuen Statuserteilung korrespondiert - begründet deren Anfechtungsrecht. Dies hat das BVerfG dahingehend zusammengefasst, dass [§ 116 Satz 2 SGB V](#) drittschützende Funktion zugunsten der bereits zugelassenen Ärzte zukomme (BVerfG, aaO, RdNr 15). Es hat sich ausdrücklich gegen die frühere Rechtsprechung des BSG gewandt, dass [§ 116 SGB V](#) nicht dem Interesse der bereits zugelassenen Ärzte, sondern nur dem öffentlichen Interesse an der Sicherstellung der Versorgung und/oder dem Interesse des eine Ermächtigung begehrenden Arztes zu dienen bestimmt sei (siehe die Wiedergabe der BSG-Rspr in BVerfG, aaO, RdNr 6). Nach Auffassung des BVerfG haben die bereits zugelassenen Ärzte ungeachtet des Gemeinwohlinteresesses an einer qualitativ und quantitativ ausreichenden Versorgung ein von der Rechtsordnung geschütztes Interesse daran, in ihrer beruflichen Entfaltung, die im staatlich regulierten Markt der gesetzlichen Krankenversicherung ohnehin begrenzt ist, nicht zusätzlich durch weitere vertragsärztlich tätige Ärzte und Krankenhäuser eingeschränkt zu werden. Die damit verbundenen Belastungen begründen ihr Recht der Drittanfechtung, sofern der Arzt und der Konkurrent im selben räumlichen Bereich die gleichen Leistungen anbieten (hierzu siehe BVerfG, aaO, RdNr 17). Mit diesen Ausführungen hat das BVerfG zugleich deutlich gemacht, dass die Verneinung einer Drittanfechtungsberechtigung der bereits zugelassenen Ärzte mit dem Argument, dass ein Schutz allein in Richtung auf ein Versorgungsinteresse der Allgemeinheit bestehe, nicht tragfähig ist, vielmehr ist daneben auch das Schutzinteresse der bereits zugelassenen Ärzte zu berücksichtigen. Dementsprechend kann auch im Falle der Sonderbedarfszulassung eine Anfechtungsberechtigung der bereits zugelassenen Ärzte nicht aufgrund von Analysen der normativen Schutzrichtung der Sonderbedarfsregelungen verneint werden (zu Erwägungen dieser Art im Zusammenhang mit Sonderbedarfszulassungen vgl indessen LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 4.6.2008 - [L 5 KA 4514/07](#) -, das durch das heutige Senatsurteil im Verfahren [B 6 KA 25/08 R](#) aufgehoben worden ist).

D. h. aber mit anderen Worten, für den hier maßgeblichen Rechtsstreit ist von entscheidender Bedeutung, ob ein "Vorrang-Nachrang-Verhältnis" zwischen Antragsteller und Beigeladenen besteht. Entgegen der Auffassung des SG erscheint es aber nach Einschätzung des Senates absolut offen, inwieweit hier nicht doch ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis besteht. So ist zum einen zu berücksichtigen, dass [§ 121a Abs. 2 Nr. 2 SGB V](#) u. a. die Gewähr für eine bedarfsgerechte Durchführung der Maßnahmen fordert. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

"Das Erfordernis der Bedarfsgerechtigkeit soll einer Entwicklung vorbeugen, die durch immer mehr Leistungserbringer zu einem Absenken der Indikationsschwelle für künstliche Befruchtungen führt."

Dies legt zunächst vom Wortlaut her eher den Schluss nahe, hier sollte eine "Inflation" entsprechender Maßnahmen/Leistungen verhindert werden, und zwar auch zur Sicherung der Qualität der Leistungen und zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung. Der Konkurrenzschutz wäre insoweit allenfalls ein Reflex bzw. "Abfallprodukt". Auf der anderen Seite könnte nach Einschätzung des Senates mit dieser Bedarfsprüfung aber auch sehr wohl bewusst zugunsten der bereits "zugelassenen" Ärzte die Sicherung einer wirtschaftlichen Basis, um auf diese Weise wiederum das qualitative Niveau der Leistungen halten zu können, weiterer Zweck dieser Regelung sein. Dies nämlich vor dem Hintergrund, dass hinsichtlich des Genehmigungserfordernisses ausdrücklich u. a. auch in der Begründung an der angegebenen Stelle ([BT-Drs. 11/6760 Seite 16](#) zu Nr. 6 ([§ 121a SGB V](#))) ausgeführt wird, die verantwortliche Durchführung der Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung erfordere besondere technische und personelle Voraussetzungen, weshalb die künstliche Befruchtung nur Ärzten und Einrichtungen vorbehalten werden solle, denen dafür eine besondere Genehmigung erteilt worden sei. Geht man weiter davon aus, dass bei einer IVF-Praxis 90 % der Leistungen auf den Bereich der Fortpflanzungsmedizin konzentriert sind und nur noch ein ganz geringer Teil klassische gynäkologische Leistungen sind (so jedenfalls bislang unwidersprochen der Antragsteller - was ggf. aber auch noch im Hauptsacheverfahren zu klären wäre), könnte die Genehmigung zur Durchführung von Maßnahmen zur Herbeiführung einer Schwangerschaft durchaus auch einer Sonderbedarfszulassung vergleichbar sein. Dann aber stünde jede weitere Genehmigung zur Durchführung von Maßnahmen zur künstlichen Befruchtung bei gesetzlich versicherten Patienten gegenüber den schon berechtigten Ärzten in einem Nachrangverhältnis (siehe BSG Urteil vom 17. Juni 2009 zum Nachrang einer Sonderbedarfszulassung gegenüber einer älteren schon erteilten Sonderbedarfszulassung). Dies heißt weiter, dass in diesem Falle die Regelung auch drittschützenden Charakter hätte, was letztlich allerdings im Hauptsacheverfahren zu klären sein wird. Ganz abgesehen davon, dass selbst der Bevollmächtigte der Antragsgegnerin auf entsprechende Literaturmeinung verweist, wonach man davon ausgehe, dass bei Bedarf eine Genehmigung zu erteilen sei. Das heißt aber mit anderen Worten, dass eine Bedarfsprüfung - die diesen Namen auch verdient - durchzuführen ist und in den Fällen, in denen kein Bedarf besteht, die Genehmigung umgekehrt auch nicht zu erteilen ist.

Wenn man also davon ausgeht, dass die Regelung in [§ 121a SGB V](#) auch drittschützende Wirkung hat, bedeutet dies weiter, dass in diesem Falle die von der Antragsgegnerin vorgenommene Bedarfsprüfung vom Gericht zu überprüfen wäre, und zwar u. a. insoweit, ob und

inwieweit hier von einem vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen und auf Grund nachvollziehbarer und schlüssiger Kriterien entschieden worden ist. Hierzu aber ist festzuhalten, dass die Ermittlungen der Antragsgegnerin dem schon nicht genügen. Es wurden weder etwa die niedergelassenen Ärzte befragt, ob und inwieweit hier tatsächlich ein weiterer Bedarf besteht. Es wurde weder die Auslastung der bereits in der näheren Umgebung bestehenden IVF-Zentren in Karlsruhe und Pforzheim erfragt noch gegebenenfalls bei der KV entsprechende Anzahlstatistiken angefordert. Dies hätte sich aber schon aufgedrängt vor dem Hintergrund, dass auch nach Auskunft der KV Baden-Württemberg gerade für den nördlichen Bereich um Rastatt, der in den Bereich des Antragstellers hineinreicht, kein Bedarf besteht (hier hätte es vielleicht dann eher nahe gelegen, dem Beigeladenen zu empfehlen, sein IVF-Zentrum nach Richtung Süden also Richtung Ortenau, Offenburg, zu verlegen). Ganz abgesehen davon, dass sich die Antragsgegnerin auch mit der Frage hätte auseinandersetzen müssen, wie groß denn der Bereich/Radius für eine IVF-Praxis festzusetzen wäre. Damit bestehen für den Senat insgesamt auch Zweifel, inwieweit die Antragsgegnerin bei ihrer Bedarfsprüfung überhaupt aufgrund nachvollziehbarer und schlüssiger Kriterien entschieden hat, etwa den in Bayern geltenden Kriterien oder vergleichbarer Kriterien. Die Antragsgegnerin erklärt vielmehr, die bayerischen Kriterien nicht übernehmen zu wollen, nicht aber, was stattdessen gelten soll und Grundlage ihrer Entscheidung war, obwohl ganz offensichtlich die Kommission der Antragsgegnerin die Notwendigkeit der Erarbeitung einheitlicher Kriterien für die Prüfung der Bedarfsgerechtigkeit, wie die Protokolle zeigen, gesehen hat. Die Antragsgegnerin wird daher vor einer Entscheidung entsprechende nachvollziehbare und schlüssige Kriterien aufzustellen haben, dies gerade auch im Interesse einer gegenüber allen Antragstellern wie auch der bereits tätigen Ärzte einheitlichen und damit auch rechtsstaatlichen Anforderungen genügenden Entscheidungspraxis.

Gegebenenfalls wird im Hauptsacheverfahren und damit im Weiteren letztlich auch von der Antragsgegnerin der Vorwurf des Antragstellers gegen den Beigeladenen, dieser habe ohne erforderliche Genehmigung Maßnahmen der künstlichen Befruchtung angeboten und durchgeführt, zu klären sein (z. B. durch entsprechende Nachfragen bei der KV bzw. den Krankenkassen). Denn sollte dieser Vorwurf zutreffen, könnte dies durchaus auch Zweifel an der Geeignetheit und Zuverlässigkeit des Beigeladenen hinsichtlich der Einhaltung der geforderten Qualitätsanforderungen und der Beachtung der hier maßgeblichen gesetzlichen Regelungen (u. a. Embryonenschutzgesetz) möglicherweise begründen. Auch hierzu fehlen jegliche Ausführungen der Antragsgegnerin in ihrer Entscheidung. Sie hat sich offensichtlich mit dieser Frage überhaupt nicht auseinandergesetzt.

Ob und inwieweit daneben auch Verfahrensfehler vorliegen (korrekte Anhörung der KV Baden-Württemberg bzw. liegt überhaupt ein Einvernehmen mit der KV Baden-Württemberg vor?) kann hier dahingestellt bleiben. Dies wird gegebenenfalls im Hauptsacheverfahren ebenfalls zu prüfen sein, wobei für den Senat schon erhebliche Zweifel bestehen, ob das hier - entgegen der eigenen Verfahrensordnung - gewählte Verfahren überhaupt das Einvernehmen herbeiführen können, da in diesem Fall der KV gerade nicht alle Umstände und Erwägungen von Seiten der Kommission mitgeteilt worden waren (jedenfalls ist in den Akten hierzu nichts dokumentiert). Die Erteilung eines Einvernehmens setzt aber voraus, dass derjenige, der das Einvernehmen erteilen sollen, alle Umstände und Entscheidungsgrundlagen kennt. In dem Zusammenhang wird ohnehin gegebenenfalls auch bei der KV nochmals hinsichtlich des zumindest interpretationsfähigen Schreibens vom 20. Oktober 2008 nachzufragen sein, ob tatsächlich insgesamt ein Bedarf bejaht wird, wenn einerseits zwar für den südlichen Bereich, Bereich der Ortenau, ein Bedarf bejaht wird, für den nördlichen Bereich aber, Einzugsbereich des Antragstellers (im Übrigen befindet sich offenkundig in Pforzheim noch ein IVF-Zentrum (siehe Blatt 95 VA) ein Bedarf verneint wird.

Da also für den Senat das Ergebnis im Hauptsacheverfahren jedenfalls absolut offen erscheint, fällt die weitere hier dann vorzunehmende Interessen- und Folgenabwägung - anders als beim SG - zugunsten des Antragstellers aus. Für diesen würden im Falle eines sofortigen Vollzuges der Genehmigung unter Umständen unwiederbringliche wirtschaftliche Schäden eintreten durch Verlust und Abwanderung von Patienten und damit eine nicht mehr kostendeckende Patientenzahl, die auch bei einem Obsiegen in der Hauptsache nicht mehr reparabel wären. Umgekehrt führt eine Verzögerung der Umsetzung der Genehmigung für den Beigeladenen nach bisherigem Kenntnisstand zu keinen wirtschaftlichen Einbußen, insbesondere wurden offenkundig nämlich vom Beigeladenen entsprechende Investitionen bislang nicht getätigt, was im Übrigen vor dem Hintergrund, dass der Antragsteller bereits gegen die Ausgangsgenehmigung Widerspruch eingelegt hatte, auch nachvollziehbar erscheint.

Aus diesen Gründen ist aber auf die Beschwerde des Antragstellers der Beschluss des SG aufzuheben und entsprechend dem Antrag des Antragstellers die aufschiebende Wirkung seiner Klage gegen die dem Beigeladenen erteilte Genehmigung zur Durchführung künstlicher Befruchtungen wiederherzustellen.

III.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-04-27