

L 4 B 319/08 KA ER

Land

Schleswig-Holstein

Sozialgericht

Schleswig-Holsteinisches LSG

Sachgebiet

Sonstige Angelegenheiten

Abteilung

4

1. Instanz

SG Kiel (SHS)

Aktenzeichen

S 15 KA 63/07 ER

Datum

17.12.2007

2. Instanz

Schleswig-Holsteinisches LSG

Aktenzeichen

L 4 B 319/08 KA ER

Datum

15.05.2008

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

Zur Anfechtung einer Ermächtigung zur Durchführung von „Feriendialysen“ und Peritonealdialysen durch eine Vertragsarztpraxis

Zu den Rechtsgrundlagen für die Bedarfsprüfung bei Dialysen durch Krankenhausärzte

Die Beschwerde des Beigeladenen zu 8) gegen den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 17. Dezember 2007 wird zurückgewiesen. Der Beigeladene zu 8) trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) bis 7) sind im gesamten Verfahren nicht erstattungsfähig.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin ist eine in R niedergelassene Gemeinschaftspraxis von zwei als Nephrologen zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassenen Ärzten mit Genehmigung zur Durchführung der Dialyse. Sie betreibt außerdem eine Zweigpraxis im Kreiskrankenhaus E. Der Beigeladene zu 8) ist Facharzt für innere Medizin mit der Schwerpunktbezeichnung Nephrologie und als angestellter Krankenhausarzt bei dem Klinikum D beschäftigt. Aufgrund Beschlusses des Antragsgegners vom 16. Juni 2005 war der Beigeladene zu 8) (erneut) befristet bis zum 30. Juni 2007 zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Überweisungspraxis zur Durchführung von Feriendialysen ermächtigt. Die Ermächtigung beruhte im Wesentlichen auf den Erwägungen in dem Beschluss des Senats vom 30. Juni 2004 – L 4 B 30/04 KA ER –, mit dem, wie bereits mit einem vorangegangenen Beschluss, der Antragsgegner zur Ermächtigung des Prof. Dr. W (zuvor: Dr. Wa) zur Teilnahme an der vertragsärztlichen Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten zur Durchführung von Dialysen im Umfang der bis zum 30. Juni 2002 Prof. Dr. H erteilten Ermächtigung verpflichtet worden war. Die Entscheidung war im Wesentlichen mit einer der Reha-Klinik D mit Schreiben des Zulassungsausschusses vom 1. März 2000 erteilten Zusicherung einer auf fünf Jahre befristeten (Nachfolge-)Ermächtigung begründet worden.

Den Antrag des Beigeladenen zu 8), ihn über den 30. Juni 2007 hinaus zur Durchführung von Feriendialysen sowie darüber hinaus zur Durchführung von Peritonealdialysen zu ermächtigen, lehnte der Zulassungsausschuss mit Bescheid vom 12. Juli 2007 (Beschluss vom 25. April 2007) ab. Nach § 9 Abs. 1 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä könnten Ermächtigungen zur Durchführung von Versorgungsaufträgen zur Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten erteilt werden, wenn die Voraussetzungen nach § 4 Abs. 1 Satz 2 Nrn. 2 und 3 für die Genehmigung zur Übernahme eines Versorgungsauftrages erfüllt seien. Die für die entsprechende Feststellung zuständige Beigeladene zu 5) habe mit Schreiben vom 11. April 2007 mitgeteilt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines Versorgungsauftrages nicht erfüllt seien. In diesem Schreiben ist im Wesentlichen dargelegt, dass eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur für die Dialysepraxis nicht gegeben sei, wie es § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 BMV-Ä/EKV-Ä voraussetze. Sie werde angenommen, wenn die in der Versorgungsregion bereits bestehenden Dialysepraxen kontinuierlich mindestens 90 % der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Patientenzahl versorgten. Die in der Versorgungsregion befindlichen Dialysepraxen wiesen nach ihren Feststellungen einen Auslastungsgrad von unter 90 % auf.

Mit seinem Widerspruch gegen den Beschluss des Zulassungsausschusses machte der Beigeladene zu 8) im Wesentlichen geltend: Bei Wegfall der Dialysemöglichkeit in D würden die dialysebedürftigen Urlauber ihren Urlaub nicht mehr in D verbringen und daher die ausgelagerte Betriebsstätte der Antragstellerin ebenso wenig aufsuchen wie bei einem Weiterbestehen der Dialysemöglichkeiten in D selbst. Der nach der Systematik des § 6 der Anlage 9.1 zum BMV-Ä/EKV-Ä erforderliche Kausalzusammenhang zwischen den in D bis zum Ende des letzten Ermächtigungszeitraumes vorgenommenen Dialysebehandlungen und der zu schwachen Auslastung der ausgelagerten

Betriebsstätte der Antragstellerin sei damit nicht gegeben. Da dieser Bedarf in D speziell entstehe, sei er, gemäß dem Vorrang der wohnortnahen Dialyseversorgung gegenüber der Forderung nach kontinuierlichen wirtschaftlichen Versorgungsstrukturen, durch Vorhalten der entsprechenden Einrichtungen dort zu decken. Zwischen D und dem Einzugsgebiet der ausgelagerten Betriebsstätte der Antragstellerin handle es sich auch nicht um eine einheitliche Versorgungsregion im Sinne des § 6 Abs. 1 Sätze 6 ff. der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä. Versorgungsregion im Planungsbereich der Raumordnungskategorie 6 – eine solche sei der Kreis R -E , in welchem sowohl die ausgelagerte Betriebsstätte der Antragstellerin als auch die Reha-Klinik D lägen – sei die Region mit einem Radius von 20 km um die projektierte Dialysepraxis. Die kürzeste Entfernung zwischen der Reha-Klinik D und dem Kreiskrankenhaus E betrage jedoch 21,6 km. Auch bei systematisch-funktionaler Auslegung handle es sich nicht um eine einheitliche Versorgungsregion. Die Dialysepatienten der Antragstellerin und die in D zu behandelnden Feriendialysepatienten seien strukturell nicht vergleichbar. Auch hinsichtlich der Peritonealdialyse sei der angefochtene Beschluss rechtswidrig. Ein solches Angebot halte die Antragstellerin in ihrer ausgelagerten Betriebsstätte im Kreiskrankenhaus E nicht vor; es sei auch in der Versorgungsregion nicht vorhanden. Da der Anteil der Peritonealdialysen in Schleswig-Holstein 2005 bei lediglich 2 % der insgesamt vorgenommenen Dialysen gelegen habe, sei es auch schon statistisch unmöglich, dass eine Ermächtigung zu seinen Gunsten kausal für eine mangelnde Auslastung der ausgelagerten Betriebsstätte der Antragstellerin werden könnte.

Der Antragsgegner änderte mit Bescheid vom 6. November 2007 (Beschluss vom 4. Oktober 2007) den Beschluss des Zulassungsausschusses und verlängerte die Ermächtigung des Beigeladenen zu 8) über den 30. Juni 2007 hinaus bis zum 30. Juni 2009 für Patienten, die eine Feriendialyse benötigen und einen ersten Wohnsitz außerhalb Schleswig-Holsteins haben sowie erweitert auf die ambulante Betreuung von Peritonealdialysepatienten auf Überweisung von Vertragsärzten; der Sofortvollzug wurde angeordnet. Zur Begründung ist im Wesentlichen dargelegt: Seiner Auffassung nach sei für die Entscheidung nicht die Anlage 9.1 des Vertrages über die Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten maßgeblich, so dass es auf die Erteilung oder Zusicherung eines Versorgungsauftrages zu Gunsten des Beigeladenen zu 8) durch die Beigeladene zu 5) nicht ankomme. Die Anlage 9.1 des genannten Vertrages enthalte Regelungen lediglich für wohnortnahe Dialysen. Hier gehe es dagegen um Feriendialysen, d.h. Dialysen, die erforderlich würden, weil der Versicherte sich von seinem Wohnort entfernt habe. Für eine solche Dialyse seien allein die Regelungen in § 31 a Ärzte-ZV, [§ 116 SGB V](#) maßgeblich. Der danach allein erforderliche Bedarf für die Erteilung einer Ermächtigung bestehe. Denn die innerhalb des Radius von 20 km um D angesiedelte und nicht ausgelastete Dialysepraxis sei nicht in der Lage, den angebotsinduzierten Bedarf seitens der Feriengäste in D zu befriedigen. Dieser Bedarf entstehe allein deshalb, weil diese Leistungen in D angeboten würden. Der Bedarf an Feriendialysen habe also nichts zu tun mit dem Bedarf an allgemeinen Dialysen innerhalb des Rahmens der wohnortnahen Betreuung der Versicherten. Es handle sich um einen spezifischen, durch die besondere Lage und Ausstattung der Ferienregion D erzeugten Bedarf, der nur dadurch befriedigt werden könne, dass der Beigeladene zu 8) die angestrebte Ermächtigung erhalte. Die Sperrung der Planungsregion N /R -E für die Zulassung von Internisten wegen eines Versorgungsgrades von 194,7 % stehe dem nicht entgegen, weil es sich um spezialisierte Leistungen eines Nephrologen handle. Diese Leistungen würden auch nicht in E vorgehalten. Dort werde wohnortnahe Dialyse betrieben, hingegen keine Feriendialyse. Die Ermächtigung auch zur Erbringung von Peritonealdialysen sei erfolgt, weil derartige Dialysen im Planungsbereich und innerhalb eines größeren Radius um D nicht vorgehalten würden. Zwar seien die Ärzte der Antragstellerin berechtigt, derartige Leistungen zu erbringen, weil sie über die entsprechende qualitätsbezogene und gebundene Genehmigung seitens der Beigeladenen zu 5) verfügten. Ausweislich der ihm vorliegenden Statistiken rechneten sie diese Leistungen tatsächlich jedoch nicht ab. Dies verdeutliche, dass die Leistungen im Planungsbereich nicht vorgehalten würden und insoweit eine Versorgungslücke bestehe. Zwar erwäge er, dass möglicherweise die fehlende Nachfrage nach Peritonealdialysen dazu geführt habe, dass die in E tätigen Nephrologen diese Leistungen in der Vergangenheit nicht abgerechnet hätten. Er vermöge jedoch nicht auszuschließen, dass die fehlende Abrechnung und Leistungserbringung nicht nur auf einer fehlenden Nachfrage beruhe. Um dieses abschließend beurteilen zu können, sei jedenfalls zunächst die Ermächtigung der Antragstellerin erforderlich. Erst dann, wenn sich nach Erteilung der Ermächtigung herausstellen sollte, dass auch der Beigeladene zu 8) keine Peritonealdialysen erbringen oder aber in Zukunft die Antragstellerin diese Leistungen erbringen sollte, lasse sich abschließend beurteilen, ob die bisher nicht bestehende Nachfrage nach diesen patientenfreundlichen Behandlungsmethoden mit den Ausrichtungen der einzelnen Dialysepraxen zusammenhänge oder nicht. Der Sofortvollzug sei angeordnet worden, weil ein Versorgungsdefizit in den beiden genannten Bereichen bestehe. Eine bestehende Versorgungslücke widerspreche dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Gesundheitsversorgung der Versicherten. Lagen Versorgungslücken vor, so müssten diese alsbald geschlossen werden.

Hiergegen hat die Antragstellerin am 20. November 2007 bei dem Sozialgericht Kiel Klage erhoben (S 15 KA 210/07) und die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage beantragt. Zur Begründung dieses Antrages hat sie im Wesentlichen vorgetragen: Bereits die Voraussetzungen des § 31 a Ärzte-ZV lägen nicht vor, da weder ein qualitativer noch ein quantitativer Bedarf für eine "Feriendialyse" bestehe. Der Ansatz des Antragsgegners, die von ihm so genannten Feriendialysen aus dem allgemeinen Bedarf einer wohnortnahen Betreuung eines Versicherten auszugrenzen, sei unververtretbar. Die wohnortnahe Betreuung der Versicherten umfasse alle Versicherten im Einzugsbereich einer Kassenarztpraxis unabhängig davon, aus welchem Grund und für welche Dauer die Versicherten den Wohnort bezogen hätten. Die Umsetzung der von dem Antragsgegner gewählten Differenzierung würde bedeuten, dass nicht nur für die Region D , sondern für sämtliche Ferienregionen in Deutschland der Bedarf neu festgestellt werden müsste. Auch wenn in speziellen Ferienregionen zu Zeiten der Bedarf nach bestimmten ärztlichen Leistungen ansteigen möge, gehöre dieser Bedarf nach wie vor zu dem von einem Kassenarzt abzudeckenden Bedarf nach wohnortnaher Betreuung und stelle keinen Sonderbedarf oder sonstigen spezifischen Bedarf dar. Hinzu komme, dass der Antragsgegner die Ermächtigung nicht lediglich auf "Feriengäste" beschränkt, sondern allein nach dem Wohnsitz außerhalb Schleswig-Holsteins differenziert habe. Auch eine Person, die berufsbedingt in Schleswig-Holstein tätig sei, z.B. ein Monteur im Außendienst, könnte deshalb im Rahmen der Ermächtigung dialysiert werden. Der Bedarf nach allgemeinen Dialyseleistungen von Personen, die sich im Großraum D urlaubs- oder ferienbedingt aufhielten, könne auch von ihr in E befriedigt werden. Aus den Bedarfsplanungsrichtlinien und § 6 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä mit dem darin enthaltenen Radius von 20 km (und zum Teil mehr) für die nephrologische Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten ergebe sich des weiteren die Wertung, dass innerhalb dieser Region den Patienten die Anfahrt zur Dialysepraxis ohne weiteres zuzumuten sei. Auch Patienten mit Körperbehinderungen seien ohne weiteres in der Lage, mit den zur Verfügung stehenden Verkehrsmitteln ihre Praxis aufzusuchen. Auch für Peritonealdialysen bestehe kein Bedarf. Entgegen der Annahme des Antragsgegners halte sie derartige Leistungen vor. Die in ihr zusammengeschlossenen Ärzte verfügten über die entsprechenden Genehmigungen, und die Praxis weise die entsprechende logistische Ausstattung auf. Zudem seien beide Ärzte in dieser Behandlungsmethode qualifiziert und praktisch erfahren. Eine Abrechnung erfolge allein deshalb nicht, weil Patienten, bei denen eine Peritonealdialyse zwingend durchgeführt werden müsse, zurzeit – aus welchen Gründen auch immer – nicht vorhanden seien. Die Hilfsüberlegung des Antragsgegners, wonach zur Feststellung eines möglichen Bedarfs zunächst die Ermächtigung des Beigeladenen zu 8)

erforderlich sei, sei widersprüchlich. Entweder fielen Peritonealdialysen in der Versorgungsregion nicht an; in diesem Fall bestehe ersichtlich kein Bedarf für die entsprechende Ermächtigung. Sollten sie anfallen, könnten sie ohne weiteres durch sie abgedeckt werden. Die Ermächtigung sei auch deshalb rechtswidrig, weil der nach § 11 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä zwingend vorausgesetzte Versorgungsauftrag seitens der Beigeladenen zu 5) nicht erteilt worden sei. In diesem Zusammenhang hat die Antragstellerin ihre Argumentation wiederholt, wonach auch Feriendialysen zur wohnortnahen Versorgung gehörten. Es komme hinzu, dass die Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä entgegen der Auffassung des Antragsgegners keine Beschränkung auf die wohnortnahe Dialyse enthalte. Insbesondere sei § 1 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä eine Beschränkung auf bestimmte Patientengruppen oder eine Ausgliederung einer Patientengruppe nicht zu entnehmen. Auch in § 2 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä seien die betroffenen Patientengruppen ausdrücklich benannt worden, ohne dass ein Wohnortkriterium eingefügt worden sei. Auch bei einer allgemeinen Interessenabwägung überwiege ihr Suspensivinteresse. Weder bestünden überwiegende wirtschaftliche Interessen des Beigeladenen zu 8) gegenüber ihren wirtschaftlichen Interessen, noch bestehe ein überwiegendes öffentliches Interesse an dem Sofortvollzug. Dies folge schon daraus, dass die Beigeladene zu 5) im Rahmen ihrer Sicherstellungspflicht die Erteilung eines Versorgungsauftrages abgelehnt habe. Im Übrigen dürfe die Anordnung des Sofortvollzuges nur unter Berücksichtigung der Argumente des Antragsgegners geprüft werden. Hier werde auf Seite 5 nur auf das Bestehen des Versorgungsdefizits hingewiesen, das dem öffentlichen Interesse an einer geordneten Gesundheitsversorgung der Versicherten widerspreche. Über die bloße Wiederholung des Hauptarguments der Ermächtigungsentscheidung selbst gehe diese Begründung nicht hinaus. Sie sei nicht geeignet, die Ausnahme von der Regel der aufschiebenden Wirkung einer Klage zu begründen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung ihrer Klage gegen den Beschluss des Berufungsausschusses für Ärzte in Schleswig-Holstein vom 4. Oktober 2007, ausgefertigt am 6. November 2007, wiederherzustellen.

Die übrigen Beteiligten haben keine Anträge gestellt.

Das Sozialgericht hat durch Beschluss vom 17. Dezember 2007 die aufschiebende Wirkung der Klage vom 20. November 2007 wiederhergestellt und zur Begründung im Wesentlichen dargelegt: Die Antragsbefugnis ergebe sich unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur defensiven Konkurrentenklage daraus, dass D im Versorgungsbereich der Zweigpraxis der Antragstellerin liege, deren vertragsärztliche Versorgung von Dialysepatienten vorrangig gegenüber einer Versorgung im Rahmen einer Ermächtigung sei. Der Antrag sei auch begründet. Entgegen der Auffassung des Antragsgegners sei ein Versorgungsauftrag hier nicht deshalb entbehrlieh, weil es nicht um die wohnortnahe Versorgung von Dialysepatienten, sondern um die so genannte Feriendialyse gehe. Die Regelungen der Anlage 9.1 zum BMV-Ä/EKV-Ä gäben für eine derartige Differenzierung keine Anhaltspunkte. So umfasse die in § 1 der Anlage 9.1 getroffene Regelung über den Versorgungsinhalt alle gesetzlichen Versicherten, die unter chronischer Niereninsuffizienz leiden. In § 11 der Anlage 9.1 sei geregelt, unter welchen Voraussetzungen bei der Erteilung einer Ermächtigung im Sinne des § 3 Abs. 3 d der Anlage 9.1 die Feststellung eines besonderen Versorgungsbedürfnisses nicht erforderlich sei. Die dafür erforderliche kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur für die Dialysepraxis richte sich nach dem Auslastungsgrad der im Umkreis der beabsichtigten Niederlassung bzw. Ermächtigung bestehenden Dialysepraxen (§ 6 Abs. 1 Satz 1). Die Versorgungsregionen würden auf der Grundlage der Planungsbereiche nach den Bedarfsplanungsrichtlinien gebildet, die wiederum eine strenge Einteilung in Raumordnungskategorien und zugeordnete Radien um die projektierte Dialysepraxis bzw. das die Ermächtigung beantragende Krankenhaus bzw. dessen Arzt vorsähen. Eine Ausnahme von dieser starren Anbindung an die Planungsbereiche der Bedarfsplanungsrichtlinien sehe § 6 Abs. 3 der Anlage 9.1 für den Fall vor, dass Gründe der Sicherstellung eine zusätzliche Dialysepraxis erforderten, nämlich dann, wenn die wohnortnahe Versorgung unter Berücksichtigung der einzelnen Dialyseformen und -verfahren gewährleistet werden müsse, und nur dann dürfe von den strengen Anforderungen an die Feststellung einer wirtschaftlichen Versorgungsstruktur abgewichen werden. Eine Abweichung in Fällen wie dem vorliegenden, in dem anderweitige Aspekte – hier die Attraktivität des Urlaubsortes D und die möglichst urlaubsnahe Versorgung dialysepflichtiger Versicherter – von Bedeutung seien, sei nicht vorgesehen. § 9 Abs. 3 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä mache eine weitere Ausnahme für den Fall der Behandlung nierenkranker Kinder. Diese Regelung, die gemäß § 11 Abs. 2 auch für die Ermächtigung von Krankenhausärzten gelte, zeige, dass in der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä durchaus Interessen bestimmter Gruppen von Patienten besondere Berücksichtigung gefunden hätten. Dialysepflichtige Urlauber zählten hierzu jedoch nicht. Gleiches ergebe sich auch aus § 4 Abs. 3 in Verbindung mit Anhang 9.1.5 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä aus den Regelungen über die Anforderungen an die Genehmigung einer Zweigpraxis oder ausgelagerten Praxisstätte. Diese müsse innerhalb der Versorgungsregion der bestehenden Dialysepraxis liegen und könne erfolgen, wenn die wohnortnahe Versorgung der zum Zeitpunkt der Antragstellung mit Verfahren der Hämodialyse behandelten Patienten durch die projektierte Zweigpraxis oder ausgelagerte Praxisstätte verbessert werde. Auch diese Regelung zeige, dass die Bedürfnisse dialysepflichtiger Patienten hinsichtlich Wohnortnähe und Erreichbarkeit der Praxen Berücksichtigung fänden. Der erforderliche Versorgungsauftrag könne danach unter besonderen Umständen erteilt werden, wenn die in § 6 aufgestellten Anforderungen an eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur nicht oder nicht vollständig erfüllt würden. Auf die Erteilung eines Versorgungsauftrages werde jedoch auch in diesen Fällen nicht vollständig verzichtet. Das Sozialgericht hat aus weiteren Vorschriften der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä abgeleitet, dass der Versorgungsauftrag unabdingbare Voraussetzung für die Erteilung einer Ermächtigung sei. Dass dieses, die Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten umfassend und speziell berücksichtigende Regelwerk den Fall der so genannten Feriendialyse nicht ausdrücklich einbeziehe, heiße nicht, dass dieser Fall außerhalb des Regelwerkes, etwa ausschließlich nach den Regelungen des § 31 a Ärzte-ZV oder § 116 SGB V zu klären wäre. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass der Begriff der "Feriendialyse" im Vertragsarztrecht durchaus Anwendung finde. Er werde im EBM 2000 ausdrücklich am Ende der Erläuterung zu der Gebührenziffer 40820 betreffend die Kostenpauschale bei Sachkosten bei Durchführung von Hämodialysen etc. erwähnt. Wenn die Feriendialyse mit ihren Besonderheiten Aufnahme in den EBM gefunden habe, die Anlage 9.1 zum BMV-Ä sie demgegenüber nicht erwähne, zeige dies, dass die angeblichen Besonderheiten der Feriendialyse im Rahmen der Bedarfsprüfung und Sicherstellung keine besondere Rolle spielen sollten. Im Übrigen weise die Antragstellerin zu Recht darauf hin, dass es jedem dialysepflichtigen Versicherten – egal ob herzkrank, gehbehindert oder ohne günstige Anbindung an öffentliche Verkehrsmittel – zugemutet werde, zum Erreichen der in seinem Versorgungsgebiet gelegenen Dialysepraxis unter Umständen zeitraubende und belastende Anfahrtswege in Kauf zu nehmen. Es sei durchaus nachvollziehbar, dass die Unternehmensgruppe D, die sowohl die Reha-Klinik D als auch Ferienunterkünfte zur Verfügung stelle, die Attraktivität des Urlaubsortes erhöhen wolle, indem sie eine Dialyse am Ferienort ermögliche. Die Vorschriften über die vertragsärztliche Zulassung und Ermächtigung dienten jedoch nicht wirtschaftlichen Interessen bestimmter Regionen. Zudem gebe es mittlerweile eine Reihe von Ferienorten, in denen dialysepflichtige Versicherte vor Ort versorgt werden könnten (z.B. Weißenhäuser Strand, Bad Malente u.a.), so dass auch die nachvollziehbaren Wünsche der chronisch niereninsuffizienten Versicherten an einer Dialysemöglichkeit am Ferienort gewahrt seien. Zudem

könnten gemäß § 8 der Krankentransportlinien bei zwingender medizinischer Notwendigkeit Fahrtkosten zur ambulanten Behandlung von der Krankenkasse übernommen und vom Vertragsarzt verordnet werden. Dies bedeute, dass Patienten, die in D Urlaub machten, durchaus mittels einer Verordnung z.B. des dortigen Badearztes relativ bequem zur Dialyse nach E transportiert werden könnten. Bei Dialysepatienten liege in der Regel ein Ausnahmefall nach § 8 Abs. 2 in Verbindung mit Anlage 2 der Krankentransportrichtlinien vor. Auch hinsichtlich der Ermächtigung zur Erbringung von Peritonealdialysen habe die Klage hinreichende Erfolgsaussichten. Die Antragstellerin besitze eine Genehmigung zur Erbringung dieser Leistungen. Auch wenn sie sie tatsächlich nicht abrechne, bedeute dies nicht, dass insoweit eine Versorgungslücke bestehe. Es sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin einen Patienten, der von der Möglichkeit der Peritonealdialyse Gebrauch machen wolle, nicht abweisen würde. Da sich die Entscheidung des Antragsgegners nach der im Eilverfahren durchzuführenden summarischen Prüfung als rechtswidrig darstelle, sei es aufgrund der Interessenabwägung ermessensgerecht, die aufschiebende Wirkung der Klage anzuordnen.

Gegen den ihm am 30. Dezember 2007 zugestellten Beschluss richtet sich die am 16. Januar 2008 eingegangene Beschwerde des Beigeladenen zu 8). Das von dem Sozialgericht angenommene zwingende Erfordernis eines Versorgungsauftrages seitens der Beigeladenen zu 5) entbehre der im Hinblick auf den damit verbundenen Eingriff in das Grundrecht des Vertragsarztes aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) erforderlichen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage. Die in [§ 82 Abs. 1 SGB V](#) enthaltene Ermächtigung zum Abschluss von Gesamtverträgen enthalte bei verfassungskonformer Interpretation keine derartige Ermächtigung. Insbesondere besäßen die Vertragspartner des BMV-Ä keine allgemeine demokratische Legitimation, sondern repräsentierten lediglich einen Teil derjenigen, die von den Regelungen des BMV-Ä betroffen seien. Der Gesetz- und Ordnungsgeber habe deshalb die Kompetenz zur Entscheidung über Ermächtigungen jeweils paritätisch aus Vertretern der Vertragsärzte und der Versicherten bzw. Versorgungsträger zusammengesetzten Gremien anvertraut. Diese Entscheidung würde unterlaufen, wenn durch vertragliche Konstituierung des Erfordernisses eines Versorgungsauftrags faktisch eine Sperrbefugnis der Beigeladenen zu 5) gegeben wäre. Im Übrigen könne aus den von dem Sozialgericht im Einzelnen zitierten Normen der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä nicht gefolgert werden, dass weitere Ausnahmen von der Feststellung einer wirtschaftlichen Versorgungsstruktur nicht beabsichtigt gewesen seien. Grund für die genannten Ausnahmeregelungen sei jeweils eine Sondersituation der Patienten, und in einer solchen Sondersituation befänden sich auch die in D ihre Ferien bzw. ihren Urlaub verbringenden gesetzlichen Versicherten, die einer Dialyse bedürften. In D ergebe sich ein spezieller Bedarf daraus, dass Patienten dort ihren Urlaub verbrächten. Den Gesichtspunkt, dass es sich sowohl bei E als auch bei D um sehr populäre Ferienregionen handele, habe das Sozialgericht Kiel selbst in seinem Beschluss vom 13. Juli 2005 – S 15 KA 35/05 ER-, hier Seite 5, hervorgehoben, und das Schleswig-Holsteinische Landessozialgericht habe in seinem Beschluss vom 14. Februar 2006 – L 4 B 236/05 KA ER – diese Argumentation des Sozialgerichts Kiel nicht angezweifelt. Jedenfalls nicht überzeugend sei die aus der Sondernorm betreffend Zweigstellen in § 4 Abs. 3 Anlage 9.1 BMV-Ä ebenso wie die aus der Erwähnung der Feriendialyse in Kostenvorschriften gezogene Schlussfolgerung, wonach für die Erteilung einer Ermächtigung keine Ausnahme mit Rücksicht auf die Besonderheiten der Feriendialyse habe vorgesehen werden sollen. Die Besonderheiten der Feriendialyse, die die Ermächtigung zu ihren Gunsten rechtfertigten, bezögen sich auch auf die Peritonealdialyse. Darüber hinaus möge es zwar zutreffen, dass die Antragstellerin einen Patienten, der von der Möglichkeit der Peritonealdialyse Gebrauch machen wolle, nicht abweisen würde. Angesichts der Besonderheiten der Peritonealdialyse, die ein im Verhältnis zur herkömmlichen Hämodialyse besonders schonendes Verfahren für die Patienten darstelle, könne es jedoch nicht darum gehen, ob ein Patient aktiv abgewiesen würde, sondern allein darum, ob Patienten durch die Antragstellerin auf dieses medizinisch sinnvolle und eine echte Alternative zur Hämodialyse darstellende Verfahren aktiv hingewiesen würden. Dies sei offenbar bisher nicht der Fall gewesen.

Der Beigeladene zu 8) beantragt,

den Beschluss des Sozialgerichts Kiel vom 17. Dezember 2007 aufzuheben und den Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage S 15 KA 210/07 abzulehnen.

Die Antragstellerin beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Voraussetzungen für die Erteilung eines Versorgungsauftrages lägen nicht vor; insoweit verteidigt die Antragstellerin die Entscheidung des Sozialgerichts mit näheren Ausführungen. Die verfassungsrechtliche Argumentation des Beigeladenen zu 8) sei unzutreffend. [§ 82 Abs. 1 SGB V](#) beinhalte eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für die Regelung des BMV-Ä im Allgemeinen und der Anlage 9.1 zu dem Vertrag im Besonderen. Der Gesetzgeber habe seine Normsetzungsbefugnis hiermit auf die Vertragsparteien delegiert, so dass der BMV-Ä einschließlich der gemäß § 1 Abs. 2 des Vertrages geltenden Anlagen ein sozialversicherungsrechtlicher Normvertrag seien. In [§ 82 Abs. 1 SGB V](#) in Verbindung mit [§ 72 Abs. 2 SGB V](#) habe der Gesetzgeber den Vertragsparteien der genannten Normverträge als Regelungsziel insbesondere die Sicherstellung der Versorgung vorgegeben. Das Erfordernis eines Versorgungsauftrages nach den genannten Vorschriften der Anlage 9.1 BMV-Ä diene gerade der Sicherung der wirtschaftlichen Versorgungsstruktur. Ein Verstoß gegen [Art. 12 GG](#) sei demnach nicht erkennbar. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass es sich bei dem Erfordernis eines Versorgungsauftrages für Krankenhausärzte, die eine Ermächtigung erstrebten, allenfalls um eine Berufsausübungsregelung niedrigster Stufe handele. Die Voraussetzungen für eine Ausnahmeregelung, wie sie der Beigeladene zu 8) erstrebe, lägen nicht vor, wie es das Sozialgericht zutreffend dargelegt habe. Im Übrigen komme es für die Frage des Sofortvollzuges allein darauf an, dass der Beigeladene zu 8) tatsächlich nicht im Besitz eines Versorgungsauftrages sei. Die auf die Belastung der Patienten bezogene Argumentation des Beigeladenen zu 8) berücksichtige nicht, dass es ohne weiteres denkbar sei, dass die Urlauber ihren Urlaub wegen der Attraktivität des Ferienortes D dort verbrächten und zu Dialyse Zwecken ihre Praxis aufsuchten, bzw. dass sie, sollten sie es tatsächlich nur auf die Möglichkeit der Feriendialyse abgesehen haben, ihren Urlaub statt in D in E verbringen und dann ihre Praxis auf kurzem Wege erreichen könnten. Hinsichtlich der Peritonealdialyse wiederholt die Antragstellerin ihr bisheriges Vorbringen und tritt der Behauptung des Beigeladenen zu 8), die Nichtabrechnung der Peritonealdialyse in der Vergangenheit zeige, dass sie geeigneten Patienten dieses Verfahren letztlich vorenthalten habe, entgegen. Im Übrigen befasse sich die Beschwerdebegründung ausschließlich mit dem Vollzugsinteresse des Beigeladenen zu 8). Auf dieses komme es jedoch nicht an, weil der Antragsgegner seine Sofortvollzugsanordnung allein auf ein öffentliches Vollzugsinteresse gestützt habe.

Der Beigeladene zu 8) hat daraufhin seine Rechtsposition zu den streitigen Punkten weiter vertieft.

Der Antragsgegner und die weiteren Beigeladenen äußern sich nicht zur Sache und stellen keine Anträge.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Verfahrensakte und den Verwaltungsvorgang des Antragsgegners betreffend die Ermächtigung des Beigeladenen zu 8) Bezug genommen.

II.

Die statthafte ([§ 172 Sozialgerichtsgesetz - SGG](#)) und fristgerecht ([§ 173 SGG](#)) eingelegte Beschwerde des Beigeladenen zu 8) ist unbegründet. Das Sozialgericht hat zu Recht die aufschiebende Wirkung der Klage der Antragstellerin gegen den Bescheid des Antragsgegners vom 6. November 2007 wiederhergestellt.

Einstweiliger Rechtsschutz ist auch mit dem Begehren gerichtet auf Wiederherstellung der hier durch die Sofortvollzugsanordnung des Antragsgegners entfallenden aufschiebenden Wirkung der Klage ([§ 86 a Abs. 1](#) Sätze 1 und [2 SGG](#) i.V.m. [§ 97 Abs. 4 SGB V](#)) statthaft, wenngleich in [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) nur allgemein von der "Anordnung" der aufschiebenden Wirkung die Rede ist. Dies ist jedenfalls aus Abs. 1 Satz 3 der Vor-schrift herzuleiten, in dem ausdrücklich die "Wiederherstellung" der aufschiebenden Wirkung erwähnt ist (vgl. Beschl. des Senats v. 3. August 2006 – [L 4 B 269/06 KA ER](#), veröffentlicht in juris m.w.N.).

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Das Sozialgericht hat zutreffend die in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschl. v. 17. August 2004 – [1 BvR 378/00](#) – [SozR 4-1500 § 54 Nr. 4](#)) entwickelten Voraussetzungen einer sog. defensiven Konkurrentenklage eines niedergelassenen Vertragsarztes gegen eine Ermächtigung dargelegt. Diese Voraussetzungen sieht der Senat hier auch unter Berücksichtigung des Urteils des Bundessozialgerichts (BSG) vom 17. Oktober 2007 ([B 6 KA 42/06 R](#), veröffentlicht in juris) als erfüllt an. Dabei kann dahinstehen, ob die Ausführungen in diesem Urteil zu einer Konkurrenzsituation in "demselben räumlichen Bereich" (juris Rz. 18 ff.) dahingehend zu verstehen sind, dass die Betroffenheit in eigenen Rechten unabhängig von den Vorgaben der Bedarfsplanungsrichtlinien, d.h. auch bei Praxen derselben Fachrichtung innerhalb desselben Planungsbereichs stets anhand einer genauen Analyse des konkreten Einzugsbereichs der Praxen und der Patientenströme zu bestimmen ist. Selbst wenn dies so zu verstehen wäre und der Senat dem folgte, wäre hier eine besondere Situation anzunehmen. Hier geht es nämlich gerade und ausschließlich um eine Ermächtigung bezogen auf diejenigen Patienten, die nach den Ausführungen des BSG in die genannten Ermittlungen ohnehin nicht einzubeziehen sind, nämlich Personen, die sich nur urlaubsbedingt vorübergehend in einem Planungsbereich aufhalten (vgl. BSG, a.a.O., juris Rz. 22). Hieraus kann jedoch nach Auffassung des Senats nicht gefolgert werden, dass eine Betroffenheit der Antragstellerin in eigenen Rechten von vornherein zu verneinen ist. Es geht in diesem Verfahren nämlich gerade um die Frage, ob die Bedarfsbeurteilung bei einer Ermächtigung, hier zur Dialyse, zwischen Leistungen am Wohnort und Leistungen am Urlaubsort eines Patienten differenzieren darf und ob auch ein "angebotsinduzierter Bedarf" eine Ermächtigung zu Dialyseleistungen rechtfertigen kann. Durch eine solche Ermächtigung ist nach Auffassung des Senats jedenfalls eine Praxis betroffen, die, wie hier diejenige der Antragstellerin in E, dieselben Leistungen anbietet und sich in so geringer räumlicher Entfernung zu dem ermächtigten Krankenhausarzt befindet, dass sich nur vorübergehend urlaubsbedingt in der Region aufhaltende dialysepflichtige Personen sie vom unterstellten Urlaubsort D aus aufsuchen könnten bzw., was hier noch näher läge, ihren Urlaub ebenso zwischen D und E bzw. direkt in E - ebenfalls ein bedeutender Urlaubsort - verbringen und dort die erforderlichen Dialyseleistungen durch die Ärzte der Antragstellerin erhalten könnten. Bezogen auf diese dialysepflichtigen regionalen Urlauber konkurrieren die Antragstellerin und der Beigeladene zu 8) unmittelbar miteinander. Auch bezogen auf die Peritonealdialyse, die eine Alternative zu der herkömmlichen Dialyse darstellt, konkurrieren die Antragstellerin und der Beigeladene zu 8) von vornherein um die Behandlung aller bzw. um eine größere Anzahl aller dialysepflichtigen Patienten. Dass der Antragsgegner, worauf noch einzugehen ist, entgegen den rechtlichen Vorgaben den konkreten Bedarf für die Peritonealdialyse völlig offen gelassen hat, so dass das Ausmaß der wirtschaftlichen Betroffenheit der Antragstellerin nicht feststeht, kann jedenfalls im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz bei der Frage der Antragsbefugnis und auch der Frage einer tatsächlichen konkreten Betroffenheit in eigenen Rechten nicht zu Lasten der Antragstellerin gehen.

Die Maßstäbe, nach denen über die (Wieder-)Herstellung der aufschiebenden Wirkung, d. h. über die Rechtmäßigkeit der Anordnung des Sofortvollzuges zu befinden ist, sind dem Gesetz selbst nicht zu entnehmen. Da vor der umfassenden Regelung des einstweiligen Rechtsschutzes im SGG durch das 6. SGG Änderungs-gesetz vom 17. August 2001 ([BGBl. I S. 2144](#)) mit Wirkung vom 2. Januar 2002 bis dahin bestehende Rechtsschutzlücken vor allem durch die entsprechende Anwendung der Vorschriften in [§ 80](#) und [§ 123 Verwaltungsgerichtsordnung \(VwGO\)](#) geschlossen worden waren und der Gesetzgeber sich bei der Einfügung der [§§ 86 a](#) und [86 b SGG](#) weitgehend an den genannten Vorschriften orientiert hat, sind die hierzu in umfangreicher Literatur und Rechtsprechung entwickelten Kriterien bei der Anwendung der Vorschriften heranzuziehen. In der hier gegebenen, der Regelung in [§ 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO](#) entsprechenden Situation einer Vollzugsanordnung der zuständigen Behörde hat das Gericht danach zunächst die formelle und materielle Rechtmäßigkeit der Vollzugsanordnung zu prüfen und bei einem entsprechenden Mangel die aufschiebende Wirkung wiederherzustellen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 15. Aufl. 2007, § 80 Rz. 146 und 148 ff.). Sofern diese Prüfung keine Fehler der behördlichen Anordnung ergibt, hat das Gericht im Rahmen seiner eigenen Entscheidung – hier nach [§ 86 b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) – zusätzlich eine umfassende Interessenabwägung vorzunehmen, in die die betroffenen Interessen des Antragstellers, im Falle von Verwaltungsakten mit Drittwirkung auch die betroffener Dritter und ein ggf. zu berücksichtigendes öffentliches Interesse einzubeziehen sind (vgl. Kopp/Schenke, a. a. O., Rz. 151; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, Sozialgerichts-gesetz, 8. Aufl. 2005, § 86 b Rz. 12 c ff.).

In Anwendung dieser Maßstäbe ist hier festzustellen, dass die Anordnung des Sofortvollzuges in dem Bescheid des Antragsgegners vom 6. November 2007 nicht in einer den gesetzlichen Anforderungen materiell entsprechenden Weise begründet worden ist. Die Ausführungen des Antragsgegners in dem Bescheid vom 6. November 2007 beschränken sich im Wesentlichen darauf, dass die zuvor näher dargelegte Versorgungslücke unverzüglich geschlossen werden müsse. Damit wiederholt der Antragsgegner jedoch lediglich die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermächtigung nach [§ 116 SGB V](#), § 31 a Zulassungsverordnung für Vertragsärzte vom 28. Mai 1957 (Ärzte-ZV; BGBl. I S. 572, Ber. S. 608), zuletzt in der Fassung durch Gesetz vom 2. Dezember 2007 ([BGBl. I S. 2686](#)), nämlich eine Versorgungslücke im Sinne eines quantitativ oder qualitativ nicht gedeckten Versorgungsbedarfs. Dies reicht für die Bejahung des erforderlichen besonderen Interesses am sofortigen Vollzug der Ermächtigung nicht aus. Auch für die Fälle einer bedarfsabhängigen Zulassung/Ermächtigung hat der Gesetzgeber keine Ausnahme von der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch und Klage geregelt, wie dies für bestimmte andere Fallgestaltungen sowohl in der VwGO als auch im SGG (vgl. [§ 86 a Abs. 2 Nr. 1 bis 4 SGG](#)) geschehen ist. In [§ 96 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) – und damit speziell für den Bereich der ärztlichen Zulassung – ist ausdrücklich und ausnahmslos geregelt, dass die Anrufung des Berufungsssausschusses aufschiebende Wirkung hat. Hieraus ist abzuleiten, dass allein der ungedeckte Versorgungsbedarf ein Interesse am Sofortvollzug nicht zu begründen vermag, sondern dass andere Gesichtspunkte hinzukommen müssen, um ein "öffentliches Interesse" im Sinne des [§ 97 Abs. 4](#)

[SGB V](#) bejahen zu können. Derartige über das Bestehen einer Versorgungslücke hinausgehende Gesichtspunkte sind in dem angefochtenen Bescheid nicht dargelegt worden. Hinsichtlich der Peritonealdialyse kommt hinzu, dass nicht einmal der Bedarf als solcher festgestellt worden, sondern im Gegenteil sinngemäß dargelegt worden ist, es lasse sich zurzeit nicht feststellen, ob die Nichtabrechnung der entsprechenden Leistungsziffern des EBM auf einem nicht gedeckten Bedarf beruhe oder auf anderen Umständen. Aus welchen Gründen in einem solchen Fall entgegen der gesetzgeberischen Grundentscheidung für die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Klage ein Interesse am Sofortvollzug bestehen sollte, ist nicht ersichtlich, der Begründung des im Hauptsacheverfahren angefochtenen Bescheides des Antragsgegners jedenfalls nicht zu entnehmen. Damit ist bereits die Anordnung des Sofortvollzuges im Hinblick auf Begründungsmängel rechtswidrig.

Darüber hinaus ist die Entscheidung des Sozialgerichts auch deshalb zu bestätigen, weil bei summarischer Prüfung deutlich mehr für als gegen die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ermächtigung und damit für den Erfolg der Anfechtungsklage der Antragstellerin spricht, so dass bei umfassender Interessenabwägung das Interesse der Antragstellerin an der Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage überwiegt. Dabei bedarf es jedenfalls in dem auf einstweiligen Rechtsschutz gerichteten Verfahren keiner Klärung des Verhältnisses der allgemeinen Vorschriften über die Erteilung von Ermächtigungen an angestellte Krankenhausärzte in [§ 116 SGB V](#) i.V.m. §§ 31 a, 31 Ärzte-ZV zu den Regelungen in § 2 Abs. 7 Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä) und § 2 Abs. 7 Bundesmantelvertrag Ärzte/Ersatzkassen (EKV-Ä; jeweils zuletzt geändert auf Grund des Vertragsarztsrechtsänderungsgesetzes vom 22. Dezember 2006 ([BGBl. I S. 3439](#) ff) mit Wirkung zum 1. Juli 2007) i.V.m. der Anlage 9.1 zum BMV-Ä/EKV-Ä (Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten). Der Antragsgegner ist in dem im Hauptsacheverfahren angefochtenen Bescheid vom 6. November 2007 davon ausgegangen, dass die letztgenannten Vorschriften die Regelungen in [§§ 116 SGB V](#), 31 a Ärzte-ZV ergänzen und dass, da die zusätzlichen Vorschriften des BMV-Ä/EKV-Ä und der Anlage 9.1 hierzu lediglich die wohnortnahe Versorgung dialysebedürftiger Patienten betreffen, im vorliegenden Fall allein [§§ 116 SGB V](#), 31 a Ärzte-ZV maßgeblich seien. Träfe dies zu, würde der angefochtene Bescheid im Hauptsacheverfahren gleichwohl voraussichtlich keinen Bestand haben, weil die Voraussetzungen für die Erteilung einer Ermächtigung nach den genannten Vorschriften nicht vorliegen dürften. Nach [§ 116 Satz 2 SGB V](#) (wortgleich mit § 31 a Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV) ist eine 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. Entsprechend dem in den genannten Regelungen zum Ausdruck gebrachten Vorrang der Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung durch die niedergelassenen Vertragsärzte (und - seit dem 1. Januar 2004 - Medizinische Versorgungszentren) kommen Ermächtigungen nach ständiger Rechtsprechung nur dann in Betracht, wenn die ambulante Versorgung durch die niedergelassenen Ärzte und die Medizinischen Versorgungszentren nicht gewährleistet ist. Die Ermächtigung eines Krankenhausarztes gemäß [§ 116 SGB V](#) und § 31 a Abs. 1 Ärzte-ZV setzt daher entweder einen quantitativ-allgemeinen oder einen qualitativ-speziellen Versorgungsbedarf voraus. Den Zulassungsgremien steht bei der Prüfung und Feststellung des Versorgungsbedarfs ein der gerichtlichen Nachprüfung nur eingeschränkt zugänglicher Beurteilungsspielraum zu (std. Rspr., vgl. BSG, Urt. v. 19. Juli 2006 - [B 6 KA 14/05 R](#), [SozR 4-2500 § 116 Nr. 3](#) mit zahlr. Nachw.). Diesen Spielraum dürfte der Antragsgegner hier überschritten haben, da die von ihm vorgenommene Definition des Bedarfs nicht in Einklang mit den genannten Rechtsgrundlagen und der hierzu ergangenen Rechtsprechung stehen dürfte.

Ein quantitativ-allgemeiner Bedarf bezogen auf Leistungen der Fachgruppe der fachärztlichen Internisten wird hier nicht geltend gemacht; vielmehr geht es allein um die spezielle nephrologische Behandlungsmethode der Dialyse. Ein qualitativ-spezifischer Versorgungsbedarf besteht bezogen auf besondere, für eine ausreichende Versorgung notwendige Untersuchungs- und Behandlungsmethoden, die von den niedergelassenen Ärzten nicht bzw. nicht im erforderlichen Umfang erbracht werden (vgl. BSG, Urt. v. 12. September 2001 - [B 6 KA 86/00 R](#), [SozR 3-2500 § 116 Nr. 23](#); Urt. v. 30. Januar 2002 - [B 6 KA 12/01 R](#) [SozR 3-2500 § 116 Nr. 24](#)). Dialysen werden von niedergelassenen Ärzten, hier konkret auch von der Antragstellerin, angeboten und erbracht. Das Leistungsangebot der Antragstellerin bezieht sich, wie sie ausdrücklich dargelegt hat, auch auf die Peritonealdialyse. Der Antragsgegner hat in dem angefochtenen Bescheid bestätigt, dass die Ärzte der Antragstellerin über die erforderliche Qualifikation und Genehmigung zur Erbringung dieser Leistung verfügen. Er hat auch, wie dargelegt, einen Bedarf insoweit nicht positiv festgestellt, sondern ihn nur für möglich gehalten. Dass die Antragstellerin in ihrer Praxis in E (und ebenso wohl in R) insgesamt noch freie Kapazitäten für Dialyseleistungen hat, hat sie ausdrücklich erklärt. Die entsprechenden Angaben der Antragstellerin bezweifeln auch der Beigeladene zu 8) und der Antragsgegner nicht, und sie werden auch durch die Ermittlungen der Beigeladenen zu 5) zu dem Auslastungsgrad der Antragstellerin (weniger als 90 %) bestätigt. Ein ungedeckter qualitativ-spezifischer Bedarf bezogen auf Dialyseleistungen ist im Planungsbereich N Stadt/ R /E damit bereits im Hinblick auf die freien Kapazitäten der Antragstellerin nicht erkennbar. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass der räumliche Bereich, für den zu klären ist, ob ein die vertragsärztliche Versorgung sicherstellendes Versorgungsangebot vorliegt, grundsätzlich der Planungsbereich ist, in dem der Krankenhausarzt praktiziert. Diese Anknüpfung an den Planungsbereich ergibt sich bei der Frage eines quantitativ-allgemeinen Versorgungsgrades aus den Vorgaben des [§ 101 Abs. 1](#) Sätze 3, 6 und [7 SGB V](#), ist aber auch bei der Ermittlung eines qualitativ-spezifischen Versorgungsbedarfs maßgebend (std. Rspr., vgl. bereits BSG, Urt. v. 14. Juli 1993 - [6 RKA 71/91](#), [BSGE 73, 25](#) ff.; BSG, Urt. v. 19. Juli 2006, [a.a.O.](#) m.w.N.). Soweit der Antragsgegner dagegen die Auffassung vertritt, ein in D durch den dortigen Aufenthalt von Feriengästen entstehender Bedarf könne, weil er angebotsinduziert sei, nicht durch die Antragstellerin gedeckt werden, handelt es sich um Kriterien, die in den genannten Vorschriften über die Ermächtigung von Krankenhausärzten keine Grundlage finden. In diesen Vorschriften wird nicht danach differenziert, ob medizinische Leistungen am Wohnort eines Versicherten oder an einem Ferienort in Anspruch genommen werden. Vielmehr ist Ausgangspunkt der Bedarfsbeurteilung, wie dargelegt, der Planungsbereich als Versorgungsregion mit einer bestimmten Anzahl von Einwohnern/Bevölkerungsdichte. Zwar kann und muss besonderen Bedarfssituationen, die sich aufgrund der regionalen Struktur eines Planungsbereiches ergeben, durch eine sachgemäße Ausübung des Beurteilungsspielraums bei der Prüfung der Bedarfslage Rechnung getragen werden. Das gilt insbesondere in den Fällen, in denen aufgrund der jeweiligen regionalen Konstellation der unter Bedarfsplanungsgesichtspunkten festgestellte Versorgungsgrad in einem Planungsbereich zu den tatsächlichen Verhältnissen in krassem Widerspruch steht (BSG, Urt. v. 25. November 1998 - [B 6 KA 81/97 R](#), [SozR 3-2500 § 97 Nr. 2](#)). Eine derartige Ausnahmesituation hat der Antragsgegner hier bezogen auf Dialyseleistungen im maßgeblichen Planungsbereich und speziell der Region D jedoch in dem angefochtenen Bescheid nicht beschrieben, und sie ist auch aus den weiteren Umständen nicht ersichtlich. Der Senat verkennt dabei nicht, dass es sich bei D auch um ein großes Ferienzentrum handelt, in dem sich in den Ferienzeiten eine große Zahl von Urlaubern und damit zusätzlichen potenziellen Patienten aufhält. Bezogen auf Dialysebehandlungen ist ein sich hieraus ableitender ggf. saisonaler Bedarf, der nicht auch von der Antragstellerin befriedigt werden könnte, hingegen weder vorgetragen worden noch aus den Umständen ersichtlich.

Die von dem Antragsgegner vorgenommene, nicht an der Versorgungsregion, sondern an einer bestimmten Patientengruppe innerhalb des Planungsbereichs ausgerichtete Bedarfsbeurteilung, lässt sich im Ergebnis auch nicht auf § 31 Abs. 1 Buchst b Ärzte-ZV stützen. Danach

kann unter bestimmten Voraussetzungen eine Ermächtigung zur Versorgung eines "begrenzten Personenkreises", etwa von Rehabilitanden in Einrichtungen der beruflichen Rehabilitation oder von Beschäftigten eines abgelegenen oder vorübergehenden Betriebes, erteilt werden. Hierbei handelt es sich bereits vom Wortlaut her um eine eng auszulegende Ausnahmeregelung. Das BSG hat entsprechend mit Urteil vom 21. Juni 1995 ([6 RKA 48/94](#), [SozR 3-1500 § 131 Nr. 5](#)) dargelegt, eine Ermächtigung komme auch für die ausdrücklich aufgeführten Sonderfälle nur in Betracht, wenn anderenfalls die vertragsärztliche Versorgung der dort genannten Personen nicht ausreichend gesichert sei. Die Bedeutung des § 31 Abs. 1 Buchst. b Ärzte-ZV bestehe darin, dass zusätzlich zu den allgemeinen quantitativen und qualitativen Aspekten der ärztlichen Versorgung bei der Beurteilung der Ermächtigungsnotwendigkeit die besonderen Versorgungsbedürfnisse der z. B. in einer Rehabilitationseinrichtung betreuten Personen zu berücksichtigen seien. Solche Bedürfnisse könnten indes nicht schon darin gesehen werden, dass bestimmte rehabilitationsspezifische Gründe, etwa die Gefahr eines durch den Besuch externer Ärzte eintretenden Zeitverlustes, die Ermächtigung wünschenswert erscheinen ließen. Es müsse sich vielmehr um solche Gründe handeln, die eine Ermächtigung notwendig machten, weil anderenfalls die Teilnahme an der Rehabilitationsmaßnahme unzumutbar erschwert oder der Zweck der Rehabilitation gefährdet würde. Hieran anknüpfend hat das BSG mit Urteil vom 07. Februar 2007 ([B 6 KA 3/06 R](#), [SozR 4-5520 § 31 Nr. 1](#)) erneut dargelegt, die Ermächtigung zur Versorgung eines begrenzten Personenkreises komme nur in ganz besonders gelagerten Fällen in Betracht, in denen der Zweck, zu dem sich diese "begrenzten Personenkreis" bildenden Personen freiwillig und unfreiwillig zusammengefunden hätten, nicht erreicht werden könnte, wenn nicht ein bestimmter Arzt oder eine bestimmte ärztlich geleitete Einrichtung zur Behandlung von auftretenden Gesundheitsstörungen ermächtigt werde. Dies könnte, wenn nicht die bereichsspezifischen Sonderregelungen eingreifen würden, etwa bei Soldaten oder Strafgefangenen der Fall sein. Anders als in den genannten Fällen ist der Personenkreis, für dessen Behandlung der Antragsgegner die angefochtene Ermächtigung erteilt hat, hier lediglich durch den frei gewählten individuellen urlaubsbedingten Aufenthalt in D gekennzeichnet. Eine übergeordnete Zielrichtung bzw. Zweckbindung oder gar hoheitliche Vorgabe für diesen Aufenthalt, wie z. B. im Falle von Strafgefangenen oder Soldaten, gibt es nicht. Es gibt auch keine von vornherein umschriebene Patientengruppe der dialysepflichtigen D der Urlaubsgäste. Vielmehr entscheidet der dialysepflichtige Versicherte ebenso wie jeder andere Versicherte mit einer fortlaufend behandlungsbedürftigen Erkrankung sich nach Prüfung der vor Ort gegebenen medizinischen Versorgungsmöglichkeiten für einen Urlaubsort. Da jeder Ort in Deutschland mit Blick auf den ferien- oder besuchsbedingten Aufenthalt von behandlungsbedürftigen, damit auch evtl. dialysepflichtigen Personen in derselben Situation wie D ist, bestünde, sofern Urlauber einen "begrenzten Personenkreis" in dem genannten Sinne darstellten, mit dieser Begründung in allen Planungsbereichen Bedarf für die Ermächtigung von Krankenhausärzten zu unterschiedlichen medizinischen Leistungen bei Urlaubsgästen. Denn auch andere Personen als dialysepflichtige Patienten wie etwa schwer herzkrank oder onkologisch zu betreuende Patienten werden vielfach bei Aufenthalten außerhalb ihres Wohnsitzes regelmäßigen Behandlungsbedarf haben. Hätte nach den Vorstellungen des Gesetzgebers der urlaubsbedingte medizinische Bedarf zu einer, ggf. saisonalen, regelhaften vertragsärztlichen Versorgung von Versicherten auch durch Krankenhausärzte unabhängig von der allgemeinen Bedarfsplanung führen sollen, wäre dies entsprechend geregelt worden. Demnach spricht deutlich mehr dafür, dass ein Bedarf im Sinne der [§ 116 SGB V](#), § 31 a oder § 31 Abs. 1 Buchst. b Ärzte-ZV für die Ermächtigung des Beigeladenen nicht besteht.

Der angefochtene Bescheid wäre im Hauptsacheverfahren voraussichtlich auch dann aufzuheben, sofern man davon ausginge, dass, soweit es, wie vorliegend, um die Ermächtigung eines angestellten Krankenhausarztes ausschließlich zur Durchführung von Dialysen geht, die Vorschriften des § 2 Abs. 7 BMV-Ä i.V.m. Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä – möglicherweise auch in Verbindung mit § 31 Abs. 2 Ärzte-ZV – als Spezialregelungen die [§ 116 SGB V](#), § 31 a Ärzte-ZV verdrängen. Eine dahingehende Auslegung der Vorschriften der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä liegt nach dem Gesamtkontext der Regelungen nicht fern. So wird zwar aus § 5 i.V.m. den §§ 9 bis 12 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä sowie aus dem Anhang 9.1.1 zur Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä deutlich, dass zuständig für die Entscheidung über die Ermächtigung die Zulassungsgremien sind und dass die zuständige Kassenärztliche Vereinigung lediglich an dem Verfahren beteiligt wird dahingehend, dass sie die für die Leistungserbringung erforderliche Genehmigung zur Übernahme eines Versorgungsauftrages im Rahmen des Ermächtigungsverfahrens schriftlich zusichert (vgl. insbesondere § 11 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1, § 5 Satz 1 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä). Dies spricht zunächst dafür, dass es sich lediglich um ergänzende Regelungen zu dem [§ 116 SGB V](#), §§ 31 a, 31 Ärzte-ZV handeln soll. Andererseits findet auf die Ermächtigung angestellter Krankenhausärzte gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 und 2, § 9 Abs. 1 Satz 1 u. a. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 i.V.m. § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä Anwendung, d. h. es gilt die Voraussetzung, dass eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur für die Dialysepraxis gewährleistet sein muss. Die insoweit in § 6 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä getroffene Regelung ist – im Sinne des den Regelungen erkennbar zugrunde liegenden Grundgedankens einer wohnortnahen Versorgung – weiter gefasst als der Begriff des quantitativ-allgemeinen bzw. qualitativ-spezifischen Bedarfs im Sinne der [§ 116 SGB V](#), § 31 a Ärzte-ZV. Während nämlich, wie dargelegt, danach Maßstab für das Vorliegen eines Bedarfs der Versorgungsgrad im gesamten Planungsbereich ist, wird der Planungsbereich durch die Regelung in § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä in Versorgungsregionen unterteilt, die sich aus einem sich nach der Art des Planungsbereichs richtenden Radius um die projektierte Dialysepraxis ergeben. Demnach wird hier auf den Versorgungsgrad in einem kleineren Bereich innerhalb eines Planungsbereichs abgestellt. Dies kann trotz ausreichender oder sogar Über-Versorgung mit internistisch/nephrologischen Leistungen bezogen auf den gesamten Planungsbereich dazu führen, dass eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur der projektierten Dialysepraxis unterstellt wird, weil sich die Versorgungsregion der projektierten Dialysepraxis nicht mit einer bereits bestehenden Dialysepraxis überschneidet (§ 6 Abs. 1 Satz 4 BMV-Ä/EKV-Ä). Bei nicht ausreichender Versorgung im Planungsbereich, d.h. einem grundsätzlich bestehenden Bedarf nach allgemeinen bedarfsplanungsrechtlichen Maßstäben kann gleichwohl eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur in dem genannten Sinne nicht gewährleistet sein, weil innerhalb des maßgeblichen Radius bereits eine nicht ausreichend ausgelastete Dialysepraxis liegt. Auch die Formulierungen in den Übergangsregelungen der §§ 10 und 12 der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä legen es nahe, dass in diesen Fällen eine Verlängerung der bereits bestehenden Ermächtigung nicht nur ohne Bedürfnis – sondern auch ohne allgemeine Bedarfsprüfung – stattfindet, was auf eine Verdrängung der allgemeinen Vorschriften der [§ 116 SGB V](#), § 31 a Ärzte-ZV durch die Regelungen in § 2 Abs. 7 i.V.m. Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä – ggf. auch in Verbindung mit § 31 Abs. 2 Ärzte-ZV – hinausläuft. Bei Zugrundelegung dieser Auslegung des Verhältnisses der genannten Normen zueinander würde hinsichtlich der Kriterien der Bedarfsermittlung bei summarischer Prüfung im Grundsatz nichts anderes gelten können als bei Zugrundelegung der [§ 116 SGB V](#), § 31 a Ärzte-ZV mit der Maßgabe, dass die konkrete Bedarfsermittlung allein nach den Maßstäben des § 6 i.V.m. § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3, §§ 5, 9 und 11 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä erfolgen würde. Dies bedeutet, dass die von dem Antragsgegner angenommene Differenzierung des Bedarfs danach, ob er am Wohnort oder an einem urlaubsbedingten vorübergehenden Aufenthaltsort eines Patienten anfällt, schon deshalb auch in der Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä keine Grundlage findet. Es kommt hinzu, dass die genannten Vorschriften auch bei isolierter Betrachtung ebenso wenig wie [§ 116 SGB V](#), § 31 a Ärzte-ZV eine Differenzierung zwischen Dialysen am Wohnort und Feriendialysen enthalten; insoweit kann in vollem Umfang auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts verwiesen werden. Bei Berechnung des Bedarfs nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä ist hier eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur nicht gewährleistet, weil innerhalb des hier unstrittig maßgeblichen Radius (Luftlinie) von 20 km (insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Sozialgerichts verwiesen) um das Klinikum

D die zu weniger als 90 % ausgelastete Zweigpraxis der Antragstellerin im Kreiskrankenhaus E liegt.

Auf die verfassungsrechtliche Argumentation des Beigeladenen zu 8) ist schon deshalb nicht näher einzugehen, weil jedenfalls in der hier gegebenen Konstellation, in der ein Bedarf nach den allgemeinen Maßstäben des [§ 116 SGB V](#), § 31 a bzw. 31 Abs. 1 Ärzte-ZV nicht vorliegt, die Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä bezogen auf die Erteilung einer Ermächtigung keine Einschränkung beinhaltet.

Besteht demnach, unabhängig davon, ob man eine Bedarfsprüfung nach Maßgabe der [§ 116 SGB V](#), §§ 31 Abs. 1, 31 a Ärzte-ZV oder im Sinne des § 6, § 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Anlage 9.1 BMV-Ä/EKV-Ä vornimmt, eine deutlich überwiegende Erfolgsaussicht für die Anfechtungsklage der Antragstellerin gegen den Bescheid des Antragsgegners, so besteht bei Abwägung aller Interessen kein überwiegendes Interesse an dem sofortigen Vollzug der Ermächtigung. Schützenswerte wirtschaftliche Interessen des Beigeladenen zu 8), die so gewichtig sind, dass er trotz der ganz überwiegenden Erfolgsaussicht der Antragstellerin in der Hauptsache mit sofortiger Wirkung die Befugnis haben müsste, Patienten, die Urlaub in D machen, zu dialysieren bzw. Peritonealdialysen auf Überweisung durch Vertragsärzte durchzuführen, sind weder von dem Beigeladenen zu 8) vorgetragen worden noch aus den Gesamtumständen ersichtlich. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 8) bereits fünf Jahre lang von einer dem Klinikum D seitens des Antragsgegners erteilten Zusicherung profitiert hat, die es ihm ermöglichte, unabhängig von einer aktuellen Bedarfsprüfung weiter Dialysebehandlungen vorzunehmen und damit die zuvor mit Rücksicht auf die erteilte Zusicherung durch das Klinikum getätigten Investitionen zu amortisieren. Schon im Hinblick auf die im Zusammenhang mit den wiederholten Neuansuchen auf Erteilung einer Ermächtigung entstandenen Streitigkeiten war der Reha-Klinik bzw. der Ostseeklinik D und damit auch den jeweiligen mit der Dialyse betrauten Krankenhausärzten bekannt, dass der Fortbestand der Dialyseermächtigung über den von der Zusicherung erfassten Zeitraum hinaus zweifelhaft sein würde. Ein überwiegendes Interesse von Urlaubern an dem Sofortvollzug der Ermächtigung ist angesichts der dargelegten Rechtslage ebenfalls nicht ersichtlich. Davon ausgehend, dass es bei der Bedarfsprüfung keine Differenzierung zwischen der Dialyse am Wohnort und am Urlaubsort gibt, ist es Urlaubern in D, die die Dialyse benötigen, zumutbar, während des anhängigen Verfahrens z.B. die Praxis der Antragstellerin in E aufzusuchen bzw. mit Blick auf die nicht (mehr) vorhandene Dialysemöglichkeit in D von vornherein einen anderen Urlaubsort mit Dialysemöglichkeit aufzusuchen.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) bis 7) sind im gesamten Verfahren nicht erstattungsfähig, da diese sich jeweils nicht mit einem eigenen Sachantrag an dem Kostenrisiko des Verfahrens beteiligt haben ([§§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO](#)).

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar.

Rechtskraft

Aus

Login

SHS

Saved

2008-06-16