

L 5 KA 2641/08 ER-B

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung

5
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KA 2662/08 ER

Datum
02.05.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KA 2641/08 ER-B

Datum

-
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Beschwerde der Antragsteller wird der Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 2. Mai 2008 aufgehoben. Die sofortige Vollziehung der den Antragstellern mit Bescheiden vom 9. Juli 2007 und 29. Oktober 2007 erteilten Genehmigung zur Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrages wird angeordnet.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten der einstweiligen Anordnungsverfahren in erster und zweiter Instanz mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die ihre eigenen Kosten selbst tragen.

Der Streitwert wird für das Verfahren in erster und zweiter Instanz jeweils auf 24.000 EUR festgesetzt.

Gründe:

Die Antragsteller begehren die Anordnung des Sofortvollzugs des ihnen mit Bescheiden vom 09.07.2007 und 29.10.2007 erteilten besonderen Versorgungsauftrags für weitere 50 Dialysepatienten.

Die Beigeladenen, sechs Nephrologen einer seit 1992 bestehenden Gemeinschaftspraxis, betreiben in Stuttgart-Stadtmitte in der W. eine Dialysepraxis mit Zweigstellen in Bad Cannstatt, Vaihingen-Dürlewang und Feuerbach, in denen schwerpunktmäßig zentralisierte Heimdialysen (so genannte Limited Care Dialysen - LC-Dialysen) und Peritonealdialysen durchgeführt werden. Einrichtung und Personal werden von der "Patienten-Heimversorgung, Gemeinnützige Stiftung, Bad Homburg" (im folgenden PHV genannt) gestellt, einer überregional arbeitenden Einrichtung, die Dialyseärzten die apparative Ausstattung und das benötigte Personal zur Verfügung stellt. Die PHV ist ein nichtärztlicher Dienstleister im Sinne von [§ 126 Abs. 3](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V). Sie hat als Leistungserbringer mit den Landesverbänden der Krankenkassen eigene Verträge abgeschlossen und rechnet mit diesen die Sachkosten direkt ab.

Den Beigeladenen wurde durch Bescheid vom 06.11.2002 die Genehmigung zur Übernahme eines Versorgungsauftrages für die Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten ab 01.07.2002 dahingehend erteilt, dass sie höchstens 300 Patienten pro Jahr in Form der "Zentrumsdialyse" und "Zentralisierten Heimdialyse" behandeln dürfen. Grundlage hierfür bildete eine interne Berechnung der Antragsgegnerin vom 12.09.2002, wonach in der Praxis der Beigeladenen in den Quartalen 3/01 bis 2/02 zwischen 280 und 300 Patienten behandelt worden sind.

Nach den Berechnungen der Antragsgegnerin (Bl. 112 LSG-Akte) stellt sich der Auslastungsgrad der Beigeladenen wie folgt dar:

Quartal Anzahl Nr. 13602 EBM Anzahl Nr. 13611 EBM Anzahl Dialysepatienten Auslastungsgrad in % 2/05 306 35 271 90,33 3/05 298 33 265 88,33 4/05 299 36 263 87,66 1/06 302 38 264 88,00 2/06 313 41 272 90,66 3/06 303 40 263 87,66 4/06 303 40 263 87,66 1/07 293 39 254 84,66 2/07 295 36 259 86,33 3/07 286 35 251 83,66 4/07 299 33 266 88,66

Die Beigeladenen selbst berechnen ihren Auslastungsgrad wie folgt (Bl. 285 LSG-Akte):

Quartal Anzahl EBM 13602 Heimbämo-dialyse Peritoneal-dialyse Dialyse-patienten Auslastung 02/2005 306 23 35 248 81,05 % 03/2005 298 22 33 243 81,54 % 04/2005 299 24 36 239 79,93 % 01/2006 302 23 38 241 79,80 % 02/2006 313 25 41 247 78,91 % 03/2006 303 25 40 238 78,55 % 04/2006 303 29 40 234 77,23 % 01/2007 293 29 39 225 76,79 % 02/2007 295 29 36 230 77,97 % 03/2007 286 29 35 222 77,62 % 04/2007 299 29 33 237 79,26 %

Eine weitere im Umkreis von 10 km liegende Praxis (Dres. N. und Kollegen) war im Quartal 1/07 nur zu 88 % ausgelastet, weist seitdem aber durchgehend einen Auslastungsgrad von mehr als 94 % auf.

Die Antragsteller, ebenfalls Nephrologen, betreiben zu zweit eine seit 1999 bestehende Dialysepraxis in der Eierstraße (gegenüber dem Marienhospital Stuttgart) ebenfalls in Stuttgart-Stadtmitte in ca. 4,6 km Entfernung von der Praxis der Beigeladenen. Sie rechnen sowohl die ärztlichen Leistungen als auch die pauschalierten Sachleistungen der Dialysebehandlung mit der Beklagten ab. Ihnen war zuletzt mit Bescheid vom 06.11.2002 die Genehmigung zur Übernahme eines Versorgungsauftrags für die Behandlung von höchstens hundert Patienten pro Jahr als "Zentrumsdialyse" und "Zentralisierte Heimdialyse" genehmigt worden. Die Auslastung ihrer Praxis wurde von der Antragsgegnerin wie folgt berechnet (Bl. 80 LSG-Akte):

Quartal 13602-13611/EBM 2000plus = Anzahl der Dialysepatienten 2005/2 89 2005/3 91 2005/4 97 2006/1 100 2006/2 101 2006/3 102 2006/4 107 2007/1 107 2007/2 106 2007/3 107 2007/4 112

Mit Schreiben vom 13.05.2007 beantragten sie einen weiteren Versorgungsauftrag für einen einen dritten Arzt. Sie betreuten derzeit kontinuierlich ca. 400 Patienten, davon ca. 100 Dialysepatienten. Es zeichne sich in Kürze ein weiterer Anstieg an Dialysepatienten ab. Dabei handle es sich um langjährige Stammpatienten, die auch nach Beginn der Dialysepflichtigkeit von ihnen betreut werden möchten. Außerdem hätten sie viele Anfragen von Patienten, die ebenfalls in ihrer Praxis behandelt werden wollten (diese könnten gegebenenfalls namentlich benannt werden). Zugleich beantragten sie die Sonderbedarfszulassung für Frau Dr. Stefanie K., geb. Junges.

Mit Bescheid vom 12.06.2007 lehnte die Antragsgegnerin den Antrag auf Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrags zur Ausführung und Abrechnung von Dialyseleistungen ab. Die Versorgungsregionen seien auf der Grundlage der Planungsbereiche nach den Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte zu bilden, wobei für Stuttgart ein Radius von 10 km gelte. Die Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrages dürfe nur dann genehmigt werden, wenn eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur gewährleistet sei. Dies sei nach § 6 der Anlage 9.1 zum Bundesmantelvertrag-Ärzte (BMV-Ä) der Fall, wenn von den Dialysepraxen in der Versorgungsregion kontinuierlich mindestens 90 % der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung zu den Blutreinigungsverfahren vom 3. Januar 2003 - DÄBL 2003, Heft 19 S. A 1306 (im folgenden Qualitätssicherungsvereinbarung genannt) festgelegten Patientenzahl von den dazu erforderlichen Ärzten versorgt werde. Nach den der Bezirksdirektion Stuttgart der KVBW vorliegenden Abrechnungsunterlagen des Quartals 1/07 liege der Auslastungsgrad der weiteren Dialysepraxen in der Versorgungsregion unter 90 %, weswegen ein weiterer Versorgungsauftrag nicht erteilt werden könne.

Auf den Widerspruch der Antragsteller hob die Antragsgegnerin diesen Bescheid mit Bescheid vom 09.07.2007 auf und gab dem Antrag auf Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrages statt. Die erneute Berechnung des Auslastungsgrades der weiteren Dialysepraxen in der Versorgungsregion und in den Dialysepraxen der Landkreise Böblingen, Esslingen, Ludwigsburg und Rems-Murr, die sich mit der Versorgungsregion Stuttgart schneiden, liege im Quartal 1/07 bei 91,8 %. Mit Bescheid vom 29.10.2007 erteilte die Antragsgegnerin den Antragstellern die Genehmigung zur kontinuierlichen Behandlung von höchstens 150 Patienten pro Jahr als "Zentrumsdialyse" und "Zentralisierte Heimdialyse".

Die Beigeladenen legten hiergegen (ebenso wie gegen die zwischenzeitlich erfolgte Sonderbedarfszulassung von Dr. K.) am 20.12.2007 bei der Antragsgegnerin Widerspruch ein. Die Genehmigung zur Übernahme des besonderen Versorgungsauftrages an Frau Dr. K. hätte nicht erfolgen dürfen. Der Auslastungsgrad ihrer Praxis liege kontinuierlich unter 90 %, ihre Praxis betreue lediglich 253 Dialysepatienten, wobei nach der Definition der Qualitätssicherungsvereinbarung sich auf der Grundlage der durchgeführten Dialysen lediglich eine kontinuierlich betreute Patientenzahl von ca. 200 und damit signifikant weniger als 90 % des Versorgungsauftrages von 300 Patienten ergebe. Auch bestehe kein besonderes Sicherstellungsinteresse an weiteren Versorgungsaufträgen, weil ihre Praxis in der Lage sei, aufgrund der ihnen genehmigten Versorgungsaufträge ohne Weiteres alle versorgungsbedürftigen Dialysepatienten der Region aufzunehmen und zu betreuen. Durch die rechtswidrige Entscheidung würden sie auch in eigenen Rechten verletzt, weswegen sie auch berechtigt seien, diese geltend zu machen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12.03.2008 gab die Antragsgegnerin dem Widerspruch der Beigeladenen statt und hob den Bescheid vom 09.07.2007 mit Wirkung für die Zukunft auf. Der Drittwiderspruch der Beigeladenen sei zulässig, insbesondere sei die Einlegung des Widerspruchs nicht verfristet gewesen, da ihnen der Bescheid vom 09.07.2007 nicht zugestellt worden und somit auch die Rechtsmittelfrist nicht gelaufen sei. Die Vorschrift des § 6 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä, wonach eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur kontinuierlich gewährleistet sein müsse, die am Auslastungsgrad der im Umkreis der beabsichtigten Niederlassung bestehenden Dialysepraxen (Versorgungsregion) gemessen werde, habe zwei Funktionen, einmal die Gewährleistung der wohnortnahen Dialyseversorgung, andererseits aber den Schutz bestehender Versorgungsbereiche der Dialyseeinrichtung vor neuen Konkurrenten. Hierdurch würden den Widerspruchsführern subjektiv-öffentliche Rechte erwachsen, die eine Widerspruchsbefugnis begründeten. Der Widerspruch sei auch begründet, weil im Radius von 10 km um die projektierte Dialysepraxis in der Versorgungsregion zwei Praxen lägen, die im Quartal 1/07 lediglich zu 83 bzw. 86 % ausgelastet gewesen seien. Der Auslastungsgrad von 91,8 % sei fehlerhafterweise dadurch ermittelt worden, dass auch die außerhalb der Versorgungsregion bestehenden Dialysepraxen mit eingerechnet worden seien.

Hiergegen erhoben die Antragsteller am 04.04.2008 Klage bei dem Sozialgericht Stuttgart (SG), die unter dem Aktenzeichen S 5 KA 2664/08 geführt wird und über die noch nicht entschieden ist. Zugleich stellten sie den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung der ihnen mit Bescheiden vom 09.07.2007 und 29.10.2007 erteilten Genehmigung zur Übernahme eines besonderen Versorgungsauftrages. Der angegriffene Widerspruchsbescheid sei rechtswidrig, weil er einem unzulässigen und unbegründeten Widerspruch der Beigeladenen abhelfe. Die Antragsgegnerin habe einen unzulässigen Widerspruch zum Anlass genommen, einen bereits erlassenen, die Antragsteller begünstigenden Verwaltungsakt aufzuheben. Eine drittschützende Norm fehle hier. § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä sei nicht drittschützend. Zwar habe das Landessozialgericht Baden-Württemberg (Hinweis auf Beschl. vom 21.06.2007-[L 5 KA 2432/07 ER-B](#)) aus dem Regelungs-konzept der Vertragspartner, wie es sich in § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä konkretisiere, den Betreibern konkurrierender Dialysepraxen subjektiv-öffentliche Rechte zuerkannt, wenn sie die Versorgungsregionen schnitten. Diese Entscheidung habe allerdings den Fall einer "in eine fremde Versorgungsregion eindringenden Zweigpraxis" betroffen. Für die Frage des drittschützenden Charakters von § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä sei nämlich entscheidend, ob es um die Weiterentwicklung einer bestehenden Praxis oder um das "Eindringen" eines "Newcomers" gehe. Das LSG habe außerdem die Entscheidung des BSG vom 07.02.2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - noch nicht berücksichtigen können. Wende man die

Vorschrift auch auf zwei ausgelastete Dialysezentren an, könne es zu einer Totalblockade kommen, weil keiner der Ärzte erweitern könne. Dies spreche dafür, § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä nur als objektive Ordnungsnorm zu sehen, nicht aber als Norm, die dem Schutz Dritter diene. Ihr Ziel sei allein die Umsetzung der Qualitätssicherungsvereinbarung nach [§ 135 Abs. 2 SGB V](#) und die Einhaltung des dort festgelegten Arzt-Patienten-Schlüssels. Der Normzweck diene somit dem allgemeinen Wohl, vielleicht auch dem einzelnen Versicherten, nicht aber dem Wettbewerb. Auch nach Auffassung des BSG dienten Normen der Qualitätssicherung lediglich der Strukturqualität, nicht aber dem Drittschutz, gleiches gelte für den in der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Arzt-Patienten-Schlüssel. Hinzu komme, dass der für Drittschutz typische Rangunterschied der beiden Praxen im Verhältnis zueinander fehle. Die Dialysepraxen stünden nicht nachrangig, sondern gleichrangig nebeneinander.

Bei Zugrundelegung der Auslegung der Antragsgegnerin seien die Regelungen in Anlage 9.1 BMV-Ä nichtig, weil sie in ihren objektiv-rechtlichen Auswirkungen gegen übergeordnetes Recht verstießen. So fehle es bereits an einer Ermächtigungsgrundlage für die getroffene Vereinbarung. Hierfür komme weder [§ 72 Abs. 2 SGB V](#) in Betracht, noch sei die Vereinbarung von einer anderen Ermächtigungsgrundlage gedeckt. Sie stelle vielmehr einen Verstoß gegen das Recht auf freie Arztwahl und auf freie Berufsausübung dar.

Die Beigeladenen hätten zudem die Zahl der von ihnen betreuten Dialysepatienten nicht zutreffend berechnet. Solange insoweit nicht wenigstens eine rechtssichere und nachvollziehbare Berechnungsmethode gewählt worden sei, dürfe sie die in der Formel nach § 5 Abs. 7 Satz 2 und 3 der Qualitätssicherungsvereinbarung nicht erwähnte Bereinigung um Tagesvergütungen auch nicht durchführen. Hinzu komme, dass die Beigeladenen mit nichtärztlichen Leistungserbringern außerhalb der vertragsärztlichen Versorgung kooperierten. Für die Frage des Markteintrittes und der Waffengleichheit im Markt mache es einen Unterschied, ob ein Arzt wirtschaftlich das volle Risiko einer Infrastrukturinvestition trage oder ob er auf fremde Infrastruktur zurückgreifen könne, ohne eigene Risiken einzugehen, die über die Einbringung der eigenen Arbeitskraft hinaus gingen. Der Regelungszweck von § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä diene dem Investitionsschutz. Auf diesen könnten sich die Beigeladenen gerade nicht berufen. Auch bei Annahme von Drittschutz stehe ihnen dieser im konkreten Fall nicht zu.

Bei Anordnung des Sofortvollzugs sei auch die wirtschaftliche Versorgungsstruktur im Raum Stuttgart nicht in Gefahr. Die Antragsgegnerin gehe bei ihren Ausführungen zur wirtschaftlichen Versorgungsstruktur von der irrigen Vorstellung aus, es gäbe eine feste Anzahl von Patienten, die durch hoheitliche Planung einzelnen Ärzten zuzuführen seien. Könne eine Praxis mehr Patienten behandeln, ginge dies - wie bei kommunizierenden Röhren - zu Lasten der anderen Praxis. Richtig sei aber, dass die Zahl der dialysepflichtigen Patienten nicht zuletzt aufgrund der demografischen Entwicklung kontinuierlich wachse. Die Antragsteller gingen in ihrer Geschäftskalkulation davon aus, allein durch den kontinuierlichen Zustrom von Patienten, die erst in Zukunft dialysepflichtig würden, zu wachsen. Wachstum zu Lasten des derzeitigen Patientenstamms der Beigeladenen sei weder geplant noch erwartet. Schließlich beeinträchtige das Vorgehen der Antragsgegnerin auch das Recht der Patienten auf freie Arztwahl, die insbesondere auch das Recht umfasse, in der schwierigen Situation des Eintritts der Dialysepflicht den behandelnden Arzt nicht wechseln zu müssen.

Die durch Beschluss des SG vom 07.04.2008 beigeladenen Nephrologen der Dialysepraxis in der W. wiederholen teilweise ihren Vortrag aus dem Widerspruchsverfahren. In formeller Hinsicht rügen sie, vorliegend sei von einer Verpflichtungslage auszugehen, nicht von einer Anfechtungslage, weil der Genehmigungsbescheid zwischenzeitlich aufgehoben worden sei und ein aufgehobener Bescheid nicht mehr für sofort vollziehbar erklärt werden könne. Die Antragsteller hätten die Genehmigung im Wege der einstweiligen Anordnung (vorläufig) beantragen müssen. Zu rügen sei weiterhin, dass die Genehmigung zur Übernahme eines besonderen Versorgungsauftrages Frau Dr. K. hätte erteilt werden müssen und nicht der Gemeinschaftspraxis Dr. Frischmuth/Dr. Schenk, wie im Bescheid vom 09.07.2007 geschehen. Der Bescheid vom 29.10.2007 habe zudem lediglich deklaratorischen Charakter.

Dass die Festlegung des Auslastungsgrades der bestehenden Praxen von 90 % in Bezug auf eine Arzt-Patienten-Relation drittschützenden Charakter habe, ergebe sich aus den "Erläuterungen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) zur Neuordnung der Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten - Stand 1.7.2002" (Anlage nach Bl. 47a SG-Akte). Diese habe zur Begründung dieser Regelung darauf hingewiesen, dass eine projektierte Praxis/Einrichtung nur durch Verdrängung einen wirtschaftlichen Auslastungsgrad erreichen könne, wenn der Auslastungsgrad einer bestehenden Praxis/Einrichtung unterhalb von 90 % liege. Dies sei nicht gewollt. Dementsprechend werde unwiderleglich vermutet, dass eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur nicht gewährleistet sei, weswegen eine entsprechende Genehmigung nicht erteilt werden könne. Sicherstellungsinteressen seien nicht berührt. Ihre Praxis verfüge am Stammsitz nach soeben abgeschlossenen umfangreichen Renovierungs- und Erneuerungsarbeiten aktuell über zwölf freie Dialyseplätze. Zusätzlich könnte eine Patientenschicht in Feuerbach, Bad Cannstatt und Vaihingen eingerichtet werden. Ihr könne auch nicht die Zusammenarbeit im Wege der Kooperation mit einem externen Dienstleister entgegengehalten werden. Diese Zusammenarbeit sei in § 13 ff. der Anlage 9.1 BMV-Ä ausdrücklich vorgesehen und vom Gesetzgeber ([§ 126 Abs. 3 SGB V](#)) erwünscht. Entschließe sich eine Praxis zur Zusammenarbeit im Wege der Kooperation, seien zwar die wirtschaftlichen Risiken von Neuinvestitionen etwas reduziert, es bestünden aber auch keine Gewinnchancen aus den Sachkosten. Zudem könne die Frage der Auslegung einer Rechtsnorm nicht davon abhängig gemacht werden, ob der Betroffene mit Dritten Verträge irgendeiner Art geschlossen habe.

Die Entscheidung des BSG vom 07.02.2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - sei ebenfalls nicht zielführend. Sie behandle den Fall einer Abrechnungsgenehmigung auf der Grundlage des Rechtszustandes vom Sommer 1997. Damals sei es um eine schlichte Berechtigung zur Erbringung von Dialyseleistungen gegangen. Durch die Neustrukturierung der Dialyseversorgung Mitte des Jahres 2002 seien jedoch vollständig neue Strukturen geschaffen worden und die Dialyseversorgung von der Genehmigung eines besonderen Versorgungsauftrages abhängig gemacht worden. Neben den persönlichen Voraussetzungen seien nun auch wirtschaftliche Voraussetzungen festgelegt worden. Hierin liege der grundlegende Unterschied zwischen der früheren und der aktuellen Rechtslage. Zur derzeitigen Rechtslage habe sich das BSG ausdrücklich eben nicht geäußert. Eine Anfechtungsberechtigung drittbetroffener Ärzte ergebe sich auch aus dem Umstand, dass weitere Nephrologen mit der Befugnis zur Dialysebehandlung nur im Wege der Sonderbedarfszulassung nach § 24 e der Bedarfsplanungs-Richtlinien-Ärzte zugelassen werden dürften. Die Sonderbedarfszulassung hänge wiederum von der vorherigen Erteilung eines Versorgungsauftrages ab. Durch die Erteilung der Sonderbedarfszulassung seien aber die Interessen der anderen Vertragsärzte in rechtlich relevanter Weise berührt.

Die Antragsgegnerin vertrat hinsichtlich der Drittwirkung dieselbe Auffassung. Da mit der Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrages regelmäßig die Erteilung einer Sonderbedarfszulassung verbunden sei, komme der Genehmigung eines weiteren

Versorgungsbedarfes eine Statuswirkung zu, die in ihrer Relevanz und ihrer rechtlichen Gewichtung mit dem eigentlich statusbegründenden Akt der Sonderzulassung gleichstehe. Es gehe eben nicht nur um die Erteilung einer Abrechnungsgenehmigung. Eine Ausuferung der Streitigkeiten vor den Sozialgerichten aufgrund der vermeintlichen Drittbetroffenheit von Wettbewerbern sei nicht gegeben, da nach den Bedarfsplanungs-Richtlinien kein anderes Genehmigungsverfahren zur Abrechnung von bestimmten vertragsärztlichen Leistungen gleichzeitig den Weg zu einer Sonderbedarfszulassung eröffne. Wenn aber die Erteilung einer Sonderbedarfszulassung in die Abhängigkeit der Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrages gestellt werde und diese Genehmigung davon abhängig sei, ob die wirtschaftliche Versorgungsstruktur kontinuierlich gewährleistet sei, dann entfalte die Genehmigung eine berufsregelnde Tendenz im Verhältnis zu bereits tätigen Vertragsärzten, welche die Versorgung im Bereich der Dialyseleistungen in der Versorgungsregion sicherstellten.

Werde nicht dafür Sorge getragen, dass im Bereich der Dialyse durch niedergelassene Vertragsärzte wirtschaftliche Versorgungsstrukturen geschaffen würden und auch erhalten blieben, geriete die Versorgung der Dialysepatienten in Gefahr, da nicht mehr wirtschaftliche Dialysepraxen letztendlich schließen müssten, ohne dass die vollständige Aufnahme der dort bislang betreuten Patienten in den "Konkurrenzpraxen" sichergestellt wäre. Schaffung und Betrieb von Dialyseplätzen seien nur mit besonders hohen Investitionen möglich, weshalb die Dialysepraxen nur eine beschränkte Zahl von Dialyseplätzen vorhalten und wirtschaftlich betreiben könnten. Der Schutzzweck von § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä liege daher nicht nur im öffentlichen Interesse an der Versorgung der Patienten mit Dialyseeinrichtungen, sondern auch im Schutz der von den Vertragsärzten für die Schaffung dieser Einrichtungen aufgewendeten Investitionen. Zu Recht habe das LSG Baden-Württemberg eine drittschützende Wirkung dieser Vorschrift im Bezug auf die Genehmigung von Zweitpraxen bejaht. Den Betreibern konkurrierender Dialysepraxen erwüchsen deshalb subjektiv öffentliche Rechte, wenn ein dem Konkurrenten erteilter Versorgungsauftrag die Versorgungsregionen der betroffenen Praxen schneide. Der Schutz bereits dialysierender Vertragsärzte habe deshalb Vorrang vor der Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrages.

Der Gesichtspunkt der Patientenversorgung begründe kein überwiegendes Interesse am Sofortvollzug, denn aufgrund der freien Kapazitäten einer Praxis sei die Versorgung der Dialysepraxen sichergestellt. Einen Anspruch der Patienten auf Behandlung gerade in der Praxis der Antragsteller gebe es nicht. Zukünftige dialysepflichtige Patienten könnten deswegen durch die umliegenden Praxen versorgt werden, weswegen die vertragsärztliche Versorgung für Dialyseleistungen im Versorgungsbereich Stuttgart gesichert sei. Auch sei den Antragstellern ein Abwarten der Entscheidung im anhängigen Hauptsacheverfahren zumutbar. Sie hätten bisher im Hinblick auf die Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrages keine neuen Investitionen getätigt.

Mit Beschluss vom 02.05.2008 lehnte das SG den Antrag auf sofortige Vollziehung der Genehmigung vom 09.07.2007 und 29.10.2007 zur Übernahme des Sonderversorgungsauftrages ab. Die (isolierte) Anfechtungsklage der Antragsteller gegen den Widerspruchsbescheid, mit dem die erteilte Genehmigung aufgehoben worden sei, habe aufschiebende Wirkung ([§ 86 a Abs. 1 SGG](#)). Dies bedeute, dass die Genehmigung noch nicht aufgehoben, sondern noch in der Schwebe sei. Da andererseits der Widerspruch der Beigeladenen gegen die erteilte Genehmigung ebenfalls aufschiebende Wirkung habe, sei die Anordnung des Sofortvollzugs der erteilten Genehmigung im vorliegenden Fall grundsätzlich möglich. Der Antrag sei jedoch nicht begründet.

Auszugehen sei davon, dass der Widerspruchsbescheid, mit dem die von der Antragsgegnerin erteilte Genehmigung zur Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrags aufgehoben worden sei, nach der im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes gebotenen (nur) summarischen Prüfung weder offensichtlich rechtswidrig noch offensichtlich rechtmäßig sei. Eine Rechtswidrigkeit ergebe sich nicht bereits daraus, dass den Beigeladenen kein Drittwiderspruchsrecht zustehe. Nach der Rechtsprechung des BSG könne sich eine Befugnis zur Abwehr eines Konkurrenten nur aus einschlägigen einfach-rechtlichen Regelungen ergeben. Diesen Regelungen müsse sich ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derjenigen entnehmen lassen, die schon eine Position am Markt inne hätten. Ob diese Bestimmungen einen so genannten Drittschutz vermittelten, ergebe sich aus den Besonderheiten des jeweils betroffenen Sachbereichs.

Die Beigeladenen hätten vorliegend ein Drittwiderspruchsrecht, weil § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä drittschützende Wirkung habe. Durch das Erfordernis der Auslastung der Dialysepraxen mit mindestens 90 % der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Patientenzahl solle Ärzten, die mit hohen Investitionen eine Dialysepraxis aufbauten, die wirtschaftliche Existenz durch einen bestimmten Patientenanteil gesichert werden. Deshalb sollten auch vor der Genehmigung einer neuen Praxis die bereits vorhandenen Praxen nach Erweiterungswünschen gefragt werden. Nach Auffassung der Kammer müsse gewährleistet sein, dass ein Arzt sich gegen die Zulassung weiterer Ärzte bzw. die Erteilung weiterer Versorgungsaufträge wehren kann, wenn dadurch die Wirtschaftlichkeit seiner Praxis gefährdet würde. Insoweit bestehe hier - vergleichbar dem Verhältnis zugelassener Arzt/ermächtigter Arzt - ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis auch in den Fällen, in denen eine Dialysepraxis einen weiteren Versorgungsauftrag übernehmen wolle.

Der Widerspruchsbescheid der Antragsgegnerin sei auch nicht bereits deshalb offensichtlich rechtswidrig, weil klar erkennbar wäre, dass auch unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Versorgungsstruktur die Genehmigung hätte erteilt werden müssen. Die Antragsgegnerin habe insoweit unterschiedliche Entscheidungen getroffen. Die zutreffende Auslastung der zu berücksichtigenden Dialysepraxen zu ermitteln sei im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes aber nicht möglich. Sei die Anfechtungsklage gegen den Widerspruchsbescheid damit weder offensichtlich begründet noch offensichtlich unbegründet, sei eine weitergehende Interessenabwägung erforderlich. Bei der Berücksichtigung des wirtschaftlichen Interesses der Antragsteller falle auf, dass diese nicht vorgetragen hätten, bereits erhebliche oder nicht wieder rückgängig zu machende Investitionen getätigt zu haben. Dass Dr. K. nunmehr keinen weiteren Versorgungsauftrag übernehmen könne, rechtfertige keinen Sofortvollzug, zumal ihr - gegebenenfalls nach Rückgabe ihrer Zulassung - andere ärztliche Tätigkeiten offen stünden.

Auch das Interesse der betroffenen Patienten führe zu keiner anderen Entscheidung. Die Patienten müssten nicht eine begonnene Dialysebehandlung abbrechen, vielmehr könnten Patienten ihre Dialyse eben nicht bei den Antragstellern beginnen, sondern müssten einen anderen Arzt aufsuchen. Im Hinblick darauf, dass die Versorgungsregion hier einen Radius von 10 km umfasse, sei eine wohnortnahe Versorgung gewährleistet, sodass ein Arztwechsel dem betroffenen Patienten durchaus zumutbar sei. Dass die Beigeladene sich schließlich fremder Infrastruktur bediene, sei rechtlich unerheblich. Die Frage, wer die Investition für die Einrichtung einer Dialysepraxis getätigt habe, sei für die Frage, ob eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur gewährleistet sei, ohne Bedeutung.

Gegen den ihnen am 07.05.2008 zugestellten Beschluss haben die Bevollmächtigten der Antragsteller am 02.06.2008 bei dem SG Beschwerde eingelegt. Entgegen der Auffassung des SG bezwecke § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä nicht den individuellen Schutz der Beigeladenen.

Im Leistungserbringerrecht habe grundsätzlich niemand einen Anspruch darauf, dass andere von der Teilnahme an der Versorgung von Patienten ausgeschlossen bzw. zu dieser nicht zugelassen würden. Mit der "Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung" in § 1 Anlage 9.1 BMV-Ä sei allerdings nicht die - subjektiv-rechtlich verbürgte und mit Drittschutz bewehrte - Gewinnsteigerung eines bereits zugelassenen Arztes, sondern lediglich die Wirtschaftlichkeit des Gesamtsystems der sozialen Krankenversicherung, d. h. allein der Schutz der Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenkassen gemeint, wie sich aus der Festschreibung der Grundsätze vertragsärztlicher Versorgung in [§ 72 Abs. 1 SGB V](#) ergebe. Die Voraussetzung der wirtschaftlichen Versorgungsstruktur diene dem Schutz der einen Versorgungsauftrag beantragenden Ärzte vor der Übernahme sie möglicherweise finanziell überfordernder Investitionen (§ 4 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Anlage 9.1 BMV-Ä). Damit sei eine rechtliche Betroffenheit der Beigeladenen durch die Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrags für die Antragsteller nicht erkennbar. Die Vorschriften über die Erteilung des besonderen Versorgungsauftrages seien auch nicht drittschützend. Der besondere Versorgungsauftrag erschließe zugelassenen Vertragsärzten lediglich einen weiteren "Leistungsbereich" im System. Funktion und rechtliche Verortung im BMV-Ä habe zudem zur Folge, dass der besondere Versorgungsauftrag kein Bestandteil des Zulassungsrechtes sei und den Zugang zu diesem System somit weder regeln noch regeln könne.

Die Grundsatzentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Drittschutz konkurrierender Ärzte habe den Schutz vor systemfremden Wettbewerbern, also solchen, die strukturelle Wettbewerbsvorteile besäßen, vor Augen. Der Wettbewerb innerhalb der Gruppe der Vertragsärzte sei nicht Gegenstand der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes vom 17.08.2004 - [1 BvR 378/00](#) - gewesen. Die Entscheidung beschränke sich auf den Schutz vor zunehmender Konkurrenz aus dem Krankenhaussektor. Diesem Sektor entstammten die Antragsteller nicht. Sie schulerten alle Investitionen selber und stellten sich "auf Augenhöhe" dem Qualitätswettbewerb mit den Beigeladenen. Die vom Bundesverfassungsgericht implizit geforderte strukturelle "Waffengleichheit" sei durchgängig gewahrt.

Entgegen der Auffassung des SG sei die fehlende Investorenstellung der Beigeladenen für die Frage, ob gerade sie in eigenen Rechten verletzt seien, höchst bedeutsam. Da die Beigeladenen keine Investitionen getätigt hätten, sie die sächlichen Dialyseleistungen vielmehr durch einen eigenen, rechtlich selbständigen Leistungserbringer (hier die PHV) außerhalb des Systems der vertragsärztlichen Versorgung erbringen ließen, sei die Wirtschaftlichkeit der Tätigkeit dieser Leistungserbringer hier ohne Belang. Eine Verletzung der Beigeladenen in "eigenen" Rechten scheide jedenfalls aus, wenn "fremde" Rechte der PHV berührt würden. Durch eine Kooperation mit der PHV könne ein Arzt freiberuflich tätig sein, ohne risikoreiche Investitionen tätigen zu müssen, während der finanzielle Aufwand für das Einrichten und Betreiben eines Dialysezentrums für den niedergelassenen Arzt mit sehr hohen finanziellen Risiken verbunden sei.

Die Antragsteller haben des Weiteren dargelegt, dass die Regelungen in Anlage 9.1 BMV-Ä sie in ihrer durch [Artikel 12 Grundgesetz \(GG\)](#) verbürgten Berufsfreiheit verletzten. Die Regelung in § 6 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä sei durch eine Ermächtigungsnorm nicht gerechtfertigt. Weder §§ 82 noch 72 SGB V erlaubten derart weitgehende Einschränkungen. Für eine Auslastungsgarantie zugunsten bestehender Dialyseeinrichtungen finde sich in den gesetzlichen Vorgaben nicht der geringste Anhaltspunkt. Gerade Regelungen mit wettbewerbsverzerrender Wirkung bedürften - als systemfremde Ausnahmetatbestände - besonderer demokratischer Legitimation.

Die Regelung in Anlage 9.1 BMV-Ä verfolge schließlich auch keinen legitimen Zweck. Sie sei geschaffen worden, um als Kompensation für eine Absenkung der Vergütung im Dialysebereich Schutz vor Wettbewerb zu garantieren (Hinweis auf Burghardt, Spektrum der Nephrologie 2007, 24, 27). Schließlich bewirke die weitgehende Ausschaltung von Wettbewerb weder eine Verbesserung der Qualität der Versorgung mit Dialyseleistungen noch führe sie zu deren wirtschaftlicher, d. h. kostengünstiger Erbringung. Auch im Zeitraum vor dem Jahr 2002 habe der offene Zugang zur Erbringung von Dialyseleistungen zu keinem Marktversagen geführt. Speziell die 90 %-Grenze erscheine wesentlich zu hoch angesetzt, wenn nicht gar willkürlich. Eine sachliche Berechtigung hierfür sei nicht erkennbar.

Bei der Interessenabwägung sei zu berücksichtigen, dass der Grundrechtseingriff zu Lasten der Antragsteller schwerer wiege, als der Umstand, dass die Beigeladenen vorübergehend dem Wettbewerb ausgesetzt seien. Dies gelte umso mehr, als Anhaltspunkte für eine Existenzgefährdung der Beigeladenen weder ersichtlich noch vorgetragen seien. Sie, die Antragsteller, hätten ihre Praxis mit einer Kapazität von derzeit bis zu 100 Patienten aufbauen können, ohne dass die Beigeladenen auch nur eine Arztstelle hätten abbauen müssen. Soweit den Patienten ein Arztwechsel angesonnen werde, verkenne diese Auffassung, dass die kontinuierliche ärztliche Betreuung gerade in der Phase des Übergangs von der rein medikamentösen nephrologischen Therapie zur Dialysebehandlung ein für die Patienten außerordentlich schwer zu verarbeitender, seelisch belastender Vorgang sei.

Die Antragsteller beantragen,

den Beschluss des Sozialgerichts Stuttgart vom 2. Mai 2008 aufzuheben und die sofortige Vollziehung der ihnen erteilten Genehmigung zur Übernahme des besonderen Versorgungsauftrages vom 9. Juli 2007 und 29. Oktober 2007 anzuordnen.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladenen beantragen,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Antragsgegnerin hält an ihrem Rechtsstandpunkt fest, dass den Beigeladenen ein Drittwiderspruchsrecht zustehe. Aus dem Regelungskonzept, das die Vertragspartner des Bundesmantelvertrages für die Gewährleistung einer wirtschaftlichen Versorgungsstruktur in §§ 4 und 6 Anlage 9.1 BMV-Ä entworfen hätten, würden den Betreibern konkurrierender Dialysepraxen subjektiv-öffentliche Rechte erwachsen, wenn sie die Versorgungsregionen der betroffenen Praxen schneiden. Eine Wettbewerbsänderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge habe, könne das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie - wie hier - im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel stehe. Durch die Verteilung von Versorgungsaufträgen würden Erwerbsmöglichkeiten durch eine öffentlich-rechtliche Körperschaft zugeteilt.

Dieser Zuteilung komme auch Statuswirkung zu, weil die Erteilung eines Versorgungsauftrags in ihrer Relevanz und ihrer rechtlichen Gewichtung mit dem statusbegründenden Akt der Sonderbedarfszulassung gleichzustellen sei. Dies ergebe sich aus § 24 Buchst. e Nr. 2 der Bedarfsplanungs-Richtlinien. Danach sei die Sonderbedarfszulassung zu erteilen, wenn aufgrund der Qualitätssicherungsvereinbarung zu den Blutreinigungsverfahren gemäß [§ 135 Abs. 2 SGB V](#) einem weiteren Arzt in der Dialysepraxis die Genehmigung zur Durchführung eines Versorgungsauftrages erteilt werden soll. Die Sonderbedarfszulassung folge demnach zwingend der Genehmigung zur Durchführung eines

weiteren Versorgungsauftrags.

Weiterhin sei der Status der Beigeladenen mit freier Kapazität zur Behandlung von weiteren Dialysepatienten vorrangig im Verhältnis zur Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrages. Dies folge unmittelbar aus dem Regelungskonzept des § 6 Anlage 9.1 BMV-Ä, der auf die Auslastung der Dialysepraxen für die Annahme einer wirtschaftlichen Versorgungsstruktur abstelle. Insoweit enthalte Anlage 9.1 BMV-Ä lediglich Berufsausübungsregelungen, die hier durch hinreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt seien. Mit der Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung solle auf Dauer eine flächendeckende und vor allem kontinuierliche Versorgungsstruktur gesichert werden. Dieses, dem Gemeinwohl dienende Regelungskonzept werde von den Antragstellern zu Unrecht auf die Wettbewerbssituation konkurrierender Dialysepraxen reduziert. Gerade wegen der äußerst kostenintensiven Dialyseversorgung und im Hinblick auf das spezielle Patientengut, das in besonderem Maße auf kontinuierliche Versorgung angewiesen sei, sei die Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit der Versorgungsstruktur der Dialysepraxen erforderlich. Die Patienten hätten allerdings keinen Anspruch darauf, gerade in einer bestimmten Praxis behandelt zu werden. Es bleibe den Patienten unbelassen, bei Auslastung einer vorhandenen Praxis eine beliebige andere Dialysepraxis aufzusuchen. Hierfür seien sogar noch Entfernungen bis 25 km zumutbar.

Unabhängig von der Frage, ob ein Drittwiderspruchsrecht der Beigeladenen bestehe, müsste gegebenenfalls gemäß [§ 45 SGB X](#) die Aufhebung der erteilten Genehmigung geprüft werden. Weil dies bereits durch den streitgegenständlichen Widerspruchsbescheid geschehe, komme es auf die Frage, ob den Beigeladenen eine Anfechtungsbefugnis zustehe, nicht an. Bei der Interessenabwägung sei schließlich zu berücksichtigen, dass alle Patienten in den umliegenden Praxen versorgt werden könnten und die Antragsteller im Hinblick auf die erteilte Genehmigung des weiteren Versorgungsauftrages bisher keine Investitionen getätigt hätten.

Ergänzend legte die Antragsgegnerin Ablichtungen der Vereinbarungen zwischen der KV Nordwürttemberg und der AOK Baden-Württemberg für die Zeit ab 01.07.2003 bzw. 01.07.2007 vor, ferner den Vertrag über die Erbringung, Vergütung und Qualitätssicherung nichtärztlicher Dialyseleistungen zwischen der AOK Baden-Württemberg und der PHV vor. In der Vereinbarung zwischen der AOK Baden-Württemberg und der KVNW wurde für die Abgeltung der Dialysesach- und -dienstleistungen die bisherige Unterscheidung in Zentrums-/Praxisdialysen einerseits und Limited-Care-Dialysen andererseits aufgegeben, da die Höhe der Sachkostenpauschalen wesentlich durch den pflegerischen Aufwand und die Morbidität der Patienten bestimmt werde. Anstelle der bisherigen Begriffe wurden die Ausdrücke "Standarddialyse" (Dialysepatienten ohne besonderen pflegerischen Aufwand während der Dialyse) und "Intensivdialyse" (Dialysepatienten mit beherrschbaren Komplikationen und/oder bedeutungsvollen Sekundärerkrankungen) verwendet. Auch in dem Vertrag über die Erbringung, Vergütung und Qualitätssicherung nichtärztlicher Dialyseleistungen ([§§ 126 Abs. 5, 127 SGB V](#)) zwischen der AOK Baden-Württemberg und der PHV wird zwischen Standarddialyse und Intensivdialyse unterschieden. In diesem Vertrag wird im Einzelnen in § 3 der Umfang der Leistungen festgelegt und in § 10 geregelt, dass die Vergütung der ärztlichen Leistungen sich nach den Bestimmungen des Bewertungsmaßstabes-Ärzte (BMÄ) richtet.

Die Antragsgegnerin hat auf Aufforderung des Senates ihre Berechnungen des Auslastungsgrades unter Heranziehung der GNR 13602 und 13611 EBM 2005 näher dargelegt und begründet.

Dabei hat sie auf Kritik der Beteiligten ihre Berechnungen mehrfach korrigieren müssen. Sie verteidigt ihr Vorgehen mit dem Hinweis darauf, dass sie in Baden-Württemberg einheitlich den Auslastungsgrad von Dialysepraxen berechnen müsse und eine Gleichbehandlung nur dadurch erfolgen könne, dass sie die Abrechnungsergebnisse der GNR 13602 und 13611 heranziehe. Auf die Wochenpauschalen nach GNR 40800, 40802 und 40804 EBM2005 (entsprechend GNR 7270 EBM96) bzw. GNR 40820 EBM2005 (entsprechend GNR 7273 EBM96) könne nicht abgestellt werden, weil für die Abgeltung der Dialysesachkosten innerhalb von Baden-Württemberg unterschiedliche Pauschalen zwischen der KV Baden-Württemberg und den Krankenkassen vereinbart worden seien. Für AOK, BKK, IKK, LKK und Ersatzkassen in Baden-Württemberg hätten bis 30.06.2008 landesspezifische Tagespauschalen gegolten. Diese landesspezifischen Vereinbarungen seien vom BKK Landesverband und der IKK Baden-Württemberg gekündigt worden, sodass für diese Kassenarten die Wochenpauschalen gelten. Für die restlichen Kassenarten würde weiterhin nach landesspezifischen Tagespauschalen abgerechnet. Wegen der unterschiedlichen Vertragssystematik habe man auf eine Auslastungsberechnung unter Hinzuziehung der EBM-Nrn. 13602 abzüglich 13611 zurückgegriffen. Bezüglich der Beigeladenen sei eine Berechnung des Auslastungsgrades aufgrund der abgerechneten Sachkosten nicht möglich, weil die Beigeladenen die Sachkosten nicht über die Antragsgegnerin (die KVBW) abrechneten. Zahlenmaterial liege ihnen insoweit nicht vor.

Die Antragsteller haben der Antragsgegnerin zunächst vorgeworfen, den Auslastungsgrad der Beigeladenen erneut fälschlich zu niedrig ermittelt zu haben. Sie haben ihrerseits Vorschläge unterbreitet, wie auf der Grundlage der GNR 13602 und der GNR 13611 die Anzahl der Hämodialysepatienten zutreffend ermittelt werden könnte. Problematisch sei von Quartalspauschalen, die von der GNR 13611 erfasst würden, die aufgrund der Tagespauschalen ermittelte Anzahl der Peritonealfälle abzuziehen. Durch den Umstand, dass in Baden-Württemberg nicht nach Wochenpauschalen abgerechnet werde, ergäben sich Probleme, deren rechnerische Ermittlung im Eilverfahren nicht zumutbar sei. Hinsichtlich der Auslastung liege im Übrigen die materielle Beweislast bei der Antragsgegnerin. Entziehungs-, Berichtigungs- oder Änderungsbescheide könnten ebenso wie sonstige eingreifende oder belastende Akte keinen Bestand haben, wenn die Voraussetzungen für den Eingriff nicht bewiesen seien. Dies sei hier der Fall. Die normativ vorgegebene Methode einer Berechnung nach Sachkostenpauschalen sei technisch nicht möglich, die technisch mögliche Methode einer Berechnung nach ärztlichen Betreuungspauschalen sei normativ nicht vorgesehen. Wenn eine Behörde mangels Anwendbarkeit der normativ vorgeschriebenen Methode Hilfsmethoden verwende, müssten diese wenigstens richtig sein. Dies sei nicht der Fall, solange von Quartalspauschalen Tagespauschalen abgezogen würden. Erstaunlich sei auch, dass die Antragsgegnerin nunmehr einräume, dass sie zu keinem Zeitpunkt des Widerspruchsverfahrens die Anzahl der von den Beigeladenen abgerechneten Sachkostenpauschalen gekannt habe. Dies müsse im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes zu Lasten der Antragsgegnerin gehen.

Die die Beigeladenen betreffenden Zahlen seien nach Auffassung der Antragsteller auch deshalb zu hinterfragen, weil sie einen überproportional hohen Anteil an Peritonealdialyse-Patienten aufweisen. Nach bundesweit anerkannten Zahlen betrage der Anteil der Peritonealdialyse-Patienten in Baden-Württemberg nur 6,2 % aller Dialysepatienten und nur 4,8 % aller Dialysepatienten im Bundesdurchschnitt. Lege man diese Zahlen zugrunde, dann behandelten die Beigeladenen rund 280 Dialysepatienten und seien somit zu über 90 % ausgelastet.

Abschließend weisen die Antragsteller noch darauf hin, die Beigeladenen verfolgten allein eine Politik der Marktabschottung. Die

vorgelegten Verträge zeigten, dass die PHV eine Vielzahl von Standorten besitze und somit die Risiken wesentlich besser streuen könne, als die einzelne vertragsärztliche Praxis. Die PHV habe damit gegenüber den Antragstellern als Einzelpraxis erhebliche wirtschaftliche Größenvorteile, etwa beim Einkauf (z.B. durch Mengenrabatte bzw. eine starke Verhandlungsstellung beim Geräteeinkauf). Vor diesem Hintergrund könne von einem Gleichrang zwischen der PHV und den Antragstellern nicht gesprochen werden.

Die Beigeladenen machen geltend, dass ihre Praxis bezüglich des Auslastungsgrades unterhalb von 90 % liege, unabhängig nach welcher Methode der Auslastungsgrad berechnet werde. Entscheidend sei nach dem Wortlaut der Qualitätssicherungsvereinbarung, dass es nicht auf die abgerechneten ärztlichen Leistungen nach den Gebührenpositionen Nr. 13602 und 13610/13611 ankomme, sondern allein darauf, wie viele Wochenpauschalen/Sachkostenpauschalen nach § 5 Abs. 7 Buchst. c der Qualitätssicherungsvereinbarung abgerechnet worden seien. In ihrem Fall ergäben sich noch besondere Probleme, weil hinter den Gebührennummern, die die Antragsgegnerin berücksichtige, nicht ersichtlich sei, welche Dialyseform konkret erbracht wurde. Nach der Auskunft der PHV seien in den Quartalen zwischen 2/05 und 4/07 in der Praxis der Beigeladenen zwischen 8.272 und 9.179 Dialysen erbracht worden. Teile man die Gesamtzahl der Dialysen für das Jahr 2007 von 34.948 durch 52 Wochen und die Woche erneut durch 3,2, so resultierten daraus 210,02 kontinuierlich versorgte Dialysepatienten im Jahr 2007. Hieraus folge lediglich ein Auslastungsgrad von ca. 70 %.

Der Umstand, dass sie mit einem dritten Leistungserbringer (der PHV) kooperierten, führe nicht dazu, dass sie fremde Rechte wahrnehmen. Die Wahrnehmung eigener Rechte hänge nicht davon ab, ob man seine Praxisausstattung selbst finanziere oder fremd finanziere. Dies gelte auch für die Frage der Eigentumsverhältnisse am Inventar. Eine andere Auffassung würde zu einer rechtsstaatlich unerträglichen Beliebigkeit bei der Frage führen, wem welche Rechte zustehen. Im Übrigen sei die Zusammenarbeit in Kooperation mit einem Leistungserbringer nach § 15 Anlage 9.1 BMV-Ä vom Gesetzgeber erwünscht, wie die Regelung in [§ 126 Abs. 3 SGB V](#) zeige. Diese Zusammenarbeit erfolge nur auf Zeit, wie das Beispiel der Praxis Dr. N., Stuttgart, zeige, der den Vertrag mit der PHV wieder gekündigt habe.

Ergänzend hierzu legten die Beigeladenen eine Übersicht über die durchgeführten Dialysebehandlungen in ihrer Gemeinschaftspraxis vor (vgl. Bl. 285 der LSG-Akte). Von den kontinuierlich behandelten Dialysepatienten müssten ihres Erachtens nicht nur die Patienten mit Peritonealdialyse, sondern auch die Patienten mit Heimhämodialyse herausgerechnet werden. Werde in dieser Weise gerechnet, so ergebe sich lediglich eine mittlere Auslastung von 79 %.

Wegen weiterer Einzelheiten wird auf die die Antragsteller und die Beigeladenen betreffenden Verwaltungsakten sowie die Prozessakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

II.

Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde der Antragsteller ist zulässig und begründet. Das SG hat zu Unrecht den Antrag auf Anordnung der sofortigen Vollziehung der erteilten Genehmigungen zur Übernahme eines weiteren Versorgungsauftrages (Erhöhung von 100 auf 150 Patienten) abgelehnt.

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 der Antragsteller (Verfahren S 5 KA 2664/08) gegen den Widerspruchsbescheid vom 12.03.2008 hinsichtlich der verfügten Aufhebung der Genehmigung eines weiteren Versorgungsauftrages aufschiebende Wirkung hat, die Aufhebung somit noch nicht Wirksamkeit entfalten kann. Andererseits hat aber auch der Widerspruch der Beigeladenen die aufschiebende Wirkung hinsichtlich der zuvor erteilten Genehmigung auf Inanspruchnahme des weiteren Versorgungsauftrages zur Folge, weswegen die Antragsteller nicht weitere Dialysepatienten über den bisher genehmigten Umfang (Bescheid vom 6.11.2002) hinaus behandeln dürfen. Hat ein bei einem Verwaltungsakt mit Drittwirkung belasteter Dritter (hier die Beigeladenen) einen Rechtsbehelf eingelegt, darf der Begünstigte davon zunächst keinen Gebrauch machen (Meyer-Ladewig/Keller/Leiterer, Sozialgerichtsgesetz - SGG, Kommentar 9. Auflage § 86 a Rdnr. 5). Um gleichwohl bereits vor Rechtskraft des Hauptsacheverfahrens weitere Patienten behandeln zu können, muss der erteilten Genehmigung über 50 zusätzliche Plätze einerseits aktuelle Geltung verschafft werden, was nur über die Anordnung des Sofortvollzuges möglich ist, andererseits muss der entgegen stehende Widerspruchsbescheid durch die aufschiebende Wirkung der Klage (weiterhin) blockiert bleiben. Mit der Anordnung des Sofortvollzuges können die Antragsteller somit ihr Ziel, bis auf Weiteres zusätzliche Dialysepatienten behandeln zu dürfen, erreichen.

Rechtsgrundlage für den von den Antragstellern begehrten einstweiligen Sofortvollzug der erteilten Genehmigungen vom 09.07.2007 und 29.10.2007 ist [§ 86 b Abs. 1 Nr. 1 SGG](#). Danach kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. Maßgeblich für die daraufhin von den Antragstellern beantragte gerichtliche Sofortvollzugsanordnung ist zunächst, ob ein öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehung des Verwaltungsakts besteht, das die Interessen der Beteiligten überwiegt. Ist ein öffentliches Vollzugsinteresse, das den Ausschlag gibt, nicht festzustellen, kann die sofortige Vollziehung nur angeordnet werden, wenn das daran bestehende Interesse des begünstigten Beteiligten das Aufschubinteresse des belasteten Beteiligten überwiegt. Der begünstigte Beteiligte, der die Anordnung der sofortigen Vollziehung begehrt, muss ein besonderes Interesse gerade an der sofortigen Vollziehung geltend machen können. Dieses besondere Interesse muss über sein (allgemeines) Interesse an der Ausnutzung des ihn begünstigenden Verwaltungsaktes hinausgehen und sich gerade auf den Sofortvollzug beziehen.

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, [SGG § 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.

Die hiernach primär durchzuführende Prüfung der Erfolgsaussicht in der Hauptsache ergibt, dass der Ausgang des Verfahrens als offen anzusehen ist.

Dies gilt bereits für die Frage, ob dem Widerspruch der Beigeladenen überhaupt hätte stattgegeben werden dürfen, was grundsätzlich nur dann der Fall hätte sein können, wenn den einschlägigen Regelungen drittschützende Wirkung entnommen werden könnte. Ob im vorliegenden Fall die maßgeblichen Rechtsnormen drittschützenden Charakter haben, lässt sich mit der im einstweiligen Anordnungsverfahren gebotenen nur summarischen Überprüfung nicht beantworten. Auch in einem Hauptsacheverfahren wird - sofern vorher nicht eine höchstrichterliche Klärung erfolgt - die Revision bereits wegen dieser Rechtsfrage zuzulassen sein.

Die Anfechtung eines Verwaltungsakts setzt regelmäßig voraus, dass eine Verletzung von Rechten des Widersprechenden durch den angefochtenen Verwaltungsakt als möglich erscheint. Davon ist regelmäßig bei einem Verwaltungsakt auszugehen, der an den Anfechtenden gerichtet ist. Dies war hier nicht der Fall. Die Beigeladenen sind nicht Adressat des von ihnen angefochtenen Verwaltungsaktes; auch werden ihr rechtlicher Status und ihre sonstigen Rechtsbeziehungen durch die Erteilung des Versorgungsauftrages an die Antragsteller weder umgestaltet noch sonst unmittelbar rechtlich betroffen. Vielmehr wurde den Antragstellern lediglich erlaubt, bestimmte Leistungen, die sie bisher bereits selbst angeboten haben, einer weiteren Anzahl an Patienten gegenüber im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung zu erbringen und abzurechnen. Die Beigeladenen können durch die Genehmigung somit nur mittelbar bzw. nur durch deren wirtschaftliche Auswirkungen betroffen sein. Dies reicht nach der Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 07.02.2007 - [B 6 KA 8/06 R](#)) für eine rechtliche Betroffenheit und damit für die Annahme einer Anfechtungsbefugnis nicht aus, denn die Rechtsordnung gewährt bei der Ausübung beruflicher Tätigkeit grundsätzlich keinen Schutz vor Konkurrenz. Demgemäß haben Marktteilnehmer regelmäßig keinen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben, insbesondere nicht darauf, dass Konkurrenten vom Markt fernbleiben (BSG aaO mwN).

Andererseits hat das Bundesverfassungsgericht aber auch herausgestellt, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit dem Einzelnen die Freiheit der Berufsausübung als Grundlage seiner persönlichen und wirtschaftlichen Lebensführung gewährleistet. In dieses Grundrecht greifen Vergütungsregelungen ein, die auf die Existenzhaltung von nicht unerheblichem Einfluss sind. Aber auch eine Wettbewerbsveränderung durch Einzelakt, die erhebliche Konkurrenz Nachteile zur Folge hat, kann das Grundrecht der Berufsfreiheit beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung und der Verteilung staatlicher Mittel steht oder wenn der Zustrom der Leistungserbringer durch Mechanismen der Bedarfsplanung gelenkt wird (BVerfG Beschluss vom 17.08.2004 - [1 BvR 378/00](#) - Juris Umdruck Rdnr. 20, 21 und 23).

Zugleich hat das Bundesverfassungsgericht aber auch betont, dass Eingriffe mit [Art. 12 Abs. 1](#) Grundgesetz (GG) vereinbar sind, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen und durch ausreichende Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt werden. So wird das Grundrecht des Vertragsarztes aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) im Interesse der Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung in vielfältiger Weise eingeschränkt. Er muss zur Sicherung von Qualität und Wirtschaftlichkeit Einschränkungen seines Behandlungsspektrums ebenso hinnehmen, wie Regelungen, die seine Niederlassungsfreiheit, seine Fallzahlen und seine Vergütung begrenzen. Solche Eingriffe können im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung durch den Gemeinwohlbelang der Sicherstellung der Versorgung der gesetzlich Versicherten gerechtfertigt werden. Beschränkungen der Berufsfreiheit der im System tätigen Leistungserbringer sind an diesem legitimen Zweck zu messen. Kommt es durch hoheitliche Maßnahmen zu weitergehenden, am Gemeinwohlbelang der Sicherstellung der Versorgung nicht ausgerichteten Eingriffen in die gesetzlich durchstrukturierten Marktbedingungen, die zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen können, können die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) verletzt sein (so BVerfG aaO Rdnrn. 20 und 27).

Das BSG hat aus diesen Ausführungen des BVerfG abgeleitet, dass eine Befugnis zur Abwehr eines Konkurrenten sich nur aus einschlägigen so genannten einfach-rechtlichen Regelungen ergeben kann. Dies ist lediglich der Fall in der besonderen Konstellation, dass den Bestimmungen, auf die sich die Rechtseinräumung eines Konkurrenten stützt, ein Gebot der Rücksichtnahme auf die Interessen derer zu entnehmen ist, die schon eine Position am Markt inne haben, wenn also die einschlägige Bestimmung diesen einen so genannten Drittschutz vermittelt. Bei der Auslegung, ob den einschlägigen gesetzlichen Regelungen eine solche drittschützende Wirkung entnommen werden kann, sind die Besonderheiten des jeweiligen Fachbereichs zu berücksichtigen (vgl. BSG aaO - Juris Umdruck Rdnr. 16 mwN).

Für die Einräumung von Drittschutz berufen sich die Antragsgegnerin und die Beigeladenen auf die Vorschriften in § 4 und 6 der Anlage 9.1 BMV-Ä. Nach § 4 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä darf die Genehmigung zur Übernahme eines Versorgungsauftrages durch zugelassene Vertragsärzte nur erteilt werden, wenn neben den persönlichen und fachlichen Voraussetzungen eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur für die Dialysepraxis gewährleistet ist. Die Feststellung, ob eine wirtschaftliche Versorgungsstruktur in diesem Sinne kontinuierlich gewährleistet ist, wird nach § 6 Abs. 1 Satz 1 Anlage 9.1 BMV-Ä am Auslastungsgrad der im Umkreis der beabsichtigten Niederlassung bestehenden Dialysepraxen (Versorgungsregion) gemessen. Der Auslastungsgrad wird durch eine Arzt-Patienten-Relation bestimmt. Eine Auslastung der Dialysepraxen in der Versorgungsregion ist dabei nach § 6 Abs. 1 Satz 3 Anlage 9.1 BMV-Ä anzunehmen, wenn kontinuierlich mindestens 90 vH der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Patientenzahl von den dazu erforderlichen Ärzten versorgt wird. Die Versorgungsregionen sind auf der Grundlage der Planungsbereiche der Bedarfsplanungs-Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses zu bilden; kreisfreie Städte mit mehr als 100.000 Einwohnern bilden danach die Raumordnungskategorie I, für sie gilt ein Radius von 10 km um die projektierte Dialysepraxis (§ 6 Abs. 1 Satz 7 Anlage 9.1 BMV-Ä iVm § 6 Bedarfsplanungsrichtlinien).

Der Senat hat in seiner Entscheidung vom 06.12.2006 - [L 5 KA 5367/06 ER-B](#) hierzu die Auffassung vertreten, in dem Regelungskonzept der Vertragspartner trete insgesamt hervor, dass die Überschneidung von Versorgungsregionen grundsätzlich ausgeschlossen sein solle. Die Dialysepraxen seien im Interesse einer insgesamt wirtschaftlichen und damit leistungsfähigen und die Patientenversorgung nachhaltig sicherstellenden Versorgungsstruktur auf die Behandlung der Patienten ihrer Versorgungsregionen projektiert. In die Versorgungsregionen

anderer Praxen dürfen sie auch mit Zweigpraxen oder ausgelagerten Praxisstätten nicht eindringen, weil dadurch der Sache nach eine Überschneidungslage herbeigeführt werde. Mit den genannten Bestimmungen hätten die Vertragspartner dafür Sorge tragen wollen, dass im Bereich der Dialyse durch niedergelassene (Vertrags-)Ärzte wirtschaftliche Versorgungsstrukturen geschaffen werden und auch erhalten bleiben. Andernfalls geriete die Versorgung der Dialysepatienten in Gefahr, da nicht mehr wirtschaftliche Dialysepraxen letztendlich schließen müssten, ohne dass die (vollständige) Aufnahme der dort bislang betroffenen Patienten in der "Konkurrenzpraxis" oder anderen Praxen sichergestellt wäre. Denn Schaffung und Betrieb von Dialyseplätzen seien nur mit besonders hohen Investitionen möglich, weshalb die Dialysepraxen nur eine beschränkte Zahl von Dialyseplätzen vorhalten und wirtschaftlich betreiben könnten.

Das BSG hat andererseits in der (zeitlich) später ergehenden Entscheidung vom 07.02.2007 - [B 6 KA 8/06 R](#) - aber deutlich herausgestellt, dass eine nur qualifikationsabhängige zusätzliche Genehmigung im Verhältnis zu bereits tätigen Vertragsärzten keine berufsregelnde Tendenz enthält, da deren Erteilung nur an qualitäts- bzw. qualifikationsgesicherten Punkten auszurichten ist. Wie andererseits zu entscheiden wäre, wenn Statusgewährungen im Streit wären, die den Zugang zur vertragsärztlichen Versorgung eröffnen, hat das BSG ausdrücklich offen gelassen. Zu dieser Frage ist derzeit jedoch ein Revisionsverfahren gegen das Urteil des Senats vom 04.06.2008 - [L 5 KA 4514/07](#) - beim BSG unter dem Aktenzeichen [B 6 KA 25/08 R](#) anhängig. Vom Ausgang dieser Entscheidung wird maßgeblich abhängen, ob den oben genannten Vorschriften drittschützende Wirkung entnommen werden kann (und darf). Denn die Frage der Erteilung eines Versorgungsauftrages ist rechtlich eng mit der Sonderbedarfszulassung verbunden. Gemäß § 24 Abs. 1 Buchst. e Bedarfsplanungs-Richtlinie darf der Zulassungsausschuss unbeschadet der Anordnung von Zulassungsbeschränkungen durch den Landesausschuss dem Zulassungsantrag eines Vertragsarztes entsprechen, wenn durch die Kassenärztliche Vereinigung aufgrund der Qualitätssicherungsvereinbarung zu den Blutreinigungsverfahren gemäß [§ 135 Abs. 2 SGB V](#) einem weiteren Arzt in der Dialysepraxis (Bezugnahme auf § 7 Abs. 1 und 2 Anlage 9.1 BMV-Ä) die Genehmigung zur Durchführung eines Versorgungsauftrags für die nephrologische Versorgung erteilt werden soll. Bei vorübergehendem Bedarf ist von der Möglichkeit der Ermächtigung Gebrauch zu machen (§ 24 Abs. 1 Buchst. e Satz 3 Bedarfsplanungs-Richtlinie). Sollte die Konkurrentenklage auch im Falle einer Sonderbedarfszulassung zulässig sein (vgl. zur Problematik Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, München 2008, § 18 Rn 36), müsste dies konsequenterweise auch für Sonderbedarfszulassungen von Dialyseärzten gelten. Da die Erteilung eines weiteren Versorgungsauftrages die Hauptvoraussetzung für eine Sonderbedarfszulassung nach § 24 Abs. 1 Buchst. e Bedarfsplanungs-Richtlinie ist, müsste im Rahmen einer zulässigen Konkurrentenklage dann auch die Berechtigung der Erteilung von Versorgungsaufträgen überprüft werden können.

Aus den Darlegungen folgt, dass es sich hier um eine spezielle, schwierige Rechtsfrage handelt, die zur Zeit höchstrichterlich noch ungeklärt ist und deren Beantwortung im summarischen einstweiligen Anordnungsverfahren nicht angezeigt ist. Dies gilt erst recht für die weitergehenden Rechtsfragen, ob § 4 Abs. 1 Nr. 3 und § 6 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä überhaupt auf der Grundlage einer tragfähigen gesetzlichen Ermächtigungsgrundlage mit sachgerechten Motiven vereinbart wurden und ob bei generell zulässiger Konkurrentenklage im Falle der Einschaltung eines Leistungserbringers nach [§ 126 Abs. 3 SGB V](#) (wie hier der PHV) hinsichtlich der Drittbetroffenheit noch weiter differenziert werden müsste. Für die nach [§ 86 b Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) vorzunehmende Interessenabwägung bedeutet dies, dass sich weder hinsichtlich des Obsiegens der Antragsgegnerin bzw. der Beigeladenen noch hinsichtlich eines Obsiegens der Antragsteller gesicherte Rückschlüsse ziehen lassen.

Aber auch die sich bei unterstellter Berechtigung der Beigeladenen zur Widerspruchseinlegung anschließende Prüfung, ob die Antragsgegnerin die Bescheide vom 09.07.2007 und 29.10.2007 sowie den Widerspruchsbescheid vom 12.03.2008 in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Vorschriften der Qualitätssicherungsvereinbarung zu den Blutreinigungsverfahren bzw. der Anlage 9.1 BMV-Ä erlassen hat, erlaubt keine sicheren Rückschlüsse auf die Rechtmäßigkeit dieser Bescheide bzw. des Widerspruchsbescheides. Der (unterstellt zulässige) Widerspruch der Beigeladenen wäre unbegründet, wenn sie mit ihrer Praxis bereits zu 90 % ausgelastet wären, wie umgekehrt der Sofortvollzug nicht anzuordnen wäre, wenn sich der Genehmigungsbescheid aus anderen Gründen als rechtswidrig erweisen würde oder die Beklagte Anlass hätte, die erteilte Genehmigung zu widerrufen. All dies lässt sich jedoch im vorliegenden summarischen Verfahren nicht abklären.

Die Beklagte beruft sich sowohl für die Genehmigung wie für den Widerruf der Genehmigung auf § 4 Abs. 1 Nr. 3 iVm § 6 Abs. 1 Anlage 9.1 BMV-Ä. Nach § 4 Abs. 1 Nr. 3 kann die Übernahme des Versorgungsauftrages durch die Kassenärztliche Vereinigung nur genehmigt werden, wenn eine kontinuierliche wirtschaftliche Versorgungsstruktur für die Dialysepraxis gewährleistet ist. Dies ist dann der Fall, wenn ein Auslastungsgrad von 90 vH erreicht ist. Eine Auslastung der Dialysepraxen in der Versorgungsregion ist nämlich anzunehmen, wenn kontinuierlich mindestens 90 vH der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Patientenzahl von den dazu erforderlichen Ärzten versorgt wird. Die Qualitätssicherungsvereinbarung bestimmt ihrerseits in § 5 Abs. 7 Buchst. c, dass die Anzahl der in der Dialyse als "Zentrumsdialyse" und "Zentralisierte Heimdialyse" kontinuierlich behandelten Patienten anhand der abgerechneten Leistungen nach Nr. 7270 und 7273 (Wochenpauschale) des Einheitlichen Bewertungsmaßstabes (EBM) ermittelt werden. Dabei ergibt sich die Anzahl der Patienten aus dem Quotienten aller pro Jahr abgerechneten Leistungen nach Nrn. 7270 und 7273 und der Anzahl der Wochen pro Jahr. Daraus resultiert ein "Arzt-Patienten-Schlüssel", bei dem ab 30 Patienten ein zweiter Arzt und bei mehr als 100 Patienten und je weiteren 50 Patienten pro Jahr zusätzlich ein weiterer Arzt erforderlich ist.

Die Beklagte ist im Bescheid vom 12.06.2007 von einem Versorgungsgrad von weniger als 90 % ausgegangen, im Bescheid vom 09.07.2007 von 91,8 % und im Widerspruchsbescheid vom 12.03.2008 von knapp unter 90 %. Alle Bescheide beruhen somit auf der Annahme einer nur sehr knappen Überschreitung bzw. Unterschreitung des Auslastungsgrades von 90 %. Der Umstand allein, dass sämtliche dieser Bescheide angreifbar berechnet sind, weil sie auf die Verhältnisse in einem Quartal (hier dem Quartal I/07) abstellen und nicht wie von § 5 Abs. 7 Buchst. c Satz 3 der Qualitätssicherungsvereinbarung gefordert, auf den Auslastungsgrad innerhalb eines Jahres, mag noch dahinstehen, weil dieser Fehler durch Nachberechnung verhältnismäßig leicht zu heilen gewesen wäre, wenn der Antragsgegnerin aussagekräftiges Zahlenmaterial in Form der von § 5 Abs. 7 Buchst. c Qualitätssicherungsvereinbarung geforderten Wochenpauschalen zur Verfügung stehen würde. Dies ist jedoch nicht der Fall.

§5 Abs. 7 Buchst. c Qualitätssicherungsvereinbarung verlangt eine Berechnung anhand der abgerechneten Leistungen nach Nrn. 7270 und 7273 des EBM 1996. Die Leistungslegenden dieser Vorschriften lauten wie folgt: GNR 7270 Pauschalerstattung für Sachkosten - Betrag 580,20 EUR Pauschalerstattung für Sachkosten bei Durchführung von Hämodialysen, CAPD, CCPD als Zentrums- bzw. Praxisdialyse, Heimdialyse oder zentralisierte Heimdialyse, einschließlich Sonderverfahren, je Behandlungswoche

GNR 7273: Pauschalerstattung für Sachkosten - Betrag 830 EUR Pauschalerstattung für Sachkosten bei Durchführung von Dialyse entsprechend der Leistung nach Nr. 7270 für die Dialyse bei Patienten bis zum vollendeten 18. Lebensjahr, je Behandlungswoche.

Die Vorschriften nach GNR 7270 und 7273 EBM waren entsprechend der allgemeinen Geltung des EBM1996 bis 31.03.2005 in Kraft. Für die Zeit danach sind die Vorschriften des EBM2005 maßgebend. Diese sehen unter GNR. 40800 und 40820 zwar vergleichbare Wochenpauschalen vor, indes wurden weder von der Praxis der Antragsteller noch von der Praxis der Beigeladenen diese Gebührennummern in der Vergangenheit abgerechnet.

Das Fehlen abgerechneter Wochenpauschalen in Nord-Württemberg hat seinen Grund darin, dass zwischen der Antragsgegnerin und den Landesverbänden der Krankenkassen hiervon abweichende Pauschalen vereinbart wurden. So galten für die AOK, BKK, IKK und LKK sowie die Ersatzkassen bis zum 30.06.2008 landesspezifische Tagespauschalen je Dialyseverfahren. Unter Berücksichtigung der Neuordnung der Dialyseversorgung auf Bundesebene wurden diese Vereinbarungen vom BKK Landesverband und der IKK Baden-Württemberg gekündigt, während die bisherigen Vereinbarungen für die anderen Kassenarten weiter galten. Hinzu kommt, dass bezüglich der Beigeladenen eine Berechnung des Auslastungsgrades aufgrund der abgerechneten Sachkosten gar nicht möglich ist, weil die PHV die Sachkosten der Beigeladenen direkt mit den Landesverbänden der Krankenkassen abrechnet. Die Antragsgegnerin ist deshalb in ständiger Verwaltungspraxis den Weg gegangen, den Auslastungsgrad anhand der GNR 13602 EBM2005 bzw. 13611 EBM2005 zu errechnen. Diese Berechnungsart liegt auch den hier streitigen Bescheiden zu Grunde.

Die Leistungslegende dieser Gebührenordnungspositionen lauten wie folgt:

GNR 13602 EBM2005 Kontinuierliche Betreuung eines dialysepflichtigen Patienten, einmal im Behandlungsfall, 560 Punkte

GNR 13611 EBM2005 Ärztliche Betreuung bei Durchführung einer Peritonealdialyse (CAPD oder CPPD) je Dialysetag 200 Punkte.

Die Antragsgegnerin hat dabei in einem ersten Behandlungsschritt die Anzahl der abgerechneten Behandlungsfälle nach GNR 13602 ermittelt und in einem weiteren Berechnungsschritt hiervon die Patienten mit Peritonealdialyse abgezogen, auf diese Weise die Zahl der Patienten je Praxis gewonnen und daraus dann den Auslastungsgrad ermittelt.

Der Antragstellerin ist zuzustimmen, wenn sie rügt, dass die von der Rechtsordnung vorgeschriebene Berechnungsweise nicht eingehalten wurde und die tatsächliche Berechnungsweise nicht vertraglichen Vorschriften entspricht. Der Antragsgegnerin ist zwar einzuräumen, dass mithilfe ihrer Berechnung, die flächendeckend in ganz Baden-Württemberg erfolgen soll, eine Gleichbehandlung der verschiedenen Dialysepraxen zu erreichen ist und andere Zahlen nicht zur Verfügung stehen, indes begegnet der Abzug von Behandlungsleistungen, die pro Dialysetag abgerechnet werden, von Behandlungsleistungen, die nur einmal im Behandlungsfall, d. h. innerhalb des jeweiligen Quartals abrechenbar sind, grundsätzlichen Bedenken. Während über die Wochenpauschalen die Belegung einer Dialysepraxis relativ engmaschig ermittelt werden kann, lassen die Abrechnungszahlen insbesondere der GNR 13602 keinen genauen Aufschluss über die Belegung der Dialyseplätze zu, weil auch Patienten, die nur vorübergehend in der Praxis behandelt werden, voll mitzählen, also Patienten erfasst werden, die zwischen einmal und 25mal je Quartal eine Dialyse in Anspruch nehmen.

Jedenfalls ist bei den im vorliegenden Fall relativ geringfügigen Abweichungen von der 90-Grad-Grenze, nach den eigenen Berechnungen der Antragsgegnerin unterschritten die Beigeladenen die 90 % Grenze zuletzt lediglich noch um 1 ½ bis 5 % oder vier bis maximal 15 Patienten, die Berechnungsweise der Antragsgegnerin nicht geeignet, hinreichend sichere Aussagen hinsichtlich des Auslastungsgrades der Beigeladenen zu machen. Allein der Umstand, dass sich die Antragsgegnerin im Laufe des Verfahrens selbst mehrfach verrechnet hat, zeigt, dass diese Methode nur unzureichend den Auslastungsgrad widerspiegelt. Dies gilt auch, wenn man - wie zuletzt die Beigeladenen in der Aufstellung vom 12.09.2008 - Bl. 285 der LSG-Akte - aus der Behandlungspauschale nach GNR 13602 die Fälle mit Heimhämodialyse zusätzlich herausrechnet (ob zu Recht oder zu Unrecht mag offenbleiben, weil einerseits nur die Zentrumsdialyse und die Zentralisierte Heimdialyse für den Auslastungsgrad zählen sollen, andererseits in den maßgebenden Wochenpauschalen auch die Betreuung von Patienten mit Heimdialyse erfasst wird).

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass die von der Antragsgegnerin für die Berechnung des Auslastungsgrades zugrunde gelegten Gebührenordnungspositionen nicht hinreichend aussagekräftig sind, um den Nachweis für das Erreichen oder Unterschreiten der 90 %-Grenze führen zu können. Diese Unklarheiten gehen im Widerspruchsverfahren zunächst zu Lasten der Antragsgegnerin. Allerdings ist zugunsten der Widerspruch führenden Beigeladenen zu berücksichtigen, dass auch die der erteilten Genehmigung vom 9.7.2007 zugrundeliegenden Zahlen in gleicher Weise wenig aussagekräftig sind. Ob also ein Auslastungsgrad der Dialysepraxen in der Versorgungsregion Stuttgart von 90 % bereits überschritten ist oder ob dieser Auslastungsgrad noch nicht erreicht ist (und wie er richtigerweise zu errechnen wäre), lässt sich anhand des verfügbaren Zahlenmaterials nicht beurteilen. Hinreichend sichere Schlussfolgerungen für die Rechtsposition der einen oder der anderen Seite lassen sich daraus nicht ableiten, zumal die Beklagte im Falle einer zu Unrecht erteilten Genehmigung auch prüfen müsste, ob sie diese wieder zurück nimmt. Auch insoweit sind für die von [§ 68b Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) geforderte Interessenabwägung zwischen Antragsteller, Antragsgegnerin und Beigeladenen keine durchgreifenden Argumente abzuleiten.

Ergibt somit die Prüfung der Rechtslage weder für die Beigeladenen noch die Antragsgegnerin noch die Antragsteller ein überwiegendes Interesse am Sofortvollzug bzw. an der Beibehaltung der aufschiebenden Wirkung, so ist auf eine allgemeine Abwägung der jeweiligen Interessen zurückzugreifen. Gegenüberzustellen sind die Folgen, die eintreten würden, wenn die Teilentscheidung nicht erginge, die Klage aber später Erfolg hätte und die Nachteile, die entstünden, wenn die begehrte Eilentscheidung erlassen würde, der Klage aber der Erfolg zu versagen wäre (Meyer-Ladewig aaO § 86b Rdnr. 12 f.).

Unter dem Gesichtspunkt des Sicherstellungsinteresses sprechen weder Argumente für eine Ausweitung der Praxis der Antragsteller noch dagegen. Die Gefahr einer Unterversorgung von Dialysepatienten in der Stadt Stuttgart besteht nicht, da zumindest bei den Beigeladenen noch erhebliche Kapazitäten vorhanden sind, um weitere Patienten aufzunehmen, wenn die Praxis der Antragsteller erweitert würde. Andererseits ist auch nicht zu befürchten - wie nachstehend noch dargestellt wird - dass im Falle einer Ausweitung der Praxis der Antragsteller die Beigeladenen wesentliche Teile ihrer Praxis schließen müssten und damit Patienten unterversorgt wären. Denn die

Beigeladenen tragen nicht das Risiko der Sachkosten, weil der ihnen die Sachleistung zur Verfügung stellende Leistungserbringer, die PHV, flexibel auf eine Änderung der Patientenzahl reagieren kann.

Aus der Sicht der Patienten ist einerseits zu berücksichtigen, dass es sich bei den zusätzlichen Patienten um langjährige Stammpatienten der Antragsteller handelt, die auch nach Beginn der Dialysepflichtigkeit weiter von den Antragstellern betreut werden möchten. Ihnen würde zugemutet, in der schwierigen Situation der Aufnahme der Blutwäschebehandlung den Behandler wechseln zu müssen. Demgegenüber besteht gegenüber der Krankenkasse ein Anspruch der Patienten auf Behandlung gerade in einer bestimmten Praxis nicht. Der ganz überwiegende Teil des Patientenstamms der Antragsteller verbliebe auch in der Praxis, während einigen neu dialysepflichtig gewordenen Patienten zugemutet würde, in eine der umliegenden Praxen zu wechseln. Der Umstand, dass die Konkurrentenklage der Beigeladenen allein zum Ziel hat, die Praxis des Konkurrenten zu blockieren, wirkt sich allerdings dahin aus, dass über viele Jahre neu dialysepflichtig gewordene Patienten ihren Wunsch nach Behandlung gerade bei den Antragstellern nicht realisieren können. Zu Lasten der Beigeladenen ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass nicht zwingend anzunehmen ist, dass die Patienten, die von den Antragstellern weg zu anderen Ärzten wechseln müssen, deswegen die Praxis der Beigeladenen aufsuchen. Vielmehr ist damit zu rechnen, dass ein Großteil dieser Patienten die anderen Dialysepraxen in der Region Stuttgart noch zusätzlich in Anspruch nehmen werden. Die Blockade der Antragsteller schadet diesen mehr als sie den Beigeladenen nützt.

Maßgeblich bei der hier vorzunehmenden Folgenabwägung ist für den Senat aber der Umstand, dass die Beigeladenen selbst keine Sachkosten zu tragen haben, sondern sich ihre Praxisräume von einem außenstehenden Leistungserbringer zur Verfügung stellen lassen. Sie sind damit von den wirtschaftlichen Folgen einer unzureichenden Auslastung ihrer Praxis weit weniger betroffen als Dialyseärzte, die auch für die Sachkosten aufzukommen haben und insoweit ein unternehmerisches Risiko mit höchstpersönlicher Haftung tragen.

Bei der PHV handelt es sich um eine größere Gruppe, die nach Angaben der Antragsteller insgesamt an 16 Standorten in Baden-Württemberg Dialyseplätze betreibt. Wie aus dem Vertrag zwischen der PHV und der AOK Baden-Württemberg hervorgeht (vgl. § 3), stellt die PHV sämtliche Behandlungseinrichtungen zur Verfügung, sorgt für Reparatur und Wartung, die Verfügungstellung der erforderlichen Dialysehilfsstoffe, die pflegerische Betreuung durch examiniertes oder entsprechend qualifiziertes Pflegepersonal, die Durchführung der routinemäßigen Laboruntersuchungen sowie die Organisation und Überwachung des pflegerischen und technischen Bereitschaftsdienstes. Sie sorgt weiter für die Verpflegung der Patienten und die ordnungsgemäße Beseitigung der Dialyseabfälle. Im Raum Stuttgart werden neben der Praxis der Beigeladenen mit dem Hauptsitz in der W. und Nebenstellen in Stuttgart-Vaihingen, Stuttgart-Feuerbach und Stuttgart-Bad Cannstatt auch das CAPD-Zentrum des Robert-Bosch-Krankenhauses, die Dialysepraxen in Waiblingen, in Marbach, in Schorndorf, Leonberg und Backnang von der PHV ausgestattet (vgl. die Aufstellung Bl. 233 LSG-Akte). Bei dieser Größenordnung ist dem externen Leistungserbringer ein Ausgleich eines an einer Stelle wegfallenden Dialyseplatzes unschwer möglich, überflüssige Kapazitäten können ohne größere Schwierigkeiten an andere Standorte verlagert werden. Auch bezüglich der personellen Ausstattung lassen sich innerhalb des Großraumes Stuttgart Mitarbeiter leichter von einer Arbeitsstelle zur anderen umsetzen. Bei einer solchen Einrichtung dürften die Befürchtungen der KBV, die Beweggrund für die entsprechende Regelung in §§ 4 und 6 der Anlage 9.1 des Bundesmantelvertrages waren, nicht eintreten. Als Motiv für die Vereinbarung eines Auslastungsgrades von kontinuierlich mindestens 90 vH der nach der Qualitätssicherungsvereinbarung festgelegten Patientenzahl hat die KBV angegeben (vgl. Hinweise und Erläuterungen für die Kassenärztlichen Vereinigungen zur Neuordnung der Versorgung chronisch niereninsuffizienter Patienten - Stand 1.7.2002 - Anlage nach Bl. 47a SG-Akte), dass wegen des typischerweise hohen technischen und personellen Leistungsanteils der Dialyse der Grad der Auslastung als relevant für die wirtschaftliche Leistungserbringung einer Praxis/Einrichtung zu unterstellen sei. Die Auslastung sei eine Messgröße für eine kontinuierliche wirtschaftliche Leistungserbringung, die ihrerseits wieder ein Element der Struktur der vertragsärztlichen Versorgung darstelle. Liege der Auslastungsgrad unter 90 %, könne die projektierte Praxis nur durch Verdrängung einen wirtschaftlichen Auslastungsgrad erreichen, was nicht erwünscht sei. Ob diese Befürchtungen für selbst für die Sachleistungen aufkommende Praxen niedergelassener Dialyseärzte zutreffen, mag offen bleiben. Jedenfalls ist nicht anzunehmen, dass betriebswirtschaftlich gut organisierte Leistungserbringer mit einer Großzahl von Dialysezentren gleichermaßen betroffen werden.

Mit der Vorgabe einer 90 % igen Auslastung soll verhindert werden, dass der Dialysearzt wegen zu hoher Unkosten seine Praxis nur unwirtschaftlich betreiben kann, diese deswegen aufgeben muss und die Patienten danach unversorgt bleiben. Diese Gefahr besteht bei den Beigeladenen nicht, die PHV wird aber als externer Leistungserbringer durch Vorschriften der gemeinsamen Selbstverwaltung von Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen, wie dem BMV-Ä, nicht geschützt. Die Beigeladenen berufen sich auf den Schutzzweck der Vorschrift, obwohl sie diesen Schutz gerade nicht benötigen.

Für die Rechtsposition der Beigeladenen ergibt sich damit die Situation, dass sie - überspitzt gesagt - nur einen Belegärzten ähnlichen Status haben, die zwar eigenverantwortlich ihre ärztlichen Leistungen erbringen, nicht aber am Risiko des wirtschaftlichen Betriebes der von ihnen genutzten Einrichtung teilnehmen. Da andererseits die Beigeladenen als Motiv ihrer Konkurrentenklage allein die Blockade der Praxis der Antragsteller angegeben haben, um zu einem eigenen größeren Wachstum zu kommen, befinden sie sich im Kern in keiner anderen Position als andere Ärzte, die durch den Betrieb einer konkurrierenden Arztpraxis einen Rückgang der Patientenzahlen registrieren müssen. Vor diesem Risiko sind niedergelassene Ärzte aber gerade nicht geschützt. Hinzu kommt, dass die wirtschaftliche Situation der Praxis der Beigeladenen seit vielen Jahren unverändert ist. Ein Vergleich der Zahlen aus dem Jahr 2002 mit den derzeit aktuellen Zahlen ergibt, dass sich die Zahl der von ihnen behandelten Patienten über die Jahre praktisch nicht verändert hat. Mit dieser Patientenzahl wurde in der Vergangenheit die Praxis aber offensichtlich wirtschaftlich betrieben. Irgendwelche wirtschaftlichen Probleme oder gar Existenznöte sind seitens der Beigeladenen nicht vorgetragen worden. Sollten die Antragsteller ihre Praxis ausweiten, ist nicht mit einem weiteren Schwund der Patientenzahl bei den Beigeladenen zu rechnen, sondern - wie in der Vergangenheit auch - mit weiterhin konstanten Dialysezahlen.

Bei dieser Sachlage ist zusammenfassend festzustellen, dass die Antragsteller ihrerseits schlüssig die Notwendigkeit einer Erweiterung ihrer Praxis durch Hinzuziehung eines weiteren Arztes dargelegt haben. Soweit ersichtlich wird dies weder von den Beigeladenen noch von der Antragsgegnerin bestritten. Auf der anderen Seite steht allein das Interesse der Beigeladenen, ein weiteres Wachstum der Praxis der Antragsteller zu verhindern, ohne dass schlüssig dargetan wäre, dass ihnen wenigstens die Blockade der Antragsteller deutliche, wirtschaftlich messbare Vorteile bringen würde. In dieser Situation hält der Senat es für sachgerecht, den Interessen der Antragsteller den Vorrang einzuräumen vor denjenigen der Beigeladenen. Besondere Interessen der Antragsgegnerin, die über das Interesse der Beigeladenen hinausgehen würden, sind nicht ersichtlich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) iVm [§ 154 Abs. 1 und 3 VwGO](#).

Dieser Beschluss ist mit der (weiteren) Beschwerde nicht anfechtbar ([§ 177 SGG](#)).

Für die Festsetzung des Streitwerts war maßgeblich, dass der Senat das Interesse des klagenden Arztes an der Erweiterung seiner Praxis um einen Partner in Gemeinschaftspraxis mit 20% des Wertes einer Neuzulassung ansetzt. Bei geschätzt 80.000 EUR Einkommen aus vertragsärztlicher Tätigkeit ergibt sich im Dreijahreszeitraum ein Betrag von 240.000 EUR; 20 % hiervon sind 48.000 EUR. Dieser Betrag ist im einstweiligen Anordnungsverfahren noch zu halbieren, so dass der Streitwert in Höhe von 24.000 EUR anzusetzen war.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-01-30