Konkurrenzschutz bei der Verzahnung

Bernhard Debong, Karlsruhe[1]

Die Verzahnung von stationärer und ambulanter Behandlung ist buchstäblich in aller Munde. Das Sozialgesetzbuch V benutzt diesen Begriff selbst nicht. Gleichwohl bringt das Gesetz an unterschiedlichen Stellen die Intention des Gesetzgebers zum Ausdruck, eine möglichst nahtlose Versorgung der Versicherten über die Grenzen der traditionellen Leistungssektoren hinweg zu gewährleisten. So spricht beispielsweise § 115 Abs. 1 SGB V von einer „... nahtlose(n) ambulante(n) und stationäre(n) Behandlung ...". In § 112 Abs. 2 Nr. 5 SGB V ist vom „nahtlosen Übergang" von der Krankenhausbehandlung zur Rehabilitation oder Pflege die Rede.

1. Notwendigkeit der Verzahnung

Das deutsche System der gesetzlichen Krankenversicherung weist traditionell voneinander abgegrenzte Leistungsbereiche auf. Unterschiedliche Kompetenzen für die Zulassung der Leistungserbringer in den einzelnen Sektoren, unterschiedliche Vergütungssysteme und eine gegensätzliche wirtschaftliche Interessenlage sind geeignet, eine Abgrenzung der einzelnen Leistungssektoren voneinander zu fördern und damit eine nahtlose Versorgung der Versicherten über die Grenzen der Leistungssektoren hinweg zu be- wenn nicht gar zu verhindern. Eine solche starre Abgrenzung der traditionellen Leistungssektoren aber ist nicht nur medizinisch problematisch, sondern auch wirtschaftlich nachteilig (Informationsdefizite, Doppelbehandlungen, Zeitverlust usw.).

Das Ineinandergreifen und Verbinden der verschiedenen Sektoren im Bereich der Gesundheitsversorgung ist daher ein medizinisches wie ökonomisches Gebot.

2. Instrumente der Verzahnung im SGB V

Der Gesetzgeber des SGB V hat verschiedene Instrumente mit dem Ziel vorgesehen, durch eine enge Zusammenarbeit zwischen den Leistungserbringern in der gesetzlichen Krankenversicherung eine nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten zu gewährleisten. Rechtstechnisch lassen sich dabei Vertragslösungen (z.B. die 2- und 3-seitigen Verträge der §§ 112 und 115 SGB V sowie die Integrationsverträge des § 140 a ff. SGB V), gesetzliche Statusverleihungen (§§ 115 a bis 115 c SGB V vor- und nachstationäre Behandlung, ambulante Operationen im Krankenhaus sowie Fortsetzung der Arzneimitteltherapie nach Krankenhausbehandlung) und Verwaltungsakts-Lösungen in der Gestalt von Zulassung, Ermächtigung oder Bestimmung von Leistungserbringern durch die zuständige Behörde, unterscheiden.

3. Konkurrenz- bzw. Konkurrentenschutz

Wird den Leistungserbringern in den traditionellen Leistungssektoren die Leistungserbringung auch im jeweils anderen Sektor ermöglicht, führt dies zu vermehrtem Wettbewerb der jetzt auch sektorenübergreifend konkurrierenden Leistungserbringer. Die durch Verzahnung geschaffene bzw. ermöglichte Konkurrenz betrifft sowohl die Frage, wer als Leistungserbringer am System der gesetzlichen Krankenversicherung teilnehmen darf (Zugangskonkurrenz) als auch die Frage, wer als zugelassener Leistungserbringer mit welchen Mitteln seine Marktposition zu Lasten der Konkurrenten durchsetzen darf (Teilnahmekonkurrenz).

Teilnahmekonkurrenz braucht Regeln zur Gewährleistung eines fairen Wettbewerbs. Diese finden sich vor-

1 Rechtsanwalt Dr. Bernhard Debong, Fachanwalt für Medizinrecht und Fachanwalt für Arbeitsrecht, Kanzlei für ArztRecht, Karlsruhe

nehmlich in Vorschriften außerhalb des SGB V. Zu denken ist hier etwa an die Regelungen des Kartellrechts, die Bestimmungen des UWG, das in § 826 BGB verankerte Verbot vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung usw. Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung enthält insoweit lediglich Sanktionen für den Fall von Pflichtverletzungen wie etwa die Disziplinarbefugnisse der Kassenärztlichen Vereinigungen oder Regelungen über die Zulassungsentziehung im Fall entsprechender Verstöße.

Den sich auf dem weiten Feld der Teilnahmekonkurrenz ergebenden rechtlichen Fragen soll im Nachfolgenden nicht weiter nachgegangen werden.

In jüngerer Zeit ist vor allem aufgrund einschlägiger höchstrichterlicher Urteile die Problematik der Zugangskonkurrenz im System der gesetzlichen Krankenversicherung in den Blickpunkt geraten. Die dabei entscheidende Frage ist, ob und auf welchem Weg sich tatsächliche oder vermeintliche Konkurrenten gegen die von einem Mitbewerber begehrte Rechtsposition mit rechtlichen Mitteln zur Wehr setzen können. Die insoweit in Betracht kommenden Fallkonstellationen sind vielfältig. Sie reichen von den klassischen Situationen der im Nachbesetzungsverfahren gemäß § 103 Abs. 4 SGB V um einen im gesperrten Planungsbereich nachzubesetzenden Vertragsarztsitz konkurrierenden Bewerber über die Konkurrentenabwehrklage von Krankenhäusern beim Streit um die Aufnahme in den Krankenhausplan eines Bundeslandes bis hin zu Rechtsbehelfen gegen Zulassungen und/oder Ermächtigungen unterschiedlicher Leistungserbringer.

4. (Zugangs-) Konkurrentenschutz bei der Verzahnung

Rechtlicher Anknüpfungspunkt für den hier in Rede stehenden Konkurrentenschutz ist die Frage, ob dem Konkurrenten ein subjektives Recht eingeräumt ist, dessen Verwirklichung es gebietet, ihm Rechtsschutzmöglichkeiten im Konkurrenzkampf zu eröffnen. Es geht also mit anderen Worten um die Frage, ob und inwieweit Konkurrenten im Rahmen der Entscheidung über Rechtspositionen oder Ansprüche Dritter der Zugang zu den staatlichen Gerichten eröffnet ist. Der Konkurrentenschutz verwirklicht sich insoweit über die vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeiten.

In diesem Zusammenhang sind zwei unterschiedliche Ausgangssituationen zu unterscheiden:

a) Wenn sich jemand dagegen wendet, dass nicht er, sondern der Konkurrent eine nur einmal zu vergebende Rechtsposition erhalten hat, liegt der Fall der sog. **offensiven Konkurrentenklage** vor.

Typische Fallkonstellationen einer sog. offensiven Konkurrentenklage sind

- der Streit von Mitbewerbern im Nachbesetzungsverfahren gemäß § 103 Abs. 4 SGB V um die Nachfolge auf einen frei werdenden Vertragsarztsitz,
- der Streit von Mitbewerbern um den einzig wieder zu besetzenden Vertragsarztsitz im wieder eröffneten Planungsbereich,
- der Streit konkurrierender Ärzte um eine Belegarztzulassung gem. § 103 Abs. 7 SGB V,
- der Streit konkurrierender Krankenhäuser um die Bestimmung für eine Zulassung nach § 116 b SGB V usw.

Eine offensive Konkurrentenklage wird grundsätzlich als zulässig erachtet. Der übergangene Bewerber muss lediglich plausibel machen, dass die Auswahlentscheidung zu seinen Lasten fehlerhaft sei (so Bundessozialgericht, Urteil vom 5.11.2003 - B 6 KA 11/03 R - ArztR 2004, 428 ff., 429). Erweist sich in einem solchen Rechtsstreit die Auswahlentscheidung in der Sache als fehlerhaft, ist die offensive Konkurrentenklage auch begründet.

b) Eine andere Ausgangssituation ist im Falle der sog. **defensiven Konkurrentenklage** oder auch Konkurrentenabwehrklage gegeben.

In diesen Fällen strebt ein Dritter nicht selbst die von einem anderen geltend gemachte bzw. diesem zuerkannte Rechtsposition an. Vielmehr geht es darum, einen (zusätzlichen) Konkurrenten abzuwehren, sich also gegen neue Konkurrenz zu schützen.

Ein allgemeines Recht, sich gegen rechtswidrige Begünstigungen Dritter zur Wehr zu setzen, gibt es nicht. Ein solches Recht zu bejahen hieße, uneingeschränkt Popularklagen zuzulassen, was praktisch das Ende einer funktionierenden Rechtspflege bedeutete.

Die Berechtigung einer defensiven also verdrängenden Konkurrentenklage setzt daher voraus, dass der Norm, auf die die Begünstigung des Konkurrenten gestützt wird, eine drittschützende Wirkung zukommt. Auf der Grundlage der herrschenden Schutznormtheorie vermitteln Drittschutz nur solche Vorschriften, die nach dem in ihnen enthaltenen, durch Auslegung zu ermittelnden Entscheidungsprogramm auch der Rücksichtnahme auf die Interessen des betreffenden Dritten dienen (so zutreffend Stollmann, Zur Umsetzung des § 116 b Abs. 2 SGB V nach Inkrafttreten des GKV-WSG, ZMGR 2007, 134ff., 138 mit Nachweisen zur Rechtsprechung). Dabei ergibt sich die drittschützende Wirkung häufig nicht unmittelbar aus der Norm selbst, also beispielsweise aus den einschlägigen Regelungen des SGB V über die Erteilung einer Zulassung oder einer Ermächtigung, sondern erst aus einer norminternen oder normexternen Wirkung von Grundrechten (vgl. dazu näher Kopp/Schenke, VwGO, 15. Auflage 2007, § 42 Rdnr. 142). In dem berühmten Beschluss des Bundesverfassungsge-

richts vom 17.8.2004 (1 BvR 378/00 - ArztR 2005, 155 ff., 157) über die Widerspruchs- und Klagebefugnis niedergelassener Vertragsärzte gegen die Ermächtigung von Krankenhausärzten liest sich dies wörtlich so:

„Es ist nach der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung auch geklärt, dass die Verwirklichung der Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung fordert. ... Dazu gehört, dass der Zugang zu den staatlichen Gerichten nicht in unzumutbarer Weise erschwert wird. ... Das angegriffene Urteil ist mit dem Grundrecht des Beschwerdeführers aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar. Eine defensive Konkurrentenklage ausschließlich bei besonders schweren materiellen Mängeln der Begründetheit einer angefochtenen Ermächtigungsentscheidung zuzulassen, wird Bedeutung und Tragweite der Berufsfreiheit nicht gerecht. Dem in § 116 Satz 2 SGB V und § 31 a Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV gesetzlich angeordneten Vorrang der niedergelassenen Vertragsärzte kommt im Lichte dieses Grundrechts vor dem Hintergrund restriktiver Bedarfsplanung und limitierter Gesamtvergütungen auch drittschützende Wirkung in dem Sinne zu, dass diese Ärzte befugt sind, Krankenhausärzte begünstigende Ermächtigungsentscheidungen gerichtlich anzufechten.“

5. Faktische Bedeutung der defensiven Konkurrentenklage bei zunehmender Verzahnung[2]

Die fortschreitende Verzahnung der traditionellen Leistungssektoren in der gesetzlichen Krankenversicherung zieht nahezu zwangsläufig zunehmende Konkurrenzsituationen nach sich. Fragen des defensiven Konkurrentenschutzes gewinnen damit an Bedeutung.

Die praktischen Auswirkungen einer defensiven Konkurrentenklage können erheblich sein. Widerspruch und Klage haben gemäß § 86 a SGG aufschiebende Wirkung. Für den (zunächst) begünstigten Konkurrenten bedeutet dies einen unter Umständen langwierigen Blockadeeffekt mit evtl. erheblichen wirtschaftlichen Folgen. Sozusagen spiegelbildlich steigt damit auf der Seite der sich gegen die Konkurrentenklage zur Wehr setzenden Begünstigten das Bedürfnis nach Maßnahmen einstweiligen Rechtsschutzes, sei es in Gestalt der Anordnung der sofortigen Vollziehung angefochtener Bescheide gemäß §§ 97 Abs. 4 SGB V, 86 b SGG, sei es in Gestalt des Erlasses einstweiliger Anordnungen gemäß § 86 b SGG. Dies gilt umso mehr, als Schadensersatzansprüche gegen erfolglos gebliebene defensive Konkurrentenklagen praktisch ausgeschlossen sind. Zur erfolgreichen Durchsetzung von Schadensersatzansprüchen müsste dem Konkurrenten nachgewiesen werden, eine von vornherein offensichtlich erfolglose Konkurrentenklage mutwillig oder gar in Benachteiligungsabsicht (§ 826 BGB) erhoben zu haben. Dieser Nachweis wird in aller Regel nicht gelingen. Zwar muss der unterlegene Kläger die durch seine erfolglose Klage verursachten Gerichts- und Anwaltskosten tragen bzw. dem obsiegenden Gegner erstatten. Diese Kostenfolge ist jedoch in der Regel weder ein effektiver Schutz gegen unberechtigte defensive Konkurrentenklagen, noch kann damit gar der mit einer aufschiebenden Wirkung des Rechtsbehelfs verbundene wirtschaftliche Schaden kompensiert werden.

6. Die Gerichte haben bisher folgende Fallkonstellationen entschieden:

a) Widerspruch und Klage des niedergelassenen Vertragsarztes gegen die Ermächtigung des Krankenhausarztes

Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17.8.2004 - 1 BvR 378/00 - ArztR 2005, 155 ff.

Das Bundesverfassungsgericht hat in diesem Beschluss die bis dahin geltende restriktive Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Urteil vom 29.9.1999 - B 6 KA 30/98 R - ArztR 2003, 306), wonach ein solcher Rechtsbehelf nur zulässig war, wenn die Entscheidung der Zulassungsgremien willkürlich erfolgte, als verfassungswidrig aufgehoben. Seit dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass niedergelassene Vertragsärzte gegen Ermächtigungen konkurrierender Krankenhausärzte Widerspruch einlegen und Klage erheben können.

Zur Begründung verweist das Bundesverfassungsgericht darauf, dass dem gesetzlich angeordneten Vorrang der niedergelassenen Vertragsärzte im Lichte des Grundrechts des Artikels 12 Abs. 1 GG vor dem Hintergrund restriktiver Bedarfsplanung und limitierter Gesamtvergütung auch drittschützende Wirkung in dem Sinne zukomme, dass diese Ärzte befugt seien, Krankenhausärzte begünstigende Ermächtigungsentscheidungen gerichtlich anzufechten (vgl. dazu auch das Zitat oben unter 4. am Ende).

Dies bedeutet, dass das Bundesverfassungsgericht im Grundsatz davon ausgeht, dass Art. 12 Abs. 1 GG keinen Schutz vor Konkurrenz gewährt. Ausnahmsweise kann aber eine Wettbewerbsveränderung durch staatlichen Einzelakt, die erhebliche Konkurrenznachteile zur Folge hat, das Grundrecht der Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) beeinträchtigen, wenn sie im Zusammenhang mit staatlicher Planung unter Verteilung staatlicher Mittel steht.

Mit anderen Worten: Beim Zugang zur ambulanten Versorgung der gesetzlich versicherten Patien-

2 Einen anschaulichen Überblick über die in Betracht kommenden Fallkonstellationen und ihre rechtliche Behandlung gibt auch Steinhilper, Konkurrenzschutz im Vertragsarztrecht, MedR 2008, 498

ten herrscht kein freier Markt. Es gibt keinen freien Wettbewerb. Vielmehr wird der Zustrom der Leistungserbringer durch Mechanismen der Bedarfsplanung gelenkt. Dieser Aspekt einer „quantitativ begrenzten Konkurrenz“ ist für die Berufsausübung des einzelnen Vertragsarztes wegen der budgetierten Gesamtvergütung von zunehmender Bedeutung. Je mehr Ärzte Leistungen erbringen und abrechnen, desto geringer ist potenziell der Wert der einzelnen ärztlichen Leistung; die Punktwerte sinken ab. In einem solchen System „gesetzlich durchstrukturierter Marktbedingungen“ kann es durch hoheitliche Maßnahmen, wie z.B. die Entscheidungen der Zulassungsausschüsse, zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse kommen, sodass die im System eingebundenen Leistungserbringer in ihrem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG verletzt sein können. Dies führt das Bundesverfassungsgericht letztlich zu dem Ergebnis:

„Die Einbindung der Vertragsärzte in das System der gesetzlichen Krankenversicherung, das ihnen einen Vorrang gegenüber anderen Ärzten garantiert, korreliert mit dem Anspruch auf Rechtsschutz bei Vernachlässigung der gesetzgeberischen Entscheidung durch die Zulassungsgremien“.

b) Klage gegen Abrechnungsgenehmigungen für Konkurrenten

Bundessozialgericht, Urteil vom 7.2.2007 - B 6 KA 8/06 R - ArztR 2008,126 ff.

In diesem Fall hatte sich ein niedergelassener und zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassener Nephrologe gegen die einem Konkurrenten erteilte Dialysegenehmigung gewandt.

Nach dem Urteil des Bundessozialgerichts vom 7.2.2007 sind Widerspruch und Klage unbegründet[3], weil die einschlägigen Vorschriften der Qualitätssicherung keinen Drittschutz bewirken. Insbesondere bestehe in diesen Fällen kein Vorrang-Nachrang-Verhältnis.

Die Entscheidung ist übertragbar auf andere Abrechnungsgenehmigungen z.B. für Sonographien, Arthroskopien, ambulantes Operieren oder Röntgen.

c) Klage eines niedergelassenen Vertragsarztes gegen die Ermächtigung eines Krankenhausarztes in einem anderen Planungsbereich

Bundessozialgericht, Urteil vom 17.10.2007 - B 6 KA 42/06 R -

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in dem grundlegenden Beschluss vom 17.8.2004 (a.a.O. oben unter a)) betont hatte, der von ihm eröffnete Drittschutz könne nicht grenzenlos, sondern nur „in demselben räumlichen Bereich“ bestehen, hat das Bundessozialgericht mit Urteil vom 17.10.2007 entschieden, dass dieser räumliche Bereich **nicht** mit den jeweiligen Planungsbereichen im Sinne des Bedarfsplanungsrechts übereinstimmen müsse. Vielmehr ist die Anfechtungsbefugnis des niedergelassenen Arztes gegen die Ermächtigung des Krankenhausarztes anzunehmen, „wenn nach dessen hinreichend substantiiertem Vortrag die Möglichkeit nicht ausgeschlossen erscheint, dass von dem ermächtigten Krankenhausarzt in einem für den Wettbewerb bedeutsamen Umfang auch Patienten aus dem Einzugsgebiet seiner Praxis behandelt werden und deshalb für den niedergelassenen Arzt wesentliche Einkommenseinbußen entstehen.“

Den „für den Wettbewerb bedeutsamen Umfang“ nimmt das Bundessozialgericht an, wenn „die durchschnittliche Zahl der vom ermächtigten Krankenhausarzt (mutmaßlich) mit den gleichen Leistungen behandelten Patienten aus dem Einzugsbereich der Vertragsarztpraxis 5% der durchschnittlichen Gesamtfallzahl dieser Praxis überschreitet“, wobei Behandlungsfälle, in denen der Ermächtigte Leistungen erbringt, die der niedergelassene Vertragsarzt nicht anbietet oder – etwa wegen unzureichender Geräteausstattung oder Qualifikation – nicht erbringen darf, außer Betracht zu bleiben haben.

d) Rechtsmittel gegen Hochschulambulanzermächtigung

Landessozialgericht Baden-Württemberg, Beschluss vom 20.11.2007 - L 5 KA 3892/07 ER - (GesR 2008, 26 ff.)

Nach Auffassung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg kommt auch der Vorschrift des § 117 SGB V, insbesondere des § 117 Abs. 1 Satz 2 SGB V über die Erteilung von Ermächtigungen für Hochschulambulanzen drittschützende Wirkung zu. Nach § 117 Abs. 1 Satz 2 SGB V ist die Hochschulambulanzermächtigung, die wegen ihrer funktional auf Forschung und Lehre ausgerichteten Zielsetzung nicht von einem Versorgungsbedarf abhängt, so zu gestalten, dass die Hochschulambulanzen die Untersuchung und Behandlung der Versicherten in dem für Forschung und Lehre erforderlichen Umfang durchführen können. Das Gesetz legt damit nach Auffassung des LSG Baden-Württemberg nicht nur – im Interesse der ermächtigten Hochschulambulanz – einen Mindestumfang der Ermächtigung fest, sondern – im Interesse der Vertragsärzte – auch deren Höchstumfang („für Forschung und Lehre erforderlichen Umfangs“). Hieraus leitet das Landessozialgericht Baden-Württemberg die drittschützende Wirkung des § 117 Abs. 1 Satz 2 SGB V zugunsten der niedergelassenen Vertragsärzte ab, weshalb

3 Die Auslegungsfrage, ob der einschlägigen Regelung drittschützende Wirkung entnommen werden kann, ist nach Auffassung des Bundessozialgerichts nicht der Zulässigkeit des Rechtsbehelfs (des Widerspruchs bzw. der Klage) zuzuordnen, sondern erst im Rahmen der Begründetheit von Widerspruch und Klage zu überprüfen (so ausdrücklich Bundessozialgericht, Urteil vom 7.2.2007, ArztR 2008, 126 ff., 128)

auch in diesen Fällen die defensive Konkurrentenklage möglich ist.

e) Anstellungsgenehmigung nach § 103 Abs. 4 b SGB V

Beschluss des Sozialgerichts Gotha vom 22.8.2007 - S 7 KA 2622/07 ER - ArztR 2008, 164

Da dem Zulassungsausschuss bei einer Anstellungsgenehmigung nach § 103 Abs. 4 b SGB V – anders als im Nachbesetzungsverfahren gemäß § 103 Abs. 4 V – kein Auswahlermessen unter mehreren Bewerbern zustehe, handelt es sich nach Auffassung des Sozialgerichts Gotha um eine gebundene Entscheidung ausschließlich in dem Kreis des anstellenden Arztes und des auf die Zulassung verzichtenden Arztes. Dritte würden weder als Konkurrenz noch in sonstiger Weise an diesem Verfahren beteiligt, woraus nach Auffassung des Sozialgerichts Gotha folgt, dass sie durch eine Entscheidung des Zulassungsausschusses nicht in eigenen Rechten verletzt sein können. Damit könne ihnen unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt eine Rechtsmittelbefugnis im Hinblick auf diese Entscheidung zugebilligt werden. Ein Drittwiderspruch gegen die Genehmigung einer Anstellung nach § 103 Abs. 4 b SGB V sei infolge fehlender Widerspruchsbefugnis offensichtlich unzulässig und entfalte daher auch keine aufschiebende Wirkung.

f) Sonstige praxisrelevante, zum Teil noch nicht gerichtlich entschiedene Fallkonstellationen

aa) Zweigpraxisgenehmigung/Nebenbetriebsstätte

Noch zu der bis 31.12.2006 geltenden Rechtslage hat das Sozialgericht München mit Urteil vom 12.12.2006 - S 43 KA 847/06 - (GesR 2007, 465) entschieden, dass gegen die Genehmigung einer Zweigpraxis eines niedergelassenen Vertragsarztes keine defensive Konkurrentenklage in Betracht kommt.

bb) Sonderbedarfszulassung

Nach § 101 Abs. 1 Satz 2 SGB V i.V.m. § 19 Abs. 1 Satz 2 Ärzte-ZV ist in einem wegen Überversorgung gesperrten Planungsbereich die (weitere) Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung grundsätzlich ausgeschlossen. Die Zulassungsgremien können ausnahmsweise auch in überversorgten Planungsbereichen sog. Sonderbedarfszulassungen erteilen, wenn ein diese Sonderbedarfszulassung rechtfertigender Ausnahmetatbestand nach § 24 a) bis e) Nr. 1 der Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Bedarfsplanung sowie die Maßstäbe zur Feststellung von Überversorgung und Unterversorgung in der vertragsärztlichen Versorgung (Bedarfsplanungs-Richtlinie) vorliegt.

Haben die Bestimmungen über die nur ausnahmsweise Zulässigkeit von Sonderbedarfszulassungen in gesperrten Planungsbereichen drittschützende Wirkung für die dort bereits zugelassenen Vertragsärzte, so dass diese sich gegen Sonderbedarfszulassungen etwaiger Konkurrenten zur Wehr setzen können?

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat diese Frage in einem Urteil vom 4.6.2008 - L 5 KA 4514/07 - verneint. Dort war die Befugnis eines im Schwerpunkt „Hämatologie und internistische Onkologie“ zugelassenen Vertragsarztes im Streit, gegen die Sonderbedarfszulassung eines weiteren Internisten mit der Schwerpunktbezeichnung „Hämatologie und internistische Onkologie Widerspruch einzulegen. Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat – im Gegensatz zur Vorinstanz – den Vorschriften über die Zulassungsbeschränkungen im Falle von Überversorgung sowie den Vorschriften über die Sonderbedarfszulassung keine drittschützende Wirkung zugunsten der bereits zugelassenen Vertragsärzte beigemessen. Die Belange der niedergelassenen Ärzte hätten für den Gesetzgeber der einschlägigen Regelungen keine Rolle gespielt. Wenn die niedergelassenen Ärzte gleichwohl durch die Zulassungsbeschränkungen vor Konkurrenz geschützt würden, so handele es sich dabei um einen Rechtsreflex, dem keine drittschützende Wirkung zukomme. Ein Vorrang-Nachrang-Verhältnis wie im Falle der Ermächtigung bestünde zwischen niedergelassenen Ärzten grundsätzlich nicht. Die Bedarfsprüfung bei der Sonderbedarfszulassung diene alleine dem Zweck, Härten und Verwerfungen, die mit der Zulassungssperre verbunden sind, im konkreten Einzelfall abzumildern, um eine optimale Versorgung der Versicherten gewährleisten zu können. Die Bedarfsprüfung bei der Ermächtigung finde in einem anderen rechtlichen Umfeld statt als die Bedarfsprüfung bei der Sonderbedarfszulassung. Allein aus dem Umstand, dass in beiden Fällen eine Bedarfsprüfung stattfinde, könne noch kein Schluss auf eine rechtliche Betroffenheit des bereits niedergelassenen Arztes gezogen werden. Auch die Bedarfsprüfung begründe daher keine Befugnis zur Erhebung einer defensiven Konkurrentenklage.

Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache die Revision zum Bundessozialgericht zugelassen.

Aus der Sicht des Verfassers ist die Sonderbedarfszulassung im gesperrten Planungsbereich eine hoheitliche Maßnahme der Zulassungsgremien, die im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu einer Verwerfung der Konkurrenzverhältnisse führen kann. Soweit also auch die Ausnahmetatbestände des § 24 Bedarfsplanungs-Richtlinie eine Bedarfsprüfung erfordern (was bei der Sonderregelung nach § 24 e) Nr. 2 nicht der Fall ist), ist auch hier – vergleichbar mit der Ermächtigung von Krankenhausärzten gemäß § 116

SGB V – von einer Vorrangstellung der im Planungsbereich bereits zugelassenen Vertragsärzte, die fachlich mit dem den Sonderbedarf geltend machenden Arzt konkurrieren, auszugehen (zur Bedarfsprüfung als Indiz für die Befugnis zur Erhebung einer defensiven Konkurrentenklage vgl. auch Wenner, Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, München 2008, § 18 Rdnr. 36).

cc) Belegarztzulassung gemäß § 103 Abs. 7 SGB V

Für diese Fallkonstellation[4] hat das Sozialgericht Marburg mit Beschluss vom 22.3.2007 - S 12 KA 80/07 ER - zu Recht die „Zulässigkeit" einer defensiven Konkurrentenklage der bereits im Planungsbereich zugelassenen Vertragsärzte verneint. § 103 Abs. 7 SGB V verwirklicht die Rücksichtnahme auf die Interessen der bereits im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte durch das Gebot der Ausschreibung des Angebots zum Abschluss eines Belegarztvertrages und die weitere Voraussetzung, dass der externe Bewerber nur zum Zuge kommen kann, wenn mit keinem der im Planungsbereich niedergelassenen Vertragsärzte ein Belegarztvertrag zustande kommt. Unter diesen Voraussetzungen hat die Zulassung des externen Belegarztes im Interesse des Erhalts der Belegabteilung des Krankenhauses sogar Vorrang vor den bereits zugelassenen Vertragsärzten.

dd) Zulassung von Krankenhäusern gemäß § 116 b SGB V

In dieser Fallkonstellation ist die Konkurrentenabwehrklage sowohl benachbarter Krankenhäuser als auch niedergelassener Vertragsärzte denkbar. Die defensive Konkurrentenklage konkurrierender – bereits bestimmter – Krankenhäuser ist unbegründet. § 116 b SGB V soll unter keinem denkbaren Gesichtspunkt dem Schutz der bereits nach dieser Vorschrift bestimmten und damit zugelassenen Krankenhäuser dienen. Es liegt insoweit insbesondere auch kein Vorrang-Nachrang-Verhältnis vor.

Schwieriger ist die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit der Berechtigung der defensiven Konkurrentenklage im Hinblick auf die im Einzugsbereich des nach § 116 b SGB V zuzulassenden Krankenhauses niedergelassenen Vertragsärzte. Nach § 116b Abs. 2 SGB V hat die Bestimmung der Krankenhäuser als Erbringer der nach dieser Vorschrift zugelassenen ambulanten Leistungen „unter Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation" zu erfolgen. Kann also ein im Einzugsbereich des Krankenhauses niedergelassener Vertragsarzt im Einzelfall die fehlende Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation geltend machen und sich auf diese Weise mit Widerspruch und Klage gegen die Zulassung eines Krankenhauses nach § 116 b SGB V zur Wehr setzen? Auch wenn man mit der wohl h.M. davon ausgeht, dass die Berücksichtigung im Sinne des § 116 b Abs. 2 SGB V keine Bedarfsprüfung (wie bei der Ermächtigung nach § 116 SGB V) bedeutet, kann nicht bestritten werden, dass die Zulassung von Krankenhäusern nach § 116 b SGB V – anders als die Zulassung von Ärzten in nicht gesperrten Planungsbereichen – nicht völlig frei und unabhängig von der vertragsärztlichen Versorgungssituation erfolgen darf. Zu kurz greift daher die Argumentation der Deutschen Krankenhausgesellschaft (das Krankenhaus 2007, 411 ff.), die Zulassung von Krankenhäusern erfolge außerhalb der vertragsärztlichen Zulassungs- und Vergütungssystematik und bilde daher gleichsam einen eigenen Rechtskreis. Andererseits hat der Gesetzgeber sich im Rahmen des § 116 b SGB V offensichtlich bewusst gegen die gesetzliche Anordnung eines dem § 116 SGB V gleichgewichtigen Vorrangs der im Einzugsbereich eines Krankenhauses zugelassenen Vertragsärzte entschieden. Eine befriedigende Lösung dieser Problematik dürfte daher darin liegen, einen Rechtsbehelf niedergelassener Vertragsärzte gegen die Bestimmung eines Krankenhauses nach § 116 b SGB V (nur) dann als gerechtfertigt zu erachten, wenn die Entscheidung der Krankenhausplanungsbehörde im Hinblick auf die Berücksichtigung der vertragsärztlichen Versorgungssituation willkürlich war. Bereits in der Bestimmung des § 116 b SGB V selbst einen verfassungswidrigen Verstoß gegen die Berufsfreiheit der niedergelassenen Vertragsärzte unter dem Gesichtspunkt des Schutzes vor angeblich „unfairer" Konkurrenz zu sehen – so die vor dem BVerfG anhängige Verfassungsbeschwerde niedergelassener Onkologen und Kinderkardiologen (Ärzte-Zeitung vom 28.4.2008) – erscheint dagegen nicht überzeugend.[5]

7. Zusammenfassung und Ergebnis

a) Die ursprüngliche, äußerst restriktive Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum defensiven Konkurrentenschutz niedergelassener Vertragsärzte gegen Ermächtigungen von Krankenhausärzten entsprach zwar einem Bedürfnis der Praxis, Drittwidersprüche und Konkurrentenklagen möglichst zu begrenzen. Das Bundesverfassungsgericht hat aber die aus Artikel 12 GG abgeleite-

4 Ein anderer Sachverhalt ist gegeben, wenn ein bereits im Planungsbereich zugelassener Vertragsarzt geltend macht, unter Verstoß gegen das in § 103 Abs. 7 SGB V vorgesehene Verfahren übergangen worden zu sein. In diesem Fall liegt die Konstellation der – grundsätzlich zulässigen – offensiven Konkurrentenklage des übergangenen Bewerbers vor (vgl. dazu oben unter 4. a)

5 Inzwischen ist bekannt geworden, dass das BVerfG die Verfassungsbeschwerde nicht angenommen hat (Beschluss vom 31.7.2008).

ten Rechtsschutzbedürfnisse der niedergelassenen Vertragsärzte – im Ergebnis zu Recht – als gewichtiger erachtet. Lediglich bei Rechtsbehelfen niedergelassener Vertragsärzte gegen die Zulassung von Krankenhäusern nach § 116 b SGB V ist im Ergebnis auf die frühere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zum defensiven Konkurrentenschutz zurückzugreifen.

b) Entscheidendes Kriterium für die Berechtigung eines Rechtsbehelfs mit dem Ziel bloß defensiver Konkurrentenabwehr in der GKV ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts der gesetzlich angeordnete Vorrang der Rechtsposition, auf die sich derjenige stützt, der den Konkurrenten abwehren will.

c) Der Rechtsprechung ist im Wesentlichen zuzustimmen. Es ist insbesondere sowohl im Interesse des Wettbewerbs als solchem als auch im Interesse eines praktikablen Verwaltungshandelns gerechtfertigt, nur defensiv ausgerichtete Rechtsschutzmöglichkeiten in Fällen bloßer Gleichrangigkeit der Rechtspositionen der Wettbewerber zu versagen.

d) In den Fällen zulässigen defensiven Konkurrentenschutzes sieht sich die Verwaltungspraxis vor erhebliche Umsetzungsprobleme gestellt. Dies beginnt mit Fristenproblemen bei – zumeist – unterbliebener Zustellung von Bescheiden an die widerspruchsbefugten Wettbewerber, setzt sich fort in Fragen aufschiebender Wirkung und einstweiligen Rechtsschutzes bei erst nach Monaten aber gleichwohl nicht verfristet eingelegten Rechtsbehelfen und geht bis hin zu Fragen etwaiger Schadensersatzansprüche bei unbegründeter Blockade von Wettbewerbern (wohl nur unter den Voraussetzungen des § 826 BGB).

ArztR