

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V: Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch

Unter Einbeziehung von Überlegungen zur Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf weitere sozialrechtliche Schiedspersonen

Laura Eckerth

**Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V:
Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch**

**– Unter Einbeziehung von Überlegungen zur Übertragbarkeit
der Erkenntnisse auf weitere sozialrechtliche Schiedspersonen –**

von

Laura Eckerth, geb. Ewald

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Steinmeyer
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Wittreck
Dekan: Prof. Dr. Oebbecke
Tag der mündlichen Prüfung: 7. November 2017

D 6

Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2017

Laura Eckerth

**Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V:
Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch**



Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

Reihe III

Band 28

Laura Eckerth

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V: Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch

Unter Einbeziehung von Überlegungen zur Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf weitere sozialrechtliche Schiedspersonen

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster

herausgegeben von der Universitäts- und Landesbibliothek Münster

<http://www.ulb.uni-muenster.de>



Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek:

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Dieses Buch steht gleichzeitig in einer elektronischen Version über den Publikations- und Archivierungsserver der WWU Münster zur Verfügung.

<http://www.ulb.uni-muenster.de/wissenschaftliche-schriften>

Laura Eckerth

„Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V: Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch. Unter Einbeziehung von Überlegungen zur Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf weitere sozialrechtliche Schiedspersonen“

Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster, Reihe III, Band 28

D 6 Zugl.: Münster (Westf.), Univ., Diss. der Rechtswissenschaftlichen Fakultät, 2017

Zugl.: Diss. Universität Münster, 2017

© 2018 der vorliegenden Ausgabe:

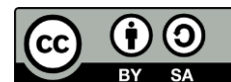
Die Reihe „Wissenschaftliche Schriften der WWU Münster“ erscheint im Imprint „Münsterscher Verlag für Wissenschaft“ der readbox publishing GmbH – readbox unipress, Münster

<http://unipress.readbox.net>

Dieses Werk ist unter der Creative-Commons-Lizenz vom Typ 'CC BY-SA 4.0 International'

lizenziert: <https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/deed.de>

Von dieser Lizenz ausgenommen sind Abbildungen, welche sich nicht im Besitz der Autorin oder der ULB Münster befinden.



ISBN 978-3-8405-0173-9

(Druckausgabe)

URN urn:nbn:de:hbz:6-59189399909

(elektronische Version)

direkt zur Online-Version:

© 2018 Laura Eckerth

Alle Rechte vorbehalten

Satz:

Laura Eckerth

Umschlag:

readbox unipress



Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster als Dissertation angenommen. Literatur und Rechtsprechung wurden bis April 2017 berücksichtigt.

Zunächst danke ich Herrn Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer für die lehrreiche und spannende Zeit am Institut für Arbeits-, Sozial- und Wirtschaftsrecht, Abt. II und für seine Unterstützung bei der Erstellung der Arbeit. Bei Herrn Prof. Dr. Fabian Wittreck bedanke ich mich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Die Unterstützung, die ich während meiner Zeit am Lehrstuhl durch das gesamte Team erfahren habe, hat wesentlich zum Gelingen der Arbeit beigetragen. Besonders bedanken möchte ich mich bei Jan A. Daum, Yannick Eckervogt, André Fischels, Matthias Flesch und Kai Grötschel für die konstruktiven Gespräche und ihre Anmerkungen zu dieser Arbeit.

Zudem danke ich allen Freunden und meiner Familie, die mich auf meinem Weg begleitet haben. Meine Großeltern, Marion und Hans Ewald, unterstützten mich seit Beginn meines Studiums. Meine Mutter, Verena Mennemann, war auf meinem bisherigen Lebensweg immer für mich da. Anna Becker stand mir als gute Freundin immer mit Rat und Tat zur Seite. Unverzichtbar war auch die Hilfe von Claudia Schüller, die die Durchsicht des Manuskripts übernahm.

Von ganzem Herzen danke ich meinem Mann Moritz Eckerth für seine uneingeschränkte Unterstützung und Ermutigung. Sein Rückhalt und sein Glaube an die Fertigstellung meiner Dissertation haben dies letztlich maßgeblich ermöglicht.

Leverkusen, im Januar 2018

Laura Eckerth

Inhalt

<i>Einleitung</i>	1
<i>Abschnitt 1: Sozialrechtliche Schiedspersonen im Überblick</i>	5
A. Einführung von Schiedspersonen im Sozialrecht	6
B. Die Schiedspersonen im Überblick.....	10
I. Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V	10
II. Weitere Schiedspersonen nach dem SGB V	12
1. § 132a Abs. 2 S. 6-8 SGB V	12
2. § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V	13
3. § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V	14
4. § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V	14
5. § 125 Abs. 1 S. 5-7, Abs. 2 S. 4-6 SGB V	15
6. § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V	16
7. § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V	18
8. § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V	18
9. § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V	18
10. § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V	19
11. § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V.....	19
III. Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI.....	20
<i>Abschnitt 2: Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V</i>	21
A. Anwendungsbereich von § 73b Abs. 4 S. 1, 2, Abs. 4a SGB V	22
I. Anwendbarkeit nach dem 30. Juni 2009.....	22
II. Vorrangiger Vertragsschluss mit den Gemeinschaften	25
B. Einsetzung der Schiedsperson.....	27
I. Beteiligte Parteien	27
1. Gemeinschaft	27
a) Einbezogene Leistungserbringer	27
aa) Allgemeinärzte.....	28
bb) Sonstige Hausärzte	29
(1) Voraussetzungen der Analogie	29

(2) Analoge Anwendung auf Hausärzte.....	30
b) Verfassungsmäßigkeit der Privilegierung	31
aa) Ungleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG	31
bb) Verstoß gegen sonstige Grundrechte.....	37
cc) Verstoß gegen EU-Recht.....	39
c) Organisationsform.....	41
d) Vertretung	43
e) Erfüllung der Pflicht aus § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V durch Altverträge.....	51
2. Gesetzliche Krankenkassen.....	52
II. Antrag	52
1. Allgemeines.....	52
2. Antragsberechtigung	53
a) Gemeinschaften.....	53
b) Gesetzliche Krankenkassen.....	53
aa) Grundsatz: keine Antragsberechtigung	53
bb) Ausnahme: Vertragsdurchsetzung durch die gesetzlichen Krankenkassen.....	54
(1) Betroffene Personengruppen.....	55
(a) Gemeinschaften.....	56
(b) Versicherte.....	56
(c) Nachrangige Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V	57
(2) Lösungsmöglichkeiten	58
(a) Analoge Anwendung von § 73 Abs. 4 S. 4 SGB V in Bezug auf die fehlende Antragsstellung von Gemeinschaften	58
(b) Analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Bezug auf ein Antragsrecht der Krankenkassen	60
(c) Analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Bezug auf eine Verpflichtung der Gemeinschaften zur Antragsstellung	60
(d) Gerichtliche Durchsetzung des Vertragsschlusses durch Krankenkassen.....	60

(e) Festsetzung des Vertragsinhaltes durch Verwaltungsakt und Durchsetzung mit Verwaltungszwang.....	61
(3) Kritische Würdigung	61
(4) Folgefrage: Sekundäransprüche der nachrangigen Leistungserbringer	62
3. Rechtsnatur des Antrags.....	63
a) Verwaltungsakt.....	63
b) Willenserklärung.....	64
4. Rechtsbehelfe gegen den Antrag	65
a) Der Grundsatz von Treu und Glauben im Sozialrecht.....	66
b) Zulässigkeit der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den Antrag.....	67
III. Anforderungen an die Nichteinigung auf einen Vertrag.....	68
IV. Einigung auf eine Schiedsperson	71
1. Allgemeines	71
2. Rechtsnatur der Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien	72
V. Nichteinigung: Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde.....	73
1. Allgemeines	73
2. Zuständige Aufsichtsbehörde.....	73
3. Anforderungen an die Nichteinigung auf eine Schiedsperson ...	75
4. Rechtsnatur der Bestimmung der Schiedsperson	75
5. Bündelung von Verfahren	77
6. Rechtsbehelfe gegen die Bestimmung der Schiedsperson	80
a) Allgemeines	80
b) Statthafte Klageart	80
c) Widerspruchsverfahren.....	81
d) Zuständiges Gericht	82
C. Verfahren	83
I. Zulässigkeit der Anrufung der Schiedsperson	84
1. Nachweis des Vorliegens einer Gemeinschaft.....	84
a) Zeitpunkt des Vorliegens der Gemeinschaft.....	84

b)	Berücksichtigung nachträglicher Änderungen.....	86
2.	Ausschreibungspflicht.....	88
a)	Nach nationalem Recht	89
aa)	Aus dem SGB V	89
bb)	Aus dem GWB	90
(1)	Verweis in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V	91
(2)	Verweis in § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V	92
(a)	Öffentliche Auftraggebereigenschaft.....	93
(b)	Öffentlicher Auftrag.....	100
b)	Nach EU-Recht	107
aa)	Europäisches Vergaberecht	107
bb)	Europäisches Kartellrecht	108
c)	Zwischenergebnis: keine Ausschreibungspflicht	109
II.	Arbeit der Schiedsperson.....	109
1.	Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften.....	109
a)	Vorhandene Vorgaben für das Verfahren.....	110
aa)	Einfachgesetzliche Vorgabe: Unabhängigkeit.....	110
(1)	Begriffsbestimmung	110
(2)	Verfahrensanforderungen	113
(3)	Rechtsfolgen.....	114
bb)	Verfahrensvorgaben durch die Parteien	116
cc)	Rückgriff auf die Schiedsklausel in den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung	117
b)	Bedürfnis nach (genaueren) Verfahrensvorschriften.....	118
c)	Rückgriff auf andere Regelungen	118
aa)	Allgemeines zu den möglichen anwendbaren Regelungen.....	119
(1)	Anwendung der Regelungen zu den weiteren Schiedspersonen.....	119
(2)	Anwendung der Regelungen zu den Schiedsämtern und -stellen sowie den jeweils ergangenen Rechtsverordnungen.....	119
(3)	Anwendung der Regelungen des VwVfG.....	125

(4) Anwendung der Regelungen des SGB X	125
(5) Anwendung prozessrechtlicher Regelungen: SGG, VwGO.....	126
(6) Anwendung privatrechtlicher Regelungen, §§ 317 ff. BGB, §§ 1025 ff. ZPO u.a.	127
(a) Schiedsperson als Mediator.....	128
(b) Schiedsperson als Dritter im Sinne von §§ 317 ff. BGB	129
(c) Die Leistungsbestimmung nach den §§ 317 ff. BGB im Überblick.....	129
(d) Schiedsgerichtsverfahren, §§ 1025 ff. ZPO	131
(7) Zwischenergebnis: Mögliche anwendbare Regelungen	133
bb) Grundfrage: Schiedsperson als Behörde i.S.v. § 1 Abs. 2 SGB X	133
(1) Behördenbegriff.....	133
(a) Der organisationsrechtliche Behördenbegriff ..	135
(b) Der prozessuale Behördenbegriff.....	136
(c) Der funktionale Behördenbegriff	138
(2) Auswertung der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung	143
(3) Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. März 2015 – B 6 KA 9/14 R.....	146
(4) Einordnung der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V	147
(a) Anwendung der Behördenbegriffe	147
(b) Historische Betrachtung	153
(c) Teleologische Betrachtung	156
(d) Systematische Betrachtung.....	156
(aa) Die Schiedsperson nach § 132a SGB V... 157	
(aaa) Allgemeine Grundlagen	157
(bbb) Rechtsnatur der Schiedsperson und des Schiedsspruchs.....	160
(bb) Die weiteren Schiedspersonen	166

(cc) Das Schiedsamt nach § 89 SGB V sowie die Schiedsstellen.....	166
(dd) Näheverhältnis	170
(5) Sonderfall: Beleihung	172
(a) Grundsätze der Beleihung.....	172
(b) Beleihung im Sozialrecht.....	176
(c) Beleihung der Schiedsperson durch Gesetz.....	177
(d) Beleihung durch die Parteien aufgrund eines Gesetzes	177
(aa) Fähigkeit zur Verleihung hoheitlicher Befugnisse der Krankenkassen	179
(bb) Fähigkeit zur Verleihung hoheitlicher Befugnisse durch die Gemeinschaften	179
(aaa) Unterbeleihung	179
(bbb) Gemeinschaften als Beliehene.....	184
(cc) Beleihungsbefugnis gegenüber der Schiedsperson	188
(e) Beleihung durch Aufsichtsbehörde aufgrund von Gesetz.....	189
(f) Schiedsperson als Beliehene	189
(aa) Erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung zur Schiedsperson nach § 73b SGB V	190
(bb) Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 132a SGB V	190
(cc) Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 73b SGB V	190
(dd) Weitere Auslegung der Norm	191
(ee) Kritische Würdigung.....	192
(aaa) Regelung von Art und Umfang der Befugnisse.....	192
(bbb) Regelung einer Aufsicht	193
(ccc) Die Regelung zum Klagegegner, § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V	196

(ddd) Ausreichende Legitimation für Unterbeleihung	199
(eee) Übertragung hoheitlicher Befugnisse	200
(g) Zwischenergebnis: Beleihung	202
(6) Zwischenergebnis: Schiedsperson als Behörde.....	202
cc) Folgen für das Schiedsverfahren: Anwendbare Regelungen	203
(1) Weitere Konstruktionsmöglichkeiten	203
(a) Öffentlich-rechtliche Rechtsfiguren	203
(b) Zivilrechtliche Rechtsfiguren	204
(2) Analogie zu den Vorschriften des SGB X	206
(3) Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertragshelfer.....	207
(a) Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB	208
(aa) Anwendung der zivilrechtlichen Regelungen in §§ 317 ff. BGB im Sozialrecht.....	208
(aaa) § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V	208
(bbb) § 61 S. 2 SGB X.....	209
(ccc) Die Einordnung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung als öffentlich-rechtliche Verträge.....	210
(ddd) Anzuwendende Verweisnorm	212
(bb) Vertragshelfereigenschaft	216
(aaa) Vertragshelfer in der öffentlichen Verwaltung	216
(bbb) Vertragshelfer bei der Erfüllung autonomer Funktionen	217
(ccc) Vertragshelfer im engeren oder weiteren Sinne	220
(b) Vorgaben für das Verfahren	221
(aa) Billiges Ermessen oder freies Belieben ...	222
(bb) Der Inhalt des billigen Ermessens.....	224
(cc) Die Person des Dritten.....	228

(c) Zwischenergebnis: Vertragshelfer.....	229
(4) Ergebnis: Anzuwendende Verfahrensregelungen ...	229
dd) Allgemein anzuwendende Grundsätze aus dem Grundgesetz.....	230
(1) Herleitung und Anwendbarkeit allgemeiner Verfahrensgrundsätze	230
(a) In Betracht kommende Grundrechte.....	230
(b) Mittelbare Wirkung von Grundrechten.....	231
(c) Persönlicher Anwendungsbereich der Grundrechte.....	231
(2) Anwendbarkeit einzelner Verfahrensgrundsätze....	233
(a) Recht auf Akteneinsicht	233
(b) Bekanntgabe und Begründung von Entscheidungen	234
(c) Beschleunigungsgrundsatz.....	235
(d) Dispositionsgrundsatz vs. Amtsermittlungsgrundsatz	236
(e) Mündlichkeitsgrundsatz	237
(f) Öffentlichkeitsgrundsatz	237
(g) Anspruch auf rechtliches Gehör	238
ee) Ergebnis: Allgemeine Verfahrensgrundsätze	238
2. Nachträgliche Beendigung des Verfahrens durch die Parteien...	239
a) Einvernehmliche beiderseitige Beendigung.....	239
b) Einseitige Beendigung durch die Gemeinschaft	241
3. Einseitige Beendigung des Verfahrens durch die Schiedsperson	242
a) Rechtsnatur der Rechtsbeziehungen	243
aa) Im Falle eines Vertrages	243
(1) Der Schiedsgutachtervertrag: Öffentlich- rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag	243
(2) Konkrete Einordnung des Schiedsgutachtervertrages.....	245
bb) Im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde.....	248

b) Anfechtung.....	248
c) Kündigung	249
aa) Im Falle eines Vertrages.....	249
bb) Im Falle einer Bestimmung durch die Aufsichtsbehörden	253
d) Sonstige Beendigungsgründe.....	253
4. Verstoß gegen höherrangiges Recht durch Nichtregelung von Verfahrensvorschriften.....	254
III. Kostentragung	257
1. Erfasste Kosten	257
2. Haftung	258
D. Rechte und Pflichten der Schiedsperson.....	260
I. Reichweite der Entscheidungskompetenz	260
II. Allgemeine Rechte und Pflichten aus dem Schiedsgutachtervertrag	261
III. Nachweis- und Übermittlungspflichten bezüglich des Schiedsspruchs	262
E. Entscheidung der Schiedsperson: Der Schiedsspruch	266
I. Rechtsnatur.....	266
1. Verwaltungsakt, § 31 S. 1 SGB X.....	266
2. Schiedsspruch als Leistungsbestimmung	267
3. Schiedsspruch als Willenserklärung	267
a) Das Innenverhältnis	267
b) Das Außenverhältnis.....	269
4. Öffentlich-rechtlicher Vertrag.....	270
a) Allgemeines	270
b) Art des Vertrages.....	271
c) Schriftformerfordernis, § 56 SGB X	272
d) Nichtigkeit, § 58 Abs. 1 SGB X	272
e) Anpassung und Kündigung, § 59 SGB X.....	273
f) Ergänzende Vorschriften, § 61 S. 1 SGB X.....	273
II. Wirksamwerden des Schiedsspruchs	274
III. Wirkung gegenüber Dritten.....	277

1.	Mittelbare Wirkung	277
a)	Gegenüber den Hausärzten.....	277
b)	Gegenüber den Versicherten.....	279
2.	Unmittelbare Wirkung.....	280
a)	Grundlagen einer unmittelbaren Wirkung gegenüber Dritten.....	281
b)	Partner der Selbstverwaltung	285
aa)	Die sog. gemeinsame Selbstverwaltung.....	286
bb)	Selbstverwaltungskompetenz der Krankenkassen	287
cc)	Selbstverwaltungskompetenz der Gemeinschaften.....	287
c)	Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben	289
aa)	Wahrung von Grundrechten	289
bb)	Wahrung des Erfordernisses einer ausreichenden demokratischen Legitimation.....	290
d)	Systematischer Vergleich mit Verträgen mit weiteren Leistungserbringern.....	293
e)	Unmittelbare Wirkung gegenüber nicht beigetretenen Versicherten und Hausärzten.....	295
aa)	Nicht beigetretene Versicherte	295
bb)	Nicht beigetretene Hausärzte	297
f)	Unmittelbare Wirkung gegenüber weiteren Krankenkassen	298
g)	Unmittelbare Wirkung von Vertragsänderungen und Neuabschlüssen	298
h)	Zwischenergebnis: Unmittelbare Wirkung	300
IV.	Zulässiger Inhalt des Schiedsspruchs	300
1.	Allgemeines.....	300
a)	Pflichtinhalt	301
b)	Weitere Inhalte	301
c)	Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigung	302
d)	Wahrung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots	303
2.	Arten von Festsetzungen	303
a)	Begrenzung bei der Festsetzung durch die Schiedsperson...304	

b)	Zulässigkeit von Add-On-Verträgen.....	305
3.	Geltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität.....	308
4.	Datenschutz.....	312
a)	Allgemeines	312
b)	Abrechnung durch private Abrechnungsgesellschaften	314
V.	Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Festsetzung.....	317
1.	Allgemeines	317
2.	Arten rechtswidriger Festsetzungen	318
3.	Zeitpunkt der Beurteilung.....	319
4.	Maßstab: (offenbare) Unbilligkeit, § 319 Abs. 1 BGB.....	320
a)	Definition der offenbaren Unbilligkeit	321
b)	Auf § 73b Abs. 4a SGB V anzuwendender Maßstab	322
5.	Rechtsfolge: Nichtigkeit oder bloße Unverbindlichkeit der Festsetzung.....	325
a)	Unverbindlichkeit und Nichtigkeit im Zivil- und Arbeitsrecht.....	326
b)	Unverbindlichkeit und Nichtigkeit im Rahmen von § 73b SGB V.....	329
6.	Anfechtung.....	330
a)	Die Anfechtung der zivilrechtlichen Leistungsbestimmung.....	331
b)	Die Anfechtung der Vertragsfestsetzung nach § 73b Abs. 4a SGB V.....	332
7.	Folgen für die bereits erfolgte Durchführung von Verträgen ...	334
a)	Rückabwicklung nichtiger Verträge im öffentlichen Recht	335
b)	Ausschluss der Rückabwicklung im Rahmen von § 73b SGB V.....	337
8.	Sekundäransprüche gegen die Schiedsperson	339
a)	Nacherfüllungsanspruch	339
b)	Schadensersatzansprüche.....	341
aa)	Vertragliche Schadensersatzansprüche	341
bb)	Deliktische Schadensersatzansprüche	343
c)	Sonstige Sekundäransprüche	345

VI.	Folgefrage: Gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Schiedsspruch	346
1.	Verwirkung des Klagerechts.....	346
2.	Rechtsweg.....	348
3.	Zuständiges Gericht.....	348
a)	Sachliche Zuständigkeit	348
b)	Örtliche Zuständigkeit.....	349
aa)	Örtliche Zuständigkeit nach § 57a Abs. 2 SGG	349
bb)	Örtliche Zuständigkeit nach § 57a Abs. 3 SGG	351
c)	Instanzielle Zuständigkeit	352
4.	Kontrolldichte.....	353
5.	Klageart	356
a)	Feststellungsklage	357
b)	Ersetzungsklage.....	359
aa)	Leistungs- oder Ersetzungsklage	359
bb)	Zulässigkeit einer gerichtlichen Festsetzung	360
cc)	Auslegung oder Umdeutung in eine Leistungsklage ...	363
6.	Klagegegner.....	364
a)	Allgemeines.....	364
b)	Inhalt und Bedeutung des § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V.....	365
c)	Dogmatische Einordnung von § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V	366
7.	Beiladung.....	367
a)	Notwendige Beiladung, § 75 Abs. 2 SGG	367
b)	Einfache Beiladung, § 75 Abs. 1 S. 1 SGG.....	368
8.	Einstweiliger Rechtsschutz	369
F.	Verhältnis zu weiteren Rechtsquellen.....	371
I.	Verhältnis zu den Satzungen der Krankenkassen	372
II.	Verhältnis zu sonstigen Rechtsnormen.....	377
III.	Verhältnis zu den Beitrittserklärungen	377
1.	Beitrittserklärungen der Versicherten.....	378
2.	Beitrittserklärungen der Ärzte.....	379

G. Aufsicht	379
I. Aufsicht über die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde	379
II. Aufsicht über die Tätigkeit der Schiedsperson	380
III. Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung	380
 <i>Abschnitt 3: Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf die weiteren Schiedspersonen im Sozialrecht.....</i>	 383
A. Grundüberlegungen zu den Schiedspersonen als Basis für die Vergleichbarkeit	383
B. Vergleichbarkeit der Schiedspersonen und Übertragbarkeit der Überlegungen zur Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V	385
I. Allgemeines	386
II. § 132a Abs. 2 S. 3-8 SGB V	387
III. § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V.....	388
IV. § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V	390
V. § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V	392
VI. § 125 Abs. 1 S. 5-7, Abs. 2 S. 4-6 SGB V	392
VII. § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V	394
VIII. § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V	395
IX. § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V	396
X. § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V	397
XI. § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V.....	398
XII. § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V.....	398
XIII. § 76 Abs. 6 SGB XI	399
1. Grundlegende Vergleichbarkeit	399
2. Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI	400
XIV. Schlussfolgerungen	402
 <i>Abschnitt 4: Zusammenfassung und Fazit.....</i>	 405
<i>Literatur.....</i>	<i>409</i>
<i>Stichwortverzeichnis.....</i>	<i>431</i>

Einleitung

2003 schuf der Gesetzgeber im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes die hausarztzentrierte Versorgung, geregelt in § 73b SGB V.¹ Durch die Stärkung selektivvertraglicher Elemente – zu denen die Verträge in der hausarztzentrierten Versorgung zu zählen sind – in der gesetzlichen Krankenversicherung bezweckte der Gesetzgeber eine Stärkung des Wettbewerbes, um letztlich eine qualitativ bessere medizinische Versorgung zu erreichen.² Einzelverträge treten somit vermehrt neben die im korporatistischen System des SGB V dominanten Kollektivverträge. Bei der hausarztzentrierten Versorgung handelt es sich nach § 73b Abs. 1 S. 1 SGB V um eine besondere hausärztliche Versorgung, an der die Versicherten freiwillig teilnehmen können, § 73b Abs. 2 S. 1 SGB V. Die teilnehmenden Ärzte müssen besondere Anforderungen erfüllen, die über die Anforderungen in der allgemeinen hausärztlichen Versorgung hinausgehen. So besteht beispielsweise die Pflicht zur Fortbildung oder Einführung eines besonderen Qualitätsmanagements. Um sicherzustellen, dass die hausarztzentrierte Versorgung für die Versicherten zur Verfügung steht, bedarf es des Vertragsschlusses zwischen Gemeinschaften von Hausärzten und Krankenkassen nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V. Was passiert aber, wenn es zu keiner Einigung kommt? Grundsätzlich hätte dies einen vertragslosen Zustand zur Folge, was die Teilnahme der Versicherten an der hausarztzentrierten Versorgung unmöglich machen würde. Aus diesem Grund führte der Gesetzgeber eine Schiedsperson ein, die im Falle der Nichteinigung den Vertrag festzusetzen hat, § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V. Handelt es sich zwar nicht um die erste Normierung einer Schiedsperson, so stellt die Figur der Schiedsperson insgesamt eine neuere Erscheinung im Leistungserbringungsrecht des SGB V dar. Wurden Streitigkeiten auf der Organisationsebene des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts bisher über Schiedsämter und Schiedsstellen gelöst, so bediente sich der Gesetzgeber in den letzten Jahren der Schiedsperson, die eine schnellere, unbürokratischere Entscheidung versprach. So verwundert es nicht, dass die hierzu geschaffenen Regelungen, insbesondere zu Beginn ihres Inkrafttretens, zu zahlreichen Streitigkeiten und Anwendungsproblemen führten. Vielfach wurde

¹ Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 14.11.2003, BGBl. I, S. 2202.

² Vgl. hierzu die Gesetzesbegründung zum GKV-GMG, BT-DS 15/1525, S. 73 f. So auch: *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, 299.

auch die Normierung in § 73b Abs. 4a SGB V als misslungen kritisiert und ihre Abschaffung gefordert.³

Auch wenn sich Rechtsprechung und Literatur inzwischen mit einigen Fragestellungen zu § 73b SGB V befasst haben, sind andere Bereiche weiterhin ungeklärt oder nicht weitgehend genug aufgearbeitet. Zu vielen anderen Schiedspersonen finden sich weder Literatur noch Rechtsprechung. Zwar existieren zahlreiche Aufsätze, Monografien und andere Literatur sowie eine umfangreiche Rechtsprechung zu Schiedsämtern und Schiedsstellen, zu den Schiedspersonen dagegen gibt es noch keine umfassende Abhandlung.

Die Tatsache, dass inzwischen eine Vielzahl von – oftmals durch Schiedsspruch entstandene – Verträgen vorliegt,⁴ macht die Beschäftigung mit der Schiedsperson nach § 73b SGB V sowie anderen Schiedspersonen ebenfalls nicht obsolet. Ganz im Gegenteil: Auch in der Zukunft wird die Schiedsperson nicht funktionslos sein, da geschlossene Verträge ggf. gekündigt werden, aufgrund von Befristung auslaufen oder aus sonstigen Gründen neue Verträge erforderlich werden. Gerade in Zeiten einer alternden Gesellschaft und damit einem weiterhin größer werdenden Anteil der Bevölkerung, der an chronischen Krankheiten leidet, wird die Bedeutung einer funktionierenden hausarztzentrierten Versorgung nur noch weiter zunehmen.⁵ § 73b SGB V stellt dabei den Mechanismus dar, um die qualitativ hochwertige Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Die Steuerungsfunktion des Hausarztes funktioniert – wie Untersuchungen zeigen – tatsächlich.⁶ Und damit bedarf es auch weiterhin der Schiedsperson, um den Vertragsschluss durchsetzen zu können.

³ So z. B. *Becker/Schweitzer*, NJW-Beil. 2012, 82, 85. Die Ausgestaltung des § 73b SGB V wird auch insgesamt als „defizitär“ betrachtet, so *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b, Rn. 5.

⁴ *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 45 sprechen ohne Beleg von über 1000 Verfahren bundesweit, die bis zur Veröffentlichung ihres Aufsatzes Anfang 2012 durchgeführt wurden. Das Bundesversicherungsamt spricht in seinem Tätigkeitsbericht 2011 von etwa 1000 Bescheiden zur Einsetzung einer Schiedsperson und stützt die Annahme von *von Alemann/Scheffczyk*, vgl. Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2011, S. 13, abrufbar über http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/allgemeine_dokumente/pdf/taetigkeitsberichte/TB_2011.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

⁵ So auch *Mehl u.a.*, G+S 2013, 72, 72; *Weigeldt/Tesic*, G+S 2015, 37, 38.

⁶ Vgl. hierzu bereits *Ose*, ZAllgMed 2008, 321 ff. Der Vertrag nach § 73b SGB V zwischen der AOK Baden-Württemberg, der Hausärztlichen Vertragsgemeinschaft und dem MEDI-Verbund in Baden-Württemberg wird seit 2010 begleitend evaluiert. Auch aus dieser Evaluation zeigt sich, dass die hausarztzentrierte Versorgung positive Erfolge erzielt, vgl. hierzu ausführlich mit Statistiken: *Laux*, Bundesgesundheitsbl. 2015, 398 ff.

Neben der großen praktischen Relevanz weist die Schiedsperson nach § 73b SGB V einige rechtliche Besonderheiten auf, die eine genauere Auseinandersetzung mit gerade dieser Schiedsperson rechtfertigen. Die Normierung zum Schiedsverfahren in der hausarztzentrierten Versorgung wurde durch den Gesetzgeber bereits nach dem Wortlaut anders gestaltet als zu den bis dahin vorhandenen Schiedspersonen. Inwieweit die Schiedsperson nach § 73b SGB V und weitere Schiedspersonen vergleichbar sind, kann erst nach genauer Betrachtung der Schiedsperson des § 73b SGB V untersucht und bewertet werden. Auch die Übertragung der gewonnenen Erkenntnisse auf andere Schiedspersonen ist erst nach Untersuchung des § 73b Abs. 4a SGB V möglich.

Diese Arbeit befasst sich daher schwerpunktmäßig mit der Schiedsperson nach § 73b SGB V. So soll nach einer kurzen Darstellung der Einführung von Schiedspersonen (Abschnitt 1, A.) und der Vorstellung der verschiedenen Schiedspersonen in Kürze (Abschnitt 1, B.) in einem zweiten Abschnitt auf verschiedene Probleme zur Schiedsperson in der hausarztzentrierten Versorgung eingegangen werden. Dabei folgt die Darstellung dem Gang des Verfahrens. Nach der einleitenden Klärung des Anwendungsbereiches von § 73b SGB V (Abschnitt 2, A.) und der Klärung der Frage, wie die Schiedsperson eingesetzt wird (Abschnitt 2, B.), werden umfassend Fragen zum Verfahren bearbeitet (Abschnitt 2, C.). Maßgeblich wird dieser Bereich der Arbeit von der Frage geprägt, welche Verfahrensvorschriften ggf. auf das Schiedsverfahren anwendbar sind (Abschnitt 2, C. II. 1). Diese Frage, die eng mit der Frage der Rechtsnatur der Schiedsperson verknüpft ist, sorgte in der Vergangenheit für kontroverse Diskussionen. Sodann wird auf die Rechte und Pflichten der Schiedsperson eingegangen (Abschnitt 2, D.) und die Entscheidung der Schiedsperson, die in Form eines Schiedsspruchs ergeht, näher beleuchtet (Abschnitt 2, E.). Auch das Verhältnis zu weiteren Rechtsquellen (Abschnitt 2, F.) sowie Fragen der Aufsicht (Abschnitt 2, G.) werden bearbeitet. Abgerundet wird die Arbeit mit Überlegungen, inwiefern sich die gewonnenen Erkenntnisse auf andere sozialrechtliche Schiedspersonen übertragen lassen (Abschnitt 3). Abschließend werden die Erkenntnisse in einem Fazit zusammengefasst (Abschnitt 4).

Abschnitt 1: Sozialrechtliche Schiedspersonen im Überblick

Im Sozialrecht finden sich nunmehr zahlreiche Schiedspersonen. Neben der Schiedsperson, die in § 76 Abs. 6 SGB XI (bei Nichtzustandekommen einer Pflegegesetzvereinbarung), also in der gesetzlichen Pflegeversicherung vorgesehen ist, wurden Schiedspersonen bislang ausschließlich im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, also im SGB V, eingeführt. Wichtig und besonders diskutiert sind dort die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung und die in § 132a Abs. 2 S. 3-8 SGB V geregelte Schiedsperson im Bereich der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege. Daneben gibt es Schiedspersonen in § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V (bei Nichtzustandekommen einer Vereinbarung zwischen Krankenkassen und Hospizen über Einzelheiten der Versorgung in Hospizen), § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V (bei fehlender Vergütungsregelung zu Meldungen an ein Krebsregister), § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V (bei fehlender Kündigung von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern), § 125 Abs. 2 S. 4-6 SGB V (bei Nichtabschluss von Verträgen mit Leistungserbringern von Heilmitteln), § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V (bei Nichtabgabe von Empfehlungen im Zusammenhang mit Verträgen mit Leistungserbringern von Hilfsmitteln), § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V (bei Nichteinigung über Versorgungsverträge zu Haushaltshilfe), § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V (bei Nichteinigung über Verträge zur spezialisierten ambulanten Palliativversorgung), § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V (bei Nichtabschluss von Verträgen im Rahmen der Versorgung mit Schutzimpfungen) und § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V (bei Nichtzustandekommen von Vereinbarungen im Rahmen der Finanzierung der Aufgaben eines Landesverbandes der Krankenkassen).

Die Schiedspersonen sollen grundsätzlich in dem Fall, dass es nicht zu einer Einigung über den Vertragsinhalt kommt, eben diesen festlegen und damit eine Einigung herbeiführen, um eine schnelle Handlungsfähigkeit zu ermöglichen und den Konflikt zu schlichten.⁷

⁷ Mit Ausnahme von §§ 110 Abs. 1 S. 5-9, 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V. Dort geht es um einen Kündigungsbeschluss bzw. eine Empfehlungsabgabe.

A. Einführung von Schiedspersonen im Sozialrecht

Bei den Schiedspersonen handelt es sich um eine neuere Kreation des sozialrechtlichen Gesetzgebers, die erst in den letzten Jahren in das Sozialgesetzbuch eingeführt wurden. Es besteht daher keine lange Rechtstradition, die sich über Jahrzehnte hinweg entwickeln konnte und damit noch keine gefestigte Rechtsprechung. Stattdessen bestehen vielfältige rechtliche Probleme, die insbesondere aus der gesetzlichen Ausgestaltung resultieren.⁸ Der Gesetzgeber wollte durch die Einführung von Schiedspersonen eine schnelle und unkomplizierte Konfliktlösung erreichen und die außergerichtliche Streitschlichtung stärken.⁹ Damit führt er die Linie fort, die bereits mit der Einführung von Schiedsämtern und Schiedsstellen bezweckt wurde. Diese, vor allem das heute in § 89 SGB V geregelte Schiedsamt, können dabei auf eine lange Tradition zurückblicken. Das Schiedsamt nach § 89 SGB V basiert auf dem „Berliner Abkommen“ von 1913 und wurde 1923 in der Verordnung über Ärzte und Krankenkassen gesetzlich normiert, später in die Reichsversicherungsordnung aufgenommen.¹⁰ Inwiefern das Schiedsamt und die Schiedsstellen bei der Untersuchung heranzuziehen sind, bleibt zu klären; die Erfahrungen mit Formen der außergerichtlichen Streitschlichtung spielten für die Einführung der Schiedsperson sicher eine Rolle.

Die Schiedspersonen wurden nicht alle zeitgleich, etwa auch unter Einfügung einer allgemeinen Regelung, in das Sozialgesetzbuch eingeführt. Vielmehr geschah dies im Rahmen der Novellierung einzelner Normen.

Das Schiedsverfahren vor der Schiedsperson im Rahmen des § 132a Abs. 2 S. 6-8 SGB V wurde durch das GMG vom 14. November 2003 eingeführt, welches am 1. Januar 2004 in Kraft trat.¹¹ Somit stellt diese Schiedsperson die „älteste“ im Bereich des Sozialrechts dar. Nach Art. 1 Nr. 97 b) cc) GMG wurde in § 132a Abs. 2 SGB V eingefügt, dass im Falle einer Nichteinigung eine von den Parteien festzulegende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festsetzt. Dieses

⁸ So auch *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b, Rn. 5.

⁹ Vgl. hierzu beispielsweise die Ausführungen des Gesundheitsausschusses zur Einführung des Schiedsverfahrens nach § 73b SGB V, BT-DS 16/9559, S. 53 f., in denen deutlich wird, dass nach Auffassung des Ausschusses für eine schnelle Umsetzung der Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V eine schnelle Konfliktlösung notwendig sei.

¹⁰ Hierzu ausführlich *Düring*, Das Schiedswesen in der GKV, S. 39 ff.; vgl. auch *Schnapp* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S. 77.

¹¹ Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Modernisierungsgesetz – GMG) vom 19.11.2003, BGBl. I, S. 2190.

Verfahren soll eine Konfliktlösung herbeiführen.¹² Eine genauere Begründung, wieso hier eine Schiedsperson und nicht eine Schiedsstelle eingeführt oder ein Verweis auf § 89 SGB V vorgenommen wurde, liefert der Gesetzesentwurf nicht. Die Schiedsperson in der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V wurde durch das GKV-OrgWG vom 15. Dezember 2008, in Kraft getreten zum 1. Januar 2009, eingefügt.¹³ Dabei wurde durch Artikel 1 Nr. 1 f. b) GKV-OrgWG der § 73b Abs. 4 SGB V neu gefasst sowie § 73b Abs. 4a SGB V durch Artikel 1 Nr. 1 f. c) GKV-OrgWG neu eingefügt.¹⁴ Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung sah noch keine Änderung des § 73b SGB V vor.¹⁵ Erstmals wurde eine Änderung in der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung vorgeschlagen.¹⁶ Laut der Beschlussempfehlung ist Ziel der Neuregelung, die durch das GKV-WSG¹⁷ neu gefassten Regelungen zur hausarztzentrierten Versorgung durchzusetzen.¹⁸ Die Krankenkassen sind seit den vorgenommenen Änderungen durch das GKV-WSG dazu verpflichtet, den Versicherten die hausarztzentrierte Versorgung anzubieten, jedoch ist keine ausreichende Anzahl an Verträgen zustande gekommen. Aus diesem Grund wurden die Krankenkassen durch das GKV-OrgWG dazu verpflichtet, bis zum 30. Juni 2009 entsprechende Verträge mit Gemeinschaften, die die Allgemeinärzte vertreten, zur Sicherstellung des Angebotes zu schließen.¹⁹ Die Gemeinschaften sollten dabei in die Lage versetzt werden, den Abschluss dieser Verträge auch durchsetzen zu können, weshalb die Möglichkeit eines Schiedsverfahrens vor einer Schiedsperson vorgesehen wurde.²⁰ Ebenfalls neu durch das GKV-OrgWG eingeführt wurde nach Art. 1 Nr. 2c. b) ein neuer Abs. 1a in § 127 SGB V.²¹ Dadurch wurde auch das Verfahren vor der Schiedsperson erstmals in § 127 Abs. 1a 2-4 SGB V vorgesehen. § 211 Abs. 4 SGB V und damit auch die Schiedsperson nach S. 4 wurde auch durch das GKV-

¹² BT-DS 15/1525, S. 123.

¹³ Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008, BGBl. I, S. 2426 ff.

¹⁴ BGBl. I, S. 2427.

¹⁵ Vgl. BT-DS 16/9559.

¹⁶ Vgl. BT-DS 16/10609.

¹⁷ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.3.2007, BGBl. I, S. 378 ff.

¹⁸ BT-DS 16/10609, S. 53 f.

¹⁹ BT-DS 16/10609, S. 53.

²⁰ BT-DS 16/10609, S. 54.

²¹ BGBl. I, S. 2428.

OrgWG nach Art. 1 Nr. 11b. eingeführt.²² Beide Schiedspersonen beruhen wie auch die Schaffung von § 73b Abs. 4a SGB V auf der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses.²³

Durch das GKV-WSG²⁴ vom 26. März 2007 mit Wirkung vom 01 April 2007 wurde das Schiedsverfahren durch Art. 1 Nr. 25 a) cc) in § 39a SGB V erstmalig eingeführt.²⁵ Dieses war im Regierungsentwurf²⁶ noch nicht vorgesehen und gelangte erst durch einen Änderungsvorschlag des Ausschusses für Gesundheit²⁷ in den verabschiedeten Entwurf.

Die Schiedsperson in der Pflegeversicherung bei den Pflegesatzvereinbarungen wurde durch Art. 1 Nr. 43 b) des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes²⁸ in § 76 Abs. 6 SGB XI mit Wirkung vom 1. Juli 2008 eingefügt.²⁹ Sie stellt die einzige sich außerhalb des SGB V befindende Schiedsperson dar.

§ 125 Abs. 2 S. 4-6 SGB V wurde durch Art. 3 des KHRG vom 17.3.2009 mit Wirkung vom 25. März 2009 in § 125 SGB V eingefügt.³⁰ Dies geschah auf Empfehlung des Ausschusses für Gesundheit.³¹

§ 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V wurden durch das AMNOG³² vom 22. Dezember 2010 mit Wirkung vom 1. Januar 2011 an den neu geschaffenen Abs. 1 angefügt, Art. 1 Nr. 18b. a).³³ Die Schiedsperson wurde erst auf Empfehlung des Gesundheitsausschusses in den Gesetzesentwurf aufgenommen.³⁴

²² BGBl. I, S. 2432.

²³ BT-DS 16/10609, S. 11, 19.

²⁴ Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz – GKV-WSG) vom 26.3.2007, BGBl. I, S. 378 ff.

²⁵ BGBl. I, S. 385.

²⁶ Vgl. BT-DS 16/3100, S. 11, dort finden sich lediglich weitere Änderungen von § 39a SGB V.

²⁷ Vgl. BT-DS 16/4247, S. 34.

²⁸ Gesetz zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz) vom 28.5.2008, BGBl. I, S. 874 ff.

²⁹ BGBl. I, S. 885.

³⁰ Gesetz zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (KHRG) vom 17.3.2009, BGBl. I, S. 546.

³¹ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-DS 16/11429, S. 31.

³² Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelneuordnungsgesetz – AMNOG) vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2262 ff.

³³ BGBl. I, S. 2270.

³⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-DS 17/3698, S. 28.

Durch das KFRG wurde mit Wirkung vom 9. April 2013 die Pflicht zur Zahlung einer Meldevergütung im Falle von Meldungen an ein klinisches Krebsregister vorgesehen und mit ihr in § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V eine Schiedsperson für den Fall, dass eine Vereinbarung über die Höhe der Meldevergütung nicht zustande kommt.³⁵

Im Jahr 2015 schuf der Gesetzgeber drei weitere Schiedspersonen. Im Bereich der Versorgung mit Haushaltshilfe nach § 132 Abs. 1 SGB V wurde die Schiedsperson durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz mit Wirkung vom 23. Juli 2015 eingeführt.³⁶ Mit diesem Änderungsgesetz wurde zudem die Schiedsperson zu den Rahmenempfehlungen in § 125 Abs. 1 S. 5-7 SGB V geschaffen. Auch die Schiedsperson in der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung in § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V wurde mit Wirkung vom 8. Dezember 2015 neu eingeführt.³⁷ Zudem wurde durch das gleiche Änderungsgesetz die Schiedsperson nach § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V in der gesundheitlichen Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase mit Wirkung vom 8. Dezember 2015 geschaffen.³⁸

Die Schiedsperson zur Entscheidung über die Kündigung eines Versorgungsvertrags mit Krankenhäusern nach § 109 Abs. 1 SGB V, § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V mit Wirkung vom 1. Januar 2016 bildet den vorläufigen Abschluss der Regelung von Schiedspersonen im Sozialrecht.³⁹ Dies geschah auf Empfehlung des Gesundheitsausschusses.⁴⁰

³⁵ Gesetz zur Weiterentwicklung der Krebsfrüherkennung und zur Qualitätssicherung durch klinische Krebsregister (Krebsfrüherkennungs- und -registergesetz – KFRG) vom 3.4.2013, BGBl. I, S. 621.

³⁶ Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015, BGBl. I, S. 1230.

³⁷ Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (Hospiz- und Palliativgesetz – HPG) vom 1.12.2015, BGBl. I, S. 2116.

³⁸ Gesetz zur Verbesserung der Hospiz- und Palliativversorgung in Deutschland (Hospiz- und Palliativgesetz – HPG) vom 1.12.2015, BGBl. I, S. 2116 f.

³⁹ Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSVG) vom 10.12.2015, BGBl. I, S. 2244.

⁴⁰ Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit , BT-DS 18/6586. S. 53 f.

B. Die Schiedspersonen im Überblick

Inzwischen finden sich im Sozialrecht zahlreiche Schiedspersonen. Um die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V in Bezug zu diesen setzen und einen Vergleich herstellen zu können, bedürfen sie bereits jetzt einer kurzen Darstellung.

I. Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung ist die in der Praxis am häufigsten zum Einsatz kommende Schiedsperson.⁴¹

Die hausarztzentrierte Versorgung ist eine besondere hausärztliche Versorgung, § 73b Abs. 1 SGB V, die die Krankenkassen ihren Versicherten anzubieten haben. Es besteht also eine Pflicht der Krankenkassen.⁴² Gemäß § 73b Abs. 3 S. 1 SGB V können Versicherte freiwillig an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen, wobei sie sich nach S. 2 schriftlich dazu verpflichten, nur einen von ihnen aus dem Kreis der an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden ausgewählten Hausarzt zu konsultieren und fachärztliche Behandlung mit Ausnahme der Augen- und Frauenärzte nur auf dessen Überweisung in Anspruch nehmen. Soweit kein Widerruf der Erklärung gemäß § 73b Abs. 3 S. 3-5 SGB V erfolgt, sind die Versicherten nach § 73b Abs. 3 S. 6 SGB V an die Wahl mindestens ein Jahr gebunden, der Hausarzt darf nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes gewechselt werden. Näheres wird in den Teilnahmeerklärungen geregelt, § 73b Abs. 3 S. 7 SGB V, wobei nach S. 6 auch Regelungen in den Satzungen der Krankenkassen zu treffen sind. Ziel der Vorschrift ist es, die Stellung des Hausarztes zu stärken und ihm eine Art „Lotsenfunktion“ zukommen zu lassen.⁴³ Der Hausarzt soll für die Versicherten den wichtigsten Ansprechpartner darstellen.⁴⁴ Dies soll dazu führen, dass Versicherte eine qualitativ hochwertige hausärztliche Versorgung erhalten.⁴⁵ Nach der Intention des Gesetzgebers sollte dadurch die Zahl der Facharztbesuche gesenkt werden.⁴⁶ Zudem sollten nicht

⁴¹ *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 1.

⁴² *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 7.

⁴³ *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 1; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 4; *Limpinsel* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 1a; *Mehl u.a.*, G+S 2013, 72, 73; *Ulrich*, NZS 2011, 448, 448; *von Schwanenflügel*, NZS 2006, 285, 286.

⁴⁴ *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 4.

⁴⁵ *Limpinsel* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 1a.

⁴⁶ Vgl. *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 5.

notwendige Doppeluntersuchungen vermieden werden.⁴⁷ Damit einhergehend sollte es zu einer Senkung der Ausgaben in der gesetzlichen Krankenversicherung kommen.⁴⁸

Um den Versicherten die hausarztzentrierte Versorgung ermöglichen zu können, haben die Krankenkassen bis zum 30. Juni 2009 Verträge mit Gemeinschaften zu schließen, die mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten, § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V. Die Gemeinschaften, die diese Voraussetzungen erfüllen, sind insbesondere die Landesverbände des Deutschen Hausärzteverbandes.⁴⁹ Die Gemeinschaften können im Falle der Nichteinigung über einen Vertrag nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB das Verfahren vor der Schiedsperson beantragen, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Beide Parteien, also Krankenkasse und Gemeinschaft, haben sich sodann auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die dann den Inhalt des Vertrages festlegt, § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet die zuständige Aufsichtsbehörde über die Schiedsperson nach S. 2, welche dann wiederum entscheidet. Die Kosten des Verfahrens tragen beide Parteien zu gleichen Teilen, § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V. Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben nach S. 4 der Norm keine aufschiebende Wirkung; Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhaltes richten sich gegen eine der Parteien und nicht gegen die Schiedsperson, S. 5.

Nachrangig können Verträge auch mit weiteren Leistungserbringern, Gemeinschaften dieser, bestimmten Trägern von Einrichtungen und auch den Kassenärztlichen Vereinigungen bei Ermächtigung durch Gemeinschaften von Leistungserbringern geschlossen werden, wenn ein Vertrag mit den privilegierten Gemeinschaften nach Abs. 4 S. 1 zustande gekommen ist, § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V oder wenn die Krankenkassen in einem Bezirk keinen Vertragspartner nach S. 1 finden, § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V.

Durch alle in Betracht kommenden Verträge soll nach § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V das Nähere über den Inhalt und die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung, insbesondere die Ausgestaltung der Anforderungen nach Abs. 2 sowie die Vergütung geregelt werden. Weitere Vorgaben finden sich in den Absätzen 5 bis 9.

⁴⁷ BT-DS 16/3100, S. 112.

⁴⁸ *Limpinsel* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 1a.

⁴⁹ *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 3b.

II. Weitere Schiedspersonen nach dem SGB V

Überwiegend finden sich Schiedspersonen im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung; daneben existiert lediglich eine Schiedsperson im Recht der sozialen Pflegeversicherung.

1. § 132a Abs. 2 S. 6-8 SGB V

Die Schiedsperson nach § 132a Abs. 2 S. 3-8 SGB V ist in den Kontext der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege einzuordnen. Die Vorschrift § 132a SGB V regelt die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und Krankenkassenverbänden auf der einen und den Leistungserbringern häuslicher Krankenpflege und ihren Verbänden auf der anderen Seite.⁵⁰ Die häusliche Krankenpflege ist in § 37 SGB V geregelt. Danach erhalten Versicherte in ihrem Haushalt, ihrer Familie oder sonst an einem geeigneten Ort neben der ärztlichen Behandlung häusliche Krankenpflege durch geeignete Pflegekräfte, wenn eine Krankenhausbehandlung geboten, aber nicht ausführbar ist oder wenn sie durch die häusliche Krankenpflege vermieden oder verkürzt wird (§ 37 Abs. 1 S. 1 SGB V). Es handelt sich dabei um eine Leistung, die grundsätzlich als Sachleistung nach dem Sachleistungsprinzip erbracht wird.⁵¹ Nur unter den Voraussetzungen des § 37 Abs. 4 SGB V kann eine Kostenerstattung erfolgen.

Neben zu treffenden Rahmenempfehlungen, die in Abs. 1 geregelt sind, sieht das Gesetz vor, dass die Einzelheiten in Verträgen festzusetzen sind, vgl. Abs. 2. Gemäß § 132a Abs. 2 S. 1 SGB V schließen die Krankenkassen mit den Leistungserbringern Verträge über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, die Preise, deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung. Dabei handelt es sich um Verträge des öffentlichen Rechts.⁵²

§ 132a Abs. 2 S. 6 SGB V sah in der Fassung bis zum 28. Dezember 2015 vor, dass in den Verträgen zu regeln ist, dass im Falle von Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende Schiedsperson entscheidet. Nunmehr ist geregelt, dass im Falle der Nichteinigung der Vertragsinhalt durch eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festlegt

⁵⁰ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 2.

⁵¹ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 4.

⁵² BSG, Urteil vom 24.1.2008 – B 3 KR 2/07 – NZS 2009, 35, 36.

wird, § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V.⁵³ Wenn eine solche Einigung nicht zustande kommt, wird die Schiedsperson von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt, § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V. Die Schiedsperson legt dann den Vertragsinhalt fest. Im Gegensatz zu § 73b Abs. 4a SGB V ist es hier nicht einer Partei oder auch beiden freigestellt, die Schiedsperson anzurufen. Vielmehr besteht eine Pflicht, eine Schiedsperson zu bestimmen und sodann ein Schiedsverfahren durchzuführen, sollte es nicht zu einer Einigung kommen.⁵⁴ Daran hat die Gesetzesänderung nichts geändert, vielmehr ist dies durch die Änderung verstärkt worden, da das Schiedsverfahren nicht mehr in den Verträgen festzulegen ist. Bereits die Begründung zur Einführung der Schiedsperson nach dem GMG besagte, dass das Schiedsverfahren einer im Zivilrecht üblichen Schlichtung entspricht, wonach sich die Vertragsparteien auf die Leistungsbestimmung durch einen Dritten einigen (§ 317 BGB).⁵⁵ Inwieweit dies zutreffend und auf die anderen Schiedspersonen übertragbar ist, bleibt zu klären.

2. § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V

§ 39a SGB V regelt stationäre und ambulante Hospizleistungen.⁵⁶ Danach haben Versicherte, die keiner Krankenhausbehandlung bedürfen, aber auch nicht ambulant versorgt werden können, einen Anspruch auf einen Zuschuss zu stationärer oder teilstationärer Versorgung in Hospizen mit palliativ-medizinischer Behandlung. Über die Einzelheiten der Versorgung haben Krankenkassen und Hospize Verträge abzuschließen, § 39a Abs. 1 S. 11 SGB V, in denen auch geregelt werden muss, dass im Falle einer Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt. Können sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen, wird diese nach S. 12 von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Die in § 39a SGB V vorgenommenen Regelungen zur Schieds-

⁵³ § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V, geändert m.W.v. 29.12.2015 durch das Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 21.12.2015, BGBl. I (2015), S. 2410.

⁵⁴ *Murawski* in LPK-SGB V, § 132a, Rn. 9.

⁵⁵ BT-DS 15/1525, S. 123.

⁵⁶ Vgl. umfassend zu Hospizleistungen in der gesetzlichen Krankenversicherung: *Föllmer*, Palliativversorgung in der GKV.

person entsprechen den in § 132a SGB V a.F. im Rahmen der häuslichen Krankenpflege getroffenen Regelungen.⁵⁷ Es besteht wiederum eine Pflicht, eine Regelung zur Schiedsperson zu treffen und als Folge auch eine Pflicht zur Durchführung des Schiedsverfahrens, welches somit ein Zwangsschlichtungsverfahren darstellt.⁵⁸

3. § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V

Für jede landesrechtlich vorgesehene Meldung zu übermittelnder Daten an ein klinisches Krebsregister ist eine Meldevergütung vom jeweiligen Krebsregister an den Leistungserbringer zu zahlen, § 65c Abs. 6 S. 1 SGB V. Die Höhe der einzelnen Meldevergütung vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen bis zum 31. Dezember 2013, § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V. Kommt nach § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V eine Vereinbarung bis zu diesem Zeitpunkt nicht zustande, haben sich die Vereinbarungspartner auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die die Höhe der Meldevergütungen festlegt. Im Falle einer Nichteinigung auf eine Schiedsperson wird diese gemäß § 65c Abs. 6 S. 9 SGB V vom Bundesministerium für Gesundheit bestellt. Die Kosten sind von beiden Parteien zu gleichen Teilen zu tragen. Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben keine aufschiebende Wirkung, § 65c Abs. 6 S. 11 SGB V, Klagen gegen die Festlegung der Höhe der Meldevergütungen richten sich gegen einen Vereinbarungspartner und nicht gegen die Schiedsperson, § 65c Abs. 6 S. 12 SGB V. Die Normen sind vom Wortlaut her damit denen des § 73b SGB V vergleichbar.

4. § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V

Auch im Falle der Kündigung von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern findet sich eine Regelung zu einer Schiedsperson. Versorgungsverträge nach § 109 Abs. 1 SGB V können von den Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen nur gemeinsam bei Vorliegen bestimmter Gründe gekündigt werden, worüber ein Beschluss zu erfolgen hat. Kommt ein solcher Beschluss nicht

⁵⁷ *Beyer* in: jurisPK-SGB V, § 39a, Rn. 63; *Engelmann*, GesR 2010, 577, 581; *Noftz* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 39a, Rn. 74c; *Sommer* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 39a SGB V, Rn. 8d; *Föllmer* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 39a SGB V, Rn. 19. Vgl. hierzu genauer Abschnitt 3, B. III.

⁵⁸ *Noftz* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 39a, Rn. 74c.

zustande, entscheidet eine unabhängige Schiedsperson über die Kündigung, wenn dies von Kassenarten beantragt wird, die mindestens ein Drittel der landesweiten Anzahl der Versicherten auf sich vereinigen, § 110 Abs. 1 S. 5 SGB V. Einigen sich die Verbände nicht auf eine Schiedsperson, wird diese gemäß § 110 Abs. 1 S. 6 SGB V von der für die Landesverbände der Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Auch bei diesem Schiedsverfahren haben Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson keine aufschiebende Wirkung. Klagen gegen die Entscheidung der Schiedsperson richten sich zudem gegen die Landesverbände und nicht gegen die Schiedsperson, § 110 Abs. 1 S. 7, 9 SGB V. Im Vergleich zu anderen Schiedspersonen findet sich eine abweichende Kostentragungsregelung in § 110 Abs. 1 S. 8 SGB V. Die Höhe der Zahlungsverpflichtung richtet sich nach der landesweiten Anzahl der Versicherten des jeweiligen Landesverbandes.

5. § 125 Abs. 1 S. 5-7, Abs. 2 S. 4-6 SGB V

Versicherte haben gemäß §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 32 Abs. 1 S. 1 SGB V einen Anspruch auf die Versorgung mit Heilmitteln. Heilmittel sind Dienstleistungen, die nur von entsprechend ausgebildeten und praktisch erfahrenen Personen erbracht werden dürfen, wozu vor allem Maßnahmen der physikalischen, Beschäftigungs- und Sprachtherapie gehören.⁵⁹ Dabei dürfen Heilmittel, die als Dienstleistung abgegeben werden, gemäß § 124 Abs. 1 SGB V nur von zugelassenen Leistungserbringern abgegeben werden. Über die Einzelheiten der Versorgung schließen die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften Verträge mit Leistungserbringern oder Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer, § 125 Abs. 2 S. 1 SGB V. Soweit sich die Vertragspartner nicht auf die Vertragspreise einigen, werden diese von einer von den Vertragspartnern zu benennenden unabhängigen Schiedsperson festgelegt, § 125 Abs. 2 S. 4 SGB V, wobei auch hier im Falle der Nichteinigung auf eine Schiedsperson diese gemäß § 125 Abs. 2 S. 5 SGB V von der für die vertragsschließende Krankenkasse oder den vertragsschließenden Landesverband zuständige Aufsichtsbehörde bestimmt wird. Die Kosten des Verfahrens sind jeweils zur Hälfte durch die Vertragsparteien zu tragen, § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V.

⁵⁹ Gerlach in: Hauck/Noftz, SGB V, § 32, Rn. 8.

Neben der Regelung von Einzelheiten der Versorgung mit Heilmitteln sollen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen der Heilmittelerbringer maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V gemeinsam Rahmenempfehlungen über die einheitliche Versorgung mit Heilmitteln abgeben. Geschieht dies nicht, kommt eine Schiedsperson zum Einsatz. Regelungen finden sich in § 125 Abs. 1 S. 5-7 SGB V. Die Ausgestaltung des Schiedsverfahrens entspricht demjenigen bezüglich der Verträge zur Versorgung mit Heilmitteln.

6. § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V

Auch im Rahmen der Versorgung mit Hilfsmitteln ist eine Schiedsperson vorgesehen, hier aber für einen etwas anders gelagerten Fall.⁶⁰ Die Schiedsperson soll hier nicht etwa die Höhe der Vergütung oder sonstige Details der Versorgung festsetzen, sondern einen Empfehlungsinhalt festlegen, § 127 Abs. 1a S. 2 SGB V. Nach § 127 Abs. 1a S. 1 SGB V haben der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene bis zum 30 Juni 2009 gemeinsam Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen abzugeben.

Im Gegensatz zur Leistungserbringung von Heilmitteln sieht das Gesetz bei Hilfsmitteln keinen Vertragsschluss bezüglich der Details vor, sondern nur den Abschluss von Verträgen als Rahmenverträge, aus denen sich noch keine Regelungen zur Versorgung des Versicherten im Einzelfall ergeben. Hierfür muss noch ein weiterer Vertrag abgeschlossen werden.⁶¹ Erst auf diesem basierend erfolgt dann die Versorgung des einzelnen Versicherten, der einen Anspruch auf Versorgung mit Hilfsmitteln hat, vgl. §§ 27 Abs. 1 S. 2 Nr. 3, 33 Abs. 1 S. 1 SGB V. Hilfsmittel sind Gegenstände, die im Einzelfall erforderlich sind, um den Erfolg einer Krankenbehandlung zu sichern, einer drohenden Behinderung vorzubeugen oder eine Behinderung auszugleichen.⁶² Die Rahmenverträge sind dabei notwendig, da ohne sie Hilfsmittel nicht abgegeben werden dürfen, § 126 Abs. 1 S. 1 SGB V. Wenn es zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, können gemäß § 127

⁶⁰ Allgemein zu Verträgen im Bereich der Hilfsmittelversorgung: *Bloch*, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2013, 44 ff.; *Piossek*, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2013, 60 ff.

⁶¹ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127, Rn. 3.

⁶² BSG, Urteil vom 28.6.2001 – B 3 KR 3/00 R – BSGE 88, 204, 206.

Abs. 1 S. 1 SGB V im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder Zusammenschlüssen von Leistungserbringern über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln oder die Durchführung einer bestimmten Zahl von Versorgungsleistungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum geschlossen werden. Wann eine Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung gegeben ist, sagt das Gesetz nicht. Es regelt lediglich in § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V, dass eine Ausschreibung im Falle einer individuellen Anfertigung für einen Versicherten oder bei Versorgungsleistungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil unzulässig sind. Ein hoher Dienstleistungsanteil liegt zum Beispiel vor, wenn eine patientennahe Versorgung erfolgen muss, bei der innerhalb kurzer Zeitspannen reagiert werden muss oder ein besonderer Anpassungs- oder Ausstattungsbedarf gegeben ist.⁶³ Hier setzen die Empfehlungen an, die zur Zweckmäßigkeit gemäß § 127 Abs. 1a S. 1 SGB V abgegeben werden. Eine solche Abgabe erfolgte auch im Jahr 2009.⁶⁴ Nach diesen Empfehlungen liegt eine Unzulässigkeit unter anderem bei unangemessenem Kosten-Nutzen-Verhältnis vor, kleinem Anbieterkreis oder einer nicht standardisierbaren Leistung.⁶⁵ Für den Fall einer Nichteinigung bis zum Ablauf der genannten Frist sieht das Gesetz vor, dass nach § 127 Abs. 1a S. 2 SGB V eine durch die Empfehlungspartner gemeinsam zu benennende Schiedsperson den Empfehlungsinhalt festlegt. Bei Nichteinigung über die Schiedsperson wird diese nach S. 3 durch die für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen zuständige Aufsichtsbehörde festgelegt. Dadurch, dass die Empfehlungen in der gesetzten Frist abgegeben wurden, musste auf die Schiedsperson nicht zurückgegriffen werden.⁶⁶ Für die Abgabe weiterer Stellungnahmen mag die Regelung jedoch weiterhin relevant sein.

⁶³ Vgl. § 2 der Gemeinsamen Empfehlungen gem. § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen (im Folgenden: Gemeinsame Empfehlungen gem. § 127 Abs. 1a SGB V), abrufbar über https://www.gkv-spitzenverband.de/media/dokumente/krankenkassenversicherung_1/hilfsmittel/himi_empfehlungen__verlautbarungen/HiMi_Empfehlungen__127_Ausschreibungen.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

⁶⁴ Vgl. Gemeinsame Empfehlungen gem. § 127 Abs. 1a SGB V.

⁶⁵ § 2 Gemeinsame Empfehlungen gem. § 127 Abs. 1a SGB V; vgl. auch: *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127 Rn. 20.

⁶⁶ *Wabnitz* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 127 SGB V, Rn. 8.

7. § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V

Versicherte der gesetzlichen Krankenversicherung haben in bestimmten Fällen auch einen Anspruch auf Haushaltshilfe, § 38 SGB V. Zur Sicherstellung der Versorgung mit Haushaltshilfe schließen die Krankenkassen Verträge mit geeigneten Personen, Einrichtungen oder Unternehmen, § 132 Abs. 1 S. 1 SGB V, wobei bei Nichteinigung nach § 132 Abs. 1 S. 2 SGB V eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt; einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, wird sie von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde bestimmt, § 132 Abs. 1 S. 3 SGB V. Die Kosten werden gemäß § 132 Abs. 1 S. 4 SGB V zu gleichen Teilen getragen.

8. § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V

Die zur spezialisierten ambulanten Palliativversorgung, einschließlich der Vergütung und Abrechnung zwischen der Krankenkasse und geeigneten Einrichtungen und Personen zu schließenden Verträge nach § 132d Abs. 1 S. 1 SGB V werden im Falle der Nichteinigung durch eine Schiedsperson festgesetzt, die von den Parteien zu bestimmen ist.⁶⁷ Es besteht eine Pflicht der Krankenkassen zum Vertragsschluss, da sie die Versorgung sicherzustellen haben.⁶⁸ Die Regelungen im Falle der Nichteinigung auf eine Schiedsperson sowie zu den Kosten sind mit denen in § 132 Abs. 1 S. 3 und 4 SGB V wortlautidentisch. So legt eine Schiedsperson im Falle der Nichteinigung den Vertrag fest und wird, sollten sich die Parteien nicht auf sie einigen können, durch die zuständige Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Kosten des Verfahrens werden zu gleichen Teilen getragen.

9. § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V

Die Schiedsperson nach § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V ist für den Bereich der Versorgung mit Schutzimpfungen vorgesehen. Nach § 20i Abs. 1 S. 1 SGB V haben Versicherte einen Anspruch auf Leistungen für Schutzimpfungen im Sinne des § 2 Nr. 9 Infektionsschutzgesetz, also auf Gabe eines Impfstoffes mit dem Ziel, vor einer übertragbaren Krankheit zu schützen. Zur Durchführung der Impfungen schließen die Krankenkassen(verbände) mit Kassenärztlichen Verei-

⁶⁷ Vgl. allgemein zum Hospiz- und Palliativgesetz (HPG): *Bördner*, GuP 2015, 208 ff.

⁶⁸ *Engelmann*, WzS 2015, 67, 73.

nigungen, geeigneten Ärzten, deren Gemeinschaften, Einrichtungen mit geeignetem ärztlichen Personal oder dem öffentlichen Gesundheitsdienst Verträge, § 132e Abs. 1 S. 1 SGB V. Dabei haben sie sich innerhalb einer Frist von drei Monaten nach Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 20i Abs. 1 S. 3 SGB V über Einzelheiten zu den Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistungen für Schutzimpfungen zu einigen; gelingt ihnen dies nicht, so legt eine unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt fest, § 132e Abs. 1 S. 3 SGB V. Die Schiedsperson wird auch hier von den Vertragsparteien bestimmt. Sollte dies nicht erfolgen, bestimmt gemäß § 132e Abs. 1 S. 4 SGB V die für die vertragsschließende Krankenkasse oder für den vertragsschließenden Verband zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson. Die Kosten sind jeweils zur Hälfte durch die Vertragsparteien zu tragen, § 132e Abs. 1 S. 5 SGB V.

10. § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V

Auch im Bereich der gesundheitlichen Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase sieht das Gesetz ein Schiedsverfahren in § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V vor. Die Regelung beinhaltet lediglich einen Verweis auf § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V und damit das Schiedsverfahren zur spezialisierten ambulanten Palliativversorgung. Für die getroffenen Regelungen kann daher auf die dort gemachten Ausführungen verwiesen werden.

11. § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V

Zuletzt ist die Schiedsperson nach § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V zu nennen. Bei § 211 SGB V handelt es sich um eine Norm aus dem siebten Kapitel des SGB V, der Vorschriften zu den Verbänden der Krankenkassen beinhaltet. Sie enthält Regelungen zu den Aufgaben der Landesverbände der Krankenkassen. Diese haben die ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben zu erfüllen. § 211 Abs. 1 SGB V. Die Landesverbände haben nach § 211 Abs. 4 S. 3 SGB V das Nähere zur Aufbringung der Mittel, die für die Finanzierung ihrer Aufgaben erforderlich sind, zu vereinbaren. Kommt eine Vereinbarung nicht bis zum 1. November eines Jahres zustande, wird der Inhalt der Vereinbarung durch eine von den Parteien zu bestimmende Schiedsperson festgelegt. In diesem Fall arbeitet der Gesetzgeber wiederum mit einer Frist, um die Einigung über die Details der Finanzierung sicherzustellen. Das Gesetz sieht hier weder eine Regelung zur Kostentragung vor, noch gibt es vor, dass im Falle einer Nichteinigung auf eine Schiedsperson die zuständige Aufsichtsbehörde über die Schiedsperson entscheidet. Die Einigung auf eine

Schiedsperson kann somit verhindert werden, jedoch sollte dann die Aufsichtsbehörde auf eine Einigung hinwirken.⁶⁹

III. Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI

Auch im Recht der gesetzlichen Pflegeversicherung findet sich eine Regelung über eine Schiedsperson in § 76 Abs. 6 SGB XI. Dies ist die einzige außerhalb des SGB V normierte Schiedsperson. Dort ist die Möglichkeit, eine Schiedsperson einzusetzen, für den Fall vorgesehen, dass sich die Parteien, die sich bei einer Vereinbarung über die Höhe von Pflegesätzen gegenüberstehen, nicht auf die Höhe der Vergütung einigen können. Die Parteien der Pflegesatzvereinbarung sind gemäß § 85 Abs. 2 SGB XI die Träger des einzelnen zugelassenen Pflegeheimes und die Pflegekassen oder sonstigen Sozialversicherungsträger, die für die Bewohner des Pflegeheimes zuständigen Träger der Sozialhilfe und die Arbeitsgemeinschaften der gerade genannten Träger. Diese müssen sich nach § 85 Abs. 1 SGB XI auf die Art, Höhe und Laufzeit der Pflegesätze einigen. Die Einigung hat zwischen dem Träger des Pflegeheimes und der Mehrheit der Kostenträger zu erfolgen, § 85 Abs. 4 S. 1 SGB XI. Sollte dies nicht innerhalb von sechs Wochen nach Aufforderung zu Verhandlungen durch eine Partei erfolgen, so setzt grundsätzlich die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI auf Antrag einer Vertragspartei die Pflegesätze unverzüglich fest, § 85 Abs. 5 S. 1 SGB XI. Abweichend davon kann aber auch eine Bestellung einer Schiedsperson erfolgen. Hier besteht also nicht allein eine Möglichkeit oder Pflicht, eine Schiedsperson anzurufen, sondern es ist grundsätzlich ein Verfahren vor der Schiedsstelle vorgesehen, das aber durch ein Verfahren vor einer Schiedsperson ersetzt werden kann. Dies hängt jedoch von dem Willen der Parteien ab, die gemeinsam eine Bestellung vornehmen müssen.

§ 78 Abs. 6 S. 2 SGB XI macht der Schiedsperson genaue Vorgaben bezüglich ihrer Entscheidung. Danach hat sie innerhalb von 28 Tagen die Pflegesätze und den Zeitpunkt ihres Inkrafttretens festzusetzen. Eine solche Regelung findet sich weder in § 73b Abs. 4a SGB V noch in § 132a Abs. 6 SGB V. Gemäß § 76 Abs. 6 S. 3 SGB XI kann gegen die Festsetzungsentscheidung ein Antrag auf gerichtliche Aufhebung nur gestellt werden, wenn die Festsetzung der öffentlichen Ordnung widerspricht. Die Kosten des Verfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen, § 76 Abs. 6 S. 4 SGB XI. § 85 Abs. 6 gilt nach § 76 Abs. 6 S. 5 SGB XI entsprechend.

⁶⁹ *Krauskopf* in: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung*, § 211 SGB V, Rn. 34.

Abschnitt 2: Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V hat, obwohl sie erst 2008 eingeführt wurde, bereits große Bedeutung erlangt und zahlreiche Diskussionen in Rechtsprechung und Praxis hervorgerufen. Aufgrund der Ausdehnung des Anwendungsbereichs von Selektivverträgen in der GKV und der Relevanz der hausarztzentrierten Versorgung ist die Beleuchtung der mit dieser Schiedsperson zusammenhängenden Fragen von großem Interesse.

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V wurde, wie bereits dargestellt, eingeführt, um die in Abs. 4 eingeführte Verpflichtung, Verträge zur flächendeckenden Sicherstellung des Angebots in der hausarztzentrierten Versorgung bis zum 30. Juni 2009 abzuschließen, durchzusetzen. Die Gemeinschaften sind dabei als alleinige Antragsberechtigte in § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V vorgesehen. Eine unabhängige Schiedsperson, auf die sich die Parteien zu einigen haben, legt im Falle des Antrags durch eine Gemeinschaft den Vertragsinhalt fest, § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V. Sollte eine Einigung scheitern, so bestimmt nach Abs. 4a S. 2 die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson; die Kosten sind durch beide Parteien zu gleichen Teilen zu tragen, S. 3. Zudem findet sich eine Regelung für den Fall einer Klage nach Ausspruch des Schiedsspruches. So regelt § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V, dass Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhaltes keine aufschiebende Wirkung haben, nach S. 5 richten sich Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhaltes gegen eine der beiden Vertragsparteien, nicht aber gegen die Schiedsperson.

Diese Regelungen bergen mehrere Probleme, die im Folgenden ausführlich beleuchtet werden sollen. Zunächst ist zu untersuchen, welche Aufgaben und Kompetenzen der Schiedsperson zukommen. Hier stellt sich bereits die Frage, ob § 73b Abs. 4a SGB V überhaupt noch Rechtswirkungen entfaltet, da die Norm die Krankenkassen zum Vertragsschluss bis zum 30.6.2009 verpflichtete, dieses Datum aber bereits verstrichen ist (vgl. Abschnitt 2, A.). Sodann bedarf es der Beleuchtung der Einsetzung der Schiedsperson (vgl. Abschnitt 2, B.). Zudem soll auf das Verfahren vor der Schiedsperson eingegangen werden, dies unter besonderer Berücksichtigung der Frage nach anwendbaren Verfahrensvorschriften (vgl. Abschnitt 2, C.). Hiermit ist die Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsperson verbunden, die auch bei den Erläuterungen zum Schiedsspruch und dem

gerichtlichen Rechtsschutz zum Tragen kommt (vgl. Abschnitt 2, E.). Einige der Fragen werden in Literatur und Rechtsprechung diskutiert, andere wiederum haben bisher noch keine Beachtung erlangt, könnten aber insbesondere in zukünftigen Rechtsstreitigkeiten relevant werden.

A. Anwendungsbereich von § 73b Abs. 4 S. 1, 2, Abs. 4a SGB V

Der Anwendungsbereich von § 73b Abs. 4 S. 1, 2, Abs. 4a SGB V wirft in zweierlei Hinsicht Fragen auf. Zum einen besteht Klärungsbedarf bezüglich der Fristenregelung in § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V. Zum anderen ist die Vorrangigkeit des Vertragsschlusses mit den Gemeinschaften zu erörtern.

I. Anwendbarkeit nach dem 30. Juni 2009

Problematisch erscheint zunächst der Anwendungsbereich von § 73b Abs. 4 S. 1, 2, Abs. 4a SGB V. § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V besagt, dass zur flächendeckenden Sicherstellung des Angebots nach Absatz 1 die Krankenkassen allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen spätestens bis zum 30. Juni 2009 Verträge mit Gemeinschaften zu schließen haben. Sollten sich die Vertragsparteien nicht einigen können, so kann die Gemeinschaft die Einleitung eines Schiedsverfahrens nach Abs. 4a beantragen, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Man könnte aus dem Wortlaut der Norm schließen, dass die Regelung bis zum 30. Juni 2009 zu erfüllen war und nun keine Rechtswirkungen mehr entfalten kann, da die Frist bereits verstrichen ist. Des Weiteren könnte man schlussfolgern, dass damit auch die Regelung zur Schiedsperson nicht mehr zur Anwendung kommen kann, da sie für den Fall des fehlenden Vertragsschlusses nach S. 1 vorgesehen ist und dieser nicht mehr in Betracht kommt.

Der genaue Regelungsgehalt der Norm ist durch eine Auslegung nach dem Wortlaut, der Entstehungsgeschichte, dem Sinn und Zweck sowie der Systematik zu bestimmen.⁷⁰ Das Ergebnis, die Norm entfalte nach dem 30. Juni 2009 keine Wirkung mehr, erscheint danach bedenklich. Es würde dazu führen, dass keine Verpflichtung der Krankenkassen zum Vertragsschluss mehr besteht und künftig nur noch nach Ermessen Verträge abgeschlossen werden. Damit jedoch würde das Ziel des Gesetzgebers, eine flächendeckende hausarztzentrierte Versorgung

⁷⁰ Vgl. ausführlich zur Auslegung von Rechtsnormen: *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 696 ff.

sicherzustellen, konterkariert. Dies war seit Einführung der Norm stets das Bestreben des Gesetzgebers. Bereits in der ursprünglichen Fassung des neu eingeführten § 73b SGB V sah Abs. 2 vor, dass die Krankenkassen mit besonders qualifizierten Hausärzten Verträge zu schließen haben.⁷¹ Damit bestand von Anfang an eine Pflicht der Krankenkassen, Verträge abzuschließen. Jedoch bestand kein Anspruch auf einen Vertragsschluss. Somit hatten potentielle Vertragspartner von Krankenkassen keine Möglichkeit, einen Vertragsschluss durchzusetzen. Die Krankenkassen schlossen auch keine ausreichende Anzahl von Verträgen, um die hausarztzentrierte Versorgung sicherzustellen. Nach erneuter Änderung des Gesetzes bestand die Pflicht zum Vertragsschluss fort, weiterhin unter der Prämisse, dass kein Anspruch besteht.⁷² Weil danach immer noch keine ausreichende Anzahl von Verträgen abgeschlossen wurde, führte der Gesetzgeber eine Frist zum Abschluss von Verträgen ein.⁷³ Genauere Ausführungen zur Wirkungsweise dieser Norm werden in den Gesetzentwürfen nicht gemacht. Der Gesetzgeber wollte jedoch nicht bewirken, dass nach Fristablauf keine Pflicht zum Vertragsschluss mehr besteht. Die Krankenkassen hätten sich dann ihrer Verpflichtung einfach entziehen können, indem sie einen Vertragsschluss verweigern und das Verfahren über den 30. Juni 2009 hinauszögern.⁷⁴

Dies würde auch dem Sinn und Zweck der Norm, die Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung zu gewährleisten, widersprechen. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gesetzgeber die allgemeine Pflicht zum Vertragsschluss nur für die Zeit bis zum 30. Juni 2009 vorsehen wollte. Des Weiteren kann es auch in Zukunft immer dazu kommen, dass neue Gemeinschaften entstehen, die Verträge abschließen wollen, oder Verträge geändert oder gekündigt werden. Zudem kann der Fall eintreten, dass erstmalig nach dem Ablauf der Frist in einem Bezirk eine Gemeinschaft entsteht, die die Voraussetzungen nach Abs. 4 S. 1 erfüllt. In diesem Fall müssen neue Vertragsschlüsse möglich sein. Es ist des Weiteren nur schwer vorstellbar, dass eine Regelung mit Schiedsverfahren nur für eine kurze Übergangszeit im Gesetz verankert wird.⁷⁵

⁷¹ BGBl. I, S. 2202.

⁷² BGBl. I, S. 389.

⁷³ BGBl. I, S. 2427.

⁷⁴ So auch *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 12; *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b, Rn. 16.

⁷⁵ *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 16.

Tatsächlich ist die Formulierung der Norm missverständlich geraten. Jedoch sollte durch Angabe eines Datums nur gezeigt werden, dass bis zu diesem Verträge zwischen den Parteien abgeschlossen werden müssen.⁷⁶ Man könnte den Teil „spätestens bis zum 30. Juni 2009“ auch streichen, ohne dass die Norm ihren Sinn verlöre. Der Wortlaut stellt zwar den Ausgangspunkt der Auslegung dar.⁷⁷ Jedoch ist dieser nicht zwangsläufig so zu verstehen, dass sich die Regelung nach dem 30. Juni 2009 erledigt hat. Gerade die Entstehungsgeschichte sowie der Tenor der Norm sprechen für eine weitere Anwendbarkeit.

Eine systematische Betrachtung stützt das Vorbringen ebenfalls. Dabei lassen sich die weiteren Absätze des § 73b SGB V, sowohl in ihrer aktuellen als auch in alten Fassungen einbeziehen. So stellte beispielsweise § 73b Abs. 9 S. 1 SGB V a.F. bis zum 22. Juli 2015 eine Vorlagepflicht für die nach Abs. 4 geschlossenen Verträge auf, die nach S. 5 auch auf die durch Schiedsvertrag entstandenen Verträge anzuwenden war. Diese Vorlagepflicht bezog sich auf Verträge, die nach dem 22. September 2010 geschlossen wurden. Zwar ließe sich argumentieren, dass damit nur Verträge gemeint sein sollen, die nach dem 30. Juni 2009 überhaupt noch zustande kommen können und dass dies auf die Verträge nach S. 1 nicht zutreffe. Jedoch wird der gesamte Abs. 4 in Bezug genommen, nicht nur dessen S. 3. § 73b Abs. 9 SGB V a.F. wurde zudem erst im Jahre 2010 mit Wirkung vom 22. September 2010 neu eingefügt, also bereits nach Fristablauf.⁷⁸ Trotzdem wurde keine weitere Änderung des Abs. 4 vorgenommen. Es ist daher davon auszugehen, dass von einer Fortgeltung des Abs. 4 ausgegangen wurde und damit auch von der Möglichkeit des Vertragsschlusses zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften. Die Vorlagepflicht in § 73b Abs. 9 SGB V a.F. wurde zwar abgeschafft. Jedoch finden sich in § 73b SGB V weiterhin auf Abs. 4 in seiner Gesamtheit abgestellte Regelungen, wie die neu zum 1. April 2014⁷⁹ in Abs. 5 S. 1, 2. HS eingeführte Pflicht zur Vereinbarung von Wirtschaftlichkeitskriterien und Regelungen zur Qualitätssicherung. Diese greift für nach dem 31. März 2014 zustande kommende Verträge. Widerum änderte der Gesetzgeber den Wortlaut von § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V nicht. Dies unterstreicht die Annahme, dies sei bewusst geschehen.

⁷⁶ *Steinmeyer* in: *GesMedR*, § 73b SGB V, Rn. 16.

⁷⁷ *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 731.

⁷⁸ GKV-FinG vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2310 f.

⁷⁹ 14. Gesetz zur Änderung des Fünften Buchs Sozialgesetzbuch (14. SGB V-Änderungsgesetz – 14. SGBV-ÄndG) vom 27.3.2014, BGBl. I, S. 261.

Man kann zudem eine vergleichende Betrachtung mit anderen gesetzlichen Regelungen anstellen, die ebenfalls eine Frist vorgeben, innerhalb derer der Gesetzgeber ein bestimmtes Vorgehen verlangt. Die Vorgabe von Umsetzungsfristen findet sich insbesondere bei gesetzgeberischem Tätigwerden der Europäischen Union in Bezug auf Richtlinien nach Art. 288 AEUV. Der Fristablauf führt hier nicht dazu, dass die Richtlinie nicht mehr umzusetzen ist und damit ihre Wirkung verliert. Vielmehr müssen die Mitgliedsstaaten die Richtlinie weiterhin umsetzen und haften im Rahmen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs; die Richtlinie kann unter bestimmten Umständen sogar unmittelbare Wirkung gegenüber dem Bürger entfalten.⁸⁰ Dies stützt die Argumentation, dass eine gesetzliche Regelung nach Ablauf einer Umsetzungsfrist nicht erschöpft ist. Somit ist festzuhalten, dass auch weiterhin Verträge mit Gemeinschaften möglich sind und diese, im Gegensatz zu den möglichen Vertragsparteien nach Abs. 4 S. 3, einen Vertragsschluss auch durch Einschalten der Schiedsperson erzwingen können. Die Norm entfaltet auch nach dem 30. Juni 2009 noch Regelungswirkungen. Die Verpflichtung endete nicht mit dem 30. Juni 2009.⁸¹

II. Vorrangiger Vertragsschluss mit den Gemeinschaften

Es bleibt zu klären, ob ein Vertragsschluss mit einer Gemeinschaft immer noch vorrangig ist oder ob alle möglichen Vertragspartner gleichrangig nebeneinander stehen. In der Praxis wird dies weniger relevant sein, wurden schließlich Verträge nach Abs. 4 S. 1 innerhalb der Frist mit Gemeinschaften geschlossen, so dass nun einen Vertragsschluss mit anderen Parteien jederzeit möglich ist. Die Frage wird aber relevant, wenn ein Vertrag mit einer Gemeinschaft oder einer anderen Vertragspartei, die nach Abs. 4 S. 4 Vertragspartei geworden ist, gekündigt wird oder auf andere Weise endet oder in einem Bezirk kein Vertrag mit einer qualifizierten Gemeinschaft geschlossen wurde. In diesem Fall bestehen (wieder) ein vertragsfreier Zustand und die Pflicht der Krankenkassen, einen Vertrag zur Ermöglichung der hausarztzentrierten Versorgung zu schließen. Es

⁸⁰ *Ruffert* in: Calliess/Ruffert, EUV – AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 46.

⁸¹ So auch *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 48; *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 12; *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 16. – Auch nach Auffassung der Aufsichtsbehörden können weiterhin Verträge geschlossen und Schiedsverfahren durchgeführt werden, da es sich um eine Ordnungs- und nicht eine Ausschlussfrist handelt, vgl. Bundesversicherungsamt, Tätigkeitsbericht 2009, S. 13 (abrufbar über: http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/allgemeine_dokumente/pdf/taetigkeitsberichte/TB_2009.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017).

muss dabei weiterhin von einer Subsidiarität der weiteren Vertragspartner ausgegangen werden: Abs. 4 S. 3 ist immer noch so ausgestaltet, dass ein Vertragsschluss erst nach Zustandekommen einer Einigung nach Abs. 4 S. 1 möglich ist oder nach S. 4, wenn keine Gemeinschaft existiert, die die Voraussetzungen erfüllt. Der Wortlaut wurde nicht geändert. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung. Bei Verträgen mit Gemeinschaften wird durch das Erfordernis, mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Versorgung zu vertreten, eine flächendeckende Versorgung der Versicherten durch die hohe Zahl von beteiligten Ärzten ermöglicht. Über den Vertragsschluss mit den Gemeinschaften kann der Sicherstellungsauftrag gut erfüllt werden. Insbesondere entstehungsgeschichtliche Aspekte sprechen für den Fortbestand der Privilegierung. Die Überlegung, das Vertragsmonopol der Ärzte nach dem 30. Juni 2009 wieder aufzuheben, wurde sogar diskutiert, konnte sich aber nicht durchsetzen. Der Empfehlung⁸² einer Streichung wurde nicht gefolgt.⁸³ Die vorgeschlagene Änderung sah vor, dass Krankenkassen Verträge abschließen können und kein Anspruch auf Vertragsschluss besteht; § 73b Abs. 4a SGB V sollte aufgehoben werden.⁸⁴ Dadurch wäre die Verpflichtung der Krankenkassen zum Vertragsschluss mit den Gemeinschaften und deren Durchsetzungsmöglichkeit über die Schiedsperson aufgehoben worden. Begründet wurde dies damit, dass die Privilegierung möglicherweise Verletzung der Grundrechte⁸⁵ anderer möglicher Vertragspartner bedeute und der Wettbewerb zur Sicherung der besten Versorgung des Versicherten verhindert würde.⁸⁶ Der Vorschlag wurde jedoch nicht aufgenommen. Der Gesetzgeber entschied sich gegen eine Streichung der Regelung, was die Annahme der fortbestehenden Privilegierung ebenfalls stützt. Der Vertragsschluss mit Gemeinschaften ist daher weiterhin als vorrangig anzusehen.⁸⁷

⁸² Empfehlung der Gesundheits-, Agrar- und Finanzausschüsse zu dem Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 23.3.2009, BR-DS 171/1/09. Der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften der Bundesregierung (BT-DS 16/12256) vom 16.3.2009 beinhaltet noch keinen Vorschlag zur Änderung des § 73b Abs. 4 SGB V.

⁸³ Vgl. BGBl. I, S. 1990 ff.

⁸⁴ BR-DS 171/1/09, S. 50 f.

⁸⁵ Vgl. hierzu auch Abschnitt 2, B. I. 1. b).

⁸⁶ BR-DS 171/1/09, S. 51.

⁸⁷ So auch: *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135; trotz missverständlicher Bezeichnung als „Vertragsmonopol auf Zeit“; wohl auch dieser Ansicht *Orlowski* in: *Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, S. 1324.

Somit lässt sich zusammenfassend feststellen, dass § 73b Abs. 4 SGB V auch nach dem 30. Juni 2009 weiterhin den gleichen Anwendungsbereich hat.

B. Einsetzung der Schiedsperson

Die Schiedsperson im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung soll eine schnelle, effektive und unbürokratische Festsetzung des Vertragsinhaltes ermöglichen, wenn es die Parteien nicht schaffen, eine Einigung zu erzielen. Sie soll eine Schlichtung einer Streitigkeit herbeiführen. Das Gesetz sieht in § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V vor, dass die Gemeinschaft die Einleitung eines Schiedsverfahrens nach Abs. 4a beantragen kann.

I. Beteiligte Parteien

Maßgeblicher Akteur bei der Einsetzung der Schiedsperson ist die Gemeinschaft. Die Voraussetzungen für die Annahme einer Gemeinschaft im Sinne von § 73b Abs. 4 SGB V sind klärungsbedürftig. Weitere Beteiligte ist die jeweilige Krankenkasse.

1. Gemeinschaft

Fraglich ist zunächst, wer Gemeinschaft nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V sein kann und damit antragsberechtigt ist. Das Gesetz gibt dazu zunächst vor, dass es sich um Gemeinschaften handeln muss, die mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirkes der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten.

a) Einbezogene Leistungserbringer

Die hausärztliche Versorgung umfasst gemäß § 73 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 SGB V die allgemeine und fortgesetzte ärztliche Betreuung eines Patienten in Diagnostik und Therapie bei Kenntnis seines häuslichen und familiären Umfeldes und wird nach § 73 Abs. 1a S. 1 SGB V neben Allgemeinärzten (Nr. 1) unter anderem auch von Internisten ohne Schwerpunktbezeichnung (Nr. 3) und Ärzten, die bisher an der hausärztlichen Versorgung teilgenommen haben (Nr. 5) vorgenommen. § 73b SGB V stellt für die hausarztzentrierte Versorgung besondere Anforderungen auf.

aa) Allgemeinärzte

Nach dem Wortlaut können für das Vorliegen einer Gemeinschaft nur teilnehmende Allgemeinärzte berücksichtigt werden, nicht jedoch andere Ärzte, die an der hausärztlichen Versorgung teilnehmen.⁸⁸ Die alleinige Berücksichtigung wurde bereits in der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses damit gerechtfertigt, dass Allgemeinärzte generell eine Vorrangstellung innehaben, die sich aus § 103 Abs. 4 S. 6 SGB V ergebe.⁸⁹ Allgemeinärzte haben eine lange Weiterbildungsdauer von fünf Jahren und seien daher als besonders qualifiziert für die besonderen Anforderungen in der hausarztzentrierten Versorgung anzusehen.⁹⁰ Dies ist überzeugend, da es sich um eine Versorgungsform mit erhöhten Anforderungen handelt, vgl. § 73b Abs. 2 SGB V. Durch die alleinige Berücksichtigung von Allgemeinärzten kann die angestrebte Qualität erreicht werden.⁹¹ Es muss mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte vertreten werden. Dies verstärkt nochmals, dass eine möglichst flächendeckende und qualitativ hochwertige Versorgung erreicht werden soll. Es können somit nur Fachärzte für Allgemeinmedizin nach § 95a Abs. 2 S. 1 SGB V berücksichtigt werden.⁹² Dies bedeutet aber nicht, dass in der Gemeinschaft ausschließlich Allgemeinärzte zusammengeschlossen sein dürfen.⁹³ Auch andere Hausärzte nach § 73 SGB V können Mitglieder in der Gemeinschaft sein. Für das Quorum können sie aber keine Berücksichtigung finden.⁹⁴

⁸⁸ Klückmann in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 13.

⁸⁹ Vgl. BT-DS 16/10609, S. 54. Die Begründung der Beschlussempfehlung spricht (wohl irrtümlich) von § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V. Gemeint sein kann aber nur § 103 Abs. 4 S. 6 SGB. Dieser besagte schon zum Zeitpunkt der Beschlussempfehlung, dass ab dem 1.1.2006 für ausgeschriebene Hausarztsitze vorrangig Allgemeinärzte zu berücksichtigen sind. Hieraus lässt sich eine Vorrangstellung ableiten. § 103 Abs. 4 S. 5 SGB V stellt dagegen allgemein Kriterien auf, die bei der Auswahl eines Bewerbers bei der Neubesetzung eines Hausarztsitzes zu berücksichtigen sind und bevorzugt noch nicht Allgemeinärzte.

⁹⁰ BT-DS 16/10609, S. 54.

⁹¹ So auch *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 127.

⁹² So auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 31; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 34; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 – NZS 2011, 836, 838.

⁹³ *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 28. A.A.: *Hess* in: Kasseler Kommentar, 87. EGL, § 73b SGB V, Rn. 17.

⁹⁴ A.A.: LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32,34. Das Gericht sieht alle Allgemeinärzte als erfasst an.

bb) Sonstige Hausärzte

Das Erfordernis von mindestens 50% der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte soll dazu führen, dass nur als Gemeinschaft anzusehen ist, wer auch eine entsprechende Mächtigkeit in dem jeweiligen Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung innehat.⁹⁵ Mit letzterem Argument wird die Annahme, es könne nur auf die Allgemeinärzte ankommen, kritisiert und in Zweifel gezogen. Wenn es auf die soziale Mächtigkeit ankomme, müssten alle Hausärzte berücksichtigt werden, wofür auch Gründe der Gleichbehandlung sprächen.⁹⁶ Der Wortlaut des § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V ist insoweit aber eindeutig und lässt eine solche Interpretation nicht zu. Zu denken wäre allenfalls an eine Analogie, wonach auch andere Hausärzte für das Quorum eine Rolle spielen können.

(1) Voraussetzungen der Analogie

Eine Analogie zielt darauf ab, den wirklichen Willen des Gesetzgebers, abweichend vom Wortlaut, zu verwirklichen.⁹⁷ Es handelt sich folglich um Rechtsfortbildung. Der Richter wird zur Lückenfüllung rechtsergänzend tätig.⁹⁸ Dabei muss der Wortlaut planwidrig zu eng gefasst sein, es muss also zunächst eine planwidrige Regelungslücke vorliegen; in einem weiteren Schritt ist zu prüfen, ob eine vergleichbare Interessenlage vorliegt.⁹⁹ Diese setzt voraus, dass der Sinn und Zweck einer Vorschrift auch auf den ungeregelten Sachverhalt zutrifft.¹⁰⁰ Der Rechtsanwender, insbesondere der Richter, hat damit zwei Sachverhalte miteinander zu vergleichen.¹⁰¹ Beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen, wobei diese in Zusammenhang stehen: je größer die Vergleichbarkeit der Interessenlage, desto eher ist von einem Versehen des Gesetzgebers und damit einer Planwidrigkeit auszugehen.¹⁰² Bei der Prüfung des Vorliegens der Voraussetzungen für eine Analogie sind die Wertungen des Grundgesetzes zu beachten. Nach Art. 20 Abs. 3 GG ist die Rechtsprechung an das Gesetz gebunden, zudem fordert

⁹⁵ *Huster*, NZS 2010, 69, 70; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn 13a; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 128.

⁹⁶ So *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 12.

⁹⁷ *Potacs*, Rechtstheorie, S. 136, 188 ff.

⁹⁸ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 235.

⁹⁹ *Kuhn*, JuS 2016, 104, 104.

¹⁰⁰ *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 889.

¹⁰¹ *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 894 f.

¹⁰² *Kuhn*, JuS 2016, 104, 105.

Art. 20 Abs. 2 GG die Gewaltenteilung. Es ist genau zu prüfen, ob die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung vorliegen. Die Rechtsfortbildung durch Analogie kommt grundsätzlich in allen Rechtsbereichen in Betracht. Im Sozialrecht ergeben sich jedoch Bedenken aufgrund des geschriebenen Vorbehalts des Gesetzes in § 31 SGB I. Danach dürfen Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen dieses Gesetzbuchs nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt. Dies erfasst nach herrschender Meinung auch das Verhältnis von Leistungsträgern untereinander und zu Dritten, also den Bereich der Leistungserbringung.¹⁰³ Jedoch ist der Begriff des Gesetzes so auszulegen, dass er auch Richterrecht erfasst, soweit es sich um zulässige Auslegung oder Rechtsfortbildung handelt.¹⁰⁴ Es war gerade nicht die Intention des Gesetzgebers, jegliche Rechtsfortbildung zu verhindern. So genügt es, wenn das Gesetz eine Begründung, Änderung, Feststellung oder Aufhebung von Rechten und Pflichten „impliziert“.¹⁰⁵ Dies deutet darauf hin, dass auch die zulässige Rechtsfortbildung ebenso wie eine Auslegung weiterhin möglich sein sollte. Trotz der Normierung eines Totalvorbehalts ist auch im Sozialrecht die Bildung von Analogien zulässig.¹⁰⁶

(2) Analoge Anwendung auf Hausärzte

Bezüglich der weiteren Hausärzte müsste somit zunächst eine planwidrige Regelungslücke vorliegen. Eine Lücke an sich liegt vor, da die weiteren Hausärzte nicht für eine Gemeinschaft nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V berücksichtigt werden. Eine Analogie scheitert aber an der Planwidrigkeit: Wie bereits erläutert, findet sich bereits in der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses die Argumentation mit der privilegierten Stellung der Allgemeinärzte. In Kenntnis dieses Vorbringens erließ der Gesetzgeber die Änderungen mit gleichem Wortlaut.¹⁰⁷ Er

¹⁰³ *Mrozynski*, SGB I, § 31, Rn. 16; *Seewald* in: Kasseler Kommentar, § 31 SGB I, Rn. 7.

¹⁰⁴ *Mrozynski*, SGB I, § 31, Rn. 7.

¹⁰⁵ BT-DS 7/868, S. 27.

¹⁰⁶ Vgl. ausführlich zur Analogie im Sozialrecht und ihrem Verhältnis zu § 31 SGB I: *Grötschel*, Herstellungsanspruch, S. 340 ff.

¹⁰⁷ BGBl. I, S. 2427.

wollte damit nur die Allgemeinärzte berücksichtigen, nicht dagegen alle Hausärzte. Somit können nicht alle Hausärzte für das Quorum Berücksichtigung finden, sondern lediglich Allgemeinärzte.¹⁰⁸

b) Verfassungsmäßigkeit der Privilegierung

Die Privilegierung der Allgemeinärzte stößt auf verfassungsrechtliche Bedenken. Hierin könnte eine Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem nach Art. 3 Abs. 1 GG gesehen werden. Sollte eine Ungleichbehandlung gegeben sein, die nicht verfassungsrechtlich zu rechtfertigen ist, so liegt es bei dem Gesetzgeber, eine Änderung vorzunehmen. Weiteres beeinträchtigt Grundrecht könnte die Berufsfreiheit aus Art. 12 GG sein.

aa) Ungleichbehandlung, Art. 3 Abs. 1 GG

Zunächst könnte eine gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstoßende Ungleichbehandlung vorliegen. Diese könnte sich daraus ergeben, dass die weiteren nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V in Betracht kommenden Vertragspartner der Krankenkassen nur nachrangig berücksichtigt werden. Vorrangig ist ein Vertragsschluss mit den Gemeinschaften nach S. 1 zu suchen.

Hierbei ist zunächst zwischen den weiteren möglichen Vertragspartnern zu unterscheiden. Grundsätzlich werden vom persönlichen Schutzbereich des Grundrechts alle natürlichen Personen erfasst. Darunter fallen die vertragsärztlichen Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB V, wozu neben Allgemeinärzten Kinderärzte, Internisten ohne Schwerpunktbezeichnung, Ärzte mit Eintragung in das Arztregister nach § 95a Abs. 4 und 5 S. 1 SGB V und Ärzte, die am 31. Dezember 2000 an der hausärztlichen Versorgung teilgenommen haben, gehören. Gemeinschaften dieser Leistungserbringer (Nr. 2), Träger von Einrichtungen, die durch vertragsärztliche Leistungserbringer eine hausarztzentrierte Versorgung anbieten (Nr. 3) und Kassenärztliche Vereinigungen (Nr. 4) sind keine natürlichen Personen und fallen daher nicht einfach unter Art. 3 Abs. 1 GG. Sie stellen Zusammenschlüsse privatrechtlicher Natur dar und können sich nur dann

¹⁰⁸ So auch: *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 24; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 13; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 127; *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 28; *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 46. – Die Dauer der Weiterbildung ist dagegen nicht ausschlaggebend, es kommt darauf an, ob der jeweilige Arzt die Bezeichnung als Facharzt für Allgemeinmedizin trägt. Damit werden auch Allgemeinärzte mit einer Weiterbildungsdauer nach altem Recht erfasst. Vgl. hierzu *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 29a.

auf die Grundrechte berufen, wenn diese nach Art. 19 Abs. 3 GG dem Wesen nach auf sie anwendbar sind. Die Kassenärztlichen Vereinigungen nach § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V scheiden an dieser Stelle schon als Grundrechtsberechtigte aus. Gemäß § 77 Abs. 5 SGB V handelt es sich bei diesen um Körperschaften des öffentlichen Rechts, also um juristische Personen des öffentlichen Rechts. Diese können sich grundsätzlich nicht auf Grundrechte berufen, da sie keine eigenen Freiheiten wahrnehmen, sondern ihnen gesetzlich zugeordnete Kompetenzen ausüben.¹⁰⁹ Nur in anerkannten Ausnahmen ist eine Berufung auf Grundrechte möglich, wenn es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts handelt, die unmittelbar einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zugeordnet werden können.; grundsätzlich nehmen Bürger ihre Grundrechte selbst wahr¹¹⁰ Ein solcher Fall ist hier aber nicht gegeben, es handelt sich weder um Rundfunkanstalten, noch um Universitäten oder Religionsgemeinschaften, für die eine Ausnahme nach der sogenannten Ausnahmetrias¹¹¹ anerkannt wurde. Die Kassenärztlichen Vereinigungen sind daher grundrechtsverpflichtet und nicht -berechtigt.¹¹²

Gemeinschaften von Leistungserbringern nach Nr. 2 und Träger von Einrichtungen nach Nr. 3 können in verschiedenen Rechtsformen organisiert sein, wobei Gemeinschaften nicht als Personengesellschaft, also OHG oder KG, organisiert sein können, da der Arztberuf ein freier Beruf ist (vgl. § 1 MBO-Ä) und kein Gewerbe. Die Gemeinschaften können auch Berufsausübungsgemeinschaften sein oder Verbände, die nicht zu den privilegierten Gemeinschaften gehören, Träger nach Nr. 3 auch Managementgesellschaften.¹¹³ Es handelt sich aber um juristische Personen oder andere Vereinigungen des Privatrechts, sodass eine Grundrechtsträgerschaft in Betracht kommt.¹¹⁴ Art. 3 Abs. 1 GG muss dann dem Wesen nach auf diese Personen oder Personenvereinigungen anwendbar sein.

¹⁰⁹ BVerfG, Beschluss vom 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82, 102.

¹¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82, 102; BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 753/83, BVerfGE, 68, 193, 207; BVerfG, Beschluss vom 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 196 f.

¹¹¹ *Remmert* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 3 (2009), Rn. 49.

¹¹² BVerfG, Beschluss vom 14.5.1985 – 1 BvR 449/82, 1 BvR 523/82, 1 BvR 728/82, 1 BvR 700/82 – BVerfGE 70, 1, 16; BVerfGE, Beschluss vom 8.12.1982 – 2 BvL 12/79 – BVerfGE 62, 354, 369.

¹¹³ *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 13.

¹¹⁴ BVerfG, Beschluss vom 8.7.1982 – 2 BvR 1187/80 – BVerfGE 61, 82, 102; BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 753/83, BVerfGE, 68, 193, 207; BVerfG, Beschluss vom 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 196 f.

Dies ist bei Art. 3 Abs. 1 GG grundsätzlich möglich.¹¹⁵ Zudem muss sich die Organisation, die das jeweilige Grundrecht beanspruchen möchte, in einer Lage befinden, die der einer natürlichen Person in einer vergleichbaren Situation ähnelt.¹¹⁶ Es muss also eine für das Grundrecht typische Gefährdungslage vorliegen.¹¹⁷ Das Bundesverfassungsgericht ist der Auffassung, eine Anwendbarkeit sei dann zu bejahen, wenn die Organisation Ausdruck der freien Entfaltung des Individuums sei, wenn der Durchgriff auf die hinter der Organisation stehenden natürlichen Personen dies erforderlich macht;¹¹⁸ es fordert damit, dass ein sogenanntes personales Substrat vorliegen muss.¹¹⁹ Dies kann man hier annehmen: Sowohl hinter den Gemeinschaften nach Nr. 2 als auch hinter den Trägern von Einrichtungen nach Nr. 3 stehen an der hausärztlichen Versorgung teilnehmende Leistungserbringer, also Vertragsärzte. Die jeweilige Organisation soll Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung schließen und gestaltet damit die Berufsausübung des einzelnen Vertragsarztes, die über Art. 12 GG geschützt ist, mit aus. Wenn dies nur nachrangig möglich ist, wie dies § 73b Abs. 4 SGB V regelt, so betrifft dies auch die hinter den jeweiligen Organisationen stehenden Ärzte, da diese erst nachrangig zur hausarztzentrierten Versorgung herangezogen werden (können). Damit ist eine Anwendbarkeit nach Art. 19 Abs. 3 GG zu bejahen und der persönliche Schutzbereich eröffnet.

Eine Ungleichbehandlung liegt vor, wenn wesentlich Gleiches willkürlich ungleich oder wesentlich Ungleiches willkürlich gleich behandelt wird.¹²⁰ Dazu muss eine Ungleichbehandlung verschiedener Gruppen vorliegen, wobei die

¹¹⁵ BVerfG, Urteil vom 14.12.1965 – 1 BvR 413/60, 1 BvR 416/60 – BVerfGE 19, 206, 215; BVerfG, Beschluss vom 3.7.1973 – 1 BvR 153/69 – BVerfGE 35, 348, 357.

¹¹⁶ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 174.

¹¹⁷ Der Begriff geht zurück auf *von Mutius* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. 19 Abs. 3 (1975), Rn. 114, m.w.N. zu weiteren Vertretern dieser Auffassung.

¹¹⁸ BVerfGE, Beschluss vom 2.5.1967 – 1 BvR 578/63 – BVerfGE 21, 362, 369; BVerfG, Beschluss vom 31.10.1984 – 1 BvR 753/83, BVerfGE, 68, 193, 205 f.; BVerfG, Beschluss vom 14.4.1987 – 1 BvR 775/84, BVerfGE 75, 192, 196. Auch in der sog. Vattenfall-Entscheidung kann keine grundsätzliche Abkehr des BVerfG von seiner ständigen Rechtsprechung gesehen werden, da es sich um einen Fall handelte, bei dem ein ausländischer Staat alleiniger Anteilseigner einer Gesellschaft war. Zudem kam es maßgeblich auf eine unionsrechtskonforme Auslegung an, vgl. BVerfG, Urteil vom 6.12.2016 – 1 BvR 2821/11, 1 BvR 321/12, 1 BvR 1456/12 – NJW 2017, 217, 218 ff.

¹¹⁹ Diese Begrifflichkeit wird in Bezug auf die Rechtsprechung des BVerfG z. B. verwandt von *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 23, Rn. 13.

¹²⁰ BVerfG, Urteil vom 23.10.1951 – 2 BvG 1/51 – BVerfGE 1, 14, 52; BVerfG, Beschluss vom 9.8.1978 – 2 BvR 831/76 – BVerfGE 49, 148, 165.

Vergleichsgruppen unter einen gemeinsamen Oberbegriff fallen müssen.¹²¹ Eine Ungleichbehandlung liegt vor, da vorrangig Gemeinschaften nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V bei den Vertragsschlüssen heranzuziehen sind; Verträge mit den möglichen Partnern nach Abs. 4 S. 3 sind erst nachrangig möglich. Die Vertragspartner fallen dabei alle unter den Oberbegriff der Organisationen, die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmende Ärzte vertreten, mit Ausnahme der alleinigen Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 1 SGB V. Bei ihnen mag man daher die Vergleichbarkeit und damit eine Ungleichbehandlung bereits verneinen. Zusammenschlüsse, die eine Vielzahl von Vertragsärzten bündeln, haben zudem einen größeren Wirkungsbereich als ein einzelner Leistungserbringer, weshalb hier, selbst wenn man eine Ungleichbehandlung bejahen würde, zumindest ein legitimer Zweck zu bejahen wäre, der eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung darstellen würde. Für die anderen Fälle ist eine Ungleichbehandlung zu bejahen.

Welche Anforderungen an die verfassungsrechtliche Rechtfertigung zu stellen sind, muss zunächst bestimmt werden. Das Bundesverfassungsgericht differenziert danach, wie hoch die Intensität der Ungleichbehandlung ist.¹²² Bei geringer Intensität erfolgt nur eine Willkürprüfung, wobei eine Ungleichbehandlung bei Vorliegen eines sachlichen Grundes gerechtfertigt ist.¹²³ Bei größerer Intensität hat eine Verhältnismäßigkeitsprüfung zu erfolgen. Mit der Ungleichbehandlung muss ein legitimes Ziel verfolgt werden und sie muss geeignet, erforderlich und angemessen sein, um das Ziel zu verwirklichen.¹²⁴ Die Anforderungen an diese Prüfung hängen davon ab, wie gewichtig die Umstände sind, die für eine strenge Prüfung sprechen.¹²⁵ Für die Feststellung der Intensität kommt es unter anderem darauf an, inwiefern die Ungleichbehandlung den Gebrauch grundrechtlich geschützter Freiheiten erschwert, ob der Betroffene das Kriterium der Ungleichbehandlung beeinflussen kann und auf die Frage, wie stark das verwandte Kriterium personenbezogen ist.¹²⁶ Die jeweiligen Organisationen können die Tatsa-

¹²¹ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 490.

¹²² BVerfG, Urteil vom 8.4.1997 – 1 BvR 48/94 – BVerfGE 95, 267, 316 f.; BVerfG, Urteil vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 – BVerfGE 99, 367, 388; BVerfG, Beschluss vom 4.12.2002 – 2 BvR 400/98 – BVerfGE 107, 27, 45 f.

¹²³ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 493.

¹²⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 496 f.

¹²⁵ *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 3, Rn. 16.

¹²⁶ BVerfG, Urteil vom 2.3.1999 – 1 BvL 2/91 –; BVerfGE 99, 367, 388.

che, dass es sich bei ihnen nicht um einen Zusammenschluss von Allgemeinärzten handelt, nicht beeinflussen, was für hohe Anforderungen spricht. Ebenso bezieht sich das Erfordernis eines Zusammenschlusses von Allgemeinärzten auf die Charakterisierung als Allgemeinarzt, also ein personenbezogenes Merkmal, was ebenfalls eine Annahme einer hohen Intensität stützt. Andererseits erschwert die Ungleichbehandlung die Ausübung der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit nicht über die Maße. Zwar besteht kein Anspruch dieser Leistungserbringer auf Abschluss von Verträgen. Jedoch betrifft dies nur den Bereich der hausarztzentrierten Versorgung, nicht die gesamte hausärztliche Versorgung. An letzterer können die sonstigen Ärzte weiterhin teilnehmen. Zudem ist ein Vertragsschluss nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern immer noch (nachrangig) möglich. Das Betätigungsfeld der betroffenen Ärzte wird nur eingeschränkt. Sowohl eine Willkürprüfung als auch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung lassen sich daher vertreten.¹²⁷

Selbst wenn man hier jedoch einen strengen Maßstab anwendet und eine Verhältnismäßigkeitsprüfung durchführt, ist eine Rechtfertigung anzunehmen. Es wird das Ziel verfolgt, durch die Verpflichtung zum Vertragsschluss mit einem bestimmten Vertragspartner – den qualifizierten Gemeinschaften – einen schnelleren Abschluss von Verträgen zur Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung zu ermöglichen.¹²⁸ Die hausarztzentrierte Versorgung stellt eine wichtige Ergänzung der Regelversorgung und damit einen Teil der Gesundheitsversorgung der Bevölkerung dar. Der Schutz der Gesundheit der Bevölkerung wird als gewichtiges öffentliches Interesse eingeordnet.¹²⁹ Dabei handelt es sich um ein legitimes Ziel. Die Bevorzugung einer Partei ist auch geeignet, das Ziel zu erreichen, also dieses zumindest auch zu fördern,¹³⁰ da durch Einbeziehung nur eines Vertragspartners ein schnellerer Vertragsschluss durchaus möglich ist. Dadurch wird eine Versorgung mit dieser Versorgungsform grundsätzlich schneller möglich. Die Ungleichbehandlung müsste auch erforderlich sein. Eine Alternative, die milder, also nicht oder weniger fühlbar einschränkend wirkt, aber gleich wirksam erscheint,¹³¹ ist hier nicht ersichtlich, sodass es auch nicht

¹²⁷ Wohl von letzterem ausgehend: *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 127.

¹²⁸ BT-DS 16/10609, S. 53.

¹²⁹ BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 78.

¹³⁰ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 301.

¹³¹ BVerfG, Beschluss vom 20.6.1984 – 1 BvR 1494/78 – BVerfGE 67, 157, 176; BVerfG, Beschluss vom 26.4.1995 – 1 BvL 19/94, 1 BvR 1454/94 – BVerfGE 92, 262, 273.

an der Erforderlichkeit fehlt. Die vorherigen gesetzlichen Regelungen, die alle ärztlichen Leistungserbringer gleich behandelten und daher als milder angesehen werden können, waren von den Krankenkassen nicht ausreichend umgesetzt worden und daher nicht gleich wirksam. Bestimmten weiteren Zusammenschlüssen ebenfalls einzuräumen, vorrangige Verträge abzuschließen, oder nur eine Frist zu setzen, erscheint ebenfalls zumindest nicht gleich wirksam. Dem Gesetzgeber kommt hier ein Einschätzungsspielraum zu.¹³² Die Angemessenheit ist der Regelung ebenfalls nicht abzusprechen. Andernfalls müsste das Ziel außer Verhältnis zum Zweck stehen. Verträge zur Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung waren aber wie bereits dargestellt in der Vergangenheit, als noch alle Vertragspartner gleichrangig nebeneinander standen, nicht in ausreichender Anzahl abgeschlossen worden. Zwar hätte der Gesetzgeber zunächst nur eine Frist zum Vertragsschluss setzen können; der Gesetzgeber wollte aber in einem kurzen Zeitraum von sechs Monaten (Inkrafttreten des Gesetzes zum 1. Januar 2009, Verpflichtung zum Vertragsschluss bis zum 30. Juni 2009) Vertragsschlüsse herbeiführen. Wären mehrere Vertragspartner in Betracht gekommen, so erscheint es eher schwierig, von einem Vertragsschluss in dieser Zeit auszugehen. Eine größere Auswahl an Vertragspartnern kann zu Verhandlungen mit mehreren dieser führen, was einer längeren Zeitspanne bedarf. Wie bereits dargestellt, werden die weiteren Vertragspartner nach Abs. 4 S. 3 nicht übermäßig belastet. Bei den herangezogenen Allgemeinärzten handelt es sich nach Intention des Gesetzgebers aufgrund der Dauer ihrer Weiterbildung um besonders qualifizierte Vertragsärzte, wodurch sie auch die höhere Qualität in der hausarztzentrierten Versorgung gewährleisten sollen.¹³³ Zudem ist nach Abschluss eines Vertrages mit einer privilegierten Gemeinschaft weiterhin ein Vertragsschluss mit den übrigen Vertragspartnern nach Abs. 4 S. 3 möglich.¹³⁴ Somit ist eine Unangemessenheit nicht gegeben, es liegt damit auch keine Unverhältnismäßigkeit vor. Von einer Ungleichbehandlung und einem Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG durch alleinige Privilegierung der Allgemeinärzte der weiteren Vertragspartner nach Abs. 4 S. 3 ist daher nicht auszugehen.¹³⁵

¹³² *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 305; *Adolf* in: *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 53.

¹³³ Vgl. wiederum BT-DS 16/10609, S. 54.

¹³⁴ *Adolf* in: *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 53.

¹³⁵ So auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, *juris* Rn. 122; *Orlowski*, *ZMGR* 2009, 124, 127; einer Annahme der Vereinbarkeit mit Art. 3 GG steht *Steinmeyer*, in: *GesMedR*, § 73b SGB V, Rn. 12, zweifelnd gegenüber, ohne eindeutig Stellung hierzu zu beziehen.

bb) Verstoß gegen sonstige Grundrechte

Auch könnte in der Privilegierung der Gemeinschaften von an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzten ein verfassungsrechtlich ungerechtfertigter Eingriff in die Berufsfreiheit der sonstigen Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V und damit ein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG vorliegen.

Zum persönlichen Schutzbereich gilt zunächst das zu Art. 3 Abs. 1 GG Gesagte; nur die grundrechtsberechtigten Leistungserbringer können sich auf Art. 12 Abs. 1 GG berufen. Erfasst werden alle Deutschen. Ausländische Leistungserbringer können sich dagegen nur auf Art. 2 Abs. 1 GG berufen.¹³⁶

Der sachliche Schutzbereich ist gegeben. Bei der Tätigkeit als in § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V genannter Leistungserbringer handelt es sich um einen Beruf. Der Berufsbegriff ist weit auszulegen und erfasst neben traditionellen auch neue Berufe, die aber nicht verboten sein dürfen und von gewisser Dauer sein müssen, wobei sie der Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dienen müssen.¹³⁷ Erfasst werden sowohl die Berufswahl- als auch die Berufsausübungsfreiheit. Es handelt sich um ein einheitliches Grundrecht, auf das der Regelungsvorbehalt aus Art. 12 Abs. 1 S. 2 GG insgesamt anwendbar ist.¹³⁸ Hierunter fällt die Tätigkeit von einzelnen Leistungserbringern sowie ihrer Zusammenschlüsse. Dadurch, dass die nachrangigen Leistungserbringer einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung mit den Krankenkassen erst nach Abschluss von Verträgen mit den privilegierten Gemeinschaften abschließen können, wird in ihre Berufsausübungsfreiheit eingegriffen. Durch diesen gesetzlichen Vorbehalt ist eine Regelung mit unmittelbarem Bezug zum Beruf und damit berufsregelnder Tendenz gegeben. Letztere ist für die Annahme eines Eingriffs in die Berufsfreiheit zu verlangen.¹³⁹ Dieser Eingriff ist jedoch gerechtfertigt. Der Schrankenvorbehalt erlaubt Eingriffe durch Gesetz und aufgrund eines Gesetzes, wobei § 73b SGB V als Schranke anzusehen ist. Zu berücksichtigen ist aber der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Dieser wird bei Art. 12 GG durch die sogenannte Drei-Stufen-Lehre näher ausgeformt.¹⁴⁰ Dabei steigen die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit abhängig davon, ob es sich um einen Eingriff in Form einer Berufsausübungsregelung, einer subjektiven Berufswahl- oder einer objektiven

¹³⁶ Scholz in: Maunz/Dürig, GG, Art. 12 (2006), Rn. 103 f.

¹³⁷ Pieroth/Schlink, Grundrechte, Rn. 901, 903.

¹³⁸ BVerfG, Urteil vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – NJW 1958, 1035, 1037.

¹³⁹ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 14.

¹⁴⁰ Jarass in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 12, Rn. 33.

Berufswahlregelung handelt.¹⁴¹ Hier handelt es sich um einen Eingriff von geringerer Intensität: Die nachrangigen Leistungserbringer haben neben dem Abschluss von Verträgen nach § 73b SGB V einen weiten Tätigkeitsbereich, zudem wird ihnen das Tätigwerden nicht generell verwehrt, sie können lediglich in der hausarztzentrierten Versorgung nur nachrangig in Erscheinung treten. Es handelt sich lediglich um eine Berufsausübungsregelung. Diese wird über vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls legitimiert.¹⁴² Das Ziel, die Absicherung der hausarztzentrierten Versorgung zunächst über besonders qualifizierte Hausärzte zu erreichen, ist eine solche vernünftige Erwägung, wobei die geschaffene Regelung auch geeignet und erforderlich ist. Mildere Mittel, die gleich effektiv wären, sind nicht ersichtlich. Insbesondere kommt dem Gesetzgeber ein weiter Beurteilungs- und Prognosespielraum zu.¹⁴³ Zur Frage der Angemessenheit kann auf die Erläuterungen zu Art. 3 Abs. 1 GG verwiesen werden. Aufgrund der geringen Eingriffsintensität steht die Regelung nicht außer Verhältnis zum angestrebten Zweck. Die Regelung soll die Versorgung der Versicherten verbessern und dient damit deren Gesundheit. Auch die Sicherung der Stabilität und Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenkasse wird angestrebt. Die Gesundheitsversorgung ist schon eingedenk der Schutzpflicht für Leben und Gesundheit (vgl. Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG) als überragend wichtiges Gemeinschaftsgut anerkannt worden.¹⁴⁴ Die Sicherung einer stabilen und funktionierenden gesetzlichen Krankenversicherung stellt ebenfalls ein Gemeinwohlbelang überragenden Gewichts dar, da auch hierdurch die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung sichergestellt wird.¹⁴⁵ Hier wird man zwar, da es sich nur um eine besondere Form der hausärztlichen Versorgung handelt und nicht um die grundlegende Gesundheitsversorgung, nur eine geringere Einordnung des betroffenen Gemeinschaftsgutes annehmen können. Für eine Berufsausübungsregelung reicht dies aber für eine Rechtfertigung aus. Auch die dargestellten Aspekte zur Sicherung des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung sprechen für eine Rechtfertigung. Ein ungerechtfertigter Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ist abzulehnen.

¹⁴¹ BVerfG, Urteil vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – NJW 1958, 1035, 1038.

¹⁴² BVerfG, Urteil vom 11.6.1958 – 1 BvR 596/56 – BVerfGE 7, 377, 405 f.; BVerfG, Beschluss vom 11.2.1992 – 1 BvR 1531/90 – BVerfGE 85, 248, 259.

¹⁴³ BVerfG, Beschluss vom 19.7.2000 – 1 BvR 539/96 – BVerfGE 102, 197, 218.

¹⁴⁴ BVerfG, Beschluss vom 20.3.2001 – 1 BvR 491/96 – BVerfGE 103, 172, 184.

¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 20.3.2001 – 1 BvR 491/96 – BVerfGE 103, 172, 184 f.

Auf Art. 2 Abs. 1 GG soll hier nicht weiter eingegangen werden. Ist der Schutzbereich von Art. 12 GG eröffnet, verdrängt dieser als spezielleres Grundrecht die Anwendung des Grundrechts auf allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG.¹⁴⁶ Relevant wird Art. 2 Abs. 1 GG in Fällen, bei denen es sich um ausländische Leistungserbringer handelt. Auch wenn in der nur nachrangigen Zulassung zum Vertragsschluss ein Eingriff in den Schutzbereich der allgemeinen Handlungsfreiheit zu sehen ist, ist dieser ebenfalls aus den gleichen Gründen wie im Falle der Berufsfreiheit gerechtfertigt.

cc) Verstoß gegen EU-Recht

Aus EU-rechtlicher Sicht ist an einen Verstoß gegen Grundfreiheiten, insbesondere gegen Art. 49 AEUV, die Niederlassungsfreiheit, und Art. 56 AEUV, die Dienstleistungsfreiheit, zu denken.

Die Niederlassungsfreiheit schützt nach ihrem Abs. 2 explizit auch die Aufnahme und Ausübung selbstständiger Tätigkeiten, wozu die Tätigkeit von Leistungserbringern in der hausärztlichen Versorgung zu zählen ist. Handelt es sich um Leistungserbringer aus dem EU-Ausland, die in Deutschland im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung tätig werden wollen, so liegt eine Beeinträchtigung auch dieser Freiheit vor. Zwar handelt es sich nicht um eine unmittelbare Diskriminierung, da die Staatsangehörigkeit nicht ausschlaggebendes Kriterium ist. Eine mittelbare Diskriminierung könnte man annehmen, da der Begriff der Gemeinschaft an die Allgemeinärzte des Bezirks einer Kassenärztlichen Vereinigung anknüpft, § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V, und damit an den Sitz des jeweiligen Arztes. Allgemeinärzte aus dem EU-Ausland erfüllen dieses Kriterium nicht. Ob wirklich mehr EU-Ausländer betroffen sind, kann nicht festgestellt werden. Zudem greift jedoch bei Art. 49 AEUV ein allgemeines Beschränkungsverbot, wonach auch unterschiedslos geltende Maßnahmen eine Beeinträchtigung darstellen, wenn sie Zugangsbehinderungen auf Grund von Ausübungsmodalitäten konstituieren.¹⁴⁷ Dies wird man jedenfalls annehmen müssen. Die Vorgaben, wann nachrangige Leistungserbringer Verträge mit den Krankenkassen nach § 73b Abs. 4 SGB V schließen können, unterfallen dieser Kategorie von Beschränkung grundsätzlich. Nach Art. 52 AEUV kommt aber eine Rechtfertigung

¹⁴⁶ BVerfG, Urteil vom 16.1.1957 – 1 BvR 253/56 – NJW 1957, 297, 297; BVerfG, Beschluss vom 7.1.1959 – 1 BvR 100/57 – NJW 1959, 667, 667.

¹⁴⁷ *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rn. 65.

aus Gründen der öffentlichen Gesundheit in Betracht. Zwar bezieht sich die Norm ausdrücklich auf offene Diskriminierungen, sie muss aber erst recht greifen können, wenn es sich um eine unterschiedslos geltende Maßnahme handelt.¹⁴⁸ Der Begriff öffentlicher Gesundheit ist mit Hilfe von Art. 4 der Richtlinie 64/221/EWG¹⁴⁹ und der Anlage A zu dieser Richtlinie zu bestimmen. Hieraus ergibt sich eine enge Auslegung, da nur besonders schwere Krankheiten wie quarantänepflichtige Krankheiten und damit einhergehend Regelungen zur Verhinderung und Bekämpfung dieser erfasst sind. Die vorliegende Regelung kann damit nicht über Art. 52 AEUV gerechtfertigt werden. Jedoch kann eine Rechtfertigung aufgrund der Einordnung als Ausübungsmodalität auch über zwingende Interessen der Allgemeinheit erfolgen.¹⁵⁰ Diese sind in einer ausreichenden und qualitativ hochwertigen hausärztlichen Versorgung – und damit dem Schutz der Gesundheit der Versicherten – zu sehen. Die Bewertung des auch hier zu wahren Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zeigt keine Abweichungen zu der bereits zum nationalen Recht vorgenommenen Bewertung. Auch EU-Ausländer können im sonstigen Bereich hausärztlicher Versorgung in der Leistungserbringung tätig werden und können nachrangig Verträge abschließen. Ein Verstoß gegen Art. 49 AEUV ist somit abzulehnen.¹⁵¹

Gleiches gilt für einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Art. 56 AEUV. Diese gewährleistet die freie Dienstleistungserbringung. Für die Definition der Dienstleistung beinhaltet Art. 57 AEUV eine Legaldefinition. Danach sind Dienstleistungen solche, die regelmäßig gegen Entgelt erbracht werden, wozu auch freiberufliche Tätigkeiten gehören. Damit fällt die Tätigkeit als Allgemeinarzt unter den Anwendungsbereich. Eine vorliegende mittelbare Diskriminierung oder ein Verstoß gegen das allgemeine Beschränkungsverbot ist jedoch mit obiger Argumentation rechtfertigbar.¹⁵²

¹⁴⁸ *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 52 AEUV, Rn. 4.

¹⁴⁹ Richtlinie 64/221/EWG des Rates vom 25.2.1964 zur Koordinierung der Sondervorschriften für die Einreise und den Aufenthalt von Ausländern, soweit sie aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit oder Gesundheit gerechtfertigt sind.

¹⁵⁰ *Müller-Graff* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 49 AEUV, Rn. 82.

¹⁵¹ A.A. wohl *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 74. Dieser positioniert sich nicht ausdrücklich („dürfte“) und nimmt auch keine genaue Prüfung der Grundfreiheiten vor. Der Verstoß wird über „geschlossene Leistungserbringungsmonopole“ angenommen.

¹⁵² Kritisch wiederum *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 75.

Auch ein Verstoß gegen Art. 15, 16 und 20 der Grundrechtecharta der EU ist zu bedenken. Bei der Grundrechtecharta handelt es sich um Primärrecht, das gleichrangig neben den Grundfreiheiten steht, wie sich aus Art. 6 Abs. 1, 2. HS EUV ergibt. Jedoch gilt die Charta für die Mitgliedsstaaten nur, sofern sie EU-Recht durchführen, Art. 51 Abs. 1 S. 1 Grundrechtecharta. Geht es jedoch um Handeln nach nationalen Kompetenzen, greift die Charta nicht.¹⁵³ Im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung besteht mangels Durchführung von EU-Recht keine Bindung an die Grundrechtecharta. Es handelt sich um rein nationales Recht.

c) Organisationsform

Um was für eine Art von Zusammenschluss von hausärztlichen Leistungserbringern es sich bei einer Gemeinschaft handelt, ist unerheblich. Das Gesetz macht keine Vorgaben. Es bedarf jedoch eines verbindlichen Zusammenschlusses, wobei man zumindest von Teilrechtsfähigkeit ausgehen muss.¹⁵⁴ Es kommen verschiedene Rechtsformen in Betracht.¹⁵⁵ Eine bestimmte Organisationsstruktur wird nicht vorgegeben.¹⁵⁶ Die Gemeinschaften können somit als GbR nach §§ 705 ff. BGB organisiert sein. Die weiteren Personengesellschaften offene Handelsgesellschaft (OHG) oder Kommanditgesellschaft (KG) kommen als Rechtsform dagegen nicht in Betracht, da es sich bei der ärztlichen Tätigkeit um einen freien Beruf und nicht um ein Gewerbe handelt, vgl. § 1 Abs. 1 MBO-Ä. Alle sonstigen privatrechtlichen Organisationsformen kommen aber in Betracht.¹⁵⁷ Es kann sich auch um eine juristische Person des Privatrechts handeln,

¹⁵³ Jarass, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 11. Auch die Rechtsprechung des EuGH, vgl. Urteil vom 26.2.2013 – C-617/10, NJW 2013, 1415 ff., dürfte dem vorliegend nicht entgegenstehen. Denn auch bei einer weiten Auslegung der „Durchführung des Rechts der Union“ ist maßgeblich, dass das Sozialrecht den Mitgliedstaaten obliegt, es findet lediglich eine Koordination statt, vgl. Verordnung (EG) Nr. 883/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordination der Systeme der sozialen Sicherheit, ABl. L 166/1 ff. Ein ausreichender Zusammenhang zwischen einem Rechtsakt der EU und nationalem Recht, vgl. Jarass, EU-GRCharta, Art. 51, Rn. 20, hier zwischen der hausarztzentrierten Versorgung und den koordinierenden Vorschriften, liegt nicht vor.

¹⁵⁴ Ähnlich *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 14, der jedoch Rechtsfähigkeit verlangt.

¹⁵⁵ LSG Bayern, Beschluss vom 27.6.2009 – L 12 KA 33/09 B ER, MedR 2009, 759, 762; *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 14; *Huster*, NZS 2010, 69, 70; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 126.

¹⁵⁶ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; so auch *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 25.

¹⁵⁷ *Schütz*, ZMGR 2009, 155, 163.

wie z. B. die GmbH oder die Aktiengesellschaft.¹⁵⁸ Nicht als Gemeinschaft anzusehen sind die Kassenärztlichen Vereinigungen.¹⁵⁹ Dies lässt sich mit einem Gegenschluss zu § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V begründen: Erst wenn ein Vertrag nach Abs. 4 S. 1 geschlossen wurde, können Verträge auch mit den Kassenärztlichen Vereinigungen geschlossen werden. Ein Vertragsschluss ist auch nur dann möglich, wenn die Kassenärztlichen Vereinigungen von Gemeinschaften von Leistungserbringern, die an der hausärztlichen Versorgung teilnehmen, ermächtigt wurden. Dies beinhaltet vom Wortlaut her aber alle Ärzte, die nach § 73 Abs. 1 a SGB V an der hausärztlichen Versorgung teilnehmen und nicht nur die Allgemeinärzte. Der Wortlaut und die Systematik sprechen somit dafür, dass es sich bei den Kassenärztlichen Vereinigungen nicht um Gemeinschaften handeln kann. Wenn ein Vertragsschluss mit einer Kassenärztlichen Vereinigung nur subsidiär und unter zusätzlichen Voraussetzungen möglich ist, dann können sie nicht von S. 1 der Vorschrift erfasst sein. Auch die Entstehung der Norm lässt sich heranziehen. Sollte der selektivvertragliche Bereich gestärkt werden, kann nicht davon ausgegangen werden, dass Vertragspartner von Selektivverträgen ein Partner der kollektivrechtlichen Ebene sein soll. Um solche Selektivverträge handelt es sich bei den Verträgen nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V.¹⁶⁰ Ebenfalls nicht erfasst sind Gemeinschaften nach Nr. 2, die sich aus allen an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten zusammensetzen können, oder auch nur hausärztliche Leistungserbringer selbst, Nr. 1, sowie Träger von Einrichtungen, die eine hausarztzentrierte Versorgung durch Vertragsärzte anbieten, Nr. 3. Unter letztere fallen auch Managementgesellschaften.¹⁶¹ Damit handelt es sich bei den Gemeinschaften, die in § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V gemeint sind, meist um Hausärzteverbände.¹⁶²

Zu berücksichtigen ist, dass ein vorrangiger Vertragsschluss mit Gemeinschaften nicht für den Fall der Versorgung von Kindern und Jugendlichen gilt. Dies ergibt sich aus § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V. Die Vorschrift ermöglicht den Vertragsschluss auch mit den bereits genannten Gruppen, ohne dass zunächst ein Vertrag mit

¹⁵⁸ *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 126.

¹⁵⁹ *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 126.

¹⁶⁰ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 18; *Huster* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 73b, Rn. 3; *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, 299; *Rademacker* in: *Kasseler Kommentar*, § 73b SGB V, Rn. 3; *Sproll* in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 3.

¹⁶¹ *Klückmann* in: *Hauck/Noftz*, SGB V, § 73b, Rn. 13.

¹⁶² *Klückmann* in: *Hauck/Noftz*, SGB V, § 73b, Rn. 13.

einer Gemeinschaft geschlossen werden muss, wenn es um die Versorgung von Kindern und Jugendlichen geht.

d) Vertretung

Die Gemeinschaft muss nicht nur ein bestimmtes Quorum erfüllen, sondern auch Allgemeinärzte vertreten. Was hier unter „vertreten“ zu verstehen ist, ist nicht eindeutig und daher durch Auslegung zu ermitteln.

Der Wortlaut ließe zunächst auf eine Stellvertretung nach zivilrechtlichen Vorschriften der §§ 164 ff. BGB schließen. Das Rechtsverhältnis zwischen Arzt und Gemeinschaft ist privatrechtlicher Natur. Es handelt sich um einen den Vorschriften des BGB unterliegenden Vertrag. Damit bedürfte es einer Vertretungsmacht, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB, wobei eine Vollmacht nach § 167 BGB in Betracht käme. Dann müssten die einzelnen Ärzte die Gemeinschaft dazu bevollmächtigt haben, Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V zu schließen.¹⁶³ Dies wird wohl kaum erfolgt sein bzw. erfolgen und ist insbesondere auch nicht praxisfreundlich. Es kann nicht angenommen werden, dass die Ärzte bei dem Beitritt zu einer Gemeinschaft bereits eine Vollmacht für einen Vertragsschluss noch unbekanntem Inhalts erteilen möchten. Die verwendeten Begriffe im Sozialrecht müssen jedoch nicht mit denen in anderen Rechtsbereichen wie dem Zivilrecht übereinstimmen. Es kommt auch eine eigenständige Bedeutung in Betracht. Der Wortlaut kann hier auch dahingehend verstanden werden, dass der Begriff „vertreten“ lediglich auf das Quorum bezogen ist, das von der Gemeinschaft erfüllt sein muss.¹⁶⁴ Eine weitergehende Funktion käme dem Terminus „vertreten“ nicht zu. Damit wäre der Begriff untechnisch zu verstehen; man könnte ihn eher mit „repräsentieren“ gleichsetzen.¹⁶⁵

Die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses geht auf diesen Punkt nicht weiter ein, so dass eine historische Auslegung nicht weiterhilft.¹⁶⁶

Jedoch zeigt ein systematischer Vergleich mit § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V, dass der Gesetzgeber von unterschiedlichen Anforderungen ausgeht, was eine Vertretung betrifft. § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V spricht im Gegensatz zu S. 1

¹⁶³ Aufgrund des vorstehenden Argumentes für ein Vertreten im zivilrechtlichen Sinn: *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135.

¹⁶⁴ So *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 13a.

¹⁶⁵ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 35; AG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 23.

¹⁶⁶ Vgl. BT-DS 16/10609.

nicht von „vertreten“, sondern von „ermächtigen“. Durch die Verwendung verschiedener Begriffe ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber diesen auch unterschiedliche Bedeutungen zumessen wollte. § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V ermöglicht den nachrangigen Vertragsschluss durch die Kassenärztlichen Vereinigungen, wenn die Gemeinschaften sie hierzu ermächtigt haben. Diese können erst nach Vornahme einer gewissen Handlung durch die Gemeinschaften tätig werden. Ob es sich dabei um eine Bevollmächtigung nach § 167 BGB und damit eine zivilrechtliche Stellvertretung nach § 164 BGB handelt, erscheint zweifelhaft. Dies würde nämlich bedeuten, dass es sich wiederum um einen Vertrag der Gemeinschaft handelt, da der Vertragsschluss nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB für und gegen den Vertretenen wirkt. Die Kassenärztlichen Vereinigungen werden aber einen eigenen Vertrag schließen wollen. Dies stützt auch der Wortlaut, der davon spricht, dass „Verträge auch abgeschlossen werden [können] mit [...] Kassenärztlichen Vereinigungen“. Auch wäre eine eigenständige Regelung aufgrund der Rechtsfolge unnötig, § 73b Abs. 1 S. 1 SGB V wäre ausreichend. Andererseits könnte der Gesetzgeber eine Klarstellung bezweckt haben wollen, dass auch eine Vertretung in Betracht kommt. Ob es sich um eine solche Bevollmächtigung handelt, kann jedoch dahingestellt bleiben, da es auf diese Frage nicht ankommt. Jedenfalls muss die Gemeinschaft ihren Willen entsprechend kundtun. Es sind an das Ermächtigen also andere Anforderungen zu stellen als an das Vertreten. Wenn der Gesetzgeber gewollt hätte, dass im Rahmen von S. 1 auch eine besondere Anforderung im Sinne einer Willenskundgabe hätte verlangen wollen, so hätte er innerhalb derselben Vorschrift die gleiche entsprechende Begrifflichkeit verwendet, also verlangt, dass die einzelnen Allgemeinärzte die Gemeinschaft ermächtigen. So ist jedoch davon auszugehen, auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck, dass der Begriff „vertreten“ weder im Sinne von § 167 BGB zu verstehen ist,¹⁶⁷ noch Anforderungen wie in § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V zu stellen sind.¹⁶⁸ Die Systematik deutet ebenfalls darauf hin, dass der Gesetzgeber den Begriff „vertreten“ nicht spezifisch verwendet hat.

¹⁶⁷ So auch: *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 127.

¹⁶⁸ Vgl. hierzu auch *Schütz*, ZMGR 2009, 155, 163, der davon ausgeht, dass „ermächtigen“ in § 73b Abs. 4 S. 2 Nr. 4 SGB V einer gewillkürten Prozessstandschaft gleichzusetzen ist.

Das Vertretungsrecht passt bei genauer Betrachtung zudem nicht, da die Vertretung ein Handeln in fremden Namen verlangt. Dies muss nach außen offenkundig sein.¹⁶⁹ Die Gemeinschaften handeln bei Vertragsschluss mit den Krankenkassen aber in eigenem Namen.¹⁷⁰ Eine Ausnahme vom Erfordernis der Offenkundigkeit des Handelns in fremden Namen wird nur gemacht, wenn es dem Vertragspartner gleichgültig ist, mit wem der Vertrag zustande kommt, oder wenn offenkundig ist, in wessen Namen gehandelt wird, da es sich aus den Umständen ergibt.¹⁷¹ Bei einer Vielzahl von Ärzten, die in den Gemeinschaften zusammengeschlossen sind, kann man letzteres nicht annehmen. Zudem möchte die Krankenkasse gerade einen Vertrag mit den Gemeinschaften abschließen, um ihre Verpflichtung sicher erfüllen zu können. Der Gesetzgeber hätte sonst einen Vertragsschluss mit den einzelnen Ärzten vorgesehen, er wollte aber bewusst die Gemeinschaften privilegieren.¹⁷² Einzelne Vertragsärzte sollen jedoch nur nachrangig nach § 73b Abs. 4 S. 2 Nr. 1 SGB V zum Zuge kommen. Dem gesetzgeberischen Willen muss bei der Auslegung von öffentlich-rechtlichen Willenserklärungen besondere Berücksichtigung geschenkt werden.¹⁷³ Um eine solche Erklärung handelt es sich zwar nicht, aufgrund der Abgabe der Willenserklärung im Leistungserbringungsrecht als Teil des öffentlichen Rechts kann hier nichts anderes gelten. Bezweckt ist, eine möglichst flächendeckende Versorgung zu ermöglichen.¹⁷⁴

Ein weiteres Argument, das gegen die Annahme einer Vertretung nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB in entsprechender Anwendung und dem Erfordernis einer Bevollmächtigung nach § 167 BGB entsprechend spricht, ist, dass Gemeinschaften im Rahmen weiterer Vertragsschlüsse als Vertragspartner vorgesehen sind, z. B. bei Verträgen zur besonderen Versorgung nach § 140a Abs. 1 S. 1, 2 SGB V. Gemeinschaften kommen mehrere Aufgaben in verschiedenen Bereichen der Leistungserbringung zu. Die Ärzte, die in den Gemeinschaften organisiert sind, sollen und können nicht unmittelbar an die verschiedenen Versorgungsformen gebunden sein. Ihnen muss eine Wahlmöglichkeit zustehen, ob sie an der konkreten Form der Leistungserbringung teilhaben wollen oder nicht.

¹⁶⁹ Dörner in: Hk-BGB, § 164, Rn. 5.

¹⁷⁰ So auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37.

¹⁷¹ Vgl. hierzu ausführlich Schubert in: MünchKomm BGB, § 164, Rn. 108, 117 ff., 127 ff.

¹⁷² Vgl. BT-DS 16/10609, S. 53, in der nur von den Gemeinschaften gesprochen wird.

¹⁷³ Vgl. de Wall, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 134.

¹⁷⁴ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 36.

Somit bedeutet „Vertretung“ in diesem Kontext, dass eine gewisse soziale Stärke oder Mächtigkeit gegeben sein muss.¹⁷⁵ Maßgeblich soll sein, dass die Mehrheitsmeinung repräsentiert wird;¹⁷⁶ eine Vertretung nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht erforderlich.¹⁷⁷ In der Folge stellt sich damit die Frage, wann ein Vertreten im Sinne des § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V gegeben ist. Wenn keine Bevollmächtigung verlangt wird, sollte jedoch eine gewisse Zugehörigkeit zu der Gemeinschaft gegeben sein. Diese könnte in der Mitgliedschaft zu sehen sein. Die Mitgliedschaft wird durch einen Vertrag zwischen dem an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinmediziner und der Gemeinschaft begründet. Damit bestehen rechtliche Beziehungen zwischen den Parteien, die Rechte und Pflichten begründen. Die Gemeinschaft soll dabei Kompetenzen innehaben, um die Rechte der Ärzte zu bündeln und durchzusetzen. Dazu gehört insbesondere der Abschluss von Verträgen. Wenn es nur auf die faktische soziale Mächtigkeit ankommt und die Verbindung der einzelnen Ärzte zu einer Gemeinschaft, dann kann dies auch am besten an der Mitgliedschaft festgemacht werden. Diese ist einfach festzustellen und zeugt von einer Bereitschaft des Arztes, sich den getroffenen Vereinbarungen zu unterwerfen. Somit liegt ein Vertreten vor, wenn ein Arzt Mitglied in der Gemeinschaft ist.¹⁷⁸ Dies kann bereits durch das Mitgliedsverzeichnis nachgewiesen werden. Wenn ein Arzt im Mitgliedsverzeichnis aufgeführt wird, so genügt dies als Nachweis, dass er von der Gemeinschaft im Sinne der Vorschrift vertreten wird.¹⁷⁹ Es obliegt der Gemeinschaft, darzulegen,

¹⁷⁵ So auch LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 35; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 31; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 128.

¹⁷⁶ *Schütz*, ZMGR 2009, 155, 165.

¹⁷⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 36; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 118; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 23; *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 26. A.A.: *Steinhilper*, MedR 2009, 765, 766.

¹⁷⁸ So auch: BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 13a.

¹⁷⁹ *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 128.

dass sie die Voraussetzungen erfüllt, und sie muss dies ggf. auch beweisen.¹⁸⁰ Dies kann z. B. über die Vorlage der aktuellen Mitgliederverzeichnisse erfolgen.¹⁸¹ Das Argument, dass ein Arzt, der mit den geschlossenen Verträgen nicht einverstanden ist, aus der Gemeinschaft austreten muss, um nicht an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen zu müssen, was einen Eingriff in die Vereinigungsfreiheit nach Art. 9 Abs. 1 GG darstelle und daher gegen ein Abstellen auf die Mitgliedschaft spreche,¹⁸² vermag nicht zu überzeugen und auch nicht zu der Annahme einer Bevollmächtigung nach § 167 BGB führen. Zum einen ist nicht zu sehen, worin genau der Eingriff bestehen soll. Mangels unmittelbarer Wirkung, da die Regelung nicht darauf abzielt, den Ein- und Austritt in bzw. aus einer Vereinigung zu regeln, kann nicht von einem klassischen Eingriff ausgegangen werden;¹⁸³ vielmehr kommt nur ein Eingriff nach dem modernen Eingriffsbegriff in Betracht. Ein Eingriff ist, wenn man den letztgenannten weiteren modernen Eingriffsbegriff zugrunde legt, jedes staatliche Handeln, das dem Einzelnen ein Verhalten, das in den Schutzbereich eines Grundrechts fällt, ganz oder zum Teil unmöglich macht, was unabhängig davon zu bewerten ist, ob die Wirkung final oder nicht zielgerichtet, unmittelbar oder mittelbar, rechtlich oder faktisch oder mit oder ohne Zwang durchsetzbar erfolgt.¹⁸⁴ Dies könnte bejaht werden, wenn man davon ausgeht, dass die einzelnen Allgemeinärzte bereits durch einen Vertragsschluss zur hausarztzentrierten Versorgung durch die Gemeinschaft unmittelbar verpflichtet werden, an der Versorgung teilzunehmen. § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V spricht zwar davon, dass die Gemeinschaft die Allgemeinärzte vertritt, jedoch kann man nicht darauf schließen, dass dies in Bezug auf den

¹⁸⁰ BT-DS 16/10609, S. 54; LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 37; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 23; *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 67; *Orlowski* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 1333; *Schütz* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 1410; *Schütz*, ZMGR 2009, 155, 165.

¹⁸¹ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 35 (unter der Voraussetzung, dass der Abschluss von Verträgen nach § 73b Abs. 4 SGB V zu den satzungsmäßigen Aufgaben der Gemeinschaft gehört); *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 67; *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 37; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 128; *Schütz* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 1410, der jedoch irreführend von „Einsichtnahme in das Mitgliederverzeichnis“ spricht.

¹⁸² So *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135.

¹⁸³ Eine Unmittelbarkeit ist nur anzunehmen, wenn es sich nicht um eine bloß mittelbare Folge handelt, vgl. *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 259.

¹⁸⁴ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 261.

Vertragsschluss mit den Krankenkassen erfolgt. Bei der Mandatierung der Gemeinschaft sind die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung noch nicht abgeschlossen, und deren Inhalt steht damit noch nicht fest. Zwar könnte man annehmen, dass die Mandatierung zum Vertragsschluss, unerheblich vom jeweiligen Inhalt, ermächtigen soll. Dazu müsste man die Mandatierung der Gemeinschaft durch den Arzt als Willenserklärung aber nach §§ 133, 157 BGB auslegen können. Da es sich um das privatrechtliche Verhältnis zwischen Gemeinschaft und Arzt handelt, sind die Normen direkt anwendbar. Maßgeblich ist die Auslegung vom objektiven Empfängerhorizont aus.¹⁸⁵ Dies erscheint aber fraglich. Ein Arzt wird sich kaum zur Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung verpflichten wollen, ohne den genauen Inhalt des Vertrages zu kennen und zu wissen, ob er dessen Inhalt erfüllen kann oder will.¹⁸⁶ Würde man eine solche Mandatierung von den Ärzten verlangen, hätte dies zur Folge, dass kaum ein Arzt den Gemeinschaften beitreten würde und damit würde auch nur in den seltensten Fällen eine Gemeinschaft existieren, die die Voraussetzungen des § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V erfüllt.¹⁸⁷ Das kann der Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm nicht gewollt haben. Damit scheidet eine solche Auslegung aus. Dies spricht dann auch gegen eine Annahme, es müsse eine Bevollmächtigung nach § 167 BGB vorliegen. Eine solche ist zumindest nicht erforderlich, da eine Stellvertretung mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Allgemeinarzt nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB nicht gewollt ist. Die Gemeinschaften schließen daher einen als Rahmen- oder Mantelvertrag zu bezeichnenden Vertrag mit den Krankenkassen ab, die jeweiligen Allgemeinärzte müssen zusätzlich eine Erklärung abgeben, dass sie an der hausarztzentrierten Versorgung auf Grundlage des konkreten Vertrages teilnehmen wollen.¹⁸⁸ Auch in der Praxis wird dies so gehandhabt.¹⁸⁹ Damit kann sodann kein Eingriff in die Vereinigungsfreiheit aus Art. 9 Abs. 1 GG

¹⁸⁵ Dörner in: Hk-BGB, § 157, Rn. 3; Mansel in: Jauernig, BGB, § 157, Rn. 4.

¹⁸⁶ So auch: Huster, NZS 2010, 69, 70.

¹⁸⁷ SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 23.

¹⁸⁸ So auch: Huster, NZS 2010, 69, 71; ders. in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 12; Steinmeyer in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 14; Nebendahl in: Spickhoff, Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 8 scheint von einem freiwilligen Beitritt auszugehen; von einer Verpflichtung zur Teilnahme, jedoch ohne genaue Begründung, geht wohl aus: Sproll in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 26.

¹⁸⁹ Vgl. die abgeschlossenen Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung und die darauf beruhenden Teilnahmeerklärungen für Hausärzte, abrufbar über www.hausaerzteverband.de, zuletzt abgerufen am 23.3.2017. Danach muss der einzelne Hausarzt dem Vertrag mit der jeweiligen Krankenkasse explizit beitreten.

angenommen werden. Die Ärzte müssen nicht aus der Gemeinschaft austreten, um sich einer Verpflichtung zur Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung zu entziehen; stattdessen ist es ihnen freigestellt, ob sie teilnehmen oder nicht.

Problematisch erscheint die Annahme, dass die bloße Mitgliedschaft reicht, noch unter dem Gesichtspunkt der möglichen Doppel- und Mehrfachmitgliedschaft. Dieses Argument wird ebenfalls angeführt, um die Ansicht, es müsse eine Bevollmächtigung durch jeden Arzt erfolgen, zu stützen.¹⁹⁰ Dadurch könne es dazu kommen, dass mehrere Gemeinschaften die Voraussetzungen des § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V erfüllen, faktisch aber später nicht in der Lage seien, die Versorgung entsprechend sicherzustellen.¹⁹¹ Dem ist zuzugeben, dass auch Wortlaut und Zweck der Vorschrift eher gegen die Zulässigkeit einer solchen Doppel- oder Mehrfachmandatierung sprechen. Die Gemeinschaft soll danach mehr als die Hälfte der Allgemeinärzte in einem bestimmten Bezirk vertreten. Dabei kann ein Arzt nur einmal gezählt werden. Sinn und Zweck sprechen auch für eine solche Interpretation, da es dem Gesetzgeber um einen schnellen Vertragsschluss ging, was bei nur einer Gemeinschaft, die die Voraussetzungen erfüllt, viel leichter erscheint. Das Gesetz geht von nur einer Gemeinschaft aus, die die Voraussetzungen erfüllen kann, weshalb eine Mehrfach- oder Doppelvertretung nicht zulässig ist.¹⁹² Von einer Unzulässigkeit der Doppel- oder Mehrfachvertretung auf das Erfordernis einer Vollmacht nach § 167 BGB zu schließen, würde jedoch nicht weiterhelfen. Zum einen können Vollmachten nach § 167 BGB als schuldrechtliches Verpflichtungsgeschäft ebenfalls mehrfach erteilt werden, wodurch das Problem nicht gelöst würde. Zum anderen führt die Annahme der Unzulässigkeit zwar gegebenenfalls dazu, dass eine Gemeinschaft das Quorum nicht erfüllt, da der doppelt vertretene Arzt nur einfach oder gar nicht mitgezählt werden darf, dies kann aber keine Vorgabe einer bestimmten Auslegung des Merkmals „vertreten“ bedeuten. In der Praxis kann eine Doppel- oder Mehrfachvertretung verhindert werden, indem eine Exklusivitätsklausel in die Beitrittserklärungsvorlage aufgenommen wird.¹⁹³ Dadurch kann das Problem ausreichend verhindert werden.

¹⁹⁰ *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135.

¹⁹¹ *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135.

¹⁹² *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 17; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 14 (die von *Klückmann* als Beleg aufgeführten Autoren sprechen zwar z.T. davon, dass in der Praxis eine Umgehung durch eine Exklusivitätsklausel möglich ist; ob eine Mehrfachmandatierung tatsächlich möglich ist, wird aber offengelassen).

¹⁹³ *Huster*, NZS 2010, 69, 71; *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 135.

Rechtlich ergibt sich hieraus aber nicht, dass eine Stellvertretung nach § 164 Abs. 1 S. 1 BGB und damit eine Bevollmächtigung verlangt werden müssen.

Gemeinschaft ist danach jeder Zusammenschluss in verschiedenen privatrechtlichen Rechtsformen, der 50% der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte vertritt, also eine entsprechende Anzahl an Mitgliedern hat, was durch das Mitgliedsverzeichnis nachgewiesen werden kann. Eine Vertretung entsprechend § 164 Abs. 1 S. 1 BGB ist nicht erforderlich.

Fraglich ist noch, ob die Gemeinschaft selbst den Vertrag abschließen muss oder ob sie eine die Voraussetzungen nicht erfüllende Gemeinschaft zum Vertragsschluss ermächtigen kann. Ist damit der Fall einer Bevollmächtigung nach § 167 BGB gemeint, ergeben sich keine Probleme. Diese würde dazu führen, dass die Erklärung unmittelbar für und gegen die Gemeinschaft wirkt, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Eine Vertretung der Gemeinschaft ist grundsätzlich möglich.¹⁹⁴ Dies würde aber zu keinen besonderen Vorteilen für die qualifizierte Gemeinschaft und die ermächtigte Gemeinschaft führen. Die vertretene Gemeinschaft müsste dann konsequenterweise selbst das Quorum erfüllen.¹⁹⁵ Der Intention, die ermächtigte Gemeinschaft zu einem eigenen Vertragsschluss zu bevollmächtigen und damit die Mitglieder verschiedener Gemeinschaften zu addieren, um das Quorum zu erfüllen, läuft jedoch leer. Es ist nicht möglich, dass Dritte den Vertrag nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V schließen, es kann nur ein Vertragsschluss durch die Gemeinschaft selbst erfolgen.¹⁹⁶ Der Wortlaut ist insofern eindeutig. Weitere Leistungserbringer kommen nur nachrangig nach § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Betracht. Die Norm würde auch ihren Sinn verlieren, wenn die Befugnis zum vorrangigen Vertragsschluss einfach weitergegeben werden könnte.¹⁹⁷ Es läge eine unzulässige Umgehung der Gesetzesregelung vor.

¹⁹⁴ *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 42.

¹⁹⁵ *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 41.

¹⁹⁶ *Huster*, NZS 2009, 69, 71 f.; *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 41; *Steinhilper*, MedR 2009, 765, 766.

¹⁹⁷ LSG Bayern, Beschluss vom 27.6.2009 – L 12 KA 33/09 B ER, MedR 2009, 759, 762.

e) Erfüllung der Pflicht aus § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V durch Altverträge

Fraglich ist, ob der Pflicht zum Vertragsschluss mit einer Gemeinschaft bereits durch einen Altvertrag zur hausarztzentrierten Versorgung Genüge getan ist. Altverträge sind Verträge, die noch unter alter Rechtslage geschlossen wurden, die noch keine Privilegierung der Gemeinschaften vorsah. In vielen Fällen handelt es sich um Verträge mit den Kassenärztlichen Vereinigungen und ggf. weiteren Vertragspartnern. Diese Verträge sind weiterhin wirksam. Jedoch ändert dies nichts daran, dass eine Vorrangigkeit des Vertragsschlusses mit den Gemeinschaften anzunehmen ist. Der Gesetzgeber hat keine Übergangsregelungen vorgesehen, weshalb § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V uneingeschränkt greift.¹⁹⁸ Nach dem Willen des Gesetzgebers sind die Krankenkassen verpflichtet, auch in diesem Falle Verträge mit den Gemeinschaften abzuschließen.¹⁹⁹ Die Altverträge bleiben damit zwar grundsätzlich bestehen, die Krankenkassen müssen daneben aber auch Verträge mit den privilegierten Gemeinschaften schließen.²⁰⁰ Nur so können sie ihrer gesetzlichen Verpflichtung nachkommen.

Schwierig wird das Nebeneinander von Alt- und Neuverträgen, wenn diese sich widersprechende Regelungen enthalten. Das Konkurrenzverhältnis muss so aufgelöst werden, dass die Neu- die Altverträge verdrängen. Liegt eine Identität der vertragsschließenden Parteien vor, verdrängt die neuere die ältere Regelung nach dem allgemeinen Grundsatz „lex posterior derogat legi priori“.²⁰¹ Diese Situation wird jedoch die Ausnahme darstellen. Ist der Altvertrag mit weiteren Beteiligten zustande gekommen, kann der genannte Grundsatz nicht greifen. Gerade auf den Fall der Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigungen trifft das zu. Man wird jedoch annehmen müssen, dass aufgrund der Anordnung der Privilegierung und der Verpflichtung der Krankenkassen zum Abschluss eines Neuvertrages über eine ergänzende Vertragsauslegung ein Kündigungsrecht für die Krankenkassen

¹⁹⁸ SG Magdeburg, Urteil vom 16.5.2012 – S 1 KA 5/10 – MedR 2013, 129, 132.

¹⁹⁹ BT-DS 16/10609, S. 53 f.

²⁰⁰ So auch: SG Magdeburg, Urteil vom 16.5.2012 – S 1 KA 5/10 – MedR 2013, 129, 132; *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 14; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 130. A.A.: SG Marburg, Urteil vom 3.8.2011 – S 12 KA 237/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 38, mit der Begründung, der Gesetzgeber habe nur verhindern wollen, dass ein vertragsloser Zustand fortbestehe, was bei bestehenden Altverträgen nicht der Fall sei.

²⁰¹ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S. 275.

in Bezug auf die Altverträge zu bejahen ist.²⁰² Vorrangig sind jedenfalls die Verträge mit den privilegierten Gemeinschaften zu erfüllen.

2. Gesetzliche Krankenkassen

Ebenfalls Partei des Schiedsverfahrens und damit an der Einsetzung der Schiedsperson beteiligt sind die gesetzlichen Krankenkassen. Sie sind nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V zum Vertragsschluss mit den Gemeinschaften verpflichtet. Kommt eine Einigung über einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung nicht zustande, so entscheidet eine Schiedsperson. Zu den erfassten Krankenkassen gehören alle Krankenkassen, die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung sind. Dazu gehören die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau als landwirtschaftliche Krankenkasse, die Deutsche Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See als Krankenkasse und die Ersatzkassen, §§ 21 Abs. 2 SGB I, 4 Abs. 2 SGB V.

II. Antrag

Den ersten Schritt auf dem Weg zur Einsetzung der Schiedsperson stellt der Antrag der Gemeinschaft dar, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V.

1. Allgemeines

Die Gemeinschaft kann nach § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V beantragen, dass ein Schiedsverfahren eingeleitet wird. Dies geschieht dadurch, dass sie gegenüber der Krankenkasse den Willen kundtut, dass sie die Durchführung eines Schiedsverfahrens wünscht. Ein Antrag bei der Schiedsperson ist nicht möglich. Es handelt sich bei der Schiedsperson nicht um eine dauerhaft feststehende Person, vergleichbar einer Institution wie dem Schiedsamt nach § 89 SGB V,²⁰³ sondern um

²⁰² Vgl. hierzu ausführlich *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 130 f. *Orlowski* nimmt einen gesetzlichen Beendigungsgrund für den Altvertrag an, hilfsweise eine ergänzende Vertragsauslegung oder einen Wegfall der Geschäftsgrundlage, um den Altvertrag zu beseitigen. Gegen die Annahme eines gesetzlichen Kündigungsgrundes spricht, dass es für diesen im Gesetz keinen Anhaltspunkt gibt. Auch die Beschlussempfehlung geht davon aus, dass bei Bestehen gesetzlicher oder vertraglicher Auflösungsgründe eine Möglichkeit besteht, sich von Altverträgen zu lösen, vgl. BT-DS 16/10609, S. 54. Überzeugend erscheint eine entsprechende Anwendung von § 313 Abs. 3 S. 2 BGB: Kündigung nach Wegfall der Geschäftsgrundlage.

²⁰³ Vgl. § 89 Abs. 3 S. 3, Abs. 4 S. 2 SGB V, der festlegt, dass die Amtsdauer des Vorsitzenden und der unparteiischen Mitglieder grundsätzlich vier Jahre beträgt. Dies ergibt nur dann Sinn und ist auch nur möglich, wenn eine dauerhafte Institution besteht.

eine für den jeweiligen Fall eingesetzte Person, die durch die beteiligten Parteien bestimmt wird. Im Zeitpunkt der Beantragung des Schiedsverfahrens steht die Schiedsperson daher nicht fest. Ein Antrag kann daher nur beim Antragsgegner gestellt werden, hier bei der jeweiligen Krankenkasse.

2. Antragsberechtigung

Die Beantragung des Schiedsverfahrens ist in § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V geregelt. Danach kann die Gemeinschaft im Falle der Nichteinigung die Einleitung eines Schiedsverfahrens beantragen. Eine Antragsberechtigung ist nach dem Wortlaut für die Gemeinschaften vorgesehen. Die betroffene Krankenkasse selbst ist dagegen nicht antragsberechtigt.²⁰⁴ Das ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut, der lediglich der Gemeinschaft die Befugnis einräumt, ein Schiedsverfahren zu beantragen. Ob eine Antragsberechtigung der Krankenkassen trotzdem angenommen werden kann, ist klärungsbedürftig.

a) Gemeinschaften

Die Gemeinschaften sind ausdrücklich durch das Gesetz als Antragsberechtigte vorgesehen, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Die Beantragung eines Schiedsverfahrens liegt in ihrem Ermessen; sie „kann“ die Einleitung beantragen.

b) Gesetzliche Krankenkassen

Fragen wirft die Antragsberechtigung der Krankenkassen auf, da diese in § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V nicht genannt werden.

aa) Grundsatz: keine Antragsberechtigung

Die Rolle der gesetzlichen Krankenkassen ist beschränkt. Das Gesetz sieht für sie keine Möglichkeit vor, die Durchführung des Schiedsverfahrens zu beantragen. Diese liegt allein bei den Gemeinschaften. Lediglich bei der konkreten Bestimmung der Schiedsperson sind die Krankenkassen beteiligt. Als Hintergrund für die geschaffene Regelung ist die Tatsache zu sehen, dass die Vertragsschlüsse

²⁰⁴ Dies ist die einzige in der Literatur zu findende Äußerung zu der Antragsberechtigung, vgl. *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b.

in der Vergangenheit regelmäßig am fehlenden Abschlusswillen der Krankenkassen gescheitert sind.²⁰⁵ Der Gesetzgeber wollte so die Macht der privilegierten Gemeinschaften stärken und Vertragsschlüsse durchsetzbar machen. Es liegt damit in der Hand der Gemeinschaften, ob die gesetzliche Pflicht zum Vertragsabschluss umgesetzt wird oder nicht. Systematisch lässt sich auch § 73b Abs. 7 S. 4 SGB V gegen eine Antragsberechtigung anführen: Dieser sieht vor, dass bei Nichteinigung im Zusammenhang mit der Bereinigung des Gesamtbedarfs nach § 87a Abs. 3 S. 2 SGB V die Vertragspartner das Schiedsamt nach § 89 SGB V anrufen können. Hier ist eine Antragsberechtigung für beide Parteien vorgesehen, auch für die Krankenkassen. Im Gegensatz dazu ist § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V explizit nur von den Gemeinschaften die Rede. Dem Gesetzgeber ist zu unterstellen, dass die Regelung bewusst getroffen wurde, was sich aus der Gesetzesbegründung herleiten lässt.²⁰⁶

bb) Ausnahme: Vertragsdurchsetzung durch die gesetzlichen Krankenkassen

Dass den Krankenkassen kein Antragsrecht zusteht, erscheint aufgrund der Verpflichtung zum Vertragsschluss allerdings problematisch. Kommt eine Einigung nicht zustande, entscheidet sich die Gemeinschaft aber dazu, kein Schiedsverfahren zu beantragen, kann die Krankenkasse ihre Pflicht nicht erfüllen. Es besteht für sie keine Möglichkeit, eine Einigung zu erreichen. Sie kann aufgrund der Privilegierung auch nicht auf andere Vertragspartner ausweichen, da es im Regelfall nur eine Gemeinschaft geben wird, die die Voraussetzungen erfüllt. Auch auf die weiteren Vertragspartner nach § 73b Abs. 1 S. 3 SGB V können die Krankenkassen nicht zurückgreifen, da der Wortlaut dem entgegensteht. Weitere Verträge sind nur möglich, wenn es zum Vertragsschluss nach § 73b Abs. 1 S. 1 SGB V gekommen ist, es sich um Verträge zur Versorgung von Kindern und Jugendlichen handelt oder keine die Voraussetzungen von Satz 1 erfüllende Gemeinschaft im Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung vorhanden ist. Liegt eine die Voraussetzungen erfüllende Gemeinschaft vor, ist der Vertrag vorrangig mit ihr zu schließen.

²⁰⁵ BT-DS 16/10609, S. 54.

²⁰⁶ Vgl. die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-DS 16/10609, S. 54.

Dieses Problem mag in der Praxis wenig relevant sein, da die Gemeinschaften ein Interesse am Vertragsschluss haben und im Falle der Nichteinigung regelmäßig ein Verfahren vor der Schiedsperson beantragen werden. Dies zeigt auch die große Anzahl an Schiedsverfahren.²⁰⁷ Sollte dies aber einmal nicht der Fall sein oder sollte die Gemeinschaft den Verzicht auf den Antrag als Druckmittel zur Interessensdurchsetzung einsetzen wollen, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen dies hat. Ruft die Gemeinschaft die Schiedsperson nicht an, so werden keine Verträge geschlossen. Damit könnte die Krankenkasse ihre Pflicht nicht erfüllen, und die Versorgung der Versicherten würde nicht sichergestellt.

Es fragt sich, wie dieses Problem zu lösen ist. Besteht eine gesetzliche Verpflichtung, liegt es nahe, über die Folgen nachzudenken, die eine Verletzung dieser Pflicht mit sich bringt. Würde sich die Krankenkasse schadensersatzpflichtig machen? Oder hätte z. B. ein Versicherter einen Anspruch auf Abschluss eines Schiedsvertrages, damit die Versorgung für ihn gewährleistet werden kann? Und wie würde man dies lösen: Über eine Pflicht der Gemeinschaften zur Anrufung der Schiedsperson oder über die Möglichkeit der Krankenkassen, die Schiedsperson anzurufen? Auch die weiteren Leistungserbringer haben ein Interesse an einem Vertragsschluss, da nur in diesem Fall die Möglichkeit zu einem eigenen Vertragsschluss eröffnet wird. Es ist daher zunächst zu eruieren, welche Personengruppen sich auf die Verletzung der Pflicht zum Vertragsschluss stützen können und sodann zu überprüfen, welche Lösungsmöglichkeiten sich für die Problematik anbieten.

(1) Betroffene Personengruppen

Die Pflichtverletzung durch die Krankenkassen wird nur dann relevant, wenn es Personengruppen gibt, die durch die Pflichtverletzung betroffen sind und diese auch geltend machen können. In Betracht kommen hier die Gemeinschaften, die Versicherten und weitere Leistungserbringer. Damit sie betroffen sein können, muss § 73b SGB V ein subjektives öffentliches Recht beinhalten. Die Vorschrift muss hierfür dem Schutz von Einzelinteressen zu dienen bestimmt sein, was durch Auslegung zu ermitteln ist, sogenannte Schutznormlehre.²⁰⁸ Maßgeblich für die Bestimmung, ob eine Norm auch Individualinteressen dienen soll, ist der vom Gesetz bezweckte Interessenschutz, der auch auf den Einzelnen gerichtet

²⁰⁷ von Alemann/Scheffczyk, NZS 2012, 45, 45. Vgl. hierzu auch Fn. 4.

²⁰⁸ BVerwG, Beschluss vom 19.1.1996 – 11 B 90/95 – NJW 1996, 1297, 1297.

sein muss und diesen nicht nur reflexhaft mit schützen darf.²⁰⁹ Dies bedarf einer genauen Prüfung.

(a) Gemeinschaften

Die Gemeinschaften können sich auf eine mögliche Pflichtverletzung der Krankenkassen nicht berufen. Sie selbst haben es in der Hand, das Schiedsverfahren einzuleiten. Damit würde die Pflichtverletzung gar nicht entstehen, da die Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegen würde. Sollte sich die Gemeinschaft dazu entscheiden, kein Verfahren zu beantragen, so steht ihr dies von Gesetzes wegen zu, da dieses keine zwingend durchzuführende, sondern eine freiwillig zu beantragende Schlichtung vorsieht. In diesem Fall kann sich die Gemeinschaft aber jedenfalls nicht auf die Pflichtverletzung berufen, da dies nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB rechtsmissbräuchlich wäre; es ist widersprüchlich, die Möglichkeiten aus dem Gesetz nicht zu nutzen, andererseits aber eine Pflichtverletzung geltend machen zu wollen.

(b) Versicherte

Durch eine Nichteinigung ebenfalls betroffen sind die Versicherten, die an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen möchten: Es mangelt dann an einem Vertrag, dessen Inhalt für die Umsetzung der hausarztzentrierten Versorgung erforderlich ist. Bei den Versicherten handelt es sich um Dritte, die nur dann einen Anspruch geltend machen können, wenn sie in einem eigenen subjektiven Recht verletzt sind. Auch hier bestimmt sich dies nach der Schutznormlehre. § 73b SGB V müsste zudem eine drittschützende Norm sein, also eine Norm, die auch den Individualinteressen Dritter zu dienen bestimmt ist. Mit der Durchführung des Schiedsverfahrens werden der Vertragsschluss und damit auch die Versorgung der Versicherten im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung sichergestellt. Dahinter steht das Grundrecht auf Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit, Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG. Dieses beinhaltet neben einem Abwehrrecht auch eine Schutzpflicht des Staates für die Gesundheit der Bürger.²¹⁰ Eine Ableitung einer Schutzpflicht erfolgt insbesondere im Zusammenhang mit der Menschenwürde aus Art. 1 Abs. 1 GG.²¹¹ Durch die ausdifferenzierte Gestaltung der

²⁰⁹ *Wahl/Schütz* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 42 Abs. 2 (1996), Rn. 45.

²¹⁰ *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 (2004), Rn. 94.

²¹¹ *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, S. 22 ff.

Leistungsansprüche des SGB V ist der Gesetzgeber jedoch seiner Schutzpflicht ausreichend nachgekommen.²¹² Die Versicherten können an der Regelversorgung teilnehmen, die hausarztzentrierte Versorgung stellt nur eine über diese hinausgehende, freiwillig zu wählende Versorgung dar. Dies ergibt sich aus § 73b Abs. 1 SGB V, der von einer besonderen hausärztlichen Versorgung spricht. Ein Versicherter, der nicht an der hausarztzentrierten Versorgung teilnimmt, kann ohne vorherige Konsultation des Hausarztes einen Facharzt aufsuchen; er steht damit im Ergebnis nicht schlechter als ein teilnehmender Versicherter. Er verliert keine Rechte. Zudem soll § 73b SGB V die Rechtsbeziehung zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften regeln. Sie findet sich im Kapitel über die Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern, §§ 69 ff. SGB V, und soll Organisatorisches regeln. Es spricht daher mehr dafür, von einem reflexhaften Schutz auszugehen. Der Schutz der Versicherten wird nicht bezweckt. Sie kommen als betroffene Personengruppe nicht in Betracht.

(c) Nachrangige Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V

Anders sieht die Lage bei den nachrangigen Leistungserbringern nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V aus. Diese werden nach der Gesetzesänderung benachteiligt, da sie nicht von Anfang an als Vertragspartner in Betracht kommen, sondern erst, wenn bereits ein Vertrag mit einer Gemeinschaft geschlossen ist oder eine solche nicht existiert. Es ist für sie daher von wesentlicher Bedeutung, dass ein Vertrag mit der Gemeinschaft zustande kommt, damit für sie die Möglichkeit eröffnet wird, selbst zum Zuge zu kommen. Der Gesetzgeber hatte die sonstigen Leistungserbringer bei der Schaffung der Norm im Blick, unterfallen diese selbst doch dem vierten Kapitel. In die Grundrechte der weiteren Leistungserbringer, Art. 3 Abs. 1 GG sowie Art. 12 Abs. 1 GG (ggf. i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG) wird eingegriffen, da sie an der hausarztzentrierten Versorgung nur noch nachrangig beteiligt werden können. Der Eingriff kann zwar verfassungsrechtlich gerechtfertigt werden.²¹³ Eine Einschränkung liegt jedoch vor, was für einen Drittschutz spricht. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers ist der Abschluss primärer Verträge der Regelfall. Kommt es nicht hierzu, haben die Leistungserbringer aus Abs. 4 S. 3 keine Handhabe, da es zwar eine Gemeinschaft gibt, aber kein Vertrag geschlossen wird. Es

²¹² *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 (2004), Rn. 94.

²¹³ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. b).

besteht ein vom Gesetzgeber vorgesehenes Zusammenspiel von Krankenkassen und Leistungserbringern verschiedener Art. Kommt es nicht zu den vorgesehenen Vertragsschlüssen nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V und wird kein Schiedsverfahren durchgeführt, funktioniert die Konstruktion nicht mehr. Die Leistungserbringer können sich somit auf ein subjektives öffentliches Recht berufen.

(2) Lösungsmöglichkeiten

Es kommen verschiedene Lösungsmöglichkeiten in Betracht, durch die die Betroffenheit der nachrangigen Leistungserbringer bereits verhindert werden könnten. Nur wenn diese scheitern, ist über Sekundäransprüche wie Schadensersatz nachzudenken.

(a) Analoge Anwendung von § 73 Abs. 4 S. 4 SGB V in Bezug auf die fehlende Antragsstellung von Gemeinschaften

Möglich erscheint zunächst eine analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V, so dass ein Vertragsschluss mit den sonstigen Leistungserbringern auch möglich ist, wenn sich die Gemeinschaft weigert, das Schiedsverfahren zu beantragen. Dies erscheint naheliegend, da nach der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses mit den weiteren Vertragspartnern auch dann Verträge geschlossen werden können sollten, wenn kein Schiedsverfahren beantragt wurde, obwohl keine Einigung erfolgt ist.²¹⁴ Die Beschlussempfehlung sieht aber keinen diesen Vorstellungen entsprechenden Wortlaut vor, da die vorgeschlagene Änderung in § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V nur vorsieht, dass ein Vertragsschluss mit den nachrangigen Vertragspartnern in Betracht kommt, wenn keine die Voraussetzungen erfüllende Gemeinschaft besteht.²¹⁵ Die Begründung zeigt sich aber, dass der Gesundheitsausschuss das Problem gesehen hat, ein entsprechender Änderungsvorschlag indessen nicht gemacht und somit auch eine Normierung vergessen wurde. Dies spricht für eine Planwidrigkeit der Regelungslücke.

Eine Analogie könnte das aufgezeigte Problem lösen. Ein Vertragsschluss mit den nachrangigen Leistungserbringern wäre ermöglicht. Weitergehende Ansprüche der Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V scheiden damit aus. Bedenken könnten sich daraus ergeben, dass die Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 5 SGB V ausdrücklich keinen Anspruch auf einen Vertragsabschluss

²¹⁴ BT-DS 16/10609, S. 54.

²¹⁵ BT-DS 16/10609, S. 8.

haben Eine Analogie würde dem jedoch nicht entgegenlaufen, da so nur der Vertragsschluss mit den weiteren Leistungserbringern ermöglicht würde. Ein Anspruch würde hierdurch jedoch nicht begründet. Fraglich ist zudem, ob die Krankenkassen ihre Pflicht zum Vertragsschluss durch Verträge nach § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V analog erfüllen würden. Vorrangig sind sie zum Abschluss von Verträgen mit qualifizierten Gemeinschaften verpflichtet, nicht mit anderen Leistungserbringern. Der Wortlaut des § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V lässt aber darauf schließen, dass auch im Falle einer fehlenden Gemeinschaft der Pflicht zum Vertragsschluss durch Verträge nach § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V Genüge getan wird. In dem Fall, dass keine qualifizierte Gemeinschaft besteht, sind sie zum Vertragsschluss mit den nachrangigen Leistungserbringern verpflichtet, was die Verwendung des Begriffs „haben“ andeutet.

Durch eine solche Analogie würde aber der Wille des Gesetzgebers, die Gemeinschaften vorrangig zu berücksichtigen, um eine flächendeckende Versorgung zu erreichen, konterkariert. Die weiteren Vertragspartner sollen nur an zweiter Stelle berücksichtigt werden, da sie keine einer Gemeinschaft vergleichbare Mächtigkeit aufweisen. Nur in dem in § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V geregelten Ausnahmefall, dass keine Gemeinschaft besteht, soll ein Vertragsschluss mit nachrangigen Vertragspartnern möglich sein. Im Übrigen sollte die Krankenkasse im Falle einer Weigerung der Gemeinschaft auf einen Antrag durch diese hinwirken. Die Beeinträchtigung der Rechte der Leistungserbringer nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V ist nur in wenigen Ausnahmefällen möglich und hinzunehmen, da sie in ihrer Betätigung nur geringfügig eingeschränkt werden. Eine Analogie scheidet aus.²¹⁶

²¹⁶ A.A.: *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 20. *Bäume* geht davon aus, dass „nach einem gewissen Zeitraum“ über eine analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V den Krankenkassen ein Vertragsschluss mit den weiteren Vertragspartnern zuzubilligen sei. Wann von einem solchen Zeitraum auszugehen ist, bleibt unklar. Aufgrund der kaum möglichen Abgrenzung ist dies abzulehnen.

(b) Analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Bezug auf ein Antragsrecht der Krankenkassen

Eine analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in der Weise, dass auch Krankenkassen ein Schiedsverfahren beantragen können, scheidet an der mangelnden Planwidrigkeit der Regelungslücke. Der Gesetzgeber hat die Situation gerade nicht übersehen, sondern wollte nur die Gemeinschaft in die Lage versetzen, das Schiedsverfahren einzuleiten.²¹⁷

(c) Analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Bezug auf eine Verpflichtung der Gemeinschaften zur Antragsstellung

Die fehlende Planwidrigkeit der Regelungslücke führt auch dazu, dass eine analoge Anwendung von § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V in Richtung einer Pflicht zur Beantragung des Schiedsverfahrens oder zum Vertragsschluss scheidet. Die Gemeinschaften haben die Wahl, ob sie einen Vertrag schließen oder die Schiedsperson anrufen. Eine Verpflichtung kann ihnen auch nicht durch eine Analogie auferlegt werden.²¹⁸

(d) Gerichtliche Durchsetzung des Vertragsschlusses durch Krankenkassen

Zu denken ist auch an eine Durchsetzung des Vertragsschlusses in einem gerichtlichen Verfahren. Dazu müsste die Krankenkasse erfolgreich klagen können. In Betracht kommen sowohl eine Leistungsklage auf Verpflichtung der Gemeinschaften zum Vertragsschluss oder zur Anrufung der Schiedsperson. Letztlich scheitern beide Klagen aber daran, dass sie dem Gesetz widersprechen. Dieses sieht keine Verpflichtung der Gemeinschaften vor. Ein Vertragsschluss oder ein Schiedsverfahren stehen in ihrem Belieben. Damit kann die Gemeinschaft nicht zu einem solchen Verhalten verpflichtet werden, auch nicht aus analoger Anwendung der Vorschriften.²¹⁹

²¹⁷ BT-DS 16/10609, S. 54.

²¹⁸ BT-DS 16/10609, S. 54 („haben diese die Möglichkeit“).

²¹⁹ So auch *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 41.

(e) Festsetzung des Vertragsinhaltes durch Verwaltungsakt und Durchsetzung mit Verwaltungszwang

In Betracht kommt eine Festsetzung des Vertragsinhaltes durch Verwaltungsakt und im Falle der Nichtbefolgung eine Durchsetzung mit Verwaltungszwang. Diese Möglichkeit würde aber eine Umgehung der gesetzlich vorgesehenen Antragshoheit der Gemeinschaften aus § 73b SGB V darstellen. Allein diese sind für die Beantragung des Schiedsverfahrens zuständig. Die genauen Modalitäten sollen vertraglich festgelegt und die Interessen beider Seiten berücksichtigt werden. Dies ist bei der einseitigen Festsetzung durch Verwaltungsakt nicht gegeben. Es fehlt an einer Befugnis zum Erlass eines Verwaltungsaktes, da keine Ermächtigungsgrundlage für ein solches Vorgehen vorgesehen ist.

(3) Kritische Würdigung

Im Rahmen dieses Problems zeigt sich die unzureichende Reflektion des Gesetzgebers in Bezug auf die Regelungen zur hausarztzentrierten Versorgung. Intention war insbesondere, die hausarztzentrierte Versorgung sicherzustellen und möglichst schnell eine möglichst flächige Abdeckung zu erreichen,²²⁰ wozu Verträge zur Regelung der Versorgung notwendig sind. Dabei wurde sogar eine Frist eingeführt, innerhalb derer die Krankenkassen mit den Gemeinschaften die Verträge zu schließen haben. Nicht gesehen wurde aber, dass bei einer Untätigkeit der Gemeinschaft die Krankenkasse keine Möglichkeiten hat, den Vertragsschluss durchzusetzen. Auch ein Vertragsschluss mit nachrangigen Leistungserbringern kommt in dieser Situation nicht in Betracht. Der Gesundheitsausschuss ging in seiner Beschlussempfehlung sogar davon aus, dass ein Vertragsschluss mit den weiteren Vertragspartnern auch dann möglich ist, wenn kein Schiedsverfahren beantragt wurde, obwohl eine Einigung zwischen Gemeinschaft und Krankenkasse gescheitert ist, wobei die vorgeschlagenen Gesetzesänderungen dies dem Wortlaut nach nicht vorsahen.²²¹ Er hatte damit erkannt, dass diese Situation der Lösung bedurfte. Gleichwohl fiel nicht auf, dass dies von § 73b SGB V nicht erfasst wird. Das vorliegende Schiedsverfahren kann am besten als einseitig einleitbare Schlichtung beschrieben werden: Stellt die Gemeinschaft einen Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens, kommt dieses zustande; stellt

²²⁰ Vgl. hierzu die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, BT-DS 16/10609, S. 53.

²²¹ BT-DS 16/10609, S. 54.

sie den Antrag nicht, entsteht ein vertragsloser Zustand. Die Krankenkasse kann ihre Pflicht nicht erfüllen. Diese Ausgestaltung ist aufgrund vorstehend genannter Gründe nicht nachvollziehbar. Wenn der Gesetzgeber den (schnellen) Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung bezweckte, wieso hat er dann nicht eine durch beide Parteien einleitbare Schlichtung oder eine Zwangsschlichtung festgeschrieben wie z. B. bei § 132a SGB V, bei der es keines Antrags bedarf? Bei Nichteinigung würde der Vertragsinhalt dann grundsätzlich oder auf Antrag eines Vertragspartners durch die Schiedsperson festgesetzt werden. Die stattdessen getroffenen Regelungen erscheinen nicht folgerichtig. Der Gesetzgeber hat hier sein eigenes Ziel verfehlt. Auf Dauer erscheint hier eine Neuregelung angebracht, um die erläuterten Unklarheiten zu beseitigen. Nur dies wird den Interessen der beteiligten Personen gerecht; ein Antragsmonopol in den Händen der Gemeinschaften erscheint zwar auf den ersten Blick sinnvoll, birgt aber auch Gefahren und benachteiligt die Krankenkassen in einem Maße, das sich auch auf die weiteren Beteiligten auswirkt. Nur eine Zwangsschlichtung oder das Vorsehen eines Antragsrechts für alle Beteiligten können zu sachgerechten Ergebnissen führen.

(4) Folgefrage: Sekundäransprüche der nachrangigen Leistungserbringer

Sekundäransprüche in Form von Schadensersatz der nachrangigen Leistungserbringer, denen allein ein subjektives öffentliches Recht aus § 73b Abs. 4 SGB V zukommt, scheitern an verschiedenen Hürden. Unabhängig von der Frage, auf welche Anspruchsgrundlage sie gestützt werden können, liegt keine Pflichtverletzung durch die Krankenkasse vor. Gegenüber den nachrangigen Leistungserbringern besteht nur in der Situation des § 73b Abs. 4 S. 4 SGB V eine Pflicht zum Vertragsschluss. Darum geht es hier nicht. Gemäß § 73b Abs. 4 S. 5 SGB V haben die nachrangigen Leistungserbringer auch keinen Anspruch auf einen Vertragsschluss. Scheitert ein Vertragsschluss mit der Gemeinschaft aufgrund deren Weigerung, ist auch kein Verschulden der Krankenkasse anzunehmen. Ansprüche gegen die Gemeinschaft scheitern, da mangels Pflicht zur Antragsstellung keine Pflichtverletzung zu konstruieren ist.

3. Rechtsnatur des Antrags

Mit dem Antrag tut die Gemeinschaft kund, dass sie das Schiedsverfahren nun durchführen möchte. Sie äußert damit einen Willen, der auf das Hervorbringen eines rechtlichen Erfolges gerichtet ist und gibt damit eine Willenserklärung ab.²²² Fraglich ist, ob es sich dabei um eine privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Willenserklärung handelt oder ob nicht vielmehr ein Verwaltungsakt nach § 31 S. 1 SGB X vorliegt.

a) Verwaltungsakt

Um einen Verwaltungsakt nach § 31 S. 1 SGB X anzunehmen, müsste dem Verhalten der Gemeinschaft zunächst eine Regelungswirkung zukommen. Das Verhalten müsste auf die unmittelbare Erzielung einer Rechtsfolge gerichtet sein.²²³ Dies lässt sich annehmen: Durch den Antrag wird das Schiedsverfahren eingeleitet. Darin ist eine Rechtsfolge zu sehen. Diese tritt dabei auch als notwendige Folge ein, nicht bloß als Reflex.

Die Schiedsperson ist zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht festgelegt, weshalb sie als möglicher Adressat eines Verwaltungsaktes nicht in Betracht käme. Adressat des Antrags und des möglichen Verwaltungsaktes kann nur die Krankenkasse sein.

Die Gemeinschaft müsste gegenüber der Krankenkasse hoheitlich auftreten. Erfasst werden solche Handlungen, die einseitig²²⁴ verbindlich erfolgen und auf die Herbeiführung einer Regelung gerichtet sind.²²⁵ Grundsätzlich meint dies eine Tätigkeit, die aus dem Behördenbereich in den Bereich eines Bürgers einwirkt.²²⁶ Es wird also von einem hierarchischen Verhältnis Staat – Bürger ausgegangen. Zwar ist die Antragsstellung nur von Seiten der Gemeinschaften möglich, jedoch nicht als verbindlich einzuordnen. Gemeinschaft und Krankenkassen stehen sich als Vertragspartner für die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung gleichrangig gegenüber. Nach der Antragsstellung haben sich die Parteien zwar auf eine

²²² Vgl. zum Begriff der Willenserklärung *Wendtland* in: BeckOK BGB, § 133, Rn. 4.

²²³ BSG, Urteil vom 5.9.2006 – B 4 R 71/06 R – BSGE 97, 63, 66; *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, Rn. 23; *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 31 SGB X, Rn. 14; *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 35, Rn. 142.

²²⁴ *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 31, Rn. 10a; *Littmann* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 31, Rn. 38; *Müller-Grune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB I, IV, X, § 31 SGB X, Rn. 10.

²²⁵ *Müller-Grune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB I, IV, X, § 31 SGB X, Rn. 9.

²²⁶ *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 31 SGB X, Rn. 18.

Schiedsperson zu einigen, eine erzwingbare Pflicht sieht das Gesetz nicht vor. Dies lässt sich daraus ableiten, dass im Falle der Nichteinigung eine Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde erfolgt, § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V. Damit kommt der Erlass eines Verwaltungsaktes nicht in Betracht.

b) Willenserklärung

Es handelt sich bei dem Antrag somit um eine bloße Willenserklärung. Der Antrag ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung. Auch andere Anträge mit öffentlich-rechtlichem Bezug, wie der in § 22 VwVfG²²⁷ genannte Antrag oder der Antrag im Rahmen von § 323 SGB III,²²⁸ sind als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärungen zu klassifizieren.

Aufgrund der Zielrichtung auf die Durchführung eines Schiedsverfahrens nach Maßgabe des § 73b Abs. 4a SGB V ist der Antrag als öffentlich-rechtliche, genauer verwaltungsrechtliche Willenserklärung einzuordnen. Die Willenserklärung ist nicht dem Zivilrecht vorbehalten, sondern kann auch im öffentlichen Recht, insbesondere im Verwaltungsrecht genutzt werden.²²⁹ Verwaltungsrechtliche Willenserklärungen sind solche, die auf die Erzielung einer Rechtsfolge auf dem Gebiet des Verwaltungsrechts gerichtet sind.²³⁰ Das Leistungserbringungsrecht der §§ 69 ff. SGB V ist dem Sozialrecht als besonderem Verwaltungsrecht²³¹ zuzuordnen. Hierzu zählen die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung.

Öffentlich-rechtliche Willenserklärungen sind grundsätzlich entsprechend §§ 133, 157 BGB auszulegen; aus diesen Normen lässt sich ein allgemeiner Rechtsgrundsatz ableiten.²³² Maßgeblich ist der objektive Empfängerhorizont bei Berücksichtigung des wirklichen Willens. Die Gemeinschaft muss bei Antragsstellung aus Sicht der Krankenkasse zum Ausdruck bringen, ein Schiedsverfahren durchführen zu wollen. Die bloße Weigerung, weitere Vertragsverhandlungen vorzunehmen, reicht dabei nicht aus. Das Schiedsverfahren ist nicht automatische Folge des Nichtzustandekommens eines Vertrages, sondern steht der Gemeinschaft frei, vgl. § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Dass die Gemeinschaft einen entsprechenden Willen hat, kann ohne Anhaltspunkte nicht angenommen

²²⁷ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 22, Rn. 29.

²²⁸ Kaminski in: BeckOK SozR, § 323 SGB III, Rn. 3.

²²⁹ Gurlit in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 28, Rn. 1.

²³⁰ Gurlit in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 28, Rn. 1.

²³¹ Waltermann, Sozialrecht, Rn. 27.

²³² Gurlit in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 28, Rn. 8; Kluth, NVwZ 1990, 608, 610.

und daraus ein Antrag konstruiert werden, selbst wenn es sich um eine privatrechtliche Organisation handelt. Ein konkludenter Antrag, z. B. durch Vorschlag einer Schiedsperson, genügt hingegen. Ein solches Verhalten kann dahingehend ausgelegt werden, dass die Gemeinschaft das Verfahren nach § 73b SGB V nun durchführen möchte.

Da es sich um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, bedarf es für die Wirksamkeit des Antrags des Zugangs bei der Krankenkasse. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ist entsprechend heranziehbar.²³³

4. Rechtsbehelfe gegen den Antrag

Lediglich die Krankenkasse könnte gegen das Verfahren vorgehen, da ihr gegenüber der Antrag gestellt wird.²³⁴ Relevant wird dies, wenn es bereits eine Gemeinschaft gibt, mit der auch ein Vertrag geschlossen wurde, und nun eine weitere Gemeinschaft, die die Voraussetzungen erfüllt oder dies zumindest behauptet, ebenfalls einen Vertrag abschließen möchte. Dieses Szenario ist denkbar, wenn vertreten wird, dass Ärzte von mehreren Gemeinschaften vertreten werden können.²³⁵ Des Weiteren ist es möglich, dass die Krankenkasse das Vorliegen der Voraussetzungen einer qualifizierten Gemeinschaft ablehnt. Wie bereits erläutert, haben die Gemeinschaften im Gegensatz zu anderen Leistungserbringern einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages.²³⁶ Die Krankenkassen sind verpflichtet, einen Vertrag nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V abzuschließen. Einen Anspruch hat jedoch nur eine die Voraussetzungen erfüllende Gemeinschaft, die Verpflichtung zum Vertragsschluss besteht nur gegenüber dieser. Würde man die Krankenkasse darauf verweisen, die Durchführung des Schiedsverfahrens abzuwarten und gegen den Schiedsspruch vorzugehen, wäre dies mit einem hohen zeitlichen Aufwand und Kosten verbunden. Sieht die Krankenkasse die Voraussetzungen als nicht gegeben an, kann sie eine Festsetzung nicht durch Verweigerung eines Schiedsverfahrens erreichen. Liegt ein Antrag einer Gemeinschaft vor und kommt eine Einigung auf eine Schiedsperson nicht zustande, wird diese durch die zuständige Aufsichtsbehörde nach § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V

²³³ *Gurlit* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 28, Rn. 11; *Kluth*, NVwZ 1990, 608, 612.

²³⁴ Zur einseitigen Beendigung des Schiedsverfahrens durch die Gemeinschaft, insbesondere durch Anfechtung, vgl. Abschnitt 2, C. II. 2. b).

²³⁵ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. d).

²³⁶ Vgl. hierzu Abschnitt 2, A. II.

bestimmt, und es ergeht ein Schiedsspruch, aus dem die Krankenkasse verpflichtet ist. Es liegt somit nahe, einen Rechtsbehelf bereits gegen den Antrag zuzulassen. Ob eine Krankenkasse dies in der Praxis anstreben würde, ist aufgrund der Verpflichtung zum Vertragsschluss eher unwahrscheinlich. Schließlich ist sie von Gesetzes wegen durch § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V verpflichtet, Verträge abzuschließen. Sollte sie gerichtlich vorgehen wollen, stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs gegen den Antrag. Problematisch erscheint hieran, dass die Krankenkassen durch das Gesetz zum Abschluss von Verträgen verpflichtet sind. Gegen den Antrag, der das Verfahren zum Erreichen eines Vertrages bei Nichteinigung der Parteien einleitet, vorzugehen, erscheint als gegen Treu und Glauben verstoßende Ausübung des theoretisch bestehenden Rechts auf Einlegung eines Rechtsbehelfs, insbesondere einer Klage.

a) Der Grundsatz von Treu und Glauben im Sozialrecht

Der Grundsatz von Treu und Glauben prägt die gesamte Rechtsordnung und stellt einen allgemeinen Rechtsgedanken dar.²³⁷ Es geht dabei maßgeblich um Vertrauensschutz, der auf Treu und Glauben fußt.²³⁸ Woraus sich dieser im Verwaltungsrecht herleitet, ist nicht eindeutig geklärt. In Betracht kommt eine allgemeine Herleitung aus dem Rechtsstaatsprinzip, aber auch eine entsprechende Heranziehung von § 242 BGB.²³⁹ Zu § 242 BGB wurden von der zivilrechtlichen Rechtsprechung verschiedene, nicht abschließende Fallgruppen entwickelt.²⁴⁰ Die Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben im Verwaltungsrecht ist inzwischen allgemein anerkannt.²⁴¹ Die Besonderheiten des öffentlichen Rechts müssen aber, was sich aus obiger Argumentation ergibt, berücksichtigt werden.²⁴² Im Verwaltungsrecht ist an vielen Stellen ein Rückgriff auf den

²³⁷ *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 242, Rn. 10; *Müller-Grune*, Grundsatz von Treu und Glauben, S. 40; *Schulze* in: Hk-BGB, § 242, Rn. 1.

²³⁸ *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25, 27.

²³⁹ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 242; *Olzen/Looschelders* in: Staudinger, BGB, § 242, Rn. 1141.

²⁴⁰ *Olzen/Looschelders* in: Staudinger, BGB, § 242, Rn. 210.

²⁴¹ BVerfG, Beschluss vom 16.12.1981 – 1 BvR 898/79 – BVerfGE 59, 128, 167; BGH, Urteil vom 24.6.1985 – III ZR 219/83 – NJW 1985, 2820, 2821; BVerwG, Urteil vom 18.12.1973 – I C 34/72 – NJW 1974, 2247, 2248; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 242, Rn. 11; *Olzen/Looschelders* in: Staudinger, BGB, § 242, Rn. 1141; *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25, 27; *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 (1994), 603, 618; *Schubert* in: MünchKommBGB, § 242, Rn. 114. Vgl. auch m.w.N. insb. zur Rspr., *Grötschel*, Herstellungsanspruch, S. 221.

²⁴² *Stauf*, DÖD 2004, 150, 151.

Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB nicht erforderlich, da das Gesetz spezielle Regelungen enthält, die den Vertrauensschutz berücksichtigen.²⁴³ Geht es aber darum, den allgemeinen Grundsatz des Vertrauensschutzes handhabbar zu machen oder um Elemente, die mit Vertrauensschutz im eigentlichen Sinne nichts zu tun haben, wie das Verbot von Rechtsmissbrauch, so erscheint ein Rückgriff auf die richterrechtlichen Konkretisierungen zu § 242 BGB sinnvoll und bietet Rechtssicherheit.²⁴⁴ Für das Verbot widersprüchlichen Verhaltens ist ein Rückgriff nicht erforderlich, da es sich auch aus dem Vertrauensschutz herleiten lässt.²⁴⁵ Auch das Verbot unzulässiger Rechtsausübung ist im öffentlichen Recht anwendbar.²⁴⁶ Relevant ist ein Zurückgreifen vor allem bei der Verwirkung, die dem Verbot rechtsmissbräuchlichen Verhaltens zuzuordnen ist, das sich nicht zwingend aus dem Vertrauensschutz herleiten lässt.²⁴⁷ In diesem Fall wird die Ausübung eines subjektiven Rechts verwehrt,²⁴⁸ da diese entgegen den überwiegenden schutzwürdigen Interessen der anderen Partei oder ohne ein Eigeninteresse der ausübenden Partei erfolgen würde und somit nicht mehr mit Gerechtigkeitsgedanken zu vereinbaren wäre.²⁴⁹ Auch im Sozialrecht als besonderes Verwaltungsrecht ist der Grundsatz von Treu und Glauben mit den entwickelten Fallgruppen anwendbar.²⁵⁰

b) Zulässigkeit der Einlegung eines Rechtsbehelfs gegen den Antrag

Die Krankenkasse würde durch Einlegung eines Rechtsbehelfs ihre Verpflichtung zum Vertragsschluss konterkarieren. Sie ist nicht nur verpflichtet, mit einer Gemeinschaft eine vertragliche Bindung einzugehen, sondern mit allen, die die Voraussetzungen erfüllen. Legt eine Gemeinschaft das Vorliegen der Voraussetzungen ausreichend dar, muss ein Vertrag geschlossen werden. Nur im Fall, dass

²⁴³ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 242.

²⁴⁴ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 245.

²⁴⁵ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 246.

²⁴⁶ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 271.

²⁴⁷ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 245.

²⁴⁸ *Schubert* in: MünchKomm BGB, § 242, Rn. 202.

²⁴⁹ *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 242, Rn. 37.

²⁵⁰ BSG, Urteil vom 25.6.1992 – 2 RU 24/91 – BSGE 71, 27, 37 (das Gericht wendet § 242 BGB ohne Begründung direkt an); BSG, Urteil vom 26.9.1986 – 2 RU 45/85 – NJW 87, 2038, 2039; *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 94 f.; *Engelmann* in: von Wulfen/Schütze, SGB X, § 61, Rn. 9; *Jansen* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 61 SGB X, Rn. 6; *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 242, Rn. 11.

die Voraussetzungen klar nicht vorliegen, kann die Krankenkasse den Vertragsschluss verweigern. Der Gemeinschaft steht das Recht zu, das Schiedsverfahren einzuleiten. Dies kann die Krankenkasse nicht verhindern. Die Ermöglichung eines Rechtsbehelfs liefe darauf hinaus, den Krankenkassen doch eine Dispositionsbefugnis einzuräumen. Diese steht aber ausweislich des Gesetzeswortlauts nur den Gemeinschaften zu. Ein solches Verhalten wäre als rechtsmissbräuchlich einzustufen. Gegen die Möglichkeit, gegen die Antragsstellung vorgehen zu können, spricht auch § 56a S. 1 SGG. Danach können Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen nur gleichzeitig mit dem gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelf geltend gemacht werden. Die Frage, ob es sich bei der Gemeinschaft um eine Beliehene handelt, kann hier zunächst dahinstehen, da zumindest der Rechtsgedanke der Vorschrift anzuwenden ist. Der Antrag selbst ist eine der Bestimmung der Schiedsperson vorgelagerte Handlung. Letztere wird man als maßgebliche Sachentscheidung anzusehen haben. Bezüglich der Ablehnung einer Schiedsperson aus Gründen der Befangenheit wird das Vorliegen von § 56a S. 1 SGG bejaht.²⁵¹ Kann nicht gegen die Bestimmung der Schiedsperson vorgegangen werden, so ist ein Vorgehen gegen den Antrag auf Durchführung des Verfahrens erst recht nicht als zulässig anzusehen. Klagen gegen die Bestimmung dieser haben keine aufschiebende Wirkung, § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V. Dadurch wird der Effekt noch verstärkt. Ein eigenständiges Vorgehen gegen den Antrag wird man auch aus diesem Grund nicht annehmen können.

III. Anforderungen an die Nichteinigung auf einen Vertrag

Ein Schiedsverfahren kommt nur in Betracht, wenn sich die Parteien nicht auf einen Vertrag einigen können, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Welche Anforderungen an ein „nicht einigen“ zu stellen sind, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut. Die Norm stellt zudem keine weiteren Anforderungen auf. Es kommen drei mögliche Anforderungsgrade in Betracht: Es könnte bereits ausreichen, wenn es

²⁵¹ Unter Heranziehung von § 44a VwGO, vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.11.2010 – L 5 KA 4293/10 ER-B, unveröffentlicht, juris Rn. 17 f. Vor Schaffung des § 65a S. 1 SGG wurde § 44a VwGO bzw. dessen innewohnender allgemeiner Rechtsgrundsatz als auf das sozialgerichtliche Verfahren anwendbar angesehen, vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1988 – 9/4b RV 55/86 – NVwZ 1989, 901, 902; offen aber BVerfG, Beschluss vom 24.10.1990 – 1 BvR 1028/90 – NJW 1991, 415; SG Kiel, Urteil vom 6.3.1991 – S 12 V 158/89 – NVwZ-RR 1992, 672, 672; *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 56a, Rn. 8; *Stelkens* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 44a (1996), Rn. 7.

zwischen den Parteien zu keinem Kontakt gekommen ist und sofort eine Schiedsperson angerufen wird. Möglich ist auch, dass es einen einseitigen Verhandlungsversuch gegeben haben muss. Zuletzt könnte das Stattfinden umfassender Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien verlangt werden, also eine beiderseitige Kommunikation, deren genauer Umfang zu klären wäre. Welches Ergebnis maßgeblich ist, lässt sich nur durch Auslegung bestimmen.

Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch bedeutet sich „nicht einigen“, dass zwei Parteien bezüglich eines Themas nicht übereinkommen oder nicht zu einer Übereinstimmung kommen.²⁵² Ausgehend hiervon kann eine Übereinkunft nur dann nicht getroffen werden, wenn ein Kontakt zwischen den Parteien erfolgt ist. Damit scheidet die erste Auslegungsmöglichkeit aus. Die Schiedsperson kann nicht unmittelbar durch die Gemeinschaft beantragt werden. Der allgemeine Sprachgebrauch spricht auch eher für die Annahme vorheriger Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien. In welchem Umfang Einigungsversuche stattfinden müssen, wird dadurch jedoch nicht vorgegeben. Unter den Begriff „Nichteinigung“ lässt sich rechtlich aber auch bereits die Situation subsumieren, in der eine Partei in Kontakt mit der anderen Partei getreten ist, diese eine weitere Verständigung sodann verweigert hat. Der Begriff lässt sich insbesondere dem Vertragsschluss zuzuordnen, der für das Zivilrecht in den §§ 145 ff. BGB geregelt ist. Krankenkasse und Gemeinschaft sollen sich auf einen Vertrag einigen. Es geht somit um einen Vertragsschluss. Auf diesen finden die §§ 145 ff. BGB Anwendung.²⁵³

Dafür, dass es bereits ausreichen muss, dass eine Partei der anderen ein Vertragsangebot unterbreitet, spricht, dass es sonst durch einseitige Verweigerung dazu kommen könnte, dass die Schiedsperson nicht angerufen werden könnte. Vor dem Hintergrund des Zwecks der Norm, die privilegierte Gemeinschaft zu stärken, erscheint dies bedenklich, da die Krankenkasse so einen Vertragsschluss konterkarieren könnte, obwohl sie zum Vertragsschluss verpflichtet ist.²⁵⁴ Dies

²⁵² Vgl. *Duden*, Bedeutungswörterbuch, S. 205.

²⁵³ Die rechtliche Einordnung des Vertrages soll an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben. Handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag, finden die Vorschriften unmittelbar Anwendung, im Falle eines öffentlich-rechtlichen Vertrags sind sie über § 61 S. 2 SGB X anwendbar, vgl. *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 78.

²⁵⁴ Vgl. hierzu auch SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 25. So auch LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2005 – L 9 B 65/05 KR ER – unveröffentlicht, zu § 132a SGB V.

kann auch vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, der den Vertragsschluss wie bereits mehrfach erläutert fördern wollte.²⁵⁵ Zudem ist nicht eindeutig, ab wann von umfassenden Verhandlungen auszugehen wäre.

Die konsequente Anwendung der Vorgaben des BGB zum Vertragsschluss, §§ 145 ff. BGB, erscheint dagegen sachgerecht und rechtssicher. Danach verlangt eine Einigung Angebot und Annahme, also mindestens zwei korrespondierende Willenserklärungen.²⁵⁶ Es muss ein Vertragsangebot vorliegen, das hinreichend bestimmt ist und durch ein bloßes „Ja“ von der Gegenseite angenommen werden kann.²⁵⁷ Das Angebot muss bezüglich der wesentlichen Punkte des Vertrages eine von einem Dritten verstehbare Erklärung enthalten.²⁵⁸ Der anderen Partei müssen die relevanten Details mitgeteilt werden, um ihr eine Entscheidung zu ermöglichen. Dazu muss genau feststehen, welche Vorstellung die andere Seite bezüglich des Vertragsinhalts hat, es muss ein konkretes Angebot vorliegen.²⁵⁹ Nimmt die Gegenseite dieses nicht an, sei es durch konkrete Ablehnung oder nicht rechtzeitige Annahme, so erlischt dieses, § 146 BGB. Die Annahme kann nach § 147 Abs. 2 BGB nur bis zu dem Zeitpunkt erfolgen, in welchem der Antragende den Eingang der Antwort unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Dies beinhaltet eine Überlegensfrist.²⁶⁰ Bei einer komplexen vertraglichen Regelung wie im Falle des § 73b SGB V wird man der anderen Partei eine längere Frist zur genauen Prüfung des Angebots einräumen müssen. Dabei ist ein objektiver Maßstab anzulegen, der sich nach der Verkehrsanschauung richtet.²⁶¹ Nimmt die Gegenseite das Angebot nicht an, erlischt es. In diesem Zeitpunkt ist von einer Nichteinigung auszugehen. Nach dem Ablauf der Überlegensfrist muss die Gemeinschaft die Schiedsperson anrufen können, um den Vertragsschluss durchzusetzen.²⁶² Durch die Anwendung der Vorschriften des BGB lässt sich die Frage nach der Nichteinigung damit beantworten: Es genügt,

²⁵⁵ Vgl. BT-DS 16/10609, S. 53 f.

²⁵⁶ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 77.

²⁵⁷ *Dörner* in: Hk-BGB, § 145, Rn. 3.

²⁵⁸ *Busche* in: MünchKomm BGB, § 145, Rn. 6.

²⁵⁹ So auch von *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 49.

²⁶⁰ *Busche* in: MünchKomm BGB, § 147, Rn. 33.

²⁶¹ *Busche* in: MünchKomm BGB, § 147, Rn. 31 f.

²⁶² So auch von *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 49.

wenn ein Vertragsangebot einseitig unterbreitet wurde, um eine Nichteinigung anzunehmen, ausgiebige Verhandlungen müssen nicht erfolgt sein.²⁶³

IV. Einigung auf eine Schiedsperson

Vorrangig sollen sich die Parteien auf eine Schiedsperson einigen. Erst nachgelagert kommt eine Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde in Betracht.

1. Allgemeines

Der Wortlaut von § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V spricht davon, dass sich die Parteien auf eine Schiedsperson zu „verständigen“ haben. Sie müssen sich also einigen, was mit dem Wortlaut von § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V, der davon spricht, dass sich die Parteien nicht „einigen“, korrespondiert.

Dass sich die Parteien vorrangig selbst auf eine Schiedsperson einigen müssen, ist folgerichtig. Es obliegt schließlich ihnen, einen Vertrag zur Sicherstellung der hausarztzentrierten Versorgung abzuschließen. Zwar besteht eine Pflicht der Krankenkassen zum Abschluss, jedoch können die Parteien den Inhalt und die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung sowie die Vergütung selbst festlegen, § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V; ihnen kommt damit zumindest inhaltlich Dispositionsfreiheit zu. Es wird daher davon ausgegangen, dass sie selbst am besten einschätzen können, welche Person die entsprechende Erfahrung und das notwendige Wissen mitbringt, um den Vertragsinhalt festzusetzen. Daher sollen sie auch selbst die Schiedsperson bestimmen. In der Praxis wird es jedoch in vielen Fällen nicht zu einer Einigung über die Schiedsperson kommen. Die Einsetzung der Schiedsperson stellt bezüglich des Vertragsinhaltes einen wichtigen Schritt dar und kann entscheidend für den Schiedsspruch sein,²⁶⁴ weshalb sich die Parteien durch die vom Gegner vorgeschlagene Person oft nicht ausreichend

²⁶³ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 38; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 25; *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 51; *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 26; *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 49. So auch zu § 132a SGB V LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2005 – L 9 B 65/05 KR ER – unveröffentlicht. A.A. (zu § 132a SGB V): LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 53 f. Das Gericht geht davon aus, dass ernsthafte Verhandlungen stattgefunden haben müssen.

²⁶⁴ So auch zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 60.

vertreten fühlen werden. Aus diesem Grund wird eine Einigung in den meisten Fällen scheitern. Die große Anzahl an Festlegungen von Schiedspersonen durch die Aufsichtsbehörden nach Einführung der Frist in § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V in den bisherigen Fällen zeigt dies deutlich.²⁶⁵

2. Rechtsnatur der Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien

Die Einigung der Parteien auf eine Schiedsperson reicht nicht aus: Es entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen Gemeinschaft, Krankenkasse und Dritten, der zukünftigen Schiedsperson. Die Einbeziehung des Dritten bedarf einer Rechtsgrundlage. Denn die Verpflichtung eines Dritten zum Tätigwerden als Schiedsperson greift in seine Vertragsfreiheit ein, die über Art. 2 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich abgesichert wird.²⁶⁶ Aus diesem Grund scheidet auch der Erlass eines Verwaltungsaktes, der den Dritten insbesondere bei Weigerung als Schiedsperson, festlegt, aus. § 73b SGB V lässt sich hierzu keine Ermächtigungsgrundlage entnehmen. Es fehlt an einer ausdrücklichen, aber auch konkludenten Ermächtigungsgrundlage. § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V spricht davon, dass sich die Parteien auf eine Schiedsperson „verständigen“ sollen. Die Rechtsbeziehung zum Dritten wird dabei nicht erwähnt, was für eine einseitige Festlegung angeführt werden könnte. Andererseits geht der Aussagegehalt der Norm nicht über das hinaus, was für die Beziehung zwischen Gemeinschaft und Krankenkasse gelten soll. Was das Verhältnis zu dem Dritten anbelangt, schweigt das Gesetz. Es soll aber zunächst nach einer einvernehmlichen Lösung gesucht werden und auch der Dritte einvernehmlich bestimmt werden. Sinn und Zweck sprechen somit gegen eine Einordnung als Verwaltungsakt. Es ist zudem gerade nicht erforderlich, dass die Schiedsperson hoheitlich bestimmt wird. Verweigert sie das Tätigwerden, so haben die Parteien die Möglichkeit, eine andere Person auszuwählen. Anders ist dies bei dem Tätigwerden der Aufsichtsbehörde zu sehen. Damit das Schiedsverfahren auch tatsächlich durchgeführt wird, muss es der Behörde möglich sein, einseitig verbindlich eine Schiedsperson festzusetzen. Den Parteien kommt also nicht

²⁶⁵ Laut Tätigkeitsbericht des Bundesversicherungsamts wurden bereits im Jahr 2009 bei diesem 1123 Anträge auf Festlegung einer Schiedsperson gestellt. Vgl. hierzu *Bundesversicherungsamt*, Tätigkeitsbericht 2009, S. 14, abrufbar über http://www.bundesversicherungsamt.de/fileadmin/redaktion/allgemeine_dokumente/pdf/taetigkeitsberichte/TB_2009.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

²⁶⁶ *Di Fabio* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 1 (2001), Rn. 19.

die Möglichkeit zu, eine Schiedsperson durch Verwaltungsakt festzulegen. Sie müssen im Falle der Weigerung des Dritten auf eine andere Person zurückgreifen. Somit kann die Bestimmung der Schiedsperson nur durch einen mehrseitigen Vertrag zwischen Krankenkasse, Gemeinschaft und Dritten erfolgen. Die genauere Einordnung hängt von der rechtlichen Qualifizierung der Schiedsperson ab.²⁶⁷

V. Nichteinigung: Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde

Für den Fall, dass sich Krankenkasse und Gemeinschaft nicht einigen können, sieht § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V vor, dass die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson festlegt.

1. Allgemeines

Im Falle der Nichteinigung würden die Möglichkeit der zwangsweisen Durchsetzung des Vertragsschlusses und damit die Privilegierung der Gemeinschaften leerlaufen, wenn das Gesetz keine entsprechenden Vorkehrungen trifft. Durch Verweigerung der Anerkennung einer Schiedsperson könnte die Krankenkasse die Pflicht zum Vertragsschluss umgehen. Der Gesetzgeber hat daher in § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V vorgesehen, dass in diesem Fall die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson bestimmt. Hieraus ergibt sich, dass es sich nicht nur um ein einseitig einleitbares, freiwilliges Schiedsverfahren handelt, sondern um eine Zwangsschlichtung. Es wird ein Kontrahierungszwang bewirkt.²⁶⁸ Hat die Gemeinschaft einen Antrag gestellt, kann eine Einigung auf eine Schiedsperson aber nicht erzielt werden, bleibt es nicht bei dem vertragslosen Zustand, sondern es wird die Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde bestimmt, die sodann den Vertragsinhalt festlegt.

2. Zuständige Aufsichtsbehörde

Anders als bei anderen Schiedspersonen beinhaltet § 73b SGB V keine ausdrückliche Normierung, welche Aufsichtsbehörde für die Bestimmung der Schiedsperson zuständig ist. § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V spricht lediglich davon, dass die

²⁶⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 3. a) aa).

²⁶⁸ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 17; SG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 28.

zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson bestimmt. Auch ohne eine ausdrückliche Regelung in der Norm kann es nur auf die für die Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde ankommen. Ausdrückliche Regelungen zur Aufsicht über die privatrechtlich organisierte und grundsätzlich auch privatrechtlich agierende Gemeinschaft sind nicht geregelt, weshalb sie nicht vorrangig als maßgeblich anzusehen sind. Die zur Entstehungsgeschichte maßgeblich heranzuziehende Beschlussempfehlung spricht ausdrücklich von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde.²⁶⁹ Eine systematische Einbeziehung weiterer Schiedspersonen bestätigt, dass es auf die Krankenkasse ankommt. So legen die §§ 39a Abs. 1 S. 12, 110 Abs. 1 S. 6, 125 Abs. 2 S. 4, 127 Abs. 1a S. 3, 132 Abs. 1 S. 3, 132a Abs. 2 S. 7, 132d Abs. 1 S. 4, 132e Abs. 1 S. 3 SGB V alle fest, dass die Bestimmung durch die für die Krankenkasse, den Spitzenverband Bund der Krankenkassen oder den Verband der Krankenkassen zuständige Aufsichtsbehörde erfolgt, je nach beteiligtem Vertragspartner. Lediglich § 211 SGB V trifft keine Regelung zur Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde, bei § 65c Abs. 6 S. 9 SGB V ist das Bundesministerium für Gesundheit zuständig. Dies spricht dafür, dass auch bei § 73b SGB V die für die Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde die Bestimmung vornimmt, da Vertragspartner nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V die Krankenkassen sind. Maßgeblich ist somit die für die Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde.

Die zuständige Aufsichtsbehörde richtet sich nach § 90 SGB IV. Dieser legt in Abs. 1 fest, dass die Aufsicht über die Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt, sog. bundesunmittelbare Versicherungsträger, das Bundesversicherungsamt ausführt. Nach Abs. 2 führen die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder die von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmten Behörden die Aufsicht über die Versicherungsträger, deren Zuständigkeitsbereich sich nicht über das Gebiet eines Landes hinaus erstreckt (landesunmittelbare Versicherungsträger), aus. Regelmäßig handelt es sich hierbei um das zuständige Ministerium.²⁷⁰ Versicherungsträger der gesetzlichen Krankenversicherung sind nach § 21 Abs. 2 SGB I die Orts-, Betriebs- und Innungskrankenkassen, die Sozialversicherung für Landwirtschaft, Forsten und Gartenbau als landwirtschaftliche Krankenkasse, die Deutsche Rentenversicherung

²⁶⁹ BT-DS 16/10609, S. 54.

²⁷⁰ Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 47.

Knappschaft-Bahn-See und die Ersatzkassen. Als Beispiele für landesunmittelbare Versicherungsträger sind die Allgemeinen Ortskrankenkassen zu nennen; zu den bundesunmittelbaren Krankenkassen als Versicherungsträgern gehören die Ersatzkassen und Betriebskrankenkassen.²⁷¹ Letztere machen die Mehrzahl der Krankenkassen aus, weshalb dem Bundesversicherungsamt als Aufsichtsbehörde bei der Bestimmung der Schiedspersonen große Bedeutung zukommt.

3. Anforderungen an die Nichteinigung auf eine Schiedsperson

Die Anforderungen für die Nichteinigung auf eine Schiedsperson entsprechen denen, die an die Nichteinigung auf einen Vertrag gestellt werden. Es bedarf eines Angebots einer Partei, also einer konkreten Benennung einer Schiedsperson, das die andere Partei nicht angenommen hat, §§ 145 ff. BGB in entsprechender Anwendung. Ausführliche Verhandlungen müssen nicht erfolgt sein, da auch hierdurch die Durchführung eines Schiedsverfahrens konterkariert würde.

4. Rechtsnatur der Bestimmung der Schiedsperson

Die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörden, die Behörden i.S.v. § 1 Abs. 2 SGB X darstellen, zielt auf eine Rechtsfolge ab, und zwar die Einsetzung der Schiedsperson, weshalb es sich um eine Regelung handelt, die Außenwirkung gegenüber den Krankenkassen und Gemeinschaften hat. Dabei wird auch ein Einzelfall geregelt, da wie gerade festgestellt wurde für jedes Verfahren ein eigener Vertrag abgeschlossen werden muss. Aus diesem Grund handelt es sich um einen Verwaltungsakt gemäß § 31 S. 1 SGB X.²⁷² Gegen diesen sind die üblichen Rechtsbehelfe möglich. Es kann Widerspruch gemäß § 78 SGG eingelegt werden und Anfechtungs-, Verpflichtungs- oder kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage nach § 54 SGG erhoben werden. Der Verwaltungsakt erledigt sich auch nicht, sobald ein Schiedsspruch erlassen wurde. Gemäß § 39 Abs. 2 SGB X bleibt ein Verwaltungsakt wirksam, solange und soweit

²⁷¹ Vgl. hierzu das Bundesministerium für Gesundheit, <http://www.bmg.bund.de/themen/krankenversicherung/kassenwechsel/liste-der-aufsichtsbehoerden.html> (zuletzt abgerufen am 23.3.2017).

²⁷² So auch *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 71; *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 22; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 47a; *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 38; *Schütz*, ZMGR 2009, 155, 165. Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 40.

er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Eine Erledigung liegt, vor, wenn der Verwaltungsakt keine Rechtswirkungen mehr erzeugt.²⁷³ Ist der Verwaltungsakt jedoch Grundlage für einen weiteren Verwaltungsakt oder eine vertragliche Regelung, so bleibt er bestehen.²⁷⁴ Dies ist im Falle eines Schiedsspruchs gegeben, da der der Bestimmung der Schiedsperson zugrundeliegende Verwaltungsakt die Basis für deren Schiedsspruch ist.²⁷⁵

Die Bestimmung der Schiedsperson hat nach pflichtgemäßem Ermessen zu erfolgen.²⁷⁶ Dabei kommt der Aufsichtsbehörde nur ein Auswahl-, kein Entschließungsermessen zu.²⁷⁷ Dass ihr Ermessen zusteht, ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Wortlaut der Norm. Diese spricht davon, dass die Schiedsperson „bestimmt [wird]“, § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V. Daraus ergibt sich die Pflicht zur Bestimmung an sich. Wer jedoch als Schiedsperson in Betracht kommt, muss zunächst festgestellt werden. Für diese Tätigkeit kommen nur Personen mit Fachwissen,²⁷⁸ insbesondere sozialrechtlichem, am besten zur gesetzlichen Krankenversicherung, in Betracht. Die Aufsichtsbehörde benötigt einen Spielraum, um eine geeignete Person zu finden. Auch in dem Falle, dass die Person die Schiedstätigkeit nicht ausüben kann oder möchte, muss es möglich sein, eine andere Person heranzuziehen. Die Aufsichtsbehörde hat die Grenzen des Ermessens zu wahren; ihr dürfen keine Ermessensfehler unterlaufen. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass die Schiedsperson für beide Parteien akzeptabel ist und durch die Bestimmung der Streit zwischen den Parteien beigelegt werden kann,

²⁷³ BVerwG, Urteil vom 25.9.2009 – 7 C 5/08 – NVwZ 2009, 122, 122.

²⁷⁴ Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 43.

²⁷⁵ Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 46. A.A.: BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 72 ff.; Rademacker in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 40.

²⁷⁶ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 25; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 26. Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 56.

²⁷⁷ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 45; *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 21.

²⁷⁸ Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 57.

was es unter Umständen erforderlich macht, dass eine dritte Person benannt wird, die nicht bereits von der jeweiligen gegnerischen Partei abgelehnt wurde.²⁷⁹

5. Bündelung von Verfahren

In den bisher erfolgten Festlegungen durch das Bundesversicherungsamt hat dieses nicht für jedes Verfahren eine eigene Schiedsperson benannt, sondern eine Bündelung mehrerer Verfahren bei einer Schiedsperson vorgenommen.²⁸⁰ Auch die Mehrheit der landesrechtlich zuständigen Aufsichtsbehörden hat die gleichen Schiedspersonen für die Verfahren, für die sie als aufsichtsrechtlich zuständig sind, festgesetzt. Die Zusammenführung erfolgte häufig entsprechend der Kas senarten Allgemeine Ortskrankenkassen, Ersatz-, Betriebs- und Innungskran kenkassen.²⁸¹ Dadurch sollte eine „Zersplitterung der Versorgungslandschaft“ vermieden und effiziente Verfahren ermöglicht werden.²⁸² Fraglich ist, ob dieses Vorgehen zulässig war bzw. auch für die Zukunft für weitere Verfahren zulässig ist. Gerade unter dem Gesichtspunkt der korrekten Ausübung des Auswähler messens spielt die Bündelung von Verfahren eine Rolle. Ist eine solche Bündelung unzulässig, so hat die Aufsichtsbehörde ihr Ermessen nicht pflichtgemäß ausgeübt und die Bestimmung der Schiedsperson kann von den Parteien angegriffen werden.

Unter dem Gesichtspunkt der sachgerechtesten und professionellsten Entscheidung erscheint ein solches Vorgehen sinnvoll. Nur eine Person, die sich im Sozialrecht und in der Betriebswirtschaft auskennt, wird das nötige Know-How mitbringen, um einen sachgerechten Schiedsspruch festzusetzen. Dabei wird kaum eine solche Anzahl an geeigneten Personen existieren, um für jedes Schiedsverfahren eine andere Schiedsperson festzulegen.²⁸³ Die von den meisten Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung in Bezug genommene Anlage 7 sieht in § 3 Abs. 2 vor, dass die Schiedsperson „die Befähigung zum Richteramt

²⁷⁹ Zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 60 f.

²⁸⁰ Es wurden vier Schiedspersonen benannt, die jeweils für mehrere Regionen verschiedener Kassenärztlicher Vereinigungen für das Schiedsverfahren zuständig sein sollten, vgl. *Bundesversicherungsamt*, Tätigkeitsbericht 2009, S. 14.

²⁸¹ *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 3 (in Fn. 7).

²⁸² *Bundesversicherungsamt*, Tätigkeitsbericht 2009, S. 14, vgl. Fn. 265.

²⁸³ So auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 51; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32, 36.

und einschlägige Erfahrung auf dem Gebiet des Sozialrechts, insbesondere des SGB V, haben oder über einen Hochschulabschluss eines wirtschaftswissenschaftlichen Studiengangs verfügen“ soll.²⁸⁴ Zwar ließe sich argumentieren, dass gerade die 2. Alternative keine hohen Anforderungen stellt und es sich auch nicht um eine pflichtige Vorgabe handelt und daher eine Vielzahl an Personen zur Verfügung steht, die als Schiedsperson in Betracht kommen. Im Idealfall sollte die Schiedsperson jedoch ein größeres Fachwissen mitbringen, was sich gerade auch an der 1. Alternative zeigt, wonach insbesondere Kenntnisse des SGB V gefordert werden. Eine Person, die sich nicht in den entsprechenden Rechtsbereichen auskennt, wird sich einerseits kaum bereit erklären, als Schiedsperson zu wirken, zum anderen kann von ihr nicht ohne weiteres eine fundierte und sachgerechte Entscheidung erwartet werden. Dadurch bestehen hohe Hürden für in Frage kommende Schiedspersonen. Es erscheint daher zulässig, dass die Aufsichtsbehörden eine Person für mehrere Verfahren einsetzen, wenn diese besonders geeignet erscheint. Dadurch kann auch auf das Wissen und die Erfahrungen, die die Schiedsperson in anderen Schiedsverfahren gemacht hat, zurückgegriffen werden. Die Gefahr, dass dadurch ein gleicher oder ähnlicher Vertragsinhalt vereinbart wird, und damit faktisch nicht mehr wirklich von einem Selektivvertragssystem gesprochen werden kann, besteht zwar. Dass es zu einem solchen Ergebnis kommen kann, wird aber nicht durch das Gesetz verboten. Zudem wird hierdurch kein Kollektivvertrag geschaffen. Es liegen immer noch einzelne, nur zwischen den Parteien wirkende Verträge vor.²⁸⁵ Die Durchführung der Verträge wird so für die Krankenkassen wesentlich erleichtert.²⁸⁶ Eine Verfahrensbündelung ist somit zulässig.²⁸⁷

Im Gegensatz dazu ist es jedenfalls nicht zulässig, bundesweit nur einen einzigen Vertrag für alle Gemeinschaften und Krankenkassen festzusetzen, der für alle an

²⁸⁴ Abrufbar z. B. für Westfalen-Lippe über https://www.hausaerzterverband.de/cms/fileadmin/_migrated/content_uploads/2012_01_20_Anlage_7_NRW_14.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

²⁸⁵ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 56.

²⁸⁶ *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 5.

²⁸⁷ LSG-Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.1.2011 – L 7 KA 66/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 7; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 56; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32, 36; *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 21.

den verschiedenen Schiedsverfahren Beteiligten gilt.²⁸⁸ Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht nicht eindeutig gefasst. § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V besagt, dass die Schiedsperson den Inhalt des Vertrages nach Abs. 2 S. 1 festlegt, der wiederum davon spricht, dass Krankenkassen Verträge mit Gemeinschaften zu schließen haben. Dies schließt zunächst nicht aus, dass es sich um mehrseitige Verträge unter Einbeziehung mehrerer Krankenkassen und Gemeinschaften handeln kann. Eine systematische Betrachtung lässt aber bereits Zweifel an einer solchen Interpretation entstehen. § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V besagt nämlich, dass „die Gemeinschaft“ das Schiedsverfahren einleiten kann. Danach soll nur eine Gemeinschaft Partei des Vertrages werden. Dies verhindert aber noch nicht, dass mehrere Krankenkassen an einem Vertrag beteiligt sind. Einer solchen Auslegung lässt sich nicht absprechen, dass eine Beteiligung mehrerer Parteien in zeitlicher und finanzieller Hinsicht ökonomisch wäre. Dem lässt sich systematisch auch nichts entgegenbringen, da sich in § 73b SGB V keine eindeutigen Äußerungen diesbezüglich finden. Gegen eine solche Auslegung spricht aber vor allem, dass die Möglichkeit bestehen soll, die geschlossenen oder festgesetzten Verträge im Nachhinein zu ändern oder zu kündigen. Wären mehrseitige Verträge zulässig, so würde die Änderung oder Kündigung alle Parteien betreffen, also auch Gemeinschaften oder Krankenkassen, die am bestehenden Vertrag festhalten wollen, diese müssten in jedem Fall beteiligt werden. Dies erscheint wenig praktikabel; es würden erhebliche organisatorische Probleme entstehen.²⁸⁹ Aus diesem Grund erscheint es teleologisch geboten, von getrennten Verträgen auszugehen.²⁹⁰ Insbesondere die Annahme, dass es sich bei § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V um einen Selektivvertrag handelt, spricht ebenfalls gegen einen solchen Vertragsabschluss. Ebenso wenig kann ein einziger Vertrag für eine Krankenkasse geschlossen werden, da es nicht auf deren Tätigkeitsbereich ankommt, sondern den

²⁸⁸ So auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 54.

²⁸⁹ Wobei in der Praxis für die jeweiligen Verträge zwischen den Krankenkassen und Gemeinschaften regelmäßig Verträge identischen Wortlauts geschlossen werden, was auf die Verwendung von Musterverträgen bzw. Vertragsvorlagen hindeutet, vgl. z. B. die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung in Westfalen-Lippe, abrufbar über www.hausaerzteverband.de/cms/Westfalen-Lippe.1003.0.html, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

²⁹⁰ So auch *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 5.

jeweiligen Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung.²⁹¹ Auch hier ist der Wortlaut eindeutig.

6. Rechtsbehelfe gegen die Bestimmung der Schiedsperson

Die Bestimmung einer Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörden birgt die Gefahr, dass eine oder beide Parteien mit der Auswahl nicht einverstanden sind. Insofern könnten Rechtsbehelfe Abhilfe schaffen.

a) Allgemeines

Die Parteien können gegen die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde Klage erheben. Nach § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V haben Klagen keine aufschiebende Wirkung. Diese Regelung wurde in die Vorschrift aufgenommen, damit die hausarztzentrierte Versorgung möglichst schnell umgesetzt wird und die flächendeckende Sicherstellung des Angebots der hausarztzentrierten Versorgung gewährleistet werden kann.²⁹² Eine Klage genügt damit nicht, um aufschiebende Wirkung zu erzeugen, § 86a Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 4 SGG. Vielmehr muss im einstweiligen Rechtsschutz ein Antrag auf Aussetzung der sofortigen Vollziehung gestellt werden nach § 86a Abs. 3 S. 1 SGG. Aus der Regelung der fehlenden aufschiebenden Wirkung in Zusammenhang mit der Annahme, dass es sich bei der Bestimmung der Schiedsperson um einen statusbe gründenden Verwaltungsakt handelt, kann entnommen werden, dass die Rechtsakte der Schiedsperson auch nach erfolgreicher Anfechtung wirksam bleiben, sie können nach dem Wirksamwerden nicht mehr aufgehoben werden.²⁹³ Nur im Falle einer nichtigen Bestimmung der Schiedsperson kann erfolgreich gegen die Bestimmung vorgegangen und diese beseitigt werden, es besteht sodann auch keine Grundlage für die Festsetzung der Schiedsperson.²⁹⁴

b) Statthafte Klageart

Da es sich bei der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde um einen Verwaltungsakt handelt, kommen als statthafte Klageart eine Anfecht-

²⁹¹ LSG-Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.1.2011 – L 7 KA 66/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 7.

²⁹² Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit, BT-DS 16/10609, S. 54.

²⁹³ BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 74, 76.

²⁹⁴ BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 76 f.

tungs-, aber auch eine Verpflichtungsklage in Betracht, ggf. auch in Kombination, § 54 Abs. 1 S. 1 SGG. Die Klageart richtet sich nach dem Begehren des Klägers, vgl. § 92 Abs. 1 S. 1 SGG, wonach der Kläger den Gegenstand des Klagebegehrens zu bezeichnen hat.

c) **Widerspruchsverfahren**

Grundsätzlich ist vor Klageerhebung ein Widerspruchsverfahren durchzuführen, das erfolglos bleibt. Eines Vorverfahrens bedarf es nicht, wenn ein Versicherungsträger klagen will, § 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 SGG. Bei den Krankenkassen handelt es sich um einen Versicherungsträger gemäß §§ 12 S. 1, 21 Abs. 2 SGG. Damit müssen die Krankenkassen keinen Widerspruch gegen die Bestimmung der Schiedsperson einlegen, sondern können direkt Klage erheben. Die Gemeinschaften sind, wie bereits festgestellt, grundsätzlich privatrechtlich organisiert und somit Personengesellschaften oder juristische Personen des öffentlichen Rechts. Damit hätten sie zunächst Widerspruch einzulegen. Etwas anderes könnte sich daraus ergeben, dass sie für den Vertragsschluss als Beliehene und damit auch als Behörden anzusehen sind.²⁹⁵ Diese Frage kann jedoch dahinstehen, da eine Ausnahme nur in den gesetzlich genannten Fällen greifen würde. Die Gemeinschaften wären aber im Fall einer Beleihung keine obersten Bundes- oder Landesbehörden, weshalb der Ausschluss des Vorverfahrens aus § 78 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGG nicht greift und ein Vorverfahren stattzufinden hat. Die Gemeinschaften müssten also zunächst bei der Aufsichtsbehörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, Widerspruch einlegen, § 84 Abs. 1 S. 2 SGG.

Nach § 86a Abs. 1 S. 1 SGG hätte der Widerspruch grundsätzlich aufschiebende Wirkung. § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V schließt die aufschiebende Wirkung nur für Klagen aus, nicht aber für Widersprüche. Der Zweck, eine möglichst schnelle Sicherstellung der Versorgung zu erreichen, wird gefährdet, wenn eine Gemeinschaft gegen die Bestimmung der Schiedsperson Widerspruch einlegt. Der Wortlaut ist eindeutig: Einbezogen sind nur Klagen. Jedoch könnte § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V analog angewendet werden. Eine Regelungslücke liegt vor. Von der Planwidrigkeit kann ausgegangen werden. Die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses äußert sich nicht zu einem möglichen Widerspruchsverfahren.²⁹⁶ Aufgrund des kundgetanen Willens, eine schnelle Umsetzung der

²⁹⁵ Zur Beleihung der Gemeinschaft s. Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (d) (bb) (bbb).

²⁹⁶ BT-DS 16/10609, S. 54.

Norm zu bewirken, kann angenommen werden, dass der Gesetzgeber, wenn er das Problem erkannt hätte, die Norm so geändert hätte, dass sowohl Widerspruch als auch Anfechtungsklage keine aufschiebende Wirkung haben. Damit liegt eine planwidrige Regelungslücke vor. Auch eine vergleichbare Interessenlage ist anzunehmen; die Norm passt, um die Lücke zu füllen. Damit ist § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V analog heranzuziehen. Auch der Widerspruch hat somit keine aufschiebende Wirkung; diese muss vom Gericht im einstweiligen Rechtsschutz nach § 86a Abs. 3 S. 1 SGG angeordnet werden.

d) Zuständiges Gericht

Für Klagen gegen die Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde könnte das Landessozialgericht nach § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG erstinstanzlich zuständig sein. Danach entscheidet das Landessozialgericht im ersten Rechtszug über Aufsichtsangelegenheiten gegenüber Trägern der Sozialversicherung und ihren Verbänden, gegenüber den Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Vereinigungen sowie der Kassenärztlichen und Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, bei denen die Aufsicht von einer Landes- oder Bundesbehörde ausgeübt wird. Eine Zuständigkeit erscheint insofern naheliegend, als die für die Krankenkassen oder ihre Verbände zuständige Aufsichtsbehörde die Bestimmung der Schiedsperson vornimmt. Es müsste sich jedoch um eine Aufsichtsangelegenheit handeln. Eine solche ist nur anzunehmen, wenn es sich unmittelbar um eine Maßnahme der Aufsichtsbehörde handelt.²⁹⁷ Die Bestimmung der Schiedsperson gehört nicht dazu.²⁹⁸ Maßgeblich ist, dass die Aufsichtsbehörde die Bestimmung nicht aus eigener Initiative ergreifen kann, sondern vom Scheitern der Einigung der Parteien abhängig ist.²⁹⁹ Aufsichtsmittel sind nach § 89 Abs. 1 S. 1 SGB IV zu ergreifen, wenn das Handeln oder Unterlassen eines Versicherungsträgers das Recht verletzt. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist die Einigung der Parteien auf eine

²⁹⁷ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 29, Rn. 5a.

²⁹⁸ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 20; LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837; Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 29, Rn. 5a; Schreiber in: Breikreuz/Fichte, SGG, § 29, Rn. 11; Ulrich, NZS 2011, 448, 453. A.A.: SG Dresden, Beschluss vom 15.10.2010 – S 18 KR 481/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 4 ff.; SG Magdeburg, Beschluss vom 3.9.2010 – S 1 KA 93/10 ER – unveröffentlicht (nach LSG Sachsen-Anhalt, SG Dresden). Offenlassend: Burkiczak in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 29, Rn. 16.

²⁹⁹ LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837; Ulrich, NZS 2011, 448, 453.

Schiedsperson; eine Rechtsverletzung kann bei fehlender Einigung nicht angenommen werden. Für diese Situation sieht das Gesetz gerade die Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde vor. Selbst wenn man dies nicht als ausschlaggebend ansieht, da Aufsichtsbehörden auch im Rahmen der Fachaufsicht tätig werden können, die weder einen Rechtsverstoß erfordern, noch ein Tätigwerden von Amts wegen, kann auch keine solche angenommen werden, da zumindest die Gemeinschaft grundsätzlich keiner Aufsicht unterliegt.³⁰⁰ Klagen durch die Gemeinschaft sind offensichtlich nicht dem Bereich der Aufsichtsangelegenheiten zuzuordnen. Zudem passt das System der Aufsichtsmittel nicht, da die Krankenkasse nicht allein tätig wird, sondern vom Handeln der Gemeinschaften abhängig ist.³⁰¹ Es liegt somit keine Aufsichtsangelegenheit vor. § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG greift nicht. Da es sich um eine Ausnahmegvorschrift handelt, kann § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG auch nicht erweiternd ausgelegt werden.³⁰² Aus diesem Grund scheidet zudem eine analoge Anwendung. Es liegt keine planwidrige Regelungslücke vor. Eine Analogie zu § 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG, der die erstinstanzliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts für Klagen gegen Entscheidungen der Landesschiedsämter und Schiedsstellen vorsieht, scheidet ebenfalls aus.³⁰³ Es fehlt an einer planwidrigen Regelungslücke, zudem geht es hier nicht um die Festsetzung durch die Schiedsperson selbst. Durch die zeitgleiche Änderung von § 29 SGG und Einführung von § 73b Abs. 4a SGB V durch das GKV-OrgWG zeigt sich, dass der Gesetzgeber bewusst nur die Schiedsämter und Schiedsstellen erfassen wollte.³⁰⁴ § 29 Abs. 2 SGG ist weder direkt noch analog anwendbar. Es besteht damit eine erstinstanzliche Zuständigkeit der Sozialgerichte nach § 8 SGG.

C. Verfahren

Das Verfahren vor der Schiedsperson beginnt mit einem Antrag auf Einleitung eines Schiedsverfahrens. Zunächst haben sich nach § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V die Parteien auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen. Geschieht dies nicht, so bestimmt die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson, § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V. Die Anrufung der Schiedsperson muss zulässig sein (dazu

³⁰⁰ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 20.

³⁰¹ Vgl. hierzu auch *Ulrich*, NZS 2011, 448, 453 f.

³⁰² *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 29, Rn. 5a.

³⁰³ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 20.

³⁰⁴ LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837.

unter I.). Zudem wirft ihre Arbeit vielfältige Fragestellungen auf (dazu unter II.). Auch die Kostentragung bedarf einer Erörterung (dazu unter III.).

I. Zulässigkeit der Anrufung der Schiedsperson

Eine Schiedsperson kann nur dann tätig werden, wenn die allgemeinen Voraussetzungen vorliegen, an die sich auch die Parteien zu halten haben. Es muss sich um eine qualifizierte Gemeinschaft nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V handeln; des Weiteren ist unter Umständen eine Ausschreibungspflicht einzuhalten.

1. Nachweis des Vorliegens einer Gemeinschaft

Die Schiedsperson kann nur durch eine Gemeinschaft nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V angerufen werden; liegen die Voraussetzungen nicht vor, ist eine Anrufung unzulässig. Maßgeblich ist, dass die Gemeinschaft das Quorum von 50% der Allgemeinärzte erreicht. Nicht eindeutig geklärt ist, zu welchem Zeitpunkt das Quorum erfüllt sein muss und was passiert, wenn später Änderungen eintreten.

a) Zeitpunkt des Vorliegens der Gemeinschaft

Bezüglich der ersten Frage, wann das Quorum erfüllt sein muss, wird zum Teil angenommen, dieses müsse am 30. Juni 2009 vorliegen, bzw. inzwischen vorgelegen haben.³⁰⁵ Dies mag man für Altfälle annehmen; für die bereits beschriebenen Szenarien, in denen es in der Zeit nach dem 30. Juni 2009 zu einem (Nicht-) Abschluss eines Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung und infolge einer Nichteinigung zu einem Schiedsverfahren kommen kann, ist dieser Zeitpunkt als Stichtag für das Vorliegen des Quorums nicht hilfreich. Passend erscheint ein Abstellen auf ein bestimmtes Datum auch nicht. Dies würde bedeuten, dass eine Gemeinschaft, die erst nach dem Datum die Voraussetzungen erfüllt, keine qualifizierte Gemeinschaft mehr darstellt und daher auch eine Anrufung der Schiedsperson nicht mehr zulässig ist. Eine solche Annahme liefe dem Ziel des Gesetzgebers, die Gemeinschaften nach Abs. 4 S. 1 zu privilegieren, zuwider. Es muss

³⁰⁵ von Alemann/Scheffczyk, NZS 2012, 45, 46.

daher ein allgemeines Anknüpfungskriterium gefunden werden, um den Zeitpunkt der Erfüllung des Quorums zu bestimmen.³⁰⁶

Als maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen kann zum einen auf den Eintritt in die Vertragsverhandlungen, zum anderen auf den Zeitpunkt der Beantragung des Schiedsverfahrens abgestellt werden. Zudem kann es auf die Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien oder die Aufsichtsbehörde ankommen. Maßgeblich kann auch der Zeitpunkt der Vertragsfestsetzung sein.

Auf die Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien kann nicht abgestellt werden. Dieser Zeitpunkt ist als zu früh anzusehen. Es geht um die Festsetzung durch eine Schiedsperson, so dass ihr Handeln maßgeblich sein muss. Aus diesem Grund scheidet auch der Zeitpunkt der Antragstellung als Anknüpfungspunkt aus.

In Betracht kommen somit nur der Zeitpunkt der Bestimmung der Schiedsperson sowie derjenige der Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson. Grundsätzlich muss eine die Voraussetzungen erfüllende qualifizierte Gemeinschaft vorliegen, damit ein vorrangiger Vertragsschluss in Betracht kommt, der Abs. 4 S. 1 entspricht. Maßgeblich ist der Vertragsschluss als Anknüpfungspunkt.³⁰⁷ Dies spricht für ein Abstellen auf den zweiten Zeitpunkt. Die Einleitung eines Schiedsverfahrens ist nur dann zulässig, wenn sich die Befugnis zur Vertragsfestsetzung hierzu mit der Privilegierung bei Abschluss des Vertrags deckt.³⁰⁸

Vertragsschluss und Schiedsverfahren sind parallel zu bewerten. Hierfür spricht auch der gesetzgeberische Wille zum schnellen, flächendeckenden Vertragsschluss. Durch das Abstellen auf den späteren Zeitpunkt wird ermöglicht, dass das Quorum auch nach Beginn des Schiedsverfahrens noch erfüllt werden kann und das begonnene Verfahren nicht abgebrochen und erneut begonnen werden muss. Zudem macht es keinen Unterschied, ob die Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien oder die Aufsichtsbehörde erfolgt ist. Maßgeblicher Zeit-

³⁰⁶ Hiervon zu unterscheiden ist die Situation der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde nach § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine Bestimmung erfolgt, ist der Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung, da es bei Anfechtungsklagen auf die letzte Verwaltungsentscheidung ankommt, vgl. LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 27.

³⁰⁷ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 29.

³⁰⁸ LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 28.

punkt für das Vorliegen des Quorums ist damit der Zeitpunkt des Vertragsschlusses, im Falle eines Schiedsverfahrens der Zeitpunkt der Festsetzung durch die Schiedsperson.³⁰⁹

Zum Zeitpunkt der Antragsstellung müssen die Voraussetzungen somit noch nicht vorliegen. Auch bei Bestimmung der Schiedsperson muss das Quorum noch nicht gegeben sein. Ist jedoch auch die spätere Erfüllung des Quorums bei Vertragsfestsetzung nicht zu erwarten, ist aus Gründen der Ökonomie eine Ablehnung der Verfahrensdurchführung durch die Schiedsperson möglich. Im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde darf letztere die Vornahme der Bestimmung grundsätzlich nicht ablehnen. Sie muss eine Prognose vornehmen, dass auch bei Vertragsfestsetzung die Erfüllung des Quorums nicht gegeben sein wird. Es bedarf der hinreichenden Wahrscheinlichkeit, dass das Quorum zum maßgeblichen Zeitpunkt nicht erfüllt sein wird.³¹⁰

Die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen und damit auch des Quorums liegt bei der Gemeinschaft.³¹¹ Wie der Nachweis erfolgt, liegt allein bei der Gemeinschaft. Sie entscheidet über die einzusetzenden Beweismittel, wobei der Nachweis unter anderem durch Vorlegen des Mitgliedsverzeichnis erfolgen kann.³¹²

b) Berücksichtigung nachträglicher Änderungen

Änderungen, die nach Eintritt in die Vertragsverhandlungen oder nach Antragsstellung erfolgen, sind, wie gesehen, zu berücksichtigen. Es genügt, wenn die Voraussetzungen erst während des Verfahrens bis zum Erlass des Schiedsspruchs vorliegen.

³⁰⁹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 36. A.A.: LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 29; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 41 f.; SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 22. Das Gericht sieht den Zeitpunkt der Entscheidung der Behörde über die Bestimmung der Schiedsperson als maßgeblich an. Konsequenterweise müsste dann zugleich bei einvernehmlicher Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien auf den Zeitpunkt der Bestimmung abgestellt werden.

³¹⁰ SG München, Urteil vom 4.12.2013 – S 38 KA 705/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 21.

³¹¹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. d).

³¹² Dies genügt, da für die Erfüllung des Quorums auf die Mitgliedschaft abgestellt wird. Vgl. *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 67; *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 128; *Schütz* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 1410, der jedoch irreführend von „Einsichtnahme in das Mitgliederverzeichnis“ spricht. Vgl. auch Abschnitt 2, B. I. 1. d).

Welche Folgen eine Änderung, insbesondere ein Wegfallen des Quorums nach Beginn des Schiedsverfahrens hat, wird unterschiedlich bewertet. Dies hängt maßgeblich davon ab, welcher Zeitpunkt als entscheidend angesehen wird.

Wird das Quorum durch die Gemeinschaft erst später erfüllt, so kann dies nach der Auffassung, die auf den Zeitpunkt der Bestimmung der Schiedsperson abstellt, keine Rolle spielen. Es muss dann ein neues Schiedsverfahren beantragt werden, da das ursprüngliche Verfahren abgebrochen wird. Stellt man hingegen auf den Zeitpunkt der Festsetzung durch die Schiedsperson ab, kommt es nicht zu dem Problem, Änderungen im Verlauf des Schiedsverfahrens bewerten zu müssen. Liegen die Voraussetzungen im Zeitpunkt des Schiedsspruchs vor, so ergeht der Schiedsspruch. Ist das Quorum während des Verfahrens nicht erfüllt, hat dies keine Auswirkungen. Es bedarf nur eines Verfahrens, was der gesetzgeberischen Intention entspricht.

Fällt das Quorum weg, hilft das Abstellen auf die Vertragsfestsetzungen nicht weiter. Die beiden Ansichten müssen sich beide damit befassen, welche Folgen ein Wegfallen hat. Unter denjenigen, die auf den Zeitpunkt der Bestimmung der Schiedsperson abstellen, herrscht Uneinigkeit, wie die Änderungen zu behandeln sind. Einerseits wird angenommen, dass nachträgliche Änderungen die Einsetzung einer Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörden unberührt lassen.³¹³ Andererseits äußert sich das LSG Berlin-Brandenburg in einem *obiter dictum* dahingehend, dass ein Wegfall während des Schiedsverfahrens dazu führen könnte, dass das Verfahren nach einem entsprechend begründeten Vortrag gegenüber Aufsichtsbehörde oder Schiedsperson einzustellen ist.³¹⁴ Es bedürfte damit einer Geltendmachung des Wegfallens. Das Schiedsverfahren würde nicht automatisch enden. Jedoch ist auch das LSG Berlin-Brandenburg der Auffassung, dass bei einem nur kurzfristigen Entfallen der Voraussetzungen eine Einstellung nicht zulässig sei. Dies widerspreche der Beschleunigungspflicht sowie der Pflicht der Krankenkasse, einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung abzuschließen.³¹⁵ Es müsste wenig später erneut ein Schiedsverfahren durchgeführt werden, wenn die Voraussetzungen wieder vorliegen. Gleiches gilt, wenn auf die

³¹³ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32, 35.

³¹⁴ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.1.2011 – L 7 KA 66/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 5.

³¹⁵ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.1.2011 – L 7 KA 66/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 5.

Vertragsfestsetzung abgestellt wird. Gegen eine Pflicht zur Einstellung des Schiedsverfahrens bei nur vorübergehendem Entfallen der Voraussetzungen spricht somit auch das Argument des Rechtsmissbrauchs, § 242 BGB in entsprechender Anwendung. Kurzfristige Änderungen haben somit keine Auswirkungen, bei einer dauerhaften Unterschreitung des Quorums ist das Verfahren jedoch einzustellen.³¹⁶ Es bedarf damit einer Bewertung durch die Aufsichtsbehörden bzw. nach hier vertretener Ansicht durch die Schiedsperson.

2. Ausschreibungspflicht

Ob vor einem Vertragsschluss zwischen Krankenkasse und Gemeinschaft eine Ausschreibung erfolgen muss oder sonstige vergaberechtliche Regelungen berücksichtigt werden müssen, ist eine generell stark diskutierte und höchst umstrittene Fragestellung im Recht der selektiven Leistungserbringung. Auch für das Schiedsverfahren ist diese relevant: Besteht im Rahmen des § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V die Pflicht, vor Vertragsschluss eine Ausschreibung vorzunehmen oder das Vergaberecht zu berücksichtigen, geschieht dies aber nicht, so hat dies rechtliche Konsequenzen, die auch für die das Verfahren vor der Schiedsperson Bedeutung haben könnten. Ist ein Vertragsschluss ohne Beachtung der jeweiligen Regelungen und Durchführung eines Vergabeverfahrens unwirksam, so ist davon auszugehen, dass auch eine Festsetzung des Vertragsinhaltes durch die Schiedsperson in einer solchen Situation unwirksam wäre. Die Schiedsperson dürfte keinen Schiedsspruch erlassen, ohne dass zuvor eine Ausschreibung erfolgt ist.

Eine solche Rechtsfolge sieht das Gesetz für den Fall der Nichtbeachtung der Vorgaben des GWB vor: Ein Vertrag, der ohne Wahrung der Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB oder ohne Bekanntmachung im Amtsblatt der EU geschlossen wird und bei dem der Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist, ist als sog. De-Facto-Vergabe nach geltender Rechtslage zwar nicht mehr als nichtig, aber gemäß § 135 Abs. 1 GWB als von Anfang an

³¹⁶ LSG Sachsen, Urteil vom 11.0.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 29. Eine kurzfristige Änderung könnte bei einem Austritt einzelner Mitglieder, eine langfristige Änderung im Falle der Auflösung der Gemeinschaft zu sehen sein. Hier bedarf es der Abgrenzung durch die Rechtsprechung

unwirksam anzusehen.³¹⁷ Maßgeblich ist insbesondere die Informations- und Wartepflicht. So muss ein öffentlicher Auftraggeber nach § 134 Abs. 1 S. 1 GWB im Vergabeverfahren unterlegene Bieter unverzüglich in Textform über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informieren. Ein Vertrag darf grundsätzlich erst 15 Kalendertage nach Absendung der Information geschlossen werden, § 134 Abs. 2 S. 1 GWB. Nur in Fällen besonderer Dringlichkeit darf von § 134 Abs. 1 GWB abgewichen werden. Es ist daher auch für das Schiedsverfahren von besonderer Bedeutung, ob dieses Verfahren einzuhalten ist, bevor ein Schiedsspruch ergehen kann. Im Bereich der selektivvertraglichen Leistungserbringung, der auch die hausarztzentrierte Versorgung nach § 73b SGB V zuzuordnen ist, ergeben sich eine Reihe problematischer Fragestellungen, die mit der Anwendung des Vergaberechts verbunden sind.

a) Nach nationalem Recht

Zunächst könnte sich eine Pflicht zur Ausschreibung aus nationalem Recht ergeben. Dabei kommen sowohl eine spezialgesetzliche Normierung im SGB, als auch eine Anwendung allgemeiner kartell- und vergaberechtlicher Vorschriften in Betracht.

aa) Aus dem SGB V

Die Ausschreibung eines Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung mit einer privilegierten Gemeinschaft ist nicht erforderlich. Zwar sieht § 73b Abs. 4 S. 5, 2. HS SGB V vor, dass eine Ausschreibung zu erfolgen hat. Die Ausschreibungspflicht bezieht sich aber bei systematischer Betrachtung auf die Fälle nach S. 3

³¹⁷ Nach alter Rechtslage war umstritten, ob und wenn ja, woraus sich die Nichtigkeit eines ohne Vergabeverfahrens abgeschlossenen Vertrags ergibt. Vgl. hierzu auch *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632, 635. § 101b Abs. 1 Nr. 2 GWB in der bis zum 18.4.2016 gültigen Fassung sah ausdrücklich vor, dass ein Vertrag von Anfang an unwirksam ist, wenn der Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist und der Verstoß in einem Nachprüfungsverfahren festgestellt worden ist. Eine solche Vorschrift findet sich nun nicht mehr. Wird eine Unwirksamkeit bei Verstoß gegen die Informations- und Wartepflicht angenommen, so muss dies erst recht im Falle eines fehlenden Verfahrens gelten.

und 4. In diesen sind die Voraussetzungen des Vertragsschlusses mit nichtprivilegierten Leistungserbringern geregelt. Es kann daher nur in diesem Fall von einer speziellen Ausschreibungspflicht ausgegangen werden.³¹⁸ Ausgehend von der Annahme, dass Doppel- oder Mehrfachmandatierungen nicht zulässig sind, kann zudem angeführt werden, dass bei lediglich einer Gemeinschaft, die die Voraussetzungen des Abs. 1 S. 1 erfüllt, eine Ausschreibung keinen Sinn ergeben würde.

bb) Aus dem GWB

Zudem könnte sich eine wettbewerbsrechtliche Ausschreibungspflicht auch aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ergeben, welches in seinem vierten Teil das Vergaberecht regelt.

Am 28. März 2014 wurden drei neue EU-Richtlinien zum Vergaberecht veröffentlicht, die durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen. Maßgeblich ist die Richtlinie 2014/24/EU³¹⁹, die die Richtlinie 2004/18/EG³²⁰ ersetzt. Der deutsche Gesetzgeber hat die Umsetzung bereits im GWB vorgenommen. Dieses wurde zum 18. April 2016 umfassend geändert.³²¹ Für die Auslegung der nationalen Vorschriften spielt die Richtlinie eine entscheidende Rolle.³²²

Inwiefern das GWB und damit ein förmliches Vergabeverfahren Anwendung auf die Selektivverträge des SGB V findet oder ob nicht ein Ausschreibungsverfahren *sui generis* zu erfolgen hat, wird nicht einheitlich gesehen.³²³ Für die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und ihren Verbänden zu den Vertragsärz-

³¹⁸ *Orlowski* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S. 1335.

³¹⁹ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. L 94/65 ff.

³²⁰ Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31.3.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134/114 ff. – Am 28.3.2014 wurden drei neue Richtlinien zum Vergaberecht veröffentlicht, die durch die Mitgliedstaaten umgesetzt werden müssen. Dabei ersetzt die RL 2014/24/EU (Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26.2.2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG) die RL 2004/18/EG. Es bleibt abzuwarten, inwieweit der deutsche Gesetzgeber Änderungen im nationalen Recht vornimmt.

³²¹ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17.2.2016, BGBl. I, S. 203 ff.

³²² Ausführlicher zu RL 2014/24/EU und der nationalen Umsetzung: *Höfer/Nolte*, NZS 2015, 441 ff.; *Oberndörfer/Lehmann*, BB 2015, 1027 ff.

³²³ Eine ausführliche Darstellung dieses Problems und der Entwicklung des § 69 SGB V findet sich bei *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 249 ff.

ten ist § 69 SGB V grundlegende Regelung. Ursprünglich dazu gedacht, klarzustellen, dass es sich bei den Krankenkassen nicht um Unternehmen im Sinne des Privatrechts handelte, mit der Folge, dass vergaberechtliche Regelungen grundsätzlich nicht anwendbar waren, wurde die Norm im Lichte der RL 2004/18/EG so verstanden, dass das Vergaberecht nicht ausgeschlossen werden könne und daher auch bei einem Handeln der Krankenkassen eine Ausschreibungspflicht aus dem GWB bestehen könne, wenn die Voraussetzungen vorliegen.³²⁴ Diese Diskussion über die Anwendbarkeit des GWB ist vor dem Hintergrund des nunmehr bestehenden gesetzlichen direkten Verweises auf das GWB in § 69 Abs. 2 S. 1 und S. 4 („gelten [...] entsprechend“ bzw. „sind anzuwenden“) inzwischen als hinfällig anzusehen.³²⁵

(1) Verweis in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V

§ 69 SGB V nimmt zunächst in Abs. 2 S. 1 SGB V Bezug auf bestimmte Vorschriften des GWB aus dem Bereich des Kartellrechts, die einzuhalten sind. Dazu gehören unter anderem das Verbot wettbewerbsbeschränkender Kartelle, § 1 GWB, die Regelungen zum verbotenen Verhalten von marktbeherrschenden Unternehmen oder Unternehmen mit relativer oder überlegener Marktmacht, §§ 19, 20 GWB, das Boykottverbot aus § 21 GWB, die Vorschriften zu Sanktionen nach §§ 32 ff. GWB und Bußgeldvorschriften, §§ 81, 82 ff. GWB. Von besonderer Relevanz sind die §§ 19-21 GWB, die auch als Wettbewerbsmissbrauchsrecht³²⁶ bezeichnet werden.

Im vorliegenden Fall könnte jedoch die Ausnahme des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V greifen, wonach S. 1 nicht für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden gilt, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände gesetzlich verpflichtet sind. Bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung handelt es sich, wie § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V entnommen werden kann, um Verträge, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet sind. Als Vertragspartner stehen den Krankenkassen im Rahmen dieser Vorschrift keine einzelnen Leistungserbringer gegenüber, sondern Gemeinschaften. Diese könnten als Verbände im

³²⁴ *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632, 633.

³²⁵ § 69 SGB V in der ab dem 1.1.2011 geltenden Fassung, geändert durch das Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (Arzneimittelmarktneuordnungsgesetz – AMNOG), BGBl. I, S. 2265 f.

³²⁶ *Ebsen*, KrV 2010, 139, 141.

Sinne des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V anzusehen sein. Unter Verbänden ist der Zusammenschluss mehrerer Leistungserbringer zu einer kollektiven Willensbildung zu verstehen.³²⁷ Die Vorschrift ist damit weit auszulegen. Die Gemeinschaften stellen solche Zusammenschlüsse dar; sie sollen mit den Krankenkassen Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung schließen und dabei die Interessen der Hausärzte vertreten. Es handelt sich, wie bereits an anderer Stelle festgestellt, im Regelfall um Hausärzteverbände, die die Voraussetzungen erfüllen. Somit handelt es sich bei den Gemeinschaften um Verbände im Sinne des § 69 SGB V. Demnach sind die Voraussetzungen dafür, dass die Ausnahme nach § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V greift und die genannten Vorschriften nicht einzuhalten sind, erfüllt. Das Kartellrecht gilt damit nicht für Verträge nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V.³²⁸

(2) Verweis in § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V

Zudem kommt eine Anwendung des Teils 4 des GWB, §§ 97 ff. GWB, in Betracht.³²⁹ Auf diese wird in § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V verwiesen.³³⁰ Hierfür sieht das Gesetz keine Ausnahme für Pflichtverträge vor, wie dies bei § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V der Fall ist. Die systematische Stellung des § 69 Abs. 2 S. 2 SGB V bestätigt dies. Nach § 97 Abs. 1 S. 1 GWB werden öffentliche Aufträge und Konzessionen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dazu ist ein Auftraggeber nach § 98 GWB erforderlich, zu dem die § 99 GWB erfüllenden öffentlichen Auftraggeber gehören.

³²⁷ Vgl. hierzu *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 27.

³²⁸ So auch: *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 48. Anders noch *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 137; *dies.* in: *Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, S. 1351. Diese lehnen das Greifen der Ausnahmevorschrift ab, was aber auch der alten Gesetzeslage geschuldet sein mag, die neben der Pflicht zum Vertragsschluss noch eine Schiedsamsregelung voraussetzte. Eine Konsequenz daraus, dass somit die in § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V genannten Vorschriften greifen müssten, ziehen die Autoren jedoch nicht, insbesondere wird keine weitergehende Prüfung vorgenommen. Zudem wird an anderer Stelle von einer Mischform aus Einzel- und Kollektivvertrag gesprochen, weshalb die Argumentation nicht recht überzeugen kann (vgl. *Kingreen/Temizel* in: *Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts*, S. 1353). Offenlassend: BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41 f.

³²⁹ § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V wurde durch das VergRModG geändert, vgl. BGBl. I, S. 231, wobei sich am Inhalt der Norm nichts geändert hat; bereits zuvor fand sich ein Verweis auf den vierten Teil des GWB.

³³⁰ Hierzu auch: *Adolf* in: *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 62.

Eine Ausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 1 GWB, der Teil 4 für auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienstleistungen unanwendbar erklärt, greift nicht.³³¹ Es geht nicht um die Rechtsbeziehung zu der Schiedsperson, sondern um den Vertrag nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V. Dies ist auch für die Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson maßgeblich.³³² Eine Anwendung der Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge schützt die an dem Vergabeverfahren Beteiligten: Gemäß § 97 Abs. 2 GWB besteht ein Diskriminierungsverbot, nach § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen einen Anspruch auf die Einhaltung des Vergabeverfahrens. Es liegt damit ein subjektives Recht, das von den Teilnehmern des Vergabeverfahrens eingeklagt werden kann, vor.³³³ Auch den Leistungserbringern könnte ein solcher Schutz zustehen. Eine Anwendbarkeit ist jedoch nur zu bejahen, wenn es sich bei den Krankenkassen um öffentliche Auftraggeber handelt und der Vertragsschluss im Rahmen von § 73b Abs. 4 SGB V ein öffentlicher Auftrag ist.

(a) Öffentliche Auftraggebereigenschaft

Es ist bereits umstritten, ob es sich bei den gesetzlichen Krankenkassen um öffentliche Auftraggeber nach § 99 GWB handelt.³³⁴ In Betracht kommt § 99 Nr. 2 GWB, der zu den öffentlichen Auftraggebern andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts zählt, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Stellen, die unter Nummer 1 oder 3 (Gebietskörperschaften oder Verbände, deren Mitglieder unter Nummer 1 oder 2 fallen) fallen, sie einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise überwiegend finanzieren oder über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte

³³¹ § 100 Abs. 4 Nr. 1 GWB a.F.

³³² Anders ist dies für die Frage nach einer Anwendbarkeit des Vergaberechts auf die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde zu bewerten, vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 57; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER, GesR 2011, 32, 37. Das Gericht lehnt eine Ausschreibungspflicht auch aus weiteren Gründen ab.

³³³ *Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, GWB, § 97, Rn. 387.

³³⁴ Hieran hat sich durch die Änderungen des GWB durch das VergRModG nichts geändert; es finden sich inhaltsgleiche Vorschriften, die für die Beurteilung maßgeblich sind. Vgl. statt aller für einen Überblick über die vertretenen Standpunkte: *Diehl* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 78 ff.

der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben.

Das Merkmal der juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts wird durch die Krankenkassen erfüllt. Bei diesen handelt es sich gemäß § 4 Abs. 1 SGB V um rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung und damit um juristische Personen des öffentlichen Rechts. Auch das Erfordernis, dass sie zu dem Zweck gegründet sein müssen, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, lässt sich bejahen. Unter im Allgemeininteresse liegende Aufgaben versteht man solche Aufgaben, die hoheitliche Befugnisse, die Wahrnehmung der Belange des Staates und somit Aufgaben betreffen, die der Staat selbst erfüllen oder bei denen er einen entscheidenden Einfluss behalten möchte.³³⁵ Aufgabe der Krankenkassen ist es nach § 1 S. 3 SGB V, den Versicherten dabei zu helfen, Krankheiten und Behinderungen zu vermeiden und zu überwinden; gemäß § 2 Abs. 1 SGB V stellen sie den Versicherten dabei die im Gesetz vorgesehenen Leistungen zur Verfügung. Hauptanliegen ist es daher, die Gesundheit der Versicherten zu erhalten oder wiederherzustellen, wodurch eine ausgeglichene Risikostruktur in der Solidargemeinschaft erzielt werden soll. Durch Einsetzung der Krankenkassen als öffentlich-rechtliche Körperschaften besteht ein großer staatlicher Einfluss auf die Aufgabenerfüllung, weshalb es sich um eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe handelt.

Es müsste auch eine Aufgabe nichtgewerblicher Art vorliegen. Dabei handelt es sich um ein eigenständiges Kriterium. Es kann nicht vom Vorliegen einer im Allgemeininteresse liegenden Aufgabe darauf geschlossen werden, dass diese auch nichtgewerblich ist, da es durchaus vorkommen kann, dass eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe gewerblicher Natur ist.³³⁶ Eine allgemeine Definition des Merkmals der Nichtgewerblichkeit besteht nicht, es müssen vielmehr verschiedene Aspekte in einer Gesamtschau betrachtet werden, um die Nichtgewerblichkeit annehmen oder ablehnen zu können. Heranzuziehen ist, inwieweit ein Wettbewerb besteht, ob das Unternehmen Gewinnerzielungsabsichten verfolgt, welche Risiken mit der Tätigkeit verbunden sind und ob und inwieweit

³³⁵ EuGH, Urteil vom 16.10.2003 – C 283/00 – NZBau 2004, 223, 228; *Diehl* in: Müller-Wrede, *GWB-Vergaberecht*, § 98, Rn. 31; *Weyand*, *Vergaberecht*, § 98 *GWB*, Rn. 46; *Ziekow* in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 98 *GWB*, Rn. 43.

³³⁶ Vgl. *Ziekow* in: *Ziekow/Völlink, Vergaberecht*, § 98 *GWB*, Rn. 41 f.

eine Finanzierung aus öffentlichen Mitteln erfolgt.³³⁷ Besteht kein oder kein vollständig ausgebildeter Wettbewerb, so wird vermutet, dass es sich um eine nicht-gewerbliche Aufgabe handelt. Die Krankenkassen verfolgen weder Gewinnerzielungsabsicht, noch besteht zwischen den Krankenkassen ein Wettbewerb im eigentlichen Sinn. Krankenkassen sind nicht darauf ausgerichtet, Gewinne zu erwirtschaften. Vielmehr haben sie die aufgebrauchten Mittel für die Versicherten aufzuwenden, um somit dem Solidaritätsprinzip Rechnung zu tragen,³³⁸ vgl. § 1 S. 1 SGB V. Auch der Grundsatz der Beitragssatzstabilität, vgl. §§ 4 Abs. 4 S. 1, 71 Abs. 1 S. 1 SGB V, wonach Beitragserhöhungen zu vermeiden sind, und die Tatsache, dass es einen in § 241 SGB V gesetzlich fixierten Beitragssatz gibt,³³⁹ sprechen gegen eine Gewinnerzielungsabsicht.³⁴⁰ Des Weiteren sind Zusatzbeiträge nach § 242 Abs. 1 S. 3 SGB V so zu bemessen, dass die Einnahmen aus dem Zusatzbeitrag zusammen mit den Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds und den sonstigen Einnahmen die im Haushaltsjahr voraussichtlich zu leistenden Ausgaben und die vorgeschriebene Höhe der Rücklage decken. Auf Gewinn ist das Arbeiten der Krankenkassen damit nicht ausgerichtet.

Zudem fehlt es an einer ausreichenden Wettbewerbssituation: Dass es an einer solchen mangelt, zeigt sich schon an § 4 Abs. 3 SGB V. Nach dieser Vorschrift arbeiten die Krankenkassen und ihre Verbände sowohl innerhalb einer Kassenart als auch kassenartenübergreifend miteinander und mit allen anderen Einrichtungen des Gesundheitswesens eng zusammen. Das Gesetz geht hier grundlegend von Zusammenarbeit und nicht von einem Konkurrenzverhältnis aus, wenngleich auch eine gewisse Konkurrenz durch die gesetzlichen Regelungen gerade

³³⁷ *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 54.

³³⁸ *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53, 55.

³³⁹ Bis zum 31.12.2008 konnte die Gewinnerzielungsabsicht auch unmittelbar mit § 220 Abs. 3 SGB V a.F. verneint werden. Die Vorschrift lautete: „Übersteigen die Einnahmen der Krankenkasse die Ausgaben und ist das gesetzliche Betriebsmittel- und Rücklagesoll erreicht, sind die Beiträge durch Änderung der Satzung zu ermäßigen.“ Nach Streichung dieser Vorschrift konnte man aber weiterhin in diese Richtung argumentieren, da die Krankenkassen bei Überschüssen Prämien auszahlen konnten, § 242 Abs. 2 SGB V a.F. Diese Vorschrift wurde nun gestrichen. Damit könnte man eine Gewinnerzielungsabsicht über Überschüsse zwar wieder annehmen. Jedoch rechnet der Gesetzgeber nach Absenkung des Beitragssatzes nicht mehr mit Überschüssen, so *Peters* in: *Kasseler Kommentar*, § 242 SGB V, Rn. 5; *Ulmer* in: *BeckOK SozR*, § 220 SGB V, Rn. 3. Vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung, BT-DS 18/1307, S. 42 f.

³⁴⁰ So auch die Argumentation des BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004 – Verg 006/04, Verg 6/04 – NZBau 2004, 623, 624.

hervorgerufen wird (wie z. B. die freie Kassenwahl nach §§ 173 ff.).³⁴¹ Besonders anschaulich belegt der Risikostrukturausgleich nach § 266 SGB V das Miteinander der Krankenkassen.³⁴² Danach erhalten die Krankenkassen als Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zur Deckung ihrer Ausgaben neben einer Grundpauschale auch Zu- und Abschläge zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen. Unter anderem das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz hat zwar Wettbewerbselemente eingeführt; die grundsätzlichen Prinzipien sollten aber nicht geändert werden.³⁴³ Die wettbewerblichen Elemente in der GKV wurden gestärkt, jedoch besteht im Bereich des hauptsächlichen Tätigwerdens der Krankenkassen, der Leistungserbringung, kein Wettbewerb.³⁴⁴ Aufgrund der vorliegenden Betrachtung der einzelnen Merkmale ist die Nichtgewerblichkeit zu bejahen.

Daneben muss aber auch eine gewisse Staatsnähe gegeben sein.³⁴⁵ Diese kann sich aus einer überwiegenden staatlichen Finanzierung, einer Aufsicht über die Leitung oder eine überwiegende Bestimmung der Mitglieder der Aufsichtsorgane durch staatliche Stellen ergeben, § 99 Nr. 2 lit. a-c GWB. Die Annahme einer solchen Nähe zum Staat ist besonders problematisch und wurde in Literatur und Rechtsprechung kontrovers diskutiert und unterschiedlich bewertet.

In Betracht kommt zunächst, dass die Krankenkassen durch eine überwiegende staatliche Finanzierung öffentlich-rechtlich beherrscht werden. Das Vorliegen einer solchen überwiegenden staatlichen Finanzierung wird zum Teil abgelehnt.³⁴⁶ Begründet wird dies damit, dass die Finanzierung aus Beiträgen und sonstigen Einnahmen erfolge, § 220 SGB V. Selbst wenn man vorbringe, dass der Bund in beträchtlichem Maße Leistungen zur pauschalen Abgeltung der Aufwendungen der Krankenkassen für versicherungsfremde Leistungen erbringe und daher die Krankenkassen in erheblichem Maße finanziere, handele es sich doch nur um die Vergütung bestimmter Leistungen, die nicht zum eigentlichen Tätigkeitsgebiet der Krankenkassen gehören.³⁴⁷ Zuzugeben ist dem, dass es sich hierbei wohl kaum um eine überwiegende staatliche Finanzierung handeln kann.

³⁴¹ So auch *Klose* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 4 SGB V, Rn. 18.

³⁴² BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004 – Verg 006/04, Verg 6/04 – NZBau 2004, 623, 624.

³⁴³ *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 72 m.w.N. zu hierzu ergangenen Urteilen.

³⁴⁴ *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53, 54.

³⁴⁵ *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 81.

³⁴⁶ So: BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004 – Verg 006/04, Verg 6/04 – NZBau 2004, 623, 624; *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53, 55.

³⁴⁷ BayObLG, Beschluss vom 24.5.2004 – Verg 006/04, Verg 6/04 – NZBau 2004, 623, 624.

Dies ist jedoch unschädlich, wenn man auch eine mittelbare staatliche Finanzierung genügen lässt. So genügt es nach der überwiegenden Auffassung, dass die Finanzierung über Beiträge auf einer gesetzlichen Regelung und damit gesetzlichen Verpflichtung beruht und nicht auf einer freiwilligen Vereinbarung, um doch eine überwiegende staatliche Finanzierung anzunehmen.³⁴⁸ Ob öffentliche Stellen den gesetzlichen Krankenkassen nun selbst direkt die Geldmittel zur Finanzierung zukommen lassen oder ihnen diese mittelbar über Lenkung der Mittel durch Pflichtbeiträge der Zwangsmitglieder zukommen lassen, kann keine Rolle spielen.³⁴⁹ Auch die Verteilung über den Gesundheitsfonds stellt nur einen „formalen Umweg“ dar, der die Bewertung unberührt lässt.³⁵⁰ Der Staat erhält seine Geldmittel generell überwiegend durch seine Bürger, unter anderem durch Steuermittel. Käme es darauf an, dass die Finanzierung durch selbst erwirtschaftete Gelder erfolgt, und darauf liefe die Argumentation der ablehnenden Ansicht hinaus, dann wäre eine überwiegende staatliche Finanzierung kaum möglich. Damit liefe diese Variante des § 99 Nr. 2 GWB leer. Eine mittelbare Finanzierung muss daher genügen. Auch das Europarecht steht dem nicht entgegen. Bereits die Richtlinie 2004/18/EG legte nicht fest, wie die Finanzierung zu erfolgen hat, insbesondere verlangte sie keine direkte Finanzierung durch den Staat.³⁵¹ Gleiches lässt sich zur Richtlinie 2014/24/EU vorbringen. So definiert Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL 2014/24/EU den öffentlichen Auftraggeber weit mit Staat, Gebietskörperschaften, die Einrichtungen des öffentlichen Rechts oder die Verbände, die aus einer oder mehreren dieser Körperschaften oder Einrichtungen des öffentlichen Rechts bestehen. Weitere Vorgaben werden nicht gemacht. Durch die mittelbare Finanzierung ist hier eine Beherrschung aufgrund überwiegender staatlicher Finanzierung zu bejahen.

Zum anderen könnte eine Beherrschung aufgrund staatlicher Aufsicht vorliegen.³⁵² Die Aufsicht richtet sich nach den §§ 87 ff. SGB IV, § 274 SGB V. Wird das Recht verletzt, stehen den Aufsichtsbehörden die Maßnahmen nach § 89 SGB IV zu. Danach können die Aufsichtsbehörden nach Ablauf einer Frist zur Behebung einer Rechtsverletzung die Krankenkassen als Versicherungsträger

³⁴⁸ So *Boldt*, NJW 2005, 3757, 3759; *Diehl* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 83; *Ziekow* in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 224.

³⁴⁹ *Boldt*, NJW 2005, 3757, 3759; *Goodarzi/Schmid*, NZS 2008, 518, 521.

³⁵⁰ *Frenz*, NZS 2007, 233, 236.

³⁵¹ EuGH, Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 – NJW 2009, 2427, 2429 (Hans & Christophorus Oymanns GbR ./ AOK Rheinland/Hamburg).

³⁵² *Diehl* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 87.

zur Behebung verpflichtet, wobei diese Verpflichtung im Wege der Zwangsvollstreckung durchsetzbar ist. Aufsichtsbehörden sind das Bundesversicherungsamt bei bundesunmittelbaren Versicherungsträgern, § 90 Abs. 1 SGB IV sowie bei landesunmittelbaren Versicherungsträgern die zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder die durch Rechtsverordnung bestimmten Behörden. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Rechts-, nicht um eine Fachaufsicht, was Zweifel an einer ausreichenden Aufsicht wecken kann. Zwar verlangt § 99 Nr. 2 GWB dem Wortlaut nach nur die „Aufsicht“ und unterscheidet nicht zwischen Rechts- und Fachaufsicht. Man könnte daher annehmen, dass die Voraussetzungen erfüllt sind.³⁵³ Eine bloße Rechtsaufsicht genügt für eine Beherrschung nach überwiegender Auffassung richtigerweise nicht.³⁵⁴ Es muss eine Vergleichbarkeit zu den weiteren Alternativen des § 99 Nr. 2 GWB gegeben sein. Die erste Alternative des § 99 Nr. 2 GWB verlangt die überwiegende Finanzierung und damit einen beherrschenden Einfluss. Auch nach der dritten Alternative „mehr als die Hälfte der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt haben“ beinhaltet eine beherrschende Position. Eine vergleichbare Beherrschung muss auch bei der zweiten Alternative gegeben sein. Bei einer bloßen Rechtsaufsicht ist ein solcher Einfluss aber nicht gegeben. Diese beschränkt sich auf die nachträgliche Überprüfung ohne jedwede Möglichkeit, Einfluss auf die juristische Person zu nehmen. Eigenständige Entscheidungen sind nicht möglich.³⁵⁵ Im Gegensatz zur Fachaufsicht kann nicht auf Zweckmäßigkeit und Rechtmäßigkeit, sondern nur auf Rechtmäßigkeit überprüft werden.³⁵⁶ Die Maßnahmen, die den Aufsichtsbehörden vorliegend zukommen, gehen jedoch über eine bloße nachträgliche Kontrolle der Rechtmäßigkeit hinaus.³⁵⁷ Neben den aufgezeigten Aufsichtsmaßnahmen nach §§ 87 ff. SGB IV bestehen noch weitergehende Befugnisse der Aufsichtsbehörden. Gerade die in § 274 SGB V vorgesehene Wirtschaftlichkeitsprüfung geht über eine reine Überprüfung der Rechtmäßigkeit hinaus. Die Aufsichtsbehörden können in diesem Fall eine Prüfung der Wirtschaftlichkeit vornehmen, ihnen kommt insoweit eine Fachaufsicht zu. Zudem besteht nicht nur eine nachträgliche Überprüfungs- und

³⁵³ *Goodarzi/Schmid*, NZS 2008, 518, 521.

³⁵⁴ *Boldt*, NJW 2005, 3757, 3759; *Diehl* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 72; *Dreher*, NZBau 2005, 297, 300.

³⁵⁵ *Dreher*, NZBau 2005, 297, 299.

³⁵⁶ *Dreher*, NZBau 2005, 297, 299.

³⁵⁷ *Weyand*, Vergaberecht, § 98 GWB, Rn. 121.

Eingriffsbefugnis. Im Rahmen der Verpflichtung zur Beitragssatzstabilität aus § 71 Abs. 1 S. 1 SGB V besteht die Möglichkeit, dass die Aufsichtsbehörden geschlossene Vereinbarungen bei einem Rechtsverstoß beanstanden können, § 71 Abs. 4 S. 2 SGB V. § 71 Abs. 6 S. 1 SGB V sieht nun zudem für Verträge nach § 73b SGB V für den Fall einer erheblichen Rechtsverletzung vor, dass die Aufsichtsbehörde die erforderlichen Anordnungen treffen kann. Insbesondere kann nach § 71 Abs. 6 S. 2 SGB V angeordnet werden, dass die Verträge zu ändern oder aufzuheben sind; sie kann nach § 71 Abs. 6 S. 4 SGB V einstweilige Maßnahmen anordnen. Führen die Krankenkassen ihre Geschäfte nicht, werden diese gemäß § 37 Abs. 1 S. 1 SGB IV von der Aufsichtsbehörde oder durch einen Beauftragten geführt. Den Aufsichtsbehörden steht also die Möglichkeit der Geschäftsführung zu, die sie wenn nötig einsetzen können. Zudem sieht das Gesetz unter anderem in § 85 SGB IV Genehmigungserfordernisse vor.³⁵⁸ Die Gesamtheit der möglichen Maßnahmen genügt den Anforderungen an die Aufsicht, so dass auch hier nach ein öffentlicher Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB anzunehmen ist.³⁵⁹

Weiteres Argument für das Vorliegen der Auftraggebereigenschaft wurde aus Anhang III „Verzeichnis der Einrichtungen des öffentlichen Rechts und der Kategorien von Einrichtungen des öffentlichen Rechts nach Artikel 1 Absatz 9 Unterabsatz 2“ der Richtlinie 2004/18/EG gezogen. Dieser nannte für Deutschland unter dem Punkt „Körperschaften“ die Sozialversicherungen, wozu auch die Krankenversicherung gehört, für die die Krankenkassen zuständig sind. Zwar lässt sich hieraus keine unwiderlegliche Vermutung für die Eigenschaft als Auftraggeber ziehen, da dem jeweiligen Richter die Letztentscheidung darüber, ob die Nennung im Anhang zutreffend erfolgt ist, obliegt.³⁶⁰ Durch die Nennung zeigt sich aber, dass die Krankenkassen als Auftraggeber im Sinne der Richtlinie anzusehen waren, was parallel dem Verständnis des deutschen Gesetzgebers entspricht, der die Richtlinie national im GWB umgesetzt hat.³⁶¹ Dies lässt sich immerhin als Argument bzw. Indiz für diese Eigenschaft heranziehen. Ein entsprechender erläuternder Anhang existiert bei RL 2014/24/EU nicht mehr. Damit kann dieser Argumentation nun kein wirkliches Gewicht mehr beigemessen werden. Am Vorliegen der beiden Varianten der überwiegenden Finanzierung (Nr. 2 lit. a) sowie der Ausübung der Aufsicht (Nr. 2 lit. b) ließe sich noch zweifeln, wenn

³⁵⁸ Frenz, NZS 2007, 233, 236.

³⁵⁹ Vgl. auch Diehl in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 85 ff.

³⁶⁰ EuGH; Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 – NJW 2009, 2427, 2428.

³⁶¹ Byok/Jansen, NVwZ 2005, 53, 54.

die Beherrschung nicht von Stellen, die unter § 99 Nr. 1 oder Nr. 3 GWB fallen, erfolgt. Dabei ließe sich zunächst vorbringen, dass der Bund als Gebietskörperschaft nach Nr. 1, der hier als Stelle in Betracht kommt, die gesetzlichen Normen der §§ 220 ff. SGB V, auf denen die Beitragspflicht beruht, nicht selbst aufgestellt hat, sondern der Bundesgesetzgeber. Des Weiteren führt er nicht selbst die Aufsicht, sondern das Bundesversicherungsamt und die zuständigen obersten Landesverwaltungsbehörden. Weder der Gesetzgeber noch das Bundesversicherungsamt als selbstständige Bundesoberbehörde gemäß § 94 Abs. 1 S. 1 SGB V bzw. die obersten Landesbehörden fallen unter die Stellen nach Nr. 1 oder Nr. 3. Jedoch können der Bund bzw. das jeweilige Land als Verwaltungsträger nicht handeln. Sie handeln nur durch ihre jeweiligen Organe. Der Bund lässt die Aufsicht daher durch das Bundesversicherungsamt (bzw. das Land durch die Landesbehörden) ausführen. Die Gesetze werden durch den Bundestag als Legislative erlassen. Da nie ein eigenes Handeln vorliegen kann, muss auf das jeweilige Organ abgestellt und das Vorliegen einer Stelle nach Nr. 1 bejaht werden. Das Fehlen einer Diskussion über dieses Merkmal in der Literatur kann auch nur in dem Sinne aufgefasst werden, dass selbstverständlich davon ausgegangen wird, dass ein solches mittelbares Tätigwerden einer Stelle nach Nr. 1 genügt. Es handelt sich daher bei den gesetzlichen Krankenkassen richtigerweise um öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 2 GWB.³⁶²

(b) Öffentlicher Auftrag

Damit die §§ 97 ff. GWB Anwendung finden können und damit eine Ausschreibung erfolgen muss, muss zudem ein öffentlicher Auftrag nach § 103 Abs. 1 GWB vorliegen.³⁶³ Darunter fallen unter anderem entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Bei der hausarztzentrierten Versorgung geht es um die Leistungserbringung der Vertragsärzte gegenüber den Ver-

³⁶² So auch: EuGH, Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 – NJW 2009, 2427, 2430; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.8.2011 – VII Verg 6/11 – VergabeR 2012, 72, 75; *Boldt*, NJW 2005, 3757, 3759; *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53, 53; *Diehl* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, § 98, Rn. 87; *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632, 634; vgl. hierzu auch ausführlich *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, S. 54 ff.

³⁶³ Bisher geregelt in § 99 Abs. 1 GWB a.F. Inhaltlich wurden keine Änderungen vorgenommen. Vgl. zur alten Rechtslage: *Dreher* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB, Rn. 14.

sicherten. Diese soll durch Verträge zwischen den Krankenkassen und Gemeinschaften sichergestellt werden. Es kommt daher ein Dienstleistungsauftrag nach § 103 Abs. 4 GWB in Betracht, der das Erfordernis der Ausschreibung nach sich zieht. Als Dienstleistungsaufträge gelten Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter die Absätze 2 und 3 fallen, also weder Liefer- noch Bauaufträge sind.

Wie bereits festgestellt, erfolgt die Sicherstellung über öffentlich-rechtliche Verträge zwischen den Gemeinschaften und den Krankenkassen. Auch öffentlich-rechtliche Verträge unterfallen § 103 GWB.³⁶⁴ Die Rechtsnatur des jeweiligen Vertrages ist unerheblich.³⁶⁵ Dieser Aspekt vermag eine Ausschreibungspflicht nicht auszuschließen. Wem gegenüber die Leistung erfolgt – im vorliegenden Fall nicht gegenüber der Krankenkasse selbst, sondern den Versicherten im Rahmen der Sachleistung – spielt keine Rolle.³⁶⁶ Die Situation ist der bei einem Vertrag zugunsten Dritter nach §§ 328 ff. BGB vergleichbar: Die Leistung erfolgt dort zwar gegenüber einem Dritten, der Vertrag selbst besteht aber nur zwischen den beteiligten Parteien im Deckungsverhältnis.³⁶⁷

An der Entgeltlichkeit ließe sich dagegen zweifeln. Problematisch hieran ist, dass die Vergütung der teilnehmenden Allgemeinärzte nicht von vorneherein feststeht, sondern der konkrete Vergütungsanspruch erst entsteht, wenn der einzelne Versicherte sich zum Abruf der Leistung entscheidet. Die Vergütung sei, so Stimmen in der Literatur, nicht endgültig zugeordnet.³⁶⁸ Diese Argumentation vermag aber nicht zu überzeugen. Die Entgeltlichkeit verlangt lediglich, dass im Gegenzug zur Erbringung der Dienstleistung eine Vergütung gezahlt wird. Im

³⁶⁴ Vgl. m.w.N. zur alten Rechtslage, § 99 GWB a.F., *Ziekow* in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, § 99 GWB, Rn. 17.

³⁶⁵ EuGH, Urteil vom 12.7.2001 – C-399/98 – NZBau 2001, 512, 516 (Ordine degli Architetti); *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, S. 117 ff.; *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 64.

³⁶⁶ *Kaltenborn*, GesR 2011, 1, 2.

³⁶⁷ Wobei im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung der Versicherte als „Dritter“ keinen direkten Anspruch aus dem Vertrag zwischen der Krankenkasse und der Gemeinschaft erhält, dieser besteht vielmehr mittelbar über einen Anspruch gegenüber der Krankenkasse aus dem Versichertenverhältnis. Es ist daher wohl ein Vergleich mit einem unechten Vertrag zugunsten Dritter passender. In jedem Fall aber muss differenziert werden zwischen dem Vertragsverhältnis und dem Verhältnis, in dem die Leistung erbracht wird. Durch die Leistungserbringung gegenüber einem Dritten ändert sich nichts an dem Vertragsverhältnis.

³⁶⁸ So *Kaltenborn* nach: *Basteck*, NZBau 2006, 497, 498; *Kaltenborn*, GesR 2011, 1, 2.

Falle der Erbringung von Sozialleistungen bedeutet dies, dass ein Sozialleistungsträger einen privaten Leistungserbringer gegen Zahlung von Entgelt beauftragt, die Leistung an den Berechtigten zu erbringen.³⁶⁹ Dies geschieht hier unstrittig, wenn der Versicherte die Leistung in der hausarztzentrierten Versorgung in Anspruch nimmt, wozu er aufgrund seines Anspruchs gegenüber der Krankenkasse aufgrund des Versichertenverhältnisses und seinem Beitritt zur hausarztzentrierten Versorgung berechtigt ist. Die jeweilige Krankenkasse stellt die Versorgung unter Zuhilfenahme der Leistungserbringer (über die Gemeinschaften) sicher, was das typische sozialrechtliche Leistungsdreieck darstellt. Damit kann dann auch eine Zuordnung zu den Krankenkassen erfolgen. Wann die Einzelheiten der Vergütung feststehen und wann eine Entgeltzuordnung vorliegt, kann keine Rolle spielen. § 103 GWB verlangt nach einer weiten Auslegung;³⁷⁰ es genügt jeder geldwerte Vorteil.

Treffender ist dagegen das Argument, dass gar nicht feststehe, ob die Versicherten die Leistung überhaupt abrufen. In diesem Fall läge keine Entgeltlichkeit vor, da lediglich die Möglichkeit der Realisierung der Vergütung besteht.³⁷¹ Es wird an dieser Stelle überlegt, ob es sich daher nicht vielmehr um eine Dienstleistungskonzession handele, die das Recht zur wirtschaftlichen Nutzung einer Dienstleistung statt eines Entgelts vorsieht, wodurch das wirtschaftliche Risiko auf den Konzessionsnehmer verlagert wird.³⁷² Dies passt in die vorliegende Situation aber nicht: den Gemeinschaften und den sich zur hausarztzentrierten Versorgung verpflichtenden Ärzten wird nicht das Recht zur Nutzung der Dienstleistungen eingeräumt, sondern es besteht eine Verpflichtung zur Leistungserbringung.³⁷³ Es kann sich daher nicht um eine Dienstleistungskonzession handeln.³⁷⁴

³⁶⁹ Höfer/Nolte, NZS 2015, 441, 443.

³⁷⁰ Vgl. zur alten Rechtslage, § 99 GWB a.F., auch Dreher/Hoffmann, NZBau 2009, 273, 274; Goodarzi/Junker, NZS 2007, 632, 635; Kaltenborn, GesR 2011, 1, 3. Es kann davon ausgegangen werden, dass Gleiches für § 103 GWB anzunehmen ist.

³⁷¹ Weiner, GesR 2010, 237, 239.

³⁷² EuGH, Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 – NJW 2009, 2427, 2430.

³⁷³ Weiner, GesR 2010, 237, 240.

³⁷⁴ Zu beachten ist, dass nach der Reform des Vergaberechts auf EU-Ebene auch Dienstleistungskonzessionen vergaberechtlich relevant sein können, da in diesem Fall die neu geschaffene Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe (Konzessionsrichtlinie) und das hierauf basierende nationale Recht zur Anwendung kommen können, wenn die Voraussetzungen vorliegen, vgl. hierzu Höfer/Nolte, NZS 2015, 441, 444 f.

Auch die Überlegung, es könnte sich um eine Rahmenvereinbarung gemäß § 4 VOL/A handeln, kann letztlich nicht greifen. Eine Rahmenvereinbarung ist gemäß § 4 Abs. 1 VOL/A ein Auftrag, den ein oder mehrere Auftraggeber an einen oder mehrere Unternehmen vergeben können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis. Die VOL/A regelt das Vergabeverfahren bei Dienstleistungsverträgen und ist hier daher anwendbar. Gegen die Annahme einer solchen Rahmenvereinbarung spricht aber, dass die Krankenkassen als Auftraggeber die Einzelaufträge nicht selbst abrufen, sondern die Versicherten.³⁷⁵ Des Weiteren wird dem Auftraggeber lediglich eine Option zum Abruf eingeräumt, ohne diesen zu einem solchen zu verpflichten.³⁷⁶ Die Krankenkassen sind jedoch verpflichtet, dem Versicherten die hausarztzentrierte Versorgung anzubieten, § 73b Abs. 1 SGB V, und müssen das Angebot daher abrufen. Zudem würde eine Einordnung als Rahmenvereinbarung nichts an der Anwendbarkeit des Vergaberechts ändern. Es wird lediglich eine Bündelung von Vergabeverfahren zur Effizienzsteigerung in einem einzigen Verfahren erlaubt, was durch § 4 VOL/A klargestellt werden soll.³⁷⁷ Dabei kann es sich immer noch um einen entgeltlichen öffentlichen Auftrag handeln, die Einordnung als solcher wird durch die Qualifizierung als Rahmenvereinbarung nicht ausgeschlossen. Für die Diskussion über die Entgeltlichkeit lassen sich hieraus keine Argumente gewinnen.

Letztlich kann die Entgeltlichkeit nur abgelehnt werden, wenn die Wahrscheinlichkeit, dass sich der Anspruch auf Vergütung tatsächlich realisiert, so niedrig ist, dass für die Leistungserbringer als Auftragnehmer kein wirtschaftlicher Mehrwert entsteht. Dazu müsste der Abruf der Leistung durch den Versicherten sehr unsicher sein.³⁷⁸ Die Krankenkassen können aber den Versicherten durch Information über die hausarztzentrierte Versorgung entsprechend lenken und dadurch einen Abruf der Leistung selbst hervorrufen und steuern (Lenkungs- und Steuerungswirkung)³⁷⁹, wodurch die Vergütung fällig wird und eine Entgeltlichkeit nur bejaht werden kann. Inwiefern eine solche Steuerung erfolgen kann, lässt sich nicht einschätzen. Sollte aber ein Abruf der hausarztzentrierten Versorgung

³⁷⁵ *Weiner*, GesR 2010, 237, 240.

³⁷⁶ *Zeise* in: *Kulartz*, VOL/A, § 4, Rn. 9.

³⁷⁷ *Zeise* in: *Kulartz*, VOL/A, § 4, Rn. 4.

³⁷⁸ *Weiner*, GesR 2010, 237, 240.

³⁷⁹ *Weiner*, GesR 2010, 237, 241.

selbst nur durch eine sehr geringe Anzahl an Patienten erfolgen, so muss die Entgeltlichkeit aufgrund der weiten Auslegung bejaht werden. Dass Patienten an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen, steht außer Frage. Die Entgeltlichkeit muss somit bejaht werden.

Der Auftraggeber muss jedoch am Markt als Nachfrager in Erscheinung treten und sich die Leistungen von Dritten beschaffen wie jeder andere Konsument.³⁸⁰ Dies zeigt sich in dem Merkmal der „Beschaffung“ in § 103 Abs. 1 GWB. Dem System der §§ 97 ff. GWB immanent ist dabei ein Verständnis, dass zum einen mehrere Vertragspartner in Betracht kommen, die in Konkurrenz stehen, dass es dem Auftraggeber aber zum anderen auch freisteht, sich seinen Vertragspartner auszusuchen und auch zu entscheiden, ob überhaupt ein Vertrag geschlossen wird.³⁸¹ Der Wortlaut der Norm verlangt dies zwar nicht ausdrücklich, Sinn und Zweck der Vorschriften zum Vergaberecht nach §§ 97 ff. GWB gebieten aber eine solche Auslegung der Norm. Beschafft sich ein privater Auftraggeber eine (Dienst-)Leistung am Markt, kann er regelmäßig unter verschiedenen Anbietern auswählen. Nur im Falle von für einen öffentlichen Auftraggeber bestehender Vertragsfreiheit in Form von Abschlussfreiheit besteht eine ausreichende Vergleichbarkeit zur Situation eines privaten Unternehmens.³⁸² Bei Verträgen, bei deren Abschluss die Krankenkasse die Auswahl des Gegenstandes des Vertrags nicht beeinflussen kann, ist dies nicht der Fall.³⁸³ Das Vergaberecht findet dann keine Anwendung. Die Krankenkassen sind vorliegend aufgrund Gesetzes ver-

³⁸⁰ *Heuvels* in: *Heuvels, Vergaberecht*, § 99 GWB, Rn. 2; *Neumann/Nielandt/Philipp*, *Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?*, S. 64.

³⁸¹ Vgl. hierzu auch BVerwG, Beschluss vom 2.5.2007 – 6 B 10/07 – VergabeR 2007, 337, 338: „Vergabeverfahren, das der Auswahl der öffentlichen Hand zwischen mehreren Bietern dient“; LSG NRW, Beschluss vom 3.11.2010 – L 21 SF 208/10 Verg – unveröffentlicht, juris Rn. 31: „Auswahlentscheidung des Auftraggebers [...] voraussetzt, mit welchem der in Betracht kommenden Auftragnehmer[n] der Vertrag geschlossen wird“. *A.A.*: *Lange*, *Sozialrecht und Vergaberecht*, S. 116, der davon ausgeht, dass ein Kontrahierungszwang nicht genügt, um das Vorliegen eines Vertrages abzulehnen.

³⁸² *Kaltenborn*, *GesR* 2011, 1, 2.

³⁸³ Vgl. hierzu auch die Begründung der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses zur Neuregelung des § 69 SGB V, mit der § 69 Abs. 2 SGB V eingeführt wurde, BT-DS 16/10609, S. 52; so auch LSG NRW, Beschluss vom 3.11.2010 – L 21 SF 208/10 Verg – unveröffentlicht, juris Rn. 34: „Auswahlentscheidung [...] konstitutive Voraussetzung“; *Hess* in: *Kasseler Kommentar*, § 69 SGB V, Rn. 10a; *Höfer/Nolte*, *NZS* 2015, 441, 446 f.; *Wallrabenstein*, *NZS* 2015, 48, 53.

pflichtet, (vorrangig) mit den qualifizierten Gemeinschaften Verträge zu schließen, sie können ihren Vertragspartner nicht frei wählen.³⁸⁴ Sie treten daher gerade nicht wie andere Nachfragende am Markt auf.³⁸⁵ Mangels freier Beschaffung besteht von vornherein kein Wettbewerb.³⁸⁶ Der Vertragsschluss ist nicht wie nach alter Rechtslage mit verschiedenen Vertragspartnern (vgl. § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V) möglich, wobei trotz Verpflichtung eine Auswahlmöglichkeit bestand. Zunächst muss ein Vertrag, wenn möglich, mit einer qualifizierten Gemeinschaft geschlossen werden. Zum anderen wird regelmäßig nur eine qualifizierte Gemeinschaft als möglicher Vertragspartner zur Verfügung stehen. Eine Auswahl zwischen mehreren konkurrierenden Gemeinschaften besteht dann faktisch ebenfalls nicht; zum anderen bestünde dann eine Pflicht zum Vertragsschluss mit allen bestehenden Gemeinschaften. Des Weiteren können die Krankenkassen die Leistung der hausarztzentrierten Versorgung nicht einfordern, dies steht lediglich den Versicherten zu, die sich zur Teilnahme entschieden haben, weshalb es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag handeln kann.³⁸⁷ Nur im Bereich des § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V ist Raum für die Anwendung des Kartellvergaberechts des GWB, da hier keine Pflicht zum Vertragsschluss besteht.³⁸⁸ Die zum Teil zu findende Annahme³⁸⁹ eines öffentlichen Auftrages mit der Begründung, dass die Krankenkassen eine Vorauswahl der möglichen Leistungserbringer bereits getroffen haben und der Versicherte nur bestimmte Ärzte in Anspruch nehmen kann, geht dagegen fehl: Es wird fälschlicherweise auf die Rechtsbeziehung des einzelnen Versicherten zu der Krankenkasse abgestellt.

³⁸⁴ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41 f.; *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 62.

³⁸⁵ Auf den ersten Blick vermeintlich zu einem anderen Ergebnis kommt das OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3.8.2011 – VII Verg 6/11 – VergabeR 2012, 72 ff. Dieser Beschluss erging jedoch basierend auf alter Rechtslage, die noch keine Privilegierung der Gemeinschaften vorsah, was eine andere Bewertung zum Auftrag ermöglichte. Mit der Frage der Privilegierung musste sich das Gericht nicht auseinandersetzen. Vgl. hierzu auch: *Willenbruch*, VergabeR 2012, 83, 84, in seiner Anmerkung zu diesem Beschluss.

³⁸⁶ *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 32a; *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 27.

³⁸⁷ *Hess* in: Kasseler Kommentar, § 69 SGB V, Rn. 10a; *Krauskopf* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 69 SGB V, Rn. 22.

³⁸⁸ *Wallrabenstein*, NZS 2015, 48, 53.

³⁸⁹ So *Dreher/Hoffmann*, NZS 2009, 273, 281, die beim Gegenstand zunächst noch zutreffend auf den Vertrag zwischen Krankenkasse und Gemeinschaft, später aber auf das Verhältnis zu den Versicherten abstellen.

Maßgeblich ist hier aber die Rechtsbeziehung zwischen Krankenkasse und Gemeinschaft, da es auch darum geht, ob eine Ausschreibung vor Vertragsschluss zwischen Krankenkasse und Gemeinschaft erfolgen muss. Diese Ansicht vermischt die beiden bestehenden Rechtsbeziehungen in unzulässiger Weise. Zudem spricht die Argumentation mit dem Versicherten auch mehr für eine Verneinung eines öffentlichen Auftrags: Die Entscheidung zwischen den Leistungserbringern und für die hausarztzentrierte Versorgung trifft der Versicherte aufgrund seiner freien Arztwahl, auch wenn dies aufgrund der begrenzten Teilnahme von Ärzten an der hausarztzentrierten Versorgung nur in einem begrenzten Umfang möglich ist. Die Grundentscheidung kommt ihm, nicht der Krankenkasse zu. Auch damit wäre das Merkmal der Beschaffung im Bezug auf die Krankenkasse zu verneinen.³⁹⁰

Dienstleistungen im Bereich der gesetzlichen Sozialversicherung unterfallen zwar auch der RL/2004/24/EU, was sich bereits aus dem fünften Erwägungsgrund ergibt.³⁹¹ Dass aber eine Auswahl möglich sein muss, ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 RL/2004/24/EU. Danach liegt eine Auftragsvergabe nur vor, wenn Dienstleistungen von Wirtschaftsteilnehmern erworben werden, die von den öffentlichen Auftraggebern „ausgewählt“ werden. Eine Auswahl ist den Krankenkassen aber nicht möglich. Zudem soll die Richtlinie nicht für die Erbringung von Dienstleistungen gelten, die auf der Grundlage von Rechtsvorschriften erfolgt, was Erwägungsgrund (5) betont. Die hausarztzentrierte Versorgung erfolgt nicht nur auf vertraglicher, sondern auch gesetzlicher Grundlage. Zudem stellt die Verpflichtung der Krankenkassen zum Vertragsschluss eine Annäherung an eine gesetzliche Grundlage dar. Auch nach der Richtlinie ist nicht von einem öffentlichen Auftrag auszugehen.³⁹²

³⁹⁰ Vergleichbare, aber allgemein auf die Selektivverträge bezogene Argumentation bei *Kaltenborn*, GesR 2011, 1, 2.

³⁹¹ Vgl. ABl. L 94/66.

³⁹² Hierzu ausführlich *Höfer/Nolte*, NZS 2015, 441, 443 f.

Folglich handelt es sich zwar um einen Vertrag, nicht aber um einen öffentlichen Auftrag nach § 103 Abs. 1 GWB. Somit besteht keine Ausschreibungspflicht nach §§ 97 ff. GWB.³⁹³

b) Nach EU-Recht

Die Einbeziehung der Richtlinien der EU bei der Auslegung des nationalen Rechts hat bereits gezeigt, dass das Vergaberecht inzwischen maßgeblich durch europäisches Recht geprägt wird. Aus diesem könnte sich auch unmittelbar eine Pflicht zur Ausschreibung ergeben. Maßgeblich ist dabei europäisches Primärrecht.

aa) Europäisches Vergaberecht

Auch das EU-Recht verlangt keine Ausschreibung. Das Beihilfeverbot aus Art. 107 AEUV verbietet nur solche Zuwendungen, die keine marktgerechte Gegenleistung für eine von diesem Wirtschaftsteilnehmer erbrachte Leistung darstellen.³⁹⁴ Vorliegend handelt es sich um einen Vertragsschluss, bei dem die jeweiligen Pflichten festgelegt werden. Dabei wird zwar die Vergütung geregelt, auf der anderen Seite jedoch auch die Leistungspflichten sowie weitere Pflichten im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung, die für die dem Vertrag beitretenden Ärzte bestehen. Es handelt sich damit nicht um einseitige Zuwendungen, weshalb auch Art. 107 AEUV nicht greift.³⁹⁵

³⁹³ Mit der Begründung, dass es sich bei den Verträgen nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V nicht um öffentliche Aufträge handle, da der einzelne Versicherte entscheide, ob er an der Versorgung nach § 73b SGB V teilnehme und damit die Leistung abrufe und nicht die Krankenkasse, wurde das Problem bereits vom Gesundheitsausschuss gesehen und ebenso abgelehnt, vgl. BT-DS 16/10609, S. 52. So auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 42; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 57; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32, 37; *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 62; *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 12 (ohne Begründung); *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 32; *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b Rn. 20; *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 138; *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 27; *Wallrabenstein*, NZS 2015, 48, 53. Die Pflicht zum Vertragsschluss als „Indiz“ für das Fehlen eines öffentlichen Auftrages ziehen heran *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S. 64. *A.A.*: *Goodarzi/Schmid*, NZS 2008, 518, 523, die von der Anwendung förmlichen Vergaberechts ausgehen, jedoch auf Grundlage der alten Fassung des § 73b SGB V, der noch keine Pflicht zum Vertragsschluss mit der Gemeinschaft vorsah.

³⁹⁴ *Cremer* in: Calliess/Ruffert, EUV – AEUV, Art. 107 AEUV, Rn. 10.

³⁹⁵ *A.A.*: *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 82 ff., der eine verbotene Beihilfe bejaht und einen Verstoß gegen Art. 107 AEUV annimmt.

Aus der Richtlinie 2014/24/EU³⁹⁶ lässt sich auch keine Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens annehmen. Richtlinien bedürfen gemäß Art. 288 Abs. 3 AEUV der Umsetzung durch den Mitgliedsstaat, um unmittelbare Wirkung zu erlangen, die Richtlinie selbst bindet zunächst nur die Mitgliedsstaaten. Eine direkte Anwendung kommt nur dann in Betracht, wenn keine oder eine unzureichende Umsetzung durch die Mitgliedsstaaten erfolgt ist.³⁹⁷ Die nur ersetzte Vergaberichtlinie 2004/18/EG wurde in nationales Recht umgesetzt.³⁹⁸ Umfassende inhaltliche Änderungen wurden nicht vorgenommen, es kann somit davon ausgegangen werden, dass insoweit eine europarechtskonforme nationale Umsetzung gegeben ist.³⁹⁹ Da sich aus nationalem Recht keine Ausschreibungspflicht ergibt, kann sich aus sekundärem Gemeinschaftsrecht in Form von Richtlinien nichts anderes ergeben. Eine unmittelbare Anwendung der Richtlinie scheidet zudem aus.

bb) Europäisches Kartellrecht

Auch das gemeinschaftsrechtliche Kartellverbot aus Art. 101 AEUV findet keine Anwendung. Nach Art. 101 Abs. 1 AEUV sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, welche den Handel zwischen Mitgliedsstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind, verboten. Unabhängig von der Frage, ob die qualifizierten Gemeinschaften Unternehmen im Sinne der Vorschrift sind, lässt sich feststellen, dass der Handel zwischen den Mitgliedsstaaten nicht beeinträchtigt wird, sondern nur innerhalb Deutschlands.⁴⁰⁰ Damit greift Art. 101 AEUV nicht.

Das Missbrauchsverbot aus Art. 102 AEUV ist ebenfalls nicht einschlägig. Diese Norm besagt, dass die missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung auf dem Binnenmarkt oder auf einem wesentlichen Teil desselben durch ein oder mehrere Unternehmen, soweit dies dazu führen kann, den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, verboten ist. Neben der Verneinung der Be-

³⁹⁶ Vormals Richtlinie 2004/18/EG.

³⁹⁷ Vgl. hierzu EuGH, Beschluss vom 4.12.1974 – Rs. 41/74 – NJW 1975, 2165; EuGH, Urteil vom 19.1.1982 – Rs. 8/81 – NJW 1982, 499 ff.; *Fisahn/Mushoff*, EuR 2005, 222 ff.; *Fischer*, NVwZ 1992, 635 ff.; *Jarass*, NJW 1990, 2420 ff.; *Schroeder* in: Streinz, EUV/AEUV, Art. 288 AEUV, Rn. 101 ff.

³⁹⁸ Durch das VergRModG, BGBI. I, S. 203 ff.

³⁹⁹ Vgl. genauer zur neuen Vergaberichtlinie: *Höfer/Nolte*, NZS 2015, 441 ff.

⁴⁰⁰ *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 80.

einträchtigung des Handels zwischen Mitgliedsstaaten lässt sich auch die missbräuchliche Ausnutzung nicht feststellen,⁴⁰¹ auch wenn eine bereichsspezifisch bzw. regional beherrschende Stellung der Gemeinschaft aufgrund der gesetzlichen Ausgestaltung wohl angenommen werden kann.

c) Zwischenergebnis: keine Ausschreibungspflicht

Im Zusammenhang mit § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V besteht weder aufgrund nationalen Rechts, noch des Rechts der Europäischen Union eine Ausschreibungspflicht. Das Schiedsverfahren kann daher, so wie ein direkter Vertragsschluss zwischen den Parteien auch, ohne die vorherige Durchführung eines Vergabeverfahrens angestrengt werden.

II. Arbeit der Schiedsperson

Maßgeblich wird die Arbeit der Schiedsperson von den Vorgaben, die ihr durch die Parteien sowie das Gesetz gemacht werden, geprägt. Eine besondere Bedeutung spielt die Frage, ob Verfahrensvorschriften zur Anwendung kommen (dazu unter 1.). Ob das Schiedsverfahren nachträglich beendet werden kann und falls ja, durch wen, bedarf der Erörterung, da das Gesetz zu dieser Fragestellung schweigt (dazu unter 2. und 3.). Verneint man die Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften, könnte sich hieraus ein Verstoß gegen höherrangiges Recht, namentlich das Grundgesetz, ergeben (dazu unter 4.).

1. Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften

Die Frage nach Verfahrensvorgaben für das Schiedsverfahren, die auch Rechte und Pflichten der Beteiligten darstellen können, ist von besonderer Relevanz für die Arbeit der Schiedsperson. Der Schiedsperson würde dadurch ein rechtlicher Rahmen gesteckt, innerhalb dessen sie tätig werden dürfte und müsste. Für die Parteien ergäben sich aus solchen Vorschriften ggf. auch Rechte und Pflichten. Sie könnten sich im Falle der Nichteinhaltung auf diese Vorgaben berufen und ihre Einhaltung durch die Schiedsperson und die andere Partei ggf. (gerichtlich) einfordern.

⁴⁰¹ So auch *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 81.

a) **Vorhandene Vorgaben für das Verfahren**

Genauere Vorgaben zum Ablauf des Schiedsverfahrens enthält das Gesetz nicht. Augenscheinlich besteht allein eine Bindung an die ausdrücklichen gesetzlichen Vorgaben und an höherrangiges Recht. So unterliegt die Schiedsperson inhaltlich bezüglich des Schiedsspruchs den allgemeinen Vorgaben aus § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V. Die Vorschrift bezieht sich zwar auf die zwischen den Parteien zustande kommenden Verträge. Die Schiedsperson muss jedoch ebenfalls die Grenzen einhalten, die für die Vertragsparteien bestehen. § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V betrifft aber weder das Verfahren an sich, noch an dieses zu stellende formelle Anforderungen. § 73b SGB V sieht auch keine Möglichkeit der genaueren Regelung in einer Rechtsverordnung vor.⁴⁰² § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V spricht lediglich davon, dass die Schiedsperson unabhängig sein muss.

aa) **Einfachgesetzliche Vorgabe: Unabhängigkeit**

Die direkt greifende Anforderung, die Schiedsperson müsse unabhängig sein, ist aufgrund fehlender Spezifizierung auslegungs- und erklärungsbedürftig. Dem Begriff der Unabhängigkeit könnten Anforderungen für das Verfahren zu entnehmen sein, deren Verletzung Rechtsfolgen nach sich ziehen könnte.

(1) **Begriffsbestimmung**

In der vorhandenen sozialgerichtlichen Rechtsprechung finden sich zur Unabhängigkeit der Schiedsperson keine heranziehbaren Ausführungen. Das LSG Baden-Württemberg wurde in einer Entscheidung mit der Frage der Ablehnung einer Schiedsperson wegen Besorgnis der Befangenheit konfrontiert, wobei die Frage nach der Rechtsgrundlage jedoch ebenso offengelassen wurde wie Rechtsfolgen einer etwaigen Verletzung, da bereits die Statthaftigkeit des Antrags abgelehnt wurde.⁴⁰³ In einem Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalens findet sich die Aussage, die Schiedsperson müsse das Verfahren neutral und ausgewogen führen können, um einen Ausgleich divergierender Interessen herbeizuführen.⁴⁰⁴ Woraus sich diese Anforderungen ergeben sollen, wird aber nicht deutlich.

⁴⁰² Vgl. *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 56.

⁴⁰³ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.11.2010 – L 5 KA 4293/10 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 17 ff.

⁴⁰⁴ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 11.10.2010 – L 11 KA 61/10 B ER – GesR 2011, 32, 36.

In der Literatur kann man nur sehr vereinzelt Hinweise zur Unabhängigkeit finden. So wird etwa festgestellt, dass die Schiedsperson in keiner Form an eine der Parteien gebunden sein darf und ohne Begründung behauptet, die Grundsätze zur Befangenheit seien zu beachten⁴⁰⁵ oder darauf hingewiesen, die Schiedsperson müsse „neutral“⁴⁰⁶ oder „unparteilich“⁴⁰⁷ sein. Eine weitergehende Auseinandersetzung mit dem Begriff der Unabhängigkeit wurde bisher nicht vorgenommen. Ausgangspunkt für weitere Betrachtungen ist der allgemeine Sprachgebrauch. Danach kann Unabhängigkeit mit Autonomie, Souveränität, oder Selbstständigkeit gleichgesetzt werden,⁴⁰⁸ wobei letztere Eigenständigkeit oder Eigenverantwortlichkeit meint.⁴⁰⁹ Es muss sich bei der Schiedsperson danach zunächst um eine selbstständig und eigenverantwortlich handelnde Person handeln.

Die Gesetzgebungsmaterialien beinhalten keine Ausführungen zur Unabhängigkeit der Schiedsperson. Eine historische Auslegung ist unergiebig. Jedoch können andere Rechtsnormen, die die gleiche Begrifflichkeit beinhalten, im Rahmen einer systematischen Auslegung herangezogen werden. Nahe liegt ein Vergleich mit anderen Personen oder Institutionen, die in Konfliktsituationen zwischen zwei oder mehreren Parteien schlichtend oder entscheidend tätig werden. Die Schiedsämter und -stellen sind mit Parteivertretern sowie „unparteiischen“ Mitgliedern besetzt. Sie dürfen zu keiner Partei angehören. Der Begriff der Unabhängigkeit findet sich in den maßgeblichen Normen nicht. Er ist weiter zu fassen als die Unparteilichkeit.

Verwendet wird er dagegen im Grundgesetz bei der Beschreibung der Rolle der Richter: Diese sind nach Art. 97 Abs. 1 GG unabhängig. Der Richter darf keinen Weisungen bezogen auf seine Tätigkeit unterliegen (sog. sachliche Unabhängigkeit).⁴¹⁰ Dies soll absichern, dass der Richter unparteiisch Recht spricht und damit entsprechend dem Gemeinwohlinteresse tätig wird.⁴¹¹ Der Richter soll vor Einflussnahme durch den Staat, aber auch durch Private, geschützt werden.⁴¹² Hieraus lässt sich im Umkehrschluss die Pflicht ziehen, dass der Richter sich nicht beeinflussen lassen darf. Im einfachen Recht findet sich eine entsprechende

⁴⁰⁵ *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 50a.

⁴⁰⁶ *Nebendahl* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 23.

⁴⁰⁷ *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 71.

⁴⁰⁸ *Duden*, Wörterbuch der Synonyme, S. 265.

⁴⁰⁹ *Duden*, Wörterbuch der Synonyme, S. 234.

⁴¹⁰ *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 3.

⁴¹¹ *Hillgruber* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 97 (2008), Rn. 4.

⁴¹² *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 97, Rn. 3, 9.

Regelung auch in § 25 DRiG. Danach ist der Richter unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. § 1 VwGO spricht zudem davon, dass die Verwaltungsgerichtsbarkeit durch unabhängige Gerichte ausgeübt wird. Auch die Sozialgerichtsbarkeit wird nach § 1 SGG durch unabhängige, besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt. Gleiches ist in § 1 GVG für die ordentliche Gerichtsbarkeit und § 1 FGO für die Finanzgerichtsbarkeit geregelt. Auch hier wird gewährleistet, dass der Richter sachlich unabhängig ist, also keinen Weisungen durch Exekutive, Judikative und Legislative unterliegt, zudem muss eine organisatorische Unabhängigkeit in Form der Trennung der Gerichte von den Behörden erfolgen.⁴¹³ Unabhängigkeit verlangt also nach einer Weisungsfreiheit und Trennung von anderen Gewalten und Behörden, also staatlichen Stellen. Zudem müssen diese Grundsätze aber auch gegenüber den beteiligten Parteien zur Anwendung kommen. Der Richter muss somit unparteilich sein.

Dies lässt sich auf die Schiedsperson übertragen. Sie muss zum einen von anderen staatlichen Einrichtungen organisatorisch getrennt sein und weisungsfrei agieren können. Die ggf. die Bestimmung der Schiedsperson vornehmende zuständige Aufsichtsbehörde darf deshalb keine über das gesetzlich vorgegebene Maß hinausgehende Einwirkungsmöglichkeit haben. Ihre Rolle muss sich auf die Bestimmung der Schiedsperson beschränken. Zum anderen muss auch die Schiedsperson unparteiisch sein. Sie muss eine außerhalb der beteiligten Krankenkassen und Gemeinschaften stehende Person sein und darf keiner der Parteien zuzuordnen sein. Letzteres muss nach Sinn und Zweck so ausgelegt werden, dass die Schiedsperson nicht unmittelbar in einer anderen Position am Verfahren beteiligt sein darf. Schließlich ist davon auszugehen, dass jede natürliche Person Mitglied einer Krankenkasse sein kann, in vielen Fällen auch einer gesetzlichen Krankenkasse, und damit eine gewisse Nähe zu einer Partei angenommen werden könnte. Unter Umständen ist die Schiedsperson sogar Mitglied der Krankenkasse, für die es einen Vertrag nach § 73b SGB V abzuschließen gilt. Somit darf die Anforderung nicht überspannt werden. Des Weiteren darf keine anderweitige Beziehung zu einer der Parteien bestehen, die die Unparteilichkeit gefährden könnte. In Betracht kommt dabei, dass Angehörige der Schiedsperson am Verfahren beteiligt sind. Dies geht noch darüber hinaus, dass die Schiedsperson nicht selbst den Parteien entstammen darf. Auch eine solche Verbindung ist nicht zulässig.

⁴¹³ Exemplarisch für die verschiedenen Gerichtsbarkeiten zur Sozialgerichtsbarkeit *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 1, Rn. 2.

(2) Verfahrensanforderungen

Über die Definition des Begriffes der Unabhängigkeit lässt sich lediglich ein Rahmen abstecken. Genauere Verfahrensanforderungen ergeben sich hieraus nicht. In Betracht kommt ein Rückgriff auf Vorschriften, die den Fall fehlender Unabhängigkeit regeln, hier auf die §§ 16 und 17 SGB X. § 16 SGB X regelt den Ausschluss bestimmter Personen von der Mitwirkung am Verfahren, § 17 SGB X sieht eine Regelung zur Befangenheit vor. Liegen die Voraussetzungen dieser Normen vor, hat dies zur Folge, dass die betroffene Person nicht am Verfahren mitwirken darf. Ausschlaggebend ist bei beiden Normen die Befangenheit einer am Verfahren beteiligten Person. Befangenheit kann auch mit Parteilichkeit oder Voreingenommenheit bezeichnet werden und meint eine gewisse innere Haltung einer Person gegenüber einer anderen Person oder einer Sache, auf die regelmäßig aus objektiv feststehenden Faktoren geschlossen werden kann.⁴¹⁴ § 16 Abs. 1 S. 1 SGB X regelt, welche Personen in einem Verfahren nicht tätig werden dürfen und listet diese abschließend⁴¹⁵ auf. Dieser Ausschluss greift kraft Gesetzes.⁴¹⁶ Liegt ein Grund vor, der geeignet ist, Misstrauen gegen eine unparteiische Amtsausübung zu rechtfertigen, oder wird von einem Beteiligten das Vorliegen eines solchen Grundes behauptet, hat die Person, die in einem Verfahren für eine Behörde tätig werden soll, gemäß § 17 Abs. 1 S. 1 SGB X den Leiter der Behörde oder den von diesem Beauftragten zu unterrichten und sich auf dessen Anordnung der Mitwirkung zu enthalten. Trifft nach S. 2 die Besorgnis der Befangenheit den Leiter der Behörde, trifft diese Anordnung die Aufsichtsbehörde, sofern sich der Behördenleiter nicht selbst einer Mitwirkung enthält. In diesem Fall liegt der Ausschluss nur vor, wenn er behördlich angeordnet wird.⁴¹⁷ Die sich aus den beiden Vorschriften ergebenden Rechtsfolgen für das Verfahren sind jedoch vergleichbar: So steht den Beteiligten des Verfahrens bei § 16 SGB X kein formelles, bei § 17 SGB X kein subjektives Ablehnungsrecht zu, sie können lediglich eine Prüfung anregen und müssen die Befangenheit auch vorbringen, da dies in

⁴¹⁴ *H. Lang* in: LPK-SGB X, § 16, Rn. 3; *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 2.

⁴¹⁵ *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 16 SGB X, Rn. 3; *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 5.

⁴¹⁶ *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 16 SGB X, Rn. 12; *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 15.

⁴¹⁷ *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 17, Rn. 2.

einem späteren gerichtlichen Verfahren sonst nicht mehr möglich ist.⁴¹⁸ Die Entscheidung über die Befangenheit ist nicht anfechtbar, es erfolgt nur eine Prüfung im Rahmen der Prüfung der Sachentscheidung.⁴¹⁹ Ein ggf. erlassener Verwaltungsakt ist auch nicht nichtig, sondern nur formell rechtswidrig, wenn eine befangene Person mitwirkt. Ausnahme ist lediglich die Nichtigkeit nach § 40 Abs. 1 SGB X im Falle von § 16 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB X.⁴²⁰

Die Anforderung der unparteiischen Amtsausübung, welche bei § 16 SGB X in der Aufzählung bestimmter Personengruppen konkretisiert wird, und das Erfordernis der Unabhängigkeit sind, ausgehend vom allgemeinen Sprachgebrauch, insofern vergleichbar, als sie beide eine Neutralität erfordern, wobei der Begriff der Unabhängigkeit noch weitergeht als der der Unparteilichkeit, was oben ausführlich erläutert wurde. Damit kommt in Betracht, dem Merkmal Unabhängigkeit bei § 73b SGB V einen entsprechend Inhalt wie den der §§ 16, 17 SGB X zuzuordnen. Jedoch ist der Wortlaut in dieser Hinsicht zu offen formuliert. Es wird vor allem nicht zwischen qua Gesetzes und auf Antrag ausgeschlossenen Personen unterschieden. Solch genaue Vorgaben lassen sich dem Begriff „unabhängig“ nicht entnehmen. §§ 16, 17 SGB X befassen sich genau mit den Rechtsfolgen der fehlenden Unabhängigkeit, § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V aber gerade nicht, sondern stellt nur ein allgemeines Verfahrenserfordernis auf. Eine analoge Anwendung kann erst an späterer Stelle erörtert werden, wenn es um die Anwendbarkeit der Regelungen des SGB X geht. In § 73b SGB V entsprechende Inhalte aus §§ 16, 17 SGB X hineinzulesen ist nicht möglich. Konkretere Vorgaben als die herausgearbeiteten lassen sich dem Gesetz damit nicht entnehmen.

(3) Rechtsfolgen

Gleichwohl ist zu überlegen, welche Rechtsfolgen sich ergeben, wenn die Schiedsperson nicht unabhängig ist. Hierauf wird sich eine Partei berufen, wenn die Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde bestimmt wurde, weniger, wenn

⁴¹⁸ *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 15, § 17, Rn. 6.

⁴¹⁹ *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 18, § 17, Rn. 8.

⁴²⁰ *Roller* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 16, Rn. 18, § 17, Rn. 8.

die Parteien sich selbst auf eine Schiedsperson geeinigt haben.⁴²¹ Der Schiedsperson könnte die Mitwirkung am Schiedsverfahren verwehrt sein, wobei sie kraft Gesetzes ausgeschlossen oder auf Antrag auszuschließen sein könnte. Es stellt sich dann die Frage, wer über den Antrag zu entscheiden hätte: Die Schiedsperson selbst oder eine übergeordnete Instanz wie eine Aufsichtsbehörde. Zudem birgt die Annahme eines Ausschlusses auf Antrag das Problem, dass es dann eine Behörde geben müsste, die über die Unabhängigkeit zu entscheiden hätte, bei der der Antrag zu stellen wäre. Eine klassische Aufsicht über die Schiedsperson besteht aber nicht. Den Parteien könnte zudem ein Ablehnungsrecht zustehen. Die Frage ist auch, was passiert, wenn die Schiedsperson trotzdem eine Entscheidung trifft. Folge eines Ausschlusses der Schiedsperson wäre, dass eine neue Schiedsperson bestimmt werden müsste. Dies würde zu erheblichen Verzögerungen führen. Ob eine solche Auslegung der Vorschrift im Sinne des Gesetzgebers wäre, erscheint zweifelhaft, da es ihm in besonderem Maße auf ein schnelles, unbürokratisches Verfahren ankam. Inwiefern die Befangenheit der Schiedsperson gerichtlich geltend gemacht werden kann, war bereits gerichtlich zu klären.⁴²² Das LSG Baden-Württemberg entschied, dass eine Geltendmachung unstatthaft sei, da § 44a VwGO analog anzuwenden sei. Diese Norm besagt, dass Rechtsbehelfe gegen behördliche Verfahrenshandlungen grundsätzlich nur gleichzeitig mit den gegen die Sachentscheidung zulässigen Rechtsbehelfen geltend gemacht werden können. § 44a VwGO beinhalte einen auch im Sozialrecht allgemein anwendbaren Grundsatz, nur ausnahmsweise sei Rechtsschutz zulässig, wenn ansonsten der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes nicht gewährleistet sei. Die analoge Anwendung ist mit dem Zweck der Vorschrift, ein schnelles Verfahren zu ermöglichen, begründbar und auch nachvollziehbar. Das Gericht hätte jedoch nicht nur auf die Anwendbarkeit der Norm im

⁴²¹ Bestimmt eine Aufsichtsbehörde eine Schiedsperson, die als nicht unabhängig anzusehen ist, handelt sie ermessensfehlerhaft. Die Bestimmung kann sodann erfolgreich vor Gericht angefochten werden. Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. V. 4.

⁴²² LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 12.11.2010 – L 5 KA 4293/10 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 17 ff.

Sozialrecht⁴²³ eingehen, sondern vor allem auch klären müssen, ob diese Vorschrift auch auf ein nichtgerichtliches Schlichtungsverfahren anwendbar sein kann. Eine genauere Untersuchung erfolgt nicht. Im Ergebnis kann, gerade aufgrund des Willens des Gesetzgebers, eine analoge Anwendung auch auf dieses Verfahren angenommen werden. Eine planwidrige Regelungslücke kann hiermit konstruiert werden. Die Interessenlage ist auch insofern vergleichbar, als die Handlungen der Schiedsperson in einem Schiedsspruch münden, gegen den der Rechtsweg eröffnet ist. In diesem Rahmen kann auch eine mangelnde Unabhängigkeit gerügt werden, was ggf. Auswirkungen auf den Schiedsspruch hat. Auch dass es sich ggf. nicht um eine Behörde handelt, kann mit einer analogen Anwendung ausgeglichen werden. Es handelt sich dann um eine dreifache analoge Anwendung von § 44a VwGO: Bezüglich der Anwendbarkeit im Sozialrecht, der ggf. mangelnden Behördeneigenschaft sowie der Geltendmachung in einem außergerichtlichen Verfahren.

Generell zeigt sich an den vielen offenen Fragen das Problem der Vagheit der Vorschrift: Ob ein Tätigwerden von Gesetzes wegen oder auf Antrag ausscheidet, kann nicht entschieden werden, ebenso wenig wie die Frage der weiteren Rechtsfolgen. § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V genauere Rechtsfolgen entnehmen zu wollen, würde den Wortlaut der Norm überspannen, zumal die Intention des Gesetzgebers auch eher gegen eine solche Annahme spricht.

bb) Verfahrensvorgaben durch die Parteien

In Betracht kommt eine Vereinbarung von Verfahrensvorgaben durch die Parteien. Aufgrund der ihnen zukommenden Vertragsautonomie steht es ihnen grundsätzlich frei, selbst über das Verfahren und auf dieses anzuwendende Vorschriften zu bestimmen. Dabei können die Parteien ein eigenes Regelwerk aufstellen oder auf gesetzliche Regelungen verweisen, die angewandt werden sollen. § 73b Abs. 4a SGB V verbietet dies nicht. Es ist auch nicht ausgeschlossen, dass die Parteien sich auf anzuwendende Verfahrensvorschriften einigen, aber keine Einigung zur Schiedsperson treffen können. Das Gesetz gibt nicht vor, dass

⁴²³ Aufgrund des § 56a SGG, der nunmehr eine identische Regelung zu § 44a VwGO vorsieht, kommt es auf diese Überlegungen nicht mehr an. Die Anwendbarkeit von § 44a VwGO im Sozialrecht war auch vor Einführung von § 56a SGG überwiegend anerkannt: Der Norm sei ein allgemeiner Rechtsgedanke zu entnehmen, der auch für das sozialgerichtliche Prozessrecht Geltung beanspruchen könne, vgl. BSG, Urteil vom 14.12.1988 – 9/4b RV 55/86 – NVwZ 1989, 901 f.

die Schiedsperson sodann selbst über die anzuwendenden Verfahrensvorschriften entscheiden können muss. Auch der Aufsichtsbehörde kommt dieses Recht nicht zu. Der Sinn und Zweck der Vorschrift, vorrangig eine Einigung durch die Parteien zu ermöglichen, spricht dafür, dass lediglich die Parteien Vereinbarungen zum Verfahren treffen können. Es sollen Selektivverträge nach dem Willen der Parteien zustande kommen, dies soll möglichst schnell erfolgen, was durch Verfahrensvorgaben positiv unterstützt wird.

In der Praxis werden sich die Parteien aber ebenso wenig auf Verfahrensgrundsätze einigen können wie auf eine bestimmte Schiedsperson. Vielmehr werden die Parteien, wie sich aus dem Verlauf der bisherigen gerichtlichen Verfahren ergibt, keinerlei Vereinbarung treffen. In diesem Fall wird die Frage nach dem Rückgriff auf andere gesetzliche Vorschriften relevant.

cc) Rückgriff auf die Schiedsklausel in den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung

In den Verträgen der Hausärzteverbände mit den Krankenkassen, die überwiegend in wesentlichen Teilen übereinstimmen und auf einer Vorlage zu beruhen scheinen, findet sich eine Schiedsklausel, die auf eine Anlage 7 verweist.⁴²⁴ In dieser Anlage finden sich neben Regelungen zur Einleitung des Verfahrens (§ 1 Anlage 7), der Bestimmung der Schiedsperson (§ 2), deren Qualifikation (§ 3) und deren Abberufung (§ 4) unter anderem auch allgemeine Verfahrensgrundsätze (§ 6) und Vorschriften zum Verfahrensablauf wie dem schriftlichen (Vor-)Verfahren (§ 7), der mündlichen Verhandlung (§ 8), oder der Säumnis (§ 9). Jedoch beziehen sich die Schiedsklausel und Anlage 7 auf Streitigkeiten, die sich aus oder im Zusammenhang mit dem jeweiligen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung ergeben. Es handelt sich damit lediglich um Regelungen für ein nachgelagertes Schiedsverfahren, zum Beispiel im Zusammenhang mit Streitigkeiten über Änderungen oder ggf. auch Neuabschlüsse von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung, die sich im Anschluss an einen bereits vorhandenen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung ergeben. Die Regelungen ergeben sich dann aus diesem Vertrag selbst. Schlüsse für ein Verfahren vor einer

⁴²⁴ Abrufbar über das Portal des Deutschen Hausärzteverbandes für die einzelnen KV-Regionen, <http://www.hausaerzteverband.de/cms/index.php?id=988>, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

Schiedsperson lassen sich nur für den Fall eines Folgevertrags oder einer Änderung ziehen. In diesem Fall ist die Schiedsperson an die Vorgaben gebunden, da sich beide Parteien diesen Vorgaben unterworfen haben. Zur Festlegung eines erstmaligen Vertrages lassen sich diese Vorschriften aber nicht heranziehen. Fraglich ist auch, ob man bei Änderungswünschen in Bezug auf die genannten Vorschriften überhaupt von einer Bindung ausgehen kann. Auch für diesen Fall ist die Frage nach allgemeinen Vorschriften relevant.

b) Bedürfnis nach (genaueren) Verfahrensvorschriften

Liegt keinerlei Vereinbarung der Parteien über das Verfahren vor, erscheint es sinnvoll, gerade unter dem Gesichtspunkt der Praktikabilität der Durchführung des Schiedsverfahrens auf Verfahrensvorschriften zurückzugreifen, die in anderen Bereichen bestehen. Für bestimmte Probleme wie Fragen zur Befangenheit oder ausgeschlossenen Personen, Möglichkeiten zur Bevollmächtigung, Beweismitteln, Anhörung und Fristen wäre ein Rückgriff auf andere Regelungen hilfreich und würde das Verfahren vereinfachen. Ein Bedürfnis nach Vorgaben ist damit gegeben.⁴²⁵

c) Rückgriff auf andere Regelungen

Verfahrensvorschriften finden sich in allen Rechtsgebieten. Es bestehen vielfältige Rückgriffsmöglichkeiten. Zunächst kommt ein Rückgriff auf andere Schiedspersonen in Betracht. Sollte dies nicht erfolgreich sein, so kommt des Weiteren eine entsprechende Anwendung der Regelungen zum Schiedsamt nach § 89 SGB V oder zu den Schiedsstellen nach §§ 114, 112b, 134a Abs. 4, 129 Abs. 8 SGB V und 18a KHG im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, aber auch §§ 76, 113b SGB XI, 80 SGB XII sowie § 78g SGB VIII in den anderen Büchern des SGB in Betracht. Zudem könnte auf allgemeine Verfahrensregelungen zurückgegriffen werden. In Betracht kommen hierbei das sozialrechtliche Verfahrensrecht, geregelt im SGB X, sowie das allgemeine Verwaltungsverfahren aus dem VwVfG. Aber auch prozessuale Regelungen aus SGG und VwGO könnten anwendbar sein. Zum anderen könnte auch eine entsprechende bzw. analoge Anwendung von privatrechtlichen Vorschriften erfolgen,

⁴²⁵ Ob die jeweiligen Vorschriften, die im Folgenden erläutert werden sollen, tatsächlich anwendbar sind und ob, sollte dies abgelehnt werden, damit ein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegt, kann erst in einem zweiten Schritt untersucht werden, vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c), sowie C. II. 4.

wobei materiell-rechtlich die §§ 317 ff. BGB und prozessrechtlich die Regelungen der ZPO, insbesondere §§ 1025 ff. ZPO, in Betracht kommen.

Welche Vorschriften herangezogen werden können, hängt maßgeblich von der Vergleichbarkeit des jeweiligen Regelungsbereichs mit dem des § 73b SGB V ab.

aa) Allgemeines zu den möglichen anwendbaren Regelungen

Um die Anwendbarkeit von Regelungen auf das Schiedsverfahren nach § 73b Abs. 4a SGB V weiter prüfen zu können, müssen die Grundstrukturen der jeweiligen Regelungsbereiche herausgearbeitet werden. Hierauf kommt es für die Vergleichbarkeit der Regelungsmaterien an.

(1) Anwendung der Regelungen zu den weiteren Schiedspersonen

Nahe liegt eine entsprechende Anwendung der Verfahrensvorschriften zu den weiteren Schiedspersonen.⁴²⁶ Es handelt sich bei allen im Sozialrecht geregelten Schiedspersonen um solche für lediglich einen konkreten Einzelfall, also einen Vertragsschluss. Sie sind natürliche Personen und keine Gremien. Ein Rückgriff scheidet jedoch daran, dass auch bei den anderen Schiedspersonen keine genaueren Regelungen zum Verfahren getroffen wurden; zudem ist ebenfalls keine Möglichkeit der genaueren Normierung in einer Rechtsverordnung gegeben.

(2) Anwendung der Regelungen zu den Schiedsämtern und -stellen sowie den jeweils ergangenen Rechtsverordnungen

Möglich erscheint eine Anwendung von Vorschriften zu den Schiedsämtern und -stellen. Die maßgeblichen Normen sehen auch Regelungen zum Verfahren vor. Von besonderer Relevanz ist das Schiedsamt nach § 89 SGB V.⁴²⁷ Dieses ist im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung vorgesehen. Eine Vielzahl von Normen verweist auf diese Schiedsregelung. Kommt ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande, setzt das Schiedsamt

⁴²⁶ Namentlich §§ 132a Abs. 2 S. 6, 39a Abs. 1 S. 11, 65c Abs. 6 S. 8, 110 Abs. 1 S. 5, 125 Abs. 2 S. 4, 127 Abs. 1a S. 2, 132 Abs. 1 S. 2, 132d Abs. 1 S. 3, 132e Abs. 1 S. 3 SGB V und § 76 Abs. 6 S. 1 SGB XI.

⁴²⁷ Auf § 89 SGB V wird verwiesen in §§ 64 Abs. 3 S. 2, 64a Abs. 2 S. 1, 73b Abs. 7 S. 4, 84 Abs. 8 S. 4 (Verweis auf Abs. 4), 115b Abs. 3 S. 1 (Verweis auf Abs. 4, erweitertes Bundesschiedsamt), 116b Abs. 6 S. 7 (Verweis auf Abs. 4), 118 Abs. 2 S. 3 (Verweis auf Abs. 4, erweitertes Bundesschiedsamt), 118a Abs. 2 S. 2 (Verweis auf Abs. 4), 291a Abs. 7b S. 5 (Verweis auf Abs. 4), 291a Abs. 7d S. 2 SGB V (Verweis auf Abs. 4).

mit der Mehrheit seiner Mitglieder innerhalb von drei Monaten den Vertragsinhalt fest, § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V. Der Antrag auf Durchführung des Schiedsverfahrens wird durch eine Partei oder bei deren Untätigkeit durch die Aufsichtsbehörde gestellt, vgl. § 89 Abs. 1a SGB V. Die Kassenärztlichen Vereinigungen, die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen bilden je ein gemeinsames Schiedsamt für die vertragsärztliche und die vertragszahnärztliche Versorgung, ein sog. Landesschiedsamt. Das Schiedsamt besteht gemäß § 89 Abs. 2 S. 2 SGB V aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern. Die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen bilden zudem je ein gemeinsames Schiedsamt für die vertragsärztliche und die vertragszahnärztliche Versorgung, wobei die Besetzung der Landesschiedsämter entspricht. Es handelt sich bei den Schiedsämtern also um dauerhafte, paritätisch besetzte Einrichtungen.⁴²⁸ Setzt das Schiedsamt den Vertragsinhalt nach Ablauf der drei Monate sowie einer von der Aufsichtsbehörde gesetzten Frist nicht fest, erfolgt die Festsetzung durch die zuständige Aufsichtsbehörde, § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V. Klagen gegen die Festsetzung des Schiedsamtes haben nach § 89 Abs. 1 S. 6, Abs. 1a S. 3 SGB V keine aufschiebende Wirkung. Die Aufsicht über die Landesschiedsämter nach Abs. 2 führen die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder oder die von den Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmten Behörden, § 89 Abs. 5 S. 1 SGB V, die Aufsicht über das Schiedsamt nach Abs. 4 wird durch das Bundesministerium für Gesundheit geführt, § 89 Abs. 5 S. 2 SGB V. Die Aufsicht erstreckt sich gemäß § 89 Abs. 5 S. 3 SGB V auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht. Zudem sind Vorlagepflichten normiert. Es wird damit eine Rechtsaufsicht normiert, aber keine Fachaufsicht.⁴²⁹ Näheres wird nach § 89 Abs. 6 SGB V durch das Bundesministerium für Gesundheit in einer Rechtsverordnung geregelt, was in der Schiedsamtsverordnung (SchAVO) erfolgt ist.⁴³⁰ In dieser finden sich konkretere Vorgaben für das

⁴²⁸ *Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 89, Rn. 24; *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 89 SGB V, Rn. 40 f.

⁴²⁹ *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 89 SGB V, Rn. 49.

⁴³⁰ Verordnung über die Schiedsämter für die kassenärztliche (kassenzahnärztliche) Versorgung (Schiedsamtsordnung) vom 28.5.1957, BGBl. I, S. 570 ff.

Verfahren. Die SchAVO stellt besondere, aber keine allumfassenden Regelungen auf. Das SGB X ist – dessen Anwendbarkeit vorausgesetzt – daneben über § 37 S. 1 SGB I anwendbar, sofern die SchAVO keine Regelung vorsieht.⁴³¹

Daneben existieren eine Vielzahl von Schiedsstellen: Im SGB V sind dabei die Schiedsstellen nach § 75 Abs. 3b S. 3 ff., Abs. 3c (zu Verträgen zur Vergütung im Rahmen der vertragsärztlichen Versorgung), § 92 Abs. 1a S. 4 ff. (zu Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses), § 111b (zu stationären Rehabilitationseinrichtungen),⁴³² § 114 (zur Krankenhausbehandlung),⁴³³ § 129 Abs. 7 ff. SGB V (zur Arzneimittelversorgung)⁴³⁴, § 130b Abs. 4 ff. (zu Vereinbarungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen über Erstattungsbeträge für Arzneimittel) sowie § 134a Abs. 3, 4 (im Bereich der Hebammenhilfe) zu nennen. Zudem finden sich Schiedsstellen im Recht der gesetzlichen Pflegeversicherung (§§ 76, 113b SGB XI),⁴³⁵ im SGB XII in §§ 24 Abs. 4 S. 3, 80⁴³⁶ und § 108 SGB XII sowie im Recht der Kinder- und Jugendhilfe in § 78g SGB VIII. Zudem sind in § 18a Abs. 1 und Abs. 6 KHG zwei in der Praxis besonders relevante Schiedsstellen für das Krankenhausrecht geregelt.⁴³⁷

Die Schiedsstellen nach § 18a Abs. 1 KHG werden von den Landeskrankengesellschaften und Landesverbänden der Krankenkassen für jedes Land oder jeweils für Teile des Landes gebildet; daneben sieht Abs. 6 die Bildung einer Bundesschiedsstelle durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vor. Die Schiedsstellen bestehen gemäß § 18a Abs. 2 KHG aus einem neutralen Vorsitzenden sowie aus Vertretern der Krankenhäuser und Krankenkassen in gleicher Zahl. Der Schiedsstelle gehört

⁴³¹ *Schnapp*, GesR 2014, 193, 196.

⁴³² Auf diese wird verwiesen in §§ 111 Abs. 5 S. 2 und 111c Abs. 3 S. 2, 3 SGB V.

⁴³³ Es finden sich Verweise in §§ 64c Abs. 2, 112 Abs. 3, 113 Abs. 1 S. 2, 115 Abs. 3 sowie 137e Abs. 4 S. 5 (über § 115 Abs. 3) SGB V.

⁴³⁴ Auf diese wird in §§ 291a Abs. 7b S. 5, Abs. 7d S. 2 und 300 Abs. 4 SGB V verwiesen.

⁴³⁵ Die Schiedsstellen im Pflegeversicherungsrecht werden durch eine Vielzahl von Verweisen eingebunden. Auf § 76 SGB XI wird durch §§ 75 Abs. 4 f., 81 Abs. 2 S. 2-4, 82a Abs. 4 S. 3 f., 85 Abs. 5, 89 Abs. 3 S. 4 sowie 115 Abs. 3 SGB XI verwiesen; die Schiedsstelle nach § 113b SGB XI wird in Fällen von §§ 113 Abs. 3 und 113a Abs. 1 S. 6 SGB XI aktiv.

⁴³⁶ Wobei § 81 Abs. 2 SGB XII eine Verordnungsermächtigung vorsieht.

⁴³⁷ Auf diese Vorschrift wird auch durch zahlreiche Normen verwiesen: Zu nennen sind für das SGB V die §§ 64 Abs. 3 S. 2, 115a Abs. 3 S. 5, 120 Abs. 4 (i.V.m. § 117 Abs. 2 S. 3), 137e Abs. 4 S. 3 (über § 13 KHEntgG bzw. § 13 BPfIVO), 291a Abs. 7a S. 4, 5, Abs. 7c S. 2 und 295 Abs. 1b S. 6 SGB V (über § 21 Abs. 6 KHEntgG).

auch ein von dem Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung bestellter Vertreter an, der auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen angerechnet wird. Die Entscheidung erfolgt mehrheitlich, wobei jedes Mitglied eine Stimme hat, § 18a Abs. 3 S. 3, 4 KHG. Abs. 4 der Norm sieht eine Ermächtigungsnorm für die Landesregierungen vor, Rechtsverordnungen zu erlassen. Hier gilt wie bei der zu § 89 SGB V erlassenen SchAVO, dass die Regelungen des SGB X – dessen Anwendbarkeit wiederum vorausgesetzt – nur ergänzend gelten können, § 37 S. 1 SGB I. Die Rechtsaufsicht führt die jeweils zuständige Landesbehörde nach § 18a Abs. 5 KHG.

Die weiteren Schiedsstellen im Krankenversicherungsrecht sehen – bei überwiegend identischem Wortlaut oder bei Verweis aufeinander – gleiche Regelungen vor. Neben Regelungen zur Bestellung finden sich vor allem Vorschriften zur Besetzung und Entscheidung der Schiedsstellen, aber auch zur Rechtsaufsicht. § 129 SGB V sieht zudem die Möglichkeit vor, dass sich die Schiedsstelle eine Geschäftsordnung gibt; Klagen gegen die Festsetzungen haben keine aufschiebende Wirkung.

Die Schiedsstellen im SGB XI, XII und VIII folgen demselben Muster. Bei § 113b SGB XI findet sich in Abs. 3 zudem die Regelung, dass in einer Geschäftsordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für den Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle sowie die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren und die Verteilung der Kosten geregelt werden soll. Bei § 80 SGB XII fehlt es an einer Regelung zur Aufsicht. § 78g SGB VIII regelt in Abs. 2 S. 3 SGB VIII, dass sich Klagen gegen eine der beiden Vertragsparteien und nicht gegen die Schiedsstelle richten.

Allen Schiedsämtern und -stellen ist die Besetzung mit Vertretern der Parteien sowie unparteiischen Mitgliedern und einem unparteiischen Vorsitzenden gemein, die für mehrere Jahre bestellt werden. Es liegen damit dauerhafte Einrichtungen vor, die mit mehreren Mitgliedern besetzt sind. Zudem sind sowohl Rechtsverordnungsmöglichkeiten als auch Aufsichtsregelungen vorgesehen.

Eine direkte Anwendung der Vorschriften kommt nicht in Betracht, mangels Verweises in § 73b SGB V auch keine entsprechende Anwendung.⁴³⁸ Stattdessen kann nur eine analoge Anwendung erfolgen.

Bei der Schiedsperson nach § 73b SGB V handelt es sich um eine Einzelperson. Das Schiedsamt nach § 89 SGB V und die Schiedsstellen sind dagegen, wie gerade dargelegt, paritätisch besetzte Ämter, bestehen also aus mehreren Personen. Zudem wird die Schiedsperson jeweils nur für einen Vertragsschluss situationsbezogen bestimmt. Das Schiedsamt dagegen besteht jeweils für eine vom Gesetz vorgesehene Dauer. Nach § 89 Abs. 3 S. 3 SGB V beträgt die Amtsdauer des Landesschiedsamts beispielsweise vier Jahre. Damit bestehen auch ganz unterschiedliche Anforderungen an Schiedspersonen und -ämter oder -stellen. Die zu den Schiedsämtern und -stellen normierten Verfahrensvorschriften sind daher auch überwiegend dem Umstand geschuldet, dass die Entscheidung durch mehrere Personen getroffen werden muss. Dies bedarf spezifischer Regelungen, da es bei einer solchen Besetzung zu Konflikten kommen kann, die bei einer Schiedsperson, die allein agiert, nicht auftreten können. Auf diese besondere Situation sind die normierten Verfahrensanforderungen zugeschnitten. Auch die Regelungen der SchAVO sowie die zu den Schiedsstellen erlassenen Rechtsverordnungen befassen sich überwiegend mit Fragestellungen, die mit der mitgliederschaftlichen Besetzung und den Rechten und Pflichten der Mitglieder zusammenhängen. Lediglich §§ 15, 16 SchAVO kann z. B. ein verallgemeinerbarer Charakter entnommen werden. In diesen Vorschriften werden die Pflicht der Parteien zur Vorlage von Unterlagen sowie des Schiedsamtes zur Ladung der Parteien zur mündlichen Verhandlung, auf Grund derer entschieden wird, geregelt. Damit weist das Verfahren eine justizförmige Ausgestaltung auf.⁴³⁹ Die durch

⁴³⁸ Teilweise wird aus dem fehlenden Verweis auf § 89 SGB V geschlossen, dass der Gesetzgeber, wenn er eine Vergleichbarkeit angenommen hätte, eben jenen Verweis in § 73b SGB V hätte vorsehen können, so *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 55. Dies schließt aber eine Analogie nicht aus, sondern ist die Voraussetzung für die Annahme einer planwidrigen Regelungslücke.

⁴³⁹ *Schnapp* in: Probleme der Rechtsquellen, S. 86.

die Bundesländer erlassenen Rechtsverordnungen haben einen sehr unterschiedlichen Grad an Detaillierung.⁴⁴⁰

Eine analoge Anwendung scheidet aber insgesamt aus. Das Verfahren nach § 73b SGB V bedarf keiner solchen Regelungen, da die Schiedsperson alleine agiert.⁴⁴¹ Eine Gremienstruktur liegt gerade nicht vor. Bei dem Verfahren vor der Schiedsperson handelt es sich demnach um ein anders geartetes Verfahren, das nicht mit dem Verfahren vor dem Schiedsamt oder der Schiedsstelle vergleichbar ist.⁴⁴² Ein Rückgriff auf die SchAVO sowie die Rechtsverordnungen scheidet ebenfalls aus. Dies lässt sich daraus herleiten, dass eine Möglichkeit zur Rechtsverordnung in § 73b SGB V gerade nicht vorgesehen ist, wobei der Gesetzgeber hiervon bei anderen Schlichtungsinstanzen rege Gebrauch gemacht hat und ihm dies bei Schaffung der Regelung zur hausarztzentrierten Versorgung bekannt sein musste. Dies spricht gegen eine Planwidrigkeit der Regelungslücke und damit gegen eine analoge Anwendung einer Vorschrift, die eine Befugnis zum Erlass einer Rechtsverordnung einräumt. Es spricht aber auch gegen die analoge Anwendung der Rechtsverordnungen an sich. Die Anwendung eines Großteils der getroffenen Regelungen kommt aufgrund des Regelungsgehaltes bereits

⁴⁴⁰ Vgl. hierzu z. B. die zu § 111b SGB V getroffenen Verordnungen der Länder Niedersachsen sowie Baden-Württemberg (Verordnung über die Schiedsstelle nach § 111b des Fünften Buchs des Sozialgesetzbuchs für das Land Niedersachsen – SchVO-SGB V, vom 4.4.2014/Verordnung der Landesregierung über die Schiedsstelle nach § 111b des Fünftens Buches Sozialgesetzbuch für Vergütungsvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Trägern von Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen in Baden-Württemberg – Landesschiedsstellenverordnung Reha – SchiedsVO Reha, vom 17.4.2012): Während Baden-Württemberg eine eher umfangreiche Verfahrensregelung in § 8 SchiedsVO Reha vorsieht, ist dieses in §§ 6, 7 SchVO-SGB V knapper gehalten. Vergleichbare Regelungen finden sich zu § 114 SGB V in §§ 7, 9-11, 13 der Verordnung über die Landesschiedsstelle nach dem Sozialgesetzbuch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) – Landesschiedsstellenverordnung – LSchV vom 28.11.1989 für Nordrhein-Westfalen oder zu § 76 SGB XI in §§ 7-9, 11 der Verordnung über die Schiedsstelle nach dem Sozialgesetzbuch – Elftes Buch (XI) – Soziale Pflegeversicherung – Schiedsstellenverordnung-SGB XI – SchV-SGB XI vom 21.3.1995 für Nordrhein-Westfalen.

⁴⁴¹ Die Frage nach der Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften der Schiedsämtler und -stellen darf nicht vermengt werden mit Überlegungen zur Vergleichbarkeit in Bezug auf die Frage, ob es sich bei der Schiedsperson nach § 73b SGB V um eine Behörde handelt. Hier könnte trotz allem eine Vergleichbarkeit gegeben sein, die in einer systematischen Auslegung genauer beleuchtet werden muss. Sollte die Behördeneigenschaft bejaht werden, führt dies sodann nicht automatisch dazu, dass die Vorschriften zu den Schiedsämtlern und -stellen analog anzuwenden sind, da die Vergleichbarkeit immer noch an der unterschiedlichen Besetzung scheitert.

⁴⁴² So auch *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 55, der davon spricht, dass es sich um ein „Aliud zum Schiedsamt“ handle; *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 137.

nicht in Betracht. Die Vorschriften, die nicht auf die Struktur der Schiedsämter und -stellen spezifisch zugeschnitten sind wie §§ 15, 16 SchAVO,⁴⁴³ können diesem Regelwerk nicht einfach entnommen werden, es fehlt an der Vergleichbarkeit insgesamt. Auch insofern scheidet eine Analogie aus. Die getroffenen Verfahrensvorschriften bieten damit auch keine Lösung für das Verfahren vor der Schiedsperson. Allgemeinere Verfahrensvorschriften können sich auch bei den Schiedsämtern und -stellen nur aus der Anwendung des SGB X ergeben, was von ihrer Einordnung als Behörde abhängt.⁴⁴⁴ Die Verfahrensregelungen sind vorliegend nicht anwendbar.

(3) Anwendung der Regelungen des VwVfG

Neben dem SGB X könnte auch auf die Regelungen des VwVfG des Bundes⁴⁴⁵ zurückgegriffen werden, sofern es an Regelungen im SGB X fehlt. Das VwVfG gilt gemäß § 1 Abs. 1 VwVfG für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit von Behörden. Es liegt damit ein zu § 1 Abs. 1 S. 1 SGB X identischer Wortlaut vor. Jedoch legt § 2 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG fest, dass das VwVfG nicht für Verfahren nach dem Sozialgesetzbuch gilt. Der Ausschluss erfasst alle Bereiche, auf die das SGB X anwendbar ist, wozu die Krankenversicherung gehört.⁴⁴⁶ Allenfalls der einer Norm innewohnende allgemeine Rechtsgedanke kann angewendet werden.⁴⁴⁷ Auch die Heranziehung bei der Auslegung ist im Sinne einer Einheitlichkeit der Rechtspraxis sinnvoll.⁴⁴⁸

(4) Anwendung der Regelungen des SGB X

Es kommt zudem ein Rückgriff auf die §§ 8 ff. SGB X in Betracht. Grundsätzlich ist das Verwaltungsverfahren nach § 9 SGB X nicht an eine bestimmte Form gebunden, dies jedoch nur, soweit keine besonderen Rechtsvorschriften bestehen. In den §§ 10 ff. SGB X finden sich sodann genauere Regelungen für das

⁴⁴³ Vgl. zu anderen beispielhaften Rechtsverordnungen Fn. 440.

⁴⁴⁴ Hierzu noch ausführlicher unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (d) (cc) und (dd) bei der systematischen Betrachtung, ob es sich bei der Schiedsperson nach § 73b SGB V um eine Behörde handelt.

⁴⁴⁵ Geht es im Folgenden um das VwVfG, so ist ohne weitere Angaben das VwVfG des Bundes gemeint.

⁴⁴⁶ *Kastner* in: HK-VerwR, § 2 VwVfG, Rn. 16; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 2, Rn. 29.

⁴⁴⁷ *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 276; § 2, Rn. 96.

⁴⁴⁸ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 2, Rn. 30 i.V.m. Rn. 18.

Verwaltungsverfahren, unter anderem zur Befangenheit, ausgeschlossenen Personen, dem Untersuchungsgrundsatz, Beweismitteln und der Anhörung von Beteiligten.

Die Vorschriften könnten zunächst direkt anwendbar sein. Nach § 1 Abs. 1 S. 1 SGB X gelten die Vorschriften des ersten Kapitels, zu denen auch die Verfahrensgrundsätze gehören, für die öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit der Behörden, die nach diesem Gesetzbuch ausgeübt wird. Mit dem Merkmal der Ausübung nach diesem Gesetzbuch ist gemeint, dass Verwaltungshandeln in Ausübung von Befugnissen aus allen Büchern des SGB vorliegen kann.⁴⁴⁹ Dies kann hier auf den ersten Blick durchaus mit der Befugnis zur Festsetzung des Vertragsinhaltes aus § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V bejaht werden. Darin kann grundsätzlich eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit zu sehen sein, da die streitentscheidende Norm, § 73b SGB V, dem Organisationsrecht im Rahmen der gesetzlichen Krankenversicherung und damit einem Teil des öffentlichen Rechts zuzuordnen ist.⁴⁵⁰ Es bedarf zudem aber auch der öffentlich-rechtlichen Verwaltungstätigkeit einer Behörde, für die Anwendung der Vorschriften der §§ 8 ff. SGB X sogar des Vorliegens eines Verwaltungsverfahrens, also der nach außen wirkenden Tätigkeit der Behörden, die auf die Prüfung der Voraussetzungen, die Vorbereitung und den Erlass eines Verwaltungsaktes oder auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages gerichtet ist. Grundlegend ist also die Einordnung der Schiedsperson als Behörde. Für die Bejahung eines Verwaltungshandelns müsste sie zudem den Erlass eines Verwaltungsaktes oder eines öffentlich-rechtlichen Vertrags anstreben. Dabei kommt es vor allem auf die Rechtsnatur des Schiedspruchs an.

(5) Anwendung prozessrechtlicher Regelungen: SGG, VwGO

Neben der ZPO, in der es in §§ 1025 ff. ZPO sogar Regelungen zu einem Schiedsgerichtsverfahren gibt, die auf den ersten Blick als passend erscheinen,

⁴⁴⁹ *Fichte* in: Kreikebohm, Sozialrecht, § 1 SGB X, Rn. 2.

⁴⁵⁰ Bei Zugrundelegung der modifizierten Subjektslehre handelt es sich um öffentlich-rechtliches Handeln, wenn die streitentscheidenden Normen einen Rechtsträger als solchen berechtigen oder verpflichten, vgl. insbesondere *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 22, Rn. 28 f. Darüber lässt sich hier bereits streiten, da die Schiedsperson erst noch eingeordnet werden muss. Aus der Norm ergeben sich zwar auch Rechte und Pflichten der Krankenkassen und Leistungserbringer, so dass man insofern von einer öffentlich-rechtlichen Norm reden kann. Stellt man nur konkret auf § 73b Abs. 4, 4a SGB V und damit die Schiedsperson ab, stößt man aber bereits auf Argumentationsschwierigkeiten.

könnten auch die prozessrechtlichen Regelungen aus dem SGG sowie der VwGO Anwendung finden. Dabei kommt vor allem die Anwendung allgemeiner Verfahrensvorschriften in Betracht, die in §§ 60 ff. SGG sowie §§ 54 ff. VwGO geregelt sind. In diesen finden sich unter anderem Regelungen zum Ausschluss von Gerichtspersonen (§§ 60 Abs. 1 SGG, 54 Abs. 1 VwGO), der Gewährung rechtlichen Gehörs (§ 62 SGG), sowie Fristen, Ladungen und Zustellung (§§ 63 ff. SGG, §§ 56 ff. VwGO).

Bei den Schiedsverfahren nach § 73b SGB V handelt es sich um Angelegenheiten des Krankenversicherungsrechts, deren Streitigkeiten in den Zuständigkeitsbereich der Sozialgerichte fallen, § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Soweit das SGG keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, sind das Gerichtsverfassungsgesetz und die Zivilprozeßordnung einschließlich § 278 Abs. 5 ZPO und § 278a ZPO⁴⁵¹ entsprechend anzuwenden, wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschließen, § 202 SGG.⁴⁵² Die Anwendung des SGG erscheint damit zunächst am naheliegendsten. Es liegt eine abdrängende Sonderzuweisung nach § 40 Abs. 1 VwGO vor.

Es handelt sich bei den Schiedsverfahren gemäß § 73b Abs. 4a SGB V nicht um Gerichtsverfahren. Eine analoge Anwendung scheitert an der Vergleichbarkeit. Die Schiedspersonen befassen sich nicht mit Rechtsstreitigkeiten, sondern Regelungstreitigkeiten und können damit auch nicht als ein der Justiz ähnliches Organ angesehen werden.⁴⁵³ Prozessrechtliche Vorschriften können somit nicht herangezogen werden.

(6) Anwendung privatrechtlicher Regelungen, §§ 317 ff. BGB, §§ 1025 ff. ZPO u.a.

Zuletzt könnte eine analoge oder entsprechende Anwendung privatrechtlicher Vorschriften in Betracht kommen. Neben der Einordnung als Vertragshelfer bei entsprechender Anwendung von §§ 317 ff. BGB könnten zudem die Vorschriften zum Schiedsverfahren nach §§ 1025 ff. ZPO anwendbar sein. Auch eine Qualifizierung als Mediator erscheint möglich.

⁴⁵¹ §§ 278, 278a ZPO regeln die gütliche Streitbeilegung sowie die Mediation und die außergerichtliche Konfliktbeilegung und scheinen zunächst passend.

⁴⁵² Über den Verweis auf die ZPO sind ggf. auch die §§ 1025 ff. ZPO anwendbar. Auf diese soll aber noch gesondert eingegangen werden, vgl Abschnitt 2, C. II. 1. c) aa) (6) (d).

⁴⁵³ So auch zu den Schiedsstellen allgemein *Manssen*, ZfSH/SGB 1997, 81, 82.

(a) Schiedsperson als Mediator

Seit 2012 gibt es ein eigenes Mediationsgesetz⁴⁵⁴, dessen Vorschriften anwendbar sein könnten. Auch im Sozialrecht ist eine Mediation denkbar, kommt tatsächlich aber nur selten vor.⁴⁵⁵ Das MediationsG findet auch in diesem Rechtsbereich Anwendung, da es keinerlei Einschränkung vornimmt. Gemäß § 1 Abs. 1 MediationsG ist Mediation ein vertrauliches und strukturiertes Verfahren, bei dem Parteien mithilfe eines oder mehrerer Mediatoren freiwillig und eigenverantwortlich eine einvernehmliche Beilegung ihres Konflikts anstreben. Es finden sich lediglich Vorschriften zur außergerichtlichen Mediation.⁴⁵⁶ Nach Abs. 2 ist ein Mediator eine unabhängige und neutrale Person ohne Entscheidungsbefugnis, die die Parteien durch die Mediation führt. Bereits diese Norm zeigt deutlich, dass dieses Verfahren und die ggf. vorhandenen Verfahrensvorschriften nicht zur Anwendung kommen können: Die Schiedsperson soll die Parteien keiner eigenen Entscheidung in der Streitigkeit zuführen, zudem kommen ihr gerade Entscheidungsbefugnisse zu. § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V sieht vor, dass sie anstelle der Parteien den Vertragsinhalt festsetzt. Eine Vermittlerrolle, wie sie einem Mediator zukommt und der aus diesem Grund selbst keine Entscheidung trifft,⁴⁵⁷ kommt ihr gerade nicht zu. Mediation baut auf Freiwilligkeit auf, § 2 Abs. 2 MediationsG, was sich auch daran zeigt, dass das Verfahren gemäß § 2 Abs. 5 S. 1 MediationsG jederzeit beendet werden kann. Dies ist mit dem Schiedsverfahren nicht vereinbar, in dem die Parteien gerade nicht zu einer freiwilligen Vereinbarung bereit und fähig sind.⁴⁵⁸ Eine Einordnung der Schiedsperson als Mediator kommt damit nicht in Betracht.

⁴⁵⁴ Mediationsgesetz (MediationsG) vom 21.7.2012, BGBl. I S. 1577.

⁴⁵⁵ *Kilger* in: Handbuch Mediation, § 41, Rn. 3; *Niedostadek*, ZESAR 2012, 319, 321.

⁴⁵⁶ Eine gerichtsinterne Mediation, jedoch nur in Form einer gütlichen Streitbeilegung, ist nach § 278 Abs. 5 ZPO ebenso möglich wie eine Verweisung an einen außergerichtlichen Mediator, § 278a ZPO. Über § 202 S. 1 SGG, der ausdrücklich auf diese Vorschriften verweist, gibt es diese Möglichkeit auch im sozialgerichtlichen Verfahren. Vgl. ausführlich zu sozialgerichtlicher Mediation, jedoch basierend auf der Rechtslage vor Schaffung des MediationsG und der Neureglung von ZPO und SGG: *Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit.

⁴⁵⁷ *Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S. 66.

⁴⁵⁸ Eine andere Frage ist, ob die Parteien – also Krankenkassen und Gemeinschaften – auch eine Mediation vereinbaren könnten. Die Frage kann in dieser Arbeit nicht umfassend beleuchtet werden. Die den Parteien zukommende Vertragsautonomie spricht jedenfalls für eine Zulässigkeit. Scheitert eine Mediation, muss jedoch der Weg zur Schiedsperson nach § 73b SGB V gegeben sein und auch gegangen werden, wenn die Gemeinschaften dies beantragen. § 73b Abs. 4a SGB V kann nicht abbedungen werden.

(b) Schiedsperson als Dritter im Sinne von §§ 317 ff. BGB

Das Tätigwerden der Schiedsperson nach § 73b SGB V ist als Schlichtung anzusehen. Sie soll anstelle der Parteien den Inhalt des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzen und damit den Vertrag schaffen, wodurch sie gestaltend tätig wird.⁴⁵⁹ Für die Annahme einer Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB muss das Tätigwerden der Schiedsperson inhaltlich und formell zu der Figur des Dritten passen. Der Gesetzgeber nimmt die Anwendbarkeit der Normen an, ohne dies weiter zu begründen.⁴⁶⁰

(c) Die Leistungsbestimmung nach den §§ 317 ff. BGB im Überblick

§§ 317 ff. BGB regeln die Leistungsbestimmung durch einen Dritten, die neben der Leistungsbestimmung durch eine der Parteien nach §§ 315 f. BGB eine weitere Möglichkeit darstellt, mit der Elemente eines Vertrages im Nachhinein festgelegt werden können. Es handelt sich um ein vertraglich vereinbartes Leistungsbestimmungsrecht, wobei die Parteien aufgrund ihrer Privatautonomie entscheiden, sich der Entscheidung durch einen Dritten zu unterwerfen.⁴⁶¹ Sie übertragen damit auch ihre Privatautonomie auf den Dritten.⁴⁶² Der Dritte nimmt eine rechtsgestaltende Vertragsergänzung vor.⁴⁶³ Ihm kommt somit die Aufgabe zu, alle noch unbestimmten Vertragsbestandteile festzulegen und damit den Vertragsinhalt genau zu bestimmen.⁴⁶⁴ Dies geschieht nach der Auslegungsregelung⁴⁶⁵ des § 317 Abs. 1 BGB im Zweifel nach billigem Ermessen. Die Parteien können aber abweichende Vereinbarungen treffen, die Vorschriften sind dispositiv.⁴⁶⁶ Die Normen erfassen vom Wortlaut her zunächst nur diese Konstellation, wobei diese Leistungsbestimmung als Schiedsgutachten im weiteren Sinne bezeichnet wird.⁴⁶⁷ Daneben gibt es aber auch die Situation, dass der Dritte aufgrund seiner

⁴⁵⁹ Zur Frage, ob ein Gestaltungsrecht i.e.S. vorliegt vgl. Abschnitt 2, E. I. 3. a).

⁴⁶⁰ Vgl. BT-DS 17/6906, S. 56 („Schiedsperson analog § 317 BGB als Vertragshelfer tätig“).

⁴⁶¹ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 36 f.; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 7.

⁴⁶² *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 1.

⁴⁶³ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 6; *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 452; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 2.

⁴⁶⁴ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 6; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 5.

⁴⁶⁵ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 3.

⁴⁶⁶ *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 52.

⁴⁶⁷ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 6; *Lembcke*, ZGS 2010, 261, 261.

besonderen Sachkunde den Inhalt des Vertrages genau bestimmt, dieser aber objektiv bereits feststeht, oder aber eine rechtliche Beurteilung erforderlich ist, was die Parteien selbst nicht ermitteln oder leisten können; hierbei handelt es sich um das sog. Schiedsgutachten im engeren Sinne.⁴⁶⁸ Es bedarf lediglich einer Feststellung eines bereits feststehenden Sachverhaltes.⁴⁶⁹ Auf das Schiedsgutachten im engeren Sinne sind nach überwiegender Auffassung die §§ 317 ff. BGB analog anwendbar.⁴⁷⁰ Die Bestimmung durch den Dritten kann aber nicht jeden beliebigen Inhalt haben. Im Zweifel muss sie vielmehr nach billigem Ermessen erfolgen, § 317 Abs. 1 BGB. Dadurch wird die Entscheidung des Dritten an einen objektiven Maßstab gebunden.⁴⁷¹ Die Parteien können einen anderen Maßstab vereinbaren. Die Entscheidung kann auch nach freiem Belieben getroffen werden. Hier lässt sich § 319 Abs. 2 BGB nennen, der den Begriff des freien Beliebens als Gegenstück zum billigen Ermessen nennt. Ausschlaggebend für den genaueren Maßstab ist dabei bei zweiseitigen Schuldverhältnissen der Wert oder die Art der Gegenleistung.⁴⁷² Die Bestimmung erfolgt gemäß § 318 Abs. 1 BGB

⁴⁶⁸ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 8; *Sachs* in: Festschrift für Peter Schlosser, S. 807.

⁴⁶⁹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 13.

⁴⁷⁰ So bereits *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 45; *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 8; *Lembcke*, ZGS 2010, 261, 261 (m.w.N. zu den vertretenen Auffassungen); *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 9, 13, wobei dieser in Rn. 17 der Unterteilung in Schiedsgutachten im weiteren und engeren Sinne eine Absage erteilt: Eine solche Unterscheidung sei unnötig, da es niemals nur um bloße Feststellungen gehen könne, weil es dann eines Schiedsgutachters nicht bedürfe, da ein Gericht eine solche Feststellung ebenfalls treffen könne. Zuzugeben ist *Rieble*, dass eine Unterscheidung zum einen in vielen Fällen schwierig sein dürfte, zum anderen tatsächlich fast immer irgendein Wertungsspielraum bestehen wird. Jedoch bleibt die Wahl eines Dritten zur Bestimmung des Vertragsinhaltes, selbst wenn es sich um eine bloße kognitive Feststellung handelt, den Parteien aufgrund ihrer Parteiautonomie überlassen. Wenn sie der Auffassung sind, ein Dritter könne eine solche Feststellung am besten treffen, so liegt es an ihnen, einen Dritten einzusetzen. Eine Entscheidung des Gerichts kann keinen Ersatz darstellen. Im Ergebnis erkennt *Rieble* das Schiedsgutachten aber an, lehnt nur die Unterscheidung ab, weshalb dieser Streit keine weiteren Auswirkungen hat. Bei einer Anerkennung eines Unterschieds zwischen Schiedsvertrag im weiteren und engeren Sinn bedarf es jedoch einer analogen Anwendung der §§ 317 ff. BGB. Dies erscheint dogmatisch sauberer. Die Frage, ob es sowohl Schiedsverträge im engeren als auch weiteren Sinne gibt, ist somit rein dogmatischer Natur. Eine Unterscheidung der beiden Arten von Schiedsverträgen ist aber aufgrund obiger Argumentation durchaus möglich und vereinfacht die Darstellung. Es soll daher im Folgenden mit der überwiegenden Ansicht an einer Unterscheidung festgehalten werden.

⁴⁷¹ So schon *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 36; *Rümelin*, Billigkeit im Recht, S. 13.

⁴⁷² *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 37.

durch Erklärung gegenüber einem der Vertragsschließenden; Vorschriften zur Form macht die Norm nicht, weshalb die Erklärung formlos erfolgen kann.⁴⁷³ Die Erklärung ist eine Gestaltungserklärung und als solche empfangsbedürftig, unwiderruflich und bedingungsfeindlich.⁴⁷⁴ § 318 Abs. 2 BGB sieht zudem die Möglichkeit der Anfechtung vor. Sie steht nach § 318 Abs. 2 S. 1 BGB im Falle von Irrtum, Drohung oder arglistiger Täuschung nur den Vertragsschließenden zu und muss gegenüber dem anderen Teil erklärt werden. Nach S. 2 und S. 3 muss die Erklärung unverzüglich nach Kenntnis des Anfechtungsgrundes erfolgen und ist 30 Jahre, nachdem die Bestimmung getroffen wurde, ausgeschlossen. Daneben gelten die allgemeinen Nichtigkeits- und Anfechtungsgründe.⁴⁷⁵ Im Falle, dass die Bestimmung offenbar unbillig ist, der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert, ist die getroffene Bestimmung nicht verbindlich und erfolgt durch Urteil, § 319 Abs. 1 BGB. Das Gericht handelt dann aber nicht aus eigenem oder übergegangenem Leistungsbestimmungsrecht.⁴⁷⁶

Die Entscheidung des Dritten kann nur auf offenbare Unbilligkeit überprüft werden, § 319 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie ist damit einer umfassenden Kontrolle durch die Gerichte entzogen. Diese sind an die Entscheidung des Dritten materiell-rechtlich gebunden.⁴⁷⁷ Steht dem Dritten freies Belieben zu und nicht nur billiges Ermessen, so ist der Vertrag unwirksam, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert. Eine Anfechtungsmöglichkeit ist für diesen Fall nicht vorgesehen.

(d) Schiedsgerichtsverfahren, §§ 1025 ff. ZPO

Nach § 1029 ZPO ist eine Vereinbarung durch die Parteien dann als Schiedsvereinbarung zu qualifizieren, wenn sich die Parteien in ihr für alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterwerfen. Durch den Schiedsricht-

⁴⁷³ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 318, Rn. 2.

⁴⁷⁴ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 318, Rn. 1. Hierzu noch genauer unter Abschnitt 2, E. I. 3. a).

⁴⁷⁵ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 453.

⁴⁷⁶ *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 46.

⁴⁷⁷ BGH, Urteil vom 25.6.1952 – II ZR 104/51 – NJW 1952, 1296, 1297; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 18; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 23.

ter wird abschließend und bindend eine Entscheidung für das gesamte Rechtsverhältnis getroffen;⁴⁷⁸ er ersetzt damit den Richter. Für das Verfahren finden sich in §§ 1042 ff. ZPO Vorgaben über die anzuwendenden Grundsätze.

Eine Anwendung der Vorschriften zum Schiedsgerichtsverfahren nach den §§ 1025 ff. ZPO kommt ebenso wenig in Betracht wie die Anwendung öffentlich-rechtlicher prozessualer Vorgaben.

Zwar wird teilweise vertreten, auf die Schiedsgutachterverträge – insbesondere die im engeren Sinne – seien, zusätzlich zu den §§ 317 ff. BGB oder exklusiv, die §§ 1025 ff. ZPO anzuwenden.⁴⁷⁹ Eine solche Annahme könnte vorliegend dazu führen, dass bei entsprechender Qualifizierung der Schiedsperson nach § 73b SGB V die Vorschriften der ZPO neben denen des BGB oder nur erstere anzuwenden wären. Es ist aber richtigerweise mit der ganz überwiegenden Auffassung davon auszugehen, dass Schiedsgutachten und Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB bloße materiell-rechtliche Verträge sind, die keine Wirkungen in prozessrechtlicher Hinsicht vermitteln.⁴⁸⁰ Der Dritte übt keine schiedsrichterliche Funktion aus.⁴⁸¹ Der Schiedsgutachter kann zwar über Fragen verbindlich entscheiden, die Entscheidung unterliegt aber einer gerichtlichen Überprüfung.⁴⁸² Die §§ 1025 ff. ZPO sind bei Bejahung der §§ 317 ff. BGB, also der Annahme eines Schiedsgutachters, nicht anwendbar.⁴⁸³ Welches Verfahren vereinbart ist, muss durch Auslegung ermittelt werden.⁴⁸⁴ In Zweifelsfällen wird man einen Schiedsgutachtervertrag annehmen müssen.⁴⁸⁵ Damit schließen sich die Vorschriften gegenseitig aus, eine gemeinsame Anwendung kommt nicht in Betracht. Es verbleibt somit dabei, dass prozessuale Vorgaben nicht heranziehbar sind. Es fehlt eine Vergleichbarkeit von Schiedsgerichten und Schiedspersonen.

⁴⁷⁸ BGH, Urteil vom 5.5.1986 – III ZR 233/84 – NJW 1986, 3077, 3078; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 8.

⁴⁷⁹ Für die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften und Wertungen *Sachs* in: Festschrift für Peter Schlosser, S. 810 (zudem m.w.N. zu den vertretenen Auffassungen, S. 808 ff.); *Schlosser* in: Stein/Jonas, ZPO, Vor § 1025, Rn. 64.

⁴⁸⁰ *Münch* in: MünchKomm ZPO, Vorb. zu §§ 1025 ff., Rn. 58; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 22.

⁴⁸¹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 23.

⁴⁸² *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 8.

⁴⁸³ BGH, Urteil vom 25.6.1952 – II ZR 104/51 – NJW 1952, 1296, 1297; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 8.

⁴⁸⁴ *Schlosser* in: Stein/Jonas, ZPO, Vor § 1025, Rn. 54.

⁴⁸⁵ *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 8.

(7) Zwischenergebnis: Mögliche anwendbare Regelungen

In Betracht kommt somit die Anwendung der §§ 8 ff. SGB X oder der §§ 317 ff. BGB.

bb) Grundfrage: Schiedsperson als Behörde i.S.v. § 1 Abs. 2 SGB X

Da Behörden auch privatrechtlich tätig werden können⁴⁸⁶ und nach der zivilrechtlichen Literatur die Einordnung einer juristischen Person des öffentlichen Rechts als Dritter im Sinne der §§ 317 ff. BGB möglich ist,⁴⁸⁷ andererseits aber auch natürliche Personen behördlich tätig werden können, jedoch nur unter besonderen Voraussetzungen, ist die Rechtsnatur der Schiedsperson von entscheidender Bedeutung. Nur wenn sie Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X ist, können die §§ 8 ff. SGB X anwendbar sein.

(1) Behördenbegriff

Eine Legaldefinition der Behörde findet sich in § 1 Abs. 2 SGB X. Danach ist Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Aufgrund der identischen Formulierung kann bei der Untersuchung der Behördeneigenschaft auch auf Literatur und Rechtsprechung zu § 1 Abs. 4 VwVfG Bezug genommen werden.⁴⁸⁸

Die Legaldefinition gibt dabei noch nicht vor, welcher Rechtsnatur die Stelle sein muss, der Wortlaut ist offen formuliert und spricht lediglich von „Stelle“.⁴⁸⁹ Aus der Tatsache, dass es sich um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handeln muss, ergibt sich aber, dass es sich wie im allgemeinen Verwaltungsrecht

⁴⁸⁶ von *Alemann/Scheffczyk* in: BeckOK VwVfG, § 35, Rn. 206.

⁴⁸⁷ *Hager* in: Erman, BGB, § 317, Rn. 3; *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 40; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 36; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 8; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 17.

⁴⁸⁸ Dies lässt sich annehmen, da der Gesetzgeber das SGB X ausdrücklich nach dem Vorbild des VwVfG unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Sozialrechts formulierte, vgl. BT-DS 8/2034, S. 1. Dabei sollte die Einheitlichkeit des Rechts sichergestellt werden; die Gesetzesbegründung verweist ausdrücklich auch auf die Begründung des VwVfG, BT-DS 8/2034, S. 29. In Anbetracht der Tatsache, dass sogar über die Anwendung des VwVfG und eine bloße Regelung der Besonderheiten im SGB X nachgedacht wurde, vgl. BT-DS 8/2034, S. 45, 60, erscheint die Heranziehung angebracht. Die gewollte Einheitlichkeit kann nur bei entsprechender Heranziehung von Auslegung und Anwendung des § 1 Abs. 4 VwVfG erreicht werden.

⁴⁸⁹ Vgl. auch *Schnapp*, Jura 1980, 68, 74.

zunächst um ein Organ eines Rechtsträgers handeln muss, also eine staatliche Stelle mit gewissen hoheitlichen Befugnissen.⁴⁹⁰ Ein Organ stellt dabei ein Rechtssubjekt dar, das Aufgaben des Verwaltungsträgers wahrnimmt, in der Ausführung durch Organwahrer.⁴⁹¹ Organ- und Behördenbegriff sind damit nicht deckungsgleich. Der Organbegriff ist weiter gefasst. Eine Behörde ist zugleich ein Organ eines Verwaltungsträgers.⁴⁹² Ein Organ ist jedoch nicht immer auch Behörde.⁴⁹³

Eine genauere Betrachtung und Definition des Behördenbegriffs erfolgte erst spät in der Literatur. Diese setzte den Begriff vielmehr voraus, ohne sich hiermit genauer auseinanderzusetzen. Der Begriff der Behörde sowie der des Verwaltungsaktes waren gesetzlich nicht (legal-)definiert. Lange wurde im Verwaltungsverfahrenrecht mit ungeschriebenen Rechtssätzen gearbeitet.⁴⁹⁴ Die Kriterien für die Bestimmung, ob eine Behörde vorliegt, wurden durch Rechtsprechung und Literatur konkretisiert.⁴⁹⁵

Erstmalig wurde der Begriff der Verwaltungsbehörde in § 25 Abs. 2 der Militärregierungsverordnung Nr. 165 von 1948 definiert. Danach ist Verwaltungsbehörde „jede mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung im Geltungsbereich dieser Verordnung betraute deutsche Stelle, ohne Rücksicht auf ihre Rangstufe oder Besetzung, jedoch mit Ausnahme der Gerichte und Amtsstellen der Religionsgemeinschaften.“⁴⁹⁶ Abgesehen von der Formulierung von Ausnahmen beinhaltete die Norm bereits die wesentlichen Merkmale, die sich auch in der heutigen Legaldefinition finden. § 1 Abs. 4 VwVfG, wortgleich in § 1 Abs. 2 SGB X formuliert, forderte bereits in der ursprünglichen Fassung des VwVfG vom 29. Mai 1976⁴⁹⁷ in § 1 Abs. 3 VwVfG a.F., dass Behörde „jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt“, ist. Verlangt wird somit eine Stelle, die

⁴⁹⁰ *Kastner* in: HK-VerwR, § 1 VwVfG, Rn. 11.

⁴⁹¹ *Böckenförde* in: Festschrift für Hans J. Wolff, S. 270. Nach *Böckenförde* ist die genaue Herausarbeitung des Organbegriffs auf *Hans J. Wolff* zurückzuführen. Vgl. insb. *Wolff*, *Organschaft und juristische Person*, Bd. 1, S. 238 ff.

⁴⁹² *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 58, Rn. 3.

⁴⁹³ *Burgi* in: *Erichsen/Ehlers*, § 8, Rn. 29.

⁴⁹⁴ Vgl. bereits die Gesetzesbegründung zu dem Entwurf des Verwaltungsverfahrensgesetzes, BT-DS 7/910, S. 28.

⁴⁹⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen bei *Rasch*, *VerwArch.* 50 (1959), 1, 8 ff.

⁴⁹⁶ Verordnung der Militärregierung Nr. 165 vom 15.9.1948 – Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Amtsblatt der Militärregierung Deutschland, Britisches Kontrollgebiet, S. 803.

⁴⁹⁷ Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundes vom 29.5.1976, BGBl. I, S. 1255.

mit Aufgaben der öffentlichen Verwaltung befasst ist. Die Formulierung in der Militärregierungsverordnung kann damit als Vorläufer der heutigen Regelung des Behördenbegriffs in § 1 Abs. 4 VwVfG sowie § 1 Abs. 2 SGB X angesehen werden. Eine genauere Differenzierung zwischen verschiedenen Behördenbegriffen erfolgte aber nicht.⁴⁹⁸ Die Definition in VwVfG und SGG entspricht dabei derjenigen, die von der Rechtsprechung zum Behördenbegriff im Zusammenhang mit der VwGO in Ermangelung einer Legaldefinition entwickelt wurde.⁴⁹⁹ Diese stellte maßgeblich darauf ab, ob sich eine Stelle im Rahmen ihrer öffentlichen Verwaltungsbefugnisse betätigt; in diesem Fall sei von einer Behörde im Sinne des Verwaltungsprozessrechts auszugehen.⁵⁰⁰

Nach heutigem Stand der Rechtsdogmatik ist zu unterscheiden zwischen einem funktionalen bzw. verwaltungsverfahrensrechtlichen, organisationsrechtlichen und prozessualen Behördenbegriff. Es existiert somit ein sogenannter trialistischer Behördenbegriff.⁵⁰¹ Welche Einordnung vorliegt und wie der Begriff zu definieren ist, hängt vom Kontext der Norm und deren Zweck ab.⁵⁰²

(a) Der organisationsrechtliche Behördenbegriff

Organisationsrechtlich betrachtet sind Behörden die in die Verwaltungshierarchie des Staates eingeordneten Organe, aber auch die Vollzugsorgane der Verwaltungsträger, die nicht dem Staat zuzuordnen sind.⁵⁰³ Sie müssen der Verwaltung im organisatorischen Sinne zurechenbar sein.⁵⁰⁴ Verwaltung im organisatorischen Sinne meint alle Verwaltungsträger und ihre Untergliederungen, die vom Staat getragen werden, um überwiegend materiell verwaltend tätig werden.⁵⁰⁵ Organe sind dabei durch Rechtssätze gebildete, eigenständige institutionelle

⁴⁹⁸ Selbst *Hans Julius Wolff*, der sich umfassend mit den Begriffen Behörde, Amt, Amtswalter, Organ und Organisation auseinandersetzte und diese voneinander differenzierte, unterschied lediglich zwischen Behörden im eigentlichen und im weiteren Sinne, vgl. *Wolff*, VerwR II, 1. Aufl., § 76 I, S. 62 ff.

⁴⁹⁹ BT-DS 7/910, S. 32.

⁵⁰⁰ BVerwG, Urteil vom 30.9.1959 – VI C 358.56 – BVerwGE 9, 172, 178; BVerwG, Urteil vom 18.10.1963 – VII C 45.62 – NJW 1964, 368, 369.

⁵⁰¹ Maßgeblich wurde dieser Begriff geprägt und genauer untersucht von *Schnapp*, vgl. *Schnapp* in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 1187 ff., *ders.*, GesR 2014, 193, 196 m.w.N.

⁵⁰² *Kastner* in: HK-VerwR, § 1 VwVfG, Rn. 8.

⁵⁰³ *Maurer*, Allg. VerwR, § 21, Rn. 32.

⁵⁰⁴ *Burgi* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 8 Rn. 29.

⁵⁰⁵ *Ehlers* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 1 Rn. 4.

Subjekte von Zuständigkeiten, die Aufgaben einer juristischen Person wahrnehmen.⁵⁰⁶ Wesentlich ist, dass Organe immer einer juristischen Person des öffentlichen Rechts zugeordnet werden können müssen; ohne Trägerorganisation gibt es keine Organe.⁵⁰⁷ Bereits das Reichsgericht nannte als Voraussetzung für das Vorliegen einer Behörde, dass „eine rechtlich geregelte Organisation des Amtes, der Amtsstelle [vorliegt], die sie derart in den Behördenorganismus einfügt, daß der Bestand der Amtsstelle von der physischen Person des Beamten, ihrem Dasein, Wechsel und Wegfall unabhängig ist.“⁵⁰⁸ Davon zu unterscheiden ist das Amt im organisationsrechtlichen Sinne. Dieses ist der Bereich, der von einer Person wahrgenommen werden kann und von einem Amtswalter ausgeführt wird.⁵⁰⁹ Als rein natürliche Person kommt eine Stellung der Schiedsperson als Organ und somit als Behörde im organisationsrechtlichen Sinn nicht in Betracht. Anderes ist anzunehmen, wenn unter der Bezeichnung Schiedsperson zugleich ein Organ zu verstehen wäre oder die Schiedsperson als Beliehene tätig würde.

(b) Der prozessuale Behördenbegriff

Das SGG, das Regelungen zum sozialgerichtlichen Verfahren enthält, arbeitet verschiedentlich mit dem Begriff „Behörde“.

Prozessual betrachtet sind Behörden beispielsweise auch fähig, Beteiligte des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens zu sein. Für das sozialgerichtliche Verfahren findet sich eine Normierung in § 70 Nr. 3 SGG, der besagt, dass Behörden, sofern das Landesrecht dies bestimmt, fähig sind, am Verfahren beteiligt zu sein. Es handelt sich damit um eine Ausnahme, grundsätzlich greift das Rechtsträgerprinzip, wonach der Rechtsträger Verfahrensbeteiligter ist.⁵¹⁰ Für die Behörden handeln sodann ihre gesetzlichen Vertreter und Vorstände, da sie selbst nicht handeln können und sich nicht selbst durch Verträge verpflichten können. Neben einer Beteiligungsfähigkeit als natürliche Person über § 70 Nr. 1 SGG kommt

⁵⁰⁶ *Wolff*, VerwR II, 1. Aufl., § 74 I f., S. 35; kritisch *Böckenförde* in: Festschrift für Hans J. Wolff, S. 274 ff., der bemängelt, dass der Organbegriff *Wolffs* nicht von dem Begriff der Organisation, sondern der juristischen Person ausgeht; bei der Definition geht von der Organisation aus *Schnapp*, NZS 2010, 241, 242.

⁵⁰⁷ *Schnapp*, NZS 2010, 241, 242.

⁵⁰⁸ RG, 1. Strafsenat, Urteil vom 13.11.1899 – 2993/99 – RGSt 32, 365, 366.

⁵⁰⁹ So bereits *Wolff*, VerwR II, 1. Aufl., § 73 I c), S. 63; III a), S. 71.

⁵¹⁰ *Leitherer* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 70, Rn. 4; *Wenner* in: Kreikebohm, Sozialrecht, §§ 60 ff. SGG, Rn. 10.

eine Beteiligung der Schiedsperson am Verfahren über § 70 Nr. 3 SGG in Betracht, sollte sie als Behörde einzuordnen sein – vorausgesetzt, es existiert eine landesrechtliche Regelung. Im Gegensatz zu dem Schiedsamt nach § 89 SGB V sowie den Schiedsstellen lässt sich eine Beteiligungsfähigkeit der Schiedsperson jedoch nicht über den Weg des § 70 Nr. 4 SGG annehmen, da es sich nicht um ein gemeinsames Entscheidungsgremium handelt, sondern um eine Einzelperson. Als Behörde im prozessualen Sinne wird ebenfalls eine durch organisationsrechtliche Rechtsnormen gebildete Stelle definiert, die nach der anwendbaren Zuständigkeitsregelung in der Pflicht ist, im eigenen Namen Aufgaben für den Staat oder einen öffentlichen Verwaltungsträger auszuführen.⁵¹¹ Damit wird kein eigenständiger prozessualer Behördenbegriff im eigentlichen Sinne definiert. Vielmehr wird vom organisationsrechtlichen Behördenbegriff ausgegangen. Die Einordnung als Behörde muss als vorgelagerter Schritt betrachtet werden, an den prozessuale Folgen anknüpfen.⁵¹² Dies lässt sich historisch begründen: Die VwGO enthält selbst keine Definition des Behördenbegriffs. Sie nahm sich jedoch wiederum die Verordnung der Militärregierung Nr. 165 zum Vorbild, in der das Verwaltungsgerichtsverfahren geregelt wurde und die eine Definition der Behörde enthielt.⁵¹³ Aus diesem Grund wird heute zudem auch auf § 1 Abs. 4 VwVfG für die Definition der Behörde im Rahmen des Prozessrechts zurückgegriffen. Für das sozialgerichtliche Verfahren und den prozessualen Behördenbegriff gilt entsprechendes. Das SGG enthält ebenfalls keine Definition der Behörde. Das SGG in seiner ursprünglichen Fassung⁵¹⁴ gab den Sozialgerichten den Charakter besonderer Verwaltungsgerichte, § 1 SGG. Es kann damit auch auf Rechtsprechung und Literatur zur VwGO zurückgegriffen werden. Diese wurde zwar später als das SGG erlassen,⁵¹⁵ zuvor galt jedoch die Verordnung der Militärregierung Nr. 165, die ebenfalls eine Ordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit darstellte und der VwGO Entsprechendes regelte. Es ist damit kein grundlegender Unterschied im Vergleich zu den anderen Behördenbegriffen zu erkennen. Ent-

⁵¹¹ *Leitherer* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 70, Rn. 4 bei gleichzeitigem Verweis auf § 1 Abs. 2 SGB X. Eine genauere Differenzierung scheint damit nicht vorgenommen zu werden.

⁵¹² Vgl. hierzu *Ipsen*, Allg. VerwR, Rn. 219.

⁵¹³ Vgl. hierzu die allgemeinen Ausführungen zum Behördenbegriff, Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (1). So auch zu § 1 Abs. 4 VwVfG: *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 230.

⁵¹⁴ Sozialgerichtsgesetz (SGG) vom 3.9.1953, BGBl. I, S. 1239 ff.

⁵¹⁵ Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) vom 21.1.1960, BGBl. I, S. 17 ff.

sprechendes gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften auch für das sozialgerichtliche Verfahren und damit den sozialrechtlichen prozessualen Behördenbegriff, da das SGG wie festgestellt ebenfalls keine Definition der Behörde enthält. Dies schließt jedoch nicht aus, dass der Behördenbegriff in einzelnen Vorschriften eigenständig zu definieren ist oder definiert werden kann.⁵¹⁶ Es muss im jeweiligen Einzelfall untersucht und ausgelegt werden, was unter den Behördenbegriff fällt. Es muss nicht von einem einheitlichen Behördenbegriff für das gesamte SGG ausgegangen werden; vielmehr ist nach Sachzusammenhang eine Einordnung vorzunehmen. In Bezug auf die Schiedsperson gilt somit allgemein das bereits zum organisationsrechtlichen Behördenbegriff Gesagte.

(c) Der funktionale Behördenbegriff

Behörden im funktionellen Sinne (oder auch im verwaltungsverfahrenrechtlichen Sinne)⁵¹⁷ sind Organe, die dazu berufen sind, konkrete Verwaltungsmaßnahmen hoheitlich durchzuführen.⁵¹⁸ Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Stelle als Behörde bezeichnet wird.⁵¹⁹ Organisationsrechtlicher und funktionaler Behördenbegriff sind jeweils autonom zu definieren.⁵²⁰ Maßgeblich für die Bejahung des funktionalen Behördenbegriffs ist die Tätigkeit an sich,⁵²¹ also die Wahrnehmung öffentlicher Verwaltungsaufgaben.

§ 1 Abs. 2 SGB X definiert Behörde als jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Eine identische Formulierung findet sich in § 1 Abs. 4 VwVfG für das allgemeine Verwaltungsverfahren. Maßgeblich ist die Durchführung von Verwaltungsaufgaben, also nur von bestimmten Aufgaben. Behörde ist im Rahmen des § 1 Abs. 2 SGB X somit im funktionellen Sinne zu

⁵¹⁶ So z. B. vertreten zu § 91 Abs. 1 SGG, der nach *Rühl*, SGB 1964, 292, 293 weiter auszuliegen sei als der Begriff der Verwaltungsbehörde, wobei hier Bezug auf § 25 der Militärregierungsverordnung Nr. 165 genommen wird und damit den funktionalen Begriff entsprechend dem heutigen Verständnis. *A.A.* zu § 91 Abs. 1 SGG: *Leitherer* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 91, Rn. 3, der von der Anwendbarkeit des Behördenbegriffs nach § 1 Abs. 2 SGB X ausgeht.

⁵¹⁷ Der Inhalt von funktionalem und verwaltungsverfahrenrechtlichem Behördenbegriff ist identisch. Im Folgenden wird der Terminus des funktionalen Behördenbegriffs verwendet.

⁵¹⁸ *Burgi* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 8, Rn. 29; *Erbguth*, Allg. VerwR, § 6, Rn. 5.

⁵¹⁹ So bereits die Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 3 VwVfG a.F., jetzt § 1 Abs. 4 VwVfG, BT-DS 7/910, S. 33; *Löcher* in: Eichenhofer/Wenner, SGB I, IV, X, § 1 SGB X, Rn. 4; *Neumann* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 1, Rn. 40; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 237.

⁵²⁰ *Schnapp*, NZS 2010, 241, 243; *ders.* in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, S. 1195.

⁵²¹ *Erbguth*, Allg. VerwR, § 6, Rn. 5.

verstehen.⁵²² Die Bejahung der Behördeneigenschaft nach dieser Norm ist für die Anwendung weiterer Vorschriften aus dem SGB X von entscheidender Bedeutung. Damit kommt es bei der Einordnung der Schiedsperson maßgeblich auf ihre Eigenschaft als Behörde im funktionellen Sinne an.

Sowohl für § 1 Abs. 4 VwVfG als auch für § 1 Abs. 2 SGB X wird Behörde traditionsgemäß in dem Sinne genauer definiert, dass es sich um eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die, mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet, dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein, wobei es sich um eine vom Wechsel der in ihnen tätigen Personen unabhängige Einrichtung handeln muss, die mit Außenwirkung in eigener Zuständigkeit tätig wird.⁵²³

Damit wird eine Definition gegeben, die das Vorliegen einer Behörde im verfahrensrechtlichen Sinne an enge Voraussetzungen knüpft und den Begriff folglich eng ausgelegt.⁵²⁴ Andererseits wird immer betont, es greife ein weiter Behördenbegriff.⁵²⁵ Dem Wortlaut der Norm lassen sich gerade keinen genauen Kriterien entnehmen. Die tradierten Kriterien können damit zu Recht kritisiert werden.

⁵²² *Frielingsdorf* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 1 SGB X, Rn. 6; *Löcher* in: Eichenhofer/Wenner, SGB I, IV, X, § 1 SGB X, Rn. 5; *Meydam*, SuS 1981, 18, 19; *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 1 SGB X, Rn. 8; *Neumann* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 1, Rn. 39; *Roos* in: von Wulffen, SGB X, § 1, Rn. 9; *Schnapp*, NZS 2010, 241, 243; *Breitkreuz* in: LPK-SGB X, § 1, Rn. 7; so auch zu § 1 Abs. 4 VwVfG: *Burgi* in: Erichsen/Ehlers, AllgVerwR, § 8, Rn. 29; *Kastner* in: HK-VerwR, § 1 VwVfG, Rn. 13; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 1, Rn. 51; *Maurer*, Allg. VerwR, § 9, Rn. 22; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 227, 230.

⁵²³ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 127; BVerwGE 10, 48; 70, 13; 87, 310, 312; *Frielingsdorf* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 1 SGB X, Rn. 6; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, § 4 Rn. 19; *Roos* in: von Wulffen, SGB X, § 1, Rn. 9; *Breitkreuz* in: LPK-SGB X, § 1, Rn. 7; zu § 1 Abs. 4 VwVfG: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 1, Rn. 51; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 231; *Schnapp* in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 1192.

⁵²⁴ *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 427.

⁵²⁵ *Frielingsdorf* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 1 SGB X, Rn. 6; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 1, Rn. 51; *Breitkreuz* in: LPK-SGB X, § 1, Rn. 7; *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, § 2, Rn. 4.

Genauer zu beleuchten ist zunächst das Erfordernis der Außenwirkung. Ein Tätigwerden „nach außen“ wurde insbesondere von der Rechtsprechung als Kriterium aufgestellt.⁵²⁶ Es gibt in der Literatur Stimmen, die unter anderem das Erfordernis der Außenwirkung ablehnen.⁵²⁷ Es lässt sich vor allem anführen, dass Aufgaben der öffentlichen Verwaltung auch nach innen gerichtet sein können. Die Frage nach der Außenwirkung kann erst nachgelagert eine Rolle spielen, wenn es um die Frage geht, ob ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 8 SGB X vorliegt. Diese Norm fordert ausdrücklich die nach außen wirkende Tätigkeit der Behörde. Damit sollen rein interne Vorbereitungshandlungen nicht erfasst werden.⁵²⁸ Die Außenwirkung ist zudem ein Merkmal des Verwaltungsaktes nach § 31 SGB X. Die eindeutige Formulierung von §§ 1 Abs. 2, 8 und 31 SGB X zeigt bei systematischer Betrachtung, dass es bei § 1 Abs. 2 SGB X nicht auf die Außenwirkung ankommen kann. Der Wortlaut von § 1 Abs. 2 SGB X fordert wie § 1 Abs. 4 VwVfG kein Handeln nach außen,⁵²⁹ im Gegensatz zum Begriff des Verwaltungsaktes.

Kritik lässt sich auch gegenüber dem Erfordernis einer vom Wechsel der Person unabhängigen Einrichtung anbringen. Der Wortlaut macht hier wiederum keine Vorgaben. Anzunehmen, eine organisatorische Einheit müsse eine gewisse Dauerhaftigkeit aufweisen, ist ein Zirkelschluss, da hier an die einengende Definition angeknüpft wird, deren Merkmale gerade überprüft werden sollen, und nicht an die gesetzliche Legaldefinition. Letztere stellt ein solches Erfordernis nicht auf. Bei der Beurteilung, ob es sich hier um eine Voraussetzung für das Vorliegen einer Behörde im funktionalen Sinne handeln kann, ist ein Vorgriff auf die Figur der Beleihung möglich. Der Beliehene wird als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X bzw. § 1 Abs. 4 VwVfG angesehen.⁵³⁰ Die Beleihung erfolgt aber immer nur bezogen auf eine einzelne natürliche Person und nicht auf eine unabhängige dauerhafte Einrichtung. Der Beliehene kann dabei auch nur punktuell tätig werden und muss nicht mit Daueraufgaben betraut sein. Als Beispiel sei der Prü-

⁵²⁶ OVG Münster, Beschluss vom 14.5.1985 – 3 A 135/85 – NVwZ 1986, 761, 761; BVerwG, Urteil vom 30.9.1959 – VI C 358.56 – BVerwGE 9, 172, 178 (nicht ausdrücklich, jedoch aus der Argumentation zum „inneren Gefüge“ zu entnehmen).

⁵²⁷ So *Peine*, Allg. VerwR, Rn. 331; ausführlich *Schnapp*, NZS 2010, 241, 242 ff.; *ders.* in: Staat, Verwaltung und Rechtsschutz, S. 1196 f.; *Shirvani*, SGB 2011, 550, 552.

⁵²⁸ *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, § 1, Rn. 4.

⁵²⁹ *Peine*, Allg. VerwR, Rn. 331.

⁵³⁰ *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, § 2, Rn. 7.

fungsausschuss nach §§ 15, 16 JAG NRW angeführt. Dieser sei, so in der Literatur vertreten, Behörde im funktionellen Sinne, obwohl er mit Bekanntgabe der Prüfungsergebnisse seine Aufgabe erfüllt hat und aufhört zu existieren.⁵³¹ Als maßgeblich könne nur die Eigenschaft als Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, angesehen werden. Dies erfülle der Prüfungsausschuss mit Durchführung eines Teils der ersten juristischen Prüfung. Dieses Beispiel zeigt, dass das Erfordernis einer dauerhaften Einrichtung nicht konsequent verlangt wird. Es könnte sich damit bei Anwendung der gängigen Definition nicht um eine Behörde handeln, wodurch ein Widerspruch entsteht. Es handelt sich vielmehr um ein Erfordernis des organisationsrechtlichen Behördenbegriffs. Für diesen ist eine solche Vorgabe auch sinnvoll, da eine hierarchische Struktur erforderlich ist, die einen gewissen Bestand voraussetzt.⁵³² Eine solche Struktur auch für den funktionalen Behördenbegriff zu verlangen, ist dagegen nicht erforderlich. Es erfolgt sonst eine unnötige Vermischung der verschiedenen Begrifflichkeiten. Die Behörde im verfahrensrechtlichen Sinn sollte vom Sinn und Zweck auch weit gefasst sein. So erfüllt sie § 1 Abs. 2 SGB X und unterliegt damit den Anforderungen des SGB X. Dadurch wird ihrem Handeln Grenzen gesetzt und dem betroffenen Bürger wird Rechtsschutz ermöglicht. Das Erfordernis einer vom Wechsel der Person unabhängigen Einrichtung im Rahmen des funktionalen Behördenbegriffs kann damit nicht überzeugen.⁵³³

Überlegt wird teilweise sogar, ob es zudem einer Regelung zur Aufsicht bedarf, ob also gesetzlich festgelegt sein muss, welche Stelle die Aufsicht über die Behörde ausübt, damit eine Behörde im funktionalen Sinne vorliegt.⁵³⁴ Andere

⁵³¹ Vgl. hierzu *Schnapp* in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S. 1204 f.

⁵³² Die durch das RG gegebene Definition, vgl. Fn. 508, bezieht sich aufgrund des Kontexts wohl auch auf eine organisationsrechtliche Betrachtung der Behörde, ohne eine explizite Differenzierung zwischen verschiedenen Behördenbegriffen vorzunehmen, so auch *Böckenförde* in: Festschrift für Hans J. Wolff, S. 272 in Fn. 12 (wohl bei falscher Bezeichnung ebenfalls ausgehend von RGSt 32, 365, 366).

⁵³³ So bereits *Rasch*, *VerwArch.* 50 (1959), 1, 20, der davon spricht, dass es nicht erforderlich sei, dass eine Behörde „auf die Dauer errichtet“ werde; es genüge auch wenn die Stelle für einen Zweck geschaffen werde, der von zeitlich begrenzter Dauer sei. Damit ist als Konsequenz dieser Auffassung auch keine vom Wechsel der Person unabhängige Einrichtung nötig. So auch zu § 1 Abs. 4 VwVfG: *Ipsen*, *Allg. VerwR*, Rn. 213, 327, der einen dauerhaften Bestand nicht als erforderlich ansieht, aber maßgeblich auf das Handeln nach außen abstellt. Das Erfordernis einer dauerhaften Aufgabenübertragung lehnt auch ab *Löcher* in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB I, IV, X, § 1 SGB X, Rn. 4.

⁵³⁴ *Rasch*, *VerwArch.* 50 (1959), 1, 18.

Stimmen verneinen ein solches Erfordernis, es handele sich nicht um eine Voraussetzung für die Annahme einer Behörde.⁵³⁵ Der Wortlaut von § 1 Abs. 2 SGB X schweigt auch in dieser Hinsicht. Zudem lässt sich anführen, dass im Falle oberster Verwaltungsbehörden keine übergeordnete Behörde existiert, die als Aufsichtsbehörde in Betracht käme. Damit könnte es sich in diesem Fall nicht um eine Behörde im funktionellen Sinne handeln. Wie bei den anderen Erfordernissen, die bereits als zu eng abgelehnt wurden, muss das Erfordernis des Existierens einer Aufsicht damit abgelehnt werden.

Die einengende Auslegung mag auch daraus resultieren, dass der Begriff der Behörde lange Zeit nicht definiert war.⁵³⁶ Dies machte es erforderlich, weitergehende Kriterien aufzustellen. Andererseits definierte das Bundesverfassungsgericht im Jahr 1959, also in Kenntnis der zu diesem Zeitpunkt existierenden Definitionen, Behörde als „eine in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnete, organisatorische Einheit von Personen und sächlichen Mitteln, die mit einer gewissen Selbständigkeit ausgestattet dazu berufen ist, unter öffentlicher Autorität für die Erreichung der Zwecke des Staates oder von ihm geförderter Zwecke tätig zu sein.“⁵³⁷ Damit ist diese Definition weiter als die heute üblicherweise verwendete. Sich auf eine gewachsene allgemeine Auffassung zu berufen, kann somit nicht überzeugen. Eine weitere Erklärung für die eingrenzende Interpretation des funktionalen Behördenbegriffs mag darin gesehen werden, dass früher keine Differenzierung zwischen Behörden im funktionalen sowie organisationsrechtlichen Sinne vorgenommen wurde. Es wurde vielmehr mit einem organisationsrechtlichen Behördenbegriff gearbeitet, da Behörde als Organ zur Vertretung des Staates oder anderer Träger öffentlicher Verwaltung definiert wurde.⁵³⁸ Die autonome Definition des funktionalen Behördenbegriffs wurde jedoch nicht vollständig durchgehalten, was sich in der engen Auslegung von § 1 Abs. 2 SGB X und § 1 Abs. 4 VwVfG zeigt.⁵³⁹

Zudem lässt sich anführen, dass durchaus eine eigenständige genauere Definition des § 1 Abs. 2 SGB X, also des sozialrechtlichen funktionalen Behördenbegriffs, in Betracht kommt. Vor Normierung beruhten viele Verfahrensvorschriften des

⁵³⁵ *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 5; *Mutschler* in: *Kasseler Kommentar*, § 1 SGB X, Rn. 8.

⁵³⁶ Vgl. hierzu die allgemeinen Ausführungen zum Behördenbegriff unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (1).

⁵³⁷ BVerfG, Urteil vom 14.7.1959 – 2 BvF 1/58 – BVerfGE 10, 20, 48.

⁵³⁸ Vgl. hierzu *Wolff*, *VerwR* II, 1. Aufl., § 76 I d), S. 63.

⁵³⁹ So auch *Schnapp*, NZS 2010, 241, 243 f.

Sozialrechts auf gewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsätzen des Verwaltungsrechts.⁵⁴⁰ Die Vorschriften des VwVfG wurden bei identischer Formulierung in das SGB X übernommen, wobei auf die Verwaltungspraxis der Träger der Sozialversicherung keine Rücksicht genommen wurde, obwohl diese teilweise deutlich von den Behörden der allgemeinen inneren Verwaltung abwich.⁵⁴¹ Es sollte ein einheitliches Verfahrensrecht für das Sozialrecht geschaffen werden und nicht lediglich die Besonderheiten geregelt und im Übrigen auf das VwVfG verwiesen werden.⁵⁴² Dies macht es argumentativ einfacher, eine eigenständige Interpretation der Vorschriften des SGB X zu ermöglichen.

Es bedarf damit im Ergebnis nur einer gewissen Selbstständigkeit, da es sich sonst nicht um eine eigene Behörde, sondern nur um einen Teil einer solchen handelt.⁵⁴³ Auch der Wortlaut von § 1 Abs. 2 SGB X stützt diese Annahme: Eine „Wahrnehmung“ von Aufgaben kann nur erfolgen, wenn man hierzu befugt ist und eigenständig handeln kann.⁵⁴⁴ Dabei müssen auf Rechtsnormen beruhende Aufgaben durchgeführt werden und beispielsweise nicht nur fiskalische Tätigkeiten, damit es sich um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung handelt.⁵⁴⁵

Damit muss eine organisatorische Einheit von Personen und sachlichen Mitteln vorliegen, die mit einer gewissen Selbstständigkeit ausgestattet ist und dazu berufen ist, für die Erreichung staatlicher Zwecke tätig zu werden. Weitere Erfordernisse sind abzulehnen.

(2) Auswertung der erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung

Eine genauere Betrachtung der bisher zu dieser Frage ergangenen erst- und zweitinstanzlichen Rechtsprechung zeigt, dass es an einer differenzierten Auseinandersetzung mit der Frage nach der Behördeneigenschaft oftmals mangelt. Es finden sich lediglich sehr knapp gehaltene Ausführungen, die zum einen nicht genau mit den einzelnen Begriffen und ihren Merkmalen arbeiten; zum anderen

⁵⁴⁰ *Krause*, NJW 1981, 81, 81.

⁵⁴¹ *Meydam*, SuS 1981, 18, 25.

⁵⁴² BT-DS 8/2034, S. 60.

⁵⁴³ *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 1 SGB X, Rn. 8. So auch schon *Rasch*, VerwArch. 50 (1959), 1, 18.

⁵⁴⁴ Vgl. *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, § 2, Rn. 8.

⁵⁴⁵ *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, § 2, Rn. 9.

erfolgt keine Unterscheidung zwischen Behörde im eigentlichen Sinne und Beilehung. Dies mag auch dem Umstand geschuldet sein, dass in vielen Verfahren die Bestimmung der Schiedsperson und nicht die Vertragsfestsetzung als solche angegriffen wurden, bei denen andere Fragen eine Rolle spielten.

Eine erstmalige Auseinandersetzung mit der Frage nach der Rechtsnatur des Schiedsspruchs findet sich in einem Beschluss des SG Bremen.⁵⁴⁶ Dabei wird angenommen, es handele sich bei dem Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt nach § 31 SGB X, ohne dass jedoch auf die Voraussetzung des Handelns einer Behörde eingegangen wird. Dieses Merkmal wird bei der Subsumtion unter § 31 S. 1 SGB X ausgelassen. Es findet sich lediglich die Aussage, die nur für diesen Fall berufene Schiedsperson habe „eine öffentliche Verwaltungstätigkeit ausgeübt“⁵⁴⁷. Auch das LSG Niedersachsen-Bremen, das über die Beschwerde gegen den Beschluss des SG Bremen entscheiden musste,⁵⁴⁸ äußerte sich nicht zu der Frage, ob die Schiedsperson als Behörde zu qualifizieren ist, sondern sagte lediglich, dass „zumindest im Rahmen einer vorläufigen Betrachtung“⁵⁴⁹ von einem Verwaltungsakt auszugehen sei.

Gänzlich offengelassen, ob es sich bei der Schiedsperson um eine Behörde und bei ihrem Handeln um einen Verwaltungsakt handelt, wurde die Frage vom LSG Nordrhein-Westfalen in einer frühen Entscheidung aus dem Jahr 2010.⁵⁵⁰

Das LSG Baden-Württemberg verfuhr in einem Beschluss⁵⁵¹ ähnlich: Die Verwaltungsaktsqualität wurde in Übereinstimmung mit der Entscheidung des in erster Instanz zuständigen SG Stuttgart bejaht, wobei das Gericht zumindest genauere Ausführungen zu den weiteren Merkmalen des Verwaltungsaktes vornahm, jedoch nicht auf die Behördeneigenschaft und die von den Parteien vorgetragene Argumente hierzu einging.⁵⁵²

⁵⁴⁶ SG Bremen, Beschluss vom 24.9.2010 – S 1 KA 36/10 ER – unveröffentlicht, juris.

⁵⁴⁷ SG Bremen, Beschluss vom 24.9.2010 – S 1 KA 36/10 ER – unveröffentlicht, juris Rn. 36.

⁵⁴⁸ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35 ff.

⁵⁴⁹ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 35.

⁵⁵⁰ LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 61.

⁵⁵¹ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris.

⁵⁵² LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 84 ff.

In einer späteren Entscheidung⁵⁵³ setzte sich das LSG Baden-Württemberg dann jedoch bei der Frage, ob ein Verwaltungsakt vorliegt, genauer mit der Behörden-eigenschaft nach § 1 Abs. 2 SGB X auseinander. Es ging davon aus, dass die Schiedsperson „zwanglos“ unter den Behördenbegriff des § 1 Abs. 2 SGB X subsumiert werden könne. Sie nehme Aufgaben der öffentlichen Verwaltung in der Weise wahr, dass sie die vertraglichen Verhältnisse zwischen Krankenkassen und Hausärzteverbänden regle. Zudem gebiete Art. 19 Abs. 4 GG aus Gründen des Rechtsschutzes, dass Behörde sei, „wer in Erfüllung eines gesetzlichen Auftrags verbindliche Regelungen im Einzelfall erlässt“.⁵⁵⁴

Was genau das Gericht mit der Aussage, die Schiedsperson könne zwanglos unter § 1 Abs. 2 SGB X gefasst werden, bezweckt, wird nicht deutlich. Es könnte damit meinen, dass eine solche Annahme unproblematisch möglich ist, aber auch, dass dies bei einem unbefangenen Blick auf die Schiedsperson anzunehmen sei, also bei einer formlosen Betrachtung, damit aber eine weitere Nachprüfung erforderlich ist. In letzterem Fall kann man bezweifeln, ob die Ausführungen substantiiert genug sind. Der Annahme, es handele sich um Aufgaben der öffentlichen Verwaltung, kann man zunächst grundsätzlich zustimmen. Die Schiedsperson legt einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung fest, was als öffentlich-rechtliche Tätigkeit angesehen werden kann. Des Weiteren stellt das Gericht eine Definition auf, was unter Behörde zu verstehen ist. Es legt dabei einen sehr weiten Maßstab an, insbesondere bezüglich des angewandten Behördenbegriffs. Auf die allgemein aufgestellten einengenden Voraussetzungen wird verzichtet. Unter diesen ist die Schiedsperson – dem ist zuzustimmen – problemlos subsumierbar. Fraglich ist, ob die gegebene Definition einer näheren Betrachtung standhalten kann. Nicht überzeugen kann die Argumentation damit, dass die Schiedsperson Aufgaben des Gesetzes wahrnehme, die ihr vom Bundesversicherungsamt übertragen wurden. Hieraus lässt sich kein Schluss darauf ziehen, ob es sich um eine Behörde handelt oder nicht. Das Bundesversicherungsamt als Aufsichtsbehörde wird nur an Stelle der Parteien tätig, soweit es um die Bestimmung der Schiedsperson geht. Damit ist nicht verbunden, dass der Schiedsperson bestimmte Rechte verliehen werden, sie gar durch das Bundesversicherungsamt beliehen wird.

⁵⁵³ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris.

⁵⁵⁴ LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 62.

Anders entschied dagegen das SG München in einer Entscheidung zu der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4, 4a SGB V.⁵⁵⁵ Das Gericht vertrat die Auffassung, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handele, was mit der Parallelität zu § 132a Abs. 2 SGB V und der hierzu ergangenen Rechtsprechung⁵⁵⁶ begründet wurde, bei dem die Behörden-eigenschaft ebenfalls abgelehnt wurde.⁵⁵⁷ Das Sozialgericht führte dazu aus, dass es an einer nötigen Rechtsaufsicht fehle, das Gesetz keine Vorgaben für das Schiedsverfahren mache und es lediglich eine anlassbezogen berufene Person gebe, an die die Funktion der Schiedsperson gebunden sei. Es wird hier offenbar mit den zu § 1 Abs. 2 SGB X bzw. § 1 Abs. 4 VwVfG aufgestellten Kriterien gearbeitet.⁵⁵⁸ Weitere Argumente werden jedoch nicht angeführt. Eine Bezugnahme auf das Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 18. Dezember 2013 und eine Auseinandersetzung insbesondere mit dem dort aufgestellten Behördenbegriff erfolgen nicht.

Die bisherige Rechtsprechung zur Frage der Behördeneigenschaft lässt, so zeigt die Auswertung deutlich, eine genaue Auseinandersetzung vermissen. Zumeist erfolgt keine genauere Untersuchung, ob es sich um eine Behörde handelt; viele Argumente halten einer genaueren Betrachtung nicht stand.

(3) Das Urteil des Bundessozialgerichts vom 25. März 2015 – B 6 KA 9/14 R

Inzwischen liegt auch eine höchstrichterliche Entscheidung des Bundessozialgerichts zur Frage der Rechtsnatur der Schiedsperson nach § 73b SGB V vor. In seinem Urteil vom 25. März 2015 zur Rechtmäßigkeit einer Vertragsfestsetzung entschied der 6. Senat des Bundessozialgerichts, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handelt.⁵⁵⁹ Die Entscheidung folgt damit dem Urteil zur Schiedsperson nach § 132a SGB V, auf das auch immer wieder Bezug genommen wird.⁵⁶⁰ Dies wird damit begründet, dass

⁵⁵⁵ SG München, Beschluss vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris.

⁵⁵⁶ Vgl. hierzu BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123 ff.

⁵⁵⁷ SG München, Beschluss vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 27.

⁵⁵⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (1) (c).

⁵⁵⁹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 28 ff.

⁵⁶⁰ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123 ff. Vgl. hierzu ausführlich Abschnitt 2, C. II 1. c) bb) (4) (d) (aa).

sich die Regelungen des § 73b SGB V und des § 132a SGB überwiegend decken.⁵⁶¹ Die Schiedsperson werde als Vertragshelfer entsprechend §§ 317 ff. BGB tätig und erlasse damit auch keinen Verwaltungsakt.⁵⁶² Der 6. Senat des Bundessozialgerichts arbeitet ebenfalls mit dem funktionalen Behördenbegriff und nimmt eine ausführliche Auslegung vor.⁵⁶³ Damit kann die Frage nach der rechtlichen Einordnung der Schiedsperson aus gerichtlicher Sicht als entschieden betrachtet werden. Ob die angeführten Argumente des Gerichts tragfähig und überzeugend sind, muss jedoch noch geklärt werden.

(4) Einordnung der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V

Im Falle der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V ist die Bejahung der Behördeneigenschaft nicht ohne Weiteres möglich, wie sich bereits aus den divergierenden Ansichten in der Rechtsprechung zeigt. Weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur findet sich eine genauere Auseinandersetzung mit dem Behördenbegriff. Es wird mit der üblichen Definition des funktionalen Behördenbegriffs gearbeitet.⁵⁶⁴ Insbesondere fällt auf, dass nicht genau zwischen den einzelnen Behördenbegriffen differenziert wird. Aus diesem Grund sollen zunächst die Behördenbegriffe einer genaueren Untersuchung unterzogen werden; sodann wird eine Auslegung vorgenommen werden, wobei die Betrachtung einer möglichen Beleihung gesondert erfolgen soll.

(a) Anwendung der Behördenbegriffe

Bereits die organisationsrechtliche Einordnung als Behörde bereitet Schwierigkeiten. Es ist fraglich, ob die Schiedspersonen Verwaltungsträgern zugerechnet werden können. Dadurch, dass auch die gängige Definition des funktionalen Behördenbegriffs die Aufsicht als eine Voraussetzung benennt, ergeben sich hier Überschneidungen. Eine Trägerorganisation findet sich nicht; die Schiedsperson wird vielmehr im eigenen Namen tätig und nicht für einen höher geordneten

⁵⁶¹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 29 f.

⁵⁶² BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 29.

⁵⁶³ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30 ff.

⁵⁶⁴ So geht das BSG bei der Definition des funktionalen Behördenbegriffs davon aus, dass es sich um Stellen handle, die „aufgrund von Vorschriften des öffentlichen Rechts mit der Befugnis zum Erlass von Verwaltungsakten, zum Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge im eigenen Namen oder zu sonstigen, nach öffentlichem Recht zu beurteilenden Handeln ausgestattet sind“, vgl. BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 29.

Rechtsträger. Zudem sind die Schiedspersonen nicht losgelöst vom Wechsel natürlicher Personen. Es ist gerade wesentliches Merkmal der Schiedsperson, dass sie nicht auf Dauer, sondern nur im Rahmen eines einzelnen Vertragsschlusses in einem Einzelfall tätig wird.⁵⁶⁵ Die Eigenschaft als organisationsrechtliche Behörde lässt sich damit schnell verneinen. Die Frage nach der Behördeneigenschaft im prozessualen Sinne knüpft an die organisationsrechtliche Definition an. Damit kann sie ebenfalls nur abgelehnt werden. Ob auch die funktionale Behördeneigenschaft abzulehnen ist, soll sogleich geklärt werden.

Aus der Verneinung des organisationsrechtlichen und prozessualen Behördenbegriffs kann man nicht darauf schließen, dass auch die funktionale Behördeneigenschaft automatisch abzulehnen ist. Die einzelnen Merkmale von § 1 Abs. 2 SGB X müssen genau auf die Schiedsperson angewendet werden.

Zunächst muss es sich um eine organisatorische Einheit von Personen und bzw. oder sachlichen Mitteln handeln. Erscheint eine solche Einheit vom Wortsinn her das Vorliegen mehrerer Personen und sachlicher Mittel zu verlangen, genügt dennoch eine einzelne natürliche Person. Gewisse apersonale Eigenschaften zu verlangen⁵⁶⁶ kann nicht überzeugen. Mit diesem Argument könnte man die Existenz der Rechtsfigur des Beliehenen nicht mehr annehmen, auch wenn diese allgemein anerkannt ist.⁵⁶⁷ Die Grundvoraussetzung einer organisatorischen Einheit wird damit erfüllt.

Auch muss die Schiedsperson eine gewisse Selbstständigkeit aufweisen und zur Erreichung staatlicher Zwecke tätig werden. Diese Voraussetzungen können bejaht werden. Der Schiedsperson kommt die Aufgabe zu, den Vertragsinhalt im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung festzusetzen. Die Festsetzung erledigt die Schiedsperson eigenständig ohne Einbeziehung weiterer Stellen und damit selbstständig. Damit erfüllt sie den staatlichen Zweck, die hausarztzentrierte Versorgung möglichst zeitnah zu gewährleisten. Darin ist zudem eine eigene Zuständigkeit zu sehen, die der Gesetzgeber der Schiedsperson zugewiesen hat.

⁵⁶⁵ Auch im Falle einer Bündelung von Verfahren ist jeweils von einem eigenständigen Verfahren auszugehen, vgl. hierzu Abschnitt 2, B. V. 5.

⁵⁶⁶ So *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b, der aber selbst über eine Beleihung der Schiedsperson nachdenkt und sich damit in gewissen Widerspruch zu sich selbst setzt.

⁵⁶⁷ Vgl. hierzu auch *Neumann* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 1, Rn. 40.

Nimmt man an, dass eine Aufsicht erforderlich ist, um eine Behörde im funktionalen Sinne anzunehmen, so ist die Bejahung dieses Merkmals fraglich. Die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde, wenn es zu einer solchen überhaupt kommt, da sich die Parteien auch selbst einigen können, ist keine Aufsichtstätigkeit.⁵⁶⁸ Dies lässt sich damit begründen, dass die Aufsichtsbehörde nicht auf eigene Initiative und von Amts wegen tätig werden kann, sondern nur dann die Schiedsperson bestimmen kann, wenn die Gemeinschaft einen Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens gestellt hat und keine Einigung über die Schiedsperson getroffen wurde; es besteht also eine Abhängigkeit vom Agieren der Gemeinschaft.⁵⁶⁹ Es stellt sich allenfalls die Frage, ob durch die Einführung der Vorlagepflicht nach § 73b Abs. 9 SGB V a.F. eine Aufsicht eingeführt wurde. Diese allgemeine Vorlagepflicht traf auch die Schiedsperson, § 73b Abs. 9 S. 5 SGB V a.F. wurde jedoch mit Wirkung vom 23. Juli 2015 aufgehoben. Die auf die Vorlage ggf. folgende Beanstandung durch die Aufsichtsbehörde konnte aber nicht als Aufsichtsmaßnahme charakterisiert werden.⁵⁷⁰ Es handelte sich nicht um ein per se spezielles Aufsichtsmittel, welches insbesondere die Krankenkasse in ihrer Eigenschaft als Sozialversicherungsträger betraf.⁵⁷¹ Die nun bestehende Neuregelung in § 73b Abs. 9 SGB V bezieht sich nicht mehr auf die Schiedsperson und beinhaltet kein Beanstandungsrecht mehr. Die Annahme eines Aufsichtsmittels, das für eine bestehende Aufsicht sprechen würde, kann nun erst recht nicht mehr geltend gemacht werden. Auch eine Trägerkörperschaft existiert nicht, der das Handeln der Schiedsperson zugeordnet werden könnte. Die Schiedsperson legt den Vertragsinhalt im eigenen Namen fest. Richtigerweise ist das Erfordernis der Aufsicht aber abzulehnen, weshalb es auf das Vorliegen von Aufsicht nicht ankommt.⁵⁷² An der fehlenden Aufsicht scheitert die Eigenschaft als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X nicht.

⁵⁶⁸ LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837; dem zustimmend *Marburger*, jurisPR-SozR 10/2011 Anm. 6. Ausführlicher zur Aufsicht noch unter Abschnitt 2, G.

⁵⁶⁹ LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837.

⁵⁷⁰ *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b.

⁵⁷¹ So bereits LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837, zum Entwurf des GKV-FinG, BT-DS 17/3040; zustimmend *Marburger*, jurisPR-SozR 10/2011 Anm. 6.

⁵⁷² Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (1) (c). Anders aber *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b, der die Ablehnung der Behördeneigenschaft unter anderem auf die fehlende staatliche Aufsicht stützt.

Besondere Schwierigkeiten bereitet das Erfordernis einer vom Wechsel der tätigen Schiedsperson unabhängigen Einrichtung. Hier bestehen gewisse Verknüpfungen zur Frage nach der organisatorischen Einheit.⁵⁷³ Verlangt man mit der herrschenden Auffassung eine solche dauerhafte Einrichtung, kann diese bei der Konstruktion des § 73b SGB V nicht angenommen werden und damit auch nicht die Behördeneigenschaft im funktionalen Sinne. Die Schiedsperson wird für die Vertragsfestsetzung eines einzigen Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung tätig. Mit Beendigung des Schiedsverfahrens kommt ihr keine Aufgabe mehr zu.⁵⁷⁴ Sollte es zu einer Bündelung von Verfahren kommen, die grundsätzlich zulässig ist,⁵⁷⁵ ändert dies an der rechtlichen Bewertung nichts, da die Schiedsperson für jedes Verfahren gesondert einzusetzen ist. Sie wird dabei als Schiedsperson für jeden einzelnen Vertragsschluss tätig und nicht dauerhaft für eine unbestimmte zukünftige Zahl von Verfahren. Durch die Ablehnung des Merkmals einer dauerhaften Einrichtung scheitert die Einordnung als Behörde nach § 1 Abs. 2 SGB X hieran ebenfalls nicht.

Das Merkmal des Tätigwerdens nach außen wurde ebenfalls als von § 1 Abs. 2 SGB X nicht gefordert abgelehnt. Hier bestünden aber weniger Probleme, das Vorliegen zu bejahen. Außenwirkung bedeutet unter Heranziehung von § 31 SGB X, dass das Handeln der Behörde unmittelbar aus dem Bereich der Verwaltung heraus in die Sphäre des Bürgers einwirken muss.⁵⁷⁶ Ob eine solche Wirkung gegenüber den Krankenkassen angenommen werden kann, kann durchaus kritisch gesehen werden. Diese sind selbst dem Staat zuzuordnen. Jedenfalls die Gemeinschaften aber, die sich aus den Allgemeinärzten zusammensetzen, stellen eine Vereinigung dar, die die hinter ihnen stehenden natürlichen Personen vertreten. Damit stehen sie außerhalb der Verwaltung, und eine Außenwirkung wäre zu bejahen.

Entscheidend ist für die Frage, ob die Schiedsperson Behörde im eigentlichen Sinne nach § 1 Abs. 2 SGB X ist, ob sie in den Organismus der Staatsverwaltung eingeordnet ist. Dieses Merkmal wird bei der Betrachtung der Behördeneigenschaft vernachlässigt. Diese Frage ist eng mit den Fragen nach der Aufsicht und

⁵⁷³ So kann man das Erfordernis der apersonalen Eigenschaft, welches *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b, aufstellt, auch bei diesem Merkmal einordnen. Ebenfalls gegen die apersonalen Eigenschaften: *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 51; *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, 137.

⁵⁷⁴ So auch *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V; Rn. 51.

⁵⁷⁵ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. V. 5.

⁵⁷⁶ *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 31 SGB X, Rn. 18.

der Erreichung staatlicher Zwecke verbunden. Wie gesehen fehlt es an einer Aufsicht. Das Tätigwerden zu gewissen staatlichen Zwecken lässt sich dagegen konstruieren. Es stellt sich damit die Frage, welche Anforderungen an die rechtliche Einordnung in die Staatsverwaltung zu stellen sind. Ziel des Gesetzgebers war es, dass die Schiedsperson frei agieren kann. Dies lässt sich der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses entnehmen, die davon spricht, dass die Schiedsperson „nach billigem Ermessen zum Beispiel die Leistungsbeschreibung und die Vergütung festzulegen“ hat.⁵⁷⁷ Unabhängig von der rechtlichen Bewertung dieser Aussage bezüglich der Charakterisierung der Schiedsperson zeigt diese Aussage, dass die Schiedsperson nicht nur von den Parteien losgelöst sein soll, sondern auch von staatlichen Einflüssen insgesamt. Zudem genügt das Tätigwerden zu irgendeinem staatlichen Zweck nicht. Es muss ein hoheitliches Tätigwerden vorliegen, also ein Tätigwerden mit hoheitlichen Entscheidungsbefugnissen.⁵⁷⁸ Aus diesem Grund ist mit der Frage der Einordnung auch die Überlegung verbunden, ob das Gesetz die Ausübung der Funktion zur Vertragsfestsetzung der Schiedsperson unmittelbar zuweist.⁵⁷⁹ Eine Einordnung in die Staatsverwaltung kann nur angenommen werden, wenn das Mittel des Staates, durch das er tätig wird, in diesem Fall das Gesetz, das Pflichten auferlegt, maßgeblich für das Tätigwerden ist. Im Falle der Schiedsperson nach § 73b SGB V stößt man hier auf Argumentationsschwierigkeiten: Die Aussage, dass das Gesetz selbst die Bildung der Schiedsperson nicht vorsehe, sie vielmehr durch die Parteien oder die zuständige Aufsichtsbehörde eingesetzt werde,⁵⁸⁰ erscheint auf den ersten Blick überzeugend. Jedoch handelt es sich nicht um eine reine vereinbarte Schlichtung, sondern das Gesetz sieht für den Fall des Antrags durch die Gemeinschaft vor, dass das Schlichtungsverfahren zwingend zu durchlaufen ist. Die Krankenkasse kann sich dem nicht entziehen. Damit ist ein gewisser Grad an Zwangsschlichtung gegeben. Die Schiedsperson wird im Bereich der Leistungserbringung und damit einem hoheitlichen Bereich tätig. Dadurch, dass das Verfahren nach Antragstellung durch die Gemeinschaften durchzuführen ist, liegt

⁵⁷⁷ BT-DS 16/10609, S. 54.

⁵⁷⁸ So *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 41 zur Schiedsperson nach § 132a SGB V. Zur Schiedsperson nach § 73b SGB V findet sich eine solche konkrete Aussage nicht.

⁵⁷⁹ Mit diesem Erfordernis lehnt die Behördeneigenschaft ebenfalls ab *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b.

⁵⁸⁰ So *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 51a.

auch ein gewisser Grad an Hoheitlichkeit vor. Eine klare Trennung ist nicht möglich; es liegt ein Doppel- oder Mischcharakter vor, der eine genaue Einordnung schwierig macht.⁵⁸¹

Maßgeblich für die Entscheidung, ob es sich um eine unmittelbare gesetzliche Zuweisung der Aufgabe und damit ein tatsächliches hoheitliches Handeln handelt, ist die Frage, welches Element hier ausschlaggebend ist: die Anordnung zur Einigung durch das Gesetz selbst oder die Vereinbarung durch die Parteien *in concreto*. Nimmt man an, es komme auf die Festlegung der Schiedsperson an sich an, durch die das Verfahren ausgeführt wird, so kann man nicht von Zwangsschlichtung sprechen: Ob das Gesetz wie bei § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. vorsieht, dass in den Verträgen zu regeln ist, dass im Falle von Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt oder ob die Norm regelt, dass sich die Parteien auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen haben, macht keinen Unterschied.⁵⁸² Es handelt sich zwar um eine divergierende Formulierung, aber mit dem gleichen Ziel, der eigenständigen Festlegung der Schiedsperson durch die Parteien. Eine einvernehmliche Bestimmung wird durch das Gesetz als vorrangig angesehen.

Das Argument, nicht nur die Möglichkeit der Vereinbarung der weiteren Schlichtung komme in Betracht, sondern auch die Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde, sollten sich die Parteien nicht auf eine konkrete Person einigen können, ist ambivalent zu sehen. Diese Möglichkeit kommt erst dann in Betracht, wenn keine Einigung zwischen den Parteien erreicht wird. Dies unterstreicht die vertraglichen Elemente des Schiedsverfahrens. Andererseits ergibt sich hieraus auch, dass im Falle der Einigung eine durch die Aufsichtsbehörde bestimmte Schiedsperson die Vertragsfestsetzung vornimmt und damit das Verfahren grundsätzlich nicht mehr verhindert werden kann.⁵⁸³ Damit kann zumindest von einer einseitigen Zwangsschlichtung ausgegangen werden, da sie nur auf Antrag der Gemeinschaften einleitbar ist. Jedoch ändert dies an der grundlegenden Situation, dass die Bestimmung der Schiedsperson in den Händen der Parteien liegt,

⁵⁸¹ So zu § 77 SGB XII auch *Münder* in: LPK-SGB XII, § 77, Rn. 10. *Münder* nimmt jedoch an, dass hieraus eine Einordnung der Schiedsperson als *aliud* folge. Ohne eine genaue Zuordnung können die Folgefragen wie die Anwendbarkeit von Verfahrensvorschriften nicht beantwortet werden. Diese Rechtsunsicherheit führt dazu, die Einordnung als *aliud* als nicht hilfreich abzulehnen.

⁵⁸² Davon geht auch das BSG aus, vgl. BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30.

⁵⁸³ Genauer zur Beendigung des Schiedsverfahrens unter Abschnitt 2, C. II. 2. und 3.

nichts. Die Annahme einer Zwangsschlichtung führt nicht zwangsläufig dazu, dass hoheitliches Handeln gegeben ist. Die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde stellt ebenso wie das Schiedsverfahren selbst die Fortführung der gesetzlichen Verpflichtung zum Vertragsschluss dar. Diese würde ansonsten leerlaufen. Zieht man z. B. § 132a SGB V als Vergleich heran, so lässt sich feststellen, dass auch hier von einer Zwangsschlichtung gesprochen wird.⁵⁸⁴ Als ausschlaggebend für die Einordnung als hoheitliches Handeln und eine Einordnung in die Staatsverwaltung wird dies in Literatur und Rechtsprechung aber nicht gesehen.⁵⁸⁵ Wenn aber schon im Falle von § 132a SGB V, bei dem beide Parteien das Schiedsverfahren einleiten können, eine Einordnung als staatlich abgelehnt wird, muss dies erst recht im Falle von § 73b SGB V gelten, bei dem nur eine Vertragspartei das Verfahren erzwingen kann und nur ein eingeschränkter Zwang vorliegt. Die Möglichkeit, dass sich die Parteien auf eine Schiedsperson einigen, ist maßgeblich, die gesetzliche Grundverpflichtung zum Vertragsschluss dagegen unerheblich. Damit sind die durch die Norm gegebenen hoheitlichen Aspekte als nicht ausreichend anzusehen, um eine Behörde im eigentlichen Sinne annehmen zu können. Auch diese Argumentationslinie führt dazu, die Behördeneigenschaft nach § 1 Abs. 2 SGB X eher zu verneinen. Die Arbeit mit dem Wortlaut der Norm und den Behördenbegriffen, die zu § 1 Abs. 2 SGB X bzw. § 1 Abs. 4 VwVfG entwickelt wurden, deutet darauf hin, dass es sich nicht um eine Behörde im Sinne der genannten Vorschriften handelt. Eine endgültige Beantwortung der Frage bedarf einer weiteren Auslegung.

(b) Historische Betrachtung

Betrachtet man zudem die Gesetzgebungsgeschichte des § 73b Abs. 4, 4a SGB V sowie die Intention des Gesetzgebers, so lässt sich eine Einordnung als Behörde nicht annehmen. Bereits in der Begründung der Beschlussempfehlung des

⁵⁸⁴ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 42; *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a, Rn. 10. *A.A.*: *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 132a SGB V, Rn. 9 f. Aus den Ausführungen ergibt sich, dass er das Schiedsverfahren nicht als Zwangsschlichtung betrachtet; er kommt aber über die Konstruktion eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses dazu, dass das Schiedsverfahren in jedem Fall durchgeführt werden müsse.

⁵⁸⁵ So wird bei der Einordnung der Rechtsnatur der Schiedsperson kein Bezug mehr zu dieser Kategorisierung hergestellt. Allenfalls finden sich Aussagen im Rahmen der Frage, ob es einer grundlegenden Einigung für die Annahme einer Leistungsbestimmung bedürfe. Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (a).

Gesundheitsausschusses zur Gesetzesfassung nach dem GKV-OrgWG, der die Einführung eines Schiedsverfahrens erstmalig vorschlug, deutet sich der Wille, die Schiedsperson nicht als Behörde zu betrachten, an. Es wird davon gesprochen, dass die Schiedsperson „nach billigem Ermessen zum Beispiel die Leistungsbeschreibung und die Vergütung festzulegen [hat]“.⁵⁸⁶ Diese Aussage findet sich neben der vorgeschlagenen Gesetzesformulierung, Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhaltes hätten keine aufschiebende Wirkung,⁵⁸⁷ die so Eingang in das Gesetz fand. Aus dieser Regelung wurde vielfach die Behörden-eigenschaft hergeleitet, was aber in Anbetracht der Formulierung der Beschlussempfehlung nicht ohne Weiteres überzeugt. Die Nennung von billigem Ermessen deutet auf die Einordnung als Vertragshelfer vergleichbar desjenigen nach §§ 317 ff. BGB hin. Sie kann in Anbetracht des Widerspruchs, der sich aus der Regelung der aufschiebenden Wirkung ergibt, damit zwar nur ein Indiz für einen entsprechenden Willen sein. Jedenfalls ist ein Tätigwerden als Vertragshelfer bei einer Behördeneigenschaft zwar nicht undenkbar, aber auch nicht der Regelfall. Vielmehr ist die Tätigkeit einer Behörde eher im Erlass von Verwaltungsakten und Abschluss öffentlich-rechtlicher Verträge nach § 8 SGB X zu sehen.

Deutlich tritt der Wille des Gesetzgebers aber in der Gesetzesbegründung zur Änderung des § 73b Abs. 4a SGB V durch das GKV-VStG hervor, mit dem der genannte Satzteil zur aufschiebenden Wirkung von Klagen gegen die Vertragsfestsetzung gestrichen wurde sowie eine Bestimmung eingeführt wurde, nach der Klagen gegen eine der Vertragsparteien und nicht gegen die Schiedsperson zu richten sind.⁵⁸⁸ In der Begründung wird ausdrücklich davon gesprochen, dass es sich nicht um einen Verwaltungsakt handele, sondern die Schiedsperson als Vertragshelfer nach § 317 BGB analog tätig werde.⁵⁸⁹ Dabei handele es sich um eine Klarstellung. Ob es sich hierbei um eine rein deklaratorische oder doch um eine konstitutive Änderung handelt, also eine erstmalige Anordnung, dass es sich nicht um eine Behörde handelt, mag für Folgefragen, insbesondere prozessualer Natur, eine Rolle spielen. Für die Einordnung als Behörde ist sie dagegen unerheblich, da in beiden Fällen ein Vertragshelfer vorläge, folgt man der Einordnung

⁵⁸⁶ BT-DS 16/10609, S. 54.

⁵⁸⁷ BT-DS 16/10609, S. 9.

⁵⁸⁸ BT-DS 17/6906, S. 14.

⁵⁸⁹ BT-DS 17/6906, S. 56.

der Gesetzesbegründung.⁵⁹⁰ Die oftmals zu findende Argumentation, der Gesetzgeber widerspreche sich durch Anführung des § 77 Abs. 1 S. 5 SGB XII als Vorbild für die Neuregelung zum Klagegegner selbst und gehe doch von der Behördeneigenschaft aus, da bei § 77 SGB XII von einer solchen auszugehen sei, vermag nicht zu überzeugen. Die Formulierung in der Gesetzesbegründung spricht davon, dass sich die „Regelung [...] am Wortlaut der insoweit vergleichbaren Regelung des § 77 Absatz 1 Satz 5 SGB XII [orientiert]“.⁵⁹¹ Hierdurch wird zum Ausdruck gebracht, dass auch bei § 77 SGB XII gegen einen Vertragspartner vorgegangen werden muss. Hierin erschöpft sich der Aussagegehalt der Formulierung. Dies wird verstärkt durch die Verwendung des Wortes „insoweit“.

Der gesetzgeberische Wille kann andererseits auch nicht als allein ausschlaggebend für die Qualifizierung angesehen werden. Dies wurde durch das Bundesverfassungsgericht bereits in einer frühen Entscheidung klargestellt. Maßgeblich sei nicht der subjektive, sondern der nach außen hervortretende „objektivierte Wille des Gesetzgebers“; dabei komme es auf den Wortlaut der Norm sowie deren Sinnzusammenhang an.⁵⁹² Die Historie spiele nur insofern eine Rolle, als sie „die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können“.⁵⁹³ Neben dem Willen des Gesetzgebers müssen die weiteren Auslegungskriterien herangezogen werden, um festzustellen, welche Rechtsnatur der Schiedsperson zukommt.

Es bleibt festzuhalten, dass es dem Willen des Gesetzgebers nicht entspricht, von einer rechtlichen Qualifizierung als Behörde auszugehen. Er hat vielmehr explizit geäußert, dass es sich um einen Vertragshelfer nach § 317 BGB analog handelt und nicht um eine Behörde, die einen Verwaltungsakt nach § 31 S. 1 SGB

⁵⁹⁰ Vgl. hierzu die Stellungnahme des AOK-Bundesverbands zum Entwurf des GKV-VStG, abrufbar über http://www.aok-bv.de/imperia/md/aokbv/politik/reformaktuell/stellungnahme_aokbv_vstg.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017, S. 27 ff. Darin wird vertreten, die Gesetzesänderung dürfe nicht als Klarstellung bezeichnet werden, da laufende Klageverfahren gegen die Schiedsperson abgewiesen werden müssten. Es handele sich vielmehr um eine konstitutive rückwirkende Änderung. Die Ausführungen sind kritisch zu sehen. Zum einen wären solche Klagen, wenn es sich um eine bloße Klarstellung handelt, von Anfang an unzulässig, es hätte dann immer gegen eine Partei vorgegangen werden müssen. Zum anderen muss für die Beurteilung auf das Gesetz selbst und nicht die Begründung für die rechtliche Bewertung abgestellt werden. Es könnte trotz aller Äußerungen des Gesetzgebers (immer noch) eine Behörde anzunehmen sein.

⁵⁹¹ BT-DS 17/6906, S. 56.

⁵⁹² BVerfG, Urteil vom 21.5.1952 – 2 BvH 2/52 – BVerfGE 1, 299, 312.

⁵⁹³ BVerfG, Urteil vom 21.5.1952 – 2 BvH 2/52 – BVerfGE 1, 299, 312.

X erlässt. Ob dies der Gesetzeslage entspricht und dieser entnommen werden kann, bleibt hier außen vor.

(c) Teleologische Betrachtung

Sinn und Zweck der Normierung eines Schiedsverfahrens und dessen genauer Ausgestaltung ist es, möglichst schnell eine flächendeckende Versorgung der Versicherten im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung zu ermöglichen.⁵⁹⁴

Ob nun die Annahme eines Vertragshelfers nach § 317 ff. BGB wirklich eine schnellere, unbürokratischere Festsetzung des Vertrags ermöglicht, kann nicht bewertet werden. Studien oder andere Erhebungen gibt es hierzu nicht. Ob Verfahrensvorschriften, die ggf. zu einer längeren Verfahrensdauer führen könnten, anwendbar sind oder nicht, bleibt noch festzustellen. Hierüber lassen sich keine Argumente für die Einordnung gewinnen.

Jedoch könnte sich aus der Anwendung des § 1 Abs. 2 SGB X eine Verlängerung des Verfahrens als Folge ergeben. Die Bejahung dieser Vorschrift führt zur Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensvorschriften nach § 8 SGB X, soweit die weiteren Voraussetzungen vorliegen. Damit wird das Handeln der Behörde an besondere Voraussetzungen geknüpft, auch wenn das Verfahren an sich ein nichtförmliches ist, § 9 S. 1 SGB X. Zudem ist das Verfahren gemäß § 9 S. 2 SGB X einfach, zweckmäßig und vor allem zügig durchzuführen. Es greift also auch im Verwaltungsverfahren der Beschleunigungsgrundsatz.⁵⁹⁵ Damit kann auch hieraus kein Schluss gezogen werden, dass es bezüglich des Sinns und Zwecks der Vorschriften eine Tendenz zur rechtlichen Einordnung gibt. Die Einbeziehung des Telos für die Ablehnung der Behördeneigenschaft vermag einer genaueren Betrachtung nicht standzuhalten.

(d) Systematische Betrachtung

Zuletzt kann eine systematische Betrachtung vorgenommen werden. § 73b SGB V muss im Gefüge der weiteren Schlichtungsregelungen betrachtet werden. Dabei kann, wenn eine Vergleichbarkeit zu anderen Regelungen besteht, auf diese und die dort vorgenommene rechtliche Qualifizierung Bezug genommen, ggf. sogar zurückgegriffen werden. In Betracht kommt sowohl eine Vergleichbarkeit mit den weiteren Schiedspersonen, vor allem mit § 132a SGB V, zu dem eine

⁵⁹⁴ Vgl. BT-DS 16/10609, S. 53.

⁵⁹⁵ *Roller* in: von Wulffen, SGB X, § 9, Rn. 7.

höchstrichterliche Entscheidung zur Frage der Behördeneigenschaft vorliegt. Aber auch das Schiedsamt nach § 89 SGB V sowie die weiteren Schiedsstellen und ihre Bewertung könnten herangezogen werden. Entscheidend ist die Frage, welchen Instituten die Schiedsperson nach § 73b SGB V näher steht.

(aa) Die Schiedsperson nach § 132a SGB V

Die systematische Betrachtung beginnt bei § 132a SGB V. Hier wurde die erste höchstrichterliche Entscheidung zur Rechtsnatur einer sozialrechtlichen Schiedsperson getroffen.

(aaa) Allgemeine Grundlagen

§ 132a SGB V sieht eine Regelung zur Versorgung mit häuslicher Krankenpflege vor. Neben der Pflicht des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene, Rahmenempfehlungen über die einheitliche Versorgung mit häuslicher Krankenpflege abzugeben, vgl. § 132a Abs. 1 S. 1 SGB V, die die Grundlagen einheitlich auf Bundesebene regeln sollen,⁵⁹⁶ sieht § 132a Abs. 2 S. 1 SGB V vor, dass die Krankenkassen mit den Leistungserbringern über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege, über die Preise und deren Abrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung Verträge abschließen. Leistungserbringer, die die Voraussetzungen erfüllen, haben gegenüber den Krankenkassen einen Anspruch auf Vertragsschluss.⁵⁹⁷ Ist ein Leistungserbringer nicht als geeignet anzusehen, so kann die Krankenkasse den Vertragsschluss verweigern.⁵⁹⁸ Die Krankenkassen sind lediglich dazu verpflichtet, Verträge mit den in Betracht kommenden geeigneten Leistungserbringern zu schließen, so dass der Sicherstellungsauftrag erfüllt werden kann. Nur in bestimmten Ausnahmefällen kommt ein Kontrahierungszwang in Betracht,⁵⁹⁹ im Übrigen hat der Gesetzgeber ursprünglich ein „Vertragsmodell“ eingeführt.⁶⁰⁰ Erfüllt ein Vertragspartner die Voraussetzungen, so ist im Falle einer Nichteinigung ein Schiedsverfahren durchzuführen. Dabei handelt es

⁵⁹⁶ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 2.

⁵⁹⁷ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 26; *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a, Rn. 6; mit einer ausführlichen Herleitung *Zorn*, Rechtsfindung, S. 38 ff.

⁵⁹⁸ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 23.

⁵⁹⁹ Vgl. z. B. hierzu BSG, Urteil vom 17.7.2008 – B 3 KR 23/07 – BSGE 101, 142 ff.; BSG vom 24.1.1990 – 3 RK 11/88 – BSGE 66, 159 ff.

⁶⁰⁰ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 26.

sich um eine Zwangsschlichtung.⁶⁰¹ Dies lässt sich damit begründen, dass auch im Falle der Nichteinigung der Parteien ein Schiedsverfahren durchgeführt wird, wobei die Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde bestimmt wird, § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V. Dass vorrangig eine einvernehmliche Einigung auf eine Schiedsperson erfolgen soll, damit vertragliche Elemente gegeben sind, ändert an der Einordnung als Zwangsschlichtung nichts. Ein Schiedsverfahren ist nicht nur bezüglich der Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern, sondern auch bezüglich der Rahmenverträge nach Abs. 1 durchzuführen.⁶⁰² Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die vertragschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt, § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V.

Gemäß § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. war in den Verträgen zu regeln, dass im Falle von Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt. Nunmehr sieht § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V vor, dass im Falle der Nichteinigung der Parteien eine von diesen zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt innerhalb von drei Monaten festlegt. Die Formulierung, das Verfahren sei „in den Verträgen [...] zu regeln“, führte dazu, dass es Stimmen in der Literatur gab und immer noch gibt, die der Auffassung waren bzw. sind, dass die Vertragsparteien, wenn noch kein Vertrag zustande gekommen ist, zumindest in Verhandlungen über einen Vertragsschluss stehen müssen; verweigere eine Krankenkasse einem Leistungserbringer die Verhandlungen, so sei kein Schlichtungsverfahren vor der Schiedsperson durchzuführen, sondern der Rechtsweg zu beschreiten.⁶⁰³ Es genüge aufgrund des eindeutigen Wortlauts der alten Fassung nicht, wenn eine Partei die andere kontaktiert und sich diese weigert, in Verhandlungen zu treten.⁶⁰⁴ Hierin werde das Vertragsprinzip besonders deutlich. Damit bestünde ein Unterschied zu § 73b SGB V, bei dem das Angebot einer Partei und die bloße Weigerung der

⁶⁰¹ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 42.

⁶⁰² *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 39.

⁶⁰³ *Ammann* in: BeckOK SozR, § 132a SGB V, Rn. 22; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 39. So im Ergebnis auch *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 132a SGB V, Rn. 10, der das Bestehen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses verlangt, wofür ein gewisser Grad an Verhandlungen erreicht worden sein muss, was im Ergebnis aber dem Verlangen von Vertragsverhandlungen über den eigentlichen Vertrag gleichkommt.

⁶⁰⁴ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 26. A.A.: *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a, Rn. 10 (es bedürfe keinerlei Einigung).

anderen reicht, um das Schiedsverfahren in Gang zu setzen, § 73b Abs. 4a SGB V hätte damit einen weiteren Anwendungsbereich.⁶⁰⁵ Zuzugeben ist dieser Auffassung, dass der Wortlaut von § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. insofern anders formuliert war als der von § 73b SGB V, der lediglich von der Nichteinigung spricht. Neben diesem ist bei der Auslegung aber auch der Sinn und Zweck der Vorschrift zu bedenken.⁶⁰⁶ Dieser ist, wie auch bei § 73b SGB V, darin zu sehen, das Schiedsverfahren möglichst zügig und unbürokratisch durchzuführen, um schnell entsprechende Vertragsgrundlagen zur Verfügung zu haben.⁶⁰⁷ Ist jedoch zunächst der Rechtsweg zu beschreiten, könnte das Zustandekommen des Vertrages durch Weigerung lange herausgezögert werden. Die Annahme eines Erfordernisses gewisser Vertragsverhandlungen ist zudem mit Verweis auf den Wortlaut inkonsequent, da dieser besagt, dass eine Regelung in den Verträgen zu erfolgen hat. Damit müsste ein grundlegender Vertrag geschlossen werden, bloße Vertragsverhandlungen würden nicht genügen, auch ein Vorvertrag kann über dieses Problem nicht hinweghelfen. Zudem ist fraglich, welche Anforderungen konkret an die Verhandlungen zu stellen sind und wann von ausreichenden Verhandlungen ausgegangen werden kann. Bezieht man § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V mit ein, so ergeben sich aus diesem keine Anforderungen für die Nichteinigung, bevor eine Festlegung durch die Aufsichtsbehörde erfolgt.⁶⁰⁸ Auch die sich aus § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. folgende Pflicht („ist zu regeln“) verstärkte die Annahme, dass es auf einen Vertragsschluss oder gewisse Verhandlungen nicht ankommen kann, da es, so das LSG Berlin-Brandenburg in einer Entscheidung, „widersinnig“ sei, die Durchführung des Schiedsverfahrens von einer Vereinbarung abhängig zu machen, wenn das Gesetz ein solches Verfahren zwingend verlangt.⁶⁰⁹ Es kann somit keinen Unterschied machen, ob zunächst Verhandlungen erfolgt sind oder ob bereits zu Beginn eine Weigerung einer Partei vorliegt. Die teleologische Auslegung und die systematische Einbeziehung

⁶⁰⁵ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt 2, B. III.

⁶⁰⁶ Vgl. ausführlich zur teleologischen Auslegung *Plantholz*, RSdE 2007, 1, 4 ff.

⁶⁰⁷ So zwar nicht in der Gesetzesbegründung zum GMG zu § 132a SGB V selbst zu finden, aber in der auf die Norm ausdrücklich Bezug nehmenden Gesetzesbegründung zu § 76 Abs. 6 SGB XI im Entwurf eines Gesetzes zur strukturellen Weiterentwicklung der Pflegeversicherung (Pflege-Weiterentwicklungsgesetz), BT-DS 16/7439, S. 69.

⁶⁰⁸ So auch *Zuck*, NZS 2014, 401, 401.

⁶⁰⁹ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2005 – L 9 B 65/05 KR ER – unveröffentlicht.

von § 73b SGB V ergeben, dass auch bei Weigerung einer Partei ein Schiedsverfahren vor der Schiedsperson durchzuführen ist.⁶¹⁰ Die unterschiedliche Formulierung des Wortlautes nach alter Rechtslage konnte zu keinem anderen Ergebnis führen.⁶¹¹ Durch die Änderungen in § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V wurde der Wortlaut der Norm dahingehend geändert, dass es nun nicht mehr einer Regelung in den Verträgen bedarf. Die Formulierung ist nun der in § 73b Abs. 4a SGB V getroffenen Regelung vergleichbar. Damit wurde klargestellt, dass es keiner vertraglichen Regelung bedarf, damit ein Schiedsverfahren durchzuführen ist.⁶¹² Es muss erst recht davon ausgegangen werden, dass eine grundlegende Einigung nicht erforderlich ist. Ob die Vertreter der anderen Auffassung nach der Gesetzesänderung an ihrer Auffassung festhalten werden, bleibt abzuwarten. Der Streit sollte sich jedoch erledigt haben.

(bbb) Rechtsnatur der Schiedsperson und des Schiedsspruchs

Die Frage nach der Rechtsnatur der Schiedsperson ist bei § 132a SGB V breits seit 2010 höchstrichterlich geklärt. Der 3. Senat des Bundessozialgerichts entschied, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handele.⁶¹³ Zuvor war die Einordnung der Schiedsperson umstritten. Es wurde wie bei § 73b SGB V diskutiert, ob es sich um eine einen Verwaltungsakt erlassende Behörde handelt oder um einen Vertragshelfer, der entsprechend §§ 317 ff. BGB tätig wird. Auch die Rechtsprechung war gespalten,

⁶¹⁰ Ebenso LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2005 – L 9 B 65/05 KR ER – unveröffentlicht; *Plantholz*, RSdE 2007, 1, 8; *Zorn*, Rechtsfindung, S. 145; *Zuck*, NZS 2014, 401, 401.

⁶¹¹ So auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30: „In der praktischen Umsetzung wirkt sich dieser Unterschied allerdings kaum aus, weil die Vertragspartner nach § 132a Abs. 2 Satz 6 SGB V nicht frei darüber entscheiden können, ob sie die Festlegung des Vertragsinhaltes einer Schiedsperson übertragen, sondern verpflichtet sind, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen.“

⁶¹² Vgl. hierzu die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit vom 2.12.2015, BT-DS 18/6905, S. 68. Durch diese wurde eine Änderung des § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V erstmalig vorgeschlagen und so von Bundestag und -rat verabschiedet, vgl. BGBl. I, S. 2410.

⁶¹³ BSG; Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123 ff.

verschiedene Senate desselben Landessozialgerichts vertraten sogar unterschiedliche Auffassungen.⁶¹⁴

Die mit dem Fall beschäftigten Vorinstanzen, das SG Wiesbaden⁶¹⁵ und das LSG Hessen⁶¹⁶ entschieden übereinstimmend, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handelt.

Das Urteil des Bundessozialgerichts befasst sich relativ umfassend mit der Frage der rechtlichen Einordnung der Schiedsperson und stellt dabei Kriterien auf, die nach Auffassung des Gerichts maßgeblich für die Bewertung der Schiedsperson sind. Aus diesem Grund kann es auch für die Beurteilung der Schiedsperson nach § 73b SGB V als wegweisend angesehen werden. Auch der 6. Senat nimmt in seinem Urteil vom 25. März 2015 Bezug zu dem Urteil des 3. Senats und bedient sich der dort aufgestellten Kriterien.⁶¹⁷

Das Gericht geht bei der Prüfung von § 1 Abs. 2 SGB X aus und legt einen funktionalen Behördenbegriff zugrunde. Dieser wird sodann mit der oben erläuterten allgemeinen Definition umschrieben. Daneben wird auch der Beliehene genannt, der Behörde sein könne. Damit gibt das Bundessozialgericht den Rahmen vor, auf den die weiteren Ausführungen gestützt werden.⁶¹⁸ Zudem wird bereits zu Beginn der Erläuterungen Rekurs auf die verschiedenen außergerichtlichen Schlichtungsinstitutionen des SGB V genommen, also Schiedsämtler, -stellen und -personen. Dabei wird angenommen, dass Schiedsämtler und -stellen stets als Behörde angesehen wurden, wobei eine Einordnung als Vertragshelfer in Betracht komme, wenn das Gesetz oder die Gesetzesmaterialien dies vorsehen. Schiedspersonen seien dagegen grundsätzlich nicht als Behörden anzusehen. Anderes sei nur anzunehmen, wenn das Gesetz die Behördeneigenschaft ausdrücklich oder durch spezielle Ausgestaltung der Rechte und Pflichten normiere.⁶¹⁹ Die sich aus diesen durch das Bundessozialgericht aufgestellten Grundsätzen ergebenden Einordnungen werden durch die jeweiligen Ausführungen jedoch im

⁶¹⁴ Gegen die Behördeneigenschaft: SG Potsdam, Urteil vom 25.1.2008 – S 7 KR 268/07 – Sozialrecht aktuell 2008, 226, 226; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26.7.2007 – L 24 KR 408/07 ER – unveröffentlicht, juris Rn. 18 ff.; LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 29.8.2007 – L 1 B 311/07 KR ER – GesR 2007, 528, 528.

Für die Behördeneigenschaft: LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2005 – L 9 B 65/05 KR ER.

⁶¹⁵ SG Wiesbaden, Urteil vom 18.9.2007 – S 2 KR 170/07 – Sozialrecht aktuell 2008, 59, 59.

⁶¹⁶ LSG Hessen, Urteil vom 26.11.2009 – L 8 KR 325/07 – unveröffentlicht, juris Rn. 66 ff.

⁶¹⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 28 ff.

⁶¹⁸ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 127.

⁶¹⁹ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 128.

Folgenden wieder relativiert. Man könnte dem Urteil sonst auch Schlussfolgerungen für die Schiedsperson nach § 73b SGB V entnehmen. Durch die Relativierung und die späteren unmittelbaren Ausführungen zu § 73b SGB V⁶²⁰ lässt das Bundessozialgericht die Entscheidung für die weiteren Schiedspersonen, insbesondere § 73b SGB V, ausdrücklich offen. Einerseits erkennt der 3. Senat, dass § 73b SGB V in Kenntnis des § 132a SGB V geschaffen wurde, andererseits wird das Schiedsverfahren als „gesetzlich normiert“ angesehen und auf die alte Regelung zur aufschiebenden Wirkung von Klagen gegen die Festsetzungen Bezug genommen. Vorsichtig formuliert der Senat, der Gesetzgeber könne von einem Verwaltungsakt ausgegangen sein.⁶²¹ Dies würde auch die Einordnung als Behörde voraussetzen. Im Ergebnis bleibt es dabei, dass eine Auslegung bezüglich jeder Schiedsperson zu erfolgen hat, selbst wenn von einer grundlegenden Tendenz bezüglich der Einordnung ausgegangen werden kann. Von einer solchen scheint auch der 3. Senat des Bundessozialgerichts aufgrund seiner grundlegenden Erläuterungen auszugehen.

Im Folgenden nimmt der Senat eine Auslegung des § 132a SGB V vor, wobei er sich auf Systematik und Gesetzgebungshistorie konzentriert. Dabei wird eine ausführliche Erläuterung der Schiedsämtler nach § 89 SGB V und der Schiedsstellen vorgenommen, wobei das Bundessozialgericht die Merkmale, anhand derer diese als Behörden eingeordnet werden, herausarbeitet. Nach dieser systematischen Auslegung werden die aufgestellten Kriterien bei der Einordnung der Schiedsperson nach § 132a SGB V angewandt. Als maßgeblich sowohl für die Einordnung der Schiedsämtler nach § 89 SGB V als auch der Schiedsstellen⁶²² wird zunächst angesehen, dass Angelegenheiten des öffentlichen Rechts ausgeführt werden, hier des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts nach § 69 SGB V. Die personelle Zusammensetzung sei gesetzlich vorgeschrieben, was in den jeweiligen Vorschriften erfolgt sei, so auch in §§ 89, 118 Abs. 2 SGB V für die Schiedsämtler und z. B. § 114 Abs. 2 SGB V und § 18a Abs. 2 KHG für die Landesschiedsstellen und die Schiedsstelle nach dem KHG. Zudem handele es sich um Institutionen von dauerhaftem Bestand, unabhängig vom Mitgliederwechsel.

⁶²⁰ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 132.

⁶²¹ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 132.

⁶²² Wobei sich das BSG bei seinen Ausführungen auf die Landesschiedsstellen nach § 114 SGB V, die Schiedsstelle im Rahmen des Krankenhausfinanzierungsrechts nach § 18a Abs. 1 KHG, die Bundesschiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V sowie die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI im Pflegeversicherungsrecht beschränkt.

Auch seien die genaueren Einzelheiten wie die Arbeitsweise und das Verfahren gesetzlich genauer geregelt. Bei § 89 SGB V sei dies der auf § 89 Abs. 6 SGB V beruhenden Schiedsamtverordnung für die vertragsärztliche Versorgung zu entnehmen.⁶²³ Bei den Schiedsstellen finden sich ebenfalls auf jeweiligen Ermächtigungsgrundlagen beruhende Rechtsverordnungen, so z. B. gemäß §§ 114 Abs. 5 SGB V und 18a Abs. 4 KHG für die Landesschiedsstellen bzw. die Schiedsstellen nach dem KHG. Zuletzt unterliegen die Schiedsämtler und -stellen einer Rechtsaufsicht, die sich aus dem Gesetz ergebe, vgl. §§ 89 Abs. 5, 114 Abs. 4 SGB V, 18a Abs. 5 KHG. Das Bundessozialgericht wendet somit die Kriterien der allgemein üblichen Definition des funktionalen Behördenbegriffes auf die Schiedsämtler und -stellen an, die es als maßgeblich erachtet.⁶²⁴

Zur Schiedsperson nach § 132a SGB V führt das Gericht sodann aus, dass das Festlegen von Vergütungsverträgen mit öffentlich-rechtlichem Charakter zwar eine öffentlich-rechtliche Tätigkeit darstelle, die Schiedsperson ihre „Entscheidungsmacht jedoch unmittelbar von den Vertragsparteien“⁶²⁵ erhalte. Das Verfahren sei, da es in den Verträgen zu regeln sei, ein vertragliches Schiedsverfahren, woran auch die Verpflichtung zur Vereinbarung eines Schiedsverfahrens nichts ändere. Zudem sei die Schiedsperson auch nicht Beliehene, da es keine Verleihung der Befugnis zur Konfliktentscheidung im Gesetz gebe. Auch fehle es an einer Anbindung an einen übergeordneten Verwaltungsträger, eine Rechtsaufsicht existiere ebenfalls nicht, die Aufsichtsbehörde werde nur tätig, falls sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen können. Das Gesetz mache keine Vorgaben für das Verfahren, dies erfolge durch die Parteien. Zuletzt sei die Existenz der Schiedsperson an die Person des Berufenen gebunden, die nur für ein Verfahren berufen werde und damit nicht von dauerhaftem Bestand sei. Die Einordnung durch das Bundessozialgericht lässt sich an verschiedenen Punkten kritisieren. Wieso es sich um ein vertragliches Verfahren handelt und die Verpflichtung hieran nichts ändert, hätte einer (kurzen) Begründung bedurft.

⁶²³ Verordnung über die Schiedsämtler für die kassenärztliche (kassenzahnärztliche) Versorgung (Schiedsamtverordnung) vom 28.5.1957, BGBl. I, S. 570.

⁶²⁴ Besondere Erwähnung finden die Schiedsstellen nach § 80 SGB XII, die einerseits als Verwaltungsakte erlassende Behörden nach § 1 Abs. 2 SGB X angesehen werden, andererseits aber einer besonderen Regelung zum Klagegegner unterliegen, was bei den weiteren Schiedsstellen nicht der Fall ist. Eine weitere Analyse, vor allem der hieraus zu ziehenden Schlussfolgerungen, nimmt das Gericht jedoch nicht vor, vgl. BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 129 f.

⁶²⁵ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 130.

Wenn ein Schiedsverfahren vereinbart werden muss, könnte man auch argumentieren, dass maßgeblich die sich aus dem Gesetz ergebende Pflicht ist und nicht die Vereinbarung. Dieses Problem findet sich ebenso bei § 73b SGB V.⁶²⁶ Zwar sollte die Charakterisierung als vertragliches oder gesetzliches Schiedsverfahren eine entscheidende Rolle spielen, dies muss jedoch genauer begründet werden. Völlig unbeachtet lässt das Bundessozialgericht hier § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V, der die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde im Falle der Nichteinigung der Parteien auf diese vorsieht. Hier gibt es keinerlei Einigung durch die Parteien, dennoch wird eine Schiedsperson bestimmt, die sodann entscheidet. In dieser Situation erscheint die Annahme einer Zwangsschlichtung viel naheliegender.⁶²⁷ In welchem Umfang eine vertragliche Disposition durch die Parteien erfolgen muss, um von einer fakultativen Schlichtung sprechen zu können, ist genauso offen und klärungsbedürftig wie bei § 73b SGBV, worauf das Bundessozialgericht aber nicht eingeht. Die Annahme einer Zwangsschlichtung muss zudem nicht notwendig dazu führen, ein hoheitliches Handeln einer Behörde anzunehmen, wie sich bereits an anderer Stelle gezeigt hat. Die Einordnung der Schlichtung ändert zudem nichts an der Einordnung als öffentlich-rechtliche Angelegenheit. Hier hätte das Bundessozialgericht klarstellen sollen, dass dieses Kriterium bejaht werden muss. Die Ablehnung der Aufsicht sowie fehlender Verfahrensvorgaben durch den Gesetzgeber lässt die Einordnung als Behörde schwierig erscheinen. Ersteres Merkmal wurde oben jedoch als nicht maßgeblich abgelehnt. Nicht überzeugen kann der bloße Hinweis, es handele sich nicht um eine Beliehene, da es an einem öffentlich-rechtlichen Akt der Beleihung fehle. Hier hätte es einer genaueren Untersuchung bedurft, die das Bundessozialgericht umgeht.

Letztlich kann der systematischen Auslegung durch das Bundessozialgericht entnommen werden, dass dieses vor allem die vertraglichen Elemente, also die Festlegung des Schiedsverfahrens mitsamt weiterer Verfahrensregelungen und die Bestimmung der Schiedsperson als maßgeblich ansehen will. Diese Kriterien gehen über die Anwendung der allgemeinen Definition des funktionalen Behördenbegriffs hinaus und können für die Argumentation bei § 73b SGB V fruchtbar gemacht werden.

⁶²⁶ So bereits unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (a).

⁶²⁷ Ebenfalls dieser Auffassung mit entsprechender Argumentation: *Zuck*, NZS 2014, 401, 403 f.

Auch die Entstehungsgeschichte wird vom Bundessozialgericht einbezogen. Die Gesetzesbegründung spreche ausdrücklich davon, dass es sich um eine Schlichtung handele, die der im Zivilrecht üblichen Schlichtung entspreche und als Leistungsbestimmung durch einen Dritten nach §§ 317 ff. BGB einzuordnen sei,⁶²⁸ so dass es sich nicht um eine hoheitliche Tätigkeit und damit auch nicht um eine Behörde handeln könne. Es wird hier zudem mit einem Vergleich zur Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI gearbeitet, die erst nach der Schaffung der Schiedsregelung in § 132a SGB V entstand. Dort ist eine Regelung vorgesehen, die nur eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung der Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 S. 3 SGB XI zulässt, was bei einem Verwaltungsakt nicht zulässig wäre. Da die Gesetzesbegründung zu § 76 SGB XI ausdrücklich auf § 132a SGB V verweist, scheint das Bundessozialgericht unausgesprochener Weise den Schluss zu ziehen, dass auch bei § 132a SGB V kein Verwaltungsakt vorliegen könne. Dieser Vergleich kann jedoch nicht überzeugen. Zunächst steht der Verweis auf § 132a SGB V in Zusammenhang mit dem Hinweis auf ein unbürokratisches Tätigwerden zum schnellen Vertragsschluss. Daraus weitergehende Schlussfolgerungen ziehen zu wollen, erscheint gewagt. Zudem kann aus der Ablehnung der Verwaltungsaktsqualität nicht zwangsläufig auf die fehlende Behördeneigenschaft geschlossen werden, auch wenn zuzugeben ist, dass hier das Hauptproblem liegt und die Ablehnung wohl hieraus resultieren wird. Zumindest hätte es eines weiteren Argumentationsschrittes bedurft. Das Bundessozialgericht hätte deutlicher machen können, inwiefern die Ausführungen von Relevanz sind. Insgesamt kann dem Urteil wenig Argumentationsmaterial für die Bewertung von § 73b SGB V entnommen werden. Das Bundessozialgericht scheint aber den vertraglichen Elementen sowie dem Willen des Gesetzgebers einen hohen Stellenwert beizumessen.

Die erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung folgte der Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts in den im Folgenden erlassenen Urteilen.⁶²⁹ Der 3. Senat des Bundessozialgerichts hat seine Auffassung in einem weiteren Urteil zu

⁶²⁸ BT-DS 15/1525, S. 123.

⁶²⁹ LSG Hessen, Urteil vom 29.1.2015 – L 8 KR 264/13 – Sozialrecht aktuell 2015, 122, 124; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.1.2013 – L 1 KR 341/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 46, 60; SG Wiesbaden, Urteil vom 17.5.2013 – S 17 KR 185/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 39; SG Stuttgart, Urteil vom 6.9.2012 – S 9 KR 5320/10 – PflR 2013, 184, 189.

§ 132a SGB V bestätigt.⁶³⁰ Die Literatur folgt der Ablehnung der Behördeneigenschaft und rechtlichen Einordnung als Vertragshelfer überwiegend.⁶³¹ Dabei fehlt es aber zumeist an genaueren Erläuterungen; es wird lediglich festgehalten, oft unter Verweis auf das Urteil des Bundessozialgerichts, es handele sich nicht um eine Behörde.⁶³² Es findet sich vor allem die Begründung, die Schiedsperson sei keine vom Wechsel der tätigen Personen unabhängige Einrichtung.⁶³³ Einen weiteren Erkenntnisgewinn kann man der Literatur nicht entnehmen.

(bb) Die weiteren Schiedspersonen

Auch die weiteren Schiedspersonen können in die systematische Betrachtung mit einbezogen werden. Wie bereits dargestellt sind hier keine weitergehenden Regelungen getroffen worden, aus denen sich die Behördeneigenschaft unmittelbar ergibt oder durch Auslegung zu ermitteln wäre. Auch die Rechtsprechung hat sich bisher nicht mit der Einordnung der jeweiligen Schiedspersonen befasst. Einen Vergleich kann man folglich nicht anstellen. Die Betrachtung ist somit als unergiebig anzusehen.

(cc) Das Schiedsamt nach § 89 SGB V sowie die Schiedsstellen

Zu den Schiedsämtern nach § 89 SGB V und den Schiedsstellen hat sich in der Literatur inzwischen eine wohl als herrschend zu bezeichnende Auffassung zur rechtlichen Einordnung gebildet.⁶³⁴ Sie werden alle überwiegend als Behörden

⁶³⁰ BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 73 f.

⁶³¹ So *Ammann* in: BeckOK SozR § 132a SGB V, Rn. 25; *Dalichau* in: FA Medizinrecht, § 132a SGB V, Rn. 54 f.; *Griep*, PflR 2011, 387, 390; *Hess* in: Kasseler Kommentar, § 132a SGB V, Rn. 8a; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 132a, Rn. 41; *Plantholz*, Sozialrecht aktuell 2008, 226, 228; *ders.*, RSdE 2007, 1, 17; *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a, Rn. 10; *Shirvani*, SGB 2011, 550, 553; *Trenk-Hinterberger* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 132a SGB V, Rn. 18; *Zorn*, Rechtsfindung, S. 146. A.A.: Annahme, dass es sich bei dem Handeln der Schiedsperson nicht um einen Verwaltungsakt nach § 31 SGB X handelt, ohne weitere Ausführungen zur Behördeneigenschaft: *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 132a SGB V, Rn. 11.

⁶³² Ausführlichere Erörterungen zur Behördeneigenschaft finden sich vor allem bei *Plantholz*, RSdE 2007, 1, 17 ff.

⁶³³ *Shirvani*, SGB 2011, 550, 553.

⁶³⁴ Für allgemeine Erläuterungen vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) aa) (2). Ausführlich zur Rechtsnatur der Schiedsämter und -stellen nach §§ 89, 114 SGB V, 18a KHG m.w.N.: *Düring*, Das Schiedswesen in der GKV, S. 53 ff., wobei *Düring* noch nicht auf höchstrichterliche Rechtsprechung zurückgreifen konnte.

im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X angesehen.⁶³⁵ In der Folge hierzu wird das Handeln der Schiedsstellen und des Schiedsamtes als Erlass eines Verwaltungsaktes qualifiziert. Damit ist auch das SGB X anwendbar.⁶³⁶ Die teilweise Einordnung

⁶³⁵ Behördeneigenschaft bejahen: *Becker* in: Festschrift für Bernd Wiegand, S. 277 (bzgl. §§ 89, 114, 129, SGB V, 76 SGB XI, 94 BSHG, jetzt 80 SGB XII); *ders.*, SGB 2003, 664, 667 (identisch zu Ausführungen in Perspektiven des Gesundheitswesens); *Buchner/Bosch*, SGB 2011, 21, 21 (bzgl. § 89 SGB V); *Düring*, Das Schiedswesen in der GKV, S. 63, 65, 71, 76 f. (bzgl. §§ 89, 114, 129 SGB V, 18a KHG); *Düring/Schnapp* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 85 (bzgl. § 89 SGB V in funktionaler Hinsicht); *Felix* in: Festschrift für Herbert Bethge, S. 329 (bzgl. § 18a KHG); *Gottlieb* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 1020 (bzgl. § 80 SGB XII); *Griep*, PflR 2011, 387, 388 ff. (mit einer tabellarischen Darstellung); *Hinz*, SozVers 1993, 309, 311 (bzgl. § 89 SGB V); *Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V; § 89, Rn. 9 (bzgl. § 89 SGB V); *Lüke*, Schiedsverfahren, S. 57 (bzgl. §§ 89 SGB V, 18a KHG); *Manssen*, ZFSH/SGB 1997, 81, 83 (bzgl. § 114 SGB V); *Kisker* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 25 (bzgl. § 18a KHG); *Penner*, GuP 2012, 14, 20 (zu § 111b SGB V); *Quaas* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 577 (bzgl. § 18a KHG); *Shirvani*, SGB 2011, 550, 551 (bzgl. §§ 89, 129 und 114 SGB V); *Schlüter*, NZS 2003, 120, 121 (bzgl. § 76 SGB XI); *Schnapp* in: Probleme der Rechtsquellen, S. 81 (bzgl. § 89 SGB V); *ders.*, GesR 2014, 193, 196 (bzgl. § 89 SGB V); *Schütte*, NDV 2005, 246, 250; *Spiegel*, KrV 2013, 241, 243 f. (bzgl. § 130b SGB V); *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 89 SGB V, Rn. 8 (bzgl. § 89 SGB V); *Udsching* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 339 (bzgl. § 76 SGB XI); *Zeitler*, RSdE 53 (2003), 1, 7 (bzgl. §§ 94 BSHG, 76 SGB XI, 78g SGB VIII).

Behördeneigenschaft lehren ab: *Becker* in: Festschrift für Bernd Wiegand, S. 278 (bzgl. § 18a KHG, Annahme der analogen Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensrechts, ebenso bzgl. § 78g SGB VIII); *ders.*, SGB 2003, 664, 667 (identisch zu Ausführungen in Perspektiven des Gesundheitswesens); *Gottlieb*, NDV 2001, 257, 260 f. (bzgl. §§ 94 BSHG, 76 SGB XI, 78g SGB VIII, Annahme eines „[Verwaltungs-]akt[es] sui generis“ bzw. einer „Vertragskonkretisierung [...] analog §§ 317, 319 BGB“); *Manssen*, ZFSH/SGB 1997, 81, 83 (bzgl. § 18a KHG); *Münder* in: LPK-SGB XII, § 77 SGB XII, Rn. 10 (bzgl. § 77 SGB XII, Annahme eines *aliud*); *Shirvani*, NZS 2012, 81, 84 (bzgl. § 18a KHG, aber Annahme einer analogen Anwendbarkeit der Verwaltungsverfahrensgrundsätze); *Simmler*, GesR 2007, 249, 251 (bzgl. § 89 SGB V); *Wabnitz*, ZfJ 2001, 34, 35 ff. (bzgl. §§ 114 SGB V, 78g SGB VIII, 76 SGB XI, 93b BSHG, Annahme einer „rechtsgestaltende[n] Vertragsergänzung“, vergleichbar §§ 317, 319 BGB); *Wagner*, NJW 1991, 737, 737 (bzgl. § 18a KHG); *ders.* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 108 (bzgl. § 18a KHG); *Zuck/Quaas*, NJW 1987, 687, 690.

⁶³⁶ *Schnapp*, GesR 2014, 193, 196. Für das KHG ist die Anwendbarkeit des jeweiligen VwVfG des Landes zu beachten, da es sich um die Ausführung des KHG und nicht des SGB handelt, da keine Verwaltungstätigkeit nach diesem Gesetzbuch erfolgt, § 1 Abs. 1 SGB X. Es handelt sich bei dem KHG nicht um einen besonderen Teil des SGB, da es an einem Verweis in § 68 SGB I fehlt. Jedoch liegen in den VwVfG der Länder wortlautidentische Regelungen des Behördenbegriffs vor, so z. B. in § 1 Abs. 2 VwVfG NRW, so dass bei der Argumentation im Folgenden nicht weiter unterschieden wird.

als Rechtsakt *sui generis*⁶³⁷ ist wenig hilfreich: Sie bietet keine Lösungsmöglichkeiten für die wichtigen Folgefragen, erspart dem jeweiligen Autor lediglich die rechtliche Einordnung in das bestehende Gefüge von Rechtsfiguren.

Die Rechtsprechung hat die Frage, ob es sich um Behörden im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handelt, oftmals offengelassen. Eine erstmalige Entscheidung zur Frage der Behördeneigenschaft hatte das Bundessozialgericht zu den Landesschiedsämtern nach § 368h, i RVO a.F.⁶³⁸ bei der Frage zu treffen, ob es sich bei dem Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt handelt.⁶³⁹ Die Ausführungen erschöpfen sich aber in der bloßen Feststellung, es handele sich um eine Behörde. Bei einigen Schiedsstellen findet sich immer noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung; vielmehr wird die Frage, ob es sich um Behörden im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X handelt, oftmals offengelassen oder lediglich angenommen, es liege ein Verwaltungsakt vor, ohne die einzelnen Merkmale zu prüfen.⁶⁴⁰ Die Annahme der Verwaltungsaktsqualität impliziert dabei, dass die Gerichte die Behördeneigenschaft annehmen.

⁶³⁷ *Gottlieb*, NDV 2001, 257, 260, der jedoch eine weitergehende Einordnung als Vertragskonkretisierung nach §§ 317, 319 BGB vornimmt. Von einem *aliud* bzgl. § 77 SGB XII geht aus: *Münder* in: LPK-SGB XII, § 77, Rn. 10.

⁶³⁸ § 368h RVO a.F. verweist auf die allgemeine Regelung zum Schiedsamt in § 368i RVO a.F., der im Wesentlichen dem heutigen § 89 SGB V entspricht.

⁶³⁹ BSG, Urteil vom 30.10.1963 – 6 RKa 4/62 – BSGE 20, 73, 75.

⁶⁴⁰ Bzgl. § 114 SGB V: BSG, Urteil vom 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R – BSGE 112, 156, 158 (lediglich Bejahung der Verwaltungsakt-Qualität).

Bzgl. § 78g SGB VIII: VG Karlsruhe, Urteil vom 14.2.2006 – 8 K 1878/04 – ZFSH/SGB 2006, 540, 545; VG Arnberg, Urteil vom 8.12.2009 – 11 K 3688/08 – unveröffentlicht, juris Rn. 18.

Bzgl. § 76 SGB XI: LSG Niedersachsen, Urteil vom 30.5.2000 – L 3 P 87/99 – unveröffentlicht, juris Rn. 39 ff. (mit Zweifeln, offen); BSG, Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199, 201 (lediglich Bejahung eines Verwaltungsakts); SG Dresden, Urteil vom 12.10.2006 – S 16 P 31/04 – Sozialrecht aktuell 2008, 28, 29; BSG, Urteil vom 29.1.2009 – B 3 P 8/07 R – SozR 4-3300 § 89, Nr. 1, S. 3 (lediglich Bejahung eines Verwaltungsakts); LSG Sachsen, Urteil vom 2.9.2009 – L 1 P 1/07 – maßgebliche Passage unveröffentlicht, juris Rn. 28 (lediglich Bejahung eines Verwaltungsakts).

Bzgl. § 80 SGB XII: LSG Bayern, Urteil vom 24.11.2011 – L 8 SO 223/09 KL – Gründe unveröffentlicht, juris Rn. 46 (ausführlich zur Behördeneigenschaft, Bejahung einer Beleihung); LSG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 30.8.2012 – L 9 SO 1/10 – ZFSH/SGB 2012, 723, 726 sowie Urteil vom 6.9.2012 – L 9 SO 11/10 – Sozialrecht aktuell 2013, 41, 42 (Bejahung, Verweis auf LSG Bayern); BSG, Urteile vom 23.7.2014 – B 8 SO 2/13 R, B 8 SO 3/13 R – NVwZ-RR 2015, 740, 741 (Bejahung eines Verwaltungsaktes, folgt der Rechtsprechung des BVerwG zu § 93b BSHG).

Lediglich die Einordnung der Schiedsstelle im Krankenhausfinanzierungsrecht nach § 18a KHG wird genauer und dabei auch kontrovers diskutiert. Das Bundesverwaltungsgericht ließ die Frage bisher immer offen, zeigte sich aber skeptisch gegenüber der Einordnung als Behörde.⁶⁴¹ Die Literatur sieht die Einordnung als Behörde zwar als annehmbar an, verneint aber oftmals die Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrenrechts aus dem VwVfG des jeweiligen Landes; es handele sich bei der Schiedsstelle nach § 18a KHG weder um Behörden des Landes, der Gemeinden und Gemeindeverbände noch um sonstige der Aufsicht des Landes unterstehende juristischen Personen des öffentlichen Rechts.⁶⁴² Es fehle an einer Eingliederung in den jeweiligen Hoheitsträger.⁶⁴³ Zudem bedürfe die Festsetzung einer Genehmigung durch die zuständige Landesbehörde nach § 18 Abs. 5 KHG, weshalb es an der Außenwirkung fehle.⁶⁴⁴ Jedoch werden die Vorschriften oftmals als analog heranziehbar angesehen.⁶⁴⁵

Die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI ist der nach § 114 SGB V vergleichbar, diese wurde wiederum dem Schiedsamt nachgebildet.⁶⁴⁶ Auch die weiteren Schiedsstellen wurden den anderen nachgebildet, was sich im Wortlaut der Normen widerspiegelt. Es finden sich oftmals identische Formulierungen. Damit können aufgrund der Ähnlichkeit allgemeine Grundsätze für alle Schiedsstellen und -ämter aufgestellt werden. Es handelt sich bei den Schiedsämtern und -stellen um solche, die im Rahmen des SGB bzw. KHG tätig werden. Diese Rechtsbereiche lassen sich allesamt dem öffentlichen Recht zuordnen, genauer dem besonderen Verwaltungsrecht. Damit werden Aufgaben der öffentlichen Verwaltung ausgeführt. Für die Einordnung als Behörden nach § 1 Abs. 2 SGB X lässt sich zudem anführen, dass es sich um dauerhafte Einrichtungen handelt, die vom Wechsel der Mitglieder unabhängig sind. Zudem wird eine Aufsicht durch die zuständige Aufsichtsbehörde normiert.⁶⁴⁷ Es finden sich auch Ermächtigungen, die eine genauere Regelung des Verfahrens in Rechtsverordnungen ermöglichen.

⁶⁴¹ BVerwG, Urteil vom 23.11.1993 – 3 C 47/91 – NJW 1994, 2435, 2435.

⁶⁴² So z. B. in § 1 Abs. 1 VwVfG NRW zu finden. Vgl. hierzu Manssen, ZFSH/SGB 1997, 81, 83; *Shirvani*, NZS 2012, 81, 84. A.A.: *Quaas* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 578.

⁶⁴³ *Wagner*, NJW 1991, 737, 737.

⁶⁴⁴ *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 107.

⁶⁴⁵ *Becker* in: Festschrift für Bernd Wiegand, S. 278; *Shirvani*, NZS 2012, 81, 84.

⁶⁴⁶ BSG, Urteil vom 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R – BSGE 87, 199, 200; *Leitherer* in: Kasseler Kommentar, § 76 SGB XI, Rn. 3; *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 76 SGB XI, Rn. 4; *Udsching* in: Udsching, SGB XI, § 76 Rn. 2.

⁶⁴⁷ Sofern man eine solche als Voraussetzung für die Annahme einer Behörde verlangt.

Damit kann man die Behördeneigenschaft im funktionalen Sinne sogar mit der überwiegend verwendeten Definition bejahen.

(dd) Näheverhältnis

Die obigen Erläuterungen zeigen deutlich, dass die Schiedsperson nach § 73b SGB V bei systematischer Betrachtung in einem Näheverhältnis zur Schiedsperson nach § 132a SGB V steht, grundsätzlich aber nicht dem Schiedsamt nach § 89 SGB V und den Schiedsstellen zugeordnet werden kann. Maßgeblich für die Vergleichbarkeit sind vor allem die Struktur und die konkrete Ausgestaltung von Schiedsämtern und -stellen einerseits und Schiedspersonen andererseits. Allen gemein ist die Zuordnung der Tätigkeit zum Sozialrecht als öffentlich-rechtlicher Tätigkeit. Zudem fehlt es auch bei den Schiedsämtern und -stellen an einem übergeordneten Verwaltungsträger, da sie aus eigener, originärer Zuständigkeit handeln und nicht nur aus abgeleiteter.⁶⁴⁸ Hier enden die Gemeinsamkeiten aber bereits. Die Gremienstruktur der Schiedsämter und -stellen und die damit einhergehende Dauerhaftigkeit der Einrichtung sprechen bereits gegen die Vergleichbarkeit. Aber auch die weitere Ausgestaltung, beispielsweise die Existenz einer Aufsichtsbehörde sprechen dafür, die Schiedsperson nach § 73b SGB V der nach § 132a SGB V zuzuordnen und nicht den Schiedsämtern und -stellen. Selbst wenn man diese Merkmale als nicht ausschlaggebend für die Einordnung als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X ansieht, so spricht die Einordnung der Art des Tätigwerdens von Schiedsämtern, -stellen und -personen gegen die Vergleichbarkeit mit den Schiedsämtern und -stellen. Bei Schiedsämtern und Schiedsstellen sieht das Gesetz vor, dass diese im Falle der Nichteinigung der Vertragsparteien innerhalb eines bestimmten Zeitraumes den Vertragsinhalt festsetzen, was auf Antrag einer der Parteien oder der zuständigen Aufsichtsbehörde geschieht. Bei § 132a SGB V dagegen sind die Parteien zwar auch zum Vertragsabschluss und zur Durchführung des Schiedsverfahrens verpflichtet, können das Weitere aber grundsätzlich selbst regeln. Bei den Schiedsämtern und -stellen besteht hier keine Einflussmöglichkeit der Parteien, insbesondere können sie sich nicht auf ein Schiedsamt oder eine Schiedsstelle einigen; diese werden nach den gesetzlichen Vorgaben eingerichtet und sind damit vorgegeben. Die Form der Zwangsschlichtung bei § 132a SGB V ist eine vertraglich ausgestaltete.⁶⁴⁹ Die

⁶⁴⁸ So zu § 89 SGB V: *Schnapp* in: Probleme der Rechtsquellen, S. 81.

⁶⁴⁹ BSG; Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123 ff.

Schlichtung bei den Schiedsämtern und -stellen entbehrt solcher vertraglicher Elemente. Nichts anderes als bei § 132a SGB V gilt für die Schiedsperson nach § 73b SGB V, im Gegenteil: die obligatorische Ausgestaltung der Schlichtung ist hier im Vergleich zur Schiedsperson nach § 132a SGB V aufgrund der alleinigen Antragsmöglichkeit der Gemeinschaften noch reduziert. Der Gesetzgeber nimmt in Kauf, dass kein Vertrag zustande kommt. Zu § 73b Abs. 4a SGB V wird damit sogar vertreten, es handele sich nicht um eine Zwangsschlichtung.⁶⁵⁰ Dies berücksichtigt aber nicht, dass das Schlichtungsverfahren, sobald der Antrag durch die Gemeinschaft gestellt wurde, ebenfalls obligatorisch ist und durchgeführt werden muss. Es handelt sich damit wie bereits mehrfach festgestellt um eine einseitige Zwangsschlichtung. Dadurch werden der voluntative Aspekt und damit die Vertragsfreiheit gestärkt. Diese Ausführungen können in Bezug auf die Eigenschaft als Behörde noch deutlicher formuliert werden: Nimmt man bei § 132a SGB V die Verneinung der Behördeneigenschaft an, da trotz allem die vertraglichen Elemente überwiegen, auch wenn es sich um eine Zwangsschlichtung handelt, so muss dies erst recht bei § 73b SGB V gelten, da es sich nur um eine einseitige Zwangsschlichtung handelt, falls die Gemeinschaft den Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens stellt. Somit ist von einer Vergleichbarkeit mit der Schiedsperson nach § 132a SGB V auszugehen. Allenfalls im Hinblick auf das Schiedsverfahren an sich sind eine Vergleichbarkeit und ein Näheverhältnis zu den Schiedsämtern und -stellen annehmbar. Sowohl Schiedsämtern und -stellen als auch Schiedspersonen werden zur Schlichtung von Regelungsstreitigkeiten tätig. Sie sollen verbindlich in einem Bereich agieren – überwiegend im Leistungserbringungsrecht – in dem der Gesetzgeber Vertragsschlüsse zur Erfüllung staatlicher Aufgaben vorgesehen hat. Sie stellen eine Verlängerung der den Parteien eingeräumten Vertragsfreiheit dar. Diese grundlegende Gemeinsamkeit führt dazu, dass zumindest Grundgedanken zu den Schiedsämtern und -stellen herangezogen werden können, sofern es um Fragen der Schlichtung als solcher geht. Eine analoge Anwendung von Vorschriften kann dies aber nicht rechtfertigen. Dafür ist die Interessenlage nicht ausreichend vergleichbar. Durch die Änderungen des § 132a Abs. 2 SGB V, insbesondere des S. 6, gilt umso mehr, dass eine Zuordnung zur Schiedsperson in der häuslichen Krankenpflege näher liegt. Die Vorschriften sehen nun beide vor, dass eine durch die Parteien zu bestimmende Schiedsperson den Inhalt der Verträge festsetzt, wenn

⁶⁵⁰ *Schnapp*, GesR 2014, 193, 197.

sich die Parteien nicht einigen können. § 132a SGB V spricht nicht mehr davon, dass es einer Regelung in den Verträgen bedürfe. Damit hat der Gesetzgeber eine weitere Annäherung erreicht.

Die Vergleichbarkeit mit der Schiedsperson nach § 132a SGB V spricht somit ebenfalls gegen die Einordnung der Schiedsperson nach § 73b SGB V als Behörde im eigentlichen Sinn, insbesondere als Behörde nach § 1 Abs. 2 SGB V. Vielmehr deutet die Vergleichbarkeit mit § 132a SGB V auf eine Einordnung als Vertragshelfer hin, auf den die §§ 317 ff. BGB (entsprechend) anzuwenden sind, sofern die Schiedsperson nach § 132a SGB V durch Rechtsprechung und Literatur auf diese Weise kategorisiert wird. Um eine Behörde im eigentlichen Sinne nach § 1 Abs. 2 SGB X handelt es sich somit nach systematischer Auslegung nicht.

(5) Sonderfall: Beleihung

Die Schiedsperson stellt damit zunächst lediglich eine natürliche Person dar. Eine Institutionalisierung als Behörde im eigentlichen Sinne kann nach den obigen Ausführungen nicht angenommen werden. Es fehlt an der Einordnung in die staatliche Sphäre aufgrund der Maßgeblichkeit der vertraglichen Basis ihres Tätigwerdens sowie des eigenständigen Handelns ohne staatliche Aufsicht. Trotzdem könnte es sich noch um eine Behörde handeln, wenn die Rechtsfigur der Beleihung greift.

(a) Grundsätze der Beleihung

Die Rechtsfigur⁶⁵¹ der Beleihung ist heute allgemein anerkannt, ihre Grundlagen sind inzwischen geklärt.⁶⁵² Jedoch bereitet die Anwendung dieser Rechtsfigur auch heutzutage immer noch erhebliche Schwierigkeiten.⁶⁵³ Geht es um die Frage, ob eine Beleihung vorliegt, so zeigt sich oftmals, dass mit der Beleihung verbundene Rechtsfragen nicht ausreichend erörtert werden.⁶⁵⁴

Einigkeit besteht aber insoweit, dass sich eine Beleihung nur auf solche Gegenstände beziehen kann, die bis zum Akt der Beleihung dem Privaten vorenthalten sind und ihm erst durch Beleihung zugänglich gemacht werden.⁶⁵⁵ Dies lässt sich

⁶⁵¹ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 12.

⁶⁵² Zur Entwicklung des Beleihungsbegriffs vgl. auch m.w.N. *Kneuper*, Privatisierung kommunaler Pflichtaufgaben, S. 19 ff.

⁶⁵³ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 4.

⁶⁵⁴ So auch *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 585.

⁶⁵⁵ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 28; *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 7; *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 30.

im Hinblick auf die Schiedsperson insofern bejahen, da sie den Vertragsinhalt von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzt, eine Befugnis, die sonst nur den Krankenkassen und Gemeinschaften zukommt. Zweifel lassen sich aber anbringen, da die Festlegung eines Vertragsinhaltes auch durch Private – nach Maßgabe der §§ 317 ff. BGB – möglich ist. Die Einordnung der Schiedsperson ist aus dieser Perspektive fraglich, da ihre Tätigkeit bezüglich der Zugänglichkeit der Tätigkeit für Private ambivalent zu beurteilen ist.

Zurückzuführen ist die Rechtsfigur der Beleihung auf *Otto Mayer*, der neben dem Begriff der Beleihung auch den der Verleihung verwendet. Verleihung war nach jenem „*ein Verwaltungsakt, durch welchen einem Unterthanen rechtliche Macht gegeben wird über ein ausgeantwortetes Stück öffentlicher Verwaltung*“.⁶⁵⁶ Nach *Mayer* war mit der Beleihung bereits verbunden, dass nicht nur im Namen und in Vertretung des Staates, sondern im eigenen Namen für eigene Rechnung gehandelt wird.⁶⁵⁷ *Mayer* hat damit den Begriff des Beliehenen maßgeblich geprägt, auch wenn die heute damit verbundenen Sachverhalte nichts mit denen gemein haben, die von *Mayer* hierunter subsumiert wurden.⁶⁵⁸ Insbesondere waren nach *Mayer* Beleihung und Konzessionierung gleich zu behandeln.⁶⁵⁹ Die Rechtsfigur der Beleihung hat seither einen grundlegenden Wandel erfahren, ohne dass jedoch eine allgemein gültige Definition erarbeitet worden wäre. Zwischen Beleihung und Konzessionierung wird nunmehr unterschieden, grundlegend wird die von *Mayer* entwickelte Definition aber immer noch zur Begriffsbestimmung herangezogen.⁶⁶⁰

Dennoch ist die Bestimmung des Vorliegens einer Beleihung immer noch nicht geklärt. Hierzu finden sich verschiedene Auffassungen. Insbesondere früher vertreten wurde die sog. Aufgabenlehre.⁶⁶¹ Nach der Aufgabenlehre ist für die Beleihung die Art der übertragenen Tätigkeit maßgeblich.⁶⁶² Ebenfalls zu finden ist

⁶⁵⁶ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, S. 147.

⁶⁵⁷ *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, S. 294.

⁶⁵⁸ *Steiner*, DÖV 1970, 526, 527.

⁶⁵⁹ Dies zeigt sich in den zur Verleihung genannten Beispielen („Eisenbahnkonzession, Chausseekonzession, Brücken- und Fährenkonzession“), vgl. *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, S. 147 f., 309 ff.

⁶⁶⁰ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 5.

⁶⁶¹ Maßgeblich ist hier *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 46. Eine Beleihung ist nach diesem anzunehmen, wenn „der Staat solche Aufgaben [Staatsaufgaben, Anm. der Verf.] als Staatsaufgaben durch Private erledigen läßt.“; *ders.*, DÖV 1970, 526, 528 f.

⁶⁶² *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 533.

die sog. Rechtsstellungstheorie, wonach die Übertragung hoheitlicher Befugnisse auf Private als entscheidend anzusehen ist.⁶⁶³ Es kommt nach dieser Theorie entscheidend auf die Form der Aufgabenerfüllung an.⁶⁶⁴ Da im Falle schlicht-hoheitlichen Handelns nach letzterer Theorie eine Beleihung nicht angenommen werden kann, wurde die sog. Kombinationstheorie entwickelt, die heute als herrschend angesehen werden kann.⁶⁶⁵ Diese kombiniert Aufgaben- und Rechtsstellungstheorie. Beliehen ist danach ein Privatrechtssubjekt, dem staatliche Aufgaben zur selbstständigen Erfüllung bei Ausstattung mit öffentlich-rechtlichen Kompetenzen übertragen sind.⁶⁶⁶ Diese Auffassung bietet den Vorteil, dass schlicht-hoheitliches Handeln erfasst wird, das von privatrechtlichem Handeln nicht unterschieden werden kann und damit von der Rechtsstellungstheorie nicht erfasst wäre, andererseits aber auch Fälle erfasst werden, bei denen nicht ermittelbar ist, ob es sich um eine staatliche Aufgabe handelt, was durch das Verlangen der Ausübung öffentlicher Gewalt gewährleistet wird.⁶⁶⁷ Hierdurch entsteht ein Bezug zum Staat, und eine Beleihung wird möglich. Aus diesem Grund ist die Kombinationstheorie auch als vorzugswürdig anzusehen.

Entsprechend dieser Kombinationstheorie wird heute maßgeblich davon ausgegangen, dass es für die Beleihung eines hoheitlichen Übertragungsaktes bedarf, wobei der Beliehene unmittelbar durch Gesetz oder auf gesetzlicher Grundlage ermächtigt wird;⁶⁶⁸ dabei handelt er hoheitlich im eigenen Namen.⁶⁶⁹ Die Möglichkeit, hoheitlich tätig zu werden, ist ein spezifisches Merkmal der Beleihung und kommt anderen Privaten nicht zu.⁶⁷⁰ Gegenstand der Beleihung ist damit eine Aufgabe, die nur der Staat erfüllen muss.⁶⁷¹ Im Wege der Beleihung werden

⁶⁶³ *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 81 ff.

⁶⁶⁴ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 9.

⁶⁶⁵ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 65 ff., insb. S. 69; *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, 535; vgl. m.w.N. zu den Vertretern *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 9, in Fn. 62. Vgl. hierzu auch *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 21 m.w.N. in Fn. 1, 2 zu Literatur und Rechtsprechung. Dieser geht davon aus, dass die Rechtsstellungstheorie herrschend sei, wobei die gegebene Definition mit der der Kombinationstheorie übereinstimmt.

⁶⁶⁶ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 10.

⁶⁶⁷ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 11 ff.

⁶⁶⁸ *App*, KKZ 2009, 181, 181; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 90 VI 4, Rn. 47, S. 584.

⁶⁶⁹ *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 585; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 90 I, Rn. 4, S. 575.

⁶⁷⁰ *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, 533.

⁶⁷¹ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 31.

private Rechtssubjekte mit einem „Stück Staatlichkeit“ ausgestattet.⁶⁷² Trotzdem bleiben die zugewiesenen Aufgaben staatlicher Natur.⁶⁷³ Der Beliehene ist damit zugleich Privatperson und Träger hoheitlicher Gewalt.⁶⁷⁴ Die Beleihung muss formell-gesetzlich geregelt sein, wobei das Gesetz die Beleihung als solche und ihre wesentlichen Modalitäten regeln muss.⁶⁷⁵ Es kann sowohl eine Beleihung durch das Gesetz selbst erfolgen oder aufgrund eines Gesetzes; in letzterem Fall kann dies durch Erlass einer Verordnung geschehen, aber auch durch Erlass eines Verwaltungsaktes oder Abschluss eines öffentlichen Vertrags, also durch ein Handeln im Einzelfall, was als Regelfall angesehen werden muss.⁶⁷⁶ Die Beleihung durch Verwaltungsakt kann aber nur angenommen werden, wenn der Beliehene ihr zustimmt, da nur dann rechtsstaatlichen Grundsätzen genügt wird.⁶⁷⁷ Eine einseitige Verpflichtung kann in diesem Fall nicht erfolgen. Anders ist dies nur bei Beleihung durch Gesetz zu sehen; bei der Beleihung aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Vertrages stellt sich die Frage dagegen nicht, da dieser die Willenserklärung und damit Zustimmung beider Parteien voraussetzt. Es ist hier sowohl zum Verwaltungshelfer als auch zum Erfüllungsgehilfen abzugrenzen. Um ersteren handelt es sich, wenn der Private nicht im eigenen Namen handelt, sondern nach den Weisungen einer Behörde tätig wird.⁶⁷⁸ Sein Handeln wird der Behörde zugerechnet.⁶⁷⁹ Letzterer handelt zwar selbstständig, aber nicht hoheitlich, sondern aufgrund eines zivilrechtlichen Vertrages. Sowohl der Gegenstand der Beleihung als auch der Kreis der potenziell beleihungsfähigen Adressaten hat sich im Laufe der Zeit erheblich erweitert.⁶⁸⁰ Neben der Möglichkeit, auf der Ebene des Eingriffsrechts durch Verwaltungsakte tätig zu werden, kann der Beliehene nach inzwischen einhelliger Meinung auch öffentlich-rechtliche Verträge abschließen sowie durch Realakt tätig werden.⁶⁸¹

⁶⁷² *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 56.

⁶⁷³ *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 535.

⁶⁷⁴ *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 264.

⁶⁷⁵ BVerwG, Urteil vom 26.8.2010 – 3 C 35/09 – NVwZ 2011, 368, 370; *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 192.

⁶⁷⁶ *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 97; so bereits *Michaelis*, Der Beliehene, S. 137.

⁶⁷⁷ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 138; *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 88.

⁶⁷⁸ *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 60, Rn. 31.

⁶⁷⁹ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 18.

⁶⁸⁰ *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, 535.

⁶⁸¹ Der Beleihungsgegenstand war lange Zeit umstritten, vgl. hierzu ausführlich m.w.N. *Michaelis*, Der Beliehene, S. 8 ff., 137 ff.; *Voßkuhle*, VVDStRL 62 (2003), 266, 303; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 90 II 2, Rn. 18 f., S. 577 f.

Die Erweiterung des Adressatenkreises erfolgte in der Weise, dass neben den früher als beleihbar betrachteten juristischen Personen des öffentlichen Rechts auch teilrechtsfähige Personengesellschaften, nicht rechtsfähige Vereinigungen sowie natürliche Personen als beleihungsfähig angesehen werden.⁶⁸²

Rechtsfolge der Beleihung ist, dass der Beliehene zwar weiterhin Privatrechtssubjekt bleibt, aber zugleich staatlicher Verwaltungsträger wird und damit Inhaber staatlicher Befugnisse.⁶⁸³ Zudem ist er als Behörde im verwaltungsrechtlichen, also funktionalen Sinne nach § 1 Abs. 2 SGB X, anzusehen.⁶⁸⁴

Wird eine natürliche Person beliehen, kann sie damit sowohl die Eigenschaft als Verwaltungsträger, aber auch als Organ – sprich Behörde – und Organwalter in sich vereinen.⁶⁸⁵

(b) Beleihung im Sozialrecht

Die im allgemeinen Verwaltungsrecht entwickelte Figur des Beliehenen stellt eine allgemeine Rechtsfigur des öffentlichen Rechts dar, die auch im besonderen Verwaltungsrecht zur Anwendung kommt.⁶⁸⁶ Das Sozialrecht als besonderes Verwaltungsrecht⁶⁸⁷ ist hiervon nicht ausgenommen. Eine Beleihung wurde z. B. für die Verbände der Ersatzkassen im Bereich der Versorgung mit Hilfsmitteln angenommen. Nach § 36 Abs. 2 S. 1 SGB V a.F.⁶⁸⁸ waren die Landesverbände der Krankenkassen und die Verbände der Ersatzkassen gemeinsam nach Vorentscheidung der Spitzenverbände der Krankenkassen zur Festbetragsfestsetzung ermächtigt, woraus das Bundesverfassungsgericht eine Beleihung herleitete.⁶⁸⁹

⁶⁸² *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 587; *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 22; *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, 536 f.; *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 14 f.

⁶⁸³ *App*, KZZ 2009, 181, 181; *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 23; *Maurer*, Allg. VerwR, § 23, Rn. 56; *Michaelis*, Der Beliehene, S. 8.

⁶⁸⁴ *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 593; *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 24; *Mutschler* in: Kasseler Kommentar, § 1 SGB X, Rn. 11a; *Roos* in: von Wulfen/Schütze, SGB X, § 1, Rn. 11; *Schmitz* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 1, Rn. 246.

⁶⁸⁵ *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 24.

⁶⁸⁶ *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 581 f.

⁶⁸⁷ *Waltermann*, Sozialrecht, Rn. 27.

⁶⁸⁸ § 36 Abs. 2 S. 1 SGB V in der bis zum 31.12.2003 gültigen Fassung; die Festsetzung erfolgt nach aktueller Gesetzeslage nur noch durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen.

⁶⁸⁹ BVerfG, Urteil vom 17.12.2002 – 1 BvL 28/95 – NJW 2003, 1232, 1235.

Begründet wurde dies damit, dass das Gesetz den Verbänden ausdrücklich einzelne hoheitliche Kompetenzen zur Wahrnehmung im eigenen Namen übertrage. Auch im Sozialrecht kann damit eine Beleihung erfolgen.

Bei der Beleihung der Schiedsperson sind unterschiedliche Konstellationen zu berücksichtigen. Es muss sowohl eine Beleihung durch als auch aufgrund Gesetz untersucht werden. Bei der Beleihung aufgrund Gesetzes muss danach differenziert werden, wer die Schiedsperson bestimmt. Dies kann entweder durch die Parteien selbst, aber auch durch die Aufsichtsbehörde geschehen. Ein besonderes Augenmerk ist hier auf die Frage zu richten, ob die Krankenkassen und Gemeinschaften zu einer Beleihung fähig und befugt sind, also hoheitliche Befugnisse übertragen können, wozu sie selbst solche Befugnisse innehaben müssen. In der Folge stellt sich die Frage, ob solche Befugnisse auf die Schiedsperson übertragen werden (können).

(c) Beleihung der Schiedsperson durch Gesetz

Eine Beleihung durch Gesetz ist anzunehmen, wenn ein gesetzlicher Tatbestand von und in einer bestimmten Person aus einem bestimmten Adressatenkreis erfüllt ist.⁶⁹⁰ Sobald die Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen, tritt damit die Beleihung ein, es bedarf keines weiteren Aktes eines Dritten wie einer Verwaltungsbehörde. Dies kann im Falle der Schiedsperson nach § 73b SGB V bereits grundlegend nicht angenommen werden. Es existiert kein entsprechender Kreis von Adressaten, der den Tatbestand von § 73b Abs. 4 SGB V erfüllen kann. Es bedarf immer eines zwischengeschalteten Aktes eines Dritten, da die Schiedsperson entweder durch die Parteien oder die zuständige Aufsichtsbehörde festgelegt werden muss. Das Gesetz eröffnet lediglich die Befugnis, eine Schiedsperson einzusetzen. Es ist aber nicht möglich, als natürliche Person durch Erfüllung bestimmter Voraussetzungen – solche werden zudem in § 73b Abs. 4a SGB V nicht aufgestellt – den Status als Schiedsperson kraft Gesetzes zu erlangen. Es wird keine konkrete Person durch das Gesetz selbst mit hoheitlichen Befugnissen ausgestattet. Eine Beleihung durch Gesetz scheidet damit aus.

(d) Beleihung durch die Parteien aufgrund eines Gesetzes

Eine Beleihung aufgrund eines Gesetzes kann sowohl durch Verwaltungsakt als auch durch öffentlich-rechtlichen Vertrag erfolgen, was auch den Regelfall der

⁶⁹⁰ *Wolff*, VerwR II, 1. Aufl., § 104 II a) 1., S. 306.

Beleihung darstellt.⁶⁹¹ Beide Formen kommen hier in Betracht. Zum einen ist es denkbar, dass die Schiedsperson durch einen Verwaltungsakt, also einseitig verbindlich durch eine oder beide Parteien in Form eines gemeinsamen Verwaltungsaktes festgelegt wird. In diesem Fall ist jedoch, wie bei der Beleihung durch Verwaltungsakt allgemein angenommen, eine Zustimmung der berufenen Schiedsperson erforderlich, damit die Einsetzung wirksam wird. Es handelt sich dabei um einen so genannten mitwirkungsbedürftigen Verwaltungsakt.⁶⁹² Das Zusammenwirken mehrerer Behörden bei dem Erlass eines Verwaltungsaktes ist dem Verwaltungsrecht durchaus nicht unbekannt.⁶⁹³ Auch in der vorliegenden Situation ist es denkbar, dass ein gemeinschaftliches Handeln der Parteien anzunehmen ist, sollte es nicht genügen, dass ein einseitiger Verwaltungsakt erlassen wird.

Gemeinschaft, Krankenkasse (oder nur eine von beiden) und Schiedsperson könnten aber auch einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließen, wodurch die Beleihung eintritt. Dabei könnten sich die Parteien auf die wesentlichen Punkte gemeinsam einigen.

Allen Varianten wäre gemein, dass eine Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen erfolgt. Dies kann aber nur geschehen, wenn derjenige, der aufgrund Gesetzes handelt, solche hoheitlichen Befugnisse vermitteln kann, was nur möglich ist, wenn der Handelnde selbst hoheitliche Befugnisse innehat. Vor der Klärung der Frage, wem die Befugnis zur Beleihung zukommt und ob es einer Beleihung durch beide oder nur eine Partei bedarf, soll deshalb der Frage nachgegangen werden, ob die Parteien fähig sind, hoheitliche Befugnisse zu verleihen und damit denklogisch zunächst der Frage, ob sie selbst solche Befugnisse innehaben. Dazu müssten sie selbst Träger hoheitlicher Gewalt sein.

⁶⁹¹ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 87.

⁶⁹² *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, Anhang § 54, Rn. 5a.

⁶⁹³ So wird die Frage, ob Mitwirkungsakte von Behörden jeweils einen eigenständigen Verwaltungsakt darstellen, erörtert, vgl. bspw. *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, Anhang § 54, Rn. 7b. Das bekannteste Beispiel, das angeführt wird, ist das gemeindliche Einvernehmen nach § 36 Abs. 1 S. 1 BauGB, bei dem die Frage eines eigenständigen Verwaltungsaktes diskutiert, jedoch überwiegend verneint wird, vgl. *Söfker* in: Ernst, BauGB, § 36, Rn. 24. Keine Ausführungen finden sich dazu, ob mehrere Behörden gemeinschaftlich einen Verwaltungsakt erlassen können. Der eindeutig formulierte Wortlaut von § 31 S. 1 SGB X, der von „eine[r] Behörde“ spricht, deutet darauf hin, dass ein gemeinsamer Erlass eines Verwaltungsaktes nicht angenommen werden kann. Dies bedürfte einer genauen Prüfung.

(aa) Fähigkeit zur Verleihung hoheitlicher Befugnisse der Krankenkassen

Bei den Krankenkassen lässt sich die Fähigkeit zur Verleihung hoheitlicher Befugnisse ohne weiteres bejahen: Sie sind Träger der Leistungen der gesetzlichen Krankenkassen nach § 21 Abs. 2 SGB I und Rechtsträger als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts, § 4 Abs. 1 SGB V. Nach § 31 Abs. 3 S. 1 SGB IV haben die vertretungsberechtigten Organe des Versicherungsträgers die Eigenschaft einer Behörde. Dies entspricht dem Grundsatz, dass Rechtsträger durch ihre Organe handeln. Die Vertretung obliegt gemäß § 35 Abs. 1 S. 1 SGB IV dem Vorstand des Versicherungsträgers. Als Teil der mittelbaren Staatsverwaltung kommen ihm damit unmittelbar staatliche Befugnisse zu, weshalb er auch selbst grundsätzlich eine Beleihung vornehmen kann.

(bb) Fähigkeit zur Verleihung hoheitlicher Befugnisse durch die Gemeinschaften

Schwieriger erscheint eine Annahme der Behördeneigenschaft der Gemeinschaft. Wie bereits erläutert, kommen verschiedene Organisationsformen in Betracht. Es kann sich um privatrechtliche juristische Personen oder Personengesellschaften handeln, aber nicht um öffentlich-rechtliche juristische Personen oder Personengesellschaften und damit auch nicht um einen Teil mittelbarer Staatsverwaltung, da es sich um einen Zusammenschluss von Ärzten, also natürlicher Personen handelt und das Gesetz die Gemeinschaften nicht ausdrücklich zu einem Teil der mittelbaren Staatsverwaltung macht. In Betracht kommt damit auch hier nur eine Beleihung der Gemeinschaften, aus der sich eigene hoheitliche Befugnisse ergeben würden. Diese könnte die Gemeinschaft dann selbst an die Schiedsperson, zumindest einen Teil davon, „übertragen“. Die Feststellung, ob es sich bei den Gemeinschaften selbst um Beliehene handelt, kann aber dahinstehen, wenn es nicht möglich ist, dass Beliehene andere beleihen. Denn nur dann könnten die Gemeinschaften die Schiedsperson mit hoheitlichen Befugnissen ausstatten und eine Beleihung der Schiedsperson wäre grundsätzlich möglich.

(aaa) Unterbeleihung

Es müsste zunächst möglich sein, dass Beliehene andere beleihen (im Folgenden als Unterbeleihung bezeichnet), hier in dem Verhältnis der Gemeinschaft zur Schiedsperson.

Zu dieser Frage finden sich kaum Überlegungen in der wissenschaftlichen Literatur, auf die zurückgegriffen werden könnte.⁶⁹⁴ Dies mag daran liegen, dass eine Dreieckskonstellation nur in wenigen Fällen auftreten kann. Lediglich im Rahmen des Straßenverkehrsrechts musste sich die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung in einem Fall mit dieser Frage befassen. Jedoch bleiben die Ausführungen zu diesem Problem auch dort spärlich. Es ging in dem vorliegenden Fall um den Widerruf der Betrauung eines Prüfsachverständigen im Bereich des Straßenverkehrsrechts. Dabei bestanden Rechtsbeziehungen zwischen einer anerkannten, von mehreren Sachverständigenorganisationen gebildeten Überwachungsorganisation, deren Prüfsachverständigen und mehreren Bundesländern, die die Überwachungsorganisation als solche anerkannten. Man kann eine Beleihung im Verhältnis zwischen Bundesländern und Überwachungsorganisation annehmen.⁶⁹⁵ Die Gerichte, die in der Sache zu entscheiden hatten, gingen alle davon aus, dass auch im Verhältnis zwischen Überwachungsorganisation und Prüfsachverständigen eine Beleihung vorgenommen wird.⁶⁹⁶ Das Verwaltungsgericht Koblenz spricht explizit davon, dass es sich bei der Betrauung des Prüfsachverständigen um eine „Weiterbeleihung“ handle.⁶⁹⁷ Diese sei nur unbedenklich, da sie sich aus der entsprechenden Norm ergebe und eine Zustimmung der Anerkennungsstelle vorliege. Das Gericht nennt damit die für es relevanten Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für die Annahme einer solchen Unterbeleihung. Das Oberverwaltungsgericht Koblenz äußerte sich hierzu als Berufungsinstanz⁶⁹⁸ nur insofern, als dass angenommen wurde, dass ein Verwaltungsakt den Kläger „mit den der Beklagten

⁶⁹⁴ Vgl. hierzu *Freitag*, Beleihungsverhältnis, S. 159; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 538; *Michaelis*, Der Beliehene, S. 207; *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 52; *Vock*, NJ 2012, 61 ff.

⁶⁹⁵ So ohne weitere Begründung VG Koblenz, Urteil vom 7.12.2009 – 4 K 304/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 32.

⁶⁹⁶ VG Koblenz, Urteil vom 7.12.2009 – 4 K 304/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 35; OVG Koblenz, Urteil vom 28.6.2010 – 6 A 10154/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 20; BVerwG, Urteil vom 26.1.2012 – 3 C 8/11 – NVwZ-RR 2012, 431 ff.; so auch OVG Münster, Urteil vom 22.9.2000 – 8 A 2429/99 – NZV 2001, 184, 188 f. mit der Begründung, dass es sich bei der Überwachung von Kraftfahrzeugen um eine staatliche Aufgabe der Gefahrenabwehr handle, wobei auch die Prüfung der KFZ u.a. durch die Prüfsachverständigen der Sicherheit und Ordnung auf den öffentlichen Straßen diene. Der Staat bediene sich dabei privater Sachverständiger, die die hoheitlichen Aufgaben im eigenen Namen eigenverantwortlich wahrnehmen, weshalb eine Beleihung vorliege. Wie genau die Beleihung erfolgt, stellt das Gericht aber nicht klar.

⁶⁹⁷ VG Koblenz, Urteil vom 7.12.2009 – 4 K 304/09 – unveröffentlicht, juris Rn. 35.

⁶⁹⁸ OVG Koblenz, Urteil vom 28.6.2010 – 6 A 10154/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 20.

verliehenen hoheitlichen Befugnissen (unter-)beleih[t]“. Kläger war der Prüflingenieur, Beklagte die Überwachungsorganisation. Dies werde von allen Beteiligten sowie dem Verwaltungsgericht angenommen, weshalb das OVG nicht weiter auf diese Fragestellung einzugehen habe. Auch das Bundesverwaltungsgericht musste sich als Revisionsgericht mit der Sache befassen.⁶⁹⁹ Eine Äußerung zur Unterbeleihung beinhaltet das Urteil aber nicht. Es wird grundsätzlich nur von „Betrachtung“ gesprochen, ohne eine weitere Einordnung vorzunehmen.⁷⁰⁰ In der Literatur wird eine Unterbeleihung dagegen kritisch betrachtet.⁷⁰¹ Konkret zu dem vorstehend besprochenen Urteil des OVG Koblenz schreibt *Vock*, dass die Rechtsprechung die Betrachtung auch „Unterbeleihung“ nenne, aber damit keine Beleihung im eigentlichen Sinne meine, sondern eine dem Erfüllungsgehilfen nach § 278 BGB vergleichbare Position des Betrauten.⁷⁰² Eine genauere Begründung für diese Annahme wird nicht gegeben. Der Auffassung *Vocks* ist zu widersprechen: Das OVG Koblenz äußert sich zwar nicht genauer zur Unterbeleihung, spricht aber zum einen von einer Unterbeleihung mit hoheitlichen Befugnissen durch Verwaltungsakt, nicht von einer Einsetzung in eine Gehilfenstellung. Die Verwendung dieses konkreten Wortlautes spricht stark für die Annahme einer Beleihung im eigentlichen Sinne. Zudem kommen einem Erfüllungsgehilfen keine hoheitlichen Befugnisse zu. Den Prüflingenieuren werden, unabhängig von der Frage, ob auch der Überwachungsorganisation hoheitliche Befugnisse eingeräumt werden, solche Befugnisse zugesprochen.⁷⁰³ Damit kann auch materiell die Einordnung als Erfüllungsgehilfe nicht überzeugen. Wenn *Vock* einen öffentlich-rechtlichen Verwaltungshelfer gemeint haben sollte, ist auch eine solche Einordnung nicht zutreffend, da die Prüflingenieure im Wesentlichen frei agieren und nicht abhängig von der Überwachungsorganisation. Es handelt sich um Beliehene.⁷⁰⁴ Zum anderen verweist das OVG Koblenz auf die Entscheidung des VG Koblenz, welches auf *Freitag* Bezug nimmt, der sich genauer mit der Fragestellung der Unterbeleihung auseinandersetzt. Von einer dog-

⁶⁹⁹ BVerwG, Urteil vom 26.1.2012 – 3 C 8/11 – NVwZ-RR 2012, 431 ff.

⁷⁰⁰ Vgl. v.a. BVerwG, Urteil vom 26.1.2012 – 3 C 8/11 – NVwZ-RR 2012, 431, 432.

⁷⁰¹ Insbesondere genauer *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 159.

⁷⁰² *Vock*, NJ 2012, 61, 65.

⁷⁰³ Die Frage, ob die Überwachungsorganisation, regelmäßig der Technische Überwachungsverein, beliehen ist, oder nur die Sachverständigen, die bei diesem angestellt sind, ist umstritten, vgl. hierzu ausführlich m.w.N. *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 47 ff.

⁷⁰⁴ So auch *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 52.

matischen Einordnung als Gehilfe ist bei diesem nicht die Rede, sondern vielmehr von einer Beleihung *per definitionem* durch den Beliehenen. Der Deutung der Rechtsprechung durch *Vock* kann damit nicht gefolgt werden. Selbst wenn in dem hier dargelegten Fall richtigerweise *Vock* folgend von einer Einordnung als Gehilfe ausgegangen werden könnte und eine Einordnung als (Unter-)Beliehener nicht zutreffend wäre, schließt dies die Existenz der Rechtsfigur der Unterbeleihung nicht aus.

Die allgemein vorgebrachte Kritik an der Figur der Unterbeleihung wird mit einer nicht ausreichenden personellen Legitimation des Unterbeliehenen begründet. Abgelehnt wird insbesondere, dass der Beliehene selbst eine ausreichende Legitimation für den Unterbeliehenen herstellen und die Legitimationskette verlängern kann, wenn er die Verantwortung für Entscheidungen trägt. Eine Weiterbeleihung könne nur erfolgen, wenn die beleihende Behörde die Weiterbeleihung genehmige. Ausnahmen könnten nur in Einzelfällen gemacht werden, wenn z. B. die beleihende Stelle nicht in der Lage sei, mitzuwirken oder bei bereits ausreichender Legitimation.⁷⁰⁵ Damit wird die Unterbeleihung an sich ebenfalls anerkannt, aber nur unter bestimmten Voraussetzungen, die mit den von der Rechtsprechung aufgestellten Kriterien identisch sind. Das Erfordernis der Genehmigung kann wie auch von *Freitag* formuliert nicht ausnahmslos verlangt werden. Neben den genannten Beispielen ist ein solches Erfordernis nicht zu machen, wenn die Beleihung durch Gesetz erfolgt und dieses kein Zustimmungserfordernis vorsieht, da in diesem Fall keine beleihende Stelle existiert. Die Beleihung der Gemeinschaft kann nur durch das Gesetz selbst erfolgen, wenn sie gegeben sein sollte, da es keine der Gemeinschaft übergeordnete Behörde gibt. Eine Genehmigung kann damit nur nach den Grundsätzen der allgemeinen Aufsicht verlangt werden. Da § 73b SGB V eine Zustimmung der allgemeinen Aufsichtsbehörde nicht vorsieht, diese nur im Falle der Nichteinigung eingeschaltet wird, kann eine ggf. vorliegende Unterbeleihung der Schiedsperson nicht an das Vorliegen einer Zustimmung geknüpft werden.

Es findet sich auch die Auffassung, eine Beleihung durch den Beliehenen selbst sei nicht möglich, da lediglich die Zuständigkeit für bestimmte staatliche Aufgaben übertragen werde, nicht aber die Befugnis, über diese zu verfügen.⁷⁰⁶ Dies kann so jedoch nicht überzeugen. Wenn sich ausdrücklich aus dem Gesetz oder

⁷⁰⁵ *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 159.

⁷⁰⁶ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 207.

durch Auslegung ergibt, dass auch eine Unterbeleihung erfolgen kann, so muss dies als ausreichend angesehen werden. Insbesondere ist zu berücksichtigen, dass der Beliehene wie erläutert ein Rechtsträger und zugleich eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 4 VwVfG des Bundes bzw. § 1 Abs. 2 SGB X ist. Diese ist in der Lage, Verwaltungsakte zu erlassen sowie öffentlich-rechtliche Verträge abzuschließen. Damit besteht grundsätzlich auch die Möglichkeit, selbst eine Beleihung vorzunehmen, wenn dies mit rechtsstaatlichen Grundsätzen vereinbar ist und eine entsprechende Rechtsgrundlage existiert.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Gerichte aufgrund mangelnder Problematisierung der Fragestellung davon ausgehen, dass eine Unterbeleihung möglich ist. Auch die wenigen Literaturstimmen erkennen diese Rechtsfigur überwiegend an.⁷⁰⁷ Eine Verallgemeinerung der Annahme im Rahmen der Entscheidungen aus dem Straßenverkehrsrecht erscheint möglich. Es werden keine Voraussetzungen aufgestellt, die an die Besonderheiten des Straßenverkehrsrechts anknüpfen. Gewisse Voraussetzungen müssen jedoch erfüllt sein. Macht das einfache Recht keine Vorgaben, sind zumindest die allgemeinen verfassungsrechtlichen Vorgaben des Grundgesetzes zu berücksichtigen. Dabei muss vor allem der Vorbehalt des Gesetzes aus Art. 20 Abs. 2, 3 GG gewahrt werden, der im Rahmen der Beleihung eine große Rolle spielt. Dem Vorbehalt des Gesetzes entsprechend ist zu verlangen, dass sich bereits aus der Rechtsnorm, die die Beleihung vorsieht, ergibt, dass auch eine Unterbeleihung möglich ist. Dies muss sich der Norm – ggf. durch Auslegung – entnehmen lassen.⁷⁰⁸ Ist der Beliehene selbst legitimiert, leitet der Unterbeliehene seine Legitimation unmittelbar vom Beliehenen ab. Dadurch wird die Legitimation zwar abgeschwächt, aber die Legitimationskette besteht ununterbrochen fort. Zudem muss ggf. die Zustimmung einer anderen zu beteiligenden Behörde vorliegen, wenn das einfache Gesetz dies vorsieht.

⁷⁰⁷ Auch *Vock*, NJ 2012, 61, 65, der sich zwar nicht genauer äußert, aber von einer Unterbeleihung spricht, lehnt die Figur der Unterbeleihung nicht grundsätzlich ab, sondern nur in dem vorliegenden Fall. Man kann seinen Ausführungen daher keine Zurückweisung dieser Rechtsfigur entnehmen.

⁷⁰⁸ Die Weiterübertragung von Aufgaben der Verwaltung von einem Verwaltungsorgan auf einen Beliehenen, worunter auch die Übertragung von einem auf einen anderen Beliehenen gefasst werden kann, wird von *Huber* unter dem Begriff „Sub-Delegation“ diskutiert und nur dann für zulässig erachtet, wenn sie gesetzlich ausdrücklich zugelassen wird, vgl. *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 538.

Folglich handelt es sich bei der Unterbeleihung um eine allgemein anwendbare verwaltungsrechtliche Figur. Diese ist aufgrund der Anwendbarkeit der Beleihung im Sozialrecht ebenfalls auf das sich aus dem SGB X ergebende besondere Verwaltungsrecht anwendbar. Damit ist eine Unterbeleihung grundsätzlich möglich.

Die vorliegende Situation aus dem Straßenverkehrsrecht kann zudem für die Überlegungen zur Schiedsperson herangezogen werden. In dem geschilderten Fall wurde eine Unterbeleihung als Beleihung aufgrund Gesetzes angenommen. Dies kann aus dem Wortlaut der Anlage VIII zu § 29 Abs. 2 S. 1 StVZO entnommen werden. Nach § 29 Abs. 1 S. 1 StZVO müssen die Halter zulassungspflichtiger Fahrzeuge diese regelmäßig untersuchen lassen. Nach Ziffer 3.1.1 der Anlage VIII wird die Hauptuntersuchung von einer Überwachungsorganisation durch einen von ihr betrauten Prüfenieur durchgeführt. Die Überwachungsbehörde muss einen Prüfenieur bestimmen, der die Untersuchung vornimmt, da sie selbst nicht handeln kann. § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V spricht davon, dass sich die Parteien auf eine Schiedsperson verständigen müssen, die dann den Vertragsinhalt festlegt. Auch hier ist (zumindest grundsätzlich) ein zwischengeschalteter Willensakt einer anderen Person erforderlich. Damit ist die Situation der Prüfeniure auch mit der der Schiedspersonen vergleichbar. Auch in der untersuchten Fallkonstellation kann eine Unterbeleihung erfolgen.

(bbb) Gemeinschaften als Beliehene

Gemeinschaften sind privatrechtlich organisierte Zusammenschlüsse.⁷⁰⁹ Damit sind sie zunächst keine Rechtsträger, da sie nicht der öffentlich-rechtlichen Staatsverwaltung zuzuordnen sind. Sie können allenfalls der mittelbaren Staatsverwaltung zugeordnet werden. Die Annahme einer Körperschaft oder sonstigen Person des öffentlichen Rechts scheidet aus. Körperschaften werden durch Hoheitsakt, also durch Gesetz oder durch auf einer gesetzlichen Ermächtigung beruhenden Rechtsakt, errichtet und nicht aufgrund einer auf Privatautonomie beruhenden Entscheidung begründet.⁷¹⁰ Ein solcher Hoheitsakt liegt hier nicht vor; die Hausärzte schließen sich vielmehr aus einem privatrechtlichen Willensentschluss auf privatrechtlicher Grundlage zu Gemeinschaften zusammen.

⁷⁰⁹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. c).

⁷¹⁰ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 85, Rn. 8, 36.

Über eine Beleihung könnten die Gemeinschaften aber zu Rechtsträgern werden. Dazu müssten sie durch öffentlich-rechtliche Rechtsvorschriften mit der Ausführung von öffentlich-rechtlichen Aufgaben ausdrücklich betraut werden. In Betracht kommt lediglich eine Beleihung durch das Gesetz selbst, also insbesondere § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V, der von den Gemeinschaften spricht und ihnen die Aufgabe zuweist, mit den Krankenkassen das Nähere zur hausarztzentrierten Versorgung in Verträgen zu regeln. Eine Beleihung aufgrund Gesetzes scheidet daran, dass es keine übergeordnete Behörde gibt, die einen entsprechenden Verwaltungsakt erlassen oder einen öffentlich-rechtlichen Vertrag abschließen könnte. Die Möglichkeit einer Verordnung räumt § 73b SGB V auch nicht ein. Das Gesetz selbst spricht nicht ausdrücklich von einer Beleihung. Auch sind die durch das Gesetz eingeräumten Befugnisse limitiert, sie erschöpfen sich in dem Vertragsschluss. Weitere Befugnisse können sich ggf. erst aus dem abgeschlossenen Vertrag selbst ergeben. Ein bestimmtes Maß an Befugnissen muss jedoch nicht vorliegen. Es ist ausreichend, wenn das Gesetz nur zu einem begrenzten Handeln ermächtigt. Unter Anwendung der oben herausgearbeiteten Kriterien kann eine Beleihung bejaht werden. § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V gibt vor, welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit es sich um eine Gemeinschaft im Sinne der Vorschrift handelt. Erfüllt ein Zusammenschluss von Ärzten diese Voraussetzungen der Norm, kommt ihm unmittelbar die Möglichkeit zum Vertragsschluss zu; es besteht ein Anspruch auf Vertragsschluss gegenüber der Krankenkasse. Eines weitergehenden, zwischengeschalteten Rechtsaktes, wie beispielsweise einer Zulassung, bedarf es nicht. Den Anforderungen einer Beleihung durch Gesetz wird hierdurch Genüge getan.

Maßgeblich ist hier, wie auch bei der Einordnung der Schiedsperson, ob den Gemeinschaften hoheitliche Aufgaben zukommen. Dabei muss es sich um Aufgaben handeln, die gerade nur durch Hoheitsträger durchgeführt werden können. Die Norm äußert sich hierzu nicht ausdrücklich. Die Tätigkeit der Gemeinschaft ist im Abschluss von Verträgen zu sehen und erschöpft sich auch hierin. Es handelt sich um öffentlich-rechtliche Verträge. Auch Private können öffentlich-rechtliche Verträge abschließen. Öffentlich-rechtliche Verträge betreffen auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts zu regelnde Rechtsverhältnisse, vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 SGB X, was auch die Rechtsbeziehungen einer Behörde zu Privaten erfasst.⁷¹¹ Ob es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt, bestimmt

⁷¹¹ BSG, Urteil vom 29.7.1970 – 7 RAr 44/68 – NJW 1971, 166, 166.

sich nach herrschender Meinung nach der sog. Aufgabenlehre. Maßgeblich ist also, ob die Aufgabe, also der Inhalt des Vertrages, Fragen des öffentlichen Rechts betrifft und damit dem öffentlichen Recht zuzuordnen ist.⁷¹² Hier geht es um eine weitergehende Ausgestaltung der hausarztzentrierten Versorgung durch Vertrag, also eine Aufgabe aus dem Leistungserbringungsrecht der §§ 69 ff. SGB V, einem Teil des Sozialrechts, das als öffentlich-rechtlich einzuordnen ist. Da der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags aber, wie gerade aufgezeigt, auch durch Private möglich ist, lässt sich aus der Bejahung eines öffentlich-rechtlichen Vertrages keine Schlussfolgerung für die Qualifizierung der Gemeinschaft ziehen. Auch der Abschluss eines Vertrages ist grundsätzlich keine hoheitliche Tätigkeit. Es muss also eine weitergehende Auslegung der Norm erfolgen.

Nahe liegt eine systematische Betrachtung, die die Qualifizierung weiterer Leistungserbringer in Betracht nimmt. Dabei ist auf die Auflistung in § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V Bezug zu nehmen: Zu den Leistungserbringern gehören Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten, Apotheken sowie sonstigen Leistungserbringer und ihre jeweiligen Verbände. Zu dem Tätigwerden der Leistungserbringer im Verhältnis zu den Patienten finden sich in der Literatur, wenn auch selten, Ausführungen. So werden weder Ärzte und Zahnärzte, noch Apotheken, Krankenhäuser, Leistungserbringer von Heil- oder Hilfsmitteln, noch sonstige Leistungserbringer als Beliehene angesehen.⁷¹³ Es scheiterte an der Ausführung einer hoheitlichen Aufgabe.⁷¹⁴ Geht man davon aus, dass die Gemeinschaften den „verlängerten Arm“ der Hausärzte darstellen und nur eine spezifische Form der ärztlichen Versorgung genauer ausgestalten sollen, könnte man hieraus den Schluss ziehen, auch die Gemeinschaft könne nicht beliehen sein. Dies ist jedoch abzulehnen. Zum einen stellen die Gemeinschaften ein eigenes Rechtssubjekt dar, das eigenständig zu beurteilen ist. Zum anderen handelt es sich bei dem Vertragsabschluss nach § 73b SGB V um eine originäre, nur den Gemeinschaften zukommende Aufgabe. Die Ärzte selbst könnten den privilegierten Vertrag nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V nicht abschließen. Des Weiteren muss man bei der Einordnung genau zwischen einzelnen Aufgaben differenzieren. Eine Beleihung kann auch nur in Bezug auf einzelne Aufgaben vorliegen. Die Ablehnung der Beleihung bezieht sich in den genannten Fällen auf die Rechtsbeziehungen zwischen

⁷¹² Diering in: LPK-SGB X, § 53, Rn. 7.

⁷¹³ Sodan in: Sodan, Handbuch Krankenversicherung, § 13, Rn. 15 ff., 33, 51, 41, 53.

⁷¹⁴ So beispielsweise zu den Ärzten: Sodan in: Sodan, Handbuch Krankenversicherung, § 13, Rn. 15 ff.

den Leistungserbringern und den einzelnen Versicherten, also die Leistungserbringung selbst. Aussagen für die Einordnung von Befugnissen auf der Organisationsebene, auf der der Rahmen für die Leistungserbringung gesteckt wird, lassen sich hieraus nicht herleiten. Ausführungen zur Beleihung in diesem Kontext sind in der Literatur kaum zu finden. In Bezug auf den Abschluss von Rahmenverträgen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Spitzenorganisation der Apotheker nach § 129 Abs. 2 SGB V wird aber vertreten, dass letztere bei dem Abschluss des Vertrages als Beliehene auftritt.⁷¹⁵ Begründungen finden sich hierzu aber auch in der Literatur nicht. Da es auch hier um einen Vertragsschluss geht und die Spitzenorganisation der Apotheker privatrechtlich organisiert ist, kann man eine Vergleichbarkeit mit der Gemeinschaft annehmen und zumindest die Schlussfolgerung ziehen, dass eine Einordnung als Beliehene nicht von Beginn an ausscheidet.

Auch bei der Gemeinschaft ist bezüglich einzelner Befugnisse zu differenzieren. Die Antragstellung gegenüber der Krankenkasse auf Durchführung des Schiedsverfahrens ist eine einseitige Willenserklärung, die nicht bloß bei Hoheitlichkeit erfolgen kann.⁷¹⁶ Ob die Festlegung der Schiedsperson als hoheitliche Tätigkeit zu qualifizieren ist, bleibt noch zu klären. Entscheidend ist hier zunächst die Einordnung des Vertragsschlusses nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V selbst. Es handelt sich um einen Vertrag, der das Leistungsspektrum, die Vergütung und sonstige Modalitäten der Leistungserbringung im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung festlegt. Ein Privater könnte diese Aufgabe, die im originär staatlichen Bereich anzusiedeln ist, ohne Einräumung der Kompetenz durch den Gesetzgeber nicht durchführen. Damit wird den Gemeinschaften eine hoheitliche Aufgabe übertragen. Zumindest in Bezug auf den Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung ist von einer Beleihung auszugehen.

Somit handelt es sich um eine Beleihung durch Gesetz. Die Gemeinschaften sind Beliehene.⁷¹⁷

⁷¹⁵ Axer in: Becker/Kingreen, SGB V, § 129, Rn. 28.

⁷¹⁶ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. II. 2.

⁷¹⁷ So auch Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 34. A.A., jedoch ohne genauere Begründung Weichert, ZMGR 2009, 263, 265 („weder dem Gesetzestext noch der Gesetzesbegründung [ist] die Absicht der Zuweisung hoheitlicher Befugnisse zu entnehmen“).

(cc) Beleihungsbefugnis gegenüber der Schiedsperson

In Betracht kommt eine gemeinsame Beleihung durch Krankenkasse und Gemeinschaft, aber auch die alleinige Beleihung durch eine der Parteien.

Eine Beleihung der Schiedsperson lediglich durch die Krankenkassen erscheint fraglich, da nur die Gemeinschaften die Schiedsperson anrufen können, nicht aber die Krankenkassen. Dies würde eher dafür sprechen, allein den Gemeinschaften die Befugnis zur Beleihung zuzusprechen. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Betrachtung ist aber nicht die Antragsstellung durch die Gemeinschaft, sondern die Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien. Erst zu diesem Zeitpunkt konkretisiert sich die Schiedsperson und sie kann mit Aufgaben betraut werden. Damit ist es nicht zwingend, eine alleinige Beleihung durch die Gemeinschaft anzunehmen. Vielmehr erscheint es erforderlich, eine Beleihung durch beide Parteien gemeinsam anzunehmen, da sie auch die Schiedsperson gemeinschaftlich festlegen. Nur durch diesen Akt kann die Beleihung erfolgen. Einen separaten Verwaltungsakt oder öffentlich-rechtlichen Vertrag neben der Festlegung der Schiedsperson wird man nicht konstruieren können. Dafür wäre eine weitere Willensbetätigung erforderlich, die man dem Handeln nicht entnehmen kann. Somit bleiben als Möglichkeiten für die Beleihung der Erlass eines gemeinschaftlichen Verwaltungsaktes oder der Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Ersterer wurde bereits kritisiert. Naheliegend ist eine Beleihung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag.

An der Beleihungsbefugnis der Gemeinschaften lassen sich bereits an dieser Stelle Bedenken äußern. Die Beleihung der Gemeinschaften wurde bisher nur bezüglich des Vertragsschlusses nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V angenommen. Ob sie auch selbst zur Beleihung befugt ist, kann man daher anzweifeln. Jedoch stellt die Bestimmung einer Schiedsperson zur Festlegung des Vertrages im Falle der Nichteinigung eine Verlängerung der Kompetenz zum Vertragsschluss dar. Eine Beleihung erscheint damit grundsätzlich möglich, wobei sich Bedenken an der Beleihung der Gemeinschaft in Bezug auf die Bestimmung der Schiedsperson zeigen. Diese Bedenken lassen sich auch nicht dadurch ausräumen, dass man die hoheitlichen Befugnisse der Krankenkasse als ausreichend ansieht – vorausgesetzt, sie kann eine Beleihung der Schiedsperson vornehmen. Vielmehr muss sich die Schiedsperson auf von beiden Parteien abgeleitete hoheitliche Befugnisse berufen können, um als ausreichend legitimiert angesehen zu werden. Der

Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages, bei dem nur die Krankenkassen hoheitlich handeln, genügt damit nicht, um eine Beleihung der Schiedsperson annehmen zu können. Diese Frage bedarf im Folgenden einer genaueren Klärung. Grundsätzlich ist die Beleihungsbefugnis aber nicht von vorneherein als ausgeschlossen anzusehen.

(e) Beleihung durch Aufsichtsbehörde aufgrund von Gesetz

Können sich die Parteien nicht einigen, bestimmt die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson, § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V. Dabei wird die Aufsichtsbehörde einseitig hoheitlich tätig; gegenüber den Parteien stellt die Bestimmung der Schiedsperson einen Verwaltungsakt dar.⁷¹⁸ Hierin könnte man zugleich eine Beleihung der Schiedsperson erkennen. Dies wäre dann als Beleihung durch einen Verwaltungsakt anzusehen. Die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde stellt eine Verlängerung der Bestimmung durch die Parteien dar und kommt nur subsidiär zum Einsatz. Sollte eine Beleihung durch die Parteien abzulehnen sein, muss dies auch für das Handeln der Aufsichtsbehörde gelten. Sie kann keine anderen oder weitergehenden Befugnisse haben als die Parteien, da ihre alleinige Aufgabe in dieser Situation in der Ersetzung der Bestimmung der Schiedsperson zu sehen ist.⁷¹⁹

(f) Schiedsperson als Beliehene

Bevor mit den oben herausgearbeiteten Merkmalen gearbeitet werden kann, soll zunächst eine Auswertung der Rechtsprechung erfolgen, um die dort angeführten Argumente in die Würdigung und endgültige Entscheidung, ob es sich bei der Schiedsperson um eine Behörde handelt, einfließen zu lassen. Da § 73b SGB V zur rechtlichen Einordnung der Schiedsperson schweigt, muss vor allem mit den Auslegungsmethoden gearbeitet werden. Ist unklar, ob eine Befugnis zu hoheitlichem Handeln verliehen wird, ist im Zweifel von privatem Handeln auszugehen, da auch staatliche Aufgaben durch Private in Form des Verwaltungsprivatrechts erfüllt werden können.⁷²⁰ Die Vermutung muss durch das Gesetz, welches es auszulegen gilt, entkräftet werden.

⁷¹⁸ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt 2, B. V. 4.

⁷¹⁹ Vgl. zur Reichweite der Entscheidungskompetenz der Schiedsperson Abschnitt 2, D. I.

⁷²⁰ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 26; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 276.

(aa) Erst- und zweitinstanzliche Rechtsprechung zur Schiedsperson nach § 73b SGB V

Wie auch zur Frage der Behördeneigenschaft der Schiedsperson im Allgemeinen finden sich zur Frage der Beleihung in der Rechtsprechung kaum Ausführungen.

(bb) Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 132a SGB V

Aufgrund des oben dargestellten Näheverhältnisses der Schiedsperson nach § 73b SGB V zu der nach § 132a SGB V können hier die Ausführungen des 3. Senats des Bundessozialgerichts in seiner Entscheidung zur Einordnung der Schiedsperson nach § 132a SGB V als Beliehene herangezogen werden.⁷²¹ Die weiteren Schiedspersonen spielen mangels entsprechender Rechtsprechung auch hier keine Rolle. Der Senat äußerte sich in der genannten Entscheidung nur sehr knapp und lehnte die Einordnung als Beliehene dabei ab. Es finden sich zwar Ausführungen allgemeiner Natur. So stellte das Gericht fest, dass auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts Aufgaben öffentlicher Verwaltung vornehmen und als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X angesehen werden können, wobei sie beliehene Unternehmer seien. Es wird hier mit der von *Mayer* eingeführten Begrifflichkeit gearbeitet. Voraussetzung sei die Übertragung durch oder aufgrund Gesetzes durch einen Beleihungsakt, wobei dies auch nur für einen begrenzten Zeitraum oder „eng begrenzte Zwecke“ erfolgen könne.⁷²² Im Folgenden werden die genannten Grundsätze aber nicht geprüft. Das Bundessozialgericht beschränkt sich auf die Aussage, dass „[d]iese Voraussetzungen des weiten funktionellen Behördenbegriffs [...] hier nicht erfüllt [sind].“⁷²³ Argumente für die Bewertung der Schiedsperson lassen sich daraus nicht gewinnen.

(cc) Höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 73b SGB V

In seinem Urteil vom 25. März 2015 zu § 73b SGB V⁷²⁴ befasst sich der 6. Senat des Bundessozialgerichts, anders als der 3. Senat im Urteil zu § 132a SGB V, genauer mit der Frage, ob es sich bei der Schiedsperson um eine Beliehene handelt. Zunächst erfolgt zwar ein Verweis auf die Ausführungen des Urteils zu § 132a SGB V. Auch kann der 6. Senat des Bundessozialgerichts dem Wortlaut

⁷²¹ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 127.

⁷²² BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 127.

⁷²³ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 127.

⁷²⁴ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27 ff.

von § 73b SGB V keine ausdrückliche Beleihung entnehmen. Zudem beinhalte das Gesetz keine Festlegungen und mache auch keine Vorgaben zur Auswahl der Schiedsperson, was gegen eine Beleihung spreche. Jedoch könne sich eine Beleihung aus der weiteren Auslegung der Norm ergeben, wenn Systematik, Sinn und Zweck und Entstehungsgeschichte für eine Beleihung sprächen.⁷²⁵ Sodann schließt sich eine genaue Auslegung an, wobei eine Beleihung der Schiedsperson abgelehnt wird. Stattdessen geht das Bundessozialgericht auch bei § 73b SGB V von einer Vertragshilfe entsprechend §§ 317 ff. BGB aus. Nicht als maßgeblich wird die Tatsache angesehen, dass bei § 73b SGB ein gesetzlich normiertes und nicht wie bei § 132a SGB V a.F. vertraglich vereinbartes Schiedsverfahren vorgesehen ist, da auch in letzterem Fall eine Verpflichtung zu einer vertraglichen Vereinbarung vorliege und damit im Ergebnis ebenfalls ein pflichtiges Verfahren bestehe.⁷²⁶ Die Tatsache, dass eine Verpflichtung zum Vertragsschluss besteht, wird immer wieder betont. Hieraus ergeben sich Besonderheiten, die bei der Anwendung von Vorschriften, wie den §§ 317 ff. BGB, zu berücksichtigen seien.⁷²⁷

(dd) Weitere Auslegung der Norm

Der bereits herangezogene Wortlaut der Norm ist unergiebig. Kann man hieraus keine Beleihung durch Gesetz annehmen, ist die Norm gegenüber einer Beleihung aufgrund Gesetzes offen. Denn der Tatbestand muss nicht bereits so ausgestaltet sein, dass durch bloße Erfüllung der Voraussetzungen eine Beleihung vorliegt. Die Beleihung aufgrund Gesetzes kann sich damit auch durch Auslegung ergeben.⁷²⁸ Der teleologische Hintergrund, eine schnelle, unbürokratische Konfliktlösung zu ermöglichen, streitet nicht notwendig für die Einordnung als Beliehene, ist vielmehr offen. Erst für die Folgefrage anzuwendender Verfahrensvorschriften kann dieser Zweck eine Rolle spielen. Aus der dogmatischen Einordnung lassen sich noch keine Folgen für die Durchführung des Verfahrens entnehmen. Eine Argumentation mit dem gesetzgeberischen Zweck wäre eine Argumentation vom Ergebnis her und damit nicht überzeugend.

Der systematische Zusammenhang mit § 132a SGB V spricht dagegen, die Schiedsperson nach § 73b SGB V als Beliehene anzusehen.

⁷²⁵ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30.

⁷²⁶ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30. So auch *Kluckmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15e.

⁷²⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 31.

⁷²⁸ *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 276.

In der Gesetzesbegründung zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz, mit dem S. 5 in Abs. 4a eingefügt wurde, heißt es ausdrücklich, dass es sich bei dem Schiedspruch nicht um einen Verwaltungsakt handle, sondern die Schiedsperson als Vertragshelfer nach § 317 BGB analog tätig werde, was durch die Änderung klargestellt werden solle.⁷²⁹ Auch der historische Hintergrund spricht somit gegen die Einordnung als Beliehene, da die Gesetzgebungsmaterialien ausdrücklich von der Einordnung als Vertragshelfer sprechen.⁷³⁰ Dem gesetzgeberischen Willen muss man hier bei der Auslegung wohl auch größere Bedeutung beimessen, als man dies bei der Auslegung im Allgemeinen tut, da die Entscheidung, ob es sich um einen Beliehenen handelt, eine Organisationsentscheidung ist, die maßgeblich dafür ist, wie staatliche Aufgaben erledigt werden.⁷³¹ Will der Gesetzgeber eine Aufgabe auf bestimmte Art und Weise erledigt wissen, so muss es grundsätzlich auch in seinen Kompetenzbereich fallen, entsprechende Regelungen zu treffen. Allein ausschlaggebend ist der Wille aber auch hier nicht. Somit ist eine genauere Analyse auf der Basis der oben dargestellten Voraussetzungen des Beliehenen erforderlich.

(ee) Kritische Würdigung

Die Kriterien, die durch die Rechtsprechung und Literatur in anderen Fällen aufgestellt wurden, sowie die allgemeinen Ausführungen zur Beleihung bedürfen einer Bewertung in Hinblick auf die Schiedsperson nach § 73b SGB V.

(aaa) Regelung von Art und Umfang der Befugnisse

An der Annahme einer Beleihung könnte man aufgrund der Tatsache zweifeln, dass das Gesetz neben der Ermöglichung der Beleihung selbst auch Art und Umfang der Befugnisse regeln muss.⁷³² Werden lediglich Pflichten übertragen, aber keine Befugnisse, handelt es sich nicht um eine Beleihung.⁷³³ Entnehmen lässt sich diese Anforderung dem Vorbehalt des Gesetzes. Dieser besagt, dass die Ver-

⁷²⁹ BT-DS 17/6906, S. 56.

⁷³⁰ Vgl. hierzu die ausführlichen Erläuterungen unter C. II. 1. c) bb) (4) (b).

⁷³¹ So nur *Stadler*, Die Beleihung in der Bundesgesetzgebung, S. 20 (in Fn. 115).

⁷³² BVerwG, Urteil vom 26.8.2010 – 3 C 35/09 – DVBl. 2010, 1434, 1437; *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 588; *Erbguth*, Allg. VerwR, § 6, Rn. 22.

⁷³³ *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 588.

waltung in bestimmten grundlegenden Bereichen nur auf Grundlage eines formellen Parlamentsgesetzes handeln darf.⁷³⁴ Für das Sozialrecht ist der Gesetzesvorbehalt in § 31 SGB I sogar einfachgesetzlich normiert. Ob vorliegend neben Pflichten auch Befugnisse eingeräumt werden, ist fraglich. Genauere Regelungen im Gesetz zu den Befugnissen der Schiedsperson gibt es nicht, weshalb es der Argumentation in diesem Abschnitt überhaupt erst bedarf. Was jedoch ausgeschlossen werden kann, ist die alleinige Übertragung von Pflichten. Ist eine Schiedsperson berufen, ist sie zwar einerseits verpflichtet, den Vertragsinhalt festzusetzen, kann hieraus aber auch Befugnisse herleiten, die mit der Festsetzung in Zusammenhang stehen. Die Befugnisse der Schiedsperson scheinen aufgrund ihres Wesens auch ausreichend begrenzt zu sein. Ihre Tätigkeit und damit ihre Befugnisse erschöpfen sich in der Festsetzung des Inhaltes eines einzigen Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung. Es handelt sich nicht um eine dauerhaft eingesetzte Institution. Die Schiedsperson kann lediglich die in diesem Rahmen anfallenden Entscheidungen treffen. Die genaueren anzuwendenden Verfahrensvoraussetzungen, die im Rahmen dieser Untersuchung erarbeitet werden sollen, sind zwar als Rahmen für die Tätigkeit von Bedeutung. Zur Wahrung des Vorbehalts des Gesetzes erscheinen sie aber nicht erforderlich. Es müssen nur die wesentlichen Modalitäten durch Parlamentsgesetz geregelt sein.⁷³⁵ Diese sind mit der Vorgabe, dass der Vertrag durch die Schiedsperson geregelt wird, gegeben. Der Gesetzgeber hat damit die erforderlichen Regelungen selbst vorgenommen. Das Argument vom Vorbehalt des Gesetzes kann der Annahme einer Beleihung nicht entgegengehalten werden.

(bbb) Regelung einer Aufsicht

Als maßgeblich für die Einordnung als Beliehener wird zudem angesehen, dass eine Aufsicht im Gesetz vorgesehen wird; fehle es an einer entsprechenden Regelung, könne man nicht von einer Beleihung ausgehen.⁷³⁶ Dass die Ausübung von Aufgaben der Verwaltung der Kontrolle übergeordneter staatlicher Organe

⁷³⁴ BVerfG, Urteil vom 14.7.1998 – 1 BvR 1640/97 – BVerfGE 98, 218, 251; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 (2007), Rn. 135.

⁷³⁵ BVerwG, Urteil vom 26.8.2010 – 3 C 35/09 – DVBl. 2010, 1434, 1437.

⁷³⁶ *Battis* in: Festschrift für Peter Raisch, S. 362 f.; *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 589; *Stadler*, Das Beleihungsrechtsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 192 f.; *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 105; *Vock*, NJ 2012, 61, 61.

unterliegen muss, stellt ein allgemeines, ungeschriebenes Prinzip des Verfassungsrechts dar.⁷³⁷ Begründet wird dies damit, dass nur bei Vorliegen einer Aufsicht den rechtsstaatlichen und demokratischen Anforderungen des Grundgesetzes Genüge getan werde, da sowohl der Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung aus Art. 20 Abs. 3 GG als auch der Grundsatz demokratischer Legitimation erfordern, dass auch die mittelbare Staatsverwaltung wie jede andere Verwaltungstätigkeit einer Aufsicht unterliegen müsse.⁷³⁸ Durch Einsatz Privater soll sich der Staat seinen Verpflichtungen nicht entziehen dürfen. Der Beliehene übt staatliche Aufgaben aus, so dass der Staat auch weiterhin Einfluss auf die originär ihm zuzuordnenden Aufgaben haben muss.⁷³⁹ Für die Schiedsperson sind aber – im Gegensatz zu den Schiedsämtern und -stellen – keine aufsichtsrechtlichen Regelungen getroffen worden. § 73b Abs. 4a SGB V sieht keine Aufsicht vor. Die Überlegungen, ob sich aus der Vorlagepflicht der geschlossenen bzw. festgesetzten Verträge in § 73b Abs. 9 SGB V a.F. eine Aufsicht herleiten ließ, ist inzwischen aufgrund deren Abschaffung obsolet. Selbst wenn hierin aufsichtsrechtliche Elemente erblickt werden könnten, so griffen diese erst, wenn eine konkrete Schiedsperson schon bestimmt wurde. Eine weitergehende Kontrolle erfolgte nicht, insbesondere war auch nach alter Rechtslage damit keine Aufsicht über das Verfahren vor der Schiedsperson gegeben. Auch der Beleihungsakt an sich unterliegt keiner Kontrolle nach Abs. 9. Erfolgt die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde, so ist hierin auch keine Aufsichtsmaßnahme zu erblicken, da weder ein Tätigwerden von Amts wegen vorliegt, da die Aufsichtsbehörde erst nach Scheitern einer einvernehmlichen Parteilösung zum Zuge kommt, noch eine Rechtsverletzung in der Nichteinigung, aufgrund derer die Behörde tätig wird, zu sehen ist.⁷⁴⁰ Auch die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Regelungen erfassen die Schiedsperson nicht. § 87 Abs. 1 S. 1 SGB IV regelt lediglich, dass die Versicherungsträger der Aufsicht unterliegen.

⁷³⁷ *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 544.

⁷³⁸ *Battis* in: Festschrift für Peter Raisch, S. 362 f.; *Huber*, Wirtschaftsverwaltungsrecht I, S. 544; *Michaelis*, Der Beliehene, S. 155; *Stadler*, Das Beleihungsrechtsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 192 f.; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 283; *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 105 f.

⁷³⁹ *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 106.

⁷⁴⁰ Mit diesen Argumenten auch LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837. Vgl. zur Aufsicht auch Abschnitt 2, G.

Dies führt zu der Frage, ob eine ausdrückliche Regelung der Aufsicht im Gesetz überhaupt erforderlich ist.⁷⁴¹ In der Literatur finden sich hierzu ablehnende Stimmen: Es sei nicht notwendig, dass der Gesetzgeber eine ausdrückliche Normierung vorsehe, damit Aufsicht möglich sei, vielmehr sei generell vom Vorliegen einer solchen auch ohne gesetzliche Regelung auszugehen.⁷⁴² Ob es sich dabei um Fachaufsicht⁷⁴³ handeln muss oder handelt oder eine reine Rechtsaufsicht⁷⁴⁴ vorliegen darf bzw. vorliegt, kann an dieser Stelle dahingestellt bleiben.⁷⁴⁵ Auch ohne ausdrückliche Normierung kann man eine Aufsicht nur annehmen, wenn sie möglich erscheint. Dazu muss es zumindest eine Verwaltungsinstanz, also eine Behörde, geben, die als Aufsichtsbehörde in Betracht kommt.

Davon kann bei der Schiedsperson aber keine Rede sein. Weder die Gemeinschaft noch die Krankenkassen können als Aufsichtsbehörden angesehen werden, da die Schiedsperson den Vertrag von diesen unabhängig festlegen soll. Könnten die Parteien aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen, würde dies den Zweck der Schiedsregelung konterkarieren. Die Funktion einer Kontrolle auf die Rechtmäßigkeit des Handelns sowie ggf. dessen Zweckmäßigkeit kann durch voreingenommene Parteien nicht erfüllt werden.

In Betracht kommt allenfalls eine ungeschriebene Befugnis zur Aufsicht für die Aufsichtsbehörden der Krankenkassen. Es könnten sodann die §§ 87 ff. SGB IV angewandt werden. Ob eine solche mit dem Erfordernis einer Ermächtigungsgrundlage vereinbar wäre, kann dahinstehen. Denn hiergegen sprechen bereits zwei Aspekte: Zum einen kann der Fall eintreten, dass die Aufsichtsperson selbst die Schiedsperson bestimmt, wenn sich die Parteien nicht einigen können. In diesem Fall wäre die Aufsichtsbehörde selbst am Verfahren beteiligt, man könnte Zweifel an einer neutralen Kontrolle erheben. Dieses Argument ist jedoch kein besonders starkes, da Aufsichtsbehörden in vielfältiger Weise beteiligt sein können und Kontrollen damit immer dem Einwand parteiischen Verhaltens ausgesetzt wären. Zum anderen aber ist die Annahme einer Aufsicht durch die Auf-

⁷⁴¹ Hiervon zu unterscheiden ist die Frage, ob sich eine Aufsicht auch durch Auslegung ergeben kann. Dies ist zu bejahen.

⁷⁴² *Michaelis*, Der Beliehene, S. 157; *Stadler*, Das Beleihungsrechtsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 193; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 283.

⁷⁴³ So *Michaelis*, Der Beliehene, S. 157; *Stadler*, Das Beleihungsrechtsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 193; *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 283.

⁷⁴⁴ Zumindest Annahme einer Rechtsaufsicht: *Battis* in: Festschrift für Peter Raisch, S. 364.

⁷⁴⁵ Annahme einer Abhängigkeit vom Einzelfall: *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S. 106.

sichtsbehörden mit dem Wesensgedanken des Schlichtungsverfahrens nicht vereinbar. Die Schiedsperson soll von ihrer Konzeption her gerade nicht in die mittelbare Staatsverwaltung eingeordnet sein und auch keiner Aufsicht unterliegen, sondern frei agieren können. Die Annahme einer ungeschriebenen Aufsicht kann mit der Intention des § 73b SGB V nicht in Einklang gebracht werden. Insbesondere eine Fachaufsicht widerspricht der freien Betätigung der Schiedsperson. Es wäre mit der Unabhängigkeit der Schiedsperson nicht vereinbar, wenn ihr durch eine Aufsichtsbehörde Vorgaben zur Zweckmäßigkeit gemacht werden könnten. Lediglich eine Rechtsaufsicht über die Einhaltung gesetzlicher Vorgaben erscheint möglich. Eine bloße Rechtsaufsicht kann man jedoch nur als ausreichend ansehen, wenn die Aufgaben und Kompetenzen des Beliehenen durch das Gesetz und den Beleihungsakt genau vorgegeben werden, um eine ausreichende Legitimation anzunehmen.⁷⁴⁶ Dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar steht genau fest, dass die Schiedsperson den Vertragsinhalt festsetzen muss. Weitergehende Anforderungen stellt das Gesetz jedoch nicht auf. Selbst wenn sich eine ungeschriebene Befugnis zur Rechtsaufsicht annehmen ließe, würde diese nicht ausreichen. Da dem Erfordernis einer Aufsicht zuzustimmen ist, weil nur so die Kontrolle über einen eigentlich dem Staat obliegenden Aufgabenbereich behalten wird, eine Aufsicht aber nicht vorliegt,⁷⁴⁷ kann man für die Schiedsperson auch keine Beleihung annehmen. Es handelt sich gerade nicht um eine ureigene Aufgabe der Verwaltung, die ausgegliedert wird, sondern von der gesetzgeberischen Intention her um eine der Verwaltung entzogene Aufgabe, und zwar das Schlichten an sich. Es obliegt dabei den Parteien, gegen eine Untätigkeit oder Rechtsverstöße der Schiedsperson vorzugehen.

(ccc) Die Regelung zum Klagegegner, § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V

Eine Beleihung wird oftmals mit dem Argument abgelehnt, dass das Gesetz nun in § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V ausdrücklich vorsehe, dass Klagen nicht gegen die Schiedsperson, sondern gegen eine der Parteien zu richten seien. Durch diese Änderung sollte dem Willen des Gesetzgebers Ausdruck verliehen werden, dass es sich nicht um eine Behörde handle und die Schiedsperson damit auch keine Verwaltungsakte erlassen könne.

⁷⁴⁶ Ehlers, Aushöhlung der Staatlichkeit, S. 203, 210.

⁷⁴⁷ Eine Aufsicht lehnt ebenfalls ab: Rademacker in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 45.

Ob diese Argumentation tragfähig ist, muss ausgehend von der Frage, wer bei dem Vorliegen einer Beleihung generell als Klagegegner anzusehen ist, geklärt werden. Klagegegner kann zum einen die beleihende Behörde bzw. deren Rechtsträger, zum anderen auch der Beliehene selbst sein. Die herrschende Meinung im allgemeinen Verwaltungsrecht geht dabei davon aus, dass nicht die beleihende Behörde bzw. deren Rechtsträger⁷⁴⁸, sondern der Beliehene selbst zu verklagen ist.⁷⁴⁹ Die Auffassung, die Klage sei gegen den beleihenden Verwaltungsträger zu richten, konnte sich auf Dauer nicht durchsetzen.⁷⁵⁰ Dies lässt sich damit begründen, dass der Beliehene selbst Rechtsträger ist und damit verklagbar ist. Wenn gegen ein Verhalten eines Beliehenen vorgegangen werden soll, erscheint es sachgerechter, diesen selbst für das Verhalten zu belangen, da er dieses entsprechend korrigieren müssen wird. Zudem erfolgt so eine einheitliche Bewertung in Fällen, in denen die Beleihung durch Gesetz und in Fällen, in denen die Beleihung aufgrund Gesetzes erfolgt. Im ersteren Fall gibt es keine beleihende Behörde, da sich die Beleihung unmittelbar aus dem Gesetz selbst ergibt. In dieser Situation könnte nicht auf die beleihende Behörde zurückgegriffen werden, es müsste dann doch gegen den Beliehenen selbst vorgegangen werden. Diese Überlegungen sind auf das sozialgerichtliche Verfahren übertragbar. Eine ausdrückliche Normierung des Klagegegners gibt es im Gegensatz zur VwGO im SGG nicht. Auch im SGG ist aber das Rechtsträgerprinzip maßgeblich.⁷⁵¹

⁷⁴⁸ Grundsätzlich greift gemäß § 78 Abs. 1 Nr. 1 VwGO das Rechtsträgerprinzip. Danach sind Klagen gegen den Bund, das Land oder die Körperschaft zu richten, deren Behörde den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat. Nur sofern das Landesrecht dies bestimmt, erfolgt die Klage gegen die Behörde selbst, die den angefochtenen Verwaltungsakt erlassen oder den beantragten Verwaltungsakt unterlassen hat, § 78 Abs. 1 Nr. 2 VwGO.

⁷⁴⁹ So schon VGH Bayern, Urteil vom 11.2.1974 – Nr. 5 VII 72 – DÖV 1975, 210, 210; *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S. 594; *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn. 193; *Ehlers* in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, S. 389; *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S. 25; *Kintz* in: Posser/Wolff, VwGO, § 78, Rn. 31; *Maurer*, Allg. VerwR, § 23, Rn. 58; *Meissner* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 78 (2005), Rn. 32; *Michaelis*, Der Beliehene, S. 209 f.; *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, 540; *W.-R. Schenke* in: Kopp/Schenke, VwGO, § 78, Rn. 3

⁷⁵⁰ So kann *Götz*, DÖV 1975, 211, 212 verstanden werden, wobei nicht deutlich wird, ob er von einer Beleihung ausgeht oder nicht.

⁷⁵¹ *Wenner* in: Kreikebohm, Sozialrecht, §§ 60 ff. SGG, Rn. 10; so i.E. auch *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 54, Rn. 45, aber durch die Aussage abgeschwächt, dass sich die Klage „regelmäßig“ gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts und damit den Rechtsträger richte; dem folgt *Groß* in: Lüdtke/Berchtold, SGG, Vor § 51, Rn. 17: „Frage des Einzelfalls“.

Dies wird aus § 70 SGG herausgelesen, der zunächst einmal nur die Beteiligungsfähigkeit regelt.⁷⁵² Systematisch lässt sich das damit begründen, dass sich aus der Reihenfolge der Nennung die Vorrangstellung der Rechtsträger ergibt, da zunächst natürliche und juristische Personen in Nr. 1 genannt werden, Behörden erst in Nr. 3, welche auch nur beteiligungsfähig sind, wenn das Landesrecht dies vorsieht. Somit entspricht die sozialgerichtliche Ausgestaltung der der allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Ausgestaltung. Danach kommen auch hier grundsätzlich der Beliehene und der Rechtsträger der beleihenden Behörde als Klagegegner in Betracht. Nach obiger Argumentation könnte man bei Krankenkasse und Gemeinschaft durchaus von beleihenden Behörden sprechen. Die Krankenkassen sind selbst Körperschaften des öffentlichen Rechts nach § 4 Abs. 1 SGB V und damit Rechtsträger. Auf die Gemeinschaften als Beliehene trifft dies ebenfalls zu. Bei Annahme einer Beleihung der Schiedsperson könnte diese als Rechtsträger ebenfalls Klagegegner sein. Damit können auch im vorliegenden Fall beide Ansichten des Streits vertreten werden. In diesem Kontext muss nun § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V eingeordnet werden.

Folgt man der herrschenden Meinung und nimmt an, dass Klagegegner bei Vorgehen gegen ein Verhalten des Beliehenen, im vorliegenden Fall gegen die Festsetzung des Vertragsinhaltes, der Beliehene selbst ist, also die Schiedsperson, so bedeutet das nicht zwangsläufig, dass die Schiedsperson aufgrund der Regelung in S. 5 nicht Beliehene sein kann. Man kann genauso vertreten, dass es sich nur um die Normierung einer abweichenden Regelung vom Rechtsträgerprinzip handelt. Damit hätte die Norm konstitutive Wirkung. S. 5 könnte man lediglich entnehmen, dass die Schiedsperson in kein Verfahren einbezogen werden soll, sondern nur die Parteien, um deren Vertrag es sich handelt.

Vertritt man die Auffassung, dass die beleihende Behörde zu verklagen sei, so würde S. 5 dies lediglich bestätigen. Daraus folgt aber nicht automatisch die Annahme, die Schiedsperson könne nicht beliehen sein. Im Falle dieser Interpretation könnte man S. 5 keinerlei Aussage bezüglich der Charakterisierung der Schiedsperson entnehmen, die Regelung hätte lediglich deklaratorischen Charakter und würde nur die Mindermeinung bestätigen. Es kann zwar dahingehend argumentiert werden, dass S. 5 erneut bestärken soll, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Beliehene handelt, indem betont wird, dass diese nicht Klagegegner

⁷⁵² So *Wenner* in: Kreikebohm, Sozialrecht, §§ 60 ff. SGG, Rn. 10; *Keller*, in: Meyer-Ladewig, SGG, § 54, Rn. 45.

ist. Dann müssten aber weitere Argumente hinzutreten, insbesondere eine Auslegung zu dem Ergebnis führen, dass es sich nicht um eine Beliehene handelt. Das vorgebrachte Argument, dass S. 5 eine Beleihung ausschließt, kann damit – egal welcher Auffassung man folgt – nicht greifen. S. 5 trifft vielmehr keine Aussage bezüglich der Rechtsnatur der Schiedsperson.

(ddd) Ausreichende Legitimation für Unterbeleihung

Kritik lässt sich auch an der Unterbeleihung üben, die zwar grundsätzlich als zulässig angesehen wurde, aber auch gewissen Anforderungen standhalten muss. Nimmt man – wie geschehen – eine Beleihung der Gemeinschaft an und die Möglichkeit der Unterbeleihung, so stellt sich zunächst die Frage, ob die Schiedsperson als Unterbeliehene noch über ausreichend Legitimation verfügt, um eine Beleihung tatsächlich annehmen zu können. Die grundsätzliche Befugnis zur Beleihung kann man ihr nicht absprechen.⁷⁵³ Die Legitimation kann man bezweifeln, wenn man annimmt, dass in diesem Fall zu viele Glieder in der Legitimationskette gegeben sind, um einen ausreichenden Bezug herzustellen.⁷⁵⁴ Die Überlegung, der Beliehene sei aufgrund der lediglich begrenzten Befugnisse zu einer höchstpersönlichen Wahrnehmung der Aufgabe verpflichtet,⁷⁵⁵ kann im vorliegenden Fall aber nicht zum Tragen kommen, da die Schiedsperson eigene Befugnisse hat und nicht nur die Befugnisse der Gemeinschaft wahrnimmt. Das Gesetz ermöglicht ihr, eigenständig ohne Mitwirkung weiterer Personen den Vertragsinhalt festzusetzen. Diese Tatsache spricht für ein Abreißen der Legitimationskette. Denn die Gemeinschaft kann die Schiedsperson nicht für etwas legitimieren, das ihr selbst nicht übertragen wurde. Und eine einseitige Vertragsfestsetzung steht der Gemeinschaft nicht zu. Die fehlende Legitimation kann auch nicht durch eine starke Aufsicht ausgeglichen werden, da es an einer solchen fehlt.

Zudem kann man die Legitimation der Gemeinschaft zur Beleihung der Schiedsperson verneinen. Die Gemeinschaft wird durch das Gesetz damit beliehen, einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung abzuschließen. Eine Delegation der Aufgabe zum Vertragsschluss mag man noch konstruieren können. Damit bestünde ein Bezug zur übertragenen hoheitlichen Tätigkeit. Jedoch müsste die Gemeinschaft

⁷⁵³ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (d) (cc).

⁷⁵⁴ Mit dieser Argumentation generell gegen die Unterbeleihung *Freitag*, Beleihungsverhältnis, S. 159.

⁷⁵⁵ *Ehlers*, Aushöhlung der Staatlichkeit, S. 167.

dann noch entscheidenden Einfluss auf die Schiedsperson ausüben und ihr gegenüber ein umfassendes Weisungsrecht ausüben können.⁷⁵⁶ Nur dann bestünde eine ausreichende Legitimation. Dies kann sie gegenüber der weisungsfreien Schiedsperson aber gerade nicht. Damit ist eine ausreichende Legitimation abzulehnen.

(eee) Übertragung hoheitlicher Befugnisse

Zentrale Fragestellung ist, ob die Schiedsperson bei der Festsetzung des Vertrages hoheitlich handelt. Beleihung ist die Übertragung hoheitlicher Befugnisse. Der Beleihene muss diese hoheitlichen Befugnisse sodann eigenständig wahrnehmen. Grundlegend ist hier zunächst von der Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien nach § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V auszugehen.

Die Befugnis, einen Vertrag über die hausarztzentrierte Versorgung abzuschließen, ist eine Tätigkeit im selektivvertraglichen Bereich des SGB V und damit eine grundsätzlich dem öffentlichen Recht zuzuordnende Tätigkeit. Maßgeblich ist aber vielmehr, ob es auch als hoheitliche Tätigkeit anzusehen ist, den Vertrag abzuschließen. Diese Befugnis liegt eigentlich bei den Parteien und wird sodann auf die Schiedsperson übertragen. Die Parteien selbst werden hier nicht einseitig verbindlich, sondern im Gleichordnungsverhältnis tätig. Eine staatliche Befugnis kann man hierin nicht erkennen. Stellt man darauf ab, dass genau diese Tätigkeit auf die Schiedsperson übertragen wird, und dies mit dem Willen der Parteien, so kann man bereits Zweifel an der Übertragung hoheitlicher Befugnisse anbringen. Andererseits ist hoheitliches Handeln nicht nur als einseitig verbindliches Handeln zu verstehen, sondern weiter zu fassen. Diese könnte man auch bei einem Vertragsschluss annehmen. Es handelt sich um einen Vertrag im Leistungserbringungsrecht, das üblicherweise durch Kollektivverträge im Selbstverwaltungsbereich genauer ausgestaltet wird. Der Gesetzgeber wollte durch die vermehrte Einführung selektivvertraglicher Elemente den Wettbewerb stärken.⁷⁵⁷ Er hat in diesem Bereich staatliche Befugnisse von der kollektiven auf die einzelvertragliche Ebene geschoben. Dass man auf kollektivrechtlicher Ebene von hoheitlichen Befugnissen der Partner in der Selbstverwaltung sprechen kann, ist selbstverständlich und muss auch hier gelten. Die Parteien schließen einen Vertrag in einem Bereich ab, der ansonsten von staatlicher Seite zu regeln wäre. Private können die genannten Inhalte nicht regeln. Dies wiederum würde für die

⁷⁵⁶ Ehlers, Aushöhlung der Staatlichkeit, S. 210.

⁷⁵⁷ Keil-Löw, ZMGR 2015, 297, 299.

Ausstattung mit hoheitlichen Befugnissen sprechen. Diese Befugnisse könnten durch die Parteien übertragen werden. Da die Schiedsperson anstelle der Parteien handelt, unterliegt sie den gleichen Einschränkungen wie die Parteien. Die Schiedsperson selbst legt den Vertrag zudem einseitig verbindlich für die Parteien fest, was auch für eine Hoheitlichkeit sprechen könnte, da dies gegenüber den Parteien in der Form eines Verwaltungsaktes geschieht. Andererseits erlässt die Schiedsperson einseitig einen Schiedsspruch, der den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung erzeugt. Damit wird ist ein Mehr zu dem Handeln der Parteien gegeben. Solange das Gesetz die Parteien nicht mit einer Kompetenz zur Beleihung der Schiedsperson ausstattet, ist eine Beleihung wiederum abzulehnen. Nichts anderes kann für den Fall gelten, dass sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen können und die Aufsichtsbehörde letztere bestimmt. Die Tätigkeit der Aufsichtsbehörde erschöpft sich in der Bestimmung der Schiedsperson. Das weitere Agieren der Schiedsperson entspricht sodann dem einer durch die Parteien bestimmten Schiedsperson.

Maßgeblich zu klären ist also, worauf bei der Frage nach der Ausübung hoheitlicher Befugnisse abgestellt werden muss: Auf den Schiedsspruch, also das Mittel, mit dem der Vertrag zustande kommt, oder auf den Vertrag selbst, der durch die Schiedsperson festgesetzt wird, also das Ergebnis des Handelns der Schiedsperson. Es hat eine gewisse Betrachtung vom Ergebnis her, also funktionelle Betrachtung, zu erfolgen: Man wird als Behörde nur solche Stellen ansehen können, auf deren Handeln die Vorschriften des Sozialverwaltungsverfahrens passen.⁷⁵⁸ In der vorliegenden Situation jedoch passen diese Vorschriften nicht: Die Schiedsperson soll frei agieren können und schnell zu einer Lösung kommen. Zwar stellt die Schlichtungstätigkeit der Schiedsperson eine Verlängerung der Vertragsautonomie der Parteien dar. Entscheidend ist jedoch, dass die Parteien durch das Gesetz nicht zur Beleihung der Schiedsperson befugt sind. Insbesondere die Gemeinschaften können selbst nur als Beliehene in Bezug auf § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V, den Vertragsschluss als solchen, angesehen werden. Sie können zwar an einem öffentlich-rechtlichen Vertrag beteiligt sein, die Schiedsperson aber nicht mit hoheitlichen Befugnissen ausstatten. Eine einseitige Beleihung durch die Krankenkassen scheidet aber wie bereits gesehen aus.

⁷⁵⁸ So *Kisker* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 24, zur Schiedsstelle nach dem KHG.

Die Schiedsperson ist bei der Aufgabenerfüllung auch nicht zwingend auf öffentlich-rechtliche Handlungsmöglichkeiten angewiesen,⁷⁵⁹ sondern kann privatrechtlich nach §§ 317 ff BGB entsprechend tätig werden. Die Festsetzung ersetzt den Vertragsschluss. Aus dem nun existierenden Vertrag ergeben sich Rechte und Pflichten. Diese Wirkung erzielt der Vertrag, ohne dass die Art des Zustandekommens ausschlaggebend wäre. Dies spricht ebenfalls gegen die Übertragung hoheitlicher Befugnisse. Bei Verträgen mit privatrechtlich organisierten Leistungserbringern – wie es auch auf die Gemeinschaft zutrifft – bieten sich Verfahrensregeln mit privatrechtlichem Charakter an. Der Gesetzgeber war der Auffassung, so auch die Gesetzesbegründung zu § 73b SGB V, dass die privatrechtlichen Regulierungsmechanismen, die die Privatautonomie umsetzen, hier als passend angesehen wurden.⁷⁶⁰ Der Gesetzgeber war gerade nicht der Auffassung, dass die Schiedsperson hoheitlich tätig werden müsse. Ihm obliegt es, zu entscheiden, wie die ihm zukommenden Aufgaben erfüllt werden. Es bedarf gerade keiner Übertragung hoheitlicher Befugnisse.

Somit kommt die bereits erwähnte Vermutung gegen die Annahme einer Beleihung zum Tragen.⁷⁶¹ Wird für die Ausführung bestimmter Aufgaben ein neues Rechtssubjekt vorgesehen, ohne die genaue Festlegung ihrer Rechtsnatur sowie ihrer Strukturen, was die Zuordnung zum öffentlichen Recht oder Privatrecht unmöglich macht, so ist davon auszugehen, dass es sich nicht um eine Beleihung handelt.⁷⁶²

(g) Zwischenergebnis: Beleihung

Eine Beleihung der Schiedsperson kann somit nicht angenommen werden.

(6) Zwischenergebnis: Schiedsperson als Behörde

Es bleibt festzuhalten, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um eine Behörde handelt.

⁷⁵⁹ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 26 f.

⁷⁶⁰ So auch *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 109 zur Schiedsstelle nach § 18a KHG. Da er die Behördeneigenschaft der Schiedsstelle ablehnt (vgl. *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 106), kann dieser Gedanke hier herangezogen werden.

⁷⁶¹ *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 26.

⁷⁶² *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S. 276.

cc) Folgen für das Schiedsverfahren: Anwendbare Regelungen

Mangels Behördeneigenschaft scheidet eine direkte Anwendung der §§ 8 ff. SGB X aus. In Betracht kommt allenfalls eine Analogie. Könnte die Schiedsperson als eine andere öffentlich-rechtliche Rechtsfigur eingeordnet werden, spräche dies für eine analoge Anwendung. Ansonsten verbleibt es bei der Anwendung zivilrechtlicher Regelungen.

(1) Weitere Konstruktionsmöglichkeiten

Die Schiedsperson könnte zudem als öffentlich-rechtlicher Verwaltungshelfer, öffentlich-rechtlicher Sachverständiger oder privatrechtlicher Stellvertreter oder Erfüllungsgehilfe einzuordnen sein.

(a) Öffentlich-rechtliche Rechtsfiguren

Es könnte ein öffentlich-rechtlicher Verwaltungshelfer vorliegen. Die Voraussetzungen für die Annahme dieser Rechtsfigur haben sich in den letzten Jahren einem starken Wandel unterzogen. Konnte früher nach der sog. Werkzeugtheorie das Handeln eines Privaten nur dann einer beauftragenden Behörde zugerechnet und dieser als Verwaltungshelfer angesehen werden, wenn die Behörde auf den Privaten Einfluss von solchem Gewicht ausüben konnte, dass dieser als das „Werkzeug“ der Behörde erschien,⁷⁶³ versteht man heute unter dem Verwaltungshelfer eine Person, die nach außen als Gehilfe der Verwaltung bei der Erfüllung ihrer Aufgaben in Erscheinung tritt.⁷⁶⁴ Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Beliehenem und Verwaltungshelfer ist, ob ein Privater öffentliche Aufgaben wahrnimmt, wozu ihm der Staat hoheitliche Befugnisse zur Ausübung im eigenen Namen verliehen hat – dann handelt es sich um einen Beliehenen – oder ob der Staat die entsprechende Aufgabe selbst ausführt und sich dabei nur von einem Privaten helfen lässt und dabei dessen Handeln zu seinem eigenen macht – dann ist ein Verwaltungshelfer anzunehmen.⁷⁶⁵ Die Einordnung als Verwaltungshelfer scheidet vorliegend daran, dass die Schiedsperson nicht als Hilfsorgan einer Behörde angesehen werden kann, das in deren hoheitliche Tätigkeit

⁷⁶³ BGH, Urteil vom 18.5.1967 – III ZR 94/65 – VersR 1967, 859, 861 (sogenannter Stromkabel-Fall).

⁷⁶⁴ BGH, Urteil vom 21.1.1993 – III ZR 189/91 – NJW 1993, 1258, 1259; *Burgi* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 10 Rn. 31 f.

⁷⁶⁵ *Kneuper*, Privatisierung kommunaler Pflichtaufgaben, S. 34.

eingebunden ist.⁷⁶⁶ Der Schiedsperson muss – da sie den Inhalt des Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzen soll – eine gewisse Freiheit bezüglich der hierbei zu treffenden Entscheidungen zukommen. Dies zeigt sich bereits in dem Merkmal der Unabhängigkeit, das in § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V verwendet wird.⁷⁶⁷ Eine Einordnung als Verwaltungshelfer scheidet damit aus, da die Schiedsperson weder den Weisungen der Krankenkasse noch der Gemeinschaft – wobei es hier deren rechtliche Einordnung als Teil der Verwaltung dahingestellt bleiben kann – unterliegt, sondern eigenständig entscheidet.

Auch die Konstruktion eines öffentlich-rechtlichen Sachverständigen oder Mediators scheitert daran, dass es nicht nur um eine Beratung oder Begutachtung geht, sondern eine Entscheidung durch die Schiedsperson. Ihre Befugnisse reichen damit über die für diese Personen bestehenden Befugnisse hinaus.⁷⁶⁸ Weitere öffentlich-rechtliche Rechtsfiguren sind nicht ersichtlich.

(b) Zivilrechtliche Rechtsfiguren

In Betracht kommt zunächst eine Stellvertretung und Annahme eines Vertragschlusses der Schiedsperson im Wege des Insichgeschäfts nach den §§ 164, 181 BGB. Diese Vorschriften könnten entsprechend anwendbar sein.⁷⁶⁹ Dabei vertritt eine dritte Person beide Parteien und schließt mit sich selbst einen Vertrag zur Regelung bestimmter Angelegenheiten ab. Dies ist nur in den engen Grenzen des § 181 BGB möglich. Nach diesem ist ein solches Insichgeschäft grundsätzlich unzulässig, es sei denn, es handelt sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit. Die Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson stellt keine Erfüllung einer Verbindlichkeit dar. § 181 BGB wird aber teleologisch reduziert, wenn sich

⁷⁶⁶ So zur Schiedsperson nach § 132a SGB V auch *Shirvani*, SGB 2011, 550, 553.

⁷⁶⁷ Vgl. hierzu die ausführlichen Erläuterungen unter Abschnitt 2, C. II. 1. a) aa).

⁷⁶⁸ Vgl. auch hier zu § 132a SGB V: *Shirvani*, SGB 2011, 550, 553 f.

⁷⁶⁹ Zur Schiedsstelle nach § 18 KHG mit einer entsprechenden Argumentation *Wagner*, NJW 1991, 737, 738. Dessen Argumentation ist auf die vorliegende Situation nicht übertragbar, da die Schiedsstelle nach § 18 KHG auf Antrag einer der Parteien tätig wird, damit also eine freiwillige Schlichtung beinhaltet. Kritisieren lässt sich an *Wagner* zudem, dass auch bei § 18 KHG eine Festsetzung erfolgt, wenn nur eine Partei den Antrag stellt, die andere aber nicht, weshalb die Unterstellung eines Willens zur Schlichtung und einer Bevollmächtigung damit nicht überzeugen kann. Auch hier soll eine Betrachtung, ob § 181 BGB im öffentlichen Recht (analog) anwendbar ist, zunächst außer Betracht bleiben, ebenso wie die Frage, ob und wenn ja, welche Verfahrensvorgaben das Gesetz bei einer solchen Einordnung bietet. Darauf kommt es erst an, wenn eine Anwendung der §§ 164, 181 BGB nicht bereits daran scheitert, dass die Voraussetzungen nicht erfüllt sind.

der Vertreter nicht in einem Interessenkonflikt befindet, da dann kein Schutzbedürfnis gegeben ist, wobei dies inzwischen überwiegend nur in bestimmten Fallgruppen angenommen wird.⁷⁷⁰ Ein Interessenkonflikt könnte bei einer Schiedsperson noch abgelehnt werden, da sie neutral im Interesse beider Parteien tätig wird. Die Annahme einer teleologischen Reduktion, lediglich geknüpft an das sehr weite Merkmal eines Interessenkonflikts, kann jedoch nicht überzeugen. Dadurch würde eine erhebliche Rechtsunsicherheit erzeugt werden, weshalb eine Einschränkung nur in bestimmten Fallgruppen angenommen werden kann.⁷⁷¹ Dazu gehört die Situation, dass der Vertrag für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist.

Eine Konstruktion über §§ 164, 181 BGB scheint auf die rechtliche Ausgestaltung des § 73b SGB V zudem nicht zu passen. Auf den ersten Blick wäre sie nur annehmbar, wenn sich die Parteien auf eine Schiedsperson einigen können und diese sodann entscheidet. Nur dann könnte von der Einräumung von Vertretungsmacht ausgegangen werden, die für eine Stellvertretung grundsätzlich erforderlich ist. Können sich die Parteien aber nicht auf eine Schiedsperson einigen, so entscheidet die Aufsichtsbehörde über die Schiedsperson, und das Verfahren findet im Folgenden auch ohne eine Bevollmächtigung durch die Parteien statt. Damit könnte man argumentieren, es käme nur eine geteilte rechtliche Einordnung des Tätigwerdens der Schiedsperson in Betracht, je nachdem, durch wen die Bestimmung erfolgt. Diese Argumentation lässt sich aber dadurch entkräften, dass auch §§ 317 ff. BGB an sich eine Einigung fordern und vorliegend aber auch im Falle der Nichteinigung zum Tragen kommen sollen. Es könnte durchaus über eine entsprechende Anwendung der §§ 164, 181 BGB nachgedacht werden. Die Annahme, im Falle einer Bestimmung der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V sei die Stellvertreterlösung nicht möglich, ließe sich zudem auch überwinden, nimmt man eine gesetzliche Vertretungsmacht für den Fall der aufsichtsbehördlichen Bestimmung an, die sich aus der Norm selbst ergeben könnte.

Die Anwendung von §§ 164, 181 BGB (analog) kann für die Schiedsperson jedoch trotzdem bereits an dieser Stelle abgelehnt werden und bedarf im Folgenden keiner weiteren Erläuterung. Ausschlaggebend ist, dass die allein in Betracht kommende Fallgruppe der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit keine Anwendung

⁷⁷⁰ *Schilken* in: Staudinger, BGB, § 181, Rn. 4 ff.; *Schramm* in: MünchKomm BGB, § 181, Rn. 28.

⁷⁷¹ So auch m.w.N. *Schilken* in: Staudinger, BGB, § 181, Rn. 7.

finden kann, da durch die Festsetzung durch die Schiedsperson für die Vertragsparteien nicht nur Rechte, sondern auch umfassende Pflichten festgelegt werden. Dazu gehören die Pflicht zur Vergütung und zur Leistungserbringung. Somit kann eine Einordnung des Tätigwerdens über §§ 164, 181 BGB nicht überzeugen.

Eine Einordnung über die aus dem Zivilrecht bekannte Figur des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 BGB, die auch im Sozialrecht entsprechend anwendbar sein könnte, scheitert ebenfalls. Erfüllungsgehilfen sind solche Personen, derer sich ein Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, § 278 S. 1 BGB. Dabei handelt es sich um Personen, die mit Wissen und Willen des Schuldners in dessen Pflichtenkreis tätig werden.⁷⁷² Es muss keine Weisungsgebundenheit vorliegen, weshalb sich die Schiedsperson – anders als bei der Einordnung als öffentlich-rechtlicher Verwaltungshelfer – zumindest insofern unter diese Definition subsumieren lässt. Bei dem Merkmal des Tätigwerdens mit Willen des Schuldners stößt man aber bereits auf Schwierigkeiten, da die Schiedsperson, wenn sie nicht durch die Parteien bestellt wird, auch gegen den Willen zumindest der Krankenkassen tätig werden kann. Zudem wird die Schiedsperson nicht nur im Pflichtenkreis von Krankenkassen und Gemeinschaften tätig. Dies würde bedeuten, dass die Schiedsperson genau die Pflichten der Parteien erfüllt. Zwar setzt sie auch den Vertragsinhalt fest, so wie die Parteien auch. Es handelt sich beim Agieren der Schiedsperson aber um ein eigenständiges, freies und vor allem gestaltendes Handeln. Die Einordnung ihrer Tätigkeit in den Rahmen eines Erfüllungsgehilfen wird dem Wesen ihres Handelns damit nicht gerecht. Eine entsprechende Anwendung des § 278 BGB – die Anwendbarkeit an sich sei an dieser Stelle dahingestellt – scheidet als Alternative damit aus.

(2) Analogie zu den Vorschriften des SGB X

Eine Analogie zu den Vorschriften des SGB X, die genauere Vorgaben für das Verfahren machen, scheitert somit an der fehlenden Planwidrigkeit der Gesetzeslücke. Dem Gesetzgeber kam es gerade darauf an, ein unbürokratisches, schnelles Verfahren zu schaffen, dass nicht durch ein „Korsett“ detaillierter Ver-

⁷⁷² BGH, Urteil vom 21.4.1954 – VI ZR 55/53 – NJW 1954, 1193, 1193; BGH, Urteil vom 24.11.1995 – V ZR 40/94 – NJW 1996, 451, 451; BGH, Urteil vom 14.11.2002 – NJW 2003, 348, 349; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 278, Rn. 6; *Schulze* in: Hk-BGB, § 278, Rn. 5.

fahrensvorgaben eingeschränkt wird. Dies könnte zu einer zeitlichen Verzögerung führen, die die Versorgung der Versicherten mit der hausarztzentrierten Versorgung hinausschieben würde.

Das Schiedsverfahren ist im selektivvertraglichen Bereich vorgesehen, in dem der Gesetzgeber bewusst und gewollt eine Verlagerung staatlicher Aufgaben in den privatrechtlichen Bereich vorgesehen hat. Nicht nur für die betroffenen Inhalte der Leistungserbringung – hier die hausarztzentrierte Versorgung – sondern auch für das Schiedsverfahren soll eine privatrechtliche Ausgestaltung erfolgen. Der staatliche Anspruch auf Durchsetzung dieser Leistungserbringungsform wurde in den privatrechtlichen Bereich verlagert und unterliegt somit den privatrechtlichen Mechanismen zur Schlichtung von Auseinandersetzungen.⁷⁷³ Vertragspartner der Krankenkassen sind die Gemeinschaften als privatrechtliche Organisationen. Gerade in Bezug auf diese erscheint eine verfahrensrechtliche Ausgestaltung nach Privatrecht passend.⁷⁷⁴

Grundlegend lässt sich hinzufügen, dass es aufgrund der Verweise auf das BGB in § 69 Abs 1 S. 3 SGB V sowie § 61 S. 2 SGB X gar keiner Analogie bedarf. Es besteht keine Regelungslücke. Es geht vielmehr um die Frage, ob die Vorschriften aus §§ 317 ff. BGB passen und mit den Vorgaben aus § 73b SGB V vereinbar sind. Dies ist aufgrund der Ablehnung der Behördeneigenschaft jedenfalls denkbar.

(3) Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertragshelfer

Damit kommt zuletzt die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertragshelfer in Betracht. Eine solche Einordnung ist auch vom Gesetzgeber gewollt, wie sich aus den Unterlagen zum Gesetzgebungsverfahren ergibt.⁷⁷⁵ Welche Anforderungen sich an das Verfahren ergeben, muss im Folgenden geklärt werden. Dabei stellt sich auch die Frage, ob die Regelungen zum Schiedsgerichtsverfahren (allein oder zusätzlich) heranzuziehen sind oder ob nur die Vorgaben aus den §§ 317 ff. BGB zu berücksichtigen sind. Da die Schiedsperson in einem öffentlich-rechtlichen Tätigkeitsbereich agiert, ist ein besonderes Augenmerk auf die Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts zu richten. Diese dürfen einer

⁷⁷³ Ähnlich argumentiert *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 110, zu § 18a KHG. Diese Überlegungen können hier herangezogen werden, da es um Grundfragen der Schlichtung geht.

⁷⁷⁴ Vgl. *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 110.

⁷⁷⁵ Hierzu die historische Betrachtung zur Schiedsperson nach § 73b SGB V in Abschnitt 1, B. I.

entsprechenden Anwendung von Vorschriften nicht entgegenstehen. Aus diesem Grund soll im Folgenden von einem öffentlich-rechtlichen Vertragshelfer gesprochen werden, um die Unterschiede zu einem die Leistung bestimmenden Vertragshelfer nach Privatrecht deutlich zu machen.

(a) Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB

Zuletzt gilt es zu klären, ob §§ 317 ff. BGB auf die Schiedsperson nach § 73b SGB V Anwendung finden können. Neben der grundlegenden Frage, wie diese zivilrechtlichen Normen im Sozialrecht anwendbar sein könnten, muss abschließend ermittelt werden, ob es sich bei der Schiedsperson tatsächlich um einen Vertragshelfer handelt.

(aa) Anwendung der zivilrechtlichen Regelungen in §§ 317 ff. BGB im Sozialrecht

Die Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB ist nicht selbstverständlich, handelt es sich doch bei Sozialrecht um öffentliches Recht und nicht um Zivilrecht.

Die Anwendung der Vorschriften ist über verschiedene rechtliche Wege konstruierbar. Im Falle des Vorliegens einer Verweisnorm können Vorschriften des bürgerlichen Rechts angewandt werden. In diesem Fall besteht der Wille des Gesetzgebers, einen Sachverhalt Rechtsnormen eines anderen Rechtsbereiches zu unterstellen. Fehlt es an einer Verweisnorm, so könnte zum einen eine Analogie greifen, zum anderen ein möglicherweise bestehender allgemeiner Rechtsgedanke zum Tragen kommen. Das Sozialrecht bietet zunächst zwei Verweisnormen, über welche die Vorschriften des BGB angewandt werden könnten. Einer Analogie oder Heranziehung allgemeiner Rechtsgedanken bedarf es nicht mehr, wenn eine der Verweisnormen greift. Vorliegend kommt die Anwendung zweier Verweisnormen in Betracht: § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V sowie § 61 S. 2 SGB X.

(aaa) § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V

§ 69 SGB V entstammt dem Leistungserbringungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung und regelt den Anwendungsbereich der folgenden Normen. § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V legt fest, dass die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu den Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend durch das vierte Kapitel und die §§ 63, 64 SGB V geregelt werden. Im Übrigen gelten gemäß § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V zudem die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches

entsprechend, soweit sie mit den Vorgaben des § 70 SGB V und den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach dem vierten Kapitel vereinbar sind. Diese Norm hat das Bundessozialgericht ohne weitere Begründung als Verweisnorm zur Schiedsperson nach § 132a SGB V herangezogen.⁷⁷⁶ Auch der 6. Senat des Bundessozialgerichts wendet § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V an.⁷⁷⁷

An der Heranziehung von § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V lassen sich Zweifel anbringen, wenn man berücksichtigt, dass die Norm Vorgaben zu den anwendbaren Vorschriften im Verhältnis von Krankenkassen und Leistungserbringern macht. Hier geht es aber allenfalls um die Rechtsbeziehungen im Dreiecksverhältnis zwischen Krankenkasse, der Gemeinschaft als Leistungserbringer und der Schiedsperson, vorrangig aber um die Schiedsperson an sich. Jedoch wird man § 69 SGB V insofern weit zu verstehen haben, dass er sich auf alle Rechtsverhältnisse erstreckt, die sich aus dem vierten Kapitel ergeben, in dem sich auch § 73b SGB V befindet; vom Wortlaut der Norm ist damit auch die Rechtsbeziehung zwischen Schiedsperson und Parteien erfasst. In § 73b Abs. 4a SGB V finden sich die einzigen Regelungen zur Schiedsperson. Die Schiedsperson wird nur im Rahmen der Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und Gemeinschaften tätig; diese Rechtsbeziehung wird jedenfalls von § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V erfasst. Damit ist eine Anwendung dieser Vorschrift möglich. Ob einzelne Vorschriften des BGB – insbesondere die §§ 317 ff. BGB – nicht angewandt werden können, muss im Einzelfall geklärt werden.⁷⁷⁸

(bbb) § 61 S. 2 SGB X

Auch möglich wäre die Annahme eines Verweises über § 61 S. 2 SGB X. So gelten für öffentlich-rechtliche Verträge neben den §§ 53 ff. SGB X und ergänzend zu den sonstigen Vorschriften des SGB X die Vorschriften des BGB entsprechend. Die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag führt nicht dazu, dass die Anwendbarkeit privatrechtlicher Normen per se scheitert. Entspricht das Zustandekommen des Vertrages den Mechanismen und Prinzipien des Zustandkommens von Verträgen im Privatrecht, können die Vorschriften angewandt werden.⁷⁷⁹ Auch der ausdrückliche Verweis auf das BGB würde sonst keinen Sinn ergeben.

⁷⁷⁶ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 133.

⁷⁷⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 31.

⁷⁷⁸ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 41.

⁷⁷⁹ *Wagner* in: *Heinze/Wagner*, Schiedsstelle des KHG, S. 109.

(ccc) Die Einordnung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung als öffentlich-rechtliche Verträge

Bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V handelt es sich nach allgemeiner Auffassung um öffentlich-rechtliche Verträge zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften gemäß § 53 Abs. 1 SGB X.⁷⁸⁰ Für die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag kommt es maßgeblich auf den Gegenstand des Vertrages an, sog. Gegenstandslehre,⁷⁸¹ wobei der Schwerpunkt des Vertrages entscheidend ist. Können die geregelten Rechte und Pflichten nur einem Träger öffentlicher Verwaltung zukommen, handelt es sich jedenfalls um eine öffentlich-rechtliche Pflicht.⁷⁸² Berücksichtigt werden kann zudem, ob es sich um einen Sachverhalt mit Bezug zum öffentlichen oder bürgerlichen Recht handelt, ob öffentliche Zwecke verfolgt werden oder auch, ob die vereinbarte vertragliche Regelung als Norm dem öffentlichen Recht zuzuordnen wäre.⁷⁸³ Maßgeblich ist vor allem auch das den Vertrag umgebende rechtliche Umfeld: Ist dieses öffentlich-rechtlicher Natur, ist auch der Vertrag öffentlich-rechtlich.⁷⁸⁴ Handelt ein Träger öffentlicher Gewalt in dem ihm übertragenen Aufgabenbereich, ergibt sich hieraus eine Vermutung für die Anwendung öffentlichen Rechts.⁷⁸⁵ Im Privatrecht sind dagegen die Privatautonomie sowie Vertragsfreiheit ausgeprägter als im öffentlichen Recht.⁷⁸⁶ Letzteres bietet nur eine geordnete Freiheit.⁷⁸⁷

Begründet werden kann die Einordnung als öffentlich-rechtliche Verträge vorliegend damit, dass die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung die hausärztliche Versorgung zum Gegenstand haben und damit dem SGB V als Teil des öffentlichen Rechts unterfallen.⁷⁸⁸ Sie ermöglichen den Krankenkassen die Erfüllung ihrer gegenüber den Versicherten bestehenden Pflicht zur Versorgung.⁷⁸⁹

⁷⁸⁰ *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 81; *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 11; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 33; *Limpinsel* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 4; *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 21; *Wenner*, Vertragsarztrecht, § 12, Rn. 11.

⁷⁸¹ *Neumann*, DÖV 1992, 154, 157.

⁷⁸² *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 13.

⁷⁸³ *Neumann*, DÖV 1992, 154, 157 f. m.w.N.

⁷⁸⁴ *Schulin*, JZ 1986, 476, 479.

⁷⁸⁵ *Neumann*, DÖV 1992, 154, 157 m.w.N.

⁷⁸⁶ *Schulin*, JZ 1986, 476, 476.

⁷⁸⁷ *Neumann*, DÖV 1992, 154, 160.

⁷⁸⁸ *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 21.

⁷⁸⁹ *Wenner*, Vertragsarztrecht, § 12, Rn. 11.

Die Krankenkassen kommen so ihrer Verpflichtung zur Verschaffung der Leistungen nach dem Sachleistungsprinzip nach, die zu ihren zentralen Aufgaben gehört.⁷⁹⁰ Somit ist auch der Zweck dem öffentlichen Recht zuzuordnen, der in der Sicherstellung der Versorgung zu sehen ist. Der Vertragsfreiheit sind dabei enge Grenzen gesetzt. Die Krankenkassen sind verpflichtet, mit den die Voraussetzungen erfüllenden Gemeinschaften die Verträge abzuschließen und unterliegen insoweit einem Kontrahierungszwang. Sie können sich ihren Vertragspartner nicht frei auswählen; Grundelemente des Inhalts des Vertrages werden durch das Gesetz in § 73b Abs. 2 und 5 SGB V vorgegeben. Die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag liegt damit nahe. Die Festsetzung durch die Schiedsperson wirkt im Verhältnis der Parteien zueinander auch wie ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag, da die Einigung lediglich durch einen Dritten ersetzt wird, wie es dem Wesen der Leistungsbestimmung entspricht.⁷⁹¹

Im allgemeinen Verwaltungsrecht wird teilweise davon ausgegangen, dass eine Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen durch einen Dritten über § 62 S. 2 VwVfG nur erfolgen kann, wenn die Voraussetzungen des § 56 VwVfG (Austauschvertrag) i.V.m. § 59 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG einen Spielraum lassen.⁷⁹² Unproblematisch ist die Anwendung, wenn es sich um einen koordinationsrechtlichen Vertrag handelt, bei dem sich die Parteien gleichgeordnet gegenüberstehen.⁷⁹³ Besteht eine Situation, die mit einer privatrechtlichen vergleichbar ist, so kann grundsätzlich Privatrecht angewandt werden.⁷⁹⁴ Die Vorschriften des SGB X zum öffentlich-rechtlichen Vertrag sind identisch mit denen des VwVfG, weshalb hier insofern Vergleichbarkeit besteht und man diese Überlegungen auch im Sozialverwaltungsverfahren anwenden könnte. Fraglich ist, welcher Art von öffentlich-rechtlichen Verträgen sich die Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V zuordnen lassen. Die Krankenkassen und Gemeinschaften stehen sich bei dem Abschluss von Verträgen nach § 73b Abs. 4 SGB V gleichgeordnet gegenüber. Es handelt sich um Selektivverträge, die den Wettbewerb stärken sollen;⁷⁹⁵ die Krankenkassen sollen sich mit den Leistungserbringern einigen. Damit handelt es sich um koordinations- und nicht subordinationsrechtliche Verträge. Wird nun

⁷⁹⁰ *Schulin*, JZ 1986, 476, 480.

⁷⁹¹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II 1. c) aa) (6) (c).

⁷⁹² *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 300.

⁷⁹³ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 301.

⁷⁹⁴ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 41.

⁷⁹⁵ *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, 297.

die Schiedsperson anstelle der Parteien tätig, kann dies an der Qualifizierung des Vertrages selbst nichts ändern. Die Schiedsperson entscheidet gegenüber den Parteien zwar einseitig verbindlich, weshalb man von einem subordinationsrechtlichen Handeln ausgehen könnte; der Schiedsspruch ersetzt aber auch die Einigung zwischen den Parteien und stellt im Folgenden einen vollwertigen Vertrag dar. Damit kann es sich weiterhin nur um einen koordinationsrechtlichen Vertrag handeln. Auch der Verweis über § 61 S. 2 SGB X ist damit gegeben, und ein Vertragshelfer kann im Rahmen dieses öffentlich-rechtlichen Vertrages tätig werden.

(ddd) Anzuwendende Verweisnorm

Es bleibt zu klären, über welche Verweisungsnorm die §§ 317 ff. BGB Anwendung finden können. Für die Praxis ergibt sich hieraus kein Unterschied, die Frage ist von rein akademischer Natur, aber trotzdem kurz zu klären. Das LSG Baden-Württemberg stützt den Verweis auf §§ 317 ff. BGB sowohl auf § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V als auch auf § 61 S. 2 SGB X,⁷⁹⁶ was damit begründet wird, dass es sich um die Beziehung zwischen Leistungserbringern handele sowie um den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages. Wie bereits erwähnt, wird im Rahmen von § 132a SGB V auch angenommen, es werde über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V auf §§ 317 ff. BGB verwiesen.

Der Verweis über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V wird hier aber als spezieller anzusehen sein. Er betrifft spezifisch die vertragsärztliche Versorgung und die in diesem Rahmen bestehenden Leistungsbeziehungen. Er macht zudem insofern speziellere Vorgaben, als dass das BGB nur dann anzuwenden ist, wenn die Vorgaben des § 70 SGB V gewahrt werden und eine Vereinbarkeit mit den übrigen Aufgaben und Pflichten der Beteiligten nach diesem Kapitel vorliegt. Es wird des Weiteren angenommen, dass man § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i.V.m. § 37 S. 1 SGB I entnehmen könne, dass die dort genannten Normen auch insofern abschließend seien, dass die §§ 53 ff. SGB X insgesamt nicht anwendbar seien.⁷⁹⁷ Einen Verweis sowohl über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V als auch über § 61 S. 2 SGB X anzunehmen, ist dagegen wenig überzeugend, da es zu gegenläufigen Ergebnissen

⁷⁹⁶ Vgl. hierzu auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 6: Entsprechendes findet sich in der Rechtsmittelbelehrung des Schiedsspruchs, der Gegenstand des Verfahrens ist. Das LSG befasst sich jedoch nicht mit der Frage nach der Verweisnorm.

⁷⁹⁷ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 41; *Boerner*, SGB 2000, 389, 392. *A.A.*: *Geisler/Temming*, NZS 2005, 125, 127 (die beide Verweisnormen heranziehen); offen *Kirchhoff*, SGB 2005, 499, 508.

führen kann, ob eine Norm des BGB anwendbar ist, da der Verweis in § 69 SGB V an engere Voraussetzungen geknüpft ist.

Dem ließe sich entgegenhalten, dass der Vertrag zwischen Gemeinschaft und Krankenkasse als öffentlich-rechtlicher Vertrag zu qualifizieren ist und damit auch das Ergebnis der Schlichtung, der festgesetzte Vertrag, einen öffentlich-rechtlichen Vertrag darstellt. An dieser Stelle ist jedoch zu berücksichtigen, dass dem Schiedsspruch eine Doppelwirkung zukommt. Bei dem Tätigwerden der Schiedsperson an sich handelt es sich nicht um einen Vertragsschluss im eigentlichen Sinne. Lediglich dem Endprodukt der Schlichtung kommt diese Wirkung zu. Das Tätigwerden der Schiedsperson an sich ist eine Schlichtungstätigkeit, die einen öffentlich-rechtlichen Vertrag hervorbringt. Auch wenn eine genaue Trennung zwischen Schiedsspruch und öffentlich-rechtlichem Vertrag nicht möglich erscheint, muss man zumindest annehmen, dass eine logische juristische Sekunde zwischen Festsetzung und Bestehen eines Vertrages liegt. Hierbei handelt es sich um eine rechtliche Konstruktion, nach der „in einem einzigen natürlichen Moment zwei Rechtswirkungen als frühere und spätere aufeinanderfolgen können“.⁷⁹⁸ Diese Konstruktion wird vor allem in Situationen des Durchgangserwerbs bemüht, kann aber auch in anderen Bereichen zur Anwendung kommen.⁷⁹⁹ Auch hier muss man ein Aufeinanderfolgen von Rechtswirkungen annehmen. Dabei lässt sich auch mit dem Wortlaut von § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X arbeiten, der den öffentlich-rechtlichen Vertrag definiert. Danach kann ein Rechtsverhältnis auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts durch Vertrag begründet werden. Ein Vertrag kommt zustande durch zwei inhaltlich korrespondierende Willenserklärungen. Bei der Festsetzung durch die Schiedsperson handelt es sich aber um die Abgabe einer einseitigen Willenserklärung, was gegen eine vertragliche Begründung eines Rechtsverhältnisses spricht. Dies wird gestützt von § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X, der davon spricht, dass ein Vertrag geschlossen wird. Vom „Abschluss“ eines öffentlich-rechtlichen Vertrages geht auch § 8 SGB X aus. Ein Abschluss setzt aber das Tätigwerden (zumindest) zweier Parteien voraus. Somit kann es sich nicht um einen solchen Abschluss handeln. Trotzdem bedarf es des öffentlich-rechtlichen Vertrags als Ergebnis. Dies kann nur erreicht werden, wenn dem Festsetzungsakt die Wirkung eines öffentlich-rechtlichen Vertrags in einem Fol-

⁷⁹⁸ *Wieacker*, Kleine juristische Schriften, S. 77.

⁷⁹⁹ *Wieacker*, Kleine juristische Schriften, S. 77 ff.

geschritt zukommt. Dies lässt sich durch die Annahme einer juristischen Sekunde konstruieren, wonach zunächst der Schiedsspruch an sich vorliegt, der so dann einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung als öffentlich-rechtlicher Vertrag erzeugt.

Wenn es aber per se nicht um den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages geht, sondern dieser erst nach einer logischen juristischen Sekunde vorliegt, kann § 61 S. 2 SGB X nicht greifen. Die Anwendung von § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V als Verweismorm erscheint auch aus diesem Gesichtspunkt überzeugender.⁸⁰⁰ Somit finden die Vorschriften des BGB nach Maßgabe des § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V entsprechende Anwendung.⁸⁰¹

Die sozialrechtlichen Besonderheiten – hier insbesondere die krankenversicherungsrechtlichen Besonderheiten – müssen bei der Anwendung der Vorschriften zur Leistungsbestimmung berücksichtigt werden. Unter Umständen kommt nur eine modifizierte Anwendung der bürgerlich-rechtlichen Vorschriften in Betracht.⁸⁰² Aufgaben und Pflichten der Parteien, die mit der Anwendung der Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten nicht in Einklang zu bringen sind, können dem vierten Kapitel nicht entnommen werden. Die in diesem Kapitel ebenfalls zu findenden genaueren Vorschriften zu den Schiedsämtern nach § 89 SGB V sind mangels Vergleichbarkeit nicht auf die Schiedsperson anwendbar, weshalb sie der Anwendung von §§ 317 ff. BGB nicht entgegenstehen können.⁸⁰³

Auch § 70 SGB V darf der Anwendung nicht entgegenstehen. Die Krankenkassen und Leistungserbringer haben nach § 70 Abs. 1 SGB V eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Die Versorgung der Versicherten muss dabei ausreichend und zweckmäßig sein, darf

⁸⁰⁰ Könnte das Tätigwerden der Schiedsperson als Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrages qualifiziert werden, müsste man auch das Vorliegen eines Verwaltungsverfahrens nach § 8, 2. Alt. SGB X untersuchen. Dies erfolgt weder in Rechtsprechung noch Literatur und ist aufgrund der hier vertretenen Auffassung nach obiger Argumentation auch nicht erforderlich.

⁸⁰¹ So – ohne Begründung – auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 31; BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 133; *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 15b.

⁸⁰² *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 41.

⁸⁰³ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (d) (cc). Vgl. zur Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB im Rahmen von § 132a SGB V zudem *Plantholz*, Sozialrecht aktuell 2008, 226, 227.

das Maß des Notwendigen nicht überschreiten und muss in der fachlich gebotenen Qualität sowie wirtschaftlich erbracht werden. Zu den weiteren Pflichten gehört auch im Bereich der ärztlichen Leistungserbringung die Pflicht zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 72 Abs. 2 SGB V. Diese Normen stellen eine einfachgesetzliche Normierung und Verlängerung des Sozialstaatsprinzips aus Art. 20 Abs. 1 GG sowie des Grundrechts auf Leben und körperliche Unversehrtheit der Versicherten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG dar.⁸⁰⁴ Sie bilden die Grenze für das Tätigwerden und auch die Anwendbarkeit bürgerlich-rechtlicher Vorschriften. Die Vertragsfreiheit und der Einsatz eines Vertragshelfers nach §§ 317 ff. BGB können nur insoweit erfolgen, als die Versorgung sichergestellt ist und bleibt. Dies soll durch die Regelung einer Zwangsschlichtung gewährleistet werden, damit es zu Vertragsschlüssen kommt und die Versicherten auf die Leistungen zurückgreifen können. Innerhalb dieses Rahmens spricht jedoch nichts gegen ein Agieren eines Vertragshelfers entsprechend der Regeln des BGB. Vielmehr wird die Sicherstellung der Versorgung sogar gestärkt, da das Bestehen eines vertragslosen Zustandes vermieden werden soll und kann.⁸⁰⁵ Durch die den Krankenkassen zukommende Selbstverwaltung aus § 4 Abs. 1 SGB V, die mit den Leistungserbringern als gemeinsame Selbstverwaltung⁸⁰⁶ ausgeübt wird, entsteht ein von diesen auszufüllender Freiraum, in dem der Gesetzgeber den Abschluss von Kollektiv-, vermehrt aber auch Selektivverträgen als Mittel vorsieht. Das Vertragssystem stellt damit die Möglichkeit zur Realisierung der Selbstverwaltung und damit die Verlängerung dieser dar. Das Schiedsverfahren wiederum kann nur als Verlängerung des Vertragssystems angesehen werden, da den Parteien grundsätzlich die Autonomie zukommt, die Schiedsperson selbst zu bestimmen, die sodann unter Berücksichtigung der Parteiinteressen den Vertrag festsetzt. Die §§ 317 ff. BGB bieten Vorschriften, die die Handhabung des Schiedsverfahrens grundsätzlich erleichtern können. Dadurch kann gewährleistet werden, dass die oben genannten Grundsätze des Leistungserbringungsrechts gewahrt werden.

⁸⁰⁴ *Bauer-Schade*, Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung, S. 89; *Raichle*, Der Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen, S. 244 ff.

⁸⁰⁵ Zum Problem, dass ohne Antrag der Gemeinschaft auf Durchführung eines Schiedsverfahrens gleichwohl ein vertragsloser Zustand bestehen kann vgl. Abschnitt 2, B. II. 2. B) bb).

⁸⁰⁶ Hierzu genauer unter Abschnitt 2, E. III. 2. b) aa).

Die §§ 317 ff. BGB sind somit über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V auf das Schiedsverfahren nach § 73b Abs. 4a SGB V grundsätzlich entsprechend anwendbar.⁸⁰⁷

(bb) Vertragshelfereigenschaft

Zuletzt bleibt zu klären, ob die §§ 317 ff. BGB im Fall des § 73b SGB V auch tatsächlich anwendbar sind, ob also der Schiedsperson eine Vertragshelfereigenschaft zukommt.

Der Dritte nach §§ 317 ff. BGB nimmt eine rechtsgestaltende Vertragsergänzung vor, er legt die unbestimmten Vertragsbestandteile fest und bestimmt den Vertragsinhalt genauer. Die Vertragsergänzung kann sich auf die Leistung selbst, aber auch auf einzelne Aspekte der Leistung beziehen.⁸⁰⁸ Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V legt ebenfalls die Inhalte der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung fest, insbesondere zum Inhalt und der Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung sowie der Vergütung, und gestaltet dadurch den Vertrag zwischen den Krankenkassen und Gemeinschaften. Die Grundlagen der Leistungsbestimmung erfüllt sie somit. Gegen eine Vertragshelfereigenschaft nach §§ 317 ff. BGB lassen sich aber Bedenken erheben, da die leistungserbringungsrechtliche Ausgestaltung Besonderheiten beinhaltet, die der Leistungsbestimmung durch einen Dritten im eigentlichen Sinne nicht entsprechen.

(aaa) Vertragshelfer in der öffentlichen Verwaltung

Fraglich erscheint zunächst, ob die privatrechtliche Vertragskonstruktion des Verwaltungshelfers passt. Zweifel lassen sich anbringen, da die Schiedsperson eine Aufgabe der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt, indem sie den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzt. Zudem wurde bereits festgestellt, dass es sich hierbei um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handelt. Jedoch ist eine Qualifizierung als rein privatrechtlich nicht erforderlich, es reicht, dass das Zustandekommen des Vertrages den Mechanismen und Prinzipien einer privaten Vertragsgestaltung gleichkommt.⁸⁰⁹ Es erfolgt des Weiteren nur eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über eine sozialrechtliche Verweisnorm, weshalb man die Ablehnung mit dem Argument, es handele sich nicht um einen

⁸⁰⁷ Einer klassischen Analogie, die wohl als Grundlage für die Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB durch den Gesetzgeber herangezogen wird, vgl. BT-DS 17/6906, S. 56, bedarf es somit nicht.

⁸⁰⁸ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 6.

⁸⁰⁹ Vgl. so zu § 18a KHG: *Wagner*, NJW 1991, 737, 738.

rein privatrechtlichen Vertrag, nicht überzeugen kann. Dies liegt in der Natur der entsprechenden Anwendung auf das öffentliche Recht begründet.

(bbb) Vertragshelfer bei der Erfüllung autonomer Funktionen

Zudem könnte Kritik an der Vertragshelferkonstruktion geübt werden, wenn die Schiedsperson auch autonome Funktionen erfüllt und nicht nur Hilfe beim Zustandekommen des Vertrags leistet.⁸¹⁰ Die Schiedsperson wird in den meisten Fällen auf keine grundlegenden Einigungen zurückgreifen können, sondern den gesamten Vertrag festsetzen. Eng damit verknüpft ist auch der insbesondere in der zivilrechtlichen Literatur zu findende Gedanke, dass für die Annahme einer Vertragshilfe zumindest die grundlegenden Bestandteile einer vertraglichen Einigung bereits gegeben sein müssen, da eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten nur vertragsausfüllend erfolgen könne.⁸¹¹ Es müsse immerhin ein „Anspruch dem Grunde nach“ bestehen.⁸¹² Die Grundsituation in der hausarztzentrierten Versorgung kann jedoch sogar so weit gehen, dass sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen können. Daraus ergeben sich Probleme, wenn angenommen wird, dass sich die Parteien ausdrücklich oder konkludent auf einen Dritten einigen müssen.⁸¹³ Dies wird in der allgemeinen Zivilrechtslehre diskutiert und stellt kein spezielles Problem der Anwendung auf das SGB V dar. Der erste Einwand lässt sich schnell entkräften: Der Schiedsperson kommen keine solchen eigenständigen Aufgaben und Funktionen zu. Zwar handelt sie selbstständig, setzt aber lediglich den Vertragsinhalt fest, den sonst die Parteien bestimmen würden und ist insoweit in ihren Kompetenzen an die der Parteien gebunden.⁸¹⁴ Weitergehende Zuständigkeiten sieht das Gesetz nicht vor.

⁸¹⁰ Dies führt *Wagner*, NJW 1991, 737, 738, als Kritik an der Vertragshelfereigenschaft der Schiedsstelle nach § 18a KHG an.

⁸¹¹ *Hager* in: Erman, BGB, § 315, Rn. 1 (wohl stillschweigend); *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 1 (Annahme, dass es zumindest einer Einigung über die Durchführung der Bestimmung und über die Person des Dritten bedarf); v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit im Arbeitsrecht, S. 55; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 8. Vgl. so speziell zu § 18a KHG: *Wagner*, NJW 1991, 737, 738; *ders.* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 111.

⁸¹² v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit im Arbeitsrecht, S. 55.

⁸¹³ *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 433; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 30; *Schulze* in: Hk-BGB, § 317, Rn. 2; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 3; *Würdinger* in: Münch-Komm BGB, § 317, Rn. 6.

⁸¹⁴ *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 435; *Schnapp*, GesR 2014, 193, 200. Hierzu auch Abschnitt 2, D. I.

Schwerwiegender erscheint das damit verbundene zweite Argument, das gegen die Vertragshelfereigenschaft angeführt wird. So kann es sein, dass sich die Parteien weder auf das „Grundgerüst“ eines Vertrages einigen können noch ggf. sogar die Schiedsperson selbst festlegen.

Der Wortlaut von § 317 BGB spricht davon, dass dem Dritten die „Bestimmung der Leistung“ überlassen sein muss, woraus man aber nicht entnehmen kann, dass eine grundlegende Einigung geschlossen worden sein muss. Der Wortlaut spricht nicht für eine solche Argumentation, der Begriff „Leistung“ ist weit gefasst und unergiebig. Eine Leistung kann sowohl eine Vertragsänderung als auch -schaffung sein.⁸¹⁵ Es handelt sich nur um eine mengenmäßige Differenz, die Vertragsschaffung geht weiter als die -ergänzung.⁸¹⁶ Systematisch lässt sich § 315 BGB heranziehen, der aber eine identische Formulierung enthält und damit nicht weiterhilft. Zwar könnte man vom Sinn und Zweck argumentieren, dass man einen Vertragsschluss eigentlich nur bei Vorliegen aller *essentialia negotii* annehmen kann und über § 317 BGB bereits eine Ausnahme gemacht wird. Grundsätzlich kommt den Parteien aber Vertragsautonomie zu, sie entscheiden, wie weit sie die Entscheidung einem Dritten überlassen wollen. Gegen das Erfordernis eines Vertrages in Grundzügen spricht auch, dass die Grenzziehung schwer möglich ist: Was ist als Minimalvoraussetzung für die Anwendbarkeit der Leistungsbestimmungsvorschriften anzusehen? Auch § 73b SGB V macht diesbezüglich keine Vorgaben. Zudem ist hier auf den Zweck der Leistungsbestimmung im vorliegenden Fall und damit auf krankensicherungsrechtliche Besonderheiten abzustellen und zumindest über die entsprechende Anwendung eine Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB zu bejahen. Es soll nicht möglich sein, dass durch die Verweigerung der Vereinbarung grundlegender Vorschriften der Vertragsschluss konterkariert werden kann, da die Versorgung der Versicherten sicherzustellen ist. Dies wäre auch mit dem Wesen der Zwangsschlichtung nicht vereinbar. Vielmehr spricht der Gedanke, dass die hausarztzentrierte Versorgung sichergestellt werden soll, dafür, zumindest im vorliegenden Fall, selbst wenn

⁸¹⁵ Jousen, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 167.

⁸¹⁶ Sieg, SGB 1965, 289, 291, im Rahmen von Erläuterungen zum Schiedsamt bei Gesamtverträgen nach § 368h RVO a.F., was als allgemeiner Gedankengang übertragbar ist, da auch im vorliegenden Fall regelmäßig der gesamte Vertrag ersetzt wird.

man eine Anwendbarkeit im allgemeinen Zivilrecht ohne grundlegende Einigungen ablehnen sollte,⁸¹⁷ die §§ 317 ff. BGB entsprechend anzuwenden.⁸¹⁸

Im Zusammenhang mit der Frage der Anwendbarkeit der §§ 317 ff. BGB im Verwaltungsrecht wird auch gefordert, dass es im Falle des Bestehens eines Anspruchs auf die Leistung einer vorherigen vertraglichen Einigung bedarf, damit die §§ 315 ff. BGB anwendbar sind.⁸¹⁹ Im vorliegenden Fall besteht ein Anspruch der Gemeinschaften auf Vertragsschluss. Die Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften könnte hieran scheitern, wenn die Parteien keine grundlegenden Vereinbarungen treffen. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass es sich im Falle des § 73b Abs. 4a SGB V nicht um eine Anwendung der §§ 315 ff. BGB im klassischen Sinne handelt, indem die Parteien autonom eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten vereinbaren. Vielmehr handelt es sich um eine einseitig zwingend durchsetzbare und für die Krankenkassen pflichtige Vertragsbestimmung, also eine Zwangsschlichtung, die durch die Gemeinschaften durchgesetzt werden kann. Dies muss Berücksichtigung finden. Das Verlangen der vorherigen Einigung würde dem Vertragsschluss und damit dem Ziel des Gesetzgebers, eine schnelle Einigung zu erreichen, entgegenlaufen.

Im Zusammenhang mit der Einordnung als Zwangsschlichtung ist noch ein weiterer Punkt zu berücksichtigen. Die Kritik, dass es sich im Falle der Nichteinigung auf eine Schiedsperson um eine lediglich einseitig freiwillige Schlichtung handelt, und damit eine Leistungsbestimmung ausscheiden müsse, lässt sich mit folgendem Argument zurückweisen: Zwar sind die Krankenkassen nur daran gebunden, ein Schlichtungsverfahren durchzuführen, wenn die Gemeinschaften einen Antrag auf Durchführung des Schiedsverfahrens stellen. Den Regeln der Vertragsfreiheit wird in dieser Situation aber nicht völlig gefolgt, vielmehr besteht ein einseitiger Kontrahierungszwang. Es liegt hier eine gesetzliche Anordnung eines Schlichtungsverfahrens vor, welche die fehlende Legitimation der Schiedsperson über den Parteiwillen kompensiert. Statt der Parteien legt die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson fest. Zudem ist der Inhalt des

⁸¹⁷ Für eine Anwendbarkeit: *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 167.

⁸¹⁸ So auch *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a, Rn. 10. Eine a.A. vertritt zur Schiedsstelle nach § 18a KHG *Wagner* in: Heinze/Wagner, Schiedsstelle des KHG, S. 111, der die Anwendbarkeit einzelner Normen der ZPO bejaht und die Anwendbarkeit von §§ 317 ff. BGB ablehnt. Da die Schiedsstelle auch tätig werde, wenn keine grundlegende Einigung vorliege, könne von Vertragshilfe nach diesen Normen keine Rede sein.

⁸¹⁹ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 301.

Schiedsverfahrens als maßgeblich anzusehen, wenn es um die Frage der Einordnung als Leistungsbestimmung geht und nicht die Art und Weise der Einsetzung des Schlichters.⁸²⁰ Es muss ein Verfahren mit dem gleichen Inhalt betrieben werden, die Beilegung einer Regelungsstreitigkeit.⁸²¹ Dies ist im Falle des Agierens der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V der Fall. Die Situation im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde kann auch nicht anders behandelt werden als diejenige, in der sich die Parteien auf die Schiedsperson einigen. In letzterem Fall ist eine Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB unproblematisch anzunehmen. Nur in diesem Fall eine Leistungsbestimmung zu bejahen, könnte aber zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Dies kann vom Gesetzgeber nicht gewollt sein, da die Situation der Einigung auf eine Schiedsperson derjenigen der Nichteinigung gleichgestellt ist. Abweichende Regelungen für das weitere Verfahren sieht das Gesetz nicht vor. Die Variante, dass eine einseitig einleitbare Zwangsschlichtung erfolgt, wird bei der zivilrechtlichen Leistungsbestimmung nicht geregelt. Es handelt sich um eine Besonderheit des Leistungserbringungsrechts, die dem Umstand geschuldet ist, dass nur so der Sicherstellungsauftrag erfüllt werden kann. Selektivverträge folgen nicht vollständig den Regeln der Privatautonomie. Es muss auch in Fällen der Nichteinigung auf eine Schiedsperson eine Schlichtung erfolgen. Diese muss den gleichen Regeln unterliegen wie die im Falle der Einigung auf eine Schiedsperson.

(ccc) Vertragshelfer im engeren oder weiteren Sinne

Zu klären bleibt, ob es sich um ein Schiedsgutachten im engeren oder im weiteren Sinne handelt. Es kann nur dann von einer Leistungsbestimmung im eigentlichen Sinn – also einem Schiedsgutachten im weiteren Sinne – ausgegangen werden, wenn es um die Schlichtung einer Regelungsstreitigkeit geht. Dabei muss der Vertragsinhalt festgelegt und damit Recht gestaltet werden und nicht bloß der bereits bestehende Vertragsinhalt festgestellt werden.⁸²² Dies trifft hier offensichtlich nicht zu: Die Parteien können sich entweder nicht auf alle maßgeblichen Punkte einigen oder es kommt – so wohl in den meisten Fällen – zu gar keiner Einigung zwischen den Parteien. Davon, dass der Vertragsinhalt objektiv bereits feststeht, kann keine Rede sein. Insbesondere bei der Frage nach

⁸²⁰ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 124.

⁸²¹ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 123.

⁸²² *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 122.

der Vergütung kann nicht von einem Feststehen dieser und einer reinen Feststellung durch die Schiedsperson ausgegangen werden.

Keiner der Einwände führt dazu, dass eine Leistungsbestimmung entsprechend §§ 317 ff. BGB scheitert. Vielmehr geht es gerade um die Beilegung einer Streitigkeit. Die Schiedsperson gestaltet die Rechtsbeziehung zwischen den Krankenkassen und Gemeinschaften, indem sie die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzt und somit eine Leistungsbestimmung vornimmt.

(b) Vorgaben für das Verfahren

Bei der Feststellung, dass es sich bei der Schiedsperson um einen die Leistung bestimmenden Dritten im Sinne von §§ 317 ff. BGB in entsprechender Anwendung handelt, kann nicht stehen geblieben werden. Aus der rechtlichen Einordnung ergibt sich noch nicht, ob und wenn ja welche Vorschriften zum Verfahren angewendet werden können. Einen Katalog von Verfahrensvorschriften, die der Dritte beachten muss, gibt es nicht. Es stellt sich damit die Frage, ob es überhaupt Vorgaben für das Verfahren gibt, die anzuwenden sind, und falls es keine gibt, ob es welcher bedürfte, was dann den Weg für eine Analogie ggf. wieder frei machen würde.

Aus den heranzuziehenden Vorschriften ergibt sich somit eine mehrstufige Prüfung: Zunächst ist zu klären, ob die §§ 317 ff. BGB anzuwendende Regelungen vorsehen. Falls dies abzulehnen ist, ist nach Vorgaben in §§ 315 ff. BGB zu suchen. Die §§ 317 ff. BGB stellen besondere Regelungen auf, die neben den §§ 315 ff. BGB anzuwenden sind.⁸²³ Es kann also grundsätzlich auch auf §§ 315 ff. BGB zurückgegriffen werden.⁸²⁴ Im folgenden Schritt ist festzustellen, ob eine solche ergänzende Anwendung auch bezüglich der konkreten Fragestellung möglich ist. Zuletzt muss überprüft werden, ob es Besonderheiten im Rahmen von § 73b SGB V gibt, die eine modifizierte Anwendung oder Nicht-Anwendung der zivilrechtlichen Vorschriften verlangen.

§§ 317 ff. BGB gehen von zwei Möglichkeiten der Leistungsbestimmung aus: Der Bestimmung nach billigem Ermessen und der Bestimmung nach freiem Belieben. Diese Formulierungen sind als unbestimmte Rechtsbegriffe konkretisierungsbedürftig. Zudem gibt § 318 Abs. 1 BGB noch vor, dass die Bestimmung

⁸²³ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 2.

⁸²⁴ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 317, Rn. 3.

durch Erklärung gegenüber einem der Vertragsschließenden erfolgen muss. Der genauere Inhalt dieser Normen muss folglich genauer herausgearbeitet werden.

(aa) Billiges Ermessen oder freies Belieben

Zunächst ist zu klären, ob es sich um eine Bestimmung nach billigem Ermessen handelt oder ob die Bestimmung nach freiem Belieben getroffen werden kann. Es handelt sich hierbei um eine der Vorgaben für das Verfahren einer Leistungsbestimmung.

§ 317 Abs. 1 BGB besagt, dass im Falle der Leistungsbestimmung durch einen Dritten im Zweifel anzunehmen ist, dass die Bestimmung nach billigem Ermessen zu treffen ist. Dass auch eine Bestimmung nach freiem Belieben erfolgen kann, ergibt sich aus § 319 Abs. 2 BGB. Dieser sieht für den Fall der Bestimmung nach freiem Belieben vor, dass der Vertrag unwirksam ist, wenn der Dritte die Leistung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. Weitergehende Definitionen bietet das Gesetz nicht. Es handelt sich vielmehr um Generalklauseln.⁸²⁵ Die Anforderungen an das billige Ermessen sind mit denjenigen des § 315 BGB grundsätzlich identisch.⁸²⁶ Im Folgenden kann damit auch auf diese Vorschrift Bezug genommen werden. § 315 BGB beinhaltet jedoch ebenfalls keine weiteren gesetzlichen Konkretisierungen. Es handelt sich bei § 317 Abs. 1 BGB – ebenso wie bei § 315 Abs. 1 BGB – um eine Auslegungsregelung, die dispositiv ist.⁸²⁷ Das billige Ermessen kann somit abbedungen und durch einen anderen Maßstab ersetzt werden, so insbesondere durch das freie Belieben. Billiges Ermessen greift damit in allen Fällen, in denen es an einer Vereinbarung fehlt. Freies Belieben muss dagegen vereinbart werden.

Ausgangspunkt ist damit das billige Ermessen. Die Bestimmung entspricht dann billigem Ermessen, wenn sie unter Berücksichtigung der Interessen beider Parteien und im Vergleich mit ähnlichen Fällen als angemessen erscheint.⁸²⁸ Die genaue Abgrenzung der Maßstäbe der Leistungsbestimmung ist schwierig. Relevant wird die Unterscheidung für die Frage der Unwirksamkeit der Leistungsbestimmung durch den Dritten. Die Fälle, in denen bei Vorliegen freien Beliebens Unwirksamkeit anzunehmen ist, sind enger als im Falle billigen Ermessens. Ist

⁸²⁵ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 28.

⁸²⁶ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 22.

⁸²⁷ *Schulze* in: Hk-BGB, § 315, Rn. 1.

⁸²⁸ BAG, Urteil vom 13.6.2012 – 10 AZR 296/11 – NZA 2012, 1154, 1157; BGH, Urteil vom 2.4.1964 – KZR 10/62 – BGHZ 41, 271, 279.

in letzterem Falle Unwirksamkeit anzunehmen, wenn die Bestimmung offenbar unbillig ist, § 319 Abs. 1 S. 1 BGB, so ist dies in ersterem Fall nur anzunehmen, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder sie verzögert. Von § 319 Abs. 2 BGB sind die Fälle erfasst, bei denen eine Bestimmung durch Urteil nicht möglich sein soll.⁸²⁹

Auch die Frage, was unter freiem Belieben zu verstehen ist, ist nicht einfach zu beantworten. Teilweise wird vertreten, dass „freies Belieben“ mit Willkür gleichzusetzen sei. Dies ist aber nicht überzeugend: Zwar müssen die Anforderungen niedriger sein als die, welche an das billige Ermessen gestellt werden. Zwischen beiden Formen der Leistungsbestimmung muss ein Unterschied bestehen, was sich bereits aus den verschiedenen Begriffen ergibt. Eine völlig willkürliche Entscheidungsbefugnis erscheint aber nicht haltbar. Die Parteien überlassen einem Dritten, dem sie besonderes Vertrauen entgegenbringen, die Bestimmung in dem Glauben, dieser werde eine gerechte Entscheidung treffen. Es ist daher kaum annehmbar, der Dritte könne völlig willkürlich entscheiden.⁸³⁰ Dies wäre auch mit den Wertungen des § 138 BGB nicht vereinbar.⁸³¹ In einer solchen willkürlichen Vereinbarung ist ein Verstoß gegen die guten Sitten zu sehen, eine entsprechende vertragliche Regelung wäre damit nichtig. Vielmehr handelt es sich auch bei dem freien Belieben um eine Form billigen Ermessens, da § 317 Abs. 1 BGB alle Verträge erfasst, bei denen die Leistungsbestimmung einem Dritten überlassen ist. In bestimmten Fällen handelt es sich dann um freies Belieben.⁸³² In Zusammenspiel mit § 319 BGB lässt sich jedenfalls feststellen, dass dem Dritten im Falle freien Beliebens ein größerer Entscheidungsspielraum zusteht, da nur in sehr engen Ausnahmefällen von Unwirksamkeit auszugehen ist. Der Dritte ist dabei im Gegensatz zum billigen Ermessen nicht mehr auf eine Leistungsbestimmung beschränkt, die sich an objektiven Kriterien misst; er kann vielmehr nach seinen Interessen entscheiden.⁸³³ Ansonsten kann er subjektive Elemente einfließen lassen. Die Bestimmung der Leistung durch den Dritten wird von den Parteien als so wesentlich angesehen, dass sie sich ihr grundsätzlich immer – auch im Falle offener Unbilligkeit – unterwerfen wollen. Dies ergibt sich schon aus den Protokollen zum Entwurf des BGB, worin es heißt, dass die

⁸²⁹ *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 56.

⁸³⁰ Bereits in diese Richtung *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 54.

⁸³¹ *Schulze* in: Hk-BGB, § 315, Rn. 5.

⁸³² *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 55.

⁸³³ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 41.

Parteien im Fall des freien Beliebens auf „die Bestimmung gerade dieses Dritten entscheidendes Gewicht“ legen.⁸³⁴ Dies wäre z. B. der Fall, wenn die Parteien einen berühmten Dirigenten bitten, nach freiem Belieben einen Pianisten auszuwählen, der ein bestimmtes Stück spielt. Die Meinung des Dirigenten zur Fähigkeit des Pianisten wird dabei als ausschlaggebend angesehen. Der Dritte darf im Falle der Vereinbarung freien Beliebens somit noch freier agieren als im Falle der Anwendung billigen Ermessens. Er hat nur die Gesetze zu wahren.⁸³⁵ Grenzen ergeben sich insbesondere aus §§ 134, 138, 226 und 242 BGB.⁸³⁶ Es ist zudem anzunehmen, dass das vereinbarte freie Belieben nur dann rechtlich haltbar ist, wenn Leistung und Gegenleistung noch in einem Äquivalenzverhältnis stehen.⁸³⁷ Ansonsten würde es sich wiederum um einen Fall von Willkür handeln. Für die Entscheidung, welcher Maßstab im Falle des § 73b Abs. 4a SGB V greift, ist zu berücksichtigen, dass zwar eine ausdrückliche Vereinbarung des Maßstabs möglich ist, aber in der Praxis kaum zu finden sein wird. Die Parteien können sich meist nicht auf eine Schiedsperson einigen. Die Tatsache, dass es sich um eine einseitige Zwangsschlichtung handelt, spricht dagegen, dass die Parteien ein freies Belieben vereinbaren. Die Krankenkassen werden ein solch freies Agieren der Schiedsperson nicht vereinbaren. Auch sprechen die Besonderheiten des Krankenversicherungsrechtes gegen die Möglichkeit der Vereinbarung freien Beliebens. Die hausärztliche Versorgung soll nicht nur irgendwie sichergestellt werden, sondern in einer das Wirtschaftlichkeitsgebot erfüllenden Art und Weise. Es soll die effektivste, beste, dabei zugleich kostengünstigste Versorgung erfolgen. Dies verlangt ein Agieren der Schiedsperson, das nicht in ihrem freien Belieben steht. Subjektive Elemente können in die Leistungsbestimmung nicht einfließen.

Die Schiedsperson muss die Bestimmung dementsprechend nach billigem Ermessen treffen.

(bb) Der Inhalt des billigen Ermessens

Das billige Ermessen als unbestimmter Rechtsbegriff bedarf einer genaueren Konkretisierung. Neben § 315 Abs. 1 und § 317 Abs. 1 BGB geht auch das Wei-

⁸³⁴ *Achilles*, Protokolle der Kommission, S. 468.

⁸³⁵ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 340.

⁸³⁶ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 33.

⁸³⁷ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 214.

sungsrecht des Arbeitgebers nach § 106 S. 1 GewO vom Maßstab billigen Ermessens aus.⁸³⁸ Im Arbeitsrecht wurde der Begriff daher besonders untersucht. § 106 S. 1 GewO ist *lex specialis* zu § 315 BGB.⁸³⁹ Ihm kommt ein eigener Regelungsgehalt zu, und er unterscheidet sich in einigen Punkten von § 315 Abs. 1 BGB.⁸⁴⁰ Zumindest die grundlegenden Wertungen können im Folgenden aber herangezogen werden, da der Gesetzgeber in § 106 S. 1 GewO durch die Formulierung selbst auf die Vorschriften zu den bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zur Leistungsbestimmung Bezug nimmt.⁸⁴¹ Insbesondere sind mit Ausnahme von § 315 Abs. 1 BGB zumindest die weiteren Regelungen anwendbar.⁸⁴²

Wie bereits erwähnt, verlangt das billige Ermessen eine Abwägung der Interessen der beiden Parteien. Alle Umstände des Einzelfalls müssen in angemessener, ausgleichender Weise berücksichtigt werden.⁸⁴³ Ziel ist es, Einzelfallgerechtigkeit herzustellen.⁸⁴⁴ Ein zur Entscheidung des Interessenkonfliktes berufener Dritter soll diese Interessenabwägung unparteiisch und „nach bestem Gewissen“ entscheiden.⁸⁴⁵ Zudem muss die Leistung, die bestimmt wird, mit der in ähnlich gelagerten Fällen vergleichbar sein. Der Dritte hat sich bei der Bestimmung der Leistung an der Gegenleistung zu orientieren.⁸⁴⁶ Er muss umfassend ohne vorherige Festlegung auf ein Ergebnis vorgehen und darf nicht einseitig entscheiden.⁸⁴⁷

⁸³⁸ Die ausdrückliche Normierung in § 106 GewO besteht erst seit dem 1.1.2003 (eingeführt durch das Dritte Gesetz zur Änderung der Gewerbeordnung und sonstiger gewerberechtlicher Vorschriften vom 24.8.2002, BGBl. I, S. 3412), jedoch war das Weisungsrecht des Arbeitgebers bereits zuvor in Rechtsprechung und Literatur anerkannt. Die Regelung erfolgte aus Gründen der Klarstellung und Rechtssicherheit, vgl. BT-DS 14/8796, S. 24.

⁸³⁹ *Busemann*, ZTR 2015, 63, 65; *Preis* in: ErfK, § 106 GewO, Rn. 1.

⁸⁴⁰ *Busemann*, ZTR 2015, 63, 64.

⁸⁴¹ Ob § 315 BGB neben § 106 S. 1 GewO anwendbar ist, ist umstritten, bedarf hier aber keiner Klärung, da jedenfalls die Begriffe übereinstimmen, die für die vorliegende Betrachtung maßgeblich sind. Die herrschende Meinung geht davon aus, dass die §§ 315 ff. BGB anwendbar sind, vgl. BAG, Urteil vom 22.2.2012 – 5 AZR 249/11 – NZA 2012, 858, 860; *Kühn*, NZA 2015, 10, 12; *Neumann* in: Landmann/Rohmer, GewO, § 106, Rn. 12; *Schmitz-Scholemann*, JbArbR 51 (2014), 53, 70; *Wank* in: Tettinger/Wank/Ennuschat, GewO, § 106, Rn. 19. A.A.: *Preis* in: ErfK, § 106 GewO, Rn. 1.

⁸⁴² So auch *Kühn*, NZA 2015, 10, 12.

⁸⁴³ *Fuhlrott*, PuR 2014, 156, 157; *Kühn*, NZA 2015, 10, 12; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 324.

⁸⁴⁴ v. *Hoyningen-Huene*, Billigkeit im Arbeitsrecht, S. 36.

⁸⁴⁵ So schon *Rümelin*, Billigkeit im Recht, S. 39.

⁸⁴⁶ *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 64, 70.

⁸⁴⁷ *Schmitz-Scholemann*, JbArbR 51 (2014), 53, 71.

Dabei ist ein objektiver Maßstab anzuwenden.⁸⁴⁸ Jedoch sind auch weitere Aspekte, die nicht rein objektiv feststehen, berücksichtigungsfähig.⁸⁴⁹ Im Ergebnis ist billiges Ermessen nichts Anderes als Treu und Glauben.⁸⁵⁰ Der die Leistungsbestimmung vornehmende Dritte muss die beste Entscheidung treffen, wobei er die Interessen der Parteien unter Einbeziehung der entscheidenden Tatsachen festzustellen hat und sodann die Interessen bewertet und gewichtet.⁸⁵¹ Hierin liegt immer auch ein gewisses subjektives Element, was wiederum zeigt, wie schwierig die Abgrenzung zum freien Belieben im Einzelfall sein kann. Die Meinung des Dritten, was er für besser hält, kann aber keine Rolle spielen. Lediglich im Rahmen der wertenden Betrachtung kann die subjektive Komponente eine Rolle spielen.

Es ist umstritten, ob das billige Ermessen die Wahl zwischen mehreren Rechtsfolgen belässt oder ob es sich nur um einen unbestimmten Rechtsbegriff handelt, bei dem nur eine Entscheidung richtig sein kann.⁸⁵² Genauer bedeutet dies, ob der Schiedsperson ein Spielraum bei der Leistungsbestimmung verbleibt. Um dies zu entscheiden, bedarf es einer Auslegung des billigen Ermessens.⁸⁵³ Dabei sind die beiden Elemente, also Ermessen und Billigkeit, jeweils für sich zu betrachten. Der Dritte hat bei Ermessen die Freiheit, eine Entscheidung zwischen verschiedenen in Betracht kommenden Möglichkeiten auszuwählen, es besteht ein wirklicher Spielraum.⁸⁵⁴ Andererseits ist Billigkeit so zu verstehen, dass nur eine Entscheidung die richtige sein kann.⁸⁵⁵ Es besteht ein Widerspruch, der die Frage aufwirft, welches Merkmal als maßgeblich angesehen werden muss.

Teilweise wird vertreten, dass das Merkmal „billig“ maßgeblich ist und damit nur eine richtige Entscheidung möglich ist.⁸⁵⁶ Dafür spricht das systematische Argument, dass eine Verbindlichkeit nach § 315 Abs. 3 S. 3 BGB nur bei Billigkeit gegeben ist; auch § 319 Abs. 1 BGB geht davon aus, dass die offenbare Unbilligkeit ausschlaggebend für die Unverbindlichkeit ist. Dies sei dahingehend zu verstehen, dass der Gesetzgeber die Billigkeit als maßgeblich angesehen

⁸⁴⁸ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 462.

⁸⁴⁹ *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 70.

⁸⁵⁰ *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 41.

⁸⁵¹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 326.

⁸⁵² Vgl. hierzu *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 455.

⁸⁵³ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 458.

⁸⁵⁴ *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 68.

⁸⁵⁵ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 460; *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 68 f.

⁸⁵⁶ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 463.

habe.⁸⁵⁷ Wieso der Gesetzgeber dann nicht lediglich das Erfordernis der Billigkeit in die Normen aufgenommen hat, sondern beide Elemente fordert, kann diese Argumentation nicht erklären. Zudem lässt sich kritisieren, dass eine solche Auslegung dazu führen würde, dass nur Fälle von Schiedsgutachtenverträgen im engeren Sinne von der Norm erfasst würden, bei denen das Ergebnis bereits feststeht und lediglich ermittelt werden muss.⁸⁵⁸ Es sollte aber gerade ein Mehr an Befugnissen über §§ 317 ff. BGB geschaffen und ermöglicht werden, unvollständige Verträge zu ergänzen, nicht bloß Feststehendes festzustellen.⁸⁵⁹ Insbesondere am Beispiel der Regelung einer Vergütung wird deutlich, dass mehrere Festlegungen dem billigen Ermessen entsprechen können, wenn es sich um Abweichungen im Cent-Bereich handelt. Als maßgeblich ist hier damit das Ermessen anzusehen, das durch das Erfordernis der Billigkeit nur gewissen Schranken unterworfen wird.⁸⁶⁰ Billigkeit darf nicht wörtlich genommen werden, da sonst dem Ermessen keine Funktion mehr zukommen würde.⁸⁶¹

Eine solche Auslegung ist auch im Falle des § 73b SGB V als zutreffend anzusehen. Im Bereich der Leistungserbringung im Krankenversicherungsrecht muss vor allem dem Wirtschaftlichkeitsgebot, § 12 SGB V, Rechnung getragen werden. Es soll die bestmögliche Versorgung der Versicherten sichergestellt werden, dies aber möglichst kostengünstig. Das bedeutet aber nicht, dass nur eine einzige Festlegung durch die Schiedsperson den Anforderungen des billigen Ermessens genügen kann. Vielmehr lassen sich Kosten und Nutzen nicht pauschal festlegen, je nach Regelung zu den Leistungen verschiebt sich auch der Vergütungsanspruch. Wo die Grenze zu ziehen ist, steht nicht bereits fest, sondern hängt auch von der subjektiven Einschätzung und Gewichtung ab. Erforderlich ist eine Bewertung der verschiedenen Faktoren. Dabei kommt nicht nur eine einzige mögliche Leistungsbestimmung in Betracht. Die Schiedsperson hat die aus ihrer Sicht beste Ausgestaltung zu wählen. Damit spricht auch der Bereich, auf den die Vorschriften des BGB hier angewendet werden, dafür, dass das Ermessen maßgeblich sein muss. Es muss eine echte Wahl möglich sein. Es ist damit mit

⁸⁵⁷ Kornblum, AcP 168 (1968), 450, 461.

⁸⁵⁸ Vgl. hierzu auch Rauscher, Schiedsgutachtenrecht, S. 72, der zutreffend annimmt, dass beim Wegfall der Möglichkeit, frei zwischen verschiedenen Bestimmungen zu wählen, der Schiedsgutachtenvertrag im weiteren Sinne in einen solchen im engeren Sinne umschlägt.

⁸⁵⁹ Rauscher, Schiedsgutachtenrecht, S. 69.

⁸⁶⁰ Busemann, ZTR 2015, 63, 65; Rauscher, Schiedsgutachtenrecht, S. 69.

⁸⁶¹ BAG, Urteil vom 12.10.1961 – 5 AZR 423/60 – NJW 1962, 268, 270.

der herrschenden Meinung davon auszugehen, dass ein gestaltender Ermessensspielraum vorliegt.⁸⁶²

Verfahrensvorgaben können § 317 Abs. 1 BGB aber dennoch nicht entnommen werden. Die Norm ist weiterhin konkretisierungsbedürftig. Dies entspricht der Einräumung von Ermessen. § 317 Abs. 1 BGB steckt lediglich den Rahmen für die Abwägungsentscheidung der Schiedsperson ab.

(cc) Die Person des Dritten

Die Leistungsbestimmung im Rahmen des § 317 BGB kann durch jede natürliche oder juristische Person erfolgen, die zumindest beschränkt geschäftsfähig ist.⁸⁶³ Bei § 73b SGB V kann kein so weiter Anwendungsbereich angenommen werden. Der Begriff „Schiedsperson“ ist zwar insofern offen, dass sowohl natürliche als auch juristische Personen erfasst sein können. Legt man die Norm weitergehend aus, so können nur natürliche Personen als Dritte in Betracht kommen. Systematisch hat eine Abgrenzung zu den Schiedsämtern und -stellen zu erfolgen, die paritätisch besetzt sind und dauerhafte Institutionen darstellen. Im Fall der Schiedsperson wollte der Gesetzgeber bewusst einen neuen Weg gehen und eine Institutionalisierung vermeiden, die auch bei der Leistungsbestimmung durch eine juristische Person gegeben wäre. Es kommen daher nur natürliche Personen in Betracht. Der Dritte darf nicht bereits Partei des eigentlichen Vertrages sein, da es sich sonst um eine Leistungsbestimmung nach §§ 315 ff. BGB handeln würde.⁸⁶⁴ Im Falle der hausarztzentrierten Versorgung bedeutet dies, dass die Schiedsperson keine für die Krankenkasse oder Gemeinschaft in dem Verfahren vertretungsberechtigte Person sein darf. Der Dritte muss die Leistungsbestimmung zudem höchstpersönlich erbringen, nur bei einer entsprechenden Vereinbarung darf er die Bestimmung an eine andere Person delegieren.⁸⁶⁵ Es reicht die beschränkte Geschäftsfähigkeit nach § 106 BGB aus, da die Rechtsfolgen der Leistungsbestimmung unmittelbar für die Parteien wirken.⁸⁶⁶ Dem Dritten gegenüber ist sein Tätigwerden rechtlich neutral. Er muss aber fähig sein,

⁸⁶² *Busemann*, ZTR 2015, 63, 65; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 318; *Schmitz-Schollemann*, JbArbR 51 (2014), 53, 70; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 39; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 30.

⁸⁶³ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 40.

⁸⁶⁴ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 33.

⁸⁶⁵ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 318, Rn. 2.

⁸⁶⁶ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 40.

eine eigene Willenserklärung abgeben können.⁸⁶⁷ Die Verpflichtung zur Leistungsbestimmung ist ein eigenes Rechtsgeschäft, das gesondert zu betrachten ist. In der Praxis kommen beschränkt Geschäftsfähige aufgrund der Komplexität der zu treffenden Entscheidungen dagegen kaum in Betracht, sondern nur im Krankenversicherungsrecht erfahrene Personen. Entsprechende Anforderungen stellen auch die Anhänge zu Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung in Bezug auf nachgelagerte Schiedsverfahren.⁸⁶⁸

(c) Zwischenergebnis: Vertragshelfer

Die Einordnung als Vertragshelfer und die entsprechende Anwendung von §§ 317 ff. BGB über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V entspricht somit sowohl dem Gesetz, als auch dem Willen des Gesetzgebers. Vorgaben für das Verfahren lassen sich diesen Vorschriften jedoch nur rudimentär entnehmen. Ob damit verfassungsrechtlichen Vorgaben Genüge getan wird, ist an dieser Stelle nicht relevant, hierauf ist an späterer Stelle noch einzugehen. Es wird ein Verfahren ermöglicht, in dem die Schiedsperson selbst gewisse Grundsätze aufstellen kann, ansonsten aber flexibel nach Bedarf handeln kann.

(4) Ergebnis: Anzuwendende Verfahrensregelungen

Genauere Vorgaben für das Verfahren sind aufgrund der Einordnung als Vertragshelfer entsprechend §§ 317 ff. BGB und der Ablehnung der (analogen) Anwendung weiterer Vorschriften nicht vorhanden. Auch wenn das gewonnene Ergebnis aufgrund des gegebenen Bedürfnisses nach Verfahrensvorschriften, auf deren Einhaltung die Parteien sich sodann berufen könnten, wenig zufriedenstellend erscheinen mag, so wird es doch der gesetzgeberischen Intention gerecht, ein unbürokratisches, schnell durchführbares Verfahren zu schaffen. Dieses Ergebnis ist nur konsequent, nimmt man die Vertragshelfereigenschaft an: Die

⁸⁶⁷ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 40; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 35.

⁸⁶⁸ Vgl. beispielsweise die Anlage 7 zu den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung, die über das Portal des Deutschen Hausärzteverbandes für die einzelnen KV-Regionen abrufbar sind, <http://www.hausaerzteverband.de/cms/index.php?id=988>, zuletzt abgerufen am 23.3.2017. Diese verlangt in § 3 Abs. 2, dass die Schiedsperson die „Befähigung zum Richteramt und einschlägige Erfahrung auf dem Gebiet des Sozialrechts, insbesondere des SGB V, haben oder über einen Hochschulabschluss eines wirtschaftswissenschaftlichen Studiengangs verfügen“ soll.

Schiedsperson muss die gleiche Gestaltungsfreiheit haben wie die Vertragsparteien, wenn sie sich einigen würden.⁸⁶⁹ Die Vertragsparteien sind an keine förmlichen Verwaltungsverfahrensvorgaben gebunden, sondern genießen Vertragsfreiheit, was auch die Art und Weise des Zustandekommens des Vertrages beinhaltet. Die Schiedsperson kann grundsätzlich nach der gleichen Maßgabe tätig werden.

dd) Allgemein anzuwendende Grundsätze aus dem Grundgesetz

Nichtsdestotrotz handelt es sich im Falle des Einsatzes einer Schiedsperson um das Hinzutreten eines Dritten, dessen Entscheidungsmacht die Parteien unterliegen. Zwar sind förmliche verfahrensrechtliche Vorgaben nicht anwendbar. Die Tatsache, dass ein Dritter den Vertragsinhalt festsetzt, der zukünftig von den Parteien befolgt werden muss, verlangt aber nach der Anwendung von Verfahrensprinzipien, die allgemeine Grundsätze des Rechts darstellen und einen grundlegenden Rahmen für das Handeln bieten. Durch die Verpflichtung der Parteien ist anzunehmen, dass diese allgemeinen Verfahrensgrundlagen verpflichtend einzuhalten sind.

(1) Herleitung und Anwendbarkeit allgemeiner Verfahrensgrundsätze

In Betracht kommt die Anwendung allgemeiner Verfahrensgrundsätze, die sich aus dem Grundgesetz als höherrangigem Recht ergeben.

(a) In Betracht kommende Grundrechte

Die allgemeinen Verfahrensgrundsätze lassen sich aus den justiziellen Grundrechten aus Art. 19 Abs. 4 GG, der Rechtsweggarantie, und dem Anspruch auf rechtliches Gehör aus Art. 103 Abs. 1 GG ableiten. Art. 19 Abs. 4 GG schützt zunächst Elemente, die sich auf die Durchführung des Verfahrens beziehen. Zu nennen sind dabei das Recht auf Akteneinsicht, eine Begründungspflicht von

⁸⁶⁹ Vgl. hierzu BSGE 20, 73, 76 zu § 368h RVO a.F., jetzt § 89 SGB V, wobei dort sogar die Behördeneigenschaft bejaht wurde und damit ein Erst-Recht-Schluss gezogen werden kann: Wenn bereits bei Bejahung der Behördeneigenschaft eine solche Gestaltungsfreiheit anzunehmen ist, muss dies erst recht der Fall sein, wenn diese zu verneinen und stattdessen eine reine Vertragshelfereigenschaft anzunehmen ist. Vgl. hierzu ausführlicher unter Abschnitt 2, D. I.

Entscheidungen sowie die Bekanntgabe von Entscheidungen und der Beschleunigungsgrundsatz.⁸⁷⁰ Auch das Rechtsstaatsprinzip aus Art. 20 Abs. 3, 23 Abs. 1 und 28 Abs. 1 S. 1 GG spielt hier mit hinein. Daneben beinhaltet die Norm zudem die Gewährleistung allgemeiner Verfahrensgrundsätze. Inwieweit diese grundgesetzlich geschützt sind, muss im Einzelfall geklärt werden. Art. 103 Abs. 1 GG beinhaltet den Anspruch auf rechtliches Gehör vor Gericht. Es handelt sich zumindest um ein grundrechtsgleiches Recht.⁸⁷¹ Dieses Recht steht jedermann zu. Es stellt eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips dar.⁸⁷² Die Beteiligten müssen sich zur Angelegenheit äußern können, zudem muss das Vorbringen zur Kenntnis genommen und in die Entscheidung mit einbezogen werden.⁸⁷³

(b) Mittelbare Wirkung von Grundrechten

Die Einordnung der Schiedsperson als Vertragshelfer entsprechend §§ 317 ff. BGB führt zu der Notwendigkeit, die Anwendbarkeit dieser justiziellen Grundrechte zu begründen. Natürliche Personen – und eine solche ist die Schiedsperson mangels Behördeneigenschaft – sind grundsätzlich nicht unmittelbar an das Grundgesetz gebunden.⁸⁷⁴ Jedoch wird über Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe eine mittelbare Grundrechtsbindung erzeugt.⁸⁷⁵ Dabei ist das Grundgesetz bei der Auslegung dieser zu berücksichtigen.⁸⁷⁶ Vorliegend hat die Schiedsperson nach billigem Ermessen tätig zu werden. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der in hohem Maße konkretisierungsbedürftig ist.⁸⁷⁷ Die Wertungen des Grundgesetzes finden hierüber Eingang in die Leistungsbestimmung. Die Schiedsperson hat in diesem Rahmen die oben aufgeführten grundgesetzlichen Vorgaben zu achten.

(c) Persönlicher Anwendungsbereich der Grundrechte

Problematisch ist zudem die Geltendmachung der Einhaltung dieser grundgesetzlichen Vorgaben. Während sich die Gemeinschaften als Privatpersonen ohne weiteres auf Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 103 Abs. 1 GG berufen können, da auch

⁸⁷⁰ Vgl. *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 250 ff.

⁸⁷¹ *Degenhart* in: Sachs, GG, Art. 103, Rn. 2.

⁸⁷² *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1203.

⁸⁷³ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 1205.

⁸⁷⁴ *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 1, Rn. 49.

⁸⁷⁵ *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn. 203.

⁸⁷⁶ BVerfG, Beschluss vom 11.6.1991 – 1 BvR 239/90 – NJW 1991, 2411, 2411 f.

⁸⁷⁷ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 28, 31.

juristische Personen über Art. 19 Abs. 3 GG und nichtrechtsfähige Vereinigungen wie OHG und KG geschützt werden,⁸⁷⁸ ist dies bezüglich der Krankenkassen nicht anzunehmen. Bei ihnen handelt es sich um öffentlich-rechtliche juristische Personen. Sie sind damit grundsätzlich nicht grundrechtsberechtigt, sondern grundrechtsverpflichtet. Für Art. 103 Abs. 1 GG ist jedoch allgemein anerkannt, dass sich auch juristische Personen des öffentlichen Rechts auf dieses Justizgrundrecht berufen können.⁸⁷⁹ Für Art. 19 Abs. 4 GG ist diese Frage nicht geklärt. Überwiegend wird eine Befugnis, sich auf die Norm zu berufen, jedoch abgelehnt, da Art. 19 Abs. 4 GG einen Schutz von Grundrechtsträgern bewirken soll, der staatlichen Stellen gerade nicht zukommen soll.⁸⁸⁰ Insbesondere der systematische Zusammenhang mit den Grundrechten spricht gegen die Anwendbarkeit.⁸⁸¹ Die zu den Grundrechten entwickelten Ausnahmen für Universitäten, Rundfunkanstalten und Kirchen greifen auch hier.⁸⁸² Die Krankenkassen gehören jedoch nicht dazu, auch ist für diese keine Ausnahme zu machen, sondern es verbleibt bei der restriktiven Anwendung. Somit können sich die Krankenkassen lediglich auf Verstöße gegen Art. 103 Abs. 1 GG, nicht aber gegen Art. 19 Abs. 4 GG berufen. Vor dem Hintergrund, dass es sich um gleichgestellte Parteien im Leistungserbringungsrecht handelt, vermag dieses Ergebnis nicht zufrieden zu stellen, muss aber hingenommen werden. Die Schiedsperson hat jedoch die Gleichstellung zu berücksichtigen und die Vorgaben beiden Parteien gegenüber gleichermaßen anzuwenden. Beruft sich die Gemeinschaft auf einen Verfahrensfehler, so wird die Schiedsperson nur nach billigem Ermessen vorgehen, wenn sie auch den Krankenkassen gegenüber in gleicher Weise handelt wie den Gemeinschaften gegenüber.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Justizgrundrechte in Bezug auf Verwaltung und Gerichte entwickelt wurden bzw. sich explizit auf diese beziehen, so im Falle

⁸⁷⁸ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 40; *Remmert* ebda., Art. 103 Abs. 1 (2016), Rn. 31.

⁸⁷⁹ *Degenhart* in: Sachs, GG, Art. 103, Rn. 9; *Remmert* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1, Rn. 42 (2016).

⁸⁸⁰ BVerfG, Beschluss vom 19.8.2011 – 2 BvG 1/10 – BVerfGE 129, 108, 118; *Degenhart* in: Sachs, GG, Art. 103, Rn. 9; *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 48; *Krebs* in: von Münch/Kunig, GG, Art. 19, Rn. 57; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 42.

⁸⁸¹ So auch *Krebs* in: von Münch/Kunig, GG, Art. 19, Rn. 57.

⁸⁸² *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 43.

von Art. 103 Abs. 1 GG. Dies ist bei einer entsprechenden Auslegung des billigen Ermessens von Bedeutung, da es sich bei dem Schiedsverfahren gerade nicht um ein Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren handelt und die für die Schiedsperson gewünschten Freiheiten einzelne Verfahrensvorgaben, seien sie auch allgemein verfassungsrechtlich verankert, unanwendbar machen.

(2) Anwendbarkeit einzelner Verfahrensgrundsätze

Nachdem die Anwendbarkeit von allgemeinen Verfahrensgrundsätzen grundsätzlich bejaht wurde, bleibt die Frage zu klären, welche Verfahrensgrundsätze über die Vorgabe des billigen Ermessens konkret angewendet werden können.

(a) Recht auf Akteneinsicht

Das Grundgesetz sieht für Verwaltungsverfahren in Art. 19 Abs. 4 GG kein allgemeines Recht auf Akteneinsicht vor.⁸⁸³ Für das Strafverfahren lässt sich ein solches aus Art. 103 Abs. 1 GG herleiten, jedoch nur für den Strafverteidiger.⁸⁸⁴ Auch aus der Informationsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1, 3. Var. GG lässt sich ein solches Recht nicht herleiten. Sie gewährleistet, sich aus allgemein zugänglichen Quellen zu unterrichten. Allgemein zugänglich sind Quellen, wenn sie geeignet und bestimmt sind, der Allgemeinheit Informationen zu verschaffen.⁸⁸⁵ Dies trifft weder auf Gerichtsakten, noch Akten des Schiedsverfahrens zu. Ein allgemeines Akteneinsichtsrecht lässt sich also nicht aus dem Verfassungsrecht konstruieren. Da es sich zudem um eine Frage handelt, die der Vertragsfestsetzung vorgeht, kann man ein solches Recht auch nicht über das billige Ermessen konstruieren. Andererseits spricht das freie Agieren der Schiedsperson nur auf den ersten Blick gegen ein Akteneinsichtsrecht. Denn die Schiedsperson muss bei Verkündung ihrer Entscheidung, spätestens in einem ggf. stattfindenen Gerichtsverfahren, ihre Überlegungen und Berechnungsgrundlagen offenlegen. Ein legitimes Interesse an einer Geheimhaltung hat sie daher nicht. Es steht den Parteien daher frei, ein Akteneinsichtsrecht zu vereinbaren. Daneben hat eine Partei gegenüber der anderen Partei einen Anspruch auf Übermittlung erforderlicher Unterlagen aus dem zwischen ihnen kraft Vereinbarung des Schiedsverfahrens

⁸⁸³ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 256.

⁸⁸⁴ *Kunig* in: von Münch/Kunig, GG, Art. 103, Rn. 15.

⁸⁸⁵ BVerfG, Beschluss vom 3.10.1969 – 1 BvR 46/65 – NJW 1970, 235, 237.

oder im Falle der einseitigen Antragsstellung durch die Gemeinschaft und aufsichtsbehördlicher Festsetzung der Schiedsperson kraft Gesetzes bestehenden Rechtsverhältnisses.⁸⁸⁶

(b) Bekanntgabe und Begründung von Entscheidungen

Die Bekanntgabe von Entscheidungen des Staates ist ein wesentliches Element des Rechtsstaates, wobei Einzelakte individuell bekannt gegeben werden müssen.⁸⁸⁷ Auch im Falle der Festsetzung des Vertragsinhaltes der Schiedsperson ist die Bekanntgabe der Festsetzung erforderlich. Nur so ist es den Parteien möglich, über ihre nun bestehenden Rechte und Pflichten Kenntnis zu erlangen und ggf. weitere rechtliche Schritte einzuleiten. Das Ermessen wird somit nur im Falle der Bekanntgabe des Vertragsinhaltes in billiger Art und Weise ausgeübt. Auch die Pflicht, staatliche Handlungen zu begründen, ist ein wesentlicher Grundsatz des Rechtsstaates.⁸⁸⁸ Dieser wird durch Art. 19 Abs. 4 GG betont und konkretisiert.⁸⁸⁹ Über Art. 103 Abs. 1 GG wird ebenfalls eine Pflicht zur Begründung gerichtlicher Entscheidungen angenommen.⁸⁹⁰ Woher sich die Begründungspflicht genau ergibt, ist im vorliegenden Fall ohne Bedeutung, da jedenfalls allgemein eine grundgesetzliche Ableitung angenommen wird. Im Privatrecht ist eine Begründung nicht zwangsläufig erforderlich, so auch im Falle der Leistungsbestimmung.⁸⁹¹ Insbesondere bedarf es aber dann einer Begründung, wenn die Festsetzung durch den Dritten erst durch weitere Erläuterungen nachzuvollziehen ist.⁸⁹² Die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung regeln teilweise komplexe Themenbereiche, die genauer zu erläutern sind. Die Schiedsperson hat den Schiedsspruch also so zu begründen, dass die Parteien seinen Inhalt verstehen und ausführen sowie notfalls Rechtsmittel prüfen können. Wie weit die Begründung reicht, liegt aber im Ermessen der Schiedsperson. Die Aufführung jeglicher gemachter Erwägung kann von ihr nicht verlangt werden. Vielmehr genügt es, wenn sie die maßgeblichen Erwägungsgründe aufführt. Die Gründe für die

⁸⁸⁶ Vgl. hierzu genauer Abschnitt 2, C. II. 3. a).

⁸⁸⁷ *Jarass* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 19, Rn. 75; *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 250.

⁸⁸⁸ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 253.

⁸⁸⁹ *Stelkens* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, § 39, Rn. 2; *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 39, Rn. 5a.

⁸⁹⁰ *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103, Rn. 43.

⁸⁹¹ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 38.

⁸⁹² *Hager* in: Erman, BGB, § 315, Rn. 1; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 38.

Entscheidung müssen in dem Schiedsspruch zumindest angedeutet werden.⁸⁹³ Die durch die Rechtsprechung gestellten Anforderungen sind somit als sehr gering anzusehen. Auch darf die Begründungspflicht nicht insofern falsch verstanden werden, dass sich die Schiedsperson zu rechtfertigen hat und ihre hinter der Festlegung stehenden Motive zu erläutern hat. Das ist gerade nicht der Fall.

(c) Beschleunigungsgrundsatz

Art. 19 Abs. 4 GG beinhaltet auch ein Beschleunigungsgebot, das sowohl staatliche Stellen als auch die Beteiligten des Verfahrens zu zügiger Durchführung des Verfahrens verpflichtet.⁸⁹⁴ Eine schnelle Verfahrensabwicklung liegt auch im ausdrücklich kundgetanen Willen des Gesetzgebers zu § 73b SGB V. Das billige Ermessen verlangt von der Schiedsperson, möglichst schnell zu einer Entscheidung zu kommen und den Vertrag festzusetzen.⁸⁹⁵ Dafür kann sie den Parteien Fristen zur Beibringung von Unterlagen oder zur Stellungnahme setzen. Im Falle einer unangemessen kurzen Frist kann die Partei mit ihrem Vorbringen nicht ausgeschlossen sein.⁸⁹⁶ Ob nach Fristablauf eingereichte Unterlagen und getätigte Stellungnahmen durch die Schiedsperson nicht mehr berücksichtigt werden müssen, ist fraglich.⁸⁹⁷ Jedenfalls im Falle fehlenden Verschuldens der Parteien wird man eine Präklusion nicht annehmen können. Aber auch im Übrigen wird man eine ermessensgerechte Festsetzung nur annehmen können, wenn die Schiedsperson jedes Vorbringen berücksichtigt, solange dies nicht unmöglich ist. Unmöglichkeit kann man annehmen, wenn die Schiedsperson die Festsetzung bereits vorgenommen hat. Nur in diesem Fall ist eine Berücksichtigung nicht mehr möglich.

⁸⁹³ Vgl. LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 76.

⁸⁹⁴ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 263.

⁸⁹⁵ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 260.

⁸⁹⁶ BVerfG, Beschluss vom 2.12.1987 – 1 BvR 1291/85 – BVerfGE 77, 275, 285; *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19, Rn. 63.

⁸⁹⁷ Zweifel an der Präklusion subjektiver Rechte erhebt auch *Jarass* in: *Jarass/Pieroth*, GG, Art. 19, Rn. 62.

(d) Dispositionsgrundsatz vs. Amtsermittlungsgrundsatz

Der Dispositionsgrundsatz wird direkt über Art. 19 Abs. 4 GG abgesichert.⁸⁹⁸ Somit ist ein Einfluss auf das Schiedsverfahren und eine Bindung der Schiedsperson über das billige Ermessen möglich. Nach dem Dispositionsgrundsatz obliegt es grundsätzlich den Parteien, die erforderlichen Maßnahmen in Bezug auf Einleitung, Verfolgung und Beendigung eines Verfahrens zu ergreifen.⁸⁹⁹ Andererseits könnte auch der diesem Grundsatz gegensätzliche Amtsermittlungsgrundsatz zum Tragen kommen.

Auch wenn es sich um eine einseitige Zwangsschlichtung handelt, liegt es an den Gemeinschaften, das Schiedsverfahren einzuleiten, indem sie einen Antrag stellen. Dies spricht für die Anwendung des Dispositionsgrundsatzes. Auch die Tatsache, dass die Schiedsperson Vertragshilfe betreibt und damit keine weitergehenden Befugnisse haben kann als die Parteien selbst spricht für die Anwendung des Dispositionsgrundsatzes, der die Vertragsfreiheit in das Schiedsverfahren hinein verlängert.⁹⁰⁰ Jedoch lässt sich dagegen vorbringen, dass bei alleiniger Zugrundelegung des Antrags der Gemeinschaften die Krankenkassen benachteiligt würden, da sie selbst keinen Antrag stellen können. Diese Besonderheit der einseitig einleitbaren Zwangsschlichtung muss Berücksichtigung finden.

Die Tatsache, dass die Schiedsperson eine Vergütung und das Nähere zum Inhalt und der Durchführung anstelle der Parteien festsetzen und dabei die Belange beider Parteien ausgewogen berücksichtigen muss, spricht auch dafür, dass sie zumindest die hierfür erforderlichen Tatsachen ermitteln können muss. Fraglich ist, ob sie auch hierzu verpflichtet ist oder ihr nur die Befugnis zusteht, den Sachverhalt zu erforschen.⁹⁰¹ Die Ausgestaltung des § 73b Abs. 4a SGB V als (einseitig einleitbare) Zwangsschlichtung spricht für die Annahme des Amtsermittlungsgrundsatzes in Bezug auf die Durchführung des Verfahrens. Nur so werden die Interessen der Parteien, aber auch der Versicherten, deren ärztliche Versor-

⁸⁹⁸ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 264.

⁸⁹⁹ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 264.

⁹⁰⁰ Ähnlich argumentiert zu § 18a KHG bei Annahme der Vertragshelfereigenschaft der Schiedsstelle nach §§ 317 ff. BGB analog *Heinze* in: *Heinze/Wagner*, Schiedsstelle nach KHG, S. 65. Vgl. zur Reichweite der Entscheidungskompetenz Abschnitt 2, D. I.

⁹⁰¹ *Bast*, Rechtliche Stellung des Schiedsamtes, S. 99, geht bereits zu § 368i RVO a.F. von einer Pflicht zur Ermittlung aus mit dem Argument, nur so sei die Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen möglich.

gung sichergestellt werden soll, ausreichend berücksichtigt. Es bedarf der Zugrundelegung aller wesentlicher Informationen. Auch das Wirtschaftlichkeitsgebot, dass dem Leistungserbringungsrecht allgemein zugrunde liegt, spricht für die entsprechende Anwendung billigen Ermessens. Zumindest die wesentlichen Aspekte, die für eine ausgewogene Entscheidung erforderlich sind, müssen durch die Schiedsperson ermittelt werden. Sollen weitere Aspekte berücksichtigt werden, so müssen sie jedoch durch die Parteien vorgebracht werden. Die Schiedsperson muss diese sodann in die Entscheidung miteinbeziehen, sich aber nicht der jeweiligen Auffassung anschließen.

Die Entscheidung über die Beendigung des Schiedsverfahrens liegt wiederum nicht frei in den Händen der Parteien. Diese Frage soll im folgenden Abschnitt geklärt werden. Der Dispositionsgrundsatz kann hier nicht zum Tragen kommen.⁹⁰² Nur bezüglich der Einleitung des Verfahrens kommt der Dispositionsgrundsatz zum Tragen.

(e) Mündlichkeitsgrundsatz

Der Mündlichkeitsgrundsatz findet sich weder in Art. 19 Abs. 4 GG noch in Art. 103 Abs. 1 GG abgesichert.⁹⁰³ Die Schiedsperson übt ihr Ermessen auch pflichtgemäß aus, wenn sie ein schriftliches Verfahren durchführt und dabei beispielsweise schriftliche Stellungnahmen einfordert. Ein mündliches Verfahren ist nicht erforderlich. In der praktischen Umsetzung sind mündliche Verhandlungen jedoch als unerlässlich anzusehen, da Fragen schneller geklärt werden können. Gerade im Zusammenspiel mit dem Beschleunigungsgrundsatz, der dem Schiedsverfahren zugrunde liegt, erscheint ein solches Vorgehen als sinnvoll.

(f) Öffentlichkeitsgrundsatz

Der Öffentlichkeitsgrundsatz kommt ebenfalls nicht zum Tragen. Vielmehr finden Verhandlungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Auch die einfachrechtliche Ausgestaltung der Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB ist auf ein nicht-öffentliches Verfahren ausgelegt.⁹⁰⁴ Es handelt sich nicht um ein gerichtliches Verfahren, das der Kontrolle über die Öffentlichkeit bedarf.⁹⁰⁵

⁹⁰² Zur Frage der Zulässigkeit der Beendigung des Verfahrens vgl. Abschnitt 2, C. II. 2.

⁹⁰³ *Schmidt-Aßmann* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 19 Abs. 4 (2014), Rn. 266.

⁹⁰⁴ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 6.

⁹⁰⁵ So auch zum Schiedsverfahren nach § 132a SGB V: *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 11.

(g) Anspruch auf rechtliches Gehör

Art. 103 Abs. 1 GG sichert den Anspruch auf rechtliches Gehör einer jeden Person ab. Auch im Schiedsverfahren muss dieser Grundsatz gewahrt werden: Die Frage nach dem Prüfungsmaßstab und der Kontrolldichte des Gerichts soll an dieser Stelle zwar noch nicht erläutert werden,⁹⁰⁶ jedoch ist aufgrund des fundamentalen Charakters grundsätzlich rechtliches Gehör zu gewähren.⁹⁰⁷ Nimmt man zudem an, dass die Bestimmung des Dritten für das Gericht bindend und nicht mehr überprüfbar ist, muss erst recht der Grundsatz auf rechtliches Gehör greifen, da dieses ansonsten nicht gewährt würde.⁹⁰⁸ Die Schiedsperson nimmt die Leistungsbestimmung nur dann nach billigem Ermessen vor, wenn sie Krankenkassen und Gemeinschaften anhört, ihnen also Gelegenheit zur Stellungnahme gibt und die vorgetragene Äußerungen in ihre Entscheidung mit einbezieht.⁹⁰⁹ Der Anspruch beinhaltet nur eine Auseinandersetzung mit dem Vortrag, jedoch nicht, im Sinne des Vortrages zu entscheiden.⁹¹⁰ Beide Parteien sind gleichgestellt und damit gleichermaßen zu hören. Den Parteien kommt aber nicht das Recht zu, unbegrenzt immer neue Stellungnahmen abzugeben und den Abschluss des Verfahrens hinauszuzögern. Es besteht weder ein Anspruch auf eine gewisse Beratungsdauer noch auf einen bestimmten Ablauf oder auf die zwingende Berücksichtigung vorgebrachter Gründe.⁹¹¹ Grenzen ergeben sich hier aus dem Beschleunigungsgrundsatz. Die Schiedsperson kann, um das Verfahren zügig zu beenden, Fristen setzen. Dies widerspricht dem billigen Ermessen nicht.

ee) Ergebnis: Allgemeine Verfahrensgrundsätze

Die sich aus dem höherrangigen Recht ergebenden Verfahrensgrundsätze sind von allgemeiner Natur. Konkrete Vorgaben für die Schiedsperson machen sie nicht. Sie sollen lediglich die Einhaltung grundlegender rechtsstaatlicher Anforderungen gewährleisten. Im Übrigen ist die Schiedsperson in ihrer Handlungsweise frei, was im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers steht. Dass sich

⁹⁰⁶ Vgl. hierzu Abschnitt 2, E. VI. 4.

⁹⁰⁷ Von der Anwendbarkeit des Grundsatzes geht ohne Begründung aus: LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 79. So auch zum Schiedsverfahren nach § 132a SGB V: *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 10 f.

⁹⁰⁸ Vgl. hierzu *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S. 317.

⁹⁰⁹ Vgl. hierzu *Schmidt-Aßmann* in: Maunz-Dürig, GG, Art. 103 Abs. 1 (2016), Rn. 94.

⁹¹⁰ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 79.

⁹¹¹ Vgl. m.w.N. *Pieroth* in: Jarass/Pieroth, GG, Art. 103, Rn. 41 f.

dieser ein schnelles, unbürokratisches Verfahren gewünscht und realisiert hat, muss nicht erneut genauer ausgeführt werden. Dieses Ziel wird erreicht. Den Parteien ist zu raten, sich auf grundlegende Verfahrensvorgaben zu einigen, an die sich die Schiedsperson zu halten hat, auch wenn eine solche Einigung oft scheitern wird.

2. Nachträgliche Beendigung des Verfahrens durch die Parteien

Fraglich ist, ob das Verfahren vor der Schiedsperson durch nachträgliche Einigung beendet werden kann oder ob dieses nach Antrag auf Durchführung bindend ist. Hier bestehen zwei mögliche Varianten der Beendigung: In Betracht kommt die einseitige Beendigung durch die Gemeinschaften, indem diese ihren Antrag auf Durchführung „zurücknehmen“ – wobei zu klären bleibt, wie ein solches Handeln rechtlich einzuordnen wäre und auf welcher gesetzlichen Grundlage es basieren würde –, sowie die gemeinsame Beendigung durch beide Parteien, indem diese entweder gemeinsam beschließen, das Verfahren nicht durchzuführen oder eine eigene Einigung erzielen und einen Vertrag abschließen. Von Vorneherein nicht in Betracht kommt eine einseitige Beendigung durch die Krankenkassen. Diesen steht keine Möglichkeit zu, das Verfahren zu initiieren, weshalb keine Handlung ihrerseits vorliegt, die sie zurücknehmen könnten; im Übrigen können sie das weitere Verfahren nicht einseitig beenden, da sie nicht alleinige Beteiligte sind, sondern zwei Parteien beteiligt sind, die Gemeinschaft und die Krankenkasse.

a) Einvernehmliche beiderseitige Beendigung

Die einvernehmliche beiderseitige Beendigung durch beide Parteien kann auf zweierlei Weise erfolgen. Zunächst können die Parteien vor Festsetzung durch die Schiedsperson selbst einen Vertrag schließen. Dann fällt die Grundlage für das Tätigwerden des Dritten weg, da es keine Lücke im Vertrag oder einen gänzlich vertragslosen Zustand mehr gibt. Dies ist zulässig, da eine Einigung durch die Parteien über Selektivverträge vorrangiges Ziel des Gesetzes ist. Das Schiedsverfahren ist nur für den Fall der Nichteinigung vorgesehen. Den Parteien kommt Vertragsautonomie zu, daher entscheiden sie über den Vertragschluss.⁹¹²

⁹¹² *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 256.

Erst ab Festsetzung des Vertragsinhaltes durch die Schiedsperson kommt eine einvernehmliche Einigung der Parteien nicht mehr in Betracht, da sodann ein Vertrag besteht. Davon unbenommen bleiben natürlich Änderungen des Vertrages oder ein neuer Vertragsschluss möglich. Auch eine Kündigung des festgesetzten Vertrages durch die Gemeinschaften oder Krankenkassen ist wie im Falle eines eigenen Vertragsschlusses möglich. Dies richtet sich zunächst nach den Regelungen des Vertrages. Daneben kommt auch ohne ausdrückliche Regelung zumindest eine außerordentliche Kündigung in Betracht.⁹¹³ Auf den Zeitpunkt der Einigung kann es dabei nicht ankommen. Dies wird durch die Annahme verstärkt, dass die Schiedsperson auch nur für bestimmte Teilbereiche, auf die sich die Parteien nicht einigen konnten, eingesetzt werden kann.⁹¹⁴ Selbst wenn ein Schiedsverfahren bereits durchgeführt wird, ist eine Einigung jederzeit möglich.⁹¹⁵

In Betracht kommt – zumindest in der Theorie – auch die Einigung der Parteien, dass kein Schiedsverfahren durchgeführt wird und kein Vertragsschluss erfolgen soll. Die Ausgestaltung als einseitige Zwangsschlichtung und die Verpflichtung der Krankenkassen zum Vertragsschluss führen jedoch dazu, eine solche Beendigung des Verfahrens nicht zuzulassen. Der vertragslose Zustand soll möglichst schnell beendet werden, wofür auch die Einführung einer Frist zum Vertragsschluss spricht. Gegen eine solche Vereinbarung spricht auch, dass nach Beendigung eines Vertrages keine Fortgeltung der bisherigen Vereinbarung vorliegt. Dies würde zwar Sinn und Zweck des Schiedsverfahrens und dem Willen des Gesetzgebers entsprechen. Der Wortlaut von § 73b SGB V sieht eine solche Wirkung jedoch nicht vor. Ein systematischer Vergleich mit weiteren Normen bestätigt dies: So regelt § 132e Abs. 1 S. 6 SGB V ausdrücklich, dass die Bestimmungen eines endenden Vertrages bis zum Abschluss eines neuen Vertrages oder bis zur Entscheidung der Schiedsperson vorläufig weitergelten. Auch §§ 76 Abs. 6 S. 5, 85 Abs. 6 S. 3 SGB XI bestimmen, dass die vereinbarten oder festgesetz-

⁹¹³ Da es sich um eine Folgefrage handelt, die dem Schiedsverfahren nachgelagert ist, soll auf diese nicht weiter eingegangen werden. Jedenfalls kommt den Krankenkassen auch das Recht zur Kündigung aus § 71 Abs. 6 S. 3 SGB V zu. Eine außerordentliche Kündigung ist insbesondere denkbar, wenn die Schiedsperson eine Bestimmung nicht treffen will oder diese verzögert. Sie ist in diesem Fall aber nicht erforderlich, sollte eine Ersetzung durch das Gericht entsprechend § 319 Abs. 1 S. 2 BGB in Betracht kommen. Dies vermeidet zudem einen vertragslosen Zustand.

⁹¹⁴ *Sproll* in: Krauskopf, Sozialen Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 51.

⁹¹⁵ So auch zum Schiedsverfahren nach § 132a SGB V: *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 9.

ten Pflegesätze bis zum Inkrafttreten neuer Pflegesätze nach Ablauf des Pflegezeitraums weitergelten. Finden sich dort ausdrückliche Anordnungen einer Weitergeltung, kann dies im Falle anderer Schiedspersonen nicht angenommen werden. Auch bei § 73b SGB V kann von einer Fortgeltung damit nicht ausgegangen werden.⁹¹⁶ Dies hätte zur Folge, dass ein vertragsloser Zustand entsteht, was nicht gewollt ist. Eine Einigung nach den oben genannten Maßgaben ist somit nicht zulässig.

b) Einseitige Beendigung durch die Gemeinschaft

Möglich erscheint auch die einseitige Beendigung durch die Gemeinschaft, indem sie ihren Antrag auf Durchführung des Schiedsverfahrens zurücknimmt. Dieser Antrag ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.⁹¹⁷ Die Möglichkeiten von Widerruf und Rücknahme, §§ 44 ff. SGB X, kommen mangels Verwaltungsakts-Qualität nicht in Betracht. Bereits aus teleologischen Erwägungen ist eine einseitige Rücknahmemöglichkeit abzulehnen. Es liegt in der Hand der Gemeinschaft, ob sie ein Schiedsverfahren durchführen lassen will oder nicht. Die Entscheidung muss dabei nicht innerhalb einer bestimmten Frist erfolgen, es kann daher erwartet werden, dass die Gemeinschaft die Entscheidung wohl überlegt trifft. § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V ist zudem so formuliert, dass nach Einsetzung die Schiedsperson den Vertragsinhalt festsetzt. Die Krankenkasse ist des Weiteren zum Vertragsschluss verpflichtet, sodass die Einhaltung dieser Verpflichtung, wenn der Antrag vorliegt, möglichst verwirklicht werden soll. Durch die Einordnung als Willenserklärung lässt sich zudem auf die Vorschriften des BGB zu Willenserklärungen, §§ 116 ff. BGB, zurückgreifen. Diese finden über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V Anwendung. Für das Wirksamwerden einer Willenserklärung kommt es maßgeblich auf ihren Zugang an. So muss eine Willenserklärung einem Abwesenden gegenüber diesem zugehen, um wirksam zu werden, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Liegen keine spezielleren Regeln vor, kann diese Norm analog im öffentlichen Recht angewandt werden;⁹¹⁸ solche Abweichungen enthalten die §§ 69 ff. SGB V nicht. Es kommt auf den Zugang bei der Krankenkasse an. Die Willenserklärung wird nur dann nicht wirksam, wenn zuvor oder

⁹¹⁶ A.A. zu § 132a SGB V, der jedoch ebenso wie § 73b SGB V keine Regelung vorsieht und daher heranziehbar ist: BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 76.

⁹¹⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. II. 3.

⁹¹⁸ *De Wall*, Anwendbarkeit privatr. Vorschriften im VerwR, S. 126.

zugleich ein Widerruf zugeht, § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Nach dem Zugang sind einseitige Willenserklärungen aber unwiderruflich. Dies wird man auch vorliegend annehmen müssen und einen Widerruf nur bis zum Zeitpunkt des Zugangs des Antrags auf Durchführung des Schiedsverfahrens zulassen können.⁹¹⁹

Auch eine Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB (analog)⁹²⁰ ist abzulehnen, da zumindest kein Anfechtungsgrund ersichtlich ist. Weder ein Inhalts- noch ein Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 BGB oder ein Eigenschaftsirrtum nach § 119 Abs. 2 BGB erscheinen konstruierbar. Eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 Abs. 1 BGB kommt theoretisch, nicht aber in der Praxis in Betracht. Es kann sich allenfalls um einen bloßen Motivirrtum handeln, sollte die Gemeinschaft falschen Vorstellungen unterliegen. Solche Irrtümer sind aber nicht allgemein anfechtbar.⁹²¹

Die Gemeinschaft kann das Schiedsverfahren mithin nicht einseitig beenden.⁹²²

3. Einseitige Beendigung des Verfahrens durch die Schiedsperson

Zu klären bleibt, ob die Schiedsperson selbst das Schiedsverfahren einseitig beenden kann. Als Mittel kommen die Anfechtung des zwischen Krankenkassen, Gemeinschaften und Schiedsperson geschlossenen Vertrages sowie eine Kündigung in Betracht. Einer besonderen Betrachtung bedarf die Behandlung der Situation, wenn die Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde bestimmt wurde. Es stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten sich der Schiedsperson in diesem Fall bieten.

⁹¹⁹ Vgl. hierzu schon Abschnitt 2, B. II. 3 b).

⁹²⁰ Die Vorschriften zur Anfechtung sind im Verwaltungsrecht nur ausnahmsweise anwendbar, da in den meisten Fällen bereits Möglichkeiten vorgesehen sind, Abhilfe zu verschaffen, wie durch die Mechanismen von Rücknahme und Widerruf, vgl. *de Wall*, Anwendbarkeit privatr. Vorschriften im VerwR, S. 175.

⁹²¹ *Armbrüster* in: MünchKomm BGB, § 119, Rn. 101a.

⁹²² In diese Richtung auch *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 50, wobei dieser von der Bindung erst mit fingierter Annahme der Erklärung der Gemeinschaft durch die Krankenkasse ausgeht. Auf eine Annahme wird es hier aber kaum ankommen; der Antrag ist zwar empfangsbedürftig, das Gesetz sieht aber keine Einigung und damit auch kein Erfordernis einer Annahme – auch nicht einer fingierten – vor.

a) **Rechtsnatur der Rechtsbeziehungen**

Die Beantwortung der Frage nach der einseitigen Beendigung erfordert zunächst eine grundlegende Einordnung der Rechtsnatur der Rechtsbeziehungen im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Krankenkasse und die Gemeinschaft sowie im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde.

aa) **Im Falle eines Vertrages**

Die Rechtsbeziehung im Falle der Einigung der Parteien auf eine Schiedsperson wurde bereits als mehrseitiger Vertrag qualifiziert.⁹²³ Dieser Vertrag wird – in Abgrenzung zum Schiedsgutachtenvertrag – als Schiedsgutachtervertrag bezeichnet.⁹²⁴ Das Recht zur Leistungsbestimmung ist abstrakt zu dem Schiedsgutachtervertrag.⁹²⁵

(1) **Der Schiedsgutachtervertrag: Öffentlich-rechtlicher oder privatrechtlicher Vertrag**

Der Schiedsgutachtervertrag könnte sowohl privatrechtlicher als auch öffentlich-rechtlicher Natur sein. Die Einordnung hat dabei konkrete Auswirkungen, denn sollte es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag handeln, ist genau zu untersuchen, ob auf die Vorschriften des BGB zur Vernichtung von Willenserklärungen zurückgegriffen werden kann oder ob nicht die Vorschriften zu den öffentlich-rechtlichen Verträgen gemäß §§ 53 ff. SGB X eine Lösung bieten und abschließend sind.⁹²⁶ So kommt die Anwendung von § 314 BGB, also eine Kündigung aus wichtigem Grund, im Falle eines öffentlich-rechtlichen Vertrages nur

⁹²³ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. IV. 2.

⁹²⁴ Hager in: Erman, BGB, § 317, Rn. 14; Rauscher, Schiedsgutachtenrecht, S. 245.

⁹²⁵ Jousen, AcP 203 (2003), 429, 437; Rieble in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 86.

⁹²⁶ Auch für den Rechtsweg spielt die Einordnung der Schiedsgutachterverträge eine Rolle, da im Falle eines privatrechtlichen Vertrages grundsätzlich der Weg zu den ordentlichen Gerichten beschritten werden muss, im Falle eines öffentlich-rechtlichen Vertrages ist der Weg zu den Verwaltungsgerichten, ggf. zu den Sozialgerichten, eröffnet, vgl. Neumann, DÖV 1992, 154, 155.

ausnahmsweise in Betracht, da § 59 SGB X eine speziellere Regelung vorsieht.⁹²⁷ Die §§ 53 ff. SGB X sind nur auf öffentlich-rechtliche Verträge anwendbar.⁹²⁸ Maßgeblich für die Abgrenzung ist der Gegenstand des Vertrags.⁹²⁹ Vorliegend handelt es sich um einen Vertrag über die Festsetzung des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung durch die Schiedsperson, also einen Vertrag über eine Leistungsbestimmung, die bereits bei §§ 317 ff. BGB in entsprechender Anwendung verortet wurde. Betrachtet man die Vertragsfestsetzung nach § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V als Vertragsgegenstand, erscheint eine Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag naheliegend. Die Rechtsnatur der Leistungserbringungsverträge wird unterschiedlich bewertet, überwiegend jedoch, wofür auch § 69 Abs. 1 SGB V spricht,⁹³⁰ werden sie als öffentlich-rechtliche Verträge eingeordnet.⁹³¹ Dafür, auch die Rechtsnatur der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung als solche zu berücksichtigen, spricht, dass der Zweck des Vertrages – vorliegend die Schaffung eines Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung – bei der Einordnung des Vertrages herangezogen werden kann.⁹³² Entscheidend ist jedoch, dass es bei dem Schiedsgutachtervertrag nicht um den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung selbst geht, sondern um den der Leistungsbestimmung zugrunde liegenden Vertrag zwischen Krankenkassen, Gemeinschaft und Dritten. § 69 SGB V kann insofern nicht als ausschlaggebend angesehen werden, da er nur die Beziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern abschließend regelt.⁹³³ Maßgeblich ist somit nicht der eigentliche

⁹²⁷ *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 112.

⁹²⁸ *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 13.

⁹²⁹ Vgl. zu den allgemeinen Anforderungen an einen öffentlich-rechtlichen Vertrag Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ccc).

⁹³⁰ Die Vorschrift regelt nun abschließend, dass alle Rechtsbeziehungen aus dem Leistungserbringungsrecht sozialversicherungsrechtlicher und nicht privatrechtlicher Natur sind, womit öffentlich-rechtliche Verträge anzunehmen sind, so BT-DS 14/1245, S. 68.

⁹³¹ *Boerner*, SGB 2000, 389, 390; *Hess* in: Kasseler Kommentar, § 69 SGB V, Rn. 3; *Schulin*, JZ 1986, 476, 480 f. A.A.: *Heinze*, SGB 1990, 173, 177. – Umstritten war insbesondere die Einordnung der Verträge im Heil- und Hilfsmittelbereich. Bejahung von öffentlich-rechtlichen Verträgen: BSG, Beschluss vom 12.3.1985 – 3 RK 33/83 – SGB 1986, 28, 28; *Knispel*, NJW 1986, 1525, 1529; *Narr*, SGB 1986, 32, 34. A.A.: GemS-OBG, Beschluss vom 10.4.1986 – GmS-OBG 1/85 – NJW 1986, 2359, 2359; BGH, Urteil vom 26.10.1961 – KZR 1/61 – NJW 1962, 196, 198; *Kleinmann*, NJW 1985, 1367, 1371. Offen: *Wallerath*, NJW 1987, 1472, 1474.

⁹³² BVerwG, Urteil vom 26.1.1995 – 3 C 21/93 – NVwZ 1996, 171, 171; *Boerner*, SGB 2000, 389, 389; *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 13; *Neumann*, DÖV 1992, 154, 157.

⁹³³ *Becker/Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 69, Rn. 9.

Leistungserbringungsvertrag. Zudem kommt es für die Einordnung des Vertrages insbesondere auf dessen Schwerpunkt an. Dieser wird bei der Leistungsbestimmung an sich und den damit verbundenen Rechten und Pflichten zu sehen sein. Es sollen keine Rechte und Pflichten öffentlich-rechtlicher Art begründet werden, sondern solche, die auch privatrechtlich festgelegt werden können. Der unmittelbare Zweck ist damit kein öffentlich-rechtlicher Zweck. Die Schiedsperson ist bei Abschluss des Vertrages nicht der mittelbaren Staatsverwaltung zuzuordnen. Das den Vertragsschluss umgebende Umfeld ist damit mehr dem privatrechtlichen Kontext zuzuordnen. Bejaht man die privatrechtliche Natur von Leistungserbringungsverträgen, so kann bezüglich der Schiedsgutachterverträge erst recht nicht von öffentlich-rechtlichen Verträgen ausgegangen werden, da dann der oben dargestellte Inhalt und Zweck des Vertrages nicht einmal öffentlich-rechtlicher Natur ist. Der Vertrag ist damit privatrechtlicher Natur, weshalb im Folgenden die Vorschriften der §§ 53 ff. SGB X zur Lösung der Schiedsperson vom Vertrag nicht in Betracht kommen.⁹³⁴ Es muss eine Lösung über die zivilrechtlichen Vorschriften in entsprechender Anwendung gesucht werden.⁹³⁵

(2) Konkrete Einordnung des Schiedsgutachtervertrages

Der der Leistungsbestimmung zugrunde liegende Schiedsgutachtervertrag wird im Rahmen der §§ 317 ff. BGB differenziert eingeordnet. Sollte die Tätigkeit unentgeltlich sein, könnte es sich um einen Auftrag nach §§ 670 ff. BGB handeln.⁹³⁶ Dies ist jedoch abzulehnen. Zwar ergibt sich aus § 73b Abs. 4a S. 3

⁹³⁴ A.A. (ohne Begründung): *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 46; *ders.* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 286.

⁹³⁵ Zu beachten ist, dass Klagen im Zusammenhang mit dem Schiedsgutachtervertrag, also mit Ansprüchen aus diesem, trotz der Einordnung als privatrechtlichen Vertrag in die Zuständigkeit der Sozialgerichte nach § 51 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 SGG fallen. Es handelt sich um Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Nach Abs. 2 S. 1 entscheiden die Sozialgerichte in diesen auch über privatrechtliche Streitigkeiten. Es müssen Aufgaben des SGB V wahrgenommen werden, vgl. *Wolff-Dellen* in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, § 51, Rn. 53, die hier in der Festsetzung des Vertrags nach § 73b Abs. 4 SGB V zu sehen sind, denen der Schiedsgutachtervertrag dient. Eine Zuordnung zu den Sozialgerichten erscheint auch sachgerecht, da es sonst bei Streitigkeiten, die neben Ansprüchen aus dem Schiedsgutachtervertrag auch auf gesetzliche Vorgaben bezogen sind, eine Rechtswegspaltung eintreten würde.

⁹³⁶ *Rieble* in: *Staudinger*, BGB, § 317, Rn. 87. Von der Möglichkeit eines Auftrages oder Werkvertrages geht bereits aus: *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 35.

SGB V, der die Kostentragung regelt, nicht, dass die Schiedsperson eine Vergütung erhält. Es könnten auch anderweitige Kosten gemeint sein. Jedoch ist die Norm ein Indiz für eine Vergütung der Schiedsperson. Auch in der Praxis wird die Schiedsperson kaum unentgeltlich eine umfassende Vertragsfestsetzung vornehmen, eine solche Auslegung wäre lebensfremd. Damit scheidet ein Auftragsverhältnis aus.

Überwiegend erfolgt eine Klassifizierung als Geschäftsbesorgungsvertrag nach § 675 Abs. 1 BGB, wobei eine genauere Zuordnung zu Werk- oder Dienstvertrag nicht vorgenommen wird.⁹³⁷ Ein Geschäftsbesorgungsvertrag setzt voraus, dass der Geschäftsbesorger eine selbstständige Tätigkeit wirtschaftlicher Art zur Wahrung fremder Vermögensinteressen ausführt.⁹³⁸ Dies passt zum Charakter einer Leistungsbestimmung, da der Dritte einen Entscheidungsspielraum hat, innerhalb dessen er agiert und dabei im Interesse der Parteien über deren Rechte und Pflichten und damit auch ihr Vermögen verfügt. Im Übrigen hängt die Einordnung als werk- oder dienstvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag davon ab, ob der Dritte zum bloßen Tätigwerden oder aber zur Herstellung eines Werkes, also Erreichen eines Erfolges, verpflichtet wird.⁹³⁹ Für die Einordnung als werkvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag spricht, dass der Dritte eine Leistungsbestimmung durch Erklärung vorzunehmen hat, die als Erfolg angesehen werden kann.⁹⁴⁰ Die Annahme eines dienstvertraglichen Geschäftsbesorgungsvertrages über die Anwendung von § 626 BGB zu begründen,⁹⁴¹ kann hingegen nicht überzeugen. Dabei handelt es sich um eine Rechtsfolge, die zum Tragen kommt, wenn bereits eine Einordnung als dienstvertragsähnlich vorgenommen

⁹³⁷ *Hager* in: Erman, BGB, § 317, Rn. 14; *Münch* in: MünchKomm ZPO, Vorb. zu §§ 1025 ff., Rn. 54; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 87; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 9.

⁹³⁸ BGH, Urteil vom 17.10.1991 – III ZR 352/89 – NJW-RR 1992, 560, 560; *Sprau* in: Palandt, BGB, § 675, Rn. 2.

⁹³⁹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 87.

⁹⁴⁰ *Ballerstedt* in: Soergel, BGB, 10. Auflage, Vor § 631, Rn. 31. *Ballerstedt* geht aber aufgrund der rechtlichen Wirkung der Bestimmung davon aus, dass „Dienstvertragsrecht zumindest analog“ anzuwenden sei.

⁹⁴¹ So wohl *Sprau* in: Palandt, BGB, § 675, Rn. 25, der in dem Schiedsgutachtervertrag einen dem Schiedsrichtervertrag ähnlichen Geschäftsbesorgungsvertrag sieht. Dieser könne als Dienstvertrag eingeordnet werden, jedoch wird dies offengelassen, vgl. *Sprau* in: Palandt, BGB, § 675, Rn. 24.

wurde; sie kann damit kein Argument für diese Klassifizierung darstellen. Vielmehr ist an eine analoge Anwendung von § 626 BGB zu denken, um eine Kündigung zu ermöglichen.

Auch eine Einordnung als Vertrag *sui generis* wird vertreten.⁹⁴² Dies hilft aber für die Frage, welche Rechte und Pflichten, Rechtsfolgen und ggf. Sekundäransprüche in Betracht kommen, nicht weiter. Auch eine Klassifizierung als Werkvertrag wird angenommen.⁹⁴³ Die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen weichen aber von denen eines werkvertraglichen Geschäftsbesorgungsvertrages nicht in hier relevanten Punkten ab. Gegen eine Einordnung als Werkvertrag spricht zudem, dass die Schiedsperson bei der Herstellung des Werkes, also der Gutachter-tätigkeit bzw. Vertragsfestsetzung, weisungsfrei agiert, bei einem Werkvertrag aber die Möglichkeit zu Weisungen in Bezug auf das Werk besteht.⁹⁴⁴ Somit erscheint die Annahme eines Geschäftsbesorgungsvertrages passender. Der BGH hat eine Einordnung bisher offen gelassen, wobei er sowohl Argumente für die Ähnlichkeit zum Werkvertrag als auch zum Dienstvertrag anführt; jedenfalls wendet er aber § 626 BGB an.⁹⁴⁵ Als ausschlaggebend ist im Rahmen der Leistungsbestimmung eben diese als Erfolg anzusehen.

Im Falle des § 73b SGB V soll die Schiedsperson anstelle der Parteien einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzen. Damit schuldet sie nicht nur das bloße Tätigwerden, sondern das Erreichen eines Erfolges. Dabei muss unter anderem auch die Vergütung näher bestimmt werden, § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V. Der Vertrag zwischen Schiedsperson, Gemeinschaft und Krankenkasse ist damit ebenfalls als werkvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag anzusehen.⁹⁴⁶ Besonderheiten des Sozialrechts oder Leistungserbringungsrechtes des SGB V, die gegen eine solche Einordnung sprechen könnten, sind nicht gegeben.

⁹⁴² *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 245; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 51.

⁹⁴³ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 9; *ders.*, VersR 1994, 1009, 1009.

⁹⁴⁴ *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 245.

⁹⁴⁵ BGH, Urteil vom 5.12.1979 – VIII ZR 155/78 – DB 1980, 967, 968.

⁹⁴⁶ Auch der Schiedsgutachtervertrag im Rahmen von § 132a SGB V wird als Geschäftsbesorgungsvertrag eingeordnet; *Griep*, PflR 2011, 387, 390 f.

bb) Im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde

Im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde kommt eine vertragliche Regelung zwischen den Beteiligten nicht in Betracht. Im Verhältnis der Aufsichtsbehörde zur Schiedsperson liegt ein Verwaltungsakt vor.⁹⁴⁷ Durch diesen wird zu den Parteien ein gesetzliches Schuldverhältnis begründet. Ein solches entsteht zunächst, wenn die Voraussetzungen der jeweiligen Rechtsnorm erfüllt sind.⁹⁴⁸ Aber auch ein Schuldverhältnis, das auf einem Hoheitsakt beruht, ist ein gesetzliches Schuldverhältnis.⁹⁴⁹ Ein solcher Hoheitsakt liegt mit dem Erlass des Verwaltungsaktes der Aufsichtsbehörde vor. Das gesetzliche Schuldverhältnis beinhaltet die gleichen grundlegenden Rechte und Pflichten wie ein vertraglich zwischen den Parteien begründetes Schuldverhältnis. Bereits aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten ist dies anzunehmen, da ansonsten die fehlende Einigung zu einer Begünstigung der Beteiligten führen würde. Lediglich besondere Rechte und Pflichten, die nur durch eine Vereinbarung zustande kommen können, werden nicht Vertragsbestandteil. Hinzu kommen die sich aus dem Gesetz selbst ergebenden Rechte und Pflichten. Das durch die Bestimmung der Aufsichtsbehörde begründete gesetzliche Schuldverhältnis muss wie das vertraglich begründete den Vorschriften zum werkvertraglichen Geschäftsbesorgungsvertrag unterliegen.

b) Anfechtung

Eine Anfechtung des Vertrages durch die Schiedsperson richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften, §§ 119 ff. BGB. Sie kommt zwar grundsätzlich in Betracht, wird aber in der Praxis selten relevant sein. Ein Anfechtungsgrund ist wie im Falle der Gemeinschaft nicht ersichtlich. Ein gesetzliches Schuldverhältnis kann nicht angefochten werden, da keine Willenserklärung vorliegt. Die Schiedsperson gibt im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde keine Willenserklärung ab, sondern wird durch eine hoheitliche Maßnahme in ihr Amt berufen. Im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde hat die Schiedsperson gegen den ihr gegenüber ergangenen Verwaltungsakt mit den üblichen Rechtsmitteln vorzugehen, wie bereits erläutert wurde. Ein Vorgehen gegenüber den Parteien scheidet aus.

⁹⁴⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. V. 4.

⁹⁴⁸ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, Überbl. v. § 311, Rn. 5.

⁹⁴⁹ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, Überbl. v. § 311, Rn. 5.

c) Kündigung

Bei der Frage nach einem Kündigungsrecht ist wiederum zwischen der Bestimmung der Schiedsperson durch die Parteien und Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde zu unterscheiden.

aa) Im Falle eines Vertrages

Die Parteien können, wenn sie selbst die Schiedsperson bestimmen und Verfahrensregelungen aufstellen, Regelungen zur Kündigung vorsehen. Geschieht dies nicht, stellt sich die Frage, ob der Schiedsperson trotzdem ein Kündigungsrecht zusteht. Aus der Einordnung als werkvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag könnte sich ein Kündigungsrecht ergeben. § 675 Abs. 1 BGB verweist jedoch ausdrücklich nicht auf das Kündigungsrecht aus § 671 BGB; lediglich in Fällen, in denen dem Verpflichteten das Recht zur fristlosen Kündigung zusteht, wird auf § 671 Abs. 2 BGB verwiesen. Auch das Werkvertragsrecht bietet keine Lösung, da es nur ein Kündigungsrecht für den Besteller in § 649 S. 1 BGB vorsieht, dem Unternehmer dagegen werden keine solchen Rechte eingeräumt. Ein Kündigungsrecht für den Unternehmer ist nur im Falle fehlender Mitwirkung des Bestellers nach § 643 S. 1 BGB gegeben. Darüber hinaus existiert kein Recht zur Kündigung. Gegen ein ordentliches Kündigungsrecht ohne eine Vereinbarung spricht zudem der Zweck des Schiedsverfahrens. Dieses soll dafür sorgen, dass der vertragslose Zustand schnell beseitigt wird. Die Schiedsperson soll sich nicht einfach von ihren Pflichten lösen können, um ein Verzögern des Zustandekommens eines Vertrages zu verhindern.

In besonderen Fällen muss aber eine Möglichkeit der Kündigung bestehen. Eine außerordentliche Kündigung kommt auch in Fällen, in denen ein ordentliches Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, in Betracht. Ein gänzlicher Ausschluss der Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, ist unzulässig. Etwas Unzumutbares kann niemandem zugemutet werden.⁹⁵⁰ Dies gilt insbesondere für Dauerschuldverhältnisse, bei denen die Möglichkeit zur Kündigung aus wichtigem Grund ein Grundprinzip der Rechtsordnung darstellt.⁹⁵¹

Nimmt man das Vorliegen eines Dienstvertrages an, so kommt die Anwendung von § 626 BGB in Betracht. Ansonsten ist eine analoge Anwendung der Norm

⁹⁵⁰ *Henssler* in: KassKomm BGB, § 626, Rn. 48.

⁹⁵¹ *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S. 265, m.w.N.

möglich. Diese Lösung bevorzugt auch der BGH im Falle einer Drittleistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB.⁹⁵² Durch die Regelung einer Frist in § 626 Abs. 2 BGB erscheint die Norm auch hier passend. Nach dem Verstreichen von zwei Wochen kommt eine Kündigung aus wichtigem Grund nicht mehr in Betracht, das Schiedsverfahren würde dann weiterlaufen. Zur analogen Anwendung dieser Norm bedürfte es einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage. Da es keine Norm gibt, die für diesen Fall eine Kündigungsmöglichkeit vorsieht, liegt eine Regelungslücke vor. Die Planwidrigkeit kann nur vermutet werden. Da die Möglichkeit, sich von Verträgen lösen zu können, jedoch ein tragendes Rechtsprinzip darstellt, wird man diese anzunehmen haben. Es müsste aber auch eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Der erst mit der Schuldrechtsmodernisierung neu eingeführte § 314 BGB wirft jedoch die Frage auf, ob es nicht näher liegt, ein Kündigungsrecht aus dieser Norm abzuleiten. Eine vergleichbare Regelung fand sich im BGB vor 2002 nicht.⁹⁵³ Auch die Rechtsprechung des BGH datiert aus der Zeit vor der Schaffung von § 314 BGB. Es ist anzunehmen, dass auch die Rechtsprechung in einem vergleichbaren Fall nun mit § 314 BGB arbeiten würde, einer Analogie zu sonstigen Vorschriften bedarf es nicht mehr.

Nach § 314 BGB kann ein Dauerschuldverhältnis bei Vorliegen eines wichtigen Grundes ohne Einhaltung einer Frist, also außerordentlich, gekündigt werden. § 314 BGB ist im öffentlichen Recht und auch im Sozialrecht entsprechend anwendbar.⁹⁵⁴ Ein Dauerschuldverhältnis ist dadurch gekennzeichnet, dass sich der Vertrag nicht auf den einmaligen Austausch von Leistung und Gegenleistung beschränkt, also lediglich ein Einzelakt maßgeblich ist, sondern ein dauerhaftes Verhalten gegeben ist, wobei auch wiederkehrende, über einen längeren Zeitraum vorliegende Einzelleistungen vorliegen können; es entstehen fortlaufend neue Pflichten.⁹⁵⁵ Beispiele für Dauerschuldverhältnisse sind Arbeitsverträge nach § 611 BGB oder Mietverträge nach § 535 BGB; kein Dauerschuldverhältnis stellt z. B. der Kauf nach § 433 BGB dar. Wann ein wichtiger Grund vorliegt, der zur fristlosen Kündigung berechtigt, definiert § 314 Abs. 1 S. 2 BGB. Da-

⁹⁵² BGH, Urteil vom 5.12.1979 – VIII ZR 155/78 – DB 1980, 967, 968.

⁹⁵³ *Gaier* in: MünchKomm BGB, § 314, Rn. 1.

⁹⁵⁴ Da es sich bei dem Schiedsgutachtervertrag um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, kann § 314 BGB unmittelbar angewandt werden, vgl. Abschnitt 2, C. II. 3. a) aa) (1).

⁹⁵⁵ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 314, Rn. 2; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 311, Rn. 14.

nach ist ein solcher gegeben, wenn dem kündigenden Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles und unter Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann. Besteht der wichtige Grund in einer Pflichtverletzung aus dem Vertrag, so bedarf es zunächst einer erfolglosen Abmahnung oder eines erfolglosen Ablaufs einer Frist zur Abhilfe. Nach § 314 Abs. 3 BGB kann nur innerhalb einer angemessenen Frist nach Kenntniserlangung von dem Kündigungsgrund gekündigt werden. Den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung selbst nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V wird man als Dauerschuldverhältnis ansehen können, da dieser die Parteien für einen gewissen Zeitraum oder unbefristet zu immer wiederkehrenden Leistungen – Erbringung der Leistungen zur hausarztzentrierten Versorgung bzw. der Vergütung – verpflichtet. Anders sieht dies jedoch bei dem Vertrag mit der Schiedsperson aus. Dieser ist auf den Erlass eines Schiedsspruchs gegen eine Vergütung gerichtet. Dies scheint gegen ein Dauerschuldverhältnis und damit eine entsprechende Anwendung von § 314 BGB zu sprechen. Maßgeblich ist, dass keine weiteren Pflichten während des Verhältnisses entstehen, es besteht lediglich die Pflicht, den Schiedsspruch zu erlassen. Anders als bei anderen Verträgen, die auf eine einmalige Leistungserbringung gerichtet sind, besteht zwischen den Parteien jedoch die Notwendigkeit, länger zusammenzuarbeiten. Die Schiedsperson bedarf der Beibringung von Unterlagen und der Information durch die Parteien, es kann zu mehreren mündlichen Verhandlungen kommen, bis die Schiedsperson in der Lage ist, den Schiedsspruch zu treffen. Somit ist der Schiedsgutachtervertrag einem Dauerschuldverhältnis zumindest vergleichbar, da vielmehr ein dauerhaftes Verhalten gegeben ist. Zudem stehen hier, anders als bei anderen auf eine einmalige Leistung begrenzte Verträge, keine – jedenfalls keine ausdrücklich normierten – Sekundäransprüche zur Verfügung. Die Anwendung von Sekundäransprüchen ist zudem schwer vorstellbar und damit eine vergleichbare Interessenlage, die für eine Analogie erforderlich wäre, nicht gegeben. Zwar kann man über eine Pflicht zur Nachbesserung des Schiedsspruchs nachdenken, wenn dieser nicht den gesetzlichen Vorgaben entspricht. Jedoch wird dies dem Wesen der Schlichtung nicht gerecht. Die Schiedsperson soll den Vertragsinhalt endgültig und unter angemessener Berücksichtigung der Parteiinteressen festlegen, wobei eine funktionierende Zusammenarbeit mit den Parteien erforderlich ist. Kommt eine solche Zusammenarbeit nicht in Betracht, so muss

vom Sinn und Zweck der Schlichtung her eine Beendigung der vertraglichen Beziehungen möglich sein. Man wird der Schiedsperson somit zumindest ein Recht zur außerordentlichen Kündigung zugestehen müssen, wenn die Zusammenarbeit unzumutbar ist. Durch das Erfordernis eines wichtigen Grundes wird sichergestellt, dass nicht jede Vertragsverletzung oder sonstige Pflichtverletzung zur Kündigung berechtigt. Eine Unzumutbarkeit liegt nur dann vor, wenn die Vertrauensgrundlage schwerwiegend gestört ist.⁹⁵⁶ Es werden hohe Anforderungen an den wichtigen Grund gestellt. Eine schuldhaftige Pflichtverletzung allein reicht nicht generell aus.⁹⁵⁷ Das Vorliegen eines wichtigen Grundes wird man in der Situation einer Schlichtung selten annehmen können, insbesondere, da die Schiedsperson die Festsetzung auch im Falle fehlender Mitwirkung auf Basis der vorhandenen Informationen vornehmen kann. Jedoch käme eine Kündigung beispielsweise im Falle arglistiger Täuschung oder eines Konterkarierens des Verfahrens durch beide Parteien (theoretisch) in Betracht. Auch muss die Schiedsperson ggf. zunächst abmahnen oder Abhilfe verlangen, zudem kann nur innerhalb einer angemessenen Frist gekündigt werden. Durch die Anwendung dieser Vorgaben wird ein Ausgleich zwischen dem Interesse an einer schnellen Vertragsfestsetzung und den Interessen der Schiedsperson getroffen. Einer analogen Anwendung von § 314 BGB steht damit nichts entgegen. Diese setzt auch die bisherige Linie in Rechtsprechung und Literatur fort, die von einem Kündigungsrecht bei der Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB ausgegangen ist. Der praktische Anwendungsbereich einer außerordentlichen Kündigung ist jedoch eher gering.

Auch die Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts wie die Sicherstellung der Versorgung der Versicherten werden ausreichend berücksichtigt, so dass § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V nicht entgegensteht. In Fällen der Unzumutbarkeit der Durchführung des Schiedsverfahrens muss hingenommen werden, dass das Verfahren abgebrochen wird. Es ist sodann ein neues Verfahren mit einer anderen Schiedsperson durchzuführen, ohne dass es eines neuen Antrags durch die Gemeinschaft bedarf. Dadurch wird gewährleistet, dass kein vertragsloser Zustand bestehen bleibt.

Eine ordentliche Kündigung scheidet dagegen – außer im Falle der expliziten Regelung einer solchen – aus. Dies entspricht auch dem Gedanken der schnellen Bereitstellung der Verträge zur Ermöglichung der hausarztzentrierten Versorgung.

⁹⁵⁶ *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 314, Rn. 5.

⁹⁵⁷ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 314, Rn. 7.

bb) Im Falle einer Bestimmung durch die Aufsichtsbehörden

Im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde kommt eine Kündigung zunächst nicht in Betracht. Für diese Annahme spricht, dass in einem gesetzlichen Schuldverhältnis eine Kündigung ebenso wenig möglich ist wie eine Anfechtung. Die Schiedsperson ist jedoch nicht schutzlos: Sie zunächst muss mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln gegen den sie als Dritten bestimmenden Verwaltungsakt vorgehen, also Widerspruch einlegen und ggf. Anfechtungsklage erheben. Sind die Fristen verstrichen und der Schiedsgutachtervertrag in Vollzug gesetzt, ist dieser aber – gleichlaufend zum Fall eines einvernehmlichen Vertragsschlusses – ebenso als kündbar anzusehen. Die Schiedsperson wäre sonst auch in unzumutbaren Fällen an den Schiedsgutachtervertrag gebunden. Dies ist zumindest nicht mit Treu und Glauben, § 242 BGB, zu vereinbaren. Auch hier muss die Kündigung nach § 314 BGB analog möglich sein, wobei eine angemessene Frist zu wahren ist.

d) Sonstige Beendigungsgründe

Fällt die Schiedsperson aufgrund von Todes weg oder wird sie geschäftsunfähig, § 104 BGB, so muss eine neue Schiedsperson festgelegt werden. Das aktuelle Schiedsverfahren endet. Ein Übergang des Leistungsbestimmungsrechts auf den Rechtsnachfolger – im Falle des Todes im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB auf den Erben – ist nicht möglich.⁹⁵⁸ Es handelt sich um ein höchstpersönliches Recht, die Berufung zur Vertragsfestsetzung ist an eine bestimmte Person gekoppelt.⁹⁵⁹ Nur diese Person kann die Leistungsbestimmung vornehmen.

⁹⁵⁸ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 52.

⁹⁵⁹ *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 434; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 52. A.A.: BGH, Urteil vom 14.7.1971 – V ZR 54/70 – BGHZ, 57, 47, 52. Der BGH will hier wie bei § 319 Abs. 1 S. 2 BGB eine gerichtliche Bestimmung zulassen, da im Ergebnis kein Unterschied zum Fall der Unfähigkeit oder Weigerung des Dritten bestehe. Diese Auffassung ist aber abzulehnen, da so den Parteien die Freiheit, über die Schiedsperson zu entscheiden, genommen wird.

4. Verstoß gegen höherrangiges Recht durch Nichtregelung von Verfahrensvorschriften

Die fehlende Regelung von Verfahrensvorschriften der Schiedsperson sowie die fehlende Anwendbarkeit genauerer Vorschriften aus anderen Bereichen ist unbefriedigend, aber *de lege lata* hinzunehmen. Mag die Intention des Gesetzgebers, so bürokratische Strukturen zu verhindern und der Schiedsperson ein freies und damit schnelles Agieren zu ermöglichen, gut gemeint gewesen sein, können sich hieraus erhebliche Probleme ergeben. Dies zeigt bereits der Umfang obiger Untersuchung. Die Regelung grundlegender Verfahrensvorschriften oder zumindest der Verweis auf solche erscheint sinnvoll. Hier liegt es am Gesetzgeber, tätig zu werden. Eine Überregulierung ist jedoch weder erforderlich noch gewollt. So kann ein weiterhin freies Agieren der Schiedsperson, jedoch in einem vorgegebenen Rahmen, gewährleistet werden.

Daneben kann aber durchaus die Frage gestellt werden, ob durch die Nichtregelung genauerer Verfahrensvorgaben für die Schiedsperson gegen höherrangiges geltendes Recht, insbesondere das Grundgesetz, verstoßen wird. Aus einem solchen Verstoß ergäbe sich sodann eine Pflicht des Gesetzgebers, tätig zu werden. So werden in der Literatur teilweise Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit geäußert. Im Zusammenhang mit § 132a SGB V wird diese Diskussion ebenfalls geführt und auf die Berufsfreiheit der Vertragsärzte aus Art. 12 Abs. 1 GG abgestellt⁹⁶⁰ Die Einschlägigkeit der Berufsfreiheit wird maßgeblich damit begründet, dass die Schiedsperson, auch wenn sie nicht Beliehene sei, öffentlich-rechtliche Befugnisse ausübe, vor allem Rechte und Pflichten der beteiligten Ärzte festlege und damit in einem grundrechtsrelevanten Bereich tätig werde, ohne an verfahrensrechtliche Vorgaben gebunden zu sein. Vielmehr könne die Schiedsperson sich sogar selbst Vorgaben machen, wenn die Parteien keine Vereinbarungen zum Verfahren getroffen haben. Ein Tätigwerden der Schiedsperson im grundrechtlich relevanten Bereich könne der Gesetzgeber aber in der vorliegenden Ausgestaltung als Leistungsbestimmung nicht vorsehen. Zudem verhindere der Gesetzgeber, dass sich die Ärzte gegenüber der Schiedsperson auf Grundrechte berufen können, da sie nicht Beliehene sei.⁹⁶¹

Auch zu § 73b SGB V wird vertreten, es liege ein Verstoß gegen das Grundgesetz vor, da gegen das Selbstverwaltungsprinzip verstoßen werde, zudem sei die

⁹⁶⁰ Shirvani, SGB 2011, 550, 555 f.

⁹⁶¹ Shirvani, SGB 2011, 550, 555 f.

Schiedsperson nicht ausreichend legitimiert. Ersteres wird darauf gestützt, dass eine Herausnahme von Aufgaben aus dem Bereich der Selbstverwaltung nur zulässig sei, wenn es konkrete Verfahrensvorgaben gebe, wie dies bei § 89 SGB V der Fall sei. Zweiteres ergebe sich daraus, dass die Schiedsperson als Behörde und ihr Tätigwerden als Verwaltungsverfahren nach § 8 SGB X einzuordnen sei. Für ein solches Tätigwerden fehle es an einer ausreichenden, sich aus dem Gesetz ergebenden Legitimation der Schiedsperson.⁹⁶²

Die vorgebrachte Kritik ist nachvollziehbar, kann im Ergebnis jedoch nicht überzeugen. Das Argument, die Schiedsperson führe öffentlich-rechtliche Befugnisse aus, kann einer Überprüfung nicht standhalten. Es handelt sich nicht um eine Beliehene, da es gerade an der Übertragung öffentlich-rechtlicher Befugnisse fehlt. Es liegt vielmehr ein Tätigwerden einer Privatperson als Schiedsperson vor, die nicht an die Grundrechte gebunden ist, vgl. Art. 1 Abs. 3 GG. Dass dies in einem öffentlich-rechtlichen Rechtsbereich, dem Leistungserbringungsrecht des SGB V, geschieht, ist unschädlich. Dem Gesetzgeber kommt ein Gestaltungsspielraum zu, den er nicht überschritten hat. Er kann sich auch privatrechtlicher Mechanismen dienen, sofern er eine solche Ausgestaltung für zweckdienlich hält. Dies ist vorliegend geschehen. Der Gesetzgeber ist lediglich daran gebunden, dass grundlegende Anforderungen des Grundgesetzes gewahrt werden. Hier greift das aus dem Rechtsstaatsprinzip und den Grundrechten abzuleitende Untermaßverbot.⁹⁶³ Das Untermaßverbot gebietet, dass allen Bürgern ein angemessener Mindestschutz ihrer Rechtspositionen zukommt.⁹⁶⁴ Bei der Annahme einer Schutzpflicht und daraus resultierender Handlungspflicht des Staates oder einer Verletzung des Untermaßverbotes sind hohe Anforderungen zu stellen; der staatlichen Gewalt kommt bei der Erfüllung dieser Pflicht ein weiter Einschätzungsspielraum zu.⁹⁶⁵ Die staatlichen Maßnahmen müssen evident unzureichend sein, damit man von einem Verstoß ausgehen kann.⁹⁶⁶ Davon ist hier nicht auszugehen. Es kommen die Vorschriften des BGB zur Leistungsbestimmung,

⁹⁶² *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S. 51 ff.

⁹⁶³ *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 (2007), Rn. 127.

⁹⁶⁴ BVerfG, Beschluss vom 22.10.1997 – 1 BvR 307/94 – BVerfGE 96, 409, 412 (bezüglich Schwangerschaftsabbrüchen); *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 (2007), Rn. 126.

⁹⁶⁵ BVerfG, Beschluss vom 29.10.1987 – 2 BvR 624/83, 2 BvR 1080/83, 2 BvR 2029/83 – BVerfGE 77, 170, 214 f.; *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 22, Rn. 23.

⁹⁶⁶ BVerfGE, Beschluss vom 29.11.1995 – 1 BvR 2203/95 – NJW 1996, 651, 651.

§§ 317 ff. BGB, zur entsprechenden Anwendung; zudem finden über die Generalklauseln grundrechtlich ableitbare Verfahrensvorschriften Eingang in das Schiedsverfahren. Damit werden die Rechte der Parteien gewahrt. Es liegt keine Verletzung von Art. 12 Abs. 1 GG vor. Die Allgemeinärzte, die im Folgenden an den Schiedsspruch und das Handeln der Schiedsperson gebunden sind, treten den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung freiwillig bei. Sie können auch wieder austreten. Diejenigen Allgemeinärzte, die durch die Ausgestaltung des Systems an einem Beitritt gehindert werden, werden zwar in ihrer Berufsfreiheit eingeschränkt, jedoch wiegt der Eingriff nicht so schwer, da sie weiterhin an der allgemeinen hausärztlichen Versorgung teilnehmen können. Es handelt sich lediglich um eine Berufsausübungsregelung, die aus den gleichen Gründen wie eine Privilegierung der Gemeinschaften verfassungsrechtlich gerechtfertigt ist.⁹⁶⁷ Damit kann man auch dem Argument, der Gesetzgeber verhindere, dass sich die Allgemeinärzte auf Grundrechte berufen können, eine Absage mit der Erwägung erteilt werden, dass es sich um eine zulässige Ausgestaltung des Systems handelt, die das Untermaßverbot nicht verletzt.

Auch das Erfordernis einer ausreichenden Legitimation und das Selbstverwaltungsprinzip werden gewahrt. Zunächst handelt es sich nicht um eine Behörde, weshalb eine fehlende Legitimation nicht angenommen werden kann. Die anwendbaren Verfahrensvorgaben zeigen, dass auch die Schiedsperson nicht völlig frei agieren kann, sodass eine Herausnahme aus der Selbstverwaltung unter diesem Gesichtspunkt keinen Bedenken begegnet. Zudem handelt es sich bei der Selbstverwaltung im Bereich der Leistungserbringung nicht um eine solche, deren Inhalt keine Änderungen erfahren kann. Da sie nicht grundgesetzlich, sondern nur einfachgesetzlich normiert ist, können Bereiche wieder ausgenommen oder hinzugefügt werden. Die oben wiedergegebene Argumentation widerspricht sich zudem selbst: Wenn angenommen wird, es handele sich um ein den Vorgaben der §§ 8 ff. SGB X unterliegendes Verfahren, kann das Argument, es fehle für die Wahrung der Selbstverwaltung an ausreichenden Verfahrensvorgaben,

⁹⁶⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. b).

nicht greifen. Die Ausgestaltung des Verfahrens wahrt die verfassungsrechtlichen Vorgaben; und es ist kein Verstoß gegen höherrangiges Recht durch die fehlende Vorgabe von Verfahrensvorschriften gegeben.⁹⁶⁸

III. Kostentragung

Eine Regelung zu den Kosten findet sich in § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V. Danach tragen beide Vertragspartner die Kosten zu gleichen Teilen.

1. Erfasste Kosten

Zu den Kosten gehören die Vergütung der Schiedsperson sowie alle weiteren mit dem Schiedsverfahren verbundenen Kosten.

Dass die Schiedsperson zu vergüten ist, ergibt sich nicht ausdrücklich aus dem Gesetz, ist bei lebensnaher Betrachtung aufgrund der Komplexität und Dauer des Schiedsverfahrens jedoch anzunehmen. Wonach die Höhe der Vergütung der Schiedsperson zu bestimmen ist, wird vom Gesetz nicht festgelegt. Maßgeblich ist hier der Schiedsgutachtervertrag zwischen Schiedsperson, Gemeinschaft und Krankenkasse. Dieser wurde bereits als werkvertraglicher Geschäftsbesorgungsvertrag eingeordnet. Durch diese Einordnung kann man, sollte eine Vergütung nicht ausdrücklich vereinbart sein, auf § 632 BGB zurückgreifen. Nach § 632 Abs. 1 BGB gilt eine Vergütung als stillschweigend vereinbart, wenn die Herstellung des Werkes den Umständen nach nur gegen eine Vergütung zu erwarten ist. Davon ist im Rahmen einer Tätigkeit als Schiedsgutachter auszugehen. Ist die Höhe der Vergütung nicht bestimmt, ist bei dem Bestehen einer Taxe die taxmäßige Vergütung, in Ermangelung einer Taxe die übliche Vergütung als vereinbart anzusehen, § 632 Abs. 2 BGB. Im Falle der Schiedsperson wird man auf die übliche Vergütung abzustellen haben. Dabei kann ein Vergleich mit anderen bereits durchgeführten Schiedsverfahren angestellt werden, um die übliche Vergütung zu bestimmen.

Zu den weiteren Kosten gehören solche, die sich aus dem Verfahren selbst ergeben, wie weitere Verwaltungskosten, insbesondere auch solche, die durch die

⁹⁶⁸ Maßgeblich ist vielmehr die Frage, ob eine ausreichende Aufsicht gegeben ist, da auch das Handeln Privater einer Kontrolle unterliegen muss, wenn der Staat sich privater Akteure bedient. Diese Frage soll an späterer Stelle näher betrachtet werden, vgl. hierzu Abschnitt 2, G. 2.

Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde entstehen. Sie werden jedoch kaum und in geringerer Höhe anfallen. Als maßgeblich ist die Vergütung der Schiedsperson anzusehen.

2. Haftung

§ 73b Abs. 4a S. 3 SGB V besagt, dass beide Parteien die Kosten zu gleichen Teilen „tragen“. Dies wirft die Frage nach der Haftung auf. Wer in Anspruch genommen werden kann und auf welcher Anspruchsgrundlage ggf. Regress verlangt werden kann, regelt die Norm nicht. Hier ist auf allgemeine Vorschriften zurückzugreifen.

Insbesondere kommt eine Einordnung als Gesamtschuldnerschaft nach §§ 421 ff. BGB in Betracht. Diese Normen sind im besonderen Verwaltungsrecht und damit auch im Sozialrecht anwendbar,⁹⁶⁹ wobei es sich hier bei dem Schiedsgutachtervertrag um einen privatrechtlichen Vertrag handelt, sodass die Normen direkt zur Anwendung kommen können. Nach § 421 BGB liegt eine Gesamtschuldnerschaft vor, wenn mehrere eine Leistung in der Weise schulden, dass jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fordern berechtigt ist. § 421 S. 1 BGB ermöglicht es dem Gläubiger sodann, die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil zu fordern. Ob es sich um Gesamtschuldner handelt, ist, wenn das Gesetz nicht eindeutig eine Gesamtschuld anordnet, durch Auslegung zu bestimmen, so auch im Falle von § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V. Die Schiedsperson darf die Vergütung nur ein Mal verlangen. Ob beide Parteien im Außenverhältnis aber die ganze Leistung zu bewirken haben, ist nicht eindeutig. So spricht der Wortlaut der Norm von einer hälftigen Kostentragung von Krankenkasse und Gemeinschaft. Dies könnte auch dafür sprechen, dass beide Parteien nur auf die Hälfte der Vergütung in Anspruch genommen werden können. Es bedarf zur Annahme einer Gesamtschuld zudem der Erfüllung des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals der Gleichstufigkeit.⁹⁷⁰ Dazu darf der Leistungszweck der einen Verpflichtung gegenüber der anderen nicht nachrangig sein.⁹⁷¹ Dies ist der Fall, wenn im Innenverhältnis Regress möglich ist, also nicht eine Partei vorrangig verpflichtet ist.⁹⁷² Bei dem Schiedsgutachtervertrag im Rahmen von §§ 317 ff.

⁹⁶⁹ *De Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 516.

⁹⁷⁰ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 421, Rn. 7 m.w.N.

⁹⁷¹ BGH, Urteil vom 28. 11. 2006 – VI ZR 136/05 – NJW 2007, 1208, 1210.

⁹⁷² *Stürner* in: Jauernig, BGB, § 421, Rn. 2.

BGB wird von der Literatur ebenfalls angenommen, dass die Parteien im Zweifel die Kosten jeweils zur Hälfte zu tragen haben.⁹⁷³ Auch wird angenommen, der Dritte habe einen Anspruch auf Vergütung gegenüber jeder der Parteien.⁹⁷⁴ Weitere Ausführungen finden sich jedoch nicht, auf die zurückgegriffen werden könnte. Eine teleologische Auslegung von § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V ergibt jedoch, dass es sich bei Krankenkasse und Gemeinschaft um Gesamtschuldner handelt. Beide Parteien sind der Schiedsperson zur Zahlung verpflichtet, da ihnen die Vertragsfestsetzung gleichermaßen zugute kommt und damit keiner Partei eine vorrangige Inanspruchnahme aufgelastet werden kann. Die Anwendung der Vorschriften zur Gesamtschuld entspricht auch dem Schutzbedürfnis der Schiedsperson, sie soll sich nur an eine Partei halten müssen, um ihre Vergütung zu erlangen. Zudem spricht nichts gegen einen Regress im Innenverhältnis zwischen den Parteien. Dabei kann § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V selbst herangezogen werden, da einer Regelung zur Kostentragung der Gedanke innewohnt, dass ein Regress möglich sein muss, falls eine Partei die gesamten Kosten trägt. Dies regelt auch § 426 Abs. 1 S. 1 BGB, nach dem die Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet sind, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Die Ähnlichkeit der Vorschriften spricht für eine Gesamtschuld. Befriedigt ein Schuldner den Gläubiger, so kann er von den übrigen Schuldnern nach § 426 Abs. 2 S. 1 BGB Ausgleich verlangen; die Forderung des Gläubigers geht auf ihn über.⁹⁷⁵ Besonderheiten des Sozial- bzw. Leistungserbringungsrechts, die einer Anwendbarkeit entgegenstehen würden, sind nicht ersichtlich. Das Problem, dass im Falle der Zahlung durch nur eine Partei und Ausfall der anderen Partei dieser Ausfall durch die übrigen Schuldner zu tragen ist, § 426 Abs. 1 S. 2 BGB, ist hinzunehmen. Die Schiedsperson ist vorliegend als schutzwürdiger anzusehen. Zudem handelt es sich nicht um eine Behörde, die man bei der Auswahl bei der Inanspruchnahme an das pflichtgemäße Ermessen binden

⁹⁷³ *Gehrlein* in: BeckOK BGB, § 317, Rn. 9; *ders.*, VersR 1994, 1009, 1010; *Hager* in: Erman, BGB, § 317, Rn. 14; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 51.

⁹⁷⁴ *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 246.

⁹⁷⁵ Ebenfalls für eine Erstattung im Innenverhältnis auf der Grundlage von §§ 675 Abs. 1, 611, 612, 670 BGB, jedoch ohne eine Begründung hierfür: *Ulrich*, NZS 2011, 448, 452. Selbst wenn man von einem öffentlich-rechtlichen Schiedsgutachtervertrag ausgeht, findet § 426 BGB direkte Anwendung, da es sich bei dem Regressanspruch aus § 426 BGB um ein eigenständiges Rechtsverhältnis handelt, das privatrechtlicher Natur ist, vgl. *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 523.

könnte.⁹⁷⁶ Eine jeweils nur hälftige Inanspruchnahme ist damit nicht anzunehmen. Gemeinschaft und Krankenkasse sind als Gesamtschuldner nach §§ 421 ff. BGB zu qualifizieren.⁹⁷⁷

D. Rechte und Pflichten der Schiedsperson

In einem laufenden Schiedsverfahren treffen die Schiedsperson Rechte und Pflichten. Sie muss die Grenzen ihrer Entscheidungskompetenz wahren. Neben allgemeinen Rechten und Pflichten muss sie vor allem den Nachweis- und Übermittlungspflichten nachkommen.

I. Reichweite der Entscheidungskompetenz

Die Schiedsperson soll anstelle der Parteien den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b Abs. 4 SGB V festsetzen.⁹⁷⁸ Die Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB ist nur in dem gleichen Rahmen zulässig wie die Vertragsschließung durch die Parteien, da dem Dritten nur der Gestaltungsspielraum zukommt, der auch den Parteien zusteht.⁹⁷⁹ Der Dritte ersetzt die Parteien und muss daher auch die gleichen Möglichkeiten haben, den Vertrag zu gestalten.⁹⁸⁰ Dies lässt sich auch mit der Vertragsfreiheit begründen, die auf die Schiedsperson übergeht.⁹⁸¹ Es greifen zudem die gleichen rechtlichen Vorgaben für das Tätigwerden, insbesondere ist der Dritte an zwingendes Recht gebunden.⁹⁸² Die allgemeinen Nichtigkeitsgründe finden Anwendung.⁹⁸³ Auch auf das Tätigwerden der

⁹⁷⁶ Vgl. hierzu allgemein: *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 520 f.

⁹⁷⁷ So auch (nur) *Ulrich*, NZS 2011, 448, 452.

⁹⁷⁸ Im Falle einer nicht rechtzeitigen Einigung der Vertragspartner über die Bereinigung nach § 73b Abs. 7 S. 1 SGB V können die Vertragspartner das Schiedsamt nach § 89 SGB V anrufen, § 73b Abs. 7 S. 3 SGB V. In diesem Bereich hat die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V keine Entscheidungskompetenz. Da es sich aber um ein nachgelagertes Verfahren handelt, das einen zustandegewordenen Vertrag voraussetzt, ist dies logische Folge. Die Schiedsperson entscheidet nur im Falle des Nichtzustandekommens des Vertrags nach § 73b Abs. 4 SGB V. Nachgelagerte Festsetzungen und Entscheidungen sind ihr auch ansonsten nicht zugewiesen. Daher soll hierauf nicht weiter eingegangen werden.

⁹⁷⁹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 38; *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 435; *Schnapp*, GesR 2014, 193, 200.

⁹⁸⁰ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 45.

⁹⁸¹ So auch zum Schiedsverfahren nach § 132a SGB V: *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 11 f.

⁹⁸² Vgl. *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 12.

⁹⁸³ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 453.

Schiedsperson treffen die Aussagen zu. Sie darf nur einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung gemäß den Vorgaben, insbesondere des Abs. 5, festlegen, die auch gegenüber den Parteien zum Tragen kommen würden.⁹⁸⁴ Überschreitet die Schiedsperson die Grenzen des Zulässigen, so handelt sie rechtswidrig.⁹⁸⁵

II. Allgemeine Rechte und Pflichten aus dem Schiedsgutachtervertrag

Aus dem Schiedsgutachtervertrag ergeben sich verschiedene Rechte und Pflichten. Allgemein hat die Schiedsperson die Pflicht, den Vertragsinhalt festzusetzen. Sie muss ihr Bestimmungsrecht sorgfältig ausüben.⁹⁸⁶ Dabei handelt es sich um ihre Hauptleistungspflicht. Damit korrespondierend besteht die Hauptleistungspflicht der Parteien darin, die Schiedsperson zu vergüten. Auf das Recht auf Vergütung wurde bereits eingegangen.⁹⁸⁷ Zudem kommt der Schiedsperson das Recht zu, den Schiedsgutachtervertrag außerordentlich aus wichtigem Grund zu kündigen.⁹⁸⁸ Des Weiteren bestehen Nebenleistungs- sowie Neben- und Schutzpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB. Die Parteien müssen Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen der anderen nehmen. Liegt keine vertragliche Vereinbarung vor, kann die Schiedsperson vergleichbare Rechte und Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis herleiten.⁹⁸⁹

Die Parteien sind zur Mitwirkung am Schiedsverfahren verpflichtet, sie müssen z. B. die erforderlichen Unterlagen beibringen. Dies ergibt sich aus dem Schiedsgutachtervertrag zwischen den Parteien.⁹⁹⁰ Der Schiedsgutachter selbst kann die Mitwirkung aus diesem Vertrag nicht erzwingen, da er keine Vertragspartei ist. Aber auch aus dem Schiedsgutachtervertrag wird man eine Pflicht zur Mitwirkung als Nebenpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB annehmen können, auch wenn es keine ausdrückliche Regelung gibt. Jede Partei ist danach zur Rücksicht

⁹⁸⁴ So auch zu § 89 SGB V: BSG, Urteil vom 23.6.2010 – B 6 KA 4/09 R – GesR 2010, 670, *Schnapp*, GesR 2014, 193, 203, m.w.N. zur st. Rspr. des BSG. Dies lässt sich auf das Tätigwerden der Schiedsperson übertragen.

⁹⁸⁵ Zu den Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Festsetzung vgl. Abschnitt 2, E. V.

⁹⁸⁶ So schon RG, Urteil vom 18.6.1915 – VII 74/15 – RGZ 87, 190, 194; vgl. auch *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 437; *ders.*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 42.

⁹⁸⁷ Vgl. Abschnitt 2, C. III. 1.

⁹⁸⁸ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 3. c).

⁹⁸⁹ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 3. a) bb).

⁹⁹⁰ *Volmer*, BB 1984, 1010, 1014.

auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichtet. Dies beinhaltet auch, dass die Parteien zusammenarbeiten müssen, um das Zustandekommen des Vertrages zu ermöglichen.⁹⁹¹ Es gibt keine Gründe, die gegen eine Anwendbarkeit im Sozialrecht sprechen.⁹⁹² Die Schiedsperson kann ihre Tätigkeit ohne die Mitwirkung der Parteien nicht durchführen. Auch liegt es im Interesse der jeweils anderen Partei, dass eine Mitwirkung erfolgt. Zudem ist im Falle der hausarztzentrierten Versorgung in vielen Fällen kein Schiedsgutachtenvertrag vorhanden, ebenso wenig ein vereinbarter Schiedsgutachtervertrag. Es muss also auch eine allgemeine Pflicht zur Mitwirkung geben, im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde ergibt sich diese aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis. Auch auf gesetzliche Schuldverhältnisse findet § 241 Abs. 2 BGB Anwendung, was sich aus der Stellung der Vorschrift im 2. Buch des BGB, dem Recht der Schuldverhältnisse, ergibt. Würde man eine Mitwirkungspflicht im Falle der Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde ablehnen, liefe die Leistungsbestimmung aufgrund von Unmöglichkeit leer.⁹⁹³

III. Nachweis- und Übermittlungspflichten bezüglich des Schiedsspruchs

Eine spezielle Vorlagepflicht fand sich in § 73b Abs. 9 SGB V a.F. Verträge, die in dem Zeitraum vom 22. September 2010 bis zum 22. Juli 2015 zustande kamen, unterlagen nach § 73b Abs. 9 S. 1 SGB V a.F. einer Vorlagepflicht bei der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde.⁹⁹⁴ Nach § 73b Abs. 9 S. 5 SGB V a.F. galt diese Pflicht auch für Verträge, die in einem Schiedsverfahren festgelegt wurden.

Die Vorlagepflicht nach § 73b Abs. 9 SGB V a.F. wurde mit Wirkung zum 23. Juli 2015 durch das GKV-VSG⁹⁹⁵ gestrichen. Begründet wurde dies mit einer

⁹⁹¹ *Bachmann* in: MünchKomm BGB, § 241, Rn. 65.

⁹⁹² *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 94 m.w.N.

⁹⁹³ Eine Möglichkeit zur Erzwingung grds. ablehnend: *Volmer*, BB 1984, 1010, 1014. Zuzugeben ist *Volmer*, dass eine Schiedsperson in der Praxis kaum eine Partei auf Mitwirkung verklagen wird. Dies ändert jedoch nichts daran, dass die Geltendmachung rechtlich möglich ist.

⁹⁹⁴ Die Vorlagepflicht wurde eingeführt durch das Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz – GKV-FinG) vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2309 ff.

⁹⁹⁵ Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015, BGBl. I, S. 1211 ff.

bezweckten Entbürokratisierung.⁹⁹⁶ Für neu zustande kommende Verträge besteht – ebenso, wie es bei den vor dem 22 September 2010 geschlossenen Verträgen der Fall war – keine Pflicht, den Vertrag vorzulegen. Stattdessen sieht § 73b Abs. 9 SGB V nun vor, dass die Einhaltung der nach Abs. 5 S. 1 vereinbarten Wirtschaftlichkeitskriterien spätestens vier Jahre nach dem Wirksamwerden der zugrunde liegenden Verträge nachweisbar sein muss. Zudem gilt § 88 Abs. 2 SGB IV entsprechend. Dieser besagt, dass die Versicherungsträger der Aufsichtsbehörde oder ihren Beauftragten auf Verlangen alle Unterlagen vorzulegen und alle Auskünfte zu erteilen haben, die zur Ausübung des Aufsichtsrechts auf Grund pflichtgemäßer Prüfung der Aufsichtsbehörde gefordert werden. Die Pflicht wurde erheblich eingeeignet: So bezieht sich die Pflicht zum Nachweis nur auf die vereinbarten Wirtschaftlichkeitskriterien; zudem hat eine Vorlage der Unterlagen und Auskunftserteilung nicht mehr unaufgefordert, sondern nur auf Verlangen zu erfolgen. Dabei sind nur solche Unterlagen beizubringen, die für eine pflichtgemäße Prüfung erforderlich sind. Anders als in § 73b Abs. 9 SGB V a.F. wird die Schiedsperson nicht ausdrücklich einbezogen. Zwar wird man im Wege der Auslegung dazu kommen, dass auch im Falle eines durch eine Schiedsperson festgesetzten Vertrags eine Pflicht auf Vorlage der relevanten Unterlagen zur Nachprüfung der Wirtschaftlichkeit besteht. Sonst könnten sich die Krankenkassen durch Verweigerung eines Vertragsschlusses und Durchführung des Schiedsverfahrens der Pflicht aus Abs. 9 entziehen. Diese Pflicht trifft aber nur die Versicherungsträger, also die Krankenkassen. Dafür sprechen sowohl der Wortlaut der Vorschrift, der die Schiedsperson nicht erwähnt, als auch der klare Verweis auf § 88 Abs. 2 SGB V. Auch dieser spricht nur von den Versicherungsträgern. Von einer planwidrigen Regelungslücke, die eine analoge Anwendung auf die Schiedsperson ermöglichen und diese mit der Pflicht zur Vorlage des festgesetzten Vertrages belasten würde, kann nicht ausgegangen werden. Die vorherige Fassung des Gesetzes enthielt noch eine ausdrückliche Regelung zur Schiedsperson. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber bewusst nur eine Verpflichtung der Krankenkassen angeordnet hat. Damit fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Daneben wurde jedoch zugleich § 71 Abs. 6 SGB V neu gefasst. Dieser sieht vor, dass in dem Fall, dass ein Vertrag nach § 73b SGB V das Recht erheblich verletzt, die Aufsichtsbehörde abweichend von § 89 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB IV

⁹⁹⁶ BT-DS 18/4095, S. 86.

alle Anordnungen treffen kann, die für eine sofortige Behebung der Rechtsverletzung geeignet und erforderlich sind, § 71 Abs. 6 S. 1 SGB V. Sie kann nach S. 2 gegenüber der Krankenkasse insbesondere anordnen, den Vertrag dafür zu ändern oder aufzuheben; die Krankenkasse kann bei einer solchen Anordnung den Vertrag auch außerordentlich kündigen, S. 3. Besteht die Gefahr eines schweren, nicht wieder gutzumachenden Schadens insbesondere für die Belange der Versicherten, kann die Aufsichtsbehörde gemäß S. 4 einstweilige Maßnahmen anordnen. Ein Zwangsgeld kann nach S. 5 bis zu einer Höhe von 10 Millionen Euro zugunsten des Gesundheitsfonds nach § 271 SGB V festgesetzt werden. Die Aufsichtsbehörde kann eine erhebliche Rechtsverletzung auch feststellen, nachdem diese beendet ist, sofern ein berechtigtes Interesse an der Feststellung besteht, S. 6. Nach S. 7 haben Rechtsbehelfe gegen Anordnungen nach den Sätzen 1 bis 4 keine aufschiebende Wirkung.

Erfasst werden aufgrund der systematischen Stellung nur Rechtsverletzungen in Zusammenhang mit dem Grundsatz der Beitragssatzstabilität. Durch die weite Formulierung werden auch die auf einem Schiedsspruch basierenden Verträge erfasst. Im Gegensatz zu § 71 Abs. 4 SGB V wird jedoch keine Vorlagepflicht begründet. Die Aufsichtsbehörde hat vielmehr von Amts wegen gegen einen das Recht verletzenden Vertrag vorzugehen. Die Rechtsverletzung muss aber erheblich sein. Dabei handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff⁹⁹⁷, der Aufsichtsbehörde kommt ein Wertungsspielraum zu. Nach der Gesetzesbegründung ist eine erhebliche Rechtsverletzung gegeben, wenn sie sich „nachhaltig beeinträchtigend auf die Belange der Versicherten oder der Leistungserbringer auswirken“.⁹⁹⁸ Als Beispiel wird unter anderem eine Ausgestaltung, die sachwidrige Erwägungen zugrunde legt und dadurch Versicherte diskriminiert oder bestimmte Leistungserbringer in rechtswidriger Weise ausschließt, genannt.⁹⁹⁹ Liegt eine solche Rechtsverletzung vor, kann die Aufsichtsbehörde die genannten Maßnahmen ergreifen. Die Überprüfung kann sich aufgrund der systemati-

⁹⁹⁷ So auch *Plate/Herbst*, NZS 2016, 488, 488.

⁹⁹⁸ BT-DS 18/4095, S. 83.

⁹⁹⁹ BT-DS 18/4095, S. 83.

schen Stellung jedoch nur auf die Einhaltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität aus § 71 Abs. 1 SGB V beziehen.¹⁰⁰⁰ Damit ist auch die Regelung des § 71 Abs. 6 SGB V als enger anzusehen als § 73b Abs. 9 SGB V a.F. Eine präventive Kontrolle gibt es nun nicht mehr.¹⁰⁰¹ Durch die den Aufsichtsbehörden zukommenden Befugnisse wird zwar die Vertragsfreiheit der Krankenkassen eingeschränkt, jedoch ist dies hinzunehmen, da den Staat eine Gewährleistungsverantwortung für die Versorgung der Versicherten trifft.¹⁰⁰² Neben den speziellen Befugnissen bleiben die allgemeinen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen nach §§ 87 ff. SGB IV gegenüber den Krankenkassen möglich.¹⁰⁰³

Zudem greift nach § 71 Abs. 5 SGB V für Verträge nach § 73b SGB V die Pflicht, diese auch den für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder, in denen sie wirksam werden, zu übermitteln, soweit diese nicht die Aufsicht über die vertragsschließende Krankenkasse führen.¹⁰⁰⁴

Die Verwaltungsbehörden der Länder haben kein eigenes Beanstandungsrecht oder sonstige Aufsichtsmittel, sie sind nur zu unterrichten.¹⁰⁰⁵ Es soll ihnen ermöglicht werden, einen Überblick über die in dem jeweiligen Bundesland geltenden Vorschriften zu erlangen.¹⁰⁰⁶ Die Pflicht zur Vorlage trifft hier beide Parteien, es genügt aber die Erfüllung durch eine Partei.¹⁰⁰⁷ Dies ist im Wege der Auslegung – wie bei § 73b Abs. 9 SGB V – auch im Falle eines Schiedsspruchs anzunehmen. Die Schiedsperson selbst wird jedoch nicht zur Vorlage verpflichtet.

Da die Verpflichtung zur Beibringung von Unterlagen nicht die Schiedsperson trifft, sondern die Krankenkasse oder die Parteien, kann es sich ihr gegenüber

¹⁰⁰⁰ Unter der alten Fassung von § 73b Abs. 9 SGB V, die sich nun auch nur noch auf die Wirtschaftlichkeitskriterien bezieht, wurde diskutiert, ob neben der Einhaltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität auch die Einhaltung des Abs. 8 geprüft werden konnte, was vor allem im Fall von Add-On-Verträgen von Relevanz war. Dies wurde vom Gesetzgeber ausdrücklich angenommen, vgl. BT-DS 17/3040, S. 23. Eine solche Prüfpflicht kann sich aus § 71 Abs. 6 SGB V nicht entnehmen lassen.

¹⁰⁰¹ *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, 303.

¹⁰⁰² BT-DS 18/4095, S. 83.

¹⁰⁰³ BT-DS 18/4095, S. 83.

¹⁰⁰⁴ Diese Pflicht bestand auch für die Verträge, die vor dem 22.9.2010 zustande kamen, vgl. *Adolf* in: jurisPK SGB V, § 73b, Rn. 88.

¹⁰⁰⁵ *Scholz* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 71, Rn. 5.

¹⁰⁰⁶ *Hess* in: Kasseler Kommentar, 87. EGL, § 73b SGB V, Rn. 19.

¹⁰⁰⁷ *Krauskopf* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 21.

nicht um Aufsichtsmaßnahmen handeln.¹⁰⁰⁸ Nach Abschaffung der Vorlagepflicht ist damit ein weiterer Begründungsansatz für die Behördeneigenschaft weggefallen.

E. Entscheidung der Schiedsperson: Der Schiedsspruch

Abgesehen von der Klärung der Frage nach der Rechtsnatur des Schiedsspruchs, die bereits durch die Klärung der Rechtsnatur der Schiedsperson grundlegend erfolgt ist, wirft der Schiedsspruch weitere Rechtsfragen auf. Neben der Frage, wann der Schiedsspruch wirksam wird, ist zu klären, welche Wirkung er gegenüber Dritten hat, welche Inhalte er haben kann und was im Falle einer rechtswidrigen Festsetzung geschieht. Hiermit verbunden ist die Frage nach dem gerichtlichen Rechtsschutz.

I. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des Schiedsspruchs hängt von der Einordnung der Schiedsperson ab. Dabei könnte er aber rechtlich in mehrfacher Hinsicht charakterisiert werden.

1. Verwaltungsakt, § 31 S. 1 SGB X

Die Einordnung des Schiedsspruchs als Verwaltungsakt im Sinne von § 31 S. 1 SGB X scheitert bereits an der fehlenden Behördeneigenschaft der Schiedsperson.¹⁰⁰⁹

Selbst wenn man sie annähme, bedeutete dies nicht automatisch, dass vom Vorliegen eines Verwaltungsaktes auszugehen ist. Behörden stehen weitere Handlungsmöglichkeiten zu, unter anderem Realhandeln. Die Frage nach der Einordnung als Verwaltungsakt verlangt nach der Prüfung der Merkmale des § 31 S. 1 SGB X. Nicht abzulehnen ist die Einordnung als Verwaltungsakt mit der Argumentation, dass die Entscheidung der Schiedsperson den Inhalt des Vertrags festlegt und damit selbst einen öffentlich-rechtlichen Vertrag¹⁰¹⁰ darstellt und keinen Verwaltungsakt. Zuzugeben ist dem, dass der Schiedsspruch an die Stelle der Einigung der Parteien tritt. Damit kommen ihm die Wirkungen zu,

¹⁰⁰⁸ Vgl. hierzu bereits Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (a).

¹⁰⁰⁹ Vgl. hierzu die Ausführungen unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb).

¹⁰¹⁰ Zur Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa).

die auch dem Vertragsschluss zukommen. Jedoch ist zwischen der Festsetzung durch die Schiedsperson und dem erzeugten Ergebnis zu unterscheiden.¹⁰¹¹ Es besteht eine Doppelnatur, zum einen gegenüber den Parteien, zum anderen gegenüber Dritten.¹⁰¹²

2. Schiedsspruch als Leistungsbestimmung

Das Schiedsverfahren stellt eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten nach den §§ 317 ff. BGB dar. Der Schiedsspruch stellt das Endprodukt dieser Leistungsbestimmung dar.

3. Schiedsspruch als Willenserklärung

Daneben könnte der Schiedsspruch als Willenserklärung einzuordnen sein. Dabei ist zwischen dem Innen- und dem Außenverhältnis zu differenzieren.¹⁰¹³ Unter dem Innenverhältnis wird das Verhältnis der Schiedsperson zu den Parteien des Vertrages verstanden. Das Außenverhältnis betrifft die durch den Schiedsspruch erzielten Wirkungen, die gegenüber Dritten – hier den Versicherten, Ärzten, usw. – eintreten.

a) Das Innenverhältnis

Aus den Protokollen der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB lässt sich erkennen, dass bereits bei der Schaffung des BGB zwei verschiedene Auffassungen zu der Leistungsbestimmung durch einen Dritten vertreten wurden. Zum einen wurde angenommen, dass die Bestimmung lediglich den Willen der Parteien ergänze und vertrete, zum anderen, dass es sich bei der Bestimmung um eine eigenständige Willenserklärung des Dritten handele.¹⁰¹⁴ Inzwischen wird davon ausgegangen, dass im Verhältnis des Dritten zu den Par-

¹⁰¹¹ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ddd).

¹⁰¹² Vgl. *Düring*, Das Schiedswesen in der GKV, S. 113. Zur Doppelnatur des Schiedsspruchs der Schiedsämter nach § 89 SGB V: *Düring/Schnapp* in: Schnapp, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 153. In Bezug auf die Entscheidungen der Schiedsämter und Schiedsstellen nimmt das BSG ebenfalls eine Doppelwirkung an: Einerseits wirke ein Schiedsspruch, soweit er einen Vertrag ersetze, wie dieser Vertrag, andererseits wirke er gegenüber den Beteiligten wie ein Verwaltungsakt, so BSG, Urteil vom 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R – BSGE 112, 156, 158 m.w.N.

¹⁰¹³ Zu dieser Differenzierung bereits unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ddd).

¹⁰¹⁴ *Achilles*, Protokolle der Kommission, S. 471.

teilen in der Leistungsbestimmung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung zu sehen ist.¹⁰¹⁵ Dies ist allgemein anerkannt. Dass es sich um eine Willenserklärung handelt, lässt sich damit begründen, dass sowohl §§ 315 Abs. 2, als auch § 318 Abs. 1 BGB davon sprechen, dass die Leistungsbestimmung „durch Erklärung“ erfolgt, entweder gegenüber dem anderen Teil oder einem der Vertragsschließenden. Eine solche Formulierung findet sich unter anderem auch bei §§ 143 Abs. 1, 349 BGB, die allgemein als Willenserklärungen angesehen werden.¹⁰¹⁶ Die Erklärung erfolgt gegenüber einer der Parteien.¹⁰¹⁷ Sie ist unwiderruflich.¹⁰¹⁸

Aufgrund der Annahme, dem Dritten komme ein Ermessensspielraum zu,¹⁰¹⁹ steht zugleich fest, dass es sich bei dem Leistungsbestimmungsrecht um ein Gestaltungsrecht handelt.¹⁰²⁰ Gestaltungsrechte sind solche, die eine Rechtsänderung erzielen.¹⁰²¹ Die Leistungsbestimmung erzeugt erst die rechtlichen Bindungen und hat somit eine konstitutive Wirkung.¹⁰²² Denn ohne die Festsetzung durch den Dritten stünde der Inhalt des Vertrages nicht fest – anders als im Falle, dass nur eine Entscheidung in Betracht kommt, die nur noch festgestellt werden muss. Was die endgültige Leistung sein wird, ist zunächst noch ungewiss.¹⁰²³ So wäre bei der Annahme, es gebe nur eine billige Entscheidung, eine gestaltende

¹⁰¹⁵ *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, § 6, Rn. 12; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 11; *Hager* in: Erman, BGB, § 318, Rn. 1; *Kornblum*, AcP 168 (1968) 450, 453; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 212.; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 8; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 315, Rn. 9; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 23.

¹⁰¹⁶ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 465.

¹⁰¹⁷ *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, § 6, Rn. 12.

¹⁰¹⁸ *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, § 6, Rn. 12; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 11; *Hager* in: Erman, BGB, § 318, Rn. 1; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 315, Rn. 10; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 23 („bindend“).

¹⁰¹⁹ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (c) (bb).

¹⁰²⁰ So auch: *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 34 f.; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 317, Rn. 3; *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S. 308; *Hager* in: Erman, BGB, § 318, Rn. 1; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 217; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 81; *Schulze* in: Hk-BGB, § 315, Rn. 8; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 317, Rn. 2; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 31; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 34.

¹⁰²¹ *Bötticher*, Gestaltungsrecht, S. 1. Die auch heute noch anerkannte Definition geht, so *Bötticher*, zurück auf *Emil Seckel*.

¹⁰²² *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S. 309; *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S. 74.

¹⁰²³ *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 35.

Wirkung abzulehnen.¹⁰²⁴ Das Gestaltungsrecht des Dritten erlischt mit der Leistungsbestimmung¹⁰²⁵, seine Funktion ist dann erschöpft.¹⁰²⁶ Auch im Falle einer Kündigung oder des Auslaufens eines Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung kommt die Schiedsperson nicht mehr zum Einsatz. Es ist ein neues Schiedsverfahren einzuleiten und durchzuführen.¹⁰²⁷ Dies wird dadurch unterstrichen, dass Klagen gegen die andere Partei zu richten sind, im Fall der Schiedsperson zur hausarztzentrierten Versorgung speziell in § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V geregelt.¹⁰²⁸

b) Das Außenverhältnis

Wenn das Gestaltungsrecht mit der Leistungsbestimmung erlischt und sich die Funktion des Dritten in der Vertragsfestsetzung erschöpft, stellt sich die Frage, wie die Vertragsfestsetzung im Folgenden zu beurteilen ist. Dies wird relevant bei der Frage, wie die Wirkungen gegenüber Dritten anzusehen sind und wie gegen den Schiedsspruch bzw. gegen wen vorgegangen werden kann.

Bereits in den Motiven zum BGB findet sich die Aussage, dass die Willenserklärung der Schiedsperson den Parteien „in die Seele der Kontrahenten abgegeben“ wird.¹⁰²⁹ Diese altertümlich anmutende Formulierung ist so auszulegen, dass der durch die Leistungsbestimmung hervorgebrachte Vertrag so zu behandeln ist, als sei er durch die Willenserklärungen der Parteien zu Stande gekommen. Damit ist die Willenserklärung der Schiedsperson in der Folge wie eine Willenserklärung der Parteien anzusehen und entsprechend zu behandeln. Dies hat zur Folge, dass nicht gegen die Willenserklärung der Schiedsperson vorgegangen werden kann. Dies kommt auch in § 318 Abs. 2 S. 1 BGB zum Ausdruck, der davon spricht, dass die Anfechtung gegenüber dem anderen Teil, also der

¹⁰²⁴ So *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 464, der eine echte Rechtsänderung und damit die Annahme eines Gestaltungsrechts ablehnt. Er nimmt ausnahmsweise aber ein Gestaltungsrecht an, wenn einer Partei das Recht eingeräumt wird, den zunächst vollständigen Vertrag bei grundlegenden Veränderungen anzupassen. Diese Fallkonstellation entspricht heute wohl § 313 BGB und unterfällt nicht mehr § 315.

¹⁰²⁵ *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 315, Rn. 10; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 35.

¹⁰²⁶ *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, § 6, Rn. 12.

¹⁰²⁷ Vgl. zur Frage des Fortbestandes von Verträgen *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, 131.

¹⁰²⁸ So auch zur Schiedsstelle im Kinder- und Jugendhilferecht, bezüglich derer § 78g Abs. 2 S. 3 SGB VIII auch die andere Partei als Klagegegner statuiert: VG Karlsruhe, Urteil vom 14.2.2006 – 8 K 1878/04 – ZFSH/SGB 2006, 540, 545.

¹⁰²⁹ Mot. II, S. 194.

anderen Vertragspartei, erklärt werden muss. Auch eine Klage gegen den Dritten ist aus diesem Grund nicht möglich. Diese sich somit bereits aus allgemeinen Grundsätzen ergebende und bereits in den Motiven zum BGB als „selbstverständlich“¹⁰³⁰ angesehene Rechtsfolge wurde im Falle der Schiedsperson nach § 73b SGB V in Abs. 4a S. 5 ausdrücklich niedergeschrieben.¹⁰³¹

Die bereits an anderer Stelle vorgenommene Annahme einer juristischen Sekunde passt auch zu der differenzierten Behandlung von Innen- und Außenverhältnis der Leistungsbestimmung.¹⁰³² Der leistungsbestimmende Dritte gibt eine Willenserklärung gegenüber den Parteien ab, die einen Vertrag erzeugt, der den Parteien zugerechnet wird. Wirkungen gegenüber Dritten können sich nur aus diesem Vertrag ergeben, so dass sie sich auch nur gegenüber den Parteien auf den Vertrag berufen oder gegen diesen vorgehen können. Auch wenn im Innenverhältnis eine Willenserklärung den Parteien gegenüber anzunehmen ist, ordnet § 318 Abs. 2 S. 1 BGB für diesen Fall an, dass auch eine Anfechtung gegenüber der anderen Partei zu erfolgen hat.

4. Öffentlich-rechtlicher Vertrag

Neben der Einordnung als Leistungsbestimmung ist der Schiedsspruch auch im Hinblick auf das Erzeugnis, den Vertrag, zu untersuchen.

a) Allgemeines

Wie bereits festgestellt wurde, handelt es sich bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften um öffentlich-rechtliche Verträge.¹⁰³³ Wie die gerade geschilderte rechtliche Konstruktion

¹⁰³⁰ Mot. II, S. 195.

¹⁰³¹ Die allgemeinen Erwägungen zur Behandlung der Willenserklärung des Dritten lassen sich im Rahmen der Argumentation zur Behördeneigenschaft der Schiedsperson als Argument für die Einordnung als Behörde heranziehen. Im Falle der Ablehnung der Behördeneigenschaft und Anwendung der §§ 317 ff. BGB hätte es der Regelung in § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V nicht bedurft. Sie hätte damit nur deklaratorischen Charakter. Vgl. hierzu *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 6 f. Aufgrund der Tatsache, dass die Rechtslage in diesem Punkt lange als unklar angesehen wurde, lässt sich vorliegend aber auch vertreten, dass der Gesetzgeber nur eine Klarstellung bezweckte, vgl. BT-DS 17/6906, S. 56.

¹⁰³² Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa).

¹⁰³³ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ccc).

der Leistungsbestimmung nach den §§ 317 ff. BGB zeigt, ersetzt die Schiedsperson die Willenserklärungen der Parteien. Der Schiedsspruch teilt die Rechtsnatur des von ihm ersetzten Rechtsaktes, also des Vertragsschlusses der Parteien.¹⁰³⁴

Dies darf jedoch nicht missverstanden werden: Zwar ersetzt die Festsetzung die Vertragsschließung durch die Parteien. Jedoch handelt es sich bei dem Tätigwerden der Schiedsperson nicht um ein auf den Abschluss eines öffentlich-rechtlichen Vertrags gerichtetes Verfahren. Dies wird auch von § 8 SGB X als eine Möglichkeit für die Annahme eines Verwaltungsverfahrens bezeichnet, was die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften nach §§ 9 ff. SGB X nach sich zieht – vorausgesetzt, es handelt sich um das Tätigwerden einer Behörde. Eine solche liegt hier zwar nicht vor. Die Annahme des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Vertrages würde aber zu der uneingeschränkten Anwendbarkeit von §§ 53 ff. SGB X führen. Hier kommt die Rechtsfigur der juristischen Sekunde wieder zum Ansatz: Der Schiedsspruch im eigentlichen Sinne, also die Vertragsfestsetzung, ist eigenständig zu bewerten, die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag stellt einen nachgelagerten Folgeschritt dar. Für das erzeugte „Produkt“, den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung, gelten sodann die Vorschriften über öffentlich-rechtliche Verträge, §§ 53 ff. SGB X. Es liegen zwei Rechtswirkungen vor, die getrennt zu betrachten sind. Die wichtigsten Vorschriften sollen im Folgenden erläutert werden. Die Anwendbarkeit der Vorschriften zum öffentlich-rechtlichen Vertrag bedarf dabei immer einer kurzen Betrachtung hinsichtlich der obigen, sich aus der Schlichtungssituation ergebenden Besonderheiten. Zu beachten ist, dass es keine spezielleren Verfahrensvorschriften geben darf, die vorrangig anzuwenden sind.

b) Art des Vertrages

Der Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung ist als koordinationsrechtlicher Vertrag anzusehen.¹⁰³⁵ Koordinationsrechtliche Verträge sind solche, die von Parteien geschlossen werden, die gleichgestellt sind.¹⁰³⁶ Im Gegensatz zu subordinationsrechtlichen Verträgen, die auch durch gleichberechtigte Rechtssubjekte

¹⁰³⁴ BSG, Urteil vom 30.10.1963 – 6 RKa 4/62 – BSGE 20, 73, 76, zu der Festsetzung eines Gesamtvertrages durch die Landesschiedsstelle nach § 368h RVO a.F.; BSG, Urteil vom 1.7.1992 – 14a/6 RKa 1/90 – BSGE 71, 42, 49, zu einem durch den Bewertungsausschuss nach § 368p RVO a.F. beschlossenen Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM). So auch *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 226, zu § 89 SGB V.

¹⁰³⁵ So bereits unter Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ccc).

¹⁰³⁶ *Wehrhahn* in: Kasseler Kommentar, § 53 SGB X, Rn. 23.

geschlossen werden, treten diese Verträge aber nicht an die Stelle eines Verwaltungsaktes, wenn ein solcher nach § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X ebenfalls erlassen werden könnte.¹⁰³⁷ Sie werden vor allem im Leistungserbringungsrecht der Krankenversicherung zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern geschlossen, insbesondere im Vertragsarztrecht.¹⁰³⁸ Die Möglichkeit, einen Verwaltungsakt zu erlassen, besteht im Falle des § 73b SGB V gerade nicht. Die Norm verlangt den Abschluss von Verträgen. Ein Subordinationsvertrag kommt somit nicht in Betracht. Damit kommen auch die Besonderheiten des § 55 SGB V betreffend Austauschverträgen nicht zur Anwendung, da die Norm ausdrücklich auf § 53 Abs. 1 S. 2 SGB X Bezug nimmt.

c) Schriftformerfordernis, § 56 SGB X

Öffentlich-rechtliche Verträge sind nach § 56 SGB X schriftlich zu schließen, soweit nicht durch Rechtsvorschrift eine andere Form vorgesehen ist. Über § 61 S. 2 SGB X findet § 126 BGB Anwendung,¹⁰³⁹ wonach die Urkunde von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden muss. Besondere Formvorschriften sieht § 73b SGB V nicht vor. Die Leistungsbestimmung durch die Schiedsperson soll keinen strengen Verfahrensvorschriften unterliegen. Da der erzeugte öffentlich-rechtliche Vertrag aber auch Wirkungen gegenüber Ärzten und Versicherten erzeugen soll, da er die Grundlage für die hausarztzentrierte Versorgung darstellt, ist aufgrund der Warn- und Beweisfunktion¹⁰⁴⁰ der Schriftform diese auch in der vorliegenden Situation anzuwenden. Eine lediglich mündliche Festsetzung wird dem Schutzbedürfnis der Parteien und Dritten nicht gerecht, würde aufgrund der Komplexität der Regelungsmaterie in der Praxis wohl auch nicht vorkommen. Es bedarf also der Aufnahme des Vertragstextes in eine Vertragsurkunde und der Unterschrift der Schiedsperson.

d) Nichtigkeit, § 58 Abs. 1 SGB X

§ 58 Abs. 1 SGB X sieht die Nichtigkeit als Rechtsfolge vor, wenn sie sich aus der entsprechenden Anwendung von Vorschriften des BGB ergibt. Dabei sind unter anderem die Vorschriften zu Willensmängeln nach §§ 105, 116 ff. BGB,

¹⁰³⁷ Wehrhahn in: Kasseler Kommentar, § 53 SGB X, Rn. 16.

¹⁰³⁸ Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 4 f.

¹⁰³⁹ Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 56, Rn. 4.

¹⁰⁴⁰ Wehrhahn in: Kasseler Kommentar, § 56 SGB X, Rn. 2.

Sittenwidrigkeit, § 138 BGB oder dem gesetzlichen Verbot gemäß § 134 BGB entsprechend anwendbar, wobei in letzterem Falle ein qualifizierter Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot erforderlich ist.¹⁰⁴¹ Werden die Vorgaben durch die Schiedsperson nicht eingehalten, so ist die Festsetzung als nichtig anzusehen. Auch ein Vertragsschluss durch die Parteien selbst wäre in diesem Fall als nichtig anzusehen.

Zudem ist eine Anfechtung wegen Irrtums, § 119 BGB, falscher Übermittlung, § 120 BGB, aber auch arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB grundsätzlich möglich und führt zur Nichtigkeit über § 142 Abs. 1 S. 1 BGB.¹⁰⁴² Die Anfechtungsberechtigung wird aber nicht der Schiedsperson, sondern den Parteien zustehen. Ihre Willenserklärungen werden ersetzt, zudem handelt es sich um ihre Interessen. Die Frage der Anfechtung, insbesondere auch nach § 318 BGB, wird im Folgenden noch gesondert erörtert.¹⁰⁴³

Unabhängig hiervon steht die Frage nach den Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Festsetzung aus anderen Gründen, also bei fehlender Wahrung spezifischer Vorgaben des § 73b SGB V, aber auch bei unbilligen Festsetzungen. Dies soll an späterer Stelle erläutert werden.¹⁰⁴⁴

e) Anpassung und Kündigung, § 59 SGB X

Auch § 59 SGB X ist grundsätzlich anwendbar. Es ist hier aber zu beachten, dass diese Rechte den Parteien, nicht aber der Schiedsperson zustehen. Die Schiedsperson kann weder eine Anpassung geltend machen, noch eine Kündigung aussprechen. Mit Vertragsfestsetzung ist ihre Tätigkeit beendet.

f) Ergänzende Vorschriften, § 61 S. 1 SGB X

Soweit sich aus den §§ 53 ff. SGB X nichts anderes ergibt, sind nach § 61 S. 1 SGB X ergänzend die weiteren Vorschriften des SGB X anwendbar. Daneben gelten ergänzend die Vorschriften des BGB entsprechend, § 61 S. 2 SGB X. Es muss jeweils geprüft werden, ob die Norm aufgrund ihres Rechtsgedankens auch

¹⁰⁴¹ Vgl. hierzu ausführlich m.w.N. *Wehrhahn* in: Kasseler Kommentar, § 58 SGB X, Rn. 5 ff.

¹⁰⁴² *Wehrhahn* in: Kasseler Kommentar, § 58 SGB X, Rn. 5a.

¹⁰⁴³ Vgl. Abschnitt 2, E. V. 6.

¹⁰⁴⁴ Vgl. Abschnitt 2, E. V.

auf den konkreten öffentlich-rechtlichen Vertrag anwendbar ist.¹⁰⁴⁵ Unter Umständen kommt nur eine modifizierte Anwendung in Betracht.¹⁰⁴⁶ Hierzu gilt das bereits oben Gesagte. Viele Vorschriften, insbesondere die Vorschriften zum Verwaltungsverfahren, sind gerade nicht anwendbar. Diese Verweisnorm läuft vorliegend ins Leere. Daneben finden die zivilrechtlichen Vorschriften des BGB entsprechend Anwendung. Auch dieser Verweis ist weitgehend funktionslos. §§ 317 ff. BGB finden über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V Anwendung. Diese spezialgesetzliche¹⁰⁴⁷ Verweisnorm geht allgemein vor.¹⁰⁴⁸ Auch die Regeln über die Stellvertretung, §§ 164 ff. BGB sind für die Schiedsperson ohne Relevanz, unabhängig von der zugrundeliegenden Verweisnorm. Die Parteien können sich zwar nach den §§ 164 ff. BGB und nicht den §§ 13, 14 SGB X vertreten lassen. Das Amt der Schiedsperson ist aber höchstpersönlich zu erfüllen. Entweder legen die Parteien diese selbst fest oder die Aufsichtsbehörde bestimmt eine Schiedsperson. Es kommt gerade auf das Tätigwerden der Person an, die bestimmt wurde. Weitere Normen des BGB werden im Zusammenhang mit dem Tätigwerden der Schiedsperson nur eine untergeordnete Rolle spielen und sollen nicht weiter betrachtet werden.¹⁰⁴⁹

II. Wirksamwerden des Schiedsspruchs

Zunächst bedarf es – wie bei jeder Willenserklärung – des Zugangs, damit die Erklärung wirksam wird, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. § 318 Abs. 1 BGB regelt, dass die Leistungsbestimmung durch Erklärung gegenüber einem der Vertragsschließenden erfolgt. Dem ist zu entnehmen, dass auch der Zugang bei nur einer Partei für die Wirksamkeit genügt.¹⁰⁵⁰ Grundsätzlich müsste man verlangen, dass die Willenserklärung gegenüber allen Parteien wirksam werden und dafür auch zugehen muss. Um das Verfahren zu beschleunigen, genügt aber die Erklärung gegenüber nur einer Partei.¹⁰⁵¹

Fraglich ist, zu welchem Zeitpunkt die Willenserklärung wirksam wird. Sie könnte sowohl *ex nunc* als auch *ex tunc* wirken. Wann die Wirksamkeit des

¹⁰⁴⁵ Becker in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 69.

¹⁰⁴⁶ Becker in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 71.

¹⁰⁴⁷ Becker in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 16.

¹⁰⁴⁸ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ddd).

¹⁰⁴⁹ Vgl. ausführlich zur Anwendbarkeit einzelner Vorschriften des BGB über § 61 S. 2 BGB Becker in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 78 ff.

¹⁰⁵⁰ Grüneberg in: Palandt, BGB, § 318, Rn. 1.

¹⁰⁵¹ So bereits in den Motiven zum Entwurf des BGB zu finden, Mot. II, S. 194.

Schiedsspruchs eintritt, ist zunächst durch Auslegung des zugrundeliegenden Vertrages zu ermitteln.¹⁰⁵² Einen solchen wird man im Falle des § 73b SGB V nur in wenigen Fällen mangels Einigung finden. Was im Zweifel zu gelten hat, wird unterschiedlich gesehen. So wird vertreten, dass im Falle einer Festlegung der ursprünglich geschuldeten Leistung eine Wirkung *ex tunc* anzunehmen ist.¹⁰⁵³ Gründe, die hierfür sprechen, lassen sich aber nicht finden. Andere Stimmen sind der Auffassung, es gebe immer nur eine Wirkung *ex nunc*.¹⁰⁵⁴ Diese Ansicht ist überzeugend: Der Wortlaut der relevanten Normen §§ 315, 318 BGB geht auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit nicht ein. Eine systematische Betrachtung ergibt, dass eine Rückwirkung nur dann in Betracht kommt, wenn der Gesetzgeber diese ausdrücklich anordnet. Eine Regelung, wie beispielsweise in §§ 263 Abs. 2, 184 Abs. 1 BGB,¹⁰⁵⁵ aber auch in § 142 Abs. 1 BGB, findet sich weder in § 315 BGB, noch in § 318 BGB. Nur bei ausdrücklicher vertraglicher Vereinbarung bei der Einräumung des Leistungsbestimmungsrechts kann eine Wirkung *ex tunc* angenommen werden.¹⁰⁵⁶ Auch teleologische Aspekte sprechen hierfür. Erst mit Leistungsbestimmung wird die Rechtslage gestaltet. Zuvor besteht kein vollzugsfähiger Vertrag, da die *essentialia negotii* nicht feststehen. Auch wenn nur einzelne Modalitäten der Leistung bestimmt werden sollen, kann die Bestimmung dieser Punkte erst zu dem Zeitpunkt wirksam werden, wenn der Dritte sie vornimmt. Zudem soll mit der Vertragsfestsetzung die Rechtslage abschließend gestaltet werden. Aus diesem Grund ist auch die Unwiderruflichkeit anzunehmen. Entsprechendes wird allgemein für einseitige Willenserklärungen bejaht und damit auch für die Leistungsbestimmung.¹⁰⁵⁷ Ließe man zu, dass eine Rückwirkung erfolgt, würde dies die Rechtssicherheit gefährden; es könne damit nur eine auf die Zukunft ausgerichtete Leistungsbestimmung erfolgen.¹⁰⁵⁸ Nur ausnahmsweise wird von dieser Auffassung auch eine stillschweigende Vereinbarung der Wirkung *ex tunc* angenommen. So ist, wenn der Schuldner die Leistung bereits vor der Leistungsbestimmung erhalten hat, auch die Gegenleistung

¹⁰⁵² BGH, Urteil vom 1.03.1996 – V ZR 327/94 – NJW 1996, 1748, 1748.

¹⁰⁵³ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 11; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 315, Rn. 36 (zumindest im Zweifel).

¹⁰⁵⁴ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 403; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 44.

¹⁰⁵⁵ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 403.

¹⁰⁵⁶ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 44.

¹⁰⁵⁷ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 306.

¹⁰⁵⁸ Offen, aber mit der Tendenz in diese Richtung: BGH, Urteil vom 19.6.1974 – VIII ZR 49/73 – WM 1974, 775, 776.

rückwirkend zu zahlen.¹⁰⁵⁹ Zwar lässt sich argumentieren, dass es einer solchen Wirkung nicht bedarf, da mangels Vorliegens eines Rechtsgrundes auch über § 812 BGB oder vorliegend ggf. einen öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch eine Rückabwicklung erfolgen kann. Jedoch wäre eine solche Abwicklung kompliziert und die Rückwirkung aus diesem Grund ausnahmsweise vorzugswürdig. Ohne eine Vereinbarung ist die Wirkung *ex tunc* ansonsten aber abzulehnen.

Auch bei der Anwendung auf die Schiedsperson nach § 73b SGB V ergibt sich keine abweichende Beurteilung. Der Schiedsspruch wird erst *ex nunc* wirksam. Da es in den meisten Fällen bereits an einer grundlegenden Vereinbarung zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften fehlt, gibt es keinen Zeitpunkt, an den eine Rückwirkung anknüpfen kann. Aber auch für den Fall, dass eine solche grundlegende Vereinbarung vorliegt oder für die Frage einer möglichen Vertragsanpassung ist die Wirkung *ex tunc* abzulehnen, obwohl es in diesem Fall einen Anknüpfungspunkt gibt. So wird allgemein für Anpassungsentscheidungen eine bloße *ex nunc*-Wirkung auch von den Vertretern der allgemeinen *ex tunc*-Wirkung angenommen.¹⁰⁶⁰ Dies ist überzeugend, da es ggf. Regelungen für die Vergangenheit gab, die angewendet wurden, weshalb es dann kein Bedürfnis für eine nachträgliche Änderung gibt. Sollte dies nicht der Fall sein und nur eine Rahmenvereinbarung getroffen worden sein, so entsteht die Verpflichtung erst mit der rechtsgestaltenden Leistungsbestimmung.

Zwar ließe sich vorbringen, dass der Gesetzgeber in § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V eine Frist vorgegeben hat, bis zu der die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung abgeschlossen werden sollten, wobei dies oftmals nicht erfolgte, und daher zumindest eine Rückwirkung zu diesem Datum erforderlich sei, um eine schnellstmögliche Umsetzung zu gewährleisten. Diese Argumentation geht aber fehl: Die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung kommen im Verhältnis zu den Versicherten und den Ärzten erst zur Anwendung, wenn sie wirksam vorliegen. Denn erst dann werden Beitrittserklärungen möglich und in der Praxis abgegeben. Es besteht damit kein Bedürfnis für eine Rückwirkung, da ein rückwirkender Beitritt zur hausarztzentrierten Versorgung nicht möglich ist.¹⁰⁶¹ Weitere

¹⁰⁵⁹ Wolf in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 44.

¹⁰⁶⁰ Grüneberg in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 11.

¹⁰⁶¹ Es bleibt den Parteien aber unbenommen, eine Rückwirkung zu vereinbaren oder bei der Schiedsperson zu beantragen, die Schiedsperson kann eine Rückwirkung sodann anordnen. Das Gesetz verbietet eine Rückanknüpfung nicht. Für parteiinterne Rechte und Pflichten mag dies in wenigen Situationen sinnvoll sein. So auch zu § 132a SGB V: *Plantholz*, RsDE 2007, 1, 14.

krankenversicherungsrechtliche Besonderheiten, die eine abweichende Behandlung der Leistungsbestimmung im Falle des § 73b Abs. 4a SGB V erfordern würden, liegen nicht vor. Der Schiedsspruch der Schiedsperson wird somit wirksam, sobald er einer der Parteien zugegangen ist. Ab diesem Zeitpunkt entstehen die Rechte und Pflichten aus dem Vertrag.

III. Wirkung gegenüber Dritten

Bei der Wirkung gegenüber Dritten ist zwischen unmittelbaren und mittelbaren Wirkungen zu unterscheiden. Je nach betrachteter Personengruppe kommen eine oder sogar beide Wirkungen in Betracht. Besondere Berücksichtigung soll die Frage nach einer unmittelbaren Wirkung finden. Als Dritte kommen sowohl Hausärzte als auch Versicherte in Betracht.

1. Mittelbare Wirkung

Der Schiedsspruch entfaltet zunächst unmittelbare Wirkungen gegenüber den Krankenkassen und Gemeinschaften. Dies ist der Einordnung des Schiedsspruchs als Willenserklärungen der Parteien und damit der Wirkung wie ein eigener Vertragsschluss zu entnehmen. Dadurch entstehen zwischen den Parteien Rechte und Pflichten. Mittelbar wirkt der Vertrag auch gegenüber Dritten, da der Vertrag Rechte und Pflichten beinhaltet, die Auswirkungen auf die an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Versicherten (was den Umfang der Leistungen angeht) und Hausärzte (was den Umfang der Vergütung und der konkretisierten Pflichten angeht) haben. Durch genauer zu beleuchtene Erklärungen entfalten die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung zumindest mittelbare Wirkungen.

a) Gegenüber den Hausärzten

Die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung müssen zunächst, vor allem bei Neuabschluss und Neufestsetzung eines Vertrages Wirkung gegenüber den Hausärzten entfalten, da sie die Versorgung der Versicherten konkret durchführen. Die Hausärzte werden nicht unmittelbar Vertragspartner, da die Gemeinschaften sie beim Vertragsschluss nicht vertreten.¹⁰⁶² Dabei wird aber nicht lediglich ein zusätzlicher Vertrag zwischen den Gemeinschaften und Hausärzten

¹⁰⁶² Vgl. Abschnitt 2, B. I. 1. d).

geschlossen, worin eine eigenständige Verpflichtung zur Durchführung des Vertrags zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften festgelegt wird.¹⁰⁶³ Vielmehr treten die Ärzte den abgeschlossenen Verträgen bei, wodurch unmittelbare Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen, Hausärzten und Gemeinschaften entstehen. Eine solche Konstruktion ist in der Praxis einfacher durchzusetzen und ermöglicht das direkte Vorgehen gegen die maßgebliche Partei. Um eine flächendeckende Versorgung der Versicherten zu erreichen, bedarf es einer schnellen Umsetzung der Verträge, was durch das Erfordernis eines weiteren Vertragsschlusses zumindest verzögert würde. Man wird in der Beitrittserklärung dogmatisch einen Vertragsbeitritt sehen müssen, wobei eine Person an den Rechten und Pflichten einer Partei beteiligt wird.¹⁰⁶⁴ Hier werden die Hausärzte auf Seiten der Gemeinschaften beteiligt. Es entstehen so mehrseitige Verträge. Das SGB V beinhaltet hierzu keine Vorschriften. Auch im BGB finden sich keine entsprechend anwendbaren Vorschriften.¹⁰⁶⁵ Aufgrund der Vertragsfreiheit sind solche Verträge aber nach § 311 Abs. 1 BGB möglich. Besonderheiten des Krankenversicherungsrechts, die gegen eine Heranziehung der entwickelten Grundsätze sprechen, sind nicht ersichtlich. Mehrseitige Verträge sind im Leistungserbringungsrecht üblich. Es bedarf jedoch der Einigung aller Vertragsparteien oder der Zustimmung der am Vertragsschluss nicht beteiligten Parteien, um einen wirksamen Vertragsbeitritt bejahen zu können.¹⁰⁶⁶ Auch im Bereich des § 73b SGB V ist ein solcher Vertrag möglich, sogar erwünscht, um die Versorgung durch Beteiligung der Ärzte sicherzustellen. Dabei erfolgt der Beitritt in der Praxis über von den Hausärzterverbänden bereitgestellte Beitrittserklärungsformulare, also einen Vertragsschluss der Gemeinschaften mit den Hausärzten. Die Krankenkassen sind an diesem Vertragsschluss nicht beteiligt, auch eine Zustimmung erfolgt nicht ausdrücklich, jedoch konkludent durch Annahme der Leistungen der Ärzte und Vergütungszahlung, wie eine Auslegung nach §§ 133, 157 BGB in entsprechender Anwendung ergibt.¹⁰⁶⁷ Die maßgebliche Partei und der

¹⁰⁶³ Diese Konstruktion unter dem Begriff „Kettenvertragsverhältnis“ nennend *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 7.

¹⁰⁶⁴ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 759; *Nörr* in: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 23, S. 220; *Busche* in: *Staudinger*, BGB, Einl zu §§ 398 ff., Rn. 207.

¹⁰⁶⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 913; *Nörr* in: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 23, S. 220.

¹⁰⁶⁶ *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, § 35, S. 619; *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 913; *Nörr* in: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, § 23, S. 220.

¹⁰⁶⁷ Zur Anwendbarkeit von §§ 133, 157 BGB vgl. bereits Abschnitt 2, B. II. 3. b).

Beitretende werden in Bezug auf die Pflichten Gesamtschuldner,¹⁰⁶⁸ es sind die zum Schuldbeitritt aufgestellten Grundsätze heranziehbar.¹⁰⁶⁹ Inwieweit alter und neuer Vertragspartner berechtigt werden, hängt von den zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehungen ab.¹⁰⁷⁰ Die Annahme einer völlig gleichberechtigten Stellung der Hausärzte wird man nicht annehmen können, da es ihnen beispielsweise nicht möglich sein soll, selbst einseitig den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung zu kündigen. Ihnen sollen aber die in den Verträgen vereinbarten, sie betreffenden Rechte zustehen sowie die Pflichten obliegen, die die hausarztzentrierte Versorgung betreffen. Welche dies sind, ist durch Auslegung der Vereinbarung zwischen Gemeinschaften und Krankenkassen nach §§ 133, 157 BGB in entsprechender Anwendung zu ermitteln.

b) Gegenüber den Versicherten

Die Versicherten sind Mitglieder der den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung abschließenden Krankenkassen, vgl. §§ 186 ff. SGB V. Sie müssen den Beitritt zur hausarztzentrierten Versorgung ausdrücklich erklären. Gemäß § 73b Abs. 3 S. 2 SGB V muss dies schriftlich gegenüber der Krankenkasse erfolgen. Im Gegensatz zu den Hausärzten treten sie damit aber nicht dem Vertrag zwischen Gemeinschaft und Krankenkasse bei, sondern berufen sich lediglich auf die in diesem Vertrag eingeräumten Rechte.

Rechtlich lässt sich dies als Vertrag zugunsten Dritter einordnen. Dieser ist in §§ 328 ff. BGB geregelt und findet über § 61 S. 2 SGB X Anwendung auf die öffentlich-rechtlichen Verträge.¹⁰⁷¹ Damit greifen sie auch bei Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung. Es handelt sich nicht um einen subordinationsrechtlichen Vertrag, so dass auch keine Besonderheiten gegen die Annahme eines solchen Vertrags sprechen.¹⁰⁷² § 328 Abs. 1 BGB besagt, dass durch Vertrag eine Leistung an einen Dritten mit der Wirkung bedungen werden kann, dass der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern. In Ermangelung

¹⁰⁶⁸ *Busche* in: Staudinger, BGB, Einl zu §§ 398 ff., Rn. 207.

¹⁰⁶⁹ *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn. 759; zur Anwendbarkeit der Regelungen zur Gesamtschuld, §§ 421 ff. BGB, im Verwaltungsrecht vgl. *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 516 ff.

¹⁰⁷⁰ *Busche* in: Staudinger, BGB, Einl zu §§ 398 ff., Rn. 207.

¹⁰⁷¹ BSG, Urteil vom 5.9.2006 – B 7a AL 62/05 R – SGB 2008, 106, 108; *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 116; *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 298; *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 61, Rn. 9.

¹⁰⁷² Vgl. *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 299.

einer besonderen Bestimmung ist nach § 328 Abs. 2 BGB aus den Umständen, insbesondere aus dem Zwecke des Vertrags, zu entnehmen, ob der Dritte das Recht erwerben soll. Ausdrückliche Regelungen wird man hierzu kaum finden können. Jedoch ist der Kreis derjenigen, die unmittelbar Rechte erwerben sollen, begrenzt auf diejenigen Versicherten, die ihre Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung erklären. Nur diese sollen sich auf die Verträge zwischen Gemeinschaften und Krankenkassen berufen können. Ein unmittelbares Berufenkönnen entspricht dabei dem Willen der Parteien und dem Zweck des Vertrages: Somit muss nicht mit jedem beitretenden Patienten eine einzelvertragliche, detaillierte Regelung erfolgen. Wird die Teilnahme erklärt, gehört der Versicherte zum Kreis der unmittelbar Berechtigten. Er kann somit die Regelungen aus dem Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung, die ihn betreffen, unmittelbar geltend machen. Es handelt sich bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung insofern um Verträge zugunsten Dritter.¹⁰⁷³

2. Unmittelbare Wirkung

Zumindest wird eine mittelbare Wirkung durch die in der Praxis durchgeführten Rechtshandlungen nach gerade erläuterten Vorgehen erzeugt. Daneben stellt sich die Frage, ob die Festlegung des Vertragsinhaltes durch die Schiedsperson – ebenso wie der Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung selbst – unmittelbare Wirkungen gegenüber den oben genannten Dritten – Versicherten und Hausärzten – erzeugt. Dies hätte zur Folge, dass sie direkt, ohne dass es eines weiteren Rechtsaktes bedürfte, an diese Verträge gebunden wären. Vor allem in Bezug auf künftige Vertragsänderungen oder Neuabschlüsse ist dies von Relevanz. Es müsste nicht jeweils erneut eine Zustimmung der Versicherten und der Ärzte zu den Neuerungen eingeholt werden. Dadurch würde man das Ziel, eine möglichst flächendeckende Versorgung zu ermöglichen, noch besser und schneller erreichen. Auch die Frage nach einer Einbeziehung von nicht in den Gemeinschaften organisierten Ärzten und ggf. weiterer Krankenkassen ist hier zu klären.

¹⁰⁷³ Vgl. hierzu auch *Wenner*, Vertragsarztrecht, § 12, Rn. 11.

a) Grundlagen einer unmittelbaren Wirkung gegenüber Dritten

Eine unmittelbare Wirkung gegenüber Dritten könnte dann angenommen werden, wenn es sich bei den Verträgen nach Abs. 4 S. 1 um Verträge mit Normcharakter handeln würde, sog. Normsetzungsverträge. Die Existenz dieser Art von Verträgen wird ganz überwiegend bejaht.¹⁰⁷⁴ Normsetzungsverträge sind Verträge, die von den Partnern der Selbstverwaltung im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung geschlossen werden und die Auswirkungen auf Dritte haben.¹⁰⁷⁵ Dabei handelt es sich in der Konsequenz um untergesetzliche Rechtsnormen, denen unmittelbare Wirkung nach außen zukommt.¹⁰⁷⁶ Maßgeblich ist dabei, dass die Normsetzungsverträge wie andere Rechtsnormen unabhängig vom Willen der von der Norm erfassten Personen greifen und Rechtswirkungen entfalten.¹⁰⁷⁷ Diese Verträge treten neben die bekannten Formen untergesetzlicher Rechtsnormen, namentlich Satzungen¹⁰⁷⁸ und Rechtsverordnungen.¹⁰⁷⁹ Als Sat-

¹⁰⁷⁴ Vgl. BSG, Urteil vom 30.10.1963 – 6 RKa 4/62 – BSGE 20, 73, 81; Urteil vom 13.11.1974 – 6 RKa 4/73 – BSGE 38, 201, 202; Urteil vom 1.7.1992 – 14a/6 RKa 1/90 – BSGE 71, 42, 48; Urteil vom 20.3.1996 – 6 RKa 62/94 – MedR 1997, 123, 126; Urteil vom 17.9.1997 – 6 RKa 36/97 – BSGE 81, 86, 89; Urteil vom 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R – BSGE 94, 50, 50 ff.; *Axer*, Normsetzung, S. 60 (aber mit dem Begriff Normenvertrag); *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 19 f.; *Clemens*, NZS 1994, 337, 343 f.; *Engelmann* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S. 103; *Joussen*, SGB 2004, 334, 337; *Papier*, VSSR 8 (1990), 123, 125; *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S. 354 ff.; *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S. 46; *Wigge*, VSSR 8 (1993), 37, 48. A. A. aufgrund eines Numerus Clausus der Rechtssetzungsformen: *Ossenbühl*, NZS 1997, 497, 500. Ablehnung eines Normencharakters zumindest in Bezug auf Gesamtverträge, aber mit verallgemeinerbaren Argumenten: *Sieg*, SGB 1965, 289, 290. Für das Krankenversicherungsrecht ablehnend, die Existenz solcher Verträge aber nicht verneinend *Ebsen*, VSSR 8 (1990), 57, 65.

¹⁰⁷⁵ *Engelmann*, NZS 2000, 1, 2; *Sodan*, NZS 1998, 305, 306. Neben der Verwendung des Begriffs „Normsetzungsvertrag“ ist auch der Begriff „Normenvertrag“ geläufig, wobei eine gleiche Definition gegeben wird. Im Folgenden soll mit dem Begriff „Normsetzungsvertrag“ gearbeitet werden, da er deutlicher werden lässt, dass die Normsetzung in den Verträgen selbst erfolgt.

¹⁰⁷⁶ *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 40; *Engelmann* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S. 111. Die Normsetzungsverträge sind damit den Verwaltungsvorschriften vergleichbar, siehe hierzu *Hendler*, DÖV 1998, 481, 488 f.

¹⁰⁷⁷ *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 37.

¹⁰⁷⁸ Die als materielle Gesetze und damit Rechtsnormen eingeordnet werden, soweit ihnen Außenwirkung zukommt, *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VwR I, § 25, Rn. 58.

¹⁰⁷⁹ Auch Rechtsverordnungen kommt eine Eigenschaft als materielles Gesetz zu, *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VwR I, § 25, Rn. 40.

zungen, die ebenfalls untergesetzliche Normen sind, lassen sich die Normsetzungsverträge nicht einordnen, da sie weder dem verwaltungsinternen Bereich einer öffentlich-rechtlichen Körperschaft entstammen noch ihre Wirkung auf diesen Bereich beschränkt ist; es fehlt somit an Autonomie und selbstbestimmtem Handeln.¹⁰⁸⁰ Eine Klassifizierung als Rechtsverordnung oder Verwaltungsvorschrift scheitert an der vertraglichen Struktur.¹⁰⁸¹ Es handelt sich vielmehr um eine eigene Rechtsquelle.¹⁰⁸²

Für den Bereich der Sozialversicherung lässt sich als Argument für die Anerkennung von Normsetzungsverträgen § 34 Abs. 2 S. 1 SGB IV heranziehen, der von „sonstige[m] autonome[n] Recht“ spricht und somit von der Existenz weiterer untergesetzlicher Normen auszugehen scheint.¹⁰⁸³ Auch sind Normsetzungsverträge im Krankenversicherungsrecht im Zusammenhang mit dem Sachleistungsprinzip aus § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V zu sehen: Sie stellen die Umsetzung dieses Prinzips dar, wobei es eines zwischengeschalteten Rechtsaktes – wie einer Regelung in der Satzung – zur Wirkung gegenüber den Versicherten nicht bedarf.¹⁰⁸⁴

Da das Grundgesetz keinen Typenzwang der Rechtsquellen vorsieht, ein entsprechendes geschlossenes System also nicht existiert, sind vielmehr verschiedene Formen der Rechtssetzung möglich.¹⁰⁸⁵ Damit ist auch die Existenz von Normsetzungsverträgen von Verfassung wegen grundsätzlich nicht ausgeschlossen. Woraus sich die Rechtssatzwirkung ergibt und welche genauen Anforderungen an die Zulässigkeit solcher Verträge zu stellen sind, ist aber weiterhin nicht geklärt.¹⁰⁸⁶ Verlangt wird jedenfalls, dass Gegenstände betroffen sind, für die eine Rechtssetzungsautonomie begründet werden kann.¹⁰⁸⁷ Dazu wird man das Vorliegen einer gesetzlichen Ermächtigung fordern müssen.¹⁰⁸⁸ Denn der Gesetzgeber, der demokratisch legitimiert ist, muss maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidung behalten.¹⁰⁸⁹ Dass eine solche Ermächtigung vorliegt, kann erst eine

¹⁰⁸⁰ *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 66 f.

¹⁰⁸¹ *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S. 76.

¹⁰⁸² *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S. 79.

¹⁰⁸³ Vgl. *Clemens*, NZS 1994, 337, 343.

¹⁰⁸⁴ *Engelmann* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S. 115.

¹⁰⁸⁵ *Axer*, Normsetzung, S. 224 f.; *Axer* in: Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung, 130; *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 81; *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S. 394; *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S. 83. *A.A.*: *Ossenbühl*, NZS 1997, 497, 500.

¹⁰⁸⁶ Vgl. hierzu ausführlich *Sachs*, VerwArch. 74 (1983), 27 ff.

¹⁰⁸⁷ *Ebsen*, VSSR 8 (1990), 57, 64; *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S. 423.

¹⁰⁸⁸ *Sachs*, VerwArch. 74 (1983), 25, 38.

¹⁰⁸⁹ *Schoch/Wieland*, ZG 20 (2005), 223, 231.

Auslegung ergeben. Man kann sie nur annehmen, wenn den Vertragspartnern auch eine durch den Gesetzgeber übertragene Autonomie zukommt, sprich sie Träger von Selbstverwaltung sind, da ihnen aus dieser Selbstverwaltung eine Normsetzungsbefugnis zustehen kann, die sie zur Normsetzung legitimiert.¹⁰⁹⁰ Im Gegensatz zu Rechtsnormen, aus deren Tatbestand sich ergibt, auf welche Sachverhalte eine Anwendung zu erfolgen hat, muss bei Normsetzungsverträgen der Adressatenkreis (durch Auslegung) erst noch genauer ermittelt werden. Denn der Vertrag wird schließlich zunächst zwischen den Parteien geschlossen und entfaltet grundsätzlich nur innerhalb dieser Rechtsbeziehungen Rechtswirkungen. Typische Fälle von Verträgen mit Normcharakter sind die Bundesmantelverträge nach § 87 SGB V.¹⁰⁹¹ Exemplarisch sind hier zu nennen die Verträge über den Einheitlichen Bewertungsmaßstab (EBM) nach § 87 Abs. 1 SGB V oder auch Qualitätssicherungsvereinbarungen nach § 135 Abs. 2 SGB V.¹⁰⁹² Ob solche Normsetzungsverträge verfassungsrechtlich zulässig sind, ist umstritten.¹⁰⁹³ Maßgeblich ergeben sich die Bedenken daraus, dass Grundrechte Dritter durch die unmittelbare Wirkung betroffen sein könnten.¹⁰⁹⁴ Es wird kritisiert, dass die Annahme der Existenz untergesetzlicher Normen gegen den Vorbehalt des Gesetzes aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3 GG, insbesondere den Wesentlichkeitsgrundsatz, und gegen das Demokratieprinzip aus Art. 20 Abs. 2 GG, verstoße.¹⁰⁹⁵ Der Vorbehalt des Gesetzes stellt die Anforderung, dass die Verwaltung nur auf der Grundlage eines parlamentarischen Gesetzes handeln darf.¹⁰⁹⁶ Dabei besteht aber kein Totalvorbehalt, sondern es erfolgt eine Differenzierung nach der Wesentlichkeit: Der Gesetzgeber hat danach alle wesentlichen Entscheidungen in grundlegenden Bereichen, insbesondere bei unmittelbarer Betroffenheit der Bürger, selbst zu treffen und darf diese nicht an andere

¹⁰⁹⁰ Jousen, SGB 2004, 334, 340.

¹⁰⁹¹ Engelmann, NZS 2000, 1, 4; Wimmer, MedR 1996, 425, 425.

¹⁰⁹² Engelmann, NZS 2000, 1, 2 f.

¹⁰⁹³ Vgl. m.w.N. Engelmann, NZS 2000, 1, 6 (in Fn. 50). Ablehnung: Ossenbühl, NZS 1997, 497, 501 ff. (bzgl. der Richtlinien des Bundesausschusses); Papier, VSSR 8 (1990), 132, 132 (bzgl. der Richtlinien des Bundesausschusses); Wimmer, MedR 1996, 425, 427. Bejahung: Ebsen, VSSR 8 (1990), 57, 64; Engelmann, NZS 2000, 76, 80, Papier, VSSR 88 (1990), 123, 134 ff. (bzgl. kollektiver Normsetzungsverträge, soweit das Gesetz eine entsprechende Rechtssetzungsautonomie einräumt).

¹⁰⁹⁴ Borchert, NZS 2004, 287, 288.

¹⁰⁹⁵ So Wimmer, MedR 1996, 425, 427.

¹⁰⁹⁶ Grzeszick in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 (2007), Rn. 75.

Normgeber delegieren.¹⁰⁹⁷ Maßgeblich ist, dass der staatlichen Maßnahme Grundrechtsrelevanz zukommt.¹⁰⁹⁸ Das Demokratieprinzip verlangt zudem insbesondere, dass eine ununterbrochene demokratische Legitimationskette zwischen dem jeweiligen Souverän, also dem Volk, und den Normgebern besteht.¹⁰⁹⁹ Die Legitimation kann dabei direkt auf der Wahl des Normsetzers beruhen, zudem kann sie über andere selbst durch Wahlen legitimierte Institutionen erfolgen.¹¹⁰⁰ Nicht zulässig ist eine Erstreckung auf „Außenseiter“, also gänzlich unbeteiligte Dritte.¹¹⁰¹ Hier kann der Facharztbeschluss des Bundesverfassungsgerichts bemüht werden: Nimmt das Gericht in seiner Entscheidung an, dass der Gesetzgeber eine Entscheidung selbst treffen muss, wenn die Interessen Dritter berührt werden, wenn es um den Erlass einer Satzung geht,¹¹⁰² so kann für den Abschluss eines Normsetzungsvertrages nichts anderes gelten. Diese Überlegungen sind nicht nur in Bezug auf die genannten Verträge anzustellen. Vielmehr handelt es sich bei diesen verfassungsrechtlichen Grundsätzen um die Rahmenbedingungen, deren Wahrung allgemein bei der Prüfung des Vorliegens von Normsetzungsverträgen überprüft werden muss, so auch hier.

Dadurch, dass der Schiedsspruch den Vertragsschluss ersetzt, käme auch diesem eine normative Wirkung zu, vorausgesetzt, sie ist in Bezug auf die Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V zu bejahen. Damit hätte der Schiedsspruch eine Doppelwirkung: Zum einen eine unmittelbare Wirkung gegenüber den Parteien, den Krankenkassen und Gemeinschaften, zum anderen gegenüber weiteren Dritten, die noch genauer zu bestimmen sind.¹¹⁰³ Dass nicht nur öffentlich-rechtliche Körperschaften an der Rechtssetzung beteiligt sind, sondern auch die Gemeinschaften als privatrechtlich organisierte juristische Personen oder Personengesellschaften, ist grundsätzlich unschädlich für die Annahme einer Normsetzung. Auch Private können in Zusammenarbeit mit öffentlich-rechtlichen Stellen

¹⁰⁹⁷ BVerfG, Beschluss vom 28.10.1975 – 2 BvR 883/73, 2 BvR 379/74, 2 BvR 497/74, 2 BvR 526/74 – NJW 1976, 34, 35; *Grzeszick* in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20 Abs. 3 (2007), Rn. 107.

¹⁰⁹⁸ *Papier*, VSSR 8 (1990), 123, 126.

¹⁰⁹⁹ *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, § 34, Rn. 17.

¹¹⁰⁰ *Borchert*, NZS 2004, 287, 288.

¹¹⁰¹ *Sachs*, VerwArch. 74 (1983), 25, 35; *Sodan* NZS 1998, 305, 309.

¹¹⁰² BVerfG, Beschluss vom 9.5.1972 – 1 BvR 518/62, 1 BvR 308/64 – BVerfGE 33, 125, 160 = NJW 1972, 1504, 1507 (Beschwerdeführer waren zwei Ärzte).

¹¹⁰³ Eine solche Doppelnatur wird angenommen für die Schiedssprüche der Schiedsämter nach § 89 SGB V, vgl. hierzu *Axer*, Normsetzung, S. 98; *Düring/Schnapp* in: Schnapp, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 153. Vgl. auch Fn. 1012.

Rechtssetzung durch Verträge betreiben.¹¹⁰⁴ Dies wird jedenfalls für privatrechtliche Zusammenschlüsse sonstiger Leistungserbringer so gesehen, soweit sie in die Erfüllung von Verwaltungsaufgaben per Gesetz eingebunden sind.¹¹⁰⁵ Welche Anforderungen hieran zu stellen sind und ob diese vorliegend gewahrt werden, bleibt im Folgenden zu klären.

Aus den Darstellungen ergeben sich die Anforderungen, die an Normsetzungsverträge zu stellen sind. Es bleibt also zunächst zu klären, ob es sich bei Krankenkassen und Gemeinschaften um Partner der Selbstverwaltung handelt, die verfassungsrechtlichen Vorgaben gewahrt werden und ob die Konstruktion des Normsetzungsvertrages im Falle der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung überhaupt passt. Erst wenn dies bejaht werden kann, kann es sich auch bei der Festsetzung durch die Schiedsperson um einen Normsetzungsvertrag handeln. Nimmt man an, dass die Festsetzungen der Schiedsperson den gleichen Bindungen sowie zugleich der gleichen Gestaltungsfreiheit unterliegt, spricht dies dafür, dass auch die gleiche Wirkung erzielt wird.¹¹⁰⁶

b) Partner der Selbstverwaltung

Den Parteien müsste zunächst eine Selbstverwaltungskompetenz zustehen. Unter Selbstverwaltung versteht man grundlegend die „gemeinsame Wahrnehmung des Grundrechts freier Selbstbestimmung im Rahmen des öffentlichen Rechts zur Erfüllung öffentlicher Aufgaben.“¹¹⁰⁷ Funktionale Selbstverwaltung, die anders als die kommunale Selbstverwaltung, die in Art. 28 Abs. 2 GG festgelegt ist, nicht ausdrücklich durch das Grundgesetz eingeräumt wird, kommt rechtsfähigen Verwaltungsträgern zu, die die Befugnis zur letztverantwortlichen, freien Entscheidung in eigenen Angelegenheiten haben.¹¹⁰⁸ Unter diesen Begriff fallen folglich alle nicht-kommunalen Träger der Selbstverwaltung.¹¹⁰⁹ Die Gewährleistung funktionaler Selbstverwaltung wird im Demokratieprinzip aus Art. 20

¹¹⁰⁴ So auch *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 160; *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S. 49. *A.A.*: *Sachs*, *VerwArch.* 74 (1983), 25, 49.

¹¹⁰⁵ *Joussen*, *SGb* 2004, 334, 338.

¹¹⁰⁶ Vgl. Abschnitt 2, D. I.

¹¹⁰⁷ *Hufen*, *SDSRV* 34 (1991), 43, 54.

¹¹⁰⁸ *Engelmann* in: *Schnapp*, Probleme der Rechtsquellen, S. 117; *Engelmann*, *NZS* 2000, 1, 5; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, *VerwR* II, § 99, Rn. 1.

¹¹⁰⁹ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 12.

Abs. 2 GG verankert und als Ergänzung und Verstärkung dieses Prinzips angesehen.¹¹¹⁰ Es handelt sich um ein Instrument der Dezentralisierung.¹¹¹¹ Dabei muss ein kollektiv legitimes Verbandsvolk bestehen, das zur eigenverantwortlichen Erledigung der eigenen Aufgaben berufen ist, demokratische Partizipationsrechte innehat und nur einer beschränkten staatlichen Aufsicht unterliegt.¹¹¹² Ein Träger funktionaler Selbstverwaltung kann nur auf der Grundlage eines Gesetzes gegründet werden.¹¹¹³

aa) Die sog. gemeinsame Selbstverwaltung

Eine Besonderheit des Sozialversicherungsrechts ist die sog. gemeinsame Selbstverwaltung.¹¹¹⁴ Die Existenz einer solchen Selbstverwaltung wird überwiegend bejaht.¹¹¹⁵ Darunter fällt die gemeinschaftliche Ausübung von Verwaltungsaufgaben durch Träger der Sozialversicherung und Leistungserbringer.¹¹¹⁶ Üblicherweise handelt es sich bei der gemeinsamen Selbstverwaltung um das Zusammenwirken von Körperschaften, also das Zusammenwirken von Verbänden.¹¹¹⁷ Sie greift, wenn Befugnisse nur von Körperschaften gemeinsam ausgeübt werden können.¹¹¹⁸ Hierdurch wird der traditionelle Begriff der Selbstverwaltung erweitert.¹¹¹⁹ Den Leistungserbringern muss dabei aber auch das Recht zur Selbstverwaltung zukommen.¹¹²⁰ Nur in Bereichen, in denen neben eigenen Selbstverwaltungsaufgaben auch Aufgaben anfallen, die von beiden Parteien gemeinsam ausgeübt werden müssen, ist Raum für eine gemeinsame Selbstverwaltung.¹¹²¹ Das Zusammenwirken von Leistungserbringern mit Krankenkassen führt noch nicht per se zur Annahme gemeinsamer Selbstverwaltung, ebenso wenig wie zur Bejahung eigener Selbstverwaltungskompetenzen. Auch die vertragsärztliche

¹¹¹⁰ BVerfG, Beschluss vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 91 f.

¹¹¹¹ *Hufen*, SDRV 34 (1991), 43, 44.

¹¹¹² *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 99, Rn. 1.

¹¹¹³ *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 245.

¹¹¹⁴ Vgl. genauer zum Begriff, der Entwicklung und Kritik an dem Rechtsinstitut der gemeinsamen Selbstverwaltung: *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S. 385 ff.

¹¹¹⁵ *Engelmann*, NZS 2000, 1, 6; *a.A.*: *Wimmer*, MedR 1996, 425, 429.

¹¹¹⁶ *Axer* in: *Schnapp*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 115; *Engelmann*, NZS 2000, 1, 5; *Küchenhoff* in: Festschrift für Werner Weber, S. 835 ff., unter Verwendung des Begriffs „gemeinsame Selbstgestaltung“, vgl. S. 835.

¹¹¹⁷ *Axer* in: *Schnapp*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 116 f.

¹¹¹⁸ *Engelmann* in: *Schnapp*, Probleme der Rechtsquellen, S. 118.

¹¹¹⁹ *Engelmann*, NZS 2000, 1, 6.

¹¹²⁰ *Axer* in: *Schnapp*, Funktionale Selbstverwaltung, S. 116.

¹¹²¹ *Schneider*, Gemeinsame Selbstverwaltung, S. 4.

Versorgung erfolgt in Selbstverwaltung.¹¹²² Dabei sind die Krankenkassen und Ärzte sowie die Kassenärztlichen Vereinigungen Beteiligte bei der Sicherstellung dieser Versorgung, woraus sich der klassische Fall der gemeinsamen Selbstverwaltung ergibt.

bb) Selbstverwaltungskompetenz der Krankenkassen

Über Normsetzungskompetenz verfügt nur die funktionale Selbstverwaltung, dies auch nur im Rahmen der Selbstverwaltungsautonomie, die der Gesetzgeber ihr zur Verfügung stellt.¹¹²³ Den Krankenkassen kommt als Trägern der Sozialversicherung aufgrund ausdrücklicher einfachgesetzlicher Regelung Selbstverwaltung zu, §§ 4 Abs. 1 SGB V, 29 Abs. 1 SGB IV. Auch den im Leistungserbringungsrecht tätig werdenden Verbänden kommt funktionale Selbstverwaltung zu, wobei sich bei diesen eine mittelbare Legitimation über die Zwangsmitgliedschaft in diesen ergibt.¹¹²⁴ So kommt beispielsweise den Kassenärztlichen Vereinigungen ein einfachrechtlich eingeräumtes Selbstverwaltungsrecht zu.¹¹²⁵ Eine unmittelbare Legitimation durch Wahlen durch die von den Normverträgen Betroffenen muss dagegen nicht gefordert werden.¹¹²⁶

cc) Selbstverwaltungskompetenz der Gemeinschaften

Die Gemeinschaften haben dagegen keine Selbstverwaltung inne. Weder gibt es hierzu eine ausdrückliche Regelung, noch lässt sich eine solche aus allgemeinen Grundsätzen konstruieren.

Aufgrund des Status als Beliehene stellen die Gemeinschaften Verwaltungsträger dar, die die beigetretenen Hausärzte vertreten. Jedoch erschöpft sich ihre Aufgabe in der Festsetzung des Vertragsinhaltes. Die Gemeinschaften sind nicht zur selbstständigen Entscheidung und Regelung in eigenen Angelegenheiten berufen. Die Beleihung erstreckt sich nur auf den Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung.¹¹²⁷ Weitergehende Kompetenzen kommen der

¹¹²² *Schneider*, Gemeinsame Selbstverwaltung, S. 3.

¹¹²³ *Borchert*, NZS 2004, 287, 288.

¹¹²⁴ *Joussen*, SGB 2004, 334, 340.

¹¹²⁵ Dies ergibt sich aus § 79 Abs. 1 SGB V, der davon spricht, es werde eine Vertreterversammlung als „Selbstverwaltungsorgan“ gewählt, vgl. auch zur Einordnung als Träger von Selbstverwaltung: *Scholz* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 77, Rn. 1; *Spickhoff* in: Spickhoff, Medizinrecht, §§ 77-81a SGB V, Rn. 3.

¹¹²⁶ *Joussen*, SGB 2004, 334, 341.

¹¹²⁷ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (d) (bb) (bbb).

Gemeinschaft (abgesehen von der mit dem Vertragsschluss verbundenen Kompetenz zur Beantragung des Schiedsverfahrens sowie der Bestimmung der Schiedsperson) nicht zu. Hat der Sozialgesetzgeber an anderen Stellen eine Selbstverwaltung ausdrücklich geregelt, so spricht viel dafür, dass bei Schweigen des Gesetzes eine solche gerade nicht angenommen werden kann. Bestätigt wird dies auch durch den sog. Totalvorbehalt¹¹²⁸ aus § 31 SGB I: Ohne eine ausdrückliche Regelung kann eine Selbstverwaltung gar nicht angenommen werden und darf es nach der Vorschrift sogar nicht.¹¹²⁹ Es soll verhindert werden, dass eine „Flucht“ in das Privatrecht erfolgt.¹¹³⁰ Im Übrigen – abgesehen von der Situation des Vertragsschlusses, in der die Gemeinschaften als Beliehene handeln – handelt es sich bei ihnen um rein privatrechtliche Organisationsformen.¹¹³¹ Auch wenn eine öffentlich-rechtliche, körperschaftliche Struktur wie bereits geschildert nicht zwingend ist, so deutet das Fehlen einer solchen auf das Fehlen von Selbstverwaltung hin. Denn anders als bei den Kassenärztlichen Vereinigungen hat der Gesetzgeber den Gemeinschaften gerade keinen Status als Körperschaft des öffentlichen Rechts eingeräumt. Den weiteren Leistungserbringern wird ebenfalls keine pauschale Selbstverwaltungskompetenz zugesprochen. Sie werden lediglich als Privatpersonen tätig. Dies deutet auch darauf hin, dass den Gemeinschaften keine Selbstverwaltung zukommen soll, auch wenn man das Tätigwerden der gemeinsamen Selbstverwaltung zuordnen kann. Es bedürfte eines Aktes, der formal – z. B. in der Anerkennung als öffentlich-rechtlicher Körperschaft – zum Ausdruck kommen muss.¹¹³² Privatrechtlichen Zusammenschlüssen fehlt es ansonsten auch an einer ausreichenden Legitimation, aus der sich eine Selbstverwaltung ergeben könnte.¹¹³³ Maßgeblich ist zudem die Rückkopplung an die Betroffenen, was zumeist durch Wahlen erfolgt.¹¹³⁴ Eine solche existiert bei den Gemeinschaften nicht. Zwar genügt eine mittelbare Legitimation durch Zwangsmitgliedschaft. Die Gemeinschaften vertreten die beigetretenen Ärzte, eine Zwangsmitgliedschaft sieht das Gesetz aber nicht vor. Es fehlt

¹¹²⁸ *Gutzler* in: BeckOK SozR, § 31 SGB I, Rn. 2.

¹¹²⁹ Zur Problematik der Delegation auf untergesetzliche Normen: *Mrozynski*, SGB I, § 31, Rn. 8a.

¹¹³⁰ *Seewald* in: Kasseler Kommentar, § 31 SGB I, Rn. 5.

¹¹³¹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, B. I. 1. c).

¹¹³² So auch zur Satzungsautonomie argumentierend: *Wigge*, VSSR 11 (1993), 37, 55.

¹¹³³ Vgl. mit einer ähnlichen Argumentation zu § 88 SGB V: *Papier*, VSSR 11 (1990), 123, 136.

¹¹³⁴ Vgl. *Eichenhofer*, NdsVBl. 2015, 45, 47; *Hajen*, SGB 2014, 229, 231.

damit an einer Vergleichbarkeit zu den anderen Verbänden, bei denen eine Selbstverwaltung bejaht wird.

Aus der Tatsache, dass den Kassenärztlichen Vereinigungen ein einfachrechtlich eingeräumtes Selbstverwaltungsrecht zukommt, kann man nicht folgern, dass diese auch den Gemeinschaften zukommen muss. Zwar ersetzen diese von der Funktion her die Kassenärztlichen Vereinigungen, die im Kollektivvertragssystem tätig werden, da der Gesetzgeber nun einen Selektivvertrag für diesen Bereich vorsieht. Dies könnte für einen Gleichlauf in der Einordnung sprechen. Jedoch handelt es sich um eine eigene Rechtsperson, die eigenständig beurteilt werden muss. Selbstverwaltung kann man hieraus nicht ableiten.

Auch an einer erforderlichen Rechtsaufsicht¹¹³⁵ scheitert es. Gegenüber der Gemeinschaft ist keine solche Aufsicht geregelt worden, und sie lässt sich auch nicht herleiten. Zwar sind die Gemeinschaften bei dem Vertragsschluss als Beliehene eingeordnet worden, wo das Erfordernis einer Aufsicht abgelehnt wurde. Die Frage, ob einer Person Selbstverwaltung zukommt, ist hiervon getrennt zu betrachten. Hier können andere Anforderungen zu stellen sein, da mit der Einordnung als Behörde nicht auch die Annahme von Selbstverwaltung verbunden ist. Den Gemeinschaften mangelt es an Selbstverwaltung, wenngleich man sie der gemeinsamen Selbstverwaltung im weiteren Sinne zuordnen könnte. Dies kann als Argument gegen die Einordnung als Normsetzungsvertrag angesehen werden.

c) Wahrung verfassungsrechtlicher Vorgaben

Ob im vorliegenden Fall die Annahme eines Normsetzungsvertrags die grundgesetzlichen Vorgaben wahrt, ist zu bezweifeln. Es kann sowohl eine nicht gerechtfertigte Verletzung von Grundrechten als auch ein Verstoß gegen das Erfordernis einer ausreichenden demokratischen Legitimation vorliegen.

aa) Wahrung von Grundrechten

Im Rahmen der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung sind Grundrechte Dritter betroffen: Die der Versicherten aus Art. 2 Abs. 1, Abs. 2 S. 1 GG sowie der Ärzte aus Art. 12 Abs. 1 GG, da die Verträge den Leistungs- und Vergütungsumfang festlegen; weitergehende Ansprüche bestehen nicht. Zudem könnte eine Drittwirkung dazu führen, dass Ärzte, die nicht in den Gemeinschaften or-

¹¹³⁵ *Hajen*, SGB 2014, 229, 231.

ganisiert sind, zur Mitwirkung an der hausarztzentrierten Versorgung verpflichtet sind. Eine Rechtfertigung der Eingriffe könnte sich daraus ergeben, dass das legitime Ziel, die Sicherstellung der Versorgung gemäß § 72 SGB V, nur bei automatischer Einbeziehung erreicht werden kann. Dies lässt sich aber nur im Falle der Ärzte annehmen, die Versicherten werden schließlich von der normalen hausärztlichen Regelversorgung erfasst, sollten sie der hausarztzentrierten Versorgung nicht beitreten. Auch in Bezug auf die Ärzte wird man aber die Erforderlichkeit der Einbeziehung, jedenfalls aber die Angemessenheit verneinen müssen, da es genügt, die Teilnahme über den Beitritt zur hausarztzentrierten Versorgung zu erreichen. Den Hausärzten kann eine Teilnahme bei Auferlegung diverser Pflichten nicht „aufgezwungen“ werden. Auf diese Frage soll weiter unten noch genauer eingegangen werden.

bb) Wahrung des Erfordernisses einer ausreichenden demokratischen Legitimation

Insbesondere die Erfüllung des Erfordernisses einer ununterbrochenen demokratischen Legitimation kann bezweifelt werden. Die Krankenkassen sind zwar durch die stattfindenden Wahlen durch die Versicherten ausreichend legitimiert.¹¹³⁶ Die Gemeinschaften sind dagegen Personengesellschaften oder juristische Personen des Privatrechts. Diese sind nicht entsprechend legitimiert. Sie können allenfalls den Willen der Hausärzte, die in ihnen organisiert sind, mitteln, nicht aber den der Versicherten oder weiterer Personen, die nicht Mitglieder der Gemeinschaften sind. Diese Personen sind in keiner Weise in die Tätigkeit der Gemeinschaft miteinbezogen. Zudem ist hier anzumerken, dass zwar bejaht wurde, dass Normsetzungsverträge auch bei Beteiligung Privater denkbar sind. Jedoch muss in diesem Fall sichergestellt sein, dass die Entscheidung maßgeblich von einer demokratisch legitimierten Person abhängt, da nur dann das Demokratieprinzip gewahrt wird.¹¹³⁷ Weder bei einem einvernehmlichen Vertragschluss noch bei einer Entscheidung durch die Schiedsperson lässt sich dies begründen. Die Krankenkassen als alleinig demokratisch legitimierte juristische Personen des öffentlichen Rechts haben keinen entscheidenden Einfluss beim

¹¹³⁶ Vgl. zum Problem der in der Sozialversicherung stattfindenden Friedenswahlen *Muckel* in: Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung, S. 151 ff.; *Rusert*, ZSR 59 (2013), 227 ff.

¹¹³⁷ So zu einer gegenüber Dritten wirkenden Satzung: BVerfG, Beschluss vom 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, 2 BvL 6/98 – BVerfGE 107, 59, 94; *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 160; *Schoch/Wieland*, ZG 20 (2005), 231, 239.

Vertragsschluss. Dieser kann nur in Übereinstimmung mit den Gemeinschaften erfolgen. Vielmehr wird man sogar den Gemeinschaften eine beherrschende Stellung zusprechen müssen, da nur sie einen Antrag auf Durchführung des Schiedsverfahrens stellen und damit den Vertragsschluss erzwingen können. Den Krankenkassen kommt keine solche Befugnis zu.¹¹³⁸ Auch im Falle der Festsetzung durch die Schiedsperson fehlt es an einer ausreichenden demokratischen Legitimation, da die Entscheidung der Schiedsperson autonom getroffen wird, ohne dass die Krankenkassen Einfluss nehmen können. Man könnte argumentieren, dass trotzdem eine Kompetenz zur Normsetzung vorhanden ist, diese aber gegen das Demokratieprinzip verstößt.¹¹³⁹ Jedoch wird man annehmen müssen, dass die Gestaltung durch den Gesetzgeber in verfassungskonformer Weise erfolgte und eine verfassungskonforme Auslegung ebenfalls dazu führen muss, dass eine Einordnung als Normsetzungsvertrag aus diesem Grund scheitern muss. Auch eine ausdrückliche grundgesetzliche Normierung einer solchen Kompetenz wie bei Art. 9 Abs. 3 GG ist nicht gegeben.¹¹⁴⁰ Ein Vertragsschluss nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V kann somit keine ausreichende demokratische Legitimationskette aufweisen, die eine unmittelbare Wirkung gegenüber den Versicherten und Ärzten rechtfertigen könnte.

Die Schiedsperson selbst ist im Fall der Vertragsfestsetzung zudem noch weniger legitimiert, die Vermittlung von Legitimation wäre noch weiter abgeschwächt. Im Falle der Einigung auf die Schiedsperson ist dies anzunehmen, da zwar die Krankenkassen eine Legitimation noch vermitteln könnten, nicht aber die Gemeinschaften. Legt die Aufsichtsbehörde die Schiedsperson fest, fehlt es gänzlich an einer Legitimationskette. Die Einordnung eines Schiedsspruchs als wirksame Rechtsnorm bedarf einer vergleichbaren Legitimationsstruktur wie die Festsetzung durch die Vertragsparteien selbst.¹¹⁴¹ Im Falle der Vertragsfestsetzung nach Abs. 4a S. 1 ist aus diesem Grund eine ausreichende Legitimation kaum zu konstruieren.¹¹⁴² Ein weiteres Argument, dass gegen die Annahme einer Normsetzung durch die Schiedsperson sprechen könnte, ist die Charakterisierung der Schlichtung als Zwangsschlichtung. Zwar ist hier – im Gegensatz zur

¹¹³⁸ Vgl. Abschnitt 2, B. II. 2. b).

¹¹³⁹ So zu den Schiedsverfahren nach §§ 112, 114, SGB V, 75 f. SGB XI *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 160.

¹¹⁴⁰ *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 160.

¹¹⁴¹ So zu den Schiedssprüchen nach § 89 SGB V: *Clemens*, NZS 1994, 337, 346.

¹¹⁴² Vgl. zur Problematik der ausreichenden demokratischen Legitimation auch schon Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (f) (ee) (ddd).

Schlichtung durch ein Schiedsamt nach § 89 SGB V – nur eine abgeschwächte, da nur einseitig erzwingbare Schlichtung vorhanden. Jedoch genügt es, dass das Schiedsverfahren allein durch die Gemeinschaften erzwungen werden kann. Dies kann gegen den Willen der Krankenkassen erfolgen, von denen sich somit keine Legitimation herleiten lässt. Zwar entscheidet die Schiedsperson anstelle der Parteien, ersetzt also deren Einigung, ihr kommt dabei aber eine autonome Entscheidungsbefugnis zu, da sie weisungsfrei agieren kann. Dies spricht ebenfalls gegen eine ausreichende Legitimation der Schiedsperson zur Setzung von Normverträgen.¹¹⁴³

Eine ausreichende Legitimation lässt sich auch nicht über eine Analogie zu Art. 9 Abs. 3 GG herleiten. Aus dem kollektiven Arbeitsrecht sind Verträge, die Normenwirkung erzeugen können, bekannt. Zu nennen sind die Tarifverträge, denen nach § 4 Abs. 1 S. 1 TVG unmittelbare und zwingende Wirkung gegenüber den Tarifgebundenen zukommt. Sie stellen das Ziel dar, auf welches Arbeitsk Kampfmaßnahmen gerichtet sein müssen, und sind daher grundgesetzlich über Art. 9 Abs. 3 GG geschützt.¹¹⁴⁴ Eine analoge Anwendung scheidet aber an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Verfassungsgeber nur im Falle von Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen einen grundrechtlichen Schutz vorsehen wollte. Die Sozialversicherung in ihrer konkreten Ausgestaltung wird dagegen nicht geschützt.¹¹⁴⁵

Ein weiteres und auch wesentliches Argument in Bezug auf die Gemeinschaften ergibt sich wiederum aus ihrem Status als Beliehene. Zwar werden Beliehene durch die Beleihung in die Staatsverwaltung eingeordnet, was für eine Legitimation sprechen könnte. Bei der Setzung von Recht handelt es sich aber um einen Kernbereich staatlicher Aufgaben, der nicht an Private delegiert werden kann.¹¹⁴⁶

¹¹⁴³ So zu den Schiedsämtern nach § 89 SGB V *Ebsen*, VSSR 8 (1990), 57, 65.

¹¹⁴⁴ *Franzen* in: ErfK, § 1 TVG, Rn. 4; *Linsenmaier* in: ErfK, Art. 9 GG, Rn. 114; *Preis*, Arbeitsrecht, § 83, S. 45. Des Weiteren haben auch Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 S. 1 BetrVG unmittelbare und zwingende Wirkung und damit auch eine normative Wirkung. Sie werden jedoch nicht von Art. 9 Abs. 3 GG erfasst.

¹¹⁴⁵ BVerfG, Beschluss vom 9.4.1975 – 2 BvR 879/73 – BVerfGE 39, 302, 314; *Eichenhofer*, NdsVBl. 2015, 45, 47.

¹¹⁴⁶ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 41 f.; *Wigge*, VSSR 11 (1993), 37, 54, zu den ebenfalls beliehenen Ersatzkassenverbänden und damit mit dem vorliegenden Fall aufgrund der Beleihung vergleichbar; *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 90, Rn. 23.

Nur Verwaltungskompetenzen können im Wege der Beleihung delegiert werden.¹¹⁴⁷ Anders könnte die Situation ggf. zu beurteilen sein, wenn der Gesetzgeber die Gemeinschaften als Körperschaften des öffentlichen Rechts ausgestaltet hätte. Da dies nicht der Fall ist, ist eine weitergehende Erörterung nicht erforderlich. Gesetzgebung darf nur in engen Grenzen auf die Exekutive oder Private ausgegliedert werden. Dazu bedarf es aber einer gesetzlichen Ermächtigung, die in Bezug hierauf abschließend ist.¹¹⁴⁸ Den Verträgen eine Normenwirkung zuzusprechen, ist auch aus diesem Grund nicht möglich, selbst wenn die Schaffung von Normsetzungsverträgen grundsätzlich mit dem Grundgesetz vereinbar sein kann. Es läge ein Eingriff in die Gewaltenteilung vor. Zudem ist hierin ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, genauer gegen den Vorbehalt des Gesetzes, zu sehen. Dies spricht auch dafür, Normsetzungsverträge insgesamt als verfassungswidrig anzusehen und diese Konstruktion damit aufgrund verfassungskonformer Auslegung abzulehnen.

d) Systematischer Vergleich mit Verträgen mit weiteren Leistungserbringern

Auch weitere Verträge mit Leistungserbringern können in die Betrachtung einbezogen werden. Äußerungen zu deren Rechtsnatur finden sich in der Literatur nur spärlich. So werden Verträge zum Umfang der Krankenhausbehandlung nach § 112 SGB V als Normsetzungsverträge qualifiziert,¹¹⁴⁹ ebenso wie Rahmenverträge bei Apotheken gemäß § 129 Abs. 2 SGB V¹¹⁵⁰ oder Rahmenverträge mit pharmazeutischen Unternehmen, § 131 SGB V.¹¹⁵¹ Auch dreiseitige Verträge nach § 115 SGB V werden als Normenverträge betrachtet.¹¹⁵² Andererseits wird auch vertreten, Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern im Heil- und Hilfsmittelbereich unterliegen nur dem privaten Vertragsrecht, eine normative Wirkung wohne ihnen nicht inne.¹¹⁵³

Die Rechtsprechung geht auf die Einordnung der Verträge mit weiteren Leistungserbringern als Normsetzungsverträge meist nicht (genauer) ein. Es wird

¹¹⁴⁷ *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, § 90, Rn. 23.

¹¹⁴⁸ *Michaelis*, Der Beliehene, S. 41.

¹¹⁴⁹ *Heinze*, SGB 1990, 173, 176; *Joussen*, SGB 2004, 334, 339.

¹¹⁵⁰ *Axer* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 129, Rn. 28; *Heinze*, SGB 1990, 173, 177; *Joussen*, SGB 2004, 334, 339; *Luthe* in: *Hauck/Noftz*, SGB V, § 129, Rn. 24.

¹¹⁵¹ *Axer* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 131, Rn. 3.

¹¹⁵² *Becker* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 115, Rn. 4; *Heinze*, SGB 1990, 173, 176.

¹¹⁵³ *Heinze*, SGB 1990, 173, 177.

zwar der Begriff „Normsetzungsvertrag“ verwendet, ohne jedoch die Wirkungen genauer zu beleuchten oder beleuchten zu müssen.¹¹⁵⁴ Welche Wirkungen sich in den vorliegenden Fällen ergeben, wird nicht erläutert. Es kann aber davon ausgegangen werden, dass sich an diese Einordnung die gleichen Folgen knüpfen, die an die Einordnung als Normsetzungsvertrag in den oben genannten Fällen geknüpft werden.

Auch bei den aufgezählten Verträgen sind Private beteiligt. Dies könnte man als Argument für die Annahme eines Normsetzungsvertrages heranziehen. Jedoch kann man aus einer systematischen Betrachtung keine Schlüsse für die rechtliche Einordnung ziehen, da man eine solche Konstruktion bereits von der Grundkonstruktion her als verfassungswidrig ansehen muss, da sie sowohl gegen das Demokratie- als auch das Rechtsstaatsprinzip verstößt, indem Privaten eine Rechtsetzungskompetenz zukommt.¹¹⁵⁵ Normsetzungsverträge wird man nur in den übrigen, weiter oben beschriebenen Fällen annehmen können, bei denen nur Träger der Selbstverwaltung, wie beispielsweise Krankenkassen und Kassenärztliche Vereinigungen, involviert sind. Eine Ausdehnung auf die Bereiche gemeinsamer Selbstverwaltung, in die private Leistungserbringer involviert sind, ist dagegen nicht zulässig. Insbesondere die Privatautonomie, auf die sich die Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer stützen können, vermag eine Wirkung gegenüber Dritten nicht zu legitimieren.¹¹⁵⁶

Bei den Versorgungsverträgen nach § 111 SGB V ist in Abs. 2 S. 1 explizit geregelt, dass die Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen gemeinsam mit Wirkung für ihre Mitgliedschaften Versorgungsverträge schließen. Es ergibt sich bereits aus dem Gesetz eine unmittelbare Wirkung gegenüber am Vertragsschluss nicht Beteiligten. Dies zeigt, dass der Gesetzgeber eine unmittelbare normative Wirkung kennt, eine solche aber nur in Fällen greift, in denen sie ausdrücklich angeordnet wird. Aus diesem Grund ist die Annahme von Normsetzungsverträgen in anderen Fällen unter strenge Voraussetzungen zu stellen und in der vorliegenden Situation nicht gegeben, da es an einer Normierung einer solchen Wirkung fehlt.

¹¹⁵⁴ So das BSG zuletzt zu § 112 SGB V: BSG, Urteil vom 10.3.2015 – B 1 KR 3/15 R – KRS 2016, 65, 66; Urteil vom 1.7.2014 – B 1 KR 29/13 R – SozR 4-2500 § 301, Nr. 4, S. 26; Urteil vom 13.11.2012 – B 1 KR 14/12 R – SozR 4-2500 § 301, Nr. 1, S. 3. Zu § 115 SGB V: BSG, Urteil vom 17.9.2013 – B 1 KR 2/12 R – NZS 2014, 177, 178; Urteil vom 17.9.2013 – B 1 KR 51/12 R – NZS 2014, 62, 62.

¹¹⁵⁵ Vgl. *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S. 172.

¹¹⁵⁶ *Heinze*, SGB 1990, 173, 178.

e) **Unmittelbare Wirkung gegenüber nicht beigetretenen Versicherten und Hausärzten**

Unabhängig von den rechtlichen Bedenken ist die Einordnung als Normsetzungsvertrag vielfach nicht erforderlich, da die gesetzgeberische Konstruktion ausdrücklich einen anderen Weg vorsieht.

aa) **Nicht beigetretene Versicherte**

Der einzelne Versicherte muss nach § 73b Abs. 3 S 2 SGB V ausdrücklich und schriftlich gegenüber seiner Krankenkasse die Teilnahme an der hausarztzentrierten Versorgung erklären. Zwar handelt es sich um eine Form der hausärztlichen Versorgung, jedoch nicht um die allgemeine Regelversorgung, die mit Beitritt zu einer Krankenkasse im System der gesetzlichen Krankenversicherung greift.¹¹⁵⁷ Selbst wenn man annimmt, dass die hausarztzentrierte Versorgung die allgemeine Regelversorgung ersetzt und diese mitumfasst,¹¹⁵⁸ wird man den Beitritt als maßgeblich erachten müssen. Eine unmittelbare Wirkung gegenüber anderen Versicherten ergibt keinen Sinn, da sie nicht an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen, anders als bei Normsetzungsverträgen in der allgemeinen Versorgung, die gegenüber allen Versicherten wirken. Eine unmittelbare Wirkung würde damit keinen Zweck erfüllen. Weitere Überlegungen sind hier auch fehl am Platze, da der Gesetzgeber in § 73b Abs. 3 S. 1 SGB V ausdrücklich geregelt hat, dass die Teilnahme freiwillig ist. Dies würde durch die Annahme von Normwirkung gegenüber allen Versicherten konterkariert werden. Allenfalls für Änderungen und Neuverträge wäre die normative Wirkung sinnvoll. Hier ist eine anderweitige Lösung zu suchen, dazu sogleich.

Eine unmittelbare Wirkung gegenüber den Versicherten kann zudem aber auch bereits grundlegend verneint werden, ohne auf die Besonderheiten des vorliegenden Falles einzugehen, wenn Normsetzungsverträge generell keine unmittelbare Wirkung gegenüber den Versicherten erzeugen können. Dies wird überwiegend angenommen.¹¹⁵⁹ Die Fälle, in denen die Annahme einer Normsetzung be-

¹¹⁵⁷ Ob es sich um eine Form der Regelversorgung handelt, kann offengelassen werden; ebenso auch *Schütz*, MedR 2015, 162, 164, der davon ausgeht, dass Selektivverträge eine „gleichberechtigte Versorgungsform“ darstellen, wobei es einer genaueren Klarstellung durch das Gesetz bedürfe.

¹¹⁵⁸ Vgl. Abschnitt 2, E. IV. 2.

¹¹⁵⁹ *Ebsen*, VSSR 8 (1990), 57, 64.

jaht wird, erstrecken die unmittelbare Wirkung lediglich auf weitere Krankenkassen und Ärzte.¹¹⁶⁰ Dies ist folgerichtig, wenn man den Anwendungsbereich betrachtet: Die vertragsschließenden Parteien sind die Partner der Bundesmantelverträge, also die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen. Gemäß § 217a Abs. 1 SGB V bilden die Krankenkassen den Spitzenverband Bund der Krankenkassen. Diese Vorschrift ist zwingend, der Spitzenverband besteht also kraft Gesetzes.¹¹⁶¹ Die Kassenärztliche Bundesvereinigung wird gemäß § 77 Abs. 4 S. 1 SGB V gebildet durch die Kassenärztlichen Vereinigungen, deren Mitglieder nach § 77 Abs. 3 S. 1 SGB V die zugelassenen Ärzte sind. Es handelt sich für die zugelassenen Ärzte um eine Zwangsmitgliedschaft.¹¹⁶² Es besteht also eine Verknüpfung zu den Ärzten und den Krankenkassen über ihre Mitgliedschaft in den jeweiligen Körperschaften. Die Versicherten sind dagegen außerhalb dieser Beziehungen stehende Personen, bezüglich derer eine unmittelbare Bindung ohne Beteiligung am Vertragsabschluss nicht zu konstruieren ist. Zwar sind die Versicherten Mitglieder der Krankenkassen, vgl. §§ 186 ff. SGB V, jedoch handelt es sich hierbei um rechtlich unabhängige Beziehungen, die für die Begründung einer unmittelbaren Wirkung damit nicht ausreichen können. Auch in weiteren denkbaren Fällen von Normsetzungsverträgen, ebenso wie im Falle der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung, fehlt eine nötige Verbindung der Versicherten zu den Verträgen, die nicht ihre Teilnahme erklärt haben. Eine unmittelbare Wirkung gegenüber den Versicherten ist damit nicht annehmbar.¹¹⁶³

Schließlich lässt sich auch anführen, dass das Argument, die Normsetzungsverträge stellten die Umsetzung des Sachleistungsprinzips dar, nicht greift. Dies lässt sich mit der durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz¹¹⁶⁴ in Kraft getretenen Regelung begründen, derzufolge die Einzelheiten der Leistungserbringung nunmehr in den Teilnahmeerklärungen der Versicherten geregelt werden.¹¹⁶⁵ Es

¹¹⁶⁰ *Ebsen*, VSSR 8 (1990), 57, 64.

¹¹⁶¹ *Krauskopf* in: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, § 217a SGB V, Rn. 4.

¹¹⁶² *Hess* in: *Kasseler Kommentar*, § 77 SGB V, Rn. 13.

¹¹⁶³ So auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 16.5.2011 – L 5 KA 362/11 ER-B – unveröffentlicht, zitiert nach LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 94 (dort erneute Bestätigung).

¹¹⁶⁴ Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015, BGBl. I, S. 1211 ff.

¹¹⁶⁵ Vgl. BT-DS 18/4095, S. 16, 85.

erscheint somit nicht einleuchtend, dass es zusätzlich einer Wirkung als Normsetzungsvertrag bedarf. Auch die Tatsache, dass mit Normsetzungsverträgen nach dem Willen des Gesetzgebers der Sicherstellungsauftrag erfüllt werden soll,¹¹⁶⁶ zeigt deutlich, dass es sich hier nicht um einen solchen handelt. Im Gegensatz zu den Verträgen, denen eine solche Wirkung sonst zugesprochen wird (wie den Gesamt- oder Bundesmantelverträgen), werden durch die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung Vereinbarungen getroffen, die über die bloße Sicherstellung hinausgehen. Es wird eine besonders hochwertige Form der hausärztlichen Versorgung geschaffen.

bb) Nicht beigetretene Hausärzte

Die Ärzte müssen dem geschlossenen Vertrag beitreten, sie werden nach der Konzeption des Gesetzgebers durch die Gemeinschaften nicht entsprechend vertreten.¹¹⁶⁷ Damit würde auch eine unmittelbare Wirkung des Vertrages nach Abs. 4 S. 1 dieser Konzeption nicht gerecht. Die Einbeziehung nicht in den Gemeinschaften organisierter Ärzte muss somit erst recht ausscheiden, da sie nicht einmal den grundlegenden Willensakt des Beitritts zur Gemeinschaft ausgeübt haben. Folge wäre eine Pflicht, an der hausarztzentrierten Versorgung teilzunehmen, was unter anderem die Erfüllung besonderer Qualitätsstandards nach § 73b Abs. 2 SGB V zur Folge hätte. Anders als in den Fällen, in denen Normsetzungsverträge allgemein bejaht werden, ist keine Zwangsmitgliedschaft in den Gemeinschaften wie z. B. in der Kassenärztlichen Vereinigung vorgesehen. Bei einem solchen zwangsweisen Zusammenschluss erscheint die Annahme unmittelbarer Wirkungen ohne eigene Willensbetätigung im Gegensatz zu einer Situation des freiwilligen Zusammenschlusses denkbar. Das Ziel, die ärztliche Versorgung sicherzustellen (§ 72 SGB V), kann nur erreicht werden, wenn die Vertragsärzte an die Verträge gebunden sind.¹¹⁶⁸ In der vorliegenden Situation kommt dagegen nur eine freiwillige Unterwerfung durch Beitritt in Betracht. Die Teilnahme der Ärzte ist nach der Konzeption des § 73b SGB V freiwillig.¹¹⁶⁹ Dies ist zwar nicht wie in Bezug auf die Versicherten ausdrücklich geregelt, da § 73b Abs. 3 S. 1 SGB V aufgrund seiner systematischen Stellung nur auf Versicherte bezogen ist,

¹¹⁶⁶ *Joussen*, SGB 2004, 334, 338.

¹¹⁶⁷ So nach hier vertretener Auffassung, vgl. Abschnitt 2, B. I. 1. d).

¹¹⁶⁸ Vgl. hierzu auch *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S. 346 f., in Bezug auf die Mantel- und Gesamtverträge.

¹¹⁶⁹ So auch: *Nebendahl* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 8.

zeigt sich aber in der Konzeption von § 73b Abs. 4 SGB V, da es sich um ein zusätzliches Angebot handelt.

f) Unmittelbare Wirkung gegenüber weiteren Krankenkassen

Eine klare Absage muss man auch der Einbeziehung weiterer Krankenkassen erteilen. Diesen kommt ein eigenes Recht sowie die Pflicht zum Vertragsschluss aus § 73b SGB V zu. Es besteht die Möglichkeit einer Kooperation von Krankenkassen, diese erfordert aber eine entsprechende Willensbetätigung der Krankenkassen zum gemeinsamen Vertragsschluss. Grundsätzlich kann jede Krankenkasse autonom Verträge abschließen.

g) Unmittelbare Wirkung von Vertragsänderungen und Neuabschlüssen

Ebenfalls nicht geregelt hat der Gesetzgeber die Frage, was im Falle von Änderungen in den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung oder von Beendigung und Neuabschluss dieser im Verhältnis zu den Versicherten ebenso wie im Verhältnis zu den Hausärzten geschieht. Auch die Satzungen der Krankenkassen sehen hierzu keine Regelung vor. Sie füllen lediglich den Rahmen aus § 73b Abs. 4 S. 7, 8 SGB V aus, wonach in den Satzungen das Nähere zur Durchführung der Teilnahme der Versicherten, insbesondere zur Bindung an den gewählten Hausarzt, zu weiteren Ausnahmen von dem Überweisungsgebot und zu den Folgen bei Pflichtverstößen der Versicherten sowie Genaueres zur Abgabe der Teilnahmeerklärung geregelt wird.¹¹⁷⁰ Die Regelung von Kündigungsmöglichkeiten genügt nicht für die Annahme, dass auch alle künftigen Änderungen der Verträge nach Abs. 4 unmittelbar zur Anwendung kommen. Dies würde dem Wesen der vertraglichen Einigung widersprechen. Schweigen gilt nur in Ausnahmefällen als Zustimmung. Der Versicherte müsste jedes Mal erneut zustimmen können. In dieser Situation wäre die unmittelbare Wirkung sinnvoll. Mit dem Willen des Gesetzgebers ist dies aber nicht zu vereinbaren. Die Annahme der vertraglichen Normsetzung beruht auf dem in der gesetzlichen Krankenversicherung herrschenden Sachleistungsprinzip aus § 2 Abs. 2 S. 1 SGB V und

¹¹⁷⁰ Zu berücksichtigen ist, dass in der durch das GKV-VSG vom 11.6.2015 geänderten Fassung eine Regelung in den Teilnahmeerklärungen erfolgt. Dass hier eine solche Regelung erfolgen wird, ist kaum denkbar.

dem damit verbundenen Gedanken, dass dieses Prinzip möglichst effektiv umgesetzt wird, was im Falle des Erfordernisses einer Wirkung gegenüber den Versicherten erst nach Regelung in der jeweiligen Krankenkassen-Satzung nicht der Fall wäre.¹¹⁷¹ Zwar unterfällt die hausarztzentrierte Versorgung auch dem Sachleistungsprinzip. Es handelt sich bei der hausarztzentrierten Versorgung aber um eine über die „normale“ Versorgung hinausgehende Form der Leistungserbringung. Den Versicherten wird die Möglichkeit, sofort einen gewünschten Facharzt aufzusuchen, genommen. Es liegt damit ein Eingriff in die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG vor. Aus diesem Grund muss es den Versicherten auch möglich sein, bei Änderungen oder Neuabschlüssen von Verträgen jedes Mal neu zu entscheiden, ob sie an der hausarztzentrierten Versorgung in der jeweiligen durch die Verträge konkretisierten Form teilnehmen wollen.

Jede Änderung stellt zudem einen Eingriff in die Berufsfreiheit der beteiligten Hausärzte dar, Art. 12 Abs. 1 GG. Auch ihnen muss daher Wahlfreiheit zukommen, ob sie einem solchen geänderten Vertrag beitreten wollen. Eine unmittelbare Verpflichtung aufgrund der Vertretung durch die Gemeinschaft kann nicht angenommen werden, da es sich nicht um ein Vertreten im Sinne von § 164 Abs. 1 S. 1 BGB handelt. Selbst wenn man eine Vertretung entsprechend § 164 Abs. 1 S. 1 BGB annimmt, wird man gerade eine Vertretung für alle zukünftigen Änderungen und Neuabschlüsse nicht konstruieren können, da dem einzelnen Hausarzt kein Wille unterstellt werden kann, eine entsprechende Vertretungsmacht zu erteilen. Auch hier kann man nicht annehmen, dass eine unmittelbare Verpflichtung gewollt ist, vielmehr müssen sich auch die Ärzte selbst durch Beitritt verpflichten.¹¹⁷² Es besteht gerade keine Zwangsmitgliedschaft in den Gemeinschaften.

Heranziehbar ist letztlich auch § 57 Abs. 1 SGB X: Ein öffentlich-rechtlicher Vertrag, der in Rechte eines Dritten eingreift, wird erst wirksam, wenn der Dritte schriftlich zustimmt. Bei dem Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung handelt es sich um einen öffentlich-rechtlichen Vertrag.¹¹⁷³ Dem Willen des Gesetzgebers würde es nicht entsprechen, die Wirksamkeit der Verträge nach Abs. 4 S. 1 von der Zustimmung der Hausärzte und Versicherten abhängig zu machen, zumal dies kaum praktikierbar wäre. Gerade das Erfordernis der Zustimmung wird bei Normsetzungsverträgen nicht verlangt, sie greifen aus den genannten

¹¹⁷¹ Engelmann, NZS 2000, 1, 5.

¹¹⁷² Sproll in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 30.

¹¹⁷³ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ccc).

Gründen – vor allem der Praktikabilität – unmittelbar ein.¹¹⁷⁴ Normsetzungsverträge können nicht als Verträge im eigentlichen Sinne angesehen werden.¹¹⁷⁵ Damit muss, wird der Gedanke aus § 57 SGB X herangezogen, aber eine strenge Handhabung der Annahme von Normsetzungsverträgen erfolgen. Da diese rechtliche Einordnung abgelehnt wurde, greift § 57 Abs. 1 SGB X ein. Es bedarf einer Zustimmung zu Änderungen und Neuabschlüssen. Dies erfolgt durch erneuten Beitritt oder Bestätigung.

h) Zwischenergebnis: Unmittelbare Wirkung

Eine Wirkung unabhängig vom Willen der Unterworfenen würde in allen oben beschriebenen Konstellationen gegen die gesetzgeberische Konzeption verstoßen, nach der der Beitritt maßgeblich sein soll. Es handelt sich bei den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung nicht um Normsetzungsverträge.¹¹⁷⁶ Es bleibt vielmehr bei der alleinigen mittelbaren Wirkung durch Beitritt.

IV. Zulässiger Inhalt des Schiedsspruchs

Welche Inhalte die Schiedsperson festsetzen kann, ergibt sich nur in Umrissen aus dem Gesetz. Neben der Frage, welche Arten von Festsetzungen getroffen werden können, soll auf den Grundsatz der Beitragssatzstabilität sowie den Datenschutz eingegangen werden.

1. Allgemeines

In den Verträgen nach § 73b Abs. 4 SGB V ist gemäß § 73b Abs. 5 S. 1 SGB V das Nähere über den Inhalt und die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung, insbesondere die Ausgestaltung der Anforderungen nach Abs. 2, sowie die Vergütung zu regeln; in Verträgen, die nach dem 31. März 2014 zustande kommen, sind zudem Wirtschaftlichkeitskriterien, Maßnahmen bei deren Nichteinhaltung sowie Regelungen zur Qualitätssicherung zu vereinbaren.

¹¹⁷⁴ Engelmann in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53, Rn. 8.

¹¹⁷⁵ Vgl. hierzu Castendiek, Normsetzungsvertrag, S. 45 f.

¹¹⁷⁶ Ebenso als einziger: Sproll in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 30. So auch zum Schiedsspruch nach § 132a SGB V: Plantholz, RsDE 2007, 1, 20.

a) Pflichtinhalt

§ 73b Abs. 5 S. 1 SGB V regelt den pflichtigen Inhalt der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung, der auch im Falle der Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson zu regeln ist. Dies kommt im Wortlaut mit der Verwendung des Wortes „sind“ zum Ausdruck. Es bedarf aller Regelungen, um eine Umsetzung des Vertrages zu ermöglichen. Dies betrifft insbesondere die Anforderungen nach Abs. 2 sowie die Frage der Vergütung, wobei es sich um eine nicht abschließende Nennung handelt. Konkrete Vorgaben, vor allem zur Vergütung, macht das Gesetz nicht; letztere kann sich im Rahmen von § 53 Abs. 9 SGB V bewegen.¹¹⁷⁷ Die Vergütung kann vom EBM sowie dem vertragsärztlichen Vergütungssystem abweichen.¹¹⁷⁸ Neuverträge müssen auch Wirtschaftlichkeitskriterien sowie Regeln zur Qualitätssicherung beinhalten. Diese haben die Vertragsparteien zu bestimmen.¹¹⁷⁹ Die Verträge können gemäß § 73b Abs. 5 S. 3 SGB V zudem Abweichungen von den im dritten Kapitel benannten Leistungen – also zu den Leistungen der Krankenversicherung – beinhalten, soweit sie die in § 11 Abs. 6 SGB V genannten Leistungen, Leistungen nach den §§ 20d, 25, 26, 37a und 37b SGB V sowie ärztliche Leistungen einschließlich neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden betreffen, soweit der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 SGB V im Rahmen der Beschlüsse nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 5 SGB V keine ablehnende Entscheidung getroffen hat. Hierdurch soll eine Stärkung des Wettbewerbs erfolgen, insbesondere können auch innovative, von der Regelversorgung noch nicht erfasste Leistungen vorgesehen werden.¹¹⁸⁰ Es kann somit nur in Fragen des Leistungserbringungsrechts, nicht aber des Leistungsrechts abgewichen werden.¹¹⁸¹ § 73b Abs. 5 S. 5 SGB V sieht zudem eine Pflicht zur Abrechnungsprüfung vor.

b) Weitere Inhalte

Neben dem Pflichtinhalt, der sich aus § 73b Abs. 5 SGB V ergibt, können die Parteien oder auch die Schiedsperson noch weitergehende Regelungen treffen. Die Norm ist nicht abschließend formuliert; es soll nur ein Mindestinhalt vgeschrieben werden, um die Durchführung der hausarztzentrierten Versorgung zu

¹¹⁷⁷ So noch *Hess* in: *Kasseler Kommentar*, 87. EGL, § 73b SGB V, Rn. 28.

¹¹⁷⁸ *Steinmeyer* in: *GesMedR*, § 73b SGB V, Rn. 31.

¹¹⁷⁹ *Limpinsel* in: *Jahn*, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 4.

¹¹⁸⁰ BT-DS 18/4095, S. 85.

¹¹⁸¹ *Orlowski* in: *GKV-Komm SGB V*, § 73b SGB V, Rn. 66.

ermöglichen. Solange das Gesetz kein Verbot beinhaltet oder aus diesem nicht klar hervorgeht, dass nur bestimmte Regelungen getroffen werden dürfen, kommt den Parteien eine weite Gestaltungsfreiheit zu.¹¹⁸² Diese setzt sich in der Schiedsperson, die anstelle der Parteien entscheidet, fort. Auch der Vorbehalt des Gesetzes, im Sozialrecht einfachgesetzlich in § 31 SGB I definiert, steht dem nicht entgegen, da § 73b Abs. 5 SGB V eine Begründung von Rechten ausdrücklich zulässt. Insbesondere regelt auch § 73b Abs. 5 S. 4 SGB V, dass die Einzelverträge Abweichendes von den Vorschriften dieses Kapitels sowie den nach diesen Vorschriften getroffenen Regelungen vorsehen können. Die Norm erlaubt damit ein Abweichen von Vorschriften des Vertragsarztrechts.¹¹⁸³ Dabei sind die Vorgaben aus § 73b Abs. 5 SGB V zu wahren. Die Verträge sind so zu gestalten, dass eine Abgrenzung zur gesamtvertraglichen hausärztlichen Versorgung möglich ist.¹¹⁸⁴ Sinnvoll ist zudem eine Regelung zu Anpassungs-¹¹⁸⁵ und ggf. auch Kündigungsmöglichkeiten.

c) Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigung

Fraglich ist, ob die Kassenärztliche Vereinigung im Vertrag zwischen der Krankenkasse und der Gemeinschaft als Dienstleister, z. B. bei der Abrechnung, festgelegt werden kann. Eine systematische Betrachtung zeigt aber, dass die Kassenärztlichen Vereinigungen nur über Sekundärverträge nach § 73b Abs. 4 S. 3 Nr. 4 SGB V an der hausarztzentrierten Versorgung beteiligt werden können. Der Gesetzgeber wollte lediglich die Gemeinschaften privilegieren. Eine solche vertragliche Einbeziehung würde aber dazu führen, dass der Kassenärztlichen Vereinigung mehr Befugnisse zustehen, als ihr von Gesetzes wegen eingeräumt wurden, was nicht zulässig ist.¹¹⁸⁶ Diese Argumentation wird noch gestützt durch den sozialrechtlichen Totalvorbehalt aus § 31 SGB I, wonach Rechte und Pflichten in den Sozialleistungsbereichen nur begründet, festgestellt, geändert oder aufgehoben werden dürfen, soweit ein Gesetz es vorschreibt oder zulässt. Vorliegend sieht das Gesetz aber die Vorrangstellung der Gemeinschaften vor, die

¹¹⁸² Klückmann in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 20; Orlowski in: GKV-Komm SGB V, § 73b SGB V, Rn. 65.

¹¹⁸³ Sproll in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 55. Der Autor erhebt dabei verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm, insbesondere rügt er einen Verstoß gegen den Gesetzesvorbehalt.

¹¹⁸⁴ Limpinsel in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 4.

¹¹⁸⁵ Limpinsel in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 4.

¹¹⁸⁶ So auch Mehdorn, ZMGR 2012, 3, 6; Orlowski, ZMGR 2009, 124, 129.

nicht umgangen werden soll. Das Tätigwerden der Kassenärztlichen Vereinigung im Bereich der Selektivverträge muss auf die ihr vom Gesetz ausdrücklich zugewiesenen Aufgaben beschränkt bleiben.

d) Wahrung des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots

Bei der Gestaltung des Vertrages ist das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot zu wahren, das sich aus §§ 2 Abs. 4, 12, 70 Abs. 1 SGB V ergibt.¹¹⁸⁷ Die Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung müssen nach § 12 Abs. 1 S. 1 SGB V ausreichend, zweckmäßig und wirtschaftlich sein; sie dürfen das Maß des Notwendigen nicht überschreiten. Die Krankenkassen stellen den Versicherten diese Leistungen zur Verfügung, § 2 Abs. 1 S. 1 SGB V. Es handelt sich um ein Grundprinzip des SGB V, das im Leistungsrecht zwingend zur Anwendung kommt.¹¹⁸⁸ Für das Leistungserbringungsrecht findet sich eine entsprechende Regelung in § 70 Abs. 1 SGB V, wonach die Krankenkassen und Leistungserbringer bei der Versorgung der Versicherten den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz zu berücksichtigen haben. Aufgrund der Einordnung des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung zum Leistungserbringungsrecht gilt das auch für die Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V. Die Schiedsperson hat sich bei der Vertragsfestsetzung daher ebenfalls hieran zu orientieren. Der Vertrag insgesamt hat das Gebot zu wahren; es erfolgt eine Gesamtbetrachtung, so dass ein Bereich einen anderen ausgleichen kann.¹¹⁸⁹

2. Arten von Festsetzungen

Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten zur Ausgestaltung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung, die damit auch der Schiedsperson zur Verfügung stehen: Sog. Add-On-Verträge und Vollversorgungsverträge. Erstere beinhalten nur zusätzliche Leistungen und ergänzen damit die Regelversorgung, letztere dagegen erfassen alle Leistungen der hausärztlichen Regelversorgung.¹¹⁹⁰ Die jeweilige Ausgestaltung hat unterschiedliche Auswirkungen auf den Sicherstellungsauftrag der kassenärztlichen Vereinigungen und die ggf. vorzunehmende Bereinigung der Gesamtvergütung gemäß § 73b Abs. 7 SGB V.¹¹⁹¹

¹¹⁸⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 40.

¹¹⁸⁸ Huster in: Becker/Kingreen, SGB V, § 12, Rn. 1.

¹¹⁸⁹ Limpinsel in: Jahn, SGB für die Praxis, § 73b SGB V, Rn. 4.

¹¹⁹⁰ Huster, SGB 2010, 253, 253.

¹¹⁹¹ Huster, SGB 2010, 253, 253.

Bei einem Vollversorgungsvertrag erfolgt die gesamte hausärztliche Versorgung außerhalb der Gesamtverträge.¹¹⁹² Es wird dabei vom üblichen Abrechnungsmodell abgewichen. Es erfolgt keine Abrechnung über die Kassenärztlichen Vereinigungen mehr, sondern die Abrechnung wird durch einen Dritten durchgeführt, weshalb die Gesamtvergütung der Kassenärztlichen Vereinigung entsprechend angepasst werden muss; sie wird um den entsprechenden Betrag bereinigt.¹¹⁹³ Regelmäßig erfolgt eine Pauschalierung der Vergütung.¹¹⁹⁴ Diese Möglichkeit wird durch § 73b Abs. 7 S. 3 SGB V nunmehr ausdrücklich zugelassen. Der Abrechnungsprozess wird dadurch grundlegend verändert. Bei den Add-On-Verträgen handelt es sich dagegen um eine Ergänzung der Regelversorgung. Die hausärztliche Versorgung erfolgt weiterhin im Rahmen der Gesamtverträge, basierend auf § 73 SGB V, der Vertrag nach § 73b Abs. 4 SGB V behaltet nur zusätzliche Leistungen.¹¹⁹⁵ Hier wird die Abrechnung nicht modifiziert. Es erfolgt keine Bereinigung.¹¹⁹⁶

a) Begrenzung bei der Festsetzung durch die Schiedsperson

Auch die Schiedsperson könnte grundsätzlich eine Festsetzung entsprechend einer der beiden Vertragsarten treffen. Jedoch könnte die Einordnung als Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB dazu führen, dass nur eine Vertragsart möglich ist. Stellt man sich auf den Standpunkt, eine Leistungsbestimmung komme nur dann in Betracht, wenn die Parteien eine grundlegende Einigung getroffen haben und lediglich bestimmte Vertragsbestandteile offen geblieben sind,¹¹⁹⁷ könnte man die Auffassung vertreten, Vollversorgungsverträge seien nicht möglich, da in ihnen eine komplette Neuregelung der Versorgung erfolgt, was bei teilweiser Einigung der Parteien unmöglich erscheint. Bei Add-on-Verträgen handelt es sich dagegen nur um eine Ergänzung, weshalb eine entsprechende Leistungsbestimmung möglich wäre. Jedoch ist eine Leistungsbestimmung, wie bereits gezeigt, auch zulässig, wenn sich die Parteien überhaupt nicht einigen können. Der Dritte kann sowohl erforderliche Vertragsbestandteile als

¹¹⁹² *Adolf* in: *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 91.

¹¹⁹³ *Platzer*, *KrV* 2011, 256, 257.

¹¹⁹⁴ *Mehdorn*, *ZMGR* 2012, 3, 10.

¹¹⁹⁵ *Adolf* in: *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 91; *Mehdorn*, *ZMGR* 2012, 3, 10.

¹¹⁹⁶ *Mehdorn*, *ZMGR* 2012, 3, 10.

¹¹⁹⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (bb).

auch nebensächliche Bestandteile festsetzen.¹¹⁹⁸ Zudem ließe sich die Möglichkeit, Vollversorgungsverträge abzuschließen, aufgrund der Ausgestaltung als Zwangsschlichtung im Falle der Nichteinigung der Parteien nicht mit dem Argument, dies passe nicht zu der Annahme einer Leistungsbestimmung, verneinen. Der Vertragsschluss ist zwingend erforderlich, wenn die Parteien selbst keine Einigung erzielen können, um die Versorgung der Versicherten zu ermöglichen. Dies würde dafür sprechen, bei der Anwendung der §§ 317 ff. BGB auf § 73b Abs. 4a SGB V zumindest eine Modifikation anzunehmen. Insbesondere Vollversorgungsverträge müssen bei § 73b SGB V möglich sein. Damit sind beide Arten von Verträgen und damit Festsetzungen durch die Schiedsperson grundsätzlich denkbar.

b) Zulässigkeit von Add-On-Verträgen

Angezweifelt wird, ob Add-On-Verträge überhaupt zulässig sind oder ob nur Vollversorgungsverträge von § 73b SGB V erfasst werden.¹¹⁹⁹ Diese Frage ist nicht nur für den einvernehmlichen Vertragsschluss relevant, sondern auch für den Fall, dass eine Schiedsperson den Vertrag festsetzt.¹²⁰⁰ Das Bundessozialgericht hat zuletzt zumindest bestätigt, dass Vollversorgungsverträge jedenfalls zulässig sind.¹²⁰¹ Zur Zulässigkeit von Add-On-Verträgen fehlt bislang eine höchstrichterliche Rechtsprechung. Der Wortlaut der Norm ist offen, es werden keine Vorgaben zur Ausgestaltung gemacht. Die Intention des Gesetzgebers war es zunächst, den Wettbewerb über Selektivverträge zu stärken.¹²⁰² Hierbei lässt sich das GKV-WSG anführen, nach dessen Begründung die hausarztzentrierte Versorgung eine besondere hausärztliche Versorgung sei, die damit die Regelversorgung zwingend umfasse.¹²⁰³ Die Entstehungsgeschichte spricht somit für die Annahme, es sollten eigentlich Vollversorgungsverträge abgeschlossen werden. Die Regelungen zur Bereinigung der Gesamtvergütung nach § 73b Abs. 7 SGB V sowie dem Übergang des Sicherstellungsauftrages nach § 73b Abs. 4 S. 6 deuten bei systematischer Betrachtung ebenfalls darauf hin, dass der Abschluss

¹¹⁹⁸ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 34.

¹¹⁹⁹ *Rademacker* in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 22.

¹²⁰⁰ *Huster*, SGB 2010, 253, 253.

¹²⁰¹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 40.

¹²⁰² *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, 299.

¹²⁰³ BT-DS 16/3100, S. 111 ff.

von Vollversorgungsverträgen intendiert ist.¹²⁰⁴ Auch die Möglichkeit, nach § 73b Abs. 5 S. 4 SGB V abweichende Regelungen zu §§ 69 ff. SGB V zu treffen, erscheine nur für Vollversorgungsverträge vorstellbar.¹²⁰⁵ Zudem wird ein Vergleich mit der nunmehr abgeschafften besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung nach § 73c SGB V a.F. von den Gegnern der Add-On-Verträge herangezogen: So spreche die Regelung in § 73c Abs. 1 S. 2 SGB V a.F., die besagte, dass sowohl die gesamte ambulante ärztliche Versorgung als auch einzelne Bereiche von den Verträgen zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung erfasst werden können, gegen die Zulässigkeit von Add-On-Verträgen bei § 73b SGB V, da eine solche Regelung gerade nicht existiere; vielmehr spreche § 73b Abs. 1 SGB V von einer besonderen hausärztlichen Versorgung und enthalte keine Einschränkungen.¹²⁰⁶

Der Gesetzgeber hat sich bei Vornahme von Änderungen des § 73b SGB V im Rahmen des GKV-FinG jedoch ausdrücklich auch zu Add-On-Verträgen geäußert. So findet sich die Aussage, die Prüfpflicht nach § 73b Abs. 9 SGB V a.F. sei vor allem bei „so genannte[n] Add-On-Verträge[n], d.h. für Verträge über eine hausarztzentrierte Versorgung, die nicht als Vollversorgungsverträge geschlossen werden“, relevant.¹²⁰⁷ Damit erkennt der Gesetzgeber die Existenz solcher zusätzlicher Verträge ausdrücklich an. § 73b Abs. 7 S. 1 SGB V in bis zum 23. Juli 2015 bestehenden und sodann durch das GKV-VSG¹²⁰⁸ geänderten Fassung konnte systematisch ebenfalls als Argument für die Zulässigkeit von Add-On-Verträgen herangezogen werden. In der Norm hieß es damals, dass eine Bereinigung nur erfolge, „soweit“ der Vertrag die hausärztliche Regelversorgung erfasse.¹²⁰⁹ Auch hierin lässt sich erkennen, dass keine Festlegung auf eine Vertragsart besteht. Die Änderung der Vorschrift führt nicht dazu, eine andere Bewertung vornehmen zu müssen. Das Argument, die Festlegung eines Add-On-

¹²⁰⁴ So auch *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 92; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 9, 9b.

¹²⁰⁵ *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 9a.

¹²⁰⁶ *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 47.

¹²⁰⁷ BT-DS 17/3040, S. 23. Dass sich die Aussage des Gesetzgebers allein auf Verträge nach § 73b Abs. 4 S. 3 SGB V beziehen soll, ist nicht nachvollziehbar, da sich die Vorlagepflicht auf alle Verträge bezieht. So aber *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 47.

¹²⁰⁸ Gesetz zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) vom 16.7.2015, BGBl. I, S. 1211 ff.

¹²⁰⁹ *Huster*, SGB 2010, 253, 254.

Vertrages durch eine Schiedsperson sei nicht zweckmäßig, kann nicht überzeugen, da auch durch einen Add-On-Vertrag eine hausarztzentrierte Versorgung ermöglicht wird.¹²¹⁰ Warum abweichende Regelungen nach § 73b Abs. 4 S. 5 SGB V für einen Add-On-Vertrag nicht vorstellbar erscheinen, ist nicht nachvollziehbar. So könnten die Add-On-Verträge z. B. einzelne Punkte abweichend von den Leistungen der Regelversorgung regeln. Die Formulierung „besondere hausärztliche Versorgung“ schränkt die Ausgestaltung der diese regelnden Verträge nicht ein. Zudem haben in der Praxis auch Add-On-Verträge zu einer besseren Versorgung im Vergleich zur Regelversorgung geführt, so dass an der Zweckmäßigkeit dieser Regelungen keine Zweifel bestehen.¹²¹¹ Auch die Funktion des Hausarztes, als „Lotse“ zu fungieren, kann sowohl über Add-On- als auch über Vollversorgungsverträge verwirklicht werden.¹²¹² Nimmt man an, die hausarztzentrierte Versorgung sattele auf die Regelversorgung auf, so erscheint eine Regelung weiterer Leistungen durch einen Add-On-Vertrag unproblematisch.¹²¹³ Die auf einer Bündelung von Kompetenzen der Krankenkassen in § 140a SGB V beruhende Abschaffung von § 73c SGB V führt dazu, dass auch das aus § 73c Abs. 1 S. 1 SGB V gezogene Argument nicht mehr trägt. § 140a SGB V differenziert ebenso wenig wie § 73b SGB V zwischen verschiedenen Vertragsarten.

Es können folglich sowohl Vollversorgungs- als auch Add-On-Verträge geschlossen werden, wovon insbesondere die unterinstanzliche Rechtsprechung überwiegend ausgeht.¹²¹⁴ In der Praxis zeigt sich bei der tatsächlichen Gestaltung

¹²¹⁰ A.A.: von *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 48.

¹²¹¹ *Weigeldt/Tesic*, G+S 2015, 37, 43.

¹²¹² *Huster*, SGB 2010, 253, 254.

¹²¹³ *Bäume* in: *Eichenhofer/Wenner*, SGB V, § 73b, Rn. 4, 6.

¹²¹⁴ So auch: LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 126 ff.; SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 65; SG Marburg, Urteil vom 3.8.2011 – S 12 KA 237/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 29 ff.; SG Bremen, Beschluss vom 24.9.2010 – S 1 KA 36/10 ER – unveröffentlicht, juris Rn. 98 ff. (offen, aber Tendenz zur Bejahung); *Adolf*, jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 92; *Huster* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 73b, Rn. 22; *ders.*, SGB 2010, 253, 256; *Steinmeyer* in: *GesMedR*, § 73b SGB V, Rn. 22; *Weigeldt/Tesic*, G+S 2015, 37, 45. A.A.: *Engelmann* in: *FA Medizinrecht*, § 73b SGB V, Rn. 9; von *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 47. Bedenken äußert insbesondere: SG Magdeburg, Urteil vom 16.5.2012 – S 1 KA 5/12 – *MedR* 2013, 129, 133. – Dass in der Praxis Vollversorgungsverträge in politischer und wirtschaftlicher Hinsicht als vorzugswürdig erscheinen, so *Weigeldt/Tesic*, G+S 2015, 37, 45, vermag an der juristischen Betrachtung nichts zu ändern.

ein Nord-Süd-Gefälle; im Norden kommen eher Add-On-Verträge zum Einsatz, im Süden dagegen Vollversorgungsverträge.¹²¹⁵ Der Schiedsperson kommt ein weiter Gestaltungsspielraum in Hinblick auf die Wahl der Vertragsart zu.¹²¹⁶ Sie kann nach ihrem Ermessen sowohl Add-On- als auch Vollversorgungsverträge festsetzen. Die bisher auf einem Schiedsspruch basierenden Verträge sind jedoch alle Vollversorgungsverträge.¹²¹⁷

3. Geltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität

Die in der gesetzlichen Krankenversicherung allgemein bestehenden finanziellen Probleme führten auch im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung dazu, dass ein Finanzierungsproblem befürchtet wurde.¹²¹⁸ In § 73b Abs. 5a S. 1 SGB V a.F. wurde daher durch das GKV-FinG¹²¹⁹ mit Wirkung vom 22. September 2010 festgesetzt, dass für Verträge, die nach diesem Tag zustande kamen, nach S. 1 der Grundsatz der Beitragssatzstabilität aus § 71 SGB V bei der zu vereinbarenden Vergütung zu beachten war. Zuvor konnte bezweifelt werden, dass der Grundsatz auf § 73b SGB V Anwendung findet, da § 73b Abs. 5 S. 4 SGB V schließlich eine Abweichungsmöglichkeit festsetzt, die auch auf die Vergütung anwendbar sein könnte.¹²²⁰ Die Geltung dieses Grundsatzes wurde für die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung damit ausdrücklich angeordnet.¹²²¹ In S. 2 und 3 fanden sich Regelungen über Vereinbarungen, bei denen der Grundsatz der Beitragssatzstabilität als erfüllt anzusehen war. Dies war insbesondere nach S. 2 der Fall, wenn die Vertragsparteien vereinbarten, dass der rechnerische durchschnittliche Fallwert nicht den sich in der Kassenärztlichen Vereinigung ergebenden rechnerischen durchschnittlichen Fallwert aller an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte überschreitet; der sich in der Kassenärztlichen Vereinigung ergebende Fallwert war dabei um Vergütungsanteile für Leistungen zu bereinigen, die nicht Gegenstand des Vertrages nach Abs. 4 waren. Der

¹²¹⁵ Lübeck/Beyer/Gerlach, Bundesgesundheitsbl. 2015, 360, 363.

¹²¹⁶ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 85.

¹²¹⁷ Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 10.

¹²¹⁸ Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 69b; Huster in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 25.

¹²¹⁹ Gesetz zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Finanzierungsgesetz – GKV-FinG) vom 22.12.2010, BGBl. I, S. 2309 ff.

¹²²⁰ von Alemann/Scheffczyk, NZS 2012, 45, 48.

¹²²¹ Vgl. hierzu BT-DS 17/3040, S. 22.

Grundsatz der Beitragssatzstabilität wurde nach S. 3 auch erfüllt, wenn die Vergütung je Versicherten nicht den Bereinigungsbetrag je Versicherten, der auf Grund des Verfahrens nach Abs. 7 S. 2 ermittelt wurde, überschritt. Die in S. 2 und S. 3 genannten Werte konnten gemäß S. 4 aber überschritten werden, wenn vertraglich sichergestellt wurde, dass diese Mehraufwendungen durch Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die aus den Maßnahmen von Verträgen nach Abs. 4 erzielt wurden, finanziert wurden.

Für Altverträge, die vor dem 22. September 2010 geschlossen wurden oder durch einen Schiedsspruch festgesetzt wurden, galt die explizite Regelung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität dagegen nicht, da das Vertrauen der Vertragsparteien als schutzwürdig angesehen wurde und die Befürchtung bestand, dass die bereits abgeschlossenen Verträge nicht durchgeführt werden würden.¹²²² Bereits der Gesetzgeber hatte das Argument eines notwendigen Bestandsschutzes erkannt und insbesondere in Abs. 5a S. 5 aufgegriffen.¹²²³ Dieser besagte, dass bei diesen Altverträgen auch bei Anschlussvereinbarungen mit Geltungsdauer bis einschließlich 30. Juni 2014 § 73b in der bis zum 21. September 2010 geltenden Fassung anzuwenden sei.

§ 73b Abs. 5a SGB V wurde jedoch mit Wirkung vom 1. April 2014 wieder abgeschafft.¹²²⁴ Begründet wurde dies damit, dass die Anordnung der Anwendbarkeit des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität den Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung verhindere;¹²²⁵ die Selbstverwaltung solle Vereinbarungen zur Vergütung treffen können, ohne strikten Vorgaben zu unterliegen. Vor dem Hintergrund, dass der Grundsatz der Beitragssatzstabilität keine starren Grenzen vorsieht, ist diese Begründung jedoch fragwürdig.

Auch ohne eine explizite Anordnung könnte jedoch der allgemeine Grundsatz der Beitragssatzstabilität aus § 71 SGB V anwendbar sein.¹²²⁶ Die Tatsache, dass es früher sowie nach Abschaffung des § 73b Abs. 5a SGB V keine ausdrückliche Anordnung der Geltung des Grundsatzes gab bzw. gibt, bedeutet nicht, dass der

¹²²² Huster in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 23.

¹²²³ Vgl. hierzu BT-DS 17/3040, S. 23.

¹²²⁴ Vierzehntes Gesetz zur Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (14. SGB V-Änderungsgesetz – 14. SGB V-ÄndG) vom 27.3.2014, BGBl. I, S. 261.

¹²²⁵ Pawlita, JbSozR 2014, 151, 154. Auch Innovation werde verhindert, so Mehl u.a., G+S 2013, 72, 73.

¹²²⁶ Und war es dann konsequenterweise auch im Falle von Altverträgen. So Steinmeyer in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 32. A.A.: Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 71.

allgemeine Grundsatz keine Anwendung finden kann.¹²²⁷ Dieser wird in § 71 Abs. 1 SGB V legaldefiniert. Nach der Legaldefinition haben die Vertragspartner auf Seiten der Krankenkassen und der Leistungserbringer Vereinbarungen über die Vergütungen nach diesem Buch so zu gestalten, dass Beitragserhöhungen ausgeschlossen werden, es sei denn, die notwendige medizinische Versorgung ist auch nach Ausschöpfung von Wirtschaftlichkeitsreserven nicht zu gewährleisten. Der allgemeine Grundsatz der Beitragssatzstabilität erfasst damit bereits nach dem Wortlaut alle Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern über Vergütungen nach dem SGB V. Systematisch befindet sich § 71 SGB V im Abschnitt „Allgemeine Grundsätze“. Das Bundessozialgericht nimmt deshalb an, dass es sich um eine Vorgabe handelt, die auch ohne explizite Regelung anzuwenden ist.¹²²⁸ Einer Anordnung der Anwendbarkeit des Grundsatzes – so wie in § 73b Abs. 5a SGB V a.F. geschehen – bedurfte es deshalb nach einer Auffassung auch früher nicht.¹²²⁹ Die Streichung von § 73b Abs. 5a SGB V ist nach dieser Ansicht ohne Auswirkungen und führt nicht zur Unanwendbarkeit des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität.

Es gibt durchaus Gründe, die für die Anwendbarkeit des Grundsatzes sprechen. Die Nennung von § 73b SGB V in § 71 Abs. 6 S. 1 SGB V spricht systematisch zunächst für eine Anwendbarkeit. In dieser Vorschrift sind besondere Maßnahmen der Aufsichtsbehörden vorgesehen, um eine erhebliche Rechtsverletzung zu beenden.¹²³⁰ Diese Vorgaben beziehen sich auf die Einhaltung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität. Damit trüge auch das für die Abschaffung der Regelung in Abs. 5a a.F. vorgebrachte Argument, es finde durch die Anwendung dieses Grundsatzes eine Hemmung von Vertragsschlüssen statt, nicht. Die Aussage, die Regelungen zur Beitragssatzstabilität in § 71 Abs. 3 und 3a (nun Abs. 2 und 3) SGB V passten nicht zu den Verträgen nach § 73b SGB V, da eine Bewertung anhand von Veränderungsraten nicht sinnvoll sei, trägt auch keine gegenteilige Annahme.¹²³¹ Zum einen wurde die Anwendbarkeit des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität für einen bestimmten Zeitraum explizit angeordnet, was überflüssig wäre, wenn darin kein Sinn zu sehen ist. Zudem ist die Legaldefinition

¹²²⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37.

¹²²⁸ BSG, Urteil vom 19.7.2006 – B 6 KA 44/05 R – SozR 4-2500 § 88, Nr. 1, S. 4.

¹²²⁹ Mit dieser Argumentation bereits zum Zeitpunkt der Existenz von § 73b Abs. 5a SGB V a.F. Kritisch bezüglich dessen Zweck: *Steinmeyer* in: GesMedR, § 73b SGB V, Rn. 32.

¹²³⁰ Vgl. zu den Rechten der Aufsichtsbehörden aus § 71 Abs. 6 SGB V bereits Abschnitt 2, D. III.

¹²³¹ So aber *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 48.

des § 71 Abs. 1 S. 1 SGB V allgemeiner Natur, ggf. sind die weiteren Vorgaben der Norm in der speziellen Situation der hausarztzentrierten Versorgung nicht anwendbar. Außerdem mag bei einer besonderen Versorgungsform eine Bewertung nach Veränderungsdaten zunächst nicht sinnvoll sein, nach gewisser Zeit kann eine solche aber erfolgen. Auch zeigt § 73b Abs. 8 SGB V, dass eine Anwendung des Grundsatzes der Beitragssatzstabilität im Rahmen dieser Vorschrift gewollt ist, da über § 73 SGB V hinausgehende Leistungen aus Einsparungen und Effizienzsteigerungen aus den Maßnahmen von Verträgen nach Abs. 4 finanziert werden können. Dahinter steht der Gedanke, dass sich das System zur hausarztzentrierten Versorgung selbst finanziell tragen soll. Im Gegensatz zu §§ 87a Abs. 3 S. 2, 140b Abs. 4 S. 2 SGB V wird in § 73b SGB V auch nicht festgesetzt, dass der Grundsatz keine Anwendung findet.

Die Argumente, die für die Anwendbarkeit von § 71 SGB V vorgebracht werden können, sind teilweise von gewichtiger Natur. Jedoch ist die Ablehnung der Anwendbarkeit des allgemeinen Grundsatzes der Beitragssatzstabilität letztlich überzeugender.¹²³² Dabei darf sich die Argumentation aber nicht auf reine Zweckmäßigkeitserwägungen stützen oder auf die Annahme, die Anwendung sei nicht sinnvoll, da es sich um rechtlich nicht tragende Argumente handelt. Es muss vielmehr mit den Besonderheiten des § 73b SGB V gearbeitet werden.

Gerade die Tatsache, dass es eine ausdrückliche Regelung im Gesetz gab, spricht bereits entscheidend dafür, dass der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, dass der Grundsatz keine Anwendung findet. Dies ist der besonderen Situation des § 73b SGB V geschuldet. So wurde für einen bestimmten Zeitraum die Anwendbarkeit des Grundsatzes für sinnvoll erachtet und daher angeordnet, diese Ansicht aber revidiert. Allein die Gegebenheit, dass es keinen ausdrücklichen Ausschluss der Anwendbarkeit gibt, bedeutet nicht, dass automatisch im Umkehrschluss von einer solchen Anwendbarkeit auszugehen ist.¹²³³ Heranziehen lässt sich auch § 73b Abs. 5 S. 4 SGB V, der besagt, durch Einzelverträge könne Abweichendes von den Vorschriften „dieses Kapitels“, also den §§ 69 ff. SGB V, geregelt werden. Aus diesem ergibt sich gerade, dass auch von § 71 SGB V eine Abweichung

¹²³² Vgl. BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 71. Offen, aber tendenziell in Richtung einer Nichtanwendbarkeit: *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 48 („scheint“).

¹²³³ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 38.

möglich ist, da er in der Vorschrift von der Abweichungsbefugnis nicht ausgenommen wird.¹²³⁴ § 73b Abs. 8 SGB V lässt die Finanzierung über Einsparungen und Effizienzsteigerungen zu, schreibt dies aber nicht verbindlich vor, sondern überlässt dies einer Vereinbarung der Parteien, so dass auch hieraus keine Anwendung des Grundsatzes gezogen werden kann.¹²³⁵

Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität aus § 71 Abs. 1 S. 1 SGB V findet somit keine Anwendung. Es verbleibt bei der Anwendbarkeit des allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebots, §§ 2 Abs. 4, 12, 70 Abs. 1 SGB V.¹²³⁶ Da dieses anwendbar ist, können auch keine ernsthaften verfassungsrechtlichen Bedenken in Bezug auf die allgemeine Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG sowie eine Ungleichbehandlung nach Art. 3 Abs. 1 GG in Bezug auf die Unanwendbarkeit von § 71 SGB V erhoben werden, da durch Anwendung des Wirtschaftlichkeitsprinzips eine Untergrenze gewahrt wird und dem Gesetzgeber ein weiter Ermessensspielraum bei der gesetzlichen Ausgestaltung zukommt.¹²³⁷

4. Datenschutz

Die Frage des Datenschutzes spielt auch für die Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson eine Rolle, da sie nur solche Regelungen treffen darf, die datenschutzrechtliche Vorgaben wahren.

a) Allgemeines

Nach § 73b Abs. 5 S. 5 SGB V gilt § 106a Abs. 3 SGB V hinsichtlich der arzt- und versichertenbezogenen Prüfung der Abrechnungen auf Rechtmäßigkeit entsprechend. Danach prüfen die Krankenkassen die Abrechnungen der an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte und Einrichtungen insbesondere hinsichtlich des Bestehens und des Umfangs ihrer Leistungspflicht, der Plausibilität von Art und Umfang der für die Behandlung eines Versicherten abgerechneten Leistungen in Bezug auf die angegebene Diagnose, der Plausibilität der Zahl der vom Versicherten in Anspruch genommenen Ärzte, unter Berücksichtigung ihrer Fachgruppenzugehörigkeit. Sie unterrichten zudem die Kassenärztlichen Vereinigungen unverzüglich über die Durchführung der Prüfungen

¹²³⁴ So BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 37; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 71.

¹²³⁵ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 38.

¹²³⁶ Vgl. Abschnitt 2, E. IV. 1 d).

¹²³⁷ Vgl. hierzu BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 39 f.

und deren Ergebnisse. Den Krankenkassen obliegt damit eine umfassende Prüfpflicht. Hierdurch soll ein Fehlverhalten von teilnehmenden Ärzten und Versicherten vermieden werden.¹²³⁸

Um die Verwirklichung von Prüfpflichten zu ermöglichen, sieht das Gesetz eine grundlegende Übermittlungspflicht von Daten in § 295 SGB V vor. Ärzte, Einrichtungen und medizinische Versorgungszentren, die ohne Beteiligung der Kassenärztlichen Vereinigungen mit den Krankenkassen oder ihren Verbänden Verträge zur Versorgung nach § 73b SGB V abgeschlossen haben, übermitteln nach § 295 Abs. 1b S. 1 SGB V die in Abs. 1 genannten Angaben an die jeweiligen Krankenkassen im Wege elektronischer Datenübertragung oder maschinell verwertbar auf Datenträgern. Dazu gehören die Diagnosen in dem Abschnitt der Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, den die Krankenkasse erhält, die in den Abrechnungsunterlagen für die vertragsärztlichen Leistungen befindlichen Daten über die von ihnen erbrachten Leistungen einschließlich des Tages der Behandlung, bei ärztlicher Behandlung mit Diagnosen, sowie die in den Abrechnungsunterlagen sowie auf den Vordrucken für die vertragsärztliche Versorgung befindliche Arztnummer, in Überweisungsfällen die Arztnummer des überweisenden Arztes sowie die Angaben nach § 291 Abs. 2 Nr. 1 bis 10 maschinenlesbar. Letzteres betrifft die sich auf der elektronischen Gesundheitskarte befindlichen Angaben. Es handelt sich um eine vertragsärztliche Pflicht des Arztes, die er zu erfüllen hat.¹²³⁹ Eine eigene Regelung für § 73b SGB V sowie andere Selektivverträge waren erforderlich, da die Abrechnung regelmäßig nicht über die Kassenärztlichen Vereinigungen erfolgt.¹²⁴⁰ Nach den Vorgaben des § 284 Abs. 1 SGB V sind die Krankenkassen zudem berechtigt, Sozialdaten zu erheben und auch zu speichern.

Es handelt sich um strenge Vorgaben zur Abrechnungsprüfung. Eine Datenübermittlung und -speicherung kommt nur in den gesetzlich vorgesehenen Fällen in Betracht. Ansonsten dürfen die Daten der Versicherten nicht übertragen und gespeichert werden. Dies hat auch die Schiedsperson zu bedenken. Abweichende Regelungen kann sie im Schiedsspruch nicht festsetzen.

¹²³⁸ BT-DS 16/3100, S. 112 f.

¹²³⁹ *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 70.

¹²⁴⁰ *U. Schneider* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 295 SGB V, Rn. 15.

b) Abrechnung durch private Abrechnungsgesellschaften

In Bezug auf den Schutz von Versichertendaten ist problematisch, ob die Abrechnung der Leistungen auf private Abrechnungsgesellschaften übertragen werden kann.¹²⁴¹ Auch die Schiedsperson könnte eine entsprechende Regelung in dem Vertrag festsetzen. Eine Normierung zur Einschaltung Privater fand sich im Gesetz lange Zeit nicht. Die in § 295 SGB V normierten Konstellationen passen auf die vorliegende Situation nicht. Die Übermittlung von Versichertendaten, um die Abrechnung durch Dritte zu ermöglichen, ist kritisch zu sehen. Insbesondere steht hier das Recht der Versicherten auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG im Vordergrund, wonach jeder das Recht hat, selbst zu entscheiden, inwiefern persönliche Lebenssachverhalte preisgegeben werden.¹²⁴² Einfachrechtlich normiert insbesondere § 3 Abs. 9 BDSG, dass es sich bei Gesundheitsdaten um besondere personenbezogene Daten handelt; diese sind besonders schutzwürdig,¹²⁴³ weshalb das BDSG an verschiedenen Stellen erhöhte Anforderungen an die Datenerhebung, -übermittlung und -speicherung stellt. Zwar findet das BDSG im Sozialrecht grundsätzlich keine Anwendung, da die Regelungen des SGB X zum Sozialdatenschutz als spezieller anzusehen sind.¹²⁴⁴ Jedoch zeigt sich in der genannten Regelung ein Grundgedanke, der gegen die Zulässigkeit der Datenübermittlung spricht. Zudem findet sich in § 67 Abs. 12 SGB X eine vom Wortlaut identische Regelung zu besonderen personenbezogenen Daten. Auch im Rahmen des Sozialdatenschutzes sind sie besonders zu schützen. Im gesetzlichen Sozialversicherungsrecht greift zudem das Sozialgeheimnis aus § 35 Abs. 1 S. 1 SGB I, wonach jeder einen Anspruch darauf hat, dass die ihn betreffenden Sozialdaten von den Leistungsträgern nicht unbefugt erhoben, verarbeitet oder genutzt werden. So können Sozialdaten nach § 67d Abs. 1 SGB X nur übermittelt werden, wenn dies im SGB X ausdrücklich zugelassen wird. Hier käme allenfalls § 69 SGB X in Betracht,

¹²⁴¹ Ausführlich zum Datenschutz unter Einschaltung von Gemeinschaften, aber auf Basis der alten Rechtslage: *Weichert*, ZMGR 2009, 263 ff. Dieser sieht bereits die Datenverarbeitung und Abrechnung durch Gemeinschaften in Hinblick auf den Sozialdatenschutz sowie das Patientengeheimnis kritisch. Nach der alten Rechtslage geht der Autor von einer Verfassungswidrigkeit der Ausgestaltung von § 73b SGB V in Bezug auf die genannten Aspekte aus.

¹²⁴² *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 27, Rn. 7, m.w.N. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

¹²⁴³ *Jandt/Roßnagel/Wilke*, NZS 2011, 641, 641.

¹²⁴⁴ BSG, Urteil vom 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R – SGB 2009, 717, 722.

wenn die Übermittlung erforderlich ist, um eine gesetzliche Aufgabe der übermittelnden Stelle nach diesem Gesetzbuch zu erfüllen. Gemeint ist dabei eine Aufgabe aus allen Sozialgesetzbüchern.¹²⁴⁵ Hierauf ließe sich aber allenfalls eine Übermittlung an die Gemeinschaften stützen, nicht jedoch eine Übermittlung an eine private Abrechnungsstelle. Zudem wird es regelmäßig an einer ausdrücklich auf die besonderen personenbezogenen Daten bezogenen Einwilligung in die Übermittlung fehlen. Die datenschutzrechtlichen Vorschriften sind aber auch – so ausdrücklich die Rechtsprechung – nicht anwendbar, da sie allein für das Verwaltungsverfahren konzipiert sind, es hier aber um eine Datenübermittlung im Rahmen des Leistungserbringungsrechts geht.¹²⁴⁶ Es bedarf einer bereichsspezifischen Befugnisnorm.¹²⁴⁷

Auch das Bundessozialgericht vertritt in Bezug auf die Versichertendaten eine strenge Auffassung. So stellte es in einer Entscheidung grundlegend fest, dass eine Einschaltung Privater bei der Abrechnung nur dann in Betracht komme, wenn sie ausdrücklich im Gesetz vorgesehen sei.¹²⁴⁸ Eine explizite Äußerung, ob dies auch für § 73b SGB V gilt, findet sich in dem zitierten Urteil nicht. Das Bundessozialgericht hat diese Frage ausdrücklich offen gelassen. Jedoch stellte es klar, dass dieser Grundsatz wohl auch in diesem Fall gelte. § 295 Abs. 1b SGB V half in dem entschiedenen Fall nicht weiter. Er regelte nur eine Pflicht zur Übermittlung von Daten an die Krankenkassen. Die Abrechnung konnte nach dieser Norm nur unmittelbar zwischen Krankenkassen und Arzt erfolgen, nicht über die Gemeinschaften.¹²⁴⁹ Zur Einbeziehung der Gemeinschaften sowie Dritter fanden sich auch hier keine Äußerungen. In der Literatur wurde daher die Forderung erhoben, der Gesetzgeber habe die unklare Rechtslage einer Klärung zuzuführen.¹²⁵⁰

Durch die Einführung von § 295 Abs. 1b S. 5-8 SGB V a.F. kam der Gesetzgeber dieser Forderung nach. Nunmehr findet sich eine eigenständige Regelung in § 295a SGB V, in der § 295 Abs. 1b S. 5-8 SGB V a.F. aufgegangen sind. Nach

¹²⁴⁵ *Bieresborn* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 69, Rn. 13.

¹²⁴⁶ So auch das BSG zu einem Sachverhalt aus der Regelversorgung, BSG, Urteil vom 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R – SGB 2009, 717, 720.

¹²⁴⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 42.

¹²⁴⁸ Grundlegend BSG, Urteil vom 10.12.2008 – B 6 KA 37/07 R – SGB 2009, 717, 722. So nun auch zu § 73b SGB V: BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 42.

¹²⁴⁹ *Michels* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 295a, Rn. 2.

¹²⁵⁰ *Orlowski* in: GKV-Komm SGB V, § 73b, Rn. 72a.

§ 295a Abs. 1 S. 1 SGB V sind die teilnehmenden Leistungserbringer ausdrücklich befugt, die nach den Vorschriften dieses Kapitels erforderlichen Angaben an den Vertragspartner auf Leistungserbringerseite als verantwortliche Stelle zu übermitteln, indem diese Angaben entweder an ihn oder an eine nach Abs. 2 beauftragte andere Stelle weitergegeben werden. Nach § 295a Abs. 2 S. 1 SGB V darf eine andere Stelle mit der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung der für die Abrechnung der in Abs. 1 genannten Leistungen erforderlichen personenbezogenen Daten durch den Vertragspartner auf Leistungserbringungsseite beauftragt werden. Der Versicherte muss nach § 295a Abs. 1 S. 2 SGB V vor Abgabe der Teilnahmeerklärung an der Versorgungsform umfassend über die vorgesehene Datenübermittlung informiert worden sein und mit der Einwilligung in die Teilnahme zugleich in die damit verbundene Datenübermittlung schriftlich eingewilligt haben. Weitere Unterbeauftragungen sind aber unzulässig, § 295a Abs. 2 S. 2 SGB V. Auftraggeber und -nehmer unterliegen der Aufsicht der zuständigen Aufsichtsbehörde. Somit liegt inzwischen eine Ermächtigungsgrundlage für die Einschaltung privater Abrechnungsgesellschaften vor.¹²⁵¹ Eine Einschaltung Privater ist somit nunmehr zulässig.

Jedoch sind der Einschaltung weiterhin Grenzen gesetzt. Das Bundessozialgericht musste sich in seinem grundlegenden Urteil zur Schiedsperson nach § 73b SGB V vom 25. März 2015 mit der Frage der Zulässigkeit der Einschaltung eines privaten Rechenzentrums im Abrechnungsprozess auseinandersetzen. In dieser Entscheidung zeigte das Bundessozialgericht auch – in überzeugender Weise – die Grenzen der Einschaltung auf. Nicht mehr anwendbar sei die unter § 295 Abs. 1b S. 5-8 SGB V a.F. gegebene Unterscheidung zwischen zulässiger Auftragsdatenverarbeitung und unzulässiger Funktionsübertragung.¹²⁵² Unter ersterer versteht man eine Datenverarbeitung in völliger Abhängigkeit von genauen Vorgaben eines Auftraggebers,¹²⁵³ eine Funktionsübertragung dagegen meint die Verarbeitung durch einen Dritten bei Übertragung eines eigenen Zuständigkeitsbereichs zur selbstständigen Verarbeitung.¹²⁵⁴ Jedoch seien die Vorgabe, die Übertragung der Verarbeitung müsse erforderlich sein, sowie der Ausschluss der Unterbeauftragung zwingend und dürften nicht missachtet werden, ebenso wie die Vorgabe, dass die Verarbeitung nur zu Abrechnungszwecken erfolgen

¹²⁵¹ *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 14.

¹²⁵² BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 44.

¹²⁵³ *Bieresborn* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 80, Rn. 3.

¹²⁵⁴ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 43.

dürfe.¹²⁵⁵ Zudem müssten die verwendeten Programme eine ausreichend transparente Kontrolle der Datenverarbeitung ermöglichen.¹²⁵⁶

Altverträge, die von den Vorgaben des § 295a SGB V abweichende Regelungen beinhalten, aber auch eine Anpassungsklausel, sind nach dieser Klausel anzupassen.¹²⁵⁷ Das Bundessozialgericht geht in seiner Entscheidung ebenfalls von einer Anpassungspflicht aus, leitet diese aber nicht her.¹²⁵⁸ Sieht der Vertrag keine Anpassungsklausel vor, so ist eine gegen die gesetzlichen Vorgaben verstoßende Regelung zur Abrechnung rechtswidrig. Gleiches gilt für Klauseln, die die zulässige Ausgestaltung nach neuer Rechtslage missachten.

V. Rechtsfolgen einer rechtswidrigen Festsetzung

Die von der Schiedsperson getroffenen Festsetzungen können in verschiedener Hinsicht Fehler aufweisen und damit rechtswidrig sein. In der Rechtsprechung ist die Rechtswidrigkeit von Schiedssprüchen Gegenstand vieler Verfahren. Neben der Klärung, wann von Rechtswidrigkeit auszugehen ist, sollen insbesondere der Maßstab der Rechtswidrigkeit sowie die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen für die Festsetzung, aber auch die Folgen im Falle bereits durchgeführter Verträge betrachtet werden. Dabei kommt es auf die mögliche Rückabwicklung sowie eine Haftung der Schiedsperson an.

1. Allgemeines

Legt die Schiedsperson einen Vertragsinhalt fest, der nicht von ihren Befugnissen gedeckt ist, erscheint es möglich, dass die Festsetzung nichtig ist, aber auch, dass diese weiterhin wirksam, aber unverbindlich oder angreifbar wird. Aus diesem Grund werden alle Festsetzungen, die eine Überschreitung von Befugnissen darstellen, im Folgenden allgemein als rechtswidrig bezeichnet. Die konkreten Rechtsfolgen sind erst noch zu beleuchten.

¹²⁵⁵ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 44.

¹²⁵⁶ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 44.

¹²⁵⁷ LSG Bremen, Urteil vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 38; *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 14.

¹²⁵⁸ Vgl. BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 44.

2. Arten rechtswidriger Festsetzungen

Es ist zwischen zwei Arten rechtswidriger Festsetzungen zu unterscheiden. Die jeweilige Einordnung kann zu unterschiedlichen Rechtsfolgen führen. Zum einen kommt die Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben in Betracht. Zum anderen liegt Rechtswidrigkeit vor, wenn die Grenzen billigen Ermessens überschritten werden. Beiden Fällen ist gemein, dass die Schiedsperson die ihr durch das Gesetz eingeräumten Befugnisse überschreitet. Sie geht über das hinaus, was nach dem gesetzlichen Rahmen zulässig wäre. Eine Trennung beider Arten von Fehlern erscheint nicht immer einfach möglich. Es ist aber davon auszugehen, dass jedenfalls dann eine Nichteinhaltung gesetzlicher Vorgaben vorliegt, wenn die Schiedsperson Festsetzungen zu Fragestellungen trifft, die ihr von Gesetzes wegen nicht zugewiesen sind. Dies wäre beispielsweise dann der Fall, wenn sie den Ärzten Aufgaben zuweist, die nicht zur hausarztzentrierten Versorgung gehören. Alles, was zur hausarztzentrierten Versorgung zählt, insbesondere zu ihrem Inhalt oder der Vergütung, aber die Interessen einer Partei nicht ausreichend berücksichtigt, ist dagegen als unbillige Festsetzung anzusehen.

Anders liegt es, wenn die Schiedsperson außerhalb der ihr durch die Parteien konkret eingeräumten Rechtsmacht handelt. In diesem Fall liegt gar keine Ermächtigung zu dem fraglichen Handeln vor. Dies kommt nur dann in Betracht, wenn sich die Parteien selbst auf ein Schiedsverfahren einigen und konkrete Vorgaben hierzu machen, z. B. einen maximalen Vergütungsrahmen vorgeben, also einer seltener vorkommenden Situation. Ist dies der Fall, so ist davon auszugehen, dass nicht nur Rechtswidrigkeit, sondern Nichtigkeit vorliegt. Dabei kann man darauf abstellen, dass die Parteien den leistungsbestimmenden Dritten einsetzen, dessen Macht sich aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ergibt; wird nun bei der einseitigen Ausübung der Leistungsbestimmung entgegen der eingeräumten Befugnis gehandelt, so kann man §§ 177, 180 BGB entsprechend heranziehen, wonach solche Rechtsgeschäfte als nichtig anzusehen sind.¹²⁵⁹ Nach billigem Ermessen wird in dieser Situation nicht gehandelt, da konkrete Vorgaben durch die Parteien vorliegen, die Zweifelsregelung kommt nicht zum Tragen.¹²⁶⁰ In der typischen Fallgestaltung, bei der allenfalls eine Festlegung der Schiedsperson durch Krankenkassen und Gemeinschaften vorliegt, kommen diese Erwägungen damit nicht zum Zuge.

¹²⁵⁹ *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S. 308.

¹²⁶⁰ *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S. 309.

3. Zeitpunkt der Beurteilung

Als für die Bewertung maßgeblichen Zeitpunkt wird in der Literatur auf den Zeitpunkt der Gutachtenerstellung abgestellt.¹²⁶¹ Auch finden sich Angaben, maßgeblich sei der Zeitpunkt der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts.¹²⁶² Das Bundessozialgericht formuliert zur Schiedsperson nach § 73b SGB V, maßgeblich sei der „Zeitpunkt der Festsetzung des Vertragsinhaltes“.¹²⁶³ Diese Formulierungen sind untechnisch und damit undeutlich. Sie können sowohl den Zeitpunkt der Fertigstellung der Leistungsbestimmung beim Dritten meinen als auch den Zeitpunkt, in dem das Gutachten den Parteien vorliegt. Es muss vielmehr eine rechtliche Einordnung erfolgen, die der Rechtsnatur der Leistungsbestimmung gerecht wird.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Kontrolle der Leistungsbestimmung und Überprüfung, ob sie billigem Ermessen entspricht, ist richtigerweise der Zugang der Leistungsbestimmung bei den Parteien.¹²⁶⁴ Dies ist damit zu begründen, dass es sich um ein Gestaltungsrecht handelt, bei dem es allgemein auf das Wirksamwerden ankommt.¹²⁶⁵ Die Wirksamkeit ist erst mit Zugang gegeben. Zu diesem Zeitpunkt müssen die Voraussetzungen der Leistungsbestimmung gegeben sein. Auf den Zeitpunkt der Abgabe der Bestimmungserklärung des Dritten kann somit nicht abgestellt werden, auch wenn zuzugeben ist, dass Änderungen, die nach der Festsetzung eintreten, durch den Leistungsbestimmenden faktisch schwer oder gar nicht berücksichtigt werden können.¹²⁶⁶ Strenggenommen müsste eine Berücksichtigung aber erfolgen, wenn auf den Zeitpunkt des Zugangs abgestellt wird. Zu dem Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung kommt der Bestimmung jedoch noch keine Rechtswirkung zu. Sollten sich Tatsachen oder Rechtsnormen, die für die Festsetzung relevant sind, später ändern, so ändert dies nichts an der

¹²⁶¹ *Gehrlein*, VersR 1994, 1009, 1012; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 319, Rn. 6; *Hager* in: Erman, BGB, § 319, Rn. 10; *Schulze* in: Hk-BGB, § 319, Rn. 2.

¹²⁶² *Rieble* in: Staudinger BGB, § 319, Rn. 19; zu § 315 BGB: *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 49.

¹²⁶³ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 35.

¹²⁶⁴ So auch zu § 315 BGB: *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 315, Rn. 378. Anders als zu § 319 BGB, zu dem sich nur eine ungenaue Angabe findet, nennt der Autor hier einen konkreten Anknüpfungspunkt. Dies kann auch bei der Leistungsbestimmung durch einen Dritten herangezogen werden.

¹²⁶⁵ Vgl. hierzu auch BGH, Urteil vom 26.4.1991 – V ZR 61/90 – NJW 1991, 2761, 2762. In diesem Urteil stellt der BGH auch auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Leistungsbestimmung ab, ohne dies jedoch abstrakt darzustellen.

¹²⁶⁶ *A.A.*: *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 10.

Rechtmäßigkeit der Festsetzung durch die Schiedsperson. Der spätere Verlauf der Entwicklung ist nicht maßgeblich.¹²⁶⁷ Die Parteien haben aber die Möglichkeit, über § 59 Abs. 1 S. 1 SGB X eine Vertragsanpassung zu verlangen, wenn ihnen das Festhalten am Vertrag nicht zumutbar ist.¹²⁶⁸ Bei vorgesehenem Kündigungsrecht können die Parteien auch von diesem Gebrauch machen und einen neuen Vertrag schließen oder ggf. ein neues Schiedsverfahren durchführen lassen. Verzögert der Dritte die Leistungsbestimmung, ist nach einer Meinung auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem das Bestimmungsrecht ordnungsgemäß auszuüben war, da den Parteien durch die Verzögerung kein Nachteil entstehen darf.¹²⁶⁹ Aber auch der Zeitpunkt, zu dem die Festsetzung bei ordnungsgemäßem Verlauf hätte zugehen sollen, kann nicht als maßgeblich angesehen werden. Gegen eine solche Annahme spricht zum einen die *ex nunc*-Wirkung der Erklärung; zum anderen ist eine Rückwirkung nicht erforderlich, da im Falle der Verzögerung eine Ersetzung nach § 319 Abs. 1 S. 2, 3. Var. BGB in Betracht kommt.¹²⁷⁰ Es ist somit nicht auf den hypothetischen Zugang, sondern weiterhin auf den tatsächlichen Zugang abzustellen. Damit erreicht man zugleich eine einheitliche Behandlung aller in Betracht kommender Szenarien. Es ist also immer auf den Zeitpunkt des Zugangs der Leistungsbestimmung abzustellen.

4. Maßstab: (offenbare) Unbilligkeit, § 319 Abs. 1 BGB

§ 319 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass die getroffene Bestimmung für die Parteien nicht verbindlich ist, wenn sie offenbar unbillig ist. Die Bestimmung erfolgt in diesem Fall nach S. 2 durch Urteil, was auch gilt, wenn der Dritte die Bestimmung nicht treffen kann oder will oder wenn er sie verzögert. Damit weicht die Leistungsbestimmung durch einen Dritten von der durch eine Partei ab, bei der die Bestimmung für den anderen Teil unverbindlich ist, wenn sie nicht der Billigkeit entspricht, § 315 Abs. 3 S. 1 BGB. § 319 sieht eine Bestimmung damit länger als verbindlich an. Es sind strenge Anforderungen an das Offenbarsein zu stellen, da nur so das Ziel, Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, erreicht werden

¹²⁶⁷ BGH, Urteil vom 26.4.1991 – V ZR 61/90 – NJW 1991, 2761, 2762.

¹²⁶⁸ Vgl. hierzu auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 35.

¹²⁶⁹ Vgl. so zu § 315 BGB: *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315, Rn. 49.

¹²⁷⁰ *Rieble* in: Staudinger BGB, § 315, Rn. 381. Allein in Fällen, bei denen ein konkreter Stichtag relevant sei, könne eine solche Rückwirkung angenommen werden. Bedenken ergeben sich nur, wenn eine gerichtliche Festsetzung durch Gestaltungsurteil generell abgelehnt wird, da das genannte Argument dann nicht mehr greift, vgl. dazu Abschnitt 2, E. VI. 5.

kann.¹²⁷¹ Dem Dritten wird – im Gegensatz zu den Parteien – eine unabhängige und ausgewogene Leistungsbestimmung abverlangt.¹²⁷² Er verdient (zumindest im Falle der Bestimmung durch die Parteien) das beiderseitige Vertrauen.¹²⁷³ Somit kommt auch seiner Vertragsfestsetzung eine größere Richtigkeitsgewähr zu.¹²⁷⁴ Sie genießt die Vermutung der Richtigkeit. Selbst wenn eine Bestimmung rechtswidrig ist, führt dies somit nicht dazu, dass sogleich Unverbindlichkeit eintritt.

a) Definition der offenbaren Unbilligkeit

Offenbare Unbilligkeit liegt vor, wenn sie von jedermann oder zumindest einem Sachkundigen als unbillig erkannt werden kann.¹²⁷⁵ Die Maßstäbe der Einzelfallgerechtigkeit müssen objektiv in grober Weise verletzt werden.¹²⁷⁶ Der Fehler muss sich aufdrängen, also besonders offensichtlich sein.¹²⁷⁷ Bei komplizierten Sachverhalten kann eine offenbare Unbilligkeit auch noch vorliegen, wenn ein Sachkundiger erst nach Prüfung der erforderlichen Unterlagen, dann aber ohne Zögern zu dem Urteil kommt, dass eine offenbare Unbilligkeit vorliegt.¹²⁷⁸ Damit wird auch bereits der Prüfungsumfang des Gerichts mitbestimmt. Das Gericht darf bei der Feststellung der Rechtmäßigkeit nur die Punkte überprüfen, die auch der Dritte zu beachten hatte, andere Aspekte dürfen nicht einbezogen werden.¹²⁷⁹ Es darf zudem nur geprüft werden, ob die Unbilligkeit für einen Sachkundigen offensichtlich war.¹²⁸⁰ Die Beweislast für die offenbare Unbilligkeit

¹²⁷¹ BGH, Urteil vom 9.6.1983 – IX ZR 41/82 – NJW 1983, 2244, 2245; *Hager* in: Erman, BGB, § 319, Rn. 1; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 2.

¹²⁷² *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 2.

¹²⁷³ *Rieble* in: Staudinger BGB, § 317, Rn. 2.

¹²⁷⁴ *Schulze* in: Hk-BGB, § 319, Rn. 1.

¹²⁷⁵ *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 468.

¹²⁷⁶ *Gehrlein*, VersR 1994, 1009, 1011; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 319, Rn. 3.

¹²⁷⁷ BGH, Urteil vom 9.6.1983 – IX ZR 41/82 – NJW 1983, 2244, 2245; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 7.

¹²⁷⁸ *Gehrlein*, VersR 1994, 1009, 1012; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 7.

¹²⁷⁹ BGH, Urteil vom 26.4.1991 – V ZR 61/90 – NJW 1991, 2761, 2762.

¹²⁸⁰ *Schulze* in: Hk-BGB, § 319, Rn. 2.

trifft die Partei, die mit einer Bestimmung nicht einverstanden ist.¹²⁸¹ Maßgeblich ist das gefundene Ergebnis.¹²⁸² Fehler im Ablauf oder im Bewertungsmaßstab sind nur dann erheblich, wenn sie sich im Ergebnis niedergeschlagen haben.¹²⁸³ Dies ist unter anderem der Fall, wenn eine ungeeignete Bewertungsmethode verwendet wurde.¹²⁸⁴ Auch erhebliche Begründungsmängel können als offenbar unbillig anzusehen sein.¹²⁸⁵ Gleiches gilt für schwerwiegende Verfahrensmängel, wenn z. B. kein rechtliches Gehör gewährt worden ist.¹²⁸⁶

§ 315 Abs. 3 S. 1 BGB verlangt dagegen nur eine schlichte Unbilligkeit, um die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit auszulösen. Für die Anforderungen an die Billigkeit gelten die bereits dargestellten Grundsätze.¹²⁸⁷

b) Auf § 73b Abs. 4a SGB V anzuwendender Maßstab

Auch im Falle der hausarztzentrierten Versorgung kommt als Maßstab für die Bewertung die offenbare Unbilligkeit in Betracht. Schließlich handelt es sich bei der Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson um eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten entsprechend §§ 317 ff. BGB. Die Anwendung des von § 319 Abs. 1 BGB vorgesehenen Maßstabes erscheint zunächst naheliegend: So lässt sich anführen, dass der Maßstab der offenbaren Unbilligkeit gerade im Sinne des sozialrechtlichen Gesetzgebers sei. Dieser wollte, dass es zu einem schnellen Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung kommt, um die Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Dem entspräche es, wenn die jeweiligen Festsetzungen durch die Schiedsperson nur in Ausnahmefällen angreifbar und unverbindlich sein sollen, also im Falle offener Unbilligkeit. Rechtsstreitigkeiten sollten auch hier vermieden werden. Auch in der Literatur wird die Anwendbarkeit von § 319 Abs. 1 BGB vertreten, die sich über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V ergebe.¹²⁸⁸

¹²⁸¹ SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 33 ff.; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 67; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 319, Rn. 7; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 13; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 12.

¹²⁸² *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 7.

¹²⁸³ *Schulze* in: Hk-BGB, § 319, Rn. 2.

¹²⁸⁴ BGH, Urteil vom 1.10.1997 – XII ZR 269/95 – WM 1998, 628, 629.

¹²⁸⁵ BGH, Urteil vom 12.1.2001 – V ZR 372/99 – NJW 2001, 1928, 1929.

¹²⁸⁶ *Hager* in: Erman, BGB, § 319, Rn. 4.

¹²⁸⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (c) (bb).

¹²⁸⁸ *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 66, jedoch ohne Begründung.

Trotzdem lassen sich diesbezüglich Zweifel erheben. So könnten Besonderheiten im Falle der Festsetzung durch die Schiedsperson nach § 73b SGB V vorliegen, die für eine Anwendung des engeren Maßstabes der einfachen Unbilligkeit sprechen. Der Wortlaut ist in dieser Hinsicht nicht ergiebig. Maßgeblich ist somit eine Auslegung unter Heranziehung der weiteren Auslegungsmethoden.

Nimmt man einen systematischen Vergleich mit § 132a SGB V vor, so findet man zu der dortigen Schiedsperson zwar auch die Auffassung, Maßstab sei die offenbare Unbilligkeit.¹²⁸⁹ Der 3. Senat des Bundessozialgerichts geht jedoch davon aus, entscheidend sei, ob die Leistungsbestimmung schlicht unbillig sei.¹²⁹⁰ Damit seien eine Rechts- und Inhaltskontrolle vorzunehmen. Dabei komme es vor allem auf die Einhaltung grundlegender Verfahrensnormen an, wie des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs, sowie des der Schiedsperson eingeräumten Gestaltungsspielraums.¹²⁹¹ § 319 Abs. 1 S. 2 BGB sei damit nicht wörtlich anwendbar.¹²⁹² Die sich aus dem öffentlichen Recht ergebenden Anforderungen sprächen für eine entsprechende Anwendung. Begründet wird dies damit, der „Gleichklang mit der Festlegung der Vergütungen im Bereich der sozialen Pflegeversicherung“ erfordere dies.¹²⁹³ Der 3. Senat des Bundessozialgerichts nimmt damit ebenfalls ein systematisches Argument zur Bestimmung des Maßstabes zur Hilfe, ohne jedoch eine wirkliche Begründung zu liefern. Die Heranziehung von § 132a SGB V und der hierzu ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung ist für eine Argumentation somit wenig hilfreich, insbesondere vor dem Hintergrund, dass auch § 132a SGB V keine Vorgaben zum anzuwendenden Maßstab macht.

In der Rechtsprechung der unteren Instanzen zu § 73b SGB V finden sich kaum Aussagen zu der Frage, welcher Maßstab als relevant anzusehen sei. Die Frage wird entweder offengelassen,¹²⁹⁴ sofern sich die Gerichte nicht darauf beschrän-

¹²⁸⁹ *Dalichau* in: FA Medizinrecht, § 132a SGB V, Rn. 55.

¹²⁹⁰ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 134.

¹²⁹¹ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 135; vgl. *Griep*, PflR 2011, 387, 391; *Shirvani*, SGB 2011, 550, 555. Die Ausführungen *Dalichaus* in: FA Medizinrecht, § 132a SGB V, Rn. 55, das BSG gehe von der Anwendbarkeit von § 319 Abs. 1 S. 1 BGB aus, sind nicht korrekt.

¹²⁹² BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 133; vgl. auch *Shirvani*, SGB 2011, 550, 555.

¹²⁹³ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 133.

¹²⁹⁴ LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER, GesR 2012, 35, 37 f.

ken, sich der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu § 132a SGB V anzuschließen und vom Maßstab der Unbilligkeit¹²⁹⁵ und daraus folgend einer Rechts- und Inhaltskontrolle auszugehen.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts hat sich zuletzt höchstrichterlich zu Fragen der Statthaftigkeit einer Klage gegen eine Festsetzung nach § 73b Abs. 4a SGB V geäußert. Dabei nahm er auch ausdrücklich Stellung zum Urteil des 3. Senats vom 25. November 2010. Zu der Frage, ob der Maßstab schlichter oder offener Unbilligkeit Anwendung findet, äußerte er sich jedoch nicht ausdrücklich. Durch den Argumentationsverlauf liegt jedoch die Annahme nahe, dass in diesem Punkt keine abweichende Meinung vertreten und vom Maßstab schlichter Unbilligkeit ausgegangen wird. Insbesondere die Ausführungen, es seien die zu den Schiedsamtentscheidungen entwickelten Maßstäbe anwendbar, lassen diesen Schluss zu.¹²⁹⁶

Neben der oben angeführten, für die Anwendbarkeit des Maßstabes aus § 319 Abs. 1 BGB sprechenden Argumentation lassen sich auch teleologische Argumente finden, die für die Anwendbarkeit einfacher Unbilligkeit sprechen. Entscheidend ist, dass es sich bei der Vertragsfestsetzung nach § 73b Abs. 4a SGB V nicht um eine Schlichtung aufgrund freiwilliger Unterwerfung, sondern um eine gegenüber der Krankenkasse einseitig erzwingbare Zwangsschlichtung handelt. Nach der Antragstellung ist das Verfahren pflichtig durchzuführen, und die Parteien unterliegen der Entscheidung der Schiedsperson. Ein über das Erfordernis der offenbaren Unbilligkeit noch weiter eingeschränkter Prüfungsmaßstab ließe sich nicht mit Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG vereinbaren, da es an einem effektiven Rechtsschutz fehlen würde.¹²⁹⁷ Zudem wird der Entscheidungsspielraum der Schiedsperson bereits durch die sich aus der Unbestimmtheit des Begriffs der Billigkeit ergebende eingeschränkte Überprüfbarkeit der Festsetzung ausreichend berücksichtigt. Die vorzunehmende Rechts- und Inhaltskontrolle ist nicht von umfassender Natur. Auch dies kann die jeweils andere Partei daran hindern, gerichtliche Maßnahmen zu ergreifen, da das Gericht in seiner Überprüfung durch den Wertungsspielraum, den es anzuerkennen hat, eingeschränkt

¹²⁹⁵ SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 33 ff.

¹²⁹⁶ So ausdrücklich BSG; Urteil vom 25.3. 2015 – B 6 KA 8/14 R – GesR 2016, 27, 35.

¹²⁹⁷ *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 9.

wird.¹²⁹⁸ Dass § 132a SGB V a.F. im Vergleich zu § 73b SGB V ein zwingendes, aber vertraglich zu vereinbarendes Schiedsverfahren und nicht ein einseitig zwingendes, aber gesetzlich normiertes Schiedsverfahren vorsah, hatte keine Auswirkungen auf die Einordnung, da das Handeln der Schiedspersonen nach billigem Ermessen immer gleich ist. Somit konnte bereits nach alter Rechtslage auch für § 73b SGB V vom gleichen Prüfungsmaßstab ausgegangen werden.¹²⁹⁹ Durch die nunmehr identische Formulierung der beiden Vorschriften ist erst recht eine Vergleichbarkeit in diesem Punkt gegeben.

Insbesondere der Rechtsprechung ließe sich entgegenhalten, dass die uneingeschränkte Anwendung von § 319 Abs. 1 S. 1 BGB die dogmatisch sauberere Lösung darstelle, da im Ergebnis doch eine stark zurückgenommene gerichtliche Kontrolle durch Einschränkung des gerichtlichen Prüfungsmaßstabes erfolge, somit also das gleiche Ergebnis erzielt werde. Dies ist jedoch nicht korrekt: Das Ergebnis mag zwar in der Praxis das gleiche sein, jedoch werden durch die Anwendung von § 319 Abs. 1 S. 1 BGB höhere Schranken für den Zugang zu den Gerichten errichtet, da bereits die Wahrscheinlichkeit, dass die Norm unverbindlich ist, viel geringer ausfällt. Damit erscheint auch eine erfolgreiche Geltendmachung und damit Unwirksamkeit der Festsetzung weniger erfolgversprechend als im Falle des Erfordernisses schlichter Unbilligkeit.

Die Auslegung der Norm spricht somit dafür, § 319 Abs. 1 S. 1 BGB nicht uneingeschränkt entsprechend anzuwenden, sondern dahingehend, dass eine Unverbindlichkeit im Falle von (einfacher) Unbilligkeit vorliegt. Hier lässt sich auf § 315 Abs. 3 S. 1 BGB zurückgreifen, der von der Unverbindlichkeit im Falle schlichter Unbilligkeit ausgeht. Maßstab ist somit die einfache Unbilligkeit.

5. Rechtsfolge: Nichtigkeit oder bloße Unverbindlichkeit der Festsetzung

Ist die Leistungsbestimmung unbillig, so ist sie nicht verbindlich. Dies ergibt sich aus einer den Anforderungen des öffentlichen Rechts entsprechenden reduzierten Anwendung von § 319 Abs. 1 S. 1 BGB in Verbindung mit § 315 Abs. 3 S. 1 BGB. Welche konkreten Rechtsfolgen sich im Falle einer unbilligen Leistungsbestimmung ergeben, ist genauer zu betrachten, da die Frage im Zivil- und

¹²⁹⁸ Ob das Gericht des Weiteren nur eine eingeschränkte gerichtliche Überprüfung im Sinne der Überprüfbarkeit lediglich grober Fehler vornehmen darf, da der Schiedsperson ein Beurteilungsspielraum zukommt, bedarf an dieser Stelle noch keiner Klärung.

¹²⁹⁹ SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 33 ff.

Arbeitsrecht bis heute umstritten ist. Jedenfalls liegt keine Nichtigkeit vor, wenn der Maßstab der Billigkeit nicht eingehalten wird. Hier lässt sich § 319 Abs. 2 BGB als systematisches Argument heranziehen, der die Rechtsfolge der Unwirksamkeit für den Fall der Überschreitung des freien Beliebens vorsieht.

a) **Unverbindlichkeit und Nichtigkeit im Zivil- und Arbeitsrecht**

Ob die Rechtsfolge der Unverbindlichkeit im Falle unbilliger Festsetzungen bedeutet, dass die Parteien ohne weitere Handlungen nicht an die Leistungsbestimmung gebunden sind und diese nicht umsetzen müssen, oder ob vorläufig eine Bindung eintritt, die erst nach Einleiten rechtlicher Schritte nicht mehr besteht, wird sowohl im Zivil- als auch Arbeitsrecht kontrovers diskutiert. Im Falle des Eintretens einer vorläufigen Bindung könnte deren Entfallen sowohl an die reine Geltendmachung der Unbilligkeit durch die Parteien, aber auch an die gerichtliche Feststellung der Unbilligkeit geknüpft sein. Insbesondere im Rahmen arbeitsrechtlicher Weisungen nach § 106 S. 1 GewO wird die Diskussion ausführlich beleuchtet.¹³⁰⁰ Die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung hat bei dieser Frage eine Wandlung vollzogen. Ging das BAG bis zu einer Entscheidung von 2012 davon aus, dass Arbeitnehmer unbillige Weisungen nicht zu befolgen haben,¹³⁰¹ so vertritt der 5. Senat des Gerichts nun die Auffassung, bis zu einem rechtskräftigen Urteil sei der Arbeitnehmer auch an unbillige Weisungen gebunden¹³⁰². Der BGH folgt im Rahmen von § 315 BGB hingegen der Annahme, eine unbillige Bestimmung sei unverbindlich und müsse nicht befolgt werden.¹³⁰³ In der Literatur finden sich ebenfalls Stimmen, die davon ausgehen, eine unbillige Leistungsbestimmung sei zunächst nicht zu befolgen,¹³⁰⁴ andere gehen von

¹³⁰⁰ Vgl. zu den Folgen rechtswidriger Weisungen ausführlich: *Kühn*, NZA 2015, 10 ff.

¹³⁰¹ So zuletzt BAG, Urteil vom 24.2.2011 – 2 AZR 636/09 – NZA 2011, 1087, 1091.

¹³⁰² BAG, Urteil vom 22.2.2012 – 5 AZR 249/11 – NZA 2012, 858, 860.

¹³⁰³ BGH, Urteil vom 4.4.2006 – X ZR 122/05 – NJW 2006, 2372, 2374.

¹³⁰⁴ *Boemke*, NZA 2013, 6, 11; *Busemann*, ZTR 2015, 63, 69; *Kühn*, NZA 2015, 10, 13; *Lembcke*, ZGS 2010, 161, 262; *Preis*, NZA 2015, 1, 6; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 319, Rn. 20 f.

einer vorläufigen Bindung¹³⁰⁵ aus. Dabei wird vertreten, es bedürfe lediglich einer Geltendmachung¹³⁰⁶ durch die Partei, damit sie nicht mehr an die Bestimmung gebunden sei. Ebenfalls wird vertreten, erst nach gerichtlicher Entscheidung¹³⁰⁷ sei eine Bindung nicht mehr gegeben.

Letztlich bedarf es einer Auslegung der Norm, um die Frage nach einer vorläufigen Bindung zu beantworten. Das Gesetz spricht von Unverbindlichkeit. Damit besteht zwar ein Unterschied zu einer Unwirksamkeit. Jedoch ergibt sich aus dem Wortlaut nicht, dass es einer Klage bedarf, um eine Bindungswirkung zu vermeiden.¹³⁰⁸ Die Möglichkeit der Klage ist erst in einem Folgeschritt vorgesehen. Dies zeigt sich systematisch daran, dass die Regelung als Rechtsfolge¹³⁰⁹ erst in § 319 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen ist. Es ist vielmehr zu differenzieren zwischen Unverbindlichkeit und Unwirksamkeit. Erstere liegt vor, wenn die Bestimmung unbillig ist. Wird sie geltend gemacht, muss die Bestimmung nicht befolgt werden. Eine endgültige Unwirksamkeit tritt dagegen erst mit der gerichtlichen Bestimmung ein. Anders als im Verwaltungsrecht im Falle eines Verwaltungsaktes ist in der Situation eines privatrechtlichen Vertragsschlusses auch nicht die Rechtssicherheit als maßgeblich anzusehen, weshalb sich im Zivilrecht keine bestandsschützenden Normen finden.¹³¹⁰ Die unterschiedlichen Auffassungen der Senate des BAG mögen auch darauf zurückzuführen zu sein, dass es sich im Urteil aus 2011 um eine auf die Religionsfreiheit gestützte Weigerung handelte.¹³¹¹ So kann in grundrechtlich verankerten Fällen auch nach der neuesten Rechtsprechung des BAG eine Ausnahme von einer vorläufigen Bindung gemacht werden.

Somit kann nicht davon ausgegangen werden, dass im Zivil- und Arbeitsrecht eine vorläufige Bindungswirkung eintritt, bis eine gerichtliche Feststellung getroffen wurde. Jedoch ist zu verlangen, dass die Unverbindlichkeit geltend gemacht wird. Nur, wenn sich eine Partei auf die Unbilligkeit beruft, gehen von der

¹³⁰⁵ *Boemke*, NZA 2013, 6, 10; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 16; *Hager* in: Erman, BGB, § 315, Rn. 22; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 23.

¹³⁰⁶ *Boemke*, NZA 2013, 6, 10; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 315, Rn. 16; *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 466; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315 Rn. 46, § 319, Rn. 16.

¹³⁰⁷ *Hager* in: Erman, BGB, § 315, Rn. 22; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 319, Rn. 23.

¹³⁰⁸ *Preis*, NZA 2015, 1, 6.

¹³⁰⁹ *Kühn*, NZA 2015, 10, 13.

¹³¹⁰ *Kühn*, NZA 2015, 10, 13.

¹³¹¹ Auch der 5. Senat des BAG scheint von einem Unterschied auszugehen, wie der differenzierte Klammerzusatz ergibt, vgl. BAG, Urteil vom 22.2.2012 – 5 AZR 249/11 – NZA 2012, 858, 860.

Leistungsbestimmung keine Rechtswirkungen aus, ansonsten bleibt sie Vertragsbestandteil.¹³¹² Mit der Geltendmachung der Unbilligkeit sind die Parteien bzw. der Arbeitnehmer nicht mehr an die Leistungsbestimmung gebunden. Die Unwirksamkeit tritt jedoch erst *ex nunc* mit gerichtlicher Feststellung ein. Eine Frist für die Geltendmachung sieht das Gesetz nicht vor, es ist lediglich die Grenze der Verwirkung zu beachten.¹³¹³ Hieraus ergibt sich ein erhöhter Bestandsschutz der getroffenen Leistungsbestimmung.

Die Regelung, dass nur im Falle von Unbilligkeit Unverbindlichkeit eintritt, ist dispositiv.¹³¹⁴ Die Parteien können – was aber in der Praxis kaum vorkommen wird – eine andere Regelung treffen, die einen strengeren oder weiteren Maßstab vorsieht. Betrifft die Unbilligkeit nur einzelne Festsetzungen, so sind nach der Rechtsprechung auch nur diese unverbindlich, im Übrigen bleiben die Bestimmungen verbindlich, da diese weiterhin als dem Willen der Parteien entsprechend angesehen werden müssen.¹³¹⁵ Die gesamte Leistungsbestimmung ist hieraus folgernd nur dann als unverbindlich anzusehen, wenn sie insgesamt unbillig ist oder erhebliche Teile unbillig sind, ohne die die Leistungsbestimmung ihren Sinn verliert oder nicht mehr durchführbar ist. Nimmt man jedoch an, dass das Ergebnis darüber entscheidet, ob eine Unbilligkeit anzunehmen ist, so kann folgerichtig keine Teilunverbindlichkeit und damit auch nur Teilunwirksamkeit eintreten, da die Gesamtheit der Festsetzungen herangezogen wird. Es ist somit die gesamte Leistungsbestimmung unverbindlich und nach erfolgreicher Geltendmachung unwirksam. Im Falle eines erfolgreichen Geltendmachens der Unverbindlichkeit kann sodann eine Neufestsetzung erfolgen.¹³¹⁶

Wird dagegen eine gesetzwidrige Festsetzung getroffen, so ist diese nichtig.¹³¹⁷ Bei einem Verstoß gegen §§ 134, 138 BGB in entsprechender Anwendung ist von Nichtigkeit der Festsetzung auszugehen.¹³¹⁸ Diese Vorschriften finden über § 58 Abs. 1 SGB X Anwendung, da die Festsetzung einen öffentlich-rechtlichen

¹³¹² *Kornblum*, AcP 168 (1968), 450, 466; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315 Rn. 46, § 319, Rn. 16. *A.A.*: *Lembcke*, ZGS 2010, 161, 262; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 319, Rn. 20 f.

¹³¹³ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 315 Rn. 46, § 319, Rn. 16.

¹³¹⁴ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 319, Rn. 10; *Hager* in: Erman, BGB, § 319, Rn. 2; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 3.

¹³¹⁵ BGH, Urteil vom 3.10.1957 – II ZR 77/56 – NJW 1957, 1834, 1834.

¹³¹⁶ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 16. Wer diese Neufestsetzung vorzunehmen hat, ist noch zu klären.

¹³¹⁷ Hier besteht allgemeine Einigkeit, vgl. nur *Kühn*, NZA 2015, 10, 12.

¹³¹⁸ *Brox/Walker*, Allg. SchuldR, § 6, Rn. 16.

Vertrag bewirkt.¹³¹⁹ In diesem Fall ist die Regelung nicht wirksamer Vertragsbestandteil geworden. Einer Geltendmachung bedarf es nicht. Beharrt eine Partei aber auf der Anwendung der Regelung, so kann eine Klage auf Feststellung, dass die Regelung nichtig ist, erhoben werden.

b) Unverbindlichkeit und Nichtigkeit im Rahmen von § 73b SGB V

Ob die dargestellten Grundsätze auch für die vorliegende Situation der Vertragsfestsetzung nach § 73b Abs. 4a SGB V gelten können, stößt dagegen auf Bedenken. Gerade hier kommt es auf einen erhöhten Bestandsschutz an. Im Sozialrecht als besonderem Verwaltungsrecht zeigt sich dies daran, dass nach § 39 Abs. 2 SGB X ein Verwaltungsakt wirksam bleibt, solange und soweit er nicht zurückgenommen, widerrufen, anderweitig aufgehoben oder durch Zeitablauf oder auf andere Weise erledigt ist. Diese grundlegende Wertung greift vorliegend, auch wenn es sich nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Das Interesse an der Aufrechterhaltung des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung zur Sicherstellung der Versorgung der Versicherten ist in den Augen des Gesetzgebers als maßgeblich anzusehen. Es muss daher effektiv umgesetzt werden.¹³²⁰ Den Wertungen des Leistungserbringungsrechts nach § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V und den zu öffentlich-rechtlichen Verträgen aufgestellten Grundsätzen, die auch nur in besonderen Fällen nichtig sind, entspricht die Annahme einer vorläufigen Bindung.¹³²¹ Auch wenn es im Zivil- und Arbeitsrecht keiner gerichtlichen Geltendmachung und Aufhebung bedarf, wird man vorliegend aufgrund der öffentlich-rechtlichen Ausgestaltung davon ausgehen müssen, dass hier trotzdem eine Bindung gegeben ist, auch wenn Unbilligkeit vorliegt. Die Festsetzung durch die

¹³¹⁹ Vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – un- veröffentlicht, juris Rn. 97. Sieht man auch hier die Tätigkeit der Schiedsperson als maßgeblich an, greift § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, was zu keiner anderen Bewertung führt.

¹³²⁰ Dieser Bestandsschutz wird durch die fehlende aufschiebende Wirkung einer Klage verstärkt. Ergab sich dies früher aus der expliziten Anordnung in § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V a.F., ergibt sich dies nunmehr nur noch aus dem allgemeinen Grundsatz, dass es sich bei der Klage mangels Verwaltungsakts nicht um eine Anfechtungsklage nach § 54 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. SGG handelt. Nur Widerspruch und Anfechtungsklage haben aber nach § 86a Abs. 1 S. 1 SGG aufschiebende Wirkung.

¹³²¹ So die Argumentation des BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 31.

Schiedsperson ist durch die Parteien umzusetzen, bis die Rechtswidrigkeit rechtskräftig festgestellt ist.¹³²²

Auch von einer Dispositivität kann man nicht ausgehen. Vielmehr ist die Unverbindlichkeit im Falle bloßer Unbilligkeit als Rechtsfolge anzunehmen, wobei auch die vorläufige Bindungswirkung nicht abbedungen werden kann. Zudem ist anzunehmen, dass auch nur Teile der Festsetzung unbillig sein und die dargestellten Rechtsfolgen auslösen können. So wird die vorrangig als maßgeblich anzusehende Schlichtung trotz partiell durch die Gerichte festgestellter Unbilligkeit und damit Unwirksamkeit weiterhin die Vertragsfestsetzung angewandt.

Im Falle eines Verstoßes gegen das Gesetz verbleibt es dagegen bei den allgemeinen Grundsätzen. Dies kommt mangels umfassender Vorgaben für die Schiedsperson nur in wenigen Situationen in Betracht. Es ist jedoch davon auszugehen, dass es dem Gesetzgeber gerade auf die Befolgung dieser wenigen Vorgaben ankam. Gegen das Gesetz verstoßende Festsetzungen durch die Schiedsperson sind damit nichtig und bedürfen nicht der gerichtlichen Geltendmachung. Die Parteien müssen sie nicht befolgen.

6. Anfechtung

Da die Leistungsbestimmung eine Willenserklärung ist, können nach den allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften grundsätzlich die Regelungen zur Anfechtung, §§ 119 ff., 142 f. BGB angewendet werden. Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft angefochten, ist es als von Anfang an nichtig anzusehen, § 142 Abs. 1 BGB. Eine Anfechtung kommt sowohl in Fällen von Irrtümern, aber auch bei Täuschung oder Drohung in Betracht. Die Anfechtung erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner, der bei einem Vertrag der andere Teil ist, § 143 Abs. 1, 2 BGB. Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft, das einem anderen gegenüber vorzunehmen war, ist gemäß § 143 Abs. 3 S. 1 BGB der andere der Anfechtungsgegner.

¹³²² BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 31; *Bäume* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 23.

a) Die Anfechtung der zivilrechtlichen Leistungsbestimmung

§ 318 Abs. 2 BGB sieht für den Fall der Leistungsbestimmung Sonderregelungen für die Anfechtung vor.¹³²³ Nach dessen S. 1 steht die Anfechtung der getroffenen Bestimmung wegen Irrtums, Drohung oder arglistiger Täuschung nur den Vertragsschließenden zu; Anfechtungsgegner ist der andere Teil. Gemäß § 318 Abs. 2 S. 2 BGB muss die Anfechtung unverzüglich erfolgen, nachdem der Anfechtungsberechtigte von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt hat. Sie ist ausgeschlossen, wenn 30 Jahre verstrichen sind, nachdem die Bestimmung getroffen wurde, § 318 Abs. 2 S. 3 BGB. Anders als dies über § 143 BGB möglich wäre, kann der Dritte die von ihm vorgenommene Leistungsbestimmung somit nicht anfechten. Grundsätzlich stünde jedem Beteiligten ein Anfechtungsrecht zu, also den Parteien, aber auch der Schiedsperson. Auch kann ihr gegenüber die Anfechtung nicht erklärt werden. Nur die Parteien sind von den Rechtsfolgen der Bestimmung betroffen, weshalb auch nur diese anfechtungsberechtigt sein sollen.¹³²⁴ Hierin kann entweder eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass nur eigene Willenserklärungen anfechtbar sind, gesehen werden, da die Anfechtung einer fremden Willenserklärung ermöglicht wird.¹³²⁵ Oder man sieht hierin nur eine Bestätigung der Annahme, die Willenserklärung des Dritten sei wie die Erklärungen der Parteien zu behandeln, da diese ersetzt werden. Damit soll auch nur eine Anfechtung in dieser Rechtsbeziehung möglich sein. Ob von § 318 Abs. 2 BGB eine konstitutive oder nur deklaratorische Wirkung ausgeht, ist im Ergebnis irrelevant. Für die Anfechtungsgründe sowie die Rechtsfolge der Anfechtung ist – mangels speziellerer Vorschriften – auf die allgemeinen Normen zurückzugreifen. Hat eine der Parteien eine Täuschung oder Drohung vorgenommen, so ist es ihr nach § 242 BGB verwehrt, eine Anfechtung zu erklären.¹³²⁶ Die Anfechtung ist in allen Fällen, auch des § 123 BGB, unverzüglich zu erklären. Ist die Leistungsbestimmung auch nach § 319 Abs. 1 BGB unverbindlich, besteht ein Wahlrecht, ob angefochten oder die Unverbindlichkeit vor Gericht eingeklagt wird.¹³²⁷

¹³²³ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 318, Rn. 5.

¹³²⁴ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 318, Rn. 2; *Stadler* in: Jauernig, BGB, § 318, Rn. 1; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 318, Rn. 5.

¹³²⁵ *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn. 221.

¹³²⁶ *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 318, Rn. 2.

¹³²⁷ *Stürner* in: Prütting, BGB, § 318, Rn. 2.

Wurde die Leistungsbestimmung wirksam angefochten, entfällt ihre Wirkung von Anfang an, sie ist *ex tunc* nichtig. Sie kann dann durch den Dritten erneut erfolgen.¹³²⁸ Verzögert dieser die Festsetzung, kommt eine gerichtliche Ersetzung in Betracht.

b) Die Anfechtung der Vertragsfestsetzung nach § 73b Abs. 4a SGB V

Im öffentlichen Recht wird die Möglichkeit einer Anfechtung kontrovers beurteilt.¹³²⁹ Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur geht davon aus, dass öffentlich-rechtliche Willenserklärungen anfechtbar sind.¹³³⁰ Es herrscht zudem weitgehende Einigkeit darüber, dass die Regeln zur Anfechtung auf Erklärungen im Zusammenhang mit öffentlich-rechtlichen Verträgen grundsätzlich anwendbar sind.¹³³¹ Von einer grundsätzlichen, entsprechenden Anwendbarkeit ist auch im Hinblick auf sozialrechtliche öffentlich-rechtliche Verträge über § 61 S. 2 SGB X auszugehen, sofern keine Besonderheiten vorliegen.¹³³² Maßgeblich sind die Vorgaben des Verweises in § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V zu berücksichtigen. Danach sind die Vorgaben des BGB entsprechend anwendbar, sofern sie mit den Vorgaben von § 70 SGB V und den Aufgaben und Pflichten der Beteiligten vereinbar sind. Die Verweisnorm ist eng auszulegen.¹³³³

Fraglich ist aus diesem Grund, ob im Falle der Schiedsperson nach § 73b SGB V eine Anfechtung überhaupt zulässig ist. Es könnten Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts vorliegen, die gegen eine Anwendbarkeit sprechen. Dies wäre der Fall, wenn eine Auslegung von § 73b SGB V ergibt, dass die Anfechtung im Falle einer Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson nicht der gesetzlichen Ausgestaltung gerecht wird.

Entstehungsgeschichtlich sowie teleologisch sprechen gewichtige Argumente gegen die Zulässigkeit der Anfechtung. So soll die flächendeckende Versorgung der Versicherten mit der hausarztzentrierten Versorgung nach dem Willen des

¹³²⁸ *Hager* in: Erman, BGB, § 318, Rn. 5; *Lembcke*, ZGS 2010, 261, 263; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 318, Rn. 12.

¹³²⁹ Vgl. zum Meinungsstand: *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 144 ff.

¹³³⁰ *Kluth*, NVwZ 1990, 608, 613 m.w.N.

¹³³¹ So *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 176 m.w.N.

¹³³² *Jansen* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 61 SGB X, Rn. 4.

¹³³³ *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 69, Rn. 16d.

Gesetzgebers sowie der gesetzlichen Konzeption schnell und umfassend ermöglicht werden.¹³³⁴ Auch wenn es sich um eine über die Regelversorgung hinausgehende Versorgungsform handelt, lässt sich § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V heranziehen, wonach die bedarfsgerechte und gleichmäßige Versorgung der Versicherten sichergestellt werden soll. Dieser ist über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V als maßgeblich anzusehen, wenn es um die Anwendbarkeit zivilrechtlicher Vorschriften geht. Eine Anfechtbarkeit würde aufgrund der *ex tunc*-Wirkung dieser Zielsetzung zuwiderlaufen. Sie hat auszuscheiden, wenn die Vernichtung des Rechtsgeschäfts im Widerspruch zu dessen Inhalt stehen würde, was insbesondere bei Risikogeschäften der Fall ist.¹³³⁵ Um ein solches Geschäft geht es zwar nicht, die besonderen öffentlichen Interessen führen aber dazu, dass die Anfechtung des Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung im Widerspruch zur bezweckten flächendeckenden Versorgung stünde. Es entstünde nachträglich von Anfang an ein vertragsloser Zustand. Dieser würde zudem die Schwierigkeit der Rückabwicklung bergen. Dem ließe sich unter Umständen begegnen, wenn man zwar die Anfechtung zulässt, aber die *ex tunc*-Wirkung für unanwendbar erklärt. Dann käme es lediglich zu einer *ex nunc*-Wirkung, die Willenserklärung würde für die Zukunft nichtig. Dies wird auch im Rahmen der zivilrechtlichen direkten Anwendung von § 318 Abs. 2 BGB angenommen, wenn es sich um ein Dauerschuldverhältnis handelt, das bereits durchgeführt wird.¹³³⁶ Jedoch würde damit das Problem des vertragslosen Zustandes und einer komplizierten Rückabwicklung nicht beseitigt, da auch weiterhin zumindest ab dem Zeitpunkt der Erklärung der Anfechtung kein Vertrag mehr gegeben ist. Anderes gilt für den Fall, dass die Unbilligkeit geltend gemacht wird, da hier erst mit der gerichtlichen Feststellung der Unbilligkeit Unwirksamkeit der Festsetzungen eintritt. Damit verbunden ist grundsätzlich die Ersetzung der Festsetzungen durch das Gericht, so dass kein vertragsloser Zustand entstehen kann.¹³³⁷ Im Falle einer *ex nunc*-Wirkung kann zwar eine neue Festsetzung durch den Dritten oder auch durch das Gericht im Falle einer Verzögerung getroffen werden, es entsteht jedoch zumindest für einen gewissen Zeitraum ein vertragsloser Zustand. Zudem ist fraglich, ob gegenüber der Schiedsperson überhaupt ein Anspruch auf Neubestimmung gegeben ist. So wird allgemein lediglich angeführt, der Dritte könne die Leistungsbestimmung erneut

¹³³⁴ BT-DS 16/10609, S. 53.

¹³³⁵ Mankowski, Beseitigungsrechte, S. 494.

¹³³⁶ Wolf in: Soergel, BGB, § 318, Rn. 11.

¹³³⁷ Vgl. hierzu genauer Abschnitt 2, E. VI. 5. b).

treffen – was impliziert, dass keine Pflicht hierzu besteht. Es wird vielmehr angenommen, dass sich die Tätigkeit der Schiedsperson in der (erst- und einmaligen) Vertragsfestsetzung erschöpft.¹³³⁸ Somit wäre auch eine Eingrenzung der Wirkungen der Anfechtung ohne ausreichenden Erfolg, um die gesetzgeberische Zielsetzung sicherzustellen.

Für die Zulässigkeit der Anfechtung ließe sich allenfalls anführen, dass es sich im Falle der Anfechtungsgründe um besondere Gründe handelt, bei denen den Parteien, insbesondere, da es sich um eine Zwangsschlichtung handelt, die Möglichkeit zukommen muss, die Festsetzung zu beseitigen. Das Interesse des Gesetzgebers an einer flächendeckenden Versorgung müsste in diesem Fall, auch bei Berücksichtigung von Grundrechten, zurückstehen. Jedoch lässt sich hiergegen einwenden, dass in den meisten Fällen, in denen ein Irrtum, eine Täuschung oder Drohung vorliegen, auch eine unbillige Festsetzung vorliegen wird. Da bereits die schlichte Unbilligkeit genügt, um eine Unverbindlichkeit und damit die Möglichkeit gerichtlichen Vorgehens anzunehmen, sind die ggf. noch verbleibenden Bereiche, für die eine Unbilligkeit abzulehnen ist, hinzunehmen. Maßgeblich ist zudem, dass die Anfechtung nicht nur Auswirkungen auf das Innenverhältnis zwischen den Parteien hat, sondern auch gegenüber den Versicherten und Ärzten als betroffenen Dritten wirkt. Es wird angenommen, dass im Falle von Auswirkungen auf Dritte oder die Allgemeinheit eine Einschränkung der Anfechtbarkeit im öffentlichen Recht anzunehmen ist, da der Interessenausgleich von besonderer Relevanz ist.¹³³⁹ Das Interesse an einer ausreichenden Versorgung der Versicherten überwiegt bei § 73b SGB V.

Die Auslegung von § 73b SGB V im Zusammenspiel mit § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V ergibt, dass die gerichtliche Geltendmachung von Mängeln bei der Festsetzung und die nachfolgende Ersetzung dieser ausreichende und einzig gewollte Lösung im Falle rechtswidriger Festsetzungen sind.

7. Folgen für die bereits erfolgte Durchführung von Verträgen

Im Falle der Nichtigkeit einer Festsetzung und bereits – zumindest teilweise – erfolgter Durchführung sind die bereits erfolgten Leistungen rückabzuwickeln. Im Falle der erfolgreichen gerichtlichen Geltendmachung der Unbilligkeit tritt

¹³³⁸ Vgl. hierzu Abschnitt 2, E. I. 3. a).

¹³³⁹ Kluth, NVwZ 1990, 608, 614.

die Unwirksamkeit dagegen nur *ex nunc* mit dem Urteil ein. Es hat eine Neuregelung für die Zukunft zu erfolgen. Die bereits erbrachten Leistungen basieren auf einem Rechtsgrund und sind somit nicht rückabzuwickeln.

Werden Leistungen aufgrund eines nichtigten Vertrages erbracht, scheidet eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht jedenfalls aus: Entweder besteht Kenntnis nach § 814 BGB oder es handelt sich um eine sog. aufgedrängte Bereicherung, bei der eine Leistung ohne Zustimmung des Leistungsempfängers erfolgt, an der subjektiv kein Interesse besteht.¹³⁴⁰ Diese auf Rechtsfortbildung beruhende Rechtsfigur findet auch im öffentlichen Recht Anwendung.¹³⁴¹ Es lässt sich anführen, dass die Krankenkasse ihre Verpflichtung aus § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V erfüllt wissen möchte. Dies soll aber auf Basis eines wirksamen Vertrages geschehen. Ein Wille, einen nichtigen Vertrag umgesetzt zu wissen, lässt sich der Krankenkasse nicht unterstellen.¹³⁴²

a) Rückabwicklung nichtiger Verträge im öffentlichen Recht

Besondere Regelungen zur Rückabwicklung von Verträgen zur Leistungserbringung existieren nicht. Als Anspruchsgrundlage kommen die §§ 812 ff. BGB in entsprechender Anwendung in Betracht. Eine Anwendung der §§ 812 ff. BGB über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V ist im Leistungserbringungsrecht zwar grundsätzlich möglich,¹³⁴³ wird jedoch in den meisten Fällen ausscheiden, da der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch zum Tragen kommt.¹³⁴⁴ Dieser ist aber nur anwendbar, wenn es keine ausdrücklichen gesetzlichen Regelungen gibt. Für das gesamte Sozialrecht findet sich nun in § 50 SGB X eine Normierung, wobei ein Rückerstattungsanspruch auch gegeben ist, wenn es sich um Leistungen ohne Verwaltungsakt handelt, § 50 Abs. 2 S. 1 SGB X. Diese Anspruchsgrundlage kommt jedoch nur im Verhältnis der Verwaltung zum Bürger zur Anwendung,

¹³⁴⁰ LSG Hamburg, Urteil vom 24.1.2007 – L 1 KR 19/06 – NZS 2007, 660, 662.

¹³⁴¹ LSG Hamburg, Urteil vom 24.1.2007 – L 1 KR 19/06 – NZS 2007, 660, 662.

¹³⁴² Anders ist dies zu beurteilen, wenn die Krankenkasse die Leistungserbringung zumindest geduldet hat, vgl. zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8.11.2013 – L 1 KR 47/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 27. Auch eine Geschäftsführung ohne Auftrag nach § 683 BGB in entsprechender Anwendung scheidet aus, da die Krankenkasse nur den Willen haben wird, dass Leistungen aufgrund eines wirksamen Vertrages erbracht werden, vgl. zu § 132a SGB V: LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 8.11.2013 – L 1 KR 47/11 – unveröffentlicht, juris Rn. 26.

¹³⁴³ SG Koblenz, Urteil vom 8.11.2012 – S 5 KR 543/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 24.

¹³⁴⁴ *Becker/Kingreen* in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 69, Rn. 42; *Engelmann* in: von Wulfen/Schütze, SGB X, § 62, Rn. 9; *Wehrhahn* in: *Kasseler Kommentar*, § 61 SGB X, Rn. 6.

nicht aber im Verhältnis von Leistungsträgern untereinander, wobei auch eine analoge Anwendung ausscheidet.¹³⁴⁵ Die §§ 102 ff. SGB X sehen zwar Erstattungsansprüche der Leistungsträger untereinander vor, jedoch nur im Falle der Sozialleistungserbringung. Um diese geht es hier jedoch nicht, sondern um die Rückabwicklung eines der Leistungserbringung vorgeschalteten Vertrages, der die Leistungserbringung erst ermöglicht. Somit besteht keine spezielle sozialrechtliche Normierung eines Erstattungsanspruchs. Auch auf andere öffentlich-rechtlich geregelte Anspruchsgrundlagen kann für die vorliegende Situation nicht zurückgegriffen werden. Es kommt somit weiterhin nur der allgemeine öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch als Anspruchsgrundlage in Betracht. Es handelt sich hierbei um ein eigenes Rechtsinstitut, das aus dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung folgt.¹³⁴⁶ Es ähnelt dem zivilrechtlichen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus §§ 812 ff. BGB aber, da es diesen Vorschriften nachgebildet wurde.¹³⁴⁷ Ein Rückgriff auf die zivilrechtlichen Vorschriften scheidet jedoch aus, wenn Besonderheiten des öffentlichen Rechts entgegenstehen, insbesondere ist ein Berufen auf den Wegfall der Bereicherung nach § 818 Abs. 3 BGB nicht möglich.¹³⁴⁸ Der öffentlich-rechtliche Erstattungsanspruch setzt voraus, dass eine Vermögensverschiebung in einem öffentlich-rechtlichen Leistungsverhältnis vorliegt, die ohne Rechtsgrund und ohne Vertrauensschutz des Empfängers erfolgt ist.¹³⁴⁹

Die zu betrachtende Rechtsbeziehung liegt hier zwischen Krankenkassen und Gemeinschaften vor. Die Schiedsperson ist nicht mehr zu berücksichtigen, da die Festsetzung nur Rechtswirkungen zwischen den Parteien auslöst. Die Funktion der Schiedsperson ist mit der Leistungsbestimmung erschöpft und beendet. Damit liegt ein Zwei-Personen-Verhältnis vor und damit die Grundkonstellation bereicherungsrechtlicher Erstattungsansprüche.¹³⁵⁰

Krankenkassen und Gemeinschaften nehmen aufgrund der Vertragsfestsetzung durch die Schiedsperson nach § 73b SGB V die Durchführung des Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung vor. Die in den Gemeinschaften organisierten

¹³⁴⁵ *K. Lang/Waschull* in: LPK-SGB X, § 50, Rn. 5.

¹³⁴⁶ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49a, Rn. 27; *K. Lang/Waschull* in: LPK-SGB X, § 50, Rn. 6.

¹³⁴⁷ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49a, Rn. 28.

¹³⁴⁸ *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 62, Rn. 9.

¹³⁴⁹ *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, § 49a, Rn. 28.

¹³⁵⁰ Es besteht auch kein Dreiecksverhältnis durch Einbeziehung der Gemeinschaften, da die Ärzte durch Vertragsbeitritt selbst Vertragspartner werden und die Leistungserbringung nicht über die Gemeinschaften erfolgt.

Hausärzte erbringen die Leistungen an die Versicherten, woraufhin die Krankenkassen eine Vergütung zahlen. Damit findet eine Vermögensverschiebung statt, die durch Leistung erfolgt, da die Krankenkassen die Zahlung vornehmen, um ihre Pflicht aus dem Vertrag zu erfüllen. Bei der hausarztzentrierten Versorgung liegt ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Gemeinschaften und Krankenkassen vor, welches durch die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des SGB V geregelt wird. Der zugrundeliegende Vertrag ist nichtig, weshalb die Leistung ohne Rechtsgrund erfolgte.

Zu berücksichtigen ist beim öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch aber insbesondere auch, ob ein Vertrauensschutz gegeben ist. Die Vorschriften zur Bereicherung, §§ 818 ff. BGB, finden nach allgemeiner Auffassung auf den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch keine Anwendung.¹³⁵¹ Der Arzt vertraute zum Zeitpunkt der Leistungserbringung auf die Wirksamkeit des Vertrages. Damit lässt sich ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch annehmen. Da der jeweilige Arzt in den meisten Fällen bereits vergütet wurde, kommt grundsätzlich die Anwendung der im Zivilrecht entwickelten Saldolehre in Betracht.¹³⁵² Im Falle von Nichtigkeit könnten andererseits die öffentlich-rechtlichen Besonderheiten dazu führen, dass das Vertrauen als nicht schutzwürdig anzusehen ist. Die Frage bedürfte keiner Klärung, wenn eine Rückabwicklung in der Situation des § 73b SGB V aufgrund der leistungserbringungsrechtlichen Wertungen ausgeschlossen ist.

b) Ausschluss der Rückabwicklung im Rahmen von § 73b SGB V

Im Falle der Nichtigkeit einer Festsetzung durch die Schiedsperson ergeben sich erhebliche Probleme, da aufgrund der Komplexität der Leistungen sowie des Spielraums, der in Bezug auf die Vergütung besteht, eine Rückabwicklung erhebliche Schwierigkeiten bereiten kann. Die Leistungserbringung wurde durch die Ärzte den Anforderungen entsprechend vorgenommen, hierfür wurde eine Vergütung als Gegenleistung gezahlt. Die Nichtigkeit mag sich aber aus Gründen ergeben, die an der Angemessenheit des Gegenseitigkeitsverhältnisses Vergütung – Leistung nichts zu ändern vermögen. Die sie hervorrufenden Gründe sind zwar von solchem Gewicht, dass ein Ausschluss der Rechtsfolge nicht in

¹³⁵¹ Kopp/Ramsauer, VwVfG, § 49a, Rn. 28.

¹³⁵² Vgl. hierzu ausführlich Schwab in: MünchKomm BGB, § 818, Rn. 209 ff.

Betracht kommt. Jedoch spricht die Tatsache, dass es sich um angemessene synallagmatische Leistungen handelt, dafür, dass eine Rückabwicklung auszuscheiden hat. Erreichen lässt sich dies dogmatisch mit der Annahme, es habe zumindest ein faktischer Vertrag nach § 73b Abs. 4 SGB V vorgelegen, der einen Rechtsgrund darstellt. In Bezug auf Rechtsgeschäfte, die bereits in Vollzug gesetzt sind und damit schon erfüllt werden, wird eine rückwirkende Vernichtung von Verträgen, so z. B. durch eine Anfechtung, allgemein verneint.¹³⁵³ Auch wenn ein Vertrag bereits nicht wirksam zustande gekommen ist, also immer nichtig war, erscheint eine Korrektur von Dauerschuldverhältnissen nach Invollzugsetzung erforderlich. Insbesondere im Arbeits- und Gesellschaftsrecht werden die Lehre vom fehlerhaften Vertrag und damit das Vorliegen eines faktischen Vertrages angenommen, bei denen eine Rückabwicklung nach Invollzugsetzung ausscheidet.¹³⁵⁴ Abgeleitet wird dies aus dem Interesse der Parteien am Bestand des Vertrages. Bei Gesellschaftsverträgen wird dies auch mit dem Verkehrsinteresse Dritter, vor allem der Gläubiger, begründet.¹³⁵⁵ Das Rechtsverhältnis sei damit nur *ex nunc* als nichtig anzusehen.

So liegt es auch hier: Der Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung stellt ein Dauerschuldverhältnis dar, in dem vielfältige Leistungen fließen. Damit ist dieses nur *ex nunc* als nichtig anzusehen, wenn die Nichtigkeit gerichtlich festgestellt wurde. Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen, eine dauerhafte Versorgung der Versicherten mit Verträgen nach § 73b Abs. 4 SGB V sicherzustellen. Die Beteiligung weiterer Personen – Hausärzte sowie Versicherte – die den Verträgen beitreten, spricht vor allem für die Annahme eines faktischen Vertrages. Gerade das Verkehrsinteresse der Versicherten, die an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmen, ist besonders schützenswert. Sie vertrauen auf den Bestand der Verträge. Auch im Verhältnis zu diesen Personen müsste in letzter Konsequenz eine Rückabwicklung erfolgen. Dies ist nur schwer möglich oder sogar unmöglich, so dass auch dies dafür spricht, eine Rückabwicklung über den öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch zu verneinen.

¹³⁵³ Vgl. *Busche* in: MünchKomm BGB, § 142, Rn. 17 m.w.N.

¹³⁵⁴ Vgl. zu den Folgen eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses: *Armbrüster* in: MünchKomm BGB, § 119, Rn. 20 m.w.N.; *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn. 193 ff. Vgl. zu den Folgen eines fehlerhaften Gesellschaftsvertrages: *Armbrüster* in: MünchKomm BGB, § 119, Rn. 15 m.w.N.

¹³⁵⁵ *Mayer* in: MünchKomm GmbHG, § 2, Rn. 169.

Auch der sich aus § 31 SGB I ergebende Totalvorbehalt spricht dafür, eine Rückabwicklung nur in den Fällen anzunehmen, in denen das Gesetz dies vorsieht.¹³⁵⁶ Eine Regelung zur Rückabwicklung gibt es für Verträge nach § 73b SGB V nicht. Auch aus diesem Grund ist eine Rückabwicklung grundsätzlich abzulehnen. Resultiert die Nichtigkeit gerade aus der Festlegung der Vergütung, ist diese z. B. als sittenwidrig im Sinne von §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, 138 BGB anzusehen, so hat eine Rückabwicklung für den Teil der Vergütung zu erfolgen, der über das zulässige Maß hinausgeht. Ein Vertrauensschutz kann diesbezüglich nicht angenommen werden. Die Anforderung gesetzmäßigen Handelns der Krankenkassen verlangt eine Rückzahlung des sittenwidrigen Teils der Vergütung. Die tatsächliche Höhe der Vergütung richtet sich nach dem objektiven Wert der Leistungserbringung. Die Bestimmung dessen kann im Vergleich mit anderen Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung bestimmt werden. Es ist nur der Differenzbetrag auszugleichen, der sich aus den korrespondierenden Erstattungsansprüchen ergibt.¹³⁵⁷

In der Praxis ist eine Rückabwicklung somit nur in sehr wenigen Fällen von Relevanz. Durch die Begrenzung der Rückabwicklung auf Verträge, deren Nichtigkeit sich im Zusammenhang mit Vergütungsregeln ergibt, ist eine sachgerechte Lösung anzunehmen.

8. Sekundäransprüche gegen die Schiedsperson

Trifft die Schiedsperson eine rechtswidrige Festsetzung, stellt sich in Konsequenz zuletzt die Frage nach Sekundäransprüchen. Dabei kommen vor allem eine Nacherfüllung sowie Schadensersatzansprüche in Betracht.

a) Nacherfüllungsanspruch

Als Nacherfüllung kommt eine Nachbesserung in Form der Änderung der Vertragsfestsetzung in Betracht. Die Einordnung der vertraglichen Beziehung zwischen der Schiedsperson und den Parteien als werkvertraglichen Geschäftsbesorgungsvertrag ermöglicht einen solchen Anspruch grundsätzlich über §§ 675 Abs. 1, 633, 634 Nr. 1, 635 BGB. Eine Nacherfüllung steht den öffentlich-recht-

¹³⁵⁶ So zum Erstattungsanspruch nach § 102 SGB X: *Mrozynski*, SGB I, § 31, Rn. 16.

¹³⁵⁷ Dies ergibt sich aus der im Zivilrecht entwickelten Saldolehre, die auch im Verwaltungsrecht Anwendung findet, vgl. *Bonk* in: *Stelkens/Bonk/Sachs*, VwVfG, § 62, Rn. 43.

lichen Vorgaben grundsätzlich nicht entgegen. Es entsteht insbesondere kein vertragsloser Zustand, sondern es werden lediglich Teile des Vertrages geändert. Etwas anderes könnte sich dann ergeben, wenn die Nacherfüllung unmöglich geworden ist. Dies ist dann der Fall, wenn sich bereits mit dem Tätigwerden der Schiedsperson, also dem erstmaligen, auch fehlerhaften Bestimmen der Leistung ihre Funktion erschöpft hat und sie nicht mehr agieren darf.

Dass Ansprüche in Bezug auf die Festsetzung gegenüber dem Dritten nicht mehr bestehen, könnte man daraus herleiten, dass ihm gegenüber Rechtsmittel nicht ergriffen werden können. Klagen sind nach § 73b Abs. 4a S. 5 gegen die andere Vertragspartei zu richten. Dem Wortlaut der Norm lässt sich aber nicht entnehmen, dass gegenüber der Schiedsperson keine Nacherfüllungsansprüche gegeben sein können. Diese sind einer Klage vorgelagert. Auch Sinn und Zweck des § 73b SGB V stehen nicht entgegen, da wie erwähnt kein vertragsloser Zustand entsteht. Es handelt sich zudem um einen werkvertraglichen, nicht dienstvertraglichen Geschäftsbesorgungsvertrag, bei dem es auf den Erfolg, also den Schiedsspruch, ankommt. Wird dieser nicht erreicht, erscheint eine Nacherfüllung sinnvoll. Diese Argumente sprechen für die Anwendbarkeit der Vorschriften zur Nacherfüllung. Betrachtet man zusätzlich die Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten, zeigt sich an den vorgesehenen Rechtsfolgen im Falle unbilliger Bestimmungen aber, dass auch im Falle fehlerhafter Bestimmungen die Aufgabe des Dritten beendet ist, da stattdessen eine gerichtliche Bestimmung durch Urteil in § 319 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen ist. Eine Nacherfüllung scheidet damit grundsätzlich aus.¹³⁵⁸ Zudem kommt ein Nacherfüllungsanspruch im Rahmen von § 73b SGB V nicht in Betracht, wenn es keine vertragliche Beziehung zwischen den Beteiligten gibt, sondern der Dritte durch die Aufsichtsbehörde bestimmt wurde. In diesem Fall entsteht zwar ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem gleichen Rechte- und Pflichtenprogramm.¹³⁵⁹ Daraus können sich Schadensersatzansprüche, aber keine Nacherfüllungsansprüche ergeben. Je nach Bestimmung der Schiedsperson verschiedene Sekundäransprüche anzunehmen, führt zu einer ungleichen Behandlung. Auch die einheitliche Handhabung spricht gegen einen Nacherfüllungsanspruch. Er ist damit generell abzulehnen.

¹³⁵⁸ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 94, geht davon aus, ein Nachbesserungsanspruch käme nur in Betracht, wenn eine besondere vertragliche Vereinbarung vorliege, ohne dies aber zu begründen.

¹³⁵⁹ Vgl. Abschnitt 2, D. II.

b) Schadensersatzansprüche

Relevant wird deshalb insbesondere ein möglicher Schadensersatzanspruch der Parteien gegen die Schiedsperson. In Betracht kommen sowohl vertragliche Schadensersatzansprüche als auch solche aus Delikt.

aa) Vertragliche Schadensersatzansprüche

Schadensersatzansprüche richten sich maßgeblich nach dem zwischen den Beteiligten geschlossenen Vertrag.¹³⁶⁰ Aufgrund der rechtlichen Einordnung des Grundverhältnisses können sich Anspruchsgrundlagen aus §§ 633, 634 Nr. 2, 636, 280, 281, 283, 311a BGB ergeben. In Betracht kommt insbesondere ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Schlechtleistung über §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 BGB oder wegen Verzögerung der Leistungsbestimmung, §§ 280 Abs. 1, Abs. 2, 286 BGB, aber auch die Verletzung von Nebenpflichten über §§ 280 I, 241 Abs. 2 BGB ist nicht ausgeschlossen. Diese sind über § 61 S. 2 SGB X anwendbar.¹³⁶¹ Aus den vertraglichen Regelungen ergibt sich auch der Haftungs- und Sorgfaltsmaßstab,¹³⁶² der für Fragen nach der Pflichtverletzung und dem Vertretenmüssen eine Rolle spielt. Besondere Vorgaben wird es regelmäßig nicht geben. Aus dem vereinbarten Vertragsgegenstand ergibt sich zumindest, dass der Dritte die Leistungsbestimmung durchzuführen hat.¹³⁶³ Damit verbunden ist, dass er diese entsprechend der gesetzlichen Vorgaben, insbesondere nach billigem Ermessen, auszuführen hat, sollte nichts anderes vereinbart sein.¹³⁶⁴ Im Falle der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde entsteht ein gesetzliches (öffentlich-rechtliches) Schuldverhältnis. Dieses besteht ab dem Zeitpunkt der Bestimmungshandlung und entsteht nicht etwa erst mit der schädigenden Handlung, so wie im Falle des § 823 BGB. Es kommen somit auch hier Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. BGB in Betracht, da jede Art von Schuldverhältnis den Anwendungsbereich der Normen eröffnet.¹³⁶⁵

Es wird vertreten, eine Haftung des Dritten sei nur möglich, wenn die getroffene Entscheidung nach § 319 BGB unverbindlich ist. Dies wäre der Fall, wenn sie

¹³⁶⁰ *Joussen*, AcP 203 (2003), 429, 437; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 89.

¹³⁶¹ *Becker* in: Hauck/Noftz, SGB X, § 61, Rn. 97.

¹³⁶² *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 42; *ders.*, AcP 203 (2003), 429, 437.

¹³⁶³ So schon RG, Urteil vom 18.6.1915 – VII 74/15 – RGZ 87, 190, 194.

¹³⁶⁴ Vgl. Abschnitt 2, D. II.

¹³⁶⁵ *Ernst* in: MünchKomm BGB, § 280, Rn. 6.

grob unbillig ist.¹³⁶⁶ Dagegen spricht bereits, dass die ggf. vorliegende Unverbindlichkeit mit dem Grundverhältnis, dem Schiedsgutachtervertrag, und einer hieraus folgenden Haftung, nichts zu tun hat, da es sich um unabhängige Rechtsverhältnisse handelt.¹³⁶⁷ Eine Entscheidung des Streits kann jedoch dahinstehen. Im Falle der Schiedsperson nach § 73b SGB V ist von einer Unverbindlichkeit bereits im Falle schlichter Unbilligkeit auszugehen. Damit sind die Überlegungen zur Einschränkung der Haftung an diesem Punkt nicht fortzuführen, da sich hierdurch im Falle des § 73b SGB V keine Haftungsbeschränkung ergeben kann; der Maßstab bleibt gleich und richtet sich nach dem billigen Ermessen.

Um einen Schadensersatzanspruch aus §§ 280 ff. BGB zu begründen, bedarf es insbesondere einer Pflichtverletzung sowie eines Vertretenmüssens. Eine Pflichtverletzung ist anzunehmen, wenn die Schiedsperson nicht gemäß der geschuldeten Sorgfalt handelt. Sie hat die Leistungsbestimmung neutral und nach wissenschaftlichen Methoden, sofern vorhanden, vorzunehmen, sie hat eine effektive Schlichtung unter Berücksichtigung aller Umstände, also nach billigem Ermessen zu treffen.¹³⁶⁸ Es darf nicht gegen anerkannte fachliche Regeln verstoßen werden.¹³⁶⁹ Da der Schiedsperson hierbei ein Spielraum zukommt, ist eine Pflichtverletzung nur anzunehmen, wenn nur eine andere, für die Partei günstigere Entscheidung den Maßstab erfüllt hätte.¹³⁷⁰ Es gibt nicht nur eine richtige Entscheidung, weshalb der Beweis der Pflichtverletzung schwierig zu führen sein wird.

Auch der Nachweis des Vertretenmüssens gelingt wohl nur in wenigen Fällen. Es handelt sich nicht um eine verschuldensunabhängige Haftung, so wie die Frage, ob die Festsetzung unverbindlich ist, verschuldensunabhängig ist, sondern es ist ein Vertretenmüssen zu verlangen.¹³⁷¹ Wie jeder andere Schuldner hat der Dritte Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, § 276 Abs. 1 BGB. In Betracht kommt vor allem Fahrlässigkeit, also das Außerachtlassen der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, § 276 Abs. 2 BGB. Dies wird man nur annehmen können,

¹³⁶⁶ BGH, Urteil vom 22.4.1965 – VII ZR 15/65 – NJW 1965, 1523, 1524; vgl. auch *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 93 m.w.N. A.A.: *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 11.

¹³⁶⁷ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 11.

¹³⁶⁸ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 96.

¹³⁶⁹ *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 53.

¹³⁷⁰ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 97.

¹³⁷¹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 95.

wenn gegen allgemein anerkannte Regeln der Wissenschaft oder sonstige wissenschaftliche Regeln verstoßen wird,¹³⁷² so wie dies auch bereits bei der Pflichtverletzung relevant wird. Dieser Maßstab gilt nur dann nicht, wenn eine Privilegierung eingreift. Ob die Privilegierung aus § 839 Abs. 2 BGB, das Richterspruchprivileg eingreift, kann dahinstehen, da die Norm mangels schiedsrichterlicher Tätigkeit des Dritten nicht greift.¹³⁷³

Zudem ist, zumindest sofern eine gerichtliche Ersetzung des Schiedsspruchs erfolgt, ein Schaden nur in wenigen Fällen gegeben, allenfalls kommt ein Verzögerungsschaden in Betracht.¹³⁷⁴ Entscheidend für eine vertragliche Haftung sind somit die Umstände des Einzelfalls sowie die Fähigkeit, ausreichenden Beweis zu erbringen.

bb) Deliktische Schadensersatzansprüche

Neben Schadensersatzansprüchen aus dem Schuldverhältnis kommen zudem deliktische Ansprüche in Betracht. Jedenfalls anwendbar ist § 826 BGB, der insbesondere im Falle kollusiven Zusammenwirkens zwischen einer Partei und dem Dritten greift.¹³⁷⁵ Eine Haftung nach § 839 BGB verbunden mit dem Eingreifen des Richterspruchprivilegs aus § 839 Abs. 2 BGB scheitert daran, dass der Dritte nicht schiedsrichterlich tätig wird.¹³⁷⁶

Zu denken ist auch an eine Haftung nach § 839a BGB. Die Norm regelt die Haftung des gerichtlichen Sachverständigen. Es handelt sich um einen abschließenden Sondertatbestand,¹³⁷⁷ bei dem nur eine Haftung für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit gegeben ist. Es findet insoweit eine Privilegierung statt. Die Anwendbarkeit der Norm scheitert daran, dass der Dritte kein vom Gericht ernannter Sachverständiger ist.¹³⁷⁸ Anders könnte die Situation zu bewerten sein, wenn es keinen durch die Parteien bestimmten Dritten gibt. Im Falle aufsichtsbehördlicher Bestimmung der Schiedsperson kommt eine analoge Anwendung von

¹³⁷² *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 11.

¹³⁷³ BGH, Urteil vom 13.12.1956 – VII ZR 22/56 – NJW 1957, 587, 587; *Hager* in: Erman, BGB, § 317, Rn. 14; *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 91; *Wolf* in: Soergel, BGB, § 317, Rn. 11. Vgl. hierzu auch Abschnitt 2, C. II. 1. c) aa) (6) (d).

¹³⁷⁴ *Hager* in: Erman, BGB, § 317, Rn. 14.

¹³⁷⁵ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 89; *Würdinger* in: MünchKomm BGB, § 317, Rn. 53.

¹³⁷⁶ Vgl. Fn. 1373.

¹³⁷⁷ *Wagner* in: MünchKomm BGB, § 839a, Rn. 5.

¹³⁷⁸ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 92.

§ 839a BGB oder zumindest eine Anwendung des Rechtsgedankens der Norm in Betracht. Eine Haftungsregelung sieht das Gesetz für die Schiedsperson nicht vor. Der Dritte kann sich der Pflicht zur Leistungsbestimmung nur in Ausnahmefällen entziehen.¹³⁷⁹ Eine umfassende Haftung anzunehmen, erscheint daher unbillig. Die Parteien haben keinen Einfluss auf die Bestimmung des Dritten und sind dessen Fehlern ausgesetzt, weshalb eine Vergleichbarkeit mit einem gerichtlich ernannten Sachverständigen gegeben ist.¹³⁸⁰ Hierin ist auch keine unzulässige Privilegierung im Vergleich zu einer vertraglich eingesetzten Schiedsperson zu sehen. Diese hat die Möglichkeit, auf eine Aufnahme von Haftungsprivilegierungen im Vertrag hinzuwirken und diese durchzusetzen. Im Falle einer aufsichtsbehördlichen Bestimmung der Schiedsperson richtet sich die deliktische Haftung damit nach § 839a BGB. In den Fällen einer einvernehmlichen Bestimmung der Schiedsperson, das heißt im Falle eines Vertragsschlusses, richtet sich die Haftung weiterhin nach § 823 Abs. 1 BGB. Hier wird es in den meisten Fällen bereits an einer Rechtsgutsverletzung fehlen, so dass eine Haftung ausscheidet.

Weigert sich die Schiedsperson, die Leistungsbestimmung vorzunehmen oder verzögert sie diese, kann ein Schadensersatzanspruch in Betracht kommen, wobei der Eintritt eines Schadens fraglich ist, wenn es zu einer Ersetzung des Schiedsspruchs durch das Gericht kommt. Davon auszugehen, der Dritte sei – im Gegensatz zu einer bestimmenden Partei – nicht zur rechtzeitigen Leistungsbestimmung verpflichtet,¹³⁸¹ und damit auch nicht schadensersatzpflichtig, kann nicht überzeugen. Auch wenn es keine vertraglichen Vorgaben zum Zeitpunkt der Leistungsbestimmung gibt, so ist sie im Zweifel sofort fällig, § 271 Abs. 1 BGB, und der Schuldner hat sie sofort zu bewirken. Dies bedeutet, dass der Schuldner die Leistung so schnell zu erbringen hat, wie ihm dies objektiv unter Berücksichtigung möglicher vorbereitender Maßnahmen möglich ist.¹³⁸² Dies wird man bei einer komplizierten Leistungserbringung eher weit ansetzen müssen, insbesondere, da die Schiedsperson auf die Mitwirkung der Parteien angewiesen ist.

Es wird deutlich, dass eine Haftung der Schiedsperson aufgrund ihres Entscheidungsspielraums nur in seltenen Fällen greifen wird. Dadurch wird kaum eine

¹³⁷⁹ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 3.

¹³⁸⁰ Vgl. hierzu die Überlegungen zur analogen Anwendung auf andere Personengruppen: *Wöstmann* in: Staudinger, BGB, § 839a, Rn. 32 ff.

¹³⁸¹ *Rieble* in: Staudinger, BGB, § 317, Rn. 12.

¹³⁸² *Krüger* in: MünchKomm BGB, § 271, Rn. 32.

Pflichtverletzung, noch weniger ein Verschulden anzunehmen sein. Auch der Nachweis vor Gericht wird schwierig. Dies ist aber, da die Entscheidungsfreiheit der Schiedsperson gestärkt und abgesichert werden soll, im Ergebnis auch richtig. Die Schiedsperson soll nicht fürchten müssen, in Anspruch genommen zu werden. Dies entspricht auch dem gesetzgeberischen Willen der flächendeckenden Versorgung.

c) Sonstige Sekundäransprüche

Zudem kommt den die Geschäftsbesorgung in Auftrag Gebenden, also den Parteien, das Recht zu, vom Vertrag zurückzutreten oder die Vergütung zu mindern, §§ 675 Abs. 1, 633, 634 Nr. 3 BGB. Ein Rücktrittsrecht könnte aufgrund der Besonderheiten des öffentlichen Rechts abzulehnen sein. Auch wenn es sich um einen privatrechtlichen Geschäftsbesorgungsvertrag handelt, ist dieser im Zusammenhang mit dem Leistungserbringungsrecht zu sehen. Die Sicherstellung der Versorgung der Versicherten könnte verlangen, dass die Schiedsperson nicht ihres Amtes enthoben werden darf. Vorliegend würde ein Rücktritt aber bereits nicht die erwünschte Rechtsfolge erzielen. Damit würde zwar das Grundverhältnis zur Schiedsperson vernichtet, eine Rückgewähr der Leistungen nach § 346 Abs. 1 BGB wäre aber unmöglich. Die mangelhafte Vertragsfestsetzung bestünde in diesem Fall fort; da sie vom Grundverhältnis abstrakt ist, würde sie nicht beseitigt.¹³⁸³ Die Parteien sind vielmehr auf die sonstigen Sekundäransprüche beschränkt. Möglich bleibt grundsätzlich eine Minderung der Vergütung, wenn die Schiedsperson nicht ordnungsgemäß gearbeitet hat und der Schiedsspruch nicht den Anforderungen entspricht. Hier bedürfte es wiederum eines entsprechenden Beweises, der regelmäßig an dem bereits dargestellten Maßstab scheitern wird. Ein Minderungsanspruch scheidet zudem im Fall der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsperson aus. Es verbleibt bei den bereits erläuterten Ansprüchen.

¹³⁸³ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 3. a) aa).

VI. Folgefrage: Gerichtlicher Rechtsschutz gegen den Schiedsspruch

Aus der Einordnung des Schiedsspruchs und -verfahrens ergeben sich nicht nur Folgen für das Verfahren vor der Schiedsperson, sondern auch für das sich ggf. später anschließende gerichtliche Verfahren, falls eine Partei gegen den Schiedsspruch vorgehen möchte. Zu klären ist insbesondere, welcher Rechtsweg eröffnet, welches Gericht zuständig, welche Klageart einschlägig und wer Klagegegner ist. Zudem soll darauf eingegangen werden, ob eine Beiladung vorzunehmen ist, welche Kontrollrechte der gerichtlichen Überprüfung zukommt und wie der einstweilige Rechtsschutz ausgestaltet ist.

1. Verwirkung des Klagerechts

Zunächst könnten grundlegende Bedenken gegen ein Recht auf Klageerhebung geltend gemacht werden, wenn die Parteien die Schiedsperson selbst bestimmt haben. Da die Parteien mit der Festlegung des Vertragsinhaltes einverstanden waren, könnten sie das Recht zu klagen verwirkt haben. Die Festsetzung der Schiedsperson ist als eigene Willenserklärung der Parteien zu behandeln, sodass angenommen werden könnte, ihnen sei der gerichtliche Rechtsschutz aufgrund der für sie wie ein Vertragsschluss wirkenden Festsetzung verwehrt.

Das Rechtsinstitut der Verwirkung, hergeleitet aus § 242 BGB, findet wie die weiteren Ausprägungen des Grundsatzes von Treu und Glauben analoge Anwendung im Verwaltungsrecht und damit auch im Sozialrecht.¹³⁸⁴ Bei Annahme einer Verwirkung wird dem Inhaber eines Rechts die Ausübung desselben versagt, da er über einen längeren Zeitraum von seinem Recht keinen Gebrauch gemacht hat und die Gegenseite deshalb davon ausgehen durfte, dass mit der Inanspruchnahme auch in Zukunft nicht mehr zu rechnen sei.¹³⁸⁵ Um eine Verwirkung anzunehmen, bedarf es neben dem Vorliegen eines Zeitmoments, einer gewissen Zeitspanne, auch eines Umstandsmoments, also von Umständen, die bei einer Gesamtbetrachtung für eine Verwirkung sprechen.¹³⁸⁶ Die Gegenseite muss auf das Ausbleiben der Geltendmachung tatsächlich vertraut haben und auch vertraut

¹³⁸⁴ Vgl. zur Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben Abschnitt 2, B. II. 4. a).

¹³⁸⁵ BGH, Urteil vom 20.10.1988 – VII ZR 302/87 – BGHZ 105, 290, 298.

¹³⁸⁶ *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S. 248; *Müller-Grüne*, Grundsatz von Treu und Glauben, S. 57; *Roth/Schubert* in: MünchKomm BGB, § 242, Rn. 336.

haben dürfen.¹³⁸⁷ Das Recht, gerichtlichen Rechtsschutz zu suchen und ein Gericht anzurufen, kann grundsätzlich verwirkt werden.¹³⁸⁸ Dies ist im öffentlichen Recht genauso wie im Zivilrecht möglich.¹³⁸⁹

Jedoch kann man diesen Gedanken schnell eine Absage erteilen: Bei Vertragsschlüssen können ebenfalls Mängel geltend gemacht werden, die auf der Einigung beruhen, wie z. B. Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB oder der Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot nach § 134 BGB. Würde man sich darauf stützen, dass die Partei schließlich eingewilligt habe, könnte man die Anwendung zwingender Gesetzesvorgaben immer mit dieser Begründung umgehen. Zudem fehlt es bereits an dem für die Verwirkung erforderlichen Umstandsmoment. Dieses erfordert das Vorliegen von Umständen, aus denen geschlossen werden kann, eine Person wolle ihre Rechte nicht mehr geltend machen. Da die Schiedsperson die Festsetzung nach ihrem Ermessen vornimmt und das genaue Ergebnis von den Parteien nicht beeinflusst werden kann, kann man in der Bestimmung einer Schiedsperson nicht eine Erklärung sehen, dass gegen die Festlegung nicht vorgegangen werden soll. Eine Auslegung entsprechend §§ 133, 157 BGB ergibt vielmehr, dass die Parteien eine Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB in entsprechender Anwendung wollen, jedoch nicht auf weitergehende Rechte verzichten möchten. Können sich die Parteien auf keine Schiedsperson einigen, stellt sich die Frage der Verwirkung noch weniger, da die Parteien keinen Einfluss auf die Festlegung der Schiedsperson haben, sondern eine einseitige Festlegung durch die Aufsichtsbehörde erfolgt. In diesem Fall kann erst recht kein Umstandsmoment angenommen werden. Eine Verwirkung entsprechend § 242 BGB kommt nicht in Betracht.

Eine Verwirkung kann somit nur allgemein wie bei der Ausübung sonstiger Rechte in Betracht kommen. Sie stellt auch die einzige Grenze für die gerichtliche Geltendmachung dar, da eine Klage gegen die Leistungsbestimmung nicht fristgebunden ist.¹³⁹⁰

¹³⁸⁷ *Mansel* in: Jauernig, BGB, § 242, Rn. 61.

¹³⁸⁸ *Roth/Schubert* in: MünchKomm BGB, § 242, Rn. 104.

¹³⁸⁹ *Müller-Grune*, Grundsatz von Treu und Glauben, S. 58; *Olzen/Looschelders* in: Staudinger, BGB, § 242, Rn. 1142.

¹³⁹⁰ *Wolf* in: Soergel, BGB, § 319, Rn. 16.

2. Rechtsweg

Nach § 1 SGG wird die Sozialgerichtsbarkeit durch unabhängige, von den Verwaltungsbehörden getrennte, besondere Verwaltungsgerichte ausgeübt. Die Anwendbarkeit des SGG ist jedoch nicht selbstverständlich. Es muss sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit handeln, was sich aus § 51 Abs. 1 SGG ergibt. Heranziehbar ist hier aufgrund der Stellung als besondere Verwaltungsgerichte auch § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO, der ebenfalls das Vorliegen einer öffentlich-rechtlichen Streitigkeit verlangt. Handelt es sich bei der Tätigkeit der Schiedsperson um eine Leistungsbestimmung entsprechend der §§ 317 ff. BGB, könnte diese Einordnung auch dazu führen, Streitigkeiten über die Festsetzungen durch die Schiedsperson der ordentlichen Gerichtsbarkeit, also den Zivilgerichten, zuzuweisen. Nach §§ 1 ZPO, 23, 71 ff. GVG entscheiden die Zivilgerichte über alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. Die Frage der Einordnung als öffentlich-rechtliche oder bürgerliche, also privatrechtliche Streitigkeit wurde aber bereits geklärt: Die Festsetzung eines Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung ist dem öffentlichen Recht zuzuordnen. Damit sind die Verwaltungsgerichte zuständig. In Betracht kommt hier die Zuständigkeit der Sozialgerichte als besondere Verwaltungsgerichtsbarkeit. Dies soll genauer bei der Klärung der Zuständigkeit erläutert werden.

3. Zuständiges Gericht

Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf die Festsetzungen der Schiedsperson bedürfen einer Klageerhebung vor dem zuständigen Gericht.¹³⁹¹ Dabei ist zwischen sachlicher, örtlicher und instanzialer Zuständigkeit zu differenzieren.

a) Sachliche Zuständigkeit

Sachlich zuständig sind die Sozialgerichte nach § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG. Danach entscheiden die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit über öffentlich-rechtliche Streitigkeiten in Angelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung. Es handelt sich um eine abdrängende Sonderzuweisung im Sinne des § 40 Abs. 1 S. 1 VwGO. Die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung sind öffentlich-rechtliche Verträge, die nach § 73b SGB V zu bewerten sind. Die streitentscheidende Norm ist somit dem öffentlichen Recht zuzuordnen, damit eine öffentlich-

¹³⁹¹ Vgl. zur Zuständigkeitsfrage bezüglich Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde Abschnitt 2, B. V. 6. d).

rechtliche Streitigkeit gegeben. Es geht um Streitigkeiten im Rahmen der besonderen Versorgungsform der hausarztzentrierten Versorgung, die im SGB V geregelt ist und damit eine Angelegenheit der GKV darstellt. Es ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet.¹³⁹²

b) Örtliche Zuständigkeit

Für die örtliche Zuständigkeit stellt § 57 Abs. 1 S. 1 SGG den Grundsatz auf, dass das Sozialgericht örtlich zuständig ist, in dessen Bezirk der Kläger zur Zeit der Klageerhebung seinen Sitz oder Wohnsitz oder in Ermangelung dessen seinen Aufenthaltsort hat. Klagt eine Körperschaft oder Anstalt des öffentlichen Rechts, so ist der Sitz oder Wohnsitz oder Aufenthaltsort des Beklagten maßgebend, wenn dieser eine natürliche Person oder eine juristische Person des Privatrechts ist, § 57 Abs. 1 S. 2 SGG. Klagt die Gemeinschaft, so wird es nach der Grundnorm auf ihren Sitz ankommen und die Klage beim dortigen Sozialgericht zu erheben sein; klagt die Krankenkasse, ist aufgrund der spezielleren Gerichtsstandregelung ebenfalls der Sitz der Gemeinschaft entscheidend für die örtliche Zuständigkeit.

aa) Örtliche Zuständigkeit nach § 57a Abs. 2 SGG

In Betracht kommt zudem die Anwendung der Sonderregelung¹³⁹³ des § 57a Abs. 2 SGG, wonach in anderen Vertragsarztangelegenheiten der gesetzlichen Krankenversicherung das Sozialgericht zuständig ist, in dessen Bezirk die Kassenärztliche Vereinigung ihren Sitz hat. Die Fragestellung ist nicht allein dogmatischer Natur: Zwar findet eine Verknüpfung der Gemeinschaften mit den Kassenärztlichen Vereinigungen statt, da erstere mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten müssen. Dass die Gemeinschaft aber dort auch ihren Sitz hat, verlangt das Gesetz nicht; dieser kann somit theoretisch auch an einem anderen Ort als dem Sitz der kassenärztlichen Vereinigungen liegen. Angelegenheiten des Vertragsarztrechts werden in § 10 Abs. 2 S. 1 SGG legaldefiniert als Beziehungen zwischen Krankenkassen und Vertragsärzten, Psychotherapeuten sowie Vertragszahnärzten. Diese Definition scheint auf den ersten

¹³⁹² *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 114; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 67a; *Ulrich*, NZS 2011, 448, 449; *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 50; *Wenner*, Vertragsarztrecht, § 11, Rn. 7.

¹³⁹³ *Scholz* in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 57a, Rn. 2.

Blick nicht zu passen, da in die Festsetzung des Vertragsinhaltes auch die Schiedsperson involviert ist. Andererseits deutet § 10 Abs. 2 S. 2 SGG darauf hin, dass auch bei Einschaltung eines weiteren Entscheidungsträgers – und damit auch der Schiedsperson – eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts vorliegen kann. Bei Inbezugnahme der Rechtsnatur der Schiedsperson und des Festsetzungsverfahrens muss dies erst recht gelten, da die Leistungsbestimmung die Willenserklärungen der Parteien ersetzt und nicht eine bloße eigenständige Entscheidung wie bei Gremien ist. Gegen eine Subsumtion unter § 10 Abs. 2 S. 1 SGG spricht zudem, dass es sich nicht um Angelegenheiten einzelner Vertragsärzte, sondern der Gemeinschaften handelt. Andererseits sind auch die Gemeinschaften Zusammenschlüsse von Vertragsärzten, worin eine Vereinigung gesehen werden kann. Vor dem Hintergrund, dass die Kassenärztlichen Vereinigungen in der hausarztzentrierten Versorgung nur eine nachrangige Rolle spielen sollen, erscheint die Anwendung einer Zuständigkeitsregelung, die maßgeblich auf die kassenärztlichen Vereinigungen abstellt, des Weiteren unpassend. Hiergegen lässt sich jedoch einwenden, dass eine Beteiligung der kassenärztlichen Vereinigung an der Streitigkeit auch sonst nicht maßgeblich ist.¹³⁹⁴

Allein unter Anwendung von § 10 Abs. 2 S. 1 SGG ist das Vorliegen einer Vertragsarztangelegenheit daher eher abzulehnen. Diesen Bedenken hat der Gesetzgeber Rechnung getragen.¹³⁹⁵ In § 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 SGG findet sich nun eine ausdrückliche Regelung, nach der zu Streitigkeiten des Vertragsarztrechts auch Klagen aufgrund von Verträgen nach § 73b SGB V gehören. Begründet wurde die Einbeziehung auch damit, dass es sich um Streitigkeiten handele, bei denen ein Zusammenhang zwischen selektiv- und kollektivvertraglicher ärztlicher Versorgung gegeben sei, der eine Entscheidung durch sachkundig besetzte Spruchkörper auch im Falle der selektivvertraglichen Versorgungsform des § 73b SGB V als sachgerecht erscheinen lasse.¹³⁹⁶ Durch diese eindeutige Festlegung handelt es sich um eine Angelegenheit des Vertragsarztrechts.¹³⁹⁷ Auch Streitigkeiten infolge einer Festsetzung durch die Schiedsperson werden erfasst. Der Wort-

¹³⁹⁴ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 57a, Rn. 4a; Scholz in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 57a, Rn. 9.

¹³⁹⁵ Vgl. hierzu auch Burkićzak in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 10, Rn. 17 f.

¹³⁹⁶ BT-DS 17/6764 S. 26.

¹³⁹⁷ So auch LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 21.

laut der Norm ist weit formuliert. Es genügt ein Zusammenhang mit einem Vertrag nach § 73b SGB V.¹³⁹⁸ Dies zeigt sich an der Formulierung, dass es sich um Klagen „aufgrund von Verträgen“ nach § 73b SGB V handeln muss. Eine solche Kausalität ist hier gegeben. Damit findet auch § 57a Abs. 2 SGG Anwendung.

bb) Örtliche Zuständigkeit nach § 57a Abs. 3 SGG

In Betracht kommt zudem die Anwendung von § 57a Abs. 3 SGG. Sind Verträge auf Landesebene Streitgegenstand des Verfahrens, ist – soweit das Landesrecht nichts Abweichendes bestimmt – das Sozialgericht zuständig, in dessen Bezirk die Landesregierung ihren Sitz hat. Das Problem, ob es sich um eine Vertragsarztangelegenheit handelt, besteht hier nicht. Der Wortlaut ist insofern eindeutig, da er im Gegensatz zu Abs. 1 und 2 eine solche Angelegenheit nicht verlangt.¹³⁹⁹ Der Vertrag muss auf das gesamte Landesgebiet bezogen sein.¹⁴⁰⁰ Grundsätzlich werden Kassenärztliche Vereinigungen für ein Bundesland gebildet, § 77 Abs. 1 S. 1 SGB V, damit findet auch der Vertragsschluss nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V für den Bereich eines gesamten Landes statt, da der Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigungen maßgeblich ist. Jedoch muss der Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung nicht zwangsläufig mit einem Bundesland deckungsgleich sein.¹⁴⁰¹ Dies ergibt sich aus § 77 Abs. 1 S. 2 SGB V, wonach eine Vereinigung nach Abs. 2 möglich ist, wenn in einem Land mehrere kassenärztlichen Vereinigungen bestehen. Als Beispiel lässt sich hier die Zusammenlegung der Kassenärztlichen Vereinigungen in Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz sowie die fortdauernde Trennung in die kassenärztlichen Vereinigungen Nordrhein und Westfalen-Lippe in Nordrhein-Westfalen nennen,¹⁴⁰² wo somit kein Vertragsschluss für ein Bundesland erfolgt. Gilt der Vertrag für mehrere Länder, ist weiterhin § 57 Abs. 1 SGG anwendbar.¹⁴⁰³ Gleiches muss gelten, wenn kein gesamtes Bundesland erfasst wird.

Somit muss für Streitigkeiten über die Festsetzung der Schiedsperson differenziert werden: Liegt eine Deckungsgleichheit von Bezirk der kassenärztlichen

¹³⁹⁸ *Kühl* in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 10, Rn. 1.

¹³⁹⁹ Vgl. hierzu auch *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 57a, Rn. 5.

¹⁴⁰⁰ *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 57a, Rn. 6.

¹⁴⁰¹ *Hess* in: Kasseler Kommentar, § 77 SGB V, Rn. 3 („grundsätzlich“).

¹⁴⁰² *Scholz* in: Becker-Kingreen, SGB V, § 77, Rn. 3; *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 77 SGB V, Rn. 3.

¹⁴⁰³ *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 57a, Rn. 6.

Vereinigung und Bundesland und damit ein Vertragsschluss bzw. hier eine Festsetzung für ein gesamtes Bundesland vor, so ist § 57a Abs. 3 SGG anzuwenden.¹⁴⁰⁴ Es handelt sich um die im Verhältnis zu § 57a Abs. 2 SGG speziellere Norm.¹⁴⁰⁵ In den übrigen Fällen verbleibt es bei der Anwendung von § 57a Abs. 2 SGG, wonach der Sitz der Kassenärztlichen Vereinigung maßgeblich ist.¹⁴⁰⁶

Eine Vereinbarung zum Gerichtsstand oder eine Zuständigkeitsbegründung durch rügelose Einlassung ist nach § 59 SGG nicht möglich. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Zuständigkeit ist der Zeitpunkt der Klageerhebung.¹⁴⁰⁷

c) **Inanzielle Zuständigkeit**

Die instanzielle Zuständigkeit, also die Zuständigkeit im ersten Rechtszug, ergibt sich aus § 8 SGG. Danach sind die Sozialgerichte in der ersten Instanz zuständig, nicht etwa die Landessozialgerichte. Eine Zuständigkeit letzterer wurde in Bezug auf § 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG diskutiert. Nach dieser Norm entscheiden die Landessozialgerichte im ersten Rechtszug über Klagen gegen Entscheidungen der Landesschiedsämter und gegen Beanstandungen von Entscheidungen der Landesschiedsämter nach dem SGB V, gegen Entscheidungen der Schiedsstellen nach § 120 Abs. 4 SGB V, der Schiedsstelle nach § 76 SGB XI und der Schiedsstellen nach § 80 SGB XII. Der Wortlaut der Norm ist eindeutig und erfasst die Entscheidungen der Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V nicht. In Betracht käme allenfalls eine Analogie. Eine Regelungslücke ist insofern vorhanden, dass es keine Regelung der Zuständigkeit der Landessozialgerichte in diesem Bereich gibt. Jedoch ist bereits die Planwidrigkeit der Lücke zu verneinen. Der Gesetzgeber hat mit § 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG eine Regelung geschaffen, die nur die Entscheidungen von Landesschiedsämtern nach dem SGB V sowie ausgewählter Schiedsstellen erfasst. Es wird keine pauschale Zuständigkeit für alle Entscheidungen von Schiedsstellen und -ämtern begründet, die darauf hindeuten würde, dass der Gesetzgeber lediglich vergessen hat, § 29 SGG nach Schaffung der Schiedspersonen entsprechend anzupassen. Es bestand mehrfach die Möglichkeit, insbesondere auch bei Einführung des § 73b Abs. 4a SGB V, § 29 Abs. 2

¹⁴⁰⁴ So auch SG Dresden, Urteil vom 15.10.2010 – S 18 KR 481/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 12.

¹⁴⁰⁵ *Von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 50.

¹⁴⁰⁶ Die Anwendbarkeit von § 57a Abs. 3 SGG bejaht, ohne dies weiter zu erläutern, *Ulrich*, NZS 2011, 448, 451. Die Anwendbarkeit von § 57a Abs. 2 SGG bejaht SG Düsseldorf, Urteil vom 17.2.2010 – S 2 KA 11/10 – BeckRS 2010, 74515.

¹⁴⁰⁷ *Breitkreuz* in: *Breitkreuz/Fichte*, SGG, § 57, Rn. 2.

Nr. 1 SGG zu ändern – es wurden sogar Änderungen an § 29 SGG vorgenommen, was dafür spricht, dass der Gesetzgeber gewollt keine Anpassung vorgenommen hat.¹⁴⁰⁸ Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine abschließende Regelung schaffen wollte.¹⁴⁰⁹ Als Grund hierfür mag man benennen, dass den Schiedsverfahren nach § 73b Abs. 4a SGB V keine den Verfahren vor den Schiedsämtern und -stellen vergleichbare „Breitenwirkung“ zukommt.¹⁴¹⁰ Zudem sind Schiedspersonen nach § 73b Abs. 4a SGB V und die aufgezählten Schiedsämter und -stellen nicht vergleichbar.¹⁴¹¹ Die Gemeinschaften sind gerade nicht als Behörden zu qualifizieren, sie erlassen keinen Verwaltungsakt.¹⁴¹² Dies spricht zudem auch gegen die vergleichbare Interessenlage. Eine analoge Anwendung von § 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG ist somit abzulehnen.¹⁴¹³ Es verbleibt bei der erstinstanzlichen Zuständigkeit der Sozialgerichte nach § 8 SGG.

4. Kontrolldichte

Die Entscheidung der Schiedsperson unterliegt der gerichtlichen Überprüfung.¹⁴¹⁴ Maßgeblich für die Frage, inwieweit die Entscheidung der Schiedsperson gerichtlicher Kontrolle unterliegt, ist die Frage, ob die Kontrolldichte eingeschränkt ist.¹⁴¹⁵ Dies wäre der Fall, wenn der Schiedsperson ein Beurteilungsspielraum zukommt. Verfassungsrechtliche Determinante ist Art. 19 Abs. 4 GG.

¹⁴⁰⁸ Vgl. hierzu ausführlich *Ulrich*, NZS 2011, 448, 452 f. So auch LSG Sachsen, Urteil vom 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL – unveröffentlicht, juris Rn. 20.

¹⁴⁰⁹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 28; so auch BSG zu § 132a SGB V, BSG, Urteil vom 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R – SozR 4-2500 § 132a, Nr. 7, S. 71 f.; *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 29, Rn. 4; *Schreiber* in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 29, Rn. 8; *Ulrich*, NZS 2011, 448, 4513.

¹⁴¹⁰ *Ulrich*, NZS 2011, 448, 453.

¹⁴¹¹ Vgl. hierzu den Abschnitt der systematischen Betrachtung zur Klärung der Behördeneigenschaft der Schiedsperson, Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (d).

¹⁴¹² Dies als Argument gegen die Anwendung von § 29 Abs. 2 SGG zieht auch heran: *Ulrich*, NZS 2011, 448, 452.

¹⁴¹³ So auch: LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837 f.; *Schreiber* in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 29, Rn. 8; *Ulrich*, NZS 2011, 448, 452; *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 50. A.A.: SG Dresden, Urteil vom 15.10.2010 – S 18 KR 481/10 – unveröffentlicht, juris Rn. 5.

¹⁴¹⁴ BT-DS 16/10609, S. 54; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 66.

¹⁴¹⁵ Vgl. auch allgemein zur sozialgerichtlichen Kontrolle die Ausführungen zu Schiedsstellenentscheidungen bei *von Laffert*, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen.

Dieser garantiert grundsätzlich eine uneingeschränkte Überprüfung der jeweiligen Maßnahme in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht.¹⁴¹⁶ Er sieht aber keine unbegrenzte Kompetenz der Gerichte zur Kontrolle vor, insbesondere kann der Exekutiven durch die Legislative die Befugnis eingeräumt sein, eine endgültige Entscheidung zu treffen, die durch das Gericht nicht ersetzt werden kann.¹⁴¹⁷

Gegen die Annahme einer eingeschränkten Überprüfbarkeit spricht, dass es sich nicht wie bei den Schiedsämtern und -stellen um eine Gremienentscheidung handelt, bei denen auch in anderen Fällen von einer Einschränkung gerichtlicher Prüfung ausgegangen wird,¹⁴¹⁸ sondern um die Entscheidung einer einzelnen Person. Bei dieser greift das Argument, es handele sich um eine Entscheidung eines Gremiums im Wege einer pluralistischen Meinungsbildung, aus der eine besonders genaue Abwägung kollidierender Rechtsgüter folge, nicht. Weiteres Argument ist, dass es sich bei der Schiedsperson nicht um einen Teil der Exekutive handelt, da sie nicht beliehen ist, sondern um die Entscheidung einer natürlichen Person, die damit nicht der Bindung an das Gesetz und Recht nach Art. 20 Abs. 3 GG unterliegt. Ihr einen Beurteilungsspielraum einzuräumen, erscheint vor dem Hintergrund des Schiedsverfahrens – Sicherstellung der Versorgung der Versicherten entsprechend § 70 Abs. 1 S. 1 SGB V – verfassungsrechtlich problematisch. Auch spricht gegen eine zurückgenommene Kontrolle, dass Maßstab der Unverbindlichkeit gerade nicht die offenbare, sondern die schlichte Unbilligkeit ist.¹⁴¹⁹ So wird in der Rechtsprechung aufgrund der einschränkenden Auslegung von § 319 Abs. 1 S. 1 BGB angenommen, es gelte der gleiche Maßstab, der auch für die Schiedsämter nach § 89 SGB V greife.¹⁴²⁰ Begründet wird dies mit dem weiten Gestaltungsspielraum der Schiedsperson sowie dem „Wesen der

¹⁴¹⁶ St. Rspr. des BVerfG, vgl. grundlegend BVerfG, Beschluss vom 5.2.1963 – 2 BvR 21/60 – NJW 1963, 803, 804; *Sachs* in: *Sachs*, GG, Art. 19, Rn. 145.

¹⁴¹⁷ *Krebs* in: von Münch/Kunig, GG, Art. 19, Rn. 71.

¹⁴¹⁸ So z. B. im Falle der Bundesprüfstelle, die über jugendgefährdende Schriften und Medieninhalte entscheidet, vgl. *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, § 68, Rn. 12.

¹⁴¹⁹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, E. V. 4.

¹⁴²⁰ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 34; LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 49; SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 34 ff.; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 113. Offen: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 37 f.

Schiedssprüche“, die „auf Interessenausgleich angelegt sind und Kompromisscharakter haben“. ¹⁴²¹ Auch in der Literatur finden sich entsprechende Ausführungen. ¹⁴²² Danach erfolgt eine Überprüfung durch die Gerichte darauf, ob zwingendes Gesetzesrecht beachtet wurde, der Sachverhalt unter Wahrung der Grundsätze eines fairen Verfahrens und des rechtlichen Gehörs ermittelt und die Entscheidung darauf basierend getroffen wurde, ob die Grenzen des Beurteilungsspielraums eingehalten und das Gestaltungsermessen sachgerecht ausgeübt wurde. ¹⁴²³ Vorzunehmen sind damit eine Rechts- sowie eine Inhaltskontrolle. ¹⁴²⁴ Dies entspricht aber im Ergebnis dem Prüfungsumfang, der sich auch aus dem weiten Gestaltungsspielraum der Schiedsperson aufgrund der Vorgaben des billigen Ermessens ergibt. Die Rechtsprechung zu § 89 SGB V bedient sich dieser Formulierung, da die Festsetzungen der Schiedsämter als Tätigkeit von Behörden im Sinne eines Verwaltungsverfahrens, das auf den Erlass eines Verwaltungsaktes gerichtet ist, qualifiziert werden. Mit den Begriffen der §§ 317 ff. BGB wird – folgerichtig – nicht gearbeitet. Damit sind die Maßstäbe im Ergebnis aber als deckungsgleich anzusehen. Um eine Einschränkung der richterlichen Überprüfung, wie dies sonst bei der Lehre vom Beurteilungsspielraum angenommen wird, handelt es sich *de facto* nicht. ¹⁴²⁵

Die Einordnung als einseitige Zwangsschlichtung führt ebenfalls dazu, dass eine Einschränkung der gerichtlichen Kontrolle ausscheiden muss. Nur im Falle einer freiwillig vereinbarten Schlichtung kann eine solche Einschränkung angenommen werden. ¹⁴²⁶ Hierfür genügt es nicht, wenn sich die Parteien auf eine Schiedsperson einigen, da die weitere Durchführung des Verfahrens nicht mehr ihrer freien Disposition unterliegt. Da die Parteien an den Schiedsspruch gebunden sind, muss dieser auch entsprechend überprüfbar sein.

Durch den unbestimmten Rechtsbegriff des billigen Ermessens ist der Kontrolle durch die Gerichte bereits eine faktische Einschränkung in der Überprüfbarkeit

¹⁴²¹ So unter anderem LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 113.

¹⁴²² Rademacker in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 47.

¹⁴²³ BSG, Urteil vom 9.4.2008 – B 6 KA 29/07 R – BSGE 100, 144, 146; BSG, Urteil vom 19.3.1997 – 6 RKa 36/96 – NZS 1997, 589, 591; Düring, Das Schiedswesen in der GKV, S. 149 f.

¹⁴²⁴ Vgl. zu § 132a SGB V: BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 135 f.

¹⁴²⁵ In diese Richtung, aber nicht so deutlich: Buchner/Spiegel, NZS 2013, 1, 9.

¹⁴²⁶ Buchner/Spiegel, NZS 2013, 1, 9.

auferlegt. Denn dem Dritten ist „begriffsnotwendig“ ein Spielraum eingeräumt.¹⁴²⁷ Dieser kann nicht voll gerichtlich überprüft werden. Dies käme einer eigenen Bewertung durch das Gericht gleich, und eine solche Korrektur soll gerade nicht erfolgen. Dieser Entscheidungsspielraum genügt, um die Entscheidungsfreiheit zu wahren; auch werden so die verfassungsrechtlichen Vorgaben gewahrt. Eine weitergehende Reduzierung des gerichtlichen Kontrollmaßstabes wäre dagegen verfassungsrechtlich nicht zulässig.¹⁴²⁸

5. Klageart

Eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage nach § 54 Abs. 1 S. 1 SGG ist nicht möglich, da es sich bei der Festsetzung durch die Schiedsperson nicht um einen Verwaltungsakt handelt.¹⁴²⁹

In Betracht kommen sowohl eine Leistungsklage als auch eine Feststellungsklage.¹⁴³⁰ Nach § 54 Abs. 5 SGG kann mit einer Klage die Verurteilung zu einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, auch dann begehrt werden, wenn ein Verwaltungsakt nicht zu ergehen hatte. § 55 SGG beinhaltet Regelungen zur Feststellungsklage. Eine Leistungsklage könnte unmittelbar auf eine neue Vertragsfestsetzung durch das Gericht oder eine neue Durchführung eines Schiedsverfahrens durch eine Schiedsperson gerichtet sein, während die Feststellungsklage lediglich die Feststellung, dass der Schiedsspruch gegen geltendes Recht verstößt, insbesondere unbillig ist, zum Gegenstand hätte. Möglich ist auch ein Antrag auf Feststellung, dass der Kläger nicht verpflichtet ist, den Schiedsspruch umzusetzen.¹⁴³¹ Auch von einer Gestaltungsklage wird in dem Fall gesprochen, dass das Gericht die Leistungsbestimmung ersetzen soll.¹⁴³² Das SGG kennt ne-

¹⁴²⁷ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 490.

¹⁴²⁸ *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 9.

¹⁴²⁹ A.A.: aufgrund der Bejahung der Verwaltungsakts-Qualität: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 35; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 114 („kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage“); *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 8.

¹⁴³⁰ So bereits *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 65.

¹⁴³¹ So z. B. angegeben für die Hauptsache in LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48.

¹⁴³² *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 66. Die Verwendung des Begriffs „Gestaltungsklage“ mag sich dabei aber daraus ergeben, dass es sich um Ausführungen zu §§ 317 ff. BGB handelt.

ben Anfechtungs- und Verpflichtungsklage, der Kombination beider Klagen sowie der Feststellungsklage nur die Leistungsklage, § 54 Abs. 5 SGG. Bei der Anfechtungsklage nach § 54 Abs. 1 S. 1, 1. Alt. SGG handelt es sich um eine Gestaltungsklage, die eine Klage gerichtet auf Schaffung, Änderung oder Vernichtung eines Rechtsverhältnisses ist.¹⁴³³ Eine ausdrückliche Regelung zu einer allgemeinen Gestaltungsklage oder weiteren speziellen Gestaltungsklage sieht das SGG dagegen nicht vor. Dies spricht dafür, dass auch im vorliegenden Fall eine Leistungsklage einschlägig wäre. Eine Leistungsklage hätte im Fall einer unbilligen Festsetzung, die unverbindlich ist, Erfolg, da in diesem Fall die Bestimmung grundsätzlich durch Urteil erfolgt, § 319 Abs. 1 S. 2, 1. HS BGB. Auch im Falle der Weigerung oder Verzögerung der Vertragsfestsetzung käme es zur Ersetzung durch das Gericht nach § 319 Abs. 1 S. 2, 2. HS BGB. Hat sich der Schiedsspruch erledigt, da er aufgrund von Kündigung oder Zeitablauf nicht mehr gültig ist, so ist nur eine (Fortsetzungs-)Feststellungsklage zulässig.¹⁴³⁴ Die Möglichkeit einer Leistungsklage besteht generell nicht mehr. Es wird vertreten, dass auch das Rechtsschutzbedürfnis ggf. fehlen kann, wenn der festgesetzte Vertrag die Möglichkeit zur Kündigung vorsieht.¹⁴³⁵ Dem lässt sich aber entgegenhalten, dass dies bedeutet, dass die Partei, die klagen möchte, damit auf eine vertragliche Regelung verwiesen wird, die sie aber unter Umständen für rechtswidrig betrachtet, was nicht dem Gebot effektiven Rechtsschutzes, Art. 19 Abs. 4 GG, entspricht.¹⁴³⁶ Somit kommen sowohl eine Feststellungs- als auch eine Leistungsklage als Klagearten in Betracht.

a) Feststellungsklage

Eine Feststellungsklage erscheint zunächst statthaft.¹⁴³⁷ Gemäß § 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG kann die Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses begehrt werden, wenn der Kläger ein berechtigtes Interesse an der bal-

¹⁴³³ Böttiger in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 54, Rn. 3.

¹⁴³⁴ SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 28.

¹⁴³⁵ LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 104.

¹⁴³⁶ Vgl. die ähnliche Argumentation zur Frage der Rechtsmissbräuchlichkeit der Klage im Falle der Regelung einer Anrufungsmöglichkeit eines Beirates: LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2015, 45, 48.

¹⁴³⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 34; Rademacker in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 46.

digen Feststellung hat. Unter einem Rechtsverhältnis versteht man die Rechtsbeziehungen zwischen Personen oder zwischen Personen und Gegenständen, die sich aus einem Sachverhalt aufgrund einer Norm für das Verhältnis der Personen untereinander oder einer Person zu einer Sache ergeben.¹⁴³⁸ Dieses Rechtsverhältnis muss konkret bestehen, da die Klärung abstrakter Rechtsfragen nicht zulässig ist. Es bedarf zudem insbesondere eines Feststellungsinteresses. Der Kläger muss hierfür ein eigenes, berechtigtes Interesse gegenüber dem Beklagten haben, es kann sowohl wirtschaftlicher als auch ideeller Natur sein.¹⁴³⁹ Maßgeblich ist der festgesetzte Vertrag zwischen Krankenkasse und Gemeinschaft, aus dem sich vielfältige Rechte und Pflichten ergeben. An diesen sind die Parteien gebunden, sie haben ihre jeweiligen Pflichten zu erfüllen. Damit verbunden sind insbesondere Kosten und die Pflicht zur Erbringung der ärztlichen Leistungen. Es besteht damit ein Rechtsverhältnis, und es liegt auch im Interesse des jeweiligen Klägers, gegen einen Vertrag vorzugehen, da er ansonsten zu dessen Erfüllung verpflichtet ist.

Problematisch erscheint jedoch die Subsidiarität der Feststellungs- gegenüber der Leistungsklage. Auch wenn es an einer ausdrücklichen Regelung der Subsidiarität fehlt, handelt es sich nach allgemeiner Meinung um einen allgemeinen, auch im Falle der sozialgerichtlichen Feststellungsklage anwendbaren Grundsatz.¹⁴⁴⁰ Danach ist eine Feststellungsklage nicht statthaft, wenn eine Leistungsklage statthaft ist, da diese regelmäßig weitergehende Folgen hat. Zwar ließe sich anführen, dass bei Klagen gegen eine Krankenkasse ein feststellendes Urteil genügen würde, da sie nach Art. 20 Abs. 3 GG an Gesetz und Recht gebunden ist und den gesetzeswidrigen Zustand wohl beenden wird. Dagegen lässt sich jedoch einwenden, dass die Krankenkasse ohne Mitwirkung der Gemeinschaften nicht in der Lage ist, ein neues Schiedsverfahren anzustrengen. Zudem greift das Argument nicht, wenn es sich um eine Klage gegen eine Gemeinschaft handelt. Damit wird eine Feststellungsklage subsidiär sein, wenn eine Leistungsklage statthaft ist.

¹⁴³⁸ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 55, Rn. 4.

¹⁴³⁹ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 55, Rn. 15a.

¹⁴⁴⁰ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 55, Rn. 19. Nach der a.A. handelt es sich nicht um einen sozialrechtlichen allgemeinen Grundsatz, es wird aber in den meisten Fällen über die Verneinung des Rechtsschutzbedürfnisses oder des Feststellungsinteresses das gleiche Ergebnis erzielt, vgl. Scholz in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 55, Rn. 16.

b) Ersetzungsklage

In Betracht kommt eine Leistungsklage in Form der Ersetzungsklage. Die Frage, ob eine Ersetzungsklage statthaft ist, wird in Rechtsprechung und Literatur kontrovers diskutiert. In der zivilrechtlichen Literatur wird bei offenkundiger Unbilligkeit nach § 319 Abs. 1 S. 1 BGB angenommen, die Bestimmung erfolge durch das Gericht mittels Gestaltungsurteil.¹⁴⁴¹ Es könne direkt auf Änderung geklagt werden, eines Umsetzungsaktes bedürfe es nicht.¹⁴⁴² Dies wird auch bei der entsprechenden Anwendung im Falle des § 73b SGB V angenommen.¹⁴⁴³ Teilweise erfolgt die Herleitung über §§ 319 Abs. 1 S. 2, 1.HS BGB, 61 S. 2 SGB X.¹⁴⁴⁴ Nach dieser Auffassung erfolgt die Vertragsanpassung durch das Gericht durch Urteil.¹⁴⁴⁵ Im Falle der Festsetzung durch die Schiedsperson wäre § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V die passendere Verweisnorm.¹⁴⁴⁶ Vertreten wird auch die Leistungsklage¹⁴⁴⁷ gemäß § 54 Abs. 5 SGG in Form der Ersetzung der Leistungsbestimmung, § 319 Abs. 1 S. 2 BGB analog, als zulässige Klageart.¹⁴⁴⁸ Auch in der Rechtsprechung werden unterschiedliche Rechtsauffassungen vertreten. So wird teilweise davon ausgegangen, eine Ersetzungsklage sei zulässig,¹⁴⁴⁹ teilweise wird dies abgelehnt und nur eine Feststellungsklage¹⁴⁵⁰ als zulässig angesehen.

aa) Leistungs- oder Ersetzungsklage

Richtigerweise ist danach zu differenzieren, was der Kläger in seiner Klage be-
antragt. Geht es darum, den Beklagten zur Leistung zu verurteilen, die hier darin

¹⁴⁴¹ BGH, Urteil vom 17.1.2013 – III ZR 10/12 – NJW 2013, 1296, 1297 f.; *Grüneberg* in: Palandt, BGB, § 319, Rn. 8; *Hager* in: Erman, BGB, § 319, Rn. 12; *Schulze* in: Hk-BGB, § 319, Rn. 5.

¹⁴⁴² *Böttiger* in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 54, Rn. 3.

¹⁴⁴³ *Becker/Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 69, Rn. 42; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 66. Im Falle von Streitigkeiten über die Vergütung geht auch *Engelmann* von einer Leistungsklage aus, in der eine Inzidentkontrolle der Billigkeit erfolgen müsse. Damit ist im sozialgerichtlichen Verfahren nach *Engelmann* wohl auch die Leistungsklage als statthaft anzusehen.

¹⁴⁴⁴ *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 116.

¹⁴⁴⁵ *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 116; *Bäune* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, § 73b, Rn. 23; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 66.

¹⁴⁴⁶ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (aa) (ddd).

¹⁴⁴⁷ So zu § 132a SGB V *Planholz*, RsDE 2007, 1, 21.

¹⁴⁴⁸ *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, 15; *Nebendahl* in: Spickhoff, MedR, § 73b SGB V, Rn. 23.

¹⁴⁴⁹ SG München, Urteil vom 16.7.2014 – S 28 KA 696/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 28.

¹⁴⁵⁰ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 33 f.; LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48.

besteht, ihn zu verpflichten, ein neues Schiedsverfahren durchzuführen, so ist die Leistungsklage mögliche Klageart. Wird beantragt, die Festsetzung für unverbindlich zu erklären mit der Folge der Ersetzung durch das Gericht, ist eine Gestaltungsklage naheliegend. Mangels gesetzlicher Regelungen ist diese aber auch als Form der Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG einzuordnen. Im Folgenden wird daher nur von einer Ersetzungsklage gesprochen.

Tatsächlich würde es sich bei der ersten Klagevariante – Verurteilung zu einer Leistung – um eine Klage gerichtet auf Abgabe einer Willenserklärung handeln, § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 894 ZPO, wenn sie gegen die Gemeinschaft gerichtet ist. Ihr Antrag auf Durchführung eines Schiedsverfahrens gilt mit dem Urteil als abgegeben, § 202 S. 1 SGG i.V.m. § 894 S. 1 ZPO. Bei Klagen gegen die Krankenkasse ist die Leistungsklage gerichtet auf Duldung der Durchführung eines neuen Schiedsverfahrens. Diese Form der Leistungsklage wäre jedoch nicht statthaft. Die Krankenkassen sind qua Gesetz verpflichtet, ein Schiedsverfahren durchzuführen, die Gemeinschaften aber nicht. Ihnen würde durch eine Verpflichtung zur Durchführung ihr Wahlrecht genommen, das ihnen gesetzlich eingeräumt ist.

bb) Zulässigkeit einer gerichtlichen Festsetzung

Somit bleibt nur eine Ersetzungsklage als Klageart möglich. Zugrunde liegt die Frage, ob eine gerichtliche Festsetzung überhaupt zulässig ist. Hieraus ergibt sich auch der zur statthaften Klageart bestehende Streit. Nur, wenn das Gericht eine Leistungsbestimmung vornehmen kann, handelt es sich um eine statthafte Klageart. Lehnt man dies ab, so kommt nur eine Feststellungsklage in Betracht, die im Falle der Rechtswidrigkeit des Schiedsspruchs zur Folge hätte, dass ein neues Schiedsverfahren durchzuführen ist und die Schiedsperson entsprechend der Rechtsauffassung des Gerichts entscheiden muss.

Gegen die Möglichkeit der Ersetzung und damit die Statthaftigkeit einer Ersetzungsklage könnten die Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts nach § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V sprechen. Es handelt sich um eine umfassende vertragliche Regelung, die ggf. gänzlich zu ersetzen ist, wenn nicht bloß einzelne Punkte unverbindlich oder unwirksam sind.¹⁴⁵¹ Eine Entscheidung durch das Gericht könnte man als nicht sachgerecht ansehen. So argumentiert auch der 6. Senat des Bundessozialgerichts in seiner Entscheidung zu § 73b SGB V vom 25. März

¹⁴⁵¹ Zu teilweiser Unbilligkeit oder Nichtigkeit vgl. Abschnitt 2, E. V. 5.

2015. Nach dessen Auffassung können Gerichte keine umfassenden Verträge festsetzen, da es an der erforderlichen Kenntnis der Umstände fehle, insbesondere ohne die Kooperation der Parteien, weshalb es der Hilfe Sachverständiger bedürfe. Es könne lediglich eine punktuelle Entscheidung nach dem Maßstab der Angemessenheit getroffen werden, beispielsweise zur Höhe der Vergütung. Es gebe bisher auch keine sozialgerichtliche Entscheidung, in der eine solche Festsetzung vorgenommen worden sei.¹⁴⁵² Diese Argumentation kann nicht überzeugen. Es handelt sich hierbei lediglich um Praktikabilitätsabwägungen und keine rechtliche Begründung. Auch in anderen Gerichtsverfahren kann es am notwendigen Wissen fehlen, so dass auf Sachverständige zurückgegriffen werden muss. Auch das Argument, punktuell komme eine Festsetzung durch das Gericht in Betracht, ist bei genauerer Betrachtung schwach. Eine genaue Abgrenzung, was noch als punktuelle Frage anzusehen ist und was nicht mehr, kann im konkreten Fall schwierig sein und würde zu Rechtsunsicherheit führen. Zudem macht die Quantität der zu behandelnden Punkte keinen Unterschied, ob es besonderer Sachkunde bedarf oder nicht. Dass das Gericht die punktuelle Entscheidung grundsätzlich für möglich hält (dies wird ausdrücklich offen gelassen)¹⁴⁵³, zeigt, dass es eine Ersetzung nicht per se für unmöglich hält. Faktisch werden bei Klagen auch nur bestimmte Punkte, die der Kläger für unbillig oder nichtig hält, angegriffen, weshalb eine teilweise gerichtliche Festlegung möglich erscheint. Eine solche ist grundsätzlich zulässig, es wird nicht das ganze Vertragswerk generell unverbindlich, wenn nur einzelne Fragestellungen unverbindlich sind.¹⁴⁵⁴ Anders entschied dagegen der 3. Senat des Bundessozialgerichts zu § 132a SGB V. Nach dessen Auffassung kann das Klageziel nur durch eine Ersetzungsklage nach § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V i.V.m. §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 S. 2 BGB erreicht werden; statthaft sei damit nur diese Sonderform der Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG.¹⁴⁵⁵ Eine Begründung für diese Auffassung, die über den bloßen Hinweis darauf, dass eine Neubescheidungsklage nach § 54 Abs. 1 SGG mangels Verwaltungsakts ausscheide, findet sich jedoch nicht. Unterschiede zwischen den Schiedspersonen nach § 73b SGB V und § 132a SGB V sind in diesem Punkt aber auch nicht erkennbar. Der 6. Senat des Bundessozialgerichts bezieht sich zwar darauf, dass bisher überwiegend die Vergütung im

¹⁴⁵² BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 33 f.

¹⁴⁵³ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 33 f.

¹⁴⁵⁴ Vgl. hierzu Abschnitt 2, E. V. 5.

¹⁴⁵⁵ BSG, Urteil vom 25.11.2011 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 132 f.

Mittelpunkt der Klagen zu § 132a SGB V stand, was im Einklang mit der grundsätzlichen Möglichkeit der gerichtlichen Festsetzung zu einzelnen Fragestellungen stünde. Jedoch ist die Schiedsperson nicht auf Festsetzungen zur Vergütung beschränkt, sondern kann ebenfalls umfassende Vertragswerke schaffen, was der 6. Senat auch selbst erkennt.¹⁴⁵⁶ Auch mit diesem Argument lässt sich kein Unterschied zwischen den Schiedsverfahren annehmen.

Der 6. Senat des Bundessozialgerichts setzt sich nicht mit der Anwendbarkeit von § 319 Abs. 1 S. 2, 1. HS BGB auseinander, der über die Annahme der Anwendung von §§ 317 ff. BGB grundsätzlich auch anzuwenden ist, sofern nicht die Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts entgegenstehen. Berücksichtigt man den gesetzgeberischen Willen, der in § 73b SGB V verschiedentlich zum Ausdruck kommt, so wird die Annahme der Statthaftigkeit der Ersetzungsklage diesem gerechter als eine bloße Feststellungsklage. Diese hätte zur Folge, dass ein neues Schiedsverfahren durchzuführen ist, was unter Umständen länger dauert als ein gerichtliches Verfahren, in dem die Leistungsbestimmung ersetzt wird. Die Anwendung der allgemeinen zivilrechtlichen Regeln führt auch nicht dazu, dass der Schiedsspruch während des Verfahrens nicht umsetzbar ist. Erst, wenn das Gericht festgestellt hat, dass die Leistungsbestimmung unbillig und damit unverbindlich ist, liegt keine Bindung der Parteien vor. Damit steht die Anwendung des § 319 Abs. 1 S. 2, 1. HS BGB auch nicht im Widerspruch zu der Intention des Gesetzgebers sowie sozialrechtlicher Wertungen nach § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V. Eine Leistungsklage in Form der Ersetzungsklage hat keine aufschiebende Wirkung.¹⁴⁵⁷ Somit bestünde kein vertragsloser Zustand, da die Parteien zunächst an den Schiedsspruch gebunden wären.

Aufgrund der Annahme des Maßstabes des billigen Ermessens, nach dem die Schiedsperson entscheidet, erscheinen solche Klagen ebenfalls als möglich. Die Entscheidung nach der Billigkeit ist einem Gericht möglich, es soll gerade nicht nach freiem Belieben entschieden werden.¹⁴⁵⁸ Insbesondere findet auch nicht der zurückgenommene Maßstab der offenbaren Unbilligkeit Anwendung. Der 6.

¹⁴⁵⁶ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 33 f.

¹⁴⁵⁷ Dieses Problem wurde auch bei Streichung der Regelung zur aufschiebenden Wirkung von Klagen gegen die Festsetzung der Schiedsperson in § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V a.F. erkannt, aber der Bedarf einer Regelung, dass der Schiedsspruch weiterhin umzusetzen sei, mit der hier geführten Argumentation abgelehnt, vgl. BT-DS 17/7274, S. 5 f., 29.

¹⁴⁵⁸ So schon *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S. 46.

Senat des Bundessozialgerichts geht hiervon ebenfalls aus, wodurch die Ablehnung der Ersetzungsklage noch weniger trägt. Die gerichtliche Entscheidung, es habe eine Neuentscheidung durch die Schiedsperson zu erfolgen, die nach der Rechtsauffassung des Gerichts zu erfolgen habe, verlangt von dem Gericht ebenfalls die Auseinandersetzung mit den zu machenden Vorgaben. Zudem muss es eine Prüfung der Unbilligkeit vornehmen, wobei ebenfalls eine genaue Auseinandersetzung mit dem Schiedsspruch erforderlich ist. Dabei ist ggf. auch auf die Fachkunde eines Sachverständigen zurückzugreifen, was wiederum aufzeigt, dass die Begründung des 6. Senats nicht trägt.

Eine Feststellungsklage hätte lediglich zur Folge, dass festgestellt wird, dass der Schiedsspruch rechtswidrig und somit nicht verbindlich und unwirksam ist. Die Krankenkassen sind jedoch verpflichtet, Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung zu schließen. Die Möglichkeit einer Feststellungsklage widerspricht dem gesetzgeberischen Willen. Eine Gemeinschaft könnte nur auf Feststellungsklagen; damit würde sie aber das nach ihrer freien Entscheidung begonnene und nicht mehr einseitig zu beendigende Verfahren konterkarieren.¹⁴⁵⁹ Auch ihr soll damit die Feststellungsklage nicht eröffnet sein.

Abschließend lässt sich festhalten, dass die Ersetzungsklage als besondere Form der Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG statthafte Klageart ist. Eine Feststellungsklage ist damit subsidiär und nicht statthaft.¹⁴⁶⁰ Aufgrund der ergangenen Rechtsprechung ist jedoch in der Praxis eine Feststellungsklage zu erheben, solange eine Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung nicht absehbar ist, um nicht Gefahr zu laufen, dass die Klage als unzulässig abgewiesen wird.

cc) Auslegung oder Umdeutung in eine Leistungsklage

Wird nun nur die Feststellung begehrt, der Schiedsspruch sei unbillig oder verstoße gegen höherrangiges Recht, so kann weder eine Auslegung entsprechend § 133 BGB¹⁴⁶¹, noch eine Umdeutung in eine Leistungsklage vorgenommen werden. Dies entspricht nicht dem Willen des Klägers. Es gilt zwar der Untersuchungsgrundsatz nach § 103 SGG, auch eine Bindung an die Anträge ist nach § 123 SGG nicht gegeben. Jedoch liegt es bei dem Kläger, den Verfahrensge-

¹⁴⁵⁹ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 2. b).

¹⁴⁶⁰ A.A.: Rademacker in: Kasseler Kommentar, § 73b SGB V, Rn. 46.

¹⁴⁶¹ Aussprung in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 123, Rn. 15.

genstand zu bestimmen, das Gericht entscheidet nur über die erhobenen Ansprüche.¹⁴⁶² Es darf gemäß § 88 VwGO nichts zusprechen, was nicht beantragt ist, wobei § 123 SGG entsprechend auszulegen ist.¹⁴⁶³ Eine Anfechtungsklage mag zwar im Einzelfall als Verpflichtungsklage auszulegen oder umzudeuten sein,¹⁴⁶⁴ eine Feststellungsklage und eine Leistungsklage weichen aber so weit von einander ab, dass dies hier nicht anzunehmen ist. Zudem sind strenge Anforderungen zu stellen, insbesondere im vorliegenden Fall, bei dem eine anwaltliche Vertretung der Regelfall ist. Eine entsprechende Auslegung sowie Umdeutung scheitern somit.

6. Klagegegner

Die Bestimmung des Klagegegners verursacht aufgrund einer Klarstellung im Gesetz keine Probleme mehr. Die genaue Einordnung der klarstellenden Norm verlangt jedoch nach einer kurzen Erläuterung.¹⁴⁶⁵

a) Allgemeines

Vorgaben zum Klagegegner finden sich im SGG, anders als in der VwGO, die allgemeine Vorschriften in § 78 VwGO beinhaltet, gegen wen die Klage zu richten ist, nicht.¹⁴⁶⁶ Eine entsprechende Heranziehung kommt auch nicht in Betracht, da es sich gerade nicht um eine Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage handeln kann, § 78 VwGO jedoch nur für diese Klagearten greift. Lediglich § 70 SGG ist zu berücksichtigen, der Vorgaben zur Beteiligungsfähigkeit enthält. Beteiligtenfähig sind nach § 70 Nr. 1 SGG natürliche und juristische Personen, wovon die Gemeinschaften, Krankenkassen, aber auch Schiedspersonen fallen. Gegen wen die Klage zu richten ist, ergibt sich hieraus aber nicht. Vielmehr muss der Klagegegner allgemein bestimmt werden. Maßgeblich ist die jeweilige Klageart. Bei Leistungsklagen ist die Klage gegen die Person zu richten, der gegenüber ein behauptetes Recht geltend gemacht wird.¹⁴⁶⁷ Nur rechtsfähige oder teilrechtsfähige Personen kommen in Betracht.¹⁴⁶⁸ Es greift das Rechtsträgerprinzip,

¹⁴⁶² *Leitherer* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 92, Rn. 11.

¹⁴⁶³ *Aussprung* in: Ross/Wahrendorf, SGG, § 123, Rn. 2.

¹⁴⁶⁴ *Keller* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 123, Rn. 3b.

¹⁴⁶⁵ Vgl. zum Klagegegner bereits die Ausführungen im Zusammenhang mit der Beleihung, Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (f) (ee) (ccc).

¹⁴⁶⁶ *Meissner* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 78 (2005), Rn. 2.

¹⁴⁶⁷ *W.-R. Schenke* in: Kopp/Schenke, VwGO, § 78, Rn. 2.

¹⁴⁶⁸ *Ehlers*, Jura 2006, 351, 356.

die Klage ist gegen die juristische Person des öffentlichen Rechts zu richten, die den geltend gemachten Anspruch zu erfüllen hat, im Falle der Geltendmachung gegenüber Privatpersonen sind diese zu verklagen.¹⁴⁶⁹ Bei Feststellungsklagen ist die Klage gegen einen am streitigen Rechtsverhältnis Beteiligten zu richten, dem gegenüber das Bestehen oder Nichtbestehen des Verhältnisses festgestellt werden soll.¹⁴⁷⁰ Auch hier greift das Rechtsträgerprinzip.¹⁴⁷¹

In der vorliegenden Dreieckskonstellation zwischen Krankenkasse, Gemeinschaft und Schiedsperson erscheint, da die Schiedsperson den Vertragsinhalt festsetzt, eine Klage gegen diese als naheliegend. Sie stellt in Bezug auf die Festsetzung des Vertragsinhaltes die maßgeblich handelnde Person dar. Voraussetzung dafür wäre, dass sie dazu verpflichtet ist, den Schiedsspruch abzuändern oder das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses zu ihr streitig ist. Diese grundsätzliche Möglichkeit hat in der Vergangenheit für Diskussionen gesorgt. Die Schiedsperson konnte sich Verfahren im einstweiligen Rechtsschutz oder Klagen ausgesetzt sehen, nachdem sie eine Entscheidung getroffen hatte.

b) Inhalt und Bedeutung des § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V

Mit dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz¹⁴⁷² wurde sodann ein neuer § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V eingeführt, der eine Regelung zum Klagegegner enthält. Dadurch sollte eine Klarstellung erfolgen, auch, um eine widersprüchliche Rechtsprechung zu vermeiden.¹⁴⁷³ § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V besagt, dass Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhalts sich gegen eine der beiden Vertragsparteien, nicht gegen die Schiedsperson richten. Die Einbeziehung der Schiedsperson soll im gerichtlichen Verfahren gerade nicht erfolgen, um deren Entscheidungsfreiheit zu stärken. Die Klage richtet sich gegen den Vertrag, der zwischen den Parteien zustande gekommen ist.¹⁴⁷⁴ Zu verklagen ist somit die andere Partei, also die Krankenkasse oder die Gemeinschaft.

¹⁴⁶⁹ *Meissner* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 78 (2005), Rn. 48.

¹⁴⁷⁰ *W.-R. Schenke* in: Kopp/Schenke, VwGO, § 78, Rn. 2; *Meissner* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 78 (2005), Rn. 49.

¹⁴⁷¹ *Meissner* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § 78 (2005), Rn. 49.

¹⁴⁷² Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) vom 22.12.2011, BGBl. I, S. 2983 ff.

¹⁴⁷³ BT-DS 17/6906, S. 56.

¹⁴⁷⁴ *Sproll* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 73b SGB V, Rn. 51a.

c) **Dogmatische Einordnung von § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V**

Offen bleibt an dieser Stelle die dogmatische Einordnung der gesetzlichen Regelung in § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V. Bei alleiniger Zugrundelegung der allgemeinen Ausführungen und damit des Rechtsträgerprinzips wird man die Norm als konstitutiv ansehen müssen. Dies ist der Fall, wenn man die Festsetzung der Schiedsperson isoliert von ihrer Rechtsnatur betrachtet. Jedoch könnte man auch eine rein deklaratorische Bedeutung annehmen, wenn sich dies aus dem Charakter der Tätigkeit der Schiedsperson als Leistungsbestimmung entsprechend der §§ 317 ff. BGB ergibt. Wie bereits festgestellt, handelt es sich bei der Leistungsbestimmung um eine Ersetzung der Willenserklärungen der Parteien und nicht eine eigene Willenserklärung der Schiedsperson, sofern es um die Festsetzung selbst geht.¹⁴⁷⁵ Wenn aber die Erklärung der Schiedsperson als Willenserklärung der Parteien anzusehen ist, liegt keine Handlung der Schiedsperson vor, an die ein Anspruch geknüpft werden kann und auf die sich ein gerichtliches Vorgehen stützen kann. Dann ist die Vorschrift, wie es auch die Begründung zum Gesetzesentwurf selbst besagt, lediglich klarstellender Natur.

Bezieht man eine historische Betrachtung der Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten mit ein, so findet man in den Motiven zum Entwurf des BGB lediglich die Aussage, der Prozess werde „selbstverständlich nicht gegen den Dritten, sondern zwischen den Kontrahenten geführt“.¹⁴⁷⁶ Genauere Erklärungen werden nicht abgegeben, diese Tatsache wurde als selbstverständliche angenommen. Nur im Kontext kann man erahnen, dass dem historischen Gesetzgeber das Bild eines Dritten vorschwebte, der keine eigenständige Willenserklärung abgibt, sondern nur eine solche der Parteien ersetzt. Dies lässt sich den Erläuterungen dazu entnehmen, der Dritte sei kein Schiedsrichter, sondern solle „an Stelle“ der Parteien entscheiden und den „Vertragswillen ergänzen“.¹⁴⁷⁷ Dem Dritten kommt danach keine eigenständige Position zu, was den Vertragsschluss betrifft. Schließlich ist er nur Vertragshelfer. Damit kann er auch nicht selbst verklagt werden, was aus der Grundannahme zu seiner Rechtsposition geschlossen werden kann und keiner weitergehenden Erläuterung bedarf. Die heutigen Normen zur Leistungsbestimmung sind im Wesentlichen wortgleich mit

¹⁴⁷⁵ Den Parteien gegenüber handelt es sich trotzdem um eine Handlung mit Rechtsqualität, vgl. hierzu den Abschnitt 2, E. I. 3.

¹⁴⁷⁶ Mot. II, S. 195.

¹⁴⁷⁷ Mot. II, S. 195.

denen der Ursprungsfassung des BGB.¹⁴⁷⁸ Somit kann man die bereits damals gemachten Erwägungen heranziehen. Auch heute wird überwiegend vertreten, dass es sich um eine Willenserklärung handelt, die nur Rechtswirkungen für die Parteien, nicht aber den Dritten erzeugt.¹⁴⁷⁹ Daher ist nur eine Klage gegen die andere Partei möglich. Dies steht auch im Einklang mit dem Rechtsträgerprinzip, da die Handlung, an die der Anspruch geknüpft und auf die die Klage gestützt werden kann, nur eine Handlung der anderen Partei sein kann, als deren Willenserklärung die Festsetzung anzusehen ist.

Somit ist die Tatsache, dass die Klage gegen eine der Parteien zu richten ist, bereits notwendige Folge aus der Einordnung der Tätigkeit der Schiedsperson als Leistungsbestimmung. § 73b Abs. 4a S. 5 SGB V ist nur deklaratorischer, nicht aber konstitutiver Natur.¹⁴⁸⁰ Diese Einordnung führt dazu, die andere Partei als maßgeblichen Rechtsträger anzusehen.

7. Beiladung

Aufgrund der vielfältigen Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkasse, Gemeinschaft, Schiedsperson und ggf. der Aufsichtsbehörde stellt sich die Frage einer Beiladung von Beteiligten. Hier soll es wiederum nur um die Situation der Einlegung von Rechtsmitteln gegen die Festsetzungen der Schiedsperson gehen, nicht gegen die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde. Diese Frage wurde bereits an anderer Stelle geklärt.¹⁴⁸¹

a) Notwendige Beiladung, § 75 Abs. 2 SGG

Zunächst ist an eine notwendige Beiladung zu denken. Diese ist in § 75 Abs. 2 SGG geregelt. Sie ist insofern von Bedeutung, da das Gericht bei Vorliegen der Voraussetzungen eine Beiladung vornehmen müsste. Ermessen kommt ihm hier nicht zu. Eine notwendige Beiladung ist erforderlich, wenn an dem streitigen Rechtsverhältnis Dritte derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann. Dies ist dann der Fall, wenn in die Rechtssphäre eines Dritten unmittelbar eingegriffen wird; der Streitgegenstand

¹⁴⁷⁸ Dort fanden sich die Vorschriften zur Leistungsbestimmung durch einen Dritten in den §§ 355 ff. BGB a.F., vgl. *Achilles*, Protokolle der Kommission, S. 467 f.

¹⁴⁷⁹ Vgl. Abschnitt 2, E. I. 3.

¹⁴⁸⁰ So auch *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 302.

¹⁴⁸¹ Vgl. Abschnitt 2, B. V. 6.

zwischen den Parteien und dem Dritten muss dabei identisch sein.¹⁴⁸² Die Beiladung führt dazu, dass es sich bei den Beigeladenen um Beteiligte des Verfahrens handelt, § 69 Nr. 3 SGG, weshalb das ergehende Urteil nach § 141 Abs. 1 Nr. 1 SGG mit Rechtskraft auch für sie bindend ist.

Eine notwendige Beiladung der Aufsichtsbehörde ist von vorneherein auszuschließen. Sollte die Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde festgelegt worden sein, so hat sich die Aufgabe der Aufsichtsbehörde hierin erschöpft, mit der Festsetzung durch die Schiedsperson hat sie nichts mehr zu tun. Auch die andere Vertragspartei kann nicht notwendig beigeladen werden, da sie Klagegegner ist. In Betracht kommt allenfalls die notwendige Beiladung der Schiedsperson. Dazu müsste die Entscheidung des Gerichts auch ihr gegenüber nur einheitlich ergehen können. Eine Identität des Streitgegenstandes lässt sich bejahen, da es um die Festsetzung des Vertragsinhaltes geht. Mit der Festsetzung hat sich die Aufgabe der Schiedsperson aber erschöpft. Die Festsetzungen sind als Willenserklärungen der Parteien anzusehen. Sollte das Gericht zu dem Ergebnis kommen, dass die Festsetzung nicht mit höherrangigem Recht vereinbar oder unbillig ist, sind die betroffenen Regelungen unwirksam und zu ersetzen. Die bisherige Schiedsperson ist nicht bis zum Abschluss ggf. stattfindender Verfahren zuständig und ist auch nicht verpflichtet, den Vertrag entsprechend zu ändern. Vielmehr ist ihre Tätigkeit beendet. Ihre Rechtssphäre wird durch eine Entscheidung nicht mehr berührt, da ein weiteres Tätigwerden ihrerseits nicht zu erfolgen hat. Somit muss sie auch nicht an die Entscheidung gebunden werden und ist nicht notwendig beizuladen.¹⁴⁸³

b) Einfache Beiladung, § 75 Abs. 1 S. 1 SGG

Es kommt lediglich eine einfache Beiladung der Schiedsperson nach Ermessen gemäß § 75 Abs. 1 S. 1 SGG in Betracht. Danach können von Amts wegen oder auf Antrag andere, deren berechnigte Interessen durch die Entscheidung berührt werden, beigeladen werden.¹⁴⁸⁴ Auch wenn die Tätigkeit der Schiedsperson beendet ist, kann sie immer noch ein berechtigtes Interesse daran haben, sich zu ihrem Vorgehen und zu Vorwürfen zu äußern.

¹⁴⁸² *Leitherer* in: Meyer-Ladewig, SGG, § 75, Rn. 10 m.w.N., insbesondere auch zur Rechtsprechung.

¹⁴⁸³ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 34, unter Verweis auf BSG, Urteil zu § 132a SGB V, BSGE 107, 123, 133.

¹⁴⁸⁴ *Straßfeld* in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 75, Rn. 25.

8. Einstweiliger Rechtsschutz

Einstweiliger Rechtsschutz ist in Bezug auf die Festsetzung der Schiedsperson relevant, da der Klage gegen den Schiedsspruch keine aufschiebende Wirkung nach § 86a Abs. 1 S. 1 SGG zukommt, schließlich handelt es sich nicht um eine Anfechtungsklage.¹⁴⁸⁵ Damit scheidet auch die Anordnung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG¹⁴⁸⁶ ebenso wie die Anordnung der Aufhebung der Vollziehung nach § 86b Abs. 1 S. 2 SGG¹⁴⁸⁷ aus. In Betracht kommt nur eine einstweilige Anordnung nach § 86b Abs. 2 SGG in Form einer Sicherungs- oder Regelungsanordnung. Eine einstweilige Anordnung kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in Bezug auf den Streitgegenstand treffen, wenn die Gefahr besteht, dass durch eine Veränderung des bestehenden Zustands die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte. Sie ist auch zur Regelung eines vorläufigen Zustands in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zulässig, wenn eine solche Regelung zur Abwendung wesentlicher Nachteile nötig erscheint. Eine Sicherungsanordnung zielt somit auf den vorläufigen Erhalt des *status quo* ab, die Regelungsanordnung bezweckt eine Veränderung dieses Status'.¹⁴⁸⁸ Geht es um die Verhinderung der Umsetzung eines Schiedsspruchs, kann eine Sicherungsanordnung nichts bewirken. Es bedarf einer Regelungsanordnung.¹⁴⁸⁹ Der Erhalt des *status quo* würde bedeuten, dass die Pflichten aus dem Vertrag zu erfüllen sind. Es bedarf vielmehr einer weitergehenden gerichtlichen Anordnung, aus der sich ergibt, dass keine Pflicht zur Umsetzung des Schiedsspruchs besteht, um effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten.¹⁴⁹⁰ Auch aus der Einordnung als Leistungsbestimmung ergibt sich nichts anderes. Wird eine Klage gegen den Schiedsspruch erhoben, so hat diese keine aufschiebende Wirkung. Dies ergibt sich aus einer fehlenden Regelung in § 73b SGB V sowie den zu §§ 317 ff. BGB entwi-

¹⁴⁸⁵ A.A.: Buchner/Spiegel, NZS 2013, 1, 8.

¹⁴⁸⁶ A.A.: LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 35.

¹⁴⁸⁷ A.A.: LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 2.8.2011 – L 5 KA 1601/11 ER-B – unveröffentlicht, juris Rn. 84.

¹⁴⁸⁸ Wahrendorf in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 86b, Rn. 151.

¹⁴⁸⁹ So auch LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48; LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 3.11.2011 – L 3 KA 104/10 B ER – GesR 2012, 35, 36.

¹⁴⁹⁰ LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48.

ckelten Grundsätzen. So ist eine Unverbindlichkeit erst gegeben, wenn das Gericht diese feststellt. Es ist nicht anzunehmen, dass der Schiedsspruch nach Klageerhebung nicht umsetzbar ist.¹⁴⁹¹ Damit müsste der Vertrag durchgeführt werden.¹⁴⁹² Es bedarf also auch nach Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze der Regelungsanordnung.

In Bezug auf die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung bestehen keine Besonderheiten. Es bedarf insbesondere eines Antrags eines Antragsbefugten, also desjenigen, der möglicherweise in eigenen Rechten verletzt ist oder gefährdet ist.¹⁴⁹³ Zudem müssen ein Anordnungsanspruch sowie ein Anordnungsgrund glaubhaft gemacht werden. Erstere Voraussetzung ergibt sich aus § 86b Abs. 2 S. 4 SGG i.V.m. § 920 Abs. 2 ZPO. Der Anordnungsgrund verlangt eine Eilbedürftigkeit, wobei es darauf ankommt, dass ohne die Anordnung eine erhebliche Rechtsverletzung droht, die in der Hauptsache nicht mehr beseitigt werden kann.¹⁴⁹⁴ Zwar ist eine Rückzahlung der Vergütung möglich, die Rückgewähr der erbrachten ärztlichen Leistung jedoch nur schwierig durchführbar, weshalb eine Rückabwicklung nur in wenigen Fällen durchgreifen wird.¹⁴⁹⁵ Damit kann die Hauptsache nicht alle Folgen beseitigen, die sich aus einer Durchführung eines rechtswidrigen Vertrages ergeben, was den Anordnungsgrund begründet. Der Anordnungsanspruch richtet sich nach dem materiellen Recht, für das einstweilige Maßnahmen ersucht werden, wobei die Anforderungen an das Vorliegen sinken, wenn ein Obsiegen in der Hauptsache nach summarischer Prüfung sehr wahrscheinlich ist.¹⁴⁹⁶ Hier ist zu prüfen, ob die Festsetzung der Schiedsperson gegen billiges Ermessen oder höherrangiges Recht verstößt.

Problematisch erscheint zuletzt ein Verstoß gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache. Dieses besagt, dass im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes nicht bereits die Rechtsposition eingeräumt werden soll, die im Hauptsacheverfahren zuzusprechen ist.¹⁴⁹⁷ Diese Formulierung ist jedoch missverständlich, da es in der Natur der Anordnung, insbesondere der Regelungsanordnung, liegt, dass eine Rechtsposition eingeräumt wird. Ausschlaggebend ist, dass dies nur

¹⁴⁹¹ So aber *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, 8 f.

¹⁴⁹² So auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30 f.; LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48.

¹⁴⁹³ *Wahrendorf* in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 86b, Rn. 164.

¹⁴⁹⁴ *Wahrendorf* in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 86b, Rn. 154.

¹⁴⁹⁵ Vgl. Abschnitt 2, E. V. 7.

¹⁴⁹⁶ LSG Bayern, Beschluss vom 5.10.2015 – L 12 KA 83/15 B ER – GesR 2016, 45, 48.

¹⁴⁹⁷ *Wahrendorf* in: Roos/Wahrendorf, SGG, § 86b, Rn. 201.

vorläufig geschieht und für die Vergangenheit korrigiert werden kann.¹⁴⁹⁸ Die Rechtsposition kann also wieder verloren gehen. Stellt sich in der Hauptsache heraus, dass der Schiedsspruch das billige Ermessen und die gesetzlichen Vorgaben wahrt, so ist er für den gesamten Zeitraum als wirksam und verbindlich anzusehen. Nach der Feststellung der Rechtswidrigkeit im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes wurde jedoch erreicht, dass die Bindung an den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung nicht besteht. Dies hat zur Folge, dass die Leistungen in einem Zeitraum nicht zu erbringen waren, insbesondere auch nicht gegenüber den Versicherten. Dies lässt sich nicht mehr rückgängig machen, ist jedoch hinzunehmen. Schließlich muss die Abwägung die Wahrscheinlichkeit des Obsiegens ergeben, damit überhaupt eine Anordnung ergeht. Auch sind Ausnahmen zum Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache anerkannt. Es werden in diesem Fall höhere Anforderungen an das Vorliegen von Anordnungsanspruch und Anordnungsgrund gestellt.¹⁴⁹⁹ Es liegt in der Natur der gegebenen Vertragssituation, dass einstweiliger Rechtsschutz einen vertragslosen Zustand hervorruft. Effektiver Rechtsschutz lässt sich aber nur so erreichen. Ein Verstoß gegen das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache ist nicht anzunehmen. Einstweiliger Rechtsschutz kann beantragt werden.

F. Verhältnis zu weiteren Rechtsquellen

Der Schiedsspruch stellt nicht die einzige Rechtsquelle dar, die im Bereich der hausarztzentrierten Versorgung eine Rolle spielt. Bewusst wird an dieser Stelle von Rechtsquellen gesprochen, da es sich nicht nur um Rechtsnormen im formellen und materiellen Sinne handelt, auch die Beitrittserklärungen der Versicherten sind hier einzuordnen.¹⁵⁰⁰ Diese Frage betrifft bei genauer Betrachtung nicht den Schiedsspruch im eigentlichen Sinne, sondern vielmehr den durch diesen erzeugten Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung. Dieser ist in ein Verhältnis zu weiteren Rechtsquellen zu setzen. Da die Trennung zwischen Schiedsspruch und

¹⁴⁹⁸ Keller in: Meyer-Ladewig, SGG, § 86b, Rn. 31.

¹⁴⁹⁹ Wehrhahn in: Breitzkreuz/Fichte, SGG, § 86b, Rn. 73.

¹⁵⁰⁰ Vgl. zum Begriff der Rechtsquelle: Kelsen, Reine Rechtslehre, S. 238 f. Dieser lehnt den Begriff als zu ungenau ab. Für ihn fallen auch individuelle Rechtsnormen neben staatlichen Normen unter den Begriff Recht. Jedoch ist es überzeugender, einen abgrenzenden Oberbegriff zu finden, da ansonsten nicht deutlich wird, wo der Unterschied zwischen Verträgen und formellem und materiellem Recht liegt. Es soll daher von Rechtsquellen gesprochen werden und darunter staatliche und individuelle Rechtsnormen verstanden werden.

Vertrag wie bereits geschildert bei Tätigwerden der Schiedsperson schwer fällt und es sich jedenfalls um eine Folgefrage handelt, die direkt aus der Vertragsfestsetzung resultiert, bedarf sie der Klärung.

I. Verhältnis zu den Satzungen der Krankenkassen

Wie jeder andere Versicherungsträger geben sich die Krankenkassen nach § 34 Abs. 1 S. 1 SGB IV eine Satzung. Diese Satzung bedarf der Genehmigung durch die zuständige Behörde, was sich aus den Vorschriften der Versicherungszweige ergibt. Weitere Vorgaben allgemeiner Natur für die Träger der gesetzlichen Krankenversicherung enthalten die §§ 194 ff. SGB V. Zudem haben die Satzungen der Krankenkassen nach § 73b Abs. 3 S. 8 SGB V Regelungen zur Abgabe der Teilnahmeerklärung zu enthalten; die Regelungen sind auf der Grundlage der Richtlinie nach § 217f Abs. 4a SGB V zu treffen. Genauere Vorgaben macht das Gesetz in dieser Vorschrift jedoch nicht. § 217f Abs. 4a SGB V besagt in S. 1 lediglich, dass der Spitzenverband Bund der Krankenkassen in einer Richtlinie allgemeine Vorgaben zu den Regelungen nach § 73b Abs. 3 S. 8 SGB V festlegt. Nach S. 2 bedarf die Richtlinie der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit. Wie die Satzungen im Verhältnis zu den (auf einem Schiedsspruch basierenden)¹⁵⁰¹ Verträgen nach Abs. 4 (i.V.m. Abs. 4a) stehen, wird nicht geregelt.¹⁵⁰²

Das Verhältnis des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung zu den Satzungen der Krankenkassen lässt sich – zumindest auf den ersten Blick – nicht mit

¹⁵⁰¹ Im Folgenden wird lediglich von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung gesprochen, wobei hierunter auch die durch Schiedsspruch zustande gekommenen Verträge fallen.

¹⁵⁰² Genauere Ausführungen zu den Satzungen unter Wiedergabe von Praxisbeispielen, jedoch auf der Basis der alten Rechtslage, bei der noch die Satzungen und nicht die Beitrittserklärungen eine maßgebliche Rolle spielten, finden sich bei *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b, Rn. 11 ff. Eine weitere Regelung zur hausarztzentrierten Versorgung und den Satzungen der Krankenkassen findet sich in § 53 SGB V, der Vorgaben für Wahltarife regelt. Nach § 53 Abs. 3 SGB V hat die Krankenkasse in ihrer Satzung zu regeln, dass für Versicherte, die an der besonderen Versorgungsform nach § 73b SGB V teilnehmen, Tarife angeboten werden. Für diese Versicherten kann die Krankenkasse eine Prämienzahlung oder Zuzahlungsermäßigungen vorsehen. Die Krankenkassen sind verpflichtet, in diesem Fall einen Wahltarif vorzusehen, vgl. *Lang* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 53, Rn. 15. Alle an der hausarztzentrierten Versorgung teilnehmenden Versicherten können den Wahltarif beanspruchen, vgl. *Nolte* in: Kasseler Kommentar, § 53 SGB V, Rn. 25.

der üblichen hierarchischen Einteilung der Normen erklären. Dass eine Rangordnung der Normen existiert, ist inzwischen gefestigte herrschende Auffassung.¹⁵⁰³ Danach steht – vereinfacht gesprochen, also ohne Einbeziehung von EU-, Völker- und Landesrecht – an oberster Stelle das Verfassungsrecht, gefolgt von zwingenden formellen Gesetzen und sodann von materiellen Gesetzen, wozu zunächst die Rechtsverordnung und sodann die Satzung zu nennen sind.¹⁵⁰⁴ Erst danach folgen (öffentlich-rechtliche) Verträge. Steht eine Norm an späterer Stelle in dieser Hierarchie, führt dies grundsätzlich dazu, dass sie als niedrigeres Recht im Falle einer Normenkollision durch höherrangiges Recht gebrochen wird.¹⁵⁰⁵ Sie ist nichtig.¹⁵⁰⁶

Allein nach dieser Normenhierarchie beurteilt müsste man davon ausgehen, dass die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung die Vorgaben der Satzungen der Krankenkassen zu wahren haben. Insbesondere wurde eine Einordnung der Verträge nach § 73b SGB V als Normenverträge abgelehnt, sodass sie in der Rangfolge als reine Verträge grundsätzlich nach den Satzungen stehen.

Jedoch stellen Satzungen materielle Gesetze zur Regelung eigener Angelegenheiten – hier der Krankenkassen – dar.¹⁵⁰⁷ Dabei geht es um Satzungen einer Selbstverwaltungskörperschaft. Anders als Satzungen einer Gebietskörperschaft oder autonomen Organen von Gebietskörperschaften, die üblicherweise in den Normenhierarchien angesprochen werden, haben die Satzungen der Krankenkassen nur einen sehr beschränkten Wirkungsbereich. Sie betreffen lediglich die Mitglieder der jeweiligen Selbstverwaltungskörperschaften, hier die Versicherten der jeweiligen Krankenkassen. Die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung werden mit den Gemeinschaften geschlossen, welche die Ärzte vertreten. Diese an die Satzungen der Krankenkassen zu binden, ist nicht möglich. Auch die Schiedsperson ist nicht an die Satzung der Krankenkasse gebunden,¹⁵⁰⁸ da sie

¹⁵⁰³ Diese als Normenhierarchie, Rangordnung der Normen oder auch Normenpyramide bezeichnete Kategorisierung von Normen geht zurück auf *Adolf Merkl* und wurde von *Hans Kelsen* weiterentwickelt. Vgl. hierzu *Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, S. 209 ff., 228 ff.; *Merkl*, *Jur. Blätter* 1918, 425 ff., 444 ff., 463 ff., insb. 425 ff. zur „Normenpyramide“, so die Bezeichnung *Merkl's*.

¹⁵⁰⁴ *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 273. Zu den Rechtsquellen im Sozialrecht genauer: *Eichenhofer*, *Sozialrecht*, Rn. 159 ff.

¹⁵⁰⁵ *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 272.

¹⁵⁰⁶ *Ipsen*, *Staatsrecht I*, Rn. 780.

¹⁵⁰⁷ *Köster* in: *Kreikebohm*, *SGB IV*, § 37, Rn. 3.

¹⁵⁰⁸ So auch von *Alemann/Scheffczyk*, *NZS* 2012, 45, 50.

zumindest in ihrer Funktion kein Mitglied der Krankenkasse ist. Bei der Annahme einer Bindung käme der Satzung eine Wirkung über den Bereich eigener Angelegenheiten zu. Der vermeintliche Widerspruch zur Normenhierarchie lässt sich mit dieser Argumentation auflösen: Die Krankenkassen als Normgeber der Satzungen sind nicht identisch mit den vertragsschließenden Parteien, da bei diesen Vorgängen die Gemeinschaften mitwirken. Die Befugnis, Satzungen zu erlassen, erstreckt sich aber nicht auf Dritte.¹⁵⁰⁹ Regelungen in den Satzungen der Krankenkassen sind somit nicht auf höherer Stufe einzuordnen.

Neben dem Argument, das sich aus der Einordnung der Satzung als Binnenrecht der Verwaltung ergibt, spricht nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zudem gegen eine Bindung der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung an die Satzungen, dass die Verträge auch gegen den Willen der Krankenkassen zu schließen seien.¹⁵¹⁰ Die Verträge und Festsetzungen seien somit nicht rechtswidrig, wenn sie gegen die Satzungen verstoßen. Vielmehr treffe die Krankenkassen die Verpflichtung, die Satzung anzupassen.¹⁵¹¹ Dies kann nach obiger Argumentation überzeugen: Das Durchsetzungsmonopol der Gemeinschaften in Bezug auf die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung muss dazu führen, dass den Verträgen eine höherrangige Stellung zukommt. Sie dürfen nach Sinn und Zweck und dem Willen des Gesetzgebers, eine schnelle flächendeckende Versorgung sicherzustellen, nicht durch die Satzungen gebrochen werden, wenn ein Widerspruch auftritt. Die Krankenkassen hätten es sonst in der Hand, faktisch Änderungen bzgl. der Inhalte der Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung vorzunehmen, ohne dass es der Beteiligung der Gemeinschaften bedürfte.¹⁵¹² Dies widerspräche wiederum der Stellung der Gemeinschaften als maßgebliche Instanz. § 73b Abs. 3 S. 8 SGB V sieht vor, dass die Satzungen Regelungen zu den Beitrittserklärungen festlegen. Damit wird deutlich, dass es um einen spezifischen Bereich geht und die von Abs. 4 erfassten Bereiche auch den Verträgen nach Abs. 4 vorbehalten bleiben sollen.¹⁵¹³

¹⁵⁰⁹ Möstl in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, § 20, Rn. 13; von Alemann/Scheffczyk, NZS 2012, 45, 50.

¹⁵¹⁰ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41.

¹⁵¹¹ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41.

¹⁵¹² Adolf in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 109.

¹⁵¹³ So auch, aber zur alten Rechtslage, bei der das Nähere in den Satzungen zu regeln war und noch keine Verlagerung auf die Beitrittserklärungen gegeben war: Engelmann in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 23a.

Dass die Satzungen nicht nichtig, sondern nur rechtswidrig und anzupassen sind, lässt sich ebenfalls mit den allgemeinen Grundsätzen herleiten. Wird der Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung als maßgeblich angesehen und ihm damit eine höhere Stellung eingeräumt, als sie der Satzung zukommt, so könnten die Satzung oder zumindest die widersprechenden Teile nichtig sein.¹⁵¹⁴ Normenkollisionen werden jedoch nur über die Normenhierarchie aufgelöst mit der Folge, dass der höhere Rechtssatz dem nachfolgenden vorgeht.¹⁵¹⁵ Von Nichtigkeit wird nicht gesprochen. Vielmehr bleibt die niedrigere Regelung bestehen, ist aber unanwendbar und wird überlagert.¹⁵¹⁶ Hierfür spricht insbesondere, dass die Rechtsfolge der Nichtigkeit nicht mit der grundgesetzlich vorgegebenen Gewaltenteilung vereinbar wäre; die maßgeblichen Normen werden hier von verschiedenen Rechtssetzern geschaffen. Tritt die höherrangige Regelung außer Kraft, besteht kein kollidierendes Recht mehr, so dass die rangniedrigere Regelung wieder zur Anwendung kommen kann. Auch aus Vertrauensschutzaspekten ergibt eine Anpassungspflicht Sinn.¹⁵¹⁷

Im Krankenversicherungsrecht lässt sich zudem § 195 Abs. 2 S. 1 SGB V als Argument heranziehen. Hierbei handelt es sich um die speziellere, § 89 SGB IV als allgemeine aufsichtsrechtliche Norm verdrängende Vorschrift.¹⁵¹⁸ Diese Norm besagt, dass, wenn sich nachträglich ergibt, dass eine Satzung nicht hätte genehmigt werden dürfen, die Aufsichtsbehörde anordnen kann, dass die Krankenkasse innerhalb einer bestimmten Frist die erforderliche Änderung vornimmt. Die Aufsichtsbehörden prüfen die Rechtmäßigkeit der Satzung, was auch die Vereinbarkeit mit höherrangigem Recht beinhaltet.¹⁵¹⁹ Sodann erteilen sie die erforderliche Genehmigung. Das Recht zur Anordnung besteht in dem Fall, dass

¹⁵¹⁴ Auch für den Fall, dass eine Gleichrangigkeit angenommen wird, ließe sich die gleiche Rechtsfolge darüber annehmen, dass die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung als spezielleres Recht den Satzungen vorgehen. Es greift der *lex specialis*-Grundsatz, vgl. hierzu *Vranes*, *ZaöRV* 65 (2005), 391, 397 ff.

¹⁵¹⁵ *Rüthers*, *Rechtstheorie*, Rn. 272.

¹⁵¹⁶ *Vranes*, *ZaöRV* 65 (2005), 391, 398. Ob im Einzelfall weitergehende Rechtsfolgen greifen, ist nach *Vranes* im Einzelfall zu ermitteln. Bei der Anwendung der sog. Konfliktlösungsregelungen handelt es sich somit um Auslegung, *Vranes*, *ZaöRV* 65 (2005), 391, 400.

¹⁵¹⁷ *Adolf* in; *jurisPK-SGB V*, § 73b, Rn. 109.

¹⁵¹⁸ *Peters* in: *Kasseler Kommentar*, § 195 SGB V, Rn. 6.

¹⁵¹⁹ *Kaempfe* in: *Becker/Kingreen*, *SGB V*, § 195, Rn. 3.

bereits zur Zeit der Prüfung Rechtswidrigkeit vorlag oder wenn diese im Nachhinein entstand.¹⁵²⁰ Eine Pflicht zur Anordnung besteht nicht, sie liegt vielmehr im Ermessen der Aufsichtsbehörde.¹⁵²¹ Jedoch kann man aus der Regelung den Schluss ziehen, dass Satzungen beim Verstoß gegen höherrangiges Recht nicht per se nichtig sind, sondern angepasst werden sollen. Von Nichtigkeit ist nur dann auszugehen, wenn eine offensichtliche Gesetzeswidrigkeit vorliegt.¹⁵²² Dazu müsste sich der Verstoß aufdrängen. Selbst wenn ein Gericht annimmt, eine Satzungsbestimmung sei nichtig, so kann es selbst nicht den Inhalt der Satzung festlegen, da der jeweiligen Krankenkasse ein Ermessen zukommt, wie sie die eigenen Angelegenheiten regelt.¹⁵²³ Allenfalls höchstrichterliche Rechtsprechung kann dazu führen, dass einzelne Bestimmungen einer Satzung nicht anwendbar sind, sollte ein Verstoß gegen höherrangiges Recht vorliegen.¹⁵²⁴ Räumt man den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung eine übergeordnete Stellung ein, so besteht auch im Falle eines Verstoßes gegen einen solchen Vertrag eine Anpassungspflicht. Von einer offensichtlichen Gesetzeswidrigkeit wird man regelmäßig nicht ausgehen können, zumal die genaue Abgrenzung der Regelungen schwierig sein kann. Dabei schränkt der Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung die Satzung nur insoweit ein, als die Regelungen kollidieren. Die Verträge nach § 73b Abs. 4 SGB V gehen somit den Satzungen der Krankenkassen vor; letztere sind anzupassen.¹⁵²⁵

¹⁵²⁰ *Baier* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 195 SGB V, Rn. 4; *Finkenbusch*, WzS 1992, 1, 8; *Kaempfe* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 195, Rn. 4.

¹⁵²¹ *Baier* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 195 SGB V, Rn. 6; *Finkenbusch*, WzS 1992, 1, 8. A.A.: *Klose* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 195 SGB V, Rn. 8, der davon ausgeht, dass eine Pflicht zum Einschreiten besteht. Dies führt hier zu keinem anderen Ergebnis, der Streit ist allein theoretischer Natur.

¹⁵²² *Baier* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 194 SGB V, Rn. 29.

¹⁵²³ *Peters* in: Kasseler Kommentar, § 194 SGB V, Rn. 21.

¹⁵²⁴ *Klose* in: Jahn, SGB für die Praxis, § 195 SGB V, Rn. 6.

¹⁵²⁵ Ebenso von *Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, 50 f. Das von den Autoren ebenfalls herangezogene Argument, Abs. 4a sei erst nach Abs. 3 eingeführt worden und damit gelte der *lex posterior*-Grundsatz, greift jedoch nicht mehr, da der Gesetzgeber Abs. 3 durch das GKV-VSG geändert hat, BGBl. I, S. 1211 ff. So auch (zu alter Rechtslage): LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 – L 5 KA 3838/12 – unveröffentlicht, juris Rn. 93 ff.; *Adolf* in: jurisPK-SGB V, § 73b, Rn. 109; *Engelmann* in: FA Medizinrecht, § 73b SGB V, Rn. 23a; *Wenner*, Vertragsarztrecht, § 11, Rn. 10.

II. Verhältnis zu sonstigen Rechtsnormen

Keine Probleme bereitet die Einordnung des Verhältnisses der Schiedssprüche und Verträge zu sonstigen Rechtsnormen. Dass weiteres höherrangiges Recht, namentlich Rechtsverordnungen, Gesetze im formellen Sinne sowie das Grundgesetz gewahrt werden müssen, ist nach der Kategorisierung nach der Normenhierarchie eine Selbstverständlichkeit.¹⁵²⁶ Maßgeblich für die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen höherrangiges Recht ist die Einordnung als öffentlich-rechtlicher Vertrag. Verstoßen die Verträge und Festsetzungen der Schiedsperson gegen solches höherrangiges Recht, führt dies zwar zur Rechtswidrigkeit, jedoch nicht automatisch zur Nichtigkeit.¹⁵²⁷ Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus § 58 SGB X, da eine Nichtigkeit nur in den dort genannten Fällen in Betracht kommt. Hier spielt insbesondere § 58 Abs. 1 SGB X eine Rolle. Danach ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag nichtig, wenn sich eine Nichtigkeit aus Vorschriften des BGB ergibt. Wird also z. B. gegen ein gesetzliches Verbot entsprechend § 134 BGB verstoßen, so wäre Nichtigkeit anzunehmen.¹⁵²⁸ Ansonsten bleiben rechtsfehlerhafte Verträge bestehen.¹⁵²⁹ Sie sind als rechtswirksam anzusehen.¹⁵³⁰ Es kommt eine Anpassung nach § 59 SGB X in Betracht. Diese kann sich aber nur auf Änderungen der Verhältnisse beziehen.¹⁵³¹ Die Vertragsparteien müssen in diesen Fall eine Änderung des Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung vornehmen, ggf. unter Inanspruchnahme einer weiteren Schiedsperson.

III. Verhältnis zu den Beitrittserklärungen

Sowohl die Versicherten als auch die Ärzte müssen den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung beitreten.

¹⁵²⁶ So im Ergebnis auch BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41.

¹⁵²⁷ *Diering* in: LPK-SGB X, SGB X, § 58, Rn. 1 f.

¹⁵²⁸ Vgl. hierzu genauer Abschnitt 2, E. V. 5.

¹⁵²⁹ *Diering* in: LPK-SGB X, SGB X, § 58, Rn. 1.

¹⁵³⁰ *Wehrhahn* in: Kasseler Kommentar, § 58 SGB X, Rn. 2.

¹⁵³¹ So nahm das BSG in seinem Urteil vom 25.3.2015 an, dass der Vertrag in Bezug auf die Vorgaben zu den Teilnahmeerklärungen und den neu eingeführten Widerrufsrechten zu ändern sei, BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 41.

1. Beitrittserklärungen der Versicherten

Im Falle der Versicherten regelt § 73b Abs. 3 S. 7 SGB V seit dem 23. Juli 2015, dass das Nähere zur Durchführung der Teilnahme der Versicherten, insbesondere zur Bindung an den gewählten Hausarzt, zu weiteren Ausnahmen von dem Überweisungsgebot und zu den Folgen bei Pflichtverstößen der Versicherten, durch die Krankenkassen in den Teilnahmeerklärungen zu regeln ist. Die darin aufgenommenen Vereinbarungen dürfen nicht im Widerspruch zu den Regelungen in den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung stehen. Da die Vorgaben nicht abschließend sind („insbesondere“), kann es zu Überschneidungen und damit zu kollidierenden Regelungen kommen. Als maßgeblich muss man hier die Verträge zur hausarztzentrierten Versorgung ansehen, die als Selektivverträge den individualvertraglichen Vereinbarungen zwischen Krankenkassen und Versicherten vorgehen. Sie sind in diesem Fall als höherrangiges Recht zu qualifizieren. Dies trägt wiederum dem Willen des Gesetzgebers Rechnung. Auch der Wortlaut von Abs. 3 S. 7, wonach in den Beitrittserklärungen lediglich „[d]as Nähere“ geregelt wird, spricht für die Vorrangigkeit der Verträge. Aus dieser Regelung ergibt sich, dass die Verträge nach Abs. 4 gewahrt werden sollen, lediglich weitere Details und nicht geregelte Bereiche können von den Beitrittserklärungen erfasst werden. Am Rande sei noch erwähnt, dass auch die Satzungen der Krankenkassen, die nach §§ 73b Abs. 3 S. 8 i.V.m. 217f Abs. 4a SGB V Regelungen zu den Beitrittserklärungen enthalten, nicht im Widerspruch zu einzelvertraglichen Regelungen zwischen Versicherten und Krankenkassen stehen dürfen. Welche Regelungsbereiche in den Satzungen und welche in den Beitrittserklärungen geregelt werden sollen, wird durch § 73b Abs. 3 S. 7 und S. 8 SGB V genauer festgelegt. Dabei erfolgt jedoch keine genaue Abgrenzung von Zuständigkeitsbereichen, es kann zu unterschiedlichen Regelungen kommen. Im Fall einer Kollision und einer fehlenden genauen Zuweisung von Regelungszuständigkeiten durch § 73b Abs. 3 SGB V kommt wiederum die Normenhierarchie zum Tragen, da die Versicherten an die Satzungen gebunden sind und die Satzungen den Individualvereinbarungen in den Beitrittserklärungen vorgehen.

2. Beitrittserklärungen der Ärzte

Im Gegensatz zu den Versicherten erklären die Ärzte lediglich ihren Beitritt zu den Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung. Vorgaben zu weiteren Regelungen macht § 73b SGB V nicht, solche genaueren Regelungen scheinen in der Praxis auch nicht getroffen zu werden; der jeweilige Hausarzt erteilt lediglich seine Zustimmung zur Datenverarbeitung und willigt in die Vorgaben ein, die durch den Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung gemacht werden.¹⁵³² Zu einer Kollision von Regelungen, die es aufzulösen gälte, kann es in dieser Rechtsbeziehung nicht kommen. Sollten zusätzliche Regelungen getroffen werden, sind Kollisionen nach den dargestellten Grundsätzen aufzulösen.

G. Aufsicht

Die aufsichtsrechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit § 73b SGB V beziehen sich zum einen auf die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde, zum anderen auf die Tätigkeit der Schiedsperson selbst. Dabei steht eine verfassungsrechtliche Betrachtung im Vordergrund.

I. Aufsicht über die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde

Über die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde wird keine Aufsicht ausgeübt.¹⁵³³ Die Aufsichtsbehörden nehmen die Bestimmung im Rahmen des ihnen zustehenden Auswahlermessens vor.¹⁵³⁴ Ihnen dürfen keine Ermessensfehler unterlaufen. Das Ermessen wird pflichtgemäß ausgeübt, wenn eine Schiedsperson ausgewählt wird, die unparteiisch und in persönlicher und fachlicher Hinsicht geeignet ist.¹⁵³⁵ Gesetzliche Vorgaben zur Aufsicht über die Bestimmung gibt es nicht. Weder sieht § 73b SGB V eine solche vor, noch finden die §§ 89 ff. SGB IV Anwendung. Dies ist denklogisch bereits nicht möglich:

¹⁵³² Vgl. hierzu die Teilnahmeerklärungen der Hausärzte, die über den Deutschen Hausärzterverband zur Verfügung gestellt werden, abrufbar über <https://www.hausaerzterverband.de/cms/Hausarztvertraege.988.0.html>, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

¹⁵³³ LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL – NZS 2011, 836, 837; dem zustimmend *Marburger*, jurisPR-SozR 10/2011 Anm. 6.

¹⁵³⁴ *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b, Rn. 18.

¹⁵³⁵ LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 17.1.2011 – L 7 KA 66/10 B ER – unveröffentlicht, juris Rn. 6.

Die nach § 90 Abs. 1 und 2 SGB IV vorgesehenen Aufsichtsbehörden sind diejenigen, die die Bestimmung der Schiedsperson vornehmen. Eine Aufsicht über sich selbst erfüllt keinen Zweck. So unterliegen die Aufsichtsbehörden weder einer Rechts- noch einer Fachaufsicht.

II. Aufsicht über die Tätigkeit der Schiedsperson

Es gibt zudem keine Regelung zur Aufsicht über die Tätigkeit der Schiedsperson. Wie an verschiedenen Stellen bereits festgestellt wurde, ist keine der Schiedsperson übergeordnete Aufsichtsbehörde vorhanden, es lassen sich keine einzelnen aufsichtsrechtlichen Maßnahmen annehmen.¹⁵³⁶ Auch aus § 73b Abs. 9 SGB V a.F., der eine Vorlagepflicht für den Schiedsspruch vorsah, ergab sich nichts anderes. Es handelte sich dabei nicht um ein Mittel der Aufsicht.¹⁵³⁷ Das Tätigwerden der Schiedsperson soll weisungsfrei erfolgen. Sie unterliegt somit weder einer Rechts-, noch einer Fachaufsicht.

III. Verfassungsmäßigkeit der Ausgestaltung

Die fehlende staatliche Aufsicht wird in der Literatur gerügt, sogar ein Verstoß gegen das Grundgesetz angenommen. In Betracht kommen sowohl ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip, Art. 20 Abs. 3, Art. 23 Abs. 1, Art. 28 Abs. 1 S. 1 GG, als auch das Demokratieprinzip, Art. 20 Abs. 1, Abs. 2 GG, sowie ein Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit sowie das Gebot effektiven Rechtsschutzes aus Art. 19 Abs. 4 GG.¹⁵³⁸ Stützt sich dies auf die Annahme, die Schiedsperson sei aufgrund einer Beleihung Behörde, so ist dem bereits aufgrund der Annahme der Vertragshelfereigenschaft eine Absage zu erteilen. Bei Beliehenen ist eine Aufsicht aufgrund rechtsstaatlicher und demokratischer Anforderungen zwingend erforderlich.¹⁵³⁹ Lehnt man eine Beleihung ab, liegt ein Verstoß gegen das Grundgesetz aufgrund fehlenden Aufsichtsrechts nicht nahe. Der Anwendung der Regelungen zur Leistungsbestimmung nach §§ 317 ff. BGB liegt die Annahme einer Freiheit der Schiedsperson in Bezug auf Verfahren und Schiedsspruch zugrunde. Auch ohne eine ausdrückliche Normierung von einer

¹⁵³⁶ Vgl. zur fehlenden Aufsichtsbehörde im Allgemeinen: Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (5) (f) (ee) (bbb). Zur Bewertung der Vorlageverpflichtung nach § 73b Abs. 9 SGB V a.F. in aufsichtsrechtlicher Hinsicht vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (a).

¹⁵³⁷ Vgl. Abschnitt 2, C. II. 1. c) bb) (4) (a).

¹⁵³⁸ Vgl. hierzu ausführlich zu § 132a SGB V: *Zuck*, NZS 2014, 401 ff.

¹⁵³⁹ *Stadler*, Das Beleihungsrechtsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 192 f.

Aufsicht auszugehen,¹⁵⁴⁰ widerspräche dem Willen des Gesetzgebers und dem Wesen der Leistungsbestimmung. Nur die mittelbare Staatsverwaltung soll einer Kontrolle unterliegen.

Die vom Gesetzgeber gewählte Ausgestaltung des § 73b SGB V stellt auch keine Umgehung verfassungsrechtlicher und einfachrechtlicher Bindungen dar. Es steht der Legislative frei, wie Rechtsverhältnisse ausgestaltet und wie Pflichten erfüllt werden. Dabei kann sie sich auch der Vorschriften des Zivilrechts bedienen. Zudem kann die Entscheidung der Schiedsperson zumindest gerichtlich überprüft werden. Das Tätigwerden erfolgt damit nicht in einem rechtsfreien Raum. Vielmehr gibt es eine nachgelagerte Kontrolle.

Im Falle fehlender Aufsicht über die Bestimmung der Schiedsperson sind eine Klage sowie einstweiliger Rechtsschutz gegen die Bestimmung der Schiedsperson möglich. Hierin ist ein ausreichender Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 GG zu sehen.¹⁵⁴¹ Auch eine Unverhältnismäßigkeit von § 73b Abs. 4a SGB V kann nicht gesehen werden. Hier kommt es allein auf die fehlende Aufsichtsregelung an. Diese bezweckt eine Entbürokratisierung des Schiedsverfahrens zur Gewährleistung der Gesundheitsversorgung der Versicherten. Dabei ist die getroffene Regelung sowohl geeignet als auch erforderlich. Insbesondere lassen sich keine Zweifel mit dem Argument anbringen, das Ziel der Entbürokratisierung lasse sich gar nicht erreichen, da die Bestimmung der Schiedsperson lange dauere, denn hier geht es um die Frage einer zusätzlichen Aufsicht über die Bestimmung, was durchaus zu einer Verlängerung des Verfahrens führen kann.¹⁵⁴² Im Rahmen der Angemessenheit lässt sich zudem anführen, dass die zuständige Aufsichtsbehörde bereits auf einer hohen Ebene angesiedelt ist und ihr damit die Kompetenz für eine ermessensgemäße Ausübung des Bestimmungsrechts zugetraut werden kann. Ein Verfassungsverstoß kann nicht gesehen werden.

¹⁵⁴⁰ Grundsätzliche Annahme einer nicht normierten Fachaufsicht: *Stadler*, Das Beleihungsverhältnis in der neueren Bundesgesetzgebung, S. 199.

¹⁵⁴¹ A.A.: zu § 132a SGB V: *Zuck*, NZS 2014, 401, 405.

¹⁵⁴² So aber zu § 132a SGB V: *Zuck*, NZS 2014, 401, 405.

Abschnitt 3: Übertragbarkeit der Erkenntnisse auf die weiteren Schiedspersonen im Sozialrecht

Vor dem Hintergrund, dass das Bundessozialgericht inzwischen zu den Schiedspersonen nach § 73b Abs. 4a SGB V und § 132a Abs. 2 SGB V geurteilt hat, es handele sich nicht um eine Behörde, sondern vielmehr um einen Verwaltungshelfer, auf den die §§ 317 ff. BGB entsprechend anzuwenden sind, stellt sich die Frage, ob man den Entscheidungen eine grundsätzliche Linie entnehmen kann, die auch für die weiteren Schiedspersonen gelten muss. Bei den durch die Rechtsprechung aufgestellten Grundsätzen, aber auch den untersuchten Aspekten könnte es sich um verallgemeinerungsfähige Annahmen handeln. Es soll daher in diesem Abschnitt genauer beleuchtet werden, ob und wenn ja inwiefern die Grundsätze auf die weiteren Schiedspersonen übertragen werden können und wo ggf. Besonderheiten vorliegen, die entsprechend berücksichtigt werden müssen. Dabei soll insbesondere der Frage nach der Rechtsnatur der jeweiligen Schiedspersonen nachgegangen werden. Die jeweilige Einordnung eröffnet sodann die Möglichkeit, auch die sich aus der Rechtsnatur ergebenden Folgerungen wie zu den anwendbaren Verfahrensvorschriften entsprechend anzuwenden. Maßgeblich sind dabei die Grundstrukturen. Abweichungen in den Gesetzesnormierungen sind einzuordnen und zu analysieren.

A. Grundüberlegungen zu den Schiedspersonen als Basis für die Vergleichbarkeit

Neben der Schiedsperson nach § 73b SGB V finden sich im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung weitere Schiedspersonen; auch das SGB XI sieht eine Regelung zu einem Verfahren vor einer Schiedsperson vor.¹⁵⁴³ Allen Schiedspersonen ist gemein, dass sie auf der Ebene des Organisationsrechts angesiedelt sind und in den meisten Fällen die Durchsetzung von Verträgen ermöglichen sollen. Marktwirtschaftliche sowie wettbewerbsrechtliche Elemente sollen durch sie gestärkt werden, da sie das Vertragsprinzip fortsetzen. Es geht damit um das Ziel, eine schnelle und effektive Schaffung vertraglicher Grundlagen zu sichern.

¹⁵⁴³ Allgemeine Ausführungen zu den Schiedspersonen finden sich in Abschnitt 1, B. II. und III.

Maßgeblich ist die dem Vertragsprinzip zugrundeliegende Selbstverwaltung. Diese soll möglichst frei von unmittelbarer staatlicher Einflussnahme durch die Träger der mittelbaren Staatsverwaltung ausgeübt werden. Vorliegend handelt es sich um Bereiche, in denen die Versicherungsträger zusammen mit den Leistungserbringern im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung die Versorgung der Versicherten sicherstellen. Dem kann ein Schiedsverfahren als Verlängerung der vorgesehenen vertraglichen Entscheidung dienen.

Alle Schiedspersonen sollen eine Streitigkeit zwischen Parteien schlichten und einen Vertrag durch einen Schiedsspruch festsetzen. Sie bieten den Parteien damit eine Vertragshilfe und erschaffen das, worauf sich die Parteien hätten verständigen können und ggf. auch müssen.¹⁵⁴⁴ Daraus folgt nicht zugleich, dass es sich um eine Leistungsbestimmung gemäß §§ 317 ff. BGB handelt. Es ist zunächst nur festzustellen, dass sie alle als Schlichtungsorgane anzusehen sind. Damit kommt aber jedenfalls die Anwendung von §§ 317 ff. BGB in Betracht.

Durch die Schlichtung soll vor allem auch sichergestellt werden, dass es keinen vertragslosen Zustand gibt, um eine funktionierende Selbstverwaltung zu garantieren.¹⁵⁴⁵ Dieses Argument greift insbesondere dann, wenn eine Zwangsschlichtung vom Gesetzgeber vorgesehen ist. Aus der Annahme einer Zwangsschlichtung ergeben sich vielfältige Folgen für die rechtliche Einordnung der Schiedsperson. Ihr Vorliegen ist daher genau zu prüfen. Hiermit unmittelbar verbunden ist der Zweck der Schlichtung, Rechtsfrieden zu schaffen. Die Sicherstellung der bedarfsgerechten und gleichmäßigen Versorgung der Versicherten (§ 70 Abs. 1 S. 1 SGB V) stellt einen auch dem Organisationsrecht zugrundeliegenden Grundsatz dar, der dazu führt, dass Streitigkeiten zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern zum Ausgleich zu bringen sind. Nur so können die Versicherten gemäß den gesetzlichen Anforderungen versorgt werden. Es soll somit sozialer Frieden ermöglicht werden.¹⁵⁴⁶

Die Kernelemente, auf die es daher besonders zu achten gilt, sind, ob es sich um eine Tätigkeit der Schiedsperson im Rahmen der Selbstverwaltung durch Vertragsschluss handelt, insbesondere gerichtet auf den Abschluss von Selektivverträgen. Die Festsetzung der Schiedsperson muss Vertragshilfe darstellen. Maßgeblich ist zudem eine Ausgestaltung als Zwangsschlichtung.

¹⁵⁴⁴ Zu den Schiedsämtern so auch: *Heinze*, SGB 1990, 173, 174; *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 166.

¹⁵⁴⁵ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 170.

¹⁵⁴⁶ *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S. 173.

B. Vergleichbarkeit der Schiedspersonen und Übertragbarkeit der Überlegungen zur Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V

Anders als im Falle der Schiedsstellen und Schiedsämter fehlt es für die nun zahlreich vorgesehenen Schiedspersonen an einer grundlegenden Klärung ihrer Rechtsnatur. Ob ihre Entscheidungen als Verwaltungsakt nach § 31 S. 1 SGB X angesehen werden können, war seit ihrer Einführung umstritten. Der 6. Senat des Bundessozialgerichts erkennt dieses Problem in seinem Urteil vom 25. März 2015.¹⁵⁴⁷ Eine Aussage zu Schiedspersonen im Allgemeinen findet sich im Folgenden aber nicht; es wird allein die Rechtsnatur der Schiedsperson nach § 73b SGB V geklärt. Es kann davon ausgegangen werden, dass die Frage, da sie aufgeworfen wurde, bewusst offengehalten wurde. Auch der 3. Senat des Bundessozialgerichts stellt bei der Anstellung seiner Erwägungen ausdrücklich allein auf die Schiedsperson nach § 132a SGB V ab.¹⁵⁴⁸

Maßgeblich für die Beantwortung der Frage ist die Vergleichbarkeit der Schiedspersonen. Ausgangspunkt für die Betrachtung der Vergleichbarkeit und die sich anschließende Frage der Übertragbarkeit der bereits angestellten Überlegungen zu § 73b Abs. 4a SGB V ist der Gesetzeswortlaut. Liegen Übereinstimmungen vor, spricht dies zunächst für eine Vergleichbarkeit und Übertragbarkeit. Dies lässt sich auch mit dem Argument der Einheit der Rechtsordnung begründen. Recht arbeitet in Netzwerken und nachbarschaftlich, wobei Ergebnisse auf andere Bereiche übertragen werden, um im Ergebnis ein stabiles System zu produzieren.¹⁵⁴⁹ Zwar ist die Rechtseinheit eine bloße Idealvorstellung und nicht Tatsache, jedoch ist der Gedanke für die Auslegung als Grundvorstellung und damit Hilfskonstrukt maßgeblich.¹⁵⁵⁰ Das Rechtssystem ist damit als ein System anzusehen, das Wertungswidersprüche grundsätzlich nicht zulässt und die konsequente Deutung von Normen verlangt, die den gleichen Gegenstand betreffen.¹⁵⁵¹ Daraus folgt auch ein Grundsatz der Einheit der Rechtssprache, wonach

¹⁵⁴⁷ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 29.

¹⁵⁴⁸ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3KR 1/10 R – BSGE 107, 123, 130 („im vorliegenden Fall allein interessierenden Schiedspersonen nach § 132a Abs. 2 SGB V“)

¹⁵⁴⁹ *Vesting*, Rechtstheorie, Rn. 7.

¹⁵⁵⁰ *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 278.

¹⁵⁵¹ *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn. 145.

gleichlautenden Begriffen grundsätzlich auch eine gleiche Bedeutung zukommt.¹⁵⁵² Daraus ergibt sich die Überlegung, dass der Gesetzgeber wortlautidentische Regelungen bewusst schafft, wenn er die gleichen Anforderungen und Rechtsfolgen bezweckt. Dies umso mehr, wenn es sich um den gleichen Rechtsbereich handelt.¹⁵⁵³ Wird eine uneinheitliche Terminologie verwendet, so handelt es sich um einen gesetzestechnischen Widerspruch.¹⁵⁵⁴ Dieser stellt ein Redaktionsversehen dar,¹⁵⁵⁵ wurde vom Gesetzgeber also nicht bezweckt. Es ist damit anzunehmen, dass der Gesetzgeber Normen nur identisch formuliert, wenn er dies bezweckt. Dass es tatsächlich oft zu widersprüchlichen Regelungen kommt, ist nicht entscheidend. Sollte tatsächlich ein Widerspruch vorliegen, ist zur Auflösung auf die allgemeinen Kollisionsregeln zurückzugreifen, wenn eine Auslegung unter Zuhilfenahme des Gedankens der Einheit der Rechtsordnung nicht möglich ist.¹⁵⁵⁶ Damit sind Normen mit dem gleichen Regelungsgegenstand – hier zu Schiedspersonen – grundsätzlich als vergleichbar anzusehen, soweit nicht Besonderheiten dagegen sprechen. Sodann ist auf die weiteren Auslegungsmethoden zurückzugreifen, insbesondere die Entstehungsgeschichte sowie Sinn und Zweck. Über den Vergleich des Wortlauts wird bereits ein systematischer Vergleich mit einbezogen. Weitere Normen zu dem jeweiligen Bereich, aus dem die Vorschrift stammt, können hier ebenfalls eine Rolle spielen.

I. Allgemeines

Allen Regelungen zu Schiedspersonen sind drei Grundelemente gemein. So findet sich immer die Anforderung, dass im Falle der Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende (unabhängige)¹⁵⁵⁷ Schiedsperson den Vertragsinhalt festsetzt. Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Zudem findet sich eine Regelung zur Kostentragung.¹⁵⁵⁸ Das Tätigwerden der Schiedsperson wird somit an gleiche Voraussetzungen geknüpft, auch wenn das Antragsrecht für die Einleitung eines Schiedsverfahrens abweichend geregelt sein kann. Ergänzt wird die

¹⁵⁵² Potacs, Rechtstheorie, S. 165.

¹⁵⁵³ Potacs, Rechtstheorie, S. 165.

¹⁵⁵⁴ Engisch, Einführung in das juristische Denken, S. 273.

¹⁵⁵⁵ Tappe, JZ 2016, 27, 27.

¹⁵⁵⁶ Rütters, Rechtstheorie, Rn. 271.

¹⁵⁵⁷ Die Anforderung der Unabhängigkeit wird lediglich von § 211 Abs. 4 SGB V nicht ausdrücklich gefordert.

¹⁵⁵⁸ Einzige Ausnahme: § 211 Abs. 4 SGB V. Dort findet sich keine Kostenregelung.

Regelung zur Durchführung eines einvernehmlichen Schiedsverfahrens durch eine Normierung für den Fall der Nichteinigung auf eine Schiedsperson. So wird die Durchführung des Verfahrens gewährleistet. Das Erfordernis der Unabhängigkeit stellt die einzige ausdrückliche Verfahrensanforderung an die Schiedsperson dar. Die Kostenregelung soll sicherstellen, dass beide Vertragspartner beteiligt werden, da sie beide von dem Vertragsschluss profitieren. Durch die drei dargestellten Elemente wird die Durchführung des Schiedsverfahrens ermöglicht. Es handelt sich um die Eckpfeiler, damit ein Verfahren überhaupt stattfinden kann. Zusätzliche Regelungen betreffen lediglich weitere Modalitäten. Grundlegend kann die weitere Betrachtung der einzelnen Schiedspersonen damit ausgehend von der These erfolgen, dass es sich um vergleichbare Regelungen handelt, die zu einer Übertragbarkeit der Ausführungen führen können.

II. § 132a Abs. 2 S. 3-8 SGB V

§ 132a Abs. 2 S. 3-8 SGB V wurde bereits im Rahmen der Ausführungen zu § 73b SGB V umfassend betrachtet, da zum Schiedsverfahren in der häuslichen Krankenpflege die erste höchstrichterliche Rechtsprechung zur Rechtsnatur und Verfahrensvorgaben für die Schiedsperson erging.¹⁵⁵⁹ In diesem Kontext wurde auch die Vergleichbarkeit der Schiedspersonen bejaht. Bereits nach der alten Rechtslage nahm das Bundessozialgericht an, § 73b Abs. 4a SGB V und § 132a Abs. 2 SGB V seien vergleichbar. Die Tatsache, dass § 73b Abs. 4a SGB V ein gesetzlich normiertes und kein vertraglich vereinbartes Schiedsverfahren vorsehe, mache keinen Unterschied, da auch bei § 132a Abs. 2 SGB V eine Pflicht der Parteien bestehe, eine Vereinbarung über ein Schiedsverfahren zu treffen; es bestünden damit keine „rechtlich bedeutsamen Unterschiede“.¹⁵⁶⁰ Durch die Änderung des § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V ist dieser Unterschied beseitigt worden. Nunmehr wird der Vertrag nach § 132a SGB V im Falle der Nichteinigung innerhalb von drei Monaten durch eine Schiedsperson festgelegt. Damit handelt es sich auch hier um ein gesetzliches Verfahren. Dieses ist pflichtig durchzuführen. Es wurde eine Angleichung in Richtung des Wortlautes des § 73b Abs. 4a SGB V vorgenommen. Durch die Regelung einer Frist für die Festsetzung durch die Schiedsperson wurden sogar noch höhere Anforderungen normiert als im Falle von § 73b Abs. 4a SGB V, der keine Frist für das Tätigwerden der Schiedsperson

¹⁵⁵⁹ BSG, Urteil vom 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R – BSGE 107, 123 ff.

¹⁵⁶⁰ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30.

vorsieht.¹⁵⁶¹ Durch diese Anpassung ist erst recht von einer Vergleichbarkeit von § 73b Abs. 4a SGB V und § 132a Abs. 2 SGB V auszugehen.

Die Folgeüberlegungen zu § 73b Abs. 4a SGB V sind ebenfalls übertragbar. Es finden sich keine Normierungen, die eine Anwendbarkeit ausschließen. Die Aufsichtsbehörde hat innerhalb eines Monats eine Schiedsperson zu bestimmen.¹⁵⁶²

Wie bei der Vorgabe einer Frist für die Festsetzung durch die Schiedsperson wird hiermit bezweckt, das Schiedsverfahren zu straffen und effizienter zu gestalten und zu einem schnellen Abschluss zu führen.¹⁵⁶³ An dem grundlegenden Charakter des Schiedsverfahrens sollte aber nichts geändert werden und ändert sich tatsächlich auch nichts.¹⁵⁶⁴ Regelungen zur aufschiebenden Wirkung im Falle einer Klage gegen die Bestimmung der Schiedsperson finden sich ebenso wenig wie eine Regelung zum Klagegegner. Hier ist auf die allgemeinen Grundsätze abzustellen. Unterschiede ergeben sich jedoch nicht, da aufgrund der Einordnung als Leistungsbestimmung entsprechend §§ 317 ff. BGB Klagen nur gegen den Vertragspartner gerichtet werden können, nicht aber gegen die Schiedsperson. Eine Regelung war hier obsolet. Auch hat die Klage keine aufschiebende Wirkung, da es sich um eine Ersetzungsklage handelt. Es kann somit eine Anwendung der Annahmen zu § 73b Abs. 4a SGB V erfolgen.

III. § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V

Die in § 39a S. 11-13 SGB V vorgenommenen Regelungen zur Schiedsperson entsprechen denen in § 132a SGB V (insbesondere a.F.) im Rahmen der häuslichen Krankenpflege vorgesehenen Regelungen.¹⁵⁶⁵ § 39a SGB V stellt nunmehr

¹⁵⁶¹ Wobei die genaue Bestimmung des Fristbeginns in der Praxis schwierig sein kann, da dieser von der Nichteinigung abhängt. In paralleler Anwendung der zur Nichteinigung nach § 73b Abs. 4a SGB V aufgestellten Grundsätze ist auch bei § 132a Abs. 2 SGB V davon auszugehen, dass eine Nichteinigung vorliegt, wenn eine Partei ein Vertragsangebot unterbreitet hat, das nicht angenommen wurde, vgl. Abschnitt 2, B. III.

¹⁵⁶² Maßgeblicher Zeitpunkt ist der des Vorliegens der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen. Ob diese Frist effektive Wirksamkeit entfalten wird, ist fraglich, da der Begriff der Notwendigkeit unbestimmt und konkretisierungsbedürftig ist.

¹⁵⁶³ BT-DS 18/6905, S. 68.

¹⁵⁶⁴ Vgl. ausführlich zu den Neuregelungen *Ewald*, NZS 2016, 652 ff.

¹⁵⁶⁵ *Beyer* in: *jurisPK-SGB V*, § 39a, Rn. 63; *Engelmann*, GesR 2010, 577, 581; *ders.* in: *Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens*, Rn. 309; *Noftz* in: *Hauck/Noftz, SGB V*, § 39a, Rn. 74c; *Sommer* in: *SGB für die Praxis, SGB V*, § 39a, Rn. 8d; *Föllmer* in: *Krauskopf, Soziale Krankenversicherung*, § 39a SGB V, Rn. 19.

die einzige Normierung zu einer Schiedsperson dar, die fordert, dass in den Verträgen zu regeln ist, dass im Falle von Nichteinigung eine Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt. Insofern ist auf die Ausführungen zu § 132a SGB V zu verweisen. Auch wenn hierdurch ein vertragliches Schiedsverfahren angenommen werden kann, ist trotzdem von einer Verpflichtung zu einer solchen Regelung und damit zur Durchführung eines Schiedsverfahrens auszugehen. Es handelt sich damit um eine Zwangsschlichtung. Wie im Falle von § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. ist somit anzunehmen, dass die von § 73b Abs. 4a SGB V abweichende Formulierung nicht ausschlaggebend ist. Hier ist die Begründung des Bundessozialgerichts entsprechend heranziehbar.¹⁵⁶⁶ Nimmt man an, dass es eines vertraglichen Grundgerüsts bedarf, spricht dies dafür, dass es sich erst recht um eine Leistungsbestimmung entsprechend der §§ 317 ff. BGB handelt. Auch nach der Auffassung, es bedürfe einer grundlegenden Einigung, wäre eine solche annehmbar.¹⁵⁶⁷

Diskutiert wird im Rahmen von § 39a SGB V, worauf sich die Pflicht zur Durchführung eines Schiedsverfahrens bezieht. So regelt § 39a Abs. 1 S. 11 SGB V zwar, dass eine Schiedsverfahrensregelung in den Verträgen zwischen Krankenkassen und Hospizen zu vereinbaren ist, also den Verträgen nach S. 1, jedoch verweist Abs. 1 S. 1 auf S. 4, der die Rahmenverträge erfasst. Es wird daher vertreten, die Normen zum Schiedsverfahren bezögen sich auf die Rahmenverträge.¹⁵⁶⁸ Eine solche Annahme könnte zu einer unterschiedlichen Bewertung des Schiedsverfahrens führen, da die Rahmenverträge keine Selektivverträge im eigentlichen Sinne darstellen. Da hier aber Versorgungsverträge zwischen Krankenkassen und Hospizen auf der Grundlage der Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden, ist davon auszugehen, dass nur in den Selektivverträgen eine Schiedsregelung zu treffen ist.¹⁵⁶⁹ Dies ergibt sich aus dem Wortlaut, der nur von den Verträgen nach Abs. 1 S. 1 spricht. In die Normierung hineinzulesen, dass die Regelung zwischen Spitzenverband der Krankenkassen und Spitzenorganisation der Hospize zu treffen sei,¹⁵⁷⁰ überschreitet die Grenzen des Wortlautes und damit der zulässigen Auslegung. Auch die Rahmenvereinbarung geht hier von aus, in deren § 5 Abs. 6 geregelt ist, dass in diesen Verträgen zu regeln ist,

¹⁵⁶⁶ BSG, Urteil vom 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R – GesR 2016, 27, 30.

¹⁵⁶⁷ Vgl. hierzu Abschnitt 2, C. II. 1. c) cc) (3) (a) (bb).

¹⁵⁶⁸ *Hellkötter-Backes* in: LPK-SGB V, § 39a, Rn. 23.

¹⁵⁶⁹ *Engelmann*, GesR 2010, 577, 581; *Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 39a, Rn. 14.

¹⁵⁷⁰ So aber *Hellkötter-Backes* in: LPK-SGB V, § 39a, Rn. 23.

dass im Falle der Nichteinigung eine Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt.¹⁵⁷¹ Durch die Vergleichbarkeit mit § 132a SGB V a.F., bei dem sich die Schiedsregelungen ebenfalls auf die die Verträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringer beziehen, bestätigt auch ein systematischer Vergleich diese Annahme.¹⁵⁷² Zu einem Zuständigkeitskonflikt oder der Existenz von Verträgen mit abweichenden Inhalten zur gleichen Regelungsmaterie wird es nicht kommen, da die einzelnen Verträge die Rahmenvereinbarung zur Basis haben, letztere beinhaltet zudem nur grundlegende Regelungen.¹⁵⁷³ Die Tatsache, dass die Enquête-Kommission „Ethik und Recht der Modernen Medizin“ die Einrichtung einer umfassend arbeitenden Schiedsstelle auf Landesebene empfiehlt,¹⁵⁷⁴ spricht dafür, anzunehmen, dass die Schiedsperson nur einen begrenzten Zuständigkeitsbereich hat. Der Gesetzgeber wollte eine schnelle, unbürokratische Durchsetzung der Selektivverträge erreichen. Daher muss sich § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGB V auf die Verträge zwischen den Krankenkassen und Hospizen als Leistungserbringern beziehen.

Weitere abweichende Regelungen sind in § 39a Abs. 1 SGB V nicht vorgesehen, die gegen eine Vergleichbarkeit sprechen könnten und damit die Unanwendbarkeit der Annahmen zur Folge hätten. Es handelt sich auch bei der Schiedsperson nach § 39a Abs. 1 S. 11-13 SGBV nicht um eine Behörde, sondern einen Vertragshelfer entsprechend §§ 317 ff. BGB.¹⁵⁷⁵

IV. § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V

§ 65c SGB V beinhaltet Regelungen zum klinischen Krebsregister. Wie auch § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V sieht § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V eine Frist für den Abschluss von Verträgen zur Höhe der Meldevergütung vor. Diese sind bis zum 31. Dezember 2013 zu vereinbaren. Kommt eine Vereinbarung nicht bis zu diesem Zeitpunkt zustande, so § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V, legt eine unabhängige Schieds-

¹⁵⁷¹ Rahmenvereinbarung nach § 39a Abs. 1 S. 4 SGB V über Art und Umfang sowie Sicherung der Qualität der stationären Hospizversorgung vom 13.3.1998, i.d.F. vom 14.4.2010. Abrufbar über http://www.dhpv.de/tl_files/public/Service/Gesetze%20und%20Verordnungen/2009-07-23_RV-stationaer.pdf, zuletzt abgerufen am 23.3.2017.

¹⁵⁷² Engelmann, GesR 2010, 577, 581.

¹⁵⁷³ A.A.: Hellkötter-Backes in: LPK-SGB V, § 39a, Rn. 23.

¹⁵⁷⁴ BT-DS 15/5858, S. 72.

¹⁵⁷⁵ So auch: Kingreen in: Becker/Kingreen, SGB V, § 39a, Rn. 15; Noftz in: Hauck/Noftz, SGB V, § 39a, Rn. 74c, d; Nolte in: Kasseler Kommentar, § 39a SGB V, Rn. 15e.

person die Höhe der Meldevergütung fest. Hierdurch sollte das Zustandekommen von Verträgen sichergestellt werden. Eine Regelung zum Antragsrecht sieht das Gesetz nicht vor. Beide Parteien können folglich das Schiedsverfahren initiieren. Sie sind zum Vertragsschluss verpflichtet. Können sie sich nicht einigen, bestimmt die zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson. Ein vertragsloser Zustand kann damit auf Dauer nicht bestehen. Es handelt sich somit um eine gesetzliche Zwangsschlichtung. Die Schiedsperson kann, anders als in den meisten Fällen, lediglich eine Regelung zur Vergütung treffen.¹⁵⁷⁶ Ihr kommt ein begrenzter Aufgabenbereich zu. Dies ermöglicht es, erst recht von einer Leistungsbestimmung auszugehen, da die Schiedsperson kein umfassendes Vertragswerk schafft, sondern nur für einen bestimmten Bereich mit der Kompetenz zu schlichten ausgestattet wurde. Im Übrigen sind die in den § 65c Abs. 6 S. 8-12 SGB V getroffenen Regelungen mit § 73b Abs. 4a SGB V vergleichbar.¹⁵⁷⁷ Der Wortlaut zur Kostentragung, der fehlenden aufschiebenden Wirkung von Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson sowie zum Klagegegner ist identisch mit dem des § 73b Abs. 4a SGB V. Dieser systematische Vergleich und die Betrachtung des Wortlauts sprechen für die Einordnung als Leistungsbestimmung entsprechend §§ 317 ff. BGB. Dies entspricht auch dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers, der davon ausgeht, dass die Schiedsperson als Vertragshelfer tätig wird, weshalb Klagen auch gegen einen Vereinbarungspartner zu richten seien.¹⁵⁷⁸ Sinn und Zweck ist es auch hier, das Verfahren zu beschleunigen und eine flächendeckende Einrichtung von klinischen Krebsregistern zu erreichen.¹⁵⁷⁹ Die Einordnung als Vertragshelfer ist somit auch im Falle des § 65c Abs. 6 SGB V anzunehmen.¹⁵⁸⁰

¹⁵⁷⁶ Auch die Schiedsperson zu den Verträgen über die Versorgung mit Heilmitteln nach § 125 Abs. 2 S. 4 SGB V kann lediglich eine Festsetzung der Vertragspreise oder Anpassung der Vertragspreise vornehmen. Im Gegensatz zu § 65c Abs. 6 SGB V sind die Parteien nach § 125 SGB V Abs. 2 S. 1 SGB V aber zu einem weitergehenden Vertragsschluss verpflichtet, dessen sonstiger Inhalt jedoch nicht durch Schiedsspruch festgelegt werden kann. Diese Regelung spricht noch einmal mehr für die Annahme einer Leistungsbestimmung.

¹⁵⁷⁷ So auch *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 310; *Roters* in: Kasseler Kommentar, § 65c SGB V, Rn. 23, da nur auf die Kommentierung zu § 73b Abs. 4a SGB V verwiesen wird.

¹⁵⁷⁸ BT-DS 17/11267, S. 31.

¹⁵⁷⁹ BT-DS 17/11267, S. 26, 31.

¹⁵⁸⁰ So auch *Michels* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 65c, Rn. 12; *Scholz* in: BeckOK SozR, § 65c SGB V, Rn. 19 m.w.N.

V. § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V

Die Kündigung eines Versorgungsvertrages mit einem Krankenhaus nach § 109 Abs. 1 SGB V ist in einigen Fällen möglich, in anderen sogar verpflichtend. Jedoch kam es in der Vergangenheit in vielen Fällen trotz Vorliegen eines Kündigungsgrundes nicht zur Kündigung, weshalb die Kündigung erleichtert werden sollte.¹⁵⁸¹ Dies soll durch Beschlussfassung durch eine Schiedsperson geschehen. § 110 Abs. 1 S. 5-9 SGB V ist § 73b SGB V bewusst nachgebildet.¹⁵⁸² Es handelt sich aber nicht um eine Zwangsschlichtung im eigentlichen Sinne, da die Schiedsperson nur auf Antrag einer ein Quorum erfüllenden Kassenart tätig wird, § 110 Abs. 1 S. 5 SGB V. Die Kassenart muss mindestens ein Drittel der landesweiten Anzahl der Versicherten auf sich vereinigen. Es handelt sich somit um eine freiwillig zu initiiierende Schlichtung. Ist dies jedoch geschehen, so entscheidet die zuständige Aufsichtsbehörde gemäß § 110 Abs. 1 S. 6 SGB V über die Schiedsperson, sollten sich die Parteien nicht einigen können. Aus dieser Regelung ergibt sich, wie im Falle von § 73b Abs. 4a SGB V, dass ein Schiedsverfahren sodann durchzuführen ist. Es handelt sich damit letztlich auch hier um eine Zwangsschlichtung. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der Beschluss durch den Schiedsspruch ersetzt wird.¹⁵⁸³ Dies und die Tatsache, dass sich der Gesetzgeber bei der Regelung an § 73b Abs. 4a SGB V orientiert hat, spricht dafür, dass es sich im Falle der Schiedsperson nach § 110 SGB V um einen Vertragshelfer handelt. Der Gesetzgeber hätte sonst nicht auf § 73b Abs. 4a SGB V verwiesen oder einen entgegenstehenden Willen kundgetan. Die Ausführungen zu § 73b SGB V sind somit übertragbar.

VI. § 125 Abs. 1 S. 5-7, Abs. 2 S. 4-6 SGB V

Die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften schließen nach § 125 Abs. 2 S. 1 SGB V mit Leistungserbringern, Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen von Leistungserbringern Verträge über die Einzelheiten der Versorgung mit Heilmitteln, über die Preise, deren Anrechnung und die Verpflichtung der Leistungserbringer zur Fortbildung. Kommt eine Einigung über Vertragspreise oder deren Anpassung nicht zustande, legt eine Schiedsperson diese gemäß § 125 Abs. 2. 4 SGB V fest. Das Schiedsverfahren greift nur

¹⁵⁸¹ BT-DS 18/6586, S. 106.

¹⁵⁸² BT-DS 18/6586, S. 107.

¹⁵⁸³ BT-DS 18/6586, S. 107.

für die Verträge mit den Verbänden, nicht für Einzelverträge.¹⁵⁸⁴ Ein vertragsloser Zustand entsteht dadurch nicht, da die Leistungserbringer einem Verband beitreten können.¹⁵⁸⁵ Die Situation ist damit der des § 73b SGB V vergleichbar, bei der die Gemeinschaften nach Abs. 4 S. 1 eine besondere Stellung einnehmen. Es soll vermieden werden, dass eine Vielzahl aufwändiger Schiedsverfahren durchgeführt wird, sowie gewährleistet werden, dass viele Leistungserbringer erfasst werden.¹⁵⁸⁶ Durch die Übertragung eines begrenzten Zuständigkeitsbereichs auf die Schiedsperson ist umso mehr von einer Leistungsbestimmung auszugehen.¹⁵⁸⁷ Das Verfahren ist dabei § 132a SGB V nachgebildet und als Zwangsschlichtung konzipiert.¹⁵⁸⁸ Es soll ein vertragsloser Zustand vermieden werden.¹⁵⁸⁹

Für alle anderen Bereiche bedarf es der Einigung zwischen den Parteien. Da der Wortlaut eindeutig auf die Preise beschränkt ist, scheidet eine analoge Anwendung mangels planwidriger Regelungslücke auf die weiteren Vertragsinhalte aus.¹⁵⁹⁰ Die weiteren Inhalte werden neben vertraglichen Vereinbarungen durch das Leistungsrecht, Heilmittelrichtlinien und gemeinsame Empfehlungen vorgegeben. Anzunehmen, es bedürfe „im Großen und Ganzen“ keines Schiedsverfahrens, ist nicht überzeugend.¹⁵⁹¹ So wird durch die genannten Regelungen nur ein Rahmen vorgegeben. Es können trotzdem wesentliche Inhalte fehlen, was den Vertrag undurchführbar macht. Unter Heranziehung von § 154 Abs. 1 S. 1 BGB ist der Vertrag im Zweifel nicht geschlossen, solange sich die Parteien nicht über alle Punkte des Vertrags geeinigt haben, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll. Ohne die Vereinbarung konkreter Regelungen zur Versorgung kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Vertrag als geschlossen gelten soll, da die Leistungserbringer zu konkreten Handlungen verpflichtet werden sollen. Dies ist hinsichtlich des Willens,

¹⁵⁸⁴ BSG, Urteil vom 30.9.2015 – B 3 KR 2/15 R – NZS 2016, 183, 184; *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 125 SGB V, Rn. 8a.

¹⁵⁸⁵ BSG, Urteil vom 30.9.2015 – B 3 KR 2/15 R – NZS 2016, 183, 186.

¹⁵⁸⁶ BSG, Urteil vom 30.9.2015 – B 3 KR 2/15 R – NZS 2016, 183, 186.

¹⁵⁸⁷ Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 65c Abs. 6 SGB V, vgl. Fn. 1576.

¹⁵⁸⁸ *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125, Rn. 23; *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 314; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 125, Rn. 29; *Schneider* in: jurisPK-SGB V, § 125, Rn. 20.

¹⁵⁸⁹ *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 125 SGB V, Rn. 8a.

¹⁵⁹⁰ Eine Anwendbarkeit auf die Preise bejaht auch: *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 125, Rn. 29; *Schneider* in: jurisPK-SGB V, § 125, Rn. 20.

¹⁵⁹¹ So aber *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 125, Rn. 29.

einen schnellen Abschluss von Verträgen zu erreichen, kontraproduktiv. Jedoch liegt es am Gesetzgeber, eine Änderung herbeizuführen. Dieser ging wohl davon aus, dass insbesondere die einvernehmliche Vergütungsvereinbarung schwierig bis unmöglich ist und daher eines Schiedsverfahrens bedarf. Zudem lehnten die Krankenkassen eine Anpassung der Vergütung in der Vergangenheit häufig ab.¹⁵⁹² Durch das Schiedsverfahren soll eine angemessene Vergütung erreicht werden.¹⁵⁹³ Besonderheiten, die eine von § 73b SGB V abweichende Einordnung der Schiedsperson verlangen, sind nicht ersichtlich. Auch hier ist von einer Leistungsbestimmung nach §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V i.V.m. 317 ff. BGB auszugehen.¹⁵⁹⁴ Gleiches gilt für die Schiedsperson zur Abgabe der Rahmenempfehlungen in § 125 Abs. 1 S. 5-7 SGB V. Da eine wortlautidentische Regelung zum Schiedsverfahren getroffen wurde und ebenfalls nur ein bestimmter Regelungsgegenstand, die Abgabe der Rahmenempfehlungen, erfasst wird, kann auf obige Ausführungen zur Einordnung verwiesen werden.

VII. § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V

Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene geben nach § 127 Abs. 1a S. 1 SGB V erstmalig bis zum 30. Juni 2009 gemeinsame Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen ab. Es handelt sich um eine besondere Schlichtungssituation, da die Schiedsperson im kollektivvertraglichen und nicht im selektivvertraglichen Bereich tätig wird.¹⁵⁹⁵ Wie auch § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V gibt der Gesetzgeber für die Empfehlungen im Bereich der Hilfsmittel eine konkrete Frist vor. Im Gegensatz zu § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V bedarf die Fortgeltung der Norm keiner ausführlicheren Begründung, da der Gesetzgeber durch die Angabe, eine Empfehlung sei „erstmalig“ bis zu dem angegebenen Datum abzugeben, aufzeigt, dass auch weiterhin Empfehlungen abgegeben werden müssen.¹⁵⁹⁶ Die

¹⁵⁹² *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125, Rn. 21.

¹⁵⁹³ BT-DS 16/11429, S. 47.

¹⁵⁹⁴ So auch: *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125, Rn. 24; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 125, Rn. 30, 32; wohl auch *Schneider* in: jurisPK-SGB V, § 125, Rn. 20, da ein Verwaltungsakt abgelehnt und auf das Urteil des 3. Senats zu § 132a SGB V verwiesen wird.

¹⁵⁹⁵ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 318.

¹⁵⁹⁶ Mit der gemeinsamen Empfehlung gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2.7.2009 wurde die Vorgabe eingehalten. A.A.: *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 318, der von einer einmaligen Festsetzung ausgeht.

zeitnahe Abgabe von Empfehlungen sollte dazu dienen, Unsicherheiten über die Zweckmäßigkeit auszuräumen, was durch ein Schiedsverfahren abgesichert werden sollte.¹⁵⁹⁷ Sodann wird für den Fall der Nichteinigung ein Schiedsverfahren in § 127 Abs. 1a S. 2-4 SGB V angeordnet. Dieser beinhaltet – abgesehen von Vorgaben für den gerichtlichen Rechtsschutz – mit § 73b Abs. 4a SGB V inhaltlich identische Vorgaben. So wird der Empfehlungsinhalt im Falle von Nichteinigung durch eine Schiedsperson festgelegt, S. 2, die durch die Aufsichtsbehörde nach S. 3 bestimmt wird, wenn sich die Parteien nicht selbst auf eine Schiedsperson einigen können. Die Kosten sind nach S. 4 zu tragen. Die Ausgestaltung als Zwangsschlichtung¹⁵⁹⁸ ist nicht anders zu bewerten als im Falle von § 73b Abs. 4a SGB V. Sie führt nicht dazu, dass es sich um eine hoheitlich handelnde Beliehene handelt. Die Schiedsperson bezweckt auch hier eine Entbürokratisierung¹⁵⁹⁹ und Beschleunigung¹⁶⁰⁰. Es soll schnell zu Empfehlungsabgaben kommen. Dies zeigt sich bereits in der Begründung der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses.¹⁶⁰¹ Dem wird eine Leistungsbestimmung nach §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, 317 ff. BGB gerecht. Der Wortlaut steht nicht entgegen, auch sind keine weiteren Gründe ersichtlich, die gegen die Einordnung als Vertragshelfer sprechen.¹⁶⁰²

VIII. § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V

Die in § 132 Abs. 1 S. 2-4 SGB V vorgesehene Schiedsperson im Falle von Versorgungsverträgen zu Haushaltshilfen entspricht dem Prototyp der Schiedsperson. Die Regelungen beinhalten die Festlegung durch die Schiedsperson, die Bestimmung durch die Aufsichtsbehörde im Falle der Nichteinigung auf eine Schiedsperson sowie eine Kostenregelung. Besonderheiten finden sich hier nicht. Der Gesetzgeber wollte insbesondere zur Erreichung einer angemessenen Vergütung von Haushaltshilfe ein Schiedsverfahren, angelehnt an § 132a SGB V, eröffnen.¹⁶⁰³ Es werden daher im Wesentlichen gleichen Normen vorgesehen

¹⁵⁹⁷ BT-DS 16/10609, S. 57.

¹⁵⁹⁸ *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127, Rn. 23.

¹⁵⁹⁹ So auch: *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127, Rn. 22.

¹⁶⁰⁰ *Murawski* in: LPK-SGB V, § 127, Rn. 8.

¹⁶⁰¹ BT-DS 16/10609, S. 57.

¹⁶⁰² So auch ausführlich *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 127, Rn. 23.

¹⁶⁰³ BT-DS 18/4095, S. 119 (spricht fälschlich von Schiedsstellenregelung). So auch *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 319.

entsprechend dem bei § 132a SGB V üblichen Schiedsverfahren.¹⁶⁰⁴ Damit können auch die Überlegungen zu § 73b SGB V aufgrund der Vergleichbarkeit mit § 132a SGB V übertragen werden.

IX. § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V

Im Bereich der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung existiert seit dem 8. Dezember 2015 mit der Einführung von § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V ein Schiedsverfahren zur Durchsetzung der Verträge zwischen Krankenkassen und geeigneten Einrichtungen oder Personen. Die Krankenkassen waren bereits vor der Gesetzesänderung durch § 132d Abs. 1 S. 1 SGB V verpflichtet, Verträge zur Versorgung abzuschließen. Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut, der von „schließen“ spricht. Die Krankenkassen mussten bereits nach alter Rechtslage die Initiative ergreifen.¹⁶⁰⁵ Soweit ein Vertragsschluss für die bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist und die Richtlinien nach § 37b SGB V nicht entgegenstehen, haben die Leistungserbringer auch einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages.¹⁶⁰⁶ Da in der Vergangenheit jedoch keine ausreichende Zahl von Verträgen zustande kam, wurde die Etablierung einer Schiedsregelung verlangt.¹⁶⁰⁷ Nunmehr hat der Gesetzgeber ein Schiedsverfahren eingeführt. Dieses soll dafür sorgen, dass der vertragslose Zustand beendet wird und Vertragsabschlüsse beschleunigt werden.¹⁶⁰⁸ Die Situation ist damit der vor Einführung des § 73b Abs. 4a SGB V vergleichbar. Es handelt sich um eine Zwangsschlichtung. Der Wortlaut von § 132d Abs. 1 S. 3 SGB V verlangt die Durchführung eines Schiedsverfahrens, wenn sich die Parteien nicht einigen können („wird [...] festgelegt“). Mangels Angaben zu einer Antragsberechtigung können beide Parteien die Schiedsperson anrufen, wenn keine Einigung zustande kommt. Der Wortlaut der getroffenen Regelung ist mit dem des § 73b Abs. 4a SGB V im

¹⁶⁰⁴ BT-DS 18/4095, S. 119 (spricht fälschlich von Schiedsstellenregelung).

¹⁶⁰⁵ *Engelmann*, WzS 2015, 67, 73.

¹⁶⁰⁶ So auch *Engelmann*, WzS 2015, 67, 74, unter Annahme einer Ermessensreduktion auf Null. Tatsächlich liegt kein Ermessen, sondern ein unbestimmter Rechtsbegriff vor, da es sich um ein Tatbestandsmerkmal handelt („notwendig“). Den Krankenkassen kommt ein Beurteilungsspielraum zu. Im Zusammenspiel mit ihrer Verpflichtung wird dieser nur rechtmäßig ausgenutzt, wenn ein Vertrag bei Vorliegen der Voraussetzungen geschlossen wird.

¹⁶⁰⁷ *Engelmann*, WzS 2015, 67, 74.

¹⁶⁰⁸ BT-DS 18/5170, S. 29; so auch *Bördner*, GuP 2015, 208, 209.

Wesentlichen identisch.¹⁶⁰⁹ Besondere, abweichende Regelungen wurden nicht getroffen. Die Schiedsperson nach § 132d Abs. 1 S. 3-5 SGB V ist somit als Vertragshelfer einzuordnen. Die §§ 317 ff. BGB finden über § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V Anwendung. Regelungen zur aufschiebenden Wirkung sowie dem Klagegegner finden sich nicht; Abweichungen zu § 73b Abs. 4a SGB V ergeben sich insofern aber nicht, da die gleichen Folgen aufgrund der Einordnung als Vertragshelfer über §§ 317 ff. BGB eintreten.¹⁶¹⁰

X. § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V

Die Versorgung mit Schutzimpfungen setzt Verträge zu deren Durchsetzung voraus, § 132e Abs. 1 S. 1 SGB V. Diese werden, wenn sich die Parteien nicht einigen können, im Wege eines Schiedsverfahrens nach § 132e Abs. 1 S. 3-5 SGB V festgelegt. Die Vorgaben entsprechen denen, die sich grds. auch bei allen weiteren Schiedspersonen finden. Sie sind insofern strenger, als die Parteien innerhalb einer Frist von drei Monaten nach der Entscheidung gemäß § 20i Abs. 1 S. 3 SGB V den Vertrag abschließen müssen. Der Zeitpunkt ist der der Bestimmung von Vorgaben durch den Gemeinsamen Bundesausschuss. Es handelt sich um einen konkreten Zeitpunkt, der genau bestimmt werden kann. Insofern unterscheidet er sich von dem im § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V vorgegebenen Zeitpunkt, an den die Einleitung des Schiedsverfahrens anknüpft. Dort ist die Nichteinigung maßgeblich, was Probleme bei der Bestimmung verursachen kann. Erfolgt die Einigung nicht innerhalb von drei Monaten, wird sie durch einen Schiedsspruch ersetzt. Dies ermöglicht ein zügiges Verfahren und den Abschluss von Verträgen. Folgen für die rechtliche Einordnung der Schiedsperson ergeben sich nicht. Durch die Regelung einer Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde in § 132e Abs. 1 S. 4 SGB V handelt es sich um eine Zwangsschlichtung. Das Schiedsverfahren ist dem des § 132a SGB V ausdrücklich nachgebildet.¹⁶¹¹ Dieses ist zu behandeln wie das Schiedsverfahren nach § 73b SGB V. Es handelt sich um einen Vertragshelfer mit allen daraus folgenden Konsequenzen.¹⁶¹²

¹⁶⁰⁹ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 320, geht hingegen von einer Vergleichbarkeit mit § 132a Abs. 2 SGB V aus.

¹⁶¹⁰ Insoweit wird auf § 132a SGB V verwiesen, vgl. Abschnitt 3, B. II.

¹⁶¹¹ BT-DS 17/3698, S. 56. So auch *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 322.

¹⁶¹² *A.A.: Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 132e SGB V, Rn. 4 i.V.m. § 132a SGB V, Rn. 11, da im Rahmen der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege von einem Verwaltungsakt ausgegangen wird.

XI. § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V

Die Schiedsperson im Bereich der gesundheitlichen Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase richtet sich nach den Regelungen zur Schiedsperson nach § 132d SGB V. Es gelten daher die gleichen Schlussfolgerungen wie in diesem Bereich.

XII. § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V

Die knappste Regelung zu einer Schiedsperson beinhaltet § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V, der ein Schiedsverfahren für den Fall der Nichteinigung der Landesverbände über die Aufbringung der Mittel zur Finanzierung der Aufgaben eines Landesverbandes nach S. 3 vorsieht. Vorgegeben wird eine jährliche Frist. Die Vereinbarung hat bis zum 1. November eines Jahres zu erfolgen, ansonsten legt eine durch die Parteien zu bestimmende Schiedsperson den Vertragsinhalt fest. Weder ist normiert, die Schiedsperson müsse unabhängig sein, noch finden sich Regelungen zur Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde oder zur Kostentragung. Auch die Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses, auf der die Schiedsperson beruht, beinhaltet keine weiteren Ausführungen neben der Aussage, dass der Inhalt der Vereinbarung bei Nichteinigung durch eine Schiedsperson festgelegt wird.¹⁶¹³ Die Schiedsperson wurde durch das GKV-OrgWG eingeführt, ebenso wie die Schiedspersonen nach §§ 73b Abs. 4a, 127 Abs. 1a SGB V. Ob die Grundsätze zu § 73b SGB V übertragen werden können, bedarf aufgrund der viel knapperen Ausgestaltung einer genauen Prüfung. Es ist anzunehmen, dass eine abweichende Normierung von Schiedspersonen in dem gleichen Änderungsgesetz durch den Gesetzgeber bewusst erfolgt und damit nicht die gleiche Bewertung nach sich zieht. In § 211 SGB V wurden jedoch keine abweichenden Regelungen, sondern nur eine einzige Grundregelung getroffen. Aus dem Schweigen des Gesetzgebers lassen sich keine Schlüsse ziehen. Eine parallele Bewertung ist somit nicht ausgeschlossen.

Können sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen, scheidet das Zustandekommen einer Vereinbarung aus; es besteht mangels Regelung zur aufsichtsbehördlichen Bestimmung der Schiedsperson weiterhin ein vertragsloser Zustand. Es handelt sich folglich um ein freiwilliges Verfahren und nicht um eine Zwangsschlichtung. Eine Beschleunigung des Verfahrens erfolgt somit

¹⁶¹³ BT-DS 16/10609, S. 60.

nicht.¹⁶¹⁴ Dies sagt aber nichts über die rechtliche Einordnung der Schiedsperson aus. Durch die Annahme eines rein vertraglich festzulegenden Verfahrens wird man ebenfalls eine Leistungsbestimmung entsprechend §§ 317 ff. BGB annehmen können. Auch nach der Auffassung, die eine grundlegende vertragliche Einigung verlangt, spricht nichts gegen die Annahme einer Vertragshelfereigenschaft.¹⁶¹⁵ Eine analoge Anwendung der Vorschriften in § 73b Abs. 4a SGB V scheidet aber aus. Vielmehr hat eine Vereinbarung über die Modalitäten der Leistungsbestimmung zwischen den Parteien unter Einbeziehung der Schiedsperson zu erfolgen. Eine Leistungsbestimmung durch einen Dritten muss daher erst recht möglich sein, da es sich nicht um eine Zwangsschlichtung handelt.

XIII. § 76 Abs. 6 SGB XI

Die Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI ist die einzige sich außerhalb des SGB V befindende Schiedsperson. Sie kann in verschiedenen Streitigkeiten zum Einsatz kommen, wobei sie insbesondere im Bereich der Pflegesatzvereinbarungen, die nach § 85 SGB XI getroffen werden, eine Rolle spielt. Die weiteren Ausführungen beziehen sich exemplarisch auf den Regelungsgegenstand des § 85 SGB XI.¹⁶¹⁶ Da diese Schiedsperson in einem anderen Sozialgesetzbuch als dem SGB V normiert ist, liegt eine Vergleichbarkeit mit den weiteren krankensicherungsrechtlichen Schiedspersonen weniger nahe als im Falle der Schiedspersonen der krankensicherungsrechtlichen Leistungserbringung. Ob eine solche vorliegt, soll zunächst geklärt werden.

1. Grundlegende Vergleichbarkeit

Gemäß § 1 Abs. 1 SGB XI handelt es sich bei der sozialen Pflegeversicherung um einen eigenständigen Versicherungszweig. Jedoch orientiert sich das SGB XI am SGB V.¹⁶¹⁷ Aufgrund der bestehenden Ähnlichkeiten zwischen gesetzlicher Kranken- und sozialer Pflegeversicherung und gemeinsamen Grundprinzipien scheint eine Vergleichbarkeit auch hier grundsätzlich möglich. So unterliegt

¹⁶¹⁴ Und ist wohl nach Ansicht des Gesetzgebers auch nicht erforderlich, vgl. *Engelhard* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 211, Rn. 20.

¹⁶¹⁵ *A.A.: Mühlhausen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 211, Rn. 9, da er von einem Verwaltungsakt aufgrund der „allgemeinen Grundsätze[n] des GKV-Schlichtungswesens“ ausgeht.

¹⁶¹⁶ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 330 ff.

¹⁶¹⁷ *Udsching*, NZS 1999, 473, 473.

die Pflegeversicherung gemäß § 69 S. 1 SGB XI dem Sicherstellungsauftrag. Die Pflegekassen werden nach § 70 Abs. 1 SGB XI vom Grundsatz der Beitragssatzstabilität beherrscht. Sie sind Körperschaften des öffentlichen Rechts, denen Selbstverwaltung zukommt, § 46 Abs. 2 S. 1 SGB XI. Das SGB XI ist vertragsrechtlich aufgebaut.¹⁶¹⁸ Die vorgesehenen Vertragsschlüsse müssen daher schnellstmöglich sowie flächendeckend umgesetzt werden, um die Versorgung der Versicherten zu gewährleisten. Aufgrund der den Pflegekassen eingeräumten Selbstverwaltung muss dies aber möglichst frei von unmittelbarer staatlicher Einflussnahme geschehen können.¹⁶¹⁹ Schlichtungsmechanismen wie ein Verfahren vor der Schiedsperson können der Verwirklichung dieser Anforderungen dienen. Vertragspartner der Pflegesatzvereinbarungen sind die Träger des einzelnen zugelassenen Pflegeheims sowie die in § 85 Abs. 2 S. 1 Nr. 1-3 SGB XI genannten Träger, je nach Anteil der Berechnungstage. § 85 Abs. 2 S. 2 SGB XI stellt ausdrücklich klar, dass die Vereinbarung für jedes zugelassene Pflegeheim grundsätzlich gesondert abzuschließen ist, sog. Individualprinzip.¹⁶²⁰ Das Pflegeheim als Leistungserbringer hat einen Anspruch auf einen eigenen Vertrag. Die Verträge zu den Pflegesätzen lassen sich daher als Selektivverträge bezeichnen. Auch insoweit besteht Vergleichbarkeit mit den Schiedspersonen der gesetzlichen Krankenversicherung.

Der Gesetzgeber verweist ausdrücklich auf die in § 132a SGB V getroffene Schiedsregelung.¹⁶²¹ Er bestätigt somit die grundsätzliche Vergleichbarkeit.

2. Schiedsperson nach § 76 Abs. 6 SGB XI

Neben den aufgezeigten Gemeinsamkeiten von SGB V und SGB XI weist die konkrete Normierung des Schiedsverfahrens nach § 76 Abs. 6 SGB XI auch Unterschiede zu den meisten anderen Schiedspersonen auf. Daraus könnten sich Folgen für die Einordnung der Schiedsperson ergeben.

Grundsätzlich entscheidet im Falle der Nichteinigung auf die Pflegesätze die Schiedsstelle, §§ 85 Abs. 5 S. 1, 76 SGB XI. Sie wird auf Antrag einer Partei tätig, wenn eine Pflegesatzvereinbarung nicht innerhalb von sechs Wochen zustande kommt, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zu Pflegesatzverhandlungen aufgefordert hat. Dies gilt nach S. 2 auch, wenn ein zuständiger Träger der

¹⁶¹⁸ *Kreutz*, ZFSH/SGB 2009, 726, 727.

¹⁶¹⁹ *Udsching*, NZS 1999, 473, 473.

¹⁶²⁰ *Leitherer* in: Kasseler Kommentar, § 85 SGB XI, Rn. 10.

¹⁶²¹ BT-DS 16/7439, S. 69.

Vereinbarung widerspricht. Nach Stellung des Antrags ist das Verfahren durchzuführen. Es handelt sich dann um ein Zwangsschlichtungsverfahren.¹⁶²² Sodann entscheidet die Schiedsstelle nach § 76 SGB XI unverzüglich; gegen die Entscheidung steht nach § 85 Abs. 5 S. 3 SGB XI der Rechtsweg offen, wobei ein Vorverfahren nicht stattfindet und die Klage keine aufschiebende Wirkung hat, Abs. 5 S. 4. Es soll möglichst schnell zu einer Vereinbarung kommen.¹⁶²³

Das Schiedsverfahren kann anstelle eines Verfahrens vor der Schiedsstelle erfolgen. Hierdurch soll ein schneller, unbürokratischer Vertragsschluss zustande kommen können.¹⁶²⁴ Dazu bedarf es der Einigung der Parteien, § 76 Abs. 6 S. 1 SGB XI. Eine Bestimmung einer Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde im Falle der Nichteinigung sieht das Gesetz nicht vor. Hieraus ergibt sich als wesentliche Abweichung, dass es sich nicht um eine Zwangsschlichtung handelt.¹⁶²⁵ Lediglich § 211 SGB V ist ebenfalls als freiwilliges Verfahren konzipiert. Die dort gemachten Aussagen treffen auch auf die Schiedsperson zur Pflegesatzvereinbarung zu. Anders als bei § 211 SGB V wird jedoch kein vertragsloser Zustand hingenommen; wird eine Schiedsperson nicht bestimmt, so ist ein Verfahren vor der Schiedsstelle nach §§ 76 Abs. 1, 85 Abs. 5 SGB V durchzuführen, wenn eine Partei dieses beantragt. Das Verfahren vor der Schiedsperson wird den Parteien alternativ zur Verfügung gestellt.¹⁶²⁶ Nach Anrufung der Schiedsperson kann die Schiedsstelle nicht mehr angerufen werden.¹⁶²⁷ Die Schiedsperson unterliegt für ihr Tätigwerden einer Frist von 28 Tagen ab ihrer Bestellung. Diese Frist stellt eine bloße Ordnungsvorschrift dar, so dass sich aus ihrer Nichteinhaltung keine rechtlichen Konsequenzen ergeben.¹⁶²⁸ Gegen die Festsetzung kann ein Antrag auf gerichtliche Aufhebung nach § 76 Abs. 6 S. 3 SGB V nur gestellt werden, wenn die Festsetzung der öffentlichen Ordnung widerspricht. Dieser sog. *Ordre-Public-Vorbehalt*¹⁶²⁹ lässt sich zum einen mit der Freiwilligkeit des Verfahrens erklären, auf das sich die Parteien einigen müssen. Zum anderen besteht die Möglichkeit, ein Verfahren vor der Schiedsstelle anzustrengen, bei dem der Rechtsweg ausdrücklich offen steht, § 85 Abs. 5 S. 3 SGB XI. Es

¹⁶²² *Udsching* in: Udsching, SGB XI, § 76, Rn. 2.

¹⁶²³ *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 85 SGB XI, Rn. 13.

¹⁶²⁴ BT-DS 16/7439, S. 69; so auch *Planholz* in: LPK-SGB XI, § 76, Rn. 2.

¹⁶²⁵ BT-DS 16/7439, S. 69.

¹⁶²⁶ *Griep*, Sozialrecht aktuell 2009, 81, 88.

¹⁶²⁷ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 337.

¹⁶²⁸ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 338.

¹⁶²⁹ Vgl. hierzu genauer: *Kreutz*, ZFSH/SGB 2009, 726 ff.

bedarf somit keines umfassenden Rechtsbehelfs.¹⁶³⁰ Nur im Falle eines offensichtlichen Verstoßes gegen die materielle Gerechtigkeit kommt somit ein Antrag auf Aufhebung in Betracht.¹⁶³¹ Dies hat Folgen für den gerichtlichen Rechtsschutz, der an besondere Voraussetzungen geknüpft wird. Für die rechtliche Einordnung der Schiedsperson ergeben sich keine Konsequenzen. Vielmehr wird man aufgrund des Wortlautes, der Annahme eines freiwilligen Verfahrens, was dem Wesen einer Leistungsbestimmung entspricht, sowie der Gesetzgebungsgeschichte und des systematischen Vergleichs mit den weiteren Schiedspersonen eine Vertragshelfereigenschaft entsprechend §§ 317 ff. BGB annehmen können.¹⁶³² Ein Verweis auf die Vorschriften des BGB wie in § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V findet sich im SGB XI nicht. Bei den Pflegesatzvereinbarungen handelt es sich um öffentlich-rechtliche Verträge, für die zwar § 61 S. 2 SGB X gilt, aber aufgrund der Trennung von Schiedsspruch und zustandekommendem Vertrag ist dieser nicht anzuwenden. Jedoch kommt eine Analogie zu § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V aufgrund der Vergleichbarkeit von SGB V und XI, insbesondere mit Blick auf den Sicherstellungsauftrag, und der damit bestehenden vergleichbaren Interessenlage, in Betracht. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, hätte er die Lücke erkannt, eine entsprechende Regelung vorgesehen hätte. Somit ist eine Analogie zu bilden, über die die §§ 317 ff. BGB anzuwenden sind. Folgen ergeben sich demnach nur für die Einsetzung der Schiedsperson sowie den gerichtlichen Rechtsschutz.

XIV. Schlussfolgerungen

Die Grundüberlegungen treffen auf sämtliche Schiedspersonen zu. Sie leisten Vertragshilfe für Selektivverträge der gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung. Zwar liegt nicht in allen Fällen eine Zwangsschlichtung vor; in den Fällen der freiwilligen

¹⁶³⁰ Der Gesetzentwurf geht dagegen noch von einem vollständigen Verzicht auf Rechtsbehelfe aus, vgl. BT-DS 16/7439, S. 69. Auf Bitten des Bundesrates, der Bedenken hatte, ob der vollständige Ausschluss mit dem Justizgewährleistungsanspruch bzw. Art. 19 Abs. 4 GG vereinbar wäre, nahm die Bundesregierung eine Prüfung vor und änderte den Entwurf. Vgl. hierzu ausführlich *Kreutz*, ZFSH/SGB, 2009, 726, 728 f. Kritisch: *Griep*, Sozialrecht aktuell 2009, 81, 89 („Verfahren ohne Rechtsschutz“).

¹⁶³¹ *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 342.

¹⁶³² So auch: *Engelmann* in: Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 339; *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, § 76 SGB XI, Rn. 8; Offen: *Leitner* in: Kasseler Kommentar, § 76 SGB XI, Rn. 18; *Plantholz* in: LPK-SGB XI, § 76, Rn. 18 (tendenziell gegen die Annahme eines Verwaltungsaktes).

Schlichtung kommen die angestellten Erwägungen aber umso mehr zum Tragen. Es lässt sich aufgrund der gewählten Regelungen ein einheitlicher Wille des Gesetzgebers in allen Fällen erkennen, das schnelle, effektive und unbürokratische Zustandekommen von Verträgen zu ermöglichen, dem auch das Verfahren vor der Schiedsperson dienen soll. Die Einführung weiterer Schiedspersonen zeigt, dass diese Schlichtung nach Ansicht des Gesetzgebers funktioniert. Die Schiedspersonen haben damit einen neben Schiedsämtern und Schiedsstellen gleichwertigen, eigenen Platz eingenommen. Sie stellen ein Instrument zur Vertragshilfe dar. Sollte der Gesetzgeber weitere Schiedspersonen einführen, werden sie als Vertragshelfer im Sinne der §§ 317 ff. BGB einzuordnen und an den herausgearbeiteten Kriterien zu messen sein, solange vergleichbare Regelungen vorliegen. Dies bedarf einer genauen Prüfung im Einzelfall.

Abschnitt 4: Zusammenfassung und Fazit

Ziel der Untersuchung war es, Einsetzung, Verfahren und Schiedsspruch der Schiedsperson nach § 73b SGB V genauer zu untersuchen und diese sodann mit den weiteren sozialrechtlichen Schiedspersonen zu vergleichen. Die Ergebnisse lassen sich wie folgt zusammenfassen.

1. Das Schiedsverfahren zur hausarztzentrierten Versorgung nach §§ 73b Abs. 4, 4a SGB V kommt zur Anwendung, wenn sich Krankenkasse und Gemeinschaft nicht selbst auf einen Vertrag einigen können. Ein solches Verfahren wurde eingeführt, da der Gesetzgeber eine flächendeckende Versorgung der Versicherten mit der hausarztzentrierten Versorgung erreichen wollte. Dazu bedarf es eines Antrags der Gemeinschaft auf Durchführung eines Schiedsverfahrens, § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V. Den Krankenkassen steht dagegen kein Antragsrecht zu. Ein solches lässt sich auch nicht über eine analoge Anwendung anderer Vorschriften konstruieren. Maßgeblicher Akteur ist somit die Gemeinschaft, die jedoch nicht in verfassungswidriger Weise privilegiert wird. Liegt ein Antrag vor, so bestimmt im Falle fehlender Einigung auf eine Schiedsperson die zuständige Aufsichtsbehörde diese. Hieran zeigt sich, dass es sich sodann um ein Pflichtverfahren handelt. Aufgrund dieser Ausgestaltung kann das vorliegende Schiedsverfahren auch als einseitig einleitbare Zwangsschlichtung bezeichnet werden. Dem gesetzgeberischen Ziel, zwingend und möglichst schnell flächendeckende Verträge herbeizuführen, wird die gesetzliche Ausgestaltung aufgrund der Einseitigkeit nicht völlig gerecht. Hier besteht Bedarf an einem Tätigwerden des Gesetzgebers.

2. Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese gemäß § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V durch die zuständige Aufsichtsbehörde bestimmt. Für die Nichteinigung genügt es, wenn ein einseitiges Vertragsangebot vorlag, dass die Gegenseite zumindest durch Nichtverhandeln konkludent abgelehnt hat. Konkrete Gespräche müssen nicht stattgefunden haben, da sonst die Durchführung des Schiedsverfahrens konterkariert würde, was im Gegensatz zum Ziel der flächendeckenden Versorgung stehen würde.

3. Das Verfahren vor der Schiedsperson wird durchgeführt, wenn eine Gemeinschaft vorliegt, die das erforderliche Quorum erfüllt, was ggf. nachgewiesen werden muss. Die Einhaltung von Vergaberecht ist hingegen nicht erforderlich.

4. Die Schiedsperson unterliegt nicht den verfahrensrechtlichen Vorgaben aus §§ 8 ff. SGB X, da es sich nicht um ein Verwaltungsverfahren handelt. Die Schiedsperson ist keine Behörde und ihr Tätigwerden nicht auf den Erlass eines Verwaltungsaktes im Sinne von § 31 S. 1 SGB X gerichtet. Maßgeblich ist, dass es sich bei ihr nicht um eine Beliehene handelt, da es nicht um die Ausübung hoheitlicher Befugnisse geht. Vielmehr wird die Schiedsperson als Vertragshelfer im Sinne einer Leistungsbestimmung durch einen Dritten nach §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, 317 ff. BGB tätig. Daraus ergibt sich, dass das Schiedsverfahren frei durchgeführt werden kann und die Schiedsperson über das Erfordernis billigen Ermessens bei der Leistungsbestimmung lediglich grundlegende, sich aus dem Grundgesetz ergebende Verfahrensvorgaben zu wahren hat. Die der Schiedsperson eingeräumte Freiheit bzw. das Fehlen von Verfahrensvorgaben verstößt nicht gegen das Grundgesetz.

5. Die Entscheidung der Schiedsperson kann nicht weiter gehen als das, was auch die Parteien einvernehmlich regeln könnten. Die Schiedsperson ist somit an die gesetzlichen Vorgaben gebunden.

6. Der Schiedsspruch stellt keinen Verwaltungsakt dar, sondern eine Leistungsbestimmung nach §§ 69 Abs. 1 S. 3 SGB V, 317 ff. BGB. Bei der Anwendung der §§ 317 ff. BGB ist stets maßgeblich, ob diese mit den öffentlich-rechtlichen Vorgaben, vor allem auch den Vorgaben aus § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V vereinbar sind. Die Schiedsperson kann sowohl einen Add-On- als auch einen Vollversorgungsvertrag festsetzen. Eine Bindung an den Grundsatz der Beitragssatzstabilität besteht nicht. Datenschutzrechtliche Vorgaben müssen bei der Ausgestaltung des Vertrages zur hausarztzentrierten Versorgung gewahrt werden.

7. Wird eine rechtswidrige Festsetzung getroffen, so ist diese unverbindlich, wenn sie unbillig ist. Der Maßstab offenerer Unbilligkeit aus § 319 Abs. 1 S. 1 BGB findet aufgrund der Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts lediglich modifiziert Anwendung. Die Unverbindlichkeit muss gerichtlich geltend gemacht werden. Nur in Ausnahmefällen liegt eine Nichtigkeit vor. Die Besonderheiten des Leistungserbringungsrechts führen auch dazu, dass eine Anfechtung nach §§ 119 ff., 142 ff., 318 Abs. 2 BGB ausscheidet, sowie, dass eine Rückabwicklung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommt. Nur so wird eine ausreichende Versorgung der Versicherten gewährleistet. Trifft die Schiedsperson eine rechtswidrige Festsetzung, so haftet sie grundsätzlich insbesondere nach den vertraglichen Vorgaben, dabei kommt vor allem ein Schadensersatzanspruch in Betracht.

8. Gegen die Festsetzung der Schiedsperson ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet, wobei sich keine erstinstanzliche Zuständigkeit der Landessozialgerichte aus § 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG (analog) ergibt. Die Kontrolldichte des Gerichts ist nicht aufgrund eines Beurteilungsspielraums der Schiedsperson zurückgenommen, es ergeben sich aber Grenzen der Nachprüfbarkeit aus dem Maßstab billigen Ermessens. Richtige Klageart ist die Ersetzungsklage als besondere Form der Leistungsklage. Die Annahme des 6. Senats des Bundessozialgerichts, allein eine Feststellungsklage sei statthaft, ist nicht tragfähig. Die Klage richtet sich nach § 73b Abs. 4a S. 5 gegen eine der beiden Parteien und nicht gegen die Schiedsperson, was sich bereits aus der Einordnung als Leistungsbestimmung ergibt. Die Regelung ist somit rein deklaratorischer Natur. Eine notwendige Beiladung der Schiedsperson ist ebenfalls nicht erforderlich. Der einstweilige Rechtsschutz richtet sich nach § 86b Abs. 2 SGG.

9. Die Vertragsfestsetzung ist im Verhältnis zu den Satzungen der Krankenkassen sowie den Beitrittserklärungen der Versicherten vorrangig. Es ist eine Anpassung vorzunehmen. Sonstige höherrangige Rechtsnormen gehen vor; im Falle eines Verstoßes ist jedoch nicht von Nichtigkeit der Festsetzung auszugehen, sondern es ist ebenfalls eine Anpassung vorzunehmen.

10. Eine Aufsicht besteht weder über die Bestimmung der Schiedsperson, noch die Festsetzungen dieser. In der Anwendung zivilrechtlicher Vorschriften ist auch keine Umgehung verfassungsrechtlicher Vorgaben zu sehen.

11. Die weiteren sozialrechtlichen Schiedspersonen sind mit der Schiedsperson nach § 73b SGB V vergleichbar. Die Unterschiede in der Formulierung der Normen führen nur in einzelnen Punkten zu einer unterschiedlichen Behandlung, jedoch nicht dazu, dass die Vergleichbarkeit insgesamt abzulehnen ist. Somit können die Wertungen übertragen werden. Insbesondere sind die sonstigen Schiedspersonen ebenfalls als Vertragshelfer einzuordnen mit den sich daraus ergebenden Konsequenzen für das Verfahren und die anzuwendenden Verfahrensvorgaben, aber auch für die bestehenden Rechte und Pflichten sowie die Rechtsfolgen bei rechtswidrigen Festsetzungen. Auch der gerichtliche Rechtsschutz verläuft grundsätzlich parallel zu dem im Falle des § 73b SGB V. Ob sich die Rechtsprechung dieser Wertung anschließen wird, bleibt abzuwarten. Die zu § 73b SGB V sowie § 132a SGB V ergangenen Urteile deuten jedoch darauf hin, dass auch das Bundessozialgericht von einer Vergleichbarkeit und Übertragbarkeit ausgeht.

12. Werden in der Zukunft weitere Schiedspersonen im Sozialrecht eingeführt, werden diese, sofern der Gesetzgeber vergleichbare Regelungen schafft, wohl ebenfalls als Vertragshelfer entsprechend §§ 317 ff. BGB anzusehen sein und die herausgearbeiteten Vorgaben zu wahren haben. Es bedarf jedoch einer genauen Prüfung im Einzelfall, ob eine solche rechtliche Einordnung zutrifft.

Literatur

- Achilles, [Alexander]/Spahn, [Martin]/Gebhard, [Albert]*, Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band I, Allgemeiner Theil und Recht der Schuldverhältnisse Abschn. I, Abschn. II Tit. I., Berlin 1897 (zit.: *Achilles*, Protokolle der Kommission, S.)
- von Alemann, Florian/Scheffczyk, Fabian*, Selektivverträge in der GKV – Aktuelle Rechtsfragen der hausarztzentrierten Versorgung, in: NZS 2012, S. 45-51 (zit.: *von Alemann/Scheffczyk*, NZS 2012, 45, S.)
- App, Michael*, Beliehene Unternehmer und Beleihung – Kurzüberblick, in: KKZ 2009, S. 181-182 (zit.: *App*, KKZ 2009, 181, S.)
- Axer, Peter*, Zur demokratischen Legitimation in der gemeinsamen Selbstverwaltung – dargestellt am Beispiel des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen, in: Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, Frankfurt am Main u.a. 2001, S. 115-149 (zit.: *Axer* in: Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung, S.)
- Axer, Peter*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung. Ein Beitrag zu den Voraussetzungen und Grenzen untergesetzlicher Normsetzung im Staat des Grundgesetzes, Tübingen 2000 (zit.: *Axer*, Normsetzung, S.)
- Bader, Johann/Ronellenfitsch, Michael** (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar VwVfG, 34. Edition, München 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK VwVfG, §, Rn.)
- Bamberger, Georg/Roth, Herbert** (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 41. Edition, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK BGB, §, Rn.)
- Bast, Werner*, Die rechtliche Stellung des Schiedsamtes im Kassenarztrecht, Diss. iur. Würzburg 1965 (zit.: *Bast*, Rechtliche Stellung des Schiedsamtes, S.)
- Basteck, Vincent*, Sozialrecht und Vergaberecht – Die Schöne und das Biest?, in: NZBau 2006, S. 497-499 (zit.: *Basteck*, NZBau 2006, 497, S.)
- Battis, Ulrich*, Beleihung anlässlich der Privatisierung der Postunternehmen, in: Karsten Schmidt/Eberhard Schwark (Hrsg.), Unternehmen, Recht, Wirtschaftsordnung. Festschrift für Peter Raisch zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1995, S. 355-372 (zit.: *Battis* in: Festschrift für Peter Raisch, S.)
- Bauer-Schade, Stefan*, Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung. Begriff, Inhalt und Sicherstellung der flächendeckenden Versorgung der gesetzlich Krankenversicherten mit vertragsärztlichen Leistungen, Berlin 2013 (zit.: *Bauer-Schade*, Die flächendeckende vertragsärztliche Versorgung, S.)
- Becker, Peter*, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, in: Peter Becker/Gerhard Dalichau (Hrsg.), Perspektiven des Gesundheitswesens. Festschrift für Bernd Wiegand zum 65. Geburtstag, Wiesbaden 2003, S. 271-300 (zit.: *Becker* in: Festschrift für Bernd Wiegand, S.)

- Becker, Ulrich/Kingreen Thorsten (Hrsg.), SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar, 5. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: Becker/Kingreen, SGB V, §, Rn.)
- Becker, Ulrich/Schweitzer, Heike, Wettbewerb im Gesundheitswesen. Welche gesetzlichen Regelungen empfehlen sich zur Verbesserung eines Wettbewerbs der Versicherer und Leistungserbringer im Gesundheitswesen?, in: NJW Beilage 2012, S. 82-86 (zit.: *Becker/Schweitzer*, NJW-Beil. 2012, 82, S.)
- Berger, Gerhard, Über die Bestimmung der Leistung bei Schuldverhältnissen mit unbestimmter Leistung, insbesondere der §§ 315-319 BGB, Rostock 1940 (zit.: *Berger*, Über die Bestimmung der Leistung, S.)
- Bergmann, Karl Otto/Pauge, Burkhard/Steinmeyer, Heinz-Dietrich (Hrsg.), Gesamtes Medizinrecht, 2. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter* in GesMedR, §, Rn.)
- Beyer, M./Gerlach, F./Lübeck, Robert, Rationale und Stand der hausarztzentrierten Versorgung in Deutschland, in: Bundesgesundheitsblatt 2015, S. 360-366 (zit.: *Lübeck/Beyer/Gerlach*, Bundesgesundheitsbl. 2015, 360, S.)
- Bieritz-Harder, Renate/Conradis, Wolfgang/Thie, Stephan (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XII – Sozialhilfe, Lehr- und Praxiskommentar, 10. Auflage, Baden-Baden 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: LPK-SGB XII, §, Rn.)
- Bloch, Eckhard, Hilfsmittelversorgung nach dem Vertragsmodell und Qualitätssicherung, in: Sozialrecht aktuell Sonderheft 2013, S. 4447 (zit.: *Bloch*, Sozialrecht aktuell Sonderheft 2013, 44, S.)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Demokratische Willensbildung und Repräsentation, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band III: Demokratie – Bundesorgane, 3. Auflage, Heidelberg 2005, § 34, S. 31-54 (zit.: *Böckenförde* in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts III, § 34, Rn.)
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang, Organ, Organisation, juristische Person, in: Christian-Friedrich von Menger (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 269-305 (zit.: *Böckenförde* in: Festschrift für Hans J. Wolff, S.)
- Boemke, Burkhard, (Un-)Verbindlichkeit unbilliger Arbeitgeberweisungen, in: NZA 2013, S. 6-11 (zit.: *Boemke*, NZA 2013, 6, S.)
- Boerner, Dietmar, Die Neuregelung des § 69 SGB V und ihre Bedeutung für die Leistungserbringungsverträge, in: SGB 2000, S. 389-393 (zit.: *Boerner*, SGB 2000, 389, S.)
- Boldt, Antje, Müssen gesetzliche Krankenkassen das Vergaberecht beachten?, in: NJW 2005, S. 3757-3760 (zit.: *Boldt*, NJW 2005, 3757, S.)
- Borchert, Günter, Normsetzungskompetenzen im Sozialrecht, in: NZS 2004, S. 287-291 (zit.: *Borchert*, NZS 2004, 287, S.)
- Bördner, Jonas, Kernelemente des neuen Hospiz- und Palliativgesetzes, in: GuP 2015, S. 208-210 (zit.: *Bördner*, GuP 2015, 208, S.)

- Bötticher, Eduard*, Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht, Berlin 1964 (zit.: *Bötticher*, Gestaltungsrecht, S.)
- Breitkreuz, Tilman/Fichte, Wolfgang (Hrsg.), SGG, Sozialgerichtsgesetz, 2. Auflage, Berlin 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Breitkreuz/Fichte, SGG, §, Rn.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeiner Teil des BGB, 39. Auflage, München 2015 (zit.: *Brox/Walker*, BGB AT, Rn.)
- Brox, Hans/Walker, Wolf-Dietrich*, Allgemeines Schuldrecht, 39. Auflage, München 2015 (zit.: *Brox/Walker*, Allg. Schuldrecht, §, Rn.)
- Buchner, Reimar/Bosch, Klaas*, Befangenheitsanträge gegen Schiedsamtmitglieder – Verfahrensrechtliche Fragestellungen, in: SGB 2011, S. 21-27 (zit.: *Buchner/Bosch*, SGB 2011, 21, S.)
- Buchner, Reimar/Spiegel, Jan-Peter*, Festlegung hausarztzentrierter Versorgungsverträge durch die Schiedsperson gemäß § 73b Abs. 4a SGB V – Rechtsqualität und Rechtsschutz, in: NZS 2013, S. 1-10 (zit.: *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, 1, S.)
- Burgi, Martin*, Der Beliehene – ein Klassiker im modernen Verwaltungsrecht, in: Max-Emanuel Geis/Dieter Lorenz (Hrsg.), Staat, Kirche, Verwaltung. Festschrift für Hartmut Maurer zum 70. Geburtstag, München 2001, S. 581-594 (zit.: *Burgi* in: Festschrift für Hartmut Maurer, S.)
- Busemann, Andreas*, Das „billige Ermessen“ des § 106 Satz 1 GewO und die Rechtsfolge der unbilligen Weisung des Arbeitgebers, in: ZTR 2015, S. 63-71 (zit.: *Busemann*, ZTR 2015, 63, S.)
- Byok, Jan/Jansen, Nicola*, Die Stellung gesetzlicher Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber, in: NVwZ 2005, S. 53-56 (zit.: *Byok/Jansen*, NVwZ 2005, 53, S.)
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV – AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Calliess/Ruffert, EUV – AUEV, §, Rn.)
- Castendiek, Jan*, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag. Verfassungsrechtliche Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Normgebung in Selbstverwaltungsbereichen ohne körperschaftliche Strukturen, Baden-Baden 2000 (zit.: *Castendiek*, Normsetzungsvertrag, S.)
- Clemens, Thomas*, Normenstrukturen im Sozialrecht – Unfallversicherungs-, Arbeitsförderungs- und Kassenartzrecht, in: NZS 1994, S. 337-347 (zit.: *Clemens*, NZS 1994, 337, S.)
- Csaki, Alexander/Freundt, Anja*, Keine Ausschreibungspflicht für Verträge über hausarztzentrierte Leistungen? – Besprechung der Entscheidung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen vom 3.11.2010, in: NZS 2011, S. 766-772 (zit.: *Csaki/Freundt*, NZS 2011, 766, S.)
- de Wall, Heinrich*, Die Anwendbarkeit privatrechtlicher Vorschriften im Verwaltungsrecht, Tübingen 1999 (zit.: *de Wall*, Anwendbarkeit privatrechtl. Vorschriften im VerwR, S.)
- Detterbeck, Steffen*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozessrecht, 14. Auflage, München 2016 (zit.: *Detterbeck*, Allg. Verwaltungsrecht, Rn.)

- Diering, Björn/Timme, Hinnerk (Hrsg.), Sozialgesetzbuch X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: LPK-SGB X, §, Rn.)
- Dreher, Meinrad, Öffentlich-rechtliche Anstalten und Körperschaften im Kartellvergaberecht, in: NZBau 2005, S. 297-304 (zit.: *Dreher*, NZBau 2005, 297, S.)
- Dreher, Meinrad/Hoffmann, Jens, Der Auftragsbegriff nach § 99 GWB und die Tätigkeit der gesetzlichen Krankenkassen, in: NZBau 2009, S. 273-282 (zit.: *Dreher/Hoffmann*, NZBau 2009, 273, S.)
- Duden (Hrsg.), Das Wörterbuch der Synonyme, 2. Auflage, Mannheim 2012 (zit.: *Duden*, Wörterbuch der Synonyme, S.)
- Düring, Ruth, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, Baden-Baden 1992 (zit.: *Düring*, Das Schiedswesen in der GKV, S.)
- Ebsen, Ingwer, Ausschreibungspflichten für selektivvertragliche ärztliche Versorgung in der GKV, in: Krankenversicherung (KrV) 2010, S. 139-143 (zit.: *Ebsen*, KrV 2010, 139, S.)
- Ebsen, Ingwer, Autonome Rechtssetzung in der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung als Verfassungsproblem, in: VSSR 8 (1990), S. 57-73 (zit.: *Ebsen*, VSSR 8 [1990], 57, S.)
- Ehlers, Dirk, Der Beklagte im Verwaltungsprozess, in: Hans-Uwe Erichsen/Werner Hoppe/Albert von Mutius(Hrsg.), System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Festschrift für Christian-Friedrich Menger zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1985, S. 379-400 (zit.: *Ehlers* in: Festschrift für Christian-Friedrich Menger, S.)
- Ehlers, Dirk, Die allgemeine verwaltungsgerichtliche Leistungsklage, in: Jura 2006, S. 351-358 (zit.: *Ehlers*, Jura 2006, 351, S.)
- Ehlers, Jan Philip, Aushöhlung der Staatlichkeit durch die Privatisierung von Staatsaufgaben?, Frankfurt am Main 2003 (zit.: *Ehlers*, Aushöhlung der Staatlichkeit, S.)
- Eichenhofer, Eberhard, Selbstverwaltung im Sozialrecht, in: NdsVBl. 2015, S. 45-51 (zit.: *Eichenhofer*, NdsVBl. 2015, 45, S.)
- Eichenhofer, Eberhard, Sozialrecht, 9. Auflage, Tübingen 2015 (zit.: *Eichenhofer*, Sozialrecht, Rn.)
- Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich (Hrsg.), SGB I, IV, X, Sozialgesetzbücher I Allgemeiner Teil, IV Gemeinsame Vorschriften, X Sozialverwaltungsverfahren, Köln 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Eichenhofer/Wenner, SGB I. IV, X, §, Rn.)
- Eichenhofer, Eberhard/Wenner, Ulrich (Hrsg.), Kommentar zum Sozialgesetzbuch V, 2. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Eichenhofer/Wenner, SGB V, §, Rn.)
- Engelmann, Klaus, Die ambulante Palliativversorgung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, in: WzS 2015, S. 67-75 (zit.: *Engelmann*, WzS 2015, 67, S.)
- Engelmann, Klaus, (Rechts-)Grundlagen und Grundfragen der palliativmedizinischen Versorgung, in: GesR 2010, S. 577-586 (zit.: *Engelmann*, GesR 2010, 577, S.)

- Engelmann, Klaus*, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien (Teil 1), in: NZS 2000, S. 1-8 (zit.: *Engelmann*, NZS 2000, 1, S.)
- Engelmann, Klaus*, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien, in: Schnapp, Friedrich E. (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht – Teil III, Frankfurt am Main 2000, S. 101-162 (zit.: *Engelmann* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S.)
- Engelmann, Klaus/Schlegel, Rainer (Hrsg.), jurisPraxisKommentar SGB V – Gesetzliche Krankenversicherung, 2. Auflage, 2012 (zit.: *Bearbeiter* in jurisPK-SGB V, §, Rn.)
- Engisch, Karl*, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage, Stuttgart 2010 (zit.: *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, S.)
- Erbguth, Wilfried*, Allgemeines Verwaltungsrecht mit Verwaltungsprozess- und Staatshaftungsrecht, 8. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit.: *Erbguth*, Allg. VerwR, §, Rn.)
- Erichsen, Hans-Uwe/Ehlers, Dirk (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Auflage, Berlin 2010 (zit.: *Bearbeiter* in: Erichsen/Ehlers, Allg. VerwR, §, Rn.)
- Ernst, Werner/Zinkahn, Willy/Bielenberg, Walter (Begr.), Krautzberger, Michael (fortführend), Baugesetzbuch, Band I, Loseblatt, Stand: 123. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Ernst, BauGB, §, Rn.)
- Ewald, Laura*, Die Änderungen des § 132a Abs. 2 S. 6 und 7 SGB V durch das „E-Health-Gesetz“: Mehr Rechts(un)sicherheit für das Schiedsverfahren?, in: NZS 2016, S. 652-655 (zit.: *Ewald*, NZS 2016, 652, S.)
- Fehling, Michael/Kastner, Berthold (Hrsg.), Verwaltungsrecht, VwVfG – VwGO – Nebengesetze, 4. Auflage, Baden-Baden 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: HK-VerwR, §, Rn.)
- Felix, Dagmar*, Schiedsstellen im Sozialrecht – geeignete Instrumente der Streitschlichtung? Eine kritische Analyse am Beispiel der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG, in: Steffen Deterbeck/Jochen Rozek/Christian von Coelln (Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit. Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, S. 319-338 (zit.: *Felix* in: Festschrift für Herbert Bethge, S.)
- Fikentscher, Wolfgang/Heinemann, Andreas*, Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 (zit.: *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rn.)
- Finkenbusch, Norbert*, Die Satzung der Krankenversicherungsträger, in: WzS 1992, S. 1-11 (zit.: *Finkenbusch*, WzS 1992, 1, S.)
- Fisahn, Andreas/Mushoff, Tobias*, Vorwirkung und unmittelbare Wirkung Europäischer Richtlinien, in: EuR 2005, S. 222-230 (zit.: *Fisahn/Mushoff*, EuR, 222, S.)
- Fischer, Hans Georg*, Zur unmittelbaren Anwendung von EG-Richtlinien in der öffentlichen Verwaltung, in: NVwZ 1992, S. 635-638 (zit.: *Fischer*, NVwZ 1992, 635, S.)
- Fleischer, Holger/Goette, Wulf (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG), Band 1, §§ 1-34, 2. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm GmbHG, §, Rn.)

- Föllmer, Johanna*, Palliativversorgung in der Gesetzlichen Krankenversicherung, Zur Hospizversorgung nach § 39a SGB V und zur spezialisierten ambulanten Palliativversorgung nach § 37b SGB V, Berlin 2014 (zit.: *Föllmer*, Palliativversorgung in der GKV, S.)
- Freitag, Oliver*, Das Beleihungsrechtsverhältnis, Baden-Baden 2005 (zit.: *Freitag*, Beleihungsrechtsverhältnis, S.)
- Frenz, Walter*, Krankenkassen im Wettbewerbs- und Vergaberecht, in: NZS 2007, S. 233-236 (zit.: *Frenz*, NZS 2007, 233, S.)
- Friedrich, Nikola*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, Baden-Baden 2011 (zit.: *Friedrich*, Mediation in der Sozialgerichtsbarkeit, S.)
- Fuhlrott, Michael*, Arbeitgeberseitiges Direktionsrecht, in: PuR 2014, S. 156-158 (zit.: *Fuhlrott*, PuR 2014, 156, S.)
- Gaßner, Maximilian/Eggert, Albrecht*, Wettbewerb in der GKV – Kartellrecht versus Sozialrecht, in: NZS 2011, S. 249-255 (zit.: *Gaßner/Eggert*, NZS 2011, 249, S.)
- Gehrlein, Markus*, Wirksamkeitsmängel von Schiedsgutachten, in: VersR 1994, S. 1009-1013 (zit.: *Gehrlein*, VersR 1994, 1009, S.)
- Geisler, Markus/Temming, Felipe*, Der Anspruch auf angemessene Vergütung von Rettungs- und Krankentransportleistungen im Rahmen des § 133 SGB V, in: NZS 2005, S. 125-128 (zit.: *Geisler/Temming*, NZS 2005, 125, S.)
- Goodarzi, Ramin/Junker, Maike*, Öffentliche Ausschreibungen im Gesundheitswesen, in: NZS 2007, S. 632-638 (zit.: *Goodarzi/Junker*, NZS 2007, 632, S.)
- Goodarzi, Ramin/Schmid, Karsten*, Die Ausschreibung vertragsärztlicher Leistungen nach dem SGB V, in: NZS 2008, S. 518-524 (zit.: *Goodarzi/Schmid*, NZS 2008, 518, S.)
- Gottlieb, Heinz-Dieter*, Die Schiedsstellen nach dem Sozialgesetzbuch, in: NDV 2001, S. 257-262 (zit.: *Gottlieb*, NDV 2001, 257, S.)
- Götz, Volkmar*, Anmerkung zu BayVGH, Urteil vom 11.02.1974 – Nr. 5 VII 71, in: DÖV 1975, S. 210-211 (zit.: *Götz*, DÖV 1975, 210, S.)
- Griep, Heinrich*, Privat-rechtliche Streitschlichtungsstellen im öffentlich-rechtlichen Gesundheitswesen – Anmerkungen zum BSG-Urteil vom 25.11.2010, in: PflR 2011, S. 387-396 (zit.: *Griep*, PflR 2011, 387, S.)
- Griep, Heinrich*, Auswirkungen des Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes auf die SGB-XI-Vergütungen, in: Sozialrecht aktuell 2009, S. 81-89 (zit.: *Griep*, Sozialrecht aktuell 2009, 81, S.)
- Grötschel, Kai*, Der (sozialrechtliche) Herstellungsanspruch. Eine allgemeine Rechtsfigur des Staatshaftungsrechts?, Münster 2015 (zit.: *Grötschel*, Herstellungsanspruch, S.)
- Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Peter* (Hrsg.), Erman, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, LPartG, ProdHaftG, VBVG, VersAusglG und WEG, 14. Auflage, Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Erman, BGB, §, Rn.)

- Habscheid, Walther J.*, Zur Frage der rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Schiedsgutachtenverfahrens, in: Juristische Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität zu Würzburg (Hrsg.), *Ius et commercium*, Studien zum Handels- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Franz Laufke zum 70. Geburtstag am 20.6.1971, Würzburg 1971, S. 303-319 (zit.: *Habscheid* in: Festschrift für Franz Laufke, S.)
- Haft, Fritjof/von Schlieffen, Katharina Gräfin (Hrsg.), *Handbuch Mediation*, 3. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: *Handbuch Mediation*, §, Rn.)
- Hajen, Leonhard*, Selbstverwaltung der Sozialversicherung: „Good Governance“ oder dringender Reformbedarf?, in: *SGb 2014*, S. 229-236 (zit.: *Hajen*, *SGb 2014*, 229, S.)
- Hänlein, Andreas/Kruse, Jürgen/Schuler, Rolf (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch V, Gesetzliche Krankenversicherung, Lehr- und Praxiskommentar*, Baden-Baden, 5. Auflage 2016 (zit.: *Bearbeiter* in *LPK-SGB V*, §, Rn.)
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), *SGB V, Gesetzliche Krankenversicherung, Kommentar*, Loseblatt, Stand: Ergänzungslieferung 3/17, Berlin 2017 (zit.: *Bearbeiter* in *Hauck/Noftz, SGB V*, §, Rn.)
- Hauck, Karl/Noftz, Wolfgang (Hrsg.), *Sozialgesetzbuch, SGB X, Loseblatt, Stand: Ergänzungslieferung 3/16*, Berlin 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: *Hauck/Noftz, SGB X*, §, Rn.)
- Heinze, Meinhard*, Die Vertragsstrukturen des SGB V, in: *SGb 1990*, S. 173-178 (zit.: *Heinze*, *SGb 1990*, 173, S.)
- Heinze, Meinhard*, Verfahren und Entscheidung der Schiedsstelle, in: ders./Volker Wagner (Hrsg.), *Die Schiedsstelle des Krankenhausfinanzierungsgesetzes*, Köln u.a. 1989, S. 61-85 (zit.: *Heinze* in: *Heinze/Wagner, Die Schiedsstelle des KHG*, S.)
- Hendler, Reinhard*, Umweltrechtliche Grenzwerte in der Gerichts- und Verwaltungspraxis, in: *DÖV 1998*, S. 481-491 (zit.: *Hendler*, *DÖV 1998*, 481, S.)
- Herzog, Roman u.a. (Hrsg.), *Maunz/Dürig, Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 78. Ergänzungslieferung*, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: *Maunz/Dürig, Art. [Jahr]*, Rn.)
- Heuvels, Klaus u.a. (Hrsg.), *Vergaberecht, Gesamtkommentar zum Recht der öffentlichen Auftragsvergabe*, Stuttgart 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: *Heuvels, Vergaberecht*, §, Rn.)
- Hinz, Peter*, Die Rechtsnatur der Entscheidung des Schiedsamtes im Vertragsarztrecht nach dem Gesundheitsstrukturgesetz, in: *SozVers 1993*, S. 309-313 (zit.: *Hinz*, *SozVers 1993*, 309, S.)
- Höfer, Sven/Nolte, Jakob*, Das neue EU Vergaberecht und die Erbringung sozialer Leistungen, in: *NZS 2015*, S. 441-447 (zit.: *Höfer/Nolte*, *NZS 2015*, 441, S.)
- von Hoyningen-Huene, Gerrick*, Die Billigkeit im Arbeitsrecht, Ein Beitrag zur rechtsdogmatischen Präzisierung der Billigkeit im Zivilrecht – dargestellt am Beispiel des Arbeitsrechts, München 1987 (zit.: *v. Hoyningen-Huene, Billigkeit im Arbeitsrecht*, S.)
- Huber, Ernst Rudolf*, *Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band*, 2. Auflage, Tübingen 1953 (zit.: *Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht I*, S.)

- Hufen, Friedhelm*, Soziale Selbstverwaltung im demokratischen Rechtsstaat, in: SDSRV Nr. 34 (1991), S. 43-64 (zit.: *Hufen*, SDSRV 34 [1991], 43, S.)
- Huster, Stefan*, Die qualifizierte Gemeinschaft als Partner der Verträge zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b Abs. 4 S. 1 SGB V, in: NZS 2010, S. 69-72 (zit.: *Huster*, NZS 2010, 69, S.)
- Huster, Stefan*, Die Zulässigkeit von Add on-Verträgen zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V, in: SGB 2010, S. 253-256 (zit.: *Huster*, SGB 2010, 253, S.)
- Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim** (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB, Kommentar zum Deutschen Kartellrecht, 5. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, §, Rn.)
- Ipsen, Jörn*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 9. Auflage, München 2015 (zit.: *Ipsen*, Allg. VerwR, Rn.)
- Ipsen, Jörn*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 28. Auflage, München 2016 (zit.: *Ipsen*, Staatsrecht I, Rn.)
- Jahn, Kurt u.a.** (Hrsg.), Sozialgesetzbuch für die Praxis, SGB-Kommentar, Loseblatt, Stand 288. Ergänzungslieferung, Freiburg i. Br. 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: Jahn, SGB für die Praxis, §, Rn.)
- Jandt, Silke/Roßnagel, Alexander/Wilke, Daniel*, Outsourcing der Verarbeitung von Patientendaten. Fragen des Daten- und Geheimnisschutzes, in: NZS 2011, S. 641-646 (zit.: *Jandt/Roßnagel/Wilke*, NZS 2011, 641, S.)
- Jarass, Hans D.*, Voraussetzungen der innerstaatlichen Wirkung des EG-Rechts, in: NJW 1990, S. 2420-2425 (zit.: *Jarass*, NJW 1990, 2420, S.)
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union unter Einbeziehung der vom EuGH entwickelten Grundrechte, der Grundrechtsregelungen der Verträge und der EMRK, 3. Auflage, München 2016 (zit.: *Jarass*, EU-GRCharta, Art., Rn.)
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 14. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Jarass/Pieroth, GG, Art., Rn.)
- Joussen, Jacob*, Die Legitimation zur Normsetzung in der Exekutiven, besonders im Vertragsarztrecht, durch Normenverträge, in: SGB 2004, S. 334-342 (zit.: *Joussen*, SGB 2004, 334, S.)
- Joussen, Jacob*, Schlichtung als Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch einen Dritten, München 2005 (zit.: *Joussen*, Schlichtung als Leistungsbestimmung, S.)
- Joussen, Jacob*, Das Gestaltungsrecht des Dritten nach § 317 BGB, in: AcP 203 (2003), S. 429-463 (zit.: *Joussen*, AcP 203 [2003], 429, S.)
- Junker, Abbo*, Grundkurs Arbeitsrecht, 15. Auflage, München 2016 (zit.: *Junker*, Grundkurs Arbeitsrecht, Rn.)
- Kahl, Wolfgang/Waldhoff, Christian/Walter, Christian** (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Loseblatt, Stand: 182. Ergänzungslieferung, Heidelberg 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Art. [Jahr], Rn.)

- Kaltenborn, Markus*, Der kartellvergaberechtliche Auftragsbegriff im Vertragswettbewerb des SGB V, in: GesR 2011, S. 1-8 (zit.: *Kaltenborn*, GesR 2011, 1, S.)
- Keil-Löw, Martina*, Selektivverträge unter aufsichtsrechtlichen Gesichtspunkten, in: ZMGR 2015, S. 297-306 (zit.: *Keil-Löw*, ZMGR 2015, 297, S.)
- Kelsen, Hans*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Auflage, Wien 1960 (zit.: *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S.)
- Kingreen, Thorsten/Temizel, Deniz*, Zur Neuordnung der vertragsärztlichen Versorgungsstrukturen durch die hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V), in: Deutsche Gesellschaft für Kassenartzrecht (Hrsg.), Vertragsartzrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Köln 2010, S. 1343-1362 (zit.: *Kingreen/Temizel* in: Vertragsartzrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S.)
- Kingreen, Thorsten/Temizel, Deniz*, Zur Neuordnung der vertragsärztlichen Versorgungsstrukturen durch die hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V), in: ZMGR 2009, S. 134-143 (zit.: *Kingreen/Temizel*, ZMGR 2009, 134, S.)
- Kirchhoff, Guido*, Die Rechtsnatur von Verträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß §§ 69 ff SGB V, in: SGB 2005, S. 499-508 (zit.: *Kirchhoff*, SGB 2005, 499, S.)
- Kisker, Gunter*, Zur Rechtsnatur der Schiedsstelle und zur Kontrolle ihrer Entscheidungen durch Genehmigungsbehörde und Gericht, in: Meinhard Heinze/Volker Wagner (Hrsg.), Die Schiedsstelle des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, Köln u.a. 1989, S. 21-38 (zit.: *Kisker* in: Heinze/Wagner, Die Schiedsstelle des KHG, S.)
- Kleinmann, Werner*, Die Rechtsnatur der Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen, in: NJW 1985, S. 1367-1371 (zit.: *Kleinmann*, NJW 1985, 1367, S.)
- Klie, Thomas/Krahmer, Utz/Plantholz, Markus* (Hrsg.), Sozialgesetzbuch XI, Soziale Pflegeversicherung, Lehr- und Praxiskommentar, 4. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: LPK-SGB XI, §, Rn.)
- Kluth, Winfried*, Funktionale Selbstverwaltung. Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, Tübingen 1997 (zit.: *Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, S.)
- Kluth, Winfried*, Rechtsfragen der verwaltungsrechtlichen Willenserklärung: Auslegung, Bindung, Widerruf, Anfechtung, in: NVwZ 1990, S. 608-614 (zit.: *Kluth*, NVwZ 1990, 608, S.)
- Kneuper, Friedrich*, Privatisierung kommunaler Pflichtaufgaben. Die Pflichtenübertragung nach § 16 Abs. 2 KrW-/AbfG und gleichartigen Vorschriften, Frankfurt am Main 2011 (zit.: *Kneuper*, Privatisierung kommunaler Pflichtaufgaben, S.)
- Knispel, Ulrich*, Die Rechtsnatur der Beziehungen der gesetzlichen Krankenkassen zu den Leistungserbringern im Gesundheitswesen, in: NJW 1986, S. 1525-1529 (zit.: *Knispel*, NJW 1986, 1525, S.)
- Kopp, Ferdinand O. (Begr.)/Ramsauer, Ulrich/Wysk, Peter*, Verwaltungsverfahrensgesetz, 17. Auflage, München 2016 (zit.: *Kopp/Ramsauer*, VwVfG, §, Rn.)

- Kopp, Ferdinand O./Schenke, Wolf-Rüdiger (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, 22. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Kopp/Schenke, VwGO, §, Rn.)
- Kornblum, Udo, Die Rechtsnatur der Bestimmung der Leistung in den §§ 315-319 BGB, in: AcP 168 (1968), S. 450 ff. (zit.: *Kornblum*, AcP 168 [1968], 450, S.)
- Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 1, Loseblatt, Stand: 92. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Kasseler Kommentar, §, Rn.)
- Körner, Anne/Leitherer, Stephan/Mutschler, Bernd (Hrsg.), Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Band 1, Loseblatt, Stand: 87. Ergänzungslieferung, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: Kasseler Kommentar, 87. EGL, §, Rn.)
- Krause, Peter, Das neue Sozialgesetzbuch: Verwaltungsverfahren, in: NJW 1981, S. 81-88 (zit.: *Krause*, NJW 1981, 81, S.)
- Kreikebohm, Ralf (Hrsg.), Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – SGB IV, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Kreikebohm, SGB IV, §, Rn.)
- Kreikebohm, Ralf/Spellbrink, Wolfgang/Waltermann, Raimund (Hrsg.), Kommentar zum Sozialrecht, 4. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: Kreikebohm, Sozialrecht, §, Rn.)
- Kreutz, Marcus, Die Ordre-Public-Klausel des § 76 Abs. 6 S. 3 SGB XI, in: ZFSH/SGB 2009, S. 726-732 (zit.: *Kreutz*, ZFSH/SGB, 726, S.)
- Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3, §§ 1025 – 1109, EGZPO, GVG, EGGVG, UKlaG, Internationales und Europäisches Zivilprozessrecht, 4. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm ZPO, §, Rn.)
- Küchenhoff, Günther, Gemeinsame Selbstgestaltung (Autonomie) im Kassenarztrecht, in: Hans Schneider/Volkmar Götz (Hrsg.), Im Dienst an Recht und Staat. Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag, Berlin 1974, S. 833-848 (zit.: *Küchenhoff* in: Festschrift für Werner Weber, S.)
- Kühn, Thomas, Rechtsfolgen rechtswidriger Weisungen, in: NZA 2015, S. 10-14 (zit.: *Kühn*, NZA 2015, 10, S.)
- Kuhn, Tomas, Argumentation bei Analogie und teleologischer Reduktion in der zivilrechtlichen Klausurpraxis, in: JuS 2016, S. 104-109 (zit.: *Kuhn*, JuS 2016, 104, S.)
- Kulartz, Hans-Peter/Marx, Fridhelm/Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur VOL/A, 3. Auflage, Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Kulartz, VOL/A, §, Rn.)
- von Laffert, Lisa, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen. Unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsstellen nach den §§ 76 SGB XI und 80 SGB XII, Hamburg 2006 (zit.: *von Laffert*, Sozialgerichtliche Kontrolle von Schiedsstellenentscheidungen, S.)

- von Landmann, Robert/Rohmer, Gustav (Hrsg.), Gewerbeordnung und ergänzende Vorschriften, Band 1, Gewerbeordnung, Kommentar Loseblatt, Stand: 73. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Landmann/Rohmer, GewO, §, Rn.)
- Lange, Hartmut*, Sozialrecht und Vergaberecht. Die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts auf Sozialleistungsträger bei der sozialrechtlichen Leistungserbringung durch Dritte, Baden-Baden 2011 (zit.: *Lange*, Sozialrecht und Vergaberecht, S.)
- Larenz, Karl*, Lehrbuch des Schuldrechts, Erster Band, Allgemeiner Teil, 14. Auflage, München 1987 (zit.: *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, §, S.)
- Laux, Gunter u.a.*, Hausarztzentrierte Versorgung in Baden-Württemberg. Ergebnisse einer qualitativen und querschnittlich quantitativen Evaluation, in: Bundesgesundheitsblatt 2015, S. 398-407 (zit.: *Laux*, Bundesgesundheitsbl. 2015, 398, S.)
- Lembcke, Moritz*, Zur Teilanfechtung einer schiedsgutachterlichen Entscheidung, in: ZGS 2010, S. 261-264 (zit.: *Lembcke*, ZGS 2010, 261, S.)
- Löwisch, Manfred u.a. (Hrsg.), Julius v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 315-326 (Leistungsstörungenrecht 2), Neubearbeitung, Berlin 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger, BGB, §, Rn.)
- Löwisch, Manfred (Redaktor), Julius v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse, §§ 397 – 432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern), Neubearbeitung, Berlin 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Staudinger, BGB, §, Rn.)
- Lüdtke, Peter-Bernd/Berchtold, Josef (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, Handkommentar, 5. Auflage, Baden-Baden 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: Lüdtke/Berchtold, SGG, §, Rn.)
- Lüke, Britta*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18 a KHG, Eine vergleichende Darstellung unter besonderer Berücksichtigung von Verfahrensfragen, Aachen 2010 (zit.: *Lüke*, Schiedsverfahren, S.)
- Mankowski, Peter*, Beseitigungsrechte, Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Tübingen 2003 (zit.: *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S.)
- Manssen, Gerrit*, Das Schiedsstellenverfahren im Krankenhausrecht, in: ZFSH/SGB 1997, S. 81-89 (zit.: *Manssen*, ZFSH/SGB 1997, 81, S.)
- Marburger, Horst*, Schiedsverfahren zum Abschluss eines Vertrages über die hausarztzentrierte Versorgung. Anm. zu LSG Halle (Saale) 9. Senat, Beschluss vom 25.11.2010 – L 9 KA 2/10 ER KL, jurisPR-SozR 10/2011 Anm. 6 (zit.: *Marburger*, jurisPR-SozR 10/2011 Anm. 6)
- Maurer, Hartmut*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Auflage, München 2011 (zit.: *Maurer*, Allg. VerwR, §, Rn.)
- Mayer, Otto*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, Leipzig 1896 (zit.: *Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, Band 2, S.)

- Medicus, Dieter/Lorenz, Stephan*, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 21. Auflage, München 2015 (zit.: *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I, Rn.)
- Mehdorn, Ilka*, Überblick über die aktuelle Vertragssituation in der hausarztzentrierten Versorgung, in: ZMGR 2012, S. 3-15 (zit.: *Mehdorn*, ZMGR 2012, 3, S.)
- Mehl, Eberhard/Becker-Berke, Stephanie/Weiss, Ivo/Richter, Nicole*, Versorgungslandschaften zur Hausarztzentrierten Versorgung – Integrationsversorgung braucht neue gesetzliche Regelungen, in: G+S 2013, S. 72-77 (zit.: *Mehl u.a.*, G+S 2013, 72, S.)
- Menger, Christian-Friedrich*, Zum Stand der Meinungen über die Unterscheidung von öffentlichem und privatem Recht, in: ders. (Hrsg.), Fortschritte des Verwaltungsrechts. Festschrift für Hans J. Wolff zum 75. Geburtstag, München 1973, S. 149-166 (zit.: *Menger* in: Festschrift für Hans J. Wolff, S.)
- Merkel, Adolf*, Das doppelte Rechtsantlitz, Eine Betrachtung aus der Erkenntnistheorie des Rechts, in: Juristische Blätter 1918, S. 425-427, 444-447, 463-465 (zit.: *Merkel*, Jur. Blätter 1918, 425 ff., 444 ff., 463 ff., S.)
- Meydam, Jan*, Das neue Verwaltungsverfahrenrecht für die Sozialverwaltung, in: SuS 1981, S. 18-25 (zit.: *Meydam*, SuS 1981, 18, S.)
- Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan*, Sozialgerichtsgesetz, 11. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Meyer-Ladewig, SGG, §, Rn.)
- Michaelis, Rüdiger*, Der Beliehene. Ein Beitrag zur Verflechtung von öffentlichem und privatem Recht, o.O., 1969 (zit.: *Michaelis*, Der Beliehene, S.)
- Mrozynski, Peter*, SGB I, 5. Auflage, München 2014 (zit.: *Mrozynski*, SGB I, §, Rn.)
- Muckel, Stefan*, Friedenswahlen in der Sozialversicherung, in: Friedrich E. Schnapp (Hrsg.), Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, Frankfurt am Main u.a. 2001, S. 151-177 (zit.: *Muckel* in: Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung, S.)
- Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid* (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 17. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: ErfK, Art./§, Rn.)
- Müller-Grune, Sven*, Der Grundsatz von Treu und Glauben im Allgemeinen Verwaltungsrecht. Eine Studie zu Herkunft, Anwendungsbereich und Geltungsgrund, Hamburg 2006 (zit.: *Müller-Grune*, Grundsatz von Treu und Glauben, S.)
- Müller-Wrede, Malte* (Hrsg.), GWB-Vergaberecht Kommentar, 2. Auflage, Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Müller-Wrede, GWB-Vergaberecht, §, Rn.)
- von Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz, Band 1: Präambel bis Art. 69, 6. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: von Münch/Kunig, GG, Art., Rn.)
- von Münch, Ingo (Begr.)/Kunig, Philip (Hrsg.), Grundgesetz, Band 2: Art. 70 bis 146, 6. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: von Münch/Kunig, GG, Art., Rn.)
- Narr, Helmut*, Anmerkung zu BSG, Beschluss vom 12.03.1985 – 3 RK 33/83, in: SGB 1986, S. 32-34 (zit.: *Narr*, SGB 1986, 32, S.)

- Neumann, Volker*, Dogmatische und prinzipiengeleitete Argumente bei der Abgrenzung von Verwaltungsverträgen – Zur Rechtsnatur der Pflegesatzvereinbarungen im Sozialrecht, in: DÖV 1992, S. 154-161 (zit.: *Neumann*, DÖV 1992, 154, S.)
- Neumann, Volker/Nielandt, Dörte/Philipp, Albrecht*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht? Rechtsgutachten im Auftrag des Deutschen Caritasverbandes und des Diakonischen Werkes der Evangelischen Kirche in Deutschland mit Unterstützung des Diözesan-Caritasverbandes für das Erzbistum Köln und der katholischen Bundesarbeitsgemeinschaft Integration durch Arbeit (IDA) im Deutschen Caritasverband, Baden-Baden 2004 (zit.: *Neumann/Nielandt/Philipp*, Erbringung von Sozialleistungen nach Vergaberecht?, S.)
- Niedostadek, André*, Das Mediationsgesetz und die außergerichtliche Konfliktlösung im Arbeits- und Sozialrecht, in: ZESAR 2012, S. 319-323 (zit.: *Niedostadek*, ZESAR 2012, 319, S.)
- Nörr, Knut Wolfgang/Scheyhing, Robert/Pöggeler, Wolfgang*, Sukzessionen, Forderungszession, Vertragsübernahme, Schuldübernahme, 2. Auflage, Tübingen 2000 (zit.: *Bearbeiter* in: *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen, §, S.)
- O.V.*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 1, Allgemeiner Theil, Berlin und Leipzig 1888 (zit.: *Mot. I*, S.)
- O.V.*, Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band 2, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin und Leipzig 1888 (zit.: *Mot. II*, S.)
- Oberndörfer, Mathias/Lehmann, Axel*, Die neuen EU-Vergaberichtlinien: Wesentliche Änderungen und Vorwirkungen, in: BB 2015, S. 1027-1033 (zit.: *Oberndörfer/Lehmann*, BB 2015, 1027, S.)
- Oetker, Hartmut*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung. Bestandsaufnahme und kritische Würdigung einer tradierten Figur der Schuldrechtsdogmatik, Tübingen 1994 (zit.: *Oetker*, Das Dauerschuldverhältnis und seine Beendigung, S.)
- Orlowski, Ulrich*, Neue Versorgungsstrukturen in der hausärztlichen Versorgung, in: Deutsche Gesellschaft für Kassenarztrecht (Hrsg.), Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Köln 2010, S. 1323-1342 (zit.: *Orlowski* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S.)
- Orlowski, Ulrich*, Neue Versorgungsstrukturen in der hausärztlichen Versorgung, in: ZMGR 2009, S. 124-133 (zit.: *Orlowski*, ZMGR 2009, 124, S.)
- Orlowski, Ulrich u.a.* (Hrsg.), GKV-Kommentar SGB V, Ordner 2, Loseblatt, Stand: 43. Ergänzungslieferung, Heidelberg 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: *Orlowski*, GKV-Komm SGB V, §, Rn.)
- Ose, Dominik u.a.*, Mit Überweisung vom Hausarzt zum Spezialisten – Haben Verträge zur Hausarztzentrierten Versorgung (HZV) einen Einfluss?, in: ZAllgMed 2008, S. 321-326 (zit.: *Ose*, ZAllgMed 2008, 321, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Richtlinien im Vertragsarztrecht, in: NZS 1997, S. 497-503 (zit.: *Ossenbühl*, NZS 1997, 497, S.)
- Ossenbühl, Fritz*, Vertrauensschutz im sozialen Rechtsstaat, in: DÖV 1972, S. 25 -36 (zit.: *Ossenbühl*, DÖV 1972, 25, S.)

- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 76. Auflage, München 2017 (zit.: *Bearbeiter* in: Palandt, BGB, §, Rn.)
- Papier, Hans-Jürgen, Der Wesentlichkeitsgrundsatz – am Beispiel des Gesundheitsreformgesetzes, in: VSSR 8 (1990), S. 123-137 (zit.: *Papier*, VSSR 8 [1990], 123, S.)
- Pawlita, Cornelius, Beziehungen zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen, insbesondere vertragsärztliche Versorgung, in: Udsching, Peter/Rolfs, Christian (Hrsg.), Jahrbuch des Sozialrechts, Dokumentation für das Jahr 2014, S. 151-178 (zit.: *Pawlita*, JbSozR 2014, 151, S.)
- Peine, Franz-Joseph, Allgemeines Verwaltungsrecht, 11. Auflage, Heidelberg u.a. 2014 (zit.: *Peine*, Allg. VerwR, Rn.)
- Penner, Andreas, Schiedsstellenverfahren, Rehabilitationsleistungen gemäß § 111b SGB V – Steine statt Brot?, in: GuP 2012, S. 14-21 (zit.: *Penner*, GuP 2012, 14, S.)
- Pieroth, Bodo (Begr.)/Schlink, Bernhard (Begr.)/Kingreen, Thorsten/Poscher, Ralf, Grundrechte, Staatsrecht II, 32. Auflage, Heidelberg 2016 (zit.: *Pieroth/Schlink*, Grundrechte, Rn.)
- Pietzner, Rainer/Müller, Judith, Herstellungsanspruch und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: VerwArch. 85 (1994), S. 603-621 (zit.: *Pietzner/Müller*, VerwArch. 85 [1994], 603, S.)
- Piossek, Daniela, Die Hilfsmittelversorgung seit dem Jahr 2009 – Bewertung der Rahmenbedingungen, Umsetzungsschwierigkeiten und Reformbedarf, in: Sozialrecht aktuell Sonderheft 2013, S. 6-62 (zit.: *Piossek*, Sozialrecht aktuell 2013, 60, S.)
- Pitschas, Rainer, Vertragswettbewerb in der ambulanten Gesundheitsversorgung. Zu den tatsächlichen und rechtlichen Grenzen hausarztzentrierter Versorgung durch Selektivverträge gemäß § 73b Abs. 4 und 4a SGB V, Frankfurt am Main 2010 (zit.: *Pitschas*, Vertragswettbewerb, S.)
- Plagemann, Hermann, Kein Antrag auf Ablehnung der Schiedsperson wegen Besorgnis der Befangenheit in Schiedsverfahren zur Durchführung einer hausarztzentrierten Versorgung, Anm. zu LSG Stuttgart 5. Senat, Beschluss vom 12.11.2010 – L 5 KA 4293/10 ER-B, jurisPR-MedizinR 5/2011 Anm. 2 (zit.: *Plagemann*, jurisPR-MedizinR 5/2011 Anm. 2)
- Plantholz, Markus, Entscheidungen nach § 132a Abs. 2 Satz 6 SGB V durch Schiedspersonen: Vereinbarung, Verfahren, Rechtsschutz, in: RSdE Nr. 64, 2007, S. 1-26. (zit.: *Plantholz*, RSdE 2007, 1, S.)
- Plantholz, Markus, Schiedsspruch nach § 132a SGB V kein Verwaltungsakt. Anmerkung zu SG Potsdam, Urteil vom 25.1.2008, S 7 KR 268/07, in: Sozialrecht aktuell 2008, S. 226-228 (zit.: *Plantholz*, Sozialrecht aktuell, 2008, 226, S.)
- Plate, Frank/Herbst, Leonard, Die Interventionsmöglichkeiten der Aufsichtsbehörde nach dem GKV-VSG im Bereich der Selektivverträge, in: NZS 2016, S. 488-492 (zit.: *Plate/Herbst*, NZS 2016, 488, S.)
- Platzer, Helmut, Hausarztzentrierte Versorgung am Scheideweg – Bilanz fällt eher ernüchternd aus, in: KrV 2011, S. 256-258 (zit.: *Platzer*, KrV 2011, 256, S.)

- Posser, Herbert/Wolff, Heinrich Amadeus*, VwGO, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Posser/Wolff, VwGO, §, Rn.)
- Potacs, Michael*, Rechtstheorie, Wien 2015 (zit.: *Potacs*, Rechtstheorie, S.)
- Preis, Ulrich*, Unbillige Weisungsrechte und überflüssige Änderungskündigungen, in: NZA 2015, S. 1-10 (zit.: *Preis*, NZA 2015, 1, S.)
- Preis, Ulrich*, Arbeitsrecht, Kollektivarbeitsrecht – Lehrbuch für Studium und Praxis, 3. Auflage, Köln 2012 (zit.: *Preis*, Arbeitsrecht, §, S.)
- Prütting, Dorothea (Hrsg.), Fachanwaltskommentar Medizinrecht, 3. Auflage, Köln 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: FA Medizinrecht, §, Rn.)
- Prütting, Hanns/Wegen, Gerhard/Weinreich, Gerd (Hrsg.), BGB Kommentar, 11. Auflage, Köln 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Prütting, BGB, §, Rn.)
- Raichle, Julia*, Der Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen im System der gesetzlichen Krankenversicherung, Hamburg 2011 (zit.: *Raichle*, Der Sicherstellungsauftrag der Kassenärztlichen Vereinigungen, S.)
- Rasch, E.*, Die Behörde – Begriff, Rechtsnatur, Errichtung, Einrichtung, in: VerwArch. 50 (1959), S. 1-41 (zit.: *Rasch*, VerwArch. 50 [1959], 1, S.)
- Rauscher, Bert*, Das Schiedsgutachtenrecht unter besonderer Berücksichtigung der Regelungen der Praxis des Massenverkehrs, o.O. 1969 (zit.: *Rauscher*, Schiedsgutachtenrecht, S.)
- Rolfs, Christian/Kreikebohm, Ralf/Giesen, Richard/Udsching, Peter (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 43. Edition, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: BeckOK SozR, §, Rn.)
- Roos, Elke/Wahrendorf, Volker (Hrsg.), Sozialgerichtsgesetz, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Roos/Wahrendorf, SGG, §, Rn.)
- Rühl, N.N.*, Der Behördenbegriff in § 91 Abs. 1 SGG, in: SGB 1964, S. 292-295 (zit.: *Rühl*, SGB 1964, 292, S.)
- Rümelin, Max*, Die Billigkeit im Recht, Tübingen 1921 (zit.: *Rümelin*, Billigkeit im Recht, S.)
- Rusert, Kirsten*, Wahlen ohne Demokratie? Legitimation der Verwaltungsräte nach Friedenswahlen, in: ZSR 59 (2013), S. 227-253 (zit.: *Rusert*, ZSR 59 [2013], 227, S.)
- Rüthers, Bernd/Fischer, Christian/Birk, Axel*, Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre, 9. Auflage, München 2016 (zit.: *Rüthers*, Rechtstheorie, Rn.)
- Sachs, Klaus*, Die rechtliche Abgrenzung des Schiedsgutachtens vom Schiedsverfahren am Beispiel des Unternehmenskaufvertrages. Zugleich ein deutsch-französischer Rechtsvergleich, in: Birgit Bachmann u.a. (Hrsg.), Grenzüberschreitungen. Beiträge zum Internationalen Verfahrensrecht und zur Schiedsgerichtsbarkeit. Festschrift für Peter Schlosser zum 70. Geburtstag, Tübingen 2005, S. 805-820 (zit.: *Sachs* in: Festschrift für Peter Schlosser, S.)
- Sachs, Michael*, Die normsetzende Vereinbarung im Verwaltungsrecht, in: VerwArch. 74 (1983), S. 25-49 (zit.: *Sachs*, VerwArch. 74 [1983], 25, S.)

- Sachs, Michael (Hrsg.), Grundgesetz, 7. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Sachs, GG, Art., Rn.)
- Säcker, Jürgen u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-240, ProstG, AGG, 7. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm BGB, §, Rn.)
- Säcker, Jürgen u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 2, Schuldrecht, Allgemeiner Teil, §§ 241-432, 7. Auflage, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm BGB, §, Rn.)
- Säcker, Jürgen u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum BGB, Band 5, Schuldrecht, Besonderer Teil III, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsrecht, Produkthaftungsgesetz, 6. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: MünchKomm BGB, §, Rn.)
- Schlüter, Bernd*, Die gesetzlichen Bindungen der Schiedsstelle bei Vergütungsentscheidungen im Pflegeversicherungsrecht (SGB XI), in: NZS 2003, S. 120-126 (zit.: *Schlüter*, NZS 2003, 120, S.)
- Schmidt am Busch, Birgit*, Die Beleihung: Ein Rechtsinstitut im Wandel, in: DÖV 2007, S. 533-542 (zit.: *Schmidt am Busch*, DÖV 2007, 533, S.)
- Schmiedl, Wolfgang*, Das Recht des vertrags(zahn)ärztlichen Schiedswesens. Historische Entwicklung, Rechtsnatur, Anforderungen an die Tätigkeit und Kontrolle der Entscheidungen der Schiedsämter im Vertrags(zahn)arztrecht nach § 89 SGB V, Berlin 2002 (zit.: *Schmiedl*, Schiedswesen, S.)
- Schmitz-Scholemann, Christoph*, Das Weisungsrecht des Arbeitgebers – einige Problemlagen und ihre Behandlung in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, in: JbArbR 51 (2014), S. 53-88 (zit.: *Schmitz-Scholemann*, JbArbR 51 [2014], 53, S.)
- Schnapp, Friedrich E.*, Das sozialrechtliche Schiedsverfahren im Aufwind – Einführung unter besonderer Berücksichtigung der Schiedsämter gem § 89 SGB V, in: GesR 2014, S. 193-203 (zit.: *Schnapp*, GesR 2014, 193, S.)
- Schnapp, Friedrich E.*, Der trialistische Behördenbegriff, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz. Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag, Berlin 2011, S. 1187-1205 (zit.: *Schnapp* in: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke, S.)
- Schnapp, Friedrich E.*, Grundbegriffe des öffentlichen Organisationsrechts, in: Jura 1980, S. 68-75 (zit.: *Schnapp*, Jura 1980, 68, S.)
- Schnapp, Friedrich E.*, Rechtsetzung durch Schiedsämter und gerichtliche Kontrolle von Schiedsamsentscheidungen, in: ders. (Hrsg.), Probleme der Rechtsquellen im Sozialversicherungsrecht II, Frankfurt a.M. u.a. 1999, S. 77-98 (zit.: *Schnapp* in: Schnapp, Probleme der Rechtsquellen, S.)
- Schnapp, Friedrich E./Düring, Ruth* (Hrsg.), Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, 2. Auflage, Berlin 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Schnapp, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn.)

- Schneider, Horst*, Die gemeinsame Selbstverwaltung im Kassenarztrecht, Diss. iur. Würzburg 1973 (zit.: *Schneider*, Gemeinsame Selbstverwaltung, S.)
- Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter/Bier, Wolfgang (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung, Band 1, Loseblatt, Stand: 31. Ergänzungslieferung, München 2016 (zit.: *Bearbeiter* in: Schoch/Schneider/Bier, VwGO, § [Jahr], Rn.)
- Schoch, Friedrich/Wieland, Joachim*, Verfassungsrechtliche Probleme sozialrechtlicher Vereinbarungspflichten in: ZG 20 (2005), S. 223-242 (zit.: *Schoch/Wieland*, ZG 20 [2005], 223, S.)
- Schulin, Bertram*, Der öffentlich-rechtliche Vertrag vor einer Bewährungsprobe – Das Problem der Leistungserbringungsverträge im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, in: JZ 1986, S. 476-482 (zit.: *Schulin*, JZ 1986, 476, S.)
- Schulze, Rainer u.a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Auflage, Baden-Baden 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Hk- BGB, §, Rn.)
- Schütte, Wolfgang*, Streitschlichtung im kooperativen Sozialstaat, in: NDV 2005, S. 246-255 (zit.: *Schütte*, NDV 2005, 246, S.)
- Schütz, Joachim*, Veränderte Versorgungsstrukturen in der hausärztlichen Versorgung aus Sicht des Hausärzteverbandes, in: Deutsche Gesellschaft für Kassenarztrecht (Hrsg.), Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, Köln 2010, S. 1389-1414 (zit.: *Schütz* in: Vertragsarztrecht zu Beginn des 21. Jahrhunderts, S.)
- Schütz, Joachim*, Selektivverträge als Alternative zum Kollektivvertrag – Voraussetzungen für eine echte Versorgungsalternative, in: MedR 2015, S. 162-167 (zit.: *Schütz*, MedR 2015, 162, S.)
- Schütz, Joachim*, Veränderte Versorgungsstrukturen in der hausärztlichen Versorgung aus Sicht des Hausärzteverbandes, in: ZMGR 2009, S. 155-167 (zit.: *Schütz*, ZMGR 2009, 155, S.)
- von Schwänenflügel, Matthias*, Moderne Versorgungsformen im Gesundheitswesen – Förderung der Qualität und Effizienz –, in: NZS 2006, S. 285-291 (zit.: *von Schwänenflügel*, NZS 2006, 285, S.)
- Seewald, Otfried*, Gesundheit als Grundrecht – Grundrechte als Grundlagen von Ansprüchen auf gesundheitsschützende staatliche Leistungen, Königstein 1982 (zit.: *Seewald*, Gesundheit als Grundrecht, S.)
- Shirvani, Foroud*, Die Schiedsstelle im Krankenhausfinanzierungsrecht als changierende Einrichtung, in: NZS 2012, S. 81-87 (zit.: *Shirvani*, NZS 2012, 81, S.)
- Shirvani, Foroud*, Die Schiedsperson im Bereich der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege (§ 132a II S. 6 SGB V), in: SGB 2011, S. 550-556 (zit.: *Shirvani*, SGB 2011, 550, S.)
- Siebert, Wolfgang u.a. (Hrsg.), Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 3 – Schuldrecht II (§§ 611-853), 10. Auflage, Stuttgart u.a. 1969 (zit.: *Bearbeiter* in: Soergel, BGB, 10. Auflage, §, Rn.)
- Siebert, Wolfgang u.a. (Hrsg.), Soergel, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Band 2 – Schuldrecht I (§§ 241 – 432), 12. Auflage, Stuttgart u.a. 1990 (zit.: *Bearbeiter* in: Soergel, BGB, §, Rn.)

- Sieg, Karl*, Einige Probleme zu den Gesamtverträgen zwischen Kassenärztlichen Vereinigungen und Krankenkassen, in: SGB 1965, S. 289-293 (zit.: *Sieg*, SGB 1965, 289, S.)
- Simmler, Christiane*, Die Ablehnung des Schiedsamtsvorsitzenden im Schiedsverfahren nach dem SGB wegen Besorgnis der Befangenheit, in: GesR 2007, S. 249-252 (zit.: *Simmler*, GesR 2007, 249, S.)
- Sodan, Helge*, Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht, in: NZS 1998, S. 305-313 (zit.: *Sodan*, NZS 1998, 305, S.)
- Sodan, Helge (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Sodan, Handbuch Krankenversicherung, §, Rn.)
- Sodan, Helge/Ziekow, Jan*, Grundkurs Öffentliches Recht, 7. Auflage, München 2016 (zit.: *Sodan/Ziekow*, Grundkurs Öffentliches Recht, §, Rn.)
- Spickhoff, Andreas (Hrsg.), Medizinrecht, 2. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Spickhoff, Medizinrecht, §, Rn.)
- Spiegel, Jan-Peter*, Schiedsstellenverfahren nach § 130b SGB V zur Festsetzung von Erstattungsbeträgen für Arzneimittel, in: KrV 2013, S. 241-248 (zit.: *Spiegel*, KrV 2013, 241, S.)
- Stadler, Gerrit*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, Hamburg 2002 (zit.: *Stadler*, Die Beleihung in der neueren Bundesgesetzgebung, S.)
- Stauf, Wolfgang*, Treu und Glauben – auch im Beamtenrecht, in: DÖD 2004, S. 150-153 (zit.: *Stauf*, DÖD 2004, 150, S.)
- Stein, Friedrich/Jonas, Martin (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 10, §§ 1025-1066, 23. Auflage, Tübingen 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Stein/Jonas, ZPO, §, Rn.)
- Steiner, Udo*, Öffentliche Verwaltung durch Private. Allgemeine Lehren, Hamburg 1975 (zit.: *Steiner*, Öffentliche Verwaltung durch Private, S.)
- Steiner, Udo*, Öffentliche Verwaltung durch Private, in: DÖV 1970, S. 526-532 (zit.: *Steiner*, DÖV 1970, 526, S.)
- Steinhilper, Gernot*, Bereinigung von MGV und RLV/Selektivverträge/hausarztzentrierte Versorgung. Anmerkung zu LSG Bayern, Beschluss vom 27.06.2009 – L 12 KA 33/09 B ER, in: MedR 2009, S. 759-767 (zit.: *Steinhilper*, MedR 2009, 759, S.)
- Stelkens, Paul/Bonk, Heinz Joachim/Sachs, Michael (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 8. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, §, Rn.)
- Streinz, Rudolf (Hrsg.), EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union und Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2. Auflage, München 2012 (zit.: *Bearbeiter* in: Streinz, EUV/AEUV, Art., Rn.)
- Stuible-Treder, Jutta*, Der Beliehene im Verwaltungsrecht, Diss. iur. Tübingen 1986 (zit.: *Stuible-Treder*, Der Beliehene, S.)
- Stürner, Rolf (Hrsg.), Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch 16. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: Jauernig, BGB, §, Rn.)

- Tappe, Henning*, Festlegende Gleichheit – folgerichtige Gesetzgebung als Verfassungsgebot?, in: JZ 2016, S. 27-33 (zit.: *Tappe*, JZ 2016, 27, S.)
- Tettinger, Peter J./Wank, Rolf/Ennuschat, Jörg*, Gewerbeordnung, 8. Auflage, München 2011 (zit.: *Bearbeiter* in: *Tettinger/Wank/Ennuschat*, GewO, §, Rn.)
- Udsching, Peter*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, in: NZS 1999, S. 473-479 (zit.: *Udsching*, NZS 1999, 473, S.)
- Udsching, Peter u.a.*, SGB XI. Soziale Pflegeversicherung, 4. Auflage, München 2015 (zit.: *Bearbeiter* in: *Udsching*, SGB XI, §, Rn.)
- Ulrich, Peter*, Sachlich-funktionelle Zuständigkeit der Sozialgerichte im Schiedsverfahren der hausarztzentrierten Versorgung, in: NZS 2011, S. 448-454 (zit.: *Ulrich*, NZS 2011, 448, S.)
- Vesting, Thomas*, Rechtstheorie, 2. Auflage, München 2015 (zit.: *Vesting*, Rechtstheorie, Rn.)
- Vock, Willi*, Die Beleihung von Kraftfahrzeugsachverständigen, in: NJ 2012, S. 61-67 (zit.: *Vock*, NJ 2012, 61, S.)
- Vogel, Klaus*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959 (zit.: *Vogel*, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S.)
- Volmer, Dirk*, Das Schiedsgutachtenrecht – Bestandsaufnahme und Fragen der Praxis, in: BB 1984, S. 1010-1014 (zit.: *Volmer*, BB 1984, 1010, S.)
- Voßkuhle, Andreas*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDStRL), Band 62, Berlin 2003, S. 26-328 (zit.: *Voßkuhle*, VVDStRL 62 [2003], 266, S.)
- Vranes, Erich*, Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregelungen“, in: ZaöRV 65 (2005), S. 391-405 (zit.: *Vranes*, ZaöRV 65 [2005], 391, S.)
- Wabnitz, Reinhard Joachim*, Zur Rechtsnatur von Entscheidungen der Schiedsstelle nach § 78g SGB VIII (Kinder- und Jugendhilfe), in: ZfJ 2001, S. 33-39 (zit.: *Wabnitz*, ZfJ 2001, 33, S.)
- Wagner, Regine/Knittel, Stefan* (Hrsg.), Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt, Stand: 92. Ergänzungslieferung, München 2016, (zit.: *Krauskopf*, Soziale Krankenversicherung, §, Rn.)
- Wagner, Volker*, Verfahrensrechtliche Grundsätze des Schiedsstellenverfahrens nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, in: Meinhard Heinze/Volker Wagner (Hrsg.), Die Schiedsstelle des Krankenhausfinanzierungsgesetzes, Köln u.a. 1989, S. 103-115 (zit.: *Wagner* in: *Heinze/Wagner*, Die Schiedsstelle des KHG, S.)
- Wagner, Volker*, Zur Rechtsnatur der Schiedsstellenentscheidung nach dem Krankenhausfinanzierungsgesetz, in: NJW 1991, S. 737-739 (zit.: *Wagner*, NJW 1991, 737, S.)
- Wahl, Andreas*, Kooperationsstrukturen im Vertragsarztrecht, Berlin 2001 (zit.: *Wahl*, Kooperationsstrukturen, S.)

- Wallerath, Maximilian*, Zur Rechtsnatur der Leistungserbringungsverträge in der gesetzlichen Krankenversicherung, in: NJW 1987, S. 1472-1474 (zit.: *Wallerath*, NJW 1987, 1472, S.)
- Wallrabenstein, Astrid*, Das Wettbewerbsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung, in: NZS 2015, S. 48-55 (zit.: *Wallrabenstein*, NZS 2015, 48, S.)
- Waltermann, Raimund*, Sozialrecht, 12. Auflage, Heidelberg u.a. 2016 (zit.: *Waltermann*, Sozialrecht, Rn.)
- Weichert, Thilo*, Datenschutz unter Einschaltung von Gemeinschaften in Verträgen nach §§ 73b, 73c SGB V, in: ZMGR 2009, S. 263-268 (zit.: *Weichert*, ZMGR 2009, 263, S.)
- Weigeldt, Ulrich/Tesic, Dusan*, Hausarztzentrierte Versorgung nach § 73b SGB V: Vollversorgungs- oder Add-On-Vertrag?, in: G+S 2015, S. 37-45 (zit.: *Weigeldt/Tesic*, G+S 2015, 37, S.)
- Weiner, Katharina*, Das Ausschreibungsregime für Verträge über die hausarztzentrierte Versorgung (§ 73b SGB V) und die besondere ambulante ärztliche Versorgung (§ 73c SGB V), in: GesR 2010, S. 237-244 (zit.: *Weiner*, GesR 2010, 237, S.)
- Wenner, Ulrich*, Das Vertragsarztrecht nach der Gesundheitsreform, München 2008 (zit.: *Wenner*, Vertragsarztrecht, §, Rn.)
- Weyand, Rudolf*, Vergaberecht, Praxiskommentar zu GWB, VgV, SektVO, VSVgV, VOB/A 2012, VOL/A, VOF mit sozialrechtlichen Vorschriften, 4. Auflage, München 2013 (zit.: *Weyand*, Vergaberecht, §, Rn.)
- Wieacker, Franz*, Die Juristische Sekunde – Zur Legitimation der Konstruktionsjurisprudenz, in: Malte Diebelhorst (Hrsg.), Kleine juristische Schriften. Eine Sammlung zivilrechtlicher Beiträge aus den Jahren 1932 bis 1986, Göttingen 1988 (zit.: *Wieacker*, Kleine juristische Schriften, S.)
- Wiegand, Britta Beate*, Die Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, Berlin 2008 (zit.: *Wiegand*, Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, S.)
- Wigge, Peter*, Die Neuregelung der vertragsärztlichen Versorgung der Ersatzkassen durch das Gesundheitsstrukturgesetz vom 21.12.1992 (GSG), in: VSSR 11 (1993), S. 37-59 (zit.: *Wigge*, VSSR 11 [1993], 37, S.)
- Willenbruch, Klaus*, Anmerkung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011 – VII Verg 6/11, in: VergabeR 2012, S. 83-85 (zit.: *Willenbruch*, VergabeR 2012, 83, S.)
- Wimmer, Raimund*, Verfassungsrechtliche Anforderungen an untergesetzliche Rechtsetzung im Vertragsarztrecht, in: MedR 1996, S. 425-429 (zit.: *Wimmer*, MedR 1996, 425, S.)
- Winkler, Jürgen*, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz (SGB X), München 2004, (zit.: *Winkler*, Sozialverwaltungsverfahren, §, Rn.)
- Wolff, Hans Julius*, Organschaft und juristische Person, Band 1: Juristische Person und Staatsperson, Berlin 1933 (zit.: *Wolff*, Organschaft und juristische Person, Band 1, S.)
- Wolff, Hans Julius*, Verwaltungsrecht II (Organisations- und Dienstrecht), München/Berlin 1962 (zit.: *Wolff*, VerwR II, 1. Auflage, §, S.)

Wolff, Hans Julius/Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried u.a., Verwaltungsrecht I, 12. Auflage, München 2007 (zit.: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR I, §, Rn.)

Wolff, Hans Julius/Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried u.a., Verwaltungsrecht II, 7. Auflage, München 2010 (zit.: *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, VerwR II, §, Rn.)

von Wulffen, Matthias/Schütze, Bernd (Hrsg.), SGB X, Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz, 8. Auflage, München 2014 (zit.: *Bearbeiter* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, §, Rn.)

Zeitler, Helmut, Die Zuständigkeiten und Aufgaben der Schiedsstellen nach dem BSHG, SGB VIII und SGB XI, in: RSdE 53 (2003), S. 1-26 (zit.: *Zeitler*, RSdE 53 [2003], 1, S.)

Ziekow, Jan/Völlink, Uwe-Carsten, Vergaberecht, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen – 4. Teil, Vergabeverordnung, Sektorenverordnung, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste, 2. Auflage, München 2013 (zit.: *Bearbeiter* in: *Ziekow/Völlink*, Vergaberecht, §, Rn.)

Zorn, Alexander, Rechtsfindung im Vertragsverhältnis nach § 132a II SGB V, Frankfurt am Main 2011 (zit.: *Zorn*, Rechtsfindung, S.)

Zuck, Rüdiger, Die Rechtskontrolle der Schiedsperson – Bestimmungsverfahren nach § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V, in: NZS 2014, S 401-406 (zit: *Zuck*, NZS 2014, 401, S.)

Zuck, Rüdiger/Quaas, Michael, Rechtsprobleme des Pflegesatzverfahrens, in: NJW 1987, S. 687-692 (zit.: *Zuck/Quaas*, NJW 1987, 687, S.)

Für die verwandten Abkürzungen wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert, Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 8. Auflage, München 2015

Stichwortverzeichnis

A

abdrängende Sonderzuweisung 127, 348
Ablehnungsrecht 113, 115
Abrechnung 12, 18, 157, 302, 304, 313, 314–17
Abrechnungsgesellschaften 314, 316
Add-On-Verträge 303, 305, 306, 307
Akteneinsichtsrecht 233
Aktiengesellschaft 42
Allgemeinärzte 7, 11, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 36, 39, 42, 43, 44, 47, 49, 50, 84, 101, 256, 349
allgemeine Verfahrensgrundsätze 117
allgemeiner Rechtsgedanke 125, 208
Altverträge 51, 309, 317
AMNOG 8
Amtsermittlungsgrundsatz 236
Amtswalter 136
Analogie 29–31, 30, 58, 59, 60, 83, 125, 203, 206, 207, 208, 221, 250, 251, 292, 352, 402
Anfechtung 80, 131, 242, 248, 253, 269, 270, 273, 330–34, 332, 338, 406
Anfechtungsklage 82, 253, 357, 364, 369
Angebot 70, 89, 103, 158, 298
Angelegenheit des Vertragsarztrechts 350
Annahme 70
Anpassung 273, 353, 377, 388, 392, 394, 407
Antragsberechtigung 53, 54, 396
Antragsrecht 54, 60, 386, 391, 405
Antragsstellung der Gemeinschaften 62, 64, 68, 85, 86, 151, 187, 188, 234, 324
Anwendungsbereich 22, 27, 40, 159, 228, 231, 252, 296
Arbeitsgemeinschaften 15, 20, 392
Aufgabenlehre 173, 186
aufschiebende Wirkung 11, 14, 15, 21, 68, 80, 81, 120, 122, 154, 264, 362, 369, 388, 401

Aufsicht 82, 97–99, 115, 141, 149, 193–96, 379–83, 407
Aufsichtsangelegenheit 82
Aufsichtsbehörde 72, 73–83, 87, 97–99, 99, 117, 142, 189, 193–96, 242, 248, 253, 367, 375, 379–83, 386
Aufsichtsmaßnahme 194
Aufsichtsmittel 82, 149
Auftragsdatenverarbeitung 316
Ausschreibung 17, 88–109
Ausschreibungspflicht 84, 88–109
Außenwirkung 75, 139, 140, 150, 169
außerordentliche Kündigung 240, 249
Auswahlmöglichkeit 105

B

Beanstandungsrecht 149, 265
Beendigung des Verfahrens 240
Beendigung des Verfahrens durch die Parteien 239–42
Beendigung des Verfahrens durch die Schiedsperson 242–53
Begründungspflicht 230, 234
Beherrschung 97, 100
Behördenbegriff 133–35, 145, 146, 147, 161
Behördenbegriff, funktionaler 138–43
Behördenbegriff, organisationsrechtlicher 135–36
Behördenbegriff, prozessualer 136–38
Beiladung 346, 367–68, 407
Beitragssatzstabilität 95, 99, 264, 300, 308–12, 400, 406
Beitrittserklärung 278
Bekanntgabe von Entscheidungen 231, 234
Beleihung 81, 140, 144, 147, 164, 172–202, 287, 292, 380
Beleihungsbefugnis 188
Berliner Abkommen 6
Berufsausübungsgemeinschaften 32

Berufsfreiheit 31, 35, 37, 39, 254, 256,
299
Beschaffung 104, 106
Beschleunigungsgrundsatz 156, 231, 235,
237, 238
Beschlussempfehlung des
Gesundheitsausschusses 8, 28, 30, 43,
58, 81, 151, 154, 398
Besorgnis der Befangenheit 110, 113, 115
Beteiligungsfähigkeit 136, 198, 364
Betrauung 180, 181
Beurteilungsspielraum 353, 354
Beweislast 86, 321
billiges Ermessen 130, 222–28, 233, 237,
238, 318, 342, 355, 362, 406
Bündelung von Verfahren 77–80, 77, 150
Bundesministerium für Gesundheit 14,
74, 120
Bundesversicherungsamt 25, 74, 77, 98,
100, 145

D

Datenschutz 300, 312–17
Datenübermittlung 313, 314, 316
Dauerhaftigkeit 140, 170
Dauerschuldverhältnis 249–52, 333, 338
Deckungsverhältnis 101
De-Facto-Vergabe 88
demokratische Legitimationskette 284,
291
Dienstleistungsauftrag 101
Dienstleistungsfreiheit 39, 40
Dienstleistungskonzession 102
Dienstvertrag 246, 247
Dispositionsgrundsatz 236, 237
Doppelvertretung 49
Dritter 133

E

EBM 283, 301
Eigenständigkeit 111
Einheit der Rechtsordnung 385
Einheitlicher Bewertungsmaßstab *Siehe*
EBM
Einigung auf eine Schiedsperson 20, 65,
73, 158, 405

Einstweiliger Rechtsschutz 369, 371
Einzelfall 16, 75, 119, 138, 145, 148,
175, 209, 226, 231, 364, 403, 408
Einzelperson 123, 137
Einzelverträge 1, 302, 311, 393
Entbürokratisierung 263, 381, 395
Entgeltlichkeit 101–4
Entscheidungskompetenz 260
Erfüllungsgehilfe 181
Erledigung 76, 286
Ermächtigungsgrundlage 61, 72, 316
Ersatzkassen 14, 52, 75, 120, 176, 294
Europäisches Kartellrecht 108
Europäisches Vergaberecht 107

F

Facharztbeschluss 284
Fachaufsicht 83, 98, 120, 195, 196, 380
Fachgruppenzugehörigkeit 312
Festsetzungen, Arten 303–8
Festsetzungen, rechtswidrige 317–45
Feststellungsklage 356, 357–58, 359, 360,
362, 363, 364, 407
flächendeckende Sicherstellung 80
freies Belieben 131, 222–24
freiwillige Schlichtung 219, 403
Funktionsübertragung 316

G

Gebiet des öffentlichen Rechts 185, 213
Geldmittel 97
gemeinsame Selbstverwaltung 215, 286
Gemeinschaft 27–52
gerichtliche Festsetzung 360–63
Gerichtlicher Rechtsschutz 346
Gesamtschuldner 258, 279
Gesamtvergütung 303, 304, 305
Geschäftsbesorgungsvertrag 245, 248,
249, 257, 339, 340, 345
Geschäftsfähigkeit 228
Gesetzesvorbehalt 193
Gesetzliche Krankenkassen 52
gesetzliches Schuldverhältnis 248, 340
Gestaltungserklärung 131
Gestaltungsfreiheit 230, 285, 302
Gestaltungsklage 356, 360

Gewaltenteilung 30, 293, 375
Gewinnerzielungsabsicht 95
GKV-FinG 306, 308
GKV-OrgWG 7, 83, 154, 398
GKV-Versorgungsstärkungsgesetz 296
GKV-Versorgungsstrukturgesetz 192,
365
GKV-WSG 7, 8, 305
Gleichordnungsverhältnis 200
Gleichstufigkeit 258
GmbH 42
Gremien 119
Gremienstruktur 124, 170
Grundfreiheiten 39, 41
Grundrechtecharta 41
grundrechtsgleiches Recht 231
Grundsatz effektiven Rechtsschutzes 115
Grundsatz von Treu und Glauben 66, 67

H

Haftung der Schiedsperson 317, 344
hausärztliche Versorgung 1, 10, 27, 35,
210, 224, 304, 305, 307
hausarztzentrierte Versorgung 1, 10, 11,
23, 27, 31, 42, 61, 80, 89, 103, 200,
207, 272, 279, 295, 305, 307
Haushaltshilfe 5, 9, 18, 395
häusliche Krankenpflege 12
Heilmittel 15
hoheitliche Maßnahme 248
hoheitliches Tätigwerden 151
Hoheitsakt 184, 248
Hospize 5, 13, 389, 390

I

Individualinteressen 55, 56
Inhaltskontrolle 323, 324, 355
Insichgeschäft 204

J

juristische Person 32, 41, 81, 93, 94, 98,
133, 179, 190, 198, 228, 232, 284, 290,
349, 364, 365
juristische Sekunde 213
Justizgrundrecht 232

K

Kartellrecht 91, 92
Kassenärztliche Vereinigung 31, 294,
302, 349, 351
Klageart 80, 346, 364, 407
Klagegegner 155, 196, 197, 198, 346,
356–64, 356–64, 368, 388, 391, 397
Kollektivverträge 78, 200
Kollektivvertragssystem 289
Kombinationstheorie 174
kombinierte Anfechtungs- und
Verpflichtungsklage 75
Konkurrenz 95, 104
Kontrahierungszwang 73, 157, 211, 219
Kontrolldichte 238, 346, 353, 407
Konzessionierung 173
koordinationsrechtlicher Vertrag 271
Kostentragung 19, 84, 246, 257, 258, 386,
391
Krebsregister 5, 9, 14, 390
Kündigung aus wichtigem Grund 243,
249, 250
Kündigung des festgesetzten Vertrages
240

L

Landesschiedsämter 83, 120, 352
Landesverbände der Krankenkassen 15,
19, 120, 176, 294
lediglich rechtlich vorteilhaft 205
Legitimation 194, 199, 200, 255, 284,
287, 291, 292
Leistungsbestimmung durch einen Dritten
13, 129, 165, 214, 216, 217, 219, 222,
267, 320, 322, 340, 366, 399, 406
Leistungserbringungsrecht 1, 45, 64, 171,
200, 207, 208, 215, 232, 237, 247, 252,
255, 259, 272, 278, 301, 303, 315, 329,
332, 335, 345, 360, 406
Lotsenfunktion 10
Lückenfüllung 29

M

Managementgesellschaften 32, 42
Mandatierung 48
Mediator 127

Mehrfachmitgliedschaft 49
Mehrfachvertretung 49
mehrseitiger Vertrag 73, 79, 243, 278
Meldevergütung 9, 14, 390
Militärregierungsverordnung 134
Missbrauchsverbot 108
Mitgliedsverzeichnis 46, 50
mittelbare Staatsverwaltung 194, 196,
381
mittelbare Wirkung 280
Mündlichkeitsgrundsatz 237

N
Nacherfüllungsanspruch 340
nachrangige Leistungserbringer 39
nachrangige Leistungserbringern 57, 58,
59, 61, 62
Näheverhältnis 170–72, 190
Nichteinigung auf Schiedsperson 75
Nichteinigung auf Vertrag 68–71
Nichtigkeit 325–30
Niederlassungsfreiheit 39
Normenhierarchie 373, 374, 375, 377,
378
Normsetzung 283, 284, 291, 295, 298
Normsetzungsbefugnis 283
Normsetzungsverträge 281–85, 290, 293,
294, 295, 296, 297, 299, 300

O
objektiver Empfängerhorizont 64
Offenkundigkeit 45
öffentliche Auftraggeber 93, 100
öffentliche Ordnung 20, 401
öffentlicher Auftrag 93, 100
Öffentlichkeitsgrundsatz 237
öffentlich-rechtliche Verwaltungstätigkeit
125, 126
öffentlich-rechtliche Willenserklärung 45,
63, 64
öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch
337
öffentlich-rechtlicher Vertrag 126, 209,
210–12, 213, 244, 271, 299, 377
öffentlich-rechtlicher Vertragshelfer 207
ordentliche Gerichtsbarkeit 112

Organ 94, 100, 134, 135, 136, 138, 142,
176

P
Palliativversorgung 5, 9, 18, 396
paritätisch besetzte Ämter 123
Partner der Selbstverwaltung 285
personales Substrat 33
personelle Legitimation 182
Personengesellschaft 32, 41, 81, 176, 179,
284, 290
Pflugesätze 20, 241, 400
Pflugesatzvereinbarung 5, 8, 399, 400,
401, 402
Pflegeversicherung 5, 8, 12, 20, 121, 323,
399, 402
Pflege-Weiterentwicklungsgesetzes 8
Privatrechtssubjekt 174, 176
Prognose 86
Prüfpflicht 306, 313

Q
Qualitätssicherung 24, 300, 301
Quorum 28, 29, 31, 43, 49, 50, 84–86, 87,
88, 392, 405

R
Rahmenempfehlungen 12, 157
Recht auf Akteneinsicht 230, 233
rechtliches Gehör 230, 231, 238, 322
Rechtmäßigkeit 98, 195, 312, 320, 321,
375
Rechtsaufsicht 98, 120, 122, 146, 163,
195, 196, 289
Rechtsbehelf 65, 66, 68, 75, 80, 264
Rechtsfortbildung 29, 335
Rechtsmissbrauch 67, 88
Rechtsquellen 3, 282, 371
Rechtsstaatsprinzip 66, 231, 255, 283,
293, 294, 380
Rechtsstellungstheorie 174
Rechtsträgerprinzip 136, 197, 198, 364,
366, 367
Rechtsverordnung 74, 98, 110, 119, 120,
122, 123, 124, 163, 169, 281, 282, 373,
377

- Rechtsweg 116, 158, 346, 348, 349, 401, 407
- Rechtsweggarantie 230
- Rechtswidrigkeit 317, 318, 330, 360, 371, 376, 377
- Regelversorgung 35, 57, 290, 295, 301, 303, 304, 305, 306, 333
- Reichsversicherungsordnung 6
- Richterspruchprivileg 343
- Richtlinie 2004/18/EG 90, 97, 99
- Richtlinie 2014/24/EU 90, 97, 108
- Risikostrukturausgleich 96
- Rückabwicklung 276, 317, 333, 335–39, 370, 406
- Rückwirkung 275, 276, 320
- S**
- Sachleistungsprinzip 12, 211, 282, 296, 298
- Sachverständige 204, 343, 344, 361, 363
- Saldolehre 337
- Satzungen der Krankenkassen 10, 298, 372–76, 378, 407
- Schadensersatzanspruch 339, 340, 341–45, 406
- SchAVO 120, 122, 123, 124
- Schiedsämter 119–25, 166–70
- Schiedsgericht 131
- Schiedsgerichtsverfahren 126, 131, 132, 207
- Schiedsgutachten im engeren Sinne 130
- Schiedsgutachten im weiteren Sinne 129, 220
- Schiedsgutachtervertrag 132, 243, 244, 245, 251, 253, 257, 258, 261, 342
- Schiedsklausel 117
- Schiedsspruch, Inhalt 300–317
- Schiedsspruch, Rechtsnatur 266–74
- Schiedsstellen 119–25, 166–70
- Schiedsvereinbarung 131
- Schriftform 272
- Schutzimpfungen 5, 18, 397
- Schutznormlehre 55, 56
- Schutzpflicht 56, 255
- Sekundäransprüche 58, 62, 247, 251, 340, 345
- Sekundärverträge 302
- Selbstverwaltungskompetenz 285, 286, 287, 288
- Selbstverwaltungsprinzip 254, 256
- Selektivverträge 21, 42, 90, 117, 211, 215, 220, 239, 303, 305, 313, 378, 384, 389, 400, 402
- Sicherstellungsauftrag 26, 157, 220, 297, 303, 305, 400, 402
- soziale Mächtigkeit 29, 46
- Sozialgeheimnis 314
- sozialrechtliches Leistungsdreieck 102
- Sozialverwaltungsverfahren 201, 211
- Spitzenorganisationen 16, 157
- Spitzenverband Bund der Krankenkassen 14, 16, 74, 121, 187, 296, 372, 394
- Spruchkörper 350
- Staatsnähe 96
- Stellvertretung 43, 44, 48, 50, 204, 205, 274
- Steuerungswirkung 103
- subjektives öffentliches Recht 55, 58, 62
- subordinationsrechtlicher Vertrag 279
- T**
- teleologische Reduktion 205
- Totalvorbehalt 283, 288, 302, 339
- Treu und Glauben 66, 226, 253, 346
- Typenzwang der Rechtsquellen 282
- U**
- Übergangsregelungen 51
- Übermittlung der erforderlichen Unterlagen 233
- Übertragungsakt 174
- Umdeutung 363, 364
- Unabhängigkeit 110–16, 204, 387
- unbestimmter Rechtsbegriff 224, 226, 231, 264, 355
- Unbilligkeit, offenbare 226
- Unbilligkeit, schlichte 322, 334, 354
- Ungleichbehandlung 31, 33, 34, 36, 312
- unmittelbare Wirkung 25, 108, 277, 280, 281, 283, 284, 291, 294, 295–300

- Unterbeleihung 179–84, 199
untergesetzliche Rechtsnormen 281
Unverbindlichkeit 226, 321, 322, 325–30,
331, 334, 342, 354, 370, 406
unwiderlegliche Vermutung 99
- V**
- Vereinigungsfreiheit 47
Verfahrensbündelung 78
Vergaberichtlinie 108
Vergabeverfahren 88, 89, 90, 93, 103,
108, 109
Vergütung 318
Vergütung der Schiedsperson 257–58,
345
Verhältnismäßigkeitsgrundsatz 37, 380
Verhältnismäßigkeitsprüfung 34, 35
Verleihung 163, 173, 179
Vermittlerrolle 128
Verpflichtungsklage 81, 356, 364
Versichertendaten 314, 315
Versicherungsträger 74, 81, 97, 194, 263,
372
Verstoß gegen die guten Sitten 223
Vertragsanpassung 276, 320, 359
Vertragsarztangelegenheiten 349
Vertragsautonomie 116, 201, 218, 239
Vertragsfreiheit 72, 104, 171, 210, 211,
215, 219, 230, 236, 260, 265, 278
Vertragshelfer 216–21
Vertragshilfe 191, 217, 236, 384, 402
vertragsloser Zustand 62, 241, 252, 333,
340, 362, 391, 393, 398, 401
Vertragsmonopol 26
Vertragsverhandlungen 64, 69, 85, 86,
159
Vertrauensschutz 66, 336, 337, 339
Verwaltungsakt 266–67, 406
Verwaltungsakt, mitwirkungsbedürftiger
178
Verwaltungsgerichtsbarkeit 112, 137, 348
Verwaltungshelfer 175, 181, 203, 206,
383
Verweisnorm 208, 209, 212, 214, 216,
274, 332, 359
Verwirkung 67, 328, 346, 347
Vollversorgungsverträge 303, 304, 305,
306, 308, 406
Vorbehalt des Gesetzes 30, 183, 192, 283,
293, 302
Vorlagepflicht 24, 120, 149, 194, 262–66,
380
- W**
- Weigerung 59, 62, 64, 73, 158, 159, 160,
327, 357
Weisungsfreiheit 112, 247, 292, 380
Weisungsrecht 200, 225
Weiterbeleihung 180, 182
Weiterbildung 36
Werkvertrag 247
Werkzeugtheorie 203
Widerspruch 75, 81, 82, 253
Widerspruchsverfahren 81
Willkür 223
Wirtschaftlichkeitsgebot 224, 227, 237,
303
Wirtschaftlichkeitskriterien 24, 263, 300,
301
- Z**
- Zwangsschlichtung 151, 152, 158, 171,
215, 218, 220, 291, 305, 334, 384, 402,
405
Zwangsschlichtung, einseitige 171, 224,
236, 240, 355
Zweckmäßigkeit 16, 17, 98, 195, 307,
394

Die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V: Einsetzung, Verfahren, Schiedsspruch

Laura Eckerth

2003 schuf der Gesetzgeber im Rahmen des GKV-Modernisierungsgesetzes die hausarztzentrierte Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung. Zur Sicherstellung des Angebots dieser Versorgungsform bedarf es des Vertragsschlusses zwischen Gemeinschaften von Hausärzten und Krankenkassen. Um einen vertragslosen Zustand zu verhindern, legt § 73b Abs. 4a SGB V fest, dass im Falle der Nichteinigung eine Schiedsperson den Vertrag festzusetzen hat. Die Figur der Schiedsperson stellt dabei eine neuere Erscheinung dar. So verwundert es nicht, dass die neu geschaffene Regelung zahlreiche zu klärende Rechtsfragen birgt.

Das Werk untersucht die Schiedsperson nach § 73b Abs. 4a SGB V umfassend und beleuchtet das Verfahren von der Einsetzung bis zum Schiedsspruch. Ergänzt wird die Arbeit mit Überlegungen, inwiefern sich die gewonnenen Erkenntnisse auf andere sozialrechtliche Schiedspersonen übertragen lassen. Das Werk richtet sich an Leser aus der Wissenschaft und der Praxis.

31,40 €

ISBN 978-3-8405-0173-9

