

---

## S 9 KA 29/10 ER

### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Vertragsarztangelegenheiten
Abteilung	11
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	S 9 KA 29/10 ER
Datum	28.04.2010

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 11 KA 61/10 B ER
Datum	11.10.2010

#### 3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Sozialgerichts Dortmund vom 28.04.2010 wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der erstattungsfähigen außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin begehrt einstweiligen Rechtsschutz wegen Bestimmung einer Schiedsperson.

Mit [§ 73b Abs. 4 Satz 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in der Fassung des Gesetzes vom 15.12.2008 (BGBl. I, S. 2426) wurde den Krankenkassen allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen zur Sicherstellung des Angebots der hausarztzentrierten Versorgung (HzV) auferlegt, spätestens bis zum 30.06.2009 Verträge mit Gemeinschaften zu schließen, die mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten. Sofern sich die Vertragsparteien nicht

---

einigen, kann die Gemeinschaft die Einleitung eines Schiedsverfahrens beantragen ([§ 73 Abs. 4 Satz 2 SGB V](#)).

Der Deutsche Hausärzteverband, hierzu bevollmächtigt durch den Beigeladenen, in Kooperation mit der Hausärztlichen Vertragsgemeinschaft eG (HÄVG), und die Antragstellerin nahmen im ersten Halbjahr 2009 Kontakt auf, um über einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung zu verhandeln. Die Antragstellerin übermittelte dem Deutschen Hausärzteverband im Juni 2009 ein Vertragsangebot (Add-on-Vertrag). Demgegenüber übersandte dieser der Antragstellerin mit Schreiben vom 09.06.2009 ein eigenes Vertragsangebot (Vollversorgungsvertrag mit der Folge von Bereinigungsverträgen) zur Vorbereitung eines bundesweiten HzV-Vertrages. Mit weiterem Schreiben des Beigeladenen vom 17.06.2009 bat dieser die Antragstellerin, ihre Bereitschaft zum Abschluss eines HzV-Vertrages auf der Grundlage eines Vollversorgungsvertrages bis zum 19.06.2009 zu bestätigen sowie einen Vorschlag für Verhandlungstermine zu unterbreiten. Hierauf erwiderte die Antragstellerin, sie sehe keine Bereitschaft des Deutschen Hausärzteverbandes bzw. des Beigeladenen zu Vertragsverhandlungen (Schreiben vom 18.06.2009). In der Folge stellte der Beigeladene gegenüber der Antragstellerin fest, dass die Verhandlungen über einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung gescheitert seien (Schreiben vom 22.06.2009). Gleichzeitig beantragte er die Einleitung eines Schiedsverfahrens und schlug Prof. Dr. L als Schiedsperson unter Fristsetzung zur Stellungnahme bis 29.06.2009 vor. Die Antragstellerin äußerte sich nicht. Sodann hat sich der Beigeladene an die Antragsgegnerin gewandt, um eine Schiedsperson bestimmen zu lassen (Schreiben vom 29.06.2009). Die Antragstellerin teilte hierauf u.a. mit, in den vorgelegten Verträgen sei die HÄVG und nicht der Beigeladene als Vertragspartner ausgewiesen gewesen (Schreiben vom 17.07.2009). Der Beigeladene versuche, die HÄVG als Vertragspartnerin durchzusetzen. Er verfolge mithin keinen eigenen Anspruch, so dass sein Antrag auf Bestimmung einer Schiedsperson unzulässig sei. Darüber hinaus erfülle der Beigeladene die Anforderungen an eine Gemeinschaft i.S.d. [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) nicht. Er verfüge lediglich über eine Verhandlungs- und keine Abschlussvollmacht der von ihm vertretenen Hausärzte. Für die Beurteilung der Vertretungsquote von 50 % seien alle zugelassenen Allgemeinmediziner und alle angestellten Ärzte mit dem Fachgebiet Allgemeinmedizin im Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) Westfalen-Lippe zu ermitteln. Die vorgelegten notariellen Urkunden seien nicht geeignet, die Erfüllung des Quorums nachzuweisen. Es sei nicht sichergestellt, dass die mandatierenden Ärzte tatsächlich die gesetzlichen Voraussetzungen gemäß [§ 73b SGB V](#) erfüllten. Fraglich sei ferner, zu welchem Zeitpunkt mandatiert worden sei. Infolge unzumutbar kurze Fristsetzungen und des Versuchs des Beigeladenen, die Verhandlungen insbesondere hinsichtlich eines Vollversorgungsvertrags zu diktieren, könne nicht von einer notwendigen Nichteinigung gesprochen werden. Verhandlungen hätten nicht stattgefunden.

Das Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales (MAGS) des Landes Nordrhein-Westfalen hat mit einem an die AOK Westfalen-Lippe, den BKK-Landesverband Westfalen-Lippe, die Landwirtschaftliche Krankenkasse Nordrhein-Westfalen und den Beigeladenen gerichteten Schreiben vom 01.09.2009 mitgeteilt, dass der Beigeladene eine ausreichende Zahl von Allgemeinärzten im Sinne des [§ 73b Abs. 4](#)

---

[S. 1 SGB V](#) vertritt. Eine durch das Ministerium am 25. und 26.08.2009 durchgeführte Überprüfung habe ergeben, dass 1650 ordnungsgemäße Erklärungen von Allgemeinärzten vorlägen. Hierbei seien lediglich Fachärzte für Allgemeinmedizin und Fachärzte für Innere und Allgemeinmedizin berücksichtigt worden. Diese Überprüfung sei mit einem Abgleich der einzelnen Mandate mit einer von der KV Westfalen-Lippe zur Verfügung gestellten Liste aller Allgemeinärzte im Bereich Westfalen-Lippe verbunden worden. Nach Auskunft der KV Westfalen-Lippe hätten am 30.06.2009 insgesamt 3160 Allgemeinärzte, entsprechend einer Quote von 52,215 %, im Sinne des [§ 73b Abs. 4 S. 1 SGB V](#) an der hausärztlichen Versorgung teilgenommen.

Die Antragsgegnerin hat mit Bescheid des Bundesversicherungsamtes vom 09.12.2009 Staatssekretär a.D. X als Schiedsperson für die Vertragsverhandlungen zwischen dem Beigeladenen und der Antragstellerin im Bereich der KV Westfalen-Lippe bestimmt. In dem Bescheid wird u.a. ausgeführt, bei der Auswahl der Schiedsperson sei berücksichtigt worden, dass Herr X von 1987 bis 1991 Staatssekretär im Hessischen Sozialministerium und dort u.a. für inhaltliche und aufsichtsrechtliche Fragen aus dem GKV-Bereich zuständig gewesen sei. Von 1998 bis 2009 habe er dem Deutschen Bundestag angehört. In der 15. Wahlperiode sei er Mitglied des für Gesundheitspolitik zuständigen Parlamentsausschusses gewesen. Im November 2005 sei er zum Vorsitzenden des Ausschusses für Arbeit und Soziales gewählt worden. In den Koalitionsverhandlungen des Jahres 2005 habe er dem Verhandlungsteam der Union angehört, das mit der SPD das Kapitel zur Gesundheitspolitik des Koalitionsvertrags verhandelt habe. Er besitze aufgrund dieser Tätigkeiten die notwendigen Sachkenntnisse sowie umfassende praktische Erfahrungen für die Wahrnehmung der Aufgaben einer Schiedsperson in den gegenständlichen Verfahren.

Die Antragstellerin hat gegen diesen Beschluss am 07.01.2010 Klage zum Sozialgericht (SG) Düsseldorf erhoben und gleichzeitig um einstweiligen Rechtsschutz nachgesucht. Dieses hat sich mit Beschluss vom 17.10.2010 für örtlich unzuständig erklärt und den Rechtsstreit an das SG Dortmund verwiesen.

Die Antragstellerin trägt vor: Dem Grunde nach sei gegen die Benennung von Herrn X nichts einzuwenden. Insbesondere werde nicht in Zweifel gezogen, dass er geeignet und qualifiziert sei. Angesichts des Umstandes, dass er als Schiedsperson für sämtliche Bereiche der KV Nordrhein und KV Westfalen-Lippe tätig werden solle, sei allerdings ausgeschlossen, dass er sich mit allen Angeboten der Kassen intensiv beschäftigen könne. Die Hausarztverträge seien als Selektivverträge angelegt. Die Bestimmung einer einzigen Schiedsperson für sämtliche Schiedsverfahren und mehrere KV-Bezirke führe faktisch zu kollektivrechtlichen Verträgen. Darüber hinaus dürften Herrn X aufgrund bereits laufender Schiedsverfahren die Motive und Überlegungen des Beigeladenen bestens bekannt sein, wohingegen ihr – der Antragstellerin – diese Erfahrungswerte fehlten. Insofern bestehe die Gefahr, dass Herr X diese Nachteile auch durch eine neutrale Verfahrensführung nicht werde ausgleichen können. Der Bestimmungsbescheid sei insbesondere deswegen rechtswidrig, weil eine Ermessensentscheidung nicht erkennbar sei. Das Bundesversicherungsamt habe sich mit dem Antrag auf Bestimmung einer

---

bundesweit einheitlichen Schiedsperson für die Vertragsverhandlungen der Antragstellerin nicht auseinandergesetzt. Zudem habe es verabsäumt, die Vergabe der Schiedsaufträge nach Vergaberecht auszuschreiben. Die Anordnung der aufschiebenden Wirkung sei erforderlich, weil bei rechtswidriger Bestimmung der Schiedsperson der festgesetzte Vertrag vollständig mit der Folge entfalle, dass er insgesamt rückabzuwickeln wäre. Dies sei nicht zuletzt im Hinblick auf die nach [§ 73b Absatz 7 SGB V](#) durchzuführende Bereinigung der Gesamtvergütung für alle Beteiligten unzumutbar. Sollte die angegriffene Bestimmung der Schiedsperson rechtmäßig und nicht aufzuheben sein, erscheine der Hilfsantrag sachgerecht, um weitere Zeitverluste zu vermeiden.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den Bescheid der Antragsgegnerin vom 09.12.2009 über die Bestellung von Herrn H X als Schiedsperson in den Vertragsverhandlungen zwischen dem Hausärzterverband Westfalen-Lippe e.V. und der Bahn-BKK für die Region der Kassenärztlichen Vereinigung Westfalen-Lippe anzuordnen,

2. hilfsweise anzuordnen, dass die durch die Schiedsperson Herrn X festgesetzten Vertragsinhalte nicht vor rechtskräftiger Entscheidung über die Klage in Kraft treten können.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die Anträge zurückzuweisen.

Die Voraussetzungen für die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage seien nicht gegeben. Die Anfechtungsklage habe keine Aussicht auf Erfolg. Der Bescheid vom 09.12.2009 sei formell und materiell rechtmäßig, insbesondere sei die Auswahl und Bestimmung der Schiedsperson nicht ermessensfehlerhaft. Zwar habe sie sich frühzeitig auf bestimmte Schiedspersonen festgelegt, gleichwohl habe sie bei der Auswahl Ermessen ausgeübt. Die Schiedsperson müsse mit den Strukturen der gesetzlichen Krankenversicherung vertraut sowie in der Lage sein, widerstreitende Interessen auszugleichen. Diese Anforderungen erfülle Herr X. Ein Ermessensfehler sei daher nicht ersichtlich. Die Gefahr kollektivrechtlicher Verträge bestehe nicht, da die Verträge Wirkung nur zwischen den Vertragsparteien entfalten und es deren Sache sei, ihre Vorstellungen vom Vertragsinhalt in das Schiedsverfahren einzubringen. Angesichts der nur eingeschränkten Anzahl an qualifizierten und verfügbaren Schiedspersonen sei es nicht in Betracht gekommen, für die Antragstellerin eine einheitliche Schiedsperson zu bestimmen. Zudem hätte dies anderen Krankenkassen ebenfalls zugestanden werden müssen, was praktisch nicht umsetzbar sei.

Der Beigeladene hat die Auffassung vertreten, dass die Antragsgegnerin das Ermessen pflichtgemäß ausgeübt habe. Die Bestimmung regionaler Schiedspersonen sei nicht ermessensfehlerhaft. Die Bündelung von Schiedsverfahren führe nicht zu faktischen Kollektivverträgen. Die Antragstellerin

---

könne in jedem Stadium des Schiedsverfahrens ihre individuellen Interessen einbringen. Soweit die Antragstellerin es für sachgerecht halte, für bundeseinheitliche Kassen nur eine Schiedsperson zu bestellen, führe dies nicht weiter, denn dann würden die wenigen (qualifizierten) Schiedspersonen bundesweit jeweils für zahlreiche Kassen zuständig sein.

Das SG Dortmund hat mit Beschluss vom 28.04.2010 die Anträge zurückgewiesen. Der unter 1) gestellte Antrag sei unbegründet, der zu 2) gestellte Antrags sei unzulässig. Zur Begründung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt: Im Rahmen des Eilverfahrens sei eine Abwägung zwischen dem Interesse der Antragstellerin an der aufschiebenden Wirkung der Klage einerseits und der gesetzlichen Regelung in [§ 73b Abs. 4a Satz 4 SGB V](#) andererseits vorzunehmen, wonach die Klage gegen die Bestimmung einer Schiedsperson keine aufschiebende Wirkung entfalte. Der Bestimmungsbescheid sei nach summarischer Prüfung nicht als offensichtlich rechtswidrig zu werten. Ein Vertrag nach [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) sei bislang nicht zustande gekommen. Der Beigeladene sei ausreichend legitimiert. Die Vertragsparteien hätten sich nicht auf eine Schiedsperson einigen können. Die Bestimmung von Herrn X begegne keinen rechtlichen Bedenken. Die gerichtliche Überprüfung der Auswahlentscheidung sei darauf beschränkt, ob die Erwägungen der Antragsgegnerin die von ihr getroffene Entscheidung rechtfertigten. Sachfremde Erwägungen oder ein Ermessensdefizit seien nicht ersichtlich. Die Bestimmung einer einheitlichen Schiedsperson für eine bundesweit tätige Kasse sei nicht zwingend. Die Sorge der Antragstellerin, dass mit der Bestimmung einheitlicher Schiedspersonen für die jeweiligen KV-Bezirke Kollektivverträge forciert würden, sei unbegründet. Der Antrag zu 2) sei unzulässig, weil dieser weder gegen den richtigen Antragsgegner gerichtet sei noch ein Rechtsschutzbedürfnis bestehe.

Diese Entscheidung greift die Antragstellerin fristgerecht mit der Beschwerde an. Sie trägt vor: Sie und der Beigeladene hätten sich über Inhalte des Vertrages nach [§ 73b Abs. 2 SGB V](#) nicht verständigen können. Somit sei es erforderlich, dass der Vertragsinhalt vollständig von der Schiedsperson festgesetzt werde. Die Antragsgegnerin habe von vornherein entschieden, bundesweit für alle möglichen Schiedsverfahren lediglich vier Schiedspersonen zu benennen. Herr X sei durchgehend für die Bereiche der KV Nordrhein und KV Westfalen-Lippe benannt worden. Zwar gehe auch sie davon aus, dass nur eine begrenzte Anzahl von möglichen Schiedspersonen zur Verfügung stehe. Sie bezweifle aber, dass auch unter zeitlichen Gesichtspunkten lediglich vier Schiedspersonen in Betracht zu ziehen seien. Jedenfalls sei die Entscheidung der Antragsgegnerin mit der vom Gesetzgeber gewollten Vielfalt möglicher Verträge nicht in Einklang zu bringen. Denn eine Auseinandersetzung mit sämtlichen Vertragsangeboten, allen Versicherten- und Morbiditätsstrukturen sowie der jeweiligen finanziellen Leistungsfähigkeit sei einer einzigen Schiedsperson faktisch unmöglich. Hiermit habe sich die Antragsgegnerin nicht auseinandergesetzt. Auch der Gesichtspunkt, welche bzw. wie viele Vertragsbestandteile gegebenenfalls die Schiedsperson festsetze und welcher Aufwand damit zu bewältigen sei, habe bei der Entscheidung der Antragsgegnerin erkennbar keine Rolle gespielt. Für sie – die Antragstellerin – liege auf der Hand, dass Herr X durch bereits laufende Schiedsverfahren bestens

---

mit den Motiven und Überlegungen des Beigeladenen vertraut sei, wie auch umgekehrt der Beigeladene Herrn X und seine Einstellung zu einzelnen Fachfragen mittlerweile bestens kennen dürfte. Ihr – der Antragstellerin – fehlten diese Erfahrungswerte. Sie verkenne nicht, dass der Gesetzgeber den Abschluss der HzV-Verträge habe forcieren wollen. Allerdings dürften solche Verträge eher längerfristig angelegt sein und in ein Dauerschuldverhältnis einmünden. Diesem Ziel sei es kaum förderlich, wenn die Schiedspersonen ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls ausgewählt werde. Schließlich werde bestritten, dass der Beigeladene die Voraussetzungen des [§ 73b Absatz 4 Satz 1 SGB V](#) erfülle. Nach dem Gesetz sei der Beigeladene berechtigt, ein Schiedsverfahren und die Bestimmung einer Schiedsperson zu beantragen, wenn er mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte vertrete. Insoweit dürfte ein Abstellen auf den Fachgruppencode 01 deutlich zu kurz greifen. Selbst das MAGS NRW sei bei seiner Überprüfung davon ausgegangen, dass Allgemeinärzte im Sinne des [§ 73b Absatz 4 Satz 1 SGB V](#) alle an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Fachärzte für Allgemeinmedizin und Fachärzte für Innere und Allgemeinmedizin seien. Damit dürften aber neben dem Fachgruppencode 01 wenigstens noch die Ärzte des Fachgruppencodes 03 und möglicherweise auch die des Fachgruppencodes 02 hinzuzurechnen sein. Nach ihrem – der Antragstellerin – Kenntnisstand seien aktuell im Bezirk der KV Westfalen-Lippe 3.131 Ärzte mit Fachgruppencode 01, 656 Ärzte mit Fachgruppencode 02 sowie 1.328 mit Fachgruppencode 03 (insgesamt: 5.115) tätig. Es erscheine damit äußerst zweifelhaft, ob der Beigeladene das gesetzliche Quorum erfülle. Angesichts der nach Feststellung des SG knappen Erreichung des Quorums sei eine eindeutige und rechtskonforme Überprüfung erforderlich.

Die Antragstellerin beantragt,

den Beschluss des SG Dortmund vom 28.04.2010 abzuändern und nach dem erstinstanzlich gestellten Antrag zu entscheiden.

Der Antragsgegner beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die in der Hauptsache erhobene Anfechtungsklage habe keine Aussicht auf Erfolg. Der Bestimmungsbescheid sei formell und materiell rechtmäßig. Der Beigeladene sei eine Gemeinschaft im Sinn des [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#). Er vertrete 1650 von 3160 Allgemeinärzten im Bezirk der KV Westfalen-Lippe. Allgemeinärzte seien nur die für hausärztliche Versorgung zugelassenen Fachärzte für Allgemeinmedizin und die Fachärzte für Innere und Allgemeinmedizin, die nach den Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern den Facharztstitel "für Allgemeinmedizin" tragen dürften. Ein Vertrag über die hausarztzentrierte Versorgung sei unstreitig nicht zustande gekommen. Ein Ermessensfehlgebrauch liege nicht vor. Die Qualifikation der Schiedsperson werde von der Antragstellerin nicht angezweifelt. Den Vertragsparteien stehe es frei, in der Schiedsverhandlung ihre jeweiligen Vertragsvorstellungen einzubringen und kassenindividuelle Gegebenheiten vorzutragen, so dass hinreichend Raum für Besonderheiten

---

verbleibe. Von faktischen Kollektivverträgen könne keine Rede sein.

Der Beigeladene beantragt,

die Beschwerde zurückzuweisen.

Die Klage sei in der Hauptsache offensichtlich unbegründet. Die Bestimmung der Schiedsperson sei nicht ermessensfehlerhaft. Die Bündelung der Schiedsverfahren entspreche dem Zweck der gesetzlichen Regelung und führe nicht zu Kollektivverträgen. Er – der Beigeladene – sei als qualifizierte Gemeinschaft legitimiert.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf die Streitakte und den Inhalt der gewechselten Schriftsätze sowie den Verwaltungsvorgang der Antragsgegnerin.

II.

1. Antrag zu 1)

Die statthafte und im übrigen zulässige Beschwerde ist unbegründet.

a) Rechtsgrundlage für die begehrte einstweilige Regelung ist [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#). Nach [§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) haben Widerspruch und Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung. Nach [§ 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG](#) entfällt die aufschiebende Wirkung in anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen. Hierzu rechnet [§ 73b Abs. 4a Satz 4 SGB V](#). Danach haben Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson keine aufschiebende Wirkung.

Nach [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) kann das Gericht der Hauptsache auf Antrag in den Fällen, in denen Widerspruch oder Anfechtungsklage aufschiebende Wirkung haben, die sofortige Vollziehung ganz oder teilweise anordnen. Zwar ist in [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) lediglich die Rede von der Anordnung der aufschiebenden Wirkung, doch wird wegen der gleichen Zielrichtung auch die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung von dieser Norm erfasst (Senat, Beschluss vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 25.10.2006 – [L 10 B 15/06 KA ER](#) -; LSG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 03.08.2006 – L 4 B 269//04 KA ER -). Bei den Entscheidungen nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#) hat eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen stattzufinden. Dabei steht eine Prüfung der Erfolgsaussichten zunächst im Vordergrund. Auch wenn das Gesetz keine materiellen Kriterien für die Entscheidung nennt, kann als Richtschnur für die Entscheidung davon ausgegangen werden, dass das Gericht dann die aufschiebende Wirkung wiederherstellt, wenn der angefochtene Verwaltungsakt offenbar rechtswidrig ist und der Betroffene durch ihn in subjektiven Rechten verletzt wird. Am Vollzug eines offensichtlich rechtswidrigen Verwaltungsaktes besteht kein öffentliches Interesse (Düring in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 86b Rdn. 11). Sind die Erfolgsaussichten nicht offensichtlich, müssen die für und gegen eine sofortige Vollziehung sprechenden Gesichtspunkte gegeneinander abgewogen

---

werden. Dabei ist die Regelung des [§ 86a Abs. 3 Satz 2 SGG](#) zu beachten, dass in den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 1 SGG](#) (Entscheidung über Versicherungs-, Beitrags- und Umlagepflichten sowie der Anforderung von Beiträgen, Umlagen und sonstigen öffentlichen Abgaben) die Vollziehung ausgesetzt werden soll, wenn ernstliche Zweifel an der Rechtmäßigkeit des angefochtenen Verwaltungsakts bestehen oder die Vollziehung für den Antragsteller eine unbillige, nicht durch überwiegende öffentliche Interessen gebotene Härte zur Folge hätte. Auch über diese ausdrückliche Regelung hinaus ist das aus den Regelungen des [§ 86a SGG](#) hervorgehende gesetzliche Regel-Ausnahmeverhältnis zu beachten: In den Fallgruppen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 2 bis 4 SGG](#) ist maßgebend, dass der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine davon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (BVerfG, Beschluss vom 10.10.2003 – [1 BvR 2025/03](#) – zu [§ 80 Abs. 2 Nrn. 1 bis 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO)). In den Fällen des [§ 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG](#) haben Widerspruch und Klage hingegen grundsätzlich aufschiebende Wirkung. Es ist ein öffentliches Vollzugsinteresse oder ein überwiegendes Interesse eines Beteiligten erforderlich. Nur dann wird (ausnahmsweise) die sofortige Vollziehung angeordnet. Das Gericht hat insbesondere zu berücksichtigen, wie schwerwiegend die Beeinträchtigung durch die aufschiebende Wirkung gerade im grundrechtsrelevanten Bereich ist. Bei Eingriffen in die Berufsfreiheit müssen die Gründe für den Sofortvollzug in einem angemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen und ein Zuwarten bis zum rechtskräftigen Abschluss des Hauptverfahrens ausschließen (vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 28.08.2007 – [1 BvR 2157/07](#) –; 11.02.2005 – [1 BvR 276/05](#) –; BVerfG, [NJW 2003 S. 3618](#), 3619; Senat, Beschlüsse vom 20.05.2009 – [L 11 B 5/09 KA ER](#) –, 19.03.2009 – [L 11 B 20/08 KA ER](#) –, 17.06.2009 – [L 11 B 6/09 KA ER](#) –; vgl. auch Düring a.a.O.).

b) Ausgehend hiervon ergibt sich:

Die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 09.12.2009 erweist sich als rechtmäßig. Die Voraussetzungen für die Bestimmung einer Schiedsperson durch das Bundesversicherungsamt sind erfüllt (aa)). Die Auswahlentscheidung ist nicht ermessensfehlerhaft (bb)). Ein Vergabeverfahren ist entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht durchzuführen (cc)). Einer Abwägung von Vollziehungs- und Aussetzungsinteresse bedarf es nicht (dd)).

aa) Nach [§ 73b Abs. 4a S. 2 SGB V](#) ist das Bundesversicherungsamt für die Bestimmung der Schiedsperson zuständig. Die Antragstellerin untersteht als bundesunmittelbare Krankenkasse der Rechtsaufsicht des Bundesversicherungsamtes ([§ 90 SGB IV](#)).

(1) Die Antragstellerin und der Beigeladene haben sich weder auf einen Vertrag zur hausarztzentrierten Versorgung noch auf eine Schiedsperson geeinigt.

(2) Der Beigeladene ist eine qualifizierte Gemeinschaft im Sinne des [§ 73b Abs. 4 S. 1 SGB V](#), da er über die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte im Gebiet der KV Westfalen-Lippe vertritt. Das ergibt sich wie folgt:

---

(a) Welche Ärzte dem Begriff "Allgemeinärzte" unterfallen, ist in [§ 73b SGB V](#) nicht ausdrücklich geregelt. In der Gesetzesbegründung zu [§ 73b SGB V](#) wird jedoch hinsichtlich des Begriffs "Allgemeinarzt" mittels des nachfolgenden Klammerzusatzes auf [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) Bezug genommen. Hierdurch wird bestimmt, dass der Allgemeinarzt neben den in den Nr. 2 bis 5 des [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) genannten Leistungserbringern an der hausärztlichen Versorgung teilnimmt (vgl. Begründung zum GKV-OrgWG, [BT-Drs. 16/10609](#), S.53). Bei der Auslegung des Begriffs "Allgemeinarzt" nach [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) ist ferner [§ 95a Abs. 2 SGB V](#) heranzuziehen (vgl. Adolf in juris-PK-SGB V, § 73 Rdn. 76; Hess in Kasseler Kommentar, SGB V, § 73 Rdn. 5; Hencke in Peters, Handbuch der Krankenversicherung, SGB V, § 73 Rdn. 6a). Danach ist eine allgemeinmedizinische Weiterbildung im Sinne des [§ 95a Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 95a Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) nachgewiesen, wenn der Arzt nach landesrechtlichen Vorschriften zum Führen der Facharztbezeichnung für Allgemeinmedizin berechtigt ist. Mithin unterfallen dem Begriff "Allgemeinarzt" i.S.v. [§ 73b Abs. 4 S. 1 SGB V](#) die für die hausärztliche Versorgung zugelassenen Fachärzte für Allgemeinmedizin und die Fachärzte für Innere und Allgemeinmedizin, die nach den Weiterbildungsordnungen der Landesärztekammern die Bezeichnung Facharzt/Fachärztin für Innere und Allgemeinmedizin oder für Allgemeinmedizin tragen dürfen (hierzu Abschnitt 2 Ziff. 12.1 der Weiterbildungsordnung (WBO) der Ärztekammer Westfalen-Lippe vom 09.04.2005 in der Fassung vom 01.10.2008, MBI. NRW 2008 S. 446). Dieser Arztgruppe wird entsprechend Anlage 2 der Richtlinie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (KBV) zur Vergabe der Arzt- und Betriebsstättennummern in der Regel der Fachgruppencode 01 zugeordnet. Sowohl der Wortlaut des [§ 74 Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) als auch der systematische Zusammenhang zwischen [§ 73 Abs. 1a SGB V](#), [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) und [§ 95a SGB V](#) sprechen sonach dafür, dass es auf diese Allgemeinärzte (Fachgruppe 01) und nicht auf sämtliche an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Vertragsärzte ankommt. Der Gesetzgeber begründet die Vorrangstellung der Allgemeinärzte damit, dass sie der in [§ 103 Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) getroffenen Vorrangstellung der Allgemeinärzte für ausgeschriebene Hausarztsitze folge und ihre "auf fünf Jahre verlängerte Weiterbildungszeit Grundlage für die besondere Qualifizierung von Allgemeinärzten für die spezifischen Anforderungen in der hausärztlichen Versorgung" ist (vgl. Begründung zum GKV-OrgWG, [BT-Drs. 16/10609, S. 53f.](#); zur Weiterbildungszeit von 60 Monaten vgl. Abschnitt B Ziff. 12.1 WBO der Ärztekammer Westfalen-Lippe). Die von der Antragstellerin benannten praktischen Ärzte (Fachgruppencode 02) sind in [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 4 SGB V](#) durch Bezugnahme auf [§ 95a Abs. 4 SGB V](#) und die dortige Legaldefinition des "praktischen Arztes" gesondert aufgeführt. Dasselbe gilt für die in [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 3 SGB V](#) genannten hausärztlich tätigen Internisten (Fachgruppencode 03). Die Gruppe der "praktischen Ärzte" sowie die Gruppe der Internisten ohne Schwerpunktbezeichnung sind nicht in das Quorum einzubeziehen. Praktische Ärzte erfüllen die Voraussetzungen nicht, weil sie keine Facharztausbildung in Allgemeinmedizin durchlaufen haben (vgl. [§ 3 Abs. 3 WBO](#)). Fachärzte für Innere Medizin haben wiederum keine allgemeinmedizinische Facharztausbildung, absolvieren insoweit vielmehr (nur) eine 36-monatige stationäre Basisweiterbildung im Gebiet Innere Medizin und Allgemeinmedizin (Abschnitt B Ziff. 12.2 WBO). Demzufolge werden von dem Begriff "Allgemeinarzt" im Sinne des [§ 73 b Abs. 4](#)

---

[Satz 1 SGB V](#) nicht alle an der hausärztlichen Versorgung teilnahmeberechtigten Ärzte erfasst, sondern nur "Allgemeinärzte". i.S.d. [§ 73 Abs.1a Nr. 1 SGB V](#) (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.09.2010 - [L 3 KA 68/10 B ER](#) -). Bei der Prüfung, ob eine Gemeinschaft das in [§ 73 Abs. 4 S. 1 SGB V](#) geforderte Quorum von 50 % erreicht, sind daher die anderen in [§ 73 Abs. 1a Nr. 2 bis 5 SGB V](#) genannten hausärztlichen Leistungserbringer nicht zu berücksichtigen.

(b) Soweit die Antragstellerin meint, dass es für das Quorum allein auf hausärztlich tätige Ärzte mit der Fachgebietsbezeichnung "Facharzt für Innere und Allgemeinmedizin" mit einer Weiterbildungszeit von fünf Jahren ankommt, folgt der Senat dem nicht. Zwar weist die Gesetzesbegründung aus, dass die Allgemeinärzte deswegen privilegiert werden sollen, weil sie eine auf fünf Jahre verlängerte Weiterbildungszeit absolvieren. Hieraus kann indessen nicht hergeleitet werden, dass Fachärzte für Allgemeinmedizin und Innere Medizin nur dann in das Quorum einbezogen werden, wenn jeweils eine fünfjährige Weiterbildungszeit i.S.v. Abschnitt B Ziff. 12.1 WBO nachgewiesen ist.

Maßgebend für die Auslegung einer Norm ist zunächst deren Wortlaut (vgl. BSG, Urteil vom 12.06.2003 - [B 9 V 2/02 R](#) -; Senat, Beschluss vom 17.06.2009 - [L 11 B 6/09 KA ER](#) -; LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 28.07.2004 - L 10 V 11/03 - m.w.N.). Erst wenn dieser auslegungsbedürftig und -fähig ist, kann auf teleologische, historische oder systematische Auslegungsmethoden zurückgegriffen werden. Im Übrigen gilt, dass die Motive und Vorstellungen der Mitglieder der gesetzgebender Körperschaften bei einer Gesetzesauslegung nur dann berücksichtigt werden, wenn sie im Gesetz einen ausreichenden Niederschlag gefunden haben (BFH, Urteil vom 23.09.2003 - [IV R 56/98](#) -).

Das bedeutet: Der Gesetzeswortlaut des [§ 74b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) ist insofern eindeutig, als hierin einschränkungslos auf "Allgemeinärzte" abgestellt und damit an den Begriff "Allgemeinärzte" in [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) angeknüpft wird. Der Wortlaut gibt keinerlei Hinweis darauf, dass der Begriff "Allgemeinarzt" restriktiv dahin zu interpretieren ist, dass hierzu nur solche Ärzte rechnen, die eine 60-monatige Weiterbildung i.S.v. Abschnitt B Ziff. 12.1 WBO nachweisen. Auf ggf. abweichende im Gesetzgebungsverfahren formulierte Vorstellungen kann bei dieser Sachlage nicht zurückgegriffen werden. Im Übrigen würde eine solche Interpretation dem Normzweck des [§ 73b SGB V](#) entgegenstehen. Soll nämlich eine rasche und flächendeckende hausarztzentrierte Versorgung sichergestellt werden, würde dieses gesetzgeberische Anliegen geradezu konterkariert, wenn nur Fachärzte für Innere und Allgemeinmedizin mit einer 60-monatigen Weiterbildungszeit geeignet wären, das für eine qualifizierte Gemeinschaft in [§ 73 Abs. 1a Satz 1 Nr. 1 SGB V](#) bestimmte Quorum zu erfüllen.

(c) Soweit die Antragstellerin vorträgt, dass unter dem Fachgruppencode 01 auch sogenannte "EU-Ärzte" geführt werden, trägt dies ihr Begehren nicht. Alle Mandatierungen zugunsten des Beigeladenen stammen von Fachärzten für Allgemeinmedizin. Mandatierungen, die ausschließlich von sog. "EU-Ärzten" stammen, hat das MAGS nicht festgestellt.

---

(d) Die Mandatierungen genügen im Übrigen den gesetzlichen Anforderungen an das "Vertreten" i.S.v. [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#). Weder aus dem Gesetz noch aus der aus der Gesetzesbegründung kann abgeleitet werden, dass jeweils eine Abschlussvollmacht vorliegen muss. Ausreichend ist eine Verhandlungsvollmacht.

(e) Soweit die Antragstellerin einen namentlichen Abgleich der von der KV Westfalen-Lippe vorgelegten Liste der Ärzte mit dem Fachgruppencode 01 und den vom Beigeladenen vorgelegten Mandatierungserklärungen fordert, ist dem nicht weiter nachzugehen. Dieser Abgleich ist bereits vorgenommen worden. Hierzu ist auf Seite 7 des aktenkundigen Bescheids des MAGS NRW vom 24.09.2009 zu verweisen. Darin heißt es:

"Um mögliche Zweifel an der Erfüllung der Quote zu beseitigen, hat das MAGS am 25. und 26.08.2009 eine Prüfung der Mandatierung verbunden mit einem Abgleich der Mandate mit der von der KVWL zur Verfügung gestellten Liste der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des KV-Bezirks Westfalen-Lippe vorgenommen. Dabei wurde festgestellt, dass 1.650 ordnungsgemäße Mandatierungen von Ärzten vorliegen, die auf der von der KVWL zur Verfügung gestellten Liste der Allgemeinärzte im Sinne des § 73b Abs. 4 Satz 1 enthalten sind. Dies entspricht einer Quote von 52,215%."

(f) Maßgebend für die Beurteilung der Sach- und Rechtslage ist der Zeitpunkt der letzten Verwaltungsentscheidung (Jung in Jansen, SGG, 3. Auflage, 2009, § 54 Rdn. 36). Mangels Widerspruchsverfahrens ist dies das Datum des angefochtenen Bestimmungsbescheids (09.12.2009). Nachträgliche Änderungen des Repräsentationsgrades der Gemeinschaft sind damit rechtlich irrelevant (so auch LSG Niedersachsen-Bremen, Beschluss vom 22.09.2010 - L 3 KA 68/01 B ER -).

bb) Die Antragsgegnerin hat das ihr eingeräumte Ermessen pflichtgemäß ausgeübt. Ausweislich des [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#)

Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.

ist der Aufsichtsbehörde kein Entschließungsermessen eingeräumt. Sie hat (nur) ein Auswahlermessen.

(a) Ist die Behörde ermächtigt, bei der Entscheidung nach ihrem Ermessen zu handeln, hat sie ihr Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten (vgl. [§ 39 Abs. 1](#) Erstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB I) betreffend Sozialleistungen). Das der Behörde eingeräumte Ermessen ist kein freies Ermessen. Sie hat ihre Entscheidung nach sachlichen Gesichtspunkten unter gerechter und billiger Abwägung der Belange der betroffenen Beteiligten und unter Beachtung von Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie der gesetzlichen Grenzen des Ermessens zu treffen (Klose in Jahn, SGB I, § 39 Rdn. 5 ff.).

---

(aa) Zu den an die Schiedsperson zu stellenden personalen Anforderungen ergibt sich aus dem Wortlaut des [§ 73b Abs. 4a Satz 2 SGB V](#) nichts. Welche Eignungsvoraussetzungen vorliegen müssen, lässt sich näherungsweise nur bestimmen, wenn die Aufgaben der Schiedsperson im Schiedsverfahren nach [§ 73b Abs. 4a SGB V](#) näher beleuchtet werden. Nach dieser Vorschrift obliegt es der Schiedsperson, die fehlende Einigung der Vertragsparteien zu ersetzen. In welchem Umfang die Schiedsperson zu entscheiden hat, hängt davon ab, in wie vielen und welchen Punkten eine Einigung zwischen den Vertragsparteien nicht herbeigeführt werden konnte (vgl. Gesetzesbegründung zum GKV-OrgWG, BT.-Drs. 16/10609, S. 68, Anlage 1). Die Schiedsperson legt ein besonderes Versorgungsangebot fest, das eine gesetzliche Krankenkasse ihren Versicherten anzubieten hat (vgl. [§ 73b Abs. 1 SGB V](#)). Demzufolge muss sie mit Bedeutung, Funktion und Struktur der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) vertraut sein (fachliche Qualität). Hinzu tritt die persönliche Eignung. So ergibt sich aus der Natur der Sache, dass die Schiedsperson in der Lage sein muss, das Verfahren neutral und ausgewogen zu führen, um divergierende Interessen auszugleichen.

Ausgehend hiervon vermag der Senat einen Fehlgebrauch hinsichtlich des Auswahlermessens nicht zu erkennen. Die Schiedsperson ist fachlich und persönlich geeignet. Auf die Ausführungen im Bestimmungsbescheid ist zu verweisen.

(bb) Über die solchermaßen definierten personalen Anforderungen hinaus ist im Rahmen der Ermessensbetätigung allerdings auch der mit der Einführung der hausarztzentrierten Versorgung verfolgte Zweck zu berücksichtigen. Nach der Gesetzesbegründung zum GKV-OrgWG dient das Schiedsverfahren der "raschen Sicherstellung" eines flächendeckenden Angebots der hausarztzentrierten Versorgung (vgl. [BT-Drs. 16/10609, S. 68](#), Anlage 1). Um dieses Ziel zu erreichen, wurde die Umsetzungsfrist bis zum 30.06.2009 festgelegt und qualifizierten Gemeinschaften die Möglichkeit eröffnet, ein Schiedsverfahren einzuleiten, wenn eine Einigung mit der Krankenkasse entgegen der Verpflichtung zum Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung nicht zustande kommt ([§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#)). Dem Ziel der "raschen Sicherstellung" dient ferner, dass der Gesetzgeber die aufschiebende Wirkung von Klagen gegen die Bestimmung einer Schiedsperson beseitigt hat ([§ 73b Abs. 4a Satz 4 SGB V](#)). Angesichts dieser Zielsetzung ist es nicht zu beanstanden, dass die Antragsgegnerin für die Bezirke der Kassenärztlichen Vereinigungen jeweils einheitlich nur wenige Schiedspersonen bestimmt hat. In der Pressemitteilung vom 01.07.2009 heißt es hierzu:

Schiedsverfahren bei hausarztzentrierter Versorgung Die den Krankenkassen vom Gesetzgeber gesetzte Frist zum Abschluss von Verträgen zur hausarztzentrierten Versorgung nach [§ 73 b SGB V](#) ist gestern abgelaufen. Von Ausnahmen abgesehen sind keine entsprechenden Vereinbarungen zustande gekommen. Da auch keine Einigung über die Schiedspersonen der für diesen Fall vorgesehenen Schiedsverfahren erzielt werden konnte, liegt es nun bei den Aufsichtsbehörden, diese zu bestimmen. Dazu erklärte der Präsident des Bundesversicherungsamtes, K I: "Um die hausarztzentrierte Versorgung jetzt möglichst bald auf den Weg zu bringen, halte ich es für unerlässlich, die Schiedsverfahren zu bündeln, indem nur wenige Schiedspersonen eingesetzt werden." Für die bundesunmittelbaren

---

Krankenkassen sind vorgesehen in: Bayern und Baden-Württemberg Herr Dr. L F Nordrhein-Westfalen Herr H X, MdB Schleswig-Holstein, Berlin, Brandenburg, Sachsen, Herr Dr. B O Sachsen-Anhalt, Thüringen, Mecklenburg-Vorpommern Saarland, Rheinland-Pfalz, Hessen, Niedersachsen, Herr X O Hamburg und Bremen Ein großer Teil der Länder hat bereits erklärt, sich diesem Verfahren auch für ihre Kassen anzuschließen. Mit den anderen läuft das Abstimmungsverfahren noch.

Das gesetzgeberische Ziel der raschen Sicherstellung eines flächendeckenden Angebots wäre in Frage gestellt, wenn für jedes einzelne Schiedsverfahren nach [§ 73b Abs. 4a SGB V](#) eine jeweils andere Schiedsperson eingesetzt werden müsste. Angesichts einer hohen Zahl bundesweit anhängiger oder beantragter Schiedsverfahren dürfte es schon an einer ausreichenden Zahl fachlich qualifizierter potentieller Schiedspersonen fehlen, um für jedes Schiedsverfahren eine eigene Schiedsperson zu bestimmen (so das unstreitige Vorbringen der Antragsgegnerin). Ferner erscheint es aus organisatorischen Gründen zumindest als zweckmäßig, eine Schiedsperson für das einer KV-Region entsprechende Gebiet zu bestimmen, da insoweit vielfach vergleichbare Strukturen vorliegen. Zudem gewährleistet dieses Procedere auch für die Krankenkassen ein gewisses Maß an Rechtssicherheit, da dieselbe Schiedsperson wegen ihrer Kenntnis der anderen Verträge mehr Kontinuität bei der Festlegung der Vertragsinhalte sicherstellen kann.

(cc) Auch dem weitergehenden Vortrag der Antragstellerin, die bereits im Vorfeld erfolgte Festlegung der Antragsgegnerin auf bestimmte Schiedspersonen zeige, dass eine Ermessensausübung im Einzelfall nicht stattgefunden habe, vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar hat sich die Antragsgegnerin – wie aufgezeigt – frühzeitig für bestimmte Schiedspersonen entschieden; das ist indessen unschädlich, da dies geschah, um den Auftrag des Gesetzgebers zu erfüllen, die hausarztzentrierte Versorgung möglichst zügig einzuführen.

(dd) Soweit die Antragsgegnerin darauf verweist, wegen der beschränkten Anzahl an qualifizierten und verfügbaren Schiedspersonen habe dem Antrag der Antragstellerin, für sie einheitlich eine Schiedsperson zu bestellen, nicht entsprochen werden könne, wird dies von sachlichen Gründen getragen. Wäre die Antragsgegnerin dem Antrag gefolgt, hätte sie aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch den anderen Krankenkassen jeweils eine Schiedsperson zuweisen müssen; dies wäre aufgrund der Vielzahl von Krankenkassen und der im Verhältnis hierzu geringen Menge an potentiellen Schiedspersonen schwerlich umsetzbar gewesen. Die Entscheidung, für den Beigeladenen letztlich einheitlich eine Schiedsperson zu bestimmen, war gerechtfertigt, um dem Willen des Gesetzgebers, der auf eine rasche flächendeckende Umsetzung der hausarztzentrierten Versorgung gerichtet ist, hinreichend Rechnung zu tragen. Diese Entscheidung erweist sich auch als zweckmäßig, da innerhalb einer KV-Region ähnliche Strukturen und Verhältnisse herrschen.

(ee) Die Auffassung der Antragstellerin, die Antragsgegnerin hätte sich bei der Bestimmung der Schiedsperson damit auseinander setzen müssen, dass sie – die Antragstellerin – eine bundesweit tätige Krankenkasse ist, führt wegen der

---

gesetzlichen Ausgestaltung der hausarztzentrierten Versorgung in [§ 73b SGB V](#) nicht weiter. Nach [§ 73b Abs. 4 Satz 1 SGB V](#) sind die HzV-Verträge jeweils für den Bezirk der verschiedenen Kassenärztlichen Vereinigungen zu schließen. Schon deswegen erscheint es als zweckmäßig, die Schiedsverfahren nach den KV-Bezirken bei jeweils wenigen Schiedspersonen zu bündeln. Die in den Bezirken mehrerer Kassenärztlicher Vereinigungen oder sogar bundesweit tätigen Krankenkassen sind nach [§ 73b SGB V](#) ohnehin verpflichtet, jeweils einzelne Verträge mit qualifizierten Gemeinschaften in den jeweiligen KV-Bezirken zu schließen. Ein bundesweit einheitlicher Vertragsschluss ist nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht vorgesehen. Damit soll zum einen regionalen Unterschieden in der Bevölkerungsstruktur, aber auch in der Struktur der hausärztlichen Versorgung Rechnung getragen werden. Zugleich können die Besonderheiten der jeweiligen Kasse berücksichtigt werden. Der gesetzlich vorgesehene regionale Vertragsschluss setzt sich auch verfahrensmäßig in den Schiedsverfahren fort. Ob sich die jeweiligen Parteien eines HzV-Vertrages auf einen Vertragsinhalt einigen können, ist von Region zu Region unterschiedlich. Ob überhaupt Schiedsverfahren eingeleitet werden müssen und wann dies geschieht, kann sich daher nach den einzelnen KV-Bezirken unterscheiden. Auch eine Einigung auf eine Schiedsperson kann je nach KV-Bezirk zwischen den jeweiligen Parteien unterschiedlich erfolgen. Eine bundesweit einheitliche Bestimmung einer Schiedsperson für einzelne Krankenkassen erscheint daher insoweit als wenig zweckmäßig. Letztlich fordert die Antragstellerin, die von der Antragsgegnerin vorgesehene Konzentration anhand des räumlichen Geltungsbereichs der zu schließenden HzV-Verträge aufzuheben und stattdessen die Schiedsverfahren bundesweit nach Maßgabe der beteiligten Krankenkassen zu bündeln. Das liefe letztendlich darauf hinaus, die sachgerechte Entscheidung der Antragsgegnerin zugunsten einer Bündelung anhand des räumlichen Geltungsbereichs der zu schließenden HzV-Verträge durch eine diametral gegenläufige und der gesetzlichen Wertung des [§ 73b Abs. 4 SGB V](#) widersprechende Entscheidung zu ersetzen. Hierzu besteht aus den dargelegten Gründen keine Notwendigkeit.

(ff) Im Übrigen wird nach [§ 73b Abs. 4a S. 2 SGB V](#) die Schiedsperson von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde erst dann bestimmt, wenn sich die Parteien nicht auf eine solche einigen. Die Chance auf diese grundsätzlich mögliche Einigung auf eine ihr genehme Schiedsperson, möglicherweise auch für mehrere oder sämtliche KV-Bezirke, hat die Antragstellerin verstreichen lassen. Der Beigeladene hat ihr mit Schreiben vom 22.06.2009 als unabhängige Schiedsperson Prof. Dr. L vorgeschlagen. Die Antragstellerin hat weder hierauf reagiert noch hat sie dem Beigeladenen einen eigenen Vorschlag unterbreitet.

(gg) Soweit die Antragstellerin meint, die Bestimmung einer Schiedsperson für eine Mehrzahl von Schiedsverfahren führe faktisch dazu, dass kollektivrechtliche Verträge geschaffen werden, trifft das nicht zu. Das Schiedsverfahren wird ausweislich [§ 73b Abs. 4 S. 2 und Abs. 4a SGB V](#) zwischen den Vertragsparteien geführt. Das sind die jeweilige Krankenkasse und die Gemeinschaft der Allgemeinärzte im Gebiet einer Kassenärztlichen Vereinigung. Zwischen diesen Parteien wird mittels des Schiedsverfahrens eine vertragliche Regelung hinsichtlich der strittigen Punkte herbeigeführt. Die Verträge wirken allein inter partes.

---

Infolgedessen wird eine selektivvertragliche Regelung geschaffen. Überdies bleibt es den Vertragsparteien unbenommen, ihre jeweiligen Vorstellungen zum Vertragsinhalt in das Schiedsverfahren einzubringen. Sofern eine Schiedsperson mehrere Verfahren durchführt, ändert sich hieran nichts. Sollten die verschiedenen Verträge Ähnlichkeiten aufweisen, ergibt sich dies schlicht daraus, dass Gegenstand des Schiedsverfahrens ein von sämtlichen Krankenkassen anzubietendes umgrenztes Versorgungsangebot für Versicherte der GKV ist und die regionalen Strukturen ggf. nicht grundlegend voneinander abweichen. Zudem sind durch [§ 73b Abs. 2 SGB V](#) inhaltliche Anforderungen an die hausarztzentrierte Versorgung vorgegeben, die naturgemäß zu einer Vertragsähnlichkeit führen, ohne dass deswegen Kollektivverträge vorliegen. Hieran würde auch die Benennung unterschiedlicher Schiedspersonen im Gebiet einer Kassenärztlichen Vereinigung nichts ändern. Zudem unterliegt es der Dispositionsfreiheit der Parteien, welche Punkte sie streitig stellen und inwieweit die Schiedsperson sodann entscheiden muss.

cc) Das Vergaberecht findet nur auf öffentliche Aufträge Anwendung ([§ 97](#) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)). Die Voraussetzung liegt nicht vor. Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge von öffentlichen Auftraggebern mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben ([§ 99 Abs. 1](#) GWB). Eine Ausschreibepflicht kommt schon deshalb nicht in Frage, weil die Bestimmung einer Schiedsperson durch die Antragsgegnerin keinen öffentlichen Auftrag darstellt. Die Antragsgegnerin hat keine vertraglichen Beziehungen zu der von ihr bestimmten Schiedsperson. Sie bestimmt nach [§ 73b Abs. 4a Satz 2 SGB V](#) lediglich dann eine Schiedsperson, wenn die Parteien sich nicht selbst auf eine Schiedsperson einigen können. Die Antragsgegnerin hat damit nur subsidiäre und ersetzende Befugnisse. Zudem wird die Schiedsperson nur im Verhältnis der Parteien des HzV-Vertrages zueinander tätig. Sie legt bei fortdauerndem Dissens fest, was zwischen diesen Parteien Vertragsinhalt werden soll. Die Antragsgegnerin ist am Schiedsverfahren nicht beteiligt. Die Bestimmung der Schiedsperson stellt somit für die Antragsgegnerin keinen Beschaffungsvorgang zur Deckung eines eigenen Bedarfs dar ([§ 99 Abs. 1](#) GWB), sondern ist lediglich eine "Hilfsmaßnahme" im Rahmen eines für die Antragsgegnerin fremden Schiedsverfahrens, um die dafür erforderliche aber fehlgeschlagene Einigung auf eine Schiedsperson zu ersetzen. Hierin erschöpfen sich Tätigkeit und Interesse der Antragsgegnerin. Diese zahlt der von ihr bestimmten Schiedsperson auch keinerlei Vergütung. Die Kosten des Schiedsverfahrens werden gem. [§ 73b Abs. 4a Satz 3 SGB V](#) allein von den Parteien des Schiedsverfahrens getragen. Demzufolge fehlt es auch an dem Merkmal der Entgeltlichkeit i.S.v. [§ 99 Abs. 1](#) GWB. Im Übrigen stünde [§ 100 Abs. 2 Ziff. i\) GWB](#) der Anwendung des Vergaberechts entgegen. Das Vergaberecht gilt hiernach nicht für Aufträge über Schiedsgerichts- und Schlichtungsleistungen. Nach Erwägungsgrund 26 zu Art. 16 Ziff. c) der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie, die mit [§ 100 Abs. 2 Ziff. i\) GWB](#) in deutsches Recht transformiert wurde, werden Schiedsgerichts- und Schlichtungsdienste üblicherweise von Organisationen oder Personen übernommen, deren Bestellung oder Auswahl in einer Art und Weise erfolgt, die sich nicht nach Vergabevorschriften für öffentliche Aufträge richten kann. Bei der Auswahl spielen überwiegend vertrauensgeprägte Aspekte eine Rolle.

---

Solche können mit vergaberechtlichen Wertungskriterien nicht (vollständig) abgedeckt werden. Dieser Rechtsgedanke ist auch bei der Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde nach [§ 73b Abs. 4a S. 2 SGB V](#) einschlägig. Losgelöst hiervon sind auch die Schwellenwerte nach [§ 2](#) der Vergabeverordnung i.V.m. [§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB](#) unterschritten, so dass auch aus diesem Grund keine Ausschreibepflicht besteht. Es ist nicht erkennbar, dass die Kosten der Schiedsperson den Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge von obersten und oberen Bundesbehörden in Höhe von 137.000,00 EUR nach [§ 2 Nr. 2](#) der Vergabeverordnung bzw. in Höhe von 125.000,00 EUR nach der EG-Vergabekoordinierungsrichtlinie erreichen.

dd) Die Ausführungen zu II. 1. b) aa) bis cc) belegen, dass die Klage in der Hauptsache keine Aussicht auf Erfolg hat. Einer Abwägung des Vollziehungs- und Aussetzungsinteresses bedarf es daher nicht.

## 2. Antrag zu 2)

Der hilfsweise gestellte Antrag zu 2) ist unzulässig. Dies folgt aus dem fehlenden Rechtsschutzinteresse (a)) und daraus, dass die Antragsgegnerin insoweit nicht richtiger Antragsgegner ist (b)).

a) Der Antragstellerin fehlt das Rechtsschutzinteresse für die mit dem Antrag zu 2) begehrte Sicherungsanordnung ([§ § 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#)). Ihr geht es um vorbeugenden Rechtsschutz, da die Vertragsinhalte von der Schiedsperson erst in der Zukunft festgesetzt werden. Sie hat indes kein besonderes Interesse dargetan, das einen vorbeugenden Rechtsschutz rechtfertigen könnte. Das SGG kennt nur nachträglichen Rechtsschutz. Geht es – wie hier – um vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutz, müssen besonders strenge Anforderungen beachtet werden, die aus dem Gebot der Gewaltenteilung ([Art. 20 Abs. 2 Satz 2](#) Grundgesetz (GG)) resultieren. Grundsätzlich muss der Erlass eines belastenden Verwaltungsakts abgewartet werden, um anschließend den Rechtsschutz in der Hauptsache (Widerspruch, Klage) und ggf. einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Mehr ist auch aus dem Verfassungsgebot effektiven Rechtsschutzes aus [Art. 19 Abs. 4 GG](#) nicht herzuleiten. Nur dann, wenn das Abwarten der Verwaltungsentscheidung und die Inanspruchnahme des nachgängigen (einstweiligen) Rechtsschutzes mit unzumutbaren Nachteilen verbunden wäre, gebietet [Art. 19 Abs. 4 GG](#), vorbeugenden einstweiligen Rechtsschutz zu gewähren (Düring in Jansen, a.a.O.). Dies ist etwa dann denkbar, wenn mit der Entscheidung der Schiedsperson bereits ein nicht wieder gutzumachender Schaden entstünde. In allen anderen Fällen muss die Entscheidung der Schiedsperson abgewartet werden. Hierzu ist nichts ersichtlich und nicht dargetan. Im Übrigen ist das Verfahren nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) nachrangig gegenüber jenem nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#). Maßgeblich ist insoweit, ob in der Hauptsache ein Anfechtungswiderspruch bzw. eine Anfechtungsklage statthaft ist und diese Rechtsbehelfe gem. [§ 86 a Abs. 2 SGG](#) keine aufschiebende Wirkung haben. In allen anderen Fällen ist der Anordnungsantrag nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) die statthafte Antragsart. Es kann hier dahinstehen, ob die Entscheidung der Schiedsperson einen Verwaltungsakt darstellt oder nicht. In keinem Fall sind die Voraussetzungen für eine Sicherungsanordnung nach [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#)

---

gegeben. Stellt die Entscheidung der Schiedsperson einen Verwaltungsakt dar, wäre [§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#) gegenüber dem Verfahren nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) und vorrangig und die Antragstellerin auf dieses Verfahren zu verweisen.

b) Schließlich ist die Antragsgegnerin für den Antrag zu 2) nicht die richtige Antragsgegnerin. Sie ist nicht materiell verpflichtet, mithin nicht passiv legitimiert. Die Schiedsperson legt die Vertragsinhalte fest. Soweit sie durch Verwaltungsakt entscheidet, müsste eine Klage oder ein entsprechender Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz in einem neuen Verfahren gegen die Schiedsperson gerichtet werden. Setzt die Schiedsperson den Vertragsinhalt hingegen entsprechend [§ 317](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) fest, müsste eine der Vertragsparteien gegenüber der anderen ein gerichtliches Verfahren anstrengen. Die Aufsichtsbehörde ist in keinem dieser potentiellen Rechtsstreitigkeiten passiv legitimiert.

III.

Die Entscheidung über den Streitwert folgt aus [§§ 53 Abs. 3 Nr. 4, 52 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz (GKG). Bietet der Sach- und Streitstand für die Bestimmung des Streitwerts hingegen keine genügenden Anhaltspunkte, ist ein Streitwert von 5.000,00 EUR (Auffangstreitwert) anzunehmen. Hiervon ist auszugehen, da das wirtschaftliche Interesse der Antragstellerin nicht beziffert werden kann und genügend tatsächliche Anhaltspunkte für eine Schätzung fehlen. Ein Abschlag unter dem Gesichtspunkt der Vorläufigkeit des Verfahrens von 50 % ist nicht gerechtfertigt. Ein Streitwert von 2.500,00 EUR würde der Bedeutung der Angelegenheit nicht hinreichend Rechnung tragen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Die Kosten des Beigeladenen sind nach [§ 161 Abs. 3 VwGO](#) erstattungsfähig, da er Anträge gestellt und das Verfahren wesentlich gefördert hat.

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

Erstellt am: 27.10.2010

Zuletzt verändert am: 27.10.2010