# Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung

**Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung**

**Prof. Dr. Dagmar Felix**

**Universität Hamburg**

**(Gutachten, erstellt im Auftrag des Bundesministeriums für Gesundheit)**

# Gliederung


Seite

**Zusammenfassung/„executive summary“** VIII

**0. Zielsetzung des Gutachtens** 1

**A. Einleitung** 2

I. Zur Relevanz des Themas: Normsetzung durch Verträge und Beschlüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 2
II. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung im Konfliktfall 6
III. Im Besonderen: Dreiseitige Verträge und Beschlüsse 7
IV. Konflikt und Konfliktlösung 10
V. Zum geplanten Vorgehen 11
1. Der verfassungsrechtliche Hintergrund 11
2. Die Bestandsaufnahme 12
3. Eine erste Problemanalyse 13
4. Dreiseitige Verträge und Beschlüsse 13
5. Die unterschiedlichen Konfliktebenen 14
6. Zur Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich 14
7. Die Weiterentwicklung der Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich 14
8. Zur besseren Strukturierung der Konfliktlösung im SGB V 15

**B. Die gemeinsame Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung als verfassungsrechtliche Herausforderung** 16

I. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation im Kontext der funktionalen Selbstverwaltung 16
II. Im Besonderen: Kooperationsmodelle im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und die demokratische Legitimation von Staatsgewalt 18
III. Zur Relevanz für das vorliegende Gutachten 23

**C. Die Bestandsaufnahme: Konfliktlösung bei Verträgen und Beschlüssen der gemeinsamen Selbstverwaltung** 25

I. Allgemeines 25
II. Das Schiedswesen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 25
1. Allgemeines 25
2. Das Schiedsamt als „Urform“ der Schiedseinrichtungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 27
a. Entstehungsgeschichte 27
b. Die Schiedsämter als zentrale Schiedseinrichtung für den vertragsärztlichen Bereich 28
c. Die für das Schiedsverfahren maßgeblichen Normen 29
d. Aufgabenbereich der Schiedsämter 30

e. Zusammensetzung 37
(1) Allgemeines 37
(2) Das erweiterte Bundesschiedsamt 38
f. Die Rechtsstellung der Mitglieder 39
g. Mitwirkung nur bei Betroffenheit 39
h. Das Verfahren vor dem Schiedsamt 40
(1) Verfahrensbeginn 40
(2) Vorgaben für das Verfahren 40
(3) Im Besonderen: Zeitliche Vorgaben 41
i. Rechtliche Bindungen und Gestaltungsspielraum 41
j. Schiedsspruch 42
k. Rechtsschutz 42
3. Schiedsstellen in der gesetzlichen Krankenversicherung 43
a. Allgemeines 43
b. Im SGB V normierte Schiedsstellen 44
(1) § 75 Abs. 3c SGB V 44
(2) § 111b SGB V 47
(3) § 114 SGB V 50
(a) Bestimmung des Prüfers gemäß § 113 SGB V 50
(b) Festsetzung des Vertragsinhalts gemäß §§ 112 und 115 SGB V 50
(c) Zuständigkeit im Rahmen von Modellvorhaben, der Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen und der Erprobung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden 52
(d) Rechtliche Vorgaben für die Tätigkeit der Schiedsstelle 54
(4) Die Schiedsstelle nach § 129 SGB V 57
(a) Zuständigkeiten 57
(b) Rechtliche Vorgaben für die Tätigkeit der Schiedsstelle 60
(5) Die Schiedsstelle nach § 130b SGB V 61
(6) Die Schiedsstelle nach § 132a SGB V 66
(7) Die Schiedsstelle nach § 134a SGB V 68
c. Schiedsstellen im Krankenhausfinanzierungsrecht 69
(1) Allgemeines 69
(2) Die Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG 70
(a) Besetzung und Verfahren 70
(b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Landesschiedsstellen 71
(c) Verfahrensfragen 77
(3) Die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG 81
(a) Zusammensetzung der Schiedsstelle 81
(b) Zuständigkeit der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG 82
(c) Verfahren und Rechtsschutz 89
d. Im Besonderen: Die Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses 90
4. Schlichtungseinrichtungen im SGB V und im Krankenhausfinanzierungsrecht 92
a. Allgemeines 92
b. Die Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V 92
(1) Allgemeines 92
(2) Spezielle Konfliktlösungsinstrumente 93
(aa) Die gemeinsame Kommission aus Sachverständigen gemäß § 291a Abs. 7e SGB V 93
(bb) Die Schlichtungsstelle gemäß § 291c SGB V 94
c. Der Schlichtungsausschuss und die Schlichtungsperson nach § 17c KHG 98
(1) Der Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 3 KHG 98
(2) Die Schlichtungsperson nach § 17c Abs. 4 KHG 101
(aa) Entstehungsgeschichte 101
(bb) Bestellung und Aufgabe 102
5. Die Schiedsperson im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 103
a. Einführung 103
b. Die maßgeblichen Fallkonstellationen 103
(1) § 39a Abs. 1 SGB V 104
(2) § 65c Abs. 6 SGB V 104
(3) § 73b Abs. 4a SGB V 105
(4) § 110 Abs. 1 SGB V 106
(5) § 125 Abs. 1 SGB V 107

(6) § 125 Abs. 2 SGB V 107
(7) § 127 Abs. 1a und Abs. 6 SGB V 108
(8) § 132 Abs. 1 SGB V 109
(9) § 132a Abs. 4 SGB V 109
(10) § 132b Abs. 2 SGB V 110
(11) § 132d SGB V 110
(12) § 132e SGB V 110
(13) § 132g Abs. 3 SGB V 111
(14) § 211 Abs. 4 SGB V 111
6. Fazit 111
III. Dreiseitige Beschlüsse der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung 112
1. Allgemeines 112
2. Beschränkung des Untersuchungsgegenstandes 114
a. Ausschüsse der Selbstverwaltungsorgane 114
b. Beratende Ausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 115
c. Der Koordinationsausschuss nach § 140f Abs. 8 SGB V 115
3. Ausschüsse mit Beschlusskompetenz im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 116
a. Der Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V 116
(a) Allgemeines 116
(b) Vereinbarung durch die Bewertungsausschüsse 117
(c) Der erweiterte Bewertungsausschuss 119
(d) Der ergänzte Bewertungsausschuss; § 87 Abs. 5a SGB V 120
(e) Gestaltungsspielraum und Rechtsschutz 121
b. Die Landesausschüsse nach § 90 SGB V 121
(a) Bildung und Zusammensetzung 121
(b) Aufgaben der Landesausschüsse 123
(c) Verfahren 125
(d) Aufsicht und präventive Kontrolle 125
(e) Rechtsschutz 126
c. Das gemeinsame Landesgremium nach § 90a SGB V 126
d. Der Gemeinsame Bundesausschuss 128
(a) Allgemeines 128
(b) Das Beschlussgremium 128
(c) Verfahrensfragen; Aufsicht 129
(d) Übertragung von Stimmrechten nach § 91 Abs. 2a SGB V 130
e. Der Innovationsausschuss; § 92b SGB V 132
f. Zulassungs- und Berufungsausschüsse 133
(a) Der Zulassungsausschuss nach § 96 SGB V 134
(b) Der Berufungsausschuss nach § 97 SGB V 135
g. Prüfungsstelle und Beschwerdeausschuss bei Wirtschaftlichkeitsprüfungen gemäß § 106c SGB V 136
(a) Die Prüfungsstelle 137
(b) Der Beschwerdeausschuss 138
4. Fazit 139

**D. Eine erste Analyse** 140

I. Allgemeines 140
II. Zur Regelungstechnik des Gesetzgebers 141
1. Vertragsprinzip versus Gremienentscheidung 141
2. Mischformen der gemeinsamen Selbstverwaltung 144
3. Vertragsersetzung durch Ausschüsse der gemeinsamen Selbstverwaltung 144
III. Zur Typologie der Schiedseinrichtungen und der sonstigen Ausschüsse 144
IV. Die bestehende Regelungsvielfalt als Herausforderung für den Rechtsanwender 146
V. Vertragsgestaltungen ohne Zuordnung zu einer Schiedseinrichtung 149
1. Allgemeines 149
2. Beispiele 149

3. Verträge zwischen den Kostenträgern, mit Landesbehörden/besonderen Stellen 150
4. Optionale Verträge 152
5. Insbesondere: Rahmenvereinbarungen und -empfehlungen 154
6. Sonstige Konfliktlösungsstrategien 155
7. Fazit 156
VI. Im Besonderen: Die Tätigkeit der Schiedspersonen 157
1. Allgemeines 157
2. Gesetzliche Implementierung des Konfliktlösungsinstruments 158
3. Zur Einigung der Verhandlungspartner über die Schiedsperson 159
4. Zur Qualifikation der Schiedsperson 159
5. Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde 160
6. Einleitung des Schiedsverfahrens 161
7. Ablauf des Schiedsverfahrens 161
8. Kosten des Schiedsamtsverfahrens 162
9. Zur Wirkung des Schiedsspruchs 162
10. Rechtsschutz im Schiedsamtsverfahren 163
a. Zum Rechtsschutz gegen die Bestimmung der Schiedsperson 163
b. Rechtsschutz gegen die inhaltliche Entscheidung der Schiedsperson 164
11. Zur Kritik am Einsatz von Schiedspersonen 166
VII. Fazit 169

**E. Zur Dreiseitigkeit von Verträgen und Beschlüssen** 170

I. Zum Begriff der Dreiseitigkeit von Verträgen und Beschlüssen 170
1. Das Schiedswesen und seine klare Zuordnung zu den unterschiedlichen Leistungsbereichen 170
2. Gesetzliche und private Krankenversicherung 172
3. Konflikte innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung 174
4. Zu anderen Formen der Beteiligung 175
5. Getrennte Vertragsabschlüsse 177
6. Verträge mit „Zusammenschlüssen von Leistungserbringern“ 177
7. Die unparteiischen Mitglieder 178
8. Zwischenergebnis 178
II. Dreiseitige Verträge im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 178
1. Rahmenvertrag nach § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V 178
2. Rahmenvertrag nach § 40 Abs. 2 SGB V 179
3. Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung; § 64a SGB V 179
4. Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN; § 64c SGB V 179
5. Die Meldevergütung gemäß § 65c Abs. 6 SGB V 179
6. Vereinbarungen zur Förderung der Weiterbildung; § 75a Abs. 4 SGB V 180
7. Dreiseitige Verträge und Rahmenempfehlungen; § 115 SGB V 180
8. Ambulantes Operieren im Krankenhaus; § 115b SGB V 180
9. Ambulante spezialfachärztliche Versorgung; § 116b SGB V 181
10. Hochschulambulanzen; § 117 SGB V 181
11. Psychiatrische Institutsambulanzen; § 118 SGB V 181
12. Vergütung im Rahmen der Erprobung von Leistungen; § 137e SGB V 181
13. Keine dreiseitigen Verträge 182
a. Geriatrische Institutsambulanzen; § 118a SGB V 182
b. Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen; § 120 SGB V 183
c. Die gemeinsame Kommission nach § 291a Abs. 7e SGB V 183
d. Die Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V 183
e. § 130b Abs. 10 SGB V 184
III. Dreiseitige Beschlüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung 184
1. Allgemeines 184
2. Der ergänzte Bewertungsausschuss; § 87 Abs. 5a SGB V 185
3. Der erweiterte Landesausschuss; § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V 186
4. Das gemeinsame Landesgremium; § 90a SGB V 186
5. Der Gemeinsame Bundesausschuss; § 91 SGB V 186
6. Der Innovationsausschuss; § 92b SGB V 187

7. Zum Sonderfall der Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses 187
IV. Fazit 187

**F. Zur Problemanalyse – Konflikte und Konfliktlösungen** 189

I. Die Letztverantwortlichkeit des Staates 189
II. Zur Vielfalt denkbarer Konflikte und Konfliktlösungsstrategien 189
III. Zur grundsätzlichen Erforderlichkeit einer konfliktlösenden Instanz 190
1. Allgemeines 190
2. Die Entscheidungsersetzung beim Vertragsprinzip 191
a. Allgemeines 191
b. Bestehende Lücken im System 192
IV. Konflikte bei der Errichtung 194
1. Allgemeines 194
2. Zusammensetzung der Gremien 194
a. Allgemeines 194
b. Schiedswesen 195
c. Sonstige Ausschüsse 195
3. Weigerung der Benennung 196
4. Im Besonderen: Die unparteiischen Mitglieder 197
5. Stellvertreter 200
6. „Fremdbesetzung" von Entscheidungsgremien 201
V. Antragsverfahren 201
VI. Die Beschlussfassung 202
1. Zur erforderlichen Mehrheit 202
2. Die besondere Rolle des unparteiischen Vorsitzenden 203
3. Zu den zeitlichen Vorgaben für die Beschlussfassung 206
VII. Vorläufiger Rechtsschutz 207
1. Allgemeines 207
2. Schiedswesen 208
3. Vorläufiger Rechtsschutz im Kontext sonstiger Ausschüsse 210
VIII. Fortgeltung von Altverträgen; vorläufige Vereinbarungen 211
IX. Fazit 211

**G. Zur Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen** 212

I. Allgemeines 212
II. Zu den Konfliktlösungsstrategien bei dreiseitigen Verträgen 212
1. Die Konfliktlösung im Kontext von § 39 Abs. 1a SGB V 213
2. Die Konfliktlösung im Kontext von § 40 Abs. 2 SGB V 215
3. Die Konfliktlösung im Kontext von § 64a SGB V 215
4. Die Konfliktlösung im Kontext von § 64c SGB V 216
5. Die Konfliktlösung im Kontext von § 65c Abs. 6 SGB V 217
6. Die Konfliktlösung im Kontext dreiseitiger Verträge nach § 115 SGB V 218
7. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 115b SGB V 219
8. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 116b SGB V 220
9. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 117 SGB V 221
10. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen im Kontext von § 118 SGB V 222
11. Die Konfliktlösung im Rahmen von § 137e SGB V 222
III. Zu den Konfliktlösungsstrategien bei dreiseitigen Beschlüssen im Schiedswesen 223
1. Die Konfliktlösung durch die erweiterten Schiedsämter 223
a. § 39 SGB V 224
b. § 40 SGB V 226
c. § 64a SGB V 226
d. § 115b SGB V 226

e. § 116b SGB V 227
f. § 117 SGB V 228
g. § 118 SGB V 228
2. Die Konfliktlösung durch die erweiterte Landesschiedsstelle 228
a. § 64c SGB V 228
b. § 115 SGB V 230
c. § 137e SGB V 230
3. Die Konfliktlösung durch die Schiedsperson 230
IV. Zur Konfliktlösung außerhalb des Schiedswesens 231
1. Der ergänzte erweiterte Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 5a SGB V 231
2. Der erweiterte Landesausschuss nach § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V 233
3. Der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 SGB V 234
4. Der Innovationsausschuss nach § 92b SGB V 235
V. Fazit 236

**H. Zur Weiterentwicklung der Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen** 238

I. Allgemeines 238
1. Die fehlende umfassende Konfliktlösungsstrategie 238
2. Keine Reservefunktion des Aufsichtsrechts 239
II. Zur Konfliktlösungsstrategie für dreiseitige Verträge und Beschlüsse 241
1. Allgemeines 241
2. Zur Notwendigkeit eigenständiger Gremien zur Konfliktlösung 241
a. Zu den Schwächen des bestehenden Systems 241
(1) Die Zuordnung zu bestehenden Gremien als Problem 241
(2) Zum Begriffswirrwarr 242
(3) Die Regelungsvielfalt als Problem 244
(4) Die personelle Aufstockung von Gremien und die Frage der demokratischen Legitimation 246
(5) Mehrheitsentscheid ohne unparteiische Mitglieder 248
b. Die Lösung: Eine eigenständige Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen 249
(1) Allgemeines 249
(2) Die Schiedseinrichtung als Spiegel der Vertragsparteien 250
(3) Die Doppelung der Gremien als Lösung des Problems? 251
(4) Die dreiseitige Besetzung aller Gremien als Lösung des Problems? 252
(5) Die Übertragung der Konfliktlösung an eine Schiedsperson? 253
c. Die Suche nach einem „passenden Konfliktlösungsgremium" – der Gemeinsame Bundesausschuss als Lösung des Problems? 255
d. Fazit 257
III. Die Neukonzeption eigener Konfliktlösungseinrichtungen 257
1. Allgemeines 257
2. Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundes- und Landesebene 258
a. Zur Zuständigkeit des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Bundesebene 258
b. Zur Zuständigkeit des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Landesebene 259
c. Zur Konfliktlösung im Kontext von § 75a SGB V 259
3. Verbleibende Konfliktfälle 259
4. Zur Konfliktlösung im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium 260
a. Die Etablierung des Gremiums im Gesetz 260
b. Die Zusammensetzung des Gremiums 261
c. Konflikte bei der Errichtung 266
d. Der Verfahrensbeginn 267
e. Zur Beschlussfassung 267
f. Zu den zeitlichen Vorgaben der Entscheidung 268
g. Ersatzvornahme 268
h. Zur Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes 269
i. Sonstiges 269

j. Formulierungsvorschlag 269
k. Fazit 270

**I. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des neuen Entscheidungsgremiums** 272

**J. Zur besseren Strukturierung der Konfliktlösung im SGB V** 275

**K. Ausblick** 279

**Zusammenfassung („executive summary“)**

Dass Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist von der gemeinsamen Selbstverwaltung geprägt. Die Krankenkassen als rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung kooperieren mit den Leistungserbringern, die im Rahmen des Sachleistungsprinzips die tatsächliche Behandlung der Versicherten vornehmen. In praktischer Hinsicht besonders bedeutsam ist die Zusammenarbeit mit den Ärzten und den Krankenhäusern. Beide Gruppen von Leistungserbringern sind auf vielfältige Art und Weise in die Umsetzung des SGB V eingebunden. Sie agieren zusammen mit den Verbänden der Krankenkassen – ihrerseits jeweils vertreten durch ihre öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich ausgestalteten Vereinigungen bzw. Verbände – in zahlreichen Ausschüssen und schließen die im SGB V vorgesehenen Verträge etwa über Fragen der Ausgestaltung des Leistungsanspruchs oder der Vergütung der jeweiligen Leistungen.

Wenn mehrere Beteiligte über eine Angelegenheit gemeinsam zu entscheiden haben, sind Konflikte nicht auszuschließen. Da die meisten im SGB V vorgesehenen Entscheidungen der gemeinsamen Selbstverwaltung für die Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems zwingend erforderlich sind, bedarf es entsprechender Konfliktlösungsinstrumente. Im Kontext der Gremienarbeit sind es schlicht die Mehrheitsverhältnisse, die den Konflikt lösen. Für den Vertragsbereich hat der Gesetzgeber im Laufe der Jahre ein umfangreiches und vielfältiges System des Schiedswesens im Gesetz etabliert: Wenn sich die Parteien nicht einigen können, setzen Schiedsämter, Schiedsstellen oder Schiedspersonen den Vertragsinhalt fest.

Gerade im Vertragsbereich sind diese Konfliktlösungsinstrumente allerdings in der Regel auf bipolare Rechtsbeziehungen ausgerichtet. Die stets beteiligten Krankenkassen schließen einen Vertrag mit den Ärzten oder den Krankenhäusern oder anderen Leistungserbringern, und dementsprechend ausgestaltet sind dann auch die jeweiligen Schiedseinrichtungen: Sie sind wie das in § 89 SGB V normierte Schiedsamt entweder zuständig für den ärztlichen Bereich oder sie lösen Konflikte im Krankenhausbereich – wie etwa die in § 114 SGB V und § 18a KHG genannten Schiedsstellen. Daneben findet sich eine Vielzahl weiterer Schiedseinrichtungen, die für Konflikte mit Apotheken, Hebammen oder sonstigen Leistungserbringern zuständig sind.

Die bislang so klare Trennung der Versorgungsbereiche in den vertragsärztlichen Bereich einerseits und die Krankenhausbehandlung andererseits ist allerdings durch die jüngeren Reformen des Leistungs- und Leistungserbringungsrechts zunehmend aufgeweicht worden. Normen wie § 115b SGB V oder § 116b SGB V erfordern den Abschluss dreiseitiger Verträge – und damit auch dreiseitig besetzte Konfliktlösungsinstrumente. Die genannten Reformen haben aber auch Konsequenzen für die sonstige Gremientätigkeit: Eigentlich zweiseitig besetzte Gremien wie der Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V oder der Landesausschuss nach § 90 SGB V werden mit der Entscheidung über Fragen konfrontiert, die sowohl Ärzte als auch Krankenhäuser betreffen. Die Konfliktlösungsstrategie des Krankenversicherungsrechts war insofern in vielfältiger Weise anzupassen.

Der Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, Konflikte zwischen drei Beteiligten jeweils einem der bekannten Konfliktlöser zuzuweisen und lediglich dessen personelle Besetzung zu verändern. Das Schieds- amt nach § 89 SGB V, das seiner eigentlichen Zielsetzung entsprechend nur mit Ärzte- und Krankenkassenvertretern besetzt ist, wird um Vertreter der Krankenhäuser erweitert. Für die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V, die Konflikte im Krankenhausbereich lösen soll, gilt Entsprechendes: Sie wird um Vertreter der Ärzteschaft erweitert. Und beide Gremien sollen dann jeweils Konflikte im dreiseitigen Bereich lösen.

Das Modell ist aus prinzipiellen Gründen nicht überzeugend. Das „Aufstockungsmodell“ führt zu einer nicht zu rechtfertigenden Schlechterstellung der hinzukommenden Dritten. Sie haben keinen Einfluss auf die Auswahl der unparteiischen Mitglieder des Gremiums; das ist umso bedenklicher, als deren Stimmen im Konfliktfall häufig den Ausschlag geben. Auf der anderen Seite können in einigen Konstellationen Verträge zu Lasten Dritter abgeschlossen werden: Wenn sich hier zwei Vertragsparteien einig sind, können sie aufgrund der gesetzlich vorgegebenen Mehrheitsverhältnisse ihre Sichtweise sogar ohne Unterstützung der unparteiischen Mitglieder der Schiedseinrichtung durchsetzen. Dass dies ein Schiedsverfahren ad absurdum führt, dürfte offensichtlich sein.
Hinzu kommt, dass die Ausgestaltung im Detail zahlreiche ungeklärte Rechtsfragen aufwirft – so wird man beispielsweise nicht davon ausgehen können, dass die Zuweisung einer dreiseitigen Konfliktlösung an das „Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V“ zugleich die in § 89 Abs. 1 und 1a SGB V enthaltenen Konfliktlösungsstrategien zur Anwendung bringt.

Es bedarf also einer alternativen Konfliktlösungsstrategie für den dreiseitigen Bereich. Hier wären verschiedene Modelle denkbar, die von einer Doppelung aller betroffenen Gremien bis hin zur Übertragung der Aufgabe an den Gemeinsamen Bundesausschuss reichen. All das überzeugt aus prinzipiellen Gründen nicht. Vielmehr bedarf es eines eigenständigen Konfliktlösungsinstruments für dreiseitige Verträge und Beschlüsse. Ein solches Gremium, dessen Schaffung angesichts zu erwartender weiterer sektorenübergreifender Versorgungsmodelle gerechtfertigt ist, berücksichtigt die Interessen sowohl der Ärzte als auch der Krankenhäuser und dürfte dementsprechend auf die erforderliche Akzeptanz stoßen. Zudem kann hier eine spezielle sektorenübergreifende Kompetenz entstehen, die in Zukunft von immer größerer Bedeutung sein wird.

Vorgeschlagen wird die Etablierung eines „sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums“ im SGB V. Dieses würde – wie das Schiedsamt nach § 89 SGB V – entweder auf Landesebene oder auf Bundesebene tätig. Von den – auf Grundlage der umfassenden Bestandsaufnahme aller Konfliktlösungsinstrumente des SGB V und des Krankenhausfinanzierungsrechts – ermittelten dreiseitigen Konstellationen lassen sich faktisch alle sinnvoll einem solchen Gremium, das von Vertretern der Krankenkassen, der Ärzteschaft und der Krankenhäuser besetzt ist, zuordnen. Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium ist dabei Schiedsstelle und sonstiges Entscheidungsgremium zugleich: Sowohl das Schiedsamt als auch die Landesschiedsstelle werden von der „dreiseitigen Konfliktlösung“ befreit, aber auch der ergänzte Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 5a SGB V oder der erweiterte Landesausschuss nach Maßgabe von § 116b Abs. 3 SGB V werden entbehrlich.

Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium besteht aus 8 Mitgliedern. Dabei sind Ärzte, Krankenkassen und Krankenhäuser mit je zwei Mitgliedern vertreten; dazu kommen zwei unparteiische Mitglieder, von denen eines den Vorsitz im Gremium innehat. Das Gremium entscheidet mit einer 2/3 Mehrheit der Stimmen der Mitglieder, d. h. es werden 6 Ja-Stimmen benötigt. Eine Vertragspartei allein kann ihre Sichtweise nicht durchsetzen; aber auch wenn zwei Parteien sich einig sind, benötigen sie die Unterstützung beider unparteiischer Mitglieder. Verträge zu Lasten Dritter sind damit ausgeschlossen. In dieser Besetzung bestehen gegen die verfassungsrechtliche Legitimation des Gremiums keine Bedenken.

Die Ausgestaltung des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums im Gesetz sollte eine umfassende Konfliktlösung ermöglichen. Die Bestandsaufnahme hat insoweit zahllose Lücken offenbart, die es zu vermeiden gilt. Ausgehend von der Etablierung des Konfliktlösungsinstruments in der jeweiligen Norm über eine mögliche Blockadehaltung der Beteiligten bezogen auf die Antragstellung oder die personelle Besetzung bis hin zur Frage der Konsequenzen eingelegter Rechtsbehelfe – all das muss bedacht und geregelt werden. Der Staat trägt die Gewährleistungsverantwortung für die

Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung, und insoweit trägt er auch die Verantwortung für das Zustandekommen der von ihm selbst eingeforderten Verträge und Beschlüsse. Am Ende der Entscheidungskette muss daher stets die Möglichkeit einer Art von Ersatzvornahme stehen. Diese bedarf einer spezialgesetzlichen Regelung, weil Maßnahmen der allgemeinen Aufsicht im Kontext der Konfliktlösung nur bedingt einsetzbar sind.

Die Etablierung eines sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums erfordert eine entsprechende Umgestaltung des SGB V. Diese Gelegenheit sollte genutzt werden, die historisch gewachsene Heterogenität insbesondere im Bereich des Schiedswesens zu beenden. Die zahllosen Schiedseinrichtungen finden sich zumeist im Leistungserbringungsrecht, manchmal aber auch im Leistungsrecht. Die jeweiligen Normen sind ähnlich ausgestaltet, unterscheiden sich aber bezogen auf die jeweils eingesetzten Konfliktlösungsstrategien doch mitunter erheblich, ohne dass insoweit ein sachlicher Grund erkennbar wäre. Für den Rechtsanwender erweist sich der Umgang mit der Materie schon angesichts der zahllosen und nicht immer geglückten Verweise innerhalb des Gesetzes als mühsam. Angeregt wird daher die Schaffung eines eigenständigen Teils im SGB V, der mit „Schiedswesen" überschrieben ist. Hier wäre der Ort, um eine Gesamtkonzeption des Schiedswesens zu entwickeln. Neben Normen zu den einzelnen Schiedseinrichtungen könnten hier allgemeine Regelungen aufgenommen werden, die letztlich alle Schiedseinrichtungen betreffen. Man muss beispielsweise nicht immer wieder erwähnen, dass die Mitglieder des Gremiums ihr Amt als Ehrenamt ausüben und an Weisungen nicht gebunden sind. Ein solcher „Allgemeiner Teil" würde zudem die vielen Rechtsverordnungen entbehrlich machen, die die Handhabung des Schiedswesens zusätzlich erschweren. Und hier wäre auch der Ort, die Tätigkeit der Schiedspersonen zu regeln, die der Gesetzgeber gerade in den letzten Jahren zunehmend als Konfliktlöser einsetzt. Sie sind – entgegen der Ansicht des Bundessozialgerichts – keine Vertragshelfer entsprechend § 317 BGB. Das könnte der Gesetzgeber klarstellen; zugleich könnten die zur Recht von der Literatur eingeforderten Vorgaben zum Schiedsverfahren in dieser Konstellation normiert werden.

# 0. Zielsetzung des Gutachtens

Der Gutachtenauftrag zielt auf die „*Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung der Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung.*“

Im Ausschreibungstext des Bundesministeriums für Gesundheit vom 27.3.2017 wird zu Recht betont, dass Konfliktlösungsinstrumente nicht nur für das SGB V, sondern auch für das Krankenhauswesen große Bedeutung haben, weil die Selbstverwaltungspartner eine Vielzahl von gesetzlichen Aufgaben durch vertragliche Vereinbarungen bzw. in gemeinsam besetzten Ausschüssen umzusetzen haben. Was im bipolaren Bereich seit vielen Jahren zumeist gut gelingt, bereitet im „dreiseitigen Bereich“ allerdings Probleme. Hier wurden bestehende Schiedseinrichtungen und Gremien in Bezug genommen und lediglich in personeller Hinsicht modifiziert: Es kommt regelmäßig zu einer „Aufstockung“ des jeweiligen Entscheidungsgremiums um die „drittbetroffene“ Partei. Dieses Vorgehen wirft nicht nur zahlreiche rechtliche Fragen auf, sondern führt nach Einschätzung des Auftraggebers auch dazu, dass „*sach- und interessengerechte Lösungen*“ erschwert werden. Insbesondere steht die Sorge im Raum, dass „*Verträge zu Lasten Dritter*“ ergehen könnten – bereits das dürfte die Akzeptanz entsprechender Entscheidungen aus Sicht der „hinzukommenden“ dritten Partei erheblich erschweren.

Angesichts der wohl auch weiter zunehmenden Bedeutung sektorenübergreifender Versorgungsangebote soll das Gutachten „*die Gesamtthematik der Konfliktlösung*“ aufbereiten. Gewünscht ist eine Bestandsaufnahme der „*unterschiedlichen Konfliktlösungsinstrumente im SGB V und im Krankenhausrecht“,* auf deren Basis dann *„die aufgrund der fehlenden Polarität im dreiseitigen Bereich auftretenden Probleme analysiert und Vorschläge zur Weiterentwicklung der gesetzlichen Regelungen gemacht werden*“ können.

Ziel des Gutachtenauftrags ist die „*Schaffung von Entscheidungsgrundlagen für die Entwicklung einer einheitlichen Regelungssystematik, mit der eine sach- und interessengerechte Konfliktlösung bei dreiseitigen Vereinbarungen erreicht werden kann.*“ Diese Entscheidungsgrundlagen sollen die folgenden Ausführungen liefern.

# A. Einleitung

## I. Zur Relevanz des Themas: Normsetzung durch Verträge und Beschlüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

„*Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung*" – was auf den ersten Blick etwas sperrig klingen mag, erweist sich als für die Rechtspraxis überaus bedeutsames Thema. Wenn man eine konkrete Entscheidung von einer Mehrheit von Personen treffen lässt, die sich entsprechend einigen sollen, zugleich aber unterschiedliche Interessen verfolgen, sind Konflikte vorprogrammiert – und genau dies ist in weiten Bereichen des Krankenversicherungsrechts der Fall. Entsprechende Konflikte bedürfen einer Lösung – das gilt für das Vertragsrecht des SGB V ebenso wie für die Beschlusstätigkeit diverser Ausschüsse. Denn anders als im Privatrecht ist der Vertragsschluss nicht in das Belieben der Vertragspartner[1] gestellt; vielmehr handelt es sich zum weitaus überwiegenden Teil um obligatorische Verträge, die abgeschlossen werden müssen, um die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung nicht zu gefährden. Für die von diversen Gremien zu treffenden Beschlüsse gilt nichts anderes; auch sie sind ein wichtiger Baustein im System der gesetzlichen Krankenversicherung.

Der Gesetzgeber hat das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung im SGB V normiert und dabei zahlreiche Aspekte gleichsam bis in die kleinsten Details hinein geregelt. Das beginnt bei den allgemeinen Grundsätzen, denen teilweise ganz zentrale Bedeutung zukommt,[2] und reicht dann von Fragen des versicherten Personenkreises über das Leistungsrecht bis hin zu Fragen der Organisation und Finanzierung. Allerdings ist nicht alles abschließend geregelt – vielmehr finden sich im Gesetz an den unterschiedlichsten Stellen Aufgabenzuweisungen an die Krankenkassen als die nach § 21 Abs. 2 SGB I zuständigen Leistungsträger, die insbesondere auch die Verbände der Krankenkassen betreffen.[3] Neben den Landesverbänden, denen durch § 211 SGB V zahlreiche Aufgaben zugewiesen sind, ist häufig der in § 217a SGB V normierte Spitzenverband Bund der Krankenkassen als Zusammenschluss aller Krankenkassen gefordert. Dieser hat mittlerweile eine beeindruckende Vielzahl von Aufgaben, die vom Richtlinienerlass[4] über den Vertragsschluss[5] bis zur Abgabe von Rahmenempfehlungen[6] reichen.[7] Sowohl die Krankenkassen selbst als auch ihre Verbände sind als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert.[8]

---

1 Im Folgenden sind immer beide Geschlechter gemeint. Im SGB V hat der Gesetzgeber noch keine gendergerechte Sprache eingeführt.

2 Hier wäre etwa an § 12 SGB V zu denken.

3 Vgl. § 207 SGB V.

4 Vgl. etwa §§ 275 Abs. 2 Nr. 1, 282 Abs. 2 S. 3 oder 290 Abs. 2 SGB V. Angesichts der Bedeutung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses für das Krankenversicherungsrecht wäre hier im Übrigen ein anderer Begriff wünschenswert. Das gilt umso mehr, als auch andere Organisationseinheiten „*Richtlinien*" erlassen (vgl. etwa zum Verwaltungsrat des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung § 280 Abs. 1 Nr. 4 SGB V oder zu den Richtlinien der Kassenärztlichen Vereinigungen § 87b Abs. 4 S. 4 SGB V). In § 256a Abs. 4 SGB V ist nur von „*Regelungen*" des Spitzenverbandes Bund die Rede. § 267 Abs. 7 SGB V spricht von: „*bestimmt das Nähere*".

5 Vgl. nur §§ 267 Abs. 7 S. 2, 201 Abs. 6 oder 171d Abs. 6 SGB V.

6 So etwa § 127 Abs. 5b SGB V.

Nun sind allerdings nicht nur die Leistungsträger, sondern auch die Leistungserbringer auf vielfältige Art und Weise in die Umsetzung des SGB V eingebunden. Das gilt in besonderem Maße für die Ärzteschaft, die – über die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen[9] – die vertragsärztliche Versorgung sicherzustellen und den Kassen und ihren Verbänden gegenüber die Gewähr dafür zu übernehmen hat, dass die vertragsärztliche Versorgung den gesetzlichen und vertraglichen Erfordernissen entspricht. Die genannten Vereinigungen sind nach § 77 Abs. 5 SGB V ebenfalls Körperschaften des öffentlichen Rechts. Sie sind Vertragspartner praktisch bedeutsamer Verträge nach Maßgabe von § 82 SGB V, sind aber gemeinsam mit den Krankenkassen und den Krankenhäusern auch Trägerorganisationen des Gemeinsamen Bundesausschusses.[10] Es gibt zudem zahlreiche privatrechtlich organisierte Leistungserbringer, die der Gesetzgeber für die Erfüllung öffentlich-rechtlicher Aufgaben heranzieht. Maßgebliche Bedeutung haben insoweit insbesondere die als eingetragene Vereine organisierten Krankenhausgesellschaften[11] auf Landes- und Bundesebene, die der Gesetzgeber in § 108a SGB V jedenfalls gesondert erwähnt hat. Ihnen wurden etwa konkrete Aufgaben im Kontext der Förderung der Qualität der Versorgung im Krankenhaus zugewiesen.[12] Die Deutsche Krankenhausgesellschaft ist zudem ebenfalls Trägerorganisation des Gemeinsamen Bundesausschusses und agiert in zahlreichen Kontexten als Vertragspartner der Krankenkassen.[13] Auch andere Leistungserbringer wie Apotheken[14] oder Pflegedienste[15] sind – zumeist über ihre Verbände[16] – in das Vertragsgeschehen einbezogen. Selbst „Dritte" sind in die Umsetzung des SGB V involviert – zu denken wäre hier etwa an die pharmazeutischen Unternehmer, die gleich in mehreren Normen adressiert sind und Verträge mit den Krankenkassen schließen müssen.[17]

Krankenkassen und Leistungserbringer kooperieren im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung also insbesondere auf Verbandsebene auf vielfältige Art und Weise miteinander[18] – und sie schaffen dabei in vielen Fällen „Recht", das die Regelungen des formellen Gesetzes ergänzt. Außerhalb des Vertragswesens, durch das zahlreiche Normenverträge entstehen, die auch Dritte binden,[19] wird das sehr deutlich bei den Entscheidungen des Gemeinsamen

---

7 Nach § 291a SGB V nimmt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen zudem die Aufgaben der Deutschen Verbindungsstelle Krankenversicherung-Ausland wahr.

8 §§ 4 Abs. 1, 207 Abs. 1 S. 2 und 217a Abs. 2 SGB V. Zur Selbstverwaltung beim Spitzenverband Bund vgl. *Seewald*, SGb 2017, S. 361 ff.

9 Vgl. § 75 Abs. 1 SGB V.

10 § 91 Abs. 1 SGB V.

11 Vgl. hierzu auch *Quaas*, NZS 1995, S. 482 ff.

12 Vgl. § 135c SGB V.

13 Vgl. insoweit nur § 65c SGB V.

14 Der Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung ist in § 129 SGB V geregelt.

15 § 132a SGB V.

16 Grundlegend hierzu auch *Pollandt,* Die Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung unter Beteiligung von Berufsverbänden nichtärztlicher Leistungerbringer, 2003.

17 §§ 130a und b SGB V.

18 Kritisch zum Korporatismus im Gesundheitswesen *Kingreen*, NZS 2007, S. 113. Für *Wahrendorf* entspricht das Modell einschließlich der vorgerichtlichen Streitschlichtung dagegen dem kooperativen Sozialstaat (KrV 2016, S. 221 m.w.N.). Vgl. auch *Geis* in: Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, S. 65, 86, der „*nichts Schlimmes oder Beklagenswertes in einer verbandlichen Dominanz*" sieht. Zu den Besonderheiten der untergesetzlichen Normsetzung im Sozialrecht auch *Jantz/Klenk*, Der gut organisierte Staat 2015, S. 449, 454.

19 Vgl. etwa § 115 Abs. 2 S. 2 SGB V.

Bundesausschusses: Seine Beschlüsse binden nach § 91 Abs. 6 SGB V nicht nur die auch im Beschlussgremium nach § 91 Abs. 2 SGB V vertretenen Träger des Ausschusses – also die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und den Spitzenverband Bund der Krankenkassen –; vielmehr entfalten sie unmittelbare Rechtswirkung für deren Mitglieder, Mitgliedskassen sowie für die Versicherten und die Leistungsbringer.[20] Der Gesetzgeber umschreibt das mit der entsprechenden „Verbindlichkeit" der Beschlüsse. Diese sehr klar formulierte Regelung ist eine Reaktion des Gesetzgebers auf die jahrelang – auch unter den Gerichten – geführte Diskussion über die Rechtsnormqualität der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses.[21] Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, das bereits im Jahr 1996 eine Rechtsnormqualität bejaht hatte,[22] war teilweise heftiger Kritik ausgesetzt.[23] Obwohl auch vor der gesetzgeberischen Klarstellung von einer Bindungswirkung auszugehen war – schon damals war geregelt, dass die Richtlinien Bestandteil der Bundesmantelverträge sind[24] –, hat der Gesetzgeber nunmehr eine eindeutige Regelung getroffen, die den Streit über die Bindungswirkung tatsächlich auch beendet hat.[25] Ob diese Bindungswirkung mit verfassungsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist, wird allerdings nach wie vor – und gerade aktuell wieder – heftig diskutiert.[26]

Der Gemeinsame Bundesausschuss wird angesichts der Fülle seiner Kompetenzen mitunter als „*kleiner Gesetzgeber*"[27] bezeichnet. Es ist aber nicht nur dieser Ausschuss, der als Beschlussgremium wichtige Entscheidungen für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung trifft; vielmehr finden sich im SGB V zahlreiche Ausschüsse, die insoweit ebenfalls „Recht" setzen. Genannt sei hier nur der Bewertungsausschuss, der nach Maßgabe von § 87 SGB V unter anderem den praktisch bedeutsamen einheitlichen Bewertungsmaßstab für die ärztlichen und zahnärztlichen Leistungen beschließt.

Besondere Bedeutung hat im vorliegenden Kontext auch das Schiedswesen, das sich gleichsam auf der Schnittstelle zwischen Vertrag und Beschluss befindet. Bei den im SGB V etablierten Schiedseinrichtungen handelt es sich zumeist ebenfalls um Ausschüsse, die durch Beschluss den Inhalt des Vertrags festsetzen, der eigentlich zwischen den im Gesetz genannten Vertragspartnern hätte zustande kommen sollen. Scheitert der Vertragsschluss, agieren unterschiedlichste Schiedseinrichtungen als Konfliktlöser. Schiedsstellen erhöhen die „*Chancen für eine gleichgewichtige und transparente Kooperation von staatlichen Leistungsträgern und – zumeist*

---

20 Eine Ausnahme gilt insoweit nur für die Beschlüsse zu Entscheidungen nach § 136d SGB V.

21 Vgl. hierzu nur die zahlreichen „*ausgewählten Literaturhinweise*" bei *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92 Rn. 19. Ausführlich auch *Neumann*, NZS 2010, S. 593 ff. Keine verfassungsrechtlichen Bedenken hat *Hauck*, NZS 2010, S. 600 ff.

22 Die Entscheidung erging zu den so genannten „Methadon-Richtlinien" – vgl. hierzu BSG v. 20.3.1996 – 6 RKa 62/94.

23 Eine andere Ansicht hatte über lange Zeit hinweg insbesondere das LSG Niedersachsen vertreten – vgl. nur den Leitsatz der Entscheidung vom 23.2.2000 – L 4 KR 130/98, mit dem das Gericht ausdrücklich von der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 20.3.1996 abweicht: „*Die Richtlinien des Bundesausschusses der Ärzte und Krankenkassen sind weder Rechtsverordnungen, noch Satzungen, Normsetzungsverträge oder Rechtsquellen sui generis. Sie haben keine normative Wirkung für die Versicherten.*"

24 Vgl. heute hierzu § 92 Abs. 8 SGB V.

25 Vgl. nur *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 91 Rn. 64: „… *kann es nun keine Zweifel mehr an der Rechtsverbindlichkeit der Richtlinien des GBA geben.*"

26 Hierzu unter B.

27 *Oldiges*, Sozialer Fortschritt 1998, S. 69, 70.

*außerstaatlichen Leistungserbringern … und für eine stabile und leistungsfähige Infrastruktur.*“[28] Zentrale Bedeutung kommt dabei vor allem dem in § 89 SGB V geregelten Schiedsamt zu[29], das auf eine lange Tradition zurückblicken kann und im Streitfall den Inhalt von Verträgen zur vertragsärztlichen Versorgung festsetzt. Daneben gibt es mittlerweile zahllose Schiedsstellen im SGB V, die in unterschiedlichsten Kontexten vertragsersetzend tätig sind.[30] Diese Gremien sind mit Vertretern der Vertragspartner besetzt; dazu kommen unparteiische Mitglieder, die sicherstellen sollen, dass sich der Konflikt, der bei den Vertragsverhandlungen entstanden ist, nicht in der Schiedsstelle fortsetzt.

Was mit dem Schiedsamt Anfang des letzten Jahrhunderts begonnen hat, liegt auch aktuell „absolut im Trend.“[31] In keinem anderen Rechtsgebiet gibt es so viele Schiedseinrichtungen wie im Sozialrecht.[32] Der Gesetzgeber hat in den letzten Jahren und Jahrzehnten stets neue Einrichtungen für das Schiedswesen in den verschiedensten Bereichen des Sozialrechts etabliert.[33] Man ist offenbar vom Erfolg des Modells überzeugt und setzt weiterhin auf die Funktionsfähigkeit der gemeinsamen Selbstverwaltung im Sozialrecht. Allein im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat der Gesetzgeber in zahlreichen Normen Konfliktlösungsinstrumente etabliert, durch die im Fall gescheiterter Vertragsverhandlungen eine inhaltliche und – häufig nicht nur für die Vertragsparteien – verbindliche Entscheidung in der Sache herbeigeführt werden kann. Dabei folgt die Schaffung von Schiedseinrichtungen stets demselben Modell: In einem ersten Schritt werden Vertragsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern gesetzlich normiert[34] – und aus diesem Vertragsmodell folgt aus den bereits genannten Gründen gleichsam zwingend die Schaffung eines entsprechenden Schiedswesens. Am Beispiel der Schiedsstelle für die Versorgung mit Hebammenhilfe, die erst vor gut zehn Jahren etabliert wurde, lässt sich dies verdeutlichen: Die Vergütung der Hebammen[35] wurde lange Zeit auf der Grundlage einer gemäß § 134 SGB V a.F. erlassenen Rechtsverordnung des Bundesministeriums für Gesundheit geregelt. Die Spitzenverbände der Krankenkassen und die Berufsorganisationen der Hebammen waren vor der Vergütungsfestsetzung lediglich anzuhören.[36] Mit § 134a SGB V wurden die Rechtsbeziehungen zwischen Krankenkassen und Hebammen im Jahr 2006 vollkommen neu strukturiert:[37] Nunmehr sieht das Gesetz den Abschluss von Verträgen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Berufsverbänden der Hebammen und den Verbänden der von Hebammen geleiteten Einrichtungen auf Bundesebene vor. Diese Verträge befassen sich

---

28 So *Schütte/Gottlieb*, NDV 2006, S. 303.

29 Zum Schiedsamt im Kassenarztrecht vgl. etwa *Hofmann*, Das Schiedsamt im Kassenarztrecht nach dem Sozialgesetzbuch Teil V, 1991.

30 Hierzu ausführlich unter C. II. 3.

31 *Schnapp*, GesR 2014, S. 193, spricht von einer „*stürmischen Entwicklung*“. Zu den Schiedsverfahren in der gesetzlichen Krankenversicherung auch *Schimmelpfeng-Schütte*, NZS 1997, S. 503 ff. Zu Kollektivverträgen und der insoweit bestehenden Konfliktlösung auch *Flüchter*, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB V, 2000.

32 So schon *Schnapp*, NZS 2007, S. 561.

33 Vgl. die jüngst geschaffene Schlichtungsstelle in § 16 BBG (hierzu *Lutz/Werner*, NDV 2017, S. 249 ff.).

34 Dabei geschieht das, wie bereits angesprochen, häufig auf kollektiv-vertraglicher Ebene (vgl. hierzu nur § 82 SGB V).

35 Als Hebammen gelten auch Entbindungspfleger (§ 134a Abs. 6 SGB V).

36 § 134 Abs. 2 SGB V a.F.

37 Hierzu *Kötter*, BKK 2007, S. 402 ff.

nicht nur mit den abrechnungsfähigen Leistungen und Fragen der Qualitätssicherung – sie sollen vor allem auch die „*Höhe der Vergütung*" regeln.[38] Dass gerade in diesem Punkt erhebliche Interessengegensätze bestehen, hat die jüngste Vergangenheit mehr als deutlich gezeigt;[39] immer wieder musste die in § 134a Abs. 4 SGB V normierte Schiedsstelle tätig werden.

Bei der Etablierung immer neuer Konfliktlösungsinstrumente folgt der Gesetzgeber allerdings bezogen auf die Detailfragen keinem einheitlichen System. Im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung findet sich mittlerweile eine bunte Vielfalt an unterschiedlichen Einrichtungen. Neben den typischen Kollegialorganen agieren mitunter auch Einzelpersonen als Konfliktlöser.[40] Wann der Gesetzgeber welches Modell einsetzt, erschließt sich jedenfalls nicht auf Anhieb. Aber auch innerhalb des „Schiedsstellenmodells" unterscheiden sich die konkreten gesetzlichen Vorgaben ganz erheblich – das beginnt bei der Entscheidung über die unparteiischen Vorsitzenden[41] und endet bei der Rechtsqualität der von den Schiedsstellen getroffenen Entscheidungen.[42] Es überrascht daher nicht, dass in der Literatur kritisch angemerkt wird, dass die stetige Ausweitung des Schiedswesen nicht immer „*ohne Brüche und Ungereimtheiten*" gelungen ist.[43] Diese Feststellung ist umso bedenklicher, als es in Schiedsverfahren nicht mehr allein um Fragen der Vergütung geht, sondern zunehmend auch Aspekte von Art und Qualität der Versorgung relevant werden, die für die Versicherten von maßgeblicher Bedeutung sind.

## II. Die staatliche Gewährleistungsverantwortung im Konfliktfall

Dass die gemeinsame Wahrnehmung der durch den Gesetzgeber übertragenen Kompetenzen – die bezogen auf die privatrechtlich organisierten Leistungserbringer im Übrigen zugleich eine Indienstnahme Privater darstellt[44] – durch Leistungsträger und Leistungserbringer in der Praxis nicht immer konfliktfrei von statten geht, dürfte nicht wirklich überraschen. Ihnen wird – sei es beim Vertragsabschluss oder bei einer mehrheitlich zu treffenden Gremienentscheidung – ein einvernehmlicher Interessenausgleich abverlangt, der naturgemäß nicht immer gelingen kann.

Im Konfliktfall ist daher gleichsam wieder der Staat gefragt. Für ihn bedeutet die Übertragung entsprechender Kompetenzen zunächst eine Entlastung;[45] er muss nicht jedes Detail im formellen Gesetz oder in einer Rechtsverordnung regeln. Zugleich erhöht gerade die Eröffnung einer vertraglichen Gestaltungsmöglichkeit durch die häufig auch sachnäheren

---

38 Zu den Details siehe § 134 Abs. 1 S. 1 SGB V.

39 Dabei ging es vor allem um die hohen Haftpflichtprämien, die letztlich zur Schaffung von § 134a Abs. 5 SGB V geführt haben (hierzu *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 134a Rn. 20).

40 Hierzu C. II. 5.

41 Manchmal entscheidet hier das Los, manchmal aber auch die zuständige Aufsichtsbehörde.

42 Häufig haben Schiedsentscheidungen eine Doppelnatur (vgl. zum Wesen des Schiedsspruchs nach § 89 SGB V als Verwaltungsakt einerseits und Akt der Normsetzung andererseits *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 42); bei manchen Entscheidungen dagegen handelt es sich um nicht anfechtbare, interne Mitwirkungsakte (so zur Schiedsstelle nach § 18a KHG BVerwG v. 30.5.2013 – 3 C 16/12, Rn. 27 m.w.N.).

43 Grundlegend hierzu *Schütte*, NDV 2005, S. 246.

44 Hierzu *Felix*, DVBl. 2004, S. 1070 ff.

45 So auch *Kingreen*, NZS 2007, S. 113, 114.

Vertragspartner jedenfalls grundsätzlich die Akzeptanz der daraus resultierenden Rechtslage.[46] Und von den im Streitfall zur Entscheidung berufenen Schiedsstellen erwartet sich der Gesetzgeber einen „*zeitnahen und flexiblen Ausgleich der betroffenen Interessen.*“[47] Auch wenn der Staat sich durch die Normierung vorwiegend verbandlicher Aushandlungsmodelle und der bloßen Etablierung des Schiedswesens insoweit aus der Erfüllungsverantwortung zurückzieht, verbleibt ihm aber jedenfalls die Gewährleistungsverantwortung: Da es bei den im SGB V vorgesehenen Verträgen und Beschlüssen der gemeinsamen Selbstverwaltung zumeist um Fragen geht, die für die Funktionsfähigkeit des gesetzlichen Krankenversicherungssystems von zentraler Bedeutung sind, muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass die konkrete Entscheidung in jedem Fall getroffen wird. Kommt etwa die gesetzlich vorgesehene Vereinbarung über die Vergütung der Hebammenleistungen nicht zustande, ist dieser Versorgungsbereich in seiner Durchführung massiv gefährdet – insoweit muss die Schiedsstelle agieren. Und: Mit der bloßen Etablierung der Schiedseinrichtung selbst durch den Gesetzgeber ist es nicht getan; das formelle Gesetz muss vielmehr sicherstellen, dass diese ihre Arbeit auch tatsächlich ausführen kann. Hier sind Konflikte auf vielen Ebenen denkbar, und alle diese Konflikte muss der Gesetzgeber bedenken. Eine Schiedsstelle ist damit stets selbst ein Konfliktlösungsinstrument; wenn ihre Arbeit erfolgreich sein soll, bedarf es aber weiterer Konfliktlösungsinstrumente: So muss beispielsweise geklärt werden, was passiert, wenn die Vertragsparteien sich bezüglich der unparteiischen Mitglieder nicht einigen können.

## III. Im Besonderen: Dreiseitige Verträge und Beschlüsse

Im vorliegenden Gutachten liegt der Fokus auf den dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen. Es geht dabei um Verträge, die von mehr als zwei Vertragspartnern abgeschlossen werden bzw. um Beschlüsse, die von einem Gremium getroffen werden, dass mindestens von drei Gruppen besetzt ist. Ohne dass bereits hier genau geklärt werden könnte, welche Gruppen hier relevant sind und was damit wirklich als dreiseitig anzusehen ist,[48] dürfte offenkundig sein, dass beispielsweise der Gemeinsame Bundesausschuss ein dreiseitig besetztes Gremium ist. Dem Beschlussgremium gehören Vertreter der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen an.

Dreiseitige Verträge haben im SGB V eine lange Tradition: Mit § 115 SGB V, der schon in der Gesetzesüberschrift von „*Dreiseitigen Verträgen und Rahmenempfehlungen zwischen Krankenkassen, Krankenhäusern und Vertragsärzten*“ spricht, hat der Gesetzgeber die schon in § 372 Abs. 5 und 7 RVO enthaltenen Regelungen lediglich weiterentwickelt und an aktuelle Reformen des SGB V angepasst.[49]

---

46 Ganz allgemein zur Bedeutung öffentlich-rechtlicher Verträge als Handlungsform *Engelmann* in: von Wulffen/Schütze, SGB X, § 53 Rn. 2 ff.

47 So der Gesetzgeber im Kontext der Schiedsstelle nach § 111b SGB V (BT-Drs. 17/5178, S. 21).

48 Hierzu ausführlich unter E. I.

49 Vgl. etwa § 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 6 SGB V, mit dem der Gesetzgeber auf den später eingefügten § 39 Abs. 1a SGB V reagiert hat.

Und dennoch hat sich die Relevanz der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse – und damit auch die der entsprechenden Konfliktlösungsinstrumente – gerade in den letzten Jahren erheblich erhöht.[50] Das ist unter anderem eine Konsequenz der zunehmenden Auflösung der Sektorengrenzen im SGB V. Während es jenseits von § 115 SGB V eine klare Trennung zwischen ambulanter und stationärer – oder genauer: zwischen vertragsärztlicher Behandlung und einer Versorgung im Krankenhaus[51] – gab,[52] zeigt bereits der aktuelle Gesetzeswortlaut des § 39 SGB V die Schwierigkeiten einer entsprechenden Grenzziehung. § 39 Abs. 1 S. 1 SGB V bestimmt: „*Die Krankenhausbehandlung wird vollstationär, stationsäquivalent, teilstationär, vor- und nachstationär sowie ambulant erbracht.*" In der seit dem 1.1.2017 geltenden Fassung wird keine der genannten unterschiedlichen Formen der Krankenhausbehandlung in § 39 SGB V selbst erläutert. Eines aber ist klar: Auch ein Krankenhaus kann Versicherte ambulant versorgen,[53] obwohl das doch eigentlich die originäre Aufgabe der Vertragsärzte ist. In der bis Ende 2016 geltenden Fassung wurde insoweit noch ausdrücklich auf § 115b SGB V verwiesen – Stichwort: Ambulantes Operieren im Krankenhaus. Diese Bezugnahme ist weggefallen, so dass man sich angesichts der zahlreichen Fallgestaltungen ambulanter Behandlung im Krankenhaus in der Tat fragen muss, welche dieser Behandlungsformen als Krankenhausbehandlung im Sinne des § 39 SGBV gelten können.[54] Neben § 115b SGB V sind hier weitere Normen in den Blick zu nehmen: Relevant ist etwa § 116b SGB V, der die ambulante spezialfachärztliche Versorgung regelt[55] und mit dem der Gesetzgeber „*schrittweise einen sektorenübergreifenden Versorgungsbereich*" schaffen wollte, in dem „ … *Krankenhausärzte sowie niedergelassene … Fachärzte unter gleichen Qualifikationsvoraussetzungen und einheitlichen Bedingungen die Versorgung von … Patienten mit besonderen Krankheitsverläufen oder seltenen Erkrankungen sowie … auch hochspezialisierte Leistungen erbringen können.*"[56] Aber auch Normen wie §§ 117, 118 oder 118a SGB V regeln Formen ambulanter Versorgung durch die Krankenhäuser.[57]

Entsprechende Vorschriften machen naturgemäß eine Abgrenzung zum vertragsärztlichen Bereich und besondere Regelungen etwa zur Vergütung erforderlich.[58] Diese hat der Gesetzgeber nur im Ansatz vorgenommen und ansonsten – dem korporatistischen Vertragsmodell folgend – Verträgen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung überlassen. Diese drei Organisationen sollen etwa nach § 117 Abs. 1 S. 3 SGB V „*vereinbaren*", wel-

---

50 Zur Einbeziehung von Krankenhäusern schon *Wenner* in: Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat, S. 69 ff. Vgl. auch *Seitz*, Die Erbringung ambulanter Leistungen durch Krankenhäuser, 2011 sowie *Makoski*, GuP 2013, S. 201 zur Entwicklungsgeschichte der sektorenübergreifenden Versorgung.

51 Die Trennung in „ambulant" und „stationär" war letztlich schon immer ungenau (hierzu *Felix*, MedR 2017, S. 517 ff.).

52 Ausführlich zur Historie der sektoralen Trennung und den „*Verzahnungsbemühungen der letzten Jahre*" *Quaas*, Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus, 2011.

53 Hierzu auch Quaas, Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus. Vgl. schon *Degener-Hencke*, VSSR 2006, S. 93 ff.

54 Diese Frage hat auch Konsequenzen für das Regelungsregime, das für die Bewertung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden maßgeblich ist (hierzu *Felix*, MedR 2017, S. 517 ff.).

55 Zur Entstehungsgeschichte *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 1 ff.

56 BT-Drs. 17/6906, S. 44.

57 Hierzu *Felix*, MedR 2017, S. 517 ff. Zum „*Kampf an den Sektorengrenzen*" auch *Penner*, ZMGR 2012, S. 16-32.

58 Zu den Schnittmengen zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern *Ratzel/Szabados*, GesR 2012, S. 210 ff.

che Gruppen von Patienten dieser speziellen Versorgung durch Hochschulambulanzen bedürfen und welche nicht.[59]

Aber auch in anderen Bereichen macht es Sinn, mehrere Leistungserbringer in die Vertragsverhandlungen einzubeziehen. So wirken am Rahmenvertrag über die Leistungen zur medizinischen Rehabilitation nicht nur der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung, sondern auch die für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene mit.

Kommen dreiseitige Verträge nicht zustande, ist wie bei bipolaren Rechtsverhältnissen eine Konfliktlösungsstrategie erforderlich. Es bedarf einer Schiedseinrichtung – und diese muss die Interessen der Vertragsparteien widerspiegeln und dementsprechend schon deshalb dreiseitig besetzt sein.[60] Die Festsetzung des Vertragsinhalts stellt dabei gerade bei dreiseitigen Verträgen eine Herausforderung dar. In der klassischen Konstellation eines Schiedsverfahrens stehen sich die Betroffenen bipolar gegenüber. Bleiben wir beim Beispiel der Schiedsstelle nach § 134a Abs. 4 SGB V: Die Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen einerseits und der Hebammen andererseits sind – auch wenn beide eine qualitätsgesicherte Versorgung mit Hebammenhilfe sicherstellen wollen – gleichsam „natürliche Gegner" vor allem mit Blick auf die abrechnungsfähigen Leistungen und die Frage der Vergütung. Kommt es nicht zu einer vertraglichen Einigung, setzt die Schiedsstelle den Vertragsinhalt fest. Dabei sind es – das ist aus der Entscheidungspraxis bekannt – letztlich die unparteiischen Mitglieder von Schiedseinrichtungen, die einen sachgerechten Kompromiss zu finden haben, der die Interessen beider Parteien berücksichtigt. Dass das nicht immer gelingt und vielleicht auch nicht gelingen kann, zeigen die zahlreichen Rechtsstreitigkeiten im Anschluss an entsprechende Schiedsverfahren.[61]

Komplizierter gestaltet sich die Rechtslage bei dreiseitigen Vereinbarungen. Auch hier lassen sich als Beteiligte mit unterschiedlichen Interessen zwar die Kostenträger auf der einen und die Leistungserbringer auf der anderen Seite ausmachen, indes: Auf Seiten der Leistungserbringer agiert nunmehr keine in sich homogene Gruppe, im Gegenteil: Ärzte und Krankenhäuser stehen als Leistungserbringer nicht selten in unmittelbarer Konkurrenz. Während es bislang lediglich – das war der gleichsam klassische Fokus von § 115 SGB V – um die „*nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten*"[62] ging, führt die in jüngerer Zeit durch den Gesetzgeber vorgenommene Aufweichung der ehemals starren Grenze zwischen der vertragsärztlichen Versorgung einerseits und der Krankenhausbehandlung andererseits zu einer ganz neuen Konkurrenzsituation zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern. Diese spezifische Tripolarität dürfte eine Einigung erheblich erschweren – und auch die Schiedsstelle hat sich bei dreiseitigen Beziehungen mit den völlig unterschiedlichen Grundprinzipien von ambulanter und stationärer Leistungserbringung und der jeweiligen Vergütung ausei-

---

59 Zu den Details unten unter C. II. 2. d.

60 Das gilt naturgemäß nicht, wenn eine Schiedsperson agiert.

61 Zur Überlastung des Schiedsmodells grundlegend *Jantz/Klenk* in: Der gut organisierte Staat 2015, S. 449, 464 f. Vgl. auch die Ausführungen des Sachverständigenrats zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen im Jahr 2005: Die Verhandlungsprozesse verlaufen danach zunehmend „*konfliktreicher, mühsamer und ergebnisärmer*" (Punkt 13 unter 2. – das Gutachten ist zu finden unter www.svr-gesundheit.de).

62 So § 115 Abs. 1 SGB V.

nanderzusetzen. Auch deshalb ist eine besondere Besetzung entsprechender Schiedsstellen gefordert; alle Vertragsparteien müssen in der Schiedsstelle vertreten sein. Eine sachgerechte und den Interessen aller gerecht werdende Entscheidung des Schiedsgremiums setzt im Übrigen bei dreiseitigen Verträgen voraus, dass keine der Parteien von den beiden anderen überstimmt werden kann, ohne dass jedenfalls auch ein oder mehrere unparteiische Mitglieder des Gremiums diese Entscheidung mittragen.[63] Andernfalls bedürfte es letztlich keines Schiedsverfahrens.

Der Gesetzgeber hat in zahlreichen Fallgestaltungen entsprechende Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen – ob er den spezifischen Erfordernissen einer dreiseitigen Konfliktlösung immer gerecht geworden ist, wird zu prüfen sein.

## IV. Konflikt und Konfliktlösung

Von einem Konflikt kann immer dann gesprochen werden, wenn die handelnden natürlichen oder juristischen Personen sich nicht vollumfänglich einig sind.

Bezogen auf den Vertragsbereich des SGB V bedeutet das, dass der Vertrag, den das Gesetz vorsieht, ganz oder teilweise nicht zustande kommt, weil jedenfalls nicht in allen Punkten Einigkeit zwischen den Vertragsparteien erzielt werden konnte. Genau diese Formulierung findet sich in zahlreichen Normen, die ein Konfliktlösungsinstrument etablieren – vgl. insoweit nur den ganz typisch formulierten § 115 Abs. 3 SGB V, der bezogen auf die dreiseitigen Verträge und Rahmenempfehlungen zwischen Krankenkassen, Krankenhäusern und Vertragsärzten bestimmt: „*Kommt ein Vertrag nach Absatz 1 ganz oder teilweise nicht zustande, wird sein Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch die Landesschiedsstelle nach § 114 festgesetzt*." Bei den im SGB V vorgesehenen Verträgen handelt es sich nach überwiegender Auffassung um öffentlich-rechtliche Verträge nach Maßgabe der §§ 53 ff. SGB X;[64] in Konsequenz dessen sind gemäß § 61 S. 2 SGB X die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechend anwendbar. Nichts anderes bestimmt § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V. Ein Vertrag setzt nach den zivilrechtlichen Vorgaben übereinstimmende Willenserklärungen voraus – fehlt es daran, kommt es nicht zum Vertragsschluss.

Auch bei der Beschlussfassung durch einen Ausschuss entsteht ein Konflikt, wenn kein übereinstimmender Beschluss aller Mitglieder zustande kommt. Bezogen auf den in § 87 SGB V adressierten Bewertungsausschuss spricht § 87 Abs. 4 SGB V hier sogar ausdrücklich von einem „*übereinstimmenden Beschluss aller Mitglieder.*"[65]

Die Konfliktlösung ist in beiden Bereichen unterschiedlich ausgestaltet, auch wenn es letztlich um sich überschneidende Kreise geht, weil es häufig Ausschüsse sind, die bei fehlender vertraglicher Einigung agieren. Kommt ein Vertrag nicht zustande, erfolgt die Konfliktlösung in der Regel durch eine Schiedseinrichtung, die anstelle der Vertragsparteien den Vertragsinhalt festsetzt. In Ausschüssen wird der Konflikt zumeist durch das Mehrheitsprinzip

---

63 Ausführlich hierzu unter H. II. 2. a. (5).

64 Vgl. nur zum Bundesmantelvertrag *Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 82 Rn. 30 m.w.N.

65 Zur Sonderstellung des Bewertungsausschuss allerdings unter C. III. 3. a.

gelöst[66] – der erforderliche Beschluss ist gefasst, wenn die nach dem Gesetz jeweils erforderliche Mehrheit der Stimmen erreicht wird.

Konflikte können aber auch gleichsam im Kontext der Konfliktlösung selbst entstehen, wenn das maßgebliche Gremium seine Arbeit nicht aufnehmen kann, etwa weil die Mitglieder eines Ausschusses nicht benannt oder erforderliche Anträge nicht gestellt werden oder aber Personen die Arbeit des Gremiums durch bloßes Fernbleiben boykottieren. Insoweit sind schon im Vorfeld entsprechender Beschlüsse Konflikte denkbar – und für alle diese Konflikte muss das Gesetz eine Lösung bereithalten.

## V. Zum geplanten Vorgehen

### 1. Der verfassungsrechtliche Hintergrund

Das Gutachten zielt auf die „*Bestandsaufnahme, Problemanalyse und Weiterentwicklung der Konfliktlösungsinstrumente bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung.*“ Es geht also primär um die Konfliktlösungsstrategien auf einfachgesetzlicher Ebene – sie sollen erfasst und bewertet werden, wobei der Fokus gerade im Hinblick auf die Frage der Weiterentwicklung des Konzepts auf den beschriebenen dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen liegen wird.

Gleichsam als Hintergrundfolie für die späteren Ausführungen soll allerdings zunächst das Thema der demokratischen Legitimation der entsprechenden Rechtssetzung durch Verträge und Beschlüsse kritisch in den Blick genommen werden. Was vor allem bezogen auf die Richtlinienkompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses seit langem diskutiert wird, ist nämlich auch auf der Vertragsebene von Bedeutung: Wenn eine vertragliche Vereinbarung Bindungswirkung für Dritte hat – und das ist im SGB V durchaus vorgesehen – stellt sich auch hier die Frage, ob der Gesetzgeber entsprechende Kompetenzen tatsächlich auf die Selbstverwaltungspartner delegieren darf oder ob er hiermit das grundgesetzliche Demokratieprinzip verletzt. Vertragspartner und auch die zur Ersetzung des Vertrags berufenen jeweiligen Schiedseinrichtungen üben „*Staatsgewalt*“ aus – und diese geht nach Art. 20 Abs. 2 S. 1 GG bekanntermaßen „*vom Volke aus.*“ Jede Abweichung von diesem Prinzip bedarf einer besonderen Rechtfertigung – entscheidend ist, ob insgesamt ein ausreichendes Legitimationsniveau erreicht wird.[67] Diese Frage, die gerade aktuell wieder mit Blick auf den Gemeinsamen Bundesausschuss hinterfragt wird, lässt sich nicht einfach beantworten, eben weil es letztlich auf das Legitimationsniveau ankommt, das man durchaus unterschiedlich zu bewerten vermag. Im vorliegenden Gutachten soll insoweit nur ein kurzer Problemabriss erfolgen – es sollte jedenfalls nicht aus dem Blick geraten, dass auch das hier näher zu betrachtende Handeln der Selbstverwaltungspartner vergleichbare Fragen aufwerfen kann. Die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation wird abschließend noch einmal erörtert werden – dieses Mal mit Blick auf das neu zu schaffende Konfliktlösungsmodell.

---

66 Vgl. zu § 91 SGB V *Roters* in: Kasseler Kommentar, § 91 SGB V Rn. 25 f. : Beschlussfassung mit einfacher Mehrheit als „*Konfliktlösung*“.

67 Hierzu unter B. I. und II.

## 2. Die Bestandsaufnahme

Voraussetzung für eine Problemanalyse und jeglichen Vorschlag zur Weiterentwicklung des Konzepts ist eine umfassende Bestandsaufnahme der rechtlich relevanten Regelungen im vorliegenden Kontext.

Um einen vollständigen Überblick über die Materie zu gewinnen, wird in einem ersten Schritt das gesamte Schiedswesen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts in den Blick genommen. Dabei wird nicht nur das SGB V auf entsprechende Konfliktlösungsinstrumente hin untersucht; auch das praktisch bedeutsame Krankenhausfinanzierungsrecht soll berücksichtigt werden. Das Schiedswesen spiegelt seinerseits das Vertragswesen des Krankenversicherungsrechts wider. Durch die Analyse soll deutlich werden, in welchen Bereichen der Gesetzgeber Vereinbarungen zwischen den Selbstverwaltungspartnern vorgesehen hat und welche Konfliktlösungsinstrumente für den Fall des Scheiterns der jeweiligen Vereinbarung etabliert wurden. Es geht aber nicht nur um die Ermittlung der Schiedseinrichtungen selbst, sondern auch um Detailfragen der Besetzung der jeweiligen Gremien, ihrer Entscheidungsfindung oder Aspekte des Beurteilungsspielraums und des Rechtsschutzes. Die Bestandsaufnahme soll ein möglichst umfassendes Bild liefern, um die generellen Probleme und entsprechenden Verbesserungsbedarf deutlich machen zu können, der dann auch für den speziellen dreiseitigen Bereich nutzbar zu machen ist.

Die Bestandsaufnahme des Schiedswesens beginnt mit einem gleichsam klassischen Konfliktlöser im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung – dem Schiedsamt nach § 89 SGB V. Diese Schiedseinrichtung, die – wie zu zeigen sein wird – gerade auch bei dreiseitigen Verträgen eine maßgebliche Rolle spielt, wird ausführlich analysiert, ihre Aufgaben werden erläutert.

Es folgt eine ausführliche Auseinandersetzung mit den Schiedsstellen der gesetzlichen Krankenversicherung. Hier werden zunächst in schlicht chronologischer Reihenfolge alle Schiedsstellen des SGB V und des Krankenhausfinanzierungsrechts erfasst. Die dabei relevanten Fragen sind vielfältiger Natur: Welche Verträge gilt es zu ersetzen, wie ist die Schiedsstelle besetzt, und wie wird die Entscheidung getroffen? Gibt es zeitliche Vorgaben? Was passiert, wenn die Schiedsstelle ihrerseits nicht entscheidet? Bereits im Rahmen der Analyse ist der Blick im Übrigen stets auch auf die Frage der Anzahl der Vertragspartner zu richten: Geht es im konkreten Fall um zwei- oder mehrseitige Verträge? Auch Besonderheiten – wie etwa die Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses, der Schlichtungsausschuss und die Schlichtungsperson nach § 17c KHG oder die Schlichtungsstelle nach § 291a Abs. 7e SGB V – werden nicht ausgespart.

Die Betrachtung des Schiedswesen endet mit einer Bestandsaufnahme der so genannten Schiedspersonen. In zahlreichen Fällen agieren als Konfliktlöser einzelne Menschen, die gleichsam ad hoc berufen werden und einen einzelnen Streitfall entscheiden. Es wird zu klären sein, ob dieses Modell auch bei dreiseitigen Verträgen zum Einsatz kommt.

Die Tätigkeit der kollegial besetzten Schiedseinrichtungen, die vertragsersetzend tätig werden, bildet nur einen Ausschnitt aus der Beschlusstätigkeit der gemeinsamen Selbstverwaltung ab. In einem zweiten Schritt sollen daher die sonstigen Ausschüsse erfasst werden.

Auch insoweit erfolgt zunächst keine Beschränkung auf dreiseitige Beschlüsse – die Zielsetzung besteht vielmehr in einer umfassenden Analyse, aufgrund derer dann die hier besonders im Fokus stehenden dreiseitig besetzten Gremien ermittelt werden können. Eine Beschränkung gilt für die Bestandsaufnahme allerdings: Näher betrachtet werden sollen nur Gremien, die eine echte Beschlusskompetenz haben. Von maßgeblicher Bedeutung sind neben dem Gemeinsamen Bundesausschuss Gremien wie der Bewertungsausschuss oder der Landesausschuss – sie spielen, wie zu zeigen sein wird, gerade auch im dreiseitigen Kontext eine wichtige Rolle.

## 3. Eine erste Problemanalyse

In einer ersten Analyse sollen die Ergebnisse der Bestandsaufnahme bewertet werden.

Dabei geht es zunächst um ganz grundlegende Fragen die Konfliktlösung betreffend. Wenn der Gesetzgeber Kompetenzen an die Selbstverwaltung überträgt, tut er dies manchmal durch Schaffung eines gemeinsam besetzten Ausschusses, manchmal entscheidet er sich aber auch für das Vertragsmodell. Lassen sich hierfür sachliche Gründe ausmachen – oder fällt diese Entscheidung zufällig? Es wird zu zeigen sein, dass auch Mischformen zwischen Ausschussentscheidung und Vereinbarung zu finden sind.

Im Kontext des Vertragswesens soll aber auch geprüft werden, ob es Vereinbarungen gibt, für die der Gesetzgeber keinerlei Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen hat. Mit anderen Worten: Finden sich Vertragsgestaltungen im Gesetz, ohne dass zugleich für den Fall des Scheiterns des Vertrags das Tätigwerden des Schiedsamts, einer Schiedsstelle oder einer Schiedsperson vorgesehen ist? Wenn dem so ist, wird nach den jeweiligen Gründen zu fragen sein.

Einer genaueren Betrachtung bedarf die Rechtsstellung der Schiedspersonen, die – so viel sei vorweg genommen – aktuell gleichsam in einem rechtsfreien Raum zu arbeiten scheinen.

Es geht aber auch um Detailkritik an der Gesetzestechnik. Hier ließe sich einiges verbessern – und all das ist auch für dreiseitige Verträge und Beschlüsse von Bedeutung.

## 4. Dreiseitige Verträge und Beschlüsse

Die im Rahmen der Bestandsaufnahme und der ersten Analyse gewonnenen Erkenntnisse sollen anschließend auf die dreiseitigen Verträge und Beschlüsse übertragen werden. Zu diesem Zweck ist zunächst zu klären, in welchen der umfassend betrachteten Konstellationen es tatsächlich um solche dreiseitigen Verträge und Beschlüsse geht. Bereits der Begriff der Dreiseitigkeit wirft hier spezifische Fragen auf: Ist etwa auch ein Vertrag dreiseitig, an dem neben einem Leistungserbringer Vertreter der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung mitwirken? Eine begriffliche Vorabklärung ist spätestens hier zwingend erforderlich.

Im Folgenden lassen sich aus der Vielzahl der Fallkonstellationen diejenigen herausfiltern, die nunmehr gesondert in den Blick zu nehmen sind. Dabei wird zu zeigen sein, dass eine

entsprechende Dreiseitigkeit auf allen Ebenen zu finden ist: Der Vertragsinhalt dreiseitiger Verträge wird vom Schiedsamt, von diversen Schiedsstellen und auch von Schiedspersonen festgesetzt. Und auch dreiseitig besetzte sonstige Gremien sind im SGB V keine Ausnahme mehr.

## 5. Die unterschiedlichen Konfliktebenen

Die umfassende Analyse sollte nicht nur die jeweiligen Schiedseinrichtungen und Ausschüsse aufzeigen, die im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung Verträge ersetzen oder sonstige Beschlüsse fassen. Vielmehr ging es dabei auch um die Ermittlung der unterschiedlichen Konfliktebenen, für die der Gesetzgeber – wenn er sie denn als problematisch erkannt hat – eine Vielzahl von unterschiedlichen Regelungen getroffen hat. Mit der bloßen Etablierung eines Entscheidungsgremiums im SGB V oder anderen Gesetzen ist es nämlich nicht getan – das jeweilige Gremium muss auch tatsächlich besetzt sein und seine Arbeit aufnehmen können. Bereits hier können Konflikte auftreten, wenn die Parteien ihre Vertreter einfach nicht benennen, man sich nicht auf die unparteiischen Mitglieder einigt oder schlicht niemand eine Schiedsstelle anruft. Die Liste denkbarer Konflikte lässt sich erheblich verlängern – und für all das müssen entsprechende Konfliktlösungsinstrumente existieren.[68]

## 6. Zur Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich

Nach der Festlegung des nunmehr eingeschränkten Untersuchungsgegenstands wird zu klären sein, wie es um die Konfliktlösung in den dreiseitigen Fallgestaltungen bestellt ist. In Anknüpfung an die oben zunächst allgemein dargestellten unterschiedlichen Konfliktebenen wird geprüft werden, ob der Gesetzgeber für alle denkbaren Konflikte entsprechende Lösungen vorgesehen hat und welche Schwächen insoweit bestehen.

## 7. Die Weiterentwicklung der Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich

Abschließend soll der Versuch unternommen werden, die Konfliktlösungsstrategie speziell für dreiseitige Verträge und Beschlüsse weiter zu entwickeln. In diesem Kontext wird auch noch einmal deutlich gemacht werden, warum das erforderlich ist – stößt doch die reguläre Aufsicht in diesem Bereich schnell an ihre Grenzen. Vor dem Hintergrund der Ergebnisse der bisherigen Untersuchung soll ein ganz eigenständiges Konfliktlösungsinstrument vorgeschlagen werden. Das erscheint gerade angesichts der zunehmenden Bedeutung der sektorenüberschreitenden Versorgung als gerechtfertigt. In diesem Kontext wird auch die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation des Gremiums angesprochen.

---

68 Ausführlich hierzu unter F.

## 8. Zur besseren Strukturierung der Konfliktlösung im SGB V

Schließlich soll überlegt werden, ob die gewonnenen Erkenntnisse Konsequenzen für das Gesamtsystem der Konfliktlösung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung haben könnten. Auch jenseits der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse dürfte sich hier nämlich manches besser strukturieren lassen.

## B. Die gemeinsame Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung als verfassungsrechtliche Herausforderung

Die Selbstverwaltung[69] im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist – wie oben dargelegt[70] – nicht nur eine Frage der gleichsam „inneren" Selbstverwaltung der jeweiligen Organisationen;[71] vielmehr ist das SGB V von der gemeinsamen Selbstverwaltung[72] geprägt.[73] Leistungsträger und Leistungserbringer kooperieren trotz aller natürlichen Interessengegensätze[74] miteinander – und gerade diese Kooperation durch Verträge[75] und mehrheitlich gefasste Beschlüsse berührt grundlegende verfassungsrechtliche Fragen, die im Folgenden zumindest skizziert werden sollen. Es geht um die verfassungsrechtliche Legitimation dieser Form der Selbstverwaltung, die auch bei der Detailbetrachtung der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse jedenfalls als eine Art Hintergrundfolie im Blick behalten werden sollte.

### I. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation im Kontext der funktionalen Selbstverwaltung

Jedes amtliche Handeln mit Entscheidungscharakter stellt sich als Ausübung von Staatsgewalt im Sinne von Art. 20 Abs. 2 GG dar, die demokratischer Legitimation bedarf.[76] Dieser weite Begriff der Staatsgewalt[77] erfasst auch den Abschluss von Verträgen, die Tätigkeit von Schiedseinrichtungen sowie die Beschlussfassung in Gremien im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung – auch hier agiert man also keineswegs im „*verfassungsrechtlichen Niemandsland.*"[78]

---

69 Grundlegend zum „Prinzip Selbstverwaltung" *Hendler* in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI, S. 1103 ff.

70 Vgl. hierzu unter A.

71 Hierzu *Leopold*, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 2008. Selbstverwaltung ist im Übrigen ein „Dauerbrenner" der sozialrechtlichen Disziplin (hierzu *Geis* in Schnapp, Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, S. 65; vgl. aber auch *Wertenbruch*, SGb 1975, S. 261 ff.).

72 Hierbei handelt es sich im Übrigen nicht um einen Gesetzesbegriff (*Axer* in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 339). Vgl. hierzu auch *von Maydell*, Die Sozialversicherung 1992, S. 242, 243 sowie *Axer*, Die Verwaltung 2002, S. 377, 391 ff.

73 Vgl. hierzu auch *Hess* in: Gedanken, S. 59 ff. Zur zunehmenden Tendenz des Gesetzgebers, Regelungsbefugnisse zur Konkretisierung der gesetzlichen Vorgaben auf die Institutionen der Selbstverwaltung zu übertragen vgl. *Engelmann*, NZS 2000, S. 1 f.: „*Vorfahrt für die Selbstverwaltung*". Vgl. auch *Hendler* in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, S. 65 ff. Grundlegend zur Rolle und Funktion der „*sozialen und gemeinsamen Selbstverwaltung*" unter den aktuellen Rahmenbedingungen jüngst auch *Axer*, NZS 2017, S. 601 ff.

74 Hierzu *Axer* in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 339, 353 mit Hinweisen auf die insoweit auch kritische Literatur.

75 Zum „verhandelten Recht" *Jantz/Klenk* in: Der gut organisierte Staat 2015, S. 449, 461 unter Hinweis auf weitere Literatur: „*Die Verbände der Sozialversicherungsträger und der Leistungserbringer werden so von Objekten zu Subjekten der Gesetzgebung.*"

76 Vgl. hierzu nur BVerfG v. 24.5.1995 – 2 BvF 1/92, Rn. 139.

77 Hierzu auch *Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, S. 37 ff.

78 So *Kingreen* zum Gemeinsamen Bundesausschuss (NZS 2007, S. 113, 121).

Nach dem in Art. 20 Abs. 1 GG verankerten Demokratieprinzip muss sich jegliche staatliche Gewalt auf eine Legitimation durch den Volkswillen zurückführen lassen; das Volk muss einen effektiven Einfluss auf die Ausübung der Staatsgewalt haben.[79] Der Zurechnungszusammenhang zwischen Volk und Staatsgewalt wird durch die Wahl des Parlaments, durch von ihm beschlossene Gesetze als Maßstab der Exekutive, den parlamentarischen Einfluss auf die Politik der Regierung sowie die grundsätzliche Weisungsgebundenheit der Verwaltung gegenüber der Regierung hergestellt.[80]

Nun sind weder die Vertragspartner noch die Schiedseinrichtungen noch sonstige Beschlussgremien des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts ein Teil der unmittelbaren Staatsverwaltung. Sie gehören vielmehr dem Bereich der funktionalen Selbstverwaltung[81] an. Das Demokratieprinzip ist aber auch jenseits der unmittelbaren Staatsverwaltung und der kommunalen Selbstverwaltung für weitere Formen der Ausübung und Organisation von Staatsgewalt offen.[82] Die funktionale Selbstverwaltung ergänzt und verstärkt insofern das demokratische Prinzip; man schafft ein wirksames Mitspracherecht der Betroffenen und aktiviert verwaltungsexternen Sachverstand.[83] Zugleich dient sie dazu, einen „*sachgerechten Interessenausgleich zu erleichtern*"; funktionale Selbstverwaltung soll dazu „*beitragen, dass die vom Gesetzgeber beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden.*"[84]

Für den Bereich der funktionalen Selbstverwaltung gelten deshalb nicht dieselben Legitimationsanforderungen wie für die unmittelbare Staatsverwaltung,[85] allerdings muss auch hier bei einer Zusammenschau der vielfältigen Mittel zur Legitimation[86] ein hinreichendes Legitimationsniveau erreicht werden.[87] Entscheidend ist also wie auch sonst nicht die Form der Legitimation staatlichen Handelns, sondern deren Effektivität – „*notwendig ist ein bestimmtes Legitimationsniveau.*"[88] So müssen Aufgaben und Handlungsbefugnisse der Organe in einem von der Volksvertretung beschlossenen Gesetz ausreichend bestimmt sein und der Aufsicht personell demokratisch legitimierter Amtswalter unterliegen.[89] Die gesetzlichen Regelungen über die Organisationsstruktur der Selbstverwaltung müssen ausreichende institutionelle

---

79 BVerfG v. 24.5.1995 – 2 BvF 1/92, Rn. 135.

80 BVerfG v. 24.5.1995 – 2 BvF 1/92, Rn. 135.

81 Diese ist gekennzeichnet durch die Zuweisung staatlicher Entscheidungsbefugnisse an verselbständigte Rechtsträger in eigenen Angelegenheiten (*Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 24). Zur Entwicklung der sozialen Selbstverwaltung *Kluth* aaO., S. 189 ff. Zur Selbstverwaltung in der Sozialversicherung vgl. auch *Hendler*, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, 1984, S. 77 ff.

82 Ausführlich BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, zum „Lippeverband".

83 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 144.

84 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 144. Zur Gefahr der zu großen Macht nur einer Seite vgl. *von Maydell*, Die Sozialversicherung 1992, S. 242, 246.

85 Zur Normsetzungskompetenz im Sozialrecht insoweit auch *Borchert*, NZS 2004, S. 287 ff.

86 Hierzu instruktiv *Trute* in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle, Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, § 6 Rn. 42 ff. Vgl. auch BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, das in Rn. 132 von der institutionellen, funktionellen, sachlich-inhaltlichen und der personellen Legitimation spricht.

87 Die Frage der Legitimation mag sich bei sozialer Selbstverwaltung anders stellen (*Köller*, Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009, S. 35), aber sie stellt sich eben auch hier.

88 So ausdrücklich BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 132.

89 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 148.

Vorkehrungen dafür enthalten, dass die betroffenen Interessen angemessen berücksichtigt und nicht einzelne Interessen bevorzugt werden.[90]

Da es stets nur auf ein ausreichendes Legitimationsniveau ankommt, lassen sich entsprechende Sachverhalte auch im gesetzlichen Krankenversicherungsrecht nur schwer eindeutig beurteilen – das verdeutlicht die seit Jahrzehnten geführte Diskussion über die verfassungsrechtliche Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses und seiner Entscheidungen.[91] Im Folgenden soll gezeigt werden, dass nicht nur die Beschlusstätigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses, sondern auch die Tätigkeit anderer Gremien und selbst das Vertragsgeschehen im Krankenversicherungsrecht den insoweit bestehenden verfassungsrechtlichen Vorgaben entsprechen muss – auch wenn die Anforderungen bezogen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss angesichts seiner originären Rechtssetzungstätigkeit entsprechend höher sein dürften als etwa bei einer Schiedseinrichtung, die lediglich zur Vertragsersetzung berufen ist.

## II. Im Besonderen: Kooperationsmodelle im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung und die demokratische Legitimation von Staatsgewalt

Entscheidungen der Sozialversicherungsträger selbst werden mit Blick auf ihre verfassungsrechtliche Legitimation kaum hinterfragt.[92] Das gesetzliche Krankenversicherungsrecht ist aber geprägt von unterschiedlichsten Formen der Kooperation von Krankenkassen mit anderen öffentlich-rechtlichen oder auch privatrechtlichen Organisationen – und hier setzt durchaus berechtigte Kritik an. Dabei ist diese Kooperation unterschiedlich stark ausgeprägt – sie reicht von der einseitigen Normsetzung durch die Kostenträger mit entsprechenden Benehmenspflichten[93] über die einvernehmliche Normsetzung durch Vereinbarung[94] bis hin zur Normsetzung durch entsprechenden Mehrheitsbeschluss – hier spielen bekanntermaßen vor allem die Richtlinienbeschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses eine maßgebliche Rolle.[95]

Während das Bundessozialgericht den Korporatismus im Gesundheitswesen als verfassungsrechtlich unbedenklich ansieht[96] und insbesondere die Rechtssetzung durch den Gemeinsa-

---

90 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 145. Diese Frage ist gerade bezogen auf die jeweiligen Mehrheitsverhältnisse in Schiedseinrichtungen von Bedeutung (vgl. hierzu unter H. II. 2. a.).

91 Hierzu gleich unter II.

92 Vgl. etwa *Emde*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, 1991, S. 175: „… *liegt auf der Hand, daß die Entscheidungen der Sozialversicherungsträger überall dort, wo sie staatlich konditioniert sind, auch staatlich legitimiert sind.*“ Vgl. aber auch *Engelmann*, NZS 2000, S. 76 zur demokratischen Legitimation der Krankenkassen-Spitzenverbände.

93 Vgl. etwa § 130a Abs. 3a S. 11 SGB V: Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen regelt ab dem 13. Mai 2017 „*im Benehmen mit den für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer*“ das Nähere zu den Abschlägen, die bei Preiserhöhungen bezogen auf den Stand vom 1.8.2009 nach Maßgabe von Absatz 3a zu erheben sind (hierzu *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 130a Rn. 10).

94 Vgl. etwa § 115 Abs. 1 S. 2 SGB V im Kontext der dreiseitigen Verträge.

95 Vgl. §§ 91 und 92 SGB V.

96 Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses vgl. nur BSG v. 20.3.1996 – 6 RKa 62/94; zu den Entscheidungen des Bewertungsausschusses BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, Rn. 77 ff. mit grundlegenden Ausführungen zur funktionalen Selbstverwaltung.

men Bundesausschuss schon länger „*nicht mehr grundlegend in Zweifel*“ zieht,[97] hat die jahrelange und teils heftige[98] Diskussion über die verfassungsrechtliche Legitimation des Gremiums[99] letztlich nie geendet. Der Gemeinsame Bundesausschuss hat seit langem eine „*überragende Bedeutung*“[100] im System der gesetzlichen Krankenversicherung und ist eine viele Bereiche des SGB V beherrschende Steuerungsinstanz geworden.[101] Obwohl der Gesetzgeber durch seine jüngeren Reformen – man denke nur an die Einbindung des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestags bei der Bestellung der unparteiischen Mitglieder oder an die Schaffung des § 91 Abs. 2a SGB V – bemüht war, die „*Legitimation und Akzeptanz der Entscheidungen zu erhöhen*“,[102] hat die Debatte nie wirklich ein Ende gefunden, auch wenn es zwischenzeitlich etwas ruhiger geworden war. Eine knapp zwei Jahre alte und durchaus überraschende[103] Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts hat die Diskussion nun neu entfacht.[104] Mit Beschluss vom 10.11.2015[105] hat das Gericht im Kontext der Ausgestaltung des Leistungsrechts – gleichsam am Rande – das Folgende bemerkt: „*Mit dem Vorbringen – durchaus gewichtiger – genereller und allgemeiner Zweifel an der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses als Institution kann das nicht gelingen. Vielmehr bedarf es konkreter Ausführungen nicht nur zum Einzelfall, sondern auch zur Ausgestaltung der in Rede stehenden Befugnis, zum Gehalt der Richtlinie und zur Reichweite der Regelung auf an ihrer Entstehung Beteiligte oder auch unbeteiligte Dritte. Denn es ist nicht ausgeschlossen, dass der Gemeinsame Bundesausschuss für eine Richtlinie hinreichende demokratische Legitimation besitzt, wenn sie zum Beispiel nur an der Regelsetzung Beteiligte mit geringer Intensität betrifft, während sie für eine andere seiner Normen fehlen kann, wenn sie zum Beispiel mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter regelt, die an deren Entstehung nicht mitwirken konnten. Maßgeblich ist hierfür insbesondere, inwieweit der Ausschuss für seine zu treffenden Entscheidungen gesetzlich angeleitet wird.*“[106]

Ob nunmehr tatsächlich die „*Götterdämmerung des Gemeinsamen Bundesausschusses*“[107] angebrochen ist, dürfte bezweifelt werden.[108] Das Bundesverfassungsgericht hat zu Recht jede pauschale Bewertung als „verfassungsgemäß“ oder „verfassungswidrig“ vermieden, sondern vielmehr verschiedene Parameter in den Blick genommen, die allerdings ihrerseits als durchaus vage zu bezeichnen sind: Es geht um die Intensität der Betroffenheit Dritter, aber auch

---

97 So BSG v. 3.7.2012 – B 1 KR 23/11 R, Rn. 26; vgl. auch BSG v. 12.9.2012 – B 3 KR 10/12 R, Rn. 34, wo das Gericht feststellt: „*Zu früher kritischen Stimmen hat sich in jüngerer Zeit die Literatur gegenteilig geäußert (vgl Neumann, NZS 2010, 593, Hauck, NZS 2010, 660 mwN).*“

98 Vgl. etwa *Kingreen*, NZS 2007, S. 113, 121: „*Der Gemeinsame Bundesausschuss residiert im verwaltungs- und verfassungsrechtlichen Niemandsland. Dort ist aber das deutsche Gesundheitswesen nicht gut aufgehoben.*“ Kritisch zur Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses auch *Saalfrank/Wesser*, NZS 2008, S. 22; *Castendieck*, NZS 2001, S. 71.

99 Grundlegend auch *Vießmann*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009.

100 *Schmidt-De Caluwe* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 91 Rn. 4.

101 Hierzu auch *Schimmelpfeng-Schütte*, GesR 2004, S. 1, 4.

102 So BT-Drs. 17/6906, S. 3.

103 Im so genannten „Nikolausbeschluss“ (so *Kingreen*, NJW 2006, S. 877, 880) vom 6.12.2005 (1 BvR 347/98) hatte das Gericht eine Auseinandersetzung mit dem Thema noch gemieden.

104 Jüngst *Axer*, KrV 2017, S. 89 ff.

105 1 BvR 2056/12. Hierzu auch *Kingreen*, MedR 2017, S. 8 ff.

106 BVerfG v. 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, Rn. 22.

107 So der Titel des kritischen Beitrags von *Gassner*, NZS 2016, S. 121.

108 *Sproll* (in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 91 SGB V Rn. 24) stellt fest: „*Zu Recht lässt deshalb das BSG an der bindenden Wirkung des GemBA keinen Zweifel* ….“

um die gesetzliche Anleitung durch den Gesetzgeber. Auch wenn das „*Gesundheits-Zentralkomitee*“[109] wohl eher nicht „wankt“, sollte man den „*Weckruf aus Karslruhe*“[110] nicht überhören und die Regelungsdichte der einzelnen Befugnisnormen zugunsten des Gemeinsamen Bundesausschusses[111] tatsächlich kritisch hinterfragen. Letztlich wird es wohl das Bundesverfassungsgericht selbst sein, dass die Frage der demokratischen Legitimation in einem konkreten Einzelfall entscheiden und dabei möglicherweise die notwendigen konkreteren Vorgaben für die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung machen wird.[112]

Es greift allerdings zu kurz, die Diskussion über die verfassungsrechtliche Legitimation der Akteure im Gesundheitswesen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss – als ein von seiner gesetzlichen Konzeption her dreiseitig besetztes Gremium[113] – zu beschränken. Alle Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung, die nach der Konzeption des SGB V befugt sind, verbindliche Beschlüsse mit Grundrechtsrelevanz für die Leistungserbringer, aber auch für die Versicherten zu treffen, sind unter Einbeziehung der Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts näher in den Blick zu nehmen.[114] Das betrifft, um hier nur ein Beispiel zu nennen, etwa den – gegebenenfalls erweiterten – Bewertungsausschuss nach Maßgabe von § 87 SGB V.[115]

Nur auf den ersten Blick überraschend dürfte schließlich sein, dass auch die für das vorliegende Gutachten so bedeutsame vertragliche Kooperation im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung immer wieder unter dem Gesichtspunkt der verfassungsrechtlichen Legitimation kritisch hinterfragt wird.[116] Nach Einschätzung des Bundessozialgerichts lässt sich diese Form der Kooperation „*sinnvoll in das demokratische Prinzip des Grundgesetzes einordnen.*“[117] Beim Abschluss von entsprechenden Vereinbarungen seien die Vertragsparteien zwar gezwungen, einen Interessenausgleich mit der anderen Partei vorzunehmen; es sei aber verfehlt, in entsprechenden Vereinbarungen „*allein ein Instrument der Fremdbestimmung*“ zu se-

---

109 So der Beitrag von *Rath* in der taz vom 21.12.2015 – „*Gesundheits-Zentralkomitee*“ wankt.

110 Insoweit zutreffend *Gassner*, NZS 2016, S. 121, 127.

111 *Oldiges* hat insoweit den Begriff „*kleiner Gesetzgeber*“ geprägt (Sozialer Fortschritt 1998, S. 69, 70); vgl. auch *Roters*, NZS 2007, S. 176 m.w.N.

112 Dass der Gesetzgeber selbst das Thema „Selbstverwaltung“ aktuell verstärkt in den Blick nimmt, sei hier nur am Rande erwähnt. Im Jahr 2017 ist das so genannte „Selbstverwaltungsstärkungsgesetz“ in Kraft getreten (Gesetz zur Verbesserung der Handlungsfähigkeit der Selbstverwaltung der Spitzenorganisationen in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie zur Stärkung der über sie geführten Aufsicht v. 21.2.2017, BGBl. I, 265). Bereits die Bezeichnung offenbart die hier bestehenden Konflikte (vgl. nur *Rixen*, SozSich 2017, S. 115 ff.).

113 Insofern werden auch die im Kontext seiner Entscheidungsfindung maßgeblichen Konfliktlösungsinstrumente zu hinterfragen sein.

114 Vgl. zur demokratischen Legitimation der Schiedsstelle nach § 130b SGB V etwa *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 44. *Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK SGB V § 87 Rn. 260 hat bezogen auf die demokratische Legitimation des ergänzten und erweiterten Bewertungsausschusses keine Bedenken. Vgl. hierzu auch *Engelmann*, NZS 2000, S. 1 ff.

115 Hierzu ausführlich C. III. 3. a. Auch *Gassner*, NZS 2016, S. 121, dürfte auf S. 127 dieses Gremium gemeint haben. Kritisch insoweit zu Recht auch *Orlowski* mit Blick auf den erweiterten, ergänzten Bewertungsausschuss (Sektorenübergreifende Konfliktlösung in der GKV durch die gemeinsame Selbstverwaltung, Manuskript, S. 16 f.).

116 Das Vertragsgeschehen beschränkt sich auch nicht auf reine Vergütungsfragen; vielmehr geht es bei entsprechenden Verträgen auch um die Ausgestaltung des Leistungsanspruchs selbst.

117 BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, Rn. 81.

hen:[118] „*Auch im Bereich der funktionalen Selbstverwaltung bedeutet die vertragliche Kooperation nicht primär Verlust von, sondern Gewinn an Autonomie, wenn sie Bereiche betrifft, die die Interessen der Mitglieder eines Selbstverwaltungsträgers berühren, von diesem aber nicht einseitig geregelt werden können, weil auch die Interessen der Mitglieder eines anderen Selbstverwaltungsträgers berührt werden … Vertragliche Vereinbarungen sind deshalb ein Instrument, das es ermöglicht, alle von einer Regelung betroffenen Interessen angemessen zu berücksichtigen , ohne deren Träger in eine Selbstverwaltungseinheit einbinden zu müssen.*“[119]

Zweifellos wird der Staat durch „*verbandliche Aushandlungsprozesse entlastet.*“[120] Das ist allerdings nicht der kritische Punkt. Solange Verträge auf der Individualebene getroffen werden – wie etwa im Kontext von § 132 SGB V, wo die Krankenkassen Verträge über die Versorgung mit Haushaltshilfe mit „*geeigneten Personen, Einrichtungen oder Unternehmen*“ schließen – erscheint das Kooperationsmodell tatsächlich nur als konsequente und gleichsam zwingende Folge des Naturalleistungsprinzips und der Erbringung der Leistungen durch Dritte.[121] Bereits dann, wenn im Rahmen einer Individualvereinbarung zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer die auf höherer Ebene beschlossenen Rahmenempfehlungen „*zugrunde zu legen*“ sind,[122] könnten Bedenken mit Blick auf diese – wenn auch weich formulierte – Bindungswirkung entstehen. Und spätestens dann, wenn sich der Regelungsgehalt eines Vertrages nicht auf die Mitglieder desjenigen Verbandes beschränkt, der die Vereinbarung mit den Krankenkassen abgeschlossen hat,[123] sondern das Gesetz gleichsam die „Allgemeingültigkeit“ des Vertrags bestimmt, muss man sich fragen, wie sich diese Bindungswirkung gegenüber Dritten verfassungsrechtlich legitimieren lässt. Der zwischen den Vertragsparteien geschlossene Vertrag entfaltet aufgrund entsprechender gesetzlicher Vorgaben eine normative Wirkung; man spricht hier von Normverträgen oder Normsetzungsverträgen.[124] Der Vertrag bindet Dritte[125] und wirkt damit letztlich wie eine Rechtsnorm.[126]

Die Bedenken sind umso berechtigter, wenn der Vertragspartner der Krankenkassen nicht seinerseits eine öffentlich-rechtliche Körperschaft ist,[127] sondern der Vertrag mit einer pri-

---

118 BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, Rn. 81. Kritisch zum Verlust der Autonomie insoweit *Ebsen* in: Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, § 7 Rn. 119.

119 BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, Rn. 81.

120 *Kingreen*, NZS 2007, S. 113, 114.

121 Vgl. § 2 Abs. 2 S. 1 und 3 SGB V.

122 Dieses Modell legt etwa § 132a SGB V zugrunde: Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene geben gemeinsam Rahmenempfehlungen über die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege ab, die den Verträgen „vor Ort“ (hierzu § 132a Abs. 4 SGB V) nach § 132a Abs. 1 S. 7 SGB V „*zugrunde zu legen*“ sind.

123 Vgl. hier etwa § 129 Abs. 3 SGB V; Rechtswirkungen hat der Vertrag auch für Apotheken, die dem Rahmenvertrag beitreten.

124 Häufig werden die Begriffe synonym verwendet; zu den Unterschieden vgl. *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 10 Rn. 31. Vgl. zum Normenvertrag auch *Teigelack*, Zwei- und dreiseitige Verträge nach SGB V, 1994, S. 84 sowie *Engelmann*, NZS 2000, S. 1, 2 ff.

125 Man könnte deshalb auch von einem Vertrag zu Lasten Dritter sprechen (*Rüfner*, NJW 1989, S. 1001, 1006).

126 Das SGB V kennt im Übrigen keine § 5 TVG entsprechende Norm, nach der das Bundesministerium für Arbeit einen Tarifvertrag unter bestimmten Voraussetzung für „*allgemeinverbindlich*“ erklären kann. *Teigelack* schlägt allerdings die Aufnahme einer solchen Norm vor, um die verfassungsrechtlichen Bedenken zu beseitigen (Zwei- und dreiseitige Verträge nach SGB V, 1994, S. 96).

127 In der Entscheidung des Bundessozialgerichts vom 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R ging es um die Partner der Bundesmantelverträge.

vatrechtlichen Organisation geschlossen wurde.[128] So wird etwa die in § 112 Abs. 1 S. 2 SGB V getroffene Feststellung, dass die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen einerseits und den Landeskrankenhausgesellschaften andererseits geschlossenen Verträge „*für die Krankenkassen und die zugelassenen Krankenhäuser im Land unmittelbar verbindlich sind*", von manchem als „*eindeutig und schwerwiegend verfassungswidrig*" gewertet.[129] In der Tat sind nicht ausnahmslos alle Krankenhäuser Mitglieder der jeweiligen Landeskrankenhausgesellschaft, so dass eine Legitimation über den vertragsschließenden Verband ausscheidet. Dass die Vereinbarung der Krankenkassen mit einer privatrechtlichen Organisation normsetzende Verträge zustande bringen kann, also Verträge, die wie Normen kraft Gesetzes binden, bedarf jedenfalls einer gesteigerten verfassungsrechtlichen Rechtfertigung.[130] Auch wenn das Regelungskonzept der Rechtssetzung durch Normenverträge vom Bundessozialgericht „*stets gebilligt worden*" ist[131] und auch das Bundesverfassungsgericht „*Zweifel an der Zulässigkeit vertraglicher Rechtssetzung*" tatsächlich nie auch nur angedeutet hat,[132] sollte man Zweifel an der verfassungsrechtlichen Legitimation von Regelungskompetenzen und Regelungsinstrumenten im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung nicht vorschnell mit allgemeinen Prinzipien des Krankenversicherungsrechts oder einer entsprechenden Tradition abtun.[133] Wenn man eine Aufsichtsregelung für die Legitimation für unentbehrlich hält, ließe sich das Verdikt der Verfassungswidrigkeit bei den mit privaten Organisationen geschlossenen Verträgen kaum vermeiden.[134] Was für die Vertragsebene selbst gilt, schlägt im Übrigen auf die Konfliktlösungsinstrumente durch: Schiedsämter, Schiedsstellen und Schiedspersonen setzen im Fall gescheiterter Vertragsverhandlungen anstelle der Vertragspartner den Vertragsinhalt fest – und auch diese Festsetzung hat dann dementsprechend normsetzenden Charakter.

Das Thema der Einbindung Privater in die Normsetzung ist übrigens kein Spezifikum des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts. Entsprechende Bedenken wurden insbesondere auch im Kontext des Rahmenvertrags nach § 75 SGB XI vorgebracht.[135] Sowohl die Rechtsstellung der so genannten Außenseiter, d.h. vertraglich nicht gebundener Einrichtungen, als auch die grundlegende Frage der Normsetzungskompetenz wird angesichts von § 75 Abs. 1 S. 4 SGB XI diskutiert, der bestimmt: „*Die Rahmenverträge sind für die Pflegekassen und die zugelassenen Pflegeeinrichtungen im Inland unmittelbar verbindlich.*"

Die Außenseiterproblematik lässt sich im Übrigen auch nicht einfach dadurch lösen, dass man nur solche Leistungserbringer zur Versorgung zulässt, die bereit sind, entsprechende Verträge zu akzeptieren. Wenn etwa § 134a Abs. 2 S. 2 SGB V bestimmt, dass Hebammen,

---

128 Vgl. zu diesem Themenkomplex ausführlich *Wiegand*, Zur Beleihung Privater mit Normsetzungskompetenzen, 2008. Zum Problem der Beteiligung der Leistungserbringer als Problem der Mitwirkung Privater an der Normsetzung auch *Castendieck*, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, 2000, S. 134 ff.

129 *Sodan*, NZS 1998, S. 305, 309.

130 Ausführlich hier im Kontext von § 130b Abs. 9 SGB V *Huster*, KrV 2013, S. 1. Kritisch auch *Axer*, KrV 2017, S. 89, 95.

131 So das Bundessozialgericht in Rn. 82 seiner Entscheidung vom 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R.

132 BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 44/03 R, Rn 82 m.w.N.

133 Diesen Aspekt spricht *Huster*, KrV 2013, S. 1, 7 mit Blick auf Art. 87 Abs. 2 GG an.

134 Zu den Mängeln des Aufsichtsrechts vgl. auch unter H. I. 2.

135 Hierzu nur *Udsching*, NZS 1999, S. 473, 475 und *Maschmann*, SGb 1996, S. 149, 151; vgl. auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB XI, § 75 Rn. 29 m.w.N. sowie *Schütze* in: Udsching, SGB XI, § 75 Rn. 13.

für die die Verträge nach Absatz 1 keine Rechtswirkung haben – und das ist der Fall, wenn die Hebamme weder einem entsprechenden Verband angehört noch dem Vertrag beitritt – „*nicht als Leistungserbringer zugelassen*" sind, dürfte der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG ungleich schwerer wiegen.

## III. Zur Relevanz für das vorliegende Gutachten

Im vorliegenden Gutachten kann und soll die prinzipielle Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation der „Ausübung von Staatsgewalt" im Recht der Krankenversicherung nicht vertieft werden. Es ist also nicht zu klären, ob und welche Reformen im Kontext der Tätigkeit des Gemeinsamen Bundesausschusses aus verfassungsrechtlichen Gründen erforderlich sind; auch die verfassungsrechtliche Legitimation einzelner Vereinbarungen[136] oder Schiedseinrichtungen[137] ist nicht Gegenstand des Gutachtenauftrags.[138]

Dennoch ist die Frage der verfassungsrechtlichen Legitimation der Staatsgewalt auch in diesem spezifischen Kontext von Bedeutung. Auch wenn man die Normsetzung durch vertragliche Vereinbarung mit dem demokratischen Prinzip des Grundgesetzes für vereinbar hält,[139] stellen sich nämlich gerade beim Schiedswesen für den dreiseitigen Vertragsbereich spezifische Fragen. Es wird zu zeigen sein, dass bereits die Zusammensetzung der jeweiligen Entscheidungsgremien so unterschiedlich ausgestaltet ist, dass man sich fragen muss, ob dem bereits angesprochenen Gebot der gleichmäßigen Interessenberücksichtigung tatsächlich in allen Fällen hinreichend Rechnung getragen wird.[140] Entsprechendes gilt für die unterschiedlich ausgestalteten Stimmverhältnisse sowie nicht zuletzt für den jeweiligen Einfluss der Betroffenen auf die Bestimmung der unparteiischen Mitglieder.[141] Dass diese ganz entscheidenden Einfluss auf die Festsetzung der Verträge haben kann, dürfte von niemandem bestritten werden. Die aktuell vorgesehene bloße „Aufstockung" bestehender Schiedseinrichtungen, deren unparteiische Mitglieder bereits feststehen, durch weitere Betroffene erscheint vor diesem Hintergrund auch verfassungsrechtlich bedenklich[142] – ein guter Grund also,

---

136 Zu § 130b Abs. 9 SGB V etwa *Huster*, KrV 2013, S. 1 ff., der die Norm wohl letztlich noch für verfassungsgemäß hält.

137 Zum Schiedsamt ausführlich *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 59 ff., die die personelle Legitimation in Anlehnung an *Schwerdtfeger* (Verfassungsrechtliche Grenzen der Freiheit und Bindung bei der Leistungserbringung im Gesundheitswesen, SDSRV 38, S. 27, 45) als „*homöopathisch verdünnt*" bezeichnen, letztlich aber ein ausreichendes Legitimationsniveau erkennen (Rn. 70).

138 Das Modell an sich dürfte nicht in Frage zu stellen sein. Auch insoweit hängt die Frage der Legitimität unter anderem von einer genauen Betrachtung der Konkretheit der entsprechenden gesetzlichen Vorgaben ab.

139 Hierzu ausführlich BSG v. 9.12.2004 – B 6 KA 84/03 R, Rn. 76 ff.

140 Diese Frage lässt sich nur nach einer genauen Analyse des zu „vereinbarenden" Gegenstands beantworten. Geht es etwa um eine für Krankenhäuser und Vertragsärzte einheitliche Vergütung von Leistungen (§ 115 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V), wird die Leistungserbringerseite sich schnell einig sein; hier müssten deshalb gegebenenfalls auch die Interessen der Kostenträgerseite und damit der Solidargemeinschaft entsprechend gestärkt werden. Ob das Gesetz dem genügt, wird zu klären sein.

141 Ausführlich hierzu F. IV. 4.

142 Vgl. hierzu auch *Orlowski*, Sektorenübergreifende Konfliktlösung in der GKV durch die gemeinsame Selbstverwaltung, Manuskript, S. 3: „*Diese Zweifel an der Legitimation der Ergebnisse gemeinsamer Selbstverwaltung*

über bessere Konzepte nachzudenken. Auf die Frage deren verfassungsrechtlicher Legitimation wird unter I. einzugehen sein.

*stellen sich aber umso mehr ein, wenn eine staatliche Regelung zur dreiseitigen Konfliktlösung nicht einmal hinreichend geeignet sein sollte, einen Ausgleich aller Interessen zu gewährleisten.*"

# C. Die Bestandsaufnahme: Konfliktlösung bei Verträgen und Beschlüssen der gemeinsamen Selbstverwaltung

## I. Allgemeines

In diesem Kapitel soll die Grundlage für eine Problemanalyse und entsprechende Verbesserungsvorschläge bezogen auf die besondere Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen gelegt werden. Die Auseinandersetzung mit der Thematik erfordert eine umfassende Bestandsaufnahme aller Normen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts, in denen vertragliche Vereinbarungen und Beschlüsse der Selbstverwaltung vorgesehen sind. Auf der Basis dieser Bestandsaufnahme lassen sich dann in einem weiteren Schritt die für die Fragestellung des Gutachtens relevanten dreiseitigen Verträge und Beschlüsse gleichsam „herausfiltern". Die Gesamtbetrachtung zielt zugleich darauf ab, die vielfältigen Ideen des Gesetzgebers zur Konfliktlösung herauszuarbeiten – möglicherweise erweist sich mancher Lösungsansatz, der bei zweiseitigen Konflikten eingesetzt wurde, als erfolgversprechender Ansatz für eine Reform im dreiseitigen Bereich. Insoweit kann sich jedes Detail einer Konfliktlösungsstrategie als hilfreich erweisen.

Die Ausführungen erfolgen in zwei Schritten. Zunächst wird der Vertragsbereich in den Blick genommen. In welchen Fallgestaltungen sind Verträge im Krankenversicherungsrecht vorgesehen und welche Einrichtung ist im Konfliktfall berufen, den Vertragsinhalt festzusetzen? Die Bestandsaufnahme beginnt deshalb mit einer Erfassung des gesamten Schiedswesens des SGB V sowie des Krankenhausfinanzierungsrechts. Die Blickrichtung ist in diesem Teil gleichsam diejenige aus Sicht des Konfliktlösungsinstruments – dies dient angesichts der kaum zu überblickenden Vielzahl der maßgeblichen Normen, die Vereinbarungen vorsehen, nicht nur der Übersichtlichkeit, sondern ermöglicht zugleich bereits eine erste Systematisierung der Konfliktlösung in diesem Bereich.

In einem zweiten Schritt wird die Tätigkeit sonstiger Ausschüsse näher betrachtet. Dabei geht es um Ausschüsse, denen – anders als dem Schiedsamt oder den Schiedsstellen – nicht die Aufgabe der Konfliktlösung im Vertragswesen zugewiesen ist, sondern die mit eigenständigen Aufgaben zur Umsetzung des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts betraut sind. Das betrifft den Gemeinsamen Bundesausschuss genauso wie den Landesausschuss nach § 90 SGB V oder den in § 87 SGB V geregelten Bewertungsausschuss. Insgesamt ist die Anzahl der sonstigen Ausschüsse allerdings überschaubar. In diesem Teil der Bestandsaufnahme erfolgt die Darstellung daher schlicht in chronologischer Reihenfolge.

## II. Das Schiedswesen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

### 1. Allgemeines

Das Schiedswesen hat im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung eine lange Tradition. Schon zu Beginn des letzten Jahrhunderts hatten sich die Krankenkassen mit den Ärzten auf die Schaffung von Schiedsämtern geeinigt, die – wenn auch in deutlich abgewandelter Form – auch heute noch nach Maßgabe von § 89 SGB V tätig werden, wenn ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung nicht zustande kommt.

Im Sozialrecht finden sich mittlerweile eine ganze Reihe unterschiedlicher Schiedseinrichtungen. Neben dem Schiedsamt bzw. den Schiedsämtern[143] agieren unterschiedlichste Schiedsstellen oder Schlichtungsstellen sowie Einzelpersonen, die als Schiedsperson oder Schlichtungsperson bezeichnet werden.[144] Allerdings ist bei jeder einzelnen Norm genau zu prüfen, welche Funktion die jeweilige Schiedseinrichtung innehat. Ist sie tatsächlich dazu berufen, Konflikte zwischen den Parteien zu lösen, die bei einem Vertragsschluss aufgetreten sind und hat dementsprechend die Befugnis, im Weg einer Art von „Ersatzvornahme" den Inhalt des Vertrags festzusetzen? Oder handelt es sich „nur" um eine reine Schlichtung, ohne dass die Schiedseinrichtung weitergehende Kompetenzen hätte? Nun sind allerdings auch die konfliktlösenden Schiedseinrichtungen dazu aufgerufen, die Parteien in jedem Verfahrensstadium zu einen und in diesem Sinne eine Schlichtung vorzunehmen;[145] ihre eigentliche Aufgabe besteht aber in der Ersetzung des gescheiterten Vertrags. Der Gesetzgeber verpflichtet die Vertragsparteien zum Vertragsschluss und sieht für den Fall des Scheiterns der Verhandlungen zugleich ein Schiedsverfahren vor, in dem das Scheitern der Vertragsparteien ausgeglichen wird. Es handelt sich insoweit in der Tat fast immer um eine Art von Zwangsschlichtung.[146]

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bildet dabei keine Ausnahme. Schiedseinrichtungen sind für den Gesetzgeber gerade hier[147] offenbar „das Mittel der Wahl" – ständig kommen neue Einrichtungen hinzu.[148] Das Schiedswesen scheint sich insgesamt bewährt zu haben. Das mag mit der jedenfalls meist zügigen und eher kostengünstigen Konfliktlösung zu tun haben. Zudem sind Personen an der Konfliktlösung beteiligt, die entsprechende Sachkenntnis haben, und das wiederum dürfte – jedenfalls bei sachgerechter und fairer Ausgestaltung des Verfahrens – die Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen erhöhen.[149]

Im Schiedswesen geht es um die Lösung eines Konflikts zwischen natürlichen oder juristischen Personen ohne Inanspruchnahme der staatlichen Gerichte.[150] Ein Schiedsverfahren unterscheidet sich insoweit deutlich von einem Gerichtsverfahren: Es geht nicht um die Bewertung eines vergangenen und zumeist auch abgeschlossenen Sachverhalts, sondern die „vorwärtsblickende Vertragsformulierung" steht im Fokus. Man prüft keine Verträge, son-

---

143 Es gibt unterschiedliche Schiedsämter (hierzu unter C. II. 2.).

144 Zur historisch gewachsenen Vielfalt *Becker*, SGb 2003, S. 664, 667. Vgl. insgesamt zum Schiedswesen auch BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 19.

145 Das steht allerdings zumeist nicht im Gesetz, sondern in den maßgeblichen Rechtsverordnungen (zur Schiedsstelle nach § 114 SGB V vgl. etwa § 10 Abs. 1 der Hamburgischen Landesschiedsstellenverordnung v. 10.12.1991, HmbGVBl., S. 415).

146 Differenzierend insoweit zu Recht *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 11.

147 Allerdings kennen auch andere Rechtsgebiete Schiedseinrichtungen (hierzu *Becker*, SGb 2003, S. 664).

148 Vgl. nur den jüngst geschaffenen § 16 BBG. Ob die ständige Ausweitung des Schiedswesens mit der „*Regelungshypertrophie des hochmotorisierten Gesetzgebers*" (so *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 9) zu tun hat, mag dahingestellt bleiben.

149 Zu den Gründen, die für ein Schiedsverfahren sprechen vgl. auch *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 12.

150 So *Becker*, SGb 2003, S. 664, 666 m.w.N.

dern „stiftet" sie gewissermaßen.[151] Insoweit betreiben Schiedseinrichtungen keine „Rechtsprechung".[152]

Nun ist das Schiedswesen keine Besonderheit des Sozialrechts, auch wenn es hier so ausgeprägt ist wie in keinem anderen Rechtsgebiet. Von erheblicher praktischer Bedeutung sind etwa die Einigungsstellen nach dem Betriebsverfassungsgesetz, die „*Meinungsverschiedenheiten zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat, Gesamtbetriebsrat oder Konzernbetriebsrat*" beilegen sollen.[153] Bei der Lektüre des § 76 BetrVG zeigen sich einige Parallelen zu den Schiedseinrichtungen des Sozialrechts; möglicherweise lässt hier manches auch für den vorliegenden Kontext nutzbar machen.[154]

Nicht zu vergleichen sind die Schiedseinrichtungen des Sozialrechts dagegen mit der in den §§ 1025 ff. ZPO geregelten Schiedsgerichtsbarkeit: Diese soll eine endgültige Entscheidung hervorbringen,[155] während die Entscheidungen der sozialrechtlichen Schiedseinrichtungen fast durchweg gerichtlich überprüfbar sind.[156] Das Schiedswesen des Sozialrechts soll einen Konflikt schlichten. Ein Schiedsspruch tritt an die Stelle der Vereinbarung der Parteien; er ist auf einen Interessenausgleich angelegt und trägt somit Kompromisscharakter[157] – der gerichtliche Rechtsschutz gegen die im Zuge der Konfliktlösung getroffene Entscheidung ist aber nicht ausgeschlossen.[158] Das erklärt sich schon vor dem Hintergrund der jeweiligen Verfahren: Während die staatliche Gerichtsbarkeit von den Konzepten des gesetzlichen Richters und der richterlichen Unabhängigkeit geprägt ist, geht es in Schiedseinrichtungen um eine „*Mischung aus Interessenvertretung und Neutralität.*"[159]

## 2. Das Schiedsamt als „Urform" der Schiedseinrichtungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

### a. Entstehungsgeschichte

Die Geschichte des Schiedswesens geht auf den Anfang des letzten Jahrhunderts zurück.[160] Im Berliner Abkommen vom 23.12.1913[161] hatte sich der „Verband zur Wahrung der Interessen der Deutschen Betriebskrankenkassen, Gesamtverband der Deutschen Krankenkas-

---

151 So *Becker*, SGb 2003, S. 664, 667. Allerdings muss auch ein Gericht – etwa im Unterhaltsrecht – mitunter in die Zukunft blicken.

152 Hierzu ausführlich *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 14. Zur teilweise justizförmigen Ausgestaltung des Schiedsamtsverfahrens vgl. aber auch *Schnapp*, NZS 2007, S. 561, 563.

153 Vgl. § 76 Abs. 1 BetrVG.

154 Zu denken wäre hier möglicherweise an die Wahl zwischen Schiedsstelle und Schiedsperson.

155 Vgl. insoweit § 1032 ZPO zur Unzulässigkeit einer späteren Klage.

156 Insoweit erweist sich schon § 76 Abs. 6 S. 3 SGB XI als Ausnahme: Die Regelung beschränkt einen Antrag auf gerichtliche Aufhebung auf die Konstellationen, in denen die Festsetzung „*der öffentlichen Ordnung widerspricht.*" Hierzu *Kreutz*, ZFSH/SGB 2009, S. 726 ff.

157 BSG v. 16.7.2003 – B 6 KA 29/02 R, Rn. 21 m.w.N.

158 *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 16, spricht insoweit von „*Erst schlichten, dann richten.*"

159 Hierzu *Kluth*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V 2010, S. 13.

160 Zu einem „*kurzen Blick in die Geschichte*" insoweit *Schnapp*, GesR 2013, S. 193.

161 Ministerialblatt der Preußischen Handels- und Gewerbeverwaltung 1914, Beilage Nr. 5, S. 85 ff. Hierzu auch *Axer* in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 339, 344 ff.

sen, Hauptverband der Ortskrankenkassen“ mit dem „Verband der Ärzte Deutschlands zur Wahrung ihrer wirtschaftlichen Interessen“ auf die Schaffung von Schiedsämtern für den – nach heutigem Sprachgebrauch – vertragsärztlichen Bereich geeinigt. Mit der Verordnung über Ärzte und Krankenkassen[162] folgte im Jahr 1923 eine gesetzliche Normierung der Schiedsämter, die nicht nur für Fragen des Vertragsrechts zwischen Krankenkassen und Ärzteschaft, sondern auch für Zulassungsfragen zuständig waren. Deutlich detaillierter erfolgte die Normierung der Schiedsämter zunächst in der Reichsversicherungsordnung;[163] mit der Schaffung des SGB V durch Art. 1 des Gesundheits-Reformgesetzes[164] wurden die Regelungen gestrafft[165] und mit § 89 SGB V in einer einzigen Norm verankert. § 89 SGB V selbst ist in den vergangenen Jahrzehnten immer wieder – zum Teil erheblich[166] – geändert worden; die letzte, allerdings eher unbedeutende, Reform erfolgte im Jahr 2015 durch das so genannte E-HealthG.[167]

### b. Die Schiedsämter als zentrale Schiedseinrichtungen für den vertragsärztlichen Bereich

Das Schiedsamt wird durch § 89 SGB V als die zentrale Schiedseinrichtung für den vertragsärztlichen Bereich etabliert. § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V macht die herausragende Stellung des Schiedsamts deutlich: „*Kommt ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande, setzt das Schiedsamt mit der Mehrheit seiner Mitglieder innerhalb von drei Monaten den Vertragsinhalt fest.*“ Dabei gibt es genau genommen nicht „das Schiedsamt“; vielmehr sind in § 89 SGB V insgesamt sechs Arten von Schiedsämtern normiert: Neben den Landesschiedsämtern für die vertragsärztliche und vertragszahnärztliche[168] (§ 89 Abs. 2 SGB V) Versorgung gibt es für beide Bereiche auch ein Bundesschiedsamt (§ 89 Abs. 4 SGB V). Mit § 89 Abs. 7 und 8 SGB V hat der Gesetzgeber zudem Landesschiedsämter und ein Bundesschiedsamt für den Bereich der Zahntechniker geschaffen.[169] Zwischen den Landesschiedsämtern und dem Bundesschiedsamt besteht kein Instanzenzug; vielmehr richtet sich die jeweilige Zuständigkeit danach, auf welcher Ebene der in Streit stehende Vertrag abzuschließen wäre.[170]

Dass die Schiedsämter in einer gesonderten Vorschrift normiert sind, die im Übrigen in mancher Hinsicht auch gleichsam als Vorlage für andere Schiedseinrichtungen fungiert,[171] zeigt ihre Bedeutung für das gesamte Vertragsarztrecht. In normativer Hinsicht vergleichbar

---

162 V. 30.10.1925 (RGBl. I, 1051 ff.).

163 Vgl. §§ 368l – 368r RVO i.d.F. von 1924 (RGBl. I, 779); zuletzt waren die §§ 368h und 368i RVO maßgeblich.

164 GRG v. 20.12.1988 (BGBl. I, 2477).

165 BT-Drs. 11/2237, S. 194.

166 So wurde etwa durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG v. 14.11.2003, BGBl. I 2190) die Befugnis der Aufsichtsbehörde zur Ersatzvornahme geschaffen.

167 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen v. 21.12.2015 (BGBl. I, 2408) – hierzu *Paland/Holland*, NZS 2016, S. 247 ff.

168 Auf die Differenzierung von Ärzten und Zahnärzten wird im Folgenden nur noch dann hingewiesen, wenn es im jeweiligen Kontext von Bedeutung ist.

169 Zur Entstehungsgeschichte und den Hintergründen *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 84. ff.

170 Hierzu *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 78.

171 Vgl. insoweit nur § 129 Abs. 8 S. 4 SGB V.

sind insoweit lediglich die §§ 114 SGB V und 18a KHG, mit denen die Schiedsstellen für den Krankenhausbereich etabliert wurden.

Bei den in § 89 SGB V normierten Schiedsämtern handelt es sich – anders als etwa bei den Schiedspersonen, die das SGB V in unterschiedlichsten Konstellationen vorsieht und die nur bei Bedarf und grundsätzlich für ein konkretes Verfahren eingesetzt werden,[172] – um fest etablierte Einrichtungen, die unabhängig von einem konkreten Verfahren gleichsam ständig bereitstehen, um im Streitfall eine Schiedsentscheidung treffen zu können.[173]

Die aufsichtsführenden Behörden für die jeweiligen Schiedsämter ergeben sich aus § 89 Abs. 5 SGB V. Die Aufsicht erstreckt sich gemäß § 89 Abs. 5 S. 3 SGB V auf die Beachtung von Gesetz und sonstigem Recht.[174] Im Rahmen des Schiedsamtsverfahrens hat die Aufsichtsbehörde jenseits des Aufsichtsrechts gesonderte Verfahrens- und Entscheidungsrechte, auf die näher einzugehen sein wird.[175]

### c. Die für das Schiedsverfahren maßgeblichen Normen

Der formelle Gesetzgeber hat die Schiedsämter nicht nur gesetzlich etabliert; vielmehr hat er im Rahmen seiner Organisationsgewalt[176] auch die durchaus vielfältige Zuständigkeit der Schiedsämter bestimmt, grundlegende Vorgaben für deren Zusammensetzung gemacht und zudem – gleichsam für den Fall des Scheiterns des Schiedswesens in diesem Bereich – eine Art Ersatzvornahme durch die zuständige Aufsichtsbehörde vorgesehen. Weitere Details hat der Gesetzgeber mit § 89 Abs. 6 SGB V zur Regelung an die Exekutive übertragen: „*Das Bundesministerium für Gesundheit bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsämter, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten.*“ Ein umfassendes Verständnis des von den Schiedsämtern durchzuführenden Schiedsverfahrens ergibt sich daher nur aus einer Gesamtschau der Normen des SGB V und der Regelungen der auf Grundlage der entsprechenden Ermächtigung der damals geltenden RVO[177] erlassenen „*Verordnung über die Schiedsämter für die vertragsärztliche (vertragszahnärztliche) Versorgung*“ (Schiedsamtsverordnung).[178] Diese datiert vom 28.5.1957,[179] wurde aber ständig angepasst.[180]

---

172 Hierzu C. II. 5.

173 Zur Geschäftsführung der Schiedsämter vgl. *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 100 ff.

174 Die Aufsicht entspricht der in § 78 Abs. 3 SGB V geregelten Aufsicht über die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung; zu den Kassen und ihren Verbänden vgl. §§ 87 Abs. 1 S. 2 und 208 Abs. 2 S. 1 SGB V. Vgl. zur Klagebefugnis des Schiedsamts bei einer Aufsichtsverfügung BSG v. 10.5.2000 – B 6 KA 20/99 R.

175 Bezüglich bestimmter Themenkomplexe bestehen Vorlagepflichten bzw. besondere Beanstandungsrechte der Aufsichtsbehörde (hierzu und auch zum Rechtsschutz *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 80 ff.).

176 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht I, § 20 Rn. 32.

177 Vgl. § 368i Abs. 7 RVO, auf den die Eingangsformel der Verordnung Bezug nimmt.

178 Hier wird im Folgenden die Abkürzung SchiedsamtsVO verwendet.

179 BGBl. I 1957, S. 570.

180 Zur Entstehungsgeschichte vgl. *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 54. Die SchiedsamtsVO gilt im Übrigen sowohl für das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 7 SGB V (S. 3) als auch für die Landesschiedsämter nach § 89 Abs. 8 SGB V, obwohl sie dort

Da es sich beim Schiedsamtsverfahren um ein Verwaltungsverfahren im Sinne des § 8 SGB X handelt,[181] gelten zudem ergänzend die Normen des Sozialverwaltungsverfahrensrechts. Gegebenenfalls kommt auch eine Berücksichtigung prozessualer Verfahrensvorschriften – primär des SGG, aber auch der ZPO – in Betracht.[182] Bereits die SchiedsamtsVO orientiert sich in mancherlei Hinsicht an prozessualen Grundsätzen – so fordert etwa § 16 SchiedsamtsVO eine mündliche Verhandlung.[183]

### d. Aufgabenbereich der Schiedsämter

Mit § 89 SGB V hat der Gesetzgeber die Schiedsämter als Konfliktlösungsinstrumente nicht nur eingerichtet,[184] sondern zugleich auch deren Aufgabenbereich beschrieben.[185] Anders als bei anderen Schiedseinrichtungen, deren Aufgabenbereich unmittelbar im Kontext des materiellen Rechts geregelt ist – vgl. etwa die in § 129 Abs. 8 SGB V normierte Schiedsstelle, die gegebenenfalls den Inhalt des Rahmenvertrags über die Arzneimittelversorgung festsetzt oder die gemäß § 132d Abs. 1 S. 4 SGB V speziell für Streitigkeiten im Recht der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung etablierte Schiedsperson – arbeitet § 89 SGB V mit einer Art Generalklausel. Ein Aufgabenkatalog findet sich im Gesetz nicht; stattdessen besagt § 89 Abs. 1 SGB V, dass das Schiedsamt den Vertragsinhalt festsetzt, wenn „*ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande*“ kommt. Eine Legaldefinition des Begriffs „*Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung*“ enthält das SGB V dabei nicht.

Sehr häufig wird in speziellen Regelungen des SGB V ausdrücklich auf § 89 SGB V verwiesen. Dabei ist allerdings zu differenzieren zwischen Normen, die im Kontext anderer Schiedseinrichtungen lediglich auf das in § 89 Abs. 3 SGB V geregelte Besetzungsverfahren Bezug nehmen[186] und solchen Normen, die explizit das Schiedsamt als Konfliktlöser benennen. Letzteres ist in folgenden Regelungen der Fall, wobei sowohl die Landesschiedsämter wie auch die Bundesschiedsämter angesprochen sind:[187]

- **§ 39 Abs. 1a SGB V** – die Vorschrift regelt seit 2012[188] das so genannte Entlassmanagement, das von der Krankenhausbehandlung umfasst ist und „*die sektorenübergreifende Versorgung der Versicherten beim Übergang in die Versorgung nach Krankenhausbehandlung*“ sicherstellen

---

nicht erwähnt ist (zum insoweit gegebenen Redaktionsversehen vgl. *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 88).

181 Zur Verwaltungsaktsqualität der getroffenen Entscheidungen vgl. sogleich unter C. II. 2. j.

182 Hierzu *Schmiedl*, Das Recht des vertrags(zahn)ärztlichen Schiedswesens, 2002, S. 172 f.

183 *Düring*, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 107 f.

184 Damit unterscheidet sich § 89 SGB V von der in § 114 SGB V etablierten Landesschiedsstelle – in dieser Norm finden sich keinerlei konkrete Aussagen zu der Frage, wann diese tätig werden muss.

185 Dabei geht es genauer gesagt um die Schiedsamtsfähigkeit der in Frage stehenden Materie – zu klären ist, für welche Regelungskomplexe das Schiedsamt zulässigerweise angerufen werden kann (*Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 12).

186 Vgl. insoweit die häufiger anzutreffende Formulierung, die sich auf die Bestimmung der unparteiischen Mitglieder bezieht: „*Kommt eine Einigung nicht zu Stande, gilt § 89 Abs. 3 Satz 4 bis 5 entsprechend*“ (so etwa § 75 Abs. 3c S. 3 SGB V).

187 Häufig geht es dabei auch lediglich um die Frage, wer im konkreten Fall das Schiedsamt anrufen kann (vgl. etwa § 64a Abs. 2 SGB V für die Interessenvertretung der Apotheker). In mancher der Normen ist die Zuständigkeit des Schiedsamt gleich in mehrfacher Hinsicht angesprochen (vgl. etwa § 106b SGB V).

188 Eingefügt durch das GKV-VStG v. 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983). Der Gesetzgeber war mit der Umsetzung des schon länger in § 11 Abs. 4 SGB V normierten Versorgungsmanagements nicht zufrieden (BR-Drs. 456/11, S. 77).

soll.[189] Die Norm enthält in den ersten sieben Sätzen zahlreiche Vorgaben sowohl bezogen auf den Anspruch des Versicherten als auch die Rechte und Pflichten der Leistungserbringer.[190] Nach Satz 8 hat der Gemeinsame Bundesausschuss eine spezielle Richtlinienkompetenz. „*Die weiteren Einzelheiten zu den Sätzen 1 bis 7….*" regeln gemäß § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen auch als Spitzenverband Bund der Pflegekassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft unter Berücksichtigung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses. Durch den in § 39 Abs. 1a S. 9 2. HS SGB V enthaltenen Verweis auf § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V wird die Konfliktlösung in dieser Fallgestaltung dem Bundesschiedsamt übertragen, das allerdings in einer besonderen Besetzung entscheidet. Dabei kann gemäß § 39 Abs. 1a S. 9 2. HS SGB V auch das Bundesministerium für Gesundheit das Schiedsamt anrufen.[191]

- **§ 40 Abs. 2 SGB V** – zuständig ist das Bundesschiedsamt auch für die Festsetzung des im Rahmen von § 40 Abs. 2 SGB V zu schließenden Rahmenvertrags im Kontext der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, was sich aufgrund der gesetzestechnisch wenig gelungenen Verweisungskette nur mittelbar erschließt: § 40 Abs. 2 SGB V zitiert § 39 Abs. 1a SGB V und modifiziert ihn dahingehend, dass am Rahmenvertrag „*die für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene zu beteiligen sind.*" Damit dürfte gemeint sein, dass diese Verbände Vertragspartner des Rahmenvertrags sind und die Deutsche Krankenhausgesellschaft nicht mitwirkt. Der Verweis auf § 39 Abs. 1a SGB V führt aber auch zur Anwendung von § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V, so dass im Streitfall das Bundesschiedsamt – wiederum in einer besonderen Besetzung – den Vertragsinhalt festlegt.[192]
- **§ 57 SGB V –** gemäß § 57 Abs. 1 SGB V vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung jeweils bis zum 30. September eines Kalenderjahres für das Folgejahr die Höhe der Vergütungen für die zahnärztlichen Leistungen bei den Regelversorgungen nach § 56 Abs. 2 S. 2 SGB V.[193] Nach Satz 8 gilt § 89 Abs. 4 SGB V „*mit der Maßgabe, dass auch § 89 Abs. 1 und 1a entsprechend gilt.*" Die Festsetzungsfristen nach § 89 Abs. 1 S. 1 und 3 und Abs. 1a S. 2 SGB V betragen gemäß § 57 Abs. 1 S. 9 SGB V für die Festsetzungen nach den Sätzen 2 bis 4 des Absatzes 1 zwei Monate. Nach § 57 Abs. 2 SGB V vereinbart der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband Deutscher Zahntechniker-Innungen die Veränderung der erstmalig für das Jahr 2005 ermittelten bundeseinheitlichen durchschnittlichen Preise. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich vereinbaren mit den Innungsverbänden der Zahntechniker-Innungen die Höchstpreise für die zahntechnischen

---

189 Hierzu *Braun,* GesR 2015, S. 518 ff.

190 Dabei geht es etwa auch um die Möglichkeit der Verordnung von Arzneimitteln oder die Feststellung der Arbeitsunfähigkeit; das Krankenhaus kann nach Maßgabe von § 39 Abs. 1a S. 3 SGB V mit Vertragsärzten vereinbaren, dass diese Aufgaben des Entlassmanagements wahrnehmen.

191 Dass auch dieses Thema Konflikte hervorbringt, zeigt die inzwischen zurück genommene Klage der Deutschen Krankenhausgesellschaft gegen den Schiedsspruch (hierzu *Häser*, klinikarzt 2017, S. 10 ff.).

192 Jüngst hat der Gesetzgeber durch Art. 8 Nr. 3 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757) dementsprechend dann auch die Erweiterung des Bundesschiedsamts angepasst: Es kommen keine Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft, sondern Vertreter der für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene hinzu. Ergänzt wurde in diesem Kontext auch § 22a SchiedsamtsVO.

193 Zur Vergütung zahntechnischer Leistungen *Pabst*, MedR 2015, S. 649 ff.

Leistungen bei den Regelversorgungen nach § 56 Abs. 2 S. 2 SGB V. Nach § 57 Abs. 2 S. 8 gilt § 89 Abs. 7 SGB V mit der Maßgabe, „*dass die Festsetzungsfristen nach § 89 Absatz 1 Satz 1 und 3 und Absatz 1a Satz 2 für die Festsetzungen nach Satz 1 jeweils einen Monat betragen.*"

- **§ 64 Abs. 3 SGB V** – hier geht es um die Bereinigung der Gesamtvergütung und verschiedener Budgets oder Ausgabenvolumina im Kontext von Modellvorhaben nach §§ 63 Abs. 1 oder 64a SGB V. Kommt eine Einigung der zuständigen Vertragsparteien nicht zustande, können nach § 64 Abs. 3 S. 2 SGB V auch die Krankenkassen oder ihre Verbände, die Vertragspartner der Vereinbarung sind, das Schiedsamt nach § 89 SGB V anrufen.[194]
- **§ 64a Abs. 2 SGB V** – nach dieser Regelung kann jede Vertragspartei das Schiedsamt anrufen, wenn die nach Absatz 1 mögliche Vereinbarung zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene einerseits und den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und Ersatzkassen andererseits über die Durchführung eines Modellvorhabens nach § 63 SGB V zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Arzneimittel nicht zustande kommt.[195]
- **§ 73b Abs. 7 S. 4 SGB V** – hier geht es um die Bereinigung des Behandlungsbedarfs nach § 87a Abs. 3 S. 2 SGB V durch die Vertragspartner der Gesamtverträge im Kontext der hausarztzentrierten Versorgung.[196] Kommt eine rechtzeitige Einigung über die Bereinigung des Behandlungsbedarfs nicht zustande, können auch die Vertragspartner der Verträge über eine hausarztzentrierte Versorgung das Schiedsamt nach § 89 SGB V anrufen.
- **§ 106b SGB V** – in Absatz 2 ist die Vereinbarung einheitlicher Rahmenvorgaben für die Prüfungen der Wirtschaftlichkeit der Versorgung mit ärztlich verordneten Leistungen vorgesehen;[197] sie wird getroffen zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen. Kommt eine solche Vereinbarung erstmalig bis zum 31.10.2015 nicht zustande, entscheidet das Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V. Die Klage gegen seine Festsetzung hat keine aufschiebende Wirkung. § 106b Abs. 3 S. 1 SGB V bezieht sich auf die nach Absatz 1 auf Landesebene zu schließenden Vereinbarungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung. Sofern entsprechende Vereinbarungen bis zum 31.7.2016 ganz oder teilweise nicht zustande kommen, wird der Vertragsinhalt „*durch das Schiedsamt nach § 89 festgesetzt.*" Auch hier hat eine Klage gegen die Festsetzung nach Absatz 3 Satz 2 keine aufschiebende Wirkung.[198]
- **§ 115b Abs. 3 SGB V** – die Regelung betrifft das ambulante Operieren im Krankenhaus.[199] Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen vereinbaren gemäß § 115b Abs. 1 S. 1 SGB V einen Katalog der

---

194 Hier werden mit den jeweiligen Vertragspartnern getrennte Vereinbarungen getroffen; soweit es um das Krankenhausbudget geht, ist die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG zuständig.

195 Tätig wird im Konfliktfall gemäß § 64a Abs. 2 S. 3 SGB V ein erweitertes Bundesschiedsamt.

196 Hierzu *Adolf* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 73b Rn. 106 f. Vgl. auch *Klöck/Klein*, NZS 2012, S. 87 ff. sowie *Huster/Schütz*, NZS 2016, S. 645 ff.

197 Hierzu *Hofmayer*, GesR 2017, S. 73 ff.

198 Zur Fortgeltung alter Regelungen vgl. § 106b Abs. 3 S. 3 SGB V.

199 Die Formen der Krankenhausbehandlung haben sich schon vor Jahrzehnten erweitert (hierzu *Grünenwald*, WzS 1994, S. 78 ff.). Zum ambulanten Operieren im Krankenhaus *Jansen*, MedR 1993, S. 253 ff. sowie insbesondere zur Abgrenzung von anderen Behandlungsformen *Hedermann*, GesR 2014, S. 321. Vgl. auch *Hess*, NZS 1994, S. 149.

entsprechend durchführbaren Eingriffe sowie eine einheitliche Vergütung.[200] Kommt eine Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt gemäß § 115b Abs. 3 S. 1 SGB V auf Antrag einer Vertragspartei durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgelegt, das wiederum in einer besonderen Besetzung tätig wird.

- **§ 116b SGB V** – die Regelung normiert die ambulante spezialfachärztliche Versorgung als eigenen Versorgungsbereich; diese Versorgung umfasst die Diagnostik und Behandlung komplexer, schwer therapierbarer Krankheiten, die je nach Krankheit eine spezielle Qualifikation, eine interdisziplinäre Zusammenarbeit und besondere Ausstattungen erfordern.[201] Die Leistungen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung werden gemäß § 116b Abs. 6 SGB V unmittelbar von der Krankenkasse vergütet. Für die Vergütung der Leistungen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung[202] vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztliche Bundesvereinigung gemeinsam und einheitlich die Kalkulationssystematik, diagnosebezogene Gebührenpositionen in Euro sowie deren jeweilige verbindliche Einführungszeitpunkte nach Inkrafttreten der entsprechenden Richtlinien gemäß § 116b Abs. 4 und 5 SGB V.[203] Kommt diese Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt nach Absatz 6 Satz 7 auf Antrag einer Vertragspartei durch das Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V – wiederum in einer besonderen Besetzung – innerhalb von drei Monaten festgesetzt.
- **§ 117 SGB V** – die Norm regelt die Ermächtigung von Ambulanzen, Instituten und Abteilungen der Hochschulkliniken (Hochschulambulanzen) zur ambulanten ärztlichen Behandlung der Versicherten und der in § 75 Abs. 3 SGB V genannten Personen in dem für Forschung und Lehre erforderlichen Umfang (§ 117 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V) sowie von solchen Personen, die wegen Art, Schwere oder Komplexität ihrer Erkrankung einer Untersuchung oder Behandlung durch die Hochschulambulanz bedürfen (§ 117 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V). Gemäß § 117 Abs. 1 S. 3 SGB V vereinbaren[204] der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft die Gruppe derjenigen Patienten, die wegen Art, Schwere oder Komplexität der Erkrankung einer Versorgung durch die Hochschulambulanzen bedürfen. Kommt eine Einigung bis zum 23. Januar 2016 ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb von drei Monaten durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgelegt.[205]

---

200 Zu den Details *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115b Rn. 26 ff.

201 Im Detail vgl. *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 27 ff. sowie *Blöcher* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 116b Rn. 13 ff. Zur Entwicklungsgeschichte auch *Makoski*, GuP 2013, S. 201 ff. Vgl. auch *Penner*, ZMGR 2012, S. 16 ff. Zu den ersten Erfahrungen mit der Regelung *Makoski*, GuP 2017, S. 47 ff. sowie *Klakow-Franck*, GesR 2015, S. 577 ff. Eine verfassungsrechtliche Einordnung nimmt *Rixen*, GesR 2014, S. 449 ff. vor. Zu den Zielen der Norm *Orlowski*, GesR 2014, S. 522 ff.

202 Hierzu ausführlich auch *Mareck* in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, § 116b SGB V Rn. 130 ff.

203 Zu den Details der Kalkulation *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 105 ff.

204 Hierzu *Sonnhoff* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 117 Rn. 14 ff.

205 Zu beachten ist hier auch § 117 Abs. 1 S. 8 SGB V: „*Soweit und solange kein Vertrag nach Satz 3 zustande gekommen ist, können die Hochschulen oder Hochschulkliniken mit den Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und der Ersatzkassen die Festlegungen nach den Sätzen 3 und 4 vereinbaren. Ist ein Vertrag nach Satz 3 zustande gekommen, können Hochschulen oder Hochschulkliniken zur Berücksichtigung regionaler Besonderheiten mit den Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und der Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich durch Vertrag Abweichendes von dem Vertrag nach Satz 3 regeln.*“

- **§ 118 SGB V** – die Norm regelt die psychiatrischen Institutsambulanzen. Während psychiatrische Krankenhäuser vom Zulassungsausschuss zur ambulanten psychiatrischen und psychotherapeutischen Versorgung von Versicherten zu ermächtigen sind, die wegen der Art, Schwere oder Dauer ihrer Erkrankung oder wegen zu großer Entfernung zu geeigneten Ärzten auf die Versorgung durch das Krankenhaus angewiesen sind, werden Allgemeinkrankenhäuser mit selbständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen mit regionaler Versorgungsverpflichtung zur psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung nur nach Maßgabe eines Vertrags ermächtigt, den der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung schließt.[206] Darin wird die Gruppe psychisch Kranker festgelegt, die wegen Art, Schwere oder Dauer ihrer Erkrankung der ambulanten Behandlung durch diese Einrichtungen bedürfen. Kommt der Vertrag ganz oder teilweise nicht zustande, wird sein Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgelegt; wiederum agiert das Bundesschiedsamt in einer in § 118 Abs. 2 S. 4 SGB V beschriebenen besonderen Besetzung.
- **§ 118a SGB V** – die Regelung befasst sich mit den geriatrischen Institutsambulanzen und regelt die Ermächtigung bestimmter Krankenhäuser zu einer „*strukturierten und koordinierten ambulanten geriatrischen Versorgung der Versicherten.*" Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung vereinbaren im Einvernehmen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft Inhalt und Umfang einer strukturierten und koordinierten Versorgung geriatrischer Patienten (§ 118a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V), die Gruppe derjenigen geriatrischen Patienten, die wegen Art, Schwere und Komplexität ihrer Krankheitsverläufe einer Versorgung bedürfen (§ 118a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V), die sächlichen und personellen Voraussetzungen an die Leistungserbringung sowie sonstige Anforderungen an die Qualitätssicherung (§ 118a Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V); sie vereinbaren auch, in welchen Fällen die ermächtigte Einrichtung oder der ermächtigte Krankenhausarzt unmittelbar oder auf Überweisung in Anspruch genommen werden kann (§ 118a Abs. 2 S. 1 Nr. 4 SGB V). Kommt eine solche Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb von drei Monaten durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgelegt.[207] Auch hier ist eine besondere Besetzung des Schiedsamts vorgesehen.
- **§ 291a SGB V** – hier geht es um die erforderlichen erstmaligen Ausstattungskosten und die Kosten, die den Leistungserbringern im laufenden Betrieb der Telematikinfrastruktur entstehen.[208] Zum Ausgleich dieser Kosten erhalten die in Absatz 7b genannten Leistungserbringer nutzungsbezogene Zuschläge von den Krankenkassen. Das Nähere zu den Regelungen der Vereinbarung nach § 291a Abs. 7 S. 5 SGB V für die an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzte, Zahnärzte, Psychotherapeuten sowie medizinischen Versorgungszentren vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen gemäß § 291a Abs. 7b S. 2 SGB V in den Bundesmantelverträgen. Bis zum 30. September 2017 vereinbaren die Vertragspartner gemäß § 291a Abs. 7 S. 5 SGB V mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 nutzungsbezogene Zuschläge für die Nutzung

---

206 Hierzu *Sonnhoff*, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 118 Rn. 13 ff.

207 Auch hier agiert das Bundesschiedsamt im Übrigen in einer besonderen Besetzung.

208 § 291a Abs. 7 S. 5 SGB V.

von Daten nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB V[209] und für die Nutzung von Daten nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V.[210] Das Nähere zu den Regelungen der Vereinbarung nach § 291a Abs. 7 S. 5 SGB V für die Arzneimittelversorgung vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene im Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V; die nutzungsbezogenen Zuschläge für die Nutzung von Daten des Medikamentationsplans sind bis zum 30. September 2017 mit Wirkung ab dem 1. Januar 2018 zu vereinbaren. Kommt eine Vereinbarung nach § 291a Abs. 7b S. 2 SGB V nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande oder kommt eine Vereinbarung nach § 291a Abs. 7b S. 3 SGB V nicht bis zum 30. September 2017 zustande, legt das zuständige Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V auf Antrag einer Vertragspartei oder des Bundesministeriums für Gesundheit mit Wirkung für die Vertragsparteien innerhalb einer Frist von zwei Monaten den Vereinbarungsinhalt fest. § 291a Abs. 7a S. 5 SGB V gilt gemäß § 291a Abs. 7b S. 7 SGB V entsprechend, d.h. dass die Klage gegen die Festsetzung des Schiedsamts keine aufschiebende Wirkung hat.

- **§ 293 SGB V** – der jüngst ergänzte Absatz 7 der Norm[211] sieht die Führung eines bundesweiten Verzeichnisses aller in den nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäusern und ihren Ambulanzen tätigen Ärzte vor. Das Verzeichnis wird vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft geführt, die auch einen Dritten mit dieser Aufgabe beauftragen können. Die Details des Verzeichnisses sind gemäß § 293 Abs. 7 S. 9 SGB V zwischen den beiden Parteien bis Ende 2017 zu vereinbaren; mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ist ein „Einvernehmen" herzustellen. Nach Satz 10 ist die getroffene Vereinbarung[212] für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft,[213] die Kassenärztliche Bundesvereinigung sowie deren jeweilige Mitglieder und für die Leistungserbringer verbindlich. Kommt die Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt gemäß Satz 11 auf Antrag einer Vertragspartei durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V innerhalb von drei Monaten festgesetzt. Das Bundesschiedsamt entscheidet dabei in einer erweiterten Form.[214]

Die genannten Normen, in denen ausdrücklich auf § 89 SGB V verwiesen wird, regeln überwiegend besondere Fallkonstellationen, in denen sich die Zuständigkeit des Schiedsamts nicht ohne weiteres ergibt. Aufgrund der in § 89 Abs. 1 SGB V enthaltenen Generalklausel ist die Zuständigkeit des Schiedsamt aber weitaus größer. Fehlt eine ausdrücklich Bezugnahme auf § 89 SGB V, ist durch Auslegung der jeweiligen Normen über die vertragsärztliche Versorgung zu ermitteln, ob es um einen Vertrag geht, der zwischen den Verhand-

---

209 Hier geht es um medizinische Daten, soweit sie für die Notfallversorgung erforderlich sind.

210 Das sind die Daten des Medikamentationsplans nach § 31a SGB V einschließlich der Daten zur Prüfung der Arzneimitteltherapiesicherheit.

211 Vgl. Art. 8 Nr. 13 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757).

212 Hier liegt offenbar ein redaktionelles Versehen vor – § 293 Abs. 7 S. 10 SGB V verweist auf Satz 10.

213 Bezogen auf die Vertragsparteien ist diese Feststellung schlicht überflüssig – sie haben einen Vertrag geschlossen, der naturgemäß bindend ist.

214 § 293 Abs. 7 S. 12 SGB V: Es wird um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert und entscheidet dann mit einfacher Stimmenmehrheit.

lungsparteien – also den Kostenträgern auf der einen und der Ärzteschaft auf der anderen Seite – zu schließen ist. Zuständig sind die Schiedsämter insbesondere – ohne dass dies in den maßgeblichen Normen ausdrücklich erwähnt würde – für die Festsetzung des Inhalts der praktisch so bedeutsamen Bundesmantel- und der Gesamtverträge.[215] Es finden sich aber zahlreiche weitere Zuständigkeiten für das Schiedsamt. So ist etwa auch die in § 84 Abs. 1 SGB V zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam mit der Kassenärztlichen Vereinigung jährlich abzuschließende Arzneimittelvereinbarung[216] gegebenenfalls vom Schiedsamt festzusetzen.[217] In die Zuständigkeit des Schiedsamts fällt aber auch die auf Landesebene abzuschließende Vereinbarung nach Maßgabe von § 106 Abs. 1 S. 2 SGB V oder 106d Abs. 5 SGB V.

Die in § 89 Abs. 7 und 8 SGB V geregelten Schiedsämter haben entsprechende Kompetenzen – vgl. etwa § 88 Abs. 1 SGB V zur Vereinbarung eines bundeseinheitlichen Verzeichnisses der abrechnungsfähigen zahntechnischen Leistungen.

Im Kontext der Zuständigkeit der Schiedsämter kann es allerdings nur um solche Verträge gehen, zu deren Abschluss die Beteiligten gesetzlich verpflichtet sind. Wenn beispielsweise § 82 Abs. 3 SGB V bestimmt, dass die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit nicht bundesunmittelbaren Ersatzkassen, der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See und der landwirtschaftlichen Krankenkasse von § 83 S. 1 SGB V abweichende Verfahren zur Vereinbarung der Gesamtverträge vereinbaren „*können*", wären entsprechende Vereinbarungen nicht schiedsamtsfähig.[218] Der Wortlaut des § 89 Abs. 1 SGB V ist insoweit zwar sehr weit formuliert und könnte jegliche vertragliche Vereinbarung erfassen, doch legen Sinn und Zweck des Schiedswesens ein anderes Verständnis nahe: Nur soweit es um Verträge zur vertragsärztlichen Versorgung geht, die der Gesetzgeber als zwingend vorgibt, gilt es, einen dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung widersprechenden vertragslosen Zustand zu verhindern.[219] Dem Bundessozialgericht ist daher zuzustimmen, wenn es feststellt: „*Für die Annahme, jede vertragliche Vereinbarung zwischen den Institutionen, die (auch) die Gesamtverträge über die vertragsärztliche Versorgung abzuschließen haben, sei schiedsamtsfähig …, bietet das Gesetz keinen Anhaltspunkt.*"[220] Eine unbefangene Lektüre der Norm mag seit der Ergänzung des § 89 SGB V um seinen Absatz 1a allerdings einen anderen Eindruck vermitteln: Hier ist nunmehr ausdrücklich die Rede von einem „*gesetzlich vorgeschriebenen Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung*", so dass man annehmen könnte, dass die Regelung des Absatzes 1 für jegliche – also auch fakultative – Verträge über die vertragsärztliche Versorgung gilt. Offenbar hat der Gesetzgeber im Absatz 1a aber nur das deutlich gemacht, was seit jeher auch für den Absatz 1 gilt. Hinzuweisen ist allerdings bereits hier darauf, dass in Einzelfällen das Schiedsamt angerufen werden kann, obwohl in der maßgeblichen Norm von einem Vertrag

---

215 §§ 82 Abs. 1, 83, 87 SGB V; in zahlreichen Normen des SGB V wird darauf abgestellt, dass Fragen in den entsprechenden Verträgen zu regeln sind (vgl. etwa § 73 Abs. 10, 76 Abs. 3 SGB V, § 119b Abs. 2 SGB V, § 135 Abs. 2 SGB V oder § 295 Abs. 3 SGB V).

216 Die Regelungen gelten für Heilmittel entsprechend (§ 84 Abs. 8 SGB V).

217 § 84 Abs. 1 S. 3 SGB V (hierzu *Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 84 Rn. 28).

218 *Wiegand* spricht insoweit von freiwilligen Verträgen (in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 18).

219 Dieses Ziel hat der Gesetzgeber letztlich auch hier verfolgt (BT-Drs. 12/3608, S. 90, BT-Drs. 15/1525, S. 106).

220 So der Orientierungssatz von BSG v. 10.3.2004 – B 6 KA 113/03 B (vgl. dort auch Rn. 7).

die Rede ist, der geschlossen werden kann.[221] In solchen Fällen ist es denkbar, dass sich hinter dem Wort „kann" bei entsprechender Auslegung ein „muss" oder jedenfalls ein „soll" verbirgt; anderenfalls wären entsprechende Normen zu korrigieren.

Auf die Gründe für das Scheitern des durch das SGB V zwingend vorgegebenen Vertrags über die vertragsärztliche Versorgung kommt es nicht an.[222] Ob es zwischen den Verhandlungsparteien überhaupt zu ernsthaften Verhandlungen gekommen ist, ist nach zutreffender Ansicht des Bundessozialgerichts nicht maßgeblich: „*Die Kläger können nicht mit Erfolg geltend machen, dass vor der Anrufung des Landesschiedsamtes keine ernsthaften Vertragsverhandlungen stattgefunden hätten. Eine Entscheidung des Schiedsamtes ist nicht davon abhängig, dass die Beteiligten zuvor mit der gebotenen Ernsthaftigkeit verhandelt haben …. Bereits dem Wortlaut des § 89 Abs. 1 Satz 1 SGB V ist kein Hinweis darauf zu entnehmen, dass es auf die Gründe des Scheiterns der Verhandlungen ankommen würde oder dass als Verfahrensvoraussetzung Anforderungen an die Intensität der dem Schiedsspruch vorausgehenden Verhandlungen zu stellen wären. Ausschlaggebend ist nach dem Wortlaut des Gesetzes allein, dass der Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande gekommen ist …".*[223] Und diese Voraussetzung sieht das Gericht auch dann als erfüllt an, wenn es schon zu keiner Einigung über den Termin der Verhandlungen gekommen ist.[224]

Gegenstand des Schiedsverfahrens sind im Übrigen nur diejenigen Punkte, die zwischen den Verhandlungsparteien streitig geblieben sind.[225] Das Schiedsamt setzt also nur den Teil des Vertragsinhalts fest, der noch offen ist. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die in § 14 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO enthaltene Regelung, wonach von den Parteien unter anderem darzulegen ist, über welche Teile des Vertrags keine Einigung zustande gekommen ist. Es bleibt den Parteien zudem unbenommen, auch während eines laufenden Schiedsverfahrens weiter zu verhandeln und damit dem Schiedsamt den Regelungsgegenstand wieder zu entziehen.[226]

### e. Zusammensetzung

#### (1) Allgemeines

Der Gesetzgeber hat in § 89 SGB V sowohl für die Landes- als auch die Bundesschiedsämter eine paritätische Besetzung vorgeschrieben. § 89 Abs. 2 S. 2 SGB V bestimmt insoweit: „*Das Schiedsamt besteht aus Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern.*"[227] Die Regelung gilt für die Landesschiedsämter und über Absatz 4 Satz 2 auch für die Bundesschiedsämter; für den

---

221 Vgl. hierzu ausführlich unter D. V. 4.

222 *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 27.

223 BSG v. 13.8.2014 – B 6 KA 6/14 R, Rn. 31 m.w.N.

224 BSG v. 13.8.2014 – B 6 KA 6/14 R, Rn. 31. Kritisch *Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 89 Rn. 11, der bei der fehlenden gebotenen Ernsthaftigkeit für eine Aussetzung des Verfahrens plädiert. So sinnvoll dieser Vorschlag ist – weder das SGB V noch die SchiedsamtsVO bieten hier entsprechende Anhaltspunkte. Eine tatsächliche „Ernsthaftigkeit" ließe sich in der Praxis zudem kaum überprüfen.

225 *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 44.

226 *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 77 m.w.N.

227 Wenn von Vertretern die Rede ist, geht es also offenbar um die „parteiischen" Mitglieder des Schiedsamts.

Bereich der Zahntechnik wurden in den Absätzen 7 und 8 entsprechende Regelungen getroffen.

Die konkrete Anzahl der Mitglieder der Schiedsämter wurde der Regelungsbefugnis des Bundesministeriums für Gesundheit überlassen. Dieses hat die Vorgabe des § 89 Abs. 2 S. 2 SGB V dahingehend konkretisiert, dass es neben den drei unparteiischen Mitgliedern für die Landesschiedsämter maximal jeweils vier Vertreter gibt – diese werden vom jeweiligen Vertragspartner bestellt.[228] Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen können gemäß § 1 Abs. 1 S. 3 SchiedsamtsVO allerdings abweichende Regelungen zur Anzahl der zu bestellenden Vertreter vereinbaren; dabei darf die Zahl von zwei nicht unterschritten werden.[229] Kommt es zu einer entsprechenden Vereinbarung, reduziert sich gemäß § 1 Abs. 1 S. 5 SchiedsamtsVO die Anzahl der Ärztevertreter entsprechend. Für das Bundesschiedsamt besteht diese Möglichkeit nicht, dieses besteht immer aus elf Mitgliedern.[230]

Für alle Mitglieder der Schiedsämter sind Stellvertreter zu bestimmen. Für die „parteiischen" Vertreter werden jeweils 2 Personen benannt;[231] die unparteiischen Mitglieder des Schiedsamts haben jeweils nur einen Stellvertreter.[232] Für die Schiedsämter für die Vergütung zahntechnischer Leistungen gelten die Absätze 7 und 8 des § 89 SGB V sowie die maßgeblichen Normen der Schiedsamtsverordnung in entsprechender Anwendung.

Die Vertreter des Schiedsamts werden von den jeweiligen Körperschaften entsandt.[233] Hinsichtlich der drei unparteiischen Mitglieder „*sollen sich die Kassenärztlichen Vereinigungen, die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen einigen.*"[234] In diesem Fall beträgt die Amtszeit nach § 89 Abs. 3 S. 3 SGB V vier Jahre. Soweit es allerdings nicht gelingt, eine Einigung herbeizuführen, haben die Beteiligten nach Satz 4 eine gemeinsame Liste aufzustellen, die mindestens die Namen für zwei Vorsitzende und je zwei weitere unparteiische Mitglieder sowie deren Stellvertreter enthalten muss. Kommt es aufgrund dieser Liste noch immer nicht zu einer Einigung, entscheidet nach Satz 5 das Los darüber, wer das Amt des Vorsitzenden, der weiteren unparteiischen Mitglieder und der Stellvertreter auszuüben hat; in diesem Fall beträgt die Amtsdauer nur ein Jahr.[235]

### (2) Das erweiterte Bundesschiedsamt

Zu beachten ist, dass die Schiedsämter aufgrund der oben genannten spezialgesetzlichen Regelungen mitunter in einer anderen Besetzung entscheiden. Es kommen weitere parteii-

---

228 § 1 Abs. 1 SchiedsamtsVO. Wird ein Landesschiedsamt für die Bezirke mehrerer Kassenärztlicher Vereinigungen errichtet, sollen sich diese über die Vertreter der Ärzte bzw. Zahnärzte einigen. § 1 Abs. 4 S. 2 SchiedsamtsVO sieht für den Streitfall ein Losverfahren vor.

229 § 1 Abs. 1 S. 4 SchiedsamtsVO.

230 § 1 Abs. 3 SchiedsamtsVO.

231 § 1 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO.

232 § 2 SchiedsamtsVO.

233 Das ergibt sich – wenn auch für die Hauptvertreter nur mittelbar – aus § 1 Abs. 1 und 3 und 4 SchiedsamtsVO.

234 § 89 Abs. 3 S. 1 SGB V; in diesem Fall gilt für die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen § 213 Abs. 2 in der bis Ende 2008 geltenden Fassung entsprechend (§ 89 Abs. 3 S. 2 SGB V).

235 § 89 Abs. 3 S. 6 SGB V. Eine im Losverfahren bestimmte Person dürfte auf geringere Akzeptanz stoßen (BT-Drs. 18/6905, S. 66); vgl. auch *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, §130b SGB V Rn. 41.

sche Mitglieder hinzu – nämlich Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Ein typisches Beispiel ist hier § 115b Abs. 3 SGB V, der die Zuständigkeit des Bundesschiedsamts normiert, zugleich aber dessen personelle Besetzung verändert. Darauf wird im Laufe der Ausführungen zurückzukommen sein.

### f. Die Rechtsstellung der Mitglieder

Alle Mitglieder des Schiedsamts müssen sich zur Amtsübernahme bereit erklären.[236] Sie führen ihr Amt als Ehrenamt[237] und sind an Weisungen nicht gebunden.[238] Zahlreiche weitere Details – wie etwa die Mitwirkungspflicht der Mitglieder an den Sitzungen oder die vorzeitige Niederlegung des Amtes – sind in der SchiedsamtsVO geregelt.[239]

Während die Vertreter der Krankenkassen und der Ärzteschaft von „ihren" Körperschaften nach § 4 Abs. 2 SchiedsamtsVO abberufen werden können, ohne dass es eines Grundes bedürfte,[240] können die unparteiischen Mitglieder nur bei Vorliegen eines „*wichtigen Grundes*"[241] von der für die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schiedsämter zuständigen Behörde abberufen werden.[242]

### g. Mitwirkung nur bei Betroffenheit

Das SGB V sieht die Einrichtung gemeinsamer Schiedsämter vor; es wird also nicht etwa für jede Kassenart ein eigenes Schiedsamt gebildet. Vor diesem Hintergrund sieht das Gesetz eine Regelung vor, die sicherstellen soll, dass nur diejenigen Verhandlungspartner auf Kassenseite am Schiedsverfahren teilnehmen, deren Interessen von den zu entscheidenden Fragen tatsächlich betroffen sind. § 89 Abs. 2 S. 3 SGB V bestimmt insoweit: „*Bei der Entscheidung über einen Vertrag, der nicht alle Kassenarten betrifft, wirken nur Vertreter der betroffenen Kassenarten im Schiedsamt mit.*" Die Krankenkassen bzw. ihre Verbände können allerdings von „*Satz 3 abweichende Regelungen vereinbaren*".[243] § 1 Abs. 2 S. 1 SchiedsamtsVO ergänzt diese Regelung: Wenn nur eine Kassenart betroffen ist, wirken nur der Vertreter dieser Kassenart und einer seiner Stellvertreter mit. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen können gemäß § 1 Abs. 2 S. 2 SchiedsamtsVO hiervon abweichende Regelungen treffen; allerdings darf die Zahl von zwei Vertretern nicht unterschritten werden. Um den Grundsatz der paritätischen Besetzung auch in diesem Fall zu wahren, bestimmt § 1 Abs. 2 S. 3 SchiedsamtsVO, dass sich die Zahl der Ärzte bzw. Zahnärzte entsprechend verringert.

---

236 § 2 SchiedsamtsVO.

237 Hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 66. Zur entsprechenden Einbindung ehrenamtlich Tätiger in ein Kollegialorgan *Groß*, Das Kollegialorgan in der Verwaltungsorganisation, 1999, S. 53.

238 § 89 Abs. 3 S. 7 und 8 SGB V.

239 Ausführlich zur Rechtsstellung der Schiedsamtsmitglieder vgl. auch *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 103 ff. Zur Entschädigung des Schiedsamtsvorsitzenden nach Maßgabe der SchiedsAmtsVO BSG v. 27.6.2001 – B 6 KA 86/00 B.

240 Diese Möglichkeit muss angesichts der Weisungsfreiheit gegeben sein.

241 Letztlich geht es hierbei um die Frage der Zumutbarkeit eines Verbleibs in der Schiedsstelle; die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zu § 626 BGB kann insoweit als Anhaltspunkt dienen.

242 § 4 Abs. 1 SchiedsamtsVO.

243 § 89 Abs. 2 S. 4 SGB V.

### h. Das Verfahren vor dem Schiedsamt

#### (1) Verfahrensbeginn

Der Beginn des Verfahrens vor den Schiedsämtern ist unterschiedlich ausgestaltet.

Kommt ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande, beginnt das Verfahren nach § 13 Abs. 1 S. 1 SchiedamtsVO mit dem bei dem Schiedsamt von einer der Vertragsparteien gestellten Antrag auf Herbeiführung einer Einigung über den Vertragsinhalt.[244] Stellt keine der Parteien den erforderlichen Antrag, beginnt das Verfahren mit dem von den zuständigen Aufsichtsbehörden – nach Ablauf einer den Vertragsparteien gesetzten angemessen Frist[245] – nach § 89 Abs. 1a SGB V gestellten Antrag.[246]

Ist ein bereits bestehender Vertrag dagegen gekündigt worden,[247] bedarf es keines Antrags auf Einleitung eines Schiedsverfahrens. Die kündigende Vertragspartei hat die Kündigung dem Schiedsamt gemäß § 89 Abs. 1 S. 2 SGB V schriftlich mitzuteilen; kommt bis zum Ablauf des Vertrags kein neuer Vertrag zustande, setzt das Schiedsamt innerhalb von drei Monaten dessen Inhalt fest.[248] Für diese Fallkonstellation hat der Gesetzgeber mit § 89 Abs. 1 S. 4 SGB V eine so genannte Nachwirkungsanordnung oder Fortgeltungsanordnung getroffen: Die Bestimmungen des alten Vertrags gelten bis zur Entscheidung des Schiedsamts vorläufig weiter.

#### (2) Vorgaben für das Verfahren

Zahlreiche Einzelfragen das Schiedsamtsverfahren betreffend regelt die SchiedsamtsVO.[249] Subsidiär findet darüber hinaus das SGB X Anwendung, das insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Befangenheit der unparteiischen Mitglieder[250] relevant wird, denn hierzu schweigt die SchiedamtsVO. Maßgeblich ist insbesondere § 17 SGB X. Über das Vorliegen eines Befangenheitsgrundes muss das Schiedsamt selbst nach §§ 17 Abs. 2 i.V.m. § 16 Abs. 4 SGB X entscheiden.[251] Das Schiedsamt ist ein Ausschuss im Sinne des Gesetzes, und das Risiko einer „*Selbstblockade des Schiedsamts*“[252] dürfte angesichts der Mehrheitsverhältnisse gering sein. Bedeutsam sind in diesem Kontext aber auch die Vorschriften über die Heilung

---

244 Im Gesetz selbst ist dieses Erfordernis nur in § 89 Abs. 1a SGB V explizit angesprochen.

245 Hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 28.

246 § 13 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO. Mit der Regelung des § 89 Abs. 1a SGB V wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Parteien den Abschluss eines zwingenden Vertrags boykottieren (BT-Drs. 12/3609, S. 90).

247 Zur Kündigungsfrist *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 31.

248 § 89 Abs. 1 S. 3 SGB V; die Rechtmäßigkeit der Kündigung beurteilt sich im Fall des Fehlens entsprechender vertraglicher Regelungen nach § 59 SGB X.

249 Ausführlich hierzu auch *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 127 ff.

250 Bei den Vertretern kann trotz der auch bei ihnen gegebenen Weisungsfreiheit nicht wirklich von einer Unparteilichkeit ausgegangen werden (so auch *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 113).

251 Ebenso *Buchner/Busch*, SGb 2011, S. 21, 22; *Lüke*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18a KHG, 2010, S. 89; *Vahldieck* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 89 Rn. 45.

252 So *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 71, der insoweit die Aufsichtsbehörde für zuständig hält.

von Verfahrens- und Formfehlern.[253] Der in § 20 SGB X geregelte Untersuchungsgrundsatz gilt auch für das Verfahren vor dem Schiedsamt.[254]

### (3) Im Besonderen: Zeitliche Vorgaben

Der Gesetzgeber hat den Schiedsämtern konkrete zeitliche Vorgaben für den Schiedsspruch gemacht. Die „*Durchsetzung des an die gemeinsame Selbstverwaltung gesetzten Auftrags der Vermeidung vertragsloser Zustände*" soll „*zügig erreicht werden.*"[255] Nach dem Beginn des Schiedsverfahrens hat das Schiedsamt jeweils drei Monate Zeit, um den Vertragsinhalt festzusetzen.[256] Mitunter hat der Gesetzgeber – vgl. etwa § 291a Abs. 7b S. 5 SGB V, der eine Frist von zwei Monaten vorsieht – spezielle Fristen normiert. Die Überschreitung dieser Frist hat zwar für die Rechtmäßigkeit des Schiedsspruchs keine Konsequenzen, weil es sich ähnlich wie bei § 18a KHG – um eine reine Ordnungsvorschrift handelt.[257] Allerdings berechtigt die Fristüberschreitung die Aufsichtsbehörde zur Nachfristsetzung und – nach deren Ablauf – zur Ersatzvornahme: Gemäß § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V, der auch im Rahmen von Absatz 1a entsprechend gilt,[258] setzt die für das Schiedsamt zuständige Aufsichtsbehörde dann den Vertragsinhalt selbst fest.

#### i. Rechtliche Bindungen und Gestaltungsspielraum

Da das Schiedsamt an die Stelle der Vertragsparteien tritt, sind dieselben rechtlichen Vorgaben maßgeblich.[259]

Das Schiedsamt hat damit zugleich den Gestaltungsspielraum,[260] den die Vertragsparteien bei der Vereinbarung eines entsprechenden Vertrags haben. In Konsequenz dessen haben die Gerichte eine nur eingeschränkte Kontrolldichte zu akzeptieren: „*Ein Schiedsspruch stellt seiner Natur nach einen Interessenausgleich durch ein sachnahes und unabhängiges Gremium dar.*"[261] Die paritätische Zusammensetzung entsprechender Gremien, das Mehrheitsprinzip und auch die Weisungsfreiheit der Mitglieder sollen diese in die Lage versetzen, unter vermittelnder Zusammenführung unterschiedlicher Interessen zu einer Entscheidung zu kommen, die nicht

---

253 Hierzu *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 217 ff.

254 *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 146 f. Einschränkend mit Blick auf den „Mediationscharakter" *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 37.

255 So *Vahldieck*, in: Hauck/Noftz, SGB V, § 89 Rn. 9.

256 § 89 Abs. 1 S. 1, 2, Abs. 1a S. 2, Abs. 7 SGB V.

257 So schon BSG v. 30.10.1963 – 6 RKa 4/62, Rn. 55. Vgl. hierzu auch *Düring* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 9 Rn. 40.

258 § 89 Abs. 1a S. 3 SGB V.

259 Vgl. zur Überschreitung rechtlicher Grenzen durch das Schiedsamt etwa BSG v. 9.4.2008 – B 6 KA 29/07 R, Rn. 30: „*eine vom Schiedsamt zwingend zu beachtende rechtliche Vorgabe*". Grundlegend hierzu auch BSG v. 20.10.1963 – 6 RKa 4/62, Rn. 50. Ausführlich zu den Regelungsvorgaben für das Schiedsamt *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 161 ff., die konkrete und in der Praxis häufig relevante Aspekte ansprechen.

260 Zur unterschiedlichen Begrifflichkeit *Seewald*, VSSR 2015, S. 27 ff. Zur nur schwer sauber durchzuführenden Abgrenzung von Beurteilungsspielraum und Gestaltungsspielraum auch *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 153 m.w.N. Vgl. hierzu auch BSG v. 14.12.2005 – B 6 KA 25/04 R.

261 So etwa BSG v. 14.12.2000 –B 3 P 19/00 R, Rn. 22.

immer die einzig richtige ist und zudem häufig Kompromisscharakter hat.[262] Für die Rechtsprechung folgt daraus: „*Bei Berücksichtigung dieses Entscheidungsspielraums sind gerichtlich zu überprüfen ausschließlich die Fragen, ob die Ermittlung des Sachverhalts in einem fairen Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs erfolgte, der bestehende Beurteilungsspielraum eingehalten und zwingendes Gesetzesrecht beachtet worden ist. Dies setzt voraus, daß die gefundene Abwägung auch hinreichend begründet worden ist.*“[263]

### j. Schiedsspruch

Das Schiedsamt setzt den Vertragsinhalt mit der Mehrheit seiner Mitglieder fest.[264] § 18 Abs. 1 SchiedsamtsVO ergänzt diese Aussage dahingehend, dass das Schiedsamt mit einfacher Stimmenmehrheit entscheidet und eine Stimmenthaltung nicht zulässig ist. Eine Mehrheit der Mitglieder in diesem Sinne hat den Vertragsinhalt insgesamt auch dann festgesetzt, wenn die in sich selbstständigen Bestimmungen einer Gesamtregelung jeweils mit einer wechselnden Mehrheit der Mitglieder beschlossen wurden.[265]

Der Schiedsspruch des Schiedsamts hat eine Doppelnatur. Er setzt den Inhalt des öffentlich-rechtlichen Vertrags, der eigentlich zwischen den Parteien hätte geschlossen werden müssen, fest. Die Vertragsparteien sind Adressaten der Entscheidung; ihnen gegenüber stellt sich der Schiedsspruch als Verwaltungsakt im Sinne von § 31 SGB X dar.[266] Mit Blick auf die Mitglieder der Verfahrensbeteiligten, also die Krankenkassen und Vertragsärzte, sind die Entscheidungen des Schiedsamts als Normverträge oder Normsetzungsverträge[267] zu qualifizieren; der rechtliche Charakter etwa des Bundesmantelvertrags als Normsetzungsvertrag ändert sich nicht dadurch, dass das Schiedsamt seinen Inhalt ganz oder teilweise festgesetzt hat.[268]

### k. Rechtsschutz

Die Vertragsparteien[269] können den Schiedsspruch des Schiedsamts mit der Anfechtungsklage[270] vor dem Landessozialgericht angreifen[271] und damit einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen.[272] Beklagte ist das Schiedsamt selbst.[273] Ein Vorverfahren findet nicht statt. Es

---

262 BSG v. 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, Rn. 22; vgl. auch BVerwG v. 1.12.1998 – 5 C 17/97 zur Schiedsstelle nach § 94 BSHG.

263 BSG v. 14.12.2000 – B 3 P 19/00 R, Rn. 22. Zu den Maßstäben der gerichtlichen Kontrolle von Entscheidungen der Landesschiedsämter auch BSG v. 19.3.1997 – 6 RKa 36/96.

264 § 89 Abs. 1 S. 1 und 2 sowie Abs. 1a S. 2 SGB V.

265 BSG v. 20.10.2004 – B 6 KA 44/04 B, Rn. 9.

266 Diese Ansicht vertritt das BSG in ständiger Rechtsprechung seit 1963 (U.v. 30.10.1963 - 6 RKa 4/62). Die Literatur hat sich dem weitgehend unwidersprochen angeschlossen (vgl. hierzu auch *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 154 ff.).

267 Hierzu oben B. II.

268 Anschaulich insoweit etwa BSG v. 13.8.2014 – B 6 KA 46/13 R, Rn. 26 m.w.N.

269 Bei nicht am Verfahren beteiligten Dritten, etwa einem Vertragsarzt, erfolgt allenfalls eine Inzidentkontrolle, wenn ein auf Grundlage des durch das Schiedsamt festgesetzten Vertrags erlassener Ausführungsbescheid angefochten wird (zum Umfang der Kontrolle *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 57).

270 Zur statthaften Klageart ausführlich *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 205 ff.

271 §§ 51 Abs. 1 Nr. 2, 8 und 29 Abs. 2 Nr. 1 SGG.

272 Dabei ist im Rahmen der Inzidentprüfungen von Entscheidungen der Schiedsämter die Beachtung der formellen Vorgaben für die Durchführung des Schiedsverfahrens nicht zu prüfen; es geht allein darum, ob die vom Schiedsamt festgesetzte Regelung wirksam wäre, wenn sie im Wege freier Verhandlungen der

mangelt insofern bereits an einer übergeordneten Stelle, die über einen Widerspruch entscheiden könnte. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts folgt zudem aus der Eigenart der Tätigkeit des Schiedsamts, dass eine Überprüfung des Schiedsspruchs nur im gerichtlichen Verfahren erfolgen kann.[274] Die Anfechtungsklage hat gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG i.V.m. § 89 Abs. 1 S. 6 bzw. Abs. 1a S. 4 SGB V keine aufschiebende Wirkung.[275] Die durch § 86a Abs. 3 S. 1 SGG eingeräumte Möglichkeit eines Antrags an die Behörde, die sofortige Vollziehung auszusetzen, dürfte unstatthaft sein – schließlich endet die Kompetenz des Schiedsamts mit der Bekanntgabe seiner Entscheidung;[276] die Vertragspartner können aber die Anordnung der aufschiebenden Wirkung beim Gericht beantragen.[277]

## 3. Schiedsstellen in der gesetzlichen Krankenversicherung

### a. Allgemeines

Ein mittlerweile sehr häufig eingesetztes Konfliktlösungsinstrument im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung sind die so genannten Schiedsstellen.[278] Vielen von ihnen sind erst in den letzten Jahren im SGB V etabliert worden, manche – wie etwa die Schiedsstelle nach § 18a KHG – können aber auch auf eine längere Tradition zurückblicken. Schiedsstellen sollen Konflikte zwischen den Kostenträgern und den Leistungserbringern in den unterschiedlichsten Bereichen des Krankenversicherungsrechts lösen; es findet sich aber beispielsweise auch eine Schiedsstelle, die anstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses über bestimmte Richtlinien entscheidet.[279]

Angesichts der Vielfalt der im Krankenversicherungsrecht bestehenden Schiedsstellen soll zunächst eine Darstellung der maßgeblichen Normen in chronologischer Reihenfolge[280] erfolgen. Diese Bestandsaufnahme ermöglicht dann eine systematische Analyse der vom Gesetzgeber gewählten Konfliktlösungsstrategien. In diesem Kontext wird auch zu berücksichtigen sein, ob und inwieweit Schiedsstellen dreiseitige Verträge ersetzen können und welche Erkenntnisse sich für eine mögliche Weiterentwicklung der rechtlichen Instrumente in diesem Bereich gewinnen lassen.

---

Vertragspartner zustande gekommen wäre (hierzu BSG v. 13.8.2014 – B 6 KA 46/13 R zum Bundesschiedsamt für die vertragszahnärztliche Versorgung).

273 Die Schiedsämter sind gemäß § 70 Nr. 4 SGG als gemeinsame Entscheidungsgremien von Leistungsträger und Krankenkassen beteiligtenfähig und werden gemäß § 71 Abs. 4 SGG vom unparteiischen Vorsitzenden gerichtlich vertreten (ausführlich hierzu *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 203 ff.).

274 Vgl. etwa BSG v. 13.8.2014 – B 6 KA 6/14 R, Rn. 21 m.w.N.

275 Das gilt entsprechend auch dann, wenn die Aufsichtsbehörde selbst den Vertragsinhalt festgesetzt hat (*Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 79).

276 *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 225.

277 § 86b Abs. 1 Nr. 2 SGG.

278 Zum Schiedsstellenverfahren im Sozialrecht *Becker* in: Perspektiven des Gesundheitswesens, S. 271 ff.

279 § 92 Abs. 1a SGB V; hierzu auch unter C. II. 3. d.

280 Eine Ausnahme gilt insoweit für die Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses, mit deren Schaffung der Gesetzgeber eine gänzlich eigenständige Zielsetzung verfolgt (hierzu unter C. II. 3. d).

### b. Im SGB V normierte Schiedsstellen

Im SGB V sind unterschiedlichste Fallkonstellationen geregelt, in denen die Entscheidung einer Schiedsstelle die nach dem Gesetz vorgesehene vertragliche Vereinbarung ersetzt. Dabei hat der Gesetzgeber zum einen für bestimmte Bereiche eigenständige Einrichtungen etabliert; häufig weist er die durch Schaffung neuer Regelungen erforderlich gewordene Konfliktlösung aber auch bereits für andere Bereiche bestehenden Schiedsstellen zu.

#### (1) § 75 Abs. 3c SGB V

§ 75 SGB V ist unter der Überschrift „*Inhalt und Umfang der Sicherstellung*" an die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen adressiert und enthält in seinem Absatz 3c eine Schiedsstellenregelung. Die Adressaten der Norm werden über § 75 Abs. 1 SGB V unmittelbar zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung in dem in § 73 Abs. 2 SGB V bezeichneten Umfang verpflichtet. Die Regelung ergänzt insoweit § 72 SGB V, der die Krankenkassen und die an der ambulanten Versorgung teilnehmenden Leistungserbringer selbst, also etwa die Ärzte, zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung verpflichtet.[281] Der Sicherstellungsauftrag umfasst nach den Absätzen 1a und 1b der Norm auch die Zurverfügungstellung der fachärztlichen Versorgung und des Notdienstes. Absatz 2 weist den Vereinigungen die weitere Aufgabe zu, die Rechte der Vertragsärzte gegenüber den Krankenkassen wahrzunehmen und verpflichtet sie zugleich – im Rahmen des Sicherstellungsauftrags – zu deren Überwachung. Die Absätze 3, 3a, 4 und 5 des § 75 SGB V erweitern den Personenkreis, dessen vertragsärztliche Versorgung durch die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen sicherzustellen ist.
Für die vorliegende Untersuchung sind die Absätze 3a bis 3c von Interesse. Gemäß § 75 Abs. 3a S. 1 SGB V umfasst der Sicherstellungsauftrag auch „*die ärztliche Versorgung der in den brancheneinheitlichen Standardtarifen nach § 257 Abs. 2a in Verbindung mit § 314 und nach § 257 Abs. 2a in Verbindung mit § 315 sowie dem brancheneinheitlichen Basistarif nach § 152 Absatz 1 des Versicherungsaufsichtsgesetzes und dem Notlagentarif nach § 153 des Versicherungsaufsichtsgesetzes Versicherten mit den in diesen Tarifen versicherten ärztlichen Leistungen*". Privatversicherte sind in den Sicherstellungsauftrag naturgemäß nicht einbezogen; für Privatversicherte, die in den genannten Tarifen[282] versichert sind, gilt etwas anderes. § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V befasst sich mit der Vergütung dieser Leistungen, solange und soweit keine Vereinbarung nach Maßgabe von § 75 Abs. 3b SGB V getroffen wurde. Gemäß § 75 Abs. 3b SGB V kann die Vergütung der in § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V genannten Leistungen in Verträgen zwischen dem Verband der privaten Krankenversicherung einheitlich mit Wirkung für die Unternehmer der privaten Krankenversicherung mit den Kassenärztlichen Vereinigungen oder den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen ganz oder teilweise abweichend von § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V geregelt werden.[283] Wird zwischen den Beteiligten nach Satz 1 keine Einigung über eine von § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V abweichende Vergütungsregelung erzielt, kann der Beteiligte, der die Abweichung verlangt, die Schiedsstelle nach Absatz 3c anrufen. Diese hat innerhalb von drei

---

281 Allerdings werden auch in § 72 Abs. 2 SGB V umgehend die Kassenärztlichen Vereinigungen angesprochen.

282 Zu den Details *Hesral* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 75 Rn. 153 ff.

283 Dabei ist das Einvernehmen mit den Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften herzustellen.

Monaten[284] über die Gegenstände, über die keine Einigung erzielt werden konnte, zu entscheiden und den Vertragsinhalt festzusetzen.[285]
Der Gesetzgeber hat in § 75 Abs. 3c SGB V eine Schiedsstelle etabliert, obwohl das Gesetz nur eine Befugnis,[286] aber keine Verpflichtung zum Vertragsabschluss vorsieht.[287] Die gesetzliche Vergütungsregelung des § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V soll offenkundig letztlich doch nachrangig gegenüber einer vertraglichen Vereinbarung sein.[288]
Gemäß § 75 Abs. 3c SGB V bilden die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit dem Verband der privaten Krankenversicherung je eine gemeinsame Schiedsstelle; es gibt also eine Schiedsstelle für die ärztliche und eine Schiedsstelle für die zahnärztliche Versorgung. Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung oder der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung einerseits und Vertretern des Verbandes der privaten Krankenversicherung und der Träger der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften andererseits in gleicher Zahl,[289] einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern. Hinzu kommt je ein Vertreter des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums für Gesundheit. Der Grundsatz der paritätischen Besetzung, der die Schiedsämter und – wie noch zu zeigen sein wird – die meisten Schiedsstellen prägt, wird mit dieser untypischen Besetzung[290] durchbrochen. Die Selbstverwaltung wird zugunsten erweiterter Einflussmöglichkeiten der staatsunmittelbaren Ministerialbürokratie auf Schiedsstellenebene geschwächt;[291] die Grenzen zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht werden vermischt.[292] Man mag sich in der Tat fragen, ob diese Besetzung mit dem Wesen einer Schiedsstelle vereinbar ist.[293]

Die Amtsdauer der Mitglieder der Schiedsstelle, die ihr Amt als Ehrenamt führen und an Weisungen nicht gebunden sind,[294] beträgt nach § 75 Abs. 3c S. 3 SGB V grundsätzlich vier Jahre. Über den Vorsitzenden und die weiteren unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter sollen sich die Vertragsparteien einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, gilt § 89 Abs. 3 S. 4 bis 6 SGB V entsprechend.[295] Jedes Mitglied hat eine Stimme; die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen.[296] Kommt keine Mehrheit zustande – was angesichts der ungeraden Zahl der Mitglieder und dem Verbot der Stimmenthaltung nur dann der Fall sein kann, wenn ein Mitglied nicht anwesend ist –, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag. Die Schiedsstelle gibt sich in entsprechender Anwendung von § 129 Abs. 9 S. 1 SGB V eine Geschäftsordnung.

---

284 Auch hier gibt es also eine zeitliche Vorgabe für die Entscheidung.
285 Zu den weiteren Vorgaben für die Schiedsstelle vgl. § 75 Abs. 3b S. 5 SGB V.
286 *Hesral* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 75 Rn. 171.
287 Siehe zu diesem Thema im Kontext des Schiedsamts schon unter C. II. 2. d.
288 *Wendtland* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 75 SGB V Rn. 50.
289 Die Kostenträger müssen sich hinsichtlich der Besetzung der für sie vorgesehenen Sitze in der Schiedsstelle einigen; was zu geschehen hat, wenn sie sich nicht einigen, hat der Gesetzgeber nicht geregelt (kritisch insoweit zu Recht *Wendtland* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 75 SGB V Rn. 51).
290 *Huster* in: Kingreen/Becker, SGB V, § 75 Rn. 12.
291 *Wendtland* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 75 SGB V Rn. 53.
292 *Rademacker* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 75 SGB V Rn. 75.
293 Kritisch *Axer*, MedR 2008, S. 482, 492.
294 § 75 Abs. 3c S. 6 SGB V i.V. m. § 129 Abs. 9 S. 2 und 3 SGB V.
295 Es kommt also zum Listenverfahren und gegebenenfalls zur Auslosung des Vorsitzenden.
296 § 75 Abs. 3c S. 6 SGB V i.V. m. § 129 Abs. 9 S. 4 und 5 SGB V.

Die Schiedsstelle wird nur auf Antrag tätig. Nach § 75 Abs. 3b S. 3 SGB V kann der Beteiligte, der die Abweichung von der gesetzlichen Vergütungsregelung verlangt, die Schiedsstelle „*anrufen*". Antragsberechtigt ist insoweit auch eine Kassenärztliche Vereinigung, auch wenn die Schiedsstelle selbst mit Mitgliedern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung besetzt ist.[297]

Der Schiedsspruch hat – insoweit bestehen deutliche Parallelen zum Schiedsamt – Doppelcharakter.[298] Für die Vertragsparteien, die sich nicht einigen konnten, stellt er einen Verwaltungsakt dar, den die Beteiligten mit der Anfechtungsklage einer gerichtlichen Kontrolle unterziehen lassen können. Die Klage hat gemäß § 75 Abs. 3c S. 6 i.V.m. § 129 Abs. 9 S. 7 SGB V keine aufschiebende Wirkung. Die gerichtliche Kontrolldichte ist wie bei der Entscheidung des Schiedsamts beschränkt.[299] Nach außen sind die Wirkungen dieselben wie bei einem Vertragsabschluss. § 75 Abs. 3b S. 6 SGB V enthält im Übrigen eine § 89 Abs. 1 S. 3 f. SGB V vergleichbare Weitergeltungsanordnung: Wird nach Ablauf einer von den Vertragsparteien vereinbarten oder von der Schiedsstelle festgesetzten Vertragslaufzeit keine Einigung über die Vergütung erzielt, gilt der bisherige Vertrag bis zu der Entscheidung der Schiedsstelle weiter.[300]

Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schiedsstelle führt nach § 75 Abs. 3c S. 7 SGB V das Bundesministerium der Finanzen; es kann durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Zahl und die Bestellung der Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder, das Verfahren sowie über die Verteilung der Kosten regeln.[301]

Für die in den §§ 115b und 116b bis 119 SGB V genannten Leistungen kann die Vergütung für die in § 75 Abs. 3a S. 1 SGB V genannten Versicherten und Tarife in Verträgen zwischen dem Verband der privaten Krankenversicherung einheitlich mit Wirkung für die Unternehmen der privaten Krankenversicherung und im Einvernehmen mit den Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- und Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften mit den entsprechenden Leistungserbringern oder den sie vertretenden Verbänden ganz oder teilweise abweichend von den Vorgaben des § 75 Abs. 3a S. 2 und 3 SGB V geregelt werden.[302] Wird nach Ablauf einer von den Vertragsparteien nach Satz 7 vereinbarten Vertragslaufzeit keine Einigung über die Vergütung erzielt, gilt der bisherige Vertrag weiter. Allerdings – und das ist überraschend – ist für diese Konstellationen kein Schiedsverfahren vorgesehen. Der Gesetzgeber hat diese Versorgungsbereiche im Vergleich zum vertragsärztlichen und vertragszahnärztlichen Versorgungsbereich als weniger bedeutsam angesehen und deshalb eine Schiedsstellenentscheidung für entbehrlich gehalten.[303]

---

297 A. A. offenbar *Hesral* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 75 Rn. 178 mit dem Hinweis, dass es keine Landesschiedsstelle gibt.

298 Hierzu schon unter C.II.2.j.

299 Hierzu oben C.II.2.i.

300 Kritisch zum Wortlaut *Hesral* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 75 Rn. 176.

301 § 75 Abs. 3c S. 6 SGB V i.V.m. § 129 Abs. 10 S. 2 SGB V.

302 Auch insoweit bestimmt das Gesetz die Weitergeltung des alten Vertrags (§ 75 Abs. 3b S. 8 SGB V).

303 BT-Drs. 16/4247, S. 38.

### (2) § 111b SGB V

Unter den in § 23 Abs. 1 SGB V genannten Voraussetzungen haben Versicherte Anspruch auf medizinische Vorsorgeleistungen, die gemäß Absatz 2 bei Bedarf als ambulante Vorsorgeleistungen in anerkannten Kurorten erbracht werden. Reicht das nicht aus, kann die Krankenkasse nach § 23 Abs. 4 SGB V Behandlung mit Unterkunft und Verpflegung in einer Vorsorgeeinrichtung erbringen, mit der ein Vertrag nach § 111 SGB V besteht. Für pflegende Angehörige kann die Krankenkasse entsprechende Leistungen auch in einer Vorsorgeeinrichtung erbringen, mit der ein Vertrag nach § 111a SGB V besteht.[304]
Anspruch auf Leistungen zur medizinischen Rehabilitation besteht unter den in § 40 SGB V genannten Voraussetzungen; auch hier kann bei Bedarf eine Leistung nach Maßgabe von § 40 Abs. 2 SGB V stationär erbracht werden. Möglich ist das nur in einer nach § 20 Abs. 2a SGB IX zertifizierten Rehabilitationseinrichtung, mit der ein Vertrag nach § 111 SGB V besteht; für pflegende Angehörige kann die Leistung auch in einer Einrichtung erbracht werden, mit der ein Vertrag nach § 111a SGB V besteht. Beim Abschluss – und im Übrigen auch bei der Kündigung – des Versorgungsvertrags ist nach § 111 Abs. 4 S. 3 SGB V „*Einvernehmen*" mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde „*anzustreben*".[305]
Soweit ambulante Maßnahmen ausreichen, sind diese zu erbringen. Gemäß § 40 Abs. 1 SGB V erbringt die Krankenkasse eine aus medizinischen Gründen erforderliche Rehabilitationsleistung in einer Einrichtung, für die ein Versorgungsvertrag nach § 111c SGB V besteht.[306] Dieser wird wiederum von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen mit Rehabilitationseinrichtungen geschlossen, für die ein Versorgungsvertrag nach § 111 Abs. 2 SGB V besteht.[307]
Die maßgeblichen Normen der §§ 111 ff. SGB V, durch die der Gesetzgeber einer ungesteuerten Entwicklung in diesem Leistungsbereich entgegenwirken wollte,[308] finden sich im Leistungserbringungsrecht. Gemäß § 111 Abs. 2 SGB V schließen die Landesverbände der Krankenkassen[309] und die Ersatzkassen gemeinsam[310] mit Wirkung für ihre Mitgliedskassen einheitliche Versorgungsverträge mit Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen[311] über die Durchführung der in Frage stehenden stationären Leistungen. Das Gesetz regelt die Voraus-

---

304 Hier geht es um Versorgungsverträge mit dem Müttergenesungswerk oder gleichartigen Einrichtungen, die Leistungen zur Vorsorge für Mütter und Väter nach § 24 SGB V oder eine Rehabilitation für Mütter und Väter nach § 41 SGB V erbringen.

305 Letztlich kommt es aufgrund dieser weichen Formulierung aber nicht auf die Sichtweise der Behörde an (so auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 47 f.).

306 Hier werden die Ebenen von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht nicht klar getrennt (so auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111c Rn. 9).

307 Zu den materiellen Voraussetzungen im Übrigen § 111c Abs. 1 Nr. 2 SGB V sowie zur Struktur der Norm *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111c Rn. 8 ff.

308 BT-Drs. 11/2237, S. 140. Heute haben Versicherte zwar das Recht, eine andere Einrichtung zu wählen, sie müssen dann aber die Mehrkosten tragen (§ 40 Abs. 2 S. 2 SGB V).

309 Zum Beitrittsrecht der Landesverbände der Krankenkassen eines anderen Bundeslandes § 111 Abs. 2 S. 3 SGB V.

310 Getrennte Versorgungsverträge einzelner Kassen sind nicht möglich. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen haben sich daher nach Maßgabe von § 211a SGB V zu einigen (hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 24).

311 Vertragspartner ist dabei der Träger der Einrichtung (vgl. § 111 Abs. 2 S. 2 SGB V, der auf § 109 Abs. 1 S. 1 SGB V verweist).

setzungen, unter denen ein entsprechender Vertrag abgeschlossen werden kann;[312] insbesondere muss die Einrichtung die Anforderungen des § 107 Abs. 2 SGB V erfüllen. Mit dem Versorgungsvertrag wird die Versorgungs- und Rehabilitationseinrichtung[313] für die Dauer des Vertrags zur Versorgung der Versicherten mit stationären medizinischen Leistungen zur Vorsorge oder Rehabilitation zugelassen.[314] Durch § 111 SGB V werden die stationären Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen in ein vertraglich geprägtes System der Zulassung eingebunden, das deutliche Parallelen zum Zulassungsrecht der Krankenhäuser zeigt.[315]

Der Vergütungsanspruch der Vorsorge- und Rehabilitationsleistungen ist im SGB V ähnlich bruchstückhaft geregelt wie im Krankenhausrecht.[316] Dass überhaupt ein Vergütungsanspruch besteht, ist schlicht eine Konsequenz des Versorgungsvertrags. Die Höhe der Vergütung ist gemäß § 111 Abs. 5 SGB V zwischen den Krankenkassen und den Trägern der zugelassenen Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen zu vereinbaren; Entsprechendes gilt gemäß § 111c Abs. 3 SGB V für die ambulante Versorgung. Bezogen auf die Vergütung agiert also die einzelne Krankenkasse, nicht mehr – wie beim Versorgungsvertrag – die Verbandsebene. Konkrete Vorgaben für die Vergütung macht das Gesetz nicht;[317] es fehlt an detaillierten Regelungen, wie sie sich etwa im Krankenhausfinanzierungsrecht finden lassen. Insofern können die Vertragsparteien frei verhandeln – allerdings ist § 71 SGB V zu beachten.[318]

Im Konfliktfall, also wenn über die Höhe der Vergütung keine Einigung erzielt wird,[319] setzt eine Schiedsstelle den Vertragsinhalt fest, die der Gesetzgeber mit § 111b SGB V etabliert hat.[320] Kommt eine Vereinbarung innerhalb von zwei Monaten, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zur Aufnahme von Verhandlungen aufgefordert hat, nicht oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch die Landesschiedsstelle nach § 111b SGB V festgesetzt. Diese ist nach § 111 Abs. 5 S. 3 SGB V bzw. § 111c Abs. 3 S. 3 SGB V „*an die für die Vertragsparteien geltenden Rechtsvorschriften gebunden.*"

§ 111b SGB V enthält die grundlegenden Vorgaben für die Schiedsstelle hinsichtlich Bildung, Organisation und Verfahren. Die Landesschiedsstelle – für jedes Land gibt es eine eigene, aber auch nur eine Schiedsstelle – wird gebildet durch die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und die für die Wahrnehmung der Interessen

---

312 Vgl. § 111 Abs. 2 S. 1 SGB V. Ausführlich hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 31 ff.

313 Zur Frage des Anspruchs auf Abschluss eines Versorgungsvertrags *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 42 ff.

314 § 111 Abs. 4 S. 1 SGB V.

315 *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 7. Allerdings gibt es hier – von § 111 Abs. 3 SGB V abgesehen – keinen fingierten Vertragsschluss wie in § 109 Abs. 1 S. 2 SGB V.

316 Hierzu ausführlich *Felix*, SGb 2017, S. 181 ff. und 259 ff.

317 Dabei wurden im Gesetzgebungsverfahren durchaus entsprechende Überlegungen angestellt (ausführlich *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 67 m.w.N.).

318 Der Grundsatz der Beitragssatzstabilität gilt grundsätzlich für alle Leistungserbringer.

319 Der Gesetzgeber hat den Aufgabenbereich der Schiedsstelle bewusst auf die Frage der Vergütung beschränkt (BT-Drs. 17/5178, S. 13). Insofern ähnelt die Aufgabe der Schiedsstelle nach § 111b SGB V derjenigen der Schiedsstelle nach § 18a KHG – es geht um die Höhe der Vergütung. In organisatorischer Hinsicht hat sich der Gesetzgeber aber eher an § 114 SGB V orientiert.

320 Hierzu *Penner*, GuP 2012, S. 14 ff. Vgl. auch *Joussen*, SGb 2011, S. 73 ff.

der Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen auf Landesebene maßgeblichen Verbände.[321] Gemäß § 111b Abs. 2 SGB V besteht die Schiedsstelle aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern sowie aus Vertretern der jeweiligen Vertragsparteien[322] nach § 111 Abs. 5 S. 1 SGB V oder im Falle ambulanter Rehabilitationseinrichtungen nach § 111c Abs. 3 S. 1 SGB V in gleicher Zahl. Hier findet sich also die für Schiedsstellen typische paritätische Besetzung. Nur für den Vorsitzenden und die unparteiischen Mitglieder können gemäß § 111b Abs. 2 S. 1 2. HS SGB V Stellvertreter bestellt werden. Der Vorsitzende und die unparteiischen Mitglieder werden von den beteiligten Verbänden gemeinsam bestellt; kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie von den zuständigen Landesbehörden bestellt.[323] Der Gesetzgeber hat hier auf ein Losverfahren nach Art von § 89 Abs. 3 S. 4 ff. SGB V verzichtet. Die Mitglieder der Schiedsstelle, an die das Gesetz übrigens jenseits ihrer Unparteilichkeit keine weiteren Anforderungen stellt, führen ihr Amt als Ehrenamt; sie sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme; die Entscheidungen werden von der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.[324]

Die Schiedsstelle unterliegt gemäß § 111b Abs. 4 SGB V der Rechtsaufsicht durch die zuständige Landesbehörde; in § 111b Abs. 5 SGB V werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten zu bestimmen. Dabei können die Landesregierungen diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf oberste Landesbehörden übertragen.

### (3) § 114 SGB V

Eine der beiden für das Krankenhausrecht maßgeblichen Schiedsstellen[325] hat der Gesetzgeber mit § 114 SGB V etabliert.[326] Sie entscheidet nach § 114 Abs. 1 S. 2 SGB V „*in den ihr nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben.*" Diese Zuständigkeitszuweisung unterscheidet sich grundlegend von der des Schiedsamts nach § 89 SGB V: Es gibt hier keine Generalklausel, sondern die Landesschiedsstelle wird in den jeweiligen Normen ausdrücklich als Konfliktlösungsinstrument genannt.

---

321 Welche das sind, ist in der Rechtsverordnung zu regeln. Dabei können die Einrichtungen nicht zur Bestellung von Vertretern gezwungen werden, weil sie nicht der Aufsicht unterliegen. *Wahl* (in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111b Rn. 6) spricht insoweit von einer „*gewissen Asymmetrie*" bei der Besetzung. Das Problem dürfte aber eher theoretischer Natur sein, denn die Einrichtung müsste in diesem Fall die Konsequenzen der fehlenden Vergütungsregelung tragen (hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111 Rn. 63; zu diesem Problem auch BSG v. 13.5.2004 – B 3 KR 2/03 R, Rn. 18 im Kontext von § 132a SGB V a.F.).

322 Die Entsendung erfolgt also durch die betroffene Krankenkasse, nicht durch den Landesverband. Der Gesetzgeber wollte für die auf einzelvertraglicher Ebene abzuschließenden Vergütungsvereinbarungen eine Konfliktlösung bereitstellen (BT-Drs. 17/5178, S. 21). Hierzu auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 111b Rn. 9.

323 § 111b Abs. 2 S. 3 SGB V.

324 § 111b Abs. 3 S. 5 SGB V.

325 Zu § 18a KHG vgl. C. II. 3. c.

326 Grundlegend dazu *Grünenwald*, ZfS 1990, S. 207 ff.

Die Landesschiedsstelle bestimmt den Prüfer für die Qualitäts- und Wirtschaftlichkeitsprüfung der Krankenhausbehandlung nach Maßgabe von § 113 SGB V; zudem agiert sie als Konfliktlösungsinstrument, wenn die nach dem Gesetz verpflichtend abzuschließenden zweiseitigen (§ 112 SGB V) oder dreiseitigen Verträge (§ 115 SGB V) nicht zustande kommen. Es finden sich aber auch weitere Zuweisungen an die Landesschiedsstelle.

### (a) Bestimmung des Prüfers gemäß § 113 SGB V

Gemäß § 113 SGB V können die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung[327] gemeinsam die Wirtschaftlichkeit, Leistungsfähigkeit und Qualität der Krankenhausbehandlung[328] eines zugelassenen Krankenhauses durch einvernehmlich mit dem Krankenhausträger bestellte und im Übrigen unabhängige und weisungsfreie Prüfer[329] untersuchen lassen.[330] Die Prüfung ist als konkrete und einmalige Maßnahme ausgestaltet; die Bestellung des Prüfers – nicht die Prüfung selbst – setzt die Zustimmung des Krankenhauses voraus. Kommt eine Einigung über den Prüfer nicht zustande, wird dieser auf Antrag von der Landesschiedsstelle nach § 114 Abs. 1 SGB V bestimmt.[331] Antragsberechtigt ist dabei jede der genannten Organisationen allein; ein gemeinsames Handeln der Kostenträger ist nicht erforderlich.[332] Auch der Krankenhausträger ist antragsberechtigt.

Für die Entscheidung der Landesschiedsstelle gibt es in dieser Konstellation eine zeitliche Vorgabe: Die Bestellung muss innerhalb von zwei Monaten erfolgen; der Gesetzgeber wollte die Prüfung dadurch erleichtern und das Verfahren praktikabler ausgestalten.[333] Hält die Schiedsstelle diese Frist nicht ein, hat dies allerdings keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen; insbesondere ist die lediglich für die Geschäftsführung der Schiedsstelle zuständige Aufsichtsbehörde[334] nicht befugt, auf die Entscheidung hinzuwirken. Die Entscheidung der Landesschiedsstelle ist als Verwaltungsakt gerichtlich anfechtbar.[335]

### (b) Festsetzung des Vertragsinhalts gemäß §§ 112 und 115 SGB V

Die Schiedsstelle setzt auf Antrag auch den Inhalt der Verträge nach §§ 112 und 115 SGB V fest.

Die Krankenkassen dürfen Krankenhausbehandlung gemäß § 108 S. 1 SGB V nur durch zugelassene Krankenhäuser erbringen lassen. Die Zulassung erfolgt, soweit es sich nicht um

---

327 Kritisch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 113 Rn. 16 mit Blick auf die insoweit fehlende Konfliktlösungsmöglichkeit bei Divergenzen.

328 Dabei bezieht sich die Prüfung nicht auf eine einzelne Krankenhausbehandlung (vgl. hierzu die praktisch weitaus bedeutsamere Prüfung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 1c SGB V), sondern auf die generelle Wirtschaftlichkeit und Qualität eines zugelassenen Hauses.

329 Zur erforderlichen Qualität der Prüfer *Hannes* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 113 Rn. 26 f.; *Kingreen/Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 113 SGB V Rn. 11.

330 Ein konkreter Anlass für die Prüfung ist nicht erforderlich; die Einleitung des Verfahrens liegt im Ermessen der Kostenträger (*Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 113 Rn. 18 m.w.N.).

331 Insofern kann ein Krankenhaus eine Prüfung nach § 113 SGB V letztlich nicht dadurch verhindern, dass sie der Benennung einer konkreten Person als Prüfer nicht zustimmt.

332 *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 113 Rn. 21.

333 BT-Drs. 12/3608, S. 101.

334 Hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 113 Rn. 21.

335 Hierzu sogleich auch unter (d).

eine Hochschulklinik oder ein so genanntes Plankrankenhaus handelt,[336] durch Abschluss eines Versorgungsvertrags nach Maßgabe von § 109 SGB V. Die Vergütung der Krankenhausbehandlung wird in Pflegesatzvereinbarungen nach dem Krankenhausfinanzierungsrecht geregelt. Diese gleichsam individuellen Rechtsbeziehungen zwischen dem einzelnen Krankenhaus und den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen hat der Gesetzgeber durch eine kollektivrechtliche Vertragsebene ergänzt.

Gemäß § 112 Abs. 1 SGB V schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam mit der Landeskrankenhausgesellschaft oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam Verträge, um sicherzustellen, dass Art und Umfang der Krankenhausbehandlung den Anforderungen des SGB V entsprechen. Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung eine bedarfsgerechte, leistungsfähige und wirtschaftliche Behandlung der gesetzlich krankenversicherten Personen im Krankenhaus unterstützen.[337] Der Regelungsinhalt der Verträge wird in § 112 Abs. 2 S. 1 SGB V beschrieben; die dort enthaltene Aufzählung ist allerdings nicht abschließend. Es geht um die allgemeinen Bedingungen der Krankenhausaufnahme (Nr. 1), die Überprüfung der Notwendigkeit und Dauer der Krankenhausbehandlung (Nr. 2) oder auch den nahtlosen Übergang von der Krankenhausbehandlung zur Rehabilitation oder Pflege (Nr. 5).[338] Rahmenempfehlungen zum Inhalt der Verträge[339] „*sollen*" gemäß § 112 Abs. 5 SGB V vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft oder den Bundesverbänden der Krankenhausträger gemeinsam abgegeben werden; sie sind – anders als die Verträge selbst, die gemäß § 112 Abs. 2 S. 2 SGB V für alle Krankenkassen und zugelassenen Krankenhäuser im Land verbindlich sind[340] – nicht bindend, werden aber in der Praxis freiwillig befolgt.[341]

In § 115 SGB V sind die so genannten dreiseitigen Verträge normiert, durch die die eigentlich streng getrennten Leistungssektoren der ambulanten und stationären Versorgung[342] miteinander verbunden werden sollen. Diese Zielsetzung kommt in § 115 Abs. 1 SGB V deutlich zum Ausdruck: Danach schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und die Kassenärztlichen Vereinigungen mit der Landeskrankenhausgesellschaft oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam Verträge mit dem Ziel, durch enge Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und zugelassenen

---

336 Hierzu § 108 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB V; bei diesen Leistungserbringern gilt die landesrechtliche Anerkennung bzw. die Aufnahme in den Krankenhausplan als Abschluss eines Versorgungsvertrags (§ 109 Abs. 1 S. 2 SGB V).

337 BT-Drs. 11/2237.

338 Zu den Details ausführlich *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 112 SGB V Rn. 4 ff.

339 Sowohl beim Vertragsabschluss als auch bei den Rahmenempfehlungen sind gemäß § 112 Abs. 6 SGB V die Spitzenorganisationen der Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen zu beteiligen.

340 Es handelt sich um Normenverträge (*Ebsen*, VSSR 1990, S. 57, *Axer*, Normsetzung der Exekutive, 2000, S. 62 f.), auf die die §§ 53 ff. SGB X jedenfalls eingeschränkt anwendbar sind (vgl. hierzu auch BSG v. 8.4.1992 – 6 RKa 24/90, Rn. 22). Die von *Szabados* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 112 Rn. 14 angedachte Parallele zur Allgemeinverbindlicherklärung im Tarifrecht zeigt eher die Unterschiede zwischen den Rechtsgebieten auf. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation hinsichtlich der Verträge ausführlich *Kingreen/Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 112 SGB V Rn. 20 m.w.N. („… *wird die Vorschrift im Schrifttum überwiegend für verfassungswidrig gehalten*…").

341 Hierzu *Becker* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 112 Rn. 17; ebenso *Kingreen/Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 112 SGB V Rn. 23.

342 Man sollte besser von der vertragsärztlichen Versorgung und der Krankenhausbehandlung sprechen (*Felix*, MedR 2017, S. 517 ff.).

Krankenhäusern eine nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten zu gewährleisten.[343] Der Inhalt der Verträge wird – wiederum nicht abschließend[344] – in § 115 Abs. 2 SGB V beschrieben; hier geht es naturgemäß um die gegenseitige Unterrichtung der Leistungserbringer sowie die Überlassung von Krankenunterlagen (Nr. 2), um die Zusammenarbeit beim Notdienst (Nr. 3), aber auch um ergänzende Vereinbarungen zu Voraussetzungen, Art und Umfang des Entlassmanagements nach § 39 Abs. 1a SGB V (Nr. 6). Auch die dreiseitigen Verträge nach § 115 SGB V sind gemäß § 115 Abs. 2 S. 2 SGB V unmittelbar verbindlich; und auch hier sind Rahmenempfehlungen durch die Bundesebene vorgesehen.[345]

Sowohl zwei- wie auch dreiseitige Verträge können von jeder Vertragspartei mit einer Frist von einem Jahr ganz oder teilweise gekündigt werden.[346]

Während der Gesetzgeber bezüglich der Rahmenempfehlungen auf Bundesebene kein Konfliktlösungsinstrument bereitgestellt hat,[347] wird der Inhalt der Verträge nach § 112 SGB V und § 115 SGB V im Nichteinigungsfall durch die Schiedsstelle nach § 114 SGB V festgesetzt. § 112 Abs. 3 SGB V bestimmt insoweit eher knapp: „*Kommt ein Vertrag nach Absatz 1 bis zum 31. Dezember 1989 ganz oder teilweise nicht zustande, wird sein Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch die Landesschiedsstelle nach § 114 festgesetzt.*“[348] Bezüglich der dreiseitigen Verträge findet sich in § 115 Abs. 3 SGB V eine vergleichbare Regelung; allerdings agiert die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V hier als so genannte erweiterte Schiedsstelle.[349]

### (c) Zuständigkeit im Rahmen von Modellvorhaben, der Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen und der Erprobung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden

Das SGB V enthält eine Reihe weiterer Normen, die die Zuständigkeit der Schiedsstelle nach § 114 SGB V vorsehen.

Gemäß § 64c Abs. 1 SGB V vereinbaren die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam mit den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Landeskrankenhausgesellschaft oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger[350] im Land die Durchführung eines Modellvorhabens nach § 63 SGB V, um Erkenntnisse zur Effektivität und zum Aufwand eines Screenings auf gramnegative Stäbchen mit einer Resistenz gegen vier der vier Antibiotikagruppen[351] im Vorfeld eines geplanten Krankenhausaufenthalts zu ge-

---

343 Hierzu auch *Grünenwald*, SozVers 1990, S. 205 ff.

344 Vgl. das Wort „*insbesondere*“.

345 § 115 Abs. 5 SGB V. Ausführlich hierzu *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115 Rn. 69 ff.

346 § 112 Abs. 4 S. 1 SGB V, der in § 115 Abs. 3 SGB V in Bezug genommen wird.

347 Die Rahmenempfehlungen sind „*gemeinsam*“ abzugeben; auch das dürfte nicht immer unproblematisch sein. Allerdings besteht nach dem Gesetzeswortlaut keine absolute Verpflichtung; das Gesetz spricht von „*sollen*“.

348 Es handelt sich trotz der in § 112 Abs. 3 SGB V genannten Frist nicht um eine Übergangsbestimmung, die nur für die ersten Verträge relevant sein sollte; vielmehr ist die Norm auch heute noch die Grundlage für die Durchführung des Schiedsverfahrens (hierzu LSG Baden-Württemberg v. 9.3.2011 – L 5 KR 3136/09, Rn. 80).

349 Hierzu gleich unter (d).

350 Das sind „*die in § 115 Absatz 1 Satz 1 genannten Vertragspartner*“ (vgl. § 64c Abs. 1 S. 1 SGB V).

351 Zur besonderen Gefährlichkeit dieser Stämme vgl. *Koch* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 64c Rn. 17.

winnen. Soweit bis zum 31. Dezember 2015 keine Einigung über die Durchführung eines solchen Modellvorhabens erzielt wird, kann gemäß § 64c Abs. 2 SGB V jede Vertragspartei die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V anrufen.[352] Sie entscheidet dabei nach § 64c Abs. 2 S. 2 SGB V in der erweiterten Besetzung.[353]

Zuständig ist die Schiedsstelle nach § 114 SGB V auch für bestimmte Fragen der Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen. § 120 SGB V sieht hierzu eine Reihe von Vereinbarungen zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern vor.[354] Unter anderem bestimmt § 120 Abs. 3a S. 4 SGB V, dass die in § 112 Abs. 1 SGB V genannten Vertragspartner – das sind die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen einerseits und die Landeskrankenhausgesellschaft oder die Vereinigungen der Krankenhausträger im Land andererseits – eine Vereinbarung über eine pauschale Vergütung und Abrechnung des Sprechstundenbedarfs mit den Krankenkassen im Rahmen der Inanspruchnahme nach § 76 Abs. 1a SGB V treffen.[355] Dabei sollen gemäß § 120 Abs. 3a S. 4 2. HS SGB V i.V.m. § 112 Abs. 5 SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam entsprechende Rahmenempfehlungen abgeben. Kommt die Vereinbarung auf Landesebene nach § 120 Abs. 3a S. 4 SGB V ganz oder teilweise nicht zustande, setzt gemäß § 120 Abs. 4 S. 3 SGB V die Schiedsstelle nach § 114 SGB V auf Antrag einer Vertragspartei den Inhalt innerhalb von sechs Wochen fest.

Eine weitere – etwas versteckt geregelte – Zuständigkeit der Schiedsstelle nach § 114 SGB V in der erweiterten Besetzung nach § 115 Abs. 3 SGB V findet sich in § 120 Abs. 3a S. 3 SGB V: Danach bestimmt die Kassenärztliche Vereinigung im Einvernehmen mit der Landeskrankenhausgesellschaft und den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen das „*Nähere über Form und Inhalt der Abrechnungsunterlagen und der erforderlichen Vordrucke*“ im Kontext der Leistungserbringung nach § 76 Abs. 1a SGB V. Nach § 120 Abs. 3a S. 4 2. HS SGB V gilt § 115 Abs. 3 SGB V entsprechend. Diese Regelung ist nur schwer verständlich. § 115 Abs. 3 SGB V bestimmt, dass beim Nichtzustandekommen des Vertrags die Landesschiedsstelle als erweiterte Schiedsstelle den Vertragsinhalt festsetzt; bei § 120 Abs. 3a S. 4 SGB V geht es aber gerade nicht um einen Vertrag, sondern um eine Bestimmung der Kassenärztlichen Vereinigung, die lediglich im „Einvernehmen“ mit anderen Stellen erfolgen soll. Man wird die Regelung so deuten müssen, dass bei Streitigkeiten auf Antrag die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V in erweiterter Besetzung entscheidet.[356] Warum der Gesetzgeber nicht eindeutig eine Vereinbarung gefordert und die Frage der Konfliktlösung nicht – wie in den übrigen Fallgestaltungen des § 120 SGB V – in Absatz 4 der Norm geregelt hat, erschließt sich nicht.

---

352 Die Anrufung der Schiedsstelle soll gemäß § 64c Abs. 2 S. 3 SGB V unterbleiben, wenn in einer anderen Kassenärztlichen Vereinigung bereits ein Modellvorhaben nach Absatz 1 vereinbart wurde, keine überbezirkliche Versorgung besteht oder eine Durchführung durch mehrere Kassenärztliche Vereinigungen aus wissenschaftlichen Gründen nicht erforderlich ist.

353 Gemäß § 64c Abs. 2 S. 2 SGB V gilt § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V entsprechend.

354 Zu den Details *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, §§ 120 Rn. 19 ff.

355 Hier geht es um die Inanspruchnahme einer ambulanten Behandlung im Krankenhaus wegen fehlenden Behandlungstermins bei einem Facharzt (§ 76 Abs. 1a S. 1 SGB V i.V.m. § 75 Abs. 1a S. 6 SGB V).

356 So auch *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 120 Rn. 86.

Die Schiedsstelle nach § 114 SGB V trifft gegebenenfalls auch Entscheidungen im Kontext der Erprobung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden. Gelangt der Gemeinsame Bundesausschuss bei der entsprechenden Prüfung nach §§ 135 oder 137c SGB V zu der Feststellung, dass zwar der Nutzen einer Methode noch nicht hinreichend belegt ist, sie aber das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative bietet,[357] kann er unter Aussetzung seines Bewertungsverfahrens eine Richtlinie zur Erprobung beschließen, um weitere Erkenntnisse zum Nutzen der Methode zu gewinnen. Die Vergütung der im Rahmen der Erprobung erbrachten Leistungen ist in § 137e Abs. 4 SGB V geregelt. Dessen Satz 4 bestimmt: „*Bei Methoden, die auch ambulant angewandt werden können, wird die Höhe der Vergütung für die ambulante Leistungserbringung durch die Vertragspartner nach § 115 Absatz 1 Satz 1 vereinbart*." Und Satz 5 sieht eine Festsetzung des Vereinbarungsinhalts durch die Schiedsstelle nach § 114 SGB V – in der Besetzung der erweiterten Schiedsstelle nach § 115 Abs. 3 SGB V – vor: „*Kommt eine Vereinbarung nach Satz 4 nicht innerhalb von drei Monaten nach Erteilung des Auftrags des Gemeinsamen Bundesausschusses nach Absatz 5 zustande, wird ihr Inhalt durch die erweiterte Schiedsstelle nach § 115 Absatz 3 innerhalb von sechs Wochen festgelegt. Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhalts haben keine aufschiebende Wirkung.*"[358]

### (d) Rechtliche Vorgaben für die Tätigkeit der Schiedsstelle

§ 114 SGB V etabliert die insbesondere in §§ 112 und 115 SGB V angesprochene Schiedsstelle. Sie wird von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam und den Landeskrankenhausgesellschaften oder den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam für jedes Land gebildet und entscheidet in den ihr nach dem SGB V zugewiesenen Aufgaben. Die Landesschiedsstelle besteht gemäß § 114 Abs. 2 SGB V aus Vertretern der Krankenkassen und zugelassenen Krankenhäuser in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern. Im Land Hamburg besteht die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V beispielsweise aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern sowie je drei Vertretern der Krankenkassen und der zugelassenen Krankenhäuser.[359]

Die Vertreter der Krankenkassen und deren Stellvertreter werden von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen, die Vertreter der zugelassenen Krankenhäuser und deren Stellvertreter von der Landeskrankenhausgesellschaft bestellt. Der Vorsitzende und die weiteren unparteiischen Mitglieder werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt. Für den Fall der Nichteinigung hat sich der Gesetzgeber am Verfahren nach § 89 Abs. 3 S. 3 und 4 SGB V orientiert;[360] die Entscheidung fällt gegebenenfalls durch Losentscheid. Soweit beteiligte Organisationen keine Vertreter bestellen oder keine Kandidaten für das Amt des Vorsitzenden oder der weiteren unparteiischen Mitglieder benennen, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer beteiligten Organisation die Vertreter und benennt die Kandidaten. In diesem Fall beträgt die Amtsdauer der Mitglieder der Schiedsstelle, die im Gesetz selbst ansonsten nicht geregelt ist, ein Jahr.

---

357 Hierzu *Deister*, NZS 2016, S. 328 ff. und *Deister*, KrV 2017, S. 59 ff.

358 Vgl. auch *Ihle* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 137e Rn. 30.

359 § 2 Abs. 1 der Verordnung über die Landesschiedsstelle nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) – Landesschiedsstellenverordnung v. 10.12.1991 (HmbGVBl. 1991, S. 415).

360 Zum Losverfahren schon oben C. II. 2. e.

Die in § 114 Abs. 2 SGB V normierte Besetzung der Schiedsstelle mit Vertretern der Krankenkassen und der Krankenhäuser wird der besonderen Situation der dreiseitigen Verträge, an denen die Kassenärztlichen Vereinigungen mitwirken, nicht gerecht. Aus diesem Grund bestimmt § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V, dass die Schiedsstelle „*um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert*" wird, „*wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und Krankenhäuser vorgesehen ist*" – diese Besetzung beschreibt die so genannte erweiterte Schiedsstelle. Die Vertreter der Vertragsärzte, die an der Bestellung der unparteiischen Mitglieder nicht beteiligt sind,[361] werden von den Kassenärztlichen Vereinigungen bestellt; das Nähere wird durch die Rechtsverordnung nach § 114 Abs. 5 SGB V bestimmt.[362]

Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt; sie sind an Weisungen nicht gebunden.[363] Jedes Mitglied hat eine Stimme, die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Wenn sich keine Mehrheit ergibt, ist es die Stimme des Vorsitzenden, die den Ausschlag gibt.[364]

Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schiedsstelle führt gemäß § 114 Abs. 4 SGB V die zuständige Landesbehörde. Durch § 114 Abs. 5 SGB V werden die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsstelle und der im Rahmen von § 115 Abs. 3 SGB V tätigen erweiterten Schiedsstelle, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten zu bestimmen.

Die durch eine Schiedsstellenentscheidung festgesetzten Verträge können – ebenso wie die regulär abgeschlossenen Verträge – mit einer Frist von einem Jahr gekündigt werden.[365] Auch ohne eine Kündigung können entsprechende Entscheidungen der Schiedsstelle durch neue Verträge zwischen den Vertragsparteien ersetzt werden.[366]

Das Gesetz enthält nur wenige Aussagen über das Verfahren vor der Schiedsstelle nach § 114 SGB V. Maßgeblich sind insoweit neben der landesrechtlichen Rechtsverordnung die Vorgaben des SGB X, denn die Schiedsstelle ist nach überwiegender Auffassung eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X.[367] Erforderlich ist in jedem Fall ein „*Antrag einer Vertragspartei*",[368] d.h. die Schiedsstelle wird nicht von Amts wegen tätig. Anders als im Rahmen von § 89 SGB V gibt es auch kein Antragsrecht der Aufsichtsbehörde.[369] In Konsequenz

---

361 *Steege* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 115 Rn. 19.

362 § 115 Abs. 3 und 4 SGB V.

363 § 114 Abs. 3 S. 1 und 2 SGB V.

364 Bei der erweiterten Schiedsstelle, die – jedenfalls in Hamburg – mit zwölf Personen und damit mit einer geraden Anzahl von Menschen besetzt ist, ist die Stimme des Vorsitzenden ausschlaggebend; ansonsten kann das bei einer Besetzung mit neun Personen nur relevant werden, wenn die Schiedsstelle nicht vollständig besetzt ist (vgl. zur Beschlussfähigkeit § 12 der Hamburgischen Landesschiedsstellenverordnung).

365 § 112 Abs. 4 S. 2 SGB V sowie § 115 Abs. 3 S. 5 SGB V.

366 § 112 Abs. 4 S. 3 SGB V und § 115 Abs. 3 S. 5 SGB V.

367 Hier können die Regelungen über die Befangenheit (§ 17 SGB X) von Bedeutung für das Verfahren sein, wobei dies vor allem für die unparteiischen Vorsitzenden relevant ist (vgl. insoweit auch *Buchner/Bosch*, SGb 2011, S. 21 ff. sowie *Simmler*, GesR 2007, S. 249 ff.).

368 Vgl. etwa § 115 Abs. 3 S. 1 SGB V. Dabei reicht das Handeln eines Landesverbandes; ein gemeinsames Handeln ist bei der Anrufung der Schiedsstelle nicht erforderlich (BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R, Rn. 29).

369 Hierzu oben C. II. 2. h. (1). Vgl. aber zur Ersatzvornahme § 115 Abs. 4 SGB V.

dessen kommt es nicht zur Festsetzung der Verträge, wenn keine der Parteien – möglicherweise weil beide kein Interesse an entsprechenden Vereinbarungen haben –, einen Antrag stellt. Allerdings findet sich in § 115 SGB V eine Konstellation, in der der Gesetzgeber offenbar auch vom Antragserfordernis absehen wollte. Es geht um die Sicherstellung des Notdienstes. Gemäß § 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V regeln die Verträge unter anderem die „*Zusammenarbeit bei der Gestaltung und Durchführung eines ständig einsatzbereiten Notdienstes*". Wenn diese vertragliche Regelung bis zum 30. Juni 2016 nicht zustande kommt, bestimmt § 115 Abs. 3a SGB V, dass „*ihr Inhalt innerhalb von sechs Wochen durch die Landesschiedsstelle festgelegt*" wird. Auch nur in dieser Fallkonstellation gibt es im Übrigen eine zeitliche Vorgabe für die Entscheidung durch die Schiedsstelle.

Die Schiedsstelle erlässt mit der Festsetzung des Vertragsinhalts gegenüber den Vertragsparteien[370] einen Verwaltungsakt, der mit der Anfechtungsklage einer gerichtlichen Kontrolle durch das Sozialgericht unterzogen werden kann.[371] Dabei bedarf es nach Ansicht des Bundessozialgerichts keines Vorverfahrens.[372] Obwohl die Verträge nach Maßgabe von §§ 112 Abs. 1 und 115 Abs. 1 SGB V auf Kassenseite von den Verbänden „*gemeinsam*" zu schließen sind, kann auch ein einzelner Landesverband den Schiedsspruch anfechten.[373]

Die Kontrolldichte des Gerichts ist – auch insoweit bestehen deutliche Parallelen zur Entscheidung des Schiedsamts nach § 89 SGB V[374] – beschränkt. Da für die Landesschiedsstelle dieselbe Gestaltungsfreiheit besteht wie für die Vertragsparteien selbst, hat das Gericht lediglich zu prüfen, ob die Landesschiedsstelle den von ihr zugrunde gelegten Sachverhalt in einem fairen Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs ermittelt hat und ihr Schiedsspruch die Gründe für das Entscheidungsergebnis ausreichend erkennen lässt.[375] In inhaltlicher Hinsicht ist zu prüfen, ob der von der Landesschiedsstelle zugrunde gelegte Sachverhalt zutrifft und ob die Landesschiedsstelle den ihr zustehenden Gestaltungsspielraum eingehalten, also insbesondere die maßgeblichen Rechtsmaßstäbe beachtet hat – das Bundessozialgericht sieht die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V hier im Gesamtkontext der Schiedsämter und sonstigen Schiedsstellen im SGB V und SGB XI.[376]

Eine Art von Ersatzvornahme ist nur für die dreiseitigen Verträge in § 115 Abs. 4 SGB V normiert. Die Regelung bestimmt: „*Kommt eine Regelung nach Absatz 1 bis 3 bis zum 31. Dezember 1990 ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmt. Eine Regelung nach den Absätzen 1 bis 3 ist zulässig, solange und soweit die Landesregierung eine Rechtsverordnung nicht erlassen hat.*" Für den Fall, dass weder eine vertragliche Einigung zustande kommt und auch keine Festsetzung durch die Schiedsstelle erfolgt, ermächtigt – und verpflichtet – der Gesetzgeber die Landesregierung zur entsprechenden Regelung. Nach Wirksamwerden der Rechtsverordnung ist eine vertragliche Vereinbarung durch die Parteien

---

370 Die sachliche Entscheidung selbst hat gegenüber den vom Vertragsinhalt Betroffenen dagegen Rechtsnormcharakter (zur vergleichbaren Doppelnatur der Schiedsspruchs BSG v. 4.3.2014 – B 1 KR 16/13 R, Rn. 21).

371 Hierzu BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R.

372 BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11, R, Rn. 23 m.w.N.

373 Hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 114 Rn. 35 m.w.N.

374 Hierzu oben C. II. 2. i.

375 BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R, Rn. 27.

376 So BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R, Rn. 27 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

nicht mehr möglich;[377] die Rechtsverordnung könnte allerdings aufgehoben werden, um den Selbstverwaltungspartnern eine Vereinbarung zu ermöglichen.

### (4) Die Schiedsstelle nach § 129 SGB V

#### (a) Zuständigkeiten

Das Leistungserbringungsrecht für Apotheken[378] ist in § 129 SGB V normiert. Apotheken bedürfen für die Teilnahme an der Leistungserbringung keiner besonderen im SGB V geregelten Zulassung oder vertraglichen Vereinbarung mit den Krankenkassen; maßgeblich ist allein, dass sie die für den Betrieb einer Apotheke erforderliche Erlaubnis haben.[379] Apotheken haben bei der Abgabe von Medikamenten die Vorgaben des Leistungsrechts zu beachten;[380] weitere Pflichten, die unter anderem aus der so genannten Aut-idem-Regelung folgen,[381] – sind in § 129 Abs. 1 SGB V normiert.[382]

Dabei nimmt § 129 Abs. 1 SGB V den nach Maßgabe von Absatz 2 zu schließenden Rahmenvertrag in Bezug („*nach Maßgabe des Rahmenvertrages nach Absatz 2*"). Dieser Rahmenvertrag wird geschlossen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker.[383] Nähere Vorgaben für den Inhalt des Vertrags ergeben sich aus § 129 Abs. 1 und § 129 Abs. 4 SGB V, der mögliche Sanktionen gegen Apotheken anspricht, die gegen ihre im Gesetz geregelten Verpflichtungen verstoßen. Mitunter wird aber auch in anderen Normen auf § 129 Abs. 2 SGB V verwiesen – so etwa in § 131 Abs. 4 S. 3 SGB V bezüglich Fragen der Datenübermittlung. Im Übrigen liegt der Vertragsinhalt im Ermessen der Vertragspartner.[384] Der Rahmenvertrag ist – anders als etwa die Verträge nach § 112 SGB V[385] – nicht allgemein verbindlich. Gemäß § 129 Abs. 3 SGB V hat er Rechtswirkung für Apotheken, die einem Mitgliedsverband der Spitzenorganisation angehören, wenn die Satzung des Verbandes vorsieht, dass von der Spitzenorganisation abgeschlossene Verträge dieser Art Rechtswirkung für die dem Verband angehörigen Apotheken haben. Er gilt aber auch für Apotheken, die dem Rahmenvertrag beitreten.

Entsprechendes gilt für die ergänzenden Verträge auf Landesebene nach Maßgabe von § 129 Abs. 5 SGB V, die zwischen den Kassen oder ihren Verbänden und der für Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Landesebene abgeschlossen werden können.

---

377 Zutreffend *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115 Rn. 68 m.w.N.; a.A. *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 115 SGB V Rn. 117; vgl. auch *Steege* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 115 Rn. 25.

378 Maßgeblich ist insoweit § 1 ApoG – es bedarf einer Betriebserlaubnis.

379 Das SGB V knüpft damit – ohne dies ausdrücklich anzusprechen – an § 1 Abs. 2 ApoG an.

380 Hierzu *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 129 Rn. 25.

381 Hierzu *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 129 Rn. 27 ff.

382 Vgl. zu weiteren Pflichten der Apotheken auch die übrigen Absätze des § 129 SGB V.

383 Auf diese Aussage beschränkt sich § 129 Abs. 2 SGB V im Übrigen auch. Vertragspartner für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen ist der Deutsche Apothekerverband e.V.

384 Hierzu auch *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 129 Rn. 30. Vgl. zum Inhalt des aktuell geltenden Rahmenvertrags über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Abs. 2 SGB V *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 129 Rn. 15.

385 Vgl. § 112 Abs. 2 S. 2 SGB V.

Nach § 129 Abs. 5c S. 1 SGB V gelten für Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln die Preise, die zwischen der mit der Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen auf Grund von Vorschriften nach dem Arzneimittelgesetz vereinbart sind. Für parenterale Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie haben die genannten Vertragsparteien die Höhe der Preise nach Satz 2 neu zu vereinbaren.

Eine Festsetzung des Vertragsinhalts durch eine Schiedsstelle ist zum einen für den verpflichtend abzuschließenden Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V und zum anderen für die nach Absatz 5c Satz 1 und 2 zu treffenden gesonderten Vereinbarungen vorgesehen. Bezüglich der fakultativen Verträge auf Landesebene hat der Gesetzgeber kein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen. § 129 Abs. 7 SGB V bestimmt: „*Kommt der Rahmenvertrag nach Absatz 2 ganz oder teilweise nicht oder nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit bestimmten Frist zustande, wird der Vertragsinhalt durch die Schiedsstelle nach Absatz 8 festgesetzt*". In § 129 Abs. 5c S. 3 SGB V heißt es: „*Kommt eine Vereinbarung nach Satz 1 oder 2 ganz oder teilweise nicht zustande, entscheidet die Schiedsstelle nach Absatz 8.*"

Bezogen auf den Rahmenvertrag geht der Gesetzgeber hinsichtlich der zeitlichen Vorgaben für den Vertragsabschluss einen ganz eigenen Weg. Das Gesetz selbst enthält keine konkreten Vorgaben für den Vertragsabschluss; es räumt aber – mittelbar – dem Bundesministerium für Gesundheit das Recht zur Fristsetzung ein und verknüpft damit das Schiedsstellenverfahren – auch – mit einer Behördenentscheidung. Offenbar – dieses Konzept liegt auch § 6 der Schiedsstellenverordnung[386] zugrunde – soll eine Anrufung der Schiedsstelle durch eine Vertragspartei jederzeit möglich sein, wenn sie die Vertragsverhandlungen für gescheitert hält; wurde aber eine Frist für den Abschluss der Rahmenvereinbarung gesetzt, beginnt das Schiedsverfahren mit dem Ablauf der Frist.[387] Für die in § 129 Abs. 5c S. 2 SGB V geregelte Konstellation enthält das Gesetz selbst einen Stichtag.[388] In dieser Konstellation hat der Gesetzgeber auch eine Fortwirkungsregelung aufgenommen: Gemäß § 129 Abs. 5c S. 5 SGB V gelten die Vereinbarung oder der Schiedsspruch bis zum Wirksamwerden einer neuen Vereinbarung fort.

Eine gesonderte Regelung zum Rahmenvertrag findet sich auch in § 129 Abs. 4 S. 2 SGB V: Stichtag für eine Regelung zur Frage, welche Maßnahmen die Vertragspartner auf Landesebene ergreifen können, wenn Apotheken gegen ihre Verpflichtungen nach Absatz 1, 2 oder 5 verstoßen, ist der 1. Januar 2016. Es ist zu regeln, in welchen Fällen einer Beanstandung der Abrechnung durch Krankenkassen, insbesondere bei Formfehlern, eine Retaxation vollständig oder teilweise unterbleibt. Kommt eine entsprechende Regelung nicht innerhalb der genannten Frist zustande, entscheidet die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V.

Die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V ist auch zuständig nach Maßgabe von § 300 Abs. 4 SGB V. § 300 SGB V regelt bestimmte Vorgaben für die Abrechnung der Apotheken und weiterer Stellen – Stichwort u.a.: Kennzeichnung – und sieht in Absatz 3 den Abschluss einer Arzneimittelabrechnungsvereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maß-

386 Hierzu gleich unter (b).
387 Entsprechendes gilt nach § 6 Abs. 2 Schiedsstellenverordnung im Fall eines gekündigten Vertrags.
388 Die Vereinbarung ist bis zum 31.8.2017 zu treffen.

geblichen Spitzenorganisation der Apotheker vor. Kommt diese Vereinbarung nicht oder nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande, wird ihr Inhalt gemäß § 300 Abs. 4 SGB V durch die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V festgesetzt.

Eine weitere Zuständigkeit folgt aus § 291a Abs. 7b S. 6 SGB V.[389] Die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte[390] verursacht bei den Leistungserbringern Kosten,[391] die nach § 291a Abs. 7b S. 1 SGB V durch von den Krankenkassen zu zahlende „*nutzungsbezogene Zuschläge*" auszugleichen sind. Nach § 291a Abs. 7b S. 4 SGB V wird das Nähere hierzu für die Arzneimittelversorgung im Rahmenvertrag nach § 129 Abs. 2 SGB V zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene vereinbart; die nutzungsbezogenen Zuschläge für die Nutzung von Daten nach § 291a Abs. 3 S. 1 Nr. 3 SGB V sind bis Ende September 2017 mit Wirkung ab dem 1.1.2018 zu vereinbaren. Kommt eine Vereinbarung nach Satz 4 erster Halbsatz nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande oder kommt eine Vereinbarung nach Satz 4 zweiter Halbsatz nicht bis zum 30.9.2017 zustande, legt gemäß § 291a Abs. 7b S. 6 SGB V die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V auf Antrag einer Vertragspartei oder des Bundesministeriums für Gesundheit innerhalb einer Frist von zwei Monaten den Vereinbarungsinhalt fest. § 291a Abs. 7a S. 5 SGB V gilt gemäß § 291a Abs. 7b S. 7 SGB V entsprechend, d.h. die Klage gegen die Festsetzung der Schiedsstelle hat keine aufschiebende Wirkung.[392]

§ 291a Abs. 7b SGB V wird auch von seinem Absatz 7c in Bezug genommen. Hier geht es um die Vereinbarung über die Ausstattungskosten; in Satz 4 der Norm dürfte ein Verweisungsfehler vorliegen – bei Arzneimittelsachen entscheidet nicht das Schiedsamt, sondern die in Satz 6 genannte Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V.

Zu beachten ist zudem § 291a Abs. 7d SGB V. Dessen Satz 1 bestimmt: „*Kommt eine Vereinbarung zu den Kosten nach Absatz 7 Satz 5 Nummer 1 nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist als Grundlage der Vereinbarungen nach Absatz 7a Satz 3 und 5 sowie Absatz 7b Satz 2 bis 4 zu Stande, trifft der Spitzenverband Bund der Krankenkassen Vereinbarungen zur Finanzierung der den jeweiligen Leistungserbringern entstehenden Kosten nach Absatz 7 Satz 5 Nummer 1 jeweils mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft, den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene.*" Soweit diese Vereinbarungen nicht zustande kommen, sind je nach Zuordnung des Konflikts unterschiedliche Schiedseinrichtungen nach § 291a Abs. 7d S. 2 SGB V zuständig[393]: Bei Nichteinigung mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft ist es die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG, bei Nichteinigung mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen das jeweils zuständige Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V[394] und bei Nicht-

---

389 Es geht hier um die Refinanzierung der Kosten im ambulanten Bereich (*Didong* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 291a Rn. 25).

390 Ausführlich hierzu unter C. II. 4. b.

391 Im Detail vgl. § 291a Abs. 7 S. 5 SGB V.

392 Das entspricht der Regelung in § 129 Abs. 9 SGB V; hierzu gleich unter (b).

393 Es geht um individuelle Verträge, die mit den jeweiligen Leistungserbringern geschlossen werden.

394 Hierzu oben unter C. II. 2.

einigung mit der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V. Erforderlich ist nach § 291a Abs. 7d S. 2 SGB V jeweils ein Antrag einer Vertragspartei; die jeweilige Schiedseinrichtung hat ihre Entscheidung innerhalb einer Frist von zwei Monaten zu treffen.

### (b) Rechtliche Vorgaben für die Tätigkeit der Schiedsstelle

Die Schiedsstelle wird nach § 129 Abs. 8 SGB V vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker gemeinsam gebildet. Sie ist paritätisch besetzt und besteht aus Vertretern der Krankenkassen und der Apotheker in gleicher Zahl; dazu kommen ein unparteiischer Vorsitzender und zwei weitere unparteiische Mitglieder. Über die unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter sollen sich die Vertragspartner nach § 129 Abs. 8 S. 3 SGB V einigen; gelingt das nicht, gilt § 89 Abs. 3 S. 4 bis 6 SGB V entsprechend, d.h. gegebenenfalls wird im Losverfahren entschieden.[395] Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden.[396] Jedes Mitglied hat eine Stimme; die Entscheidung ergeht als Mehrheitsentscheidung.[397] Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.[398]

Zeitliche Vorgaben für die Entscheidung durch die Schiedsstelle macht das Gesetz nicht; allerdings hat der Verordnungsgeber in § 8 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung eine Monatsfrist für die Entscheidung vorgegeben.[399]

Nach § 129 Abs. 9 S. 1 SGB V gibt sich die Schiedsstelle eine Geschäftsordnung.

Die Aufsicht über die Geschäftsführung[400] der Schiedsstelle führt gemäß § 129 Abs. 10 S. 1 SGB V das Bundesministerium für Gesundheit. Es kann nach Satz 2 eine Rechtsverordnung mit Zustimmung das Bundesrates erlassen, in der das Nähere über die Zahl und die Bestellung der Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder, das Verfahren sowie über die Verteilung der Kosten geregelt ist. Die Amtszeit der Mitglieder beträgt vier Jahre; etwas anderes gilt aber bei § 89 Abs. 3 S. 6 SGB V – im Fall des Losverfahrens beträgt die Amtszeit des unparteiischen Mitglieder nur ein Jahr. § 3 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung ermöglicht die Abberufung der Mitglieder und ihrer Stellvertreter aus „*wichtigem Grunde*“; die beteiligten Verbände sind vorher zu hören. Die Einleitung des Schiedsverfahrens ist in § 6 Schiedsstellenverordnung normiert. Die Beschlussfähigkeit ist in § 8 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 Schiedsstellenverordnung geregelt: Anwesend sein müssen wenigstens der Vorsitzende und ein weiteres unparteiisches Mitglied und fünf weitere Mitglieder bzw. deren Stellvertreter. Die bereits angesprochene Mehrheitsentscheidung ergeht nach § 8 Abs. 1 S. 2 Schiedsstellenverordnung als Entscheidung der anwesen-

---

395 Hierzu oben C. II. 2. e.

396 § 129 Abs. 9 S. 2 und 3 SGB V.

397 § 129 Abs. 9 S. 4 und 5 SGB V.

398 Wiederum ist das angesichts der Besetzung der Schiedsstelle nur denkbar, wenn ein Mitglied nicht mitwirkt.

399 Man mag sich fragen, ob das noch von der Ermächtigungsgrundlage des § 129 Abs. 10 SGB V gedeckt ist; in anderen Fällen wurde dies im formellen Gesetz geregelt.

400 Es geht also nicht um den Inhalt der Entscheidung, sondern nur um die Art und Weise der Amtsführung (*Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherung, § 129 SGB V Rn. 24).

den Mitglieder: „*Sie entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit der anwesenden Mitglieder.*“[401] Eine Stimmenthaltung ist nicht zulässig; ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

In § 129 Abs. 9 SGB V ist bestimmt, dass Klagen gegen Festsetzungen der Schiedsstelle keine aufschiebende Wirkung haben. Bereits diese Formulierung deutet darauf hin,[402] dass die Schiedsstelle als Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 SGB X mit ihrer Entscheidung einen Verwaltungsakt gegenüber den Vertragsparteien erlässt, der ohne Notwendigkeit eines Vorverfahrens gerichtlich überprüfbar ist. Die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V ist also – in der Sprache des Bundessozialgerichts – dem Typus „Schiedsamt“ zuzuordnen.[403]

### (5) Die Schiedsstelle nach § 130b SGB V

Auch in § 130b SGB V ist als Konfliktlösungsorgan eine Schiedsstelle vorgesehen.[404] Die Norm ist erst vor gut sechs Jahren in Kraft getreten[405] und seither wiederholt geändert worden,[406] wobei die Änderung durch das so genannte E-HealthG[407] auch das Schiedsstellenverfahren betraf. Die bereits im Kontext von § 129 SGB V angesprochene Schiedsstellenverordnung ist zugleich die Verordnung im Sinne von § 130b Abs. 6 S. 5 SGB V. § 130b SGB V bestimmt für die Schiedsstelle zwei Aufgabenbereiche.

§ 130b SGB V ergänzt die ebenfalls zum 1.1.2011 in das SGB V eingeführte Regelung des § 35a SGB V. Gemäß § 35a SGB V wird der Nutzen eines erstattungsfähigen Arzneimittels mit neuen Wirkstoffen in direktem zeitlichen Zusammenhang mit seiner erstmaligen oder die Indikation erweiternden Zulassung geprüft.[408] Der Gesetzgeber zielte auf eine „*wissenschaftliche Begutachtung zur Zweckmäßigkeit eines Arzneimittels (§ 12)*“, die beschreiben soll, „*welchen therapierelevanten Nutzen ein Arzneimittel bei Anwendung in einem bestimmten Indikationsgebiet für bestimmte Gruppen von Patienten hat.*“[409] Anders als beim – im Übrigen an hohe Voraussetzungen geknüpften[410] – Ausschluss von Arzneimitteln geht es hier um die Vorbereitung preisregulierender Maßnahmen, die über § 130b SGB V realisiert werden:[411] Gemäß § 130b Abs. 1 SGB V vereinbart der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit pharmazeutischen Unternehmen im Benehmen mit dem Verband der privaten Krankenversicherung auf Grundlage des Beschlusses des Gemeinsamen Bundesausschusses über die Nutzenbewertung nach § 35a Abs. 3 SGB V mit Wirkung für alle Krankenkassen Erstattungsbeträge für Arzneimit-

---

401 § 129 Abs. 9 S. 5 SGB V spricht allerdings von der „*Mehrheit der Mitglieder*“.

402 Allerdings kann man sich auf den Wortlaut der entsprechenden Normen nicht immer verlassen (hierzu im Kontext von § 17c Abs. 4 KHG a.F. *Felix*, NZS 2014, S. 601 ff.; vgl. auch *Felix*, NZS 2015, S. 681 ff.).

403 Ausführlich zur Typologie der Konfliktlösungsinstrumente im SGB V BSG v. 8.10.2014 – B 3 KR 7/R, Rn. 39 ff. im Kontext des mittlerweile bereits wieder abgeschafften Schlichtungsausschusses nach § 17c Abs. 3 KHG.

404 Hierzu *Spiegel*, KrV 2013, S. 241 ff.

405 Sie wurde geschaffen durch Art. 17 AMNOG v. 22.10.2010 (BGBl. I, 2262) und ist am 1.1.2011 in Kraft getreten.

406 Ausführlich hierzu *Baierl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 130b Rn. 11 ff.

407 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2408).

408 Zur so genannten frühen Nutzenbewertung *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 35a Rn. 3.

409 BT-Drs. 17/2413, S. 20.

410 Vgl. § 92 Abs. 1 S. 1 3. HS SGB V. Vgl. auch *Hess*, GesR 2011, S. 65, 68 sowie *Huster*, GesR 2011, S. 76, 79.

411 Vgl. hierzu auch *Köhler*, Das gebrochene Preismonopol der Pharmaindustrie, 2013; *Kingreen*, NZS 2011, S. 441 ff.; *Axer*, SGb 2011, S. 246 ff.

tel, die mit diesem Beschluss keiner Festbetragsgruppe zugeordnet wurden. Dabei soll nach § 130b Abs. 1 S. 2 SGB V ein Vertreter einer Krankenkasse an der Verhandlung teilnehmen; das Nähere regelt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen in seiner Satzung. Das Gesetz enthält zahlreiche formale[412] und inhaltliche Vorgaben[413] für die Verhandlungen und den Inhalt der Vereinbarung. Nach § 130b Abs. 3a S. 2 SGB V gilt der nach Absatz 1 vereinbarte Erstattungsbetrag ab dem 13. Monat nach dem erstmaligen Inverkehrbringen eines Arzneimittels mit dem Wirkstoff und im Übrigen auch für alle Arzneimittel mit dem gleichen neuen Wirkstoff, die ab dem 1.1.2011 in Verkehr gebracht werden.[414] Für ein Arzneimittel, das nach dem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 35a Abs. 3 SGB V keinen Zusatznutzen hat und keiner Festbetragsgruppe zugeordnet werden kann, enthält § 130b Abs. 3 SGB V weitere Vorgaben für die Vereinbarung des Erstattungsbetrags, die letztlich sicherstellen sollen, dass keine Mehrkosten gegenüber gleichwertigen Arzneimitteln entstehen.[415]

Kommt eine Vereinbarung nach § 130b Abs. 1 oder 3 SGB V nicht innerhalb von sechs Monaten nach Veröffentlichung des Beschlusses nach § 35a Abs. 3 SGB V oder nach § 35b Abs. 3 SGB V[416] zustande, setzt gemäß § 130b Abs. 4 SGB V die Schiedsstelle nach Absatz 5 den Vertragsinhalt fest. Die Schiedsstelle wird vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene[417] gebildet. Sie besteht nach § 130b Abs. 5 S. 2 SGB V aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern sowie aus jeweils zwei Vertretern der Vertragsparteien nach Absatz 1. Über den Vorsitzenden und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter sollen sich die Verbände nach Satz 1 einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, gilt das in § 89 Abs. 3 S. 4 bis 6 SGB V normierte Verfahren entsprechend.[418]

Der Gesetzgeber verweist in § 130b Abs. 6 S. 4 SGB V „*im Übrigen*" auf § 129 Abs. 9 und 10 SGB V. Die Mitglieder der Schiedsstelle nach § 130b SGB V führen ihr Amt also als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme, die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Auch hier ist allerdings § 8 Abs. 1 Schiedsstellenverordnung zu beachten: Beschlussfähig ist die Schiedsstelle bereits, wenn der Vorsitzende, ein unparteiisches Mitglied und zwei weitere Mitglieder anwesend sind. In dieser Besetzung entscheidet die Schiedsstelle mit einfacher Stimmenmehrheit der anwesenden Mitglieder. Da das formelle Gesetz auf die „*Mehrheit der Mitglieder*" abstellt, müssen in dieser

---

412 Vgl. etwa § 130b Abs. 1 S. 6 SGB V (Mitteilungspflicht des Unternehmers bezüglich des Abgabepreises in anderen europäischen Ländern).

413 Vgl. nur § 130b Abs. 1 S. 5, Abs. 1a, 2 und 3 SGB V.

414 § 130b Abs. 3a S. 1 SGB V.

415 Hierzu *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 130b Rn. 11.

416 Nach § 130b Abs. 8 SGB V kann jede Vertragspartei nach einem Schiedsspruch nach § 130b Abs. 4 SGB V beim Gemeinsamen Bundesausschuss eine Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b SGB V beantragen; auf deren Grundlage ist der Erstattungsbetrag neu zu vereinbaren und gegebenenfalls wiederum durch die Schiedsstelle festzusetzen.

417 Ausschlaggebend dürfte hier die Zahl der vertretenen pharmazeutischen Unternehmen und ihre wirtschaftliche Bedeutung für den Arzneimittelmarkt sein. Nach *Luthe*, PharmR 2011, S. 193, 204 sollte allein der Marktanteil maßgeblich sein. Zu den maßgeblichen Organisationen *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 38.

418 Hierzu oben unter C. II. 2. e.

Situation alle vier anwesenden Personen einheitlich abstimmen. Stimmenthaltung ist nach § 8 Abs. 1 S. 3 Schiedsstellenverordnung nicht zulässig. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.

Der Gesetzgeber hat für die Entscheidung der Schiedsstelle selbst eine klare zeitliche Vorgabe gemacht: Sie hat nach § 130b Abs. 4 S. 1 SGB V innerhalb von drei Monaten zu entscheiden.[419] Es soll also spätestens neun Monate nach der Veröffentlichung des Beschlusses des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 35a Abs. 3 SGB V oder § 35b Abs. 3 SGB V eine entsprechende preisliche Regelung geben.[420] Allerdings dürfte es sich auch bei dieser Frist um eine Ordnungsvorschrift handeln, deren Verletzung grundsätzlich keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen hat.[421]

Die Aufsicht über die Schiedsstelle führt das Bundesministerium für Gesundheit,[422] das nach § 130b Abs. 6 S. 3 SGB V i.V.m. § 129 Abs. 10 SGB V im Übrigen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Zahl und die Bestellung der Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder, das Verfahren sowie über die Verteilung der Kosten regeln kann.[423]

Die Entscheidung der Schiedsstelle hat Rückwirkung – der im Schiedsspruch festgelegte Erstattungsbetrag gilt gemäß § 130b Abs. 4 S. 3 SGB V ab dem 13. Monat nach dem in § 35a Abs. 1 S. 3 SGB V genannten Zeitpunkt mit der Maßgabe, dass die Preisdifferenz zwischen dem von der Schiedsstelle festgelegten Erstattungsbetrag und dem tatsächlich gezahlten Abgabepreis bei der Festsetzung auszugleichen ist.

Gemäß § 130b Abs. 4 S. 4 SGB V gibt die Schiedsstelle dem Verband der privaten Krankenversicherung vor ihrer Entscheidung Gelegenheit zur Stellungnahme. Die Patientenorganisationen nach § 140f SGB V können gemäß § 130b Abs. 5 S. 3 SGB V beratend an den Sitzungen der Schiedsstelle teilnehmen.[424]

Nach § 130b Abs. 6 SGB V gibt sich die Schiedsstelle eine Geschäftsordnung. Über diese Geschäftsordnung entscheiden allerdings nur die unparteiischen Mitglieder im Benehmen mit den Verbänden nach § 130b Abs. 5 S. 1 SGB V. Die Geschäftsordnung bedarf der Genehmigung des Bundesministeriums für Gesundheit.[425] Das Gesetz verweist im Übrigen auf § 129 Abs. 9 und 10 SGB V.

Nach § 130b Abs. 3 S. 2 SGB V entscheidet die Schiedsstelle „*unter freier Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und berücksichtigt dabei die Besonderheiten des jeweiligen Therapiegebietes.*“ Dabei

---

419 Die Wiederholung dieser Vorgabe in § 8 Abs. 4 Schiedsstellenverordnung ist – wie so manch anderes – überflüssig.

420 Der Gesetzgeber wollte die von ihm angestrebten Einsparpotenziale zügig umsetzen (*Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 346).

421 Es ist bekannt, dass gerade die Einhaltung grundlegender Verfahrensvorgaben – wie etwa die Gewährung des rechtlichen Gehörs – mitunter zwangsläufig zur Überschreitung entsprechender Fristen führt. Vgl. hierzu auch *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 354.

422 Auch hierbei handelt es sich um eine Aufsicht „*über die Geschäftsführung*“; a. A. *von Dewitz* in: Beck‘scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 48.

423 Die Verweisungstechnik überzeugt hier nicht, denn was in § 129 Abs. 10 SGB V steht, wird in § 130b Abs. 6 S. 5 SGB V dann doch noch einmal wörtlich wiederholt.

424 Hierzu BT-Drs. 17/3896, S. 55 – es geht um die Akzeptanz des Schiedsspruchs.

425 Hierzu *von Dewitz* in: Beck‘scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 47, der das mit Blick auf die demokratische Legitimation für geboten hält.

ist die Schiedsstelle wie die Vertragsparteien selbst an die gesetzlichen Vorgaben gebunden; man wird ihr aber im Übrigen denselben Gestaltungsspielraum einräumen müssen wie dem Schiedsamt[426] oder anderen Schiedsstellen.[427]

Die Rechtsnatur der Entscheidung der Schiedsstelle ergibt sich mittelbar aus dem Gesetz. Nach § 130b Abs. 4 S. 5 SGB V haben Klagen gegen Entscheidungen der Schiedsstelle keine aufschiebende Wirkung, nach Satz 6 findet ein Vorverfahren nicht statt. Auch hier handelt es sich also um die Entscheidung nach dem Typus des Schiedsamts;[428] die Schiedsstelle erlässt gegenüber den Vertragsparteien einen Verwaltungsakt. Insofern hat auch die Schiedsstellenentscheidung nach § 130b Abs. 4 SGB V eine Doppelnatur.[429]

Ebenso wie eine Vereinbarung nach § 130b Abs. 1 oder 3 SGB V kann nach § 130b Abs. 7 SGB V auch der Schiedsspruch nach Absatz 4 von einer Vertragspartei „*frühestens nach einem Jahr gekündigt werden.*" Der Begriff der „Kündigung" ist im Kontext des Schiedsstellenverfahrens etwas irritierend; gemeint dürfte sein, dass die Vertragsparteien nach Ablauf eines Jahres seit dem Schiedsspruch diesen durch eine vertragliche Regelung ersetzen dürfen. Auch ein neuer Schiedsspruch kann nicht vor Ablauf eines Jahres erlassen werden. Der Schiedsspruch gilt bis zum Wirksamwerden einer neuen Vereinbarung fort. Bei Veröffentlichung eines neuen Beschlusses zur Nutzenbewertung nach § 35a Abs. 3 SGB V oder zur Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b Abs. 3 SGB V für das Arzneimittel sowie bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Bildung einer Festbetragsgruppe nach § 35 Abs. 1 SGB V[430] ist eine Kündigung vor Ablauf eines Jahres möglich. Eine Sonderregelung findet sich in § 130 Abs. 7a SGB V, der bestimmt: „*Für Arzneimittel, für die nach dem Beschluss nach § 35a Absatz 3 SGB V ein Zusatznutzen in keinem Anwendungsgebiet belegt ist und für die vor dem 13. Mai 2017 ein Erstattungsbetrag nach Absatz 3 vereinbart oder nach Absatz 4 festgesetzt wurde, kann die Vereinbarung oder der Schiedsspruch von jeder Vertragspartei bis zum 13. August 2017 gekündigt werden, auch wenn sich das Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht im Verkehr befindet. Im Fall einer Kündigung nach Satz 1 ist unverzüglich erneut ein Erstattungsbetrag nach Absatz 3 zu vereinbaren; Satz 1 gilt nicht, wenn der Zusatznutzen nach § 35a Absatz 1 Satz 5 als nicht belegt gilt.*"

Nach einem Schiedsspruch kann gemäß § 130b Abs. 8 SGB V jede Vertragspartei beim Gemeinsamen Bundesausschuss eine Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b SGB V beantragen. Die Geltung des Schiedsspruchs bleibt hiervon unberührt; scheitert die nach dem entsprechenden Beschluss über die Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b Abs. 3 SGB V neu zu treffende Vereinbarung, gelten die Absätze 1 bis 7 des § 130b SGB entsprechend, d.h. es kommt gegebenenfalls zu einem neuen Schiedsspruch.

Eine weitere Zuständigkeit der in § 130b Abs. 5 SGB V normierten Schiedsstelle ist in § 130b Abs. 9 SGB V vorgesehen – allerdings entscheidet in dieser Konstellation nicht wirklich „die Schiedsstelle". Gemäß § 130b Abs. 9 SGB V haben die Verbände nach § 130b Abs.

---

426 Hierzu C. II. 2. i.

427 Ebenso *Baierl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 130b Rn. 178.

428 Die sofortige Umsetzung des Schiedsspruchs soll gesichert werden; der Gesetzgeber wollte verhindern, dass ein Rechtsmittel allein deshalb eingelegt wird, um die Rechtswirkung der Entscheidung aus finanziellen Erwägungen zu verzögern (BT-Drs. 17/2413, S. 32).

429 Für die durch den Vertrag gebundenen Personen hat dieser Normcharakter (hierzu schon C. II. 2. j.).

430 Ausführlich zu den denkbaren Fallgestaltungen *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 50 ff.

5 S. 1 SGB V – also der Spitzenverband Bund der Krankenkassen einerseits und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene andererseits – eine Rahmenvereinbarung über die Maßstäbe für Vereinbarungen nach § 130b Abs. 1 SGB V zu treffen.[431] Das Gesetz enthält konkrete Vorgaben dazu, was in der entsprechenden Rahmenvereinbarung – es handelt sich um einen öffentlich-rechtlichen koordinationsrechtlichen Vertrag[432] – zu regeln ist.[433] Das Gesetz selbst trifft keine Aussage zur rechtlichen Bedeutung der Rahmenvereinbarung. Da der entsprechende Vertrag zugleich normative Wirkung hat, wird man aber davon ausgehen müssen, dass er sowohl für die Vertragsparteien nach Absatz 1 als auch für die Schiedsstelle verbindlich ist.[434]

Kommt eine Rahmenvereinbarung nicht zustande[435] – § 130b Abs. 9 SGB V sieht auch insoweit die Möglichkeit einer Fristsetzung durch das Bundesministerium für Gesundheit vor[436] –, setzen allein die unparteiischen Mitglieder der Schiedsstelle die Rahmenvereinbarung im Benehmen mit den Verbänden auf Antrag einer Vertragspartei fest. Der Gesetzgeber hat hier also zwar ein Konfliktlösungsinstrument etabliert; dieses erscheint aber gleichsam „unvollständig".[437] Angesichts der Tatsache, dass es sich auch bei der Festsetzung des Vertragsinhalts der Rahmenvereinbarung um eine Maßnahme mit Doppelwirkung handelt und die „Rumpfschiedsstelle" gegenüber den Vertragsparteien als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X einen Verwaltungsakt erlässt,[438] erscheint das vom Gesetzgeber gewählte Modell der Konfliktlösung nicht überzeugend.

Für die in § 130b Abs. 10 SGB V vorgesehene Vereinbarung zwischen dem Gemeinsamen Bundesausschuss, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie dem Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen einerseits und dem Verband der privaten Krankenversicherung andererseits über die von den Unternehmen der privaten Krankenversicherung zu erstattenden Kosten für die Nutzen-Bewertung nach § 35a SGB V, für die Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b SGB V sowie für die Festsetzung eines Erstattungsbetrags nach § 130b Abs. 4 SGB V[439] hat der Gesetzgeber kein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen.[440]

---

431 Durch diese Rahmenvereinbarung können die entsprechenden Vereinbarungen weitgehend vereinheitlicht werden, was die Einigung beschleunigen dürfte (vgl. *Huster*, KrV 2013, S. 1 ff.).

432 *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 130b Rn. 29 spricht von einem Normenvertrag.

433 Da es sich um eine „Rahmenvereinbarung" handelt, dürften Detailregelungen nicht zulässig sein (so *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 130b Rn. 26).

434 *Axer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 130b Rn. 29. Vgl. hierzu aber auch *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 66 m.w.N.

435 Sie ist allerdings zustande gekommen und abrufbar unter www.gkv-spitzenverband.de

436 Vgl. hierzu BT-Drs. 18/6905, S. 67 – in diesem Fall erfolgt die Festsetzung ohne Antrag einer Vertragspartei. Der Verweis in § 130b Abs. 9 S. 7 auf „S. 5" dürfte ein redaktionelles Versehen sein.

437 Kritisch zu Recht *Axer*, SGb 2011, S. 246, 252.

438 A. A. offenbar der Gesetzgeber (BT-Drs. 18/6905, S. 67), dessen Ausführungen hier allerdings unklar bleiben („*Einzelfallentscheidung der unparteiischen Mitglieder mit Verwaltungsaktcharakter", „Vorverfahren analog Absatz 4 Satz 6 ausgeschlossen*").

439 Hier geht es also letztlich um die Kosten des Schiedsstellenverfahrens.

440 Die Regelung ist umstritten und wird von manchem für verfassungswidrig gehalten (so *von Dewitz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 130b SGB V Rn. 76); kritisch auch *Luthe*, PharmR 2011, S. 193, 207.

### (6) Die Schiedsstelle nach § 132a SGB V

Versicherte haben gemäß § 37 SGB V Anspruch auf Versorgung mit häuslicher Krankenpflege. Im Leistungserbringungsrecht findet sich die entsprechende Regelung in § 132a SGB V, der die Umsetzung des Individualanspruchs des Versicherten auf zwei Ebenen normiert.[441]

§ 132a Abs. 1 SGB V ist an die Bundesebene adressiert: Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene[442] haben[443] unter Berücksichtigung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V[444] gemeinsam Rahmenempfehlungen über die einheitliche flächendeckende Versorgung mit häuslicher Krankenpflege abzugeben.[445] Der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft ist vor Abschluss des Entscheidungsprozesses Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben; die Stellungnahmen sind in den Entscheidungsprozess nach § 132a Abs. 1 S. 3 SGB V „*einzubeziehen.*"[446]

Der maßgebliche Inhalt der Rahmenempfehlungen ist in § 132a Abs. 1 S. 4 Nr. 1 bis 6 SGB V beschrieben – es geht etwa um Fragen der Vergütung und der Abrechnung sowie die Wirtschaftlichkeitsprüfung, aber auch um Maßnahmen zur Qualitätssicherung sowie den ganz grundlegenden Aspekt der Eignung der Leistungserbringer. Weitere zwingende – oder auch nur mögliche – Inhalte werden in § 132a Abs. 1 S. 5 und 6 SGB V beschrieben. Auch wenn der Wortlaut „*Rahmenempfehlung*" eher unverbindlich klingen mag, hat der Gesetzgeber ihre steuernde Wirkung in § 132 Abs. 1 S. 7 SGB V mittlerweile[447] betont: „*Die Inhalte der Rahmenempfehlungen sind den Verträgen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern zugrunde zu legen.*" Der Sache nach handelt es sich bei den Rahmenempfehlungen – ebenso wie

---

441 Die Norm wurde durch das 2. GKV-Neuordnungsgesetz v. 23.6.1997 (BGBl. I 1997, S. 1520) eingefügt und wiederholt grundlegend geändert. In der bis Ende 2016 geltenden Fassung der Norm, die lediglich aus zwei Absätzen bestand, war nur die Schiedsperson als Konfliktlösungsinstrument auf der individualvertraglichen Ebene vorgesehen (vgl. insoweit zu § 132a Abs. 2 SGB V a.F. ausführlich *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 237 ff.).

442 Für Pflegedienste, die einer Kirche oder Religionsgemeinschaft des öffentlichen Rechts angehören oder einem sonstigen freigemeinnützigen Träger zuzuordnen sind, kann auch die Kirche oder Religionsgemeinschaft bzw. der Wohlfahrtsverband agieren. Entscheidend ist, ob eine ausreichend große Zahl von Pflegediensten durch die Organisation vertreten wird (*Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132a Rn. 8). Zur Rechtsstellung der Spitzenorganisationen auch BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 69/04 R, Rn. 17. Vgl. im Übrigen auch BT-Drs. 18/10510, S. 132.

443 In früheren Fassungen war noch von „*sollen*" die Rede (hierzu *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132a Rn. 11).

444 Zum Verhältnis von Gemeinsamen Bundesausschuss und Rahmenempfehlungspartnern BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 69/04 R.

445 Der Gesetzgeber strebt hier offenkundig eine gleichwertige Versorgung an (BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 69/04 R, Rn. 29; *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a Rn. 3).

446 Die Rechtsstellung der genannten Organisationen ist angesichts dieses Wortlauts denkbar schwach ausgeprägt; eine Einbeziehung muss nicht bedeuten, dass sich die Rahmenempfehlungspartner der Stellungnahme inhaltlich anschließen (ebenso *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132a Rn. 9).

447 Vgl. noch zur alten Rechtslage BSG v. 31.5.2006 – B 6 KA 69/04 R, Rn. 29: „… *weder erzwungen werden können noch für andere Beteiligte verbindlich sind*…". Zur Neufassung BT-Drs. 18/10510, S. 130: „*verbindlicher zu gestalten.*"

bei Rahmenvereinbarungen – um vertragliche Regelungen zwischen den Rahmenempfehlungspartnern.[448]

Über die Einzelheiten der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege werden nach § 132a Abs. 4 SGB V Verträge zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern geschlossen.

Mittlerweile hat der Gesetzgeber für beide Ebenen – Rahmenempfehlungen auf Bundesebene und individualvertragliche Ebene – Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen.[449] Können sich Krankenkasse und Leistungserbringer nicht auf den Inhalt des Vertrags einigen, wird der Vertragsinhalt von einer von den Vertragspartnern zu bestimmenden Schiedsperson festgelegt.[450] Für die Rahmenempfehlungen dagegen hat der Gesetzgeber eine eigene Schiedsstelle etabliert: Kommen diese ganz oder teilweise nicht zustande, können die Rahmenempfehlungspartner gemäß § 132a Abs. 2 SGB V die Schiedsstelle nach § 132a Abs. 3 SGB V anrufen. Auch das Bundesministerium für Gesundheit kann die Schiedsstelle anrufen.[451]

Die Zusammensetzung der Schiedsstelle ist in § 132a Abs. 3 SGB V bestimmt. Sie wird gebildet vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie den für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene und muss nach § 132a Abs. 3 S. 1 SGB V „*erstmals bis zum 1. Juli 2017*" gebildet werden. Sie besteht nach Satz 2 aus Vertretern der Krankenkassen und der Pflegedienste in gleicher Zahl. Hinzu kommen ein unparteiischer Vorsitzender und zwei weitere unparteiische Mitglieder, über die und deren Stellvertreter sich die Rahmenempfehlungspartner einigen sollen. Gelingt das nicht, kommt das in § 89 Abs. 3 S. 5 und 6 SGB V geregelte Verfahren zur Anwendung.[452] § 132a Abs. 2 S. 2 SGB V enthält die typische Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit: Dieses kann mit Zustimmung des Bundesrates „*das Nähere über die Zahl und die Bestellung der Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für den Zeitaufwand der Mitglieder, das Verfahren sowie über die Verteilung der Kosten regeln.*"

§ 132a Abs. 2 S. 7 SGB V bestimmt die entsprechende Geltung von § 129 Abs. 9 und 10 S. 1 SGB V. Die Mitglieder führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme; die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, so gibt die Stimme des Vorsitzenden nach § 129 Abs. 9 S. 6 SGB V den Ausschlag. Die Schiedsstelle gibt sich nach § 129 Abs. 9 S. 1 SGB V eine Geschäftsordnung; ihre Geschäftsführung unterliegt der Aufsicht des Bundesministeriums für Gesundheit.[453]

---

448 Ebenso wohl, wenn auch zum alten Recht, *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132a Rn. 12 sowie *Rixen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 132a Rn. 2; vgl. auch *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 103.

449 § 132a SGB V wurde durch Art. 13 Nr. 4 des Dritten Gesetzes zur Stärkung der pflegerischen Versorgung und zur Änderung weiterer Vorschriften (Drittes Pflegestärkungsgesetz – PSG III) v. 23.12.2016 (BGBl. I, S. 3191) insoweit völlig neu gefasst (vgl. BT-Drs. 18/10510).

450 Hierzu unter C. II. 5. b. (9).

451 § 132a Abs. 2 S. 2 SGB V.

452 Hierzu ausführlich C. II. 2. e.

453 § 129 Abs. 10 S. 1 SGB V.

Der Gesetzgeber hat eine Handlungsfrist für die Schiedsstelle vorgesehen: Nach § 132a Abs. 2 S. 3 SGB V hat sie den Inhalt der Rahmenempfehlungen innerhalb von drei Monaten festzusetzen. Ähnlich wie bei vergleichbaren Handlungsfristen hat ein Überschreiten der Frist aber keine unmittelbaren rechtlichen Konsequenzen.

Nach § 129 Abs. 9 S. 7 SGB V haben Klagen gegen Festsetzungen der Schiedsstelle keine aufschiebende Wirkung. Schon aus dieser Aussage wird man folgern können, dass die Festsetzung des Inhalts der Rahmenempfehlung gegenüber den Rahmenempfehlungspartnern ein Verwaltungsakt ist, der im Wege der Anfechtungsklage gerichtlich überprüfbar ist. Auch ein Gestaltungsspielraum der Schiedsstelle[454] ist insoweit anzuerkennen.

### (7) Die Schiedsstelle nach § 134a SGB V

Auch freiberuflich tätige Hebammen[455] gehören zum Kreis der Leistungserbringer nach dem SGB V. Bis Ende 2006 war die Vergütung der von ihnen erbrachten Leistungen in einer vom Bundesministerium für Gesundheit bestimmten Rechtsverordnung zu regeln;[456] im Jahr 2004[457] wurde § 134 SGB V aufgehoben und durch § 134a SGB V als zentrale Vorschrift des Leistungserbringungsrechts in diesem Bereich[458] ersetzt.

Die entsprechenden Rechtsbeziehungen sind nunmehr vertraglich zu regeln. Gemäß § 134a Abs. 1 SGB V schließt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit den für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Berufsverbänden der Hebammen[459] und den Verbänden der von Hebammen geleiteten Einrichtungen auf Bundesebene Verträge über die Versorgung mit Hebammenhilfe nach Maßgabe der in § 134a Abs. 1, 1a, 1b und 1c SGB V[460] enthaltenen gesetzlichen Vorgaben.[461] Die entsprechenden Verträge haben gemäß § 134a Abs. 1 S. 1 SGB V „*bindende Wirkung für die Krankenkassen*". Rechtswirkung für freiberuflich tätige Hebammen haben sie nach § 134a Abs. 2 SGB V, wenn diese einem Verband nach Absatz 1 Satz 1 auf Bundes- oder Landesebene angehören und die Satzung des Verbandes eine entsprechende Rechtswirkung vorsieht oder wenn sie einem nach Absatz 1 geschlossenen Vertrag beitreten. Nach § 134a Abs. 2 S. 2 SGB V sind Hebammen, für die die Verträge keine Rechtswirkung haben, als Leistungserbringer allerdings gar nicht zugelassen – hier wird also eine gleichsam mittelbare Bindungswirkung des Vertrags geschaffen.

Kommt ein Vertrag nach Absatz 1 ganz oder teilweise nicht oder nicht bis zum Ablauf der nach den Absätzen 1a, 1b oder 1c vorgegebenen Fristen zustande, wird der Vertragsinhalt durch die Schiedsstelle nach § 134a Abs. 4 SGB V festgesetzt. Ein bisheriger Vertrag gilt

---

454 Hierzu schon C. II. 2. i. zum Schiedsamt.

455 Als Hebammen gelten gemäß § 134a Abs. 6 SGB V auch Entbindungspfleger.

456 Vgl. § 134 SGB V in der Fassung vom 31.10.2006.

457 Zweites Gesetz zur Änderung der Vorschriften zum diagnose-orientierten Fallpauschalensystem für Krankenhäuser und zur Änderung anderer Vorschriften (Zweites Fallpauschalenänderungsgesetz – 2. FPÄndG) v. 15.12.2004, BGBl. I, S. 3429).

458 So *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 134a Rn. 4.

459 Ob ein Verband maßgeblich ist, haben die Sozialgerichte zu entscheiden (hierzu SG Berlin v. 11.9.2013 – S 81 KR 1172/13, Rn. 38 ff.).

460 Die Absätze 1a bis 1c sehen dabei konkrete zeitliche Vorgaben für den Vertragsschluss vor.

461 Zu den Details des Vertragsinhalts *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 134a Rn. 6 ff.

gemäß § 134a Abs. 3 S. 2 SGB V vorläufig weiter.[462] Die Schiedsstelle hat der Gesetzgeber in § 134a Abs. 4 SGB V normiert: „*Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Berufsverbände der Hebammen sowie die Verbände der von Hebammen geleiteten Einrichtungen auf Bundesebene bilden eine gemeinsame Schiedsstelle. Sie besteht aus Vertretern der Krankenkassen und der Hebammen in gleicher Zahl sowie aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern. Die Amtsdauer beträgt vier Jahre. Über den Vorsitzenden und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter sollen sich die Vertragspartner einigen. Kommt eine Einigung nicht zu Stande, gilt § 89 Abs. 3 Satz 5 und 6 entsprechend. Im Übrigen gilt § 129 Abs. 9 und 10 entsprechend.*" Auch diese Schiedsstelle ist also paritätisch besetzt und wird durch drei unparteiische Mitglieder ergänzt. Die Mitglieder führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme; die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Ergibt sich keine Mehrheit, so gibt die Stimme des Vorsitzenden nach § 134a Abs. 4 S. 6 SGB V i.V.m. § 129 Abs. 9 S. 6 SGB V den Ausschlag. Die Schiedsstelle gibt sich nach § 129 Abs. 9 S. 1 SGB V eine Geschäftsordnung.

Die Schiedsstelle ist eine Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X und erlässt daher gegenüber den Vertragsparteien einen rechtsgestaltenden Verwaltungsakt.[463] Die Klage gegen eine Festsetzung hat aufgrund des entsprechend geltenden § 129 Abs. 9 S. 7 SGB V keine aufschiebende Wirkung. Die Kontrolldichte des Gerichts ist wie beim Schiedsamt und den übrigen Schiedsstellen beschränkt.[464]

Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schiedsstelle führt das Bundesministerium für Gesundheit;[465] es kann gemäß § 129 Abs. 10 S. 2 SGB V die für das Schiedswesen gleichsam typische Rechtsverordnung erlassen.

### c. Schiedsstellen im Krankenhausfinanzierungsrecht

#### (1) Allgemeines

Nicht nur das Leistungserbringungsrecht ist im Krankenhaussektor durch ein Vertragssystem geprägt; vielmehr sind auch im Bereich der Krankenhausfinanzierung zahlreiche Vereinbarungen auf den unterschiedlichsten Ebenen zu treffen. Vor diesem Hintergrund bedarf es auch hier spezieller Schiedseinrichtungen, die bei Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien eine Konfliktlösung herbeiführen können.

Das im Jahr 1972 in Kraft getretene[466] Gesetz zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflege[467] normiert dabei die praktisch bedeutsamste Schiedseinrichtung in § 18a KHG, die ein „*Kernstück des seit 1986 geltenden Pflegesatzverfah-*

---

462 Die Schiedsstelle hat damit die Möglichkeit, den neuen Vertragsinhalt ab dem Zeitpunkt des Ablaufs der Laufzeit des vorherigen Vertrags festzusetzen (BT-Drs. 18/1657, S. 66).

463 So die einhellige Meinung in der Literatur (vgl. *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 134a Rn. 19 m.w.N.).

464 Vgl. insoweit schon C. II. 2. i.

465 § 129 Abs. 10 S. 1 SGB V.

466 Vgl. § 32 des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze v. 29.6.1972 (BGBl. I, S. 1009).

467 KHG in der Fassung v. 10.4.1991 (BGBl. I, S. 886) mit späteren Änderungen.

*rens*“[468] ist. Während früher die Pflegesätze hoheitlich bestimmt wurden, hat sich der Gesetzgeber schon früh für eine Vertragslösung entschieden[469] und dabei zugleich mit der Schiedsstelle eine neutrale Instanz geschaffen,[470] die im Konfliktfall entscheidet.[471] Seit ihrer Schaffung wurden der Schiedsstelle immer neue Aufgaben zugewiesen.[472] Dabei ist – ähnlich wie beim rechtlichen Pendant für den Bereich des Vertragsarztrechts, dem Schiedsamt nach § 89 SGB V – zwischen der Schiedsstelle auf Landes- und derjenigen auf Bundesebene zu unterscheiden.

In jüngerer Zeit hat der Gesetzgeber aber auch neue Konfliktlösungsinstrumente im Krankenhausfinanzierungsrecht etabliert – zu nennen ist hier etwa die in § 17c Abs. 4 KHG normierte Schlichtungsperson, die die Ergebnisse der Prüfungen nach § 275 Abs. 1c SGB V überprüfen soll.[473]

### (2) Die Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG

§ 18a KHG ist von der Regelungskonzeption her vergleichbar mit § 89 SGB V. Die Norm etabliert die Schiedsstellen auf Landes- und Bundesebene und regelt die Details der Zusammensetzung. Anders als § 89 SGB V[474] sagt § 18a KHG allerdings nichts über die Aufgaben, die den jeweiligen Krankenhausschiedsstellen zugewiesen sind. Insofern ähnelt die Regelung eher § 114 SGB V. Die konkreten Aufgaben ergeben sich aus zahlreichen Normen, die in den verschiedensten Gesetzen – dem KHG selbst, aber auch dem Krankenhausentgeltgesetz bzw. der Bundespflegesatzverordnung sowie dem SGB V – zu finden sind. Dabei geht es stets um Fragen der Vergütung von Krankenhausleistungen im weitesten Sinne. Die in § 18a Abs. 1 bis 5 KHG enthaltenen Regelungen betreffen die Schiedsstellen auf Landesebene.

#### (a) Besetzung und Verfahren

Die Landesschiedsstellen werden gemäß § 18a Abs. 1 KHG von den Landeskrankenhausgesellschaften und den Landesverbänden der Krankenkassen gebildet.[475] Sie bestehen nach § 18a Abs. 2 KHG aus – nur – einem „*neutralen*“[476] Vorsitzenden sowie aus Vertretern der Krankenhäuser und Krankenkassen in gleicher Zahl. Dabei gehört der jeweiligen Schiedsstelle gemäß § 18a Abs. 2 S. 2 KHG auch ein vom Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung bestellter Vertreter an, der auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen angerechnet wird. Die Vertreter der Krankenhäuser und deren Stellvertreter wer-

---

468 So zu Recht *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 558.

469 Zum Ausbau des Verhandlungsprinzips zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen vgl. BT-Drs. 10/2095, S. 18.

470 Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG wurde durch das Gesetz zur Neuordnung der Krankenhausfinanzierung v. 20.12.1984 geschaffen (BGBl. I, 1716).

471 Zur Schiedsstelle im Krankenhausfinanzierungsrecht als „*changierende Einrichtung*“ *Shirvani*, NZS 2012, S. 82 ff.

472 Hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 570.

473 Hierzu C. II. 4. c.

474 Hierzu vgl. oben unter C. II. 2. d.

475 Dabei ist auch die Schaffung mehrerer Landesschiedsstellen für ein Bundesland möglich. Ist für ein Land mehr als eine Schiedsstelle geschaffen worden, bestimmen die Landeskrankenhausgesellschaft und die Landesverbände der Krankenkassen die zuständige Schiedsstelle für mit landesweiter Geltung zu treffende Entscheidungen (§ 18a Abs. 1 S. 2 KHG).

476 Hierbei dürfte letztlich nichts anderes gemeint sein als die Unparteilichkeit, von der sonst bei Schiedsstellen und auch beim Schiedsamt die Rede ist.

den von der Landeskrankenhausgesellschaft, die Vertreter der Krankenkassen und deren Stellvertreter von den Landesverbänden der Krankenkassen bestellt. Der Vorsitzende und sein Stellvertreter werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt; kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie von der zuständigen Landesbehörde bestellt.

Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt nach § 18a Abs. 3 S. 1 KHG als Ehrenamt; sie sind nach Satz 2 an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat nach Satz 3 eine Stimme, die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen.[477] Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.[478] § 18a Abs. 4 KHG enthält eine Verordnungsermächtigung zugunsten der Landesregierung; diese kann das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer und die Amtsführung der Mitglieder der Schiedsstelle sowie die ihnen zu gewährende Erstattung der Barauslagen und Entschädigung für Zeitverlust (Nr. 1), die Führung der Geschäfte der Schiedsstelle (Nr. 2), die Verteilung der Kosten der Schiedsstelle (Nr. 3) und das Verfahren und die Verfahrensgebühren (Nr. 4) bestimmen. Dabei kann die Landesregierung diese Ermächtigung durch Rechtsverordnung auf die oberste Landesbehörde übertragen. Von der Ermächtigung nach § 18a Abs. 4 KHG haben die Bundesländer Gebrauch gemacht.[479] Die Rechtsverordnungen regeln Aspekte wie die Einrichtung und die Zusammensetzung der Schiedsstelle, die Bestellung der Mitglieder, ihre Amtsperiode sowie die Möglichkeit der Abberufung und der Amtsniederlegung. Vor allem aber wird dort das Schiedsstellenverfahren normiert.

Die Rechtsaufsicht über die Schiedsstelle führt gemäß § 18a Abs. 5 KHG die zuständige Landesbehörde.

### (b) Örtliche und sachliche Zuständigkeit der Landesschiedsstellen

Die örtliche Zuständigkeit der jeweiligen Landesschiedsstelle bezieht sich auf das jeweilige Bundesland oder Teile desselben.

Die sachliche Zuständigkeit der Landesschiedsstellen nach § 18a Abs. 1 KHG ist in diversen Gesetzen geregelt. Diese finden sich zunächst im KHG selbst, auch wenn dieses mit Schaffung des Krankenhausentgeltgesetzes mit Blick auf die Finanzierung der laufenden Betriebskosten durch Pflegesätze erheblich an Bedeutung verloren hat. Zu nennen ist hier zunächst § 18 Abs. 4 KHG.[480] Nach § 18 Abs. 1 KHG werden die nach Maßgabe des KHG für das einzelne Krankenhaus zu verhandelnden Pflegesätze – für künftige Zeiträume[481] – zwischen

---

477 § 18a Abs. 3 S. 4 1. HS KHG.

478 § 18a Abs. 3 S. 4 2. HS KHG.

479 Vgl. etwa für die Freie und Hansestadt Hamburg die „*Verordnung über die Schiedsstelle nach § 18a Absatz 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (Pflegesatz-Schiedsstellenverordnung – PflSchVO)*“ v. 11.5.1993 (HmbGVBl. 1993, 93). Die Verordnung bestimmt in § 2 Abs. 1, dass jeweils fünf Vertreter der Krankenhäuser, vier Vertreter der Krankenkassen und ein Vertreter der Privaten Krankenversicherung in der Schiedsstelle vertreten sind. Diese besteht also aus elf Mitgliedern. Zur Zusammensetzung in anderen Bundesländern vgl. *Quaas*: in Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 580.

480 Das § 18 KHG zugrunde liegende Vereinbarungssystem hat die Festsetzung der Pflegesätze durch die Landesbehörden abgelöst. Die in der Norm angesprochene Vereinbarung von Pflegesätzen ist weitgehend überholt; heute geht es vor allem um die Vereinbarung eines Erlösbudgets nach Maßgabe des KHEntgG (zum geringen Anwendungsbereich der Norm *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 18 KHG unter II.1.).

481 Hierzu und zu weiteren Vorgaben § 18 Abs. 3 KHG.

dem Krankenhausträger und den Sozialleistungsträgern nach Absatz 2 vereinbart.[482] Pflegesätze sind nach der Legaldefinition des § 2 Nr. 4 KHG „*die Entgelte der Benutzer oder ihrer Kostenträger für stationäre und teilstationäre Leistungen des Krankenhauses.*“[483] Die Höhe der mit Bewertungsrelationen bewerteten Entgelte nach den §§ 17b und d KHG wird nach § 18 Abs. 3 S. 3 KHG von den in Absatz 1 Satz 2 genannten Beteiligten, also der Landeskrankenhausgesellschaft, den Landesverbänden der Krankenkassen, den Ersatzkassen und dem Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung, mit Wirkung für die Vertragsparteien vereinbart.[484] Kommt eine Vereinbarung über die Pflegesätze oder die Höhe der Entgelte nach § 18 Abs. 3 S. 3 KHG nicht innerhalb von sechs Wochen zustande, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zur Aufnahme der Pflegesatzverhandlungen aufgefordert hat, setzt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG auf Antrag einer Vertragspartei die Pflegesätze unverzüglich fest. Nach § 18 Abs. 4 S. 2 KHG kann die Schiedsstelle zur Ermittlung der vergleichbaren Krankenhäuser gemäß § 17 Abs. 5 KHG[485] auch gesondert angerufen werden.

Weitere im KHG geregelte Aufgaben der Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ergeben sich aus § 17a Abs. 2 S. 3 KHG. § 17a KHG normiert ein eigenständiges System für die Finanzierung von Ausbildungskosten.[486] Die Mehrkosten des Krankenhauses infolge der Ausbildung sind nach Maßgabe von § 17a Abs. 1 KHG durch Zuschläge zu finanzieren. Gemäß § 17a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KHG schließen die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 S. 1 KHG[487] auf Bundesebene eine entsprechende Rahmenvereinbarung. Die in § 18 Abs. 1 S. 2 KHG genannten Beteiligten – das sind die Landeskrankenhausgesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuss der Verbandes der privaten Krankenversicherung – treffen gemäß § 17a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 KHG auf Landesebene ergänzende Vereinbarungen, in denen insbesondere landesrechtliche Vorgaben für die Ausbildung und der Abzug des vom Land finanzierten Teils der Ausbildungskosten berücksichtigt werden können.[488] § 17a Abs. 2 S. 3 KHG bestimmt für den Fall des Nichtzustandekommens der Vereinbarung auf Landesebene die Zuständigkeit der Landesschiedsstelle: „… *entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei … bei Satz 1 Nr. 2 die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1.*“

---

482 Zu Beteiligungsrechten § 18 Abs. 1 S. 2 KHG; die Pflegesatzvereinbarung bedarf der Zustimmung der Landesverbände der Krankenkassen und des Landesausschusses des Verbandes der privaten Krankenversicherung (§ 18 Abs. 1 S. 3 KHG), die allerdings nach Satz 4 als erteilt gilt, wenn die Mehrheit der Beteiligten nach Satz 3 der Vereinbarung nicht innerhalb von zwei Wochen nach Vertragsschluss widerspricht.

483 Das gilt nicht für die vor- und nachstationäre Behandlung und das ambulante Operieren (*Dettling* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 18 KHG Rn. 9).

484 Hierbei geht es um die Festlegung von Landesbasisfall- bzw. Landesbasisentgeltwerten (hierzu im Detail *Dettling* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 18 KHG Rn. 59 f.), die als Normverträge zu werten sind.

485 § 17 Abs. 5 KHG regelt eine Deckelung der Pflegesätze bei nicht oder nur teilweise geförderten Krankenhäusern für öffentlich-rechtliche Kostenträger und stellt dabei auf die Pflegesätze „*vergleichbarer*“ Krankenhäuser ab (hierzu *Dettling/Niedziolka* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17 KHG Rn. 87 ff.).

486 *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17 KHG unter I.

487 Das sind der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung gemeinsam sowie die Deutsche Krankenhausgesellschaft.

488 Existiert die Rahmenvereinbarung auf Bundesebene nicht, können die Vereinbarungspartner auf Landesebene auch die in § 17a Abs. 2 S. 1 Nr. 1 KHG genannten Regelungsinhalte vereinbaren.

Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ist zudem nach § 17a Abs. 8 KHG zuständig, wenn die in den Absätzen 3 und 4[489] sowie Absatz 5[490] vorgesehenen Vereinbarungen nicht zustande kommen.

Mit der Schaffung des Gesetzes über die Entgelte für voll- und teilstationäre Krankenhausleistungen[491] durch Art. 5 des Gesetzes zur Einführung des diagnose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser[492] hat sich das Regelungsregime für die Vergütung von Krankenhausleistungen[493] maßgeblich geändert.[494] Die voll- und teilstationären Leistungen der so genannten DRG-Krankenhäuser[495] werden seitdem nach dem KHEntgG und dem KHG vergütet. Die Grundlagen der Vergütung sind in den §§ 3 ff. KHEntgG geregelt. Nach Maßgabe der §§ 3 bis 6 KHEntgG und weiterer Vorgaben[496] schließen die Vertragsparteien nach § 18 Abs. 2 KHG, d.h. die Krankenhausträger und die Sozialleistungsträger[497], eine Vereinbarung, in der das Erlösbudget nach § 4 KHEntgG, die Summe der Bewertungsrelationen, die sonstigen Entgelte nach § 6 KHEntgG, die Erlössumme nach § 6 Abs. 3 KHEntgG, die Zu- und Abschläge sowie die Mehr- und Mindererlösausgleiche geregelt sind. Die Vereinbarung ist für einen zukünftigen Zeitraum – der Vereinbarungszeitraum beträgt nach § 11 Abs. 2 KHEntgG grundsätzlich ein Jahr – zu schließen und muss eine zeitnahe Zahlung der Entgelte an das Krankenhaus gewährleisten.[498] Die Vertragsparteien auf Landesebene[499] vereinbaren gemäß § 10 Abs. 1 KHEntgG zur Bestimmung der Höhe der Fallpauschalen nach § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KHEntgG mit Wirkung für die Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG jährlich den so genannten Landesbasisfallwert[500], der den Basispreis für die einzelnen DRG-Leistungen darstellt und die maßgebliche Größe für das den Krankenhäusern eines Bundeslandes insgesamt zur Verfügung stehende Geldvolumen ist.[501]

Können sich die Vertragsparteien vor Ort oder die Vertragsparteien auf Landesebene nicht einigen, bestimmt § 13 Abs. 1 S. 1 KHEntgG, der mit „*Schiedsstelle*" überschrieben ist: „*Kommt eine Vereinbarung nach § 10 oder § 11 ganz oder teilweise nicht zustande, entscheidet die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes auf Antrag einer der in § 10 oder 11 genannten Vertragsparteien.*" Der Gesetzgeber hat hier also die Konfliktlösung – das ist naheliegend – auf die schon bestehende Schiedsstelle für die Vergütung von Krankenhausleistungen übertragen.

---

489 Zur Vereinbarung eines krankenhausindividuellen Ausbildungsbudgets *Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17a Rn. 18 ff.

490 Hier geht es um die Vereinbarung eines Ausgleichsfonds einschließlich der maßgeblichen verfahrensrechtlichen Vorgaben (hierzu *Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 17a Rn. 30).

491 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG). Vorher war das Pflegesatzrecht in der Bundespflegesatzverordnung geregelt.

492 Fallpauschalengesetz – FPG – v. 23.4.2002 (BGBl. I, S. 1412).

493 Die maßgebliche Definition findet sich in § 2 KHEntgG.

494 Grundlegend hierzu *Tuschen/Trefz*, Krankenhausentgeltgesetz, 2010, S. 51 ff.

495 Das sind diejenigen Krankenhäuser, die dem pauschalierenden fallbezogenen DRG-System unterliegen (BT-Drs. 16/10807 zu § 17b KHG). Zum Anwendungsbereich des KHEntgG vgl. § 1 KHEntgG.

496 Vgl. hierzu § 11 Abs. 1 S. 1 KHEntgG.

497 Vertragspartei kann nach § 18 Abs. 2 Nr. 2 KHG auch eine Arbeitsgemeinschaft von Sozialleistungsträgern sein.

498 § 11 Abs. 1 S. 3 KHEntgG.

499 Das sind die in § 18 Abs. 1 S. 2 KHG genannten Beteiligten.

500 Zu den Vorgaben der Vereinbarung vgl. die umfangreiche Regelung des § 10 Abs. 3 ff. KHEntgG.

501 So *Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 10 KHEntgG Rn. 1. Wegen § 8 Abs. 1 S. 1 KHEntgG hat dieser Betrag auch Bedeutung für die Selbstzahler.

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 13 BPflV.[502] Nach der BPflV werden die vollstationären, stationsäquivalenten und teilstationären Leistungen der Krankenhäuser und selbständigen, gebietsärztlich geleiteten Abteilungen für die Fachgebiete Psychiatrie und Psychotherapie, Kinder- und Jugendpsychiatrie und -psychotherapie sowie Psychosomatische Medizin und Psychotherapie vergütet, die nicht in das DRG-Vergütungssystem einbezogen sind.[503] Auch hier ist die Vergütung in den §§ 3 ff. BPflV geregelt, und auch hier ist eine Vereinbarung für das einzelne Krankenhaus zu treffen – vgl. § 11 BPflV. Kommt eine Vereinbarung nach § 11 BPflV ganz oder teilweise nicht zustande, entscheidet die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG auf Antrag einer der in § 11 BPflV genannten Vertragsparteien.

Auf die Regelungen des § 13 KHEntgG und des § 13 BPflV wird in weiteren Normen innerhalb der jeweiligen Gesetze Bezug genommen.

Gemäß § 4 Abs. 8 KHEntgG erfolgt eine besondere finanzielle Förderung für die bei der Neueinstellung oder Aufstockung vorhandener Teilzeitstellen von ausgebildetem Pflegepersonal mit einer Berufserlaubnis nach § 1 Abs. 1 Krankenpflegegesetz in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen zusätzlich entstehenden Personalkosten für die Jahre 2016 bis 2018.[504] Dazu können die Vertragsparteien für diese Jahre jährlich einen zusätzlichen Betrag bis zur Höhe von 0,15 Prozent des Gesamtbetrags nach § 4 Abs. 3 S. 1 KHEntgG vereinbaren.[505] Voraussetzung für diese Förderung ist gemäß § 4 Abs. 8 S. 5 KHEntgG, dass das Krankenhaus nachweist, dass auf Grund einer schriftlichen Vereinbarung mit der Arbeitnehmervertretung zusätzliches Pflegepersonal in der unmittelbaren Patientenversorgung auf bettenführenden Stationen im Vergleich zum Bestand der entsprechend umgerechneten Vollkräfte am 1. Januar 2015 neu eingestellt oder aufgestockt und entsprechend der Vereinbarung beschäftigt wird. Kommt eine Vereinbarung nicht zustande, entscheidet gemäß § 4 Abs. 8 S. 8 KHEntgG die Schiedsstelle nach § 13 KHEntgG auf Antrag einer Vertragspartei.

§ 10 Abs. 10 KHEntgG sieht eine Entscheidung durch die Schiedsstelle nach § 13 KHEntgG vor, wenn der Landesbasisfallwert nicht rechtzeitig feststeht. Die Vereinbarung des Basisfallwerts oder des angeglichenen Basisfallwerts nach § 10 Abs. 8 S. 5 und 7 KHEntgG[506] ist nach § 10 Abs. 10 S. 1 KHEntgG bis zum 30. November jeden Jahres zu schließen; die Vertragsparteien auf Landesebene nehmen die Verhandlungen unverzüglich auf, nachdem eine Partei dazu schriftlich aufgefordert hat. Kommt eine Vereinbarung bis zum genannten Zeitpunkt nicht zustande, setzt die Schiedsstelle nach § 13 KHEntgG den Basisfallwert auf Antrag einer Vertragspartei auf Landesebene unverzüglich fest. Ab dem 1. Januar 2020 ist § 10 Abs. 10 S. 5 KHEntgG zu beachten: Dann setzt die Schiedsstelle den

---

502 Verordnung zur Regelung der Krankenhauspflegesätze (Bundespflegesatzverordnung) v. 26.9.1994 (BGBl. I, 2750) mit späteren Änderungen.

503 So § 1 Abs. 1 S. 1 BPflV; dort auch zu weiteren Details des Anwendungsbereichs.

504 Diese werden zu 90 % finanziell gefördert.

505 Zu weiteren Details vgl. § 4 Abs. 8 S. 3 ff. KHEntgG.

506 Hierzu *Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 10 KHEntgG, Rn. 26.

Basisfallwert auch ohne Antrag einer Vertragspartei gemäß § 13 Abs. 2 KHEntgG fest, wenn eine Vereinbarung bis zum 30. November nicht zustande kommt.[507]

Auch im SGB V ist die Zuständigkeit der Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG mehrfach normiert worden. Genannt ist die Schiedsstelle zunächst in § 64 Abs. 3 S. 2 SGB V – hier geht es um eine Vereinbarung über die Bereinigung des Krankenhausbudgets. Die Zuständigkeit umfasst aber auch Streitigkeiten im Kontext der vor- und nachstationären Behandlung im Krankenhaus, d.h. der Behandlung Versicherter durch ein Krankenhaus ohne Unterkunft und Verpflegung.[508] Die Frage der Vergütung dieser Form der Krankenhausbehandlung[509] wird in § 115a Abs. 3 SGB V angesprochen. Die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung gemeinsam vereinbaren mit der Landeskrankenhausgesellschaft oder mit den Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam und im Benehmen mit der kassenärztlichen Vereinigung die Vergütung der Leistungen mit Wirkung für die Krankenhausträger und die Sozialleistungsträger.[510] Kommt eine Vereinbarung über die Vergütung nicht innerhalb von drei Monaten zustande, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zur Aufnahme der Verhandlungen aufgefordert hat, setzt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG gemäß § 115a Abs. 3 S. 5 SGB V die Vergütung fest. Antragsberechtigt sind nicht nur die Vertragsparteien, sondern auch die zuständige Landesbehörde.

Nach § 115a Abs. 3 S. 3 SGB V geben der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam im Benehmen mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung Empfehlungen zur Vergütung ab; diese gelten nach Satz 4 der Regelung bis zum Inkrafttreten einer Vereinbarung auf Landesebene. Hier hat der Gesetzgeber also eine gleichsam doppelte Sicherung vorgesehen – ein mögliches Versagen auf Landesebene wird entweder durch die Schiedsstelle kompensiert oder aber durch entsprechende Vorgaben auf Bundesebene. Die zweite Variante hat allerdings Schwächen: Zum einen geht es hier nur um „*Empfehlungen*", und zum anderen hat der Gesetzgeber für die Bundesebene selbst kein Konfliktlösungsinstrument etabliert.[511]

Zu beachten ist zudem § 120 SGB V (Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen). Während die in § 120 Abs. 1 SGB V genannten Leistungen aus der vertragsärztlichen Gesamtvergütung vergütet werden,[512] sind nach § 120 Abs. 1a SGB V für die in kinder- und jugendmedizinischen, kinderchirurgischen und kinderorthopädischen sowie insbesondere pädaudiologischen und kinderradiologischen Fachabteilungen von Krankenhäusern erbrachten ambulanten Leistungen mit dem Krankenhausträger fall- oder einrichtungsbezogene Pau-

---

507 Die Regelung wurde eingefügt durch das Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz – KHSG) v. 10.12.2015 (BGBl. I, 2229). Die Verhandlungen vor Ort sollen nicht zu lange behindert werden.

508 Zu den Voraussetzungen, unter denen eine solche Leistung durch das Krankenhaus erbracht werden darf, vgl. *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 115a Rn. 16 ff.

509 § 39 S. 1 SGB V. Vgl. auch *Steege* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 115a Rn. 4 ff.

510 Nach § 115a Abs. 3 S. 2 SGB V soll die Vergütung pauschaliert werden und zudem geeignet sein, eine Verminderung der stationären Kosten herbeizuführen.

511 Wenn sich die Vereinbarungsparteien auf Bundesebene nicht auf die „Empfehlungen zur Vergütung" einigen, gibt es diese also schlicht nicht.

512 Zu den Details *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 120 Rn. 19 ff.

schalen zu vereinbaren, wenn diese erforderlich sind, um eine angemessene Vergütung zu gewährleisten.[513] Entsprechendes gilt für Leistungen der Hochschulambulanzen, der psychiatrischen Institutsambulanzen, der sozialpädiatrischen Zentren und der medizinischen Behandlungszentren nach Maßgabe von § 120 Abs. 2 SGB V. Ihre Leistungen werden unmittelbar von der Krankenkasse vergütet; die Vergütung ist gemäß § 120 Abs. 2 S. 2 SGB V von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich mit den Hochschulen oder Hochschulkliniken, den Krankenhäusern oder den sie vertretenden Vereinigungen im Land zu vereinbaren.[514] Kommt eine Vereinbarung nach § 120 Abs. 1a S. 1 SGB V oder nach § 120 Abs. 2 S. 2 SGB V oder eine Berücksichtigung der Grundsätze nach Absatz 2 Satz 4[515] ganz oder teilweise nicht zustande, setzt gemäß § 120 Abs. 4 SGB V die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG auf Antrag einer Vertragspartei die Vergütung fest; im Falle von Vereinbarungen nach § 120 Abs. 1a S. 1 SGB V hat sie zunächst festzustellen, ob die Vereinbarung erforderlich ist, um die Behandlung von Kindern und Jugendlichen, die auf Überweisung erfolgt, angemessen zu vergüten.

Weitere Verweise auf die Krankenhausschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG finden sich – gleichsam mittelbar – in den §§ 137e und 137h SGB V. Die Regelung des § 137e SGB V ist eine Konsequenz der Einführung des Potentialbegriffs in das SGB V.[516] Gelangt der Gemeinsame Bundesausschuss bei der Prüfung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nach §§ 135 oder § 137c SGB V zu der Feststellung, dass eine Methode das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative bietet, ihr Nutzen aber noch nicht hinreichend belegt ist, kann er unter Aussetzung seines Bewertungsverfahrens eine Richtlinie zur Erprobung beschließen, um die notwendigen Erkenntnisse für die Bewertung des Nutzens der Methode zu gewinnen. Aufgrund der Erprobungsrichtlinie wird die Untersuchungs- oder Behandlungsmethode in einem befristeten Zeitraum im Rahmen der Krankenbehandlung oder der Früherkennung zulasten der Krankenkassen erbracht. Nach § 137e Abs. 4 S. 1 SGB V werden die von den Leistungserbringern im Rahmen der Erprobung erbrachten und verordneten Leistungen unmittelbar von den Krankenkassen vergütet. Bei voll- und teilstationären Krankenhausleistungen werden diese durch Entgelte nach §§ 17b oder 17d KHG oder nach der BPflV vergütet. Kommt für eine neue Untersuchungs- oder Behandlungsmethode, die mit pauschalierten Pflegesätzen nach § 17 Abs. 1a KHG noch nicht sachgerecht vergütet werden kann, eine sich auf den gesamten Erprobungszeitraum beziehende Vereinbarung nach § 6 Abs. 2 S. 1 KHEntgG oder nach § 6 Abs. 2 S. 1 BPflV nicht innerhalb von drei Monaten zustande, nachdem der Gemeinsame Bundesausschuss gemäß § 137e Abs. 5 SGB V eine unabhängige wissenschaftliche Institution für die wissenschaftliche Begleitung und Auswertung der Erprobung beauftragt hat, wird ihr Inhalt gemäß § 137e Abs. 4 S. 3 SGB V *„durch die Schiedsstelle nach § 13 des Krankenhausentgeltgesetzes oder nach § 13 der Bundespflegesatzverordnung festgelegt."*

---

513 Zu den Hintergründen insoweit *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 120 Rn. 42 ff.

514 Hierzu *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 120 Rn. 46 ff. Dabei sind die bundeseinheitlichen Grundsätze, die die Besonderheiten der Hochschulambulanzen angemessen abbilden (§ 120 Abs. 3 S. 4 SGB V) nach § 120 Abs. 2 S. 4 SGB V zu berücksichtigen.

515 Hierbei geht es um die genannten bundeseinheitlichen Grundsätze.

516 Hierzu *Deister*, NZS 2016, S. 328 ff.

In § 137h SGB V wird die Schiedsstelle nach § 13 KHEntgG gleich doppelt angesprochen. § 137h SGB V regelt die Bewertung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden mit Medizinprodukten hoher Risikoklasse.[517] Bei neuen Methoden, deren technische Anwendung maßgeblich auf dem Einsatz eines Medizinprodukts mit hoher Risikoklasse beruht, hat das Krankenhaus, das erstmalig eine Anfrage nach § 6 Abs. 2 S. 3 KHEntgG stellt,[518] dem Gemeinsamen Bundesausschuss Informationen über den Stand der wissenschaftlichen Erkenntnis zu dieser Methode sowie zu der Anwendung des Medizinprodukts zu übermitteln. Hat die Methode ein neues theoretisch-wissenschaftliches Konzept, folgt eine öffentliche Bekanntmachung im Internet, mit deren Hilfe weitere Informationen eingeholt werden sollen. Auf Grundlage der übermittelten Informationen nimmt der Gemeinsame Bundesausschuss innerhalb von drei Monaten eine Bewertung der Methode nach Maßgabe von § 137h Abs. 1 S. 4 SGB V vor. Ist der Nutzen der Methode bereits als hinreichend belegt anzusehen, prüft der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 137h Abs. 3 SGB V, ob Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung nach den §§ 136 bis 136b SGB V zu regeln sind. Für die Vergütung entsprechender Krankenhausleistungen gilt § 137h Abs. 3 S. 2 ff. SGB V: Wenn die Methode mit pauschalierten Pflegesätzen nach § 17 Abs. 1a KHG noch nicht sachgerecht vergütet werden kann und eine Vereinbarung nach § 6 Abs. 2 S. 1 KHEntgG oder nach § 6 Abs. 2 S. 1 BPflV nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses zustande kommt, ist ihr Inhalt durch die Schiedsstelle nach § 13 KHEntgG oder nach § 13 BPflV festzulegen. Dabei gilt der Anspruch auf die vereinbarte oder durch die Schiedsstelle festgelegte Vergütung für Behandlungsfälle, die ab dem Zeitpunkt der Anfrage nach § 6 Abs. 2 S. 3 KHEntgG oder nach § 6 Abs. 2 S. 2 BPflV in das Krankenhaus aufgenommen worden sind.[519] Sieht der Gemeinsame Bundesausschuss den Nutzen der Methode zwar als noch nicht hinreichend belegt an, sieht aber ihr Potential für eine erforderliche Behandlungsalternative[520], entscheidet der Gemeinsame Bundesausschuss innerhalb von sechs Monaten nach seinem Beschluss über eine Richtlinie zur Erprobung nach § 137e SGB V. Und auch hier gilt gemäß § 137h Abs. 4 S. 2 ff. SGB V: „*Wenn die Methode mit pauschalierten Pflegesätzen nach § 17 Absatz 1a des Krankenhausfinanzierungsgesetzes noch nicht sachgerecht vergütet werden kann und eine Vereinbarung nach § 6 Absatz 2 Satz 1 des Krankenhausentgeltgesetzes oder nach § 6 Absatz 2 Satz 1 der Bundespflegesatzverordnung nicht innerhalb von drei Monaten nach dem Beschluss nach Absatz 1 Satz 4 zustande kommt, ist ihr Inhalt durch die Schiedsstelle nach § 13 des Krankenhausentgeltgesetzes oder nach § 13 der Bundespflegesatzverordnung festzulegen. Der Anspruch auf die vereinbarte oder durch die Schiedsstelle festgelegte Vergütung gilt für die Behandlungsfälle, die ab dem Zeitpunkt der Anfrage nach § 6 Absatz 2 Satz 3 des Krankenhausentgeltgesetzes oder nach § 6 Absatz 2 Satz 2 der Bundespflegesatzverordnung in das Krankenhaus aufgenommen worden sind.*“

### (c) Verfahrensfragen

Bezogen auf das Schiedsstellenverfahren selbst trifft § 18a KHG nur wenige Aussagen. Lediglich § 18a Abs. 3 KHG spricht die Frage der Weisungsungebundenheit sowie die Stimmenverhältnisse an. Details zum Verfahren finden sich aber in den von den Landesre-

---

517 Hierzu *Felix/Ullrich*, NZS 2015, S. 921 ff. und *Felix*, GesR 2017, S. 26 ff.

518 Zur so genannten NUB Anfrage *Felix* in: Felix/Schütte, Medizinische Innovation im Krankenhaus, S. 59 ff.

519 Zu weiteren Details vgl. § 137h Abs. 3 S. 4 SGB V.

520 § 137h Abs. 1 S. 4 Nr. 2 SGB V.

gierungen aufgrund der in § 18a Abs. 4 KHG enthaltenen Ermächtigung erlassenen Rechtsverordnungen. Das allgemeine Verwaltungsverfahrensrecht dürfte jedenfalls im Grundsatz ergänzend anzuwenden sein[521] – insbesondere die Vorschriften zur Befangenheit könnten bezogen auf den unparteiischen Vorsitzenden relevant werden.[522] Zu beachten ist allerdings, dass das Schiedsstellenverfahren im Kern durch den Beibringungsgrundsatz geprägt ist.[523]

§ 7 HmbPflSchV regelt das Antragsverfahren. Das Schiedsstellenverfahren beginnt danach gemäß § 7 Abs. 1 HmbPflSchV, wenn eine Vereinbarung, für die im Fall des Nichtzustandekommens die Zuständigkeit der Schiedsstelle gesetzlich vorgesehen ist, ganz oder teilweise nicht zustande kommt,[524] mit dem schriftlichen Antrag einer Vertragspartei gegenüber der Schiedsstelle.[525] Das Antragsverfahren bildet in der Tat den Regelfall des Schiedsstellenverfahrens nach § 18a Abs. 1 KHG; fast alle Normen, die die Zuständigkeit der Schiedsstelle vorsehen, knüpfen das Schiedsstellenverfahren an einen Antrag. Zu beachten ist allerdings, dass es auch Fallgestaltungen gibt, in denen ein Antrag nicht vorgesehen ist. Das ist etwa der Fall im Kontext von § 137e SGB V: Wenn für eine neue Untersuchungs- oder Behandlungsmethode, die mit pauschalierten Pflegesätzen nach § 17 Abs. 1a KHG noch nicht sachgerecht vergütet werden kann, eine sich auf den gesamten Erprobungszeitraum beziehende Vereinbarung nach § 6 Abs. 2 S. 1 KHEntgG oder nach § 6 Abs. 2 S. 1 BPflV nicht innerhalb von drei Monaten zustande kommt, nachdem der Gemeinsame Bundesausschusses gemäß § 137e Abs. 5 SGB V eine unabhängige wissenschaftliche Institution für die wissenschaftliche Begleitung und Auswertung der Erprobung beauftragt hat, wird ihr Inhalt gemäß § 137e Abs. 4 S. 3 SGB V durch die Landesschiedsstelle festgelegt; von einem Antrag ist hier nicht die Rede. Ab dem 1. Januar 2020 ist § 10 Abs. 10 S. 5 KHEntgG zu beachten: Ab diesem Zeitpunkt setzt die Schiedsstelle den Basisfallwert ausdrücklich auch „*ohne Antrag einer Vertragspartei gemäß § 13 Abs. 2 KHEntgG*" fest, wenn eine Vereinbarung bis zum 30. November nicht zustande kommt. Mitunter sind auch andere Personen oder Stellen als die Vertragsparteien selbst antragsberechtigt – so gewährt etwa § 115a Abs. 3 S. 5 SGB V auch der zuständigen Landesbehörde ein Antragsrecht.

Die Frage der Beschlussfähigkeit, die man als Teil des zu regelnden Verfahrens wird betrachten können, ist in der Verordnung explizit angesprochen. Gemäß § 10 Abs. 1 HmbPflSchV ist die Schiedsstelle beschlussfähig, wenn alle Mitglieder bzw. deren Stellvertreter anwesend sind. Bei Beschlussunfähigkeit ist gemäß Absatz 2 innerhalb von vier Wochen eine neue Sitzung durchzuführen; auf dieser ist die Schiedsstelle „*ohne Rücksicht auf die Zahl der neben dem Vorsitzenden erschienenen Mitglieder*" beschlussfähig.[526] In Konsequenz dessen könnte der Vorsitzende gegebenenfalls allein den Inhalt der Vereinbarung festsetzen. Allerdings gilt auch hier wieder: § 18a Abs. 3 S. 4 KHG spricht von den Stimmen „*der Mehrheit der*

---

521 Hierzu auch *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 595 ff.

522 Auch ein grundsätzlich unparteiischer Vorsitzender kann im konkreten Fall befangen sein. Zur Befangenheit von Schiedsamtsmitgliedern auch *Schnapp*, SGb 2007, S. 633 ff.

523 Grundlegend hierzu BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 41/04: „*Die Schiedsstelle zur Festsetzung der Krankenhauspflegesätze unterliegt nicht dem Amtsermittlungsgrundsatz*"; vgl. die zustimmende Anmerkung von *Korthus*, KH 2006, S. 219 ff.

524 Angesprochen wird auch die Regelung des § 18 Abs. 4 S. 2 KHG (gesonderte Anrufung der Schiedsstelle wegen der Ermittlung vergleichbarer Krankenhäuser).

525 Zum Inhalt des Antrags und zur Möglichkeit der Rücknahme vgl. § 7 Abs. 2 und 3 HmbPflSchV.

526 In der Ladung zur Sitzung ist gemäß § 19 Abs. 2 S. 3 HmPflSchV auf diesen Umstand hinzuweisen.

*Mitglieder*." Demnach müssten jedenfalls sechs Personen anwesend sein und dann einstimmig entscheiden.[527]

Zeitliche Vorgaben für die Entscheidung der Schiedsstelle finden sich in § 18a Abs. 1 KHG nicht. Allerdings bestimmt § 18 Abs. 4 S. 1 KHG: „*Kommt eine Vereinbarung über die Pflegesätze oder die Höhe der Entgelte nach Absatz 3 Satz 3 innerhalb von sechs Wochen nicht zustande, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zur Aufnahme der Pflegesatzverhandlungen aufgefordert hat, so setzt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 auf Antrag einer Vertragspartei die Pflegesätze unverzüglich fest.*" Der unbestimmte Rechtsbegriff der „Unverzüglichkeit" wird in der – insoweit praktisch bedeutsamsten – Regelung des § 13 Abs. 2 KHEntgG spezifiziert: Für die Ersetzung der nach §§ 10 und 11 KHEntgG vorgesehenen Vereinbarungen der Vertragsparteien ist in § 13 Abs. 2 KHEntgG eine Sechs-Wochen-Frist vorgesehen.[528] Auf die Rechtmäßigkeit der Entscheidung der Schiedsstelle hat die Einhaltung der Frist allerdings keine Auswirkungen; es handelt sich um eine bloße Ordnungsvorschrift.[529]

Auch die Schiedsstelle, die im Übrigen nur über die noch streitigen Punkte entscheidet,[530] hat nach unbestrittener Auffassung einen Gestaltungs- bzw. Beurteilungsspielraum.[531] Ihre Entscheidung ersetzt die Vereinbarung der Vertragsparteien. Was diese rechtmäßig hätten vereinbaren können,[532] kann auch die Schiedsstelle festsetzen – sie hat also auch den entsprechenden Gestaltungsspielraum.[533] Insoweit ist die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG mit dem Schiedsamt gemäß § 89 SGB V vergleichbar.[534] Die Frage des Beurteilungsspielraums ist gerade bei den Schiedsstellen nach § 18a Abs. 1 KHG von zentraler Bedeutung – und das hat mit einer verfahrensrechtlichen Besonderheit zu tun, die es nur bei der Tätigkeit dieser Schiedsstelle zu beachten gilt: Gemäß § 18 Abs. 5 KHG werden die vereinbarten oder von der Schiedsstelle festgesetzten Pflegesätze von der zuständigen Landesbehörde genehmigt, wenn sie den Vorschriften dieses Gesetzes und sonstigem Recht entsprechen. Dementsprechend regelt der praktisch bedeutsame § 14 Abs. 1 KHEntgG: „*Die Genehmigung des vereinbarten oder von der Schiedsstelle nach § 13 festgesetzten landesweit geltenden Basisfallwerts nach § 10, des Fixkostendegressionsabschlags nach § 10 Absatz 13, des Erlösbudgets nach § 4, der Entgelte nach § 6 und der krankenhausindividuell ermittelten Zu- und Abschläge ist von einer der Vertragsparteien bei der zuständigen Landesbehörde zu beantragen. Die zuständige Landesbehörde erteilt die Genehmigung, wenn die Vereinbarung oder Festsetzung den Vorschriften dieses Gesetzes sowie sonstigem Recht entspricht. Sie ent-*

---

527 Man mag auch hier trefflich darüber streiten, ob die Rechtsverordnung die gesetzlichen Vorgaben abändern darf oder ob es sich nur um eine Konkretisierung handelt. Ersteres wäre mit der Normenhierarchie nicht vereinbar.

528 Zum so genannten pflegesatzrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 598 m.w.N.

529 Hierzu ausführlich *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 598 ff. Vgl. zum Beschleunigungsgebot *Kuhla*, KH 2016, S. 524 ff.

530 Vgl. insoweit ausdrücklich § 13 Abs. 2 KHEntgG.

531 Ausführlich hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 605 ff., der allerdings ein eher enges Verständnis zugrunde legt.

532 § 13 Abs. 1 S. 2 KHEntgG bestimmt ausdrücklich: „*Sie ist dabei an die für die Vertragsparteien geltenden Rechtsvorschriften gebunden*".

533 Vgl. hierzu ausführlich BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 41/04, Rn. 18. Zur Entwicklung von Rechtsprechung und Literatur an diesem Punkt ausführlich *Lüke*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18a KHG, 2010, S. 153 ff.

534 Hierzu oben C. II. 2. i. In diesem Sinne auch *Düring*, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 150 f.; vgl. auch *Manssen*, ZfSH/SGB 1997, S. 81, 87.

*scheidet über die Genehmigung des landesweit geltenden Basisfallwerts und des Fixkostendegressionsabschlags nach § 10 Absatz 13 innerhalb von vier Wochen nach Eingang des Antrags.*“[535] Das Pflegesatzverfahren ist also dreistufig ausgestaltet: Zunächst verhandeln die Vertragsparteien miteinander. Kommt hierbei keine Einigung zustande, legt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG den Inhalt der Vereinbarung fest. Und in beiden Fallgestaltungen ist es letztlich die zuständige Landesbehörde, die die getroffene Vereinbarung oder Festsetzung genehmigt.[536] Der Gesetzgeber hat das früher geltende Pflegesatzrecht, bei dem die Pflegesätze von der zuständigen Landesbehörde festgesetzt wurden, nur teilweise und gleichsam in einem ersten Schritt in die Hände der Selbstverwaltungspartner gelegt.[537] So ganz wollten die Länder ihren Einfluss auf das Pflegesatzrecht offenbar nicht verlieren.[538] Die Genehmigungsbehörde hat den Beurteilungsspielraum der Schiedsstelle aber ebenso zu beachten wie das zur Kontrolle der Schiedsentscheidung berufene Gericht.

Das Genehmigungserfordernis, das im Übrigen nur für das Pflegesatzverfahren – und damit nicht in anderen Fällen, in denen die Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG tätig wird – gilt, hat auch Konsequenzen für die rechtliche Einordnung der Entscheidung der Schiedsstelle. Die Frage, ob es sich bei der Entscheidung der Schiedsstelle um einen Verwaltungsakt handelt, war angesichts des Genehmigungserfordernisses lange umstritten.[539] Mit seiner Entscheidung aus dem Jahr 1993 hat das Bundesverwaltungsgericht insoweit Klarheit geschaffen: „*Bei der Festsetzung der Pflegesätze durch die Schiedsstelle handelt es sich um einen nicht anfechtbaren, internen Mitwirkungsakt, der dem maßgeblichen behördlichen Genehmigungsakt nach § 18 Abs. 5 KHG vorgeschaltet ist.*“[540] Es fehlt damit am Merkmal der unmittelbaren Rechtswirkung nach außen; obwohl die Schiedsstelle eine Behörde im Sinne des Verfahrensrechts ist,[541] stellt ihr Schiedsspruch keinen Verwaltungsakt dar.[542] Verbindlich wird die getroffene Entscheidung erst mit Bekanntgabe der Genehmigung; das bedeutet allerdings auch, dass sich die Vertragsparteien nach der Entscheidung der Schiedsstelle durchaus noch anders vereinbaren können.[543]

Wird die Genehmigung des Schiedsstellenspruchs versagt, ist die Schiedsstelle gemäß § 14 Abs. 3 KHEntgG auf Antrag verpflichtet, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Genehmigungsbehörde erneut zu entscheiden.

Gegen die Genehmigung – und im Übrigen auch gegen die Nichtgenehmigung – des Schiedsspruchs durch die Landesbehörde ist gemäß § 18 Abs. 5 S. 2 KHG der Verwaltungs-

---

535 Eine entsprechende Vorschrift findet sich auch in § 14 BPflV.

536 Zur Dreistufigkeit auch ausführlich *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 571.

537 *Quaas* spricht von einem „*Selbstverwaltungsmodell mit verminderter staatlicher Beteiligung*“ (in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 571).

538 Bei *Dettling* (in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 18 KHG Rn. 69) ist die Rede von einer „*besonders intensiven Variante der staatlichen Kontrolle.*“

539 Ausführlich hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 611 m.w.N.; vgl. auch *Lüke*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18a KHG, 2010, S. 71 ff.

540 BVerwG v. 23.11.1993 – 3 C 47/91 (vgl. hier ausführlich Rn. 45 ff.).

541 Hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 576 ff. In Konsequenz dessen kommt nur eine entsprechende Anwendung des Verwaltungsverfahrensrechts in Betracht.

542 Vgl. auch § 17a Abs. 8 KHG – dort wird der Rechtsweg auch nur hinsichtlich der Genehmigung eröffnet.

543 Vgl. BVerwG v. 23.11.1993 – 3 C 47/91, Rn. 53: Die Parteien müssen auch keinen Antrag auf Genehmigung stellen.

rechtsweg eröffnet. Ein Vorverfahren findet nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.[544]

Völlig anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn keine Genehmigungspflicht besteht. Trifft die Schiedsstelle eine Entscheidung jenseits des Pflegesatzverfahrens, also etwa nach Maßgabe von § 120 SGB V, ist der Schiedsspruch als Verwaltungsakt einzuordnen.[545] Soweit die einschlägigen Normen nichts anderes regeln, hätten Rechtsmittel dementsprechend aufschiebende Wirkung.

### (3) Die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG

Gemäß § 18a Abs. 6 KHG bilden der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft eine Schiedsstelle; diese entscheidet in den ihr nach diesem Gesetz oder der Bundespflegesatzverordnung zugewiesenen Aufgaben.[546]

#### (a) Zusammensetzung der Schiedsstelle

Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG besteht aus Vertretern des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen[547] Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern.[548] Ihr gehört auch ein vom Verband der privaten Krankenversicherung bestellter Vertreter an, der auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen angerechnet wird. Die unparteiischen Mitglieder werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt. § 18a Abs. 6 S. 5 KHG enthält für den Fall der Nichteinigung eine – soweit ersichtlich – einmalige Regelung: Gegebenenfalls werden die unparteiischen Mitglieder durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts berufen.[549] Dabei dürfen durch die Beteiligten zuvor abgelehnte Personen nicht berufen werden. Nach § 2 Abs. 1 der „Vereinbarung über die Bildung einer Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG“[550] besteht die Schiedsstelle aus je neun Vertretern der gesetzlichen Krankenversicherung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

§ 18a Abs. 3 KHG gilt nach § 18a Abs. 6 S. 7 KHG entsprechend, d.h. die Mitglieder führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Es gilt das Mehrheitsprinzip, wobei gegebenenfalls die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vereinbaren 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 Höhe und die Erhebung der Gebühren und die Verteilung der Kosten. Erst wenn diese Vereinbarung bis zum 31.8.1997 nicht zustande

---

544 § 18 Abs. 5 S. 3 SGB V.

545 *Lüke*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18a KHG, 2010, S. 192. Vgl. hierzu auch BVerwG v. 30.5.2013 – 3 C 16/12 zum Mehrleistungsabschlag: Dessen Festsetzung ist ein vertragsgestaltender Verwaltungsakt; die Parteien können unmittelbar den Verwaltungsrechtsweg beschreiten.

546 § 18a Abs. 6 KHG wurde eingefügt durch das Zweite GKV-Neuordnungsgesetz v. 23.6.1997 (BGBl I., 1520).

547 Wieso das Gesetz zwischen einem „neutralen“ (so § 18a Abs. 2 KHG) und einem „unparteiischen“ Vorsitzenden differenziert, erschließt sich nicht.

548 Hier gibt es also nunmehr drei Unparteiische.

549 Das ist eine in der Tat ungewöhnliche Variante der Konfliktlösung.

550 Vgl. die zwischen den Bundesverbänden geschlossene Schiedsstellenvereinbarung v. 27.8.1998 (BSchV), abgedruckt bei *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 647.

kommt, bestimmt das Bundesministerium für Gesundheit ihren Inhalt durch Rechtsverordnung. Die Rechtsaufsicht über die Schiedsstelle führt das Bundesministerium für Gesundheit.

### (b) Zuständigkeit der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG

Zwischen der Landes- und der Bundesschiedsstelle gibt es keinen Instanzenzug. Beiden Schiedsstellen sind von vornherein unterschiedliche Aufgaben zugewiesen. Dabei ist die in § 18a Abs. 6 S. 1 2. HS KHG getroffene Aussage, wonach die Schiedsstelle „*in den ihr nach diesem Gesetz oder der Bundespflegesatzverordnung zugewiesenen Aufgaben*" entscheidet, aufgrund späterer Reformen so nicht mehr zutreffend; so finden sich etwa heute auch im SGB V zahlreiche Aufgabenzuweisungen an die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 SGB V.

Im KHG selbst sind in einigen Normen konkrete Aufgabenzuweisungen an die Bundesschiedsstelle enthalten.

Nach § 2a KHG[551] vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft im Benehmen mit den Ländern,[552] den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Verband der Privaten Krankenversicherung bis zum 30. Juni 2017 eine bundeseinheitliche Definition, die die Kriterien für den Standort oder die Standorte eines Krankenhauses und dessen Ambulanzen festlegt. Dabei ist nach § 2a Abs. 1 S. 2 KHG sicherzustellen, dass diese Standortdefinition eine eindeutige Abgrenzung von Versorgungseinheiten insbesondere in räumlicher, organisatorischer, medizinischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht ermöglicht, zudem muss sie für Zwecke der Qualitätssicherung, der Abrechnung sowie für die Krankenhausplanung und Krankenhausstatistik geeignet sein. Die Regelung steht im Gesamtkontext des Qualitätssicherungskonzepts des Gesetzgebers für den Bereich des Krankenhauses. Der Gesetzgeber sieht eine bundeseinheitliche Standortdefinition für erforderlich an, um nachvollziehen zu können, ob der einzelne Standort oder nur das Krankenhaus in seiner Gesamtheit die vorgegebenen Qualitätsanforderungen erfüllt.[553] Nach § 2a Abs. 1 S. 5 KHG ist die Definition für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Unternehmen der privaten Krankenversicherung, die Deutsche Krankenhausgesellschaft, die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Leistungserbringer verbindlich. § 2a Abs. 2 KHG etabliert ein Konfliktlösungsinstrument für den Streitfall: Kommt die Vereinbarung nach § 2a Abs. 1 S. 1 KHG ganz oder teilweise nicht fristgerecht zustande, legt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ohne Antrag einer Vertragspartei innerhalb von sechs Wochen die Kriterien für den Standort oder die Standorte eines Krankenhauses und dessen Ambulanzen fest.

Die zweite Aufgabenzuweisung findet sich in § 17a KHG, der die Finanzierung von Ausbildungskosten normiert. Hier agiert im Konfliktfall nicht nur die Landesschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG, sondern auch die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG. Gemäß

---

551 Eingefügt durch das Gesetz zur Weiterentwicklung der Versorgung und der Vergütung für psychiatrische und psychosomatische Leistungen (PsychVVG) v. 19.12.2016 (BGBl. I, S. 2986).

552 Dieses wird nach § 2a Abs. 1 S. 6 KHG mit zwei von der Gesundheitsministerkonferenz der Länder benannten Vertretern der Länder hergestellt.

553 Ausführlich hierzu BT-Drs. 18/9528, S. 30.

§ 17a Abs. 2 KHG schließen die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 S. 1 KHG[554] auf Bundesebene eine Rahmenvereinbarung insbesondere über die zu finanzierenden Tatbestände, die zusätzlichen Kosten auf Grund der Umsetzung des Gesetzes über die Berufe in der Krankenpflege und zur Änderung anderer Gesetze und über ein Kalkulationsschema für die Verhandlung des Ausbildungsbudgets nach § 17a Abs. 3 KHG. Kommt eine entsprechende Vereinbarung nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG.

Im Rahmen von § 17b KHG ist ein Tätigwerden der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG gleich an mehreren Stellen vorgesehen. Die Norm regelt die „*Einführung eines pauschalierenden Entgeltssystems für DRG-Krankenhäuser*" und sieht zahlreiche Vereinbarungen vor, die zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und dem Verband der privaten Krankenversicherung auf der einen Seite und der Deutschen Krankenhausgesellschaft auf der anderen Seite zu treffen sind. Der Gesetzgeber hat allerdings in diesem Kontext als Konfliktlösungsinstrument nicht immer ein Schiedsverfahren vorgesehen, sondern vielmehr weitgehend auf unmittelbare staatliche Regulierung gesetzt: Gemäß § 17b Abs. 7 KHG ist das Bundesministerium für Gesundheit nach Satz 1 Nr. 1 etwa beim Scheitern der Verhandlungen ermächtigt, Vorschriften über das Vergütungssystem zu erlassen.[555] Auch unabhängig vom Vereinbarungsstand kann das Ministerium die in den Nr. 2 bis 4 des § 17b Abs. 7 S. 1 KHG genannten Aspekte regeln. Dabei kann nach § 17b Abs. 7 S. 2 KHG sogar von bereits getroffenen Vereinbarungen der Vertragsparteien abgewichen werden, soweit dies für die entsprechenden Regelungen erforderlich ist. Lediglich bezüglich einzelner Aspekte ist eine Konfliktlösung im Rahmen der Selbstverwaltung vorgesehen. Eine betrifft den nach § 17b Abs. 5 KHG zu vereinbarenden so genannten DRG-Systemzuschlag und die weiteren in Nr. 2 und 3 angesprochenen Vereinbarungsgegenstände: Nach § 17b Abs. 5 S. 1 Nr. 4 KHG entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG.[556] Eine weitere Aufgabenzuweisung findet sich – eher versteckt – in § 17b Abs. 7 KHG, der primär das Tätigwerden des Bundesministeriums für Gesundheit vorsieht: Gemäß § 17b Abs. 7 S. 6 KHG entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG, wenn eine Vereinbarung nach § 17 Abs. 1 S. 6 KHG – hier geht es um die Vereinbarung sachgerechter Korrekturen der Bewertungsrelationen der Fallpauschalen – oder nach § 17b Abs. 3 S. 6 KHG – hier geht es um die Vereinbarung eines „*praktikablen Konzepts für eine repräsentative Kalkulation*" der Bewertungsrelationen – nicht zustande kommt.

Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ist auch im Kontext der Prüfung der Abrechnung von Pflegesätzen und des so genannten Schlichtungsausschusses[557] nach Maßgabe von § 17c KHG als Konfliktlösungsinstrument vorgesehen. Nach § 17c Abs. 2 KHG regeln der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft das Nähere zum Prüfverfahren nach § 275 Abs. 1c SGB V des Fünften Buches Sozialgesetzbuch; in

---

554 Das sind der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der privaten Krankenversicherung auf der einen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft auf der anderen Seite.

555 § 17b Abs. 7 S. 1 Nr. 1 KHG.

556 Gesetzestechnisch ist die Regelung so nicht überzeugend; die in Nr. 4 vorgesehene Einschaltung der Bundesschiedsstelle nach § 18a KHG gehört gerade nicht zu den „*Vereinbarungsgegenständen*", sondern stellt das Konfliktlösungsinstrument im Streitfall dar.

557 Hierzu ausführlich unter C. II. 4. c.

dieser Vereinbarung können abweichende Regelungen zu § 275 Abs. 1c S. 2 SGB V getroffen werden.[558] Kommt eine Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, trifft gemäß § 17c Abs. 2 S. 3 SGB V auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG die ausstehenden Entscheidungen. Die Vereinbarung oder Festsetzung durch die Schiedsstelle ist für die Krankenkassen, den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung und die zugelassenen Krankenhäuser unmittelbar verbindlich.[559] Auch in § 17c Abs. 3 KHG ist ein Tätigwerden der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG vorgesehen. Die Norm regelt die Schaffung des so genannten Schlichtungsausschusses auf Bundesebene,[560] den der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft bilden; das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus und das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information sind Mitglieder ohne Stimmrecht. Aufgabe des Schlichtungsausschusses ist die verbindliche Klärung von Kodier- und Abrechnungsfragen von grundsätzlicher Bedeutung. Der Schlichtungsausschuss kann auch von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen sowie den Landeskrankenhausgesellschaften angerufen werden; die Vertragsparteien nach Satz 1 können weitere Anrufungsrechte einräumen. Bei den Entscheidungen sind die Stellungnahmen des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus und des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation und Information zu berücksichtigen. Die Entscheidungen des Schlichtungsausschusses sind zu veröffentlichen und für die Krankenkassen, den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung und die zugelassenen Krankenhäuser unmittelbar verbindlich. Während § 17c Abs. 3 S. 6 KHG lediglich § 18a Abs. 6 S. 2 bis 4, 7 und 8 KHG für entsprechend anwendbar erklärt,[561] bestimmt § 17c Abs. 3 S. 7 KHG die Zuständigkeit der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG: „*Kommen die für die Einrichtung des Schlichtungsausschusses erforderlichen Entscheidungen nicht ganz oder teilweise zu Stande*[562]*, trifft auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Absatz 6 die ausstehenden Entscheidungen.*“ Zugleich enthält § 17c Abs. 3 S. 8 KHG eine Modifikation bezüglich der Bestellung der unparteiischen Mitglieder: Soweit eine Einigung auf diese nicht zustande kommt, werden sie durch das Bundesministerium für Gesundheit berufen. Bezüglich beider im Rahmen von § 17c KHG denkbarer Entscheidungen der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ist schließlich § 17c Abs. 4b KHG zu beachten: „*Gegen die Entscheidungen der Schiedsstelle nach Absatz 2 Satz 3, Absatz 3 Satz 7 sowie des Schlichtungsausschusses auf Bundesebene nach Absatz 3 ist der Sozialrechtsweg gegeben. Ein Vorverfahren findet nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.*“

Eine weitere Zuständigkeit der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ist vorgesehen in § 17d Abs. 6 S. 7 KHG. Die Vorschrift regelt die Einführung eines pauschalierenden Entgeltsystems für psychiatrische und psychosomatische Einrichtungen und ist ähnlich konzipiert wie § 17b KHG: Der Gesetzgeber sieht eine Vereinbarung des Entgeltssystems durch die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 S. 1 KHG sowie eine Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit vor. Lediglich für die in § 17d Abs. 1 S. 7 KHG vorgesehene Vereinbarung – Stichwort: Kalkulation auf der Grundlage der Kosten

---

558 Zu den Vereinbarungsinhalten im Detail vgl. § 17c Abs. 2 S. 2 KHG.

559 § 17c Abs. 2 S. 4 KHG; es handelt sich also auch hier um einen normsetzenden Vertrag.

560 Hierzu ausführlich unter C. II. 4. c.

561 Es geht also um die Besetzung des Schlichtungsausschusses und die Rechtsstellung der Mitglieder sowie die Vereinbarung über Zahl, Bestellung der Mitglieder und weitere Fragen.

562 Das ist der Wortlaut der Norm; gemeint dürfte sein: „nicht oder nicht ganz“ oder etwas ähnliches.

einer sachgerechten und repräsentativen Auswahl von psychiatrischen und psychosomatischen Einrichtungen – ist eine Schiedsstellenlösung vorgesehen: Kommt diese Vereinbarung[563] nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG.

Aber auch das SGB V enthält Vorschriften, in denen als Konfliktlösungsinstrument die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG vorgesehen ist.

Gemäß § 110a Abs. 1 SGB V sollen die Krankenkassen oder Zusammenschlüsse von Krankenkassen zu den vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 136b Abs. 1 Nr. 4 SGB V[564] festgelegten Leistungen oder Leistungsbereichen mit dem Krankenhausträger so genannte befristete[565] Qualitätsverträge schließen.[566] Das im Gesetz selbst definierte Ziel dieser Verträge ist „*die Erprobung, inwieweit sich eine weitere Verbesserung der Versorgung mit stationären Behandlungsleistungen, insbesondere durch die Vereinbarung von Anreizen sowie höherwertigen Qualitätsanforderungen erreichen lässt.*" Da gemäß § 110a Abs. 1 S. 5 SGB V kein Anspruch auf Abschluss eines Qualitätsvertrags besteht, hat der Gesetzgeber insoweit offenbar auch keinen Bedarf für ein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen. Anders ist dies hinsichtlich der in § 110 Abs. 2 SGB V vorgesehenen Rahmenvorgaben für den Inhalt der individuellen Verträge: Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vereinbaren entsprechende Rahmenvorgaben für die Qualitätsverträge nach Absatz 1 bis spätestens zum 31. Juli 2018. Kommt eine Vereinbarung über die Rahmenvorgaben ganz oder teilweise nicht zustande, setzt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG auf Antrag einer Vertragspartei oder des Bundesministeriums für Gesundheit den Inhalt der Rahmenvorgaben fest.

Auch im Kontext der stationsäquivalenten psychiatrischen Behandlung ist die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG als Schiedseinrichtung vorgesehen. Gemäß § 115d Abs. 1 SGB V können psychiatrische Krankenhäuser mit regionaler Versorgungsverpflichtung sowie Allgemeinkrankenhäuser mit selbständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen mit regionaler Versorgungsverpflichtung in medizinisch geeigneten Fällen, wenn eine Indikation für eine stationäre psychiatrische Behandlung vorliegt, anstelle einer vollstationären Behandlung eine stationsäquivalente psychiatrische Behandlung im häuslichen Umfeld erbringen.[567] Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Verband der Privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vereinbaren gemäß § 115d Abs. 2 S. 1 SGB V im Benehmen mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bis zum 30. Juni 2017 die Anforderungen an die Dokumentation (Nr. 1), die Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung (Nr. 2) und die Anforderungen an die Beauftragung von an der ambulanten psychiatrischen Behandlung teilnehmenden Leistungserbringern oder anderen, zur Erbringung der stationsäquivalenten Behandlung berechtigten Krankenhäusern (Nr. 3). Kommt diese Vereinbarung ganz oder teilweise nicht fristgerecht zustande, entscheidet die

---

563 Zur Vereinbarungspflicht selbst vgl. § 17d Abs. 2 KHG.

564 Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt nach § 136b Abs. 1 Nr. 4 SGB V „*vier Leistungen oder Leistungsbereiche, zu denen Verträge nach § 110a mit Anreizen für die Einhaltung besonderer Qualitätsanforderungen erprobt werden sollen.*"

565 § 110 Abs. 1 S. 3 SGB V.

566 Konkret geht es um Verträge „*zur Förderung einer qualitativ hochwertigen stationären Versorgung.*" Vgl. § 110a Abs. 1 S. 1 SGB V.

567 Der entsprechende Leistungsanspruch des Versicherten ist in § 39 SGB V normiert.

Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ohne Antrag einer Vertragspartei innerhalb von sechs Wochen.

Im Kontext von § 120 SGB V – Stichwort: Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen – wurden beide Schiedsstellen nach § 18a KHG als Konfliktlösungsinstrumente etabliert.[568] Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG setzt im Streitfall den Inhalt der Vereinbarung nach § 120 Abs. 3 S. 4 SGB V fest, wenn diese ganz oder teilweise nicht zustande kommt. Dabei geht es um die Vereinbarung bundeseinheitlicher Grundsätze, die die Besonderheiten der Hochschulambulanzen angemessen abbilden; Vereinbarungspartner sind die „*Vertragsparteien nach § 301 Absatz 3*“,[569] also der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam. Dabei entscheidet die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG in der Besetzung ohne den Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb von sechs Wochen.

Vorgesehen ist ein Tätigwerden der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG auch im Kontext der Regelungen über die elektronische Gesundheitskarte.[570] Die bei den Krankenhäusern entstehenden Investitions- und Betriebskosten nach § 291a Abs. 7 S. 5 Nr. 1 und 2 SGB V werden durch den so genannten Telematikzuschlag finanziert. Das Nähere zur Höhe und Erhebung dieses Zuschlags regelt gemäß § 291a Abs. 7a S. 3 SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemeinsam mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft in einer gesonderten Vereinbarung. Kommt eine Vereinbarung nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist oder, in den folgenden Jahren, jeweils bis zum 30. Juni zustande, legt die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG auf Antrag einer Vertragspartei oder des Bundesministeriums für Gesundheit mit Wirkung für die Vertragsparteien innerhalb einer Frist von zwei Monaten den Vereinbarungsinhalt fest. Die Klage gegen die Festsetzung der Schiedsstelle hat keine aufschiebende Wirkung. Die genannten Regelungen einschließlich der Festsetzungskompetenz der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG gelten gemäß § 291a Abs. 7a SGB V auch für die Finanzierung der Investitions- und Betriebskosten, die bei Leistungserbringern nach § 115b Abs. 2 S. 1 SGB V (ambulantes Operieren im Krankenhaus), § 116b Abs. 2 S. 1 SGB V (ambulante spezialfachärztliche Versorgung) und § 120 Abs. 2 S. 1 SGB V (Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen) sowie bei Notfallambulanzen in Krankenhäusern, die Leistungen für die Versorgung im Notfall erbringen, entstehen.

Gemäß § 291a Abs. 7c S. 2 SGB V erfolgt die Erstattung des Finanzierungsbeitrages[571] im Krankenhausbereich über einen Zuschlag „*entsprechend Absatz 7a Satz 1*“ durch vertragliche Vereinbarung der Spitzenverbände der Krankenkassen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Kommt eine Vereinbarung nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist oder, in den folgenden Jahren, jeweils bis zum 30. Juni zustande,

---

568 Zur Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG vgl. schon oben C. II. 3. c. (2).

569 Dieser Verweis ist ungewöhnlich und wohl einmalig im SGB V.

570 Hierzu auch ausführlich unter C. II. 4. b.

571 Hier soll es um die Kosten nach „*Absatz 7 Satz 4 Nr. 1*“ gehen – diese Regelung gibt es allerdings so nicht.

entscheidet die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb einer Frist von zwei Monaten.[572]

Schließlich wird die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG noch einmal in § 291a Abs. 7d SGB V erwähnt. Es geht um die Vereinbarung zu den Kosten nach „*Absatz 7 Satz 5 Nummer 1*“: Das sind die erforderlichen erstmaligen Ausstattungskosten. Kommt diese nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist „*als Grundlage der Vereinbarungen nach Absatz 7a Satz 3 und 5 sowie Absatz 7b Satz 2 bis 4*“ zustande, trifft der Spitzenverband Bund der Krankenkassen Vereinbarungen zur Finanzierung der den jeweiligen Leistungserbringern entstehenden Kosten jeweils mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft, den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene. Im Fall des Scheiterns der Verhandlungen kommen in diesem Kontext gleich drei Schiedseinrichtungen zum Einsatz: Neben dem Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V[573] und der Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V[574] entscheidet bei Nichteinigung mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb einer Frist von zwei Monaten.

Zu nennen ist schließlich § 295 SGB V, der die Abrechnung ärztlicher Leistungen bzw. die dabei bestehenden Dokumentations- und Übermittlungspflichten der Leistungserbringer regelt und dabei – gleichsam mittelbar – auf § 18a Abs. 6 KHG verweist. Ärzte, Einrichtungen und medizinische Versorgungszentren, die ohne Beteiligung der kassenärztlichen Vereinigungen mit den Krankenkassen oder ihren Verbänden Verträge zu besonderen Versorgungsformen (§ 140a SGB V) oder zur Versorgung nach § 73b SGB V abgeschlossen haben, psychiatrische Institutsambulanzen sowie Leistungserbringer, die gemäß § 116b Abs. 2 SGB V an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung teilnehmen, übermitteln die in § 295 Abs. 1 SGB V genannten Angaben,[575] bei Krankenhäusern einschließlich ihres Institutionskennzeichens, an die jeweiligen Krankenkassen im Wege elektronischer Datenübertragung oder maschinell verwertbar auf Datenträgern; vertragsärztliche Leistungserbringer können in den Fällen des § 116b SGB V die Angaben über die Kassenärztliche Vereinigung übermitteln. Das Nähere regelt gemäß § 295 Abs. 1b S. 2 SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen.[576] § 295 Abs. 1b S. 4 SGB V bestimmt: „*Die Selbstverwaltungspartner nach § 17b Absatz 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes vereinbaren für die Dokumentation der Leistungen der psychiatrischen Institutsambulanzen nach Satz 1 sowie für die Durchführung der vom Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 101 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2b zu beschließenden Bestimmungen bis spätestens zum 1. Januar 2018 einen bundeseinheitlichen Katalog, der nach Art und Umfang der Leistung sowie der zur Leistungserbringung eingesetzten personellen Kapazitäten getrennt nach Berufsgruppen und Fachgebieten*

---

572 Der folgende Verweis in § 291 Abs. 7c S. 4 SGB V “*Im Bereich der vertragsärztlichen Versorgung gilt für die Erstattung des Finanzierungsbeitrages Absatz 7b Satz 1, 2 und 4 entsprechend, im Bereich der Arzneimittelversorgung gilt Absatz 7b Satz 1, 3 und 5 entsprechend*“ lässt offen, ob auch im vertragsärztlichen Bereich das Schiedsamt nach Satz 5 tätig werden soll; auf Satz 5 wird insoweit nicht verwiesen. Bezogen auf die Arzneimittelversorgung macht der Verweis auf Satz 5 dagegen keinen Sinn.

573 Hierzu schon oben C. II. 2.

574 Vgl. hierzu C. II. 3. b. (4).

575 Hierbei geht es etwa um die Diagnosen, die erbrachten Leistungen und den Zeitpunkt der Leistungserbringung.

576 Dies gilt nicht für die Leistungserbringer, die gemäß § 116b Abs. 2 SGB V an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung teilnehmen und für die psychiatrischen Institutsambulanzen.

*differenziert, sowie das Nähere zur Datenübermittlung nach Satz 3; für die Umsetzung des Prüfauftrags nach § 17d Absatz 1 Satz 3 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes vereinbaren sie dabei auch, ob und wie der Prüfauftrag auf der Grundlage der Daten einer Vollerhebung oder einer repräsentativen Stichprobe der Leistungen psychiatrischer Institutsambulanzen sachgerecht zu erfüllen ist.*" Nach § 295 Abs. 1b S. 6 SGB V sind „*§ 21 Absatz 4, Absatz 5 Satz 1 und 2 sowie Absatz 6 des Krankenhausentgeltgesetzes … für die Vereinbarung zur Datenübermittlung entsprechend anzuwenden.*" Für die Vereinbarung einer bundeseinheitlichen Dokumentation der Leistungen der psychiatrischen Institutsambulanzen gilt nach § 295 Abs. 1b S. 6 SGB V „*§ 21 Absatz 4 und 6 des Krankenhausentgeltgesetzes entsprechend mit der Maßgabe, dass die Schiedsstelle innerhalb von sechs Wochen entscheidet*." Die Schiedsstelle entscheidet innerhalb von sechs Wochen nach Antrag einer Vertragspartei auch über die Tatbestände nach Satz 4 zweiter Halbsatz, zu denen keine Einigung zustande gekommen ist. In § 21 Abs. 4 KHEntgG ist bestimmt, dass die Vertragsparteien nach § 17b Abs. 2 S. 1 KHG im Benehmen mit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und dem Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik die weiteren Einzelheiten vereinbaren; kommt diese Vereinbarung nicht zustande, sieht § 21 Abs. 6 KHEntgG ein Tätigwerden der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG vor. Bezogen auf die bundeseinheitliche Dokumentation der Leistungen der psychiatrischen Institutsambulanzen normiert § 295 SGB V eine Frist von sechs Wochen für die Entscheidung der Schiedsstelle.

Weitere Aufgabenzuweisungen an die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG finden sich im KHEntgG selbst.

§ 9 Abs. 1 KHEntgG enthält einen Katalog von Themen, die der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der Privaten Krankenversicherung gemeinsam mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft (Vertragsparteien auf Bundesebene) mit Wirkung für die Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG zu vereinbaren haben. Dabei geht es vor allem um einen Fallpauschalen-Katalog nach § 17b Abs. 1 S. 4 KHG einschließlich der Bewertungsrelationen sowie Regelungen zu Verlegungsfällen und zur Grenzverweildauer und der in Abhängigkeit von diesen zusätzlich zu zahlenden Entgelte oder vorzunehmenden Abschläge (effektive Bewertungsrelationen) (Nr.1) und einen Katalog ergänzender Zusatzentgelte nach § 17b Abs. 1 S. 7 KHG einschließlich der Vergütungshöhe (Nr. 2). Zu vereinbaren sind aber auch die Abrechnungsbestimmungen der für diese anfallenden Entgelte (Nr. 3) oder Empfehlungen für die Kalkulation und die Vergütung der so genannten neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (Nr. 4). Weitere Vereinbarungen sind in den folgenden Absätzen der Norm vorgesehen. Die Konfliktlösung hat der Gesetzgeber in § 9 Abs. 2 SGB V geregelt: Kommt eine Vereinbarung zu § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2 KHEntgG ganz oder teilweise nicht zustande, gilt § 17b Abs. 7 KHG, d.h. das Bundesministerium für Gesundheit kann eine entsprechende Rechtsverordnung erlassen; in den übrigen Fällen entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG. Dabei hat die Schiedsstelle eine Entscheidung zu § 9 Abs. 1b S. 1 KHEntgG – hier geht es um die Vereinbarung des Veränderungswerts nach Maßgabe des § 10 Abs. 6 S. 2 oder S. 3 KHEntgG für die Begrenzung der Entwicklung des Basisfallwerts – bis zum 15. November des jeweiligen Jahres zu treffen. Für die Vereinbarung nach § 9 Abs. 1a Nr. 5 KHEntgG (Zu- und Abschläge für die Teilnahme bzw. Nichtteilnahme der Krankenhäuser an der Notfallversorgung) ist gemäß § 9 Abs. 2 S. 2 KHEntgG auch das Bundesministerium für Gesundheit berechtigt, die Schiedsstelle anzurufen. Kommt eine Vereinbarung nach § 9 Abs. 1c KHEntgG – hier geht

es um die Vorgabe einer gezielten Absenkung oder Abstufung der Bewertung der Leistungen – nicht fristgerecht zustande, entscheidet die Schiedsstelle ohne Antrag einer Vertragspartei und innerhalb von sechs Wochen.

Schließlich sieht § 10 Abs. 9 S. 6 KHEntgG eine Entscheidung der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG vor. § 10 KHEntgG normiert die Vereinbarung des Landesbasisfallwerts. In diesem Kontext vereinbaren die Vertragsparteien auf Bundesebene gemäß § 10 Abs. 9 KHEntgG mit Unterstützung des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus einen einheitlichen Basisfallwert und einen einheitlichen Basisfallwertkorridor.[577] Kommt diese Vereinbarung nicht zustande, entscheidet auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG.

Auch in der vergleichbaren Regelung des § 9 Abs. 2 BPflV ist die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG angesprochen: Sie entscheidet, wenn eine Vereinbarung nach Maßgabe von Absatz 1 Nr. 4 bis 9 ganz oder teilweise nicht zustande kommt.[578] Eine Entscheidung zu Absatz 1 Nr. 5 hat die Schiedsstelle dabei bis zum 15. November des jeweiligen Jahres zu treffen.[579]

### (c) Verfahren und Rechtsschutz

Für das Verfahren vor der Bundesschiedsstelle ist die für § 18a Abs. 1 KHG maßgebliche Rechtsverordnung ohne Belang. Vielmehr haben sich der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft gemäß § 18a Abs. 6 S. 8 KHG auf die am 1.3.2009 in Kraft getretene „*Vereinbarung über die Bildung einer Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG (BSchV)*" geeinigt. Die Vereinbarung befasst sich in ähnlicher Weise mit der Bestellung der Mitglieder und dem Kostenersatz wie die ansonsten üblichen Rechtsverordnungen; in einer zusätzlichen „*Geschäftsordnung*" ist das Schiedsstellenverfahren geregelt. Hier finden sich Vorschriften über den Antragsinhalt – die Vereinbarung bezieht dieses nur auf die Verfahren, in denen das Gesetz einen Antrag vorsieht[580] –, den Ablauf der mündlichen Verhandlung und die Beschlussfassung. Beschlussfähig ist die Schiedsstelle schon, wenn neben dem Vorsitzenden und den zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern jeweils mindestens fünf – statt der eigentlich vorgesehenen jeweils neun – Vertreter der Krankenkassen und der Krankenhäuser anwesend sind.[581]

Gemäß § 6 Abs. 2 Geschäftsordnung hat die Entscheidung der Schiedsstelle die Rechtswirkung einer vertraglichen Vereinbarung. § 6 Abs. 3 Geschäftsordnung bestimmt: „*Gegen die Entscheidung der Schiedsstelle ist der Verwaltungsrechtsweg gegeben. Ein Vorverfahren findet nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.*" Diese Aussage gibt letztlich nur den Wortlaut von § 18a Abs. 6 S. 11 und 12 KHG wieder.

---

577 Das dient dem Ziel der Angleichung der unterschiedlich hohen Landesbasisfallwerte (*Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2014, § 10 Rn. 26).

578 Bezüglich der Nr. 1 bis 3 des Absatzes 1 gilt § 17d Abs. 6 KHG.

579 Hier geht es um den Veränderungswert, den die Vertragsparteien selbst bis zum 31. Oktober jeden Jahres vereinbaren müssen.

580 § 1 Abs. 1 Geschäftsordnung.

581 Zu den weiteren Details § 5 Geschäftsordnung. Auch hier gilt allerdings wieder das „Mehrheitsprinzip"; § 18a Abs. 6 KHG nimmt dessen Absatz 3 in Bezug.

Die Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs folgt im Übrigen schon aus § 40 Abs. 1 VwGO; § 51 SGG ist nicht einschlägig. Die Bundesschiedsstelle ist eine Behörde im Sinne des Verfahrensrechts;[582] sie erlässt mit ihren Entscheidungen Verwaltungsakte.[583] Eine Genehmigung der von ihr getroffenen Entscheidungen ist anders als bei der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG nicht vorgesehen. Vor diesem Hintergrund erklärt sich auch die in § 18a Abs. 6 S. 12 2. HS KHG enthaltene Regelung, wonach eine Klage keine aufschiebende Wirkung hat.[584] Klagebefugt sind nur die Vertragsparteien auf Bundesebene,[585] nicht ein einzelner Krankenhausträger.[586] Die Bundesschiedsstelle selbst ist beteiligtenfähig im Prozess.[587]

Die Ausführungen zum Gestaltungs- bzw. Beurteilungsspielraum der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG gelten für die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG entsprechend.

### d. Im Besonderen: Die Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses

Der Gemeinsame Bundesausschuss ist aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung nicht mehr wegzudenken – immer mehr Aufgaben werden ihm durch den Gesetzgeber zugewiesen.[588] Nicht ohne Grund wird die Abkürzung „G-BA" auch mit „*General-Befugnisagentur*" übersetzt.[589] Den Gemeinsamen Bundesausschuss kennt jeder, der mit dem SGB V zu tun hat; dass er über eine eigene Schiedsstelle verfügt, dürfte dagegen manchem neu sein.

Zu den zentralen Aufgaben[590] des durch § 91 SGB V etablierten Gemeinsamen Bundesausschusses gehört der Erlass von Richtlinien nach Maßgabe von § 92 SGB V: Er beschließt die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewährung für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten. § 92 Abs. 1 S. 2 SGB V enthält eine – nicht abschließende – Aufzählung der Regelungsmaterien, in der auch die „*zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz sowie kieferorthopädischer Behandlung*" (Nr. 2) angesprochen wird. Insoweit findet sich eine Ergänzung in § 92 Abs. 1a SGB V[591]: Die entsprechenden Richtlinien sind auf eine „*ursachengerechte, zahnsubstanzschonende und präventionsorientierte zahnärztliche Behandlung einschließlich der Versorgung mit Zahnersatz sowie kieferorthopädischer Behandlung auszurichten.*" Dabei hat der Gemeinsame Bundesausschuss die Richtlinien nach § 92 Abs. 1a S. 2 SGB V auf der Grundlage „*auch von externem, umfassendem zahnmedizinisch- wissenschaftlichem Sachverstand zu beschließen.*" Nach Satz 3

---

582 Hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 651.

583 Vgl. BT-Drs. 13/6087, S. 32.

584 Zu den denkbaren Klagearten *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 654.

585 Hierzu auch *Trefz*, Der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Schiedsstellen nach § 18a KHG, 2002, S. 324 ff.

586 *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 656: Keine drittschützende Funktion der maßgeblichen Normen.

587 *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 657.

588 Dass vor diesem Hintergrund die Frage der demokratischen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses wieder aktuell geworden ist, kann nicht wirklich überraschen; die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom November 2015 (hierzu unter B.) hat die Diskussion erneut angefacht.

589 So *Kingreen* im Editorial der SGb (Heft 1/2016).

590 Dabei ist es allerdings nicht geblieben; der Gemeinsame Bundesausschuss wird mittlerweile in zahlreichen anderen Kontexten adressiert.

591 Die Regelung wurde erst mit Wirkung vom 1.1.2000 in das SGB V eingefügt (vgl. das GKV-Gesundheitsreformgesetz v. 22.12.1999, BGBl. I, 2626).

kann das Bundesministerium für Gesundheit dem Gemeinsamen Bundesausschuss unter Fristsetzung vorgeben, einen Beschluss zu einzelnen durch das Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu fassen oder zu überprüfen.[592]

Genau hier wird nun die Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses relevant: Bei Nichteinhaltung der Frist fasst gemäß § 92 Abs. 1a S. 4 SGB V eine aus den Mitgliedern des Bundesausschusses zu bildende Schiedsstelle den Beschluss – und sie hat dies innerhalb von 30 Tagen zu tun. Die Schiedsstelle besteht gemäß § 92 Abs. 1a S. 5 SGB V aus dem unparteiischen Vorsitzenden des Bundesausschusses sowie zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern des Bundesausschusses und je einem von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen bestimmten Vertreter. Die maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene, die die Interessen der Zahntechniker wahrnehmen, haben gemäß Satz 6 ein Stellungnahmerecht;[593] diese Stellungnahmen sind gemäß § 92 Abs. 1c S. 6 2. HS SGB „*in die Entscheidung einzubeziehen.*" Weitere Regelungen enthält das Gesetz nicht; es sind auch keine untergesetzlichen Normen oder Vereinbarungen vorgesehen.

Der Sache nach handelt es sich bei der Schiedsstelle um einen gleichsam verkleinerten Gemeinsamen Bundesausschuss mit unter Umständen leicht geänderter personeller Besetzung.[594] Der Gesetzgeber wollte mit dieser Regelung letztlich die Blockade entsprechender Entscheidungen verhindern: „*Die Vorschrift des Absatzes 1a soll bewirken, daß der Bundesausschuß der Zahnärzte und Krankenkassen seine Aufgaben fristgerecht, wissenschaftlich fundiert, transparent und überprüfbar wahrnehmen kann. Durch die Möglichkeit des BMG, spezifische Überprüfungen von Beschlüssen des Bundesausschusses veranlassen zu können, und hierfür Fristen vorgeben zu können, wird die Möglichkeit der jeweiligen Selbstverwaltungspartner, Entscheidungen zu blockieren, verringert. Kommt dennoch keine Entscheidung zustande, ermöglicht die Neuregelung, daß aus der Mitte des Bundesausschusses eine Schiedsstelle gebildet wird, die die Entscheidung kurzfristig zu treffen hat.*"[595]

Die Zielsetzung des Schiedsstellenverfahrens ist hier damit anders gelagert als bei den übrigen Schiedsstellen. Es geht zwar auch um eine Form der Konfliktlösung; es gilt aber nicht, eine gesetzlich vorgesehene Vereinbarung zwischen unterschiedlichen Vertragsparteien zu ersetzen. Vielmehr resultiert der Konflikt aus einer Entscheidungsschwäche – oder einem Entscheidungsunwillen[596] – des zur Beschlussfassung über eine Richtlinie berufenen Gremiums. Der Konflikt wird durch eine Verkleinerung und gleichzeitige Umstrukturierung des Entscheidungsgremiums bewirkt. Gemäß § 91 Abs. 2 SGB V besteht der Gemeinsame Bundesausschuss aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitliedern, einem von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, jeweils zwei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft und fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannten Mitgliedern – der Ausschuss hat also 13 Mitglieder. Da die in Frage stehenden Richtlinien im Sinne von § 91 Abs. 2a SGB V „*allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen*", werden alle fünf Stimmen der Leistungserbringer auf den von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung benannten Vertreter über-

---

592 Es handelt sich hierbei um eine spezielle Form der Aufsicht (hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92 Rn. 42).

593 § 92 SGB V normiert auch im Übrigen umfangreiche Stellungnahmerechte.

594 Zur Zusammensetzung im Normalfall vgl. § 91 Abs. 2 SGB V.

595 BT-Drs. 14/1245, S. 74.

596 Instruktiv insoweit *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 92 SGB V Rn. 32.

tragen. In der Schiedsstelle nach § 92 Abs. 1a SGB V sind sowohl die Zusammensetzung des Entscheidungsgremiums als auch die Stimmenverhältnisse anders gestaltet: Nur hinsichtlich der unparteiischen Mitglieder besteht eine Personenidentität; die beiden „parteiischen" Mitglieder werden von den jeweiligen Organisationen „*bestimmt*" – es kann sich damit also auch um Personen handeln, die keine Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses sind.

Dass der Gesetzgeber im Übrigen nicht ausdrücklich geregelt hat, wie die Entscheidung getroffen wird, ist wenig befriedigend. Es liegt nahe, die für das Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschuss geltende Regelung des § 91 Abs. 7 SGB V – Beschlussfassung mit der Mehrheit seiner Mitglieder – entsprechend anzuwenden. Die unparteiischen Mitglieder haben in der Schiedsstelle die Mehrheit, so dass sie gegebenenfalls gegen den Willen der Leistungserbringer und der Krankenkassen einen entsprechenden Beschluss fassen können.

Die Regelung des § 92 Abs. 1a SGB V lässt mit ihren ungewöhnlich detaillierten Vorgaben[597] in der Tat auf ein „*gestörtes Verhältnis zwischen Gesetzgeber und zahnärztlicher Selbstverwaltung*"[598] schließen.

## 4. Schlichtungseinrichtungen im SGB V und im Krankenhausfinanzierungsrecht

### a. Allgemeines

Sowohl im SGB V als auch im Krankenhausfinanzierungsrecht finden sich Einrichtungen, die einer Form der Konfliktlösung dienen, für die der Gesetzgeber die Bezeichnung „Schlichtung" verwendet hat. Auch diese sollen im Rahmen der Bestandsaufnahme näher betrachtet werden.

### b. Die Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V

#### (1) Allgemeines

Durch das GKV-Modernisierungsgesetz[599] wurden schon zum 1.1.2004 im SGB V Regelungen über die elektronische Gesundheitskarte[600] und die für ihre Nutzung erforderliche Telematikinfrastruktur[601] aufgenommen. Nachdem die elektronische Gesundheitskarte die Krankenversicherungskarte ersetzt hatte, wurden die maßgeblichen Normen zum 1.1.2016 durch das so genannte E-Health-Gesetz[602] erheblich modifiziert. Gemäß § 291a Abs. 1 SGB V dient die elektronische Gesundheitskarte der Verbesserung von Wirtschaftlichkeit, Qualität und Transparenz der Behandlung. Versicherte, die ärztliche, zahnärztliche oder psychotherapeutische Behandlung in Anspruch nehmen, haben dem Arzt, Zahnarzt oder Psychotherapeuten gemäß § 15 Abs. 2 SGB V vor Beginn der Behandlung ihre elektronische Gesund-

---

597 So zutreffend *Barth* in: Spickhoff, Medizinrecht, § 92 SGB V Rn. 10.

598 So *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 92 SGB V Rn. 32.

599 Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung (GMG) v. 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190).

600 Vgl. hierzu *Elmer*, NDV 2014, S. 456 ff.; *Bales/von Schwanenflügel*, NJW 2012, S. 2475 ff.

601 Zum Begriff vgl. § 291a Abs. 7 S. 1 SGB V.

602 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen und zur Änderung anderer Gesetze v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2408).

heitskarte zum Nachweis der Berechtigung zur Inanspruchnahme von Leistungen auszuhändigen.[603]

Die Ausstellungspflicht der Krankenkasse, die auf der elektronischen Gesundheitskarte aufzunehmenden Angaben und weitere Regelungen zur Nutzung der Karte finden sich in § 291 SGB V. Weitere umfangreiche Detailregelungen[604] – diese reichen von der Einführung der Karte für Privatversicherte, über Zugriffsrechte auf die Daten bis hin zur Finanzierung – finden sich in § 291a SGB V.[605] Die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte und die Schaffung der erforderlichen Telematikinfrastruktur verursacht erhebliche Kosten auch bei den Leistungserbringern; hier sieht das Gesetz zahlreiche Regelungen sowie im Streitfall das Tätigwerden bestehender Schiedseinrichtungen vor.[606]

### (2) Spezielle Konfliktlösungsinstrumente

Es bestehen aber auch gesonderte Konfliktlösungsmechanismen in diesem Kontext. Neben der „*gemeinsamen Kommission aus Sachverständigen*" gemäß § 291a Abs. 7e SGB V hat der Gesetzgeber die „*Schlichtungsstelle*" der Gesellschaft für Telematik vorgesehen.

#### (aa) Die gemeinsame Kommission aus Sachverständigen; § 291a Abs. 7e SGB V

Grundlage der mit den Leistungserbringern zu treffenden Vereinbarungen ist eine gemäß § 291a Abs. 7 S. 5 Nr. 2 SGB V zu treffende Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, den Kassen(zahn)ärztlichen Bundesvereinigungen, den Bundes(zahn)ärztekammern, der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene über die Finanzierung der Kosten, die den Leistungserbringern im laufenden Betrieb der Telematikinfrastruktur, einschließlich der Aufteilung dieser Kosten auf die in den Absätzen 7a und 7b genannten Leistungssektoren, entstehen. Kommt diese Vereinbarung nicht innerhalb einer vom Bundesministerium gesetzten Frist zustande, bilden die genannten Spitzenorganisationen eine gemeinsame Kommission aus Sachverständigen, die nach § 291a Abs. 7e S. 2 SGB V innerhalb von einer Woche nach Fristablauf bestehen muss. Die gemeinsame Kommission besteht gemäß § 291a Abs. 7e S. 3 SGB V aus jeweils zwei Mitgliedern, die von den Spitzenorganisationen der Leistungserbringer und vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen berufen werden. Hinzu kommt ein unparteiischer Vorsitzender,[607] über den sich die Spitzenorganisationen gemeinsam verständigen. Nach § 291a Abs. 7e S. 4 SGB V beruft das Bundesministerium für Gesundheit die Mitglieder der Kommission, wenn innerhalb der in Satz 2 genannten Wochenfrist keine Einigung erzielt wurde. Die Kommission gibt nach § 291a Abs. 7e S. 6 SGB V eine Empfehlung zur Aufteilung der genannten Kosten ab. Diese Empfehlung wiederum ist innerhalb eines Monats in

---

603 Für die Inanspruchnahme anderer Leistungen stellt die Krankenkasse den Versicherten Berechtigtenscheine aus, soweit es zweckmäßig ist; diese sind dem Leistungserbringer gemäß § 15 Abs. 3 SGB V auszuhändigen. In dringenden Fällen kann beides gemäß § 15 Abs. 4 SGB V nachgereicht werden.

604 Hierzu *Didong* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 291a Rn. 12 ff.

605 *Peters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 291a SGB V Rn. 19 spricht von einem „*mehrseitigen Monstrum*".

606 Vgl. insoweit § 291 Abs. 7 SGB V (Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG) sowie Absätze 7b und 7d, die neben der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG das Schiedsamt nach § 89 SGB V sowie die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V erwähnen.

607 In Absatz 7e wird dann auch einmal die weibliche Form („*die Vorsitzende*") erwähnt.

der Vereinbarung nach § 291a Abs. 7e S. 5 Nr. 2 SGB V zu berücksichtigen. Geschieht dies nicht, sieht § 291a Abs. 7e S. 8 SGB V vor, dass das Bundesministerium für Gesundheit die Aufteilung der Kosten durch eine Rechtsverordnung festlegt.

Die gemeinsame Kommission nach § 291a Abs. 7e SGB V dient zwar der Konfliktlösung, wenn sich die genannten Spitzenorganisationen nicht einigen können. Sie unterscheidet sich aber grundlegend von den Schiedsstellen des SGB V, weil sie lediglich eine Empfehlung abgibt, die es „*zu berücksichtigen*" gilt. Die Kommission ist insoweit keine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 2 SGB X; die von ihr getroffenen Empfehlungen dienen weniger einem Interessenausgleich, sondern vielmehr der Berücksichtigung von Sachverstand.

### (bb) Die Schlichtungsstelle gemäß § 291c SGB V

Gemäß § 291a Abs. 7 S. 1 SGB V schaffen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung, die Bundesärztekammer, die Bundeszahnärztekammer, die Deutsche Krankenhausgesellschaft sowie die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene „*die insbesondere für die Nutzung der elektronischen Gesundheitskarte und ihrer Anwendungen erforderliche interoperable und kompatible Informations-, Kommunikations- und Sicherheitsstruktur (Telematikinfrastruktur).*" Sie nehmen diese Aufgabe nach Satz 2 durch eine Gesellschaft für Telematik nach Maßgabe von § 291b SGB V wahr, die die Regelungen zur Telematikinfrastruktur sowie deren Aufbau und Betrieb übernimmt. Durch diese Zuweisung an eine eigenständige Gesellschaft sollten der Einigungsprozess und die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte insgesamt beschleunigt werden.[608]

Die Spitzenorganisationen haben im Jahr 2005 die „*gematik Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte*" in der Rechtsform einer GmbH gegründet, die mit § 291b SGB V auf eine rechtliche Grundlage gestellt wurde.[609] § 291b SGB V regelt Aufgaben, Organisation und Finanzierung der Gesellschaft.[610]

Nach § 291b Abs. 4 SGB V sind die Beschlüsse der Gesellschaft für Telematik zu den Regelungen, dem Aufbau und dem Betrieb der Telematikinfrastruktur dem Bundesministerium für Gesundheit vorzulegen. Dieses kann sie – soweit sie gegen Gesetz oder sonstiges Recht verstoßen – innerhalb eines Monats beanstanden; bei der Prüfung der Beschlüsse hat das Bundesministerium für Gesundheit der oder dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. In begründeten Einzelfällen, insbesondere wenn die Prüfung der Beschlüsse innerhalb von einem Monat nicht abgeschlossen werden kann, kann das Bundesministerium für Gesundheit die Frist vor ihrem Ablauf um höchstens einen Monat verlängern. Die Beschlüsse werden nach Ablauf der Beanstandungsfrist für die Leistungserbringer und Krankenkassen sowie ihre Verbände nach diesem Buch verbindlich, wenn keine Beanstandung erfolgt. Kommen die erforderlichen Beschlüsse nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist

---

608 *Didong* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 291b Rn. 7 m.w.N.

609 Zu deren Zulassungsentscheidungen *Bales/Holland/Pellens*, GesR 2008, S. 9 ff.

610 Gesellschafter der gematik sind die Spitzenverbände der Leistungserbringer und Kostenträger im deutschen Gesundheitswesen; der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer besitzen jeweils 50 % der Stimmrechte. Zu weiteren Details vgl. unter www.gematik.de.

zustande oder werden die Beanstandungen des Bundesministeriums für Gesundheit nicht innerhalb der von ihm gesetzten Frist behoben, so eröffnet das Gesetz zwei Möglichkeiten: Das Bundesministerium für Gesundheit kann den Inhalt der Beschlüsse im Benehmen mit den zuständigen obersten Landesbehörden durch Rechtsverordnung ohne Zustimmung des Bundesrates selbst festlegen oder aber die Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V anrufen.

§ 291c SGB V ist erst durch das E-HealthG[611] in das SGB V eingefügt worden.[612] Die Norm regelt insbesondere die Einrichtung, die Zusammensetzung und die Aufgaben der Schlichtungsstelle, die sicherstellen soll, dass „*die notwendigen Entscheidungen getroffen werden*".[613] Gemäß § 291c Abs. 1 SGB V ist bei der Gesellschaft für Telematik eine Schlichtungsstelle einzurichten. Diese hat gemäß § 291c Abs. 2 SGB V einen unparteiischen Vorsitzenden,[614] über den sich die Gesellschafter der Gesellschaft für Telematik einigen sollen. Kommt nach Fristsetzung durch das Bundesministerium für Gesundheit keine Einigung zustande, benennt das Bundesministerium für Gesundheit den Vorsitzenden.[615] Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen kann einen Vertreter als Mitglied der Schlichtungsstelle benennen, die übrigen in § 291a Abs. 7 S. 1 SGB V genannten Gesellschafter der Gesellschaft für Telematik können einen gemeinsamen Vertreter als Mitglied der Schlichtungsstelle benennen.[616] Die Schlichtungsstelle besteht damit jedenfalls aus dem Vorsitzenden, gegebenenfalls aus zwei weiteren Mitgliedern.[617]

Die Amtsdauer der Mitglieder der Schlichtungsstelle beträgt zwei Jahre. Wiederbenennung ist zulässig. Nach § 291c Abs. 4 SGB V gibt sich die Schlichtungsstelle eine Geschäftsordnung, die der Genehmigung durch das Bundesministerium für Gesundheit bedarf.

Die eigentliche Aufgabe des Schlichtungsausschusses ergibt sich aus § 291c Abs. 6 SGB V – sie soll im Streitfall zur Schlichtung für die Gesellschafter einen Beschlussvorschlag erstellen, gegebenenfalls dann aber auch selbst entscheiden. Im Detail geht es um Folgendes: Wenn ein Beschlussvorschlag zu den Regelungen, zum Aufbau und zum Betrieb der Telematikinfrastruktur nach § 291b Abs. 4 S. 1 SGB V in der Gesellschafterversammlung oder in anderen Beschlussgremien der Gesellschafter der Gesellschaft für Telematik nicht die für eine Beschlussfassung erforderliche Mehrheit erhält, wird ein Schlichtungsverfahren zu den Inhalten des Beschlussvorschlags eingeleitet, wenn mindestens 50 Prozent der Gesellschafter der Gesellschaft für Telematik oder das Bundesministerium für Gesundheit ein solches be-

---

611 Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen und zur Änderung anderer Gesetze v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2408).

612 Bereits § 7 der Verordnung über Testmaßnahmen für die Einführung der elektronischen Gesundheitskarte für die Testphase enthielt eine ähnliche Regelung (BT-Drs. 18/5293, S. 51).

613 BT-Drs. 18/5293, S. 51.

614 Dieser kann gemäß § 291c Abs. 8 SGB V an den Gesellschafterversammlungen der Gesellschaft für Telematik teilnehmen.

615 § 291c Abs. 2 S. 3 SGB V.

616 Zur Kostentragung vgl. § 291c Abs. 5 SGB V: Die Selbstverwaltungsorganisationen tragen die Kosten für die von ihnen benannten Vertreter jeweils selbst. Die Kosten für den unparteiischen Vorsitzenden sowie die sonstigen Kosten der Schlichtungsstelle werden aus den Finanzmitteln der Gesellschaft für Telematik finanziert.

617 Vgl. auch *Michels* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 291c Rn. 2: „*bis zu drei Mitglieder*". Ebenso BT-Drs. 18/5293, S. 51.

antragen.[618] Angesichts der beschriebenen Unternehmensstruktur müssen sich die Spitzenorganisationen einig sein, weil beide Gruppen jeweils 50 % der Stimmrechte besitzen; gelingt diese Einigung nicht, kann jeder von beiden den Schlichtungsausschuss anrufen.[619] Die Geschäftsführung der Gesellschaft für Telematik hat nach § 291c Abs. 7 SGB V innerhalb von vier Wochen nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens eine Gesellschafterversammlung einzuberufen, zu der die Schlichtungsstelle einen Entscheidungsvorschlag vorzulegen hat. Erhält bei der Gesellschafterversammlung kein Vorschlag die erforderliche Mehrheit, entscheidet die Schlichtungsstelle innerhalb von zwei Wochen nach der Gesellschafterversammlung. Jedes Mitglied der Schlichtungsstelle hat eine Stimme. Die Schlichtungsstelle entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit. Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des unparteiischen Vorsitzenden den Ausschlag.[620] Da der Ausschuss gegebenenfalls nur aus dem Vorsitzenden besteht, entscheidet diese unter Umständen allein.

Gemäß § 291c Abs. 9 SGB V ist die Entscheidung der Schlichtungsstelle dem Bundesministerium für Gesundheit zur Prüfung vorzulegen. Bei der Prüfung der Entscheidung hat das Bundesministerium für Gesundheit dem Bundesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Das Bundesministerium für Gesundheit kann die Entscheidung, soweit sie gegen Gesetz oder sonstiges Recht verstößt, innerhalb von einem Monat beanstanden. Werden die Beanstandungen nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist behoben, so kann das Bundesministerium für Gesundheit anstelle der Schlichtungsstelle entscheiden.

Sowohl die Entscheidung des Schlichtungsausschusses als auch die Entscheidung des Bundesministeriums sind für alle Gesellschafter, für die Leistungserbringer und Krankenkassen sowie für ihre Verbände nach dem SGB V verbindlich; sie können nur durch eine alternative Entscheidung der Gesellschafterversammlung der Gesellschaft für Telematik in gleicher Sache ersetzt werden.

Der Schlichtungsausschuss wird aber nicht nur dann tätig, wenn sich die Gesellschafter nicht einigen können. Über § 291b Abs. 4 S. 4 SGB V gelten die in § 291c SGB V enthaltenen Regelungen auch dann, wenn die erforderlichen Beschlüsse trotz Fristsetzung – aus welchen Gründen auch immer – gar nicht gefasst werden oder Beanstandungen durch das Bundesministerium für Gesundheit nicht fristgemäß behoben werden. Der Schlichtungsausschuss kommt zudem gemäß § 291g Abs. 2 SGB V auch dann zum Einsatz, wenn die gemäß § 291g Abs. 1 SGB V bis zum 30.6.2016 zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen im Benehmen mit der Gesellschaft für Telematik zu treffende Vereinbarung über technische Verfahren zur konsiliarischen Befundbeurteilung und zur Videosprechstunde bis zum 31.3.2016 nicht zustande kommt: In diesem Fall „*ist*" – allerdings „*auf Antrag*" einer der Vereinbarungspartner ein Schlichtungsverfahren ein-

---

618 Bei Beschlussvorschlägen zu § 291 Abs. 2b S. 6 SGB V und zu § 291b Abs. 1 S. 9 SGB V gilt dies mit der Maßgabe, dass jede der in § 291 Abs. 2b S. 7 SGB V genannten Organisationen das Schlichtungsverfahren einleiten kann.

619 Gemäß § 291c Abs. 6 S. 2 SGB V kann bei Beschlussvorschlägen zu § 291 Abs. 2b S. 6 SGB V und zu § 291b Abs. 1 S. 9 SGB V jede der in § 291 Abs. 2b S. 7 SGB V genannten Organisationen das Schlichtungsverfahren einleiten; angesichts der drohenden Kürzung der Ausgaben der öffentlich-rechtlichen Körperschaften soll jeder Gesellschafter eine Schlichtung anstreben können (BT-Drs. 18/5293, S. 52).

620 Hierzu BT-Drs. 18/5293, S. 52 bei einer mit zwei Personen besetzten Schlichtungsstelle.

zuleiten.[621] Die Schlichtungsstelle macht innerhalb eines Monates einen Entscheidungsvorschlag[622] und entscheidet dann gegebenenfalls selbst.[623] Bezüglich der Stimmenverhältnisse gilt § 291c Abs. 7 S. 4 bis 6 SGB V. Diese Entscheidung ist für die Vertragspartner nach Absatz 1, aber auch für die Leistungserbringer und die Krankenkassen sowie ihre Verbände verbindlich; sie kann aber jederzeit durch eine anderslautende Vereinbarung der Vertragsparteien ersetzt werden.[624]

Das Schlichtungsmodell des § 291c SGB V hat der Gesetzgeber schließlich auch in § 31a SGB V zugrunde gelegt. Seit dem 1.10.2016 haben Versicherte, die gleichzeitig mindestens drei verordnete Medikamente anwenden, Anspruch auf Erstellung und Aushändigung eines Medikationsplans in Papierform durch einen an der vertragsärztlichen Versorgung teilnehmenden Arzt. Das Nähere zu den Voraussetzungen des Anspruchs vereinbaren die Kassenärztliche Bundesvereinigung und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen bis zum 30.6.2016 als Bestandteil der Bundesmantelverträge.[625] § 31a Abs. 4 SGB V bestimmt: „*Inhalt, Struktur und Vorgaben zur Erstellung und Aktualisierung des Medikationsplans sowie ein Verfahren zu seiner Fortschreibung vereinbaren die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Bundesärztekammer und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene bis zum 30. April 2016 im Benehmen mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Den auf Bundesebene für die Wahrnehmung der Interessen der Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen maßgeblichen Organisationen ist Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Kommt die Vereinbarung nicht innerhalb der Frist nach Satz 1 zustande, ist auf Antrag einer der Vereinbarungspartner nach Satz 1 oder des Bundesministeriums für Gesundheit ein Schlichtungsverfahren bei der Schlichtungsstelle nach § 291c Absatz 1 einzuleiten. Innerhalb von vier Wochen nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens hat die Schlichtungsstelle einen Entscheidungsvorschlag vorzulegen. Vor ihrem Entscheidungsvorschlag hat die Schlichtungsstelle den in den Sätzen 1 und 2 genannten Organisationen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Kommt innerhalb von zwei Wochen nach Vorlage des Entscheidungsvorschlags keine Entscheidung der Vereinbarungspartner zustande, entscheidet die Schlichtungsstelle anstelle der Vereinbarungspartner innerhalb von zwei Wochen. Auf die Entscheidungen der Schlichtungsstelle findet § 291c Absatz 7 Satz 4 bis 6 Anwendung. Die Entscheidung der Schlichtungsstelle ist für die Vereinbarungspartner nach Satz 1 und für die Leistungserbringer und Krankenkassen sowie für ihre Verbände nach diesem Buch verbindlich; sie kann nur durch eine alternative Entscheidung der Vereinbarungspartner nach Satz 1 in gleicher Sache ersetzt werden.*“

Hier wird das für die Konfliktlösung innerhalb einer GmbH konzipierte Grundmodell der Schlichtung und anschließenden Entscheidungsersetzung auf einen öffentlich-rechtlichen Vertrag zwischen Kassenärztlicher Bundesvereinigung, Bundesärztekammer und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation

---

621 Die Verhandlungspartner werden den Schlichtungsausschuss anrufen, um Haushaltskürzungen (§ 291g Abs. 3 SGB V) zu vermeiden.

622 Zu den Verfahrensschritten im Detail vgl. § 291g Abs. 2 SGB V.

623 § 291g Abs. 2 S. 4 SGB V.

624 § 291g Abs. 2 S. 6 SGB V.

625 § 31a S. 2 SGB V.

der Apotheker auf Bundesebene übertragen – und wiederum entscheidet unter Umständen der unparteiische Vorsitzende als die „Schlichtungsstelle" allein.[626]

Die Rolle der Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V ist in mancher Hinsicht mit den im SGB V normierten Schiedsstellen vergleichbar, es zeigen sich aber auch deutliche Unterschiede. Ebenso wie bei den Schiedsstellen handelt es sich beim Schlichtungsausschuss um eine feststehende Einrichtung, der durch Gesetz bestimmte Aufgabenbereiche zugewiesen sind und die unabhängig von einem konkreten Verfahren besteht. Dass dieser „Ausschuss" aufgrund der in § 291c Abs. 3 SGB V enthaltenen „kann"-Regelung unter Umständen ausschließlich aus dem unparteiischen Vorsitzenden besteht, ist ungewöhnlich; in dieser Konstellation erinnert die Tätigkeit des Schlichtungsausschusses eher an die der im SGB V geregelten Schiedspersonen.

Ungewöhnlich ist auch der gleichsam originäre Einsatz des Schlichtungsausschusses: Er soll primär Konflikte innerhalb einer – privatrechtlichen – GmbH lösen. Deren Gesellschafter sind allerdings die Spitzenorganisationen auf Kostenträger- und Leistungserbringerseite; die Entscheidung des Gesetzgebers für die Schaffung einer privatrechtlichen Gesellschaft ändert insoweit nichts am spezifischen und für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung typischen Konfliktlösungsbedarf. Dass das Bundesministerium für Gesundheit den Schlichtungsausschuss anrufen kann, ist ebenfalls eine Besonderheit innerhalb des SGB V; das gilt umso mehr, als es durch Erlass einer Rechtsverordnung die maßgeblichen Entscheidungen fakultativ auch selbst treffen kann.[627]

Entscheidungen des Schlichtungsausschusses werden vom Bundesministerium für Gesundheit auf ihre Rechtmäßigkeit hin überprüft;[628] werden entsprechende Beanstandungen nicht umgesetzt, kann das Ministerium anstelle des Schlichtungsausschusses entscheiden.

Über den Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Schlichtungsausschusses trifft das Gesetz keine Aussagen. Sie sind „*für alle Gesellschafter, für die Leistungserbringer und Krankenkassen sowie ihre Verbände verbindlich.*"[629] Man wird hier bereits fragen müssen, ob die Schlichtungsstelle im Öffentlichen Recht tätig wird – schließlich ist sie bei der Gesellschaft für Telematik angesiedelt und damit Teil einer privatrechtlichen Organisation.

### c. Der Schlichtungsausschuss und die Schlichtungsperson nach § 17c KHG

Im Krankenhausfinanzierungsrecht hat der Gesetzgeber im Kontext der Konfliktlösung einen „*Schlichtungsausschuss*" und eine „*Schlichtungsperson*" etabliert.

#### (1) Der Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 3 KHG

§ 17c KHG normiert die „*Prüfung der Abrechnung von Pflegesätzen*." Absatz 1 der Regelung ist an die Krankenhausträger adressiert und zielt auf die Vermeidung von Fehlbelegungen (§ 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KHG) und der vorzeitigen Entlassung aus wirtschaftlichen Gründen (§ 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KHG) einerseits sowie der Sicherstellung einer ordnungsgemäßen

---

626 Dass er das im Streitfall auch dann tut, wenn die beiden anderen Mitglieder benannt wurden, sei nur am Rande erwähnt. Da seine Stimme den Ausschlag gibt, ist er stets der maßgebliche Akteur im Schlichtungsverfahren.

627 § 291b Abs. 4 S. 4 SGB V.

628 § 291c Abs. 9 SGB V.

629 § 291c Abs. 9 S. 6 SGB V.

Abrechnung (§ 17c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 KHG) andererseits.[630] § 17c Abs. 2 KHG regelt die Verpflichtung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft, das „*Nähere zum Prüfverfahren nach § 275 Abs. 1c SGB V*" zu regeln; dabei werden die konkret zu regelnden Inhalte in Satz 2 beschrieben. Können sich die „*Regelungspartner*" nicht einigen, setzt, wie bereits erläutert,[631] die Bundesschiedsstelle den Inhalt der Vereinbarung fest.[632]

Der Schlichtungsausschuss ist in § 17c Abs. 3 KHG geregelt. Gemäß § 17c Abs. 3 S. 1 KHG bilden der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft einen Schlichtungsausschuss auf Bundesebene. In Satz 1 Halbsatz 2 findet sich eine – gleichsam vorweggenommene[633] – Aussage zur Besetzung: Das Institut für das Entgeltsystem im Krankenhaus und das Deutsche Institut für Medizinische Dokumentation und Information sind Mitglieder ohne Stimmrecht.[634] Die eigentliche Besetzung der Schiedsstelle ergibt sich aus § 17c Abs. 3 S. 6 KHG, der unter anderem auf § 18a Abs. 6 S. 2 bis 4 sowie 7 und 8 KHG verweist. Danach besteht der Schlichtungsausschuss aus Vertretern des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern. Dabei gehört auch dem Schlichtungsausschuss ein vom Verband der privaten Krankenversicherung bestellter Vertreter an, der auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen angerechnet wird. Die unparteiischen Mitglieder werden von den beteiligten Organisationen gemeinsam bestellt; die in § 18a Abs. 6 S. 5 KHG vorgesehene Berufung der unparteiischen Mitglieder im Fall der Nichteinigung durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts ist für den Schlichtungsausschuss nicht vorgesehen. Im Konfliktfall entscheidet stattdessen nach § 17c Abs. 3 S. 8 KHG das Bundesministerium für Gesundheit. Alle übrigen erforderlichen Entscheidungen trifft im Streitfall gemäß § 17c Abs. 3 S. 7 KHG die Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG: Kommen die für die Einrichtung des Schlichtungsausschusses erforderlichen Entscheidungen nicht ganz oder teilweise zustande,[635] trifft sie auf Antrag einer Vertragspartei die ausstehenden Entscheidungen.

Aufgrund der in § 17c Abs. 3 S. 6 KHG enthaltenen Verweisung auf § 18a Abs. 6 KHG gilt über dessen Satz 7 § 18a Abs. 3 KHG entsprechend: Die Mitglieder des Schlichtungsausschusses führen ihr Amt als Ehrenamt; sie sind in Ausübung ihres Amts an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen; ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag. Gemäß § 18a Abs. 6 S. 8 KHG, der in § 17c Abs. 3 KHG ebenfalls in Bezug genommen wird, vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für den Zeitauf-

---

630 Zu den Details vgl. *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17c KHG unter II.

631 Hierzu unter C.II.3.c.(3).

632 § 17c Abs. 2 S. 3 f. KHG.

633 Die Besetzung im Übrigen wird erst in § 17c Abs. 3 S. 7 KHG durch den Verweis auf § 18a Abs. 6 KHG angesprochen.

634 Hierzu *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17c KHG unter IV. 2. mit Hinweisen auf die amtliche Begründung; es geht um eine vollumfängliche Einbeziehung in die Beratungen, um die vorhandenen Erfahrungen zu nutzen.

635 Der missglückte Wortlaut wurde bereits angesprochen.

wand der Mitglieder. Diese „*Vereinbarung über die Bildung des Schlichtungsausschusses nach § 17c Abs. 3 KHG*“ ist am 11.2.2014 zustande gekommen.[636] Sie bestimmt, dass jeweils fünf Vertreter des GKV-Spitzenverbandes und der Deutschen Krankenhausgesellschaft Mitglieder des Schlichtungsausschusses sind; dabei gehört ein Sitz auf Kassenseite einem vom Verband der Privaten Krankenversicherung bestellten Mitglied, das auf die Zahl der GKV-Vertreter angerechnet wird. Eine Regelung zu den Stellvertretern findet sich in § 3 Abs. 4 der Vereinbarung.

Der in § 17c Abs. 3 S. 6 KHG enthaltene Verweis auf „*Absatz 4 Satz 4 zweiter Halbsatz*“ erschließt sich nicht – es gibt die entsprechende Norm schlicht nicht.[637] Offenbar hat der Gesetzgeber vergessen, die Neufassung des Absatzes 4 im Rahmen des § 17 Abs. 3c KHG zu berücksichtigen. Der Sache nach geht es um die Qualifikation der Vertreter: Nach § 17c Abs. 4 S. 4 2. HS KHG in der Fassung von 21.7.2014 war geregelt, dass sowohl medizinischer Sachverstand als auch besondere Kenntnisse in Fragen der Abrechnung der DRG-Fallpauschalen berücksichtigt werden sollten.

Der Schlichtungsausschuss soll nach § 17c Abs. 2 KHG eine verbindliche Klärung von Kodier- und Abrechnungsfragen von grundsätzlicher Bedeutung vornehmen. Entsprechende Fragen führen in der Praxis häufig zum Streit über die Abrechnung von Entgelten; hier soll der Schlichtungsausschuss für Klarheit sorgen. Wann es sich um solche Fragen von grundsätzlicher Bedeutung handelt,[638] haben die Vertragsparteien in § 2 Abs. 1 ihrer Vereinbarung normiert und eine entsprechende Nachweispflicht des Antragstellers formuliert. Soweit es um Streitigkeiten im Einzelfall geht, ist die in § 17c Abs. 4 KHG vorgesehene Schlichtungsperson zuständig.[639]

Der Schlichtungsausschuss entscheidet nach dem Willen des Gesetzgebers offenbar nur auf „*Anrufung*“. Davon geht auch § 2 der genannten Vereinbarung aus, der in Absatz 1 bestimmt: „*Der Schlichtungsausschuss kann zur Klärung von Kodier- und Abrechnungsfragen von grundsätzlicher Bedeutung angerufen werden.*“ Dabei kann der Ausschuss gemäß § 17c Abs. 3 S. 3 KHG auch von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen sowie den Landeskrankenhausgesellschaften angerufen werden; die Vertragsparteien nach Satz 1 können zudem in ihrer Vereinbarung zum Verfahren weitere Anrufungsrechte einräumen, was sie allerdings nicht getan haben.

Bei seinen Entscheidungen hat der Schlichtungsausschuss gemäß § 17c Abs. 3 S. 4 KHG die Stellungnahmen des Instituts für das Entgeltsystem im Krankenhaus und des Deutschen Instituts für Medizinische Dokumentation und Information zu berücksichtigen. Auch dem Schlichtungsausschuss wird man einen gewissen Beurteilungsspielraum nicht absprechen können.

---

636 Sie ist abrufbar unter www.gkv-spitzenverband.de.

637 Nach *Tuschen/Dietz* bedeutet die Verweisung, dass die beiden Bundesverbände jeweils ihre Vertreter im Ausschuss bestimmen (in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17c KHG unter IV.2.).

638 Der Gesetzgeber selbst hat dies nicht vorgegeben.

639 Dazu gleich unter (2).

Die Entscheidungen des Schlichtungsausschusses sind nach § 17c Abs. 3 S. 5 KHG zu veröffentlichen – und sie sind danach für die Krankenkassen, den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung und die zugelassenen Krankenhäuser unmittelbar verbindlich.[640]

Obwohl der Gesetzgeber im Kontext des § 17c Abs. 3 KHG den Begriff des Schlichtungsausschusses gewählt hat, ist die Aufgabe nicht die einer Schlichtung im Sinne einer Mediation; vielmehr agiert der Schlichtungsausschuss wie die im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ansonsten vorgesehenen Schiedsstellen. Er trifft als Behörde im Sinne des Verfahrensrechts[641] verbindliche Entscheidungen, die eine Doppelnatur haben: Gegenüber den am Beschluss beteiligten Organisationen ergeht die Entscheidung als Verwaltungsakt – für die Adressaten im Übrigen, also die Krankenkassen, die Krankenhausträger und den Medizinischen Dienst der Krankenversicherung handelt es sich um untergesetzliche Rechtsnormen.[642] Dass die konkrete Aufgabe des Schlichtungsausschusses dabei in einer Entscheidung über die Auslegung der Kodierrichtlinien und Abrechnungsbestimmungen besteht, wirft in dogmatischer Hinsicht zusätzliche Fragen auf.[643]

Gemäß § 17c Abs. 4 S. 1 KHG ist gegen die Entscheidungen des Schlichtungsausschusses nach Absatz 3 der Sozialrechtsweg gegeben.[644] Ein Vorverfahren findet nicht statt; die Klage hat keine aufschiebende Wirkung.

### (2) Die Schlichtungsperson nach § 17c Abs. 4 KHG

#### (aa) Entstehungsgeschichte

Neben der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG im Kontext des § 17c Abs. 2 KHG und dem in § 17c Abs. 3 KHG geregelten Schlichtungsausschuss ist in § 17c KHG ein weiteres Konfliktlösungsinstrument vorgesehen: Die sogenannte unabhängige Schlichtungsperson nach § 17c Abs. 4 KHG. Sie ersetzt den bis Ende 2015 in § 17c Abs. 4 KHG geregelten Schlichtungsausschuss auf Landesebene.[645] Dieser hatte die Aufgabe, bei Streitigkeiten über die Ergebnisse nach § 275 Abs. 1c SGB V zu „*schlichten*"; seine Zusammensetzung war – in Anlehnung an die übliche Schiedsstellensystematik[646] – sehr ausführlich geregelt. Die „Brisanz" des Schlichtungsausschusses ergab sich aus § 17c Abs. 4b KHG: Die Durchführung des Schlichtungsverfahrens war bei Forderungen bis 2000 € zwingende Voraussetzung für die Zulässigkeit der Klage.[647] Der Gesetzgeber wollte auf diesem Weg die entsprechende Klageflut bei den Sozialgerichten eindämmen.[648] Nachdem sich das Bundessozialgericht mehrfach mit der Regelung befassen musste und dennoch zahlreiche Fragen ungeklärt blie-

---

640 Zu den Selbstzahlern vgl. § 17c Abs. 5 KHG.

641 Ausführlich hierzu *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 680.

642 *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 681.

643 Hierzu *Wagener/Haag*, KH 2014, S. 425, 429 f.

644 Zur Klagebefugnis ausführlich *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 684 f.

645 Hierzu noch ausführlich *Quaas* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 686 ff. In den meisten Ländern wurde die Norm ohnehin nicht umgesetzt.

646 Vorgesehen waren wie bei der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ein unparteiischer Vorsitzender sowie Vertreter der Krankenkassen und der zugelassen Krankenhäuser in gleicher Zahl (§ 17c Abs. 4 S. 3 KHG a.F.).

647 Hierzu BSG v. 23.6.2015 – B 1 KR 26/14 R; BSG v. 8.10.2014 – B 3 KR 7/14 R.

648 Ausführlich zu den Hintergründen und Schwachstellen dieser Regelung *Felix*, NZS 2014, S. 601 ff.

ben, wurde der Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 4 KHG nur zwei Jahre später wieder abgeschafft. Übrig geblieben ist: Die unabhängige Schlichtungsperson.

### (bb) Bestellung und Aufgabe

Das Gesetz erweist sich bezüglich Bestellung und Aufgabenzuweisung als eher zurückhaltend. Nach § 17c Abs. 4 S. 1 KHG können die beteiligten Parteien zur Überprüfung der Ergebnisse der Prüfungen nach § 275 Abs. 1c SGB V gemeinsam eine unabhängige Schlichtungsperson bestellen. Dabei kann die Bestellung nach § 17c Abs. 4 S. 2 KHG für einzelne oder sämtliche Streitigkeiten erfolgen. Aussagen zum Verfahren trifft das Gesetz nicht; es sind auch keine untergesetzlichen Normen wie etwa eine Rechtsverordnung vorgesehen. Selbst von einer Vereinbarung zwischen den Parteien – wie sie für den Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 3 KHG besteht – ist nicht die Rede. Die rechtliche Ausgestaltung erinnert in diesem Punkt an die im SGB V vorgesehenen Schiedspersonen. Die Kosten der Schlichtungsperson tragen gemäß § 17c Abs. 4 S. 5 KHG die am Schlichtungsverfahren beteiligten Parteien zu gleichen Teilen.

Geregelt ist in § 17c Abs. 4 KHG im Übrigen nur noch der Rechtsschutz, der allerdings eine interessante Nuance aufweist. Gegen die Entscheidung der Schlichtungsperson ist der Sozialrechtsweg gegeben. Nach § 17c Abs. 4 S. 4 KHG findet eine gerichtliche Überprüfung der Entscheidung der Schlichtungsperson nur statt, wenn geltend gemacht wird, dass „*die Entscheidung der öffentlichen Ordnung widerspricht.*“ Die Formulierung entspricht derjenigen in § 76 Abs. 6 SGB XI und führt zu einer deutlichen Beschränkung des Rechtsschutzes.[649] Bedenken im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG bestehen allerdings nicht, denn die Einschaltung der Schlichtungsperson ist fakultativer Natur: Die beteiligten Parteien können eine Schlichtungsperson bestellen, müssen dies aber nicht tun. Wenn sie es allerdings tun, sind sie an deren Entscheidung gebunden – ohne die Möglichkeit einer umfänglichen gerichtlichen Kontrolle der Entscheidung zu haben.

Auch die Schlichtungsperson nach § 17c Abs. 4 KHG beschränkt sich jedenfalls nicht auf eine Schlichtung – sie „entscheidet“ im Einzelfall mit verbindlicher Wirkung. Sie bietet die Möglichkeit, „*in unbürokratischer Art und Weise eine schnelle und verbindliche Streitbeilegung herbeizuführen*“[650] und bezieht ihre Entscheidungsmacht allein von den beteiligten Parteien. Diese Tatsache allein rechtfertigt es allerdings nicht, die Schlichtungsperson nicht als Behörde im Sinne des Verfahrensrechts anzusehen. Die von ihr getroffenen Entscheidungen dürften Verwaltungsakte sein und daher im Wege der Anfechtungsklage angefochten werden können.[651]

---

649 Rechtsschutz soll etwa dann möglich sein, wenn das Verfahren an elementaren Mängeln leidet oder die Grenzen der Regelungsmaterie überschritten sind (so *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17c KHG unter V.).

650 *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a, § 17c KHG unter V.

651 Hier bestehen deutliche Parallelen zu den Schiedspersonen, deren Tätigkeit in dogmatischer Hinsicht allerdings umstritten ist (hierzu ausführlich D. VI. 11.).

## 5. Die Schiedsperson im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

### a. Einführung

Als ausgesprochen „schlanke" Form des Schiedsverfahrens erweist sich die Festlegung des Vertragsinhalts durch eine so genannte Schiedsperson. In dieser Konstellation entscheidet tatsächlich eine einzelne Person über den Vertragsinhalt, wenn die Vertragsparteien sich nicht einigen können. Die entsprechenden Schiedsverfahren hat der Gesetzgeber weitgehend identisch ausgestaltet; es zeigen sich allerdings auch einige Unterschiede.

Aktuell sieht das Gesetz Schiedspersonen als Konfliktlösungsinstrument in vierzehn Vorschriften des SGB V vor. Die Geschichte der Schiedspersonen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist noch relativ jung: Erst mit der Änderung des § 132a SGB V durch das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung[652] wurde im Jahr 2003 erstmals im SGB V anstelle von Schiedsämtern oder Schiedsstellen eine Schiedsperson als Konfliktlöser vorgesehen. Seitdem wurde der Einsatz dieses Konfliktlösungsinstruments allerdings kontinuierlich ausgeweitet;[653] offenbar ist der Gesetzgeber der Ansicht, dass sich auf diesem Weg eine sachgerechte und vor allem zügige Konfliktlösung erreichen lässt.

Der Sache nach geht es zumeist um Fallgestaltungen, in denen die individualrechtliche Ebene betroffen ist.[654] In zahlreichen Normen des SGB V werden die Krankenkassen verpflichtet, Verträge mit einzelnen Leistungserbringern abzuschließen – und wenn dies nicht gelingt, setzt eine Schiedsperson den Vertragsinhalt fest.[655] Allerdings beschränkt sich der Einsatz von Schiedspersonen nicht auf diesen Bereich; vielmehr sieht etwa § 65c SGB V auch im Kontext der kollektivvertraglich zu vereinbarenden Meldevergütung für Meldungen an ein klinisches Krebsregister den Einsatz einer Schiedsperson vor, wenn sich der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen über die Höhe der Meldevergütung nicht einigen können.[656] Schiedspersonen entscheiden im Übrigen nicht nur bei Konflikten im Leistungserbringungsrecht: Auch im Kontext von § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V ist es eine Schiedsperson, die den Inhalt des Vertrags festlegt, mit dem die Landesverbände die Aufbringung der Mittel zur Finanzierung ihrer Aufgaben vereinbaren sollen.

### b. Die maßgeblichen Fallkonstellationen

Im Folgenden sollen diejenigen Fallkonstellationen, in denen eine einzelne Person im Konfliktfall als Schiedseinrichtung tätig wird, näher betrachtet werden, um die vom Gesetzgeber gewählte Systematik zu verdeutlichen. Dabei geht es zunächst um eine reine Bestandsaufnahme, die in chronologischer Reihenfolge die maßgeblichen Normen und ihren Regelungsgehalt erläutert. Auf der Grundlage dieser Bestandsaufnahme wird später zu klären sein, ob gegen den Einsatz einer einzelnen Person grundlegende Bedenken bestehen und inwieweit

---

652 GMG v. 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190).

653 Hierzu BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14, Rn. 27.

654 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 235.

655 Ein typisches Beispiel sind hier etwa die Verträge über die Versorgung mit Haushaltshilfe nach Maßgabe von § 132 SGB V.

656 § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V.

einfachgesetzlicher Verbesserungsbedarf besteht, denn: Schiedspersonen agieren – wie zu zeigen sein wird – auch im dreiseitigen Vertragsbereich.

### (1) § 39a Abs. 1 SGB V

Versicherte, die keiner Krankenhausbehandlung bedürfen, haben Anspruch auf einen Zuschuss zu stationärer oder teilstationärer Versorgung in Hospizen, in denen palliativmedizinische Behandlung erbracht wird, wenn eine ambulante Versorgung im Haushalt oder der Familie des Versicherten nicht erbracht werden kann. Maßgeblich für den konkreten Anspruchsinhalt[657] sind dabei vertragliche Vereinbarungen, die zwischen dem Spitzenverband Bund und den für die Wahrnehmung der Interessen der stationären Hospize maßgeblichen Spitzenorganisationen zu treffen sind; in ihnen sollen „*Art und Umfang der Versorgung*"[658] geregelt werden. Diese Vertragsparteien haben nach § 39a Abs. 2 S. 8 SGB V im Übrigen auch das „*Nähere zu den Voraussetzungen der Förderung sowie zu Inhalt, Qualität und Umfang der ambulanten Hospizarbeit*" zu vereinbaren.[659] Für den Fall des Scheiterns dieser beiden Verträge sieht das Gesetz keinerlei Konfliktlösungsinstrumente vor – es ist schlicht nicht geregelt, was zu geschehen hat, wenn sich die Vertragsparteien nicht einig werden.[660] Angesichts der Bedeutung entsprechender Rahmenvereinbarungen[661] wäre hier eine Nachbesserung durch den Gesetzgeber dringend angezeigt.[662]

Anders ist dies bezogen auf die individualrechtliche Ebene, die in § 39a Abs. 1 S. 11 SGB V eher am Rande angesprochen wird und letztlich nur das Schiedsverfahren normiert: „*In den über die Einzelheiten der Versorgung nach Satz 1 zwischen Krankenkassen und Hospizen abzuschließenden Verträgen ist zu regeln, dass im Falle von Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt.*" Können sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson einigen,[663] wird diese von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.[664] § 39a Abs. 1 S. 13 SGB V enthält eine Regelung zu den Kosten des Schiedsverfahrens: Diese tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen. Weitere Aussagen zum Schiedsverfahren trifft § 39a SGB V nicht.

### (2) § 65c Abs. 6 SGB V

Gemäß § 65c Abs. 1 S. 1 SGB V[665] haben die Länder zur Verbesserung der Qualität der onkologischen Versorgung klinische Krebsregister einzurichten, denen die in Satz 2 genannten Aufgaben zugewiesen sind. Das Gesetz sieht eine finanzielle Förderung der Krebsregister

---

657 § 39a Abs. 1 S. 1 SGB V: „*…haben im Rahmen der Verträge nach Satz 4 Anspruch …*".

658 § 39a Abs. 1 S. 4 SGB V. Der Kassenärztlichen Bundesvereinigung ist gemäß § 39a Abs. 1 S. 10 SGB V Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

659 § 39a Abs. 2 S. 8 SGB V.

660 *Kingreen* in: Kingreen/Becker, SGB V, § 39a Rn. 14.

661 Zum Gestaltungsspielraum insoweit BSG v. 17.2.2010 – B 1 KR 15/09 R.

662 Ebenso *Kingreen* in: Kingreen/Becker, SGB V, § 39a Rn. 14 a.E., der insoweit im Übrigen eine Schiedsstelle als „*systematisch passende Schlichtungsinstanz*" ansieht.

663 Die Gründe hierfür sind unerheblich; entscheidend ist, dass die Vertragsparteien einen Einigungsversuch unternommen haben, der gescheitert ist (Sächsisches LSG 11.4.2012 – L 1 KA 51/11 KL).

664 § 90 SGB IV; vgl. auch *Kingreen* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 39a Rn. 15.

665 Eingefügt durch Art. 1 Nr. 4 des Krebsfrüherkennungs- und -registergesetzes v. 3.4.2013 (BGBl. I, S. 617).

durch die Krankenkassen vor.[666] Die Leistungserbringer erhalten für jede landesrechtlich vorgesehene Meldung der zu übermittelnden klinischen Daten an ein förderungsfähiges klinisches Krebsregister von diesem eine Meldevergütung; die hierdurch entstehenden Kosten werden von der Krankenkasse des gemeldeten Versicherten erstattet.[667] Die Höhe der Meldevergütungen ist gemäß § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen,[668] der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen zu vereinbaren. Kommt eine Vereinbarung bis zum 31.12.2013 nicht zustande, haben sich die Vereinbarungspartner auf eine „*unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die die Höhe der einzelnen Meldevergütungen festlegt.*"[669] Gelingt das nicht, wird die Schiedsperson gemäß § 65c Abs. 6 S. 9 SGB V vom Bundesministerium für Gesundheit bestellt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vereinbarungspartner zu gleichen Teilen. In § 65c Abs. 6 S. 11 und 12 SGB V finden sich Aussagen zum Rechtsschutz: Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben keine aufschiebende Wirkung; und Beklagter im Klageverfahren gegen die Festlegung der Höhe der einzelnen Meldevergütung ist nicht die Schiedsperson, sondern der andere Vereinbarungspartner. Der Gesetzgeber geht davon aus, dass die Schiedsperson die Festlegung der Höhe der Vergütung analog § 317 BGB als Vertragshelfer vornimmt[670] und die Klage sich daher gegen den Vereinbarungspartner richten muss, der die Festlegung für zutreffend hält.

In dieser Konstellation wird eine Schiedsperson also im kollektiven Bereich – und zudem bei einem dreiseitigen Vertrag – als Konfliktlöser tätig.

### (3) § 73b Abs. 4a SGB V

Gemäß § 73b Abs. 1 SGB V haben die Krankenkassen ihren Versicherten eine besondere hausärztliche Versorgung anzubieten – die so genannte hausarztzentrierte Versorgung.[671] Der Gesetzgeber wollte den Versicherten mit der Schaffung von § 73b SGB V[672] eine besonders hoch stehende hausärztliche Versorgung zur Verfügung stellen, die auf einem Einzelvertragssystem beruht.[673] Mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung[674] wurde eine Schiedsregelung in die Norm aufgenommen. Durch § 73b Abs. 4 SGB V wurden die Krankenkassen – allein oder in Kooperation mit anderen Krankenkassen – verpflichtet, spätestens bis zum 30.6.2009 Verträge mit Gemeinschaften zu schließen, die mindestens die Hälfte der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte des Bezirks der Kassenärztlichen Vereinigung vertreten. Es bestand also nunmehr ein Kontrahierungszwang der Krankenkassen,[675] der durch die

---

666 Hierzu § 65c Abs. 2 bis 5 SGB V.

667 § 65c Abs. 6 S. 3 SGB V.

668 Gegebenenfalls tritt der Verband der Privaten Krankenversicherung an die Seite des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen (§ 65c Abs. 6 S. 6 SGB V); Entsprechendes gilt nach Satz 7 für die Beihilfeträger.

669 § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V. Zu den Hintergründen der Regelung *Scholz* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 65c SGB V Rn. 19.

670 Hierzu ausdrücklich BT-Drs. 17/11267, S. 31.

671 Vgl. hierzu auch *Bogan*, SGb 2012, S. 433 ff.

672 Eingefügt durch das GKV-Modernisierungsgesetz v. 14.11.2003 (BGBl. I, S. 2190).

673 BT-Drs. 15/1525, S. 97. Hierzu auch *Orlowski*, ZMGR 2009, S. 124, 125.

674 Vgl. das GKV-OrgWG v. 15.12.2008 (BGBl. I, S. 2426).

675 Der Gesetzgeber hat diese Regelung mit dem Fehlen eines entsprechenden flächendeckenden Angebots begründet (BT-Drs. 16/10609, S. 53).

in § 73b Abs. 4a SGB V enthaltene Schiedsverfahrensregelung ergänzt wurde. Können sich die Vertragspartner nicht einigen, kann die Gemeinschaft – nicht die Krankenkasse – gemäß § 73b Abs. 4 S. 2 SGB V die Einleitung eines Schiedsverfahrens nach Absatz 4a beantragen.[676] In diesem Fall haben sich die Parteien auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die den Inhalt des Vertrags festlegt.[677] Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese gemäß § 73b Abs. 4a S. 2 SGB V von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen.[678] Zudem finden sich Regelungen über den Rechtsschutz: § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V bestimmt, dass Klagen[679] gegen die Bestimmung der Schiedsperson keine aufschiebende Wirkung haben; nach Satz 5 ist Klagegegner im Rechtsstreit über die Festlegung des Vertragsinhalts durch die Schiedsperson nicht die Schiedsperson, sondern der andere Vertragspartner.[680]

### (4) § 110 Abs. 1 SGB V

§ 110 SGB V regelt die Kündigung von Versorgungsverträgen mit Krankenhäusern im Sinne von § 109 Abs. 1 SGB V. Ein entsprechender Vertrag kann gemäß § 110 Abs. 1 S. 1 SGB V von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen nur aus den in § 109 Abs. 3 S. 1 SGB V genannten Gründen und nur gemeinsam gekündigt werden.[681] Kommt ein Beschluss über die Kündigung eines Versorgungsvertrags durch die Landesverbände der Krankenkassen und der Ersatzkassen nicht zustande,[682] entscheidet gemäß § 110 Abs. 1 S. 5 SGB V[683] nach entsprechenden erfolglosen Bemühungen[684] eine unabhängige Schiedsperson über die Kündigung, wenn dies von Kassenarten beantragt wird, die mindestens ein Drittel des landesweiten Anzahl der Versicherten auf sich vereinigen. Einigen sich die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen nicht auf eine Schiedsperson, wird diese von der für die Landesverbände der Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.[685] Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben gemäß Satz 7 keine aufschiebende Wirkung; die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen nach Satz 8 entsprechend der landesweiten Anzahl ihrer Versicherten. Gemäß § 110 Abs. 1 S. 9 SGB V richtet sich die Klage gegen die Entscheidung der Schiedsperson nicht gegen diese, sondern gegen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen.[686]

---

676 Zu den Hintergründen der Regelung ausführlich *Huster* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73b Rn. 18.

677 § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V.

678 § 73b Abs. 4a S. 3 SGB V.

679 Zur sachlich-funktionellen Zuständigkeit der Sozialgerichte insoweit vgl. *Ulrich*, NZS 2011, S. 448 ff.

680 Das Modell liegt auch § 77 Abs. 1 S. 5 SGB XII zugrunde.

681 Hierzu *Kingreen/Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 110 SGB V Rn. 4a ff.

682 In der Praxis war es offenbar öfter nicht zu einer kassenseitigen Kündigung gekommen, weil es an der erforderlichen Mehrheit fehlte (hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 110 Rn. 16).

683 Die Regelung dient dazu, eine gegenseitige Blockade der Krankenkassenvertreter zu verhindern (*Becker* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 110 Rn. 7).

684 So *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 110 Rn. 16.

685 § 110 Abs. 1 S. 6 SGB V.

686 Dies ist nur sachgerecht, weil die Entscheidung der Schiedsperson den Beschluss der Kassen ersetzt (*Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 110 Rn. 16).

### (5) § 125 Abs. 1 SGB V

Das SGB V sieht für die einheitliche Versorgung mit Heilmitteln die Abgabe gemeinsamer Rahmenempfehlungen[687] vor.[688] Zuständig hierfür sind gemäß § 125 Abs. 1 S. 1 SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen der Heilmittelerbringer maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene.[689] Einigen sich die Parteien nicht über den Inhalt der Rahmenempfehlungen,[690] „*wird der Empfehlungsinhalt durch eine von den Empfehlungspartnern gemeinsam zu benennende unabhängige Schiedsperson festgelegt.*"[691] Kommt es nicht zu einer Einigung über die Schiedsperson, wird diese nach § 125 Abs. 1 S. 6 SGB V von der für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Empfehlungspartner je zur Hälfte.[692]

### (6) § 125 Abs. 2 SGB V

Die Einzelheiten der Versorgung mit Heilmitteln – hier geht es vor allem um die Preise, aber auch um Fragen der Weiter- oder Fortbildung – werden zwischen den Krankenkassen bzw. ihren Landesverbänden oder Arbeitsgemeinschaften und den Leistungserbringern bzw. ihren Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer vereinbart. § 125 Abs. 2 S. 5 SGB V[693] bestimmt: „*Soweit sich die Vertragspartner in den mit Verbänden der Leistungserbringer abgeschlossenen Verträgen nicht auf die Vertragspreise oder eine Anpassung der Vertragspreise einigen, werden die Preise von einer von den Vertragsparteien gemeinsam zu benennenden unabhängigen Schiedsperson innerhalb von drei Monaten festgelegt.*"[694] Die Einbindung einer Konfliktlösungsstelle ist erforderlich, weil es keinen einklagbaren Anspruch auf Abschluss des Vertrags gibt.[695]

Die Benennung der Schiedsperson kann gemäß § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V von den Vertragspartnern für das jeweilige Schiedsverfahren oder für einen Zeitraum von bis zur vier Jahren erfolgen. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, wird diese von der für die vertragsschließende Krankenkasse bzw. den Landesverband zuständigen Aufsichts-

---

687 Zur Verbindlichkeit entsprechender Rahmenempfehlungen *Nolte* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 125 SGB V Rn. 3.

688 Vor Abschluss der Rahmenempfehlungen ist nach § 125 Abs. 1 S. 2 SGB V der Kassenärztlichen Bundesvereinigung aufgrund der unmittelbaren Betroffenheit der Vertragsärzte (*Nolte* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 125 SGB V Rn. 3a) Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

689 Möglich ist aber auch eine Abstimmung mit den für den jeweiligen Landesbereich maßgeblichen Spitzenorganisationen (§ 125 Abs. 1 S. 2 2. HS SGB V).

690 Zum Inhalt derselben vgl. § 125 Abs. 1 S. 4 SGB V.

691 § 125 Abs. 1 S. 5 SGB V. *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125 Rn. 9 spricht von einer „*Zwangsschlichtung.*" Vgl. auch *Nusser* in Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 125 SGB V Rn. 21.

692 § 125 Abs. 1 S. 8 SGB V.

693 Zu den Hintergründen der Schiedsregelung und zur Entstehungsgeschichte *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125 Rn. 21.

694 Für den einzelnen Heilmittelerbringer besteht daher keine Möglichkeit, ein Schiedsverfahren zu eröffnen; er kann aber gegebenenfalls dem Verband beitreten oder die Wirksamkeit der Vereinbarung für sich anerkennen (ausführlich hierzu BSG v. 30.9.2015 – B 3 KR 2/15 R, Rn. 30 ff. auch zur Abgrenzung eines Zusammenschlusses von Leistungsträgern und „Verband"; das Gericht hat keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen den Ausschluss der Schiedsmöglichkeit).

695 Ausführlich *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 125 Rn. 23.

behörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt.[696] Nach § 125 Abs. 2 S. 7 SGB V gilt Satz 6 entsprechend mit der Maßgabe, dass die Schiedsperson auch für nachfolgende Schiedsverfahren des Verbandes der Leistungserbringer mit anderen Krankenkassen oder Landesverbänden bestimmt werden kann. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen gemäß § 125 Abs. 2 S. 8 SGB V die Verbände der Leistungserbringer sowie die Krankenkassen oder ihre Verbände je zur Hälfte. Gemäß § 125 Abs. 1 S. 9 SGB V haben Widerspruch[697] und Klage[698] gegen die Bestimmung der Schiedsperson keine aufschiebende Wirkung; Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhalts richten sich nach Satz 10 gegen die andere Vertragspartei, nicht gegen die Schiedsperson.

### (7) § 127 Abs. 1a und Abs. 6 SGB V

Gemäß § 127 Abs. 1 SGB V[699] können die Krankenkassen, ihre Landesverbände oder Arbeitsgemeinschaften im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen.[700] Für die Zweckmäßigkeit entsprechender Ausschreibungen geben gemäß § 127 Abs. 1a SGB V der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene – erstmalig bis zum 30.6.2009 – gemeinsam Empfehlungen ab;[701] diese Empfehlungen sollen den Krankenkassen als Orientierungshilfe dienen.[702] Kommt eine Einigung nicht zustande, wird der Empfehlungsinhalt durch eine von den Empfehlungspartnern gemeinsam zu benennende unabhängige Schiedsperson festgelegt.[703] Einigen sich die Empfehlungspartner nicht auf eine Schiedsperson, wird diese gemäß § 127 Abs. 1a S. 3 SGB V von der für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen der Spitzenverband Bund und die Spitzenorganisation der Leistungserbringer je zur Hälfte.[704] § 127 Abs. 1a SGB V ist ein weiterer Fall, in dem der Einsatz einer Schiedsperson auf kollektivvertraglicher Ebene vorgesehen ist.

§ 127 Abs. 1a S. 2 bis 4 SGB gilt gemäß § 127 Abs. 6 S. 1 SGB V auch für die gemeinsamen Rahmenempfehlungen zur Vereinfachung und Vereinheitlichung der Durchführung und Abrechnung der Versorgung mit Hilfsmitteln, die der Spitzenverband Bund der Kranken-

---

696 § 125 Abs. 2 S. 7 SGB V.

697 Vgl. hierzu BT-Drs. 18/11205, S. 66: „*Um die mit der Änderung beabsichtigte Beschleunigung der Schiedsverfahren im Heilmittelbereich zu erreichen, entfällt die aufschiebende Wirkung auch für Widersprüche.*"

698 Das Gesetz verwendet die Begriffe im Plural.

699 Die Norm wurde jüngst durch Art. 8 Nr. 7 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757) geändert.

700 Zu optionalen Verträgen vgl. unten D. V. 4. Vgl. zum Informationsrecht über den Inhalt abgeschlossener Verträge BSG v. 22.4.2015 – B 3 KR 2/14 R.

701 Eingefügt durch GKV-OrgWG v. 15.12.2008 (BGBl I, S. 2426).

702 BT-Drs. 16/10609, S. 57.

703 § 127 Abs. 1a S. 2 SGB V.

704 § 127 Abs. 1a S. 4 SGB V.

kassen und die für die Wahrnehmung der Interessen der Leistungserbringer maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene bis zum 31.12.2017 gemeinsam abgeben müssen.[705]

**(8) § 132 Abs. 1 SGB V**

Versicherte haben unter den in § 38 SGB V normierten Voraussetzungen Anspruch auf Haushaltshilfe. Über Inhalt, Umfang, Vergütung sowie Prüfung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der entsprechenden Dienstleistungen schließen die Krankenkassen gemäß § 132 Abs. 1 S. 1 SGB Verträge mit geeigneten Personen, Einrichtungen oder Unternehmen.[706] Im Fall der Nichteinigung[707] sieht § 132 Abs. 1 S. 2 SGB V[708] die Festlegung des Vertragsinhalts durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson vor.[709] Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, wird diese von der für die den Vertrag schließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.[710] Nach § 132 Abs. 1 S. 4 SGB V tragen die Vertragspartner die Kosten des Schiedsverfahrens zu gleichen Teilen.

**(9) § 132a Abs. 4 SGB V**

Versicherte haben gemäß § 37 SGB V Anspruch auf Versorgung mit häuslicher Krankenpflege. Das Leistungserbringerrecht befasst sich in § 132a SGB V mit der Umsetzung dieses Anspruchs. In der Vorschrift finden sich gleich zwei unterschiedliche Konfliktlösungsinstrumente: Neben der Schiedsstelle, die im Nichteinigungsfall den Inhalt der Rahmenempfehlungen, die der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen gemäß § 132a Abs. 1 SGB V abzugeben haben, festsetzt,[711] entscheidet über den Inhalt der Einzelverträge zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern im Streitfall gemäß § 132a Abs. 4 S. 7 SGB V eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson innerhalb von drei Monaten. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, wird diese von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen.[712]

---

705 Diese Empfehlungen sind nach § 127 Abs. 6 S. 4 SGB V den Verträgen nach den Absätzen 1, 2 und 3 zugrunde zu legen.

706 Allerdings können die Krankenkassen zur Gewährung von Haushaltshilfe auch geeignete Personen anstellen (§ 132 Abs. 1 S. 5 SGB V).

707 Schon zu der bis 22.7.2015 geltenden Fassung hatte das BSG entschieden, dass geeignete Leistungserbringer einen Anspruch auf Vertragsschluss haben – es sei aber nicht Aufgabe der Gerichte, nach Art von Schiedsstellen eine angemessene Vergütung festzusetzen (BSG v. 17.7.2008 – B 3 KR 23/07 R, Rn. 18 ff.). Mit dem GKV-VSG hat der Gesetzgeber nunmehr einen Konfliktlösungsmechanismus eingeführt.

708 Eingefügt durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz vom 16.7.2015 (BGBl. I, S. 1211). Zu den Hintergründen BT-Drs. 18/4095, S. 125.

709 Der Gesetzgeber wollte die Nachfragemacht der Kassen stutzen (so *Ammann* in Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 132 SGB V Rn. 13).

710 § 132 Abs. 1 S. 3 SGB V. Zur gerichtlichen Kontrolle des Schiedsspruchs vgl. *Ammann* in Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 132 SGB V Rn. 15.

711 Hierzu C. II. 3. b. (6).

712 § 132a Abs. 4 S. 8 SGB V.

**(10) § 132b Abs. 2 SGB V**

Gemäß § 37a SGB V haben Versicherte Anspruch auf Soziotherapie. Die Krankenkassen oder die Landesverbände der Krankenkassen können unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 37a Abs. 2 SGB V mit geeigneten Personen oder Einrichtungen Verträge über die Versorgung mit Soziotherapie schließen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist.[713] Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt gemäß § 132b Abs. 2 S. 1 SGB V durch eine von den Vertragspartnern zu bestimmende unabhängige Schiedsperson festgelegt. Einigen sich die Vertragspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese nach Satz 2 von der für die vertragsschließende Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde innerhalb eines Monats nach Vorliegen der für die Bestimmung der Schiedsperson notwendigen Informationen bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragspartner zu gleichen Teilen.[714]

**(11) § 132d SGB V**

Nach § 37b SGB V haben Versicherte Anspruch auf Leistungen der spezialisierten ambulanten Palliativversorgung. Die Krankenkassen schließen zur Umsetzung dieses Anspruchs gemäß § 132d Abs. 1 S. 1 SGB V Verträge mit geeigneten Einrichtungen oder Personen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist; hier geht es um den Inhalt der Versorgung, die Vergütung und die Abrechnung der Leistungen, aber auch um die Beratung durch die Leistungserbringer.[715] Im Fall der Nichteinigung wird der Vertragsinhalt durch eine von den Vertragsparteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson festgelegt;[716] gemäß § 132d Abs. 1 S. 4 SGB V bestimmt gegebenenfalls die für die vertragsschließende Krankenkasse zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson. Nach § 132d Abs. 1 S. 5 SGB V werden die Kosten des Schiedsverfahrens von den Vertragspartnern zu gleichen Teilen getragen.

**(12) § 132e SGB V**

Gemäß § 132e S. 1 SGB V schließen die Krankenkassen oder ihre Verbände mit Kassenärztlichen Vereinigungen, geeigneten Ärzten einschließlich Betriebsärzten, deren Gemeinschaften, Einrichtungen mit geeignetem ärztlichen Personal oder dem öffentlichen Gesundheitsdienst Verträge über die Durchführung der Schutzimpfungen nach § 20i Abs. 1 und 2 SGB V. Kommt es nicht innerhalb von drei Monaten nach Erlass der entsprechenden Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses[717] zu einer Einigung, legt eine von den Vertragsparteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt fest.[718] Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, wird diese gemäß § 132e Abs. 1 S. 4 SGB V von der für die vertragsschließende Krankenkasse oder für den vertragsschließenden Verband zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Ver-

---

713 § 132b Abs. 1 SGB V.
714 § 132b Abs. 2 S. 3 SGB V.
715 § 132d Abs. 1 S. 2 SGB V.
716 § 132d Abs. 1 S. 3 SGB V.
717 § 20i Abs. 1 S. 3 SGB V.
718 § 132e Abs. 1 S. 3 SGB V. Entsprechendes gilt, wenn ein bereits bestehender Vertrag durch Kündigung oder auf andere Weise endet und innerhalb von drei Monaten kein neuer Vertrag zustande kommt (BT-Drs. 18/5123, S. 135).

tragspartner zu gleichen Teilen.[719] § 132e Abs. 1 S. 6 SGB V regelt die vorläufige Fortgeltung des Altvertrags.

**(13) § 132g Abs. 3 SGB V**

Gemäß § 132g Abs. 1 S. 1 SGB V[720] können zugelassene Pflegeeinrichtungen im Sinne des § 43 SGB XI und Einrichtungen der Eingliederungshilfe für behinderte Menschen in ihren Einrichtungen Versicherten eine gesundheitliche Versorgungsplanung für die letzte Lebensphase anbieten. Die Details sind in den Ansätzen 1 und 2 der Regelung normiert. Gemäß § 132g Abs. 3 SGB V vereinbart der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit den Vereinigungen der Träger der genannten Einrichtungen auf Bundesebene erstmals bis zum 31.12.2016 das Nähere über Inhalt und Anforderungen der Versorgungsplanung; dabei besteht für zahlreiche Stellen das Recht zur Stellungnahme.[721] Nach § 132g Abs. 3 S. 3 SGB V gilt § 132d Abs. 1 S. 3 bis 5 SGB V entsprechend; mit anderen Worten: Auch hier setzt eine unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt fest, die ggf. von der zuständigen Aufsichtsbehörde – hier der für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen zuständigen Aufsichtsbehörde – bestimmt wird. Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Vertragsparteien je zur Hälfte.

**(14) § 211 Abs. 4 SGB V**

Auch außerhalb des Leistungserbringungsrechts hat der Gesetzgeber den Einsatz einer Schiedsperson als Konfliktlösungsinstrument vorgesehen – und hier erweisen sich die entsprechenden rechtlichen Vorgaben als denkbar knapp. In § 211 SGB V sind die Aufgaben der Landesverbände der Krankenkassen normiert.[722] Gemäß § 211 Abs. 4 S. 1 SGB V werden die für die Finanzierung dieser Aufgaben erforderlichen Mittel von den Mitgliedskassen sowie von den Krankenkassen derselben Kassenart mit Mitgliedern mit Wohnsitz im Zuständigkeitsbereich des Landesverbandes aufgebracht. Nach § 211 Abs. 4 S. 3 SGB V vereinbaren die Landesverbände das „*Nähere zur Aufbringung der Mittel nach Satz 1*". Kommt diese Vereinbarung nicht jeweils bis zum 1. November eines Jahres zustande, gilt § 211 Abs. 4 S. 4 SGB V: Der Inhalt der Vereinbarung wird durch eine von den Vertragsparteien zu bestimmende Schiedsperson festgelegt.[723]

## 6. Fazit

Die Bestandsaufnahme des Schiedswesens im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung offenbart ein Bild großer Vielfalt. Die Schiedseinrichtungen sind unterschiedlich ausgestaltet und reichen von zumeist paritätisch besetzten Gremien bis hin zu Einzelpersonen, die gleichsam ad hoc entscheiden. Auch die Ausgestaltung im Einzelfall ist durchaus divergent – auch wenn sich zugleich eine gewisse Grundstruktur erkennen lässt.

---

719 Kritisch hierzu *Hess*: in Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 132e SGB V Rn. 9.

720 Eingefügt durch das Hospiz- und Palliativgesetz v. 1.12.2015 (BGBl. I, S. 2114).

721 Vgl. § 132g Abs. 3 S. 2 SGB V – das reicht von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen über die Deutsche Krankenhausgesellschaft bis hin zur Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände.

722 § 211 Abs. 2 und 3 SGB V.

723 *Mühlhausen* in Becker/Kingreen, SGB V, § 211 Rn. 9 spricht von einer Zwangsschlichtung und sieht in der Entscheidung einen Verwaltungsakt. *Krauskopf* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 211 SGB V Rn. 34, weist zu Recht darauf hin, dass die Vertragsparteien eine entsprechende Einigung blockieren können und dann die Aufsicht gefragt ist.

Angesichts der über das gesamte SGB V verstreuten Regelungen drängt sich bereits hier die Frage auf, ob eine grundlegende Systematisierung nicht möglich und sinnvoll wäre.[724]

## III. Dreiseitige Beschlüsse der Selbstverwaltung im System der gesetzlichen Krankenversicherung

### 1. Allgemeines

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist in hohem Maße geprägt vom Verhandlungsprinzip. Zwar hat der Gesetzgeber – gleichsam als Akteur auf der Makroebene – mit dem SGB V und weiteren Gesetzen einen Rechtsrahmen gesetzt, der für die Versicherten, die Leistungserbringer und die Kostenträger auf der Mikroebene verbindlich ist; zahlreiche Detailfragen aber, wie etwa die nach der Vergütung von Leistungen, werden zwischen den Leistungsträgern und den Kostenträgern vereinbart. Dieses Verhandlungsprinzip, das Ausdruck der das Sozialrecht prägenden gemeinsamen Selbstverwaltung[725] ist, erfordert – das haben die Ausführungen unter C.II. deutlich gemacht – Konfliktlösungsinstrumente, die im Fall des Scheiterns der Verhandlungen sicherstellen, dass die erforderliche Entscheidung zustande kommt. Im Bereich der vertraglichen Vereinbarungen setzt der Gesetzgeber wie dargestellt in zunehmendem Ausmaß auf unterschiedlichste Formen des Schiedswesens.

Aber auch jenseits des Verhandlungsprinzips im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung kommt der gemeinsamen Selbstverwaltung im Sozialrecht maßgebliche Bedeutung zu. Die Krankenkassen als Leistungsträger sind – wie alle Träger der Sozialversicherung[726] – gemäß § 4 Abs. 1 SGB V rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts mit Selbstverwaltung;[727] sie erfüllen im Rahmen des Gesetzes und des sonstigen für sie maßgeblichen Rechts ihre Aufgaben in eigener Verantwortung. Das in § 2 Abs. 2 SGB V geregelte Sachleistungsprinzip zwingt sie dabei zur Zusammenarbeit mit unterschiedlichsten Leistungserbringern – und zwar auch jenseits der nach Maßgabe des Gesetzes konkret abzuschließenden Vereinbarungen. In zahlreichen Gremien, die der Gesetzgeber im SGB V vorgesehen hat, finden sich daher sowohl Vertreter der Leistungsträger, also der Krankenkassen bzw. ihrer Verbände, als auch der Leistungserbringer.[728] Der Prototyp dieser Gremien, die der Gesetzgeber durchgehend als Ausschüsse bezeichnet, ist der in § 91 SGB V normierte Gemeinsame Bundesausschuss, dessen demokratische Legitimation wegen der Reichweite seiner für die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und den Spitzenverband Bund, deren Mitglieder und Mitgliedskassen sowie für die Versi-

---

724 Hierzu unter J.

725 Die Selbstverwaltung innerhalb der Krankenkassen wird gemäß § 29 Abs. 2 SGB IV durch die Versicherten und die Arbeitgeber ausgeübt; Vertreterversammlung und Vorstand als Selbstverwaltungsorgane setzen sich gemäß § 44 Abs. 1 SGB V grundsätzlich je zur Hälfte aus Vertretern der Versicherten und der Arbeitgeber zusammen. Im Kontext der gemeinsamen Selbstverwaltung berühren sich gleichsam zwei „*Selbstverwaltungskreise*“ (so *Leopold*, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 2008, S. 69).

726 Vgl. § 29 Abs. 1 SGB IV.

727 Entsprechendes gilt gemäß § 207 Abs. 1 S. 2 SGB V für die Landesverbände der Krankenkassen sowie gemäß § 217a Abs. 2 SGB V für den Spitzenverband Bund der Krankenkassen.

728 Diese werden ihrerseits häufig durch ihre Verbände vertreten.

cherten und die Leistungserbringer bindenden Entscheidungen[729] für das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung aktuell wieder heftig diskutiert wird. Neben diesem geradezu omnipotenten Entscheidungsgremium finden sich aber zahlreiche weitere Ausschüsse im SGB V, die auf unterschiedlichsten Ebenen verbindliche Entscheidungen treffen. Und viele dieser Ausschüsse sind nicht nur „zweiseitig" besetzt – etwa mit Vertretern der Krankenkassen auf der einen Seite und Vertretern der Ärzteschaft auf der anderen Seite;[730] vielmehr finden sich gerade in denjenigen Gremien, deren Entscheidungen normative Wirkung haben und daher besonders weitreichend sind, Vertreter unterschiedlicher Leistungserbringer. Zu nennen wäre hier beispielsweise wiederum der Gemeinsame Bundesausschuss: Dessen Beschlussgremium besteht gemäß § 91 Abs. 2 SGB V aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, einem von der Kassenzahnärztlichen, jeweils zwei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft und fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannten Mitgliedern. Neben den Kostenträgern sind also drei verschiedene Leistungserbringer – Zahnärzte, Ärzte und Krankenhausträger – im Gremium vertreten; nicht vertreten sind dagegen die Versicherten, für die seine Beschlüsse nach § 91 Abs. 6 SGB V aber ebenso verbindlich sind.[731] Das Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschuss trifft insoweit gleichsam „vierseitige" Beschlüsse, jedenfalls wenn man Ärzte und Zahnärzte als zwei Typen von Leistungserbringern ansieht. Auch andere Ausschüsse sind multilateral besetzt – Mitglieder des zum 1. Januar 2016 beim Gemeinsamen Bundesausschuss eingerichteten Innovationsfonds etwa sind neben den Krankenkassen, den Ärzten und den Krankenhausträgern auch Vertreter von zwei Bundesministerien.

Die Ausgestaltung der Ausschussarbeit im SGB V ist ähnlich wie im Vertragsbereich vielfältig. Manche Ausschüsse haben unparteiische Mitglieder, manche nicht. Bei manchen werden unparteiische Mitglieder erst dann hinzugezogen, wenn sich die „parteiischen" Mitglieder nicht vollständig einigen können.[732] Und gerade in jüngerer Zeit ist ein Phänomen besonders relevant geworden, das sich bereits im Kontext des Schiedswesens angedeutet hat: Eigentlich zweiseitig besetzte Ausschüsse werden für bestimmte Entscheidungskonstellationen durch weitere Interessengruppen ergänzt – als Beispiel hierfür sei nur der nach § 87 Abs. 5a SGB V „ergänzte Bewertungsausschuss" genannt.[733]

Im Folgenden sollen die für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung maßgeblichen Ausschüsse näher betrachtet werden. Dabei geht es ebenso wie im Kontext des Schiedswe-

---

729 § 91 Abs. 6 SGB V.

730 So etwa im Fall des Zulassungsausschusses (hierzu C. III. 3. f. (a)).

731 Gerade auch insoweit wird die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses kritisch hinterfragt (hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92 Rn. 31). Die Patientenvertreter haben lediglich ein Mitberatungs- und Antragsrecht. Entsprechendes gilt für die übrigen Leistungserbringer; auch sie sind keine Mitglieder im Beschlussgremium. Von den gemäß § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V zu erlassenden Richtlinien etwa sind aber auch die Heilmittelerbringer betroffen (kritisch zu diesem Aspekt etwa *Kingreen*, NJW 2006, S. 877, 879 f). Das in § 92 Abs. 6 S. 2 SGB V normierte Stellungnahmerecht der Betroffenen über die in § 125 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten Organisationen ist insoweit nicht vergleichbar.

732 Vgl. hierzu § 87 Abs. 4 SGB V sowie unter C. III. 3. a.

733 Hierzu ausführlich unter C. III. 3. a. (d).

sens in einem ersten Schritt zunächst um eine reine Bestandsaufnahme, bei der allerdings schon zu klären ist, in welchen Ausschüssen dreiseitige Beschlüsse gefasst werden könnten.

## 2. Beschränkung des Untersuchungsgegenstands

Die folgende Betrachtung beschränkt sich allerdings auf Ausschüsse, die eine echte Beschlusskompetenz haben. Das gilt nicht für alle als Ausschuss bezeichneten, kollektiv besetzten Gremien.

### a. Ausschüsse der Selbstverwaltungsorgane

Wo verwaltet wird, gibt es Ausschüsse. Ein Selbstverwaltungsorgan kann kraft seiner Organisationsgewalt Ausschüsse bilden, die die von ihm zu treffenden Entscheidungen vorbereiten sollen. Das ist an Hochschulen nicht anders als bei den gesetzlichen Krankenkassen: Entsprechende Untergremien befassen sich in zumeist kleinerer Runde mit bestimmten Fragestellungen und erstellen einen Beschlussvorschlag, der keinerlei Bindungswirkung hat.[734] Um solche Ausschüsse geht es im Folgenden nicht, denn für ihre Vorschläge bedarf es letztlich keiner Konfliktlösungsinstrumente.

Aber auch die nach Maßgabe von § 66 Abs. 1 SGB IV gebildeten Ausschüsse werden im Folgenden nicht näher betrachtet. Diese so genannten Erledigungsausschüsse entscheiden zwar anstelle des Selbstverwaltungsorgans und „erledigen" die Angelegenheit damit. Die von ihren getroffenen Entscheidungen sind rechtsverbindlich.[735] Das Gesetz bestimmt, dass nur die „*Erledigung einzelner Aufgaben*" entsprechenden Ausschüssen übertragen werden darf. Welche einzelnen Aufgaben das Selbstverwaltungsorgan übertragen will, liegt in seinem Ermessen; lediglich für die Rechtssetzung gilt nach § 66 Abs. 1 SGB V ein Übertragungsverbot.[736] Delegationsberechtigt sind bei den Krankenkassen die Vertreterversammlung bzw. der Verwaltungsrat[737] sowie der Vorstand. In der Praxis gibt es Fachausschüsse für einzelne Fragestellungen wie etwa einen Bau- oder IT-Ausschuss.[738] Erledigungsausschüsse müssen die Zusammensetzung des Selbstverwaltungsorgans[739] abbilden.[740] Durch § 66 Abs. 2 SGB IV hat der Gesetzgeber die für die Beratung und Abstimmung geltenden §§ 63 und 64 SGB IV für entsprechend anwendbar erklärt – die Beschlüsse werden grundsätzlich mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen gefasst.[741] Letztlich handelt es sich bei den Erledigungsausschüssen also um „verkleinerte Selbstverwaltungsorgane", die mitunter vom Gesetzgeber sogar

---

734 Hierzu *Palsherm* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 66 Rn. 12.

735 Allerdings hat das Selbstverwaltungsorgan grundsätzlich ein Rückholrecht, kann also die Sache wieder an sich ziehen (hierzu *Palmsherm* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 66 Rn. 11).

736 Der Bereich ist der Zuständigkeit des Erledigungsausschusses kraft Gesetzes entzogen (so *Palmsherm* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 66 Rn. 13).

737 Vgl. § 31 Abs. 3a SGB V.

738 Vgl. *Palmsherm* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 66 Rn. 10.

739 Hierzu § 29 Abs. 2 SGB V.

740 Zu den Ausschüssen des Deutschen Bundestags vgl. auch BVerfG v. 22.9.2015 – 2 BvE 1/11, Rn. 93: „*ein verkleinertes Abbild des Plenums*", das „*in seiner Zusammensetzung die Zusammensetzung des Plenums*" widerspiegelt. Vgl. im Übrigen zur Besetzung mit Stellvertretern von Mitgliedern des Organs § 66 Abs. 1 S. 2 SGB V.

741 Bei Stimmengleichheit wird die Abstimmung nach erneuter Beratung wiederholt; bei erneuter Stimmengleichheit gilt der Antrag als abgelehnt (§ 64 Abs. 2 SGB IV). Zur Eilkompetenz des Vorsitzenden vgl. § 64 Abs. 3 SGB IV.

ausdrücklich eingefordert werden. Für die in diesem Gutachten relevanten Fragestellungen kommt ihnen jedoch keine besondere Bedeutung zu.

### b. Beratende Ausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Nicht näher betrachtet werden aber auch diejenigen vom Gesetzgeber selbst im SGB V etablierten Ausschüsse, die eine nur beratende Funktion haben. Entsprechende Ausschüsse hat der Gesetzgeber etwa in den §§ 79b ff. SGB V vorgesehen. Gemäß § 79b S. 1 SGB V wird sowohl bei den Kassenärztlichen Vereinigungen als auch bei der Kassenärztlichen Bundesvereinigung jeweils ein beratender Fachausschuss für Pyschotherapie gebildet, der aus fünf Psychologischen Psychotherapeuten und einem Kinder- und Jugendlichenpsychotherapeuten sowie Vertretern der Ärzte in gleicher Zahl besteht.[742] Dem Ausschuss ist gemäß § 79b S. 4 SGB V „*vor Entscheidungen der Kassenärztlichen Vereinigungen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung in den die Sicherstellung der psychotherapeutischen Versorgung berührenden wesentlichen Fragen rechtzeitig Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben*." Gemäß S. 5 sind „*seine Stellungnahmen … in die Entscheidungen einzubeziehen.*" Durch den beratenden Ausschuss, der selbst weder eine juristische Person ist noch als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X agiert,[743] soll die Sachkenntnis der Psychotherapeuten bei der Entscheidungsfindung innerhalb der Kassenärztlichen Vereinigungen berücksichtigt werden; das Wissen der Ärzteschaft wird also gleichsam durch Spezialisten auf einem bestimmten Gebiet ergänzt. Die Frage nach einem sachgerechten Konfliktlösungsinstrument stellt sich hier nicht.[744]

Eine Sonderstellung hat das in § 90a SGB V normierte Landesgremium. In gewisser Weise hat auch dieses nur eine beratende Funktion; allerdings sind seine „*Empfehlungen*", die ja auch gerade die sektorenübergreifende Versorgung betreffen, bei der Entscheidungsfindung in anderen Beschlussgremien zu berücksichtigen. Dieser besondere Ausschuss wird daher unter C. III. 3. c. näher betrachtet werden.

### c. Der Koordinationsausschuss nach § 140f Abs. 8 SGB V

Durch das Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung[745] wurde jüngst der Koordinationsausschuss nach § 140f Abs. 8 SGB V im Gesetz etabliert. Die Regelung bestimmt: „*Die in der Verordnung nach § 140g genannten oder nach der Verordnung nach § 140g anerkannten Organisationen erhalten für den Aufwand zur Koordinierung ihrer Beteiligungsrechte einen Betrag in Höhe von 120 Euro für jede neu für ein Gremium benannte sachkundige Person. Der Anspruch richtet sich gegen das jeweilige Gremium, in dem die sachkundige Person tätig ist. Der Anspruch ist durch den von den anerkannten Organisationen gebildeten Koordinierungsausschuss geltend zu machen*." Die Patienten

---

742 Die Mitglieder des Ausschusses werden von der Vertreterversammlung aus dem Kreis der Mitglieder ihrer Kassenärztlichen Vereinigung in unmittelbarer und freier Wahl gewählt (vgl. zu den Besonderheiten für die Kassenärztliche Bundesvereinigung § 79b Abs. S. 3 SGB V). Vgl. zu den beratenden Ausschüssen beispielsweise auch die Satzung der Kassenärztlichen Vereinigung Hamburg (§§ 51 ff.).

743 Hierzu *Steinmann-Munzinger* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 79b Rn. 8. Es fehlt hier schon am Merkmal der „Außenwirkung", denn der Ausschuss hat beratende Funktion innerhalb der Verwaltung. Er „regelt" nichts, sondern berät.

744 Ob die Mitglieder des Ausschusses sich auf eine gemeinsame Stellungnahme einigen, ist unerheblich – das Gesetz verwendet den Plural, so dass auch divergierende Stellungnahmen „*einzubeziehen*" sind (zu diesem Begriff *Steinmann-Munzinger* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 79b Rn. 20 ff.).

745 Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG v. 4.4.2017 (BGBl. I, S. 778).

sind in zahlreichen Gremien des SGB V durch ihre maßgeblichen Interessenvertretungen vertreten.[746] Um ihr Mitberatungsrecht wahrzunehmen, benennen die vier nach der Patientenbeteiligungsverordnung anerkannten (Dach-)Organisationen – das sind der Deutsche Behindertenrat, die Bundesarbeitsgemeinschaft der PatientInnenstellen und -Initiativen, die Deutsche Arbeitsgemeinschaft Selbsthilfegruppen e.V. und die Verbraucherzentrale Bundesverband e.V. – einvernehmlich sachkundige Personen, die ihren Sachverstand und ihre Kompetenz in die Beratung der Gremien einbringen. Dies erfordert nach Einschätzung des Gesetzgebers eine aufwändige organisationsinterne Suche nach fachlich geeigneten Personen für eine Vielzahl an Beratungsthemen; nun sollen sämtliche der zur Wahrnehmung ihrer gemeinsamen Aufgaben nach § 140f SGB V erforderlichen Entscheidungen im Koordinierungsausschuss der Patientenvertretung getroffen werden, dessen Mitglieder Vertreterinnen und Vertreter der maßgeblichen Patientenorganisationen sind.[747] Der neu angefügte Absatz 8 regelt die finanzielle Förderung dieser Koordinationsarbeit und macht zugleich deutlich, gegen wen sich der Anspruch richtet und durch wen er geltend zu machen ist.[748] Der Koordinationsausschuss nach § 140f Abs. 8 SGB V, der von den anerkannten Organisationen selbst zu bilden ist, erleichtert die internen Abläufe der Patientenbeteiligung; für die Fragestellung des vorliegenden Gutachtens hat er jedoch keine Bedeutung.

## 3. Ausschüsse mit Beschlusskompetenz im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Die folgenden Ausführungen sind der näheren Betrachtung derjenigen Ausschüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gewidmet, die eine echte Beschlusskompetenz haben. Dabei sollen diese Ausschüsse – insoweit dem Vorgehen im Kontext des Schiedswesens folgend – zunächst chronologisch, d.h. nach Maßgabe ihrer Erwähnung im SGB V – vorgestellt werden, um später eine Bewertung der „dreiseitigen Beschlüsse" vornehmen zu können.

### a. Der Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V

#### (a) Allgemeines

Eine bedeutende Rolle im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung kommt dem in § 87 Abs. 3 SGB V geregelten und auch in anderen Normen des SGB V in Bezug genommenen[749] Bewertungsausschuss zu.[750] Nach § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V vereinbaren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen als Bestandteil der Bundesmantelverträge[751] einen einheitlichen Bewertungsmaßstab für die ärztlichen[752]

---

746 Das gilt etwa für den Gemeinsamen Bundesausschuss oder die Nationale Präventionskonferenz (vgl. hierzu § 140f Abs. 2 SGB V).

747 Zur Motivation des Gesetzgebers BT-Drs. 490/16, S. 35 ff.

748 So BT-Drs. 490/16, S. 37.

749 Die Aufgaben des Bewertungsausschusses sind im Übrigen vielfältig (vgl. etwa §§ 87a Abs. 5 und 140a Abs. 6 SGB V).

750 Vgl. etwa *Altmiks*, WzS 2016, S. 9 ff. Zur Beteiligungsfähigkeit des Gremiums und zur Frage des Klagegegners BSG v. 11.9.2002 – B 6 KA 34/01 R.

751 Hierzu umfassend § 82 SGB V.

und einen einheitlichen Bewertungsmaßstab für die zahnärztlichen Leistungen – und das tun sie „*durch Bewertungsausschüsse*“.[753] Durch die Regelung des § 87 SGB V, der in den weiteren Absätzen zahlreiche detaillierte Regelungsbefugnisse enthält,[754] wird das Leistungsrecht der gesetzlichen Krankenversicherung mit dem Leistungserbringungsrecht verzahnt.[755] Die vereinbarten Bewertungsmaßstäbe sind im ärztlichen und zahnärztlichen Bereich gleichsam der Katalog derjenigen Leistungen, die zum Leistungsumfang gehören; zugleich bilden sie die Grundlage des vertragsärztlichen Vergütungsanspruchs. Die in § 87 SGB V normierten Bewertungsmaßstäbe dienen aber auch der Steuerung des ärztlichen Leistungsverhaltens: „*Die Funktion des EBM erschöpft sich indessen nicht darin, daß in ihm einzelne ärztliche Leistungen unter Berücksichtigung medizinischer, betriebswirtschaftlicher und sonstiger Gesichtspunkte bewertet werden. Der den EBM erlassende Bewertungsausschuß ist darüber hinaus berechtigt und verpflichtet, über die Definition und Bewertung ärztlicher Leistungen das Leistungsverhalten der Ärzte steuernd zu beeinflussen… Die dem Bewertungsmaßstab von Gesetzes wegen zukommende Steuerungsfunktion gestattet und erfordert die Einführung ergänzender Bewertungsformen wie Komplexgebühren und Budgetierung bestimmter Leistungen, um die Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung zu fördern oder Verteilungseffekte mit dem Ziel einer angemessenen Vergütung zu erzielen…* “[756]

### (b) Vereinbarung durch die Bewertungsausschüsse

Die Tatsache, dass die einheitlichen Bewertungsmaßstäbe zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen „*vereinbart*“ werden, hätte es auf den ersten Blick nahe gelegt, diese Thematik im Kontext des Schiedswesens zu erörtern.[757] Allerdings erfolgt diese Vereinbarung nach dem Wortlaut des § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V „*durch Bewertungsausschüsse*“, d.h. es ist ein im Gesetz ausdrücklich genanntes Gremium, das durch seine Entscheidung den Inhalt der Verträge „beschließt“. Unbeschadet seiner auch organisationsrechtlichen Verselbständigung hat der Bewertungsausschuss nach dem Gesetz die „*Stellung und Funktion eines Vertragsorgans*“;[758] die Zuständigkeitsverlagerung auf den Ausschuss dient letztlich nur der Schaffung bundeseinheitlicher Vergütungsgrundlagen für sämtliche Kassenarten.[759]

Gemäß § 87 Abs. 3 SGB V besteht der Bewertungsausschuss aus jeweils drei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sowie vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen bestellten Vertretern, die alle keine Weisungsfreiheit für sich beanspruchen können.[760] Eine konkrete Amtsdauer ist nicht vorgesehen; die Vertreter können von ihren Organisationen also jederzeit abberufen werden.[761] Den Vorsitz im Ausschuss führt abwechselnd ein Vertreter der Ärzte und ein Vertreter der Krankenkassen. Nach § 87 Abs. 3e S. 1 SGB V be-

---

752 Erfasst werden nach Satz 1 hier auch die Sachkosten.
753 Zu den Details vgl. § 87 Abs. 1 S. 3 ff. SGB V.
754 Vgl. im Übrigen auch § 87a SGB V.
755 So *Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 87 Rn. 37.
756 BSG v. 17.9.1997 – 6 RKa 36/97, Rn. 30 zur verfassungswidrigen rückwirkenden Budgetierung bestimmter Leistungen.
757 Hierzu unter C. II.
758 BSG v. 29.9.1993 – 6 RKa 65/91, Rn. 17.
759 BSG v. 29.9.1993 – 6 RKa 65/91, Rn. 17.
760 BSG v. 29.9.1993 – 6 RKa 65/91, Rn. 17.
761 Ausführlich hierzu BSG v. 8.5.1996 – 6 RKa 49/95, Rn. 19.

schließt der Bewertungsausschuss eine Verfahrensordnung (Nr. 1) sowie eine Geschäftsordnung (Nr. 2).[762] In der Praxis wurden offenbar beide Regelungskomplexe in der „*Geschäftsordnung des Bewertungsausschusses für die ärztlichen Leistungen nach § 87 Abs. 3e Nr. 1 SGB V*" zusammengefasst; dort finden sich Regelungen zu beiden Aspekten. Geregelt wurde etwa die Zahl der Stellvertreter und ihr Teilnahmerecht an den Sitzungen;[763] es finden sich aber auch Vorschriften zur Beschlussfähigkeit und Beschlussfassung des Gremiums[764] sowie zum Institut nach Maßgabe von § 87 Abs. 3b SGB V.

Die Vorgaben für die Tätigkeit des Bewertungsausschusses sind in § 87 SGB V überwiegend sehr detailliert geregelt, wobei die Absätze 3a bis 3f nach § 87 Abs. 3g SGB V nicht für den für zahnärztliche Leistungen zuständigen Bewertungsausschuss gelten. Die Norm regelt die Zusammenarbeit mit dem Gemeinsamen Bundesausschuss; maßgeblich ist hier vor allem § 87 Abs. 3e S. 4 ff. SGB V,[765] aber auch § 87 Abs. 5b SGB V.[766] Der Bewertungsausschuss, der gemäß § 87 Abs. 3a SGB V verpflichtet ist, „*die Auswirkungen seiner Beschlüsse insbesondere auf die Versorgung der Versicherten mit vertragsärztlichen Leistungen, auf die vertragsärztlichen Honorare sowie auf die Ausgaben der Krankenkassen*" zu analysieren, wird bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben gemäß § 87 Abs. 3b SGB V von einem von den Kassenärztlichen Vereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen getragenen Institut unterstützt, das seine Beschlüsse vorbereitet und im Jahr 2009 im Übrigen auch die Geschäftsführung des Bewertungsausschusses übernommen hat.[767] Finanziert wird dieses Institut über den in § 87 Abs. 3c SGB V geregelten Behandlungszuschlag; über seine Ausstattung und die Einstellung des Personals entscheidet der Bewertungsausschuss gemäß § 87 Abs. 3d SGB V.

Auffallend ist die starke Stellung der Ministerialverwaltung im Kontext von § 87 SGB V:[768] Das Bundesministerium für Gesundheit genehmigt nicht nur die Geschäfts- und Verfahrensordnung des Bewertungsausschusses. Es kann auch Vorgaben zum Inhalt der in § 87 Abs. 3a SGB V normierten Analyse machen und zudem die Einrichtung des Instituts erzwingen bzw. einen Dritten mit dessen Aufgaben beauftragen.[769] Besonders relevant ist in diesem Kontext aber § 87 Abs. 6 SGB V: Danach kann das Bundesministerium für Gesundheit an den Sitzungen der Bewertungsausschüsse, des Instituts oder des beauftragten Dritten nach § 87 Abs. 3b SGB V sowie der von diesen jeweils gebildeten Unterausschüssen und Arbeitsgruppen teilnehmen. Ihm sind die Beschlüsse der Bewertungsausschüsse zusammen mit den ihnen zugrunde liegenden Beratungsunterlagen und den für die Beschlüsse

---

762 Zu den konkreten Inhalten vgl. § 87 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 und 2 SGB V. Hinzu kommt noch eine Finanzierungsregelung, die das Nähere zur Erhebung des Zuschlags nach Absatz 3c bestimmt; hier geht es um die Finanzierung des Instituts, das den Bewertungsausschuss unterstützen soll.

763 § 2 der Geschäftsordnung.

764 § 3 der Geschäftsordnung.

765 Gegebenenfalls ist zu klären, ob eine Methode zunächst der Bewertung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss nach § 135 SGB V bedarf. Vgl. insoweit aber auch § 87 Abs. 5b SGB V.

766 Hier geht es um die Anpassung des EBM nach Beschlussfassung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss.

767 Vgl. zum „*Institut des Bewertungsausschusses*" unter https://institut-ba.de. Das Institut hat die Rechtsform einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts; Gesellschafter sind zu gleichen Teilen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung.

768 Ausführlich zu den Einflussmöglichkeiten des Bundesministeriums für Gesundheit *Engelhard* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 87 Rn. 413 ff.

769 Vgl. hierzu auch § 87 Abs. 3b SGB V.

jeweils entscheidungserheblichen Gründen vorzulegen. Innerhalb von zwei Monaten kann das Bundesministerium für Gesundheit die Beschlüsse beanstanden. Im Rahmen der Prüfung eines Beschlusses vom Bewertungsausschuss kann das Ministerium zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern; bis zum Eingang der Auskünfte ist der Lauf der Zwei-Monats-Frist unterbrochen. Die Nichtbeanstandung eines Beschlusses kann vom Bundesministerium für Gesundheit mit Auflagen verbunden werden; das Ministerium kann zur Erfüllung einer Auflage eine angemessene Frist setzen. Kommen Beschlüsse der Bewertungsausschüsse ganz oder teilweise nicht oder nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande oder werden seine Beanstandungen nicht innerhalb einer von ihm gesetzten Frist behoben, kann schließlich nach § 87 Abs. 6 S. 4 SGB V das Bundesministerium für Gesundheit die Vereinbarungen selbst festsetzen.[770] Die in diesem Kontext entstehenden Kosten sind nach § 87 Abs. 6 S. 6 SGB V vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung jeweils zur Hälfte zu tragen.

### (c) Der erweiterte Bewertungsausschuss

Das Bundesministerium kann aber – insoweit regelt § 87 Abs. 6 S. 7 SGB V ein alternatives Vorgehen – statt einer Selbstvornahme auch den so genannten erweiterten Bewertungsausschuss mit Wirkung für die Vertragspartner anrufen. Dieser setzt nach Satz 8 mit der Mehrheit seiner Mitglieder innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist die Vereinbarung fest.[771]

Der erweiterte Bewertungsausschuss ist in § 87 Abs. 4 SGB V normiert: Kommt im Bewertungsausschuss durch übereinstimmenden Beschluss aller Mitglieder eine Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird der Bewertungsausschuss auf Verlangen von mindestens zwei Mitgliedern – oder eben durch Anrufung des Bundesministeriums für Gesundheit – um einen unparteiischen Vorsitzenden und zwei weitere unparteiische Mitglieder erweitert. Dabei gilt für die Benennung des unparteiischen Vorsitzenden § 89 Abs. 3 SGB V entsprechend, d.h. gegebenenfalls entscheidet das Los über die Person des Vorsitzenden.[772] Jede Seite benennt im Übrigen eines der unparteiischen Mitglieder.[773]

Für den erweiterten Bewertungsausschuss gilt gemäß § 87 Abs. 5 SGB V das Mehrheitsprinzip: Er setzt mit der Mehrheit seiner Mitglieder die Vereinbarung fest;[774] diese Festsetzung hat nach § 87 Abs. 5 S. 2 SGB V die Rechtswirkung einer vertraglichen Vereinbarung im Sinne des § 82 Abs. 1 SGB V.

---

770 Zu diesem Zweck können Datenerhebungen erfolgen oder Sachverständigengutachten eingeholt werden; das unterstützende Institut hat dem Bundesministerium für Gesundheit nach § 87 Abs. 6 S. 5 SGB V „*zuzuarbeiten*".

771 Die Sätze 1 bis 6 des § 87 Abs. 6 SGB V gelten in diesem Fall entsprechend.

772 Ausführlich hierzu C. II. 2. e. Vgl. hierzu auch § 9 der Geschäftsordnung. Während beim regulären Bewertungsausschuss Beschlussfähigkeit nur gegeben ist, wenn alle Mitglieder bzw. deren Stellvertreter anwesend sind (§ 3 Abs. 3 der Geschäftsordnung; vgl. aber auch § 4 zum schriftlichen Beschlussverfahren), genügt es beim erweiterten Bewertungsausschuss bei einer erneuten Sitzung (vgl. § 10 Abs. 3 der Geschäftsordnung), dass „*mehr als die Hälfte der Stimmen vertreten sind*." Jedenfalls aber müssen der Vorsitzende bzw. sein Stellvertreter und ein weiteres unparteiisches Mitglied anwesend sein.

773 § 87 Abs. 4 S. 3 SGB V.

774 Dabei gilt das Entscheidungsrecht für alle im Gesetz angesprochenen Aspekte (hierzu BT-Drs. 18/4095, S. 95).

Der erweiterte Bewertungsausschuss kann gemäß § 87 Abs. 2a S. 14 SGB V vom Bundesministerium für Gesundheit mit Wirkung für die Vertragsparteien angerufen werden, wenn Beschlüsse des Bewertungsausschusses nicht oder teilweise nicht oder nicht innerhalb einer vom Ministerium gesetzten Frist zustande kommen; § 87 Abs. 2a S. 14 2. HS SGB V bestimmt: „*Absatz 6 gilt*". Jüngst[775] hat der Gesetzgeber durch die Ergänzung des § 87 SGB V um seinen Absatz 7 klargestellt, dass „*Klagen gegen Maßnahmen des Bundesministeriums für Gesundheit nach Absatz 2a Satz 14 und Absatz 6*" keine aufschiebende Wirkung haben. Der erweiterte Bewertungsausschuss entscheidet also auch dann, wenn eine der Vertragsparteien gegen die Anrufung klagt.

Der erweiterte Bewertungsausschuss hat in gewisser Weise schiedsamtsähnlichen Charakter,[776] allerdings weist die Rechtskonstruktion erhebliche Besonderheiten auf. Letztlich handelt es sich beim einfachen und beim erweiterten Bewertungsausschuss im rechtlichen Sinne um dasselbe Gremium,[777] das lediglich um unparteiische Mitglieder ergänzt wird und dann anderen Regeln der Beschlussfassung – Mehrheitsprinzip statt Einstimmigkeit – unterliegt.

### (d) Der ergänzte Bewertungsausschuss; § 87 Abs. 5a SGB V

Im Kontext der spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V werden die Beschlüsse zur Anpassung des einheitlichen Bewertungsmaßstabs zur Vergütung der Leistungen – jedenfalls für eine bestimmte Zeit – durch den so genannten ergänzten Bewertungsausschuss gefasst.[778] Gemäß § 116b Abs. 6 S. 9 SGB V gilt dies „*bis zum Inkrafttreten einer Vereinbarung nach Satz 2*", d.h. bis zum Zustandekommen einer Vergütungsvereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung.[779] Der Gesetzgeber ist hier offenbar davon ausgegangen, dass die Vereinbarung längere Zeit in Anspruch nehmen wird.

Gemäß § 87 Abs. 5a S. 1 SGB V werden hierbei sowohl der reguläre Bewertungsausschuss als auch der erweiterte Bewertungsausschuss um jeweils drei Vertreter der Krankenhausgesellschaft und jeweils um drei weitere Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkas-

---

775 Vgl. Art. 8 Nr. 5 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757).

776 So auch BSG v. 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 20 („*ein in den Normsetzungsvorgang inkorporiertes Schiedsverfahren*"). Hierzu auch *Rompf*, GesR 2003, S. 65 ff.

777 So auch BSG v. 8.5.1996 – 6 RKa 49/95, Rn. 16.

778 Dieser agiert im Übrigen auch im Rahmen von § 87 Abs. 2a S. 14 (Differenzierung der Fälle nach dem Schweregrad bezüglich der Regelungen für die Versorgung im Notfall und im Notdienst) und 15 (Evaluation der Entwicklung dieser Leistungen). Diese besonderen Konstellationen sollen im Rahmen des vorliegenden Gutachtens außer Betracht bleiben. Allerdings war gerade zu diesem Punkt Ende letzten Jahres eine Entscheidung des erweiterten und ergänzten Bewertungsausschusses erforderlich geworden, die zum 1.4.2017 in Kraft getreten ist (vgl. hierzu nur die Stellungnahme auf der Seite der Deutschen Krankenhausgesellschaft – dkgev.de: „*Mit diesen von KBV und GKV-SV gegen die Bedenken der unabhängigen Schiedspersonen festgelegten Vergütungen können die Krankenhäuser aus den hohen Defiziten bei den ambulanten Notfallleistungen nicht herauskommen*", so S. 2 der Pressemitteilung vom 8.1.2016).

779 Zu den verschiedenen „*Phasen der Vergütung*" *Schröder* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 SGB V Rn. 34 sowie *Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 116b SGB V Rn. 50 ff. – dort auch zur bereits erfolgten Umsetzung der Vorgaben des Gesetzgebers.

sen ergänzt. Der Gesetzgeber wollte hier offenbar die paritätische Besetzung des Gremiums sicherstellen.[780] Der reguläre Bewertungsausschuss besteht in diesem Fall demnach aus 12 Vertretern.

Für den erweiterten Bewertungsausschuss ist gemäß § 87 Abs. 5a S. 2 SGB V zudem jeweils ein weiteres unparteiisches Mitglied von der Deutschen Krankenhausgesellschaft und vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen zu benennen.[781] Dieses Gremium besteht damit dann aus 17 Personen, ohne dass sich die Mehrheitsverhältnisse geändert hätten.[782]

#### (e) Gestaltungsspielraum und Rechtsschutz

Der Gestaltungsspielraum sowohl des regulären wie des erweiterten Bewertungsausschusses[783] ist durch die ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen begrenzt, d.h. das Gremium darf ohne explizite gesetzliche Ermächtigung nicht in die Kompetenz der regionalen Vertragspartner etwa zur Vereinbarung der Gesamtvergütungen eingreifen.[784] Dem Bewertungsausschuss wurden bestimmte originäre Aufgaben übertragen; diese spezielle Aufgabenzuweisung „*lässt es nicht zu, in § 87 SGB V eine Art Generalermächtigung zur Regelung vertragsärztlicher Vergütungstatbestände zu sehen.*“[785] Bewegt sich die Entscheidung des Ausschusses allerdings im gesetzlich vorgegeben Rahmen, ist auch hier die gerichtliche Kontrolldichte beschränkt.[786]

Entscheidungen des erweiterten Bewertungsausschusses haben Doppelcharakter. Gegenüber den beiden an der Normsetzung beteiligten Institutionen ergehen sie als Verwaltungsakte und können mit der Anfechtungsklage angefochten werden.[787] Im Übrigen haben sie die Wirkung von normsetzenden Verträgen.[788]

### b. Die Landesausschüsse nach § 90 SGB V

#### (a) Bildung und Zusammensetzung

Gemäß § 90 Abs. 1 SGB V bilden die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen[789] für den Bereich jedes Landes einen Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen und einen Landesausschuss der Zahnärzte und Krankenkassen.[790] § 90 SGB V selbst enthält keine Aufgabenzuweisung an die Landes-

---

780 Kritisch *Schröder* in: Beck‘scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 SGB V Rn. 35: „*Nicht berücksichtigt wurde jedoch, dass gerade bei der ASV die DKG und KBV unterschiedliche Interessen verfolgen.*“ Zu Konkurrentenklagen im Zusammenhang mit § 116b Abs. 2 SGB V vgl. auch *Quaas*, Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus, 2011, S. 348 ff.

781 Die Benennung soll dabei bis zum 31. März 2016 erfolgen (§ 87 Abs. 5b S. 3 SGB V).

782 So *Schröder* in: Beck‘scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 SGB V Rn. 35.

783 Hierzu *Reuter/Weinrich*, MedR 2013, S. 584 ff. sowie *Wimmer*, NZS 2001, S. 287 ff.

784 BSG v. 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 24 ff.

785 BSG 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 27.

786 BSG 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 27 – allerdings ist dieser durch die dem Bewertungsausschuss übertragenen Kompetenzen beschränkt (Leitsatz 1).

787 So auch BSG v. 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 20.

788 BSG v. 27.6.2012 – B 6 KA 28/11 R, Rn. 28 („*Normsetzungskompetenz des eBewA*“).

789 Sie könnte diese Aufgabe auf eine im Bezirk der Kassenärztlichen Vereinigung von den Ersatzkassen gebildete Arbeitsgemeinschaft oder eine Ersatzkasse übertragen (§ 90 Abs. 1 S. 2 SGB V).

790 Zur Bildung von zwei Landesausschüssen in Nordrhein-Westfalen *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90 Rn. 9. Zur Historie auch *Vahldieck* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 90 Rn. 4 f.

ausschüsse, sondern etabliert sie als Gremien und regelt ihre Zusammensetzung sowie weitere Fragen wie etwa die der Aufsicht. Insoweit ist die Norm ähnlich gestaltet wie § 114 SGB V oder § 18a KHG.

Nach § 90 Abs. 2 SGB V bestehen die Landesausschüsse aus einem unparteiischen Vorsitzenden, zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern, neun Vertretern der Ärzte, drei Vertretern der Ortskrankenkassen, drei Vertretern der Ersatzkassen, je einem Vertreter der Betriebskrankenkassen und der Innungskrankenkassen sowie einem gemeinsamen Vertreter der landwirtschaftlichen Krankenkasse und der Knappschaft Bahn-See. Das Gremium hat also insgesamt 21 Mitglieder. Über den Vorsitzenden und die beiden weiteren unparteiischen Mitglieder sollen sich die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände sowie die Ersatzkassen nach § 90 Abs. 2 S. 2 SGB V einigen; kommt eine Einigung nicht zustande, werden diese Personen nach Satz 3 durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes im Benehmen[791] mit den Kassenärztlichen Vereinigungen, den Landesverbänden der Krankenkassen sowie der Ersatzkassen berufen.[792] Der Sicherung der paritätischen Besetzung dient § 90 Abs. 2 S. 4 SGB V: „*Besteht in dem Bereich eines Landesausschusses ein Landesverband einer bestimmten Kassenart nicht und verringert sich dadurch die Zahl der Vertreter der Krankenkassen, verringert sich die Zahl der Ärzte entsprechend*." Das Gremium ist also stets mit einer „ungeraden" Zahl von Mitgliedern besetzt, was eine Entscheidungsfindung vereinfacht, weil ein „Patt" verhindert wird.

Gemäß § 90 Abs. 2 S. 5 SGB V bestellen die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen bzw. die Ersatzkassen jeweils ihre „parteiischen" Vertreter.[793] Gemäß § 90 Abs. 3 SGB V führen die Mitglieder ihr Amt als Ehrenamt; sie sind weisungsungebunden. Die Kosten des Landesausschusses tragen die Seiten jeweils zur Hälfte.[794] § 90 Abs. 3 S. 4 SGB V enthält die typische – allerdings leicht abgewandelte – Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit: Es bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates – und nach Anhörung der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen – das Nähere für die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Ausschussmitglieder sowie über die Verteilung der Kosten.[795]

---

791 Die Herstellung des Benehmens setzt voraus, dass die Betroffenen noch vor der Beschlussfassung Stellung nehmen können und die eingebrachten Bedenken einbezogen werden (BSG v. 3.3.1999 – B 6 KA 15/98 R, Rn. 18 zu § 85 Abs. 4 S. 2 SGB V); dabei kann das Benehmen nach Ansicht des Gerichts auch noch nachträglich hergestellt werden.

792 Vgl. hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90 Rn. 12: „*erhöhter Einigungsdruck*".

793 Dabei kann die Kassenärztliche Vereinigung als „Vertreter der Ärzte" auch Personen bestellen, die nicht Ärzte sind (BSG v. 25.11.1998 – B 6 KA 81/97 R zum Berufungsausschuss).

794 § 90 Abs. 3 S. 3 SGB V.

795 Maßgeblich ist die „*Verordnung über die Amtsdauer, Amtsführung und Entschädigung der Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landessausschüsse der Ärzte (Zahnärzte) und Krankenkassen"* v. 10.11.1956 (BGBl. I, 861), die sogenannte Ausschussmitglieder-Verordnung (AMV). Die Amtsdauer beträgt nach § 1 S. 1 AMV vier Jahre. Die Abberufung der Mitglieder sowie die Niederlegung ist in den §§ 3 und 4 AMV geregelt. Zur Beschlussfähigkeit des Gremiums äußert sich die Verordnung nicht.

### (b) Aufgaben der Landesausschüsse

Die Aufgaben der Landesausschüsse bestimmen sich gemäß § 90 Abs. 4 S. 1 SGB V „*nach diesem Buch*"; sie beschränken sich im Wesentlichen auf die Umsetzung der Bedarfsplanung sowie die Vermeidung sektoraler oder lokaler Fehlentwicklungen.

Gemäß § 99 Abs. 2 SGB V wirkt der Landesausschuss im Rahmen der Bedarfsplanung mit: Kommt das nach § 99 Abs. 1 SGB V erforderliche Einvernehmen zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung und dem Landesverband der Krankenkassen und den Ersatzkassen nicht zustande, kann jeder der Beteiligten den Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen anrufen, der dann die Entscheidung trifft.[796]

Zuständig ist der Landesausschuss gemäß § 100 Abs. 1 S. 1 SGB V für die Feststellung, dass in bestimmten Gebieten eines Zulassungsbezirks eine ärztliche Unterversorgung eingetreten ist oder in absehbarer Zeit droht; gemäß § 100 Abs. 1 S. 2 SGB V hat er der für die betroffenen Gebiete zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung eine angemessene Frist zur Beseitigung oder Abwendung der Unterversorgung einzuräumen. Gemäß § 100 Abs. 2 SGB V haben die Landesausschüsse mit verbindlicher Wirkung für die Zulassungsausschüsse nach deren Anhörung Zulassungsbeschränkungen in anderen Gebieten nach den Zulassungsverordnungen anzuordnen.[797] Nach § 100 Abs. 3 SGB V obliegt den Landesausschüssen zudem nach Maßgabe der Richtlinien nach § 101 Abs. 1 Nr. 3a SGB V die Feststellung, dass in einem nicht unterversorgten Planungsbereich zusätzlicher lokaler Versorgungsbedarf besteht.[798]

Nach § 103 Abs. 1 SGB V sind die Landesausschüsse – gleichsam umgekehrt – auch für die Feststellung zuständig, dass eine Überversorgung vorliegt.[799] Ist dies der Fall, haben sie nach den Vorschriften der Zulassungsverordnungen und unter Berücksichtigung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses Zulassungsbeschränkungen anzuordnen.[800]

Gemäß § 105 Abs. 4 S. 1 SGB V entscheidet der Landesausschuss über die Gewährung der Sicherstellungszuschläge nach § 105 Abs. 1 S. 1 2. HS SGB V,[801] über die Höhe der zu zahlenden Sicherstellungszuschläge je Arzt, über die Dauer der Maßnahme sowie über die Anforderungen an den berechtigten Personenkreis. Nach Satz 4 entscheidet er zudem über das Nähere zur Aufteilung des auf die Krankenkassen entfallenden Zahlbetrags.

In einer besonderen Besetzung entscheidet der Landesausschuss im Kontext der ambulan-

---

796 Vgl. § 99 Abs. 3 SGB V; im Verfahren nach Absatz 1 „*beraten*" die Landesausschüsse nur.

797 Die Regelungen gelten nicht für Zahnärzte (§ 100 Abs. 4 SGB V).

798 Vgl. hierzu § 35 Bedarfsplanungs-Richtlinie.

799 Hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 103 Rn. 23.

800 Zu den *Vorgaben* im Detail vgl. § 103 Abs. 2 und 3 SGB V. Zu beachten ist auch hier die Nichtgeltung für Zahnärzte (§ 103 Abs. 8 SGB V).

801 Diese sind als finanzielle Maßnahme zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung gedacht.

ten spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V. In diesem besonderen Versorgungsbereich[802] geht es um die Diagnostik und Behandlung komplexer, schwer therapierbarer Krankheiten, die je nach Krankheit eine spezielle Qualifikation, eine interdisziplinäre Zusammenarbeit und besondere Ausstattungen erfordern.[803] Berechtigt zur Teilnahme an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung sind gemäß § 116b Abs. 2 S. 1 SGB V neben den Ärzten auch die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser, soweit sie auch die hierfür jeweils maßgeblichen Anforderungen nach den Absätzen 4 und 5 erfüllen und dies gegenüber dem Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen unter Beifügung entsprechender Belege anzeigen. Nach Ablauf einer Frist von zwei Monaten nach Eingang seiner Anzeige zur Teilnahme ist der Leistungserbringer zur Teilnahme an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung berechtigt,[804] es sei denn der Landesausschuss teilt ihm innerhalb der Frist mit, dass er die Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Der Landesausschuss kann nach § 116b Abs. 2 S. 5 SGB V von dem anzeigenden Leistungserbringer zusätzlich erforderliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern. Der Lauf der Frist wird hierdurch unterbrochen. Auch beim Wegfall der Berechtigung zur Teilnahme ist der Landesausschuss in das Verfahren involviert: Erfüllt ein Leistungserbringer die Voraussetzungen nicht mehr, hat er dies unverzüglich dem Landesausschuss anzuzeigen.[805] Gemäß § 116b Abs. 2 S. 9 SGB V kann der Landesausschuss im Übrigen einen Leistungserbringer auffordern, ihm gegenüber nachzuweisen, dass er die Voraussetzungen für die Teilnahme an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung auch weiterhin erfüllt; das kann „*aus gegebenem Anlass*“ sowie unabhängig davon nach Ablauf von fünf Jahren seit der erstmaligen Teilnahmeanzeige geschehen.

Für die Wahrnehmung all dieser Aufgaben wird der Landesausschuss nach § 90 Abs. 1 SGB V gemäß § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V um Vertreter der Krankenhäuser in der gleichen Zahl erweitert wie sie nach § 90 Abs. 2 SGB V jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und die Vertreter der Ärzte vorgesehen ist – es agiert also der so genannte erweiterte Landesausschuss. Die Vertreter der Krankenhäuser werden von der Landeskrankenhausgesellschaft bestellt.[806] Gemäß § 116b Abs. 3 S. 3 SGB V „*sollen*“ sich die beteiligten Kassenärztlichen Vereinigungen, die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen sowie die Landeskrankenhausgesellschaft „*über den Vorsitzenden des erweiterten Landesausschusses und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter*“ einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, werden diese durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes im Benehmen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen, den Landesverbänden der Krankenkassen sowie der Landeskrankenhausgesellschaft berufen.[807]

---

802 Dass es sich um einen eigenen Versorgungsbereich handelt, zeigt schon die gesetzliche Zuweisung an ein Regelungsregime im Kontext der neuen Untersuchungs- und Behandlungsmethoden (hierzu *Felix*, MedR 2017, S 517 ff.).

803 § 116b Abs. 1 S. 1 SGB V. Der Gesetzgeber hat die bisher maßgeblichen Krankheiten (zur Ergänzung des Katalogs durch den Gemeinsamen Bundesausschuss vgl. § 116b Abs. 5 SGB V) in § 116b Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 3 SGB V aufgelistet.

804 § 116b Abs. 2 S. 4 SGB V. Zur Fiktionswirkung der Anzeige *Blöcher* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 116b Rn. 47 ff.

805 § 116b Abs. 2 S. 8 SGB V.

806 § 116b Abs. 3 S. 2 SGB V.

807 § 116b Abs. 3 S. 4 SGB V.

Der erweiterte Landesausschuss beschließt nach § 116b Abs. 3 S. 6 SGB V mit einfacher Mehrheit; bei der Gewichtung der Stimmen zählen allerdings die Stimmen der Vertreter der Krankenkassen doppelt. In Konsequenz dessen können die Krankenkassen nur gemeinsam von den Vertretern der Ärzte und Krankenhäuser überstimmt werden; umgekehrt können die Kassen mit einer Leistungserbringerbank die „dritte Seite" und die Unparteiischen überstimmen.[808]

Bezogen auf die Entscheidungen im Rahmen des Anzeigeverfahrens nach § 116b Abs. 2 SGB V kann der erweiterte Landesausschuss abweichend von § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V in seiner Geschäftsordnung die Besetzung mit einer kleinen Zahl von Mitgliedern festlegen.[809]

**(c) Verfahren**

Aussagen über das Verfahren finden sich nur in § 90 Abs. 4 S. 2 SGB V. In den Landesausschüssen – und das gilt auch für die erweiterten Landesausschüsse im Kontext der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung – wirken die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Landesbehörden beratend mit;[810] dabei umfasst das Mitberatungsrecht auch das Recht zur Anwesenheit bei der Beschlussfassung. Ein Stimmrecht hat die Behörde allerdings nicht.[811] Gemäß § 140f Abs. 3 S. 1 Nr. 1 SGB V erhalten die auf Landesebene für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen maßgeblichen Organisationen in den Landesausschüssen – auch in den erweiterten Landesausschüssen – ein Mitberatungsrecht, das auch das Recht zur Anwesenheit bei der Beschlussfassung beinhaltet. Die entsprechenden Organisationen benennen hierzu sachkundige Personen.[812] Unterstützt werden die Organisationen gemäß § 140f Abs. 7 SGB V wiederum von den Landesausschüssen nach § 90 SGB V; die Unterstützung erstreckt sich dabei vor allem auf finanzielle Aspekte.

Über den Abstimmungsmodus sagt das Gesetz nur etwas im Kontext der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung; man wird allerdings davon ausgehen müssen, dass auch der nicht erweiterte Landesausschuss mit der Mehrheit seiner Mitglieder entscheidet.[813] Nach überwiegender Ansicht handelt es sich bei den Landesausschüssen um Behörden im Sinne des § 1 Abs. 2 SGB X, so dass dessen Vorschriften – wie etwa die Regelungen zur Befangenheit – gelten.

**(d) Aufsicht und präventive Kontrolle**

Die Aufsicht über die Landesausschüsse führt die für die Sozialversicherung zuständige

---

808 So zu Recht *Makoski*, GuP 2013, S. 201, 203 f.

809 Das Mitbestimmungsrecht aller wird durch die Verkleinerung des Gremiums nicht beeinträchtigt (BT-Drs. 18/5123, S. 131).

810 Vgl. ausdrücklich § 116b Abs. 3 S. 7 2. HS SGB V. Die Aufsichtsrechte und das Recht der präventiven Kontrolle (hierzu gleich unter (d)) bleiben von diesem Mitberatungsrecht unberührt. Der Gesetzgeber wollte die Beteiligungsrechte der Länder in den Landesausschüssen stärken (BT-Drs. 17/6906, S. 66).

811 Ein Stimmrecht würde im Übrigen eine unzulässige Mischverwaltung zwischen Bund und Ländern bei der Durchführung bundesgesetzlicher Aufgaben darstellen (kritisch insoweit *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 90 SGB V Rn. 7).

812 Zu den Details § 140f Abs. 3 S. 3 f. SGB V. Im Rahmen von § 140f Abs. 2 S. 5 SGB V dagegen besteht auch ein Antragsrecht.

813 So auch *Wiegand* in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90 Rn. 27.

oberste Landesbehörde; § 90 Abs. 5 S. 2 SGB V erklärt § 87 Abs. 1 S. 2 und die §§ 88 und 89 SGB V für entsprechend anwendbar.[814] § 90 Abs. 6 SGB V, der bei bestimmten Entscheidungen des Landesausschusses[815] eine Vorlage bei den Landesbehörden fordert, ermöglicht diesen zudem – im Unterschied zur allgemeinen Rechtsaufsicht – eine Art präventive Kontrolle: Die Behörden können diese Entscheidungen innerhalb von zwei Monaten beanstanden; § 94 Abs. 1 S. 3 bis 5 SGB V gilt nach § 90 Abs. 6 S. 3 SGB V entsprechend. Die Landesbehörden können – und hierdurch wird der Lauf der Frist unterbrochen – zusätzliche Informationen und ergänzende Stellungnahmen anfordern. Die Landesbehörde kann die Nichtbeanstandung mit einer Auflage versehen, für deren Erfüllung sie wiederum eine angemessene Frist setzen kann. Über § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V hat die Landesbehörde zudem ein Selbsteintrittsrecht.

#### (e) Rechtsschutz

Hinsichtlich der Rechtsqualität der Beschlüsse des Landesausschusses ist je nach Aufgabengebiet zu differenzieren. Bei der Feststellung von Überversorgung ordnet der Landesausschuss mit verbindlicher Wirkung für die Zulassungsausschüsse Zulassungsbeschränkungen an – vgl. § 103 Abs. 1 S. 1 und 2 SGB V. Für einen Zulassungsbewerber kommt der Anordnung des Landesausschusses keine Außenwirkung zu; er muss die ablehnende Zulassungsentscheidung des Zulassungsausschusses abwarten und dagegen vorgehen. Gegen die Entscheidungen des Landesausschusses im Rahmen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet;[816] der betroffene Leistungserbringer kann also Widerspruch einlegen und eine Anfechtungsklage erheben.[817]

### c. Das gemeinsames Landesgremium nach § 90a SGB V

Eine Sonderstellung nimmt das in § 90a SGB V so genannte „*gemeinsame Landesgremium*" ein. Die Regelung des § 90a SGB V wurde erst mit Wirkung vom 1.1.2012 in das SGB V eingefügt[818] und soll – insoweit bestehen Parallelen zu § 90 Abs. 6 SGB V[819] – den Einfluss der Länder stärken. Gemäß § 90a Abs. 1 SGB V kann nach Maßgabe der landesrechtlichen Bestimmungen für den Bereich eines Landes ein gemeinsames Gremium aus Vertretern des Landes, der Kassenärztlichen Vereinigung, der Landesverbände der Krankenkassen sowie der Ersatzkassen und der Landeskrankenhausgesellschaft sowie weiteren Beteiligten gebildet werden. Wenn das jeweilige Landesrecht von der Möglichkeit der Schaffung eines solchen Gremiums Gebrauch macht,[820] kann dieses Empfehlungen zu sektorenübergreifenden Ver-

---

814 Es handelt sich damit um eine Rechtsaufsicht; diese Regelung war notwendig, weil die bundesweiten Ersatzkassen nicht der Rechtsaufsicht der Länder unterliegen (*Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90 Rn. 33).

815 Konkret geht es um die Entscheidungen nach §§ 99 Abs. 2, 100 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 sowie 103 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 SGB V.

816 § 51 Abs. 1 Nr. 2 SGG.

817 *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 131 f.; zu Ansprüchen Dritter aaO. Rn. 134.

818 Art. 1 Nr. 28 GKV-VStG 22.12.2011 (BGBl I., S. 2983). Zu diesem Gremium auch *Steinhilper*, MedR 2012, S. 441, 443.

819 Hierzu oben C. III. 3. b. (d).

820 Zu den einschlägigen Landesregelungen *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90a Rn. 4.

sorgungsfragen abgeben, wozu seit dem 1.1.2016[821] auch Empfehlungen zur sektorenübergreifenden Notfallversorgung gehören.[822] § 90a Abs. 2 SGB V bestimmt, dass – soweit es das Landesrecht vorsieht – dem gemeinsamen Landesgremien auch Gelegenheit zu geben ist, zu der Aufstellung und Anpassung der Bedarfspläne nach § 99 Abs. 1 SGB V[823] und zu den von den Landesausschüssen nach §§ 99 Abs. 2, 100 Abs. 1 S. 1 und Abs. 3 sowie 103 Abs. 1 S. 1 SGB V zu treffenden Entscheidungen „*Stellung zu nehmen*". Die gesetzliche Formulierung ist etwas umständlich geraten – es dürfte gemeint sein, dass die Länder die entsprechenden Befugnisse einräumen können, aber eben auch keine weiteren.[824] Der zulässige Kompetenzbereich des gemeinsamen Landesgremiums ist damit vom Bundesgesetzgeber fest umschrieben; die Regelungen auf Landesebene – die meisten Länder haben inzwischen entsprechende Gremien eingerichtet – unterscheiden sich innerhalb dieses Rahmens durchaus erheblich.[825]

Bezüglich der Zusammensetzung des Gremiums hat der Gesetzgeber den Betroffenen jegliche Freiheit eingeräumt: Neben dem jeweiligen Land können auch „*weitere Beteiligte*" mitwirken. Der Gesetzgeber hat hier etwa an andere Sozialleistungsträger oder Landesärztekammern gedacht.[826]

Die Beschlüsse des gemeinsamen Landesgremiums sind weder für den Landesausschuss nach § 90 SGB V noch für den erweiterten Landesausschuss nach § 116b Abs. 3 SGB V verbindlich. Allerdings müssen sich die entsprechenden Gremien mit den „*Empfehlungen*" auch tatsächlich inhaltlich auseinandersetzen; geschieht dies nicht, könnte darin ein Fehler bei der Ausübung des Beurteilungsspielraums zu sehen sein.[827] Insoweit dürften entsprechende Empfehlungen weiter reichen als eine bloße Beratung.[828] Der Gesetzgeber selbst ist davon ausgegangen, dass entsprechende Stellungnahmen „*zu berücksichtigen*" sind.[829] Angesichts des Wortlauts der Norm dürfte er aber nicht angenommen haben, dass eine fehlende Auseinandersetzung mit den Empfehlungen oder Stellungnahmen gerichtlich überprüft werden könnte.[830]

Das gemeinsame Landesgremium ist multilateral besetzt. Ein irgendwie geartetes Konfliktlösungsinstrument hat der Gesetzgeber in § 90a SGB V dennoch nicht vorgesehen. Angesichts der gleichsam doppelten „Kann-Regelung" überrascht das nicht: Das gemeinsame Landesgremium „*kann*" etabliert werden; und wenn das jeweilige Land dies tut, dann „*kann*" das Gremium Empfehlungen abgeben.[831] Sollten sich die Mitglieder des Gremiums nicht auf

---

821 Absatz 1 Satz 2 wurde durch Art. 6 Nr. 4 b KHSG (v. 10.12.2015, BGBl. I, S. 2229) eingefügt.

822 Vgl. hierzu § 75 Abs. 1b SGB V.

823 Vgl. hierzu auch *Möller*, SGb 2011, S. 557 ff.

824 So wohl auch *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90a Rn. 16; vgl. auch *Axer*, GesR 2012, S. 714, 717.

825 Hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 90a Rn. 6.

826 BT-Drs. 17/6906, S. 67.

827 So *Möller*, SGb 2011, S. 557.

828 Im Detail ist die Begrifflichkeit allerdings nicht eindeutig – das Gesetz verwendet zahlreiche Begriffe, um sicherzustellen, dass die Interessen aller gewahrt werden (zum „Einvernehmen", „Benehmen" und weiteren Begriffen vgl. auch E. I. 4.).

829 BT-Drs. 17/6906, S. 73.

830 So aber *Vahldieck* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 90a Rn. 3.

831 Auch im Kontext von § 90a Abs. 2 SGB V hat das gemeinsame Landesgremium nur die „*Gelegenheit*" zur Stellungnahme; es besteht keine Verpflichtung.

eine gemeinsame Empfehlung oder Stellungnahme einigen können, setzt keine Schiedsstelle oder Schiedsperson den entsprechenden Inhalt fest – vielmehr existiert dann eine solche eben nicht.

Wie weitgehend der Einfluss der gemeinsamen Landesgremien auf die Arbeit der Landesausschüsse tatsächlich sein wird, bleibt abzuwarten. Im vorliegenden Kontext soll er nicht weiter berücksichtigt werden.

### d. Der Gemeinsame Bundesausschuss

#### (a) Allgemeines

Das bedeutsamste Entscheidungsgremium im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist heute unzweifelhaft der in § 91 SGB V normierte Gemeinsame Bundesausschuss, der als Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung konzipiert ist.[832] Er trifft wichtige Entscheidungen in fast allen Kontexten des SGB V.[833] Seine Hauptaufgabe besteht im Erlass von Richtlinien.[834]
Gebildet wird der Gemeinsame Bundesausschuss gemäß § 91 Abs. 1 SGB V von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen – es handelt sich also um ein Gremiun der Kostenträger und der bedeutsamsten Leistungserbringer. Alle anderen Personen, die von den Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses aufgrund der in § 91 Abs. 6 SGB V bestimmten Verbindlichkeit[835] betroffen sind, haben lediglich Mitberatungs[836]- oder Stellungnahmerechte[837]. Diese Diskrepanz zwischen Mitwirkung und Wirkung der Entscheidungen ist der Grund dafür, dass die Diskussion über die Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation kein Ende findet.[838]

Die innerhalb des Gemeinsamen Bundesausschusses bestehende und nur für eine ganz besondere Konstellation maßgebliche Schiedsstelle wurde bereits oben näher betrachtet.[839] Im vorliegenden Kontext ist der Gemeinsame Bundesausschuss vor allem deshalb von Interesse, weil seine Beschlüsse aufgrund der gesetzlich normierten Besetzung des Gremiums immer gleichsam „dreiseitig" ergehen. Zugleich aber hat der Gesetzgeber eine Beschränkung der Mitwirkung einzelner Mitglieder des Ausschusses vorgesehen, aufgrund derer es dann zu „zweiseitigen" Beschlüssen kommt. Auch dieses Modell könnte im Zuge einer möglichen Weiterentwicklung der Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich relevant werden und soll daher näher betrachtet werden.

---

832 So BT-Drs. 16/3100, S. 178. Hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 91 Rn. 66.
833 So *Kingreen* im Editorial der SGB 1/2016; *Kluth* spricht jüngst von einem „*fabelhaften (Un)Wesen*" (GesR 2017, S. 205).
834 Hierzu insbesondere § 92 SGB V.
835 Zur Rechtsnormqualität der Richtlinien ausführlich *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92 Rn. 25 ff.; zum Rechtsschutz aaO. Rn. 76 ff.
836 Vgl. für die Patientenvertretung etwa § 140f Abs. 2 SGB V.
837 Vgl. hierzu nur die zahlreichen Regelungen in §§ 91 und 92 SGB V. Ein Stellungnahmerecht begründet nach § 91 Abs. 9 SGB V auch das Recht zu einer mündlichen Stellungnahme.
838 *Kluth* dürfte jüngst noch einmal alle wesentlichen Aspekte angesprochen haben (GesR 2017, S. 205 ff.).
839 Hierzu oben unter C.II.3.d.

### (b) Das Beschlussgremium

Das einheitliche[840] Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses besteht aktuell aus 13 Mitgliedern: Neben dem unparteiischen Vorsitzenden und den zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern wirken ein von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung, jeweils zwei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft und fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannte Mitglieder mit. Aufgrund der immensen Bedeutung des Entscheidungsgremiums hat der Gesetzgeber die Frage der Besetzung und auch die Rechtsstellung der Mitglieder in § 91 Abs. 2 SGB V umfassend geregelt. Bezüglich der unparteiischen Mitglieder und ihrer jeweils zwei Stellvertreter[841] müssen sich die den Gemeinsamen Bundesausschuss tragenden Organisationen einigen – der von ihnen erstellte Vorschlag ist nach § 91 Abs. 2 S. 2 HS SGB V dem Bundesministerium für Gesundheit vorzulegen. Das Ministerium übermittelt den Vorschlag gemäß § 91 Abs. 2 S. 4 SGB V an den Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages, und dieser kann mit Zwei-Drittel-Mehrheit dem Vorschlag widersprechen, „*sofern er die Unabhängigkeit oder die Unparteilichkeit der vorgeschlagenen Person als nicht gewährleistet ansieht.*“[842] Die Organisationen haben daraufhin innerhalb von sechs Wochen einen neuen Vorschlag vorzulegen; geschieht dies nicht oder widerspricht der Gesundheitsausschuss auch diesem Vorschlag, erfolgt die Berufung durch das Bundesministerium für Gesundheit.[843]

Die unparteiischen Mitglieder üben ihre Tätigkeit nach § 92 Abs. 2 S. 8 SGB V in der Regel hauptamtlich aus und stehen während ihrer Amtszeit in einem Dienstverhältnis zum Gemeinsamen Bundesausschuss.[844] Die einzelnen unparteiischen Mitglieder müssen gemäß § 92 Abs. 2 S. 11 SGB V „*zusätzlich zu ihren Aufgaben im Beschlussgremium*“ den Vorsitz in Unterausschüssen des Gemeinsamen Bundesausschusses übernehmen. Die Stellvertreter sind dagegen – ebenso wie die von den jeweiligen Organisationen benannten Mitglieder[845] – ehramtlich tätig.[846] Die Amtszeit aller Mitglieder im Beschlussgremium beträgt nach § 91 Abs. 2 S. 17 SGB V ab der am 1. Juli 2012 beginnenden Amtszeit sechs Jahre.

Dem Vorsitzenden des Beschlussgremiums werden durch § 92 Abs. 2 S. 12 und 13 SGB V besondere Pflichten auferlegt: Er stellt „*übergreifend die Einhaltung aller dem Gemeinsamen Bundesausschuss auferlegten gesetzlichen Fristen sicher*“ und nimmt dazu „*eine zeitliche Steuerungsverantwortung wahr*“. Zudem ist er es, der gemäß § 91 Abs. 2 S. 13 SGB V den nach Absatz 11 der Vorschrift jährlich vorzulegenden Bericht erstattet.

Im Fall einer Amtspflichtverletzung durch die Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses gilt § 42 Abs. 1 bis 3 SGB IV entsprechend.[847]

---

840 Vgl. zur Historie insoweit *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 91 Rn. 26. Zur Bündelung der zuvor getrennt arbeitenden Ausschüsse auch *von Wolff*, NZS 2009, S. 184 ff.

841 Zur Sicherstellung deren Unabhängigkeit dient § 91 Abs. 2 S. 3 SGB V.

842 § 91 Abs. 2 S. 5 SGB V.

843 § 91 Abs. 2 S. 6 und 7 SGB V.

844 § 91 Abs. 2 S. 10 SGB V.

845 § 91 Abs. 2 S. 15 SGB V – sie sind an Weisungen nicht gebunden. Es können zudem bis zu drei Stellvertreter benannt werden (§ 91 Abs. 2 S. 16 SGB V).

846 § 91 Abs. 2 S. 9 SGB V.

847 Vgl. hierzu und zu weiteren Details bezogen auch auf andere Mitwirkende § 91 Abs. 3a SGB V sowie *Seegmüller* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, § 42 Rn. 15 ff.

### (c) Verfahrensfragen; Aufsicht

Der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt eine Verfahrensordnung (Nr. 1) sowie eine Geschäftsordnung (Nr. 2); die inhaltlichen Vorgaben dazu finden sich in § 91 Abs. 4 SGB V. Beide Ordnungen bedürfen der Genehmigung durch das Bundesministerium für Gesundheit.

Gemäß § 91 Abs. 3 S. 2 SGB V gilt § 90 Abs. 3 S. 4 SGB entsprechend, d.h. das Bundesministerium für Gesundheit bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates nach Anhörung der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen das Nähere über die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Ausschussmitglieder sowie über die Verteilung der Kosten. Anzuhören ist gemäß § 91 Abs. 3 S. 2 SGB V auch die Deutsche Krankenhausgesellschaft.[848]

Gemäß § 91 Abs. 7 S. 1 SGB V fasst das Beschlussgremium seine Beschlüsse mit der Mehrheit seiner Mitglieder, sofern die Geschäftsordnung nichts anderes bestimmt. Der unparteiische Vorsitzende und die weiteren unparteiischen Mitglieder können dem Beschlussgremium gemeinsam einen eigenen Beschlussvorschlag zur Entscheidung vorlegen. Beschlüsse, die nicht allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen[849] und die zur Folge haben, dass eine bisher zu Lasten der Krankenkassen erbringbare Leistung zukünftig nicht mehr zu deren Lasten erbracht werden darf,[850] bedürfen nach § 91 Abs. 7 S. 3 SGB V einer Mehrheit von neun Stimmen. Weitere Aussagen etwa zur Öffentlichkeit der Sitzungen und der Vertraulichkeit finden sich in § 91 Abs. 7 S. 6 und 7 SGB V.

Bezüglich der Kostentragung verweist § 91 Abs. 3 SGB V auf § 139c SGB V.[851]

Die Aufsicht über den Gemeinsamen Bundesausschuss hat nach § 91a SGB V das Bundesministerium für Gesundheit.

### (d) Übertragung von Stimmrechten nach § 91 Abs. 2a SGB V

Seit dem 1.1.2012 enthält § 91 SGB V besondere Regelungen, mit denen der Gesetzgeber „*eine an den jeweiligen Beschlussgegenstand angepasste und sachgerechte Stimmverteilung im Gemeinsamen Bundesausschuss*“ ermöglichen wollte.[852]

Seit der Neufassung des § 91 SGB V[853] durch das GKV-WSG[854] entscheidet das Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses als einheitliches Beschlussgremium, dessen

---

848 Hier gilt die bereits im Kontext der Landesausschüsse nach § 90 Abs. 1 SGB V angesprochene „*Verordnung über die Amtsdauer, Amtsführung und Entschädigung der Mitglieder des Gemeinsamen Bundesausschusses und der Landesausschüsse der Ärzte (Zahnärzte) und Krankenkassen*“ (Ausschussmitglieder-Verordnung, AMG) v. 10.11.1956 (BGBl. I, S. 861).

849 Hierzu *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25j: Gemeint sei „*die in sektorenübergreifender Besetzung zu treffen sind.*“

850 Ein Ausschluss erfolgt etwa bei Entscheidungen nach Maßgabe von §§ 137c oder 135 Abs. 1 S. 2 SGB V (ausführlich hierzu *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25g f.).

851 Die Finanzierung des Gemeinsamen Bundesausschusses erfolgt also wie beim Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen (§ 139a SGB V) über Zuschläge je abzurechnenden Krankenhausfall bzw. die Anhebung der Vergütung im ambulanten Bereich.

852 BT-Drs. 17/6906, S. 67.

853 Zur Entwicklung der Norm insgesamt *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 91 Rn. 1 ff.

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

Zusammensetzung sich nicht an der jeweils zu erfüllenden Aufgabe orientiert. Der Gesetzgeber wollte so die Strukturen professionalisieren und die Aufgaben stärker sektorenübergreifend ausrichten.[855] Die Schaffung eines einheitlichen Beschlussgremiums hatte allerdings auch zur Folge, dass die Leistungserbringer, die von einer Entscheidung besonders betroffen wurden – etwa die Zahnärzte – im Ausschuss strukturell unterrepräsentiert waren. Vier der fünf Stimmen auf der Leistungserbringerseite entfielen auch bei einer Entscheidung für den vertragszahnärztlichen Bereich auf die Vertreter der Ärzte und Krankenhäuser. Die Kostenträgerseite hatte damit in gewisser Weise ein strategisches Übergewicht.[856]

Mit dem GKV-VStG[857] hat der Gesetzgeber § 91 Abs. 2a SGB V geschaffen, um das bestehende Missverhältnis zu korrigieren. § 91 Abs. 2a SGB V lautet: „*Bei Beschlüssen, die allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen, werden ab dem 1. Februar 2012 alle fünf Stimmen der Leistungserbringerseite anteilig auf diejenigen Mitglieder übertragen, die von der betroffenen Leistungserbringerorganisation nach Absatz 1 Satz 1 benannt worden sind. Bei Beschlüssen, die allein zwei der drei Leistungssektoren wesentlich betreffen, werden ab dem 1. Februar 2012 die Stimmen der von der nicht betroffenen Leistungserbringerorganisation benannten Mitglieder anteilig auf diejenigen Mitglieder übertragen, die von den betroffenen Leistungserbringerorganisationen benannt worden sind. Der Gemeinsame Bundesausschuss legt in seiner Geschäftsordnung erstmals bis zum 31. Januar 2012 fest, welche Richtlinien und Entscheidungen allein einen oder allein zwei der Leistungssektoren wesentlich betreffen. Bei Beschlüssen zur Bewertung ärztlicher Untersuchungs- und Behandlungsmethoden wird die Stimme des von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung benannten Mitglieds ab dem 1. Januar 2012 anteilig auf die von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft benannten Mitglieder übertragen.*“

Der Gesetzgeber hält es „*für erforderlich, aber auch hinreichend, wenn nicht alle, sondern die von einem Beschluss wesentlich betroffenen Trägerorganisationen auf Leistungserbringerseite ihre spezifische Sachkunde sowie ihre Interessen in die Beratungen und Abstimmungen im Gemeinsamen Bundesausschuss einbringen.*“[858]

In Konsequenz dieser Regelung gibt etwa das von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung benannte Mitglied bei einem Beschluss, der allein den vertragszahnärztlichen Bereich betrifft, auch die Stimmen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft ab; alle fünf Stimmen vereinen sich also gleichsam in einer Person. Umgekehrt wird bei einer Angelegenheit, die zwar die Vertragsärzte und die Krankenhäuser, nicht aber den vertragszahnärztlichen Bereich betrifft, die eine Stimme der von der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung benannten Person auf die andere Gruppe der Leistungserbringerseite übertragen – in Konsequenz dessen wächst das Stimmgewicht eines jeden der vier anderen Mitglieder um 1,25.[859] Insgesamt bleibt das Stimmenverhältnis zwischen Leistungserbringern und Kostenträgern im Beschlussgremium aber gleich; jede Seite vereint fünf Stimmen auf sich. Der die gemeinsame Selbstverwaltung prägende Grundsatz der paritäti-

---

855 BT-Drs. 16/3100, S. 178.

856 So *von Wolff*, NZS 2009, S. 184, 186 f.

857 Gesetz zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz – GKV-VStG) v. 22.12.2011 (BGBl. I, S. 2983). Zu dessen Zielsetzung bezogen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss insbesondere mit Blick auf dessen demokratische Legitimation vgl. *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, § 91 SGB V Rn. 4.

858 BT-Drs. 17/6906, S. 67 f.

859 BT-Drs. 17/6906, S. 68.

schen Besetzung bleibt also auch in dieser Fallkonstellation erhalten.

Das Problem des § 91 Abs. 2a SGB V drängt sich allerdings förmlich auf: Das Kriterium der „wesentlichen Betroffenheit" ist ein eher vages. Das hat offenbar auch der Gesetzgeber erkannt und den Gemeinsamen Bundesausschuss verpflichtet, erstmals bis zum 31. Januar 2012 zu entscheiden, welche seiner Richtlinien und Beschlüsse allein einen oder zwei oder aber alle Leistungssektoren wesentlich betreffen. Er hat dies in seiner Geschäftsordnung in der Anlage 1 getan, die in Tabellenform enumerativ die jeweilige Entscheidung sowie die wesentliche Betroffenheit auflistet.[860] Ob mit der Anlage 1 alle Probleme gelöst sind, erscheint fraglich. Mitunter dürfte sich erst im Laufe des Beschlussverfahrens über eine Richtlinie herausstellen, dass doch wesentliche sektorenübergreifende Aspekte zu regeln sind.[861] In seiner Geschäftsordnung hat der Gemeinsame Bundesausschuss in § 14 Abs. 3 versucht, durch eine gewisse Einbeziehung der nicht stimmberechtigten Organisationen einen Ausgleich zu schaffen.[862]

### e. Der Innovationsausschuss; § 92b SGB V

Ein ganz neues Entscheidungsgremium im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung hat der Gesetzgeber mit § 92b SGB V geschaffen. Zur Durchführung der Förderung – gemeint ist die in § 92a SGB V geregelte Förderung neuer Versorgungsformen und der Versorgungsforschung – wird bis Ende Januar 2016 beim Gemeinsamen Bundesausschuss[863] ein Innovationsausschuss errichtet.[864] Seine Aufgabe ist in § 92b Abs. 2 SGB V geregelt: Der Ausschuss legt die Schwerpunkte und Kriterien für die Förderung fest, führt Interessenbekundungsverfahren durch, entscheidet über die eingegangenen Anträge auf Förderung und auch die Verwendung der Mittel nach § 92a Abs. 2 S. 5 SGB V. Der Innovationsausschuss beschließt eine Geschäfts- und Verfahrensordnung, die der Genehmigung durch das Bundesministerium für Gesundheit bedarf. In den entsprechenden Vorschriften ist neben der Arbeitsweise auch die Zusammenarbeit mit der in § 92b Abs. 3 SGB V normierten Geschäftsstelle zu regeln.

Dem Innovationssauschuss gehören nach § 92b Abs. 1 S. 2 SGB V drei vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannte Mitglieder des Beschlussgremiums des Gemeinsamen Bundesausschusses, jeweils ein von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft benanntes Mitglied des Beschlussgremiums des Gemeinsamen Bundesausschusses sowie der unparteiische Vorsitzende des Gemeinsamen Bundesausschusses an. Insoweit entspricht der Ausschuss der üblichen paritätischen Besetzung im Rahmen der gemeinsamen

860 Vgl. auch § 14a Abs. 3 der Geschäftsordnung.

861 Zu weiteren Schwierigkeiten mit Blick auf den Begriff „Beschluss" *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25b.

862 Hierzu *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25c.

863 Obwohl der Innovationsausschuss ein eigenständiges Gremium ist, ist es Teil der Gesamtorganisation des Gemeinsamen Bundesausschusses (zu den Konsequenzen *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 92b SGB V Rn. 3).

864 Diesem wird damit letztlich eine administrative Aufgabe zugewiesen – mit dem Innovationsausschuss wollte der Gesetzgeber eine funktionsadäquate Struktur schaffen (BT-Drs. 18/4095, S. 103).

Selbstverwaltung. Hinzu kommen zwei Vertreter des Bundesministeriums für Gesundheit und ein Vertreter des Bundesministeriums für Bildung und Forschung.[865] Die für die Wahrnehmung der Interessen der Patientinnen und Patienten und der Selbsthilfe chronisch kranker und behinderter Menschen auf Bundesebene maßgeblichen Organisationen erhalten ein Mitberatungs- und Antragsrecht. Es handelt sich damit um ein eigenständiges Gremium, das sich allerdings zum größten Teil aus Mitgliedern des Beschlussgremiums nach § 91 Abs. 2 SGB V zusammensetzt. Von den zehn Mitgliedern des Innovationsausschusses gehören aber zwei der unmittelbaren Staatsverwaltung an; das ist im System der gesetzlichen Krankenversicherung ungewöhnlich.[866]

Um den „*wissenschaftlichen und versorgungspraktischen Sachverstand in die Beratungsverfahren des Innovationsausschusses*" einzubringen, wird gemäß § 92b Abs. 5 SGB V ein Expertenbeirat gebildet, dessen Mitglieder „*Vertreter aus Wissenschaft und Versorgungspraxis*" sind.[867] Die Mitglieder werden direkt vom Bundesministerium für Gesundheit berufen.[868] Der Expertenrat gibt „*Empfehlungen*", die der Innovationsausschuss in seine Entscheidungen „*einzubeziehen*" hat; Abweichungen vom Votum des Expertenrats sind gemäß § 92b Abs. 5 S. 6 SGB V schriftlich zu begründen.

Entscheidungen des Innovationsausschusses bedürfen nach § 92b Abs. 2 S. 4 SGB V einer Mehrheit von sieben Stimmen, also einer Zweidrittel-Mehrheit;[869] auch das ist im Vergleich zu anderen Entscheidungsgremien der gesetzlichen Krankenversicherung ungewöhnlich.

In § 92b Abs. 7 SGB V finden sich Sonderregelungen zum Rechtsschutz. Der Gesetzgeber hat für „*Klagen bei Streitigkeiten nach dieser Vorschrift*"[870] die aufschiebende Wirkung der Klage ausgeschlossen und zugleich bestimmt, dass ein Vorverfahren nicht stattfindet. Die Regelungen dienen der Beschleunigung des Verfahrens;[871] damit wird aber auch deutlich, dass die Entscheidungen des Innovationsausschusses Verwaltungsakte im Sinne des § 31 SGB X darstellen.[872]

### f. Zulassungs- und Berufungsausschüsse

Maßgebliche Bedeutung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung haben auch die in

---

865 Diese Mitglieder hat der Gesetzgeber mit Blick auf eine aufgrund der Förderung möglicherweise notwendige Weiterentwicklung der gesetzlichen Grundlagen mit in den Ausschuss einbezogen (BT-DRs. 18/4095, S. 103).

866 Kritisch insoweit auch *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB IV, § 92b SGB V Rn. 9; vgl. zu Bedenken hinsichtlich der „*unabhängigen Aufgabenausübung*" auch *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 92b SGB V Rn. 5.

867 Seine Aufgaben ergeben sich aus § 92b Abs. 6 SGB V.

868 § 92b Abs. 5 S. 4 SGB V.

869 Der Gesetzgeber wollte so die Akzeptanz der Entscheidungen erhöhen (BT-Drs. 18/4095, S. 104).

870 Zu beachten ist die Sonderzuständigkeit des § 29 Abs. 4 Nr. 3 SGG (hierzu auch BT-Drs. 18/4095, S. 105).

871 BT-Drs. 18/4095, S. 105.

872 Hierzu auch *Berner/Strüve*, GesR 2015, S. 461, 466.

den §§ 96 bzw. 97 SGB V geregelten Zulassungs- und Berufungsausschüsse. Sie sind als Teil der gemeinsamen Selbstverwaltung[873] ausschließlich für den vertragsärztlichen Bereich zuständig.

### (a) Der Zulassungsausschuss nach § 96 SGB V

Gemäß § 96 Abs. 1 SGB V errichten die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung oder für Teile dieses Bezirks jeweils für den ärztlichen und den zahnärztlichen Bereich einen Zulassungsausschuss „*zur Beschlussfassung und Entscheidung in Zulassungssachen*". Ähnlich wie bei § 89 SGB V wird der Aufgabenbereich des Zulassungssauschusses nicht näher umschrieben; vielmehr ergibt sich seine Zuständigkeit aus einer Vielzahl anderer Normen, in denen er als Akteur adressiert ist.[874] Das ist insbesondere der Fall bei Entscheidungen über die Zulassung als Vertragsarzt nach Maßgabe von § 95 SGB V; zuständig ist der Zulassungsausschuss aber auch im Kontext von § 103 SGB V oder im Rahmen von Ermächtigungen etwa nach Maßgabe von § 118 SGB V.[875] Die grundlegenden gesetzlichen Vorgaben zum Zulassungsausschuss finden sich in § 96 SGB V, zahlreiche Details zur Besetzung und zum Verfahren sind aber in der Ärzte-ZV bzw. der Zahnärzte-ZV geregelt.

Die rechtlich verselbständigten[876] Zulassungsschüsse sind als Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung paritätisch besetzt.[877] § 96 Abs. 2 SGB V regelt eine Besetzung mit „*Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen in gleicher Zahl.*"[878] § 34 Abs. 1 Ärzte-ZV bestimmt als maßgebliche Zahl jeweils „*drei Vertreter*" sowie „*Stellvertreter in der nötigen Zahl.*" Die Vertreter der Ärzte und ihre Stellvertreter werden von den Kassenärztlichen Vereinigungen, die Vertreter der Krankenkassen und ihre Stellvertreter von den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen bestellt.[879] Eine Beschlussfassung ist nach § 41 Abs. 2 Ärzte-ZV nur „*bei vollständiger Besetzung des Zulassungsausschusses*" möglich. Wenn die Organisationen die Mitglieder nicht bestellen, tut dies gemäß § 97 Abs. 5 S. 2 SGB V die Aufsichtsbehörde.

Die Mitglieder des Zulassungsausschusses, deren Amtsdauer vier Jahre beträgt,[880] führen ihr Amt nach § 96 Abs. 2 S. 3 und 4 SGB V als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Den Vorsitz führt abwechselnd ein Vertreter der Ärzte und der Krankenkassen.[881] Eine Konfliktlösung im Fall der Uneinigkeit ist durch § 96 Abs. 2 S. 6 SGB V sichergestellt: Der

---

873 Vgl. *Kremer/Wittmann*, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 2014.

874 Hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 96 Rn. 10.

875 Vgl. zu den vielfältigen Aufgaben auch *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 96 SGB V Rn. 3.

876 Sie sind weder der Kassenärztlichen Vereinigung noch den Kostenträgern zuzuordnen; im Gerichtsverfahren sind sie gemäß § 70 Nr. 4 SGG beteiligungsfähig. Allerdings werden die Geschäfte des Zulassungsausschusses gemäß § 96 Abs. 3 SGB V „*bei den Kassenärztlichen Vereinigungen geführt*".

877 Zum Mitberatungsrecht der Patientenorganisationen vgl. § 140f Abs. 3 SGB V.

878 Zum Sonderfall bei Zulassungssachen der Psychotherapeuten vgl. § 95 Abs. 13 SGB V.

879 § 96 Abs. 2 S. 2 SGB V.

880 § 34 Abs. 3 S. 1 Ärzte-ZV.

881 § 96 Abs. 2 S. 5 SGB V.

Zulassungsausschuss beschließt mit einfacher Mehrheit; bei Stimmengleichheit gilt ein Antrag[882] als abgelehnt. Bei sechs Mitgliedern des Ausschusses bedarf es für eine Entscheidung also vier Stimmen.

Das Verfahren vor dem Zulassungsausschuss ist weitgehend in der Ärzte-ZV bzw. der Zahnärzte-ZV geregelt. Soweit es hier an entsprechenden Regelungen fehlt, kommen die Normen des SGB X zur Anwendung.[883] Das gilt auch für den Amtsermittlungsgrundsatz.[884]

Die Aufsicht über den Zulassungsausschuss führen gemäß § 97 Abs. 5 SGB V die für die Sozialversicherung zuständigen obersten Verwaltungsbehörden der Länder.

Der Zulassungsausschuss verfügt insbesondere dann, wenn er die Versorgungssituation einschätzen muss, über einen Beurteilungsspielraum;[885] die Kontrolldichte der Gerichte ist dementsprechend beschränkt.

Die Entscheidungen des Zulassungsausschusses ergehen als Beschluss; gegenüber den Betroffenen handelt es sich um Verwaltungsakte im Sinne des § 31 SGB X. Der Rechtsschutz ist in § 96 Abs. 4 SGB V normiert: Gegen die Entscheidungen der Zulassungsausschüsse können die am Verfahren beteiligten Ärzte und Einrichtungen, aber auch die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen den Berufungsausschuss anrufen; die Anrufung hat nach § 96 Abs. 4 S. 2 SGB V aufschiebende Wirkung.

### (b) Der Berufungsausschuss nach § 97 SGB V

Nach § 97 Abs. 1 SGB V errichten die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen für den Bezirk jeder Kassenärztlichen Vereinigung einen Berufungsausschuss für Ärzte und einen Berufungsausschuss für Zahnärzte; bei Bedarf können sie mehrere Berufungsausschüsse für den Bezirk einer Kassenärztlichen Vereinigung oder einen gemeinsamen Berufungsausschuss für die Bezirke mehrerer Kassenärztlicher Vereinigungen errichten. Zu den Aufgaben des Berufungsausschusses sagt das Gesetz nichts – aus § 96 Abs. 4 S. 1 SGB V ergibt sich aber, dass er als Rechtsbehelfsinstanz der Zulassungsausschüsse agiert: Das Verfahren vor dem Berufungsausschuss gilt nach § 97 Abs. 3 SGB V als Vorverfahren im Sinne des § 78 SGG.[886] Auch der Berufungsausschuss ist rechtlich verselbständigt und Teil der gemeinsamen Selbstverwaltung; und auch hier wird die Regelung des SGB V durch die Normen der Ärzte-ZV bzw. der Zahnärzte-ZV ergänzt.

Die Berufungsausschüsse bestehen gemäß § 97 Abs. 2 SGB V aus einem Vorsitzenden mit der Befähigung zum Richteramt und aus Vertretern der Ärzte einerseits und der Landes-

---

882 In den meisten Fällen setzt das Handeln des Zulassungsausschusses einen Antrag voraus (hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 96 Rn. 25); die Norm gilt aber auch bei den Verfahren, die von Amts wegen durchgeführt werden, so wie etwa die Entziehung der Zulassung.

883 Hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 96 Rn. 50.

884 Ausführlich hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 96 Rn. 29 ff.

885 Vgl. hierzu nur BSG v. 3.8.2016 – B 6 KA 31/15 R, Rn. 21 ff. zur Verlegung eines Vertragsarztsitzes.

886 Der Sache nach handelt es sich aber um ein besonderes Verwaltungsverfahren (BSG v. 9.6.1999 – B 6 KA 76/97 R, Rn. 24); praktisch bedeutsam dürfte diese Unterscheidung aber nicht sein. Zum Konkurrentenwiderspruch *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 97 Rn. 24 ff.

verbände der Krankenkassen sowie der Ersatzkassen andererseits in gleicher Zahl als Beisitzern. Über den Vorsitzenden sollen sich die Beisitzer einigen; gelingt das nicht, beruft ihn gemäß § 97 Abs. 2 S. 3 SGB V die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde im Benehmen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landesverbänden der Krankenkassen sowie den Ersatzkassen. § 97 Abs. 2 S. 4 SGBV verweist auf § 96 Abs. 2 S. 2 bis 5 und 7 und Abs. 3 SGB V; hier liegt allerdings ein redaktionelles Versehen vor, weil die Norm nicht angepasst wurde. Einen Satz 7 gibt es in § 96 Abs. 2 SGB V nicht; gemeint ist Satz 6, der – jedenfalls bezogen auf seinen Halbsatz 1[887] – die Konfliktlösung im Fall einer Uneinigkeit des Gremiums bereit hält. Eine einfache Stimmenmehrheit reicht.

Für das Verfahren vor dem Berufungsausschuss sind §§ 84 Abs. 1 und 85 Abs. 3 SGG anzuwenden. Es gilt also eine Widerspruchsfrist, und der Widerspruch ist schriftlich zu erlassen und zu begründen.[888]

Gemäß § 97 Abs. 4 SGB V kann der Berufungsausschuss die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung im öffentlichen Interesse anordnen; diese Aussage wäre angesichts der mittlerweile umfassenden Regelung des vorläufigen Rechtsschutzes im SGG entbehrlich.[889] Ob auch der Zulassungsausschuss selbst eine sofortige Vollziehung seiner Entscheidung gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG anordnen kann, ist umstritten.[890]

Gegen die Entscheidungen des Berufungsausschusses, der im Übrigen ebenso wie der Zulassungsausschuss einen Beurteilungsspielraum hat, kann Klage beim Sozialgericht erhoben werden.[891]

Für die Aufsicht über den Berufungsausschuss gilt das zum Zulassungsausschuss Gesagte.[892]

### g. Prüfungsstelle und Beschwerdeausschuss bei Wirtschaftlichkeitsprüfungen gemäß § 106c SGB V

Ein weiterer Ausschuss findet sich im erst am 1.1.2017 in Kraft getretenen § 106c SGB V.[893] Der Ausschuss selbst ist allerdings nicht neu – bis Ende 2016 war er in § 106 Abs. 4 SGB V normiert.[894] § 106c Abs. 1 SGB V bestimmt die für die Wirtschaftlichkeitsprüfungen maßgeblichen Gremien: Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen sowie die

---

887 Angesichts der Tatsache, dass das Gremium durch den Vorsitzenden nicht mehr aus einer geraden Zahl von Personen besteht und auch hier nur bei voller Besetzung entschieden werden kann, ist eine Stimmengleichheit nicht möglich (hierzu auch *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 97 Rn. 9).

888 § 85 Abs. 3 SGG sieht lediglich die normale Bekanntgabe vor; § 41 Abs. 5 S. 1 Ärzte-ZV fordert dagegen die Zustellung.

889 Hierzu *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 97 Rn. 54.

890 Vgl. *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 97 Rn. 56 ff.

891 Hierzu ausführlich *Pawlita* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 97 Rn. 62 ff.

892 Hierzu unter C. III. f. (a).

893 Vgl. Art. 2 Nr. 8 und Art. 20 Abs. 6 des Gesetzes zur Stärkung der Versorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstärkungsgesetz – GKV-VSG) v. 16.7.2015 (BGBl. I, S. 1211).

894 Vgl. insoweit auch die Kommentierung von *Scholz* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 106 Rn. 32 ff.

Kassenärztlichen Vereinigungen bilden jeweils eine gemeinsame Prüfstelle und einen gemeinsamen Beschwerdeausschuss.[895] Ähnlich wie bei den Zulassungs- und Berufungsausschüssen handelt es sich gleichsam um Verwaltungsinstanzen der ersten und zweiten Instanz, die allerdings jeweils als organisatorisch selbstständige Einheit zu errichten sind.[896]

### (a) Die Prüfungsstelle

Aufgabe der Prüfungsstelle ist die Prüfung der Wirtschaftlichkeit der vertragsärztlichen Versorgung nach Maßgabe von § 106 SGB V. Gemäß § 106 Abs. 2 SGB V nimmt die Prüfstelle dabei zum einen arztbezogene Prüfungen ärztlicher Leistungen nach § 106a SGB V und zum anderen arztbezogene Prüfungen ärztlich verordneter Leistungen nach § 106b SGB V vor.[897] Weitere Aufgaben, die die Verwaltungsabläufe betreffen, sind in § 4 WiPrüfVO geregelt.

Die Prüfungsstelle wird gemäß § 106c Abs. 2 S. 2 SGB V bei der Kassenärztlichen Vereinigung, einem Landesverband der Krankenkassen oder bei einer bereits bestehenden Arbeitsgemeinschaft im Land errichtet. Über diese Errichtung, den Sitz und den Leiter der Prüfungsstelle müssen sich die Vertragspartner einigen;[898] eine jährliche und damit regelmäßig wiederkehrende Einigung über die personelle, sachliche und finanzielle Ausstattung der Prüfungsstelle für das folgende Jahr ist erforderlich. Eine Regelung zur Kostentragung enthält § 106c Abs. 2 S. 5 SGB V. In § 106c Abs. 2 S. 7 SGB V findet sich die im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung ganz typische Verordnungsermächtigung zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit; dabei wird – das ist eher ungewöhnlich – auch die Frage der Pflichtverletzung durch Mitglieder der Ausschüsse angesprochen.[899]

Der Leiter der Prüfungsstelle führt gemäß § 106c Abs. 2 S. 4 SGB V die laufenden Verwaltungsgeschäfte und trägt Sorge für die Einhaltung des Datenschutzes.[900] Kommt eine Einigung über die Errichtung der Prüfungsstelle oder ihren Leiter nicht zustande, entscheidet nach Satz 5 die Aufsichtsbehörde.

Für das Prüfverfahren als Verwaltungsverfahren gelten die Vorschriften des SGB X.[901]

Die Aufsicht über die Prüfungsstelle hat gemäß § 106c Abs. 5 SGB V die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes. Wurde – was § 106c Abs. 4 SGB V ermöglicht – die gemeinsame Bildung einer Prüfungsstelle über den Bereich eines Landes oder einer anderen Kassenärztlichen Vereinigung hinaus vereinbart, führt die Aufsicht gemäß § 106c Abs. 4 S. 2 SGB V die Behörde des Landes, in dem der Ausschuss oder

---

895 Beide Stellen nehmen ihre Aufgaben nach § 106c Abs. 2 SGB V jeweils eigenverantwortlich wahr, wobei der Beschwerdeausschuss bei der Erfüllung der laufenden Geschäfte von der Prüfungsstelle unterstützt wird.

896 Vgl. auch § 1 Abs. 1 S. 1 WiPrüfVO. Wenn in § 275 Abs. 4 SGB V von den „*Prüfungsausschüssen*" die Rede ist, dürfte damit sowohl die Prüfungsstelle als auch der Beschwerdeausschuss gemeint sein.

897 Zu den Details *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 106 SGB V Rn. 17 ff.

898 § 106c Abs. 2 S. 3 SGB V.

899 Die im Jahr 2004 erlassene und zuletzt durch Gesetz v. 16.7.2015 (BGBl. I, 1211) geänderte „*Verordnung zur Geschäftsführung der Prüfungsstellen und der Beschwerdeausschüsse nach § 106c des Fünften Buches Sozialgesetzbuch*" (Wirtschaftlichkeitsprüfungs-Verordnung – WiPrüfVO) gilt für beide Ausschüsse.

900 Hierzu ausführlich *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 106 SGB V Rn. 7. Vgl. insoweit auch § 304 Abs. 1 SGB V.

901 Ausführlich hierzu *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 106 SGB V Rn. 10 ff.

die Stelle ihren Sitz hat. Mindestens alle fünf Jahre erfolgt eine Prüfung der Tätigkeit von Prüfungsstelle und Beschwerdeausschuss nach Maßgabe von § 274 Abs. 1 S. 2 SGB V.

### (b) Der Beschwerdeausschuss

Der Beschwerdeausschuss verhält sich zur Prüfungsstelle wie der Berufungsausschuss zum Zulassungsausschuss: Gegen die Entscheidungen der Prüfungsstelle können die betroffenen Ärzte und ärztlich geleiteten Einrichtungen, die Krankenkassen, die betroffenen Landesverbände der Krankenkassen sowie die Kassenärztlichen Vereinigungen gemäß § 106c Abs. 3 S. 1 SGB V den Beschwerdeausschuss anrufen.[902] Nach Satz 2 hat diese Anrufung aufschiebende Wirkung. Auch im Übrigen entsprechen die Regelungen weitgehend denjenigen zum Berufungsausschuss: Das Verfahren vor dem Beschwerdeausschuss gilt als Vorverfahren im Sinne von § 78 SGG; die §§ 84 Abs. 1 und 85 Abs. 3 SGG finden entsprechende Anwendung. § 106c Abs. 3 S. 5 SGB V bestimmt allerdings, dass die Klage gegen eine vom Beschwerdeausschuss festgesetzte Maßnahme[903] keine aufschiebende Wirkung hat; der Ausschuss muss also nicht die sofortige Vollziehung anordnen.[904]

Der Beschwerdeausschuss besteht gemäß § 106c Abs. 1 S. 2 SGB V aus Vertretern der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen in gleicher Zahl, d.h. er ist wie die meisten anderen Ausschüsse paritätisch besetzt. § 1 Abs. 1 WiPrüfVO sieht eine Besetzung mit jeweils maximal vier und mindestens zwei Vertretern der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigung vor;[905] die Mitglieder des Ausschusses sind an Weisungen nicht gebunden.[906] Hinzu kommt ein „*unparteiischer Vorsitzender*", über den die Vertragspartner nach § 106c Abs. 1 S. 1 SGB V sich „*einigen*" sollen. Gelingt das nicht, beruft die Aufsichtsbehörde gemäß § 106c Abs. 1 S. 6 SGB V „*im Benehmen mit den Vertragspartnern den Vorsitzenden und dessen Stellvertreter*". Für alle Mitglieder beträgt die Amtsdauer gemäß § 106c Abs. 1 S. 3 SGB V zwei Jahre. Für den Fall fehlender Einigkeit unter den Ausschussmitgliedern gibt nach § 106c Abs. 1 S. 4 SGB V die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag. Nach § 1 Abs. 4 S. 1 WiPrüfVO ist der Ausschuss beschlussfähig, wenn der unparteiische Vorsitzende und mindestens jeweils zwei Vertreter der Kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassen anwesend sind. Kann eine Sitzung wegen fehlender Beschlussfähigkeit nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden, kann gemäß § 1 Abs. 4 S. 3 WiPrüfVO „*nach erneuter Ladung mit der Mehrheit der anwesenden Mitglieder entschieden werden*". Der Vorsitzende könnte also gegebenenfalls allein entscheiden, wenn man nicht aus dem Begriff der Mehrheit eine Mindestzahl von zwei Personen fordern will. Sind nur die Vertreter einer Vertragspartei anwesend, gibt seine Stimme allerdings nicht mehr den Ausschlag.

Auch für das Verfahren vor dem Beschwerdeausschuss gelten die Vorschriften des SGB X.

---

902 Zur Ausnahme nach § 106c Abs. 3 S. 6 SGB V vgl. *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 106 SGB V Rn. 18.

903 Gegenstand des Rechtsstreits ist dabei der vom Beschwerdeausschuss erlassene Bescheid (BSG v. 29.6.2011 – B 6 KA 16/10 R, Rn. 10).

904 Anders ist dies beim Berufungsausschuss (hierzu unter C. III. 3. f. (b)).

905 Für alle Mitglieder des Ausschusses sind gemäß § 1 Abs. 1 3 WiPrüfVO Stellvertreter zu benennen.

906 § 1 Abs. 1 S. 4 WiPrüfVO.

Für die Aufsicht über den Beschwerdeausschuss gilt das zur Prüfungsstelle Gesagte entsprechend.[907]

## 4. Fazit

Kostenträger und Leistungserbringer sind in zahlreichen Gremien gemeinsam tätig und treffen wichtige Entscheidungen für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.

Auch hier nutzt der Gesetzgeber die besondere Fachkompetenz der Betroffenen und lässt sie „ihre Angelegenheiten" bezogen auf die Details weitgehend selbstständig regeln.

Allerdings sind die gesetzlichen Vorgaben in einzelnen Normen durchaus sehr konkret, was für die Frage der demokratischen Legitimation der jeweiligen Gremien von Bedeutung sein dürfte.

Einige Ausschüsse fassen dreiseitige Beschlüsse. Manche agieren – wie der Gemeinsame Bundesausschuss – gleichsam von Haus aus „dreiseitig", andere werden für die dreiseitige Beschlussfassung personell erweitert.

907 Hierzu oben unter C. III. 3. g. (a).

# D. Eine erste Analyse

## I. Allgemeines

Die Bestandsaufnahme der gemeinsamen Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung offenbart schon auf den ersten Blick ein Bild von ausgesprochener Vielfalt. Der Gesetzgeber hat die Materie auf der kompetenzrechtlichen Grundlage von Art. 74 Abs. 1 Nr. 12 und 19 GG zwar bundesrechtlich geregelt, hinsichtlich der einzelnen Regelungsebenen lassen sich aber deutliche Unterschiede bezogen auf die Regelungsdichte ausmachen. Während etwa Fragen des versicherten Personenkreises oder der Finanzierung des Systems abschließend normiert sind, erweist sich schon das eigentliche Leistungsrecht als gewissermaßen ausfüllungsbedürftig. Der Gesetzgeber hat zwar die Leistungen, die die Versicherten beanspruchen können – ausgehend vom Leistungskatalog des § 11 SGB V – umfassend und detailreich geregelt, aber bereits hier kommt den Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses als Gremium der Selbstverwaltung maßgebliche Bedeutung zu: Er entscheidet darüber, ob die jeweiligen Leistungen den in § 12 Abs. 1 SGB V normierten Voraussetzungen tatsächlich entsprechen oder nicht und hat damit maßgeblichen Einfluss auf den konkreten Leistungsanspruch des Einzelnen.

Besonders deutlich wird die Rolle der gemeinsame Selbstverwaltung aber im Leistungserbringungsrecht: Hier agieren neben dem Gemeinsamen Bundesausschuss zahlreiche weitere Entscheidungsgremien der gemeinsamen Selbstverwaltung, angefangen vom Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V, durch den die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen den einheitlichen Bewertungsmaßstab vereinbaren, bis hin zum Beschwerdeausschuss, der gemäß § 106c Abs. 3 SGB V die Entscheidungen der Prüfungsstelle im Kontext von Wirtschaftlichkeitsprüfungen überprüft. Das Leistungserbringungsrecht ist zudem in erheblichem Umfang vom Vertragsprinzip geprägt: Kostenträger und Leistungserbringer sollen sich über zahlreiche Fragen der Leistungserbringung einigen. Gerade im Kontext der Vergütung von Leistungen hat sich der Gesetzgeber spätestens mit der Beendigung der staatlichen Preisregulierung im Hebammenwesen[908] gleichsam völlig zurückgezogen und überlässt diese Fragen weitgehend der gemeinsamen Selbstverwaltung.

Das gesetzlich gewollte Zusammenwirken unterschiedlichster Akteure des Gesundheitswesens erfordert allerdings Konfliktlösungsinstrumente – und die hat der Gesetzgeber im SGB V und im Krankenhausfinanzierungsrecht geschaffen. Auch insoweit ist die bestehende Vielfalt beeindruckend – neben den Vorgaben für die Entscheidungsfindung in Selbstverwaltungsgremien hat der Gesetzgeber zur Konfliktlösung im Vertragsbereich eine kaum noch zu überblickende Anzahl von Schiedseinrichtungen geschaffen. Ausgehend von historisch gewachsenen Gremien wie etwa dem in § 89 SGB V normierten Schiedsamt über solche Einrichtungen, die jedenfalls auf eine längere Tradition zurückblicken können – hier wäre beispielsweise an die Schiedsstelle für die Krankenhausfinanzierung nach § 18a KHG zu denken –, sind mittlerweile zahlreiche Schiedseinrichtungen in allen Bereichen des Leis-

908 Hierzu oben unter C. II. 3. b. (7).

tungserbringungsrechts entstanden. Aus Sicht des Gesetzgebers hat sich das Schiedswesen offenbar insgesamt bewährt, denn gerade in jüngerer Zeit hat sich die Zahl entsprechender Einrichtungen in wahrlich beeindruckender Weise erhöht: Faktisch kein Bereich des Leistungserbringungsrechts kommt ohne Schiedsamt, Schiedsstelle oder Schiedsperson aus, und auch Schlichtungsausschüsse und -personen dürfen nicht vergessen werden.

Im Folgenden soll versucht werden, eine erste Analyse der bestehenden Konfliktlösungsinstrumente vorzunehmen. Dabei geht es zunächst um die grundsätzliche Weichenstellung des Gesetzgebers im Kontext der gemeinsamen Selbstverwaltung sowie die dabei eingesetzte Regelungstechnik, die schon auf den ersten Blick keinem vollständig einheitlichen Muster folgt.

Anschließend wird zu klären sei, welche der bestehenden Konfliktlösungsinstrumente die hier im Fokus stehenden dreiseitigen Verträge und Beschlüsse betreffen (hierzu unter E.).

## II. Zur Regelungstechnik des Gesetzgebers

### 1. Vertragsprinzip versus Gremienentscheidung

Die gemeinsame Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung zeigt sich wie dargestellt an der Existenz gemeinsam besetzter Ausschüsse und am Vertragsprinzip, das vor allem das Leistungserbringungsrecht prägt. Man mag sich zunächst fragen, wann der Gesetzgeber welches Modell zum Einsatz kommen lässt – wo also liegen die grundlegenden Unterschiede zwischen beiden Formen der gemeinsamen Selbstverwaltung? Oder fällt die gesetzgeberische Entscheidung für einen gemeinsamen Ausschuss oder eine vertragliche Vereinbarung eher zufällig?

Die beiden Formen der gemeinsamen Selbstverwaltung unterscheiden sich weitaus weniger als man zunächst denken möchte. Jeweils beteiligt ist stets die Kostenträgerseite – sie ist es, die als einzelne Krankenkasse,[909] durch die Landesverbände[910] oder durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen[911] in Ausschüssen mitwirkt oder vertragliche Vereinbarungen trifft. Hinzu kommt die Leistungserbringerseite: Die Ärzteschaft, die Krankenhäuser oder andere Leistungserbringer wirken, als einzelner Anbieter[912] oder aber ebenfalls vertreten durch die jeweiligen Organisationen auf Landes-[913] oder Bundesebene[914], an der Umsetzung des SGB V mit. Dieses Zusammenwirken findet sich bei der Ausschusstätigkeit – man denke hier an den jeweiligen Landesausschuss nach § 90 SGB V, der beispielsweise eine Unterversorgung nach § 100 Abs. 1 SGB V feststellt und in dem die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landesverbände der Krankenkassen sowie die Ersatzkassen gemeinsam vertreten sind. Für diese beiden Organisationen gilt an anderer Stelle aber das Vertragsprinzip – so schließen sie etwa miteinander die Gesamtverträge nach § 83 SGB V. Die Entscheidung des Gesetzgebers für eine gemeinsame Tätigkeit in Gremien oder die Begründung einer entspre-

909 Vgl. etwa § 132a Abs. 4 SGB V.
910 § 90 Abs. 1 SGB V.
911 Er ist etwa vertreten im Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 91 Abs. 1 SGB V).
912 Vgl. nur § 132d Abs. 1 SGB V.
913 Vgl. etwa § 112 Abs. 1 SGB V zur Landeskrankenhausgesellschaft.
914 So ist es etwa im Kontext der Versorgung mit Hebammenhilfe gemäß § 134a SGB V.

chenden Vertragsverpflichtung hat also – das ist die erste Erkenntnis – nichts mit den handelnden Personen oder Institutionen zu tun.

Beide Formen der gemeinsamen Selbstverwaltung finden im Übrigen sowohl auf Landes- wie auch auf Bundesebene statt. Der Landesausschuss nach § 90 SGB V agiert auf Landesebene, der Gemeinsame Bundesausschuss auf Bundesebene. Auch das Vertragsprinzip ist für beide Ebenen relevant: Im Kontext zahlreicher Normen – genannt seien hier nur die §§ 129 Abs. 2, 130b Abs. 1 oder 132a Abs. 1 SGB V – werden Vereinbarungen[915] auf Bundesebene getroffen; die Verträge nach § 115 SGB V werden dagegen auf Landesebene geschlossen.

Nicht nur auf vertraglicher Ebene geht es mitunter um die Rechtsstellung eines Einzelnen, also etwa eines Leistungserbringers für die häusliche Krankenpflege nach Maßgabe von § 132a Abs. 4 SGB V; auch Ausschüsse treffen durchaus Einzelfallentscheidungen. Das gilt etwa für den Zulassungs- und den Berufungsausschuss[916] oder auch für den Beschwerdeausschuss nach § 106c Abs. 3 SGB V.[917]

Auch in thematischer Hinsicht lässt sich keine klare Zuordnung vornehmen. Zwar findet sich das Vertragsmodell häufig im Kontext der Vergütung von Leistungen – allerdings beschränkt es sich keinesfalls darauf. Das zeigen die in § 115 SGB V aufgelisteten Regelungsgegenstände für die dreiseitigen Verträge und Rahmenempfehlungen zwischen Krankenkasse, Krankenhäusern und Vertragsärzten – hier geht es gerade nicht um Vergütungsfragen. Auf der anderen Seite entscheidet auch der Landesausschuss im Kontext der Förderung der vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 105 Abs. 4 SGB V über die Höhe der zu zahlen Sicherstellungszuschläge, also über Fragen der Vergütung. Nichts anderes tut – wenn auch mittelbar – der Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V.

Eine Bindungswirkung erzeugen beide Handlungsformen der gemeinsamen Selbstverwaltung. Die Bindungswirkung an Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses hat der Gesetzgeber aufgrund der jahrelangen Diskussion über diese Frage in § 91 Abs. 6 SGB V ausdrücklich normiert. Manche Beschlüsse der Selbstverwaltung ergehen allerdings als Verwaltungsakt und binden jenseits von dessen Tatbestandswirkung dann nur die Beteiligten.[918] Bei den vertraglichen Vereinbarungen zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern handelt es sich überwiegend um so genannte normsetzende Verträge, d.h. jedenfalls für die Mitglieder der Vertragsschließenden haben sie dieselbe Wirkung wie Normen.[919] Ausdrücklich angesprochen wird diese besondere Form der Bindung von nicht am Vertrag unmittelbar Beteiligten etwa in § 129 Abs. 3 SGB V. § 134a Abs. 2 S. 2 SGB V bestimmt dagegen, dass „*Hebammen, für die die Verträge nach Absatz 1 keine Rechtswirkung haben, … nicht als Leistungserbringer zugelassen*“ sind.

---

915 Sprachlich ist dann zumeist die Rede von Rahmenverträgen oder auch Rahmenempfehlungen (vgl. etwa § 129 Abs. 2 SGB V).

916 Hierzu oben unter C. III. 3. f.

917 Hierzu oben C. III. 3. G. (b).

918 Das gilt etwa für die Entscheidungen des Zulassungsausschusses.

919 *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 59; hierzu grundlegend auch *Axer*, Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000, S. 100.

Auch die Patienten sind von beiden Handlungsformen betroffen: Gemäß § 91 Abs. 6 SGB V wirken sich Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses unmittelbar auf ihren Leistungsanspruch gegen die Krankenkasse aus; aber selbst eine Vereinbarung über die Höhe der Vergütung einer Leistung hat – jedenfalls gewisse mittelbare – Konsequenzen für die medizinische Versorgung der Versicherten.[920]

Bezüglich beider Arten der gemeinsamen Selbstverwaltung besteht eine Bindung der Handelnden an die gesetzlichen Vorgaben. Weder durch Vertrag noch durch eine Ausschussentscheidung dürfen die Beteiligten Vorschriften des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts verletzen.[921]

Auf einer rein formalen Ebene liegt der Unterschied also lediglich in der jeweiligen Handlungsform. Das Vertragsprinzip führt zum Abschluss einer Vereinbarung, für die neben spezialgesetzlichen Normen die Vorschriften der §§ 54 ff. SGB X[922] und damit mittelbar auch die des Bürgerlichen Gesetzbuchs maßgeblich sind,[923] während die Ausschüsse der gemeinsamen Selbstverwaltung durch Beschluss – oder auch durch Verwaltungsakt – handeln.

Es liegt im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, sich für das eine oder das andere Modell der gemeinsamen Selbstverwaltung zu entscheiden.[924] Offenbar sieht er in manchen Konstellationen schlicht keinen Spielraum für eine vertragliche Vereinbarung – und das lässt sich auch zumeist gut begründen. Über die Frage, ob eine Leistung den zwingenden Vorgaben des § 12 Abs. 1 SGB V entspricht, lässt sich ebenso wenig „verhandeln" wie über das Vorliegen einer Unterversorgung gemäß § 100 Abs. 1 SGB V. Hier geht es vielmehr um die normativ geprägte Feststellung von Fakten, die einem spezialisierten Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung übertragen wird. Vergleichbares dürfte für Fragen der Qualitätssicherung gelten; bestimmte Vorgaben sollen hier strikt eingehalten werden. Dem Gemeinsamen Bundesausschuss, der der maßgebliche Akteur in diesem Kontext ist, hat der Gesetzgeber zusätzliche Kontroll- und Durchsetzungsaufgaben übertragen sowie entsprechende Befugnisse eingeräumt.[925] Auch über das „Ob" einer Förderung neuer Versorgungsformen nach § 92a und b SGB V lässt sich eher entscheiden denn verhandeln. Manche Zuweisung zu einer der beiden Handlungsformen im Recht der gemeinsamen Selbstverwaltung mag aber auch der Historie geschuldet sein – die Zulassung von Ärzten ließe sich ebenso wie diejenige von Krankenhäusern durchaus auf vertraglicher Ebene regeln.

---

920 Am Beispiel innovativer Medizin wird das anschaulich deutlich: Was über § 6 Abs. 2 KHEntgG nicht finanziert wird, wird sich in der Praxis nicht durchsetzen. Gerade deshalb hat § 137e SGB V mit seinen Finanzierungsregelungen so große Bedeutung (*Felix/Ullrich*, NZS 2015, S. 921 ff.).

921 Dass diese gesetzlichen Vorgaben dabei sehr unterschiedlich ausgeprägt sind, liegt auf der Hand. Die in § 87 SGB V enthaltenen Vorgaben für den einheitlichen Bewertungsmaßstab füllen ganze Seiten; auch die gesetzlichen Vorgaben des KHEntgG für die Krankenhausschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG sind umfassend. Im Kontext von anderen Normen schweigt das Gesetz vollständig – bezogen auf § 111c Abs. 3 SGB V beispielsweise finden sich keinerlei Vorgaben. Für die Frage der demokratischen Legitimation der einzelnen Gremien dürfte diesem Aspekt allerdings maßgebliche Bedeutung zukommen (hierzu unter B.)

922 Die Anwendung dieser Normen auf Normsetzungs- bzw. Normenverträge ist allerdings bekanntermaßen umstritten (hierzu *Axer* in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts § 10 Rn. 32 m.w.N.).

923 Vgl. insoweit auch § 69 SGB V.

924 Ein Vorrang des Vertragsmodells lässt sich insoweit ebenso wenig begründen wie ein Vorrang des Ausschussmodells.

925 Das geht bis zu Vergütungsabschlägen oder sogar zum Wegfall des Vergütungsanspruch für bestimmte Leistungen (hierzu § 137 Abs. 1 S. 2 SGB V).

### 2. Mischformen der gemeinsamen Selbstverwaltung

Dass eine prinzipielle Grenzziehung zwischen der Beschlussfassung in einem Entscheidungsgremium und dem Vertragsprinzip nicht möglich ist, zeigen im Übrigen die in der Bestandsaufnahme zu Tage getretenen Mischformen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.

Zu nennen ist hier zunächst der Bewertungsausschuss nach § 87 SGB V.[926] Dieser ist zwar ein paritätisch besetztes Entscheidungsgremium der Kostenträger auf Bundesebene und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, seine eigentliche Aufgabe ist aber der Vertragsschluss zwischen den genannten Parteien. Der Bewertungsausschuss ist damit ein bloßes Vertragshilfeorgan und mutiert im Fall der Nichteinigkeit der Ausschussmitglieder gleichsam zu seiner eigenen Schiedsstelle.[927]

Der in § 90 SGB V geregelte Landesausschuss bekommt im Kontext von § 99 Abs. 2 SGB V die Funktion einer Schiedsstelle, also einer Einrichtung, die bei Streit über den Inhalt eines Vertrags dessen Inhalt festsetzt.[928] Umgekehrt ist die in § 92 Abs. 1 S. 4 f. SGB V ausdrücklich so bezeichnete Schiedsstelle keine Schiedsstelle im üblichen Sinne, weil sie gerade keinen Vertragsinhalt festsetzt – vielmehr geht es um eine Verkleinerung und Veränderung des Beschlussgremiums nach § 91 Abs. 2 SGB V zur Vermeidung einer Blockade bei der Beschlussfassung.[929]

### 3. Vertragsersetzung durch Ausschüsse der gemeinsamen Selbstverwaltung

Schließlich sollte im Rahmen der Bestandsaufnahme deutlich geworden sein, dass die Festsetzung des Vertragsinhalts nach dem Scheitern der Vertragsverhandlungen ihrerseits häufig durch Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung erfolgt. Wenn die Vertragsfestsetzung nicht einer Schiedsperson zugewiesen ist – was allerdings zunehmend der Fall ist[930] – entscheiden das Schiedsamt nach § 89 SGB V oder die zahlreich im SGB V und im Krankenhausfinanzierungsrecht normierten Schiedsstellen. All diese Gremien sind solche der gemeinsamen Selbstverwaltung, wobei auf der einen Seite stets die Kostenträger und auf der anderen Seite die Leistungserbringer vertreten sind. Der Vertragsschluss wird also gleichsam ersetzt durch eine Ausschussentscheidung.

## III. Zur Typologie der Schiedseinrichtungen und der sonstigen Ausschüsse

Den im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung normierten Ausschüssen – und dies erfasst auch die pluralistisch besetzten Schiedseinrichtungen – hat der Gesetzgeber bestimmte Tätigkeitsbereiche zugewiesen.

---

926 Hierzu ausführlich unter C. III. 3. a.
927 Hierzu oben C. III. 3. a. (c).
928 Dabei geht es hier um das Einvernehmen über den Bedarfsplan nach Maßgabe von § 99 Abs. 1 SGB V.
929 Hierzu oben C. II. 3. d.
930 Vgl. hierzu unter C. II. 5.

Das Schiedsamt als Prototyp einer Schiedseinrichtung entscheidet etwa immer dann, wenn ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung nicht zustande kommt. Ebenfalls für die vertragsärztliche Versorgung – wenn auch in einem anderen Kontext – zuständig sind der Landesausschuss nach § 90 SGB V, der Zulassungs- und der Berufungsausschuss sowie der Beschwerdeausschuss. Auch der Bewertungsausschuss übernimmt – letztlich vertragsschließende – Aufgaben im Vertragsarztrecht.

Gleichsam das Gegenstück zu diesen thematisch dem Vertragsarztrecht zugeordneten Ausschüssen bildet die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V, die bei Konflikten zwischen Kostenträgern und Krankenhäusern tätig wird; sie wird ergänzt durch die praktisch bedeutsame Schiedsstelle für die Krankenhausfinanzierung nach § 18a KHG.

Soweit der Gesetzgeber der gemeinsamen Selbstverwaltung – zumeist infolge einer Reform des Rechts der gesetzlichen Krankenversicherung – zusätzliche Aufgaben überträgt, ist er im Regelfall bemüht, diese beim „thematisch passenden" Ausschuss anzusiedeln. Vor diesem Hintergrund erklärt sich etwa der beeindruckende Aufgabenzuwachs des Schiedsamts durch zahlreiche spezialgesetzliche Normen, die die Generalklausel des § 89 Abs. 1 SGB V ergänzen. Neue Vorschriften wie etwa §§ 64a, 115b oder 116b SGB V nehmen für den Konfliktfall das Schiedsamt in Bezug und erweitern seinen tatsächlichen Aufgabenbereich erheblich. Gerade hier verschwimmen allerdings auch die eigentlich klaren Zuständigkeitsgrenzen der einzelnen Ausschüsse: Im Kontext von §§ 115b und 116b SGB V geht es nämlich gerade auch um die Interessen der Krankenhäuser, und bei § 64a SGB V[931] geht es – auch – um die Rechte der Apotheker. Und so wird die Zuständigkeit des Schiedsamts sogar plötzlich für eine Konstellation begründet, die die Ärzteschaft nur mittelbar betrifft: Im Rahmen der jüngsten Reform des SGB V, die zur Ergänzung von § 293 SGB V um einen Absatz 7 geführt hat,[932] wird die Konfliktlösung dem erweiterten Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V zugewiesen – und das, obwohl es um eine Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft geht und mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung lediglich das „Einvernehmen" herzustellen ist.

Das Bemühen des Gesetzgebers, neue Aufgaben einem bereits bestehenden Ausschuss zuzuweisen, zeigt sich auch im Krankenhausfinanzierungsrecht: Die infolge der Schaffung der elektronischen Gesundheitskarte erforderliche Vereinbarung mit den Krankenhäusern über den Telematikzuschlag wurde gemäß § 291a Abs. 7a SGB V der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 SGB V übertragen. Innerhalb einer einzigen Norm finden sich dementsprechend mitunter Aufgabenzuweisungen an unterschiedlichste Gremien: So erwähnt etwa § 291a Abs. 7b SGB V nicht nur die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V, sondern zugleich das Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V.

Allerdings hat die zunehmende Ausweitung des Vertragsprinzips auf faktisch alle Bereiche des Leistungserbringungsrechts dazu geführt, dass neben die gleichsam „klassischen" Entscheidungsgremien zahlreiche weitere Schiedseinrichtungen getreten sind – es finden sich im SGB V mittlerweile eine ganze Reihe von Schiedsstellen für die unterschiedlichen Bereiche

---

931 Hierzu oben C. II. 2. d.

932 Vgl. hierzu oben unter C. II. 2. d.

des Leistungserbringungsrechts; hinzu kommt eine Vielzahl von Schiedspersonen, die als Einzelpersonen agieren.

Der Bereich der sonstigen Ausschussarbeit ist dagegen vor allem vom ständigen Aufgabenzuwachs des Gemeinsamen Bundesausschusses geprägt. Die in jüngerer Zeit völlig neu etablierten Gremien haben entweder keine wirkliche Beschlusskompetenz – wie etwa der Koordinationsausschuss nach § 140f Abs. 8 SGB V oder das gemeinsame Landesgremium nach § 90a SGB V – oder sie stellen sich – wie der in § 92b SGB V normierte Innovationsausschuss – faktisch als eine Art verkleinertes Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses mit personeller Ergänzung dar.

## IV. Die bestehende Regelungsvielfalt als Herausforderung für den Rechtsanwender

Die mittlerweile bestehende Regelungsvielfalt stellt den Rechtsanwender durchaus vor Herausforderungen. Im Einzelfall ist es schon nicht immer leicht, die jeweils maßgeblichen rechtlichen Vorgaben zu ermitteln. Im SGB V finden sich zahllose, mitunter alles andere als nutzerfreundliche Verweise; das formelle Gesetz wird durch – zumeist jeweils für ein bestimmtes Entscheidungsgremium geltende – Rechtsverordnungen ergänzt. Gegebenenfalls sind zusätzlich bestehende Geschäfts- und Verfahrensordnungen zu berücksichtigen.

Erschwerend kommt hinzu, dass die systematische Trennung zwischen Leistungsrecht und Leistungserbringungsrecht zumeist,[933] aber eben nicht durchgehend eingehalten wurde. Die in § 39 Abs. 1a SGB V enthalten Regelungen gehören – soweit sie den zu schließenden Rahmenvertrag und das Schiedsverfahren betreffen – nicht in das Dritte Kapitel des SGB V („*Leistungen der Krankenversicherung*"), sondern in dessen Viertes Kapitel („*Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern*").

Mitunter vermisst man bereits die gebotene Klarheit im Gesetz. So erschließt sich schon der Aufgabenbereich des praktisch so bedeutsamen Schiedsamts nicht ohne weiteres; die in § 89 Abs. 1 SGB V gewählte Generalklausel, die darauf abstellt, ob ein „V*ertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande*" kommt, wird überlagert durch zahlreiche spezialgesetzliche Nomen, die ihrerseits auf § 89 SGB V verweisen. Allerdings tun das nicht alle Vorschriften, in deren Kontext das Schiedsamt gegebenenfalls tätig wird; insbesondere hinsichtlich des Bundesmantelvertrags und der Gesamtverträge findet sich keine entsprechende Aussage im Gesetz. Eine Formulierung wie „*Das Schiedsamt entscheidet in dem ihm durch Gesetz zugewiesenen Fällen*" in § 89 Abs. 1 SGB V und eine entsprechende Ergänzung der maßgeblichen Normen würde hier für die gebotene Klarheit sorgen. Das vorgeschlagene Modell entspricht dem der Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V: Sie „*entscheidet in den ihr nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben.*"

Gerade im Bereich des Schiedswesens finden sich zahlreiche Wiederholungen. Die Besetzung von Schiedsstellen etwa ist in den zahlreichen Regelungen sehr häufig identisch geregelt; hier drängt sich die Frage auf, ob man bestimmte Fragen nicht in allgemeinen, für das gesamte Schiedswesen geltenden Normen regeln könnte. In diesem Kontext ließe sich dann

---

933 Vgl. zur häuslichen Krankenpflege etwa § 37 SGB V als Leistungsnorm und § 132a SGB V als Norm, die das Verhältnis von Kostenträgern und Leistungserbringern normiert.

auch die wünschenswerte begriffliche Klarheit – etwa bezogen auf die für die Besetzung der Schiedseinrichtungen relevanten Begriffe „Mitglied", „Vertreter" oder „Stellvertreter" herstellen. Die verschiedenen Rechtsverordnungen enthalten zahlreiche Redundanzen – was bereits im Gesetz so normiert ist, muss dort nicht unnötig wiederholt werden.[934] Mitunter dürfte kritisch zu hinterfragen sein, ob die in der Rechtsverordnung enthaltenen Regelungen mit der Ermächtigungsgrundlage im Einklang stehen.[935]

Auch die zahlreichen Verweisungen innerhalb der maßgeblichen Normen erweisen sich als nicht nutzerfreundlich. Im Einzelfall geraten sie auch eher beliebig: Wenn etwa in § 132a Abs. 3 S. 6 SGB V bestimmt wird, dass das Bundesministerium für Gesundheit „*durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Zahl und die Bestellung der Mitglieder, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für den Zeitaufwand der Mitglieder, das Verfahren sowie über die Verteilung der Kosten*" regeln kann, so entspricht diese Formulierung exakt der in § 129 Abs. 10 S. 2 SGB V enthaltenen Regelung. Warum der Gesetzgeber dann allerdings in § 132a Abs. 3 S. 7 SGB V auf § 129 Abs. 10 S. 1 SGB V verweist, anstatt den kurzen Satz „*Die Aufsicht über die Geschäftsführung der Schiedsstelle führt das Bundesministerium für Gesundheit*" ebenfalls in § 132a SGB V selbst aufzunehmen, erschließt sich nicht. Hier fehlt es an einer grundlegenden Verweisungssystematik.

Dass immer wieder auch auf Normen verwiesen wird, die es nicht gibt oder aber Verweisungen schlicht keinen Sinn machen, sei nur am Rande erwähnt. Wenn etwa § 291a Abs. 7c S. 1 SGB V die „*Kosten nach Absatz 7 Satz 4 Nr. 1*" anspricht, kann nur dessen Satz 5 gemeint sein, denn Satz 4 befasst sich nicht mit Kostenfragen.

Mitunter erschließt sich infolge der Verweisung auf andere Normen auch manch – etwa für die Bestimmung der Vertragsparteien – wichtige Frage erst durch eine Auslegung nach Sinn und Zweck der Norm. So verweist etwa § 40 Abs. 2 S. 4 SGB V auf die entsprechende Anwendung von § 39 Abs. 1a SGB V[936] und modifiziert ihn dahingehend, dass am Rahmenvertrag „*die für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene zu beteiligen sind.*" Das dürfte nicht so zu verstehen sein, dass diese Verbände gleichsam vierter Vertragspartner des Rahmenvertrags werden; offenbar sollen sie die Deutsche Krankenhausgesellschaft ersetzen. Bereits das Wort „*beteiligen*" selbst ist schon unglücklich gewählt – erfasst es doch zahlreiche andere Varianten jenseits des eigentlichen Vertragsschlusses, wie etwa Stellungnahme- oder Mitberatungsrechte.[937]

Dass mitunter in sprachlicher Hinsicht etwas „weniger gelungen" ist, sei nur am Rande erwähnt. Wenn in § 17c Abs. 3 S. 7 KHG die Zuständigkeit der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG mit dem Satz: „*Kommen die für die Einrichtung des Schlichtungsausschusses erforderlichen Entscheidungen nicht ganz oder teilweise zu Stande, trifft auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach*

---

934 Man kann allerdings trefflich darüber streiten, ob untergesetzliche Normen das formelle Recht wiederholen und damit aus sich heraus vollumfänglich verständlich sein sollten.

935 Hier ist vor allem die Frage der Beschlussfähigkeit von Gremien relevant, wenn das formelle Gesetz die Entscheidung der „*Mehrheit der Mitglieder*" fordert.

936 Ein etwas konkreterer Verweis wäre im Übrigen hilfreich – geht es doch letztlich nur um die entsprechende Anwendung von Satz 9.

937 Hierzu ausführlich noch unter E. I. 4.

*§ 18a Absatz 6 die ausstehenden Entscheidungen*" umschrieben wird, dürfte der Gesetzgeber wohl eher das typische „*ganz oder teilweise nicht*"[938] gemeint haben.

Auf der anderen Seite erscheinen die gesetzlichen Regelungen mitunter als geradezu erstaunlich knapp. Das gilt insbesondere für diejenigen Normen, die den Einsatz von Schiedspersonen vorsehen. In diesem Kontext drängen sich zahlreiche Fragen wie etwa die nach dem maßgeblichen Verfahrensrecht auf. Rechtsverordnungen sind hier – anders als bei den Schiedsstellen – nicht vorgesehen. Die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist schon deshalb überraschend, weil die Schiedspersonen nicht etwa nur bei Einzelverträgen vor Ort[939] tätig sind, sondern auch auf Bundesebene[940] agieren. Dass sie sogar bei „dreiseitigen" Verträgen als Schiedseinrichtung agieren, wird noch zu thematisieren sein. Die Tätigkeit dieser einzeln agierenden Personen hat erst durch die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts etwas klarere Konturen bekommen; ob man dessen Bewertung als „Vertragshelfer" allerdings teilen kann, sei an dieser Stelle noch dahingestellt.[941]

Schließlich drängt sich nach der Bestandsaufnahme die Frage nach einer grundlegenden Systematik der Materie auf. Man fragt sich unwillkürlich, wieso der Gesetzgeber für durchaus vergleichbare Konstellationen ganz unterschiedliche Regelungsmodelle gewählt hat. Das beginnt schon bei der Bestimmung der unparteiischen Mitglieder von Schiedsstellen – manchmal entscheidet hier das Los, in anderen Fällen wird die Person durch die Aufsichtsbehörde bestimmt – und endet bei der Frage nach dem vorläufigen Rechtsschutz: Sind die bestehenden Unterschiede hinsichtlich des Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung tatsächlich gewollt? Wann entscheidet sich der Gesetzgeber für eine Schiedsstelle und wann für eine Schiedsperson – gemäß § 125 Abs. 1 SGB V wird der Inhalt der Rahmenempfehlungen auf Bundesebene durch eine Schiedsperson festgelegt; über die vergleichbaren Rahmenempfehlungen entscheidet nach Maßgabe von § 132a Abs. 2 und 3 SGB V eine Schiedsstelle. Und weshalb kann eine Schiedsperson in vereinzelten Fällen gleichsam auch auf Dauer bestellt werden,[942] in anderen dagegen nicht? Die Liste der Fragen, die sich bei einer Gesamtschau auf die Regelungsmaterie ergeben, ließe sich noch deutlich verlängern.

Im Rahmen des vorliegenden Gutachtens, in dessen Fokus die besonderen Probleme im Kontext dreiseitiger Verträge und Beschlüsse der Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung stehen, können diese Fragen nicht umfassend beantwortet werden. Es wird allerdings zu prüfen sein, ob sich vergleichbare Probleme auch in diesem Kontext stellen – falls ja, lassen sich die Verbesserungsvorschläge möglicherweise auf die gesamte Materie übertragen.

---

938 So die übliche Umschreibung des Phänomens der gescheiterten Vertragsverhandlungen in diesem Kontext (vgl. nur die §§ 87 Abs. 4, 89 Abs. 1 oder 120 Abs. 3 S. 4 SGB V).

939 Vgl. etwa § 73b Abs. 4a S. 1 SGB V.

940 Vgl. etwa § 125 Abs. 1 SGB V.

941 Hierzu ausführlich unter D. VI. 11.

942 Hierzu etwa § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V.

## V. Vertragsgestaltungen ohne Zuordnung zu einer Schiedseinrichtung

### 1. Allgemeines

Die Anzahl der Schiedseinrichtungen und der Umfang ihrer jeweiligen Zuständigkeiten sind beeindruckend. Indes: Gemessen an der Zahl der tatsächlich im SGB V vorgesehen Verträge erscheint sie eher gering. Denn überall im Gesetz finden sich weitere Regelungen, in denen von unterschiedlichsten Vereinbarungen die Rede ist, ohne dass sich eine Aussage dazu fände, was zu geschehen hat, wenn die entsprechende Vereinbarung tatsächlich nicht zustande kommt. Diese Regelungen sollen im Folgenden näher betrachtet werden.

Zielsetzung ist dabei vor allem die Klärung der Frage, warum der Gesetzgeber in diesen Konstellationen keinerlei Schiedseinrichtung vorgesehen hat.[943] Dabei ist jeweils genau zu klären, ob das tatsächlich der Fall ist, denn gerade bei Vereinbarungen, die mit der Ärzteschaft geschlossen werden, ist stets an die bereits oben angesprochene Generalklausel des § 89 Abs. 1 SGB V zu denken: Wenn es sich um einen „*Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung*" im Sinne dieser Norm handelt, bedarf es gerade keiner expliziten Erwähnung von § 89 SGB V und der darin enthaltenen Regelungen.[944]

### 2. Beispiele

Im SGB V lassen sich zahlreiche verpflichtende Vertragsgestaltungen finden, für die der Gesetzgeber kein Konfliktlösungsinstrument etabliert hat.

So ist etwa weder in § 39a Abs. 1 noch in Abs. 2 SGB V geregelt, was zu geschehen hat, wenn die zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den für die Wahrnehmung der Interessen der stationären Hospize bzw. der ambulanten Hospizdienste maßgeblichen Spitzenorganisationen zu treffenden Vereinbarungen über Art und Umfang der Versorgung im Bereich der Hospizleistungen (Absatz 1) oder zur Förderung der ambulanten Hospizdienste (Absatz 2) scheitern. Hier bestehen also echte Regelungslücken im SGB V; ob diese gewollt oder unbeabsichtigt sind, bleibt unklar.

Nach § 64d Abs. 1 SGB V haben die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und einheitlich mit den für die Wahrnehmung der Interessen der Heilmittelerbringer maßgeblichen Verbänden auf Landesebene zur Stärkung der Verantwortung der Heilmittelerbringer die Durchführung von Modellvorhaben nach Satz 3 zu vereinbaren. Eine Ersetzung entsprechender Verträge durch eine Schiedsstelle ist hier nicht vorgesehen.

§ 125 Abs. 2a SGB V sieht vor, dass die Vertragspartner nach Absatz 2 Satz 1 Verträge über eine zentrale und bundeseinheitliche Prüfung und Listung der Weiterbildungsträger, der Weiterbildungsstätten sowie der Fachlehrer hinsichtlich der Erfüllung der Anforderungen an die Durchführung von besonderen Maßnahmen der Physiotherapie unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 92 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 SGB V und der Rahmenempfehlungen nach Ab-

---

943 Dabei wird man über die jeweiligen Gründe zumeist nur spekulieren können.

944 Das ist durch Auslegung zu ermitteln und keinesfalls immer unproblematisch. Mitunter wird in den jeweiligen Normen auch – wenn auch eher versteckt – auf die Schiedsamtsfähigkeit hingewiesen (vgl. etwa § 84 Abs. 1 SGB V, der im Kontext der Weitergeltung vom Schiedsamt spricht).

satz 1 schließen – letztere werden gegebenenfalls von einer Schiedsperson festgelegt, für die Verträge selbst fehlt ein Konfliktlösungsinstrument.

Vereinbarungen zwischen der Krankenkasse und einem einzelnen Leistungserbringer von Hilfsmitteln sind in § 127 Abs. 3 SGB V vorgesehen; § 129a SGB V normiert Verträge zwischen den Krankenkassen oder ihren Verbänden mit dem Träger eines zugelassenen Krankenhauses: Sie sollen das Nähere über die Abgabe verordneter Arzneimittel durch die Krankenhausapotheke an Versicherte vereinbaren.

Gemäß § 131 Abs. 5 SGB V sind die pharmazeutischen Unternehmer verpflichtet, auf den äußeren Umhüllungen der Arzneimittel das Arzneimittelkennzeichen nach § 300 Abs. 1 Nr. 1 SGB V in einer für Apotheken maschinell erfassbaren bundeseinheitlichen Form anzugeben – das „*Nähere regelt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene in Verträgen.*"

Auch im Rahmen der Qualitätssicherung bei der ambulanten und stationären Vorsorge oder Rehabilitation sind nach § 137d SGB V Verträge zwischen dem Spitzenverband Bund und den für die Wahrnehmung der Interessen der ambulanten und stationären Rehabilitations- bzw. Vorsorgeeinrichtungen und der Einrichtungen des Müttergenesungswerks oder gleichartiger Einrichtungen auf Bundesebene maßgeblichen Spitzenorganisationen über Maßnahmen der Qualitätssicherung vorgesehen. Mitunter agiert beim Vertragsschluss auch eine aus Trägern der Sozialversicherung und anderen bestehende Arbeitsgemeinschaft – das ist der Fall im Kontext von § 293 SGB V: Die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft nach Absatz 1 Satz 2 gemeinsam vereinbaren mit den Spitzenorganisationen der Leistungserbringer einheitlich Art und Aufbau der Kennzeichen und das Verfahren der Vergabe und ihre Verwendung. Nach § 293 Abs. 6 SGB V vereinbaren die Deutsche Krankenhausgesellschaft und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen bis zum 30.6.2017 das Nähere zum bundesweiten Verzeichnis der Standorte der nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser und ihrer Ambulanzen.

Die bislang angesprochen Verträge, für die der Gesetzgeber keine Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen hat, sind bilateraler Natur. Im Kontext der Förderung der Weiterbildung sieht § 75a Abs. 4 SGB V aber auch einen Vertrag zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft vor, ohne dass der Gesetzgeber das Scheitern der Vertragsverhandlung in den Blick genommen hätte: Die Vertragspartner haben bis zum 23.10.2015 das Nähere über den Umfang und die Durchführung der finanziellen Förderung nach den Absätzen 1 bis 3 der Norm zu vereinbaren, wobei zusätzlich das „Benehmen" mit der Bundesärztekammer herzustellen ist. Über die Tätigkeit irgendeiner Schiedseinrichtung sagt das Gesetz allerdings nichts.

### 3. Verträge zwischen den Kostenträgern, mit Landesbehörden/besonderen Stellen

Die im SGB V angesprochenen Vertragspartner sind vielfältig. Viele Verträge werden – das ist vor dem Hintergrund des Sachleistungsprinzips des gesetzlichen Krankenversicherungs-

rechts das gleichsam typische Vertragsmodell – zwischen den Kostenträgern und den Leistungserbringern geschlossen.

Es gibt aber auch Verträge, die von den Krankenkassen mit anderen Sozialleistungsträgern geschlossen werden – hier geht der Gesetzgeber möglicherweise davon aus, dass es keines Konfliktlösungsinstruments bedarf, weil die Leistungsträger nach § 86 SGB X ohnehin zur Zusammenarbeit verpflichtet sind und es deshalb in der Praxis keine Probleme geben sollte. Entsprechende Vereinbarungen sind insbesondere im Kontext des Präventionsrechts vorgesehen. So bestimmt etwa § 20f Abs. 1 SGB V: „*Zur Umsetzung der nationalen Präventionsstrategie schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen, auch für die Pflegekassen, mit den Trägern der gesetzlichen Rentenversicherung, den Trägern der gesetzlichen Unfallversicherung und mit den in den Ländern zuständigen Stellen gemeinsame Rahmenvereinbarungen auf Landesebene.*"

Zahlreiche Vereinbarungen werden auch zwischen den Sozialleistungsträgern und bestimmten nach Landesrecht zuständigen Behörden geschlossen.[945] Entsprechende Regelungen finden sich in den §§ 20i Abs. 3, 21 Abs. 2 oder etwa in § 26 Abs. 3 SGB V, der im Kontext der Gesundheitsuntersuchungen für Kinder und Jugendliche bestimmt: „*Die Krankenkassen haben im Zusammenwirken mit den für die Kinder- und Gesundheitspflege durch Landesrecht bestimmten Stellen der Länder auf eine Inanspruchnahme der Leistungen nach Absatz 1 hinzuwirken. Zur Durchführung der Maßnahmen nach Satz 1 schließen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen mit den Stellen der Länder nach Satz 1 gemeinsame Rahmenvereinbarungen."* Auch hier hat der Gesetzgeber keine Konfliktlösungsinstrumente etabliert. Wichtige Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen und Landesbehörden bzw. Kommunalbehörden sind auch im Kontext der „*Übernahme der Krankenbehandlung für nicht Versicherungspflichtige gegen Kostenerstattung*" nach Maßgabe von § 264 SGB V vorgesehen.

Entsprechendes gilt etwa für Vereinbarungen, die zwischen den Kostenträgern und besonderen Stellen getroffen werden. Ein Beispiel hierfür findet sich ebenfalls im Präventionsrecht in § 20a Abs. 4 SGB V: „*Das Nähere über die Beauftragung der Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung nach Absatz 3, insbesondere zum Inhalt und Umfang, zur Qualität und zur Prüfung der Wirtschaftlichkeit sowie zu den für die Durchführung notwendigen Kosten, vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung erstmals bis zum 30. November 2015."* Eine Schiedseinrichtung ist nicht vorgesehen, allerdings hat der Gesetzgeber das Scheitern der Vereinbarung jedenfalls im Blick gehabt, denn es folgt: *„Kommt die Vereinbarung nicht innerhalb der Frist nach Satz 1 zustande, erbringt die Bundeszentrale für gesundheitliche Aufklärung die Leistungen nach Absatz 3 Satz 1 unter Berücksichtigung der vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 20 Absatz 2 Satz 1 festgelegten Handlungsfelder und Kriterien sowie unter Beachtung der in den Rahmenvereinbarungen nach § 20f getroffenen Festlegungen und des Wirtschaftlichkeitsgebots nach § 12."* In § 303b Abs. 4 SGB V ist im Kontext der Datenübermittlung eine Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, dem Bundesversicherungsamt und den nach § 303a Abs. 1 S. 2 SGB V bestimmten Stellen vorgesehen. § 27

---

945 Mitunter ist allerdings auch nur das Einvernehmen der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde vorgesehen – so etwa im Kontext von § 109 Abs. 1 S. 4 SGB V, wenn die Krankenkassen mit dem Krankenhausträger eine gegenüber dem Krankenhausplan geringere Bettenzahl vereinbaren wollen. Fehlt im Krankenhausplan eine abschließende Festlegung der Bettenzahl, wird diese „*im Benehmen*" mit der Landesbehörde ergänzend vereinbart.

Abs. 1a S. 6 SGB V – hier handelt es sich allerdings um einen optionalen Vertrag[946] – eröffnet die Möglichkeit einer Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den für die nationale und internationale Suche nach nichtverwandten Spendern von Blutstammzellen aus Knochenmark oder peripherem Blut maßgeblichen Organisationen.

### 4. Optionale Verträge

Einer besonderen Betrachtung bedürfen die hier so genannten optionalen Verträge. Zahllose Vereinbarungen im SGB V sind als nicht verpflichtende Verträge ausgestaltet. Der Gesetzgeber spricht die Möglichkeit einer entsprechenden Vereinbarung an und eröffnet mitunter zusätzliche Handlungsspielräume für die Beteiligten, fordert aber einen Vertragsabschluss nicht ein. Im SGB V finden sich insoweit zahlreiche Beispiele. So ermöglicht etwa § 65c Abs. 5 S. 3 SGB V während einer Übergangsphase bis zum 31. Dezember 2017 Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen und einem Land über den Prozess zur Einrichtung und Weiterentwicklung der klinischen Krebsregister. Nach § 73b Abs. 8 S. 8 SGB V können die Vertragsparteien nach Absatz 4, also die Krankenkassen und die Gemeinschaften der Ärzte,[947] vereinbaren, dass Aufwendungen für Leistungen, die über die hausärztliche Versorgung nach § 73 SGB V hinausgehen und insoweit nicht unter die Bereinigungspflicht nach Absatz 7 fallen, aus Einsparungen und Effizienzsteigerungen, die aus den Maßnahmen von Verträgen nach Absatz 4 erzielt werden, finanziert werden. Gemäß § 106c Abs. 4 SGB V können die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen mit den Kassenärztlichen Vereinigungen mit Zustimmung der für sie zuständigen Aufsichtsbehörde die gemeinsame Bildung einer Prüfungsstelle und eines Beschwerdeausschusses über den Bereich eines Landes oder einer anderen Kassenärztlichen Vereinigung hinaus vereinbaren. Mit pharmazeutischen Unternehmern können die Landesverbände und die Ersatzkassen gemäß § 130 Abs. 8a S. SGB V zur Versorgung ihrer Versicherten mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten Rabatte für die jeweils verwendeten Fertigarzneimittel vereinbaren. Nach § 130c Abs. 1 S. 1 SGB V können einzelne Krankenkassen oder ihre Verbände abweichend von bestehenden Vereinbarungen oder Schiedssprüchen nach § 130b SGB V mit pharmazeutischen Unternehmern Vereinbarungen über die Erstattung von Arzneimitteln sowie zur Versorgung ihrer Versicherten mit Arzneimitteln treffen;[948] durch eine solche kann eine Vereinbarung nach § 130b SGB V ergänzt oder ganz oder teilweise abgelöst werden. Nach § 131 SGB V können der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der pharmazeutischen Unternehmer auf Bundesebene einen Vertrag über die Arzneimittelversorgung in der gesetzlichen Krankenversicherung schließen. Auch § 135b Abs. 4 S. 1 SGB V eröffnet eine bloße Vertragsoption:

---

946 Hierzu gleich unter D. V. 4.

947 Zum Schiedswesen insoweit ausführlich unter C. II. 5. b. (3).

948 Dabei kann nach Satz 2 insbesondere eine mengenbezogene Staffelung des Preisnachlasses, ein jährliches Umsatzvolumen mit Ausgleich von Mehrerlösen oder eine Erstattung in Abhängigkeit von messbaren Therapieerfolgen vereinbart werden.

Die Kassenärztlichen Vereinigungen können mit einzelnen Krankenkassen oder mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen oder den Verbänden der Ersatzkassen unbeschadet von § 87a SGB V gesamtvertragliche Vereinbarungen schließen, in denen für bestimmte Leistungen einheitlich strukturierte und elektronisch dokumentierte besondere Leistungs-, Struktur- oder Qualitätsmerkmale festgelegt werden, bei deren Erfüllung die an dem jeweiligen Vertrag teilnehmenden Ärzte Zuschläge zu den Vergütungen erhalten. § 303 SGB V sieht ergänzende Regelungen zur Abrechnung vor, die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Verbänden der Ersatzkassen mit den Leistungserbringern oder ihren Verbänden vereinbart werden können.

Vorgesehen sind auch Vereinbarungen, die zwischen den Leistungserbringern selbst abgeschlossen werden können. So bestimmt § 130a Abs. 6 S. 3 SGB V, dass „*die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisationen der Apotheker, der pharmazeutischen Großhändler und der pharmazeutischen Unternehmer … in einem gemeinsamen Rahmenvertrag das Nähere …*“ zur Angabe der Arzneimittelkennzeichen „*regeln*“ können. In § 39 Abs. 1a S. 2 SGB V ist eine Vereinbarung zwischen Krankenhaus und Ärzten vorgesehen; hier kann vereinbart werden, dass letztere Aufgaben des Entlassmanagements wahrnehmen.

Optionale Vereinbarungen finden sich im Übrigen auch im Krankenhausfinanzierungsrecht: So bestimmt etwa § 15 S. 1 KHG, dass die Vertragsparteien nach § 18 KHG vereinbaren können, dass sich die in § 18 Abs. 2 KHG genannten Sozialleistungsträger an den Kosten der Schließung eines Krankenhauses beteiligen können.

Mitunter findet sich in den maßgeblichen Gesetzen zwar keine absolute Verpflichtung zum Vertragsabschluss, aber der Entscheidungsspielraum der Krankenkassen wird doch eingeengt. Das geschieht durch die Verwendung des Begriffs „*sollen*“. Entsprechende Formulierungen finden sich häufig mit Blick auf die vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemeinsam mit anderen abzugebenden Rahmenempfehlungen.[949] Gemäß § 112 Abs. 5 SGB V sollen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam Rahmenempfehlungen zum Inhalt der zweiseitigen Verträge nach § 115 Abs.1 SGB V abgeben; in § 115 Abs. 5 SGB V ist bestimmt: „*Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft oder die Bundesverbände der Krankenhausträger gemeinsam sollen Rahmenempfehlungen zum Inhalt der Verträge nach Absatz 1 abgeben.*“

Gerade bei dieser Formulierung im Gesetz wird nicht hinreichend klar, inwieweit der Vertrag verbindlich abzuschließen ist. Versteht man das „*sollen*“ im üblichen Sinne des Verwaltungsrechts, müsste ein entsprechender Vertrag abgeschlossen werden, wenn keine besonderen Umstände vorliegen. Vor diesem Hintergrund überrascht es dann auch nicht, wenn bezüglich der in § 6 Abs. 2 KHEntgG geregelten Vereinbarung sonstiger Entgelte für die Vergütung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden – auch hier ist von „*soll*“ die Rede – von einem schiedsstellenfähigen Rechtsanspruch des Krankenhauses auf Vereinbarung

949 Ausführlich hierzu gleich unter D. V. 5.

oder auch Festsetzung entsprechender Entgelte ausgegangen wird.[950] In § 6 Abs. 2 S. 9 KHEntgG wird das Schiedsstellenverfahren dann auch ausdrücklich erwähnt.

Angesprochen sei im Kontext der optionalen Verträge schließlich noch die Vertragskompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses, dessen Kompetenzen in den letzten Jahren zunehmend erweitert wurden. Nach § 35a Abs. 7 SGB V berät der Gemeinsame Bundesausschuss den pharmazeutischen Unternehmer im Kontext der Bewertung des Nutzens von Arzneimitteln mit neuen Wirkstoffen insbesondere zu vorzulegenden Unterlagen und Studien sowie zur Vergleichstherapie; er kann nach Satz 2 „*hierüber Vereinbarungen mit dem pharmazeutischen Unternehmer treffen.*" Nach § 35b Abs. 2 SGB V kann der Gemeinsame Bundesausschuss mit dem pharmazeutischen Unternehmer Versorgungsstudien und die darin zu behandelnden Schwerpunkte vereinbaren. In § 135e Abs. 6 SGB V ist gar ein Vertragsschluss von Herstellern und Unternehmen mit der vom Gemeinsamen Bundesausschuss beauftragten „*unabhängigen wissenschaftlichen Organisation*" nach § 135e Abs. 5 SGB V zur Übernahme der Kosten vorgesehen.

Dass der Gesetzgeber für optionale Verträge keine Konfliktlösungsinstrumente im Gesetz etabliert hat, ist naheliegend. Wenn die Vertragsparteien die Freiheit haben sollen, eine entsprechende Vereinbarung zu treffen, würde eine Festsetzung des Vertragsinhalts durch eine Schiedseinrichtung diese Freiheit beschneiden. Allerdings darf sich der Rechtsanwender bei manchem „*kann*" und erst recht bei einem „*soll*" nicht darauf verlassen, dass es sich tatsächlich um optionale Vereinbarungen handelt. Insoweit muss im Einzelfall kritisch hinterfragt werden, ob es nicht doch an einem Konfliktlösungsinstrument fehlt.[951]

### 5. Insbesondere: Rahmenvereinbarungen und -empfehlungen

Gesondert betrachtet werden sollen im vorliegenden Kontext die bereits vereinzelt angesprochen Rahmenvereinbarungen bzw. -verträge und Rahmenempfehlungen, die sich in zahlreichen Normen finden lassen. Ein Rahmenvertrag bzw. eine Rahmenvereinbarung ist schon von seiner Bezeichnung her ein Vertrag im hier relevanten Sinne;[952] aber auch eine gemeinsam abzugebende Rahmenempfehlung setzt eine Einigung der jeweils beteiligten Organisationen und damit – gleichsam unausgesprochen – einen entsprechenden Vertrag voraus.[953] Manche dieser Rahmenvereinbarungen bzw. -empfehlungen sind optional ausgestaltet, manche nicht. Und für manche sind entsprechende Konfliktlösungsinstrumente etabliert, für manche aber auch nicht.

Bevor man sich über entsprechende Regelungslücken Gedanken macht, ist allerdings jeweils genau zu klären, ob tatsächliche mehrere Parteien gemeinsam agieren oder es „nur" um die Beteiligung anderer geht. § 132d Abs. 2 SGB V verdeutlicht das Problem: Der Spitzenver-

---

950 Hierzu vgl. nur *Vollmöller* in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, § 6 KHEntgG Rn. 3.

951 Umgekehrt ließe sich natürlich aus dem Fehlen eines entsprechenden Konfliktlösungsinstruments folgern, dass keine Verpflichtung bzw. kein entsprechender Anspruch auf einen Vertragsabschluss bestehen soll.

952 Vgl. hier auch § 106b Abs. 2 SGB V: Danach „*vereinbaren*" die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen „*einheitliche Rahmenvorgaben für die Prüfungen nach Absatz 1.*"

953 Dabei dürfte die Rahmenempfehlung selbst zugleich den Vertragsschluss der Parteien darstellen, so dass auch dem Schriftformerfordernis des SGB X genügt würde.

band Bund der Krankenkassen legt gemeinsam und einheitlich unter Beteiligung der Deutschen Krankenhausgesellschaft, der Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, der Spitzenorganisationen der Hospizarbeit und der Palliativversorgung sowie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung in Empfehlungen die sächlichen und personellen Anforderungen an die Leistungserbringung, Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Fortbildung und Maßstäbe für eine bedarfsgerechte Versorgung mit spezialisierter ambulanter Palliativversorgung fest. Hier ist es der Spitzenverband Bund allein, der Empfehlungen auszusprechen hat;[954] und er kann entsprechende Empfehlungen auch entgegen der Einschätzung der zu beteiligenden anderen Organisationen aussprechen. Es dürfte ausreichend sein, wenn er die Sichtweise der anderen zur Kenntnis nimmt und berücksichtigt. Hier bedarf es also schlicht deshalb keiner Konfliktlösung, weil es schon keiner „Einigung" bedarf.

Handelt es sich allerdings um Verträge oder gemeinsam abzugebende Empfehlungen, muss die Frage möglicherweise auftretender Konflikte geregelt werden: Gemäß § 127 Abs. 6 SGB V setzt eine Schiedsperson den Inhalt der Rahmenempfehlungen fest, bei einem Streit im Kontext von § 106b Abs. 2 SGB V oder § 84 Abs. 1, 6 oder 8 SGB V[955] entscheidet das Schiedsamt nach § 89 SGB V[956] und im Rahmen von § 115a Abs. 3 S. 3 SGB V löst die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 SGB V den Konflikt. Allerdings ist auch in diesem Kontext stets zu hinterfragen, ob es sich nur um optionale Verträge handelt: Wenn etwa § 112 Abs. 5 SGB V bestimmt, dass der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft Rahmenempfehlungen zum Inhalt der Verträge nach § 112 Abs. 1 SGB V abgeben „*sollen*", bedarf es unter Umständen keiner Konfliktlösungsinstanz.

### 6. Sonstige Konfliktlösungsstrategien

Auch wenn der Gesetzgeber nicht für alle nach Maßgabe des SGB V zu schließenden Verträge entsprechende Schiedseinrichtungen für zuständig erklärt hat, bedeutet das nicht, dass nicht dennoch eine Art von Konfliktlösung etabliert wurde. Die Einschaltung des Schiedsamts, einer Schiedsstelle oder einer Schiedsperson ist eine Form der Konfliktlösung, die zunächst gleichsam innerhalb der gemeinsamen Selbstverwaltung verbleibt. Mitunter hat der Gesetzgeber aber auch die Ersatzvornahme durch staatliche Stellen vorgesehen. Ein typisches Beispiel ist insoweit § 106a SGB V, der zugleich einen weiteren Typus allgemeingültiger Regelungen benennt, der auf der Grundlage einer Vereinbarung zwischen mehreren Akteuren des Gesundheitswesens entsteht: Gemäß § 106a Abs. 3 SGB V vereinbaren die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen „*Richtlinien*"[957] zum Inhalt und zur Durchführung der Zufälligkeitsprüfungen. Die Richtlinien sind dem Bundesministerium für Gesundheit vorzulegen, das sie innerhalb von zwei Monaten beanstanden kann. Werden mögliche Beanstandungen nicht innerhalb einer vom Minis-

---

954 So auch *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132d Rn. 14.

955 Hierzu *Düring/Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 75 m.w.N.

956 Als nicht hilfreich erweist sich hier, dass in manchen Absätzen § 89 SGB V explizit in Bezug genommen wird, in anderen dagegen nicht.

957 Nur am Rande sei bemerkt, dass dieser Begriff im SGB V wegen ihrer besonderen Bedeutung den Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses vorbehalten sein sollte.

terium gesetzten Frist behoben oder kommen die Richtlinien gar nicht zustande, kann das Bundesministerium für Gesundheit diese selbst erlassen. Eine entsprechende Regelung findet sich in § 106d Abs. 6 SGB V; hier geht es um die Richtlinien zum Inhalt und zur Durchführung der Prüfungen nach den Absätzen 2 und 3 der Norm. Auch im Kontext von § 293 SGB V hat der Gesetzgeber eine Ersetzung durch ein Bundesministerium vorgesehen: Nach § 293 Abs. 2 SGB V haben die Mitglieder der in § 293 Abs. 1 SGB V genannten Arbeitsgemeinschaft mit den Spitzenorganisationen der Leistungserbringer „*Art und Aufbau der Kennzeichen und das Verfahren der Vergabe und ihre Verwendung*" zu vereinbaren; gelingt das nicht, kann gemäß Absatz 3 das Bundesministerium für Arbeit und Soziales das Nähere durch Rechtsverordnung regeln.

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 268 Abs. 3 S. 10 ff. SGB V: Hier geht es um die Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleichs. In diesem Kontext sind zahlreiche Vereinbarungen zu treffen. Kommen diese nicht zustande, „*bestimmt das Bundesministerium für Gesundheit bis zum 30. Juni 2002 in der Rechtsverordnung nach § 266 Abs. 7 das Nähere über das Verfahren.*" Hier geht es nicht um Richtlinien, sondern um Vereinbarungen – und das Ministerium hat kein Ermessen.

Die Ersatzvornahme stellt ihrerseits ein Konfliktlösungsinstrument dar. Auch auf diesem Weg wird sichergestellt, dass aus Sicht des Gesetzgebers wichtige Regelungen, die er zunächst in die Hände der jeweils maßgeblichen Akteure gelegt hat, im Streitfall doch geschaffen werden können. Selbst innerhalb der Konfliktlösung durch eine Schiedseinrichtung sind entsprechende Maßnahmen möglich – man denke hier nur an § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V.[958] Dabei handelt es sich zumeist nicht um eine Aufsichtsmaßnahme der staatlichen Behörde, denn ein aufsichtsrechtliches Einschreiten würde eine Rechtsverletzung voraussetzen – und diese dürfte beim Nichtzustandekommen einer Einigung gerade nicht vorliegen.[959]

## 7. Fazit

Für einen Großteil der im Gesetz vorgesehenen Verträge hat der Gesetzgeber zugleich entsprechende Konfliktlösungsinstrumente etabliert. Mitunter sind diese nicht auf den ersten Blick erkennbar – das ist vor allem der Generalklausel des § 89 Abs. 1 SGB V geschuldet:[960] Bei zahlreichen Verträgen handelt es sich um „*Verträge über die vertragsärztliche Versorgung*", so dass das Schiedsamt den Konflikt löst.

Bei nur optionalen Verträgen ist eine Konfliktlösung eigentlich nicht erforderlich. Für die meisten ist dementsprechend kein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen. Wenn trotz einer „kann-Regelung" dennoch eine Schiedseinrichtung für den Konfliktfall benannt wird, ist das ein Hinweis darauf, dass doch ein Anspruch auf den Vertragsabschluss bestehen soll.

Mitunter hat sich der Gesetzgeber für eine Ersatzvornahme durch die staatliche Verwaltung als Konfliktlösung entschieden.

---

958 Hier erfolgt eine Festsetzung des Vertragsinhalts durch die Aufsichtsbehörde, wenn das Schiedsamt den Vertragsinhalt nicht festsetzt.

959 Ausführlich zur Bedeutung der Rechtsaufsicht vgl. unter H. I. 2.

960 Hierzu oben C. II. 2. d.

## VI. Im Besonderen: Die Tätigkeit der Schiedspersonen

### 1. Allgemeines

Einer genaueren Betrachtung bedarf im Rahmen dieser ersten Analyse der bestehenden Konfliktlösungsstrategien die Tätigkeit der Schiedspersonen – scheinen diese doch in einem gleichsam rechtsfreien Raum zu agieren. Angesichts der Leitidee des Gesetzgebers, eine unbürokratische und zügige Konfliktlösung zu schaffen, kann es allerdings nicht überraschen, dass auch die entsprechenden gesetzlichen Vorgaben eher kursorisch erscheinen. Das ist insbesondere angesichts der Grundrechtsrelevanz der zu treffenden Entscheidungen nicht unbedenklich; zugleich eröffnet der Einsatz von Schiedspersonen in der Tat eine Form der Konfliktlösung, die gerade bei einer Vielzahl zu berücksichtigender Interessen interessant sein könnte.

Beim Einsatz von Schiedspersonen als Konfliktlösungsinstrument folgt das SGB V einem stets identischen Grundmuster. Der Gesetzgeber verpflichtet in einer Norm mehrere Beteiligte zu einer einvernehmlichen Regelung. Dabei geht es in erster Linie um individuell zu schließende Verträge zwischen Leistungsträger[961] und Leistungserbringern[962] über Art, Umfang sowie die Vergütung der zu erbringenden Leistungen – so etwa im Fall der §§ 39a Abs. 1 S. 11, 73b Abs. 4a, 125 Abs. 2, 132 Abs. 1, 132a Abs. 4, 132b Abs. 2, 132d Abs. 1 oder 132e SGB V. Jenseits dieser gleichsam klassischen Vertragskonstellation im Leistungserbringungsrecht gibt es aber auch andere Erfordernisse gemeinsamen Handelns, die im Konfliktfall durch eine Schiedsperson ersetzt werden. So wird auf Bundesebene vor allem der Spitzenverband Bund der Krankenkassen verpflichtet, gemeinsam mit den maßgeblichen Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene so genannte Rahmenempfehlungen abzugeben – diese Konstellation findet sich etwa in § 125 Abs. 1 SGB V. Diese Rahmenempfehlungen, denen allerdings im Regelfall[963] keine rechtliche Bindungswirkung zukommt,[964] schaffen eine Art „normative Brücke" zwischen dem Gesetz und dem Verwaltungsvollzug,[965] die eine möglichst einheitliche Handhabung des Gesetzesvollzugs sicherstellen sollen. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen schließt aber auch rechtsverbindliche Verträge – so ist er es, der gemeinsam mit anderen Organisationen die konkrete Höhe der Meldevergütung nach § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V zu vereinbaren hat. Schließlich geht es um Vereinbarungen unter den Leistungsträgern selbst, wie sie etwa in § 211 Abs. 4 SGB V vorgesehen ist. In all diesen Fallgestaltungen besteht eine gesetzliche Verpflichtung zu einem gemeinsamen Handeln mit der Konsequenz, dass im Fall der Nichteinigung ein Konfliktlö-

---

961 Mitunter können hierbei auch die Landesverbände der Krankenkassen agieren (vgl. nur § 132e Abs. 1 SGB V).

962 Neben verschiedensten Leistungserbringern (vgl. etwa § 132e Abs. 1 SGB V), können auch Zusammenschlüsse von Leistungserbringern Vertragspartner sein (vgl. insoweit etwa § 125 Abs. 2 SGB V).

963 Allerdings gibt es durchaus Fallgestaltungen, in denen der Gesetzgeber die Verbindlichkeit entsprechend anordnet, so bestimmt etwa § 125 Abs. 1 S. 8 SGB V, dass der Inhalt der Rahmenempfehlungen jedenfalls teilweise „*den Verträgen nach Absatz 2 zugrunde zu legen*" ist.

964 Vgl. nur *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125 Rn. 2; *Luthe* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 125 Rn. 7; *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 125 Rn. 10.

965 So *Seewald*, SGb 2017, S. 361, 366 – allerdings bezogen auf Verwaltungsanweisungen und Verträge.

sungsinstrument erforderlich wird. Auch im Kontext von § 127 Abs. 1 SGB V, der den Leistungsträgern in seinem Satz 1 lediglich ein bestimmtes rechtliches Instrumentarium[966] zur Verfügung stellt, das sie nutzen können, um die entsprechende Versorgung der Versicherten sicherzustellen, besteht eine rechtliche Verpflichtung – nämlich die des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene zur Abgabe von Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen für entsprechende Verträge.[967]

## 2. Gesetzliche Implementierung des Konfliktlösungsinstruments

Der Zwang zur Einigung begründet damit das Erfordernis der Etablierung eines Konfliktlösungsinstruments. Das Konfliktlösungsinstrument „Schiedsperson" hat der Gesetzgeber dabei in fast allen Fällen selbst im Gesetz verankert: In jeder der eben betrachteten Normen, die die Verpflichtung zu einem einvernehmlichen Handeln begründet, hat der Gesetzgeber zugleich die Konfliktlösung durch eine Schiedsperson vorgesehen. Die typische Formulierung geht dabei vom Fall der Nichteinigung aus und sieht dann die Festlegung der eigentlich durch die Verhandlungspartner zu treffenden Regelung durch eine von diesen – wiederum gemeinsam – zu bestimmende Schiedsperson vor. Scheitert diese Bestimmung, erfolgt die Bestimmung der Schiedsperson stets durch die für die Leistungsträger zuständige Aufsichtsbehörde.

Lediglich § 39a Abs. 1 SGB V ist insoweit anders konzipiert. Hier wurde die Schiedsperson nicht durch den Gesetzgeber selbst etabliert; vielmehr bestimmt § 39a Abs. 1 S. 11 SGB V, dass in den individuellen Verträgen zwischen Krankenkassen und Hospizen „*im Falle von Nichteinigung eine von den Parteien zu bestimmende unabhängige Schiedsperson den Vertragsinhalt festlegt.*" Das Bundessozialgericht hatte dieser besonderen gesetzlichen Ausgestaltung des Schiedsverfahrens in einer Entscheidung zu § 132a SGB V a.F.[968] maßgebliche Bedeutung beigemessen: In einer solchen Konstellation handele es sich um ein „*vertragliches Schiedsverfahren*", denn es sei „*in den Verträgen*" zu regeln.[969] Die Schiedsperson erhalte ihre Entscheidungsmacht deshalb unmittelbar von den Vertragsparteien, was – und darum ging es letztlich – gegen die Verwaltungsaktqualität der von der Schiedsperson zu treffenden Entscheidung spräche.[970] Diese vom Bundessozialgericht vorgenommene und in dogmatischer Hinsicht durchaus feinsinnige Unterscheidung zwischen „gesetzlichem" und „vertraglichem" Schiedsverfahren hat – sofern man ihr denn überhaupt folgen will[971] – jenseits prozessualer Fragen in rechtlicher Hinsicht jedoch keinerlei Konsequenzen.[972] In beiden Fallgestaltungen wird im Fall fehlender Einigung der Inhalt der Vereinbarung durch eine Schiedsperson festgelegt. Die Existenz einer Schiedsperson ist gesetzlich vorgegeben – in dem einen Fall wird sie in der maßgeblichen Norm direkt etabliert; im anderen Fall besteht die gesetzliche Verpflichtung der Vertragsparteien, in den Verträgen mit den Leistungserbringern eine Kon-

966 So treffend *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 127 Rn. 10.
967 Vgl. § 127 Abs. 1a SGB V.
968 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 23.
969 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 23.
970 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 22 f.
971 Zu grundlegender Kritik vgl. unten D. VI. 11.
972 Vgl. auch *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 239.

fliktlösung durch eine Schiedsperson vorzusehen. Das in § 39a Abs. 1 S. 11 SGB V gewählte „vertragliche Schiedsverfahren" ist allerdings schon deshalb wenig gelungen, weil die Verträge, in denen ja „auch" das Konfliktlösungsinstrument Schiedsperson geregelt werden soll, im Streitfall ja gar nicht zustande kommen – und eine Art „Rumpfvertrag", der nur ein Schiedsverfahren regelt, macht in dieser Situation keinen Sinn.[973]

### 3. Zur Einigung der Verhandlungspartner über die Schiedsperson

Die in den maßgeblichen Normen geforderte gemeinsame Bestimmung einer Schiedsperson durch die Verhandlungspartner erfordert den Abschluss eines entsprechenden öffentlich-rechtlichen Vertrags im Sinne von § 53 SGB X zwischen den gleichgeordneten Parteien; es handelt sich also um einen so genannten koordinationsrechtlichen Vertrag,[974] der gemäß § 56 SGB X schriftlich abzuschließen ist und im Übrigen – soweit keine Nichtigkeit nach Maßgabe von § 58 SGB X vorliegt – nur unter den in § 59 SGB X genannten Voraussetzungen angepasst oder gekündigt werden kann. Selbstverständlich aber ist es den Vertragsparteien unbenommen, den geschlossenen Vertrag aufzuheben und sich einvernehmlich auf eine neue Schiedsperson zu verständigen.

Die Bestimmung der Schiedsperson erfolgt grundsätzlich jeweils für ein konkretes Verfahren. Sobald der Inhalt des Vertrags oder der Rahmenempfehlung von der Schiedsperson festgelegt wurde, endet ihr Amt gleichsam automatisch. Es gibt also – anders als bei den Schiedsämtern oder den Schiedsstellen – keine Institution „Schiedsperson", die auf Dauer und unabhängig davon existiert, ob aktuell ein Bedarf für ihren Einsatz besteht.[975] Mitunter allerdings hat der Gesetzgeber die Möglichkeit eröffnet, eine Schiedsperson für mehrere Verfahren zu bestimmen.[976] Auch wenn das Gesetz diese Möglichkeit nicht ausdrücklich vorsieht, bestehen insoweit keine Bedenken.[977] Selektivverträge, wie sie etwa im Rahmen von § 73b SGB V geschlossen werden, werden auch nicht deshalb zu Kollektivverträgen, weil ihr Inhalt von derselben Schiedsperson festgesetzt wird.[978]

### 4. Zur Qualifikation der Schiedsperson

Während Schiedsstellen schon aufgrund der Mitwirkung der „parteiischen" Vertreter in gewisser Weise „sachnah" besetzt sind, scheint das bei einem Schiedsverfahren, das durch eine Schiedsperson durchgeführt wird, keinesfalls selbstverständlich. Über die Qualifikation der Schiedsperson sagt das Gesetz nämlich schlicht nichts – durchgehend gefordert wird lediglich ihre „Unabhängigkeit". Diese Eigenschaft liegt aber gleichsam in der Natur eines

---

973 Zu dieser Problematik auch *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 240 m.w.N.

974 Hierzu *Tapper/Nielsson* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 53 Rn. 28 ff.

975 Das Bundessozialgericht spricht davon, dass die „*Funktion als Schiedsperson … an die Person des Berufenen gebunden*" sei (BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 23).

976 Vgl. § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V – Bestellung für einen Zeitraum von bis zu 4 Jahren.

977 So zu Recht LSG für das Land Nordrhein-Westfalen – L 11 KA 61/10 B, Rn. 57.

978 LSG für das Land Nordrhein-Westfalen – L 11 KA 61/10 B, Rn. 57.

Schiedsverfahrens begründet: Die Entscheidung muss interessenneutral erfolgen. Die jeweilige Person muss in der Lage sein, das Verfahren neutral und ausgewogen zu führen, um divergierende Interessen auszugleichen.[979] Die Verhandlungspartner werden sich also nur auf eine Person einigen können, die keine besondere Nähe zu einer Seite aufweist. Dass eine Schiedsperson auch ohne ausdrückliche Erwähnung jedenfalls fachlich geeignet sein muss, ergibt sich letztlich aus den gesetzlichen Vorgaben an das Auswahlermessen bei der Benennung der Schiedsperson: Da sie für die Versorgung der Versicherten maßgebliche Festlegungen vornimmt, muss sie jedenfalls mit „*Bedeutung, Funktion und Struktur*" der gesetzlichen Krankenversicherung vertraut sein.[980]

### 5. Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde

In faktisch allen Normen des SGB V, die ein Schiedsverfahren durch Einsatz einer Schiedsperson normieren, ist vorgesehen, dass im Fall der fehlenden Bestimmung dieser Schiedsperson durch die Verhandlungsparteien selbst die für die Leistungsträgerseite zuständige Aufsichtsbehörde die Schiedsperson bestimmt.[981] Lediglich in § 211 Abs. 4 SGB V findet sich keine entsprechende Regelung; hier bleibt offen, wie zu verfahren ist, wenn die Landesverbände sich nicht auf eine Schiedsperson einigen können.
Die Aufsichtsbehörde hat kein Entschließungsermessen, sondern nur ein Auswahlermessen.[982] Es handelt sich bei der Bestimmung um eine Art Ersatzvornahme[983] – die Entscheidungskompetenz der Verhandlungsparteien geht auf die Aufsichtsbehörde über.[984] Ebenso wie im Fall der einvernehmlichen Benennung durch die Verhandlungspartner erfolgt die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde grundsätzlich für ein konkretes Verfahren und nicht auf Dauer.[985] Die Aufsichtsbehörde hat ihre Entscheidung danach auszurichten, welche Person das mit dem Schiedsverfahren verfolgte Ziel – sachgerechte und schnelle Beendigung des vertragslosen Zustands – am ehesten erreichen kann. Wenn beide Seiten entsprechende Personen vorschlagen, kann es sich förmlich „*aufdrängen, dass sich diese Ziele am ehesten durch eine dritte Person erreichen lassen*".[986]

Die durch die Aufsichtsbehörde bestimmte Schiedsperson kann nicht einvernehmlich von den Verhandlungsparteien abberufen werden; diese Möglichkeit hat – bei Vorliegen entsprechender Gründe[987] – nur die Aufsichtsbehörde selbst.

---

979 So LSG für das Land Nordrhein-Westfalen – L 11 KA 61/10 B, Rn. 48.

980 So zu Recht LSG für das Land Nordrhein-Westfalen – L 11 KA 61/10 B, Rn. 48.

981 In sprachlicher Hinsicht variiert das Gesetz mitunter: Während etwa in § 65c Abs. 9 SGB V bezogen auf den Spitzenverband Bund der Krankenkassen ausdrücklich das Bundesministerium für Gesundheit genannt wird, spricht § 125 Abs. 1 SGB V von der insoweit zuständigen Aufsichtsbehörde.

982 Vgl. insoweit LSG für das Land Nordrhein-Westfalen vom 28.12.2010 – L 11 KA 58/19 B ER, Rn. 45 ff.

983 Allerdings geht es hierbei nicht um eine Maßnahme im Rahmen der staatlichen Aufsicht (vgl. hierzu H. I. 2.).

984 Zur Aufsicht vgl. § 90 SGB IV.

985 Zur Erledigung der Bestimmung der Schiedsperson auch BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 19.

986 Zur Ausübung des Auswahlermessens insoweit LSG Berlin-Brandenburg v. 18.1.2013 – L 1 KR 341/11, Rn. 61.

987 *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 252.

## 6. Einleitung des Schiedsverfahrens

Die Schiedsperson wird tätig, wenn die nach dem Gesetz erforderliche Einigung nicht zustande kommt. Dabei reicht eine teilweise Nichteinigung aus; trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlauts der einschlägigen Normen wird man davon ausgehen müssen, dass die Schiedsperson lediglich die noch streitigen Punkte anstelle der Verhandlungsparteien festlegt. Über welche Punkte die Schiedsperson zu entscheiden hat, hängt also davon ab, in wie vielen Punkten sich die Verhandlungspartner selbst nicht einigen konnten. Die Forderung nach einem – möglicherweise auch ernsthaften – Einigungsversuch[988] liegt nahe; ob sie vom Gesetzeswortlaut gedeckt ist, dürfte in Anbetracht von dessen Vagheit fraglich sein.

Das Schiedsverfahren beginnt damit gleichsam von Amts wegen, sobald die Schiedsperson durch die Verhandlungspartner benannt oder durch die Aufsichtsbehörde bestimmt worden ist. Ein Antragserfordernis besteht in der Regel nicht; lediglich im Rahmen von § 73b SGB V kann – und muss – die Gemeinschaft der an der hausärztlichen Versorgung teilnehmenden Allgemeinärzte „*die Einleitung eines Schiedsverfahrens nach Absatz 4a beantragen*".[989] Die Leistungsträger sind insoweit auf die Mitwirkung der Ärzte angewiesen; angesichts ihres Sicherstellungsauftrags ist das nicht unproblematisch.[990]

## 7. Ablauf des Schiedsverfahrens

Auffallend ist, dass das Gesetz auch hinsichtlich der konkreten Durchführung des Schiedsverfahrens keinerlei Vorgaben macht. Es existiert auch kein untergesetzliches Recht, wie es für die Schiedsämter und Schiedsstellen maßgeblich ist. Auch das Sozialverwaltungsverfahrensgesetz ist jedenfalls nach Ansicht des Bundessozialgerichts auf das Schiedsverfahren in Form der Schiedsperson nicht anwendbar – es handelt sich danach nicht um ein Verwaltungsverfahren im Sinne von § 8 SGB X. In Konsequenz dessen gilt auch der in § 20 SGB X normierte Untersuchungsgrundsatz nicht; die Beteiligten sind demnach gehalten, die relevanten Aspekte im Schiedsverfahren selber einzubringen. Die auch in rechtsstaatlicher Hinsicht bedeutsame Frage der Unbefangenheit der Entscheider – vgl. hierzu §§ 16, 17 SGB X – stellt sich allerdings unabhängig von der Geltung des SGB X.[991] Die Frage dürfte sich häufig bereits bei der Benennung oder Bestellung der Schiedsperson stellen; sollte die Befangenheit der Schiedsperson aber erst im Schiedsverfahren gerügt werden, muss die Schiedsperson selbst über diesen Antrag entscheiden. Das ist wenig befriedigend, angesichts der Möglichkeit des gerichtlichen Rechtsschutzes gegen die sachliche Entscheidung der Schieds-

---

988 *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 240.

989 Hierzu *Adolf* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 73b Rn. 70 ff. Zum alten Recht *von Alemann/Scheffczyck*, NZS 2012, S. 45.

990 Der Gesetzgeber selbst wollte allerdings die Interessen der Ärzte gegenüber den – vermeintlich nicht kooperationswilligen – Krankenkassen schützen (BT-Drs. 16/10609, S. 66).

991 Die Unbefangenheit des Entscheiders stellt – auch jenseits der normativen Grundlagen des SGB X – einen grundlegenden Aspekt jedes fairen Verfahrens dar (hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 262).

person auch unter dem Gesichtspunkt der Rechtsschutzgarantie aber wohl noch hinnehmbar.[992]

Im Übrigen sind die Verhandlungspartner frei, sich bezogen auf das Verfahren entsprechend zu vereinbaren;[993] gegebenenfalls ist es aber Aufgabe der Schiedsperson selbst, das Verfahren auszugestalten.[994]

Die Schiedsperson ist an die Anträge der Verhandlungsparteien, also gleichsam den Streitgegenstand, gebunden.[995] Da die Verhandlungsparteien ihre Dispositionsfreiheit nicht verlieren, können sie sich auch nach Benennung der Schiedsperson, während des Schiedsverfahrens – und sogar noch nach dessen Abschluss –, noch einigen und so eine eigene Regelung herbeiführen.

## 8. Kosten des Schiedsamtverfahrens

Einen – praktisch durchaus bedeutsamen – Aspekt des Verfahrens hat der Gesetzgeber – außer in § 211 SGB V – für alle Konstellationen des Schiedsamtsverfahrens geregelt: Die Kosten des Schiedsverfahrens tragen die Verhandlungsparteien je zur Hälfte bzw. zu gleichen Teilen;[996] in § 110 Abs. 1 SGB V wird an die landesweite Anzahl der Versicherten angeknüpft.[997]

## 9. Zur Wirkung des Schiedsspruchs

Da die Schiedsperson anstelle der Verhandlungsparteien eine inhaltliche Entscheidung trifft, sind diese daran zunächst gebunden.[998] Der Schiedsspruch hat insoweit die Wirkungen einer entsprechenden Vereinbarung. Er wirkt im Übrigen auch gegenüber Dritten, wenn dies im Fall der einvernehmlichen Regelung durch die Parteien so gewesen wäre,[999] hat also gegebenenfalls normative Wirkung. Auch die Aufsichtsbehörde hat keine Möglichkeit, den von der Schiedsperson getroffenen Schiedsspruch zu beanstanden. Die Schiedsperson ist jedenfalls nach überwiegender Auffassung keine Behörde und die Aufsichtsbehörde, deren Aufgabe auf die Bestimmung der Person beschränkt ist, hat ansonsten keinerlei Aufsichtsbefugnisse.[1000]

---

992 Zur entsprechenden Anwendung von § 44a VwGO – heute existiert mit § 56a SGG eine eigenständige Regelung für das Sozialrecht – in dieser Konstellation auch LSG Baden-Württemberg v. 12.11.2010 – L 5 KA 4293/10 ER-B.

993 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 257.

994 Unabdingbar dürfte die Mitteilung der Verhandlungsparteien über den noch bestehenden Dissens sein; wünschenswert ist sicherlich auch jedenfalls eine mündliche Anhörung.

995 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 258.

996 *Zuck* hält eine derart unbestimmte Regelung angesichts der häufig nur begrenzten wirtschaftlichen Möglichkeiten der Leistungserbringer für rechtsstaatswidrig (NZS 2014, S. 401, 403).

997 Denkbare Kosten resultieren hierbei vor allem aus der Vergütung, die der Schiedsperson gezahlt wird.

998 Zum Rechtsschutz sogleich unter D. VI. 10.

999 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 272.

1000 *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 277. Es wäre an eine Weisung an die Krankenkasse zu denken, den Schiedsspruch gerichtlich anzufechten.

## 10. Rechtsschutz im Schiedsamtsverfahren

Unterschiedlich ausgestaltet sind in den Normen des SGB V, die als Konfliktlösungsinstrument eine Festlegung des Inhalts der Vereinbarung durch eine Schiedsperson vorsehen, die Aussagen zum Rechtsschutz. Hierbei sind zwei Ebenen zu trennen: Zum einen stellt sich die Frage, ob die Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde gerichtlich überprüft werden kann; zum anderen geht es um die gerichtliche Kontrolle der Entscheidung der Schiedsperson selbst.

### a. Zum Rechtsschutz gegen die Bestimmung der Schiedsperson

Die in den maßgeblichen Normen fast durchweg vorgesehene Bestimmung der Schiedsperson durch die Aufsichtsbehörde stellt sich gegenüber den Verhandlungsparteien als Verwaltungsakt dar. Die Aufsichtsbehörde bestimmt anstelle der Parteien – im Wege einer Art von Ersatzvornahme – die Schiedsperson für das konkrete Verfahren. Sie tut dies hoheitlich, mit Rechtswirkung nach außen und zur Regelung eines Einzelfalls als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X.[1001] Ein Verwaltungsakt kann grundsätzlich mit Widerspruch und Klage angegriffen werden; allerdings ist die Vorverfahrenspflicht nach § 78 Abs. 1 S. 2 SGG in den dort genannten Konstellationen entbehrlich, ein Widerspruch damit unstatthaft. Die Verhandlungspartei, die mit der Bestimmung der Schiedsperson nicht einverstanden ist, könnte also direkt Anfechtungsklage beim zuständigen Sozialgericht[1002] erheben,[1003] das die Entscheidung der Aufsichtsbehörde als Ermessensentscheidung nach Maßgabe von § 54 Abs. 2 S. 2 SGG allerdings nur beschränkt überprüfen kann.

Da sich der durch die Aufsichtsbehörde erlassene Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Schiedsperson erledigt und die Anfechtungsklage unzulässig wird,[1004] kommt dem einstweiligen Rechtsschutz maßgebliche Bedeutung zu. Die Anfechtungsklage gegen die Bestimmung der Schiedsperson hat nach der Grundsatzregelung des § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung; etwas anderes gilt aber gemäß § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG in „*anderen durch Bundesgesetz vorgeschriebenen Fällen.*“ Bezogen auf diesen Aspekt sind die vierzehn Vorschriften des SGB V, die eine Entscheidung durch eine Schiedsperson vorsehen, unterschiedlich ausgestaltet. Während §§ 39a, 125 Abs. 1, 127, 132, 132a, 132b, 132d, 132e, 132g und 211 SGB V zu diesem Thema keine Aussage treffen, ist in §§ 65c, 73b, 110 und 125 Abs. 2 SGB V ausdrücklich bestimmt, dass Rechtsmittel gegen die Bestimmung der Aufsichtsperson keine aufschiebende Wirkung haben.[1005] Es drängt sich die Frage auf, warum der Gesetzgeber hier eine Differenzierung vorgenommen hat; auf Anhieb erschließt sich diese unterschiedliche Ausgestaltung jedenfalls nicht. Angesichts der Zielsetzung des

---

1001 Ausführlich hierzu BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13, Rn. 16.

1002 Für entsprechende Gerichtsverfahren besteht keine erstinstanzliche Zuständigkeit der in § 29 SGG genannten Landessozialgerichte. § 29 Abs. 2 Nr. 2 SGG ist nicht einschlägig, weil die Aufsichtsbehörde bei der Bestimmung der Schiedsperson keine Aufsicht im Rechtssinn ausübt (hierzu BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13, Rn. 13 f.). Zwar besteht eine Nähe zu den in § 29 Abs. 2 Nr. 1 und Abs. 4 SGG genannten Gerichtsverfahren; die Schiedsperson ist aber eben keine der dort genannten Stellen.

1003 § 56a SGG dürfte vorliegend nicht einschlägig sein, weil es sich nicht nur um eine Verfahrenshandlung im Sinne der Norm handelt (hierzu *Keller* in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, § 56a Rn. 3 ff.).

1004 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 249.

1005 In § 125 Abs. 2 SGB V ist die Rede von „*Widerspruch und Klage.*“

Schiedsverfahrens in Form der Entscheidung durch eine Schiedsperson, den vertragslosen Zustand möglichst zügig zu beenden, erschiene es sachgerechter, die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Bestimmung der Schiedsperson in allen entsprechenden Verfahren auszuschließen – bestünde doch andernfalls die Gefahr eines jahrelangen vertragslosen Zustands, der die Funktionsfähigkeit des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung gefährdet.

Auf der anderen Seite darf nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Rechtsstellung der Vertragsparteien erheblich geschwächt wird. Nach Ansicht des Bundessozialgerichts wird eine Anfechtungsklage mit Wirksamwerden des Schiedsspruchs unstatthaft, weil sich der Verwaltungsakt „Bestimmung der Schiedsperson" erledigt hat und auch kein Fortsetzungsfeststellungsinteresse besteht.[1006] Der Verwaltungsakt kann nach dem Schiedsspruch nicht mehr aufgehoben werden, und der von der durch die Aufsichtsbehörde bestimmten Schiedsperson getroffene Schiedsspruch bleibt bestehen.[1007] Der effektive Rechtsschutz wird also – trotz der durch § 86a Abs. 3 SGG jedenfalls theoretisch bestehenden Möglichkeit der Aussetzung der Vollziehung – erheblich beeinträchtigt. Das lässt sich tatsächlich nur mit den *gewichtigen öffentlichen Interessen*" am gesetzlich geforderten Vertragsabschluss rechtfertigen.[1008]

### b. Rechtsschutz gegen die inhaltliche Entscheidung der Schiedsperson

Es liegt in der Natur des Schiedsverfahrens, dass nicht immer beide Seiten mit der Entscheidung der Schiedsperson einverstanden sind. Ein Schiedsverfahren dient zwar auch der Schlichtung in dem Sinne, dass es vorrangig darum gehen sollte, doch noch eine Einigung zwischen den Verhandlungspartnern herbeizuführen[1009] – und das gilt trotz fehlender ausdrücklicher Regelung auch für das Tätigwerden der Schiedsperson.[1010] Das gelingt aber nicht immer – und dann muss die Schiedsperson anstelle der Parteien eine inhaltliche Entscheidung treffen. Wenn diese nicht von beiden als Kompromisslösung akzeptiert wird, stellt sich die Frage nach dem Rechtsschutz der Parteien.

Zuständig für eine entsprechende Klage sind die Sozialgerichte. Die statthafte Klageart hängt vom Rechtscharakter der Entscheidung ab, die die Schiedsperson getroffen hat. Nur wenn es sich um einen Verwaltungsakt handelt, wäre die Anfechtungsklage nach § 54 Abs. 1 S. 1 1. Var. SGG statthaft. Es war lange umstritten, ob die seit 2003 im SGB V etablierten Schiedspersonen Verwaltungsakte erlassen.[1011] Die Einschätzung der Instanzgerichte war alles andere als einheitlich,[1012] was auch mit Formulierungen im Gesetz zu tun hatte, die ursprünglich die aufschiebende Wirkung der Klage gegen die Festlegung des Vertragsinhalts

---

1006 BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 15 ff.

1007 Das Bundessozialgericht beruft sich insoweit hier auf einen „*allgemeinen Grundsatz*" (v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 22).

1008 BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 30. Nur am Rande sei bemerkt, dass sich vergleichbare Probleme auch bei anderen Schiedseinrichtungen stellen: Mitunter wird auch der unparteiische Vorsitzende einer Schiedsstelle durch eine staatliche Behörde bestimmt (vgl. etwa § 111b Abs. 1 SGB V oder § 114 Abs. 2 SGB V).

1009 Zur Schiedsstelle nach § 114 SGB V vgl. etwa § 10 Abs. 1 der Hamburgischen Landesschiedsstellenverordnung.

1010 Vgl. hierzu auch BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 37.

1011 *Schnapp,* NZS 2010, S. 241, 245 m.w.N.

1012 Hierzu BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 28 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

durch die Schiedsperson ausschlossen. Eine entsprechende Regelung macht nur Sinn, wenn es sich bei der Entscheidung um einen Verwaltungsakt handelt – denn nur Widerspruch und Klage gegen einen Verwaltungsakt haben gemäß § 86a Abs. 1 SGG aufschiebende Wirkung, die es nach § 86 Abs. 2 SGG auszuschließen gälte.[1013] Für die in § 132a Abs. 2 SGB V a.F. normierte Schiedsperson hatte das Bundessozialgericht bereits im Jahr 2010 entschieden, dass der Schiedsspruch einer Schiedsperson zur Vergütung von Leistungen der häuslichen Krankenpflege kein Verwaltungsakt, sondern eine nach billigem Ermessen zu treffende öffentlich-rechtliche Leistungsbestimmung eines Vertragshelfers analog § 317 BGB sei.[1014] Im Jahr 2015 erging dann eine sehr ausführliche Entscheidung zur Schiedsperson nach § 73b SGB V: Auch der Schiedsspruch, mit dem eine Schiedsperson den Inhalt eines Vertrags zur hausarztzentrierten Versorgung festsetzt, ergehe nicht als Verwaltungsakt.[1015] Die Schiedsperson sei keine Behörde; auch hier agiere sie vielmehr als Verwaltungshelfer entsprechend § 317 BGB.[1016] Die Konsequenzen dieser – durchaus kritikwürdigen – Rechtsprechung[1017] für die statthafte Klageart werden unterschiedlich beurteilt: Während der 3. Senat des Bundessozialgerichts im Jahr 2010 eine Ersetzungsklage nach § 132a Abs. 2 S. 6 SGB V a.F. i.V.m. § 69 Abs. 1 S. 3 SGB V und §§ 317 Abs. 1, 319 Abs. 1 S. 2 BGB als Sonderform der Leistungsklage nach § 54 Abs. 4 SGG für statthaft hielt,[1018] plädiert der 6. Senat in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2015 zur Feststellungsklage nach § 55 Abs. 1 SGG – Gerichte könnten keine „*umfassenden Vertragswerke festsetzen, Regelungen über den Datenaustausch formulieren und die Beziehungen der Partner der Verträge untereinander vollständig regeln …*".[1019] Mit Entscheidung vom 23.6.2016[1020] hat der 3. Senat noch einmal sehr ausführlich zur statthaften Klageart Stellung bezogen. Man hält zwar grundsätzlich an der Ersetzungsklage fest, betont aber nunmehr: „*Als weitere Voraussetzung der Begründetheit der Ersetzungsklage muss das Gericht jedoch die Ersatzleistungsbestimmung durch Urteil vornehmen können.*"[1021] Ist das nicht möglich, weil es an einer „*geklärten Tatsachengrundlage*" fehlt, sei die Ersetzungsklage zwar zulässig, aber unbegründet; dann käme allenfalls eine Feststellungsklage in Betracht, mit der der Kläger die Unbilligkeit des Schiedsspruchs geltend machen könne.[1022]

Zu all dem trifft das Gesetz keine Aussage – das wäre allerdings auch unüblich. Die Rechtsqualität einer angegriffenen Maßnahme ist stets nach allgemeinen Grundsätzen – vor allem

---

1013 Zum vergleichbaren Problem im Kontext der Schaffung der Schlichtungsausschüsse nach § 17c Abs. 4 KHG a.F. *Felix*, SGb 2015, S. 241.

1014 Ausführlich hierzu BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 22 ff. Dabei stützt das Gericht seine Einschätzung allerdings auch auf die – wenig überzeugende – Unterscheidung von vertraglichem und gesetzlichem Schiedsverfahren.

1015 BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 25 ff.

1016 BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 25.

1017 Hierzu ausführlich unter D. VI. 11.

1018 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 30.

1019 BSG v. 25.3.2015 – B 6 KA 9/14 R, Rn. 50.

1020 B 3 KR 26/15 R.

1021 BSG v. 23.6.2016 – B 3 KR 26/15 R, Rn. 21.

1022 BSG v. 23.6.2016 – B 3 KR 26/15 R, Rn. 26. Vgl. in diesem Kontext auch Rn. 50 zur – insoweit fehlenden – Amtsermittlungspflicht der Schiedsperson. Letztlich zeigt auch die jüngste Entscheidung des Bundessozialgerichts zum Rechtsschutz gegen entsprechende Schiedssprüche die grundlegende Problematik dieser Form der Schiedseinrichtung auf (ausführlich hierzu gleich unter 11.): Die gesetzlichen Vorgaben sind „*dürre*" und viele Detailfragen sind ungeklärt (so *Shirvani*, SGb 2017, S. 470, 472).

anhand von § 31 SGB X – zu beantworten; und die Konsequenzen für den Rechtsschutz ergeben sich aus dem Sozialgerichtsgesetz. Wenn man der Auffassung folgt, dass es sich bei den Entscheidungen der Schiedsperson nicht um Verwaltungsakte handelt, ist jedenfalls auch ein Widerspruch gegen die Festsetzung unstatthaft.[1023]

Was der Gesetzgeber allerdings in einigen der Normen, mit denen er das Tätigwerden einer Schiedsperson vorgesehen hat, normiert hat, ist der Klagegegner: In den §§ 65c Abs. 6 S. 12, 73b Abs. 4a S. 5 und 125 Abs. 2 S. 10 SGB V ist jeweils bestimmt, dass sich die Klage gegen die Festsetzung gegen den oder die anderen Verhandlungspartner, nicht aber gegen die Schiedsperson richtet. Obwohl die §§ 39a, 127 Abs. 1a, 132, 132a, 132b, 132d, 132e, 132g und 211 SGB V zu diesem Thema schweigen, ist davon auszugehen, dass nie die Schiedsperson selbst, sondern stets die andere Seite, mit der eigentlich eine Einigung erzielt hätte werden sollen, Klagegegner sein soll.[1024]

Die Kontrolldichte des Sozialgerichts ist aufgrund des Beurteilungsspielraums der Schiedsperson beschränkt. Unabhängig davon, ob man diesen Spielraum aus den zur Überprüfung von Schiedsstellenentscheidungen[1025] entwickelten Maßstäben ableitet oder aber auf das in § 317 Abs. 1 BGB normierte „*billige Ermessen*" abstellt,[1026] kann das Gericht nur prüfen, ob der Sachverhalt richtig ermittelt wurde, ein faires Verfahren stattgefunden hat und ob der bestehende Beurteilungsspielraum eingehalten wurde.[1027]

## 11. Zur Kritik am Einsatz von Schiedspersonen

Angesichts der insgesamt doch sehr kursorischen Regelungen zur Tätigkeit der Schiedspersonen im SGB V überrascht es nicht, dass gegen deren Einsatz immer wieder ganz grundlegende Kritik vorgebracht wird, die vom Vorwurf einer tatsächlich ungeeigneten[1028] „*Zwangsschlichtung*"[1029] bis hin zur Verfassungswidrigkeit der maßgeblichen Normen reicht.[1030]

Diese Kritik ist nicht gänzlich unberechtigt. Aufgrund der weitgehenden Nichtnormierung dieses Bereichs des Schiedswesens fehlt es jedenfalls an verlässlichen Kriterien für das konkrete Verfahren und dementsprechend an einem Maßstab für die spätere gerichtliche Kontrolle.[1031] Ob die „*von der Entscheidung der Schiedsperson Betroffenen … infolgedessen der Schiedsperson inhaltlich und verfahrensmäßig in vollem Umfang ausgeliefert*" sind,[1032] mag hier einmal dahinstehen; die Zurückhaltung des Gesetzgebers ist aber in der Tat überraschend. Die Schiedsperson ist hinsichtlich der Verfahrensgestaltung scheinbar völlig frei und könnte ihre eigene Schiedsordnung konzipieren und dem konkreten Verfahren zugrunde legen.[1033] Es bliebe ihr unbe-

---

1023 § 68 Abs. 1 SGG.
1024 Vgl. nur zu § 132a SGB V *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132a Rn. 28.
1025 Vgl. etwa BSG v. 13.11.2012 – B 1 KR 27/11 R, Rn. 27 zur Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V.
1026 So BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 38.
1027 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R, Rn. 38.
1028 *Zuck*, NZS 2014, S. 401, 405.
1029 Hierzu *Zuck*, NZS 2014, S. 401, 404.
1030 Vgl. nur *Schnapp*: in Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 36: „…*wirft verfassungsrechtliche Bedenken unterschiedlichster Art auf.*"
1031 *Schnapp*: in Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 36.
1032 So *Zuck*, NZS 2014, S. 401, 404.
1033 *Zuck*, NZS 2014, S. 401, 405.

nommen, darüber zu entscheiden, ob überhaupt eine mündliche Verhandlung mit den Betroffenen stattfindet; und wenn der Untersuchungsgrundsatz des § 20 SGB X gar nicht gilt, nimmt diese Form des Schiedsverfahrens fast zivilrechtliche Züge an.[1034] Dass es an jeglicher Aufsicht über die Tätigkeit der Schiedsperson mangelt, erscheint mit Blick auf die Grundrechtsbetroffenheit der Leistungserbringer als besonders bedenklich.[1035]

Es ist unbestritten, dass der Gesetzgeber bei der Regelung der Tätigkeit der Schiedspersonen zu zurückhaltend ist. Allerdings gründet die Kritik am Einsatz von Schiedspersonen letztlich im Wesentlichen auf der Vorstellung, dass es sich bei ihnen um Vertragshelfer entsprechend § 317 BGB handelt – und ob das zutreffend ist, muss bezweifelt werden.[1036]

Das Bundessozialgericht hatte sich in seiner diesbezüglichen Entscheidung vom 25.11.2010,[1037] die zur häuslichen Krankenpflege ergangen war, zunächst vor allem auf den damaligen Wortlaut der maßgeblichen Norm gestützt, wonach die Frage der Schiedspersonen „*in den Verträgen*" zu regeln war.[1038] Bereits diese Unterscheidung zwischen gesetzlichen und vertraglichen Schiedsverfahren überzeugt angesichts der im Gesetz geregelten „Vertragsverpflichtung" nicht: Auch wenn eine einvernehmliche Entscheidung über die Schiedsperson gewollt ist, bestimmt gegebenenfalls die Aufsichtsbehörde die betreffende Person. Aber auch unabhängig von dieser Differenzierung – auf die es in der Entscheidung aus dem Jahr 2015 nicht mehr ankam, weil § 73b SGB V insoweit anders formuliert ist – entspricht die Einordnung als Vertragshelfer in entsprechender Anwendung von § 317 BGB in keiner Weise der Aufgabenstellung der Schiedsperson und ihrer Einbindung in die gemeinsame Selbstverwaltung.[1039] Das SGB V zwingt den zum Vertragsschluss verpflichteten Selbstverwaltungspartnern für den Konfliktfall eine Konfliktlösungsinstanz auf, die an ihrer Stelle gegebenenfalls den gesamten Vertragsinhalt festlegt. Mit der Idee des § 317 BGB hat das nichts zu tun: Hier einigen sich Vertragspartner auf einen Dritten, der „*eine Lücke des Vertrags*"[1040] schließen soll; es geht also um eine bloße Vertragsergänzung. Mit der gesetzlich angeordneten Ersetzungsverpflichtung bezogen auf den gesamten Vertrag ist diese Situation nicht vergleichbar.[1041] Dass der Gesetzgeber selbst im Kontext von § 132a SGB V a.F. von §

---

1034 Allerdings wird die Geltung des Untersuchungsgrundsatzes auch bei manchen Schiedsstellen eingeschränkt (zu § 18a KHG vgl. etwa BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 41/04, Rn. 20 ff.; hierzu auch *Kuhla*, das Krankenhaus 2016, S. 524 ff., der allerdings davor warnt, die Grundsätze des Zivilprozessrechts einfach zu übertragen – vgl. etwa S. 526 mit Blick auf § 138 Abs. 4 ZPO). Für die Schiedsverfahren nach dem SGB XI geht das Bundessozialgericht dagegen von einer umfassenden Aufklärungspflicht aus (hierzu *Wahrendorf*, KrV 2016, S. 221, 223 f.).

1035 Hierzu *Shirvani*, SGb 2011, S. 550; *Zuck*, NZS 2014, S. 401.

1036 Kritisch zu Recht und mit ausführlicher Begründung auch *Buchner/Spiegel* zu § 73b Abs. 4a SGB V, die einen Verwaltungsakt bejahen (NZS 2013, S. 1 ff.).

1037 B 3 KR 1/10 R.

1038 BSG v. 25.11.2010 – B 3 KR 1/10 R 2010, Rn. 23.

1039 Kritisch auch *Schnapp*, GesR 2014, S. 193, 196 bezogen auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts: *„Allerdings überzeugen mich das Ergebnis und vor allem die Art der Begründung der erstgenannten Entscheidung nicht."*

1040 So *Würdinger* in: Münchener Kommentar zum BGB, § 317 Rn. 6.

1041 Kritisch zu Recht *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 20. Vgl. auch *Schnapp*, GesR 2014, S. 193, 197, der zu Recht darauf hinweist, dass für die Schiedsperson letztlich dieselben Maßstäbe für ihre Tätigkeit und deren Kontrolle gelten wie für das Schiedsamt nach § 89 SGB V: „*Dass eine Privatperson denselben Anforderungen zu entsprechen hat wie eine Behörde, wäre allerdings noch des Nachweises bedürftig.*"

317 BGB gesprochen hat,[1042] kann demgegenüber nicht ausschlaggebend sein – das gilt schon deshalb, weil der Qualifizierung der Schiedsperson als Vertragshelfer auch verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen.[1043]

Ausgehend vom Wortlaut des § 1 Abs. 2 SGB X ist vielmehr davon auszugehen, dass die Schiedsperson, die als Institution[1044] im SGB V fest etabliert ist, als Behörde tätig wird.[1045] Ihre Entscheidung erfüllt im Übrigen auch alle sonstigen Tatbestandsmerkmale von § 31 SGB X,[1046] so dass der Schiedsspruch einen Verwaltungsakt darstellt – und unter dieser Prämisse sind wesentliche Vorgaben des SGB X auch für die Tätigkeit der Schiedsperson einschlägig.[1047] Folgt man dieser Ansicht, müsste in den maßgeblichen Normen allerdings wiederum geregelt werden, dass eine Klage gegen den Schiedsspruch keine aufschiebende Wirkung hat.

Wenn schließlich noch so manche offene Frage im SGB V gesondert geregelt würde – und man den Schiedspersonen ebenso wie den Schiedsstellen eine Geschäftsstelle zur Seite stellte, die die Büro- und Verwaltungsarbeiten erledigt[1048] –, bestünden gegen den Einsatz von Schiedspersonen keine Bedenken – und zwar auch im dreiseitigen Bereich nicht. Dass eine einzelne Person den Streit letztlich entscheidet, ist schließlich im Schiedswesen keine Besonderheit: So ist es im Krankenhausfinanzierungsrecht in der Regel der allein tätige Vorsitzende, der zumeist das „Zünglein an der Waage" ist[1049]; und auch ansonsten ist es häufig die Stimme des Vorsitzenden, die den Ausschlag gibt. Solange sich die Parteien auf eine fachlich kompetente und neutrale Person einigen oder die Aufsichtsbehörde von ihrem Auswahlermessen entsprechend sachgerecht Gebrauch macht, ist diese Variante der Konfliktlösung nicht per se abzulehnen.[1050] Darauf wird im Kontext der dreiseitigen Verträge zurückzukommen sein.

---

1042 BT-Drs. 15/1525, S. 123.

1043 Hierzu mit Blick auf die Gewaltenteilung *Buchner/Spiegel*, NZS 2013, S. 1, 7.

1044 Auf die konkret handelnde Person kommt es insoweit ebenso wenig an wie auf den innerhalb einer Behörde agierenden Sachbearbeiter.

1045 Die Ausführungen des Bundessozialgerichts zur Behördeneigenschaft des Schiedsamts in der Entscheidung von 2010 haben dagegen mit dem Wortlaut der Norm nur wenig zu tun (ebenso *Schnapp* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 20). Die Bewertung der Tätigkeit der Schiedsperson hat im Übrigen auch Konsequenzen für die Staatshaftung – für die Schiedsperson gälte nur nach hier vertretener Auffassung das Haftungsprivileg des § 839 Abs. 1 S. 2 BGB i.V.m. Art. 34 GG.

1046 Vgl. insoweit auch schon *Ebsen*, Rechtliche Anforderungen an das Handeln der Schiedsperson für die Festlegung des Inhalts des Vertrags über die hausarztzentrierte Versorgung nach § 73b Abs. 4a SGB V, 2009. Dass eine Behörde „*apersonale Eigenschaften*" haben muss, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen (so aber *Klückmann* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 73b Rn. 15b).

1047 Zum Behördenbegriff im Sozialrecht vgl. auch *Schnapp*, NZS 2010, S. 241 ff.

1048 Hierzu *Becker*, SGb 2003, S. 664, 670. Gerade dieser Aspekt verdeutlicht noch einmal, wie abwegig die Idee des Verwaltungshelfers ist – soll die Schiedsperson die Akten in ihrer Privatwohnung lagern und Schriftsätze selbst kopieren und verteilen?

1049 Auch das insoweit bestehende besondere Genehmigungserfordernis (vgl. oben C. II. 3. c. (2) (c)) ändert angesichts des bestehenden Beurteilungsspielraum daran häufig nichts.

1050 Mit Blick auf die demokratische Legitimation stellt sich natürlich auch und gerade bei Schiedspersonen die Frage der gesetzlichen Anleitung – das gilt insbesondere dann, wenn die jeweiligen Verträge normsetzende Wirkung haben.

## VII. Fazit

Die erste Analyse des Systems der Konfliktlösung bei Verträgen und Beschlüssen der gemeinsamen Selbstverwaltung ergibt das Bild einer doch überraschenden Vielfalt, die sich für den Rechtsanwender als echte Herausforderung erweist. Zugleich bestehen vereinzelt echte Lücken hinsichtlich der Konfliktlösung. Bezogen auf die Tätigkeit der Schiedspersonen sollte deren rechtliche Bewertung noch einmal kritisch hinterfragt werden; der Gesetzgeber wäre gut beraten, konkretere Regelungen in das Gesetz aufzunehmen.

# E. Zur Dreiseitigkeit von Verträgen und Beschlüssen

## I. Zum Begriff der Dreiseitigkeit von Verträgen und Beschlüssen

Die unter C. vorgenommene Bestandsaufnahme zeigt bezogen auf die gemeinsame Selbstverwaltung eine beeindruckende Vielfalt. Dennoch erfolgt die Konfliktlösung in diesem Bereich des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts jenseits aller noch zu erörternden Besonderheiten grundsätzlich auf zwei unterschiedlichen Wegen: Soweit im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung Verträge zu schließen sind, wird deren Inhalt bei einem Scheitern der Verhandlungen durch unterschiedlichste Einrichtungen des Schiedswesens ersetzt; soweit für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung relevante Entscheidungen durch besondere Ausschüsse getroffen werden, erfolgt eine Konfliktlösung durch Mehrheitsentscheidungen.

Da es vorliegend um Konfliktlösungsinstrumente bei „*dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen der Selbstverwaltung*" geht, ist vorab zu klären, in welchen der betrachteten Konstellationen eine entsprechende Dreiseitigkeit besteht. Bezogen auf das Vertragswesen der gemeinsamen Selbstverwaltung muss es offenbar um Verträge gehen, die zwischen drei oder unter Umständen sogar mehr als drei Vertragsparteien abgeschlossen werden. Ein dreiseitiger Beschluss eines Ausschusses liegt dann vor, wenn dieser Ausschuss mit Vertretern von drei Akteuren des Gesundheitswesens besetzt ist.

Hinsichtlich beider Fallgestaltungen ist allerdings genauer zu klären, wer als jeweilige Vertragspartei bzw. als Akteur des Gesundheitswesens in diesem Sinne anzusehen ist. Sind Ärzte, Krankenhäuser oder Apotheker in diesem Sinne getrennt zu betrachten oder lassen sie sich als „die Leistungserbringer" nicht als eine – gleichsam der Kostenträgerseite gemeinsam gegenüberstehende – einheitliche Gruppe ansehen mit der Folge, dass selbst Verträge, die zwischen den Kostenträgern und Vertretern der Ärzteschaft sowie der Krankenhausträger abgeschlossen werden, nur zweiseitig sind? Und wie sieht es auf der Seite der Kostenträger aus – treffen etwa auch diejenigen Gremien, in denen neben Vertretern der gesetzlichen auch solche der privaten Krankenversicherung mitwirken, dreiseitige Beschlüsse im hier verstandenen Sinne? Kurzum – es bedarf vor der weiteren Eingrenzung des Untersuchungsgegenstands einer genauen Begriffsbestimmung.

### 1. Das Schiedswesen und seine klare Zuordnung zu den unterschiedlichen Leistungsbereichen

Das Verständnis der hier relevanten Dreiseitigkeit erschließt sich mit Blick auf die Leistungserbringer am besten vor der Systematik des Schiedswesens im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung. Der Gesetzgeber hat hier – jenseits aller Besonderheiten – eine klare Zuordnung zu den einzelnen Leistungsbereichen vorgenommen. Es gibt Schiedseinrichtungen, die speziell für den vertragsärztlichen Bereich zuständig sind und solche, die im Streitfall den Vertragsinhalt von Verträgen festsetzen, die zwischen den Krankenkassen und den Krankenhausträgern zu schließen sind.

Bezogen auf die Vertragsärzte stellt das Schiedsamt als „Urform" der Schiedseinrichtungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung[1051] die zentrale Schiedseinrichtung dar. § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V verdeutlicht diese spezifische Aufgabe des Schiedsamts: „*Kommt ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande, setzt das Schiedsamt mit der Mehrheit seiner Mitglieder innerhalb von drei Monaten den Vertragsinhalt fest.*" Diese als Generalklausel formulierte Zuständigkeit des Schiedsamts wird durch zahlreiche Normen des SGB V ausgefüllt. Und immer geht es um die Rechtsbeziehungen zwischen den Krankenkassen und den Ärzten – angefangen von der gesetzlich nicht gesondert erwähnten Festsetzung des Inhalts der praktisch so bedeutsamen Bundesmantelverträge und der Gesamtverträge bis hin zur Bereinigung des Behandlungsbedarfs nach § 87a Abs. 3 S. 2 SGB V aufgrund der hausarztzentrierten Versorgung.

Bezogen auf das Rechtsverhältnis zwischen Krankenkassen und Krankenhäusern finden sich vergleichbare Regelungen in den § 114 SGB V einerseits und § 18a KHG anderseits. Die dort normierten Schiedsstellen sind von der Grundkonzeption her für Rechtsfragen im Kontext der stationären Leistungserbringung zuständig. So agiert die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V etwa als Konfliktlösungsinstrument, wenn die nach Maßgabe von § 112 SGB V zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen einerseits und der Landeskrankenhausgesellschaft andererseits zu schließenden Verträge über Art und Umfang der Krankenhausbehandlung nicht zustande kommen. Die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ist zuständig für Fragen der Vergütung von Krankenhausleistungen.

Der Gesetzgeber selbst hat also im Schiedswesen der gesetzlichen Krankenversicherung eine klare Trennung der Sektoren vorgenommen. Die jeweiligen Rechtsbeziehungen sind schon im SGB V selbst unterschiedlich und im Übrigen formal klar getrennt geregelt; und dieser Dualismus findet sich im Schiedswesen gleichsam spiegelbildlich wieder. In der Regel werden zweiseitige Verträge zwischen der Kostenträgerseite und einem „Typus" von Leistungserbringer abgeschlossen; die Konfliktlösung erfolgt über die jeweilige Schiedseinrichtung.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass ein dreiseitiger Vertrag immer dann vorliegt, wenn neben den stets mitwirkenden Krankenkassen als Träger der gesetzlichen Krankenversicherung mehr als ein Typus von Leistungserbringer Vertragspartner ist. Dieses Verständnis von dreiseitigen Verträgen wird durch den Gesetzeswortlaut gestützt: Wenn § 115 SGB V explizit von „*dreiseitigen Verträgen und Rahmenempfehlungen*" spricht, sind damit Vereinbarungen zwischen „*Krankenkassen, Krankenhäusern und Vertragsärzten*" gemeint. Die Leistungserbringerseite ist also im vorliegenden Kontext gerade nicht als „geschlossenes Ganzes" zu bewerten; vielmehr führt jede Überschreitung bestehender „Versorgungsgrenzen" zu einem mehrseitigen Vertrag.

Dabei ist allerdings nicht nur die Versorgungsgrenze zwischen dem vertragsärztlichen Bereich und der Krankenhausbehandlung zu beachten, es geht also nicht immer um die gleichzeitige Einbindung der Ärzteschaft einerseits und der Krankenhäuser andererseits in einen Vertrag mit den Krankenkassen. Jeder eigene Typus von Leistungserbringer – also etwa auch die Apotheken, die ihrerseits bilaterale Vereinbarungen mit den Kostenträgern ab-

---

[1051] Hierzu ausführlich oben C. II. 2.

schließen[1052] – kann durch seine Mitwirkung an einer zwischen Krankenkassen und Ärzteschaft geschlossenen Vereinbarung gleichsam einen dreiseitigen Vertrag begründen.

Festzuhalten ist damit, dass ein dreiseitiger Vertrag immer dann vorliegt, wenn die Kostenträger eine gemeinsame Vereinbarung mit mehr als einem Typus von Leistungserbringer schließen. Dabei spielt es keine Rolle, ob diese Mehrheit der Leistungserbringer, die einen entsprechenden Vertrag abschließt, nur gemeinsam handeln kann. Eine solche Konstellation ist etwa in § 64a SGB V vorgesehen, dessen Absatz 1 Satz 1 bestimmt: „*Die Kassenärztliche Vereinigung und die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgebliche Organisation der Apotheker auf Landesebene gemeinsam können mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam die Durchführung eines Modellvorhabens nach § 63 zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung für eine Zeitdauer von bis zu drei Jahren vereinbaren.*“ Bei formaler Betrachtung gibt es hier nur zwei Vertragspartner – die Leistungserbringer, die nur gemeinsam agieren können, und die Kostenträger. Es geht aber um unterschiedliche Gruppen von Leistungserbringern – insoweit handelt es sich auch in einer solchen Konstellation um einen dreiseitigen Vertrag.[1053]

Für Ausschüsse gilt das Gesagte entsprechend: Wenn neben den Vertretern der Krankenkassen mehrere Typen von Leistungserbringern im Ausschuss vertreten sind, werden in diesem Ausschuss im hier verstandenen Sinne dreiseitige Beschlüsse gefasst.

## 2. Gesetzliche und private Krankenversicherung

Wenn auf der Seite der Leistungserbringer die Vielfalt der dort anzutreffenden Typen zu mehrseitigen Verträgen und Beschlüssen führt, drängt sich die Frage auf, ob dies auch für die Seite der Kostenträger gilt. Wird also eine Vereinbarung deshalb zu einer dreiseitigen, weil neben den gesetzlichen Krankenkassen als Träger des SGB V auch die private Krankenversicherung an einem Vertrag mit der Ärzteschaft oder den Krankenhäusern mitwirkt? Oder fasst ein Gremium, das mit Vertretern der Krankenkassen und Vertretern nur einer Gruppe von Leistungserbringern besetzt ist, dreiseitige Beschlüsse, weil auch ein Vertreter der privaten Krankenversicherung Mitglied des Ausschusses ist?

Dass die private Krankenversicherung als Vertragspartner im Kontext der gesetzlichen Krankenversicherung auftritt, ist keineswegs eine Seltenheit. Auch in entsprechenden Beschlussgremien ist sie anzutreffen. Sehr ausgeprägt ist die Mitwirkung der privaten Kostenträgerseite im Krankenhausfinanzierungsrecht. Gerade im Kontext der Einführung des pauschalierenden Entgeltsystems für DRG-Krankenhäuser hat der Gesetzgeber in § 17b KHG zahlreiche insoweit dreiseitige Vereinbarungen vorgesehen; aber auch die Rahmenvereinbarung auf Bundesebene zur gesonderten Finanzierung von Ausbildungskosten wird nach § 17a Abs. 2 KHG zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, dem Verband der privaten Krankenversicherung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft abgeschlos-

---

1052 Vgl. § 129 SGB V.

1053 Konsequenterweise agiert als Konfliktlöser auch das Landesschiedsamt in einer erweiterten Besetzung (§ 64a Abs. 2 S. 3 SGB V).

sen. Entsprechendes gilt für die bezogen auf die Finanzierung der Krankenhausleistungen so bedeutsamen „*Vereinbarungen auf Bundesebene*“ nach § 9 KHEntgG – Vertragspartner ist auch hier der Verband der Privaten Krankenversicherung. Und auch das SGB V selbst fordert Vereinbarungen, die mit der privaten Krankenversicherung abzuschließen sind: Hier wäre etwa an die Vereinbarungen zur vor- und nachstationären Behandlung im Krankenhaus[1054] oder zur stationsäquivalenten psychiatrischen Behandlung[1055] zu denken.

Vergleicht man das Verhältnis von gesetzlicher und privater Krankenkasse mit dem Verhältnis von Ärzteschaft und Krankenhäusern, wird allerdings schnell deutlich, dass der Gesetzgeber die beiden ersteren gleichsam als „Einheit“ sieht. In den maßgeblichen Normen ist zunächst sehr häufig die Rede davon, dass entsprechende Vereinbarungen „*gemeinsam*“ zu treffen sind – diese Formulierung findet sich nicht nur in den maßgeblichen Normen des KHG, sondern auch im KHEntgG[1056] und im SGB V.[1057] Zwar besteht auch die Kostenträgerseite gleichsam aus zwei Typen von Krankenversicherung – im Kontext des Vertragsschlusses agieren sie aber in der Regel als Einheit. Allerdings findet sich der ausdrückliche Hinweis auf ein „gemeinsames Handeln“ der gesetzlichen und privaten Krankenversicherung nicht in allen einschlägigen Normen. So spricht etwa § 18 Abs. 3 S. 3 KHG von einer Vereinbarung der in „*Absatz 1 Satz 2 genannten Beteiligten*“ – und das sind die „*Landeskrankenhausgesellschaft, die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuß der privaten Krankenversicherung.*“ Auch in § 17a Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Abs. 5 KHG ist bezogen auf diese Vereinbarungspartner von einem gemeinsamen Handeln der Kostenträgerseite keine Rede. § 10 Abs. 1 S. 1 KHEntgG verweist mit Blick auf die Vereinbarung des Landesbasisfallwerts auf eine Vereinbarung der „*in § 18 Abs. 1 Satz 2 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes genannten Beteiligten …*“, ohne sich zum Verhältnis der einzelnen Beteiligten zueinander zu äußern; und auch im Kontext der stationsäquivalenten psychiatrischen Behandlung heißt es in § 115d Abs. 2 S. 1 SGB V lediglich: „*Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Verband der Privaten Krankenversicherung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft vereinbaren …*“.

Fraglich ist deshalb, ob man jedenfalls in diesen Konstellationen von einem dreiseitigen Vertrag auszugehen hat. Das dürfte jedoch abzulehnen sein. Es spricht viel dafür, dass der Gesetzgeber hier keine bewusste Differenzierung vornehmen wollte. Ähnliches gilt schon für das Verhältnis der gesetzlichen Krankenkassen zueinander: Die Landesverbände der Krankenkassen einerseits und die Ersatzkassen andererseits sind keine sich einander gegenüberstehende Vertragspartner, sondern agieren gemeinsam als „gesetzliche Krankenversicherung“, auch wenn dies nicht gesetzlich bestimmt wird.[1058] Dass die Ersatzkassen gesondert erwähnt werden, liegt schlicht daran, dass sie keine Landesverbände haben. Bezogen auf die genannten Normen geht es um Vereinbarungen zwischen der Kostenträgerseite und der

---

1054 § 115a Abs. 3 SGB V.

1055 § 115d Abs. 2 SGB V.

1056 § 9 Abs. 1 KHEntgG bestimmt: „*Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Verband der Privaten Krankenversicherung gemeinsam vereinbaren mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft …*“.

1057 Vgl. etwa § 115a Abs. 3 SGB V: „*Die Landesverbände der Krankenkassen, die Ersatzkassen und der Landesausschuß des Verbandes der privaten Krankenversicherung gemeinsam vereinbaren mit der Landeskrankenhausgesellschaft ….*“.

1058 Vgl. etwa § 20b Abs. 3 S. 4 SGB V. Auch in § 110 Abs. 1 SGB V ist ein gemeinsames Handeln ausdrücklich vorgesehen.

Leistungserbringerseite – auch ohne explizite Anordnung eines gemeinsamen Handelns wird man die Kostenträgerseite als eine Vertragspartei ansehen müssen.

Diese Sichtweise wird durch die entsprechende Beteiligung in Gremien bestätigt – und das ist das letztlich entscheidende Argument: Den Schiedsstellen nach § 18a Abs. 1 und 6 KHG gehört zwar jeweils ein vom „*Landesausschuss des Verbandes der privaten Krankenversicherung bestellter Vertreter an*"; dieser wird aber gemäß § 18a Abs. 2 S. 2 KHG „*auf die Zahl der Vertreter der Krankenkassen angerechnet.*" Diese Anrechnung, die der Gesetzgeber übrigens auch im Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 3 KHG vorgesehen hat,[1059] macht deutlich, dass der Gesetzgeber die Kostenträgerseite als Einheit betrachtet. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber die private Krankenversicherung in bestimmten Kontexten in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung eingebunden hat, rechtfertigt es daher nicht, im Fall ihrer Mitwirkung von dreiseitigen Verträgen oder Beschlüssen zu sprechen. Die Kostenträgerseite agiert damit stets einheitlich und als gemeinsamer Vertragspartner oder Spruchkörper – unabhängig davon, ob ein Vertreter der privaten Krankenversicherung mitwirkt oder nicht.

Zu beachten ist allerdings, dass gesetzliche und private Krankenversicherung nicht stets als Einheit agieren, sondern vielmehr auch ihrerseits miteinander – bilaterale – Verträge schließen können. Vorgesehen ist dies etwa in § 75 Abs. 3b SGB V im Kontext der Vergütung der Leistungen, die gemäß § 75 Abs. 3a SGB V gegenüber privat versicherten Personen erbracht werden.[1060] Die Frage der Vergütung, die der Gesetzgeber in § 75 Abs. 3a S. 2 ff. SGB V normiert hat, kann abweichend von den gesetzlichen Vorgaben in einer Vereinbarung zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Verband der privaten Krankenversicherung – im Einvernehmen mit den Beihilfeträgern – geregelt werden. Hier bilden die Träger des jeweiligen Krankenversicherungssystems keine Einheit, sondern stehen sich als Vertragspartner gegenüber. Dementsprechend etabliert das Gesetz in § 75 Abs. 3c SGB V eine „*gemeinsame Schiedsstelle*" der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und des Verbandes der privaten Krankenversicherung. Auch im Rahmen von § 130b Abs. 10 SGB V sind die Vertreter der gesetzlichen und der privaten Krankenversicherung gleichberechtigte Vertragspartner.

### 3. Konflikte innerhalb der gesetzlichen Krankenversicherung

Es sei zudem erwähnt, dass hier auch Vereinbarungen, die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen zu treffen sind, trotz der Anzahl der betroffenen Verbände nicht als drei- bzw. mehrseitig angesehen werden. Wenn § 211 Abs. 4 SGB V die Ersetzung der Vereinbarung durch eine Schiedsperson bestimmt,[1061] ist das für die Fragestellung des Gutachtens daher nicht von Belang.

---

1059 Hierzu oben unter C. II. 4. c.
1060 Ausführlich hierzu oben unter C. II. 3. b. (1).
1061 Hierzu oben C. II. 5. b. (14).

## 4. Zu anderen Formen der Beteiligung

Keine dreiseitigen Verträge im hier verstandenen Sinne werden im Übrigen dann geschlossen, wenn der Gesetzgeber jenseits der eigentlichen Vereinbarung andere Formen der Beteiligung vorgesehen hat. Die dabei anzutreffende Vielfalt ist beeindruckend – sie reicht von der Genehmigung eines Vertrags[1062] oder der insoweit erforderlichen Zustimmung[1063] bis hin zu Abstimmungserfordernissen, die der Gesetzgeber mit „*im Einvernehmen*“[1064] oder „*im Benehmen*“[1065] umschreibt.

Die Art der Beteiligung ist hier jeweils unterschiedlich stark ausgeprägt.

Im Fall der Genehmigungsbedürftigkeit bzw. des Zustimmungserfordernis kann die Vereinbarung nur Wirkung entfalten, wenn die genannten formalen Akte, die an die Einigung anknüpfen, vorliegen.

Die übrigen verwendeten Begrifflichkeiten bleiben eher vage. Weder das „*Einvernehmen*“ noch das „*Benehmen*“ werden vom Gesetzgeber erläutert. Gewollt ist eine möglichst weitgehende Abstimmung mit den Betroffenen; es soll zumindest ein Einigungsversuch unternommen werden.[1066] Klar ist lediglich, dass die Beteiligung der Betroffenen bereits im laufenden Vereinbarungsverfahren zu erfolgen hat. Der Begriff des Einvernehmens wird dabei offensichtlich immer dann verwendet, wenn es um sachlich-inhaltliche Entscheidungen geht, während der Begriff des Benehmens sich eher auf Personalentscheidungen bezieht, die von staatlichen Behörden getroffen werden. In der Regel geht es dabei um die unparteiischen

---

1062 Ein – zu Recht sehr umstrittener – „Klassiker“ in diesem Kontext ist die nach § 14 KHEntgG erforderliche Genehmigung des vereinbarten – und im Übrigen auch des von der Schiedsstelle nach § 18a KHG festgesetzten – landesweit geltenden Basisfallwerts nach § 10 KHEntgG, des Fixkostendegressionsabschlags nach § 10 Abs. 3 KHEntG, des Erlösbudgets nach § 4 KHEntgG, der Entgelte nach § 6 KHEntgG sowie der krankenhausindividuell ermittelten Zu- und Abschläge durch die zuständige Landesbehörde. Kurz gesagt: Keine der für die Finanzierung der Krankenhausleistungen relevanten Vereinbarungen wird ohne die entsprechende Genehmigung der Landesbehörde wirksam (vgl. auch § 18 Abs. 3 KHG).

1063 So bedarf etwa die Pflegesatzvereinbarung nach § 18 Abs. 1 S. 3 KHG der „*Zustimmung der Landesverbände der Krankenkassen und des Landesausschusses des Verbandes der privaten Krankenversicherung*.“ Kritisch hierzu *Tuschen/Dietz* in: Dietz/Bofinger, KHG u.a., § 18 KHG Anm. II 4. Erfolgt innerhalb von zwei Wochen kein Widerspruch, gilt die Zustimmung allerdings nach § 18 Abs. 2 S. 4 KHG als erteilt.

1064 Nach § 75 Abs. 3b S. 1 SGB V kann die Vergütung der in Absatz 3a Satz 2 genannten Leistungen „*in Verträgen zwischen dem Verband der privaten Krankenversicherung einheitlich mit Wirkung für die Unternehmen der privaten Krankenversicherung und im Einvernehmen mit den Trägern der Kosten in Krankheits-, Pflege- oder Geburtsfällen nach beamtenrechtlichen Vorschriften mit den Kassenärztlichen Vereinigungen oder den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen ganz oder teilweise abweichend von den Vorgaben des Absatzes 3a Satz 2 geregelt werden*“. § 111 Abs. 4 S. 3 SGB V fordert im Kontext der Versorgungsverträge mit Vorsorge- oder Rehabilitationseinrichtungen ein *„Einvernehmen mit der für die Krankenhausplanung zuständigen Landesbehörde*“; nach § 120 Abs. 3a S. 3 SGB V bestimmt die Kassenärztliche Vereinigung „*im Einvernehmen mit der Landeskrankenhausgesellschaft und den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen …*„ das Nähere „*über Form und Inhalt der Abrechnungsunterlagen und der erforderlichen Vordrucke im Kontext der Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen.*“.

1065 Das entsprechende Erfordernis findet sich etwa in den §§ 90 Abs. 2 SGB V (Besetzung der Landesausschüsse), 97 Abs. 2 (Besetzung der Berufungsausschüsse), 116b Abs. 3 S. 3 SGB V (Besetzung des erweiterten Landesausschusses), oder 106c Abs. 1 S. 5 SGB V. In all diesen Fallgestaltungen gibt es Uneinigkeit über die unparteiischen Mitglieder eines Ausschusses – und dieser Konflikt wird durch die jeweilige Aufsichtsbehörde gelöst. Sie beruft die betreffenden Personen „*im Benehmen*“ mit den jeweils betroffenen Parteien.

1066 Zum Einvernehmen vgl. auch BT-Drs. 10/2565, S. 28: „*…es ist das ernsthafte und unter Beweis zu stellende Bemühen, sich mit den Beteiligten zu einigen.*“

Vorsitzenden von gemeinsam besetzten Ausschüssen – können sich die Betroffenen nicht einigen, beruft die Aufsichtsbehörde die maßgeblichen Personen.

Der Sache nach geht es um eine Information und Anhörung von Personen oder Stellen, die am eigentlichen Vertragsschluss nicht beteiligt sind. Dabei wird man allerdings mehr als eine bloße Anhörung fordern müssen; vorausgesetzt wird eine „*Fühlungsnahme …, die vom Willen der Entscheidenden getragen sein muss, auch die Belange der anderen Seite zu berücksichtigen und sich mit ihr zu verständigen.*“[1067] Nach Ansicht des Bundessozialgerichts setzt die Herstellung des Benehmens grundsätzlich voraus, dass die Betroffenen noch vor der Beschlussfassung Stellung nehmen können und die eingebrachten Bedenken einbezogen werden;[1068] dabei kann das Benehmen nach Ansicht des Gerichts auch noch nachträglich hergestellt werden.[1069]

Ob es im Übrigen einen Unterschied zwischen „*Einvernehmen*“ und „*Benehmen*“ gibt, muss hier ebenso wenig vertieft werden wie die Frage nach den rechtlichen Konsequenzen einer den gesetzlichen Anforderungen nicht entsprechenden Beteiligung. Diejenigen Personen oder Stellen, die Adressaten des Einvernehmens bzw. des Benehmens sind, sind jedenfalls keine Vertragsparteien, so dass von dreiseitigen Verträgen im hier maßgeblichen Sinne nicht gesprochen werden kann. Dass der Gesetzgeber trotz Vorliegens eines nur zweiseitigen Vertrags die Erweiterung einer Schiedseinrichtung um Beteiligte vorsieht, hinsichtlich derer lediglich das „Einvernehmen“ herzustellen war, stellt insoweit einen Systembruch dar.[1070]

Verträge oder Beschlüsse werden auch nicht deshalb zu dreiseitigen Vereinbarungen oder Entscheidungen, weil Personen oder Stellen, die nicht Vertragspartei oder Mitglied des Ausschusses sind, Stellungnahmerechte zugebilligt werden. Diese Beteiligung ist die schwächste Form der Beteiligung und findet sich in zahlreichen Normen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts.[1071] Es geht um eine Anhörung und Würdigung der Einschätzung Betroffener, die aber keinesfalls eine Befolgung der Stellungnahme erfordert. Etwas weitergehender ist das etwa für die Interessenvertretungen der Patienten und Patientinnen geregelte Mitberatungsrecht, das auch ein Recht zur Anwesenheit bei der Beschlussfassung umfasst.[1072] Auch die insoweit berechtigten Personen oder Stellen sind jedoch an der Beschlussfassung nicht beteiligt.

---

1067 So die Formulierung von *Steinmann-Munzinger* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGBV, § 79b Rn. 23 zum „*Benehmen*“, die sich allerdings auf § 85 Abs. 4 S. 2 SGB V bezieht.

1068 BSG v. 3.3.1999 – B 6 KA 15/98 R Rn. 18 zu § 85 Abs. 4 S. 2 SGB V. Insoweit wird der Begriff des Einvernehmens hier – anders als im Baurecht (vgl. § 36 BauGB und *Hofmeister* in: Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB, § 36 Rn. 15) – nicht als Zustimmung verstanden.

1069 BSG v. 3.3.1999 – B 6 KA 15/98 R, Rn. 18.

1070 Vgl. hierzu § 118a SGB V sowie jüngst § 293 Abs. 7 SGB V (vgl. oben unter C. II. 2. d.).

1071 Vgl. nur § 92 SGB V zu den Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses. Dieser ist nur dreiseitig besetzt, wenn man die Ärzteschaft als Einheit sieht. Zahlreiche Leistungserbringer, die nicht im Beschlussgremium vertreten sind, haben entsprechende Stellungnahmerechte (vgl. die Übersicht bei *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92 Rn. 68). Stellungnahmerechte zugunsten der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft finden sich etwa im Rahmen der nach § 132a SGB V abzugebenden gemeinsamen Rahmenempfehlungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und den für die Wahrnehmung der Interessen von Pflegediensten maßgeblichen Spitzenorganisationen auf Bundesebene.

1072 § 140 Abs. 3 S. 2 SGB V.

Eine besondere Fallgestaltung der Beteiligung nicht am Vertragsschluss beteiligter Personen findet sich im Übrigen in § 130b Abs. 1 SGB V. Hier geht es um Vereinbarungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und einzelnen pharmazeutischen Unternehmen über Erstattungsbeträge für Arzneimittel.[1073] Diese Vereinbarung gilt nach § 130b Abs. 1 S. 1 SGB V ausdrücklich „*mit Wirkung für alle Krankenkassen*". Nach § 130b Abs. 1 S. 2 „*soll jeweils ein Vertreter einer Krankenkasse an der Verhandlung teilnehmen*"; die weiteren Details sind in der Satzung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen zu regeln.[1074] Es geht hier nicht um die Interessen der einzelnen Krankenkasse selbst; vielmehr geht der Gesetzgeber davon aus, dass „*ein Beschäftigter einer Krankenkasse praktische Erfahrungen und Einschätzungen aus dem operativen Geschäft der Krankenkasse in die Verhandlung einbringen kann.*"[1075]

### 5. Getrennte Vertragsabschlüsse

Mitunter sieht der Gesetzgeber in einer Norm den Vertragsabschluss mit unterschiedlichen Leistungserbringern vor, ohne dass in dem hier relevanten Sinn von dreiseitigen Verträgen gesprochen werden könnte. Wenn etwa § 291a Abs. 7d SGB V im Kontext der Finanzierung der Kosten, die infolge der Einführung und der Verwendung der elektronischen Gesundheitskarte anfallen, „*Vereinbarungen zur Finanzierung der den jeweiligen Leistungserbringern entstehenden Kosten*" vorsieht, geht es um Vereinbarungen, die „jeweils mit" einer der betroffenen Gruppe von Leistungserbringern abzuschließen sind. Es werden also getrennte, jeweils bilaterale Verträge geschlossen; im Streitfall sind dementsprechend die jeweils zuständigen Schiedseinrichtungen für die Festsetzung des Vertragsinhalts zuständig.[1076]

Von einer Mehrzahl getrennt abzuschließender Verträge ist auch im Kontext von § 132e SGB V auszugehen.[1077] § 132e Abs. 1 S. 1 SGB V regelt insofern, wer als Leistungserbringer in Betracht kommt; die Schiedsperson löst den Konflikt, wenn ein entsprechender Vertrag nicht zustande kommt.[1078]

### 6. Verträge mit „Zusammenschlüssen von Leistungserbringern"

Keine dreiseitigen Verträge liegen im Übrigen vor, wenn das Gesetz als Alternative zum Vertragsabschluss mit einem einzelnen Leistungserbringer eine Vereinbarung mit „*Verbänden oder sonstigen Zusammenschlüssen der Leistungserbringer*" vorsieht – das ist etwa der Fall im Kontext der Versorgung mit Heilmitteln[1079] oder Hilfsmitteln.[1080] Vertragspartner sind in diesem Fall die Kostenträger auf der einen und die entsprechenden Verbände oder Zusammen-

---

1073 Ausführlich hierzu oben C. II. 3. b. (5).

1074 Der Gesetzgeber wollte damit sicherstellen, dass die Vertreter der Mitgliedskassen im Verwaltungsrat des GKV-Spitzenverbandes die Beteiligung und Benennung des Kassenvertreters einvernehmlich regeln (BT-Drs. 18/606, S. 13).

1075 So BT-Drs. 18/606, S. 13; es geht also um die Stärkung des Versorgungsaspekts.

1076 § 291a Abs. 7d S. 2 SGB V.

1077 Hierzu oben unter C. II. 5. b. (12).

1078 So auch *Schneider* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 132 Rn. 3.

1079 § 125 Abs. 2 SGB V.

1080 Hier spricht § 127 Abs. 1 SGB V von „*zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer*".

schlüsse der Leistungserbringer auf der anderen Seite – es handelt sich also trotz der Mehrheit betroffener wirtschaftlicher Unternehmen um einen zweiseitigen Vertrag.[1081]

### 7. Die unparteiischen Mitglieder

Hinzuweisen ist schließlich darauf, dass die Mitwirkung unparteiischer Mitglieder in Schiedseinrichtungen und sonstigen Gremien keine im hier relevanten Sinne dreiseitigen Beschlüsse hervorbringt. Unabhängig davon, ob diese unparteiischen Mitglieder von Beginn an mitwirken oder erst hinzukommen, wenn im Ausschuss keine Einigung erzielt werden kann,[1082] dienen sie der Konfliktlösung und sind von der inhaltlichen Entscheidung nicht selbst betroffen. Häufig lässt sich erst durch ihre Mitwirkung in den Gremien der Selbstverwaltung eine Mehrheitsentscheidung herbeiführen – sie sind aber bezogen auf die vorliegende Fragestellung keine „Dritten".

### 8. Zwischenergebnis

Festzuhalten ist damit, dass vor dem Hintergrund der Systematik des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts von dreiseitigen Verträgen oder Beschlüssen nur dann gesprochen werden kann, wenn neben der Kostenträgerseite – die allein durch die gesetzliche Krankenversicherung, aber auch durch die private Krankenversicherung vertreten sein kann – mehr als ein Typus von Leistungserbringer am Vertragsabschluss oder an der Beschlussfassung mitwirkt. Häufig wird es dabei um Fallgestaltungen gehen, in denen neben den stets adressierten Krankenkassen sowohl die Ärzteschaft als auch Krankenhausträger in einem Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung agieren oder für alle Seiten geltende Vereinbarungen treffen. Aber auch die aktive Mitwirkung anderer Leistungserbringer, wie etwa der Apotheker, kann zum Vorliegen eines dreiseitigen Vertrags oder einem entsprechenden Beschluss führen. Vor diesem Hintergrund gilt es im Folgenden, aus der Vielzahl der unter C. dargestellten Verträge und Beschlüsse diejenigen zu ermitteln, die in diesem Sinne dreiseitig sind.

## II. Dreiseitige Verträge im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

Ausgehend von dieser Prämisse finden sich im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung eine ganze Reihe von Verträgen, die zwischen den Krankenkassen auf der einen und verschiedenen Leistungserbringern auf der anderen Seite abzuschließen sind.

### 1. Rahmenvertrag nach § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V

Gemäß § 39 Abs. 1a S. 9 SGB werden die „*weiteren Einzelheiten*" zu Fragen des Entlassmanagements vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen auch als Spitzenverband Bund der

---

1081 Vgl. auch *Butzer* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 125 Rn. 12.

1082 Dies ist der Fall beim erweiterten Bewertungsausschuss nach Maßgabe von § 87 Abs. 4 SGB V (hierzu C. III. 3. a. (c)).

Pflegekassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft geregelt. Es agieren zwei Typen von Leistungserbringern – die Ärzte und die Krankenhäuser; der Rahmenvertrag ist also dreiseitiger Natur.

### 2. Rahmenvertrag nach § 40 Abs. 2 SGB V

Auch im Kontext der Leistungen zur medizinischen Rehabilitation ist gemäß § 40 Abs. 2 S. 4 SGB V, der auf § 39 Abs. 1a SGB V verweist, der Abschluss eines Rahmenvertrags vorgesehen. „*Entsprechend § 39a Absatz 1a*" sind dabei aber „*die für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene*" zu beteiligen. Am Vertragsschluss beteiligt sind zudem der Spitzenverband Bund der Krankenkassen auch als Spitzenverband Bund der Pflegekassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung – auch hier liegt also ein dreiseitiger Vertrag vor. Der Verweis auf § 39 Abs. 1a SGB V führt im Übrigen auch zur Anwendung von § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V und damit im Streitfall zur Festsetzung des Vertragsinhalts durch das – erweiterte – Bundesschiedsamt.

### 3. Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung; § 64a SGB V

Im Rahmen der Durchführung eines Modellvorhabens nach § 63 SGB V zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung kann gemäß § 64a Abs. 1 SGB V ein dreiseitiger Vertrag zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung, der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene und den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen geschlossen werden. Im Konfliktfall entscheidet das Schiedsamt für die vertragsärztliche Versorgung in erweiterter Form.[1083]

### 4. Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN; § 64c SGB V

Nach § 64c SGB V vereinbaren die in § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten Vertragspartner gemeinsam und einheitlich im Einvernehmen mit dem Robert-Koch-Institut die Durchführung eines Modellvorhabens nach § 63 SGB V, um Erkenntnisse zur Effektivität und zum Aufwand eines Screenings auf 4MRGN im Vorfeld eines planbaren Krankenhausaufenthalts zu gewinnen. Im Nichteinigungsfall entscheidet gemäß § 64c Abs. 2 SGB V die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V in einer erweiterten Besetzung.

### 5. Die Meldevergütung gemäß § 65c Abs. 6 SGB V

Auch im Kontext von § 65c SGB V ist eine dreiseitige Vereinbarung vorgesehen. Den Leistungserbringern ist für jede landesrechtlich vorgesehene Meldung der zu übermittelnden klinischen Daten an ein förderungsfähiges Krebsregister bei vollständiger Meldung eine

---

[1083] § 64a Abs. 2 S. 3 SGB V.

Meldevergütung zu zahlen. Deren Höhe wird gemäß § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen vereinbart; im Streitfall entscheidet eine Schiedsperson.

### 6. Vereinbarungen zur Förderung der Weiterbildung; § 75a Abs. 4 SGB V

Im Kontext der Förderung der Weiterbildung sieht § 75a Abs. 4 SGB V einen Vertrag zwischen der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft vor. Die Vertragspartner haben bis zum 23. Oktober 2015 das Nähere über den Umfang und die Durchführung der finanziellen Förderung nach den Absätzen 1 bis 3 der Norm zu vereinbaren, wobei zusätzlich das „Benehmen" mit der Bundesärztekammer herzustellen ist. Eine Konfliktlösungsstrategie hat der Gesetzgeber hier nicht etabliert.

### 7. Dreiseitige Verträge und Rahmenempfehlungen; § 115 SGB V

Ausdrücklich als dreiseitige Verträge bezeichnet hat der Gesetzgeber die nach Maßgabe von § 115 SGB V zu schließenden Vereinbarungen zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen, den Kassenärztlichen Vereinigungen und der Landeskrankenhausgesellschaft. Durch die entsprechenden Verträge soll eine „*enge Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und zugelassenen Krankenhäusern*" erreicht und eine „*nahtlose ambulante und stationäre Behandlung der Versicherten*" gewährleistet werden. Dementsprechend sind Vertragsgegenstand in erster Linie Aspekte, die gleichsam auf der Schnittstelle von ambulanter und stationärer Versorgung liegen. Kommt ein Vertrag nach § 115 Abs. 1 SGB V nicht zustande, wird sein Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V festgesetzt; diese agiert nach § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V in erweiterter Form. Für bestimmte Vertragsinhalte hat der Gesetzgeber in § 115 Abs. 4 SGB V eine Ersatzvornahme durch eine staatliche Behörde vorgesehen.

### 8. Ambulantes Operieren im Krankenhaus; § 115b SGB V

Auch die Vereinbarung des Leistungskatalogs und der einheitlichen Vergütung für Krankenhäuser und Vertragsärzte kommt gemäß § 115b Abs. 1 S. 1 SGB V durch einen Vertragsabschluss zwischen drei Parteien zustande: Auf der Seite der Kostenträger ist der Spitzenverband Bund der Krankenkassen beteiligt, auf Seiten der Leistungserbringer agieren die Deutsche Krankenhausgesellschaft sowie die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen. Auch hier entscheidet im Streitfall das Schiedsamt - zuständig ist gemäß § 115b Abs. 3 SGB V das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V, das gemäß Satz 2 in erweiterter Form tätig wird.

### 9. Ambulante spezialfachärztliche Versorgung; § 116b SGB V

Auch der Vergütung der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung liegt gemäß § 116b Abs. 6 S. 3 SGB V ein dreiseitiger Vertrag zugrunde: Die Kalkulationssystematik, diagnosebezogene Gebührenpositionen in Euro sowie deren jeweils verbindliche Einführungszeitpunkte werden zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vereinbart. Im Konfliktfall entscheidet gemäß § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V das Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V in einer erweiterten Form.

### 10. Hochschulambulanzen; § 117 SGB V

Die Gruppe derjenigen Patienten, die wegen Art, Schwere oder Komplexität ihrer Erkrankung einer Versorgung durch die Hochschulambulanzen bedürfen, wird gemäß § 117 Abs. 1 S. 3 SGB V in einer Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundeseinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft festgelegt. Kommt eine entsprechende Vereinbarung, die auch Ausnahmen von dem fachärztlichen Überweisungsgebot beinhalten kann,[1084] bis zu dem in § 117 Abs. 1 S. 5 SGB V genannten Stichtag nicht zustande, wird ihr Inhalt durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V – wiederum in einer erweiterten Form[1085] – festgelegt.

### 11. Psychiatrische Institutsambulanzen; § 118 SGB V

Gemäß § 118 Abs. 2 SGB V sind Allgemeinkrankenhäuser mit selbstständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen mit regionaler Versorgungsverpflichtung zur psychiatrischen und psychotherapeutischen Behandlung einer Gruppe von Kranken ermächtigt, auf die sich der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztliche Bundesvereinigung vertraglich geeinigt haben. Kommt der entsprechende Vertrag ganz oder teilweise nicht zustande, wird sein Inhalt nach § 118 Abs. 2 S. 3 SGB V durch das Bundesschiedsamt festgelegt, das für diese Tätigkeit nach Satz 4 entsprechend erweitert wird.

### 12. Vergütung im Rahmen der Erprobung von Leistungen; § 137e SGB V

Ein dreiseitiger Vertrag ist schließlich auch nach § 137e Abs. 4 SGB V abzuschließen. Hier geht es um die Vergütung von Leistungen, die im Rahmen einer vom Gemeinsamen Bundesausschuss initiierten Erprobung erbracht werden. Bei Methoden, die auch ambulant angewandt werden können, wird die Höhe der Vergütung dabei durch die Vertragspartner nach § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V, also die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatz-

---

1084 § 117 Abs. 1 S. 4 SGB V.
1085 Hierzu § 117 Abs. 1 S. 5 ff. SGB V.

kassen, die Kassenärztlichen Vereinigungen und die Landeskrankenhausgesellschaft, vereinbart. Kommt eine entsprechende Vereinbarung nicht innerhalb der im Gesetz bestimmten Frist zustande, wird ihr Inhalt durch die erweiterte Schiedsstelle nach § 115 Abs. 3 SGB V festgelegt.

### 13. Keine dreiseitigen Verträge

Mitunter sieht der Gesetzgeber im Kontext der Konfliktlösung ein dreiseitig besetztes Gremium vor, obwohl der Vertrag, um dessen Ersetzung es geht, kein dreiseitiger ist. In solchen Fallgestaltungen wird der allgemeine Grundsatz, wonach die Schiedseinrichtung in personeller Hinsicht die Vertragspartner abbildet, durchbrochen.

#### a. Geriatrische Institutsambulanzen; § 118a SGB V

Nach § 118a Abs. 2 SGB V vereinbaren der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung im Einvernehmen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft die Gruppe derjenigen geriatrischen Patienten, die wegen Art und Schwere und Komplexität ihrer Krankheitsverläufe einer strukturierten und koordinierten Versorgung bedürfen; zu vereinbaren sind auch die sächlichen und personellen Voraussetzungen an die Leistungserbringung sowie sonstige Anforderungen an die Qualitätssicherung sowie die Frage, in welchen Fällen die ermächtigte Einrichtung oder der ermächtigte Krankenhausarzt unmittelbar oder auf Überweisung in Anspruch genommen werden kann.

Obwohl hier nur zwei Vertragspartner die Vereinbarung schließen – mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft ist insoweit lediglich das „*Einvernehmen*“ herzustellen –, entscheidet im Konfliktfall gemäß § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V in einer erweiterten Form.[1086] Diese Konstellation fügt sich nicht in das sonstige System der Vertragsersetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: Die personelle Erweiterung des Schiedsamts erfolgt immer dann, wenn es neben den gleichsam „klassischen“ Vertragspartnern, also den Krankenkassen auf der einen und der Ärzteschaft auf der anderen Seite, einen weiteren Vertragspartner gibt, dessen Interessen im Fall eines Scheiterns der Verhandlungen naturgemäß auch im Rahmen des Schiedswesens Berücksichtigung finden müssen. Im Rahmen von § 118a SGB V wird aber ein zweiseitiger Vertrag geschlossen – Vertragspartner sind der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Kassenärztliche Bundesvereinigung. Nur sie können dementsprechend auch den nach § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V erforderlichen Antrag stellen, der das Schiedsverfahren vor dem – erweiterten – Bundesschiedsamt einleitet.[1087] Der Deutschen Krankenhausgesellschaft stehen lediglich Beteiligungsrechte in der Phase der Vertragsgestaltung zu – und dennoch werden ihre Interessen im Schiedsgremium vertreten.

---

1086 Hierzu *Köhler-Hohmann,* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 118a Rn. 50 ff.
1087 *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 118a Rn. 53.

### b. Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen; § 120 SGB V

Eine ähnliche Konstellation findet sich in § 120 Abs. 3a SGB V im Kontext der Vergütung ambulanter Krankenhausleistungen. Hier ist durch den Verweis auf § 115 Abs. 3 SGB V in § 120 Abs. 3a S. 3 2. HS SGB V das Tätigwerden einer dreiseitig besetzten Schiedseinrichtung vorgesehen – und das obwohl es gar nicht um einen Vertrag, sondern um eine „Bestimmung" der Kassenärztlichen Vereinigung geht, die lediglich „*im Einvernehmen*" mit der Landeskrankenhausgesellschaft und den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen zu erfolgen hat. Auch hier verwischen die eigentlich klaren Grenzen zwischen den Handlungsformen.

### c. Die gemeinsame Kommission nach § 291a Abs. 7e SGB V

Einer gesonderten Betrachtung bedarf auch die gemeinsame Kommission aus Sachverständigen nach § 291a Abs. 7e SGB V. Sie wird gebildet, wenn eine Vereinbarung zu den Kosten nach § 291a Abs. 7 S. 5 Nr. 2 SGB V als Grundlage weiterer Vereinbarungen nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande kommt. Sie besteht gemäß § 291a Abs. 7e S. 1 SGB V aus den „*Spitzenorganisationen nach Absatz 7 Satz 1*" – und das sind der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung, die Kassenzahnärztliche Bundesvereinigung, die Bundesärztekammer, die Bundeszahnärztekammer, die Deutsche Krankenhausgesellschaft sowie die für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildete maßgebliche Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene. Allerdings soll diese gemeinsam und multilateral besetzte Kommission nicht den Inhalt eines gescheiterten Vertrags festsetzen – ein solcher ist gar nicht vorgesehen. Es geht also nicht um einen Interessenausgleich, sondern um die Berücksichtigung von gleichsam „geballtem Sachverstand".[1088]

### d. Die Schlichtungsstelle nach § 291c SGB V

Eine Sonderstellung nimmt auch die Schlichtungsstelle der Gesellschaft für Telematik ein.[1089] Sie dient zwar als Konfliktlösungsinstrument bei Konflikten, die neben der Kostenträgerseite eine Vielzahl von Leistungserbringern betreffen, denn: Es ist gemäß § 291a Abs. 7 SGB V Aufgabe des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, der Kassenzahnärztlichen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung, der Bundesärztekammer, der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker auf Bundesebene, die erforderliche Telematikinfrastruktur zu schaffen. Die Beteiligten nehmen diese Aufgabe durch die „gematik Gesellschaft für Telematikanwendungen der Gesundheitskarte" wahr. Und beide Seiten – Kostenträger einerseits und die Vielzahl der Leistungserbringer andererseits – halten in dieser GmbH jeweils 50 % der Anteile. Die Schlichtungsstelle ist also letztlich dazu da, innerhalb einer privaten GmbH einen Entscheidungskonflikt zu lösen, der zwischen diesen zwei Gruppen entstanden ist. Insofern hat diese Form der Konfliktlösung mit dreiseitigen Verträgen nichts zu tun. Es handelt sich im Übrigen auch nicht um einen dreiseitig besetzten

---

1088 Hierzu schon oben C. II. 4. b. (2) (aa).
1089 Ausführlich hierzu oben C. II. 4. b. (2) (bb).

Ausschuss, so dass diese Sonderform der Konfliktlösung im Rahmen des vorliegenden Gutachtens nicht näher betrachtet werden soll.

### e. § 130b Abs. 10 SGB V

Im Kontext der Nutzenbewertung nach § 35a SGB V sind nach Maßgabe von § 130b SGB V verschiedene Vereinbarungen vorgesehen.[1090] An einer davon sind sogar mehr als drei Parteien beteiligt – und dennoch handelt es sich nicht um eine mehrseitige Vereinbarung in dem hier verstanden Sinne: Gemäß § 130b Abs. 10 SGB V treffen der Gemeinsame Bundesausschuss, der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und das Institut für Qualität und Wirtschaftlichkeit im Gesundheitswesen eine Vereinbarung mit dem Verband der privaten Krankenversicherung über „*die von den Unternehmen der privaten Krankenversicherung zu erstattenden Kosten für die Nutzenbewertung nach § 35a und für die Kosten-Nutzen-Bewertung nach § 35b sowie für die Festsetzung eines Erstattungsbetrags nach Absatz 4*."[1091] An dieser Vereinbarung ist – das kann angesichts der Zielsetzung der Vereinbarung auch nicht überraschen – überhaupt kein Leistungserbringer unmittelbar beteiligt. Nur am Rande sei bemerkt, dass ein Konfliktlösungsinstrument für diese besondere Konstellation nicht vorgesehen ist.

## III. Dreiseitige Beschlüsse im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung

### 1. Allgemeines

Kennzeichnend für die gemeinsame Selbstverwaltung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist neben dem Verhandlungs- bzw. Vertragsprinzip auch die Zusammenarbeit der Akteure in gemeinsamen Gremien. In zahlreichen Ausschüssen, die der Gesetzgeber im SGB V vorgesehen hat, arbeiten die Krankenkassen als Kostenträger mit den unterschiedlichsten Leistungserbringern zusammen. Sehr schön veranschaulichen lässt sich dieses Konzept am Gemeinsamen Bundesausschuss, der angesichts der Vielzahl der ihm zugewiesenen Aufgaben aus dem Recht der gesetzlichen Krankenversicherung gar nicht mehr wegzudenken ist: Er wird gemäß § 91 Abs. 1 SGB V gebildet von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen – und diese Organisationen stellen dann auch die Mitglieder des Beschlussgremiums nach Maßgabe von § 91 Abs. 2 SGB V. Die dort gefassten Beschlüsse sind daher im hier zugrunde gelegten Sinne drei- bzw. sogar vierseitig: Angesichts der Mitwirkung von Ärzte- und Zahnärztevertretern stehen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft drei Typen von Leistungserbringern gegenüber.

Aber auch jenseits des Gemeinsamen Bundesausschusses gibt es eine Reihe von Ausschüssen, in denen – im oben dargestellten Sinne[1092] – dreiseitige Beschlüsse gefasst werden. Manche dieser Gremien sind von Haus aus dreiseitig besetzt; andere werden für bestimmte Ent-

---

1090 Ausführlich hierzu oben C. II. 3. b. (5).

1091 Es geht nicht nur um die Herstellung eines „Benehmens" (so aber *Baierl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 130b Rn. 214), sondern der Verband der privaten Krankenversicherung ist Vertragspartner; kritisch zur Regelung *Luthe*, PharmR 2011, S. 193, 199.

1092 Vgl. E. I.

scheidungen personell gleichsam „aufgerüstet“, um den Interessen aller Betroffenen Rechnung tragen zu können.

Auch hier sei im Übrigen noch einmal klar gestellt, dass jedenfalls die aus mehr als einer Person bestehenden Schiedseinrichtungen selbst Gremien sind und den Inhalt von Verträgen im Fall gescheiterter Vertragsverhandlungen zwischen den Parteien durch entsprechende Beschlussfassung festsetzen. In dieser Konstellation ist die Schiedsstelle allerdings selbst das Konfliktlösungsinstrument, so dass diese besonderen „Ausschüsse“ im Kontext der dreiseitigen Verträge erörtert werden.

Vor dem Hintergrund der bereits erläuterten Beschränkung des Untersuchungsgegenstands[1093] geht es im Folgenden schließlich nur um solche Ausschüsse, die eine echte Beschlusskompetenz haben. Bezogen auf sie ist jeweils zu klären, ob drei- oder gar mehrseitige Beschlüsse gefasst werden.

## 2. Der ergänzte Bewertungsausschuss; § 87 Abs. 5a SGB V

Die in § 87 Abs. 1 S. 1 SGB V beschriebene zentrale Aufgabe des Bewertungsausschusses – die Festsetzung eines einheitlichen Bewertungsmaßstabs jeweils für die ärztlichen und die zahnärztlichen Leistungen – erfolgt durch zweiseitige Beschlüsse. Denn die Bewertungsausschüsse, die als Gremien die „Vereinbarung“ zwischen den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen beschließen sollen,[1094] sind bezüglich dieser Aufgabe entsprechend zweiseitig besetzt: Je drei Vertreter werden gemäß § 87 Abs. 3 SGB V von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung[1095] und vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen bestellt. Auch der jeweils nach Maßgabe von § 87 Abs. 4 SGB V erweiterte Bewertungsausschuss trifft zweiseitige Beschlüsse – führt diese Erweiterung doch lediglich zur Ergänzung des Ausschusses um unparteiische Mitglieder,[1096] deren Mitwirkung in den meisten anderen Entscheidungsgremien der gemeinsamen Selbstverwaltung ohnehin von Beginn an vorgesehen ist.

Dreiseitige Beschlüsse allerdings fasst der so genannte ergänzte Bewertungsausschuss – und zwar unabhängig davon, ob er mit oder ohne unparteiische Mitglieder entscheidet.[1097] Bei Beschlüssen zur Anpassung des einheitlichen Bewertungsmaßstabs zur Vergütung der Leistungen der spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V wird der Bewertungsausschuss gemäß § 87 Abs. 5a SGB V jeweils um drei Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft und jeweils um drei weitere Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen ergänzt. In dieser speziellen Konstellation, die der Etablierung eines eigenen Versorgungssektors geschuldet ist, in dem sowohl Ärzte wie auch Krankenhäuser agieren kön-

---

1093 Hierzu oben C. III. 2.

1094 Zur Zwitterstellung insoweit schon oben unter C. III. 3. a.

1095 Im Bewertungsausschuss für zahnärztliche Leistungen sitzen dementsprechend Vertreter der Kassenärztlichen Bundesvereinigung (*Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 87 Rn. 255).

1096 Hierzu schon oben C. II. 3. a. (c).

1097 Zum ergänzten – regulären oder erweiterten Bewertungsausschuss nach Maßgabe von § 87 Abs. 5a SGB V vgl. oben C. II. 3. a. (d).

nen,[1098] ist der jeweilige Ausschuss dreiseitig besetzt: Neben der Kostenträgerseite sind die Ärzteschaft und die Krankenhäuser vertreten.

### 3. Der erweiterte Landesausschuss; § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V

Auch die in § 90 SGB V normierten Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen fassen grundsätzlich – das entspricht schon der Namensgebung – zweiseitige Beschlüsse. Die Ausschüsse sind paritätisch mit Vertretern der Krankenkassen und der Ärzte bzw. Zahnärzte besetzt; dazu kommen drei unparteiische Mitglieder.[1099] In einer besonderen Besetzung, die dreiseitige Beschlüsse hervorbringt, entscheidet der Landesausschuss jedoch im Kontext der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V. Für die Wahrnehmung der entsprechenden Aufgaben gemäß § 116b Abs. 2 SGB V wird der Ausschuss um Vertreter der Krankenhäuser in der gleichen Zahl erweitert, wie sie nach § 90 Abs. 2 SGB V jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und die Vertreter der Ärzte vorgesehen ist – es agiert damit der so genannte erweiterte Landesausschuss.[1100] Und dieser ist im oben beschriebenen Sinne dreiseitig besetzt, weil nun zwei Typen von Leistungserbringern mitwirken.

### 4. Das gemeinsame Landesgremium; § 90a SGB V

Drei- bzw. mehrseitige Beschlüsse werden auch vom so genannten gemeinsamen Landesgremium gefasst, das gebildet werden kann und Empfehlungen abgeben kann. Vier der dort vertretenen Gruppen werden in § 90a Abs. 1 SGB V direkt benannt; es können aber auch „*weitere Beteiligte*" mitwirken. Aufgrund der doppelten „Kann-Bestimmung" soll dieses Gremium nicht näher betrachtet werden.

### 5. Der Gemeinsame Bundesausschuss; § 91 SGB V

Der Gemeinsame Bundesausschuss als bedeutsamstes Entscheidungsgremium im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung wird von drei Organisationen gebildet – und dementsprechend ist auch das Beschlussgremium jedenfalls dreiseitig besetzt: Neben den unparteiischen Mitgliedern und Vertretern der Kostenträger finden sich sowohl Vertreter der Ärzteschaft (Ärzte und Zahnärzte) als auch solche der Krankenhausträger.[1101] Faktisch alle Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses ergehen damit dreiseitig im hier relevanten Sinne; lediglich dann, wenn ein Beschluss ergehen soll, der allein einen oder auch nur zwei der Leistungssektoren wesentlich betrifft, kommt es zu einer Stimmenübertragung innerhalb des Beschlussgremiums.

---

1098 § 116b Abs. 2 SGB V.
1099 Zur Zusammensetzung im Detail vgl. oben C. III. 3. b.
1100 So ausdrücklich § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V.
1101 Ausführlich hierzu oben C. III. 3. d.

### 6. Der Innovationsausschuss; § 92b SGB V

Dreiseitig besetzt ist auch der jüngst geschaffene Innovationsausschuss gemäß § 92b SGB V, denn auch hier wirken Vertreter der Krankenkassen, der Ärzte und der Krankenhäuser mit.[1102] Zusätzlich sind drei weitere Vertreter der staatlichen Verwaltung Mitglieder des Ausschusses.

### 7. Zum Sonderfall der Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses

Nicht näher betrachtet werden soll im vorliegenden Kontext die in § 92 Abs. 1a S. 4 und 5 SGB V normierte Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses. Sie ist keine Schiedsstelle im typischen Sinne, weil es nicht ihre Aufgabe ist, im Fall gescheiterter Verhandlungen den Inhalt einer gesetzlich vorgesehenen Vereinbarung festzusetzen.[1103] Vielmehr handelt es sich schlicht um einen gleichsam verkleinerten Gemeinsamen Bundesausschuss mit unter Umständen teilweise veränderter personeller Besetzung – und das führt dazu, dass in dieser besonderen Fallgestaltung stets nur „zweiseitige Beschlüsse" erlassen werden, denn: Auf der Leistungserbringerseite sind nur noch die Zahnärzte vertreten. Für die hier relevante Fragestellung kommt diesem Gremium daher keine Bedeutung zu.

## IV. Fazit

Das SGB V sieht mittlerweile eine ganze Reihe von dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen vor. „Prototypen" sind insoweit auf der Vertragsebene die ausdrücklich als dreiseitig bezeichneten Verträge gemäß § 115 SGB V; bezogen auf die Ausschusstätigkeit ist es der Gemeinsame Bundesausschuss, der in der Regel dreiseitig besetzt ist und dementsprechend fast immer dreiseitige Beschlüsse fasst.

In immer mehr Konstellationen allerdings finden sich besondere Formen dreiseitigen Handelns, die schon auf der formalen Ebene der Konfliktlösung zu erkennen sind: Immer dann, wenn mehrere Leistungserbringer gemeinsam agieren, modifiziert der Gesetzgeber die personelle Besetzung der Schiedseinrichtungen[1104] und der sonstigen Ausschüsse: Diese werden durch Vertreter der neu hinzukommenden Leistungserbringer aufgestockt. Die „Neuheit" ergibt sich dabei aus dem Blickwinkel der jeweiligen Schiedseinrichtung: Das für Verträge über die vertragsärztliche Versorgung zuständige Schiedsamt nach § 89 SGB V wird um Vertreter der Krankenhausseite aufgestockt; die für Rechtsfragen im Kontext der Krankenhäuser zuständige Landesschiedsstelle wird durch Vertreter der Ärzteschaft erweitert. Für die sonstigen Ausschüsse gilt nichts anderes.

Ob diese Konfliktlösungsstrategie – auch unter dem Blickwinkel der gleichmäßigen Interessenvertretung – sachgerecht ist, wird noch zu prüfen sein.[1105] Zunächst soll allerdings geklärt

---

1102 All diese Personen müssen dem Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschuss angehören.
1103 Ausführlich hierzu oben C. II. 3. d.
1104 Das gilt natürlich nicht für die allein agierende Schiedsperson.
1105 Hierzu H. II. 2. a.

werden, welchen Anforderungen eine umfassende Konfliktlösung überhaupt genügen muss. Anschließend ist zu prüfen, ob diese Anforderungen im Fall von dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen erfüllt sind oder nicht. Möglicher Verbesserungsbedarf betrifft dann unter Umständen auch die Form des jeweiligen Konfliktlösungsgremiums und die Ausgestaltung des Verfahrens.

# F. Zur Problemanalyse – Konflikte und Konfliktlösungen

## I. Die Letztverantwortlichkeit des Staates

Das Konzept der gemeinsamen Selbstverwaltung[1106] entbindet den Gesetzgeber nicht von seiner Letztverantwortlichkeit für die Funktionsfähigkeit der von ihm in Umsetzung des Sozialstaatsprinzips[1107] geschaffenen gesetzlichen Krankenversicherung. Zahlreiche der im SGB V und im Krankenhausfinanzierungsrecht angesprochenen Verträge und Beschlüsse müssen geschlossen bzw. gefasst werden, weil erst durch sie sichergestellt wird, dass der Individualanspruch der Versicherten gegen ihre Krankenkassen auch tatsächlich erfüllt werden kann. Hinsichtlich der insoweit erforderlichen Zusammenarbeit von Kostenträgern einerseits und Leistungserbringern andererseits hat der Gesetzgeber den Beteiligten erhebliche Spielräume belassen – und selbst im Konfliktfall ist er zumeist bemüht, eine Lösung des Dissenses im Rahmen der Selbstverwaltung zu ermöglichen. Die Stärkung der gemeinsamen Selbstverwaltung in diesem Kontext ist zu begrüßen; dennoch müssen notwendige Entscheidungen gegebenenfalls auch von staatlichen Stellen getroffen werden, wenn die eigentlich gewollte Kooperation, aus welchen Gründen auch immer, nicht funktioniert. Ob das sichergestellt ist, soll im Folgenden geprüft werden.

## II. Zur Vielfalt denkbarer Konflikte und Konfliktlösungsstrategien

Mit Blick auf die Vertragskonzeption des Krankenversicherungsrechts ist die Beschreibung des Konflikts selbst einfach: Ein nach den gesetzlichen Vorgaben verpflichtender Vertrag kommt nicht zustande, weil sich die Parteien jedenfalls hinsichtlich einzelner Punkte nicht einigen konnten. Die Gründe hierfür mögen vielfältig sein – im Ergebnis aber entsteht durch das Scheitern der Vertragsverhandlungen gleichsam ein rechtliches Vakuum, das es zu beseitigen gilt. Die typische Strategie des Gesetzgebers zur Lösung des Konflikts ist die Etablierung einer Schiedseinrichtung, wobei es zunächst keine Rolle spielt, unter welcher Bezeichnung und in welcher Besetzung die jeweilige Einrichtung agiert.

Allerdings ist es damit naturgemäß nicht getan, denn auch das Verfahren zur Lösung des Konflikts selbst – konkret: Das Tätigwerden der Schiedseinrichtung – ist in vielerlei Hinsicht konfliktanfällig und bedarf daher einer gesetzlichen Steuerung. Es beginnt schon bei der Einrichtung der Schiedseinrichtung selbst: Was geschieht, wenn die Vertragsparteien bereits hier „blockieren" – etwa indem sie „ihre" Vertreter für eine Schiedsstelle schlicht nicht benennen oder aber Streit über die unparteiischen Mitglieder besteht? Welche Konsequenzen ergeben sich, wenn die Schiedseinrichtung nicht tätig werden kann, weil das Gesetz einen Antrag voraussetzt und keine Vertragspartei diesen Antrag stellt? Wie ist zu verfahren, wenn Mitglieder einer Schiedseinrichtung die Mitarbeit verweigern und ihre Aufgabe – etwa durch Fernbleiben von den Sitzungen – schlicht nicht wahrnehmen? Wie wird in einem solchen

---

1106 Hierzu ausführlich unter B.

1107 Die Schaffung einer Sozialversicherung ist als typische Umsetzung des Sozialstaatsprinzips zu werten. Dennoch hat der Gesetzgeber einen erheblichen Gestaltungsspielraum, und das Grundgesetz enthält keinerlei Bestandsgarantie für das jetzt bestehende System.

Fall sichergestellt, dass der festzusetzende Vertragsinhalt die Interessen aller Beteiligten angemessen berücksichtigt? Wenn alle mitwirken, ist die Frage der Mehrheitsverhältnisse für die Konfliktlösung von maßgeblicher Bedeutung. Und selbst mit der Festsetzung des Vertragsinhalts durch die Schiedseinrichtung ist der Konflikt nicht zwingend bereits endgültig gelöst – ist doch stets der Rechtsweg zu den Sozial- bzw. Verwaltungsgerichten eröffnet.[1108]

Ähnliche Probleme stellen sich bei den im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung vorgesehenen Ausschüssen. Auch hier reicht deren Etablierung im Gesetz selbst nicht; es muss vielmehr auch sichergestellt sein, dass sie ihre Arbeit tatsächlich aufnehmen und die ihnen zugewiesene Aufgabe erfüllen können. Auch bezüglich der Besetzung der Ausschüsse dürfte es nicht selten Streit über die Person des unparteiischen Vorsitzenden geben; und auch hier bedarf es mitunter eines Antrags zur Einleitung des konkreten Verfahrens. Die Frage der Mehrheiten ist in entsprechenden Gremien von zentraler Bedeutung; und schließlich stellt sich die Frage, ob die bei der Abstimmung unterlegenen Mitglieder des Ausschusses die getroffene Entscheidung durch eine Anrufung der Gerichte vorübergehend gleichsam „auf Eis legen" können.

Angesichts der Vielfalt der denkbaren Konflikte in diesem Kontext überrascht es nicht, dass der Gesetzgeber entsprechend vielfältige Konfliktlösungsstrategien entwickelt hat. Allerdings birgt gerade diese Vielfalt erhebliche Probleme – insbesondere dann, wenn gleich gelagerte Konstellationen unterschiedlich behandelt werden, ohne dass hierfür sachliche Gründe ersichtlich wären. Die Bestandsaufnahme hat gezeigt, auf welch ganz unterschiedliche Art und Weise der Gesetzgeber versucht, bei einem Scheitern der gemeinsamen Selbstverwaltung die erforderliche Entscheidung herbeizuführen. Was mitunter fast als beliebig erscheinen mag, erschwert jedenfalls eine wie auch immer geartete „Systematik der Konfliktlösung"; es wirft aber auch die Frage nach der demokratischen Legitimation[1109] der von Schiedseinrichtungen und anderen Ausschüssen getroffenen Entscheidungen auf.

Im Folgenden sollen auf der Grundlage der Bestandsaufnahme[1110] die im Kontext der erforderlichen Konfliktlösung eingesetzten Strategien des Gesetzgebers kritisch betrachtet werden. Dabei geht es zunächst um eine Gesamtbetrachtung, die die insoweit bestehenden Probleme verdeutlicht. Im Anschluss daran wird zu prüfen sein, ob die möglichen Konflikte bei den als „dreiseitig" ermittelten[1111] Verträgen und Beschlüssen vom Gesetzgeber bedacht und gelöst worden sind (hierzu unter G.).

## III. Zur grundsätzlichen Erforderlichkeit einer konfliktlösenden Instanz

### 1. Allgemeines

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist in weiten Teilen vom Prinzip der gemeinsamen Selbstverwaltung geprägt. Der Gesetzgeber neigt zunehmend dazu, wichtige

---

1108 Hierzu C. II. 1.; bei der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG bedarf es zusätzlich noch der staatlichen Genehmigung des Schiedsspruchs.

1109 Hierzu oben unter B. II.

1110 Hierzu unter C.

1111 Oben unter E.

Entscheidungen nicht selbst zu treffen, sondern in die Kompetenz einzelner Akteure des Gesundheitswesens zu legen, die Verträge miteinander schließen oder in Ausschüssen gemeinsam agieren. Die mittlerweile umfassende Kompetenz des Gemeinsamen Bundesausschusses verdeutlicht das Prinzip: Das Gremium trifft – neben vielem anderen – Entscheidungen zum Leistungsumfang der gesetzlichen Krankenversicherung, die nicht nur für die Mitglieder der im Gremium vertretenen Organisationen, sondern für alle Leistungserbringer und auch die Versicherten verbindlich sind. Und es ist nicht nur der Gemeinsame Bundesausschuss, der mit seinen ausdrücklich für verbindlich erklärten Entscheidungen das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung auch mit Wirkung für die Patienten beeinflusst; vielmehr treffen auch die übrigen im SGB V etablierten Ausschüsse Entscheidungen, die sich auf die Versorgungssituation auswirken – man denke hier nur an die Bedarfsplanung im weiteren Sinne. Die insoweit vorgesehenen Entscheidungen der Landesausschüsse nach § 90 SGB V[1112] haben naturgemäß auch Konsequenzen für Ärzte und Versicherte.

Jenseits der Frage der gebotenen verfassungsrechtlichen Legitimation solcher Gremien bzw. der von ihnen getroffenen Entscheidungen[1113] ist die Übertragung von entsprechenden Kompetenzen an Ausschüsse der gemeinsamen Selbstverwaltung allerdings grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn sichergestellt wird, dass die ihnen konkret übertragene Aufgabe auch tatsächlich erfüllt wird. Hier geht es also letztlich nur darum, mögliche Konflikte bei der Einrichtung und Entscheidungsfindung sachgerecht zu regulieren. Denn: Nicht nur der Inhalt des Vertrags oder des Beschlusses bietet Konfliktpotential, sondern auch vieles, was mit dem Schiedsverfahren selbst zu tun hat.[1114]

## 2. Die Entscheidungsersetzung beim Vertragsprinzip

### a. Allgemeines

Im Kontext des Vertragsprinzips stellt sich allerdings ein gleichsam vorgelagertes Problem. Wenn der Gesetzgeber sich entscheidet, bestimmte im Kontext des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts zu treffende Entscheidungen der vertraglichen Vereinbarung der Selbstverwaltungspartner zu überlassen, ist es mit der gesetzgeberischen Entscheidung für das Vertragsprinzip allein nicht getan. Vielmehr muss das Gesetz stets eine gesonderte Konfliktlösungsinstanz für den Fall vorsehen, dass dieser Vertrag ganz oder teilweise nicht zustande kommt. Anders als beim Konzept der Übertragung bestimmter Aufgaben an entsprechende Beschlussgremien bedarf es hier also eines gleichsam „zweistufigen" Vorgehens: Im ersten Schritt wird den Vertragsparteien eine bestimmte Kompetenz übertragen – und im zweiten Schritt muss ein gesondertes Gremium im Gesetz etabliert werden, das beim Scheitern der Vertragshandlungen den Vertragsinhalt festsetzt. Ohne diese „Reservefunktion", die jedenfalls in der Regel die im Gesetz normierten Schiedseinrichtungen wahrnehmen, bestünde die Gefahr eines dauerhaften rechtlichen Vakuums, das die Funktionsfähigkeit des Krankenversicherungssystems gefährden würde. Hier liegt ein entscheidender Unterschied zwischen Beschluss und Vertrag: Die Entscheidung eines mehrheitlich besetzten Gremiums ergeht

---

1112 Hierzu C. III. 3. b.

1113 Hierzu oben unter B. II.

1114 So bezogen auf die unparteiischen Mitglieder *Schnapp*, NZS 2007, S. 561.

durch einen Mehrheitsbeschluss, während ein Vertragsabschluss – insoweit gilt im Öffentlichen Recht nichts anderes als im Zivilrecht[1115] – das Vorliegen übereinstimmender Willenserklärungen der Vertragspartner erfordert.[1116] Mit einer wie auch immer gearteten Mehrheit der Vertragspartner ist das Problem im Konfliktfall daher nicht zu lösen. An die Stelle der Vertragspartner tritt stattdessen die Schiedseinrichtung, die ihrerseits als Ausschuss[1117] nun mit entsprechender Mehrheit den Vertragsinhalt festsetzt.

Vor diesem Hintergrund wird die Zwitterstellung des Bewertungsausschusses gemäß § 87 Abs. 3 SGB V noch einmal deutlich.[1118] Der Bewertungsausschuss ist zwar ein pluralistisch besetzter Ausschuss, der aber letztlich als Vertragsorgan der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen einerseits und des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen andererseits agiert. Der mit jeweils drei Vertretern dieser Organisationen besetzte Bewertungsausschuss muss nach § 87 Abs. 4 SGB V durch „*übereinstimmenden Beschluß alles Mitglieder*" entscheiden und so die Vereinbarung zwischen den Parteien herbeiführen; gelingt das nicht, mutiert der Bewertungsausschuss als Vertragsorgan zum erweiterten Bewertungsausschuss als Schiedseinrichtung.

### b. Bestehende Lücken im System

Man sollte annehmen, dass der Gesetzgeber das Gebot der Entscheidungsersetzung in allen Konstellationen beachtet hat, in denen er den Selbstverwaltungspartnern entsprechende Vertragskompetenzen übertragen hat. Das allerdings ist nicht der Fall. Es finden sich, wie bereits dargelegt, durchaus Fallgestaltungen, in denen eine Konfliktlösung beim Scheitern der Vertragsverhandlungen schlicht nicht vorgesehen ist.[1119]

Dieser Befund wäre unbedenklich, wenn er nur solche Verträge zwischen den Selbstverwaltungspartnern beträfe, deren Abschluss den Vertragsparteien freigestellt ist. In einer solchen Konstellation wäre das infolge des Scheiterns der Verhandlungen eintretende „rechtliche Vakuum" hinnehmbar, weil es offenbar nur um eine Option der Vertragsparteien, aber eben nicht um eine für die Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung zwingende Vereinbarung geht.[1120] Das ist jedoch nicht der Fall – es finden sich auch Lücken im System, die zwingend abzuschließende Verträge betreffen.[1121]

Nun ist allerdings bereits die angesprochene Differenzierung zwischen zwingenden und optionalen Vereinbarungen alles andere als einfach.[1122] Hinsichtlich der Verträge im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist zu differenzieren. Überwiegend hat der Gesetzgeber einen Vertragsschluss zwingend vorgeschrieben. Formulierungen wie „ … *regeln … in einem Rahmenvertrag*",[1123] „*Die Vertragspartner der Gesamtverträge haben … zu bereinigen*"[1124], „*Ver-*

---

1115 Die Regelungen des BGB sind über § 62 SGB X bzw. § 69 SGB V entsprechend anwendbar.
1116 Hierzu *Ellenberger* in: Palandt, BGB, Einf. v. § 145 Rn. 1 ff.
1117 Etwas anderes gilt nur für die Schiedspersonen.
1118 Ausführlich hierzu C. III. 3. a.
1119 Hierzu schon oben unter D. V.
1120 Hierzu schon ausführlich oben unter D. V. 4.
1121 Hierzu schon oben D. V.
1122 Hierzu oben D. V. 4.
1123 § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V.
1124 § 73b Abs. 7 S. 1 SGB V.

*einbarungen …, die … zu treffen sind*“[1125], oder „ … *legen in einem Vertrag … fest*“[1126] machen deutlich, dass der Gesetzgeber den jeweiligen Vertragsparteien eine Verpflichtung zum Handeln auferlegt hat. Auch wenn weder von einem Vertrag oder einer Vereinbarung die Rede ist, kann eine Regelung eine entsprechende Verpflichtung begründen; wenn etwa § 132a Abs. 1 SGB V bestimmt, dass die dort genannten Spitzenorganisationen „… *gemeinsam Rahmenempfehlungen … abzugeben*“ haben, wird hinreichend deutlich, dass dieses einvernehmliche Handeln nicht in deren Belieben liegt. In entsprechenden Konstellationen muss der Gesetzgeber daher für den Fall des Scheiterns einer einvernehmlichen Lösung ein Konfliktlösungsinstrument im Gesetz etablieren. Auf der anderen Seite finden sich weichere Formulierungen im Gesetz. Mitunter spricht der Gesetzgeber auch von Vereinbarungen, die getroffen werden „*können*“.[1127] Ein Beispiel hierfür findet sich in § 75 Abs. 3a SGB V, der sich mit der Vergütung von Leistungen, die gegenüber privat versicherten Personen erbracht wurden, befasst. Der Gesetzgeber selbst hat die Vergütung in § 75 Abs. 3a S. 2 SGB V normiert; er räumt aber zugleich einer abweichenden vertraglichen Vereinbarung nach Maßgabe von § 75 Abs. 3b SGB V den Vorrang ein. Gemäß § 75 Abs. 3b SGB V „ *kann*“ die entsprechende Vergütung in Verträgen zwischen den Kassenärztlichen Vereinigungen oder den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen „*abweichend von den Vorgaben des Absatzes 3a Satz 2 geregelt werden*“. Dass der Gesetzgeber in dieser Konstellation dennoch mit der in § 75 Abs. 3c SGB V geregelten Schiedsstelle ein Konfliktlösungsinstrument etabliert hat, dürfte der Wahrung der Interessen der Beteiligten in dieser besonderen Konstellation geschuldet sein. Entsprechendes gilt etwa im Kontext der Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung.[1128] Für die – lediglich möglichen – Empfehlungen des – seinerseits nicht einmal zwingend vorgegebenen – gemeinsamen Landesgremiums finden sich dagegen konsequenterweise keinerlei Konfliktlösungsinstrumente.

Bei nicht zwingend abzuschließenden Vereinbarungen muss der Gesetzgeber kein Konfliktlösungsinstrument etablieren. Anders ist die Situation bei Vereinbarungen, die er als verpflichtend konzipiert hat: Das Fehlen einer wie auch immer gearteten Konfliktlösungsstrategie wäre hier gleichsam ein Widerspruch in sich. Entweder ist der Inhalt der Vereinbarung von zentraler Bedeutung für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung – dann kann der Gesetzgeber eine entsprechende Verpflichtung normieren und muss zugleich Regelungen schaffen, die im Streitfall eine Konfliktlösung vorsehen. Oder die Vereinbarung ist nicht zwingend erforderlich, dann wäre eine entsprechende Verpflichtung der Betroffenen möglicherweise schon als unverhältnismäßig anzusehen.

Vor diesem Hintergrund enthält beispielsweise § 39a Abs. 2 SGB V eine Regelungslücke. Nach § 39a Abs. 2 S. 8 SGB V vereinbart der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit den für die Wahrnehmung der Interessen der ambulanten Hospizdienste maßgeblichen Spitzenorganisationen das Nähere zu den Voraussetzungen der in der Norm vorgesehenen Förderung sowie zu Inhalt, Qualität und Umfang der ambulanten Hospizarbeit. Diese Vereinba-

---

1125 § 106b Abs. 3 S. 1 SGB V.

1126 § 118 Abs. 2 SGB V.

1127 Zum „*sollen*“ in § 6 Abs. 2 KHEntgG vgl. *Felix* in: Felix/Schütte, Medizinische Innovation im Krankenhaus, S. 59, 70.

1128 Ausführlich hierzu C. III. 3. c.

rung ist als zwingende ausgestaltet – ein Konfliktlösungsinstrument ist dennoch schlicht nicht vorgesehen.[1129]

Lücken finden sich insoweit auch bei mehrseitigen Verträgen: So normiert das Gesetz etwa keine Konfliktlösung im Kontext der gemäß § 130b Abs. 10 SGB V zu schließenden Vereinbarung. Die Liste derjenigen Konstellationen, in denen für zwingende Vereinbarungen kein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen ist, ließe sich durchaus noch verlängern – indes: Festzuhalten ist letztlich, dass die Etablierung entsprechender Mechanismen im Gesetz gerade im Kontext des Vertragsprinzips Grundvoraussetzung jeder effektiven Konfliktlösung ist.

## IV. Konflikte bei der Errichtung

### 1. Allgemeines

Wenn der Gesetzgeber im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung die Erfüllung bestimmter Aufgaben einer vertraglichen Vereinbarung oder Mehrheitsentscheidung im Rahmen der gemeinsamen Selbstverwaltung überlässt, muss er zugleich sicherstellen, dass das jeweilige Gremium die ihm übertragene Aufgabe auch erfüllen kann. Das erfordert unter Umständen schon den Einsatz von Konfliktlösungsinstrumenten im Kontext der Errichtung des jeweiligen Gremiums. Die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der tatsächlichen Errichtung von Schiedseinrichtungen und sonstigen Ausschüssen sind im Detail sehr unterschiedlich ausgestaltet, es zeigen sich aber auch deutliche Parallelen. Insbesondere die Personalentscheidungen mit Blick auf die unparteiischen Mitglieder eines Entscheidungsgremiums scheinen in der Praxis erhebliche Probleme zu bereiten – hier finden sich in den maßgeblichen Normen fast durchgehend spezielle Regelungen, die im Konfliktfall eine vollständige Besetzung des Gremiums ermöglichen und damit dessen Handlungsfähigkeit sichern.

### 2. Zusammensetzung der Gremien

#### a. Allgemeines

Bezogen auf die Zusammensetzung der Gremien hat der Gesetzgeber zu allen in der Bestandsaufnahme näher betrachteten Entscheidungsgremien konkrete Vorgaben gemacht. Dabei ist allerdings zwischen den Schiedseinrichtungen und den sonstigen Ausschüssen zu differenzieren; auch innerhalb der jeweiligen Gruppe lassen sich jeweils unterschiedliche Varianten finden. Im Folgenden geht es zunächst ausschließlich um die „parteiischen" Mitglieder des Gremiums,[1130] die – auch wenn sie an Weisungen nicht gebunden sind – in der Regel die Interessen derjenigen Organisation wahrnehmen werden, die sie in das Gremium entsandt hat.

---

1129 Darüber ob jedenfalls § 39a Abs. 1 SGB V ein hinreichendes Konfliktlösungsinstrument bereitstellt, lässt sich streiten (hierzu ausführlich oben C. II. 5. b. (1).

1130 Zu den unparteiischen Mitgliedern vgl. sogleich unter 4.

### b. Schiedswesen

Im Schiedswesen, also im Kontext der Ersetzung von gescheiterten Vereinbarungen, ordnet die jeweilige Norm zumeist lediglich eine paritätische Besetzung des Gremiums an.[1131] Eine typische Formulierung findet sich etwa bezogen auf das Landesschiedsamt in § 89 Abs. 2 S. 2 SGB V[1132]: „*Das Schiedsamt besteht aus Vertretern der Ärzte und Krankenkassen in gleicher Zahl sowie* …". Vergleichbare Regelungen finden sich beispielsweise in §§ 75 Abs. 3c S. 2, 111b Abs. 2 S. 1, 114 Abs. 2, 129 Abs. 8 S. 1 SGB V oder 134a Abs. 4 S. 2 SGB V. Die konkrete Zahl der parteiischen Mitglieder wird allerdings nicht etwa der gemeinsamen Selbstverwaltung überlassen, sondern in einer vom Bundesministerium für Gesundheit zu erlassenden Rechtsverordnung bestimmt. Die Detailregelungen bezogen auf die jeweilige Schiedseinrichtung überlässt der Gesetzgeber also der Exekutive. Als klassisches Beispiel sei in diesem Kontext nur § 89 Abs. 6 SGB V zitiert: „*Das Bundesministerium für Gesundheit bestimmt durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Zahl, die Bestellung, die Amtsdauer, die Amtsführung, die Erstattung der baren Auslagen und die Entschädigung für Zeitaufwand der Mitglieder der Schiedsämter, die Geschäftsführung, das Verfahren, die Erhebung und die Höhe der Gebühren sowie über die Verteilung der Kosten.*" Vergleichbare Ermächtigungen finden sich – teilweise in Form von Weiterverweisungen[1133] – in den anderen Normen, die die konkrete Zahl der Mitglieder offen lassen.[1134] Auch im Krankenhausfinanzierungsrecht hat der Gesetzgeber die Details den maßgeblichen Rechtsverordnungen der Länder überlassen; bezogen auf die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG ist lediglich die Parität vorgegeben.[1135] Hinsichtlich der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG ist die konkrete Zahl der Mitglieder zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Deutschen Krankenhausgesellschaft dagegen zu „*vereinbaren.*"[1136]

Nur vereinzelt hat der formelle Gesetzgeber selbst die Zahl der parteiischen Mitglieder festgelegt. So bestimmt etwa § 130b Abs. 5 S. 2 SGB V: Die Schiedsstelle „*besteht aus einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern sowie aus jeweils zwei Vertretern der Vertragsparteien nach Absatz 1.*"

Ein sachlicher Grund für die vorgenommene Differenzierung ist auf Anhieb nicht ersichtlich. Eine direkt im Gesetz vorgenommene Festlegung würde jedenfalls die maßgeblichen Rechtsverordnungen, von denen es in der Tat doch eine ganze Reihe gibt, zum Teil entbehrlich machen.

### c. Sonstige Ausschüsse

Gleichsam umgekehrt ist die Rechtslage bezogen auf die sonstigen im SGB V etablierten Ausschüsse. Hier ist die konkrete Besetzung meistens durch das Gesetz vorgegeben; es finden sich aber auch eine Reihe von Konstellationen, in denen man sich auf den Hinweis „*in gleicher Zahl*" beschränkt hat.

---

1131 Das ist naturgemäß nur relevant, wenn nicht ohnehin eine Schiedsperson entscheidet.

1132 Für das Bundesschiedsamt gilt das gemäß § 89 Abs. 4 S. 2 SGB V entsprechend.

1133 Sehr gern wird übrigens auf § 129 Abs. 10 SGB V verwiesen (vgl. etwa § 75 Abs. 3c SGB V).

1134 Vgl. etwa § 111b Abs. 5 SGB V.

1135 Ausführlich hierzu C. II. 3. c.

1136 § 18a Abs. 6 S. 8 KHG; es besteht allerdings das Recht der Ersatzvornahme zugunsten des Bundesministeriums für Gesundheit (§ 18a Abs. 6 S. 9 KHG).

Der Bewertungsausschuss besteht nach § 87 Abs. 3 SGB V aus jeweils drei vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung bestellten Vertretern; im ergänzten Bewertungsausschuss kommen drei Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie drei weitere Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen hinzu. Die Landesausschüsse bestehen gemäß § 90 Abs. 2 SGB V aus neun Vertretern der Ärzte, drei Vertretern der Ortskrankenkassen, drei Vertretern der Ersatzkassen, je einem Vertreter der Betriebskrankenkassen und der Innungskrankenkassen sowie einem gemeinsamen Vertreter der landwirtschaftlichen Krankenkassen und der Knappschaft Bahn-See. Auch die Besetzung des Beschlussgremiums des Gemeinsamen Bundesausschusses ist in § 91 Abs. 2 SGB V genau spezifiziert;[1137] Entsprechendes gilt für den Innovationsausschuss nach § 92b SGB V.

Bezüglich der Zulassungs- und Berufungsausschüsse dagegen hat sich der Gesetzgeber auf den Hinweis „*in gleicher Zahl*“[1138] beschränkt; die Details ergeben sich aus den maßgeblichen Zulassungsordnungen.[1139] Entsprechendes gilt nach Maßgabe von § 106c Abs. 1 S. 2 SGB V für den Beschwerdeausschuss, für dessen Arbeit schon aus diesem Grund die Schaffung einer entsprechenden Rechtsverordnung erforderlich ist.[1140]

### 3. Weigerung der Benennung

Bereits bei der Einrichtung von im Gesetz etablierten Gremien könnte es theoretisch zu Problemen kommen, wenn die Organisationen oder Stellen, die den jeweiligen Ausschuss gleichsam „bestücken“ sollen, ihrer Aufgabe einfach nicht nachkommen. Dass eine entsprechende Verpflichtung besteht, wird im Gesetz eher unterstellt als ausdrücklich geregelt – häufig findet sich nur eine allgemeine Aussage dahingehend, dass die Schiedseinrichtung oder der Ausschuss „*aus Vertretern besteht*“.[1141] Mitunter wird das Gesetz aber auch deutlicher: Im Kontext des Bewertungsausschusses spricht § 87 Abs. 3 SGB V ausdrücklich von „*bestellten Vertretern*“. Jedenfalls aber in den maßgeblichen Rechtsverordnungen wird bestimmt, dass der jeweilige Vertragspartner oder die jeweilig im Ausschuss vertretene Interessengruppe ihre Vertreter „*bestellen*“.[1142]

Kaum geregelt ist allerdings, was passiert, wenn dies einfach nicht geschieht und es damit gar nicht erst zur Einrichtung des Entscheidungsgremiums kommt. Offenbar hat es in der Praxis insoweit bislang keine Probleme gegeben. Die Kostenträgerseite ließe sich im Übrigen über entsprechende Maßnahmen der Rechtsaufsicht zur Erfüllung ihrer Aufgabe zwingen; und auf Seiten der Leistungserbringer dürfte in der Regel ein wirtschaftlich begründetes Eigeninteresse an der Existenz eines funktionsfähigen Entscheidungsgremiums bestehen.[1143] Es finden sich allerdings einzelne Normen, in denen der Gesetzgeber dieses Problem be-

---

1137 Hierzu oben unter C. III. 3. d.
1138 Vgl. §§ 96 Abs. 2 und 97 Abs. 2 SGB V.
1139 Vgl. etwa § 34 Abs. 1 Ärzte-ZV.
1140 § 106c Abs. 2 S. 7 und 8 SGB V.
1141 So etwa § 89 Abs. 2 S. 2 SGB V für das Landesschiedsamt.
1142 Vgl. etwa § 1 Abs. 1 SchiedsamtsVO.
1143 Hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 111b Rn. 9; die Regelung des § 111b Abs. 2 S.3 SGB V bezieht sich nur auf die unparteiischen Mitglieder.

dacht hat. So bestimmt etwa § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V: „*Soweit beteiligte Organisationen keine Vertreter bestellen oder …, bestellt die zuständige Landesbehörde auf Antrag einer beteiligten Organisation die Vertreter …*“.[1144] Auch in der auf Grundlage von § 129 Abs. 10 SGB V und § 130b Abs. 6 SGB V erlassenen „*Verordnung über die Schiedsstelle für Arzneimittelversorgung und die Arzneimittelabrechnung (Schiedsstellenverordnung)*“[1145] wurde das Problem bedacht. Dort ist in § 1 Abs. 1 bestimmt, dass Mitglieder der Schiedsstelle neben dem unparteiischen Vorsitzenden und den zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern die „*benannten Mitglieder nach Absatz 2*“ sind. Jedes Mitglied hat zwei Stellvertreter. Die Vertragsparteien benennen jeweils fünf Vertreter und deren Stellvertreter; gemäß § 1 Abs. 5 Schiedsstellenverordnung kann das Bundesministerium für Gesundheit für die Bestellung der Mitglieder eine Frist setzen. Erfolgt die Bestellung nicht innerhalb der Frist, bestellt das Ministerium die Mitglieder.

Mitunter hat der Gesetzgeber auch bereits im Kontext der Einrichtung eines Gremiums gleichsam eine Schiedseinrichtung für zuständig erklärt: Kommen die für die Einrichtung des Schlichtungsausschusses nach § 17c Abs. 3 KHG erforderlichen Entscheidungen „*nicht ganz oder teilweise*“ zustande, trifft auf Antrag einer Vertragspartei die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG die ausstehenden Entscheidungen – und dazu könnte man durchaus auch die Benennung der „parteiischen“ Mitglieder zählen.

### 4. Im Besonderen: Die unparteiischen Mitglieder

Die Zahl der unparteiischen Mitglieder, die faktisch in allen Entscheidungsgremien mitwirken,[1146] hat der Gesetzgeber durchweg gesetzlich bestimmt. Typischerweise findet sich eine Gruppe von drei Personen: Neben dem unparteiischen Vorsitzenden[1147] wirken zwei weitere unparteiische Mitglieder mit. Eine Ausnahme findet sich im Krankenhausfinanzierungsrecht: In der Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG agiert neben den parteiischen Mitgliedern nur ein „*neutraler Vorsitzender*“.[1148]

Ohne die Mitwirkung der unparteiischen Mitglieder in Entscheidungsgremien wäre bei der regelmäßig paritätischen Besetzung dieser Gremien eine Beschlussfassung kaum möglich: Bei widerstreitenden Interessen stimmen die parteiischen Vertreter, auch wenn sie nicht an Weisungen gebunden sind, in der Regel im Interesse derjenigen Organisation, die sie entsandt hat. Es käme also regelmäßig zu einem Patt mit der Konsequenz, dass etwa in Vertragssachen der vertragliche Konflikt in die Schiedseinrichtung hinein getragen würde. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: In die Schiedsstelle nach § 129 Abs. 8 SGB V, die vom Spitzenverband Bund und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker gebildet wird und die im Streitfall den Inhalt des Rahmenvertrags nach Absatz 2 festsetzt, werden von den Vertragsparteien jeweils

---

1144 Die Konfliktlösung durch die Landesbehörde setzt hier allerdings wiederum einen Antrag voraus.

1145 V. 29.9.1994 (BGBl. I, S. 2784), zuletzt geändert durch Gesetz v. 21.12.2015 (BGBl. I, S. 2408).

1146 Eine Ausnahme stellt insoweit lediglich der reguläre Bewertungsausschuss dar, der letztlich aber auch Vertragshilfeorgan ist (hierzu schon oben C. III. 3. a.).

1147 Mitunter ist auch die Rede von einem „*neutralen Vorsitzenden*“ (§ 18a Abs. 2 S. 1 KHG).

1148 Möglicherweise hat der Gesetzgeber die Einbindung weiterer unparteiischer Mitglieder für entbehrlich gehalten, weil es sich beim Schiedsspruch aufgrund der erforderlichen Genehmigung der Festsetzung durch die zuständige Landesbehörde nur um einen internen Mitwirkungsakt handelt (hierzu oben C. II. 3. c. (2) (c)). Angesichts des Beurteilungsspielraums ist das allerdings fragwürdig.

fünf Vertreter entsandt. Da sich die Vertragsparteien schon in den entsprechenden Verhandlungen nicht einigen konnten, sind die Chancen für eine Einigung im Schiedsstellenverfahren mehr als gering. Nur durch die Mitwirkung der unparteiischen Mitglieder, infolge derer das Gremium aus insgesamt 13 Personen besteht, kann eine Mehrheitsentscheidung getroffen werden. Besonders deutlich wird die maßgebliche Rolle der unparteiischen Mitglieder auch im Bewertungsausschuss: Dieser besteht gemäß § 87 Abs. 3 SGB V aus je drei von der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen bestellten Vertretern. Das Gesetz verlangt hier einen einstimmigen Beschluss; § 87 Abs. 4 SGB V bestimmt: „*Kommt im Bewertungsausschuss durch übereinstimmenden Beschluß aller Mitglieder eine Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande* …". Wenn es nicht gelingt, eine entsprechende Einigung zu erzielen, wird der Bewertungsausschuss zum erweiterten Bewertungsausschuss – und der Unterschied besteht dabei nur in der Mitwirkung der drei unparteiischen Mitglieder, die den bestehenden Konflikt lösen sollen.

Den unparteiischen[1149] Mitgliedern kommt damit in jeglichem Entscheidungsgremium maßgebliche Bedeutung zu – im Idealfall handelt es sich um Akteure, deren Neutralität von beiden Seiten anerkannt ist.[1150] Vor diesem Hintergrund strebt der Gesetzgeber faktisch immer eine einvernehmliche Personalentscheidung an. § 129 Abs. 8 S. 3 SGB V enthält insoweit eine ganz typische Aussage: „*Über den Vorsitzenden und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder sollen sich die Vertragsparteien einigen*". Wenn das gelingt, dürfte die Akzeptanz der betroffenen Personen im Entscheidungsgremium entsprechend hoch sein – und das wiederum erhöht die Chance auf eine womöglich doch noch einvernehmliche Lösung.

Offenbar war dem Gesetzgeber aber auch klar, dass eine Einigung in personeller Hinsicht in der Praxis Probleme bereiten kann.[1151] Zwar sollen die unparteiischen Mitglieder eben „*unparteiisch*" sein und damit jedenfalls ein gewisses Maß an persönlicher Unabhängigkeit haben[1152] – und dennoch hat jede Interessengruppe bestimmte Vorstellungen vom jeweiligen Vorverständnis der betreffenden Personen. Und es spielt letztlich keine Rolle, ob die jeweilige Einschätzung zutreffend ist oder nicht – es gilt unliebsame Kandidaten zu verhindern und vermeintlich wohlgesonnene Personen durchzusetzen. Vor diesem Hintergrund hat der Gesetzgeber in allen maßgeblichen Regelungen entsprechende Konfliktlösungsinstrumente etabliert, diese aber durchaus unterschiedlich ausgestaltet.

Gleichsam als Idealtyp der Konfliktlösung gilt offenbar das in § 89 Abs. 3 S. 4 ff. SGB V im Kontext des Schiedsamts zugrunde gelegte Modell: Kommt eine Einigung nicht zustande, haben die Beteiligten eine gemeinsame Liste aufzustellen, die mindestens die Namen für zwei Vorsitzende und je zwei unparteiische Mitglieder sowie deren Stellvertreter enthalten muss.[1153] Kommt es auf der Grundlage dieser Liste nicht zu einer personellen Einigung, entscheidet das Los darüber, wer das Amt des Vorsitzenden, der weiteren unparteiischen Mit-

---

1149 Der Begriff selbst wird im Gesetz nicht definiert (vgl. aber auch *Becker*, SGb 2003, S. 644, 668 mit Hinweis auf Regelungen, die sich in den maßgeblichen Rechtsverordnungen finden lassen).

1150 *Kluth*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010, S. 25.

1151 Vgl. hierzu *Schnapp*, NZS 2007, S. 561: „*Es soll allerdings schon vorgekommen sein, dass eine Seite einen Vorschlag nur deshalb zurückgewiesen hat, weil er von der anderen Seite kam.*"

1152 *Vahldieck* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 89 Rn. 40.

1153 Auch an dieser Stelle könnte allerdings das bereits angesprochene Problem des „Boykotts" relevant werden.

glieder und der Stellvertreter auszuüben hat. Weil dieses Entscheidungsmodell zwar keine der Parteien bevorzugt, letztlich aber schlicht vom Losglück abhängt, wer seine personellen Wünsche durchsetzen kann, hat der Gesetzgeber die eigentlich vorgesehene Amtszeit von vier Jahren auf ein Jahr verkürzt.[1154] Auf § 89 Abs. 3 S. 4 ff. SGB V wird in zahlreichen Normen des SGB V verwiesen – das Losverfahren wurde etwa übernommen in den §§ 129 Abs. 8, 130b Abs. 5, 132a Abs. 3 SGB V[1155] oder 134 Abs. 4 SGB V.[1156] Auch § 87 Abs. 4 SGB V nimmt hinsichtlich des erweiterten Bewertungsausschusses Bezug auf § 89 Abs. 3 SGB V.

Allerdings finden sich auch andere Varianten der Konfliktlösung. So wurde etwa in § 111b Abs. 2 S. 3 SGB V bezogen auf die unparteiischen Mitglieder bestimmt: „*Kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie von den zuständigen Landesbehörden bestellt.*" Der Gesetzgeber gibt der gemeinsamen Selbstverwaltung hier eine Einigungsoption, ersetzt deren fehlende Entscheidung dann allerdings umgehend durch die Entscheidung einer staatlichen Behörde. Ein entsprechendes Modell hat der Gesetzgeber für den – allein tätigen – unparteiischen Vorsitzenden der Krankenhausschiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG[1157] sowie für den Berufungsausschuss nach § 97 SGB V[1158] gewählt. Auch im Kontext von § 90 Abs. 2 SGB V findet sich eine entsprechende Regelung, die allerdings zusätzlich ein „*Benehmen*" mit der Kostenträgerseite voraussetzt.[1159] Vergleichbar ist insoweit § 106c Abs. 1 S. 5 SGB V.[1160]

Mitunter muss die Ministerialverwaltung entscheiden: Einigt man sich im Schlichtungsausschuss nach § 17c Abs. 3 KHG nicht auf die unparteiischen Mitglieder, entscheidet das Bundesministerium für Gesundheit. Manche Regelung zur Lösung des Personalkonflikts erweist sich im Übrigen als sehr kreativ: So werden die drei unparteiischen Mitglieder, die in der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG mitwirken, gemäß § 18a Abs. 6 S. 5 KHG im Konfliktfall durch den Präsidenten des Bundessozialgerichts berufen. In diesem Kontext hat der Gesetzgeber zudem bestimmt, dass durch die Parteien zuvor abgelehnte Personen nicht berufen werden dürfen.

Für den praktisch so bedeutsamen Gemeinsamen Bundesausschuss hat der Gesetzgeber mit Blick auf die demokratische Legitimation des Gremiums ein besonderes Verfahren etabliert. Bezüglich der unparteiischen Mitglieder und ihrer jeweils zwei Stellvertreter[1161] müssen sich die den Gemeinsamen Bundesausschuss tragenden Organisationen einigen – der von ihnen erstellte Vorschlag ist nach § 91 Abs. 2 S. 2 HS SGB V dem Bundesministerium für Gesundheit vorzulegen. Das Ministerium übermittelt den Vorschlag gemäß § 91 Abs. 2 S. 4 SGB V an den Ausschuss für Gesundheit des Deutschen Bundestages, und dieser kann mit Zwei-Drittel-Mehrheit dem Vorschlag widersprechen, „*sofern er die Unabhängigkeit oder die Unparteilichkeit der vorgeschlagenen Person als nicht gewährleistet ansieht.*"[1162] Die Organisationen haben

---

1154 § 89 Abs. 3 S. 6 SGB V.

1155 Hier wird allerdings nur Satz 5 und 6 von § 89 Abs. 3 SGB V in Bezug genommen, was etwas sinnentstellend ist.

1156 Auch hier werden nur die Sätze 5 und 6 erwähnt.

1157 Hierzu oben C. II. 3. c. (2).

1158 Ausführlich hierzu C. III. 3. f. (a).

1159 Ausführlich hierzu C. III. 3. b.

1160 Hierzu oben C. III. 3. g.

1161 Zur Sicherstellung von deren Unabhängigkeit dient § 91 Abs. 2 S. 3 SGB V.

1162 § 91 Abs. 2 S. 5 SGB V.

daraufhin innerhalb von sechs Wochen einen neuen Vorschlag vorzulegen; geschieht dies nicht oder widerspricht der Gesundheitsausschuss auch diesem Vorschlag, erfolgt die Berufung durch das Bundesministerium für Gesundheit.[1163]

Hinzuweisen ist in diesem Kontext schließlich auf die besondere Situation in der Schiedsstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 92 Abs. 1a SGB V: Hier kann es keinen Konflikt in personeller Hinsicht geben, weil es bezüglich der unparteiischen Mitglieder eine Personenidentität mit dem Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses gibt.[1164] Entsprechendes gilt im Übrigen für den Innovationsausschuss nach Maßgabe von § 92b SGB V.[1165]

Soweit es um den Einsatz von – allein tätigen – Schiedspersonen geht, hat der Gesetzgeber einen ganz eigenen Weg beschritten: Die Bestellung der Person erfolgt im Fall der Nichteinigung der Vertragsparteien durch eine staatliche Behörde. Eine ganz typische Regelung findet sich insoweit in § 73b Abs. 4a SGB V im Kontext der hausarztzentrierten Versorgung:[1166] „*Beantragt eine Gemeinschaft gemäß Absatz 4 Satz 2 die Einleitung eines Schiedsverfahrens, haben sich die Parteien auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die den Inhalt des Vertrages nach Absatz 4 Satz 1 festlegt. Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.*“ Dieses Ersetzungsmodell hat der Gesetzgeber in vielen gesetzlichen Konstellationen zugrunde gelegt;[1167] damit wird sichergestellt, dass eine Verzögerung der Entscheidung nicht bereits durch den Streit über die Personalie eintritt. Mitunter eröffnet das Gesetz zugleich die Möglichkeit einer gleichsam über den Einzelfall hinausgehenden Bestellung.[1168]

Im Fall des einzigen dreiseitigen Vertrags, der von einer unabhängigen Schiedsperson ersetzt wird, hat der Gesetzgeber die Zuständigkeit des Bundesministeriums für Gesundheit bestimmt. § 65c Abs. 6 S. 9 SGB V bestimmt: „*Einigen sich die Vereinigungspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese vom Bundesministerium für Gesundheit bestellt.*“ Entsprechendes gilt im Fall von § 125 Abs. 1 S. 6 SGB V für die auf Bundesebene abzuschließenden Rahmenempfehlungen sowie im Kontext von § 127 Abs. 1 SGB V.

Jeglicher Konfliktlösungsmechanismus fehlt im Übrigen in § 211 Abs. 4 SGB V – wenn die Landesverbände der Krankenkassen sich im Streitfall nicht auf eine Schiedsperson einigen können, bliebe insoweit nur der Weg über die Rechtsaufsicht.

### 5. Stellvertreter

Gleichsam am Rande sei erwähnt, dass die gesetzlichen Regelungen bezogen auf die Frage der Existenz von Stellvertretern in Entscheidungsgremien sehr unterschiedlich ausgestaltet

---

1163 § 91 Abs. 2 S. 6 und 7 SGB V.
1164 Ausführlich hierzu C. II. 3. d.
1165 Hierzu ausführlich oben C. III. 3. e.
1166 Ausführlich hierzu oben C. II. 5. b. (3).
1167 §§ 39 Abs. 1 S. 12, 125 Abs. 1 S. 5 f., 125 Abs. 2 S. 7 f. , 127 Abs. 1a S. 3, 132a Abs. 4 S. 8, 132b Abs. 2 S. 2, 132d Abs. 1 S. 4, 132e Abs. 1 S. 4, 132g Abs. 3 i.V.m. § 132d Abs. 1 S. 4.
1168 § 125 Abs. 2 S. 6 und 7 SGB V.

sind. Manche Normen erwähnen die Stellvertreter,[1169] viele andere nicht. Mitunter ergeben sich Details aus den einschlägigen Rechtsverordnungen. Irgendein System lässt sich dem Gesetz insoweit allerdings nicht entnehmen.

Für Schiedspersonen gibt es naturgemäß keine Stellvertreter.

### 6. „Fremdbesetzung" von Entscheidungsgremien

Angesprochen werden soll im Kontext der Zusammensetzung von Beschlussgremien im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung schließlich noch ein letzter Aspekt. Auch wenn die paritätische Besetzung der Gremien unter Hinzuziehung von zumeist drei unparteiischen Mitgliedern die Regel darstellt, finden sich vereinzelt Konstellationen, in denen der Gesetzgeber Dritte als weitere Mitglieder hinzugezogen hat. So sind etwa Mitglieder der Schiedsstelle gemäß § 75 Abs. 3c SGB V auch je ein Vertreter des Bundesministeriums der Finanzen und des Bundesministeriums für Gesundheit. Der Grundsatz der paritätischen Besetzung wird mit dieser in der Tat untypischen Besetzung[1170] durchbrochen. Die Selbstverwaltung wird hier bereits auf der Ebene des Schiedsverfahrens zugunsten erweiterter Einflussmöglichkeiten der staatsunmittelbaren Ministerialbürokratie auf Schiedsstellenebene geschwächt,[1171] was zu einer Vermischung der Grenzen zwischen Selbstverwaltung und Aufsicht führt.[1172] Man mag sich in der Tat fragen, ob diese Besetzung mit dem Wesen einer Schiedsstelle vereinbar ist;[1173] allerdings dürfte es vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt sein, entsprechend zu verfahren.[1174]

## V. Antragsverfahren

Zahlreiche der im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung geregelten Entscheidungsgremien werden nach dem Willen des Gesetzgebers nur auf Antrag tätig. So sprechen etwa §§ 111c Abs. 3 SGB V, 116b Abs. 6 S. 7 SGB V oder 130b Abs. 9 SGB ausdrücklich vom „*Antrag*" einer Vertragspartei. Auch die Schiedsstelle für die Krankenhausfinanzierung wird nur auf Antrag tätig.[1175] Mitunter variiert die Begrifflichkeit, ohne dass sich in der Sache etwas ändern würde: So ist in § 75 Abs. 3b SGB V die Rede von einer „*Anrufung*" der Schiedsstelle nach Absatz 3c. Nicht immer allerdings ist das Antragserfordernis im Gesetz klar formuliert; für das Schiedsamt etwa findet sich keine entsprechende Regelung in § 89 SGB V. Allerdings ergibt sich das Antragserfordernis häufig aus der speziellen Vorschrift, in der dem Schiedsamt eine konkrete Aufgabe zugewiesen wird. Wenn etwa § 73b Abs. 7 S. 4 SGB V im Kontext des Bereinigungsbedarfs nach § 87a Abs. 3 S. 2 SGB V bestimmt, dass auch die Vertragspartner der Verträge über die hausarztzentrierte Versorgung „*das Schiedsamt nach § 89*

---

1169 Vgl. etwa § 91 Abs. 2 S. 2 SGB V zu den unparteiischen Mitgliedern sowie S. 16 zu den von den Organisationen benannten Mitgliedern.

1170 *Huster* in: Kingreen/Becker, SGB V, § 75 Rn. 12.

1171 *Wendtland* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 75 SGB V Rn. 53.

1172 *Rademacker* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 75 SGB V Rn. 75.

1173 Kritisch *Axer*, MedR 2008, S. 482, 492.

1174 Vgl. hierzu aber auch das ausführliche Rechtsgutachten von *Kluth*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010, der die Regelung für rechtsstaatswidrig hält.

1175 § 13 Abs. 1 KHEntgG.

*anrufen*" können, wird deutlich, dass es sich um ein Antragsverfahren handelt. In der SchiedsamtsVO ist das Antragsprinzip für das Schiedsamtsverfahren in § 13 S. 1 normiert; die Norm differenziert hierbei zu Recht zwischen den Antragsverfahren und denjenigen Verfahren, in denen das Schiedsamt von Amts wegen handelt.[1176]

Das Antragserfordernis zeigt eine weitere Ebene auf, auf der unter Umständen Konfliktlösungsbedarf entstehen kann. Es ist denkbar, dass keine der Parteien den erforderlichen Antrag stellt und deshalb für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bedeutsame Entscheidungen schlicht nicht getroffen werden. Auch das hat der Gesetzgeber offenbar zumindest in manchen Regelungen bedacht. Eine naheliegende Konfliktlösungsstrategie bestünde darin, vom Antragserfordernis abzusehen. Diesen Weg hat der Gesetzgeber etwa in § 89 Abs. 1 S. 2 f. SGB V oder § 137e Abs. 4 S. 3 SGB V gewählt; in diesen Konstellationen agiert die jeweilige Schiedseinrichtung ohne Antrag von Amts wegen. Mitunter wird der Antrag erst nach Ablauf einer von einer Behörde gesetzten Frist[1177] entbehrlich; dieses Modell liegt etwa § 130b Abs. 9 S. 7 SGB V zugrunde.[1178]

Denkbar wäre aber auch die Ersetzung des Antrags durch eine andere Stelle. Eine solche Konstellation findet sich etwa in § 39 Abs. 1a S. 9 2. HS SGB V: Kommt der in § 39 Abs. 1a SGB V vorgesehene Rahmenvertrag[1179] nicht zustande, kann auch das Bundesministerium für Gesundheit das Schiedsamt anrufen. Entsprechende Regelungen finden sich in § 132a Abs. 2 S. 2 SGB V bezogen auf die gemeinsame Schiedsstelle für die Versorgung mit häuslicher Krankenpflege oder in § 9 Abs. 2 S. 2 KHEntgG im Kontext der Teilnahme von Krankenhäusern an der Notfallversorgung. Durch die Ersatzvornahme bezüglich der Antragstellung wird sichergestellt, dass eine Entscheidung nicht boykottiert werden kann.[1180]

Für die Tätigkeit von Schiedspersonen ist keine Antragstellung vorgesehen. Das Gesetz bestimmt lediglich, dass der Vertragsinhalt von der Schiedsperson festgesetzt wird, wenn sich die Parteien nicht einigen können.

## VI. Die Beschlussfassung

### 1. Zur erforderlichen Mehrheit

Die Konfliktlösung bei der eigentlichen Entscheidung des Entscheidungsgremiums erfolgt durch gesetzliche Vorgaben hinsichtlich der erforderlichen Mehrheit für den konkreten Beschluss.[1181] Ein paritätisch besetztes Gremium wird häufig nicht einstimmig entscheiden; es bedarf daher klarer Regelungen für das Abstimmungsergebnis. Am Beispiel des Bewertungsausschusses, der letztlich als Vertragshilfeorgan tätig wird, lässt sich das Problem anschaulich

---

1176 § 13 Abs. 2 SchiedsamtsVO; ausführlich oben C. II. 2. h. (1).

1177 Hierzu gleich unter 3.

1178 Hierzu oben C. II. 3. b. (5).

1179 Hierzu im Detail oben C. II. 2. d.

1180 Vgl. in diesem Kontext im Übrigen auch § 13 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO: „*Stellt keine der Vertragsparteien einen Antrag nach Satz 1, so beginnt das Schiedsamtsverfahren mit dem beim Schiedsamt von der zuständigen Aufsichtsbehörde mit Wirkung für die Vertragsparteien gestellten Antrag.*"

1181 Auch insoweit bestehen naturgemäß keine Probleme bei Schiedspersonen, die allein entscheiden.

darstellen: Der Bewertungsausschuss selbst muss die Entscheidung einstimmig fassen;[1182] hier stellt sich die Frage nach den erforderlichen Mehrheiten also gar nicht.[1183] Gelingt das nicht, entscheidet jedoch der erweiterte Bewertungsausschuss – und er tut dies gemäß § 87 Abs. 5 S. 1 SGB V „*mit der Mehrheit seiner Mitglieder*".

Die erforderlichen Mehrheiten sind den jeweils einschlägigen Vorschriften des SGB V bzw. des Krankenhausfinanzierungsrechts zu entnehmen. Für das Schiedsamt fordert § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V die „*Mehrheit*" der Mitglieder; und dieses Modell ist typisch für andere Schiedseinrichtungen und sonstige Ausschüsse. Entsprechende Regelungen finden sich etwa in den §§ 96 Abs. 2 S. 6, 111b Abs. 3 S. 4, 114 Abs. 3 S. 4, 129 Abs. 9 S. 5 SGB V oder auch in § 18a Abs. 3 S. 4 KHG. Auch das für das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung bedeutsamste Entscheidungsgremium, der Gemeinsame Bundesausschuss, entscheidet gemäß § 91 Abs. 7 S. 1 SGB V mit der „*Mehrheit seiner Mitglieder, sofern die Geschäftsordnung nichts anderes bestimmt.*"[1184]

Mitunter hat der Gesetzgeber spezifische Mehrheitserfordernisse normiert. So bestimmt etwa § 91 Abs. 7 S. 3 SGB V, dass Beschlüsse, die nicht allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen[1185] und die zur Folge haben, dass eine bisher zu Lasten der Krankenkassen erbringbare Leistung zukünftig nicht mehr zu deren Lasten erbracht werden darf,[1186] einer Mehrheit von neun Stimmen bedürfen. Entscheidungen des Innovationsausschusses bedürfen nach § 92b Abs. 2 S. 4 SGB V stets einer Mehrheit von sieben Stimmen, also einer Zweidrittel-Mehrheit.[1187]

Und gerade auch bei dreiseitigen Beschlüssen bestehen insoweit mitunter Besonderheiten: Gemäß § 115b Abs. 3 S. 3 SGB V entscheidet das erweiterte Bundesschiedsamt nicht mit einfacher Mehrheit, sondern mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Mitglieder; 10 der 15 Mitglieder müssen sich dementsprechend auf den Vertragsinhalt einigen. Im Kontext von § 116b SGB V entscheidet der erweiterte Landesausschuss nach § 116b Abs. 3 S. 6 SGB V zwar mit einfacher Mehrheit, allerdings zählen die Stimmen der Vertreter der Krankenkassen doppelt.

## 2. Die besondere Rolle des unparteiischen Vorsitzenden

Die paritätische Besetzung von Entscheidungsgremien unter Hinzuziehung von in der Regel drei unparteiischen Mitgliedern ermöglicht damit die erforderliche Beschlussfassung, für die jedenfalls in der Regel eine einfache Mehrheit vorgesehen ist. Jede Schiedseinrichtung ist – jenseits der allein tätigen Schiedspersonen – so konzipiert, dass bei Anwesenheit aller Mit-

---

1182 Vgl. § 87 Abs. 4 SGB V: „*übereinstimmender Beschluss aller Mitglieder*".

1183 Anders ist dies etwa beim Zulassungsausschuss, der ebenfalls ohne unparteiische Vorsitzende agiert. Er entscheidet mit einfacher Stimmenmehrheit; durch § 96 Abs. 2 S. 6 2. HS SGB V wird aber klargestellt, dass bei Stimmengleichheit ein Antrag als abgelehnt gilt.

1184 Dass diese Regelung im Kontext von § 92 Abs. 1a SGB V analog anzuwenden ist, wurde bereits angesprochen.

1185 Hierzu *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25j: Gemeint sei „*die in sektorenübergreifender Besetzung zu treffen sind*".

1194 Ein Ausschluss erfolgt etwa bei Entscheidungen nach Maßgabe von §§ 137c oder 135 Abs. 1 S. 2 SGB V (ausführlich hierzu *Roters* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 91 SGB V Rn. 25g f.).

1187 Der Gesetzgeber wollte so die Akzeptanz der Entscheidungen erhöhen (BT-Drs. 18/4095, S. 104).

glieder eine verbindliche Entscheidung getroffen werden kann. Dass hierbei den Stimmen der unparteiischen Mitglieder maßgebliche Bedeutung zukommt, dürfte auf der Hand liegen. Für die sonstigen Ausschüsse gilt nichts anderes – sie sind stets paritätisch besetzt und werden durch eine ungerade Zahl von unparteiischen Mitgliedern ergänzt. Vor diesem Hintergrund drängt sich die Frage nach der Bedeutung eines so häufig im Kontext von Gremienentscheidungen anzutreffenden Satzes auf: „*Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.*“[1188] Angesichts der Besetzung der Gremien mit einer ungeraden Zahl von Personen und dem zumeist in den maßgeblichen Rechtsverordnungen geregelten Verbot der Stimmenthaltung[1189] müsste sich stets eine Mehrheit ergeben – insofern scheint die angesprochene Regelung auf den ersten Blick entbehrlich.

Allerdings ist es denkbar, dass einzelne Mitglieder des Entscheidungsgremiums bei der Abstimmung nicht anwesend sind. Die Gründe hierfür können vielfältig sein – und auch für diese Konstellation muss es eine Konfliktlösung geben. Sie liegt im Konstrukt der Beschlussfähigkeit, die für jegliche Gremienarbeit von zentraler Bedeutung ist.[1190] Diese ist in den jeweiligen Rechtsverordnungen geregelt, die das Bundesministerium für Gesundheit erlässt;[1191] mitunter finden sich auch Regelungen in den Geschäfts- oder Verfahrensordnungen, die sich das Gremium selbst gibt.[1192] Auch insoweit gibt es ganz unterschiedliche Regelungsmodelle – typisch allerdings ist die Ermittlung der Beschlussfähigkeit in einem gleichsam zweistufigen Verfahren. Bei der ersten Sitzung ist das Gremium beschlussfähig, wenn alle Mitglieder anwesend sind. Eine typische Formulierung findet sich insoweit in § 16a SchiedsamtsVO: „*Das Schiedsamt ist beschlussfähig, wenn seine Mitglieder oder deren stimmberechtigte Stellvertreter anwesend sind.*“[1193] Da Stimmenthaltungen unzulässig sind,[1194] müsste dementsprechend eine Mehrheitsentscheidung zustande kommen, da das Schiedsamt aus einer ungeraden Zahl von Personen besteht.[1195] Allerdings kann das Erfordernis der Anwesenheit und Mitwirkung aller Mitglieder des Gremiums zu Problemen führen, wenn eine Gruppe die Mitwirkung – wenn auch rechtswidrig[1196] – verweigert. Dieser Konflikt wird auf der zweiten Stufe gelöst: „*Ist die Beschlussfähigkeit nicht gegeben, ist eine erneute Sitzung innerhalb von 14 Kalendertagen seit der ersteinberufenen Sitzung mit der gleichen Tagesordnung einzuberufen. Auf dieser erneuten Sitzung ist die Beschlussfähigkeit gegeben, wenn der Vorsitzende oder dessen Stellvertreter und mehr als die Hälfte der Mitglieder des Schiedsamts oder deren stimmberechtigte Mitglieder anwesend sind. Auf diese Folge ist in der Einladung zur erneuten Sitzung ausdrücklich hinzuweisen.*“

---

1188 Vgl. nur § 111b Abs. 3 S. 5 SGB V stellvertretend für zahlreiche andere Normen. Nicht immer allerdings findet sich eine entsprechende Regelung – bezogen auf das Schiedsamt nach § 89 SGB V sucht man insoweit vergeblich, obwohl die Problemlage die gleiche ist.

1189 Vgl. etwa § 18 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO.

1190 Vgl. schon zum Deutschen Bundestag § 45 Abs. 1 GeschOBT.

1191 Für das Schiedsamt vgl. § 16a SchiedsamtsVO, für den Beschwerdeausschuss gilt § 1 Abs. 4 WiPrüfVO. Eine differenzierte Regelung wurde in § 8 Schiedsstellenverordnung getroffen, die für die Schiedsstellen nach §§ 129 und 130b SGB V gilt.

1192 Vgl. etwa § 14 Abs. 2 GeschO des Gemeinsamen Bundesausschusses: „*Das Plenum ist beschlussfähig, wenn drei Unparteiische anwesend sind und sämtliche 13 Stimmen von den Anwesenden abgegeben werden können*.“ Nach § 14 Abs. 3 GeschO können die Anwesenden die Beschlussfähigkeit ihrerseits „*beschließen*“, wenn maximal zwei Stimmen fehlen. § 14a GeschO ermöglicht zudem die Übertragung von Stimmrechten.

1193 § 16a Abs. 1 S. 1 SchiedsamtsVO.

1194 § 18 Abs. 1 S. 2 SchiedsamtsVO.

1195 Ausführlich hierzu oben C. II. 2.

1196 Häufig finden sich in den untergesetzlichen Vorschriften über die Teilnahmepflicht an den Sitzungen (vgl. etwa § 6 SchiedsamtsVO.)

Um den erforderlichen Beschluss zu ermöglichen, werden also die Anforderungen an die Besetzung des Entscheidungsgremiums abgesenkt: Es reicht die Anwesenheit des unparteiischen Vorsitzenden und im Übrigen die Anwesenheit von mehr als der Hälfte der Mitglieder des Ausschusses. Gegen ein solches Vorgehen – das sich im Übrigen nicht bei allen Gremien findet[1197] – bestehen grundsätzlich keine Bedenken. Selbst der Deutsche Bundestag verlangt für seine Beschlussfähigkeit von vornherein lediglich die Anwesenheit von mehr als der Hälfte seiner Mitglieder.

Zu beachten ist allerdings, dass die gesetzlichen Vorgaben die Beschlussfassung betreffend eingehalten werden müssen. Wenn § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V bestimmt, dass das Schiedsamt „*mit der Mehrheit seiner Mitglieder*" den Vertragsinhalt festsetzt, bedeutet das, dass der entsprechende Beschluss von sechs der elf Mitglieder des Schiedsamts getragen sein muss. Infolge der Schiedsamtsverordnung könnte es nun allerdings zu einem Beschluss kommen, dem nur vier Mitglieder zugestimmt haben. Vier Personen stellen aber nicht die „Mehrheit der Mitglieder des Schiedsamts", so dass man sich fragen muss, ob die Schiedsamtsverordnung in diesem Punkt mit dem höherrangigen Recht, konkret mit § 89 Abs. 1 SGB V vereinbar ist. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn man § 89 Abs. 1 SGB V – entgegen seinem eindeutigen Wortlaut – so auslegt, dass es ausschließlich um die Mehrheit bei den konkreten Entscheidungen geht.

Einen möglichen Lösungsweg für den Gesetzgeber zeigt aber auch § 91 Abs. 7 SGB V auf; die Regelung bestimmt bezogen auf das Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses: „ … *fasst seine Beschlüsse mit der Mehrheit seiner Mitglieder, sofern die Geschäftsordnung nichts anderes bestimmt.*" Die Geschäftsordnung regelt die Möglichkeiten, gleichsam „*in nicht voller Besetzung*" zu entscheiden – insofern bestehen hier keine rechtlichen Bedenken, weil das formelle Gesetz selbst entsprechende Regelungen ausdrücklich erlaubt.

Regelungen über die Beschlussfähigkeit sind im Übrigen nicht die einzige Möglichkeit, einen entsprechenden Konflikt bei der Entscheidungsfindung zu lösen. Vielmehr kann der Gesetzgeber – gegebenenfalls in Kombination mit Vorgaben in zeitlicher Hinsicht – auch eine Ersatzvornahme zugunsten staatlicher Behörden einräumen. Diese Variante wurde etwa bei den dreiseitigen Verträgen und Rahmenempfehlungen zwischen Krankenkassen, Krankenhäusern und Vertragsärzten gewählt; nach § 115 Abs. 4 SGB V wird der Inhalt der Verträge[1198] durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmt, wenn weder ein Vertrag noch eine Festsetzung der Landesschiedsstelle erfolgt sind.[1199]

Deutlich geworden sein sollte im vorliegenden Kontext jedenfalls die besondere Stellung insbesondere des unparteiischen Vorsitzenden in Entscheidungsgremien: Häufig ist seine Stimme ausschlaggebend für den Beschluss.[1200] Auf diesen Aspekt wird im Kontext der be-

---

1197 Dem Gemeinsamen Bundesausschuss müssen die durch die §§ 14 und 14a der GeschO eröffneten Möglichkeiten genügen.

1198 Ausführlich hierzu oben C. II. 3. b. (3).

1199 Notwendig ist eine Ersatzvornahme jedenfalls mit Blick auf die fehlende Beschlussfähigkeit allerdings nicht, denn auch für die Landesschiedsstellen gelten entsprechend zweistufige Konfliktlösungsstrategien (vgl. etwa § 12 Abs. 1 der Hamburgischen Verordnung über die Landesschiedsstelle nach dem SGB V v. 10.12.1991, HmbGVBl., S. 415).

1200 Mitunter entscheiden die unparteiischen Mitglieder einer Schiedsstelle sogar allein (vgl. hierzu § 130b Abs. 9 SGB V und oben C. II. 3. b. (5)).

sonderen Herausforderungen an die Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen gegebenenfalls noch zurückzukommen sein.[1201]

### 3. Zu den zeitlichen Vorgaben für die Beschlussfassung

Klare zeitliche Vorgaben für die Beschlussfassung[1202] in Entscheidungsgremien verhindern Konflikte, die durch eine bewusste Verzögerungstaktik der Beteiligten entstehen können. Immer wieder finden sich deshalb in den maßgeblichen Normen des SGB V oder des Krankenhausfinanzierungsrechts entsprechende Regelungen. Für das Krankenhausfinanzierungsrecht bestimmt § 13 Abs. 2 KHEntgG als praktisch bedeutsamste Regelung: „*Die Schiedsstelle entscheidet innerhalb von sechs Wochen über die Gegenstände, über die keine Einigung erreicht werden konnte.*“[1203] Auch in einigen Normen des SGB V finden sich entsprechende Regelungen; typisch ist dabei die Festsetzung einer Drei-Monats-Frist, die sich etwa in den §§ 89 Abs. 1 S. 1, 130b Abs. 4 S. 1, 132a Abs. 2 S. 3 SGB V oder auch in § 132a Abs. 4 S. 7 SGB V für die Tätigkeit einer Schiedsperson findet. Allerdings erweisen sich entsprechende zeitliche Vorgaben in der Praxis als nur bedingt tauglich; die Rechtsprechung sieht in ihnen – und das zu Recht – lediglich Ordnungsvorschriften, deren Verletzung deshalb in der Regel keine Konsequenzen für die inhaltliche Entscheidung hat.[1204]

Von den im Gesetz enthaltenen zeitlichen Vorgaben ist die konkrete Fristsetzung im Einzelfall zu unterscheiden, die durch einzelne Normen ausdrücklich ermöglicht bzw. gefordert wird. So spricht etwa § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V von einer „*von der zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmten Frist*“ für die Festsetzung des Vertragsinhalts. § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V sieht eine Fristsetzung für den Erlass von Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschuss vor; hier agiert das Bundesministerium für Gesundheit. Sehr deutlich formuliert § 92 Abs. 1a S. 3 SGB V: „*Das Bundesministerium für Gesundheit kann dem Gemeinsamen Bundesausschuss vorgeben, einen Beschluss zu einzelnen dem Bundessausschuss durch Gesetz zugewiesenen Aufgaben zu fassen oder zu überprüfen und hierzu eine angemessene Frist setzen*“. § 130b Abs. 9 S. 7 SGB V bestimmt im Kontext der zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen und der pharmazeutischen Unternehmen zu schließenden Vereinbarungen: „*Kommt eine Rahmenvereinbarung nicht innerhalb einer vom Bundesministerium gesetzten Frist zustande, gilt Satz 5 entsprechend*“. Beim Verweis auf Satz 5 dürfte es sich um ein redaktionelles Versehen handeln - gemeint ist Satz 6: In diesem Fall entscheidet die Schiedsstelle auch ohne Antrag einer Vertragspartei.[1205] Auch in § 129 Abs. 7 SGB V ist die Rede von einer Fristsetzung durch das Bundesministerium für Gesundheit.

Diese Fristsetzung stellt häufig zugleich den ersten Verfahrensschritt hin zu einer Ersatzvornahme dar. So bestimmt etwa § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V, dass nach Fristablauf die für das Schiedsamt zuständige Aufsichtsbehörde den Vertragsinhalt festsetzt. Das Bundesministeri-

---

1201 Hierzu unter H.

1202 Zeitliche Vorgaben finden sich mitunter auch bezogen auf die personelle Besetzung eines Gremiums: Eine Fristsetzung für die Bestellung des unparteiischen Vorsitzeden ist etwa in § 291c Abs. 2 SGB V normiert.

1203 Vgl. auch § 295 Abs. 1b S. 6 SGB V, der für die Tätigkeit der Bundesschiedsstelle nach § 18a Abs. 6 SGB V eine Sechs-Wochen-Frist bestimmt.

1204 Zum Schiedsamt vgl. schon BSG v. 30.10.1963 – 6 RKa 4/62 zu § 368g Abs. 2 S. 2 RVO.

1205 Durch diese Regelung wird sichergestellt, dass die Entscheidung auch ohne jede Mitwirkung der Betroffenen getroffen werden kann.

um für Gesundheit trifft gemäß § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V anstelle des Gemeinsamen Bundesausschusses die für die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Beschlüsse. Gemäß § 87 Abs. 4 S. 4 SGB V kann das Bundesministerium für Gesundheit den Inhalt von Vereinbarungen festsetzen, wenn Beschlüsse des Bewertungsausschusses nicht oder nicht innerhalb der gesetzten Frist zustande kommen. Hier hat das Ministerium im Übrigen die Wahl zwischen der Ersatzvornahme und der Anrufung des erweiterten Bewertungsausschusses nach Maßgabe von § 87 Abs. 6 S. 7 SGB V.[1206]

Fristsetzung und anschließende Ersatzvornahme sind effektive Mittel zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels; sie bedeuten aber zugleich eine Schwächung der gemeinsamen Selbstverwaltung,[1207] die allerdings im Interesse der Funktionsfähigkeit der gesetzlichen Krankenversicherung hinzunehmen ist.

## VII. Vorläufiger Rechtsschutz

### 1. Allgemeines

Ein sowohl vor wie auch nach der Beschlussfassung auftretender Konflikt kann eintreten, wenn die Entscheidung eines Beschlussgremiums vor Gericht angefochten wird. Dadurch kann es gegebenenfalls zu einer weiteren Verzögerung kommen, die angesichts der Tatsache, dass gerade im Bereich des Schiedswesens aufgrund des Scheiterns der Vertragsverhandlungen ohnehin schon viel Zeit vergangen ist, als unbefriedigend empfunden werden könnte. Nicht selten erfolgt die Klageerhebung auch nur aus genau diesem Grund: Man strebt eine weitere Verzögerung der Entscheidung oder von deren Umsetzung an.[1208]

Im Folgenden soll der Rechtsschutz bei vertragsersetzenden und sonstigen Beschlüssen näher betrachtet werden. Es geht dabei nicht um die zahlreichen Detailfragen wie etwa die nach der jeweils statthaften Klageart.[1209] Vielmehr stellt sich hier die Frage nach der Ausgestaltung und den Konsequenzen des vorläufigen Rechtsschutzes – konkret: Welche Aussagen hat der Gesetzgeber im hier relevanten Kontext zum Ausschluss der aufschiebenden Wirkung gemacht? Eines sei noch einmal betont: Der durch Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtlich garantierte Rechtsschutz wird durch einen solchen Ausschluss nicht in Frage gestellt, es wird lediglich das § 86a SGG zugrunde liegende Regel-Ausnahme-Verhältnis in sein Gegenteil verkehrt.

Nach der Systematik des Sozialgerichtsgesetzes haben Anfechtungswiderspruch und Anfechtungsklage gemäß § 86a Abs. 1 S. 1 SGG aufschiebende Wirkung; das gilt auch bei rechtsgestaltenden und feststellenden Verwaltungsakten sowie bei Verwaltungsakten mit Drittwirkung. Während dieses durch die aufschiebende Wirkung bedingten Schwebezu-

---

1206 Hierzu schon unter C. III. 3. a.

1207 Diese Schwächung ist zudem eine Konsequenz des eigenen Scheiterns.

1208 Vgl. auch *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 51 – durch den Ausschluss der aufschiebenden Wirkung sollen „*Gerichtsverfahren mit dem alleinigen oder überwiegenden Zweck der Verzögerung vermieden*“ werden.

1209 Im Kontext des Schiedsamts hierzu *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 49 m.w.N.

stands dürfen – unabhängig von der dogmatischen Einordnung des Phänomens selbst[1210] – aus dem angefochtenen Verwaltungsakt keinerlei Konsequenzen gezogen werden. Will die Behörde diese aufschiebende Wirkung vermeiden, ist sie gehalten, nach Maßgabe von § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG die sofortige Vollziehung des Verwaltungsakts anzuordnen. Das allerdings wäre nicht notwendig, wenn die aufschiebende Wirkung nach Maßgabe von § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG kraft Gesetzes entfällt, weil dies so in einem Bundesgesetz vorgeschrieben ist.

Das SGB V ist ein Bundesgesetz im Sinne von § 86a Abs. 2 Nr. 4 SGG – und der Gesetzgeber hat in zahlreichen und für die vorliegende Fragestellung relevanten Kontexten bestimmt, dass die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs kraft Gesetzes entfällt. Dabei lässt sich ein deutlicher Unterschied zwischen den Schiedseinrichtungen einerseits und den sonstigen Ausschüssen andererseits feststellen. Zu unterscheiden ist zudem zwischen einem Rechtsbehelf gegen die getroffene Entscheidung selbst und einer Inanspruchnahme der Gerichte, die bereits im Vorfeld der Entscheidung des Gremiums erfolgt.

Zu beachten ist im Übrigen, dass es sich bei denjenigen Entscheidungen, die einer gerichtlichen Kontrolle unterzogen werden sollen, auch tatsächlich um Verwaltungsakte handelt. Eine Anordnung des Wegfalls der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs macht vor dem Hintergrund der schon angesprochenen Systematik von § 86a Abs. 1 SGG überhaupt nur dann Sinn, wenn es um die Suspendierung eines Verwaltungsakts geht. Gerade in jüngster Zeit hat es hier gesetzgeberische Entscheidungen gegeben, die insoweit für Verwirrung gesorgt haben.[1211]

## 2. Schiedswesen

Im Bereich des Schiedswesens hat der Gesetzgeber in erheblichem Umfang von seinem Recht Gebrauch gemacht, die aufschiebende Wirkung eines Rechtsbehelfs auszuschließen. Das Phänomen findet sich vor allem im Vorfeld der eigentlichen Schiedsentscheidung.

Sehr häufig geht es um die Einsetzung einer Schiedsperson durch eine staatliche Behörde, zu der es immer dann kommt, wenn sich die Vertragspartner nicht auf eine unabhängige Schiedsperson verständigen können. Eine ganz typische Regelung findet sich insoweit in § 73b Abs. 4a SGB V im Kontext der hausarztzentrierten Versorgung:[1212] „*Beantragt eine Gemeinschaft gemäß Absatz 4 Satz 2 die Einleitung eines Schiedsverfahrens, haben sich die Parteien auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständen, die den Inhalt des Vertrages nach Absatz 4 Satz 1 festlegt. Einigen sich die Parteien nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese von der für die Krankenkasse zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmt.*“ Dieses Ersetzungsmodell hat der Gesetzgeber in vielen gesetzlichen Konstellationen zugrunde gelegt;[1213] damit wird sichergestellt, dass eine Verzögerung der Entscheidung nicht bereits durch einen Streit über die Personalie eintritt. Und es gilt auch bei der Festsetzung des Vertragsinhalts eines dreiseitigen Vertrags: Auch im Kontext

---

1210 Hierzu *Krodel* in: Beck’scher Kommentar zum Sozialrecht, § 86a SGG Rn. 7 m.w.N.

1211 Zum Schlichtungsausschuss *Felix,* NZS 2014, S. 601 ff.

1212 Ausführlich hierzu oben C. II. 5. b. (3).

1213 §§ 39 Abs. 1 S. 12, 125 Abs. 1 S. 5 f., 125 Abs. 2 S. 7 f. , 127 Abs. 1a S. 3, 132a Abs. 4 S. 8, 132b Abs. 2 S. 2, 132d Abs. 1 S. 4, 132e Abs. 1 S. 4, 132g Abs. 3 i.V.m. § 132d Abs. 1 S.4 SGB V. Keine entsprechende Regelung findet sich dagegen in § 211 SGB V.

des klinischen Krebsregisters setzt im Nichteinigungsfall eine vom Bundesministerium für Gesundheit bestellte Schiedsperson den Inhalt des Vertrags nach § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V fest.

Gegenüber den Vertragsparteien stellt die behördliche Einsetzung einer Schiedsperson einen Verwaltungsakt dar, den sie gerichtlich überprüfen lassen könnten.[1214] Die jeweilige Klage hätte damit aufschiebende Wirkung – aufgrund des gesetzlichen Ausschlusses nach Maßgabe von § 86a Abs. 1 S. Nr. 4 SGG i.V. mit der jeweiligen Norm im SGB V kann die von der Behörde eingesetzte Schiedsperson ihre Arbeit sofort aufnehmen. Und genau hier setzt der Gesetzgeber in zahlreichen Normen an. § 73b Abs. 4a S. 4 SGB V bestimmt wie viele andere Vorschriften auch: „*Klagen gegen die Bestimmung der Schiedsperson haben keine aufschiebende Wirkung.*"

Das Schiedsverfahren beginnt also, obwohl die Rechtmäßigkeit der Bestellung noch nicht abschließend geklärt ist. Das bestehende Spannungsverhältnis liegt auf der Hand: Da sich der durch die Aufsichtsbehörde erlassene Verwaltungsakt mit der Bekanntgabe der Entscheidung der Schiedsperson erledigt und die Anfechtungsklage unzulässig wird,[1215] kommt dem einstweiligen Rechtsschutz maßgebliche Bedeutung zu. Der Gesetzgeber aber betont hier den Sinn und Zweck der Schiedsperson: Es geht um eine zügige Klärung der streitigen Fragen, damit die gesetzlich zugewiesenen Aufgaben umgehend rechtmäßig erledigt werden können.[1216] Auch die Schiedsperson selbst brauche eine „*rechtssichere Grundlage für ihre Tätigkeit.*"[1217] Zudem sei eine Rückabwicklung der von der Schiedsperson getroffenen Entscheidung regelmäßig mit erheblichem Aufwand insbesondere für die Leistungserbringer verbunden.[1218]

Bezogen auf die Entscheidung der Schiedsperson selbst wird die aufschiebende Wirkung des Rechtsbehelfs nicht angesprochen. Das ist konsequent, wenn man davon ausgeht, dass es sich bei der Festsetzung des Vertragsinhalts durch die Schiedsperson nicht um einen Verwaltungsakt handelt. Dass diese Einschätzung nicht überzeugt, wurde allerdings bereits dargelegt;[1219] es ist also gegebenenfalls eine Ergänzung der maßgeblichen Normen erforderlich.

Gleichsam umgekehrt ist die Rechtslage beim Schiedsamt. Für die Besetzung hat der Gesetzgeber hier andere Konfliktlösungsstrategien gewählt – daher geht es hier um den vorläufigen Rechtsschutz gegen die inhaltlichen Festsetzungen der Schiedseinrichtung. Der Gesetzgeber hat insoweit in § 89 SGB V generelle Regelungen getroffen: Gemäß § 89 Abs. 1 S. 6 SGB V hat die Klage[1220] gegen die Festsetzung des Schiedsamts keine aufschiebende Wirkung. Fraglich ist allerdings, ob das nur für die Landesschiedsämter und die in Absatz 7 und

---

1214 Eines Vorverfahrens bedarf es dabei grundsätzlich nicht (vgl. aber zur Neufassung von § 125 Abs. 1 S. 9 SGB V zum 1.4.2017 BT-Drs. 18/11205, S. 66: „*Um die mit der Änderung beabsichtigte Beschleunigung der Schiedsverfahren im Heilmittelbereich zu erreichen, entfällt die aufschiebende Wirkung auch für Widersprüche.*").

1215 Hierzu *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 249.

1216 Vgl. BT-Drs. 511/12, S. 39 zu § 65c SGB V oder BT-Drs. 16/10609, S. 54 zu § 73b Abs. 4a SGB V.

1217 So BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 24.

1218 BSG v. 27.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 24.

1219 Vgl. oben D. VI. 11.

1220 Nach zutreffender Ansicht des Bundessozialgerichts folgt aus der Eigenart des Schiedsamts, das bei der Vertragsfestsetzung an die Stelle der Vertragsparteien tritt, dass eine Überprüfung nur im gerichtlichen Verfahren erfolgen kann (v. 21.3.2012 – B 6 KA 21/11 R, Rn. 21). Auch hier gibt es also kein Vorverfahren.

8 geregelten Schiedsämter für die Zahntechnik[1221] gilt – schließlich wird Absatz 1 in § 89 Abs. 4 SGB V nicht in Bezug genommen. Allerdings finden sich hier jedenfalls in den Detailregelungen, die die Zuständigkeit des Bundesschiedsamts begründen, Aussagen zum vorläufigen Rechtsschutz. So bestimmt etwa § 106b Abs. 2 S. 7 SGB V, dass die Klage gegen die Festsetzung des Schiedsamts nach § 89 Abs. 4 SGB V im Kontext der Wirtschaftlichkeitsprüfung keine aufschiebende Wirkung hat.

Die aufschiebende Wirkung entfällt auch dann, wenn das Schiedsamt gemäß § 89 Abs. 1a SGB V auf Anrufung der zuständigen Aufsichtsbehörde den Vertragsinhalt festsetzt.

Ein gemischtes Bild ergibt eine Analyse derjenigen Vorschriften, die die Tätigkeit von Schiedsstellen regeln. Während etwa die §§ 129 Abs. 9 S. 7, 130b Abs. 4 S. 5 SGB V oder auch § 18a Abs. 6 S. 12 KHG[1222] die aufschiebende Wirkung für Klagen gegen Entscheidungen der entsprechenden Schiedsstellen ausdrücklich ausschließen, schweigt das Gesetz im Kontext der Schiedsstelle nach § 114 SGB V. Lediglich an einzelnen Stellen – etwa in § 137e Abs. 4 S. 6 SGB V[1223] – wird bezogen auf Entscheidungen der erweiterten Schiedsstelle nach § 115 Abs. 3 SGB V die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen. Dabei sind auch die Ersetzung der dreiseitigen Verträge durch die Schiedsstelle oder die Bestimmung des Prüfers nach § 113 SGB V aus Sicht der Vertragsparteien anfechtbare Verwaltungsakte; warum der Gesetzgeber hier von einer bundesgesetzlichen Regelung im Sinne von § 86a Abs. 1 Nr. 4 SGG abgesehen hat, erschließt sich nicht.

### 3. Vorläufiger Rechtsschutz im Kontext sonstiger Ausschüsse

Im Kontext sonstiger Ausschüsse nimmt wiederum der erweiterte Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 4 SGB V als faktische Schiedsstelle eine Sonderstellung ein. Der Gesetzgeber hat hier die aufschiebende Wirkung nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Der Vorschlag einer analogen Anwendung von § 89 Abs. 1 S. 6 SGB V auf den erweiterten Bewertungsausschuss[1224] ist nachvollziehbar – es wäre auch hier nur schwer zu ertragen, wenn eine Trägerorganisation allein durch die Erhebung der Klage die Umsetzung einer gegen sie ergangenen Mehrheitsentscheidung blockieren könnte. Allerdings ist es fraglich, ob tatsächlich eine unbeabsichtigte Regelungslücke besteht – schließlich hat der Gesetzgeber auch nicht bei allen regulären Schiedsstellenentscheidungen die aufschiebende Wirkung ausgeschlossen. Die jüngsten Reformen des Gesetzgebers[1225] beziehen sich insofern auch nur auf „*Klagen gegen Maßnahmen des Bundesministeriums für Gesundheit nach Absatz 2a Satz 14 und Absatz 6*“, also auf die Anrufung des erweiterten Bewertungsausschusses einerseits[1226] und auf die Festsetzung durch das Ministerium selbst.

---

1221 Beide Absätze verweisen insoweit auf Absatz 1 der Norm.

1222 Hier wird im Übrigen auch das Vorverfahren explizit ausgeschlossen, was wohl entbehrlich wäre.

1223 Hierzu oben ausführlich C. II. 3. b. (3) (c).

1224 *Altmiks* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 502.

1225 Vgl. Art. 8 Nr. 5 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757).

1226 Der erweiterte Bewertungsausschusses entscheidet also auch dann, wenn eine der Vertragsparteien gegen die Anrufung klagt.

Zu den Entscheidungen der Landesausschüsse und des Gemeinsamen Bundesausschusses trifft das Gesetz keine Aussagen; hier fehlt es allerdings im Regelfall an der Verwaltungsaktsqualität der Entscheidungen. Die jüngst erfolgte Ergänzung von § 94 SGB V[1227] um einen Absatz 3 schließt die aufschiebende Wirkung von Maßnahmen des Bundesministeriums für Gesundheit nach § 94 SGB V gegenüber dem Gemeinsamen Bundesausschuss aus.

Bezogen auf Maßnahmen des Beschwerdeausschusses dagegen wurde in § 106c Abs. 3 S. 5 SGB V die aufschiebende Wirkung ausdrücklich ausgeschlossen; auch in § 92b Abs. 7 SGB V wurde für „*Klagen bei Streitigkeiten nach dieser Vorschrift*“[1228] die aufschiebende Wirkung nach § 86a Abs. 1 SGG ausgeschlossen und zugleich bestimmt, dass ein Vorverfahren nicht stattfindet.[1229]

Die Anrufung des Berufungsausschusses hat nach § 96 Abs. 4 S. 2 SGB V aufschiebende Wirkung; dieser seinerseits kann und muss gegebenenfalls nach § 97 Abs. 4 SGB V die sofortige Vollziehung seiner Entscheidung anordnen.[1230]

## VIII. Fortgeltung von Altverträgen; vorläufige Vereinbarungen

Es sei schließlich noch erwähnt, dass manche Normen eine vorläufige Fortgeltung von „Altverträgen“ vorsehen. Auch hierbei handelt es sich um eine Art von Konfliktlösungsstrategie, die dazu dient, regelungslose Zustände nach Ablauf des Vertrags bzw. während eines anschließenden Schiedsverfahrens zu vermeiden. So bestimmt etwa § 89 Abs. 1 S. 4 SGB V: „*In diesem Fall gelten die Bestimmungen des bisherigen Vertrages bis zur Entscheidung des Schiedsamts vorläufig weiter.*“ Eine vergleichbare Regelung, die sich allerdings nur auf einen bestimmten Vertragstyp bezieht, findet sich in § 132e Abs. 6 SGB V im Kontext der Versorgung mit Schutzimpfungen.

Das Krankenhausfinanzierungsrecht eröffnet im Übrigen die Möglichkeit vorläufiger Vereinbarungen.[1231]

## IX. Fazit

Die Ausführungen haben gezeigt, dass die reine Etablierung von Schiedseinrichtungen oder sonstigen Ausschüssen allein keine ausreichende Konfliktlösung sicherstellen kann. Vielmehr muss der Gesetzgeber auf jeder Ebene und für jeden Verfahrensschritt bedenken, wodurch ein Konflikt entstehen und eine Konfliktlösung behindert werden könnte – und er muss aufgrund seiner Letztverantwortung für das gesetzliche Krankenversicherungsrecht entsprechende Regelungen treffen, die solche Behinderungen unmöglich machen.

---

1227 Vgl. Art. 8 Nr. 6 des Gesetzes zur Fortschreibung der Vorschriften für Blut- und Gewebezubereitungen und zur Änderung anderer Vorschriften v. 18.7.2017 (BGBl. I, S. 2757).

1228 Zu beachten ist die Sonderzuständigkeit des § 29 Abs. 4 Nr. 3 SGG (hierzu auch BT-Drs. 18/4095, S. 105).

1229 Zur gewollten Beschleunigung des Verfahrens BT-Drs. 18/4095, S. 105.

1230 Angesichts von § 86a Abs. 2 Nr. 5 SGG ist diese Regelung eigentlich entbehrlich.

1231 Vgl. hierzu § 12 KHEntgG.

# G. Zur Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen

## I. Allgemeines

Vor dem Hintergrund der soeben beschriebenen denkbaren Konflikte im Kontext der gemeinsamen Selbstverwaltung soll im Folgenden geklärt werden, ob und wie der Gesetzgeber diese Konflikte bei den hier im Fokus stehenden dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen gelöst hat. Dabei geht es – daran sei noch einmal erinnert[1232] – um solche Verträge und Beschlüsse, bei denen neben der Kostenträgerseite, die allein durch die gesetzliche Krankenversicherung, aber auch durch die private Krankenversicherung vertreten sein kann, mehr als ein Typus von Leistungserbringer am Vertragsabschluss oder an der Beschlussfassung mitwirkt.

Im Folgenden geht es dabei zunächst ausschließlich um die Frage, ob die erforderlichen Konfliktlösungsinstrumente vom Gesetzgeber implementiert wurden oder nicht. Ob das konkrete Vorgehen im Kontext der jeweiligen Konfliktlösung eine sachgerechte und insbesondere dem Gedanken der gemeinsamen Selbstverwaltung[1233] entsprechende Lösung ermöglicht, wird in einem zweiten Schritt zu klären sein.[1234]

## II. Zu den Konfliktlösungsstrategien bei dreiseitigen Verträgen

Betrachten wir zunächst die Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen.

Zur Erinnerung – als dreiseitig wurden folgende Verträge ermittelt:[1235]

- Der Rahmenvertrag nach § 39 Abs. 1a SGB V
- Der Rahmenvertrag nach § 40 Abs. 2 SGB V
- Die Vereinbarung eines Modellvorhabens zur Arzneimittelversorgung; § 64a SGB V
- Die Vereinbarung eines Modellvorhabens zum Screening auf 4MRGN; § 64c SGB V
- Vereinbarungen über die Meldevergütung nach § 65c Abs. 6 SGB V
- Vereinbarungen nach § 75a Abs. 4 SGB V (keine Konfliktlösung vorgesehen)
- Dreiseitige Verträge nach § 115 SGB V
- Vereinbarungen zum ambulanten Operieren im Krankenhaus; § 115b SGB V
- Vereinbarung zur ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung; § 116b SGB V
- Vereinbarung im Kontext der Hochschulambulanzen nach § 117 SGB V
- Vereinbarung im Kontext der psychiatrischen Institutsambulanzen nach § 118 SGB V
- Vereinbarungen über die Vergütung erprobter Leistungen nach § 137e SGB V

---

1232 Ausführlich hierzu oben E.
1233 Hierzu unter B.
1234 Hierzu unter H.
1235 Hierzu ausführlich oben E. II.

## 1. Die Konfliktlösung im Kontext von § 39 Abs. 1a SGB V

Gesetzlich vorgesehen ist im Kontext des Entlassmanagements nach einer Krankenhausbehandlung eine als „*Rahmenvertrag*" bezeichnete Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der auch als Spitzenverband Bund der Pflegekassen handelt, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft, wobei diese Vereinbarung – das ist angesichts von § 91 Abs. 6 SGB V letztlich trivial – die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses berücksichtigen muss.[1236] Zu vereinbaren sind die „*weiteren Einzelheiten zu den Sätzen 1 bis 7, insbesondere zur Zusammenarbeit der Leistungserbringer mit den Krankenkassen.*"

Eine konfliktlösende Instanz für den Fall des Scheiterns der Vereinbarung hat der Gesetzgeber in § 39 Abs. 1a SGB V durch den in Satz 9 enthaltenen Verweis auf § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V etabliert. Kommt die erforderliche Vereinbarung ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei durch das Bundesschiedsamt innerhalb von drei Monaten festgelegt. Dabei wird das Bundesschiedsamt nach § 39 Abs. 1a S. 9 2. HS SGB V i.V.m. § 118 Abs. 2 S. 2 1. HS. SGB V um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in gleicher Zahl erweitert.

Da § 39 Abs. 1 S. 9 2. HS SGB V über § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V auf eine schon bestehende Schiedseinrichtung – nämlich das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V – verweist, gibt es hinsichtlich der tatsächlichen Einrichtung des Gremiums auf den ersten Blick keine Probleme. Die beiden „regulären" Vertragsparteien, also die Ärzteschaft[1237] auf der einen und die Kostenträger in Form des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen auf der anderen Seite, haben „ihre" Vertreter bereits entsandt; insoweit ist das Schiedsamt paritätisch besetzt.[1238] Hinsichtlich der unparteiischen Mitglieder hat § 89 Abs. 4 i.V.m. Abs. 3 SGB V mit dem dort geregelten Losverfahren seinerseits eine Konfliktlösung vorgesehen. Das eigentliche Gremium existiert also bereits.

Indes: Das Bundesschiedsamt entscheidet in dieser Fallkonstellation in einer vom Regelfall abweichenden Besetzung: Es wird um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert. Unklar ist hier eigentlich schon, um welche „*gleiche Zahl*" es eigentlich geht; der Wortlaut der Norm zielt allein auf die Gleichheit der Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Krankenkassen bezogen auf den Vorgang der Erweiterung. Es könnten also jeweils zum Beispiel zehn Vertreter dazu kommen. Gemeint dürfte aber sein, dass das reguläre Bundesschiedsamt, das gemäß § 1 Abs. 3 SchiedsamtsVO aus je vier Vertretern der Ärzte und der Krankenkassen besteht, um jeweils vier weitere Vertreter – der Kassen und der Krankenhausseite – erweitert wird. Das Entscheidungsgremium besteht in diesem Fall also aus 19 Mitgliedern – 16 Vertretern der Vertragsparteien und drei unparteiischen Mitgliedern.

---

1236 Insoweit ist auch das Wort „Berücksichtigung" nicht wirklich passend.

1237 Diese sind vertreten durch die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen.

1238 § 89 Abs. 4 i.V.m. Abs. 2 SGB V; dabei sagt allerdings weder das Gesetz noch die SchiedsamtsVO ausdrücklich, dass die das Schiedsamt „bildenden" Organisationen die jeweiligen Personen benennen; das wird lediglich bezüglich der Stellvertreter klargestellt (§ 1 Abs. 3 S. 3 SchiedsamtsVO).

Der Gesetzgeber hat allerdings nicht geregelt, wie die aufgrund der Verweisung auf § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V vorzunehmende „Erweiterung" des Bundesschiedsamts im Konfliktfall durchgesetzt werden könnte. Es besteht keine ausdrückliche Möglichkeit der Ersatzvornahme etwa durch das Bundesministerium für Gesundheit; die notwendigen Entscheidungen im Kontext der Errichtung des erweiterten Schiedsamts werden auch nicht – wie etwa im Fall des Schlichtungsausschusses nach § 17c KHG[1239]– von anderen Gremien getroffen.[1240] Die tatsächliche Einrichtung des nunmehr erweiterten Gremiums ist also nicht wirklich sichergestellt. Auch wenn es sich um ein eher theoretisches Problem handeln dürfte, weil die Beteiligten ein eigenes Interesse an der Funktionsfähigkeit des Schiedsamts haben, sind Konstellationen denkbar, in denen es zu einer Blockadehaltung kommt.[1241] Es wäre sinnvoll – schon für das reguläre und erst recht für das erweiterte Schiedsamt – eine Ermächtigung zur Fristsetzung und Bestimmung der parteiischen Vertreter durch das Bundesministerium für Gesundheit einzuräumen.

Die Ersetzung der Vereinbarung durch das erweiterte Bundesschiedsamt ist als Antragsverfahren ausgestaltet („*wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei … festgelegt*"). Die in Antragsverfahren bestehende Möglichkeit der Blockade einer Entscheidung durch ein entsprechendes Unterlassen der Antragstellung hat der Gesetzgeber allerdings bedacht: In § 39 Abs. 1a S. 9 3. HS SGB V ist bestimmt, dass auch das Bundesministerium für Gesundheit das Schiedsamt anrufen kann. Der gemeinsamen Selbstverwaltung werden hier entsprechende Grenzen gesetzt – im Konfliktfall kann eine staatliche Behörde agieren, um die im Rahmen von § 39 Abs. 1a SGB V erforderliche Vereinbarungsersetzung zu ermöglichen. Aufgrund dieser spezialgesetzlichen Regelung muss an dieser Stelle noch nicht entschieden werden, ob die allgemeine Regelung des § 89 Abs. 1a SGB V vorliegend überhaupt anwendbar wäre. Der Gesetzgeber hat hier letztlich für jeden „*gesetzlich vorgeschriebenen Vertrag*" eine Anrufungsbefugnis der jeweiligen Aufsichtsbehörde normiert; diese allgemeine Regel würde – wenn sie denn herangezogen werden könnte – jedenfalls durch die insoweit speziellere Vorschrift des § 39 Abs. 1a S. 9 3. HS SGB V verdrängt.

Für die nach § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V zu treffende Vereinbarung hat der Gesetzgeber grundsätzlich ausreichende Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen. Zuständig ist das Bundesschiedsamt in erweiterter Besetzung; an der erforderlichen Antragstellung kann die Entscheidung nicht scheitern. Lediglich eine Weigerung der Benennung der hinzuziehenden Mitglieder des Gremiums[1242] durch die Kostenträger oder die Deutsche Krankenhausgesellschaft könnte – jedenfalls theoretisch – dazu führen, dass es faktisch kein funktionsfähiges Entscheidungsgremium gibt.

---

1239 Hier trifft die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG die ausstehenden Entscheidungen (hierzu oben unter C. II. 4. c. (1)).

1240 Hinsichtlich der personellen Besetzung des Schiedsamts ließe sich das im Übrigen auch kaum realisieren. Wie sollte eine andere Schiedseinrichtung entscheiden, wer für die Deutsche Krankenhausgesellschaft im erweiterten Schiedsamt mitwirkt?

1241 Das allgemeine Aufsichtsrecht hilft nur bedingt weiter (hierzu auch H. I. 2.).

1242 Das Problem stellt sich so natürlich auch bei jeder Neueinrichtung der Schiedsämter nach Ablauf der Amtszeiten.

## 2. Die Konfliktlösung im Kontext von § 40 Abs. 2 SGB V

Für die Vereinbarung und die Konfliktlösung im Kontext der medizinischen Leistungen zur Rehabilitation nach Maßgabe von § 40 Abs. 2 SGB V gilt das eben unter 1. Gesagte entsprechend. § 40 Abs. 2 S. 4 SGB V bestimmt die entsprechende Anwendung von § 39 Abs. 1a SGB V. Der nicht eindeutige Wortlaut der Norm wurde oben bereits angesprochen;[1243] dass der pauschale Verweis auf den kompletten Absatz 1a des § 39 SGB V wenig Sinn macht, dürfte im Übrigen offenkundig sein: Gegenstand der Vereinbarung sind völlig andere Aspekte. Fragen der Einwilligung und der Datenerhebung[1244] sind im Kontext der medizinischen Rehabilitationsleistungen ohne Bedeutung; und auch bezogen auf das in § 39 Abs. 1a S. 10 SGB V geregelte Stellungnahmerecht macht eine entsprechende Anwendung keinen Sinn. Sinnvoll wäre – wenn man denn überhaupt mit Verweisen arbeiten will – allein der Verweis auf § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V.

Bezogen auf die Konfliktlösungsinstrumente ist über § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V i.V.m. § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V i.V.m. § 89 Abs. 4 SGB V das erweiterte Bundesschiedsamt zuständig. Das Bundesministerium für Gesundheit hat ein Antragsrecht; lediglich eine mögliche Blockadehaltung – in diesem Fall der für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene – bei der Benennung der Mitglieder des erweiterten Schiedsamts könnte sich jedenfalls theoretisch als Problem erweisen.

## 3. Die Konfliktlösung im Kontext von § 64a SGB V

§ 64a Abs. 1 SGB V eröffnet der Kassenärztlichen Vereinigung und der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen maßgeblichen Organisation der Apotheker auf Landesebene die Möglichkeit, gemeinsam mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen gemeinsam eine Vereinbarung über die befristete Durchführung eines Modellvorhabens zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Arzneimittelversorgung abzuschließen.[1245] Soweit bezogen auf diese Vereinbarung keine Einigung erzielt wird, kann nach § 64a Abs. 2 S. 1 SGB V „*jede Vertragspartei das Schiedsamt für die vertragsärztliche Versorgung nach § 89 Absatz 2 zur Festsetzung des Inhalts der Vereinbarung nach Absatz 1 anrufen.*“ Das Landesschiedsamt wird nach § 64a Abs. 2 S. 3 SGB V um „*Vertreter der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker in gleicher Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und die Kassenärztliche Vereinigung vorgesehen ist.*“

Für diesen – in gewisser Weise atypischen dreiseitigen Vertrag[1246] – hat der Gesetzgeber durch die Einbindung des erweiterten Landesschiedsamts ein Konfliktlösungsinstrument etabliert. Allerdings ist auch hier die tatsächliche Errichtung der Schiedseinrichtung durch entsprechende Erweiterung nicht sichergestellt – insofern gelten die Ausführungen zu den §§ 39 und 40 SGB V entsprechend.

---

1243 Hierzu unter C. II. 2. d.

1244 § 39 Abs. 1a S. 11 bis 13 SGB V.

1245 Kritisch hierzu vfa.de/wirtschaft-politik/stellungnahmen/stnm-gkv-vstg.

1246 Hierzu oben unter E. I. Die zwei Typen von Leistungserbringern können nur gemeinsam agieren; zudem handelt es sich – jedenfalls dem Wortlaut nach – um einen nur optionalen Vertrag (hierzu D. V. 4).

Bezogen auf die erforderliche Antragstellung enthält § 64a SGB V keine gesonderte Regelung. Jede Vertragspartei kann beim Scheitern der Vereinbarungen das Landesschiedsamt anrufen; wenn keine Vertragspartei das tut, kommt der Vertrag über das Modellvorhaben nicht zustande. Man könnte sich fragen, ob in dieser Konstellation die allgemeine Regelung des § 89 Abs. 1a SGB V anwendbar ist; allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich gerade nicht um einen „*gesetzlich vorgeschriebenen Vertrag handelt.*" Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass die Konfliktlösung eher schwach ausgestaltet ist: Bei § 64a SGB V handelt es sich um eine vertragliche Vereinbarung, die geschlossen werden kann, aber nicht muss.[1247] Der Gesetzgeber eröffnet die bloße Möglichkeit entsprechender Vereinbarungen, sieht sie aber – es handelt sich schließlich „nur" um Modellvorhaben – offenbar nicht als zwingend an. Wenn eine der Vertragsparteien ein Interesse an einem solchen Modellvorhaben hat, kann sie das Schiedsamt anrufen und damit gegebenenfalls eine Vereinbarung erzwingen. Besteht kein Interesse vonseiten der Vertragsparteien selbst, ist ein Schiedsverfahren aber eben auch entbehrlich. Dabei ist zu beachten, dass die beiden Leistungserbringer sich im Vorfeld auf die Anrufung des Schiedsamts einigen müssen,[1248] denn sie gemeinsam sind eine der Vertragsparteien.

Dass der Gesetzgeber für einen Vertragstypus, der nicht zwingend abzuschließen ist, überhaupt eine Schiedseinrichtung vorgesehen hat, fügt sich nicht ohne weiteres in das System des Schiedswesens ein.[1249]

### 4. Die Konfliktlösung im Kontext von § 64c SGB V

Anders ist die Rechtslage beim Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN.[1250] Hier hat der Gesetzgeber eine klare Verpflichtung der Vertragspartner nach § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V vorgesehen und konsequenterweise für den Fall der Nichteinigung ein Konfliktlösungsinstrument etabliert: Jede Vertragspartei – anders als bei § 64a SGB V sind die drei in § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten Organisationen jeweils eigenständige Vertragsparteien[1251] – kann gemäß § 64c Abs. 2 S. 1 SGB V die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V anrufen, die – § 64c Abs. 2 S. 2 SGB V verweist auf § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V – um Vertreter der Vertragsärzte erweitert wird. Ein Anrufungsrecht des Robert-Koch-Instituts, mit dem nach § 64c Abs. 1 S. 1 SGB V das „*Einvernehmen*" herzustellen ist, besteht dagegen nicht.[1252]

Dass der Gesetzgeber sich hier für die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V und nicht für das Schiedsamt nach § 89 SGB V entschieden hat, dürfte darin begründet sein, dass es um

---

1247 Zu dieser grundlegenden Unterscheidung vgl. schon oben D. V. 4.

1248 Für diese rein interne Einigung zwischen den Parteien hat der Gesetzgeber – auch das überrascht nicht – kein Konfliktlösungsinstrument vorgesehen. Entsprechendes gilt im Übrigen für die „*gemeinsamen Empfehlungen*", die die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Vertragspartner nach § 129 Abs. 2 SGB V vereinbaren können und die bei einer Vereinbarung nach § 64a Abs. 1 SGB V „*zu beachten*" wären.

1249 Hierzu oben unter D. V. 4.

1250 Ausführlich hierzu C. II. 2. b. (3) (c).

1251 Hier handelt es sich unstreitig um eine dreiseitige Vereinbarung (*Koch* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 64c Rn. 5); der Zusatz „*gemeinsam und einheitlich*" bezieht sich auf die Krankenkassen – getrennte Verträge für einzelne Kassen oder Kassenarten sind unzulässig. Gegebenenfalls erfolgt eine Mehrheitsentscheidung nach § 211a SGB V (*Koch* aaO. Rn. 6).

1252 A. A. *Koch* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 64c Rn. 6.

medizinische Fragen im Vorfeld eines planbaren Krankenhausaufenthaltes geht. Eine Zuordnung zum Schiedsamt und dessen entsprechende Erweiterung durch Vertreter der Krankenhäuser wären aber ebenfalls denkbar gewesen.

Auch im Kontext von § 64c SGB V hat sich der Gesetzgeber zunächst auf die bloße Etablierung des Konfliktlösungsinstruments beschränkt. Die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V wird allerdings nach „*§ 115 Abs. 3 S. 2 SGB V*" entsprechend um Vertreter der Vertragsärzte erweitert. Dabei sind diese Vertreter gemäß § 115 Abs. 3 S. 3 SGB V, der von § 64c SGB V allerdings nicht in Bezug genommen wird,[1253] von den Kassenärztlichen Vereinigungen zu bestellen. § 115 Abs. 3 SGB V selbst regelt nicht, was passiert, wenn diese Bestellung unterbleibt. Es stellt sich daher – ähnlich wie im Kontext der Entscheidungen des Schiedsamts[1254] – auch hier die Frage nach der Geltung der „Grundnorm", hier des § 114 SGB V. Wenn man diese bejaht, wäre die Konfliktlösung mit Blick auf die Benennung der weiteren Mitglieder gesichert, denn § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V sieht im Konfliktfall eine Bestellung der Vertreter durch die zuständige Landesbehörde vor.[1255] Da § 64c Abs. 2 SGB V pauschal auf „*die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V*" verweist, sprechen gute Gründe dafür, die gesamte Regelung zur Anwendung zu bringen. Es handelt die Schiedsstelle nach § 114 SGB V nach Maßgabe der stets für sie geltenden Regelungen der Bildung, der Zusammensetzung und der sonstigen in § 114 SGB V enthaltenen Vorgaben – sie wird lediglich entsprechend erweitert. Theoretisch denkbare Probleme bei der Benennung der hinzukommenden Mitglieder lassen sich also über § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V lösen.

Lediglich die fehlende „Anrufung" der Schiedsstelle könnte sich theoretisch als Problem erweisen; hier besteht keinerlei spezielle Ersetzungsbefugnis. Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 64c Abs. 2 S. 3 SGB V geregelt, wann eine Anrufung der Schiedsstelle unterbleiben soll; hier geht es aber eher um eine materiell-rechtliche Regelung, die in § 64c Abs. 1 SGB V besser verortet gewesen wäre.

### 5. Die Konfliktlösung im Kontext von § 65c Abs. 6 SGB V

Die zur Verbesserung der onkologischen Versorgung eingerichteten klinischen Krebsregister[1256] sind auf entsprechende Meldungen der Leistungserbringer angewiesen. Diese erhalten gemäß § 65c Abs. 6 S. 1 SGB V so genannte Meldevergütungen, deren Höhe zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen zu vereinbaren ist. In § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V hat der Gesetzgeber ein Konfliktlösungsinstrument implementiert: Kommt diese Vereinbarung bis zum 31.12.2015 nicht zustande, haben sich die Vertragspartner auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die dann die Höhe der Meldevergütung festlegt. Dass diese Vorgabe ihrerseits Konflikte hervorbringt, hat der Gesetzgeber gesehen; § 65c Abs. 6 S. 9 SGB V bestimmt: „*Einigen sich die Vereinbarungspartner nicht auf eine Schiedsperson, so wird diese vom Bundesministerium für Gesundheit bestellt.*" Die tatsächliche Errichtung der Schiedseinrich-

---

1253 Hierbei dürfte es sich aber um ein redaktionelles Versehen handeln.
1254 Hierzu eben unter 3.
1255 Diese erfolgt allerdings ihrerseits nur auf Antrag einer der beteiligten Organisationen.
1256 Ausführlich hierzu unter C. II. 5. b. (2).

tung ist also durch die – hilfsweise – Einbindung der Ministerialverwaltung sichergestellt. Eines Antrags bedarf es nicht – die Schiedsperson setzt den Vertragsinhalt fest, wenn die Vereinbarung nicht getroffen wurde. Angesichts der im Gesetz genannten Frist muss man sich auch über mögliche Informationspflichten der Beteiligten gegenüber dem Bundesministerium für Gesundheit keine Gedanken machen. Kurzum – die Konfliktlösung ist sichergestellt.

### 6. Die Konfliktlösung im Kontext dreiseitiger Verträge nach § 115 SGB V

Zur Sicherstellung der verpflichtend abzuschließenden[1257] dreiseitigen Normenverträge[1258] im Sinne von § 115 Abs. 1 und 2 SGB V[1259] hat der Gesetzgeber als Konfliktlösungsinstrument die erweiterte Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V etabliert.[1260] Diese wird um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und Krankenhäuser vorgesehen ist.[1261] Ausdrücklich geregelt ist auch die Verpflichtung der Kassenärztlichen Vereinigung zur Bestellung „ihrer" Vertreter. Das Gesetz selbst enthält zwar keine Regelung für den jedenfalls theoretisch denkbaren Fall einer entsprechenden Weigerung der Kassenärztlichen Vereinigung, und auch der in § 115 Abs. 3 S. 4 SGB V enthaltene Verweis auf die maßgeblichen Rechtsverordnungen hilft nicht weiter;[1262] wendet man allerdings auch hier § 114 SGB V an, ist die tatsächliche Erweiterung wiederum über § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V sichergestellt.[1263]

Das Schiedsstellenverfahren ist antragsabhängig; der Antrag kann nur von einer der drei Vertragsparteien gestellt werden. Allerdings hat der Gesetzgeber insoweit – in mehrfacher Hinsicht – vorgebeugt. Besonderer Wert wird offenbar auf die vertragliche Regelung der „*Zusammenarbeit bei der Gestaltung und Durchführung eines ständig einsatzbereiten Notdienstes*" sowie die möglichen ergänzenden Regelungen in diesem Kontext gelegt[1264]: Kommt hierzu eine Vereinbarung bis Ende Juni 2016 nicht zustande, wird ihr Inhalt gemäß § 115 Abs. 3a SGB V innerhalb von sechs Wochen durch die – ebenfalls erweiterte – Landesschiedsstelle festgelegt. In dieser besonderen Konstellation kommt es also auch ohne einen Antrag der Vertragsparteien zur Lösung des Konflikts. Auch bezogen auf die übrigen Vereinbarungsinhalte hat der Gesetzgeber ein zusätzliches Konfliktlösungsinstrument in § 115 SGB V verankert: Werden die Vorgaben der Absätze 1 und 2 bis Ende Dezember 1990[1265] weder durch eine Vereinbarung noch durch Festsetzung der Schiedsstelle gemäß § 115 Abs. 3 SGB V umge-

---

1257 *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 115 Rn. 22.

1258 Zur verfassungsrechtlichen Problematik *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 115 Rn. 17.

1259 Hierzu ausführlich oben C. II. 3. b. (3) (b).

1260 Keine Konfliktlösung ist dagegen für die Rahmenempfehlungen auf Bundesebene vorgesehen, die gemäß § 115 Abs. 5 SGB „*zum Inhalt der Verträge nach Absatz 1*" abgegeben werden „*sollen.*"

1261 § 115 Abs. 2 S. 2 SGB V.

1262 In der Hamburgischen Landesschiedsstellenverordnung findet sich unter der Überschrift „*Bestellung der Mitglieder*" in § 3 Abs. 4 lediglich eine Regelung über die Umsetzung des Losverfahrens bezogen auf die unparteiischen Mitglieder.

1263 Vgl. schon oben unter 3. im Kontext von § 64a SGB V.

1264 § 115 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 SGB V.

1265 § 115 SGB V hat den bis Ende 1988 geltenden § 372 Abs. 5 und 7 RVO abgelöst (hierzu *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 115 Rn. 1).

setzt, wird ihr Inhalt gemäß § 115 Abs. 4 SGB V „*durch Rechtsverordnung der Landesregierung bestimmt*". Die staatliche Verwaltung hat hier also eine Art Reservefunktion, die dann allerdings – vgl. insoweit § 115 Abs. 5 S. 2 SGB V – spätere Vereinbarungen sperrt. [1266]

Theoretisch ist so eine Konfliktlösung sichergestellt – jeglicher Umstand, der zum Nichtabschluss der Vereinbarung oder der Nichtfestsetzung des Vertragsinhalts durch die erweiterte Landesschiedsstelle führt, wird über das Konfliktlösungsinstrument „Rechtsverordnung" gelöst. Soweit die Theorie – in der Praxis fehlt es offenbar[1267] teilweise an einer Umsetzung von § 115 SGB V. Weder wurden in allen Ländern zu allen in § 115 Abs. 2 SGB V genannten Themenkomplexen Vereinbarungen abgeschlossen – noch wurden stets die Landesschiedsstellen angerufen. Auch eine Rechtsverordnung ist wohl in keinem Land erlassen worden. Es mangelt hier also schlicht an der Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben, die als solche eine umfassende Konfliktlösung sicherstellen.

## 7. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 115b SGB V

Kommt die nach § 115b Abs. 1 SGB V als verpflichtend ausgestaltete Vereinbarung des Leistungskatalogs nach § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V sowie der einheitlichen Vergütung für Krankenhäuser und Vertragsärzte nach § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt nach § 115b Abs. 3 S. 1 SGB V „*auf Antrag einer Vertragspartei durch das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgesetzt*". Dieses wird nach Satz 2 um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen vorgesehen ist – es entscheidet also das Bundesschiedsamt in einer erweiterten Form.[1268]

In der Norm ist nicht geregelt, wie zu verfahren ist, wenn die Deutsche Krankenhausgesellschaft ihre Vertreter nicht benennt.

Jedenfalls der nach § 115b SGB V erforderliche Antrag einer Vertragspartei könnte aber möglicherweise über § 89 Abs. 1a SGB V ersetzt werden.[1269] Da es hier um einen verpflichtend abzuschließenden Vertrag geht, ist die Frage der Geltung des gesamten § 89 SGB V zur Bewertung der Konfliktlösung nunmehr zu beantworten.[1270] Man mag sich zunächst schon angesichts der Verweisungstechnik in § 89 SGB V fragen, ob die Norm auf das Bundesschiedsamt überhaupt anwendbar ist, denn der Absatz 4 von § 89 SGB V verweist nicht auf Absatz 1a. Er verweist allerdings auch nicht auf Absatz 1. Wollte man § 89 Abs. 4 SGB V tatsächlich so verstehen, dass nur die dort genannten Absätze auch für das Bundesschiedsamt gelten, gälte noch nicht einmal das in Absatz 1 geregelte Mehrheitsprinzip. Offenbar bezieht sich die Verweisung in Absatz 4 lediglich auf die entsprechende Besetzung des Schiedsamts und die Rechtsstellung der Mitglieder – hier ist stets die Rede von den Organisationen auf Landesebene, was für das Bundesschiedsamt schlicht nicht passt. Es ist aber

---

1266 So auch *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 115 Rn. 68. Das ist allerdings strittig (a.A. *Hess* in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, § 115 SGB V Rn. 17).

1267 Angesichts fehlender Regelungen zur Publikationspflicht entsprechender Verträge lässt sich die Sachlage nicht ohne weiteres ermitteln.

1268 Davon allerdings gibt es unterschiedliche Formen (hierzu H. II. 2. a.).

1269 Hierzu schon oben unter 3.

1270 Im Kontext von § 64a SGB V (oben unter 3.) konnte diese Frage noch offenbleiben.

davon auszugehen, dass im Übrigen die Absätze 1 und 1a sowohl für die Landesschiedsämter wie auch für das Bundesschiedsamt gelten. Und auch die SchiedsamtsVO beansprucht ganz offenbar Geltung für beide Schiedsämter.

Eine ganze andere Frage ist allerdings, wie der in § 115b Abs. 3 S. 1 SGB V enthaltene Verweis auf § 89 Abs. 4 SGB V zu verstehen ist. Es wird explizit nur auf das Bundesschiedsamt als solches verwiesen, nicht auf die weiteren Regelungen des § 89 SGB V. § 115b Abs. 3 SGB V unterscheidet sich damit von anderen Vorschriften, die nicht nur auf das Bundesschiedsamt Bezug nehmen, sondern zugleich weitere Regelungen des § 89 SGB V für entsprechend anwendbar erklären. So bestimmt etwa § 57 SGB V, der die Beziehungen zu Zahnärzten und Zahntechnikern regelt, in seinem Absatz 1 Satz 8: „*§ 89 Abs. 4 gilt mit der Maßgabe, dass auch § 89 Abs. 1 und 1a entsprechend gilt.*“[1271] Vergleicht man beide Formen der Inbezugnahme, wird deutlich, dass es bei § 115 Abs. 3 SGB V nur um das Gremium als solches geht, nicht aber um die sonstigen in den §§ 89 Abs. 1 und 1a SGB V enthaltenen Regelungen. Für diese Einschätzung spricht zudem die besondere Konstruktion des Schiedsamts:[1272] Anders als bei den Schiedsstellen nach § 114 SGB V und § 18a KHG, deren Zuständigkeit jeweils spezialgesetzlich geregelt ist, hat der Gesetzgeber bei § 89 SGB V mit einer Art Generalklausel gearbeitet: Das Schiedsamt ist als Schiedseinrichtung nur zuständig für „*Verträge über die vertragsärztliche Versorgung*“.[1273] Ob es sich bei dem nach Maßgabe von § 115b SGB V abzuschließenden Vertrag um einen Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung handelt, ist aber äußerst zweifelhaft. Zwar ist die Ärzteschaft, vertreten durch die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen Vertragspartner und auch Leistungserbringer – aber es geht eben um Operationen und Eingriffe, für die nach § 115b Abs. 2 SGB V auch die Krankenhäuser zugelassen sind. Es spricht also viel dafür, dass § 89 Abs. 1a SGB V hier keine Anwendung findet.[1274] In Konsequenz dessen gibt es keine Konfliktlösung für den Fall der fehlenden Antragstellung.

Auch sonstige Konfliktlösungsinstrumente finden sich in § 115b SGB V nicht.

## 8. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 116b SGB V

Die Fragen im Kontext der Vergütung der Leistungen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung[1275] werden gemäß § 116b Abs. 6 S. 2 SGB V zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vereinbart. Die Vertragsparteien vereinbaren nach § 116b Abs. 6 S. 12

---

1271 Eine entsprechende Regelung zu § 89 Abs. 7 SGB V findet sich in § 57 Abs. 2 S. 8 SGB V.

1272 Ausführlich dazu oben C. II. 2.

1273 In Absatz 1a wird zusätzlich darauf abgestellt, dass es sich um einen gesetzlich vorgeschriebenen Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung handeln muss. Letztlich wird aber auch in Absatz 1 vorausgesetzt, dass eine Festsetzung durch das Schiedsamt grundsätzlich nur bei Verträgen in Betracht kommt, die abzuschließen sind (hierzu unter C. II. 2. d.).

1274 Entsprechendes gilt dann auch für § 89 Abs. 1 SGB V. Man könnte auf die Idee kommen, auf die Konstellation der tatsächlich nicht erfolgten „Erweiterung“ § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V anzuwenden, der eine Ersatzvornahme durch die zuständige Aufsichtsbehörde vorsieht, wenn das Schiedsamt den Vertrag nicht innerhalb der gesetzten Frist festsetzt. Das wäre auch der Fall, wenn die – gleichsam logisch vorrangige Erweiterung – gar nicht erfolgt. Aber auch dieser dogmatisch ohnehin etwas fragwürdige Weg ist versperrt, weil die Regelungen des § 89 SGB V nicht anwendbar sind.

1275 Ausführlich hierzu oben C. II. 2. d.

SGB V auch das „*Nähere über Form und Inhalt des Abrechnungsverfahrens*“ sowie der erforderlichen Vordrucke. Ein Konfliktlösungsinstrument findet sich in § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V: Kommen die genannten Vereinbarungen ganz oder teilweise nicht zustande, wird ihr Inhalt auf Antrag einer Vertragspartei innerhalb von drei Monaten durch das Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V festgesetzt; dieses wird hierzu um weitere Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert.

Auch hier erweist sich das Gesetz als zurückhaltend – es bleibt offen, was passiert, wenn die Benennung der weiteren Mitglieder des Schiedsamts ausbleibt; auch das Problem einer möglichen fehlenden Antragstellung – berechtigt sind allein die Vertragsparteien – ließe sich nur über § 89 Abs. 1a SGB V lösen. Aus den oben dargestellten Gründen[1276] ist die Anwendung des § 89 Abs. 1a SGB V im Kontext von § 116b SGB V aber abzulehnen. Es handelt sich bei der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung nicht um eine „vertragsärztliche Versorgung“, sondern – das betont der Gesetzgeber[1277] – um einen eigenständigen Versorgungsbereich.[1278]

Der Gesetzgeber hat durch § 116b Abs. 6 S. 8 ff. SGB V jedenfalls sichergestellt, dass eine Vergütung der Leistungen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung zunächst auch ohne Vereinbarung möglich ist; es handelt sich insoweit um eine Art Übergangsregelung.[1279]

### 9. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen nach § 117 SGB V

Die Gruppe derjenigen Patienten, die wegen Art, Schwere oder Komplexität ihrer Erkrankung einer Versorgung durch ermächtigte Hochschulambulanzen bedürfen, wird gemäß § 117 Abs. 1 S. 3 SGB V zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und der Deutschen Krankenhausgesellschaft vereinbart.[1280] Kommt diese Einigung bis Ende Januar 2016 ganz oder teilweise nicht zustande, fungiert das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V als Konfliktlöser[1281]: Der Vereinbarungsinhalt wird von diesem nach § 117 Abs. 1 S. 5 SGB V auf Antrag einer der Vertragsparteien innerhalb von drei Monaten festgelegt.

Wiederum agiert eine Variante des erweiterten Schiedsamts: Das reguläre Schiedsamt wird um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vorgesehen ist.

Bezogen auf die Konfliktlösung ist die Rechtslage derjenigen nach § 116b SGBV vergleichbar. Es gilt ein unbedingtes Antragserfordernis, das sich über § 89 Abs. 1a SGB V nicht ersetzen lässt; nicht geregelt ist auch die Konsequenz einer möglichen Blockadehaltung der Deutschen Krankenhausgesellschaft.

---

1276 Hierzu eben unter 7.

1277 BT-Drs. 17/6906, S. 44 .

1278 Das macht auch die in § 116b Abs. 1 S. 3 SGB V enthaltene Regelung erforderlich (hierzu *Felix*, MedR 2017, S. 517, 522).

1279 Hierzu *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 109 ff.

1280 Ausführlich hierzu oben C. II. 2. d.

1281 Zu weiteren – möglichen – Verträgen vgl. § 117 Abs. 1 S. 8 und 9 SGB V.

Allerdings sieht auch § 117 Abs. 1 S. 8 SGB V eine Alternative vor, die ähnlich wie bei § 116b SGB V eine Art Übergangscharakter hat: „*Soweit und solange kein Vertrag nach Satz 3 zustande gekommen ist, können die Hochschulen oder Hochschulkliniken mit den Kassenärztlichen Vereinigungen im Einvernehmen mit den Landesverbänden der Krankenkassen und der Ersatzkassen die Festlegungen nach den Sätzen 3 und 4 vereinbaren*."[1282]

## 10. Zur Konfliktlösung bei Vereinbarungen im Kontext von § 118 SGB V

Nach § 118 Abs. 2 S. 2 SGB V legen der Spitzenverband Bund der Krankenkassen mit der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung in einer Vereinbarung die Gruppe derjenigen psychisch Kranken fest, die „*wegen der*[1283] *Art, Schwere oder Dauer ihrer Erkrankung der ambulanten Behandlung*" durch Allgemeinkrankenhäuser mit selbstständigen, fachärztlich geleiteten psychiatrischen Abteilungen mit regionaler Versorgungsverpflichtung bedürfen. Wiederum hat der Gesetzgeber das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V als Konfliktlösungsinstrument etabliert, das auch in dieser Konstellation um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl erweitert wird, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigung vorgesehen ist.

Es stellen sich die bekannten Probleme bezogen auf die Benennung der Mitglieder des erweiterten Bundesschiedsamts und das Antragserfordernis. Auch eine Übergangslösung wie in §§ 116b und 117 SGB V ist nicht vorgesehen.

## 11. Die Konfliktlösung im Kontext der Vergütungsvereinbarung nach § 137e SGB V

Bezüglich der Vergütung von Leistungen, die im Rahmen einer vom Gemeinsamen Bundesausschuss initiierten Erprobung erbracht werden, enthält § 137e SGB V ausdifferenzierte Regelungen. Kommt hinsichtlich der Methoden, die auch ambulant angewandt werden können, die zwischen den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen, den Kassenärztlichen Vereinigungen und den Landeskrankenhausgesellschaften zu schließende Vereinbarung nicht innerhalb der im Gesetz bestimmten Frist zustande, wird ihr Inhalt durch die erweiterte Schiedsstelle nach § 115 Abs. 3 SGB V festgelegt. Die Schiedsstelle nach § 114 SGB V wird also um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert wie sie für die Vertreter der Krankenkassen und Krankenhäuser vorgesehen ist. Das Gesetz bestimmt in § 115 Abs. 3 S. 3 und 4 SGB V, dass die Vertreter der Vertragsärzte von den Kassenärztlichen Vereinigungen bestellt werden und verweist auf die maßgebliche Schiedsstellenverordnung. Insoweit gilt das zu den dreiseitigen Verträgen gemäß § 115 SGB V Gesagte entsprechend.[1284] Bezogen auf das Antragserfordernis ist wiederum keine Ersetzungsbefugnis vorgesehen.

---

1282 Für diese Verträge wiederum sind keine Konfliktlösungsinstrumente vorgesehen.
1283 Das Gesetz spricht hier fälschlicherweise von „*ihrer*".
1284 Hierzu eben unter G. II. 6.

## III. Zu den Konfliktlösungsstrategien bei dreiseitigen Beschlüssen im Schiedswesen

Im Folgenden soll untersucht werden, wie es um die Konfliktlösung bei den dreiseitigen Beschlüssen bestellt ist. Durch welche Konfliktlösungsstrategien hat der Gesetzgeber sichergestellt, dass tatsächlich eine inhaltliche Entscheidung des jeweiligen Gremiums getroffen werden kann – und inwieweit besteht hier Verbesserungsbedarf?

In einem ersten Schritt soll die Konfliktlösung im Schiedswesen näher betrachtet werden. Kommt ein nach dem SGB V verbindlich abzuschließender dreiseitiger Vertrag ganz oder teilweise nicht zustande, wird der Vertragsinhalt durch ganz unterschiedliche Schiedseinrichtungen festgesetzt, die ihrerseits – jedenfalls meistens – als kollektiv besetzter Ausschuss agieren. Eine maßgebliche Rolle spielen hier die vom Gesetzgeber als Schiedseinrichtungen konzipierten Ausschüsse: Zahlreiche Aufgaben übernimmt das Bundesschiedsamt gemäß § 89 Abs. 4 SGB V; zunehmend bedeutsam wird aber auch die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V. Lediglich in einer Konstellation hat der Gesetzgeber bei einem dreiseitigen Vertrag die Konfliktlösung durch eine Schiedsperson vorgesehen.

### 1. Die Konfliktlösung durch die erweiterten Schiedsämter

Das Schiedsamt ist als Schiedseinrichtung für diejenigen Fälle konzipiert, in denen „*ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande*“ kommt.[1285] Dabei agieren die Landesschiedsämter nach § 89 Abs. 2 SGB V, wenn es um einen Vertrag geht, der auf Landesebene geschlossen werden soll; das Bundesschiedsamt ist zuständig für die Festsetzung des Vertragsinhalts der auf Bundesebene zu schließenden Vereinbarungen. Im Kontext des Schiedswesens ist bis auf einen Ausnahmefall fast immer das Bundesschiedsamt als Konfliktlöser eingebunden – es geht hier nämlich zumeist um gescheiterte Vereinbarungen auf Bundesebene. Das Bundesschiedsamt agiert in den in den §§ 39, 40, 115b, 116b, 117 und 118 SGB V genannten Fallgestaltungen. Lediglich im Rahmen von § 64a SGB V ist das Landesschiedsamt zur Konfliktlösung berufen.

Im Folgenden geht es ausschließlich um die Konfliktlösung innerhalb des Gremiums selbst. Die Ausführungen gehen zum einen davon aus, dass das Gremium von den Vertragsparteien angerufen wurde, der notwendige Antrag also gestellt wurde. Zum anderen wird unterstellt, dass das Gremium arbeitsfähig ist: Das Bundesschiedsamt selbst wurde von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen personell „bestückt“; und auch die drei unparteiischen Vorsitzenden waren bereits – gegebenenfalls nach Durchführung des in § 89 Abs. 3 SGB V geregelten Losverfahrens – bestimmt. Und auch die im Gesetz für dreiseitige Verträge vorgesehene „Erweiterung“ des Gremiums durch die jeweils zusätzlich hinzukommenden Personen ist reibungslos von statten gegangen. Es geht also nunmehr um die Entscheidung in der Sache selbst, die das erweiterte Schiedsamt zu treffen hat. Dabei wird zu zeigen sein, dass die Bewertung der Konfliktlösungsstrategien auch in diesem Kontext ganz maßgeblich von der Frage abhängt, ob auch

---

[1285] § 89 Abs. 1 S. 1 SGB V. Ausführlich hierzu oben C. II. 2. d.

bei den dreiseitigen Verträgen eine Anwendung der Regelungen der §§ 89 und 114 SGB V in Betracht kommt oder nicht.

### a. § 39 SGB V

Gemäß § 39 Abs. 1a S. 9 2. HS i.V.m. § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V legt das Bundesschiedsamt im Nichteinigungsfall den Vertragsinhalt[1286] fest. Es agiert dabei in einer erweiterten Form. Das regulär aus elf Personen besetzte Bundesschiedsamt[1287] wird „*um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert.*" Gesetzlich vorgegeben ist damit lediglich, dass die Erweiterung wiederum paritätisch zu erfolgen hat; wie viele Personen jeweils hinzukommen, sagt § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V – anders etwa als § 115b Abs. 3 SGB V – nicht. Der Gesetzgeber wollte lediglich sicherstellen, dass sich die Vertreter der Kostenträgerseite und der Leistungserbringerseite in gleicher Zahl gegenüberstehen,[1288] also eine paritätische Besetzung gewährleistet ist. Angesichts der Tatsache, dass es im Kontext von § 39 Abs. 1a SGB V um drei gleichberechtigte Vertragspartner geht, wäre eine Ungleichbehandlung zwischen Ärzten einerseits und Krankenhäusern andererseits kaum zu begründen. Tatsächlich ist das Gremium bei seiner Entscheidung nach § 118a SGB V[1289] auch jeweils um vier Personen erweitert worden, so dass das erweiterte Bundesschiedsamt in dieser Konstellation aus insgesamt 19 Mitgliedern besteht. Dabei hat die Kassenseite gegenüber den Ärzten und Krankenhäusern die doppelte Vertreterzahl.[1290]

In zeitlicher Hinsicht besteht durch § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V eine Frist von drei Monaten für die Festsetzung des Vereinbarungsinhalts.

Die Konfliktlösung innerhalb des Gremiums erfolgt durch das Mehrheitsprinzip. Das erweiterte Bundesschiedsamt entscheidet nach § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V „*mit einfacher Stimmenmehrheit*". Auch diese Aussage des Gesetzgebers gilt es zu hinterfragen: Geht es bei dieser einfachen Stimmenmehrheit um die „*Mehrheit seiner Mitglieder*" oder reicht hier auch die einfache Mehrheit der – die Beschlussfähigkeit des Gremiums unterstellt – anwesenden Mitglieder? Bei einer Besetzung des Gremiums mit 19 Personen wären bei der Anwendung von § 89 Abs. 1 SGB V zehn Stimmen für den entsprechenden Beschluss erforderlich; eine der „parteiischen" Seiten[1291] müsste also mindestens zwei der unparteiischen Mitglieder von seiner Auffassung überzeugen, um einen aus ihrer Sicht positiven Beschluss zu erreichen. Bei einer einfachen Stimmenmehrheit würden bei einer zweiten Sitzung nach Maßgabe von § 16a Abs. 2 SchiedsamtsVO[1292] sechs Stimmen für einen positiven Beschluss genügen, denn

---

1286 Hierzu oben C. II. 2. d.

1287 Vgl. § 1 Abs. 3 SchiedsamtsVO: Neben den drei unparteiischen Mitgliedern agieren jeweils vier Vertreter der Ärzte und der Krankenkassen.

1288 BT-Drs. 17/9992, S. 30.

1289 Es gilt die „*Vereinbarung nach § 118a (Geriatrische Institutsambulanzen – GIA) in der Fassung aus der Sitzung des erweiterten Bundesschiedsamts gemäß Schiedsstellenbeschluss vom 15.7.2015*" (abzurufen auf der Seite des Spitzenverbands Bund der Krankenkassen).

1290 Das „*Schwergewicht der Entscheidungsmacht*" liegt damit bei den Krankenkassen (so *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 118a Rn. 51 f., die von einer „*Begünstigung*" der Kassen spricht).

1291 Die Leistungserbringer gemeinsam und die Kassenseite haben jeweils acht Stimmen.

1292 Diese gilt im Übrigen – auch wenn das nicht ausdrücklich gesagt wird – auch für die in erweiterter Zusammensetzung tätigen Schiedsämter. Jedenfalls wurde hier § 22a eingefügt, der sich mit der Kostentragung in diesem Fall befasst.

es müssten nur elf Personen – darunter der unparteiische Vorsitzende – anwesend sein. Zwar ist der Wortlaut des § 89 Abs. 1 SGB V insoweit eindeutig mit der Konsequenz, dass § 16a SchiedsamtsVO auch bei den regulären Verfahren vor dem Schiedsamt häufig nicht weiterhelfen dürfte, indes: Die Regelung des § 89 Abs. 1 SGB V ist aus den oben genannten Gründen im Kontext des § 39 Abs. 1a SGB V nicht anwendbar. Die Tatsache, dass der Gesetzgeber das Bundesschiedsamt als Schiedseinrichtung etabliert hat, bedeutet gerade nicht, dass die weiteren Regelungen des § 89 SGB V maßgeblich sind. Die von § 39 Abs. 1a SGB V in Bezug genommene Regelung des § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V bestimmt ihrerseits nur das Bundesschiedsamt als Schiedseinrichtung, ordnet aber – anders als etwa § 57 SGB V – nicht auch die Geltung der Absätze 1 und 1a des § 89 SGB V an. Erforderlich ist also lediglich die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen.

Für den Fall eines Entscheidungspatts, das angesichts der Besetzung auch des erweiterten Bundesschiedsamts mit einer ungeraden Zahl von Personen nur im Fall des § 16a Abs. 2 SchiedsamtsVO überhaupt eintreten kann, enthalten weder das formelle Gesetz noch die SchiedsamtsVO eine Regelung dahingehend, dass die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag gibt. Eine grundsätzlich denkbare Konfliktlösung über § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V[1293] kommt aus den bereits dargelegten Gründen im vorliegenden Kontext aber nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund fehlt es an einer Konfliktlösungsstrategie für ein denkbares „Unentschieden".

Angesichts der Verdoppelung der Zahl der Vertreter der Krankenkassen kann es im Rahmen des Schiedsverfahrens im Übrigen auch zu einer Entscheidung kommen, für die die Stimmen der unparteiischen Mitglieder nicht relevant sind. Sind sich beispielsweise die Krankenkassen mit den Ärzten in der Sache einig, käme ein Mehrheitsbeschluss allein durch deren Stimmen zustande.[1294] Ob hier eine sachgerechte Interessenvertretung aller Vertragsparteien im Schiedsverfahren erfolgt, wird zu prüfen sein.[1295]

Die bereits angesprochene Nichtanwendbarkeit von § 89 SGB V insgesamt hat im Übrigen auch Konsequenzen für den vorläufigen Rechtsschutz. Weder § 39 Abs. 1a SGB V noch § 118a Abs. 2 SGB äußern sich zu dieser Frage. Die in § 89 Abs. 1 S. 6 SGB V enthaltene Aussage „*Die Klage gegen die Festsetzung des Schiedsamts hat keine aufschiebende Wirkung*" kommt nicht zur Anwendung, weil es nicht um einen Vertrag im Sinne des § 89 Abs. 1 SGB V geht. Infolgedessen besteht die Gefahr, dass die Umsetzung notwendiger Vereinbarungen durch die Erhebung einer Klage weiter verzögert wird.[1296]

---

1293 „*Kommt ein Vertrag bis zum Ablauf von drei Monaten durch Schiedsspruch nicht zustande und setzt das Schiedsamt auch innerhalb von einer von der zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmten Frist den Vertragsinhalt nicht fest, setzt die für das Schiedsamt zuständige Aufsichtsbehörde den Vertragsinhalt fest.*" Diese Regelung gilt auch bei gesetzlich vorgeschriebenen Verträgen über § 89 Abs. 1a S. 3 SGB V, der als primäres Konfliktlösungsmodell bei gesetzlich vorgeschriebenen Verträgen über die vertragsärztliche Versorgung vorrangig eine Ersatzvornahme bezüglich der Antragstellung vorsieht, entsprechend.

1294 Acht Stimmen der Krankenkassen und vier Stimmen der Ärzte ergeben zwölf Stimmen. Für die Mehrheit sind zehn Stimmen ausreichend.

1295 Hierzu unter H. II. 2. a. (5).

1296 Kritisch insoweit zu Recht *Orlowski*, PKR 2017, 38.

### b. § 40 SGB V

Für die Konfliktlösung im Kontext von § 40 Abs. 2 SGB V gelten die eben gemachten Ausführungen[1297] entsprechend.

### c. § 64a SGB V

Für die Konfliktlösung im Rahmen von § 64a SGB V hat der Gesetzgeber das Landesschiedsamt nach § 89 Abs. 2 SGB V vorgesehen. Das ist konsequent, denn es geht hier um Vereinbarungen über Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung auf Landesebene. Das Schiedsamt kann von jeder Vertragspartei angerufen werden und agiert dann als erweitertes Landesschiedsamt in der Gestalt, dass Vertreter der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker in der gleichen Zahl hinzukommen, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Vereinigung vorgesehen ist.

Zeitliche Vorgaben für die Entscheidung macht das Gesetz nicht.

Die Festlegung des Vertragsinhalts erfordert gemäß § 64a Abs. 2 S. 4 SGB V eine Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Mitglieder. Dieses Erfordernis wirft eine weitere Frage auf: Was geschieht, wenn diese Mehrheit nicht zustande kommt? Unterstellen wir einmal, dass alle Mitglieder des erweiterten Schiedsamts anwesend sind und abstimmen – es fehlt aber an einer Zwei-Drittel-Mehrheit. In einer solchen Fallgestaltung hat das Bundesschiedsamt den entsprechenden Vertragsinhalt nicht festgesetzt. Die Vertragspartner sind gescheitert – und nunmehr auch das Schiedsamt. In dieser Konstellation könnte nur eine Ersatzvornahme durch eine staatliche Behörde eine Konfliktlösung herbeiführen – aber die ist gerade nicht vorgesehen. Die in § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V vorgesehene Ersatzvornahme ist nicht möglich, denn auch bei Verträgen nach § 64a SGB V handelt es sich nicht um „*Verträge zur vertragsärztlichen Versorgung*." Nun ließe sich einwenden, dass es hier um eine Vereinbarung geht, die geschlossen werden kann, aber nicht geschlossen werden muss. Man mag sich bereits fragen, warum der Gesetzgeber hier überhaupt eine Konfliktlösungsstrategie implementiert hat.[1298] Wenn die erforderliche Mehrheit nicht zustande kommt, dann ist eben schlicht kein Modellvorhaben vereinbart worden.

### d. § 115b SGB V

Gemäß § 115b Abs. 2 SGB V agiert das Bundesschiedsamt in erweiterter Form auch im Kontext der für das ambulante Operieren im Krankenhaus[1299] erforderlichen Vereinbarungen. Die Erweiterung ist allerdings eine andere als die gemäß § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V, der für die Tätigkeit des Bundesschiedsamts bezogen auf die §§ 39 und 40 SGB V maßgeblich ist. Das Schiedsamt wird hier lediglich um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der

---

1297 Vgl. eben unter a.

1298 Hierzu schon oben D. V. 4.

1299 Hierzu aus sozialwissenschaftlicher Sicht *Busch*, KrV 1996, S. 251 ff. Vgl. auch *Wodarz/Sellmann*, NZS 2008, S. 466 ff. sowie *Wagener/Haag*, MedR 2009, S. 72 ff.

Kassenärztlichen Bundesvereinigung vorgesehen ist.[1300] Das Entscheidungsgremium besteht damit aus 15 Personen.

Das so erweiterte Schiedsamt entscheidet – zeitliche Vorgaben gibt es insoweit nicht – „*mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Mitglieder*".[1301] In Konsequenz dessen bedarf es auch hier zehn Stimmen für den Beschluss. Auch im Kontext von § 115b SGB V stellt sich angesichts dieser Regelung die Frage nach der Konfliktlösung, wenn diese Zwei-Drittel-Mehrheit nicht zustande kommt. Unterstellen wir einmal, dass alle 15 Mitglieder des erweiterten Schiedsamts anwesend sind oder die Abstimmung mit acht zu sieben Stimmen ausgeht. In einer solchen Fallgestaltung hat das Bundesschiedsamt den entsprechenden Vertragsinhalt nicht festgesetzt. Die Vertragspartner konnten sich nicht einigen – und auch das Schiedsamt kann den Konflikt nicht lösen. In dieser Konstellation, in der zunächst die Vertragspartner selbst und nunmehr auch das Schiedsamt selbst gescheitert sind, könnte nur eine Ersatzvornahme zugunsten staatlicher Behörden eine Konfliktlösung herbeiführen – aber die ist gerade nicht vorgesehen. Das Ergebnis ist hier – anders als bei § 64a SGB V – unhaltbar, denn es handelt sich um einen Vertrag, ohne den § 115b SGB V letztlich nicht zur Anwendung kommen kann. Die Vertragspartner hätten es gleichsam in der Hand, das vom Gesetzgeber gewollte Versorgungsmodell zu unterlaufen. Vor diesem Hintergrund mag man versucht sein, § 89 Abs. 1 SGB V trotz der fehlenden Inbezugnahme durch den Gesetzgeber doch anzuwenden. Indes: Die Regelung ist schon von ihrem Wortlaut her nicht einschlägig, weil es hier eben nicht um einen Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung geht. Der Gesetzgeber hat ein bestehendes Gremium erweitert, in das Schiedswesen im Kontext des dreiseitigen Vertrags nach § 115b SGB V implementiert und zugleich eine Zwei-Drittel-Mehrheit gefordert. Eine weitere Konfliktlösung ist nicht vorgesehen. Vieles spricht dafür, dass es sich um eine unbeabsichtigte Regelungslücke handelt, so dass § 89 Abs. 1 SGB V jedenfalls analog angewandt werden könnte. Eine befriedigende Konfliktlösungsstrategie sieht allerdings anders aus.

§ 115b Abs. 3 SGB V enthält auch keine Aussage über die aufschiebende Wirkung eines Rechtbehelfs.

### e. § 116b SGB V

Im Rahmen von § 116b SGB V ist wiederum das für §§ 39 und 40 SGB V zugrunde gelegte Modell maßgeblich. Das Bundesschiedsamt wird um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft und der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert; maßgeblich ist hier die „*Mehrheit der Stimmen der Mitglieder.*"[1302] Das Gremium besteht also aus 19 Personen; zehn davon müssen für die Vertragsfestsetzung stimmen. Für das Nichtzustandekommen der erforderlichen Mehrheit besteht keine ausdrückliche Konfliktlösungsstrategie. Zeitliche Vorgaben für die Entscheidung enthält § 116b Abs. 6 SGB V nicht; auch die Frage der auf-

---

1300 Für den Gesetzgeber ist dies offenbar die Legaldefinition des erweiterten Bundesschiedsamtes (vgl. den in § 115b SGB V enthaltenen Klammerzusatz). Zu den unterschiedlichen Formen der Erweiterung siehe auch *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 118a Rn. 51.

1301 Vgl. § 115 Abs. 3 S. 3 SGB V. Hier stellt sich wiederum die Frage, ob tatsächlich die Mitglieder des Gremiums oder – im Fall der zweiten Sitzung – die anwesenden Personen gemeint sind.

1302 § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V.

schiebenden Wirkung ist nicht angesprochen. Aus den oben dargelegten Gründen ist § 89 Abs. 1 SGB V jedenfalls nicht unmittelbar anwendbar.

Auch im Kontext von § 116b SGB V könnte im Übrigen eine Mehrheitsentscheidung des Bundesschiedsamts ergehen, ohne dass hierzu die Stimmen der unparteiischen Mitglieder erforderlich wären.[1303]

### f. § 117 SGB V

Im Kontext von § 117 SGB V gilt dagegen wiederum das auch in § 115b SGB V zugrunde gelegte Modell: Das Bundesschiedsamt wird nur um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft erweitert und entscheidet mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit.[1304] Insofern gelten die Ausführungen unter d. entsprechend.

### g. § 118 SGB V

Ebenso ist es im Rahmen von § 118 SGB V.[1305] Es sei insofern auf die Ausführungen unter f. verwiesen.

## 2. Die Konfliktlösung durch die erweiterte Landesschiedsstelle

Die Landesschiedsstelle ist – jeweils in erweiterter Besetzung – zur Konfliktlösung in den Fallgestaltungen der §§ 64c, 115 und 137e SGB V vorgesehen.

### a. § 64c SGB V

Wird bezüglich der verpflichtend durchzuführenden Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN bis Ende 2015 keine Einigung erzielt, kann jede Vertragspartei nach § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V anrufen. Nach § 64c Abs. 2 S. 2 SGB V gilt § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V entsprechend: Die Landesschiedsstelle wird also um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und Krankenhäuser vorgesehen ist. Weder in § 64c SGB V selbst noch in § 115 SGB V finden sich Aussagen zu den erforderlichen Mehrheiten, durch die innerhalb des Ausschusses Konflikte gelöst werden. Fraglich ist, ob § 114 Abs. 3 S. 2 SGB V Anwendung finden kann; danach werden die Entscheidungen mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen. Anders als in § 89 SGB V hat der Gesetzgeber in § 114 SGB V hinsichtlich der Zuständigkeit keine inhaltliche Generalklausel („*Verträge über die vertragsärztliche Versorgung*“) zugrunde gelegt. Vielmehr wird in § 114 Abs. 1 S. 2 SGB V schlicht bestimmt: „*Diese entscheidet in den ihr nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben.*“ Und in § 64c SGB V ist eine der Aufgaben der Landesschiedsstelle geregelt – sie muss im Streitfall eine Vereinbarung nach § 64c SGB V ersetzen, und sie tut das in erweiterter Form nach Maßgabe von § 115 Abs. 3 S. 2 SGB V. Es spricht hier also nichts dagegen, die generellen Aussagen des § 114 SGB V auch im Kon-

---

1303 Vgl. hierzu schon oben im Kontext von § 39 SGB V unter G. III. 1. a.
1304 § 117 Abs. 1 S. 6 und 7 SGB V.
1305 § 118 Abs. 2 S. 4 und 5 SGB V.

text von § 64c SGB V anzuwenden. Die erweiterte Landesschiedsstelle entscheidet damit mit der Mehrheit der Mitglieder. Die Landesschiedsstelle in Hamburg, die nach § 2 Abs. 1 der Landesschiedsstellenverordnung aus je drei Vertretern der Krankenkassen und der zugelassenen Krankenhäuser sowie drei unparteiischen Mitgliedern besteht, wird gemäß § 2 Abs. 1 um drei Vertreter der „*Kassenärzte*" erweitert. Sie besteht bei der Entscheidung nach Maßgabe von § 64c SGB V damit aus 12 Vertretern, von denen jeder eine Stimme hat. Die Mehrheit der Mitglieder hat den Beschluss nur gefasst, wenn es sieben Ja-Stimmen gegeben hat. Auch bei einer zweiten Sitzung nach Maßgabe von § 12 Abs. 1 S. 3 ff. der Landesschiedsstellenverordnung müssen sieben Personen mit Ja stimmen. Bei der zweiten Sitzung ist die Landesschiedsstelle zwar beschlussfähig, wenn im Fall der erweiterten Schiedsstelle neun Mitglieder, darunter der Vorsitzende, anwesend sind; an dem im formellen Gesetz geregelten Erfordernis der Mehrheit der Mitglieder – nicht der Anwesenden – ändert das aber nichts.[1306]

§ 114 Abs. 3 S. 2 SGB V bestimmt: „*Ergibt sich keine Mehrheit, gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag.*" Diese Regelung löst auch bei der Ersetzung dreiseitiger Verträge häufig Konflikte, die sich durch eine reguläre Abstimmung allein nicht lösen lassen. Die Stimme des Vorsitzenden bekommt durch § 114 Abs. 3 S. 5 SGB V eine besondere Bedeutung. Anders als in anderen Normen hat der Gesetzgeber allerdings nicht darauf abgestellt, dass eine Stimmengleichheit vorliegt.[1307] In einer Sitzung, bei der alle Mitglieder anwesend sind, macht das keinen Unterschied, denn nur wenn von den zwölf Mitgliedern jeweils sechs gleich abstimmen, kann es auf die Stimme des Vorsitzenden ankommen – schon bei sieben Ja-Stimmen ist dagegen die Mehrheit der Stimmen erreicht. Anders ist dies aber bei einer zweiten Sitzung, bei der die nach der maßgeblichen Rechtsverordnung erforderliche Anzahl von neun Personen anwesend ist. Wenn hier wiederum sieben einheitlich abstimmen, liegt eine Mehrheit der Stimmen vor. Es ist aber auch denkbar, dass die Abstimmung mit 6:3 ausgeht. Dann hat sich keine Mehrheit in dem Sinne ergeben, als es an der Mehrheit der Stimmen der Mitglieder fehlt. Ob auch in einem solchen Fall tatsächlich die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag geben sollte – der vielleicht zur Minderheit gehört –, erscheint in der Tat sehr fraglich.[1308] Der Gesetzestext stellt in Satz 2 des Absatzes 3 von § 114 SGB V im Übrigen nur allgemein auf „*eine Mehrheit*" und nicht auf die zuvor angesprochene „*Mehrheit der Mitglieder*" ab. Ein Patt liegt genau dann vor, wenn es eine Stimmengleichheit, also keine Mehrheit einer Seite gibt. Es ist also davon auszugehen, dass die Stimme des Vorsitzenden nur bei Stimmengleichheit entscheidet.

---

1306 A.A. *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 114 Rn. 29: Maßgeblich sei nicht zwingend die im Gesetz festgelegte Mitgliederzahl; für die Mehrheit könne vielmehr auch die Zahl der anwesenden Mitglieder maßgeblich sein, wenn der Verordnungsgeber die Anforderungen an die Beschlussfähigkeit herabsetzt.

1307 Vgl. etwa § 106c Abs. 1 S. 2 SGB V: „*Bei Stimmengleichheit gibt die Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag*".

1308 Vgl. auch *Kingreen/Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 114 SGB V Rn. 8: Nur bei einer Pattsituation. Der Gesetzgeber dürfte die später in der Rechtsverordnung geregelte Konstellation gar nicht im Blick gehabt haben.

Kommt es dagegen – aus welchen Gründen auch immer – nicht zu einer Abstimmung, wäre kein Beschluss gefasst. Eine Ersatzvornahme wie in § 89 Abs. 1 SGB V[1309] ist in § 114 SGB V nicht vorgesehen.

Aussagen über die aufschiebende Wirkung enthalten weder § 64c SGB V noch § 114 SGB V.

### b. § 115 SGB V

Die Ausführungen zu § 64c SGB V gelten entsprechend für die Fallkonstellation der dreiseitigen Verträge nach § 115 SGB V. Auch hier findet sich in § 115 Abs. 3 S. 1 SGB V eine Aufgabenzuweisung an die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V. Die Landesschiedsstelle entscheidet auch hier in erweiterter Form.

### c. § 137e SGB V

Im Kontext der Erprobung von Untersuchungs- und Behandlungsmethoden nach Maßgabe von § 137e SGB V ist die erweiterte Landesschiedsstelle als Konfliktlösungsinstrument bei Streit über die Vergütung solcher Methoden vorgesehen, die auch ambulant angewandt werden können.[1310] Der Gesetzgeber spricht hier von der „*erweiterten Schiedsstelle nach § 115 Absatz 3*“, benennt also nicht erst § 114 SGB V, um dann die Erweiterung in einem zweiten Schritt gesondert anzuordnen. In der Sache ändert das allerdings nichts: Die erweiterte Landesschiedsstelle entscheidet, ohne dass ihre Anrufung erforderlich wäre, wenn innerhalb von drei Monaten nach Erteilung des Auftrags durch den Gemeinsamen Bundesausschuss an eine unabhängige wissenschaftliche Organisation keine Einigung zwischen den Vertragspartnern nach § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V erzielt werden konnte.

Der Gesetzgeber hat für die Entscheidung der erweiterten Landesschiedsstelle in § 137e Abs. 4 S. 5 SGB V eine Frist von sechs Wochen vorgesehen und zudem in Satz 6 die Frage der aufschiebenden Wirkung geregelt: Während sich § 114 SGB V zu diesem Punkt nicht äußert, haben Klagen gegen die Festlegung des Vertragsinhalts im Rahmen von § 137e SGB V keine aufschiebende Wirkung.

Hinsichtlich der Beschlussfassung und der – fehlenden – Ersatzvornahme gelten die Ausführungen zu §§ 64c und 115 SGB V entsprechend.

## 3. Die Konfliktlösung durch die Schiedsperson

Allein die dreiseitige Vereinbarung über die Höhe der Meldevergütung im Kontext von § 65c SGB V wird durch eine Schiedsperson ersetzt, auf die sich die Vereinbarungspartner einigen sollen und die – wenn das nicht gelingt – durch das Bundesministerium für Gesundheit bestellt wird. Das Konfliktlösungspotential ist beim Tätigwerden einer einzelnen Person erheblich: Es gibt keine Mehrheit von Personen und dementsprechend auch keine Probleme

---

[1309] Dass die Norm bei den dreiseitigen Verträgen nicht zur Anwendung kommt, wurde allerdings bereits dargelegt.

[1310] Ausführlich hierzu unter C. II. 3. (3) (c).

bei der Abstimmung. Wenn die Schiedsperson die Entscheidung nicht – aus welchen Gründen auch immer – verweigert,[1311] wird die Frage der Vergütung in einem zügigen und unbürokratischen Verfahren geklärt.

Nur wenn man der Ansicht des Bundessozialgerichts folgt und in der Entscheidung der Schiedsperson keinen Verwaltungsakt sieht, bedarf es keines Ausschlusses der aufschiebenden Wirkung einer Klage. Nach hier vertretener Ansicht wäre dieser Aspekt allerdings zu regeln.[1312]

## IV. Zur Konfliktlösung außerhalb des Schiedswesens

Dreiseitige Beschlüsse werden von ganz unterschiedlichen Gremien gefasst. Häufig handelt es sich dabei um diejenigen Schiedseinrichtungen, die im Fall des Scheiterns der dreiseitigen Verträge den Vertragsinhalt festsetzen;[1313] aber auch jenseits des Vertragsprinzips und der insoweit erforderlichen Konfliktlösungsinstrumente agieren manche Ausschüsse in bestimmten Konstellationen dreiseitig. Das ist der Fall in folgenden Konstellationen:

- Der ergänzte Bewertungsausschuss nach Maßgabe von § 87 Abs. 5a SGB V
- Der erweiterte Landesausschuss; § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V i.V.m. § 90 SGB V
- Der Gemeinsame Bundesausschuss; § 91 SGB V
- Der Innovationsausschuss; § 92b SGB V

### 1. Der ergänzte erweiterte Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 5a SGB V

Bei Beschlüssen zur Anpassung des einheitlichen Bewertungsmaßstabes zur Vergütung der Leistungen der spezialfachärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V[1314] agiert ein jeweils ergänzter Bewertungsausschuss. Es kommen jeweils sechs weitere Vertreter hinzu: Drei Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft und drei weitere Vertreter des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen. Das gilt für den regulären Bewertungsausschuss ebenso wie für den nach Maßgabe von § 89 Abs. 4 SGB V erweiterten Bewertungsausschuss. Eine Ersatzvornahme hinsichtlich der Benennung der zusätzlichen Mitglieder, die nach § 87 Abs. 5a S. 3 SGB V bis spätestens Ende März 2016 erfolgen „*soll*", ist im Gesetz nicht vorgesehen. Allerdings bestimmt § 87a Abs. 5 S. 4 SGB V: „*Bis zur Benennung gilt die Besetzung in der bis zum*

---

1311 Eine Ersatzvornahme durch das Bundesministerium für Gesundheit ist für diesen Fall nicht vorgesehen, aber auch entbehrlich: Man wird gegebenenfalls eine neue Schiedsperson berufen. Das ist zwar – wie fast alles, was die Tätigkeit der Schiedsperson betrifft – gesetzlich nicht geregelt (hierzu auch unter D. VI. 11), dürfte aber zulässig sein.

1312 Hierzu oben D. VI. 11.

1313 Hierzu eben unter G. III.

1314 Durch § 116b Abs. 6 S. 2 SGB V wird der Selbstverwaltung auf Bundesebene der Auftrag erteilt, eigenständige, nach Diagnosen differenzierte Gebührenpositionen und ein entsprechendes Kalkulationssystem zu entwickeln (zu den Motiven BT-Drs. 17/6906, S. 83 ff.). Der erweiterte und ergänzte Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 5a SGB V ist für eine Übergangszeit vorgesehen; dem Gesetzgeber war bewusst, dass die Entwicklung einer eigenen Kalkulationssystematik einige Zeit in Anspruch nehmen würde (vgl. hierzu im Kontext von § 116b Abs. 6 S. 8 SGB V BT-Drs. 17/6906, S. 84, wo ausdrücklich von einer Übergangsregelung die Rede ist). Zu den drei Phasen der Vergütung der Leistungen nach § 116b SGB V auch *Schröder* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 SGB V Rn. 34 ff.

*31. Dezember 2015 geltenden Fassung fort.*" Ob das auch über den 31. März 2016 hinaus gelten soll, ist nicht klar.[1315]

Im regulären Bewertungsausschuss muss nach § 87 Abs. 4 S. 1 SGB V ein „*übereinstimmender Beschluss aller Mitglieder*" vorliegen, andernfalls kommt keine Vereinbarung zustande. Konfliktlösungsbedarf besteht daher nur im erweiterten[1316] und nunmehr ergänzten Bewertungsausschuss. Dieser besteht aus insgesamt 17 Personen; der Spitzenverband Bund der Krankenkassen stellt sechs Vertreter, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztliche Bundesvereinigung jeweils drei. Hinzu kommen die drei unparteiischen Mitglieder sowie die von der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 87 Abs. 5a S. 2 SGB V zu benennenden zwei weiteren unparteiischen Mitglieder.

§ 116b SGB V äußert sich nicht zu Detailfragen, sondern verweist direkt auf § 87 Abs. 5a SGB V. Dort findet sich allerdings keine Aussage zur Entscheidungsfindung innerhalb des Ausschusses. Man wird insoweit auf § 87 Abs. 5 S. 1 SGB V zurückgreifen müssen,[1317] der bestimmt: „*Der erweiterte Bewertungsausschuss setzt mit der Mehrheit seiner Mitglieder die Vereinbarung fest.*" Bei – im ergänzten Modus – insgesamt 17 Personen müssen also neun für den Inhalt der Vereinbarung stimmen. Das gilt auch bei einer wegen fehlender Beschlussfähigkeit einberufenen zweiten Sitzung nach Maßgabe von § 9 Abs. 3 der Geschäftsordnung des ergänzten Bewertungsausschusses nach § 87 Abs. 5a SGB V für Leistungen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung. Der Ausschuss ist bei Anwesenheit von neun Mitgliedern – das ist „*mehr als die Hälfte der Stimmen*", die jedenfalls vertreten sein muss – beschlussfähig, muss dann aber einstimmig entscheiden, weil das Gesetz die Stimmen der Mehrheit der Mitglieder verlangt.

Die Stimme des Vorsitzenden hat im ergänzten erweiterten Bewertungsausschuss keine ausschlaggebende Wirkung. Wenn keine entsprechende Mehrheit der Mitglieder im Ausschuss zustande kommt, ist der Vereinbarungsinhalt nicht festgesetzt worden. Allerdings hat der Gesetzgeber in § 87 Abs. 6 SGB V für diesen Fall eine Ersatzvornahme durch das Bundesministerium für Gesundheit vorgesehen. Die Regelung ist von ihrer gesetzlichen Ausgestaltung alles andere als leicht zu verstehen, aber letztlich ermöglicht § 87 Abs. 6 S. 8 2. HS i.V.m. S. 4 1. HS SGB V die Ersatzvornahme auch hinsichtlich der Beschlüsse des erweiterten – und wohl auch des ergänzten – Bewertungsausschusses.[1318] Insoweit können letztlich alle Konflikte durch eine staatliche Behörde gelöst werden.[1319]

---

1315 *Freudenberg* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 87 Rn. 269, scheint nicht davon auszugehen.

1316 Dieser ist dabei allerdings zugleich das Konfliktlösungsinstrument für den Fall, dass im regulären Ausschuss keine einstimmige Entscheidung getroffen wird.

1317 Bedenken bestehen hier – anders als im Kontext von § 89 SGB V – nicht. Kritisch zur unklaren Rechtslage insoweit aber auch *Schröder* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 SGB V Rn. 35.

1318 Das hat der Gesetzgeber nicht explizit angesprochen; da es sich beim ergänzten erweiterten Bewertungsausschuss aber um eine Form des erweiterten Bewertungsausschusses handelt, ist davon auszugehen, dass auch hier eine Ersatzvornahme möglich ist.

1319 Kritisch zu dieser Regelung *Schröder* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 87 Rn. 32 f.: Sinn und Zweck der gemeinsamen Selbstverwaltung ist es, dass die von den Vorgaben Betroffenen ihre Angelegenheiten selbst regeln; bei der Ersatzvornahme muss das Ministerium zwangsläufig Zweckmäßigkeitserwägungen anstellen.

Zur Frage der aufschiebenden Wirkung einer Klage gegen die Entscheidung des ergänzten erweiterten Bewertungsausschuss äußern sich weder § 116b SGB V noch § 87 SGB V.

## 2. Der erweiterte Landesausschuss nach § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V

In § 116b SGB V ist ein weiteres Gremium der gemeinsamen Selbstverwaltung adressiert. § 116b Abs. 2 SGB V bestimmt, welche Voraussetzungen die Vertragsärzte und die nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser erfüllen müssen, um Leistungen im Rahmen der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung erbringen zu können. Zwar ist eine Bedarfsplanung nicht vorgesehen und es gilt der Grundsatz „*wer kann, der darf*“;[1320] allerdings sind die Voraussetzungen zu erfüllen, die der Gemeinsame Bundesausschuss gemäß § 116b Abs. 4 SGB V festzulegen hat. Es bestehen umfangreiche Anzeige- und Nachweispflichten der Leistungserbringer. Eine maßgebliche Rolle in diesem Kontext hat der „*nach Maßgabe des Absatzes 3 Satz 1 erweiterte Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen nach § 90 Abs. 1*“;[1321] er ist gleichsam das „*Kontroll- und Überwachungsgremium*“ für die Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen.[1322]

Für die Wahrnehmung der Aufgaben nach § 116b Abs. 2 SGB V wird der Landesausschuss nach § 90 Abs. 3 SGB V um Vertreter der Krankenhäuser in der gleichen Zahl erweitert,[1323] wie sie nach § 90 Abs. 2 SGB V jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und die Vertreter der Ärzte vorgesehen ist. Der erweiterte Landesausschuss besteht dementsprechend aus 30 Personen[1324]: Zu den neun Vertretern der Ärzte, den neun Vertretern der Krankenkassen und den drei unparteiischen Mitgliedern kommen neun Vertreter der Krankenhäuser hinzu. Angesichts dieser Größe des Ausschusses überrascht es nicht, dass der Gesetzgeber dem Ausschuss die Möglichkeit eingeräumt hat, in kleinerer Besetzung zu agieren;[1325] es geht hier um eine Flexibilisierung und Minimierung des bürokratischen Aufwands.[1326] Über den Vorsitzenden des erweiterten Landesausschuss und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder sowie deren Stellvertreter sollen sich die beteiligten Kassenärztlichen Vereinigungen, die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen sowie die Landeskrankenhausgesellschaften nach § 116b Abs. 3 S. 3 SGB V einigen. Offenbar entsteht hier unter Umständen ein zweiter Ausschuss mit anderer personeller Besetzung. Es besteht insoweit auch ein Konfliktlösungsinstrument – Satz 4 bestimmt: „*Kommt eine Einigung nicht zustande, werden sie durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes im Benehmen mit den beteiligten Kassenärztlichen Vereinigungen, den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen sowie der Landeskrankenhausgesellschaft berufen.*“[1327]

---

1320 Hierzu *Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 116b SGB V Rn. 10.

1321 So § 116b Abs. 2 S. 1 SGB V.

1322 *Becker* in: Becker-Kingreen, SGB V, § 116b Rn. 21.

1323 Es handelt sich um ein sekorenübergreifend besetztes Gremium. *Hess* in: Kasseler Kommentar, § 116b SGB V Rn. 21 spricht von einer „*triparitätischen Einrichtung*“; Becker in: Becker/Kingreen, SGB V, § 116b Rn. 21 redet von „*tripolarem Korporatismus.*“

1324 Vgl. auch *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 70.

1325 Vgl. § 90 Abs. 2 S. 7 SGB V; hierzu *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 71. Rechte Dritter nach § 140f SGB V bleiben aber unangetastet.

1326 BT-Drs. 17/8005, S. 116.

1327 Zum Begriff des Benehmens *Becker* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 116b Rn. 21 m.w.N.

Der erweiterte Landesausschuss entscheidet nach § 116b Abs. 3. S. 6 1. HS SGB V „*mit einfacher Mehrheit*"; allerdings zählen nach Halbsatz 2 „*bei der Gewichtung der Stimmen … die Stimmen der Vertreter der Krankenkassen doppelt.*" Durch diese Doppelzählung soll offenbar die Ausgewogenheit zwischen der Entscheidungsmacht der Kostenträger einerseits und der Leistungserbringer andererseits hergestellt werden.[1328] Es gibt also letztlich 39 Stimmen; eine einfache Mehrheit wäre bei 20 Ja-Stimmen gegeben. Keine der beiden Seiten kann damit ohne Unterstützung der unparteiischen Mitglieder eine positive Beschlussfassung erreichen.

Fraglich ist, wie zu verfahren ist, wenn ein entsprechender Beschluss des erweiterten Landesausschusses nicht zustande kommt. Eine Ersatzvornahme durch das Bundesministerium für Gesundheit ist lediglich für bestimmte von den Landesausschüssen getroffene Entscheidungen nach Maßgabe von § 90 Abs. 6 S. 1 und 3 i.V.m. § 94 Abs. 1 S. 3 bis 5 SGB V vorgesehen. Die im Rahmen von § 116b Abs. 2 SGB V zu treffenden Entscheidungen fallen nicht darunter. Letztlich besteht insoweit aber auch kein Bedarf: Keine der in § 116b Abs. 2 SGB V angesprochenen Konstellationen erfordert zwingend einen entsprechenden Beschluss des erweiterten Landesausschusses. Überwiegend geht es um die Entgegennahme von entsprechen Anzeigen und Nachweisen. Nach § 116b Abs. 2 S. 4 SGB V ist der Leistungserbringer nach Ablauf einer Frist von zwei Monaten – insofern gibt es auch gewisse zeitliche Vorgaben für die Tätigkeit des Landesausschusses – nach Eingang seiner Anzeige zur Teilnahme an der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung berechtigt, es sei denn der erweiterte Landesausschuss teilt ihm innerhalb dieser Frist mit, dass er die Anforderungen und Voraussetzungen dafür nicht erfüllt. Für eine solche Mitteilung bedürfte es eines entsprechenden Mehrheitsbeschlusses; kommt dieser nicht zustande, steht der Teilnahme des jeweiligen Leistungserbringers an der Versorgung nichts im Wege. Entsprechendes gilt für die in § 90 Abs. 2 S. 2 SGB V geregelte Möglichkeit des erweiterten Landesausschusses, Leistungserbringer den erneuten Nachweis der Voraussetzungen für eine Teilnahme an der Versorgung abzuverlangen. Kommt ein entsprechender Beschluss nicht zustande, ergeht eben keine Aufforderung.

Vor diesem Hintergrund erscheint der Konfliktlösungsbedarf im Kontext von § 116b Abs. 2 SGB V eher gering.

Weder § 116b SGB V noch § 90 SGB V äußern sich zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes. Soweit ein belastender Verwaltungsakt ergeht, hätte eine Klage dagegen also aufschiebende Wirkung.

### 3. Der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 SGB V

Die Entscheidungsfindung im gleichsam omnipotenten Gemeinsamen Bundesausschuss regelt § 91 Abs. 7 SGB V: Das Beschlussgremium nach Absatz 2 fasst seine Beschlüsse mit der Mehrheit seiner Mitglieder, sofern die Geschäftsordnung nichts anderes bestimmt. Beschlüsse, die nicht allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen und die zur Folge haben, dass eine bisher zu Lasten der Krankenkasse erbringbare Leistung zukünftig nicht

---

1328 So *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 116b Rn. 73.

mehr zu deren Lasten erbracht werden darf, bedürfen nach § 91 Abs. 7 S. 3 SGB V einer Mehrheit von neun Stimmen. Nach Satz 4 können die unparteiischen Mitglieder dem Beschlussgremium einen eigenen Beschlussvorschlag vorlegen.[1329]

Hinsichtlich der Besetzung des Gremiums enthält § 91 Abs. 2 SGB V umfassende Regelungen bezogen auf die unparteiischen Mitglieder. Durch die in Satz 7 geregelte Möglichkeit der Berufung durch das Bundesministerium für Gesundheit ist deren Tätigwerden sichergestellt. Nicht ausdrücklich geregelt ist die Fallkonstellation der Nichtbenennung der parteiischen Mitglieder.[1330]

Bei einer Besetzung des Gremiums mit insgesamt 13 Personen[1331] bedarf es für die „*Mehrheit der Mitglieder*" sieben Ja-Stimmen. Das gilt auch im Fall von § 91 Abs. 2a SGB V, in dem es zur Übertragung von Stimmen der nicht wesentlich betroffenen Leistungssektoren kommt.[1332] Das in § 91 Abs. 7 S. 3 SGB V geregelte Erfordernis von neun Stimmen entspricht einer Zwei-Drittel-Mehrheit.

Eine Ersatzvornahme ist in § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V vorgesehen; sie betrifft ihrem Wortlaut nach „*die für die Sicherstellung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Beschlüsse des Gemeinsamen Bundesausschusses*". Kommen diese nicht oder nicht innerhalb einer vom Bundesministerium für Gesundheit gesetzten Frist zustande, erlässt das Bundesministerium für Gesundheit die Richtlinien. Jedenfalls bezogen auf den Richtlinienerlass sind mit der Möglichkeit der Ersatzvornahme alle denkbaren Konflikte innerhalb der gemeinsamen Selbstverwaltung gelöst.

Eine gerichtliche Überprüfung der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses erfolgt in der Regel im Rahmen einer Inzidentkontrolle;[1333] gegebenenfalls ist eine Feststellungsklage statthaft. Die Frage der aufschiebenden Wirkung stellt sich damit im Kontext der Normsetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss nicht. In einzelnen Konstellation gilt etwas anderes – gemäß § 92 Abs. 3 S. 1 SGB V gelten für Klagen gegen die Zusammenstellung der Arzneimittel nach Absatz 2 die Vorschriften über die Anfechtungsklage entsprechend;[1334] und hier bestimmt Satz 2: „*Die Klagen haben keine aufschiebende Wirkung.*"

### 4. Der Innovationsausschuss nach § 92b SGB V

Der beim Gemeinsamen Bundesausschuss eingerichtete Innovationsausschuss[1335] besteht aus insgesamt zehn Mitgliedern, bei denen es sich überwiegend um Personen handelt, die auch dem Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschuss angehören. Drei Mitglieder werden dementsprechend vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannt, je-

---

1329 Das dürfte das Beschlussverfahren wesentlich erleichtern.

1330 Sowohl das Gesetz als auch die Geschäftsordnung des Gemeinsamen Bundesausschusses (§ 6) regeln nur deren Bestellung durch die jeweiligen Organisationen.

1331 Vgl. § 91 Abs. 2 S. 1 SGB V.

1332 Hierzu oben C. III. 3. d. (d).

1333 Hierzu *Schmidt-De Caluwe* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 18.

1334 Hierzu *Schmidt-De Caluwe* in: Becker/Kingreen, SGB V, § 92 Rn. 27.

1335 Letztlich geht es hier um die Administrierung der Förderungsvorhaben (BT-Drs. 18/4095, S. 103); der Gesetzgeber wollte eine „*neue funktionsadäquate Struktur*" schaffen.

weils eines von den beiden Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und eines von der Deutschen Krankenhausgesellschaft. Mitglied des Innovationsausschusses ist zudem der unparteiische Vorsitzende des Gemeinsamen Bundesausschusses. Hinzu kommen allerdings zwei Vertreter des Bundesministeriums für Gesundheit und ein Vertreter des Bundesministeriums für Bildung und Forschung,[1336] die sich nach der Vorstellung des Gesetzgebers „*im Hinblick auf die Mitgliedschaft im Innovationsausschuss … über eine engere Kooperation verständigen*" und ein „*formalisiertes Abstimmungsverfahren*" etablieren sollen.[1337]

Entscheidungen des Innovationsausschusses bedürfen nach § 92b Abs. 2 S. 4 SGB V einer Mehrheit von sieben Stimmen; das entspricht einer Zwei-Drittel-Mehrheit.

Konfliktlösungsinstrumente sieht § 92b SGB V faktisch nicht vor. Es ist nicht geregelt, was passiert, wenn die in Absatz 2 Satz 1 genannten Einrichtungen die konkreten Personen nicht benennen; auch findet sich im Gesetz keine Aussage darüber, wie im Fall des Nichtzustandekommens eines entsprechenden Mehrheitsbeschlusses die „*Förderbekanntmachungen*" nach § 92b Abs. 1 S. 1 SGB V zustande kommen.[1338] Der Gesetzgeber scheint davon auszugehen, dass die Arbeit des Innovationsausschusses – vielleicht auch angesichts der Mitwirkung des in § 92b Abs. 5 und 6 SGB V normierten Expertenbeirates – reibungslos von statten gehen wird.

Dafür hat er in § 92b SGB V die Frage des vorläufigen Rechtsschutzes explizit angesprochen. Klagen bei Streitigkeiten nach § 92b SGB V haben keine aufschiebende Wirkung, ein Vorverfahren findet nicht statt.

## V. Fazit

Die Analyse der Konfliktlösung im Kontext der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse ergibt ein durchaus gemischtes Bild. Der Gesetzgeber hat jeweils einzelne Aspekte bedacht, ohne dass jedoch ein durchgängiges System erkennbar wäre. Gerade im Kontext der Vertragsersetzung durch Schiedseinrichtungen bei dreiseitigen Verträgen zeigen sich nicht unerhebliche Lücken bezogen auf die Tätigkeit der jeweiligen Ausschüsse; unter Umständen ist der Gesetzgeber hier davon ausgegangen, dass durch die Zuordnung einer Konfliktlösung zum Schiedsamt jeweils der gesamte § 89 SGB V in Bezug genommen wird und dementsprechend keine Aussagen zu Fristen, zur Ersatzvornahme oder zur aufschiebenden Wirkung von Klagen erforderlich sind. Das ist allerdings wie gezeigt nicht so – es geht bei den dreiseitigen Verträgen nicht um „*Verträge zur vertragsärztlichen Versorgung.*"

---

1336 Kritisch mit Blick auf die Verschiebung zu Gunsten der unmittelbaren Staatsverwaltung *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 92b Rn. 10. Zu den – nur bedingt überzeugenden – Gründen des Gesetzgebers vgl. BT-Drs. 18/4095, S. 103 – hier wird darauf abgestellt, dass durch die Gremien gesetzgeberischer Handlungsbedarf entstehen könnte.

1337 BT-Drs. 18/4095, S. 103 f.

1338 Bezogen auf die Entscheidung über die Anträge auf Förderung nach Maßgabe von § 92b Abs. 2 S. 2 SGB V wird ein Antrag abgelehnt, wenn die erforderliche Mehrheit nicht zustande kommt.

Dass mitunter Schiedsentscheidungen getroffen werden können, für die die Stimmen der unparteiischen Mitglieder ohne jede Relevanz sind, ist überraschend und bedarf einer näheren Betrachtung.

Aber auch im Kontext der sonstigen Ausschüsse erscheinen die jeweils getroffenen Regelungen mitunter etwas beliebig.

Eine vollumfängliche Konfliktlösung ist letztlich immer nur dann sichergestellt, wenn im Fall des Scheiterns der Vertragspartner und/oder des jeweilig zuständigen Ausschusses eine Ersatzvornahme durch staatliche Behörden sichergestellt ist.

# H. Zur Weiterentwicklung der Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen

## I. Allgemeines

### 1. Die fehlende umfassende Konfliktlösungsstrategie

Die vorangegangenen Ausführungen haben gezeigt, dass die Konfliktlösung nicht durchgehend zufriedenstellend erfolgt ist. Zwar sind jedenfalls für fast[1339] alle dreiseitigen Vereinbarungen entsprechende Konfliktlösungsinstrumente etabliert worden; allerdings sind Konflikte denkbar, die sich mit Hilfe der einschlägigen Normen nicht lösen lassen. Diese betreffen etwa die Frage der Benennung der „parteiischen" Vertreter durch die jeweiligen Organisationen oder die erforderliche Antragstellung. Auch konfliktfreie Entscheidungen der vertragsersetzenden und sonstigen Gremien im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung sind nicht vollständig sichergestellt; das zeigen vor allem diejenigen Konstellationen, in denen Entscheidungsbefugnisse an das Schiedsamt übertragen werden, ohne dass zugleich die entsprechende Anwendung von § 89 Abs. 1 und 1a SGB V angeordnet worden wäre. Hier bestehen Regelungslücken, die möglicherweise nicht bedacht wurden.

Die Bestandsaufnahme hat zugleich deutlich gemacht, dass bestimmte Probleme in der Praxis offenbar häufiger auftreten. Das gilt ganz offensichtlich für die Festlegung der unparteiischen Mitglieder in Gremien – und betrifft dabei insbesondere den unparteiischen Vorsitzenden, dessen Stimme bei einem „Unentschieden" in vielen Konstellationen den Ausschlag gibt. Auch wenn alle einschlägigen Normen ausdrücklich die „Unparteilichkeit" einfordern, scheinen die Beteiligten davon auszugehen, dass es eine solche nicht wirklich geben kann.[1340] Man kann bei einer Person zumindest vermuten, dass diese möglicherweise eher die Finanzierbarkeit des Systems im Blick hat und daher eher zugunsten der Krankenkassen entscheiden wird, während eine andere den Fokus primär auf die wirtschaftlichen Interessen der betroffenen Leistungserbringer legen wird. Wie solche Einschätzungen überhaupt entstehen und ob sie tatsächlich berechtigt sind, wäre ebenso interessant wie schwierig zu untersuchen – das ist aber nicht Gegenstand der vorliegenden Untersuchung. Der Gesetzgeber jedenfalls hat diese Frage im Blick gehabt und war bemüht, eine sachgerechte Lösung zu finden – das in § 89 Abs. 3 SGB V geregelte Losverfahren erweist sich hier als der Versuch einer für alle Beteiligten akzeptablen Lösung. Andere mögliche Konflikte wurden – wenn überhaupt – nur in einzelnen Normen aufgegriffen: So wird etwa die Frage der Ersetzung der Benennung der parteiischen Mitglieder nur in § 114 Abs. 2 SGB V im formellen Gesetz aufgegriffen, während die anderen Normen zu diesem Punkt schweigen. Die für die Tätigkeit der vertragsersetzenden Gremien erforderliche Antragstellung durch die Vertragsparteien kann zumeist nicht durch staatliche Stellen ersetzt werden; eine Ausnahme findet sich aber etwa in § 39 Abs. 1a SGB V, der im dritten Halbsatz von Satz 9 bestimmt: „ … *kommt eine Vereinbarung nicht zustande, kann auch das Bundesministerium für Gesundheit das Schiedsamt anrufen.*"

---

1339 Jegliches Konfliktlösungsinstrument fehlt im Kontext von § 75a Abs. 4 SGB V.

1340 Und das entspricht möglicherweise auch der Realität.

Angesichts der Tatsache, dass der Staat die Letztverantwortung für die Funktionsfähigkeit des gesetzlichen Krankenversicherungssystems hat,[1341] muss er sicherstellen, dass erforderliche Vereinbarungen und Entscheidungen tatsächlich und im Übrigen auch zeitnah getroffen werden. Zwar ist das Gesamtsystem maßgeblich von der Einbindung der gemeinsamen Selbstverwaltung geprägt; wenn diese allerdings aus welchen Gründen auch immer versagt, bedarf es effektiver Instrumentarien, um Konflikte auf allen Ebenen zu lösen.

In diesem Teil des Gutachtens soll versucht werden, eine bessere Konfliktlösungsstrategie für dreiseitige Verträge und Beschlüsse zu entwickeln.

## 2. Keine Reservefunktion des Aufsichtsrechts

Dabei ist es von zentraler Bedeutung, dass eine spezifische Konfliktlösung für die gemeinsame Selbstverwaltung in diesem Bereich existiert, denn: Das Aufsichtsrecht erweist sich hier nur als bedingt hilfreich. Die Krankenkassen stehen als Versicherungsträger gemäß § 87 Abs. 1 SGB V unter staatlicher Aufsicht; für ihre Landesverbände[1342] und den Spitzenverband Bund[1343] gilt nichts anderes. Und auch die Kassenärztlichen Vereinigungen und Kassenärztlichen Bundesvereinigungen könnten über § 78 Abs. 1 SGB V bei Vorliegen einer Rechtsverletzung durch staatliche Behörden verpflichtet werden, diese zu beheben.[1344]

Dass das Aufsichtsrecht aber letztlich nicht ausreicht, liegt im System der gemeinsamen Selbstverwaltung begründet: Körperschaften des öffentlichen Rechts wie die Krankenkassen oder die Kassenärztlichen Vereinigungen agieren gemeinsam mit privatrechtlichen Organisationen, die die Interessen der jeweiligen Leistungserbringer wahrnehmen. An den in § 108a SGB V erwähnten Krankenhausgesellschaften wird das Problem besonders deutlich.[1345] Schon unter der Geltung der RVO wurden den Landeskrankenhausgesellschaften und der Deutschen Krankenhausgesellschaft bestimmte Aufgaben zugewiesen,[1346] aber unter dem SGB V hat sich der Aufgabenbereich erheblich ausgeweitet.[1347] Dabei sind sie nicht nur in erheblichem Umfang in das Vertragswesen eingebunden;[1348] die Deutsche Krankenhausgesellschaft bildet gemeinsam mit den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen den Gemeinsamen Bundesausschuss und stellt gemäß § 91 Abs. 2 S. 1 SGB V zwei Vertreter in dessen Beschlussgremium. In jüngster Zeit sind bestimmte Pflichten im Kontext der Qualitätssicherung im Krankenhaus hinzugekommen.[1349] Sowohl bei den Landeskrankenhausgesellschaften[1350] als auch bei der Deutschen

---

1341 Hierzu schon oben A. II.

1342 Vgl. § 208 Abs. 1 SGB V.

1343 Hierzu § 217d SGB V.

1344 § 89 Abs. 1 S. 2 SGB V; die Verpflichtung kann nach Satz 3 mit Mitteln des Verwaltungsvollstreckungsrechts durchgesetzt werden, wenn ihre sofortige Vollziehung angeordnet worden oder sie unanfechtbar geworden ist.

1345 Hierzu jüngst auch *Axer*, KrV 2017, S. 89, 92.

1346 § 372 Abs. 5 RVO.

1347 Vgl. hierzu auch die Übersicht bei *Wahl* in Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 108a Rn. 26 und 27.

1348 Gerade bei zahlreichen der dreiseitigen Verträge ist die Krankenhausgesellschaft einer der Vertragspartner (vgl. hier nur § 115 SGB V).

1349 Hierzu § 135c SGB V.

1350 Mit § 108a SGB V ist keine Pflicht zur Mitgliedschaft in der Landeskrankenhausgesellschaft verbunden – allerdings sind die meisten Krankenhäuser dort organisiert.

Krankenhausgesellschaft handelt es sich allerdings um eingetragene Vereine und damit um rein privatrechtliche Zusammenschlüsse, denen sich der Gesetzgeber auf unterschiedlichste Weise bedient hat. Vor diesem Hintergrund erklärt sich der eher begrenzte Aussagegehalt von § 108a SGB V: Die Norm soll die kollektive Kooperation mit diesen eingetragenen Vereinen auf der Verbandsebene rechtlich absichern,[1351] nachdem alle Überlegungen, sie zu öffentlich-rechtlichen Körperschaften zu machen, gescheitert waren.[1352] Gerade die Zuweisung von Kompetenzen in der Normsetzung an privatrechtliche Organisationen erscheint verfassungsrechtlich nicht unbedenklich[1353] – und an diesen Bedenken kann eine Norm wie § 108a SGB V nichts ändern.[1354] Die dreiseitigen Verträge nach § 115 SGB V sind nach dessen Absatz 1 Satz 2 „*für die Krankenkassen, die Vertragsärzte und die zugelassenen Krankenhäuser im Land unmittelbar verbindlich.*" Der Gesetzgeber gibt den Landeskrankenhausgesellschaften hier die Befugnis, entsprechende normsetzende Verträge zu schaffen und spricht ihnen bindenden Charakter für alle Krankenhäuser im Land zu. Es dürfte dabei nicht zweifelhaft sein, dass hier private Organisationen öffentlich-rechtlich handeln.[1355]

Aufsichtsrechtliche Maßnahmen nach Maßgabe von § 89 SGB IV gegenüber einer Landeskrankenhausgesellschaft oder der Deutschen Krankenhausgesellschaft kommen angesichts ihrer privatrechtlichen Organisationsform nicht in Betracht – und das dürfte – jenseits der Ärzteschaft, die zur Erfüllung der ihnen durch das SGB V übertragenen Aufgaben in den Kassenärztlichen Vereinigungen organisiert ist – für fast alle Organisationen gelten, die im Krankenversicherungsrecht die Interessen der Leistungserbringer vertreten.[1356]

Das besondere Problem liegt aber auch in der Konzeption der gemeinsamen Selbstverwaltung begründet. Aufsichtsmittel setzen das Vorliegen einer Rechtsverletzung voraus – und eine solche lässt sich im Kontext der gemeinsamen Selbstverwaltung häufig gerade nicht ausmachen. Es dürfte zwar eine Rechtsverletzung darstellen, wenn etwa die Kassenärztliche Vereinigung ihrer Verpflichtung nicht nachkommt, „ihre" Vertreter für die erweiterte Landesschiedsstelle nach § 115 Abs. 3 SGB V zu bestellen, denn § 115 Abs. 3 S. 3 SGB V bestimmt ausdrücklich, dass diese von den Kassenärztlichen Vereinigungen zu bestellen sind. Soweit ließe sich gegebenenfalls an eine Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde denken. Anders ist dies im Fall gescheiterter Verträge. Wenn etwa die nach § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V abzuschließende Vereinbarung zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen nicht zustande kommt, haben sich die Vereinbarungspartner auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen. Gelingt das nicht, bestellt das Bundesministerium für Gesundheit die Schiedsperson. Diese Bestellung der Schiedsperson erfolgt aber gerade nicht

---

1351 So auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 108a Rn. 8.

1352 Ausführlich hierzu *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 108a Rn. 9.

1353 Hierzu schon oben unter B. II.

1354 So auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 108a Rn. 11. Vgl. kritisch zum fehlenden Mandat der Landeskrankenhausgesellschaften auch schon *Rüfner*, NJW 1989, S. 1001, 1006.

1355 So auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V § 108a Rn. 13 (vgl. aber auch den Orientierungssatz von BVerwG v. 23.12.1994 – 3 B 47/94 zu einem Streit über die Bestellung von Mitgliedern für die Schiedsstelle nach § 18a KHG: „*Die Ausübung öffentlich-rechtlicher Befugnisse durch die Schiedsstelle und den Landesausschuß erlaubt keinen Rückschluß darauf, dass auch die Krankenhausgesellschaft öffentlich-rechtlich handelt, wenn sie Delegierte in die genannten Gremien entsendet.*").

1356 So ist etwa der Deutsche Apothekerverband ebenso ein eingetragener Verein wie etwa der Deutsche HebammenVerband, der im Rahmen von § 134a SGB V Verträge abschließt.

unter Einsatz aufsichtsrechtlicher Mittel, denn: Es dürfte kaum möglich sein, in der bloßen Nichteinigung eine Rechtsverletzung zu sehen[1357] – und genau diese wäre Voraussetzung für jegliche aufsichtsrechtliche Maßnahme.[1358]

Das Aufsichtsrecht kann damit aus den genannten Gründen Konfliktlösungsinstrumente im spezifischen Regelungskontext der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse nicht ersetzen.

## II. Zur Konfliktlösungsstrategie für dreiseitige Verträge und Beschlüsse

### 1. Allgemeines

Im Folgenden soll versucht werden, das bestehende System weiterzuentwickeln. Das Ziel besteht in der Konzeption einer Konfliktlösungsstrategie, die die besonderen Herausforderungen bewältigen kann, die sich aus der Tripolarität des Gremiums ergeben. Dabei werden vor dem Hintergrund der in den bisherigen Ausführungen aufgedeckten Schwächen zunächst die groben Linien einer möglichen Reform aufgezeigt; anschließend sollen konkrete Vorschläge für spezifische Konfliktlösungen vorgestellt werden. In diesem Kontext geht es schließlich auch um die Gesetzessystematik, die sich insbesondere bezogen auf das Schiedswesen deutlich verbessern ließe.[1359]

### 2. Zur Notwendigkeit eigenständiger Gremien zur Konfliktlösung

Unabdingbar für die Weiterentwicklung der Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen ist zunächst die Existenz eigenständiger Stellen oder Gremien zur Konfliktlösung. Die aktuelle Situation ist geprägt von der Zuordnung der Problemlösung zu bestehenden Einrichtungen – und dieser Versuch der Konfliktlösung innerhalb des bestehenden Systems bedingt erhebliche Folgeprobleme.

#### a. Zu den Schwächen des bestehenden Systems

##### (1) Die Zuordnung zu bestehenden Gremien als Problem

Bereits die grundlegende Entscheidung des Gesetzgebers, die Lösung „dreiseitiger" Probleme vorhandenen Gremien zuzuweisen,[1360] erweist sich als rechtlich problematisch. Der Gesetzgeber hat gerade bei denjenigen Verträgen oder Entscheidungen, die neben den Krankenkassen sowohl die Ärzteschaft als auch die Krankenhäuser betreffen, stets eine Zuordnung zu einem derjenigen Gremien vorgenommen, die sonst bei bilateralen Fragestellungen oder Problemen agieren: Entweder werden das eigentlich für „*Verträge über die vertragsärztliche Versorgung*" zuständige Schiedsamt oder etwa der Landesausschuss jeweils um Vertreter der

---

1357 Hierzu sehr anschaulich BSG v. 17.11.2014 – B 3 KR 6/13 R, Rn. 14 zur Schiedsperson im Kontext der häuslichen Krankenpflege.

1358 Ausführlich hierzu *Engelhard* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 89 Rn. 15 ff.

1359 Hierzu unter J.

1360 Auf die Besonderheiten des erweiterten Landesausschusses wurde schon hingewiesen; auch hier erfolgt allerdings zunächst eine Zuweisung an ein bestehendes Gremium, das sich – allerdings nur auf Wunsch der Krankenhausseite und auch dann nur partiell – personell verändert (vgl. hierzu auch gleich unter H. II. 2. b. (3)).

Krankenhausseite erweitert, oder man weist dreiseitige Themen bzw. Konflikte der ansonsten nur mit den Krankenkassen und der Krankenhausseite besetzten Landesschiedsstelle zu und erweitert diese um Vertreter der Ärzte.

Über die Gründe für die jeweilige Entscheidung zugunsten einer der beiden Varianten mag man mitunter rätseln, aber der Gesetzgeber setzt bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen gleichsam an der klassischen Zweiteilung von stationärer und ambulanter Behandlung an und nimmt eine bloße Modifizierung des betreffenden Gremiums vor. Der Grundgedanke ist verständlich: Wenn in der gemeinsamen funktionalen Selbstverwaltung diejenigen beteiligt sein müssen, die betroffen sind, müssen die entsprechenden Gremien eben personell verändert werden. Damit allein ist es aber nicht getan.

Denn diese Vorgehensweise bringt Folgeprobleme mit sich. Das wurde insbesondere im Kontext des Schiedsamts deutlich. Dass das „*Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4*" den Inhalt einer Vereinbarung festsetzt, bedeutet eben nicht, dass die gesamte Regelung des § 89 SGB V Anwendung findet. Zwar hat der Gesetzgeber in § 89 Abs. 1 und 1a SGB V durchaus wirksame Konfliktlösungsinstrumente installiert – Stichworte: Fristen, Weitergeltung von Altverträgen, Ersatzvornahme bezogen auf die Antragstellung und die Entscheidung in der Sache selbst durch die zuständige Aufsichtsbehörde, keine aufschiebende Wirkung der Klage – allerdings finden diese Regelungen in Fallgestaltungen wie § 115b SGB V oder § 116b SGB V keine Anwendung: Es handelt sich hier wie oben dargestellt eben nicht um „*Verträge über die vertragsärztliche Versorgung*", sondern um dreiseitige Verträge, die auch die Versorgung durch das Krankenhaus betreffen. Wenn der Gesetzgeber die entsprechende Anwendung der Absätze 1 und 1a nicht ausdrücklich anordnet,[1361] könnte man allenfalls an eine analoge Anwendung denken.

### (2) Zum Begriffswirrwarr

Zudem erweist sich infolge der Zuordnung zu bestehenden Gremien bereits die Begrifflichkeit im Kontext der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse als echte Herausforderung.

Das Schiedsamt nach § 89 SGB V und die Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V werden in den entsprechenden Konstellationen „*erweitert.*" So verweist § 39 Abs. 1a SGB V und dementsprechend auch § 40 Abs. 2 S. 4 i.V.m. § 39a Abs. 1a SGB V auf § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V, der bestimmt, dass das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert wird. Auch im Rahmen von §§ 115b Abs. 3, § 116b Abs. 6, 117 und 118 SGB V wird das erweiterte Bundesschiedsamt tätig. Von einer „Erweiterung" – in dem Fall des Landesschiedsamts nach § 89 Abs. 2 SGB V – spricht auch § 64a SGB V. Die Landesschiedsstelle wird für dreiseitige Verträge nach § 115 SGB V gemäß § 115 Abs. 3 SGB V um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenhäuser vorgesehen ist;[1362] diese erweiterte Landesschiedsstelle ist auch im Rahmen von §§ 64c SGB V und 137e SGB V als Konfliktlöser adressiert.

---

1361 Diesen Weg hat er in § 57 Abs. 1 S. 8 SGB V gewählt.

1362 Hierbei handelt es sich zugleich um die Legaldefinition des Begriffs „erweiterte Landesschiedsstelle".

Bei einer „Erweiterung" geht es also stets um die personelle Aufstockung eines bestehenden Gremiums um Vertreter derjenigen Leistungserbringer, die regulär nicht im jeweiligen Gremium tätig sind: Vertreter der Krankenhäuser erweitern das für die vertragsärztliche Versorgung zuständige Schiedsamt – und umgekehrt erweitern Vertreter der Ärzte die Landesschiedsstelle, die für die Beziehungen zwischen den Krankenkassen und den Krankenhäusern zuständig ist.

In einem völlig anderen Sinn wird der Begriff der „Erweiterung" im Kontext des Bewertungsausschusses verwendet. Der Ausschuss, der gemäß § 87 Abs. 3 SGB V regulär aus je drei Vertretern der Ärzteschaft und der Krankenkassen besteht, wird gemäß § 87 Abs. 4 SGB V „*erweitert*", wenn kein übereinstimmender Beschluss zustande kommt: Bei dieser Erweiterung geht es allerdings um die Hinzuziehung eines unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiterer unparteiischer Mitglieder auf Verlangen von mindestens zwei Mitgliedern des Gremiums. Der erweiterte Bewertungsausschuss ist gleichsam ein Konfliktlösungsinstrument „für sich selbst". Gemeinsam ist dem Begriff der Erweiterung lediglich die personelle Aufstockung des Gremiums an sich – die Zielsetzung ist jedoch eine völlig andere. Für das, was ansonsten „Erweiterung" heißt, muss § 87 Abs. 5a SGB V dann auch den Begriff der „Ergänzung" wählen.

Aber es kommt noch schlimmer: Selbst dann, wenn es um die personelle Aufstockung eines Gremiums um weitere, von der Entscheidung in ihren Rechten betroffene Leistungserbringer geht, gibt es nicht „die" eine Erweiterung. Hinter dem Begriff verbergen sich auch im Schiedswesen selbst ganz unterschiedliche Konstellationen – insoweit gibt es auch nicht „das" erweiterte Schiedsamt. Dabei hat der Gesetzgeber sowohl den Begriff des erweiterten Bundesschiedsamts als auch den der erweiterten Landesschiedsstelle legal definiert. Gemäß § 115b Abs. 3 SGB V ist das erweiterte Bundesschiedsamt das Bundesschiedsamt gemäß § 89 Abs. 4 SGB V, das um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl erweitert wird, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen vorgesehen ist. Die Legaldefinition der erweiterten Landesschiedsstelle findet sich in § 115 Abs. 3 SGB V: Die Schiedsstelle nach § 114 SGB V wird um Vertreter der Vertragsärzte in der gleichen Zahl erweitert, wie sie jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und Krankenhäuser vorgesehen ist. Nun agiert allerdings etwa im Kontext von § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V eine ganz andere Form von erweitertem Bundesschiedsamt: Hier wird das Schiedsamt „*um weitere Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert …*". Hier geht es also nicht nur um die Hinzuziehung weiterer betroffener Leistungserbringer, sondern zugleich um eine wohl aus Gründen der paritätischen Besetzung vorzunehmende Aufstockung auch der – ja ohnehin im Ausschuss mitwirkenden – Kassenvertreter. Für den erweiterten und ergänzten Bewertungsausschuss sind nach § 87 Abs. 5a S. 2 SGB V sogar noch zwei zusätzliche unparteiische Mitglieder vorgesehen.

Bereits dieses „Begriffswirrwarr" lässt den Rechtsanwender nach einer Lösung suchen, die ohne jegliche Form der „Erweiterung" auskommt.

### (3) Die Regelungsvielfalt als Problem

Der Versuch, die Konfliktlösung bereits bestehenden Einrichtungen zuzuweisen, hat im Übrigen zu einer kaum noch zu überblickenden Vielfalt von Beschlussgremien geführt, für deren Tätigkeit ganz unterschiedliche Vorgaben zu gelten scheinen. Die bekannten Gremien wie die Schiedsämter, der Landesausschuss oder die Landesschiedsstelle wurden für bestimmte Konstellationen modifiziert oder gar durch ein zweites Gremium derselben Art ergänzt.

Betrachten wir nur noch einmal § 115b SGB V einerseits und § 116b SGB V andererseits: In beiden Fallgestaltungen hat das Bundesschiedsamt als Schiedseinrichtung zu entscheiden. Bei § 115b SGB V geht es um den Katalog ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationsersetzender Eingriffe sowie die einheitliche Vergütung für Krankenhäuser und Vertragsärzte; im Kontext von § 116b SGB V sind die Kalkulationssystematik, diagnosebezogene Gebührenpositionen in Euro und deren Einführungszeitpunkt zu vereinbaren. In beiden Fallgestaltungen wird das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V erweitert. Im Fall von § 115b SGB V kommen Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft in der gleichen Zahl hinzu wie sie jeweils für die Mitglieder der Krankenkassen und der Kassenärztlichen Bundesvereinigungen vorgesehen ist. Das Gremium entscheidet nach § 115b Abs. 3 S. 3 SGB V „*mit einer Mehrheit von zwei Dritteln der Stimmen der Mitglieder.*" Nach § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V wird das Schiedsamt um „*weitere Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft sowie der Krankenkassen in jeweils gleicher Zahl erweitert*" und entscheidet dann „*mit einer Mehrheit der Stimmen der Mitglieder.*"

Eine nähere Betrachtung der jeweiligen Regelungssystematik offenbart, dass die Mehrheitsverhältnisse zwar bezogen auf die erforderlichen Ja-Stimmen dieselben sind; was das Stimmgewicht angeht, bestehen jedoch deutliche Unterschiede. Im Fall des § 116b SGB V ist das Gremium zunächst einmal größer – und möglicherweise erhöht sich bei der doppelten Personenzahl die Chance der Kassenseite, einen oder alle drei unparteiischen Mitglieder von der Richtigkeit der eigenen Position zu überzeugen. In beiden Fallgestaltungen bedarf es einer Mehrheit von zehn Ja-Stimmen: Das Bundesschiedsamt hat regulär jeweils vier „parteiische" Vertreter der Ärzte und der Krankenkassen; dazu kommen die drei unparteiischen Mitglieder. Das Gremium besteht also normalerweise aus elf Mitgliedern. Im Fall von § 115b SGB V kommen vier Vertreter der Krankenhäuser hinzu; das Gremium besteht also nunmehr aus 15 Personen. Eine Zwei-Drittel-Mehrheit erfordert zehn Ja-Stimmen – keine der Parteien kann also – selbst bei Unterstützung der unparteiischen Mitglieder – ihre Position allein durchbringen. Bei § 116b SGB V kommen insgesamt acht Personen hinzu, weil auch die Kassenseite „aufgestockt" wird.[1363] Das Gremium hat nunmehr 19 Mitglieder, und es bedarf einer Mehrheit der Stimmen der Mitglieder: Auch hier sind also zehn Ja-Stimmen erforderlich. Insoweit erschließt sich ein Grund für die im Gesetz vorgenommene Differenzierung nicht. Allerdings fällt auf, dass im Fall des § 115b SGB V zwar die Seite der Leistungserbrin-

---

[1363] Dass das Gesetz nicht eindeutig sagt, in welchem Umfang Personen hinzugezogen werden, wurde bereits angesprochen; vorliegend wird davon ausgegangen, dass jeweils vier Vertreter der Krankenhäuser und der Krankenkassen hinzukommen. Die Anzahl der Personen wäre bezogen auf die Stimmenmehrheit auch unerheblich: In jedem Fall bräuchten die „Bänke" bei geschlossenem Auftreten die Stimmen von zwei unparteiischen Mitgliedern.

ger, die gemeinsam acht Personen stellt, mit Hilfe von zwei unparteiischen Mitgliedern die erforderliche Mehrheit erreichen kann, nicht aber die Seite der Krankenkassen: Selbst wenn deren vier Mitglieder alle drei Unparteiischen überzeugen könnten, wäre die erforderliche Mehrheit von zehn Stimmen nicht erreicht. Die Kostenträgerseite braucht also immer auch Unterstützung von Seiten der Leistungserbringer und ist insoweit strukturell benachteiligt. Anders ist dies bei § 116b SGB V: Hier können beide Seiten mit der entsprechenden Unterstützung unparteiischer Mitglieder ihre Sichtweise im Gremium durchsetzen. Bei § 116b SGB V kann sogar eine Entscheidung ergehen, für die es der Stimmen der unparteiischen Mitglieder gar nicht bedarf: Sind sich etwa Kassen und Ärzte einig, haben sie zusammen bereits zwölf Stimmen.[1364]

Die – letztlich materiell-rechtlich geprägte – Frage nach den Machtverhältnissen in den entsprechenden Gremien ist nicht zentraler Gegenstand des Auftrags,[1365] aber man fragt sich unwillkürlich, ob dieses Modell, das mit Blick auf die Erstellung des in § 115b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 SGB V genannten Katalogs durchaus noch Sinn macht,[1366] auch für die Frage der „*einheitlichen Vergütungen für Krankenhäuser und Vertragsärzte*" trägt. Allerdings ist hier wohl offenbar nicht an eine gleichsam freie Festlegung einer Vergütung durch die Leistungserbringer gedacht; es geht lediglich darum, dass die Vertragsärzte gegenüber den Krankenhäusern nicht benachteiligt werden.[1367] Denn: Die gleiche Bezahlung ist eine „*unabdingbare Voraussetzung für einen funktionierenden Wettbewerb zwischen den Versorgungsbereichen.*"[1368]

Gänzlich anders ausgestaltet ist die Rechtslage beim erweiterten Landesausschuss nach Maßgabe von § 116b Abs. 3 SGB V. Der Landesausschuss der Ärzte und Krankenkassen, der nach § 90 Abs. 2 SGB V aus drei unparteiischen Mitgliedern und jeweils neun Vertretern der Ärzteschaft und der Krankenkassen besteht, also 21 Mitglieder hat, wird um Vertreter der Krankenhäuser in der gleichen Zahl erweitert, wie sie nach § 90 Abs. 2 SGB V jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und die Vertreter der Ärzte vorgesehen ist. Es kommen also neun Vertreter der Krankenhäuser hinzu. Der erweiterte Landesausschuss hat damit 30 Mitglieder,[1369] und er beschließt nach § 116b Abs. 3 S. 6 SGB V „*mit einfacher Mehrheit, bei der Gewichtung der Stimmen zählen die Stimmen der Vertreter der Krankenkassen doppelt.*" Eine einfache Mehrheit liegt dementsprechend vor bei einem Abstimmungsergebnis von 20 Ja-Stimmen. Weder die Leistungserbringer noch die Kostenträger können ihre Sichtweise im Ausschuss

---

1364 Hierzu auch gleich unter H. II. 2. a. (5).

1365 Vgl. hierzu aber auch unter H. III. 4. b.

1366 Es geht bei § 115b SGB V im Wesentlichen um eine Kosteneinsparung – wenn Krankenhäuser nicht ambulant operieren dürfen, weichen sie – so die Sorge des Gesetzgebers – auf die teurere stationäre Versorgung aus (BT-Drs. 12/3608, S. 103).

1367 Dass eine einheitliche Vergütung gezahlt wird, bewirkt, dass es für die Krankenkassen ohne Bedeutung ist, ob die Operation ambulant in einer Praxis oder im Krankenhaus durchgeführt wird (zum insoweit bestehenden Wettbewerb *Schulz/Mertens*, MedR 2006, S. 191, 192). § 7 AOP-Vertrag regelt hier allerdings die analoge Geltung der Abrechnungsbestimmungen des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs nach § 87 SGB V (zu Details insoweit *Knittel* in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, § 115b SGB V Rn. 10 sowie *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115b Rn. 53 ff.). Vgl. auch *Jansen*, MedR 1993, S. 252 ff.

1368 *Steege* in: Hauck/Noftz, SGB V, § 115b Rn. 19 (dort auch zum Inhalt des AOP-Vertrags die Vergütung betreffend – vgl. Rn. 33 ff.).

1369 Auf die besonderen Probleme, die bei einer wegen fehlender Beschlussfähigkeit einberufenen zweiten Sitzung auftreten können – die Norm stellt nicht auf die „*Mehrheit der Mitglieder*", sondern nur auf die „*Mehrheit*" ab –, soll hier nicht näher eingegangen werden.

allein durchsetzen – sie bräuchten jeweils zwei der Unparteiischen, um die einfache Mehrheit zu erreichen. Das Ergebnis wäre im Übrigen dasselbe, wenn der Gesetzgeber wie bei § 116b SGB V die Kassenseite personell tatsächlich aufgestockt hätte;[1370] möglicherweise hat er drauf aber im Hinblick auf die Größe des Gremiums verzichtet.

Die bestehende Regelungsvielfalt erschließt sich dem Rechtsanwender jedenfalls nicht auf Anhieb.

Mit Blick auf den erweiterten Landesausschuss erweist sich die Komplexität der rechtlichen Ausgestaltung im Kontext der dreiseitigen Verträge und Beschlüsse im Übrigen auch bezogen auf einen weiteren Aspekt als problematisch: Während das Bundesschiedsamt sowohl im Rahmen von § 115b SGB V als auch im Rahmen von § 116b SGV als „*das Schiedsamt*" entscheidet und tatsächlich lediglich um die jeweiligen Leistungserbringer erweitert wird, scheint der erweiterte Landesausschuss jedenfalls insofern ein neues, eigenständiges Entscheidungsgremium[1371] zu sein, als sich personelle Veränderungen auch mit Blick auf die unparteiischen Mitglieder ergeben – oder jedenfalls ergeben können: Nach § 116b Abs. 3 S. 2 SGB V sollen sich die „parteiischen" Mitglieder des erweiterten Landesausschusses über den Vorsitzenden des erweiterten Landesausschusses und die zwei weiteren unparteiischen Mitglieder einigen; gelingt das nicht, werden sie „*im Benehmen*" mit den parteiischen Mitgliedern durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde berufen. Da von einer Abberufung der unparteiischen Mitglieder des regulären Landesausschusses keine Rede ist, kann das nur bedeuten, dass es gegebenenfalls – wenn die neu hinzugekommenen Vertreter der Krankenhäuser die vorhandenen unparteiischen Mitglieder nicht auch als die des erweiterten Landesausschusses akzeptieren[1372] – zwei Landesausschüsse gibt, den regulären und den erweiterten.

### (4) Die personelle Aufstockung von Gremien und die Frage der demokratischen Legitimation

Das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung ist maßgeblich geprägt von der gemeinsamen Selbstverwaltung.[1373] Der Gesetzgeber hat zahlreiche Entscheidungen in die Hände der Selbstverwaltungspartner gelegt. Dabei geht es keineswegs nur um Fragen der Vergütung der Leistungen, sondern mitunter um ganz grundlegende Aspekte, die unmittelbare Konsequenzen auch für die Versicherten haben: Wenn beispielsweise die drei in § 115b Abs. 1 S. 1 SGB V genannten Vertragspartner den „*Katalog ambulant durchführbarer Operationen und sonstiger stationsersetzender Eingriffe*" vereinbaren, entscheiden sie damit faktisch über Bedeutung und Reichweite des ambulanten Operierens im Krankenhaus.

Die demokratische Legitimation der entsprechenden Verträge und insbesondere diejenige der im Konfliktfall entscheidenden Gremien wird immer wieder kritisch hinterfragt[1374] – und gerade bei „mehrpoligen" Verhältnissen bekommt dieser Aspekt eine neue Facette, die die

---

1370 Bezogen auf die tatsächlichen Machtverhältnisse wird es im Übrigen dann interessant, wenn die „Bänke" nicht einheitlich entscheiden. Ein „Abweichler" auf Kassenseite bringt den Leistungserbringern im erweiterten Landesausschuss gleich zwei zusätzliche Stimmen.

1371 So auch *Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 116b SGB V Rn. 26.

1372 Das ist natürlich denkbar (*Bogan* in: Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, § 116b SGB V Rn. 26), dürfte aber nicht die Regel sein.

1373 Ausführlich hierzu oben A. I.

1374 Hierzu oben unter B. II.

gleichmäßige Berücksichtigung der beteiligten Interessen betrifft: Wenn ein Gremium den Konflikt lösen soll, der bei einer dreiseitigen Vereinbarung aufgetreten ist, dann muss dieses Gremium auch die Interessen aller Vertragspartner berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund erscheint die bloße „Aufstockung" bereits bestehender Gremien als wenig befriedigend, wobei die Bedenken an mehreren Punkten ansetzen.

Zunächst dürften es die aufgrund der jeweiligen Erweiterung hinzugekommenen Personen als „Neulinge" im Gremium nicht immer leicht haben. Sie kommen zu einem Kreis von Personen hinzu, die möglicherweise schon über viele Jahre hinweg zusammenarbeiten, und müssen ihren Platz in dieser Gruppe erst finden. Bereits das könnte in manchen Situationen dazu führen, dass die eigene Sichtweise nicht so überzeugend geltend gemacht werden kann.

Hinzu kommt – und das ist ein wesentlicher Kritikpunkt –, dass die „Hinzugekommenen" nach der aktuellen Konzeption keinerlei Einfluss auf die Besetzung des Gremiums mit Blick auf die unparteiischen Mitglieder haben.[1375] Die Schiedseinrichtung ist vorhanden und wird lediglich erweitert. „*Das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4*"[1376] existiert bereits – nicht nur die Vertreter der Ärzte und der Krankenkassen sind namentlich bekannt, sondern auch die drei unparteiischen Mitglieder, auf die sich die Ärzte und Krankenkassen im Idealfall geeinigt haben, stehen bereits fest. Die Bestandsaufnahme hat gezeigt, dass den unparteiischen Mitgliedern in fast allen Entscheidungsgremien maßgebliche Bedeutung zukommt, wenn die Leistungserbringer auf der einen und die Kostenträger auf der anderen Seite sich nicht einig sind: Zumeist kann keine Partei ihre Sichtweise der Dinge gegen die andere Seite durchsetzen, ohne einen oder mehrere unparteiische Mitglieder von deren Richtigkeit zu überzeugen. Gerade der unparteiische Vorsitzende ist zudem häufig gleichsam das „Zünglein an der Waage", wenn es zu einem „Unentschieden" kommt.[1377] Vor diesem Hintergrund überrascht es nicht, dass der Gesetzgeber gerade für die Benennung der unparteiischen Vorsitzenden Konfliktlösungsinstrumente in faktisch allen einschlägigen Normen vorgesehen hat. Keine Partei soll das Gefühl haben, mit Entscheidern konfrontiert zu werden, die ihre Interessen möglicherweise nicht hinreichend berücksichtigen könnten. Daher ist in zahlreichen Konstellationen – in Anlehnung an § 89 Abs. 3 SGB V – ein Losentscheid vorgesehen;[1378] mitunter beruft aber auch die Aufsichtsbehörde die betreffenden Personen.[1379] Für die hinzukommende Partei – seien es die Ärztevertreter oder die Vertreter der Krankenhäuser – besteht diese Chance nicht: Sie müssen mit denjenigen unparteiischen Vorsitzenden leben, für die die anderen beiden Parteien sich entschieden haben.

Nun ließe sich einwenden, dass in der fehlenden Mitwirkungsmöglichkeit hinsichtlich der unparteiischen Mitglieder[1380] schon deshalb kein Rechtsproblem zu sehen sei, weil es sich eben um unparteiische Mitglieder handelt, die – unabhängig davon, wer sie vorgeschlagen

---

1375 Zur Bedeutung einer ausgewogenen und interessenneutralen Besetzung grundsätzlich schon *Kluth*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010, S. 11. Der Besetzung kommt eine entscheidende Bedeutung zu (S. 12).

1376 Vgl. etwa § 115b Abs. 3 S. 1 SGB V.

1377 Hierzu etwa § 129 Abs. 9 S. 6 SGB V.

1378 Vgl. etwa § 129 Abs. 8 S. 4 SGB V. Hier verbleibt die Entscheidung gleichsam innerhalb der Selbstverwaltung und es ist das Losglück, das letztlich über die Besetzung des Gremiums entscheidet.

1379 Vgl. etwa § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V; hier entscheidet gegebenenfalls eine staatliche Behörde.

1380 Auch die in § 87 Abs. 5a S. S. 2 SGB V vorgesehene Benennung von weiteren unparteiischen Mitgliedern löst das Problem nicht vollständig.

oder benannt[1381] hat –, ausschließlich nach sachlichen Kriterien entscheiden. So sollte es in der Tat sein; das ändert allerdings nichts daran, dass die rechtliche Teilhabe im Schiedsverfahren bezogen auf die hinzukommende Partei nicht dieselbe ist wie diejenige der „Stammbesetzung". Der Gesetzgeber hat den regulären Mitgliedern ein gewisses Mitspracherecht bezüglich der unparteiischen Mitglieder eingeräumt, das den „Neuen" schlicht vorenthalten wird. Insoweit dürfte jedenfalls die Akzeptanz entsprechender Entscheidungen von vornherein gering sein. Die bloße Aufstockung dürfte zwar noch vom Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers gedeckt sein; die fehlende Gleichberechtigung der Parteien in Fragen der personellen Besetzung des jeweiligen Gremiums erweist sich aber jedenfalls als unbefriedigend. Insoweit gilt für die Schiedseinrichtungen bei dreiseitigen Verträgen nichts anderes als für die dreiseitig besetzten Beschlussgremien.

### (5) Mehrheitsentscheid ohne unparteiische Mitglieder

Und ein letzter Kritikpunkt sei hier noch einmal ausdrücklich angesprochen. Es gibt Konstellationen, in denen bei einem dreiseitigen Vertrag im Schiedsverfahren zwei Vertragspartner einen Schiedsspruch zu Lasten der dritten Partei erzwingen können, ohne dass es auf die Stimmen der unparteiischen Mitglieder in irgendeiner Weise ankäme. Diese Konstellation, die bei zweiseitigen Verträgen naturgemäß unmöglich ist – hier stehen sich die beiden Parteien als gleichsam „natürliche Gegner" gegenüber und müssen die unparteiischen Mitglieder von ihrer Sichtweise überzeugen – kann sich immer dann ergeben, wenn bei der Aufstockung des jeweiligen Gremiums nicht nur die „Neuen" hinzukommen, sondern zugleich die Vertreter der Krankenkassen verdoppelt werden. Dieses Modell liegt etwa der Konfliktlösung bei § 39 Abs. 1a SGB V i.V.m. § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V, aber auch derjenigen im Kontext von § 116b SGB V zugrunde. Hier ist es für die jeweils erforderliche Mehrheit ausreichend, wenn sich die Krankenkassen je nach Interessenlage entweder mit den Ärztevertretern oder den Krankenhausvertretern zusammentun.

Nun ließe sich einwenden, dass dieses Phänomen beide Leistungserbringerseiten gleichermaßen betrifft. Das mag richtig sein – die Kritik setzt aber auch an einem anderen Punkt an. Ein Schiedsverfahren hat den Sinn, einen Konflikt zwischen mehreren Parteien durch Hinzuziehung eines oder mehrerer unparteiischer Mitglieder zu lösen. Ein unvoreingenommener Dritter soll – nach erfolglosem nochmaligem Einigungsversuch – die Sache entscheiden bzw. jedenfalls mitentscheiden. Können zwei Vertragsparteien ihren Willen gegen den Willen des Dritten im Schiedsverfahren allein durchsetzen, wird diese Konfliktlösung gleichsam ad absurdum geführt. Man muss sich doch fragen: Wozu ein Schiedsverfahren, wenn doch in dieser Konstellation ohnehin klar ist, wie der Vertragsinhalt aussehen wird? Was bei Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung denkbar und nicht zu beanstanden ist – auch im Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses können die Krankenkassen zusammen mit einer Leistungserbringerseite jeweils einen Mehrheitsbeschluss fassen[1382] –

---

1381 Die in § 87 Abs. 4 und 5a SGB V vorgesehene „Benennung" ist eine Ausnahme im SGB V; hier entsteht in der Tat der Eindruck, als verfüge jede Partei über „ihr" eigenes unparteiisches Mitglied.

1382 Dies wäre etwa denkbar, wenn die fünf vom Spitzenverband Bund der Krankenkassen benannten Mitglieder sich mit den beiden Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zusammentun; bei sieben Ja-Stimmen wäre der entsprechende Beschluss – gegen den Willen der Krankenhausseite – gefasst, ohne dass die drei unparteiischen Mitglieder irgendeinen Einfluss nehmen könnten (vgl. § 91 Abs. 2 SGB V). Die Besonderheiten der Geschäftsordnung sind allerdings zu beachten (§ 91 Abs. 7 S. 1 SGB V).

muss im Schiedswesen schlicht als untauglich bezeichnet werden. Wenn die dritte Partei im Schiedsverfahren faktisch keine Chance hat, ihre Sicht der Dinge durchzusetzen, kann von einer gleichmäßigen Interessenwahrnehmung keine Rede sein. Man wird im Zuge der Weiterentwicklung der Konfliktlösung im dreiseitigen Vertragsbereich daher sicherzustellen haben, dass jedenfalls die Stimme eines unparteiischen Mitglieds erforderlich ist, um die notwendige Mehrheit zu erreichen.[1383]

Nicht zielführend ist im Übrigen der Versuch, auch bei dreiseitigen Verträgen die für die klassischen zweiseitigen Konstellationen typische Parität bei der Entscheidungsfindung herstellen zu wollen. So schlägt etwa *Orlowski* vor, die Leistungserbringer zu einer einheitlichen Stimmabgabe zu verpflichten, um die „*für die staatliche Zwangsschlichtung prägende bipolare Entscheidungssituation*" wieder herbeizuführen.[1384] So charmant dieser Gedanke auf den ersten Blick ist – er führt nicht zu einer sachgerechten Konfliktlösung. Unklar bleibt hier bereits, wie diese einheitliche Stimmabgabe ablaufen soll: Was geschieht, wenn Ärztevertreter und Krankenhausvertreter sich schon untereinander schlicht nicht einig werden? Bedarf es hier einer Art „vorgeschalteter Schiedseinrichtung", die im Streitfall bestimmt, welche Sichtweise die zutreffende ist und von nun an von beiden Leistungserbringern zu vertreten ist? Entscheidend ist aber etwas anderes: Die künstliche Herstellung einer bipolaren Entscheidungssituation wird der spezifisch dreiseitigen Problematik in keiner Weise gerecht, denn die Leistungserbringer verfolgen in den relevanten Fallgestaltungen häufig entgegengesetzte Interessen und wollen gerade nicht – jedenfalls nicht in allen Punkten – geschlossen auftreten. Eine entsprechende gesetzliche Verpflichtung würde dem Schiedsverfahren – verständlicherweise – jegliche Akzeptanz nehmen.[1385]

### b. Die Lösung: Eine eigenständige Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen

#### (1) Allgemeines

Die bisherigen Ausführungen haben gezeigt, welche Probleme das aktuelle Konzept mit sich bringt. Fraglich ist nunmehr, wie sich diese Probleme lösen lassen. Eines jedenfalls sollte deutlich geworden sein: Die Zuordnung der Konflikte zu bestehenden „bipolaren" Gremien und deren personelle Aufstockung ist nicht sachgerecht. Vielmehr liegt es nahe, die Kon-

---

1383 Ausgenommen davon sind natürlich die Konstellationen, in denen sich – nach Erörterung der Sach- und Rechtslage mit den unparteiischen Mitgliedern – plötzlich alle drei Vertragsparteien einig sind. Und auch diejenige – eher unwahrscheinliche – Fallgestaltung, in der die Krankenkassen Vertreter beider Leistungserbringerseiten überzeugen können, dürfte zu akzeptieren sein, auch wenn die unparteiischen Mitglieder anderer Meinung sind.

1384 Sektorenübergreifende Konfliktlösung in der GKV durch die Gemeinsame Selbstverwaltung (Manuskript), S. 20. Vgl. auch *Orlowski*, PKR 2017, S. 38, 43 – hier ist die Rede von dem „*in einer staatlichen Schiedsstelle typischen und notwendigen Antagonismus der Vertragsparteien.*"

1385 Dass in den wenigen Konstellationen, in denen ein „gemeinsames Handeln" gesetzlich erforderlich ist – vgl. etwa § 64a SGB V, wo die Kassenärztliche Vereinigung nur gemeinsam mit dem Interessenverband der Apotheker auf Landesebene mit den Krankenkassen ein Modellvorhaben vereinbaren können –, die Leistungserbringer gleich abstimmen werden, ist eine andere Frage. Hier müssen die beiden Leistungserbringergruppen sich vorab schon einigen, um sinnvolle Verhandlungen mit den Krankenkassen führen zu können.

fliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen eigenständigen Stellen zu übertragen, ohne dabei die ohnehin bestehende Vielfalt der entsprechenden Gremien zu sehr zu erweitern. Wie das geschehen könnte, soll im Folgenden erörtert werden.

### (2) Die Schiedseinrichtung als Spiegel der Vertragsparteien

Bezogen auf die praktisch so bedeutsamen Schiedseinrichtungen, die im Konfliktfall den Inhalt von dreiseitigen Vereinbarungen festsetzen, sei ein wichtiger Punkt vorab angesprochen. Die jeweilige Schiedseinrichtung muss vor dem Hintergrund ihrer Aufgabe ein Spiegel der Vertragsparteien sein: Denn sie soll „nur" den Konflikt lösen, der daraus entstanden ist, dass die Vertragsparteien selbst sich nicht auf den Vertragsinhalt einigen konnten. Das hat Konsequenzen in zweifacher Hinsicht: Zum einen müssen die Vertreter aller Vertragsparteien im jeweiligen Gremium vertreten sein; zum anderen sollten aber auch nur sie den Vertragsinhalt festsetzen und niemand sonst.[1386] Das bedeutet zunächst, dass der Gesetzgeber stets klar benennen muss, wer in der jeweiligen Fallkonstellation Vertragspartei ist – unabhängig davon, ob diese Vertragsparteien jeweils allein oder nur gemeinsam[1387] agieren können.

Die Bestandsaufnahme hat gezeigt, dass diese Anforderung in fast allen einschlägigen Normen erfüllt wurde. Allerdings sind manche Schiedseinrichtungen „fremdbesetzt". Das betrifft zunächst diejenigen Gremien, in denen Vertreter von Ministerien als Mitglieder vorgesehen sind. Ob entsprechende Regelungen tatsächlich verfassungswidrig sind,[1388] muss bezweifelt werden – jedenfalls aber stellen sie einen Fremdkörper im System der Konfliktlösung bei Konflikten der gemeinsamen Selbstverwaltung dar.[1389]

Einen Systembruch stellt es aber auch dar, wenn Parteien, die nicht Vertragspartner sind, als Mitglieder der Schiedseinrichtung dessen Inhalt festsetzen sollen. Der Gesetzgeber hat in zahlreichen Normen eine besondere Art der Beteiligung Dritter vorgesehen, die nicht Vertragspartner sind, deren Interessen aber von den eigentlichen Vertragspartnern berücksichtigt werden sollen. Die Ausgestaltung im Detail ist vielfältig und reicht von Stellungnahmerechten[1390] bis hin zur Herstellung eines durch den Gesetzgeber selbst nicht näher spezifizierten „*Einvernehmens*"[1391] oder „*Benehmens*."[1392] Diese Einbindung ist – unabhängig davon, ob es um die Heranziehung besonderen Sachverstands oder aber um die Berücksichtigung der jeweiligen wirtschaftlichen Interessen geht – nicht zu beanstanden. Sie ist aber klar ab-

---

1386 Vgl. im Kontext von § 75 Abs. 3c SGB V schon *Kluth*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010, S. 38: Bei der Besetzung der Schiedsstelle muss die Gewichtung der vertretenen Interessen denen des genuinen Verhandlungsprozesses entsprechen.

1387 Die Leistungserbringer können etwa im Rahmen von § 64a SGB V nur „*gemeinsam*" agieren.

1388 Zu diesem Ergebnis kommt etwa *Kluth,* Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010.

1389 So *Axer*, MedR 2008, S. 482 ff.

1390 Vgl. etwa § 38 Abs. 1a S. 10 SGB V: Vor Abschluss des dreiseitigen Rahmenvertrags nach § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V ist der für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen Interessen gebildeten maßgeblichen Spitzenorganisation der Apotheker sowie den Vereinigungen der Träger der Pflegeinrichtungen auf Bundesebene Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben.

1391 Nach § 64c Abs. 1 SGB V müssen die in § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V genannten Vertragspartner etwa das Einvernehmen mit dem Robert Koch-Institut herstellen. Der Begriff findet sich im Übrigen in zahlreichen anderen Kontexten und betrifft etwa auch das mit den Beihilfestellen (§ 75 Abs. 3b SGB V) oder auch mit dem Gemeinsamen Bundesausschuss (§ 87 Abs. 3e SGB V) herzustellende Einvernehmen.

1392 Vgl. etwa § 130a Abs. 3a S. 11 SGB V.

zugrenzen von der Eigenschaft als Vertragspartner. Wenn in einer Schiedseinrichtung Vertreter von Organisationen zu finden sind, die lediglich entsprechende Beteiligungsrechte haben, verschieben sich die entsprechenden Ebenen. Die „Dritten", die selbst nicht einmal ein Schiedsverfahren anstoßen könnten, werden plötzlich zu Entscheidern. Normen wie § 118a SGB V oder auch der jüngst geschaffene § 293 Abs. 7 SGB V sollten entsprechend angepasst werden.

### (3) Die Doppelung der entsprechenden Gremien als Lösung des Problems?

Will man für die Konfliktlösung bei dreiseitigen Verträgen und Beschlüssen selbstständige Einrichtungen schaffen, drängt sich zunächst die Frage nach einer Doppelung der bestehenden Gremien auf: Was bislang erst durch eine nachträgliche Aufstockung entsteht, könnte durch Gesetz als zusätzliche und von Haus aus dreiseitige Einrichtung konzipiert werden.

Beim erweiterten Landesausschuss nach § 116b Abs. 3 SGB V ist der Gesetzgeber jedenfalls einen ersten Schritt in diese Richtung gegangen: Der Landesausschuss nach § 90 Abs. 1 SGB V wird zwar – insoweit gibt es auch hier die übliche Aufstockung des Gremiums – nach § 116b Abs. 3 S. 1 SGB V um Vertreter der Krankenhäuser in der gleichen Zahl erweitert, wie sie nach § 90 Abs. 2 SGBV jeweils für die Vertreter der Krankenkassen und der Ärzte vorgesehen ist. Personelle Veränderungen kann es allerdings auch mit Blick auf die unparteiischen Mitglieder geben: Da sich die Vertragsparteien nach § 116b Abs. 3 S. 3 SGB V über diese Mitglieder des erweiterten Landesausschusses einigen sollen und es gegebenenfalls zu einer Berufung durch die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde kommt,[1393] ist der erweiterte Landesausschuss möglicherweise – unabhängig von der Ergänzung durch die Vertreter der Krankenhäuser – anders besetzt als der reguläre Landesausschuss. § 116b Abs. 3 SGB V lässt andererseits den regulären Landesausschuss unangetastet – dessen unparteiische Mitglieder stehen nicht zur Disposition. Es gibt also unter Umständen[1394] tatsächlich zwei Arten von Landesausschüssen: Den „einfachen" oder „regulären" Landesausschuss, der die ihm kraft Gesetzes zugewiesenen Aufgaben insbesondere im Kontext der Bedarfsplanung wahrnimmt, und den „erweiterten" Landesausschuss, der ausschließlich für die ihm nach § 116b SGB V zugewiesenen Aufgaben zuständig ist.

Denkt man dieses Modell konsequent zu Ende, müsste man das SGB V um ein „erweitertes Bundesschiedsamt" ergänzen, das bei Bedarf die Entscheidungen nach Maßgabe der §§ 39, 40, 64a, 115b, 116b, 117 und 118 SGB V trifft. Und es müsste auch eine erweiterte Landesschiedsstelle geben, die angerufen werden kann, wenn die in den §§ 64c, 115 oder 137e SGB V vorgesehenen Vereinbarungen nicht zustande kommen. Schließlich müsste der Bewertungsausschuss in einer von Haus aus „ergänzten" Form etabliert werden. Dagegen sind der Gemeinsame Bundesausschuss und der Innovationsausschuss bereits von Haus aus dreiseitig besetzt.[1395] Und auch die Konfliktlösung im Kontext von § 65c SGB V bedürfte keiner Veränderung: Da die Schiedsperson jeweils für den aktuellen Streitfall berufen wird, sind hier ohnehin alle Vertragspartner gleichberechtigt tätig.

---

1393 Auch hier ist im Übrigen das „Benehmen" mit den Vertragsparteien herzustellen.

1394 Das gilt nicht, wenn die „Neuen" mit den unparteiischen Mitgliedern einverstanden sind.

1395 Bezogen auf den Innovationsausschuss ist allerdings die soeben angesprochene „Fremdbesetzung" zu beanstanden.

Das Modell der Doppelung der Entscheidungsgremien macht zwar jede „Erweiterung" von Gremien entbehrlich und vermeidet damit die oben geschilderten Folgeprobleme, aber es erscheint schon aus praktischen Gründen wenig überzeugend. Nicht nur würde die Regelungsvielfalt des SGB V um eine Reihe weiterer Gremien ergänzt – vielmehr muss man auch die praktischen Konsequenzen solch einer Doppelung berücksichtigen: Neue Gremien brauchen neue Mitglieder und eine eigenständige Administration. Selbst wenn dieselben Vertreter der „parteiischen" Mitglieder in beiden Gremien sitzen, wird es Bedarf an weiteren unparteiischen Mitgliedern geben, auf die man sich einigen muss oder die gegebenenfalls auszulosen oder zu bestellen sind.

Eine Doppelung der vorhandenen Gremien zur Konfliktlösung bei dreiseitigen Konflikten erscheint daher nicht als sachgerecht.

#### (4) Die dreiseitige Besetzung aller maßgeblichen Gremien als Lösung des Problems?

Nun könnte man versuchen, das Problem gleichsam von der anderen Seite her zu lösen. Es wäre denkbar, all die Gremien, die – jedenfalls auch – mit der dreiseitigen Konfliktlösung befasst sind, von Haus aus auch dreiseitig zu besetzen. Das Schiedsamt etwa bestünde dann aus Vertretern der Krankenkassen, der Ärzte und der Krankenhäuser. Wenn es um die Konfliktlösung im Kontext von „*Verträgen zur vertragsärztlichen Versorgung*" geht, also um die aktuelle Kernkompetenz des Schiedsamts, würde das Gremium ohne die Vertreter der Krankenhausseite entscheiden; bei § 116b SGB V etwa – also in dem Fall, in dem tatsächlich beide Sektoren betroffen sind – würden alle Mitglieder den Vertragsinhalt festsetzen.

Was auf den ersten Blick vielleicht absurd klingt, ist so bezogen auf den Gemeinsamen Bundesausschuss bereits gesetzlich geregelt. Der von Haus aus dreiseitig besetzte Ausschuss entscheidet nach § 91 Abs. 2a SGB V in gleichsam reduzierter Besetzung: „*Bei Beschlüssen, die allein einen der Leistungssektoren wesentlich betreffen, werden ab dem 1. Februar 2012 alle fünf Stimmen der Leistungserbringerseite anteilig auf diejenigen Mitglieder übertragen, die von der betroffenen Leistungserbringerorganisation nach Absatz 1 Satz 1 benannt worden sind. Bei Beschlüssen, die allein zwei der drei Leistungserbringersektoren wesentlich betreffen, werden ab dem 1. Februar 2012 die Stimmen der von der nicht betroffenen Leistungserbringungsorganisation benannten Mitglieder anteilig auf diejenigen Mitglieder übertragen, die von den betroffenen Leistungserbringungsorganisationen benannt worden sind.*" Die Regelung „*dient einer an den jeweiligen Beschlussgegenstand angepassten und sachgerechten Stimmverteilung im Gemeinsamen Bundesausschuss.*"[1396] Und darum geht es letztlich auch in den hier vorliegenden Fallgestaltungen: Alle Vertragsparteien sollen Einfluss auf die Besetzung der jeweiligen Gremien haben; mitwirken müssten aber jeweils nur diejenigen, die es wirklich betrifft.

Indes: Das Modell erfordert einen erheblichen Reformbedarf. Zahlreiche Normen müssten völlig neu konzipiert werden. Hinzu kommt, dass es gerade beim Schiedsamt zu einer fast ständigen Übertragung der Stimmen kommen müsste – dessen Kompetenzen im rein vertragsärztlichen Bereich sind umfassend, während die Heranziehung des Gremiums im dreiseitigen Bereich eher überschaubar ist. Auch diese Lösung erscheint daher ebenfalls nicht als sachgerecht.

---

[1396] BT-Drs. 17/6906, S. 67. Zu den Details *Wiegand* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 91 Rn 34.

### (5) Die Übertragung der Konfliktlösung an eine Schiedsperson?

Als eine gleichsam sehr schlichte und unbürokratische Variante, von der der Gesetzgeber zunehmend Gebrauch macht,[1397] bietet sich die Konfliktlösung durch eine Schiedsperson an.[1398] Schiedspersonen sind mittlerweile in zahlreichen Normen des SGB V als Konfliktlösungsinstrumente etabliert – und sie agieren auch im dreiseitigen Bereich. Nach § 65c Abs. 6 S. 5 SGB V haben sich die Vertragspartner – das sind der Spitzenverband Bund, die Deutsche Krankenhausgesellschaft und die Kassenärztlichen Bundesvereinigungen – über die Höhe der Meldevergütung für Meldung an ein klinisches Krebsregister zu „*vereinbaren*." Gelingt das nicht, haben sich die Vertragspartner auf eine unabhängige Schiedsperson zu verständigen, die dann die Höhe der einzelnen Meldevergütungen festlegt. Wenn auch diese „Verständigung" scheitert, bestellt das Bundesministerium für Gesundheit die Schiedsperson. Im Konfliktfall entscheidet damit eine einzelne Person über den Inhalt einer Vereinbarung, die als dreiseitiger Vertrag geschlossen werden sollte.

Die Übertragung der Konfliktlösung an eine Schiedsperson im dreiseitigen Bereich würde jedenfalls ein Problem lösen, das in diesem Kontext bislang wenig Beachtung erfahren hat – und das betrifft die Frage der Besetzung von Gremien und der Entscheidungsfindung. Ausgehend vom klassischen „zweiseitigen" Konflikt macht eine paritätische Besetzung von Gremien Sinn: Die Kostenträger stehen sich einer Gruppe von Leistungserbringern gegenüber. Werden sich die beiden Seiten nicht einig, trifft eine Schiedseinrichtung die Entscheidung, die wiederum paritätisch besetzt ist und durch unparteiische Mitglieder ergänzt wird. Diese paritätische Besetzung erweist sich bei einer bipolaren Vertragsbeziehung als sachgerecht; bei mehrpoligen Rechtsverhältnissen erscheint das aber mitunter als zweifelhaft. Gerade bei den sektorenübergreifenden Versorgungsformen muss man sich fragen, ob man den jeweiligen Interessen der Ärzte und der Krankenhäuser gerecht wird, wenn man sie als „die Leistungserbringer" der Kostenträgerseite gegenüberstellt und etwa eine Besetzung mit acht Leistungserbringern und acht Kassenvertretern vorsieht. Gerade hier treten die Leistungserbringer häufig in unmittelbare Konkurrenz zueinander und verfolgen unter anderem jeweils ganz eigene Ziele. Auf der anderen Seite dürfte es unmittelbar einleuchten, dass man den Leistungserbringern in einem Gremium jedenfalls nicht immer mehr Macht als den Kostenträgern einräumen kann. Gerade wenn es um Fragen der Vergütung geht, wäre ein Stimmenverhältnis von etwa acht zu vier zu Lasten der Krankenkassen nicht unbedenklich. All diese Probleme einer „sachgerechten Besetzung" von Gremien vermeidet man bei einer Konfliktlösung durch eine Schiedsperson.

Auch der mögliche Einwand, eine einzelne Schiedsperson sei mit komplexen Fragestellungen des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts überfordert, überzeugt nicht. Zwar dürfte es zunehmend schwieriger werden, „*unabhängige*"[1399] Personen zu finden, denen die Materie dennoch nicht vollständig fremd ist, aber auch die unparteiischen Mitglieder von Entscheidungsgremien dürften den „parteiischen" Mitgliedern bezogen auf ihre fachliche Kenntnissen stets deutlich unterlegen sein.

---

1397 Hierzu C. II. 5.

1398 Diese könnten zur Ersetzung dreiseitiger Verträge eingesetzt werden.

1399 So lautet die typische Formulierung in allen Normen.

Nun mag man die Entscheidung wichtiger Fragen durch eine einzelne Person nicht für sachgerecht halten. Hier sei allerdings zunächst ein kritischer Blick auf die Schiedsgremien gestattet: Auch hier sind es in der Regel die unparteiischen Mitglieder des jeweiligen Gremiums, die über den Ausgang des Verfahrens entscheiden – und bei einer wegen fehlenden Beschlussfähigkeit einberufenen zweiten Sitzung ist es unter Umständen sogar die Stimme allein des unparteiischen Vorsitzenden, die den Ausschlag gibt. Dennoch wird man sagen müssen, dass die Mitwirkung von drei unparteiischen Mitgliedern jedenfalls den Grad der Legitimation der getroffenen Entscheidung erhöht. In faktisch allen Gremien sind deshalb auch drei unparteiische Mitglieder in die Konfliktlösung eingebunden. Dass die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 1 KHG nur einen unparteiischen Vorsitzenden hat, mag mit Blick auf das Genehmigungserfordernis durch staatliche Stellen[1400] gerechtfertigt sein.

Der Gesetzgeber selbst hat hinsichtlich der Festsetzung von Vertragsinhalten durch eine einzelne Person auch bei bedeutsamen Fragen offenbar keine Bedenken. Denn es ist nicht so, dass Schiedspersonen nur auf der individualrechtlichen Ebene als Konfliktlöser eingesetzt würden.[1401] Zwar agieren sie etwa bei einem Streit zwischen den Krankenkassen und den Gemeinschaften von Allgemeinärzten im Rahmen der hausarztzentrierten Versorgung oder im Kontext der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege von § 132a SGB V, wenn es um Vereinbarungen zwischen den Krankenkassen und einzelnen Leistungserbringern geht – aber schon im Kontext von § 39 Abs. 1a SGB V geht es um ganz grundlegende Fragen über „*Art und Umfang*" der Versorgung mit stationären und ambulanten Hospizleistungen. Hier legt eine einzelne Schiedsperson auch den Inhalt eines Vertrags fest, der auf Bundesebene hätte geschlossen werden sollen.[1402]

Es bestehen also keine grundlegenden Bedenken gegen eine Konfliktlösung durch einzelne Personen, die ad hoc für eine konkreten Streitfall berufen werden. Wollte man die Konfliktlösung im Bereich dreiseitiger Verträge Schiedspersonen übertragen, wären allerdings jedenfalls die bereits oben angesprochenen konkreten Regelungen über das Verfahren unentbehrlich. Aktuell agieren die Schiedspersonen weitgehend frei – weder das formelle Gesetz noch untergesetzliche Vorschriften machen insoweit irgendwelche Vorgaben. Zwingend vorgeschrieben werden sollte beispielsweise ein mündliches Verfahren; so könnten die Parteien ihre Sichtweise wie vor einer Schiedsstelle vortragen und mit der Schiedsperson erörtern.

Bezogen auf die Aufgabe des Landesausschusses im Kontext von § 116b SGB V muss man sich fragen, ob man eine Schiedsperson auch mit laufenden Administrationsaufgaben betrauen dürfte, denn das ist es, was aktuell dem erweiterten Landesausschuss nach § 116b Abs. 2 SGB V anvertraut ist. Aber auch insoweit bestehen jedenfalls keine prinzipiellen Bedenken.

Was rechtlich möglich wäre, ist allerdings nicht zwingend eine gute Lösung. Was für den Einsatz von Schiedspersonen spricht, ist nämlich zugleich Anlass für grundlegende Kritik: Schiedspersonen werden ad hoc für ein bestimmtes Verfahren von den Vertragsparteien – gegebenenfalls auch von den Aufsichtsbehörden – bestellt. Sie entscheiden unbürokratisch

---

1400 Hierzu oben C. II. 3. c. (2) (c). Angesichts des Beurteilungsspielraums ist das Argument allerdings nur bedingt überzeugend.

1401 Hierzu auch *Engelmann* in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, Rn. 235.

1402 Vgl. hierzu ausführlich C. II. 5. b. (1).

und schnell und sind dann wieder „außer Amtes“.[1403] Diese Art von gleichsam einmaliger Konfliktlösung macht die Bildung und Entwicklung besonderer Kompetenzen in einem speziellen Bereich faktisch unmöglich. Das erscheint gerade deshalb als „vertane Chance“, als das Modell der sektorenübergreifenden Versorgung, das im Kontext der dreiseitigen Konfliktlösung den eindeutigen Schwerpunkt bildet, sich zweifellos weiterentwickeln wird. Die Fallgestaltungen unterscheiden sich zwar im Detail, ihnen liegt aber die stets gleiche Fragestellung zugrunde: Wie lassen sich die besonderen Probleme, die bei einer Versorgung, die sowohl ambulant wie auch stationär erbracht werden kann, bestehen, lösen? Ein auf Dauer eingerichtetes Entscheidungsgremium könnte gerade in diesem Bereich besondere Kompetenzen aufbauen; der Blick der Mitglieder wäre gleichsam von Haus aus entsprechend geschärft, was die Bewältigung zukünftiger Fragestellungen erleichtern dürfte. Allerdings: Wenn das Gesetz schon jetzt eine bis zu vierjährige Amtszeit von Schiedspersonen erlaubt[1404] – warum sollte man Schiedspersonen im sektorenübergreifenden Bereich nicht auch dauerhaft einsetzen können?

Ein Argument spricht allerdings gegen die Tätigkeit einer einzelnen Person: Die Diskussion der maßgeblichen Fragen unter den unparteiischen Mitgliedern erweist sich in der Praxis als überaus hilfreich – diese Chance hat die Schiedsperson schlicht nicht.[1405]

Es soll daher im Folgenden untersucht werden, ob sich nicht jedenfalls einige der hier in Frage stehenden Konflikte im dreiseitigen Bereich einem schon bestehenden gemeinsamen Gremium zuweisen ließen.

Zugleich ist aber festzuhalten, dass die Konfliktlösung über eine Schiedsperson rechtlich möglich wäre.

### c. Die Suche nach einem „passenden Konfliktlösungsgremium“ – der Gemeinsame Bundesausschuss als Lösung des Problems?

Angesichts der ohnehin schon bestehenden Vielfalt der Gremien der gemeinsamen Selbstverwaltung sollte man vor einer möglichen Neukonzeption die bereits vorhandenen Gremien noch einmal genau in den Blick nehmen – möglicherweise erweist sich eines davon als „passend“ für die hier in Frage stehenden Fallgestaltungen. Dabei rückt naturgemäß ein Gremium der gesetzlichen Krankenversicherung in den Fokus, das von Haus aus dreiseitig besetzt ist: Der Gemeinsame Bundesausschuss nach § 91 SGB V. Er wird gemäß § 91 Abs. 1 SGB V von den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen gebildet – diese Organisationen stellen auch das in § 91 Abs. 2 SGB V normierte Beschlussgremium, das durch drei unparteiische Mitglieder komplettiert wird. Und genau diese Organisationen sind es, für deren gemeinsames Handeln der größte dreiseitige Konfliktlösungsbedarf besteht: In zahllosen der maßgeblichen Normen sind genau diese drei Organisationen als jeweilige Vertragspartner genannt.

---

1403 Nur in einzelnen Normen ist vorgesehen, dass die Schiedsperson gleich für mehrere Verfahren bestimmt werden kann (vgl. etwa § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V).

1404 Hierzu § 125 Abs. 2 S. 6 SGB V.

1405 Dass man hier zudem einen anderen Namen finden müsste, wenn man der betreffenden Person alle dreiseitigen Konflikte übertragen wollte, sei nur am Rande erwähnt. Es geht nämlich nicht nur um die Vertragsersetzung im Bereich des Schiedswesens.

Angesichts dieses Befundes drängt sich die Frage auf, wieso nicht das – gleichsam passend besetzte – Beschlussgremium des Gemeinsamen Bundesausschusses auch den Inhalt der Vereinbarungen festsetzen sollte, wenn die Vertragsparteien auf Bundesebene keine Einigung erzielen. Das Gremium ist zwar in erster Linie dazu berufen, „*die zur Sicherung der ärztlichen Versorgung erforderlichen Richtlinien über die Gewährung für eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten*" zu beschließen – allerdings wurden ihm im Laufe der Jahre zahlreiche weitere Kompetenzen zugewiesen, die weit über die seit jeher umstrittene Normsetzungsbefugnis hinausgehen. Wer den Begriff „Gemeinsamer Bundesausschuss" im SGB V sucht, wird fast überall fündig – das Gremium ist in faktisch allen Kontexten in das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung eingebunden. Und auch das Vertragswesen ist dem Gemeinsamen Bundesausschuss mittlerweile jedenfalls nicht mehr völlig fremd – so kann er etwa gemäß § 35b Abs. 2 SGB V mit pharmazeutischen Unternehmern Versorgungsstudien und die darin zu behandelnden Schwerpunkte „*vereinbaren*".

Die Idee, dem Gemeinsamen Bundesausschuss zusätzlich die Funktion einer Schiedsstelle für alle sektorenübergreifenden Konflikte zwischen Krankenkassen, Ärzten und Krankenhäusern zuzuweisen, überzeugt jedoch aus prinzipiellen Gründen nicht. Die Zusammensetzung des Gremiums und die vorgesehenen Mehrheitsverhältnisse erweisen sich als vollkommen ungeeignet für eine Tätigkeit als Schiedsstelle, denn auch hier können zwei Vertragsparteien, also etwa die Krankenkassen und die Ärzte, gegen den Willen der Krankenhäuser einen entsprechenden Beschluss fassen – und dass ohne auf die Unterstützung der unparteiischen Mitglieder angewiesen zu sein. Ein solches „Schiedsverfahren" könnte seiner Funktion aus den oben unter H. II. 2. A. (5) genannten Gründen letztlich nicht gerecht werden. Da es bei den dreiseitigen Konflikten überwiegend um vertragsersetzende Beschlüsse geht, steht schon dieser Aspekt einer Übertragung der Aufgabe an den Gemeinsamen Bundesausschuss entgegen. Hinzu kommen zwei weitere rechtliche Einwände: Das Gremium könnte aufgrund seiner Zusammensetzung die dreiseitigen Konflikte auf Landesebene nicht lösen; zudem fehlt es an sachgerechten Konfliktlösungsregelungen im Detail: Mit § 94 SGB V hat der Gesetzgeber zwar eine effektive Konfliktlösung vorgesehen;[1406] diese betrifft aber schon nach dem Wortlaut der Norm nur den Richtlinienerlass.[1407]

Auch wenn bereits rechtliche Erwägungen einer Übertragung der dreiseitigen Konfliktlösung an den Gemeinsamen Bundesausschuss entgegenstehen, seien einige sozialpolitische Anmerkungen erlaubt. Der Gemeinsame Bundesausschuss wurde mit derart vielen neuen Aufgaben betraut, dass man sich fragen muss, wie das Gremium diese überhaupt alle zeitnah bewältigen soll. Faktisch jede Reform des SGB V bedingt ein weiteres Tätigwerden des Ausschusses – die Qualitätssicherung im Krankenhaus und die verfahrensaufwändige Bewertung neuer Untersuchungs- und Behandlungsmethoden mit Medizinprodukten hoher Risikoklasse nach Maßgabe von § 137h SGB V[1408] sind nur zwei von zahllosen weiteren Beispielen.

---

1406 Nach § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V erlässt gegebenenfalls das Bundesministerium für Gesundheit die Richtlinien.

1407 Zwar spricht § 94 Abs. 1 S. 5 SGB V zuerst von Beschlüssen, die Rechtsfolge bezieht sich dann aber auf den Richtlinienerlass. Der Unterschied wird im SGB V nicht klargestellt; der Begriff „Beschluss" dürfte aber der Oberbegriff für alles sein, was der Gemeinsame Bundesausschuss beschließt – seien es Richtlinien oder etwa die in § 136c SGB V geregelten Qualitätsindikatoren für die Krankenhausplanung.

1408 Hierzu *Felix/Ullrich*, NZS 2015, S. 921 ff. und *Felix*, GesR 2017, S. 26 ff.

Der Kritik an der zu langen Verfahrensdauer beim Gemeinsamen Bundesausschuss ist der Gesetzgeber mittlerweile mit der Etablierung von Entscheidungsfristen begegnet,[1409] aber: Irgendwann wird der Gemeinsame Bundesausschuss schlicht an die Grenzen seiner Belastbarkeit stoßen. Auch insoweit wäre es nicht ratsam, ihn mit einer völlig neuen Aufgabenstellung befassen zu wollen – die er aus den genannten Gründen rechtlich zudem nicht angemessen bewältigen könnte. Schließlich dürfte offenkundig sein, dass von jeglicher Übertragung weiterer Kompetenzen abzuraten ist, bevor nicht die aktuell wieder diskutierte Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation des Gremiums geklärt ist.[1410]

Kurzum – der Gemeinsame Bundesausschuss erweist sich als untauglich als „Konfliktlöser".

### d. Fazit

Die Analyse der bestehenden Konfliktlösungsinstrumente im dreiseitigen Bereich hat eine Reihe von Schwächen offenbart, die von einer verwirrenden Begriffsvielfalt bis hin zu besonderen Fragen der demokratischen Legitimation reichen.

Eine Lösung innerhalb des bestehenden Systems erscheint nicht sachgerecht – weder die Doppelung aller vorhandenen Gremien noch deren von Haus aus dreiseitige Besetzung erweisen sich als überzeugende Konzepte. Eine Übertragung der Konfliktlösung an den Gemeinsamen Bundesausschuss scheitert bereits aus rechtlichen Gründen.

## III. Die Neukonzeption eigener Konfliktlösungseinrichtungen

### 1. Allgemeines

Vor dem Hintergrund der bisherigen Erkenntnisse liegt es vielmehr nahe, ein – oder gegebenenfalls auch mehrere – Gremien zu schaffen, die für die Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich zuständig sind. Ein solches Gremium könnte nicht nur „passgenau" zugeschnitten werden; es würde auch die Bedeutung unterstreichen, die das sektorenüberschreitende Handeln im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung mittlerweile einnimmt.

Bei der Konzeption eines solchen Gremiums steht im Übrigen allein der Aspekt des „gemeinsamen, sektorenübergreifenden Handelns" im Fokus; worin die konkrete Tätigkeit besteht, ist zweitrangig. Es kann um die Festsetzung streitig gebliebener Vereinbarungen gehen, aber auch um sonstige Entscheidungen, die es im dreiseitigen Kontext zu treffen gilt. Nirgendwo ist bestimmt, dass ein Gremium entweder eine Schiedseinrichtung oder ein „sonstiger" Ausschuss ist. Zwar legt dem SGB V diese Unterteilung zugrunde; zwingend ist sie – wie zu zeigen sein wird – keineswegs.

---

1409 Vgl. nur §§ 137c und 137h SGB V.

1410 Letztlich wird diese Frage wohl vom Bundesverfassungsgericht entschieden werden müssen (hierzu schon unter B. II.).

## 2. Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundes- und Landesebene

### a. Zur Zuständigkeit des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Bundesebene

Schon die eben gemachten Ausführungen zum Gemeinsamen Bundesausschuss haben noch einmal deutlich gemacht, dass zahlreiche Konfliktfälle zu lösen sind, die aus gescheiterten Vertragsvereinbarungen zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, den Kassenärztlichen Bundesvereinigungen sowie der Deutschen Krankenhausgesellschaft resultieren. Diese Leistungserbringerorganisationen[1411] schließen jeweils mit der Kostenträgerseite auf Bundesebene die in den §§ 39, 115b, 116b, 117 und 118 SGB V genannten Vereinbarungen. Es sollte daher ein sektorenübergreifendes Entscheidungsgremium auf Bundesebene geben, dass von den genannten Vertragsparteien gebildet und gleichberechtigt „bestückt" wird; dieses Gremium würde das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V von jeglicher Tätigkeit im sektorenübergreifenden Bereich entbinden und dementsprechend auch jede „Erweiterung" dieses Schiedsamts entbehrlich machen. In dieser Funktion wäre das neue Gremium als neue Schiedseinrichtung tätig – es setzt den Inhalt der Vereinbarung fest, wenn die Vertragsparteien sich nicht einigen können.

Aber auch die in § 65c Abs. 6 SGB V vorgesehene Vereinbarung der Höhe der Meldevergütung zu einem klinischen Krebsregister, die in den Jahren 2014 bzw. 2015 durch Schiedsspruch der Schiedsperson sowie durch eine Ergänzungsvereinbarung erfolgt ist,[1412] könnte zukünftig durch Anrufung des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums festgesetzt werden.[1413] Denn: Auch hier sind es die genannten Vertragsparteien, die die Vereinbarung zu treffen haben. Auch insoweit wäre das neue Gremium als Schiedseinrichtung tätig, wobei gleichsam ein Ausschuss an die Stelle der bisher vorgesehenen Schiedsperson tritt.

Und eine weitere Aufgabe könnte das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundesebene übernehmen. Die nach Maßgabe von § 87 Abs. 5a SGB V erforderlichen Beschlüsse zur Anpassung des einheitlichen Bewertungsmaßstabes zur Vergütung der Leistungen der vertragsärztlichen Versorgung nach § 116b SGB V nimmt aktuell der ergänzte Bewertungsausschuss vor. Dieser besteht aus Vertretern der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und wird in dieser Konstellation um Vertreter der Deutschen Krankenhausgesellschaft ergänzt. Wiederum sind es also diese Organisationen auf Bundesebene, die die entsprechenden Beschlüsse fassen – auch das könnte in Zukunft das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundesebene übernehmen. Das hätte zudem den Vorteil, dass die insoweit bestehenden Kompetenzen im Rahmen von § 116b SGB V bei ein und derselben Stelle gebündelt würden.[1414]

---

1411 So der Gesetzeswortlaut von § 91 Abs. 2a SGB V.

1412 Ausführlich hierzu *Koch* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 65c Rn. 66.

1413 Die Vertragsparteien haben in einer Ergänzungsvereinbarung bestimmt: „*Kommt innerhalb von sechs Monaten nach Wirksamwerden der Kündigung eine neue Vereinbarung nicht zustande, rufen die Vertragsparteien entsprechend § 65c Abs. 6 S. 8 SGB V eine Schiedsperson an, es sei denn, es besteht zwischen den Vereinbarungspartnern Einvernehmen über eine Verlängerung des Verhandlungszeitraums.*" Vgl. hierzu die Informationen auf der Seite des GKV-Spitzenverbandes unter „Krebsregister".

1414 Aktuell hat der Gesetzgeber – in zeitlicher Abfolge – neben dem ergänzten Bewertungsausschuss nach § 116b Abs. 6 S. 7 SGB V im Konfliktfall eine Form des erweiterten Bundesschiedsamts vorgesehen (hierzu schon unter C.III.3.a.(d)).

### b. Zur Zuständigkeit des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Landesebene

Das ebenfalls neu zu schaffende sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Landesebene wäre zuständig für die nach Maßgabe von §§ 64c, 115 und 137e SGB V zu treffenden Entscheidungen. Das Gremium setzt – anstelle der jeweils erweiterten Landesschiedsstelle[1415] – den Inhalt der Vereinbarungen fest, die zwischen den Parteien auf Landeseben nicht getroffen werden konnten. Nunmehr geht es um die Vertragspartner nach § 115 Abs. 1 S. 1 SGB V, also die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam und die Kassenärztlichen Vereinigungen sowie die Landeskrankenhausgesellschaft. Sie sind es, die die dreiseitigen Verträge nach § 115 SGB V schließen, aber sie sind auch zuständig für das Modellvorhaben zum Screening auf 4MRGN sowie für bestimmte nach Maßgabe von § 137e Abs. 3 SGB V zu treffende Entscheidungen. In all diesen Funktionen würde das neue Gremium als Schiedseinrichtung fungieren und damit jegliche Erweiterung der Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V entbehrlich machen.

Aber auch das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Landesebene könnte – ähnlich wie das auf Bundesebene – weitere Aufgaben übernehmen. Zu denken ist hier an die Aufgaben nach § 116b Abs. 2 SGB V, die aktuell dem – erweiterten – Landesausschuss zugewiesen sind. Ein Gremium mit einer letztlich identischen Besetzung, dessen Kernkompetenzen aber eher im Bereich der Bedarfsplanung liegt, würde abgelöst durch ein Gremium, das auf sektorenübergreifende Fragestellungen spezialisiert ist.

### c. Zur Konfliktlösung im Kontext von § 75a SGB V

Auch diejenigen Fallgestaltungen, in denen bezüglich der Konfliktlösung Nachbesserungsbedarf festgestellt wurde, würden in die Kompetenz der neuen Gremien fallen. Bereits oben wurde angesprochen, dass für die im Rahmen von § 75a Abs. 4 SGB V vorgesehene Vereinbarung keinerlei Schiedseinrichtung vorgesehen ist – Konfliktlöser wäre auch hier das neue sektorenübergreifende Entscheidungsgremium – und zwar das auf Bundesebene, denn: Vertragspartner sind wiederum die Kassenärztliche Bundesvereinigung, der Spitzenverband Bund der Krankenkassen und die Deutsche Krankenhausgesellschaft.

## 3. Verbleibende Konfliktfälle

Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien auf Bundes- bzw. Landesebene erfassen eine Vielzahl der Konflikte im dreiseitigen Bereich. Das liegt darin begründet, dass es sich fast durchgehend um Konstellationen handelt, in denen die Sektorengrenze zwischen vertragsärztlicher Versorgung und Krankenhausbehandlung überschritten wird – und diese Konstellationen lassen sich mit entsprechend besetzten Gremien umfassend lösen. Nur einige wenige Fallgestaltungen werden von der hier vorgeschlagenen Konzeption nicht erfasst, denn: Nicht immer ist die Schnittstelle Arzt/Krankenhaus betroffen.

Nicht in dieses Schema passt zum einen § 40 SGB V, der in seinem Absatz 2 Satz 4 § 39 Abs. 1a SGB V für entsprechend anwendbar erklärt und dabei – das ist nur konsequent –

---

[1415] Hierzu C. II. 3. (3) (c).

bestimmt, dass statt der Deutschen Krankenhausgesellschaft die für die Erbringung von Leistungen zur medizinischen Rehabilitation maßgeblichen Verbände auf Bundesebene Vertragspartner sind. Diese Leistungserbringergruppe ist naturgemäß in dem sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium nicht vertreten, denn dieses ist auf die Konfliktlösung im „Dreieck" von Ärzten, Krankenhäusern und Krankenkassen ausgelegt. Hier bedürfte es also einer entsprechenden Reform, wobei man an die Entscheidung durch eine Schiedsperson denken könnte.

Entsprechendes gilt für § 64a SGB V, der die Modellvorhaben zur Arzneimittelversorgung regelt. Bevor man hier eine Schiedsperson statt des – erweiterten – Landesschiedsamts als Konfliktlösungsinstrument etabliert, sollte jedoch kritisch hinterfragt werden, ob die Festlegung des Vertragsinhalts bei der hier vorliegenden „Kann-Regelung" überhaupt wirklich gewollt ist.[1416]

Es verbleiben schließlich nur der Gemeinsame Bundesausschuss und der in personeller Hinsicht jedenfalls teilweise deckungsgleich besetzte Innovationsausschuss. Bei ersterem besteht nur bezogen auf den Richtlinienerlass eine umfassende Konfliktlösungsstrategie. Beim Innovationsausschuss besteht angesichts seiner Konzeption nur geringes Konfliktpotential – das hat der Gesetzgeber offenbar ähnlich eingeschätzt: Geregelt wurde nur der Ausschluss der aufschiebenden Wirkung. Bezogen auf beide Gremien müsste der Gesetzgeber nachbessern, wenn entsprechender Bedarf ersichtlich wird.

Wie eine umfassende Konfliktlösung für das neue Entscheidungsgremium aussehen könnte, wird im Folgenden – bezogen auf das hier vorgeschlagene sektorenübergreifende Entscheidungsgremium – dargestellt.

## 4. Zur Konfliktlösung im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium

Vor dem Hintergrund der unter F. ermittelten denkbaren Konflikte sollte die Konfliktlösung im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium umfassend ausgestaltet sein. Das beginnt bei der Etablierung des Gremiums im Gesetz und endet bei der Ersatzvornahme durch die Aufsichtsbehörde, wenn die gemeinsame Selbstverwaltung gescheitert ist. Zugleich sollte es sich um ein handlungsfähiges Gremium handeln – diese Prämisse hat Auswirkungen auf die Anzahl der Mitglieder –, das zudem zeitnah entscheiden kann.

### a. Die Etablierung des Gremiums im Gesetz

Im SGB V wäre als neuer Ausschuss das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium zu etablieren. Dieses müsste in Anlehnung an die für die Schiedsämter geltende Regelung des § 89 SGB V jeweils als Gremium auf Bundes- und auf Landesebene konzipiert werden. Dabei gilt es allerdings, die bereits oben angesprochenen Schwächen des § 89 SGB V zu vermeiden. Es sollte dabei nicht mit einer Generalklausel gearbeitet werden. Vielmehr könnte man die Zuständigkeit des Gremiums in Anlehnung an § 114 Abs. 1 S. 2 SGB V formulieren: „*Diese entscheiden in den ihnen nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben*."[1417]

---

1416 Kritisch hierzu schon G. III. 1. c.

1417 Zu einem vollständigen Textentwurf der neuen Regelung vgl. im Übrigen unter H. III. 4. j.

### b. Die Zusammensetzung des Gremiums

Angesichts der oben beschriebenen Probleme bezogen auf die gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen aller Parteien erweist sich die Zusammensetzung des Gremiums als alles andere als trivial.

Das Gremium muss unparteiische Mitglieder haben; und es muss – das gilt jedenfalls für den vertragsersetzenden Bereich, erscheint aber auch im Übrigen sinnvoll – sichergestellt sein, dass ein Mehrheitsbeschluss nicht ohne die Stimme jedenfalls eines unparteiischen Mitglieds zustande kommen kann. Andernfalls würde der Sinn des Schiedsverfahrens in Frage gestellt, denn hier soll ein Konflikt gerade mit Hilfe unparteiischer Dritter gelöst werden. Dabei reicht es aus, wenn eines von mehreren unparteiischen Mitgliedern den Beschluss unterstützt[1418] – und es ist auch nicht schädlich, wenn es sich dabei um eine Person handelt, die von der jeweiligen Seite vorgeschlagen wurde. Auch wenn die Beteiligten eine Vorstellung vom jeweiligen „Vorverständnis" der einzelnen Personen haben dürften,[1419] haben die Parteien keine „ihnen zugehörigen" unparteiischen Mitglieder. Anders als aktuell in § 87 Abs. 4 und 5 SGB V vorgesehen, werden die Unparteiischen nicht von den Parteien „benannt", sondern diese haben sich über die jeweils tätigen Personen zu „einigen". Gelingt das nicht, werden die unparteiischen Mitglieder durch die zuständige Aufsichtsbehörde bestellt.

Zugleich sollte die Zahl der Personen nicht zu groß sein: Ein effektives Arbeiten und eine gemeinsame und sachgerechte Erörterung der anstehenden rechtlichen und tatsächlichen Fragen müssen noch problemlos möglich sein.[1420] Gremien wie der nach Maßgabe von § 116b Abs. 3 SGB V erweiterte Landesausschuss, der in dieser Konstellation in einer Besetzung von 30 Personen entscheidet, dürften das kaum noch leisten können – nicht umsonst hat der Gesetzgeber in § 116b Abs. 3 S. 7 SGB V bestimmt: „*Der erweiterte Landesausschuss kann für die Beschlussfassung über Entscheidungen im Rahmen des Anzeigeverfahrens nach Absatz 2 in seiner Geschäftsordnung abweichend von Satz 1die Besetzung mit einer kleineren Zahl von Mitgliedern festlegen* ...". In einer so großen Gruppe sind die Arbeitsbedingungen jedenfalls deutlich erschwert.

Vor diesem Hintergrund wären zwei Modelle denkbar. Man könnte zunächst an ein Gremium denken, das aus zwölf Personen besteht. Die konkrete Anzahl sollte im Übrigen bereits im formellen Gesetz bestimmt werden; die häufig im Gesetz zu findende Formulierung „*in gleicher Zahl*" erhöht das Risiko einer Gremiengröße, die ein effektives Arbeiten erschwert, und erfordert zudem weitere untergesetzliche Regelungen. Auf die Ärzte, die Krankenhäuser und die Krankenkassen entfielen in dieser Variante jeweils drei Sitze; das Gremium wäre also insoweit ein Spiegelbild der Vertragsparteien. Hinzu kämen drei unparteiische Mitglieder, von denen eines den Vorsitz hätte.

Als äußerst schwierig erweist sich die Festlegung des „richtigen" Stimmenverhältnisses. Gibt man jedem Vertreter eine Stimme, könnte – schon beim Erfordernis einer einfachen Mehrheit – keine der Vertragsparteien allein den gewünschten Beschluss bewirken: Erforderlich wären sieben Stimmen, die sich selbst unter Hinzurechnung der Stimmen der drei „Unpar-

---

1418 Natürlich erhöhte jede weitere Mitwirkung der Unparteiischen die Legitimation der Entscheidung.

1419 Hierzu auch *Schnapp*, GesR 2014, S. 193, 197: „*ein zutiefst menschlicher Zug*".

1420 Hierzu auch *Wahl* in: Schlegel/Voelzke in: jurisPK-SGB V § 66 Rn. 9.

teiischen“ nicht erzielen ließen. Wirken dagegen die beiden Leistungserbringer zusammen, müssten sie nur eines der unparteiischen Mitglieder von ihrer Sichtweise überzeugen. Die Kassenseite ihrerseits könnte sich nie gegen „die Leistungserbringer“ zusammen durchsetzen, sondern müsste jedenfalls auch eine Stimme von der Ärzteschaft oder der Krankenhausseite gewinnen. Was auf den ersten Blick überraschend wirkt, wäre allerdings nur eine Folge der konsequenten Umsetzung der „tripolaren“ Verhandlungssituation im Konfliktlösungsgremium.

Die aktuelle Rechtslage ist übrigens mitunter nicht anders: Auch bei den dreiseitigen Verträgen nach § 115 SGB V kann die Kassenseite mit ihren drei Stimmen nie allein mit den drei unparteiischen Mitgliedern der erweiterten Landesschiedsstelle die erforderliche Mehrheit von sieben von zwölf Stimmen erreichen. Nichts anderes gilt im Kontext von § 115b SGB V: Hier bedürfte es bei einer Besetzung des Schiedsamts mit 15 Personen und der erforderlichen 2/3-Mehrheit zehn Stimmen; da alle drei Vertragspartner jeweils nur vier Stimmen haben, muss es zu entsprechenden Kooperationen im Schiedsverfahren kommen. Und vielleicht ist auch genau das eine gleichsam natürliche Konsequenz tripolarer Rechtsverhältnisse? Vielleicht sollen sich jedenfalls zwei der Vertragsparteien – möglicherweise auch nur teilweise – einig werden und dann ihrerseits noch die unparteiischen Mitglieder – wiederum nur teilweise – überzeugen.

Fraglich ist, wie in dieser Konstellation zu verfahren wäre, wenn es zu einem Unentschieden kommt. Nehmen wir an, die beiden Leistungserbringer stimmen einheitlich ab und alle unparteiischen Mitglieder teilen die Einschätzung der Krankenkassen. Gibt man der Stimme des Vorsitzenden den Ausschlag, wäre der Beschluss im Sinne der Krankenkassen gefasst; tut man das nicht, wäre kein Beschluss gefasst worden mit der noch zu erläuternden Konsequenz der Ersatzvornahme durch eine staatliche Behörde. Beide Regelungsvarianten führen zu sachgerechten Ergebnissen: Die Unterstützung einer Vertragspartei durch alle unparteiischen Mitglieder ist jedenfalls ein Indiz dafür, dass die Sichtweise der Krankenkassen zutreffend ist; insofern könnte man in dieser besonderen Konstellation trotz der Tatsache, dass nur eine der drei Vertragsparteien den konkreten Vertragsinhalt befürwortet, eine Beschlussfassung annehmen.[1421]

Nun ließe sich aber auch einwenden, dass die echte „tripolare Besetzung“ in bestimmten Konstellationen zu einer Besserstellung der Leistungserbringer gegenüber den Krankenkassen führt. Ärzte und Krankenhäuser hätten nach dem hier vorgeschlagenen Modell des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums zusammen immerhin sechs Stimmen und müssten ohne jede Mitwirkung der Kassenseite nur ein unparteiisches Mitglied von ihrer Auffassung überzeugen, um ihre Sichtweise durchzusetzen. Man könnte also die Ansicht vertreten, dass – auch wenn es gerade in bestimmten Konstellationen nicht unproblematisch ist, von „den“ Leistungserbringern zu reden –,[1422] das Stimmenverhältnis zwischen den Leistungserbringern und den Kostenträgern ausgeglichen sein sollte. Die Bestandsaufnahme hat hier insoweit verschiedene Modelle offenbart: Eine „Verdoppelung“ der Krankenkassenbank käme nicht in Betracht, weil das Gremium sonst zunehmend handlungsunfähig wür-

---

1421 Denkbar ist hier vieles; man könnte auch an das Erfordernis einer 2/3-Mehrheit denken. Dann würden die Stimmen von zwei unparteiischen Mitgliedern benötigt.

1422 In bestimmten Konstellationen verfolgen sie jeweils ganz eigene Interessen.

de.[1423] Vieles spräche für das in § 116b Abs. 3 S. 6 SGB V gewählte Modell, nach dem die Stimmen der Krankenkassenvertreter doppelt zählen. Es gäbe also im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium zwölf Mitglieder, aber die Stimmen von drei der parteiischen Vertreter würden doppelt gezählt. Damit hätten sowohl die Kassenseite als auch die Leistungserbringerseite jeweils sechs Stimmen – Leistungsträger und Leistungserbringer stünden sich wie beim klassischen bipolaren Konflikt gleichberechtigt gegenüber.

Um in dieser Konstellation eine Beschlussfassung zu verhindern, die ohne die Stimmen der unparteiischen Mitglieder erfolgt, müssten allerdings auch deren drei Stimmen doppelt zählen. Ihre Stellung müsste in dreiseitigen Konstellationen bei einer entsprechenden Doppelung der Stimmen der Kassenseite zwangsläufig an Bedeutung gewinnen. In dem mit zwölf Personen besetzten Gremium gäbe es dann insgesamt 18 Stimmen, von denen 10 für einen Vorschlag abgegeben werden müssten. Die Krankenkassen (sechs Stimmen) müssten zwei unparteiische Mitglieder (vier Stimmen) überzeugen, um ihre Vorstellungen durchzusetzen. Für die Leistungserbringer gemeinsam gälte nichts anderes. Auch in dieser Konstellation könnte weder die Ärzteschaft noch die Krankenhausseite allein „gewinnen": Selbst wenn alle drei unparteiischen Mitglieder von der eigenen Sichtweise überzeugt werden könnten, fehlte es an einer Stimme für die erforderliche Mehrheit. Bei der geraden Stimmenzahl von 18 Stimmen stellt sich mit Blick auf die Stimme des Vorsitzenden im Übrigen dasselbe Problem wie bei einer Stimmenzahl von zwölf Stimmen.

Die eine „richtige" Antwort wird es mit Blick auf die Stimmenverhältnisse nicht geben können. Denn genau hier liegt ein grundlegendes Problem der Konfliktlösung im dreiseitigen Bereich, das allerdings letztlich klarer Regelungen im materiellen Recht bedürfte. Die entscheidende Frage lautet nämlich: In welchen Konstellationen ist es berechtigt, auch bei dreiseitigen Konstellationen die Parität zwischen Leistungserbringern und Leistungsträgern herzustellen und in welchen nicht? Wie oben dargelegt, ist der Gesetzgeber hier ganz unterschiedliche Wege gegangen, und von manchem wird die Gleichstellung der Kassen mit den Leistungserbringern durch Verdoppelung der Mitglieder in einem Gremium denn auch als „Begünstigung" gesehen.[1424] Man kann den Wunsch nach einer paritätischen Besetzung prinzipiell verstehen, wenn es um Fragen der Vergütung geht und die Leistungserbringer gemeinsam nicht mehr Entscheidungsmacht haben sollen als die Kostenträger. Bezüglich zahlreicher zu regelnder Aspekte im materiellen Recht wird man sich allerdings fragen müssen, ob eine konsequente Drittelung der Stimmen nicht angemessener wäre. Betrachtet man noch einmal die hier relevanten Konstellationen unter dem Blickwinkel der jeweiligen Stimmenverhältnisse, hat der Gesetzgeber lediglich in vier Normen eine Gleichstellung der Krankenkassen mit „den Leistungserbringern" – verstanden als die Gesamtheit von Ärztevertretern und Vertretern der Krankenhäuser – vorgenommen. Dabei handelt es sich zum einen um den Vertrag über das Entlassmanagement gemäß § 39 Abs. 1a SGB V. Hier geht es insbesondere um „*die Zusammenarbeit der Leistungserbringer mit den Krankenkassen*",[1425] und über § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V kommt es zu einer Verdoppelung der Krankenkassenvertreter im Schiedsamt. Den zweiten Fall regelt § 116b Abs. 6 SGB V: Auch hier wird das

---

1423 Dieses Modell hat der Gesetzgeber etwa in § 116b Abs. 6 SGB V gewählt.

1424 Vgl. etwa *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, SGB V, § 118a Rn. 52.

1425 § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V.

Schiedsamt nicht nur um vier Vertreter der Krankenhäuser erweitert, sondern auch um vier weitere Vertreter der Krankenkassen. Hier geht es in der Tat um Fragen rund um die Vergütung der Leistungen zur ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung. Eine zusätzliche Aufstockung der Vertreter der Krankenkassen erfolgt zudem gemäß § 87 Abs. 5a SGB V bezogen auf den ergänzten Bewertungsausschuss. In allen drei Konstellationen kann es durch die „Aufstockung" auch der Kassenseite im Übrigen zu einer Beschlussfassung kommen, bei der es auf die Stimmen der unparteiischen Mitglieder nicht ankommt – und das ist ein Ergebnis, dass aus den oben dargelegten Gründen nicht wünschenswert ist. Die vierte Konstellation betrifft den erweiterten Landesausschuss gemäß § 116b Abs. 3 SGB V – hier kommen zwar nur die Vertreter der Krankenhäuser dazu, aber die Stimmen der Krankenkassen zählen doppelt. Die Aufgabe des erweiterten Landesausschusses besteht letztlich darin, darüber zu entscheiden, ob die Ärzte und Krankenhäuser, die entsprechende Leistungen erbringen wollen, die Anforderungen erfüllen, die der Gemeinsame Bundesausschuss in einer Richtlinie vorgegeben hat.

In allen anderen Konstellationen – §§ 64c, 115, 115, 117, 118 und 137e SGB V – hat der Gesetzgeber eine echte Drittelung der Stimmen vorgenommen.

Die Wahl des Gesetzgebers für das eine oder andere Modell erschließt sich nicht unmittelbar. Vielmehr entsteht der Eindruck, dass man sich möglicherweise nicht immer wirklich Gedanken über diese Frage gemacht hat – in den Gesetzesmaterialien ist zumeist schlicht von der paritätischen Besetzung[1426] die Rede, ohne dass der konkrete Regelungsgegenstand in den Blick genommen worden wäre.

Selbst in denjenigen Konstellationen, in denen die Leistungserbringer ihre Stimmenmacht zu ihrem Vorteil ausnutzen könnten – und dafür bräuchten sie im Übrigen immer auch die Unterstützung jedenfalls eines unparteiischen Mitglieds –, bestünde mit dem gerichtlichen Rechtsschutz trotz des gegebenen Beurteilungsspielraums des Entscheidungsgremiums eine jedenfalls hinreichende Kontrollinstanz.[1427]

Angesichts der tripolaren Verhandlungssituation ließe sich aber auch ein gesteigertes Legitimationserfordernis gut begründen – und möglicherweise ließe sich das Gremium zugleich noch effizienter ausgestalten. Bestünde das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium aus nur jeweils zwei Vertretern der Vertragsparteien und zwei unparteiischen Mitgliedern, wären für eine einfache Mehrheit bei acht Mitgliedern fünf Ja-Stimmen erforderlich. Man könnte allerdings zur Stärkung der Rechte aller Vertragsparteien auch eine Zwei-Drittel-Mehrheit fordern. In Konsequenz dessen könnte eine einzelne Vertragspartei nur dann überstimmt werden, wenn beide unparteiischen Mitglieder die Sichtweise der beiden anderen Vertragsparteien teilen. Diese Besetzung und das Erfordernis einer besonderen Mehrheit stellen am ehesten sicher, dass es im dreiseitigen Bereich nicht zu Verträgen zu Lasten Dritter kommt.

---

1426 Vgl. etwa BT-Drs. 17/9992, S. 30.

1427 Sollten sich die Leistungserbringer etwa mit ihren Stimmen gemeinsam eine unangemessen hohe Vergütung sichern wollen, stünde dem unter Umständen das in § 12 SGB V normierte Wirtschaftlichkeitsgebot entgegen, dass für das gesamte Krankenversicherungsrecht Geltung beansprucht und daher auch von jedem Entscheidungsgremium zu beachten ist. Im Detail besteht hinsichtlich der Frage der „sachgerechten Vergütung" und ihrer Verortung in § 12 SGB V allerdings noch Klärungsbedarf.

Und das Modell des mit nur acht Personen besetzten Gremiums hat – abgesehen von seiner durch die geringe Größe bedingten Handlungsfähigkeit – einen weiteren Vorteil. Bei nur zwei unparteiischen Mitgliedern dürfte keine der drei Parteien „ihren" Unparteiischen einfordern können; man muss sich zu dritt auf zwei Personen einigen – gelingt das nicht, entscheidet entweder das Losglück oder die Aufsichtsbehörde bestimmt die unparteiischen Mitglieder. Es steht zwar zu befürchten, dass diese Formen der Festlegung der unparteiischen Mitglieder in der Praxis zur Regel werden wird; wenn nach dieser Personalentscheidung aber eine sachgerechte Erörterung und Entscheidung möglich wird, wäre dies zu akzeptieren.

Vor diesem Hintergrund gehen die folgenden Ausführungen daher vom Modell einer echten Drittelung der Stimmen und einer Besetzung mit acht Personen aus.[1428] Man könnte erwägen, abweichende Regelungen in einzelnen Normen zu ermöglichen – dies könnte in der Norm über das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium durch ein „*soweit nichts anderes geregelt ist*" deutlich gemacht werden. Allerdings führen solche Öffnungsklauseln zumeist zu entsprechenden Forderungen – und eigentlich besteht für eine solche Regelung kein Grund, wenn man den Gedanken der dreiseitigen Verträge konsequent auf die Konfliktlösungsebene überträgt.

Nur am Rande sei hier noch einmal angemerkt, dass all diese Überlegungen, die untrennbar mit der zu regelnden Sachmaterie und damit mit dem materiellen Recht zusammenhängen, beim Einsatz einer einzelnen Schiedsperson entbehrlich wären.

Bezogen auf die „Ärztebank" ist eine Differenzierung im Übrigen nicht erforderlich. Bis auf zwei Ausnahmen agieren in allen Fallkonstellationen die Kassenärztliche Bundesvereinigung oder die Kassenärztlichen Vereinigungen auf Landesebene. Insoweit wären diese Leistungserbringungsorganisationen auch für die Benennung der Vertreter der Ärzteschaft zuständig. Soweit auch die Vertreter der Zahnärzte am Vertragsschluss beteiligt sind – das ist lediglich bei den §§ 65c und 115b SGB V der Fall – wird auch nach aktuellem Recht nicht differenziert. Nach § 115b SGB V wird der Vertrag zwischen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen, der Deutschen Krankenhausgesellschaft und den „*Kassenärztlichen Bundesvereinigungen*" geschlossen.[1429] Für den Konfliktfall wird in § 115b Abs. 3 S. 1 SGB V „*das Bundesschiedsamt nach § 89 Abs. 4*" genannt. Nun gibt es aber zwei Schiedsämter auf Bundesebene;[1430] und es wird trotz der Beteiligung von Ärzten und Zahnärzten nicht gesagt, welches Bundes-

---

1428 Dabei darf die gemeinschaftsrechtliche Komponente hier nicht aus dem Blick geraten, auf die *Wahl* (in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 114 Rn. 13) zu Recht hinweist: Durch die Drittelung der Stimmen kommt es unter Umständen zu einem „*Übergewicht der Leistungserbringer*". Vgl. hierzu BVerfG v. 8.7.2010 – 2 BvR 520/07, Rn. 19 zur Zustimmung der Kassenärztlichen Bundesvereinigung zur Kernspinvereinbarung. Der Sache nach geht es um die Übertragung von in die Wirtschaft eingreifenden Entscheidungen an private Wirtschaftsteilnehmer. Solange sich die Mitglieder eines Berufsverbandes als „*unabhängige Sachverständige*" ansehen lassen, die verpflichtet sind, auch die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen (so EuGH v. 19.2.2002 – C-35/99), dürfte das Gemeinschaftsrecht einer entsprechenden Ausgestaltung nicht entgegenstehen.

1429 Vgl. hierzu auch *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115b Rn. 25: Vertragspartner sind die KBV und die KZBV.

1430 Hierzu oben unter C. II. 2.

schiedsamt agiert. In der Literatur wird allerdings davon ausgegangen, dass es sich um das Bundesschiedsamt für die vertragsärztliche Versorgung handelt.[1431]

Im Gesetz sollte im Übrigen ausdrücklich bestimmt sein, dass die „parteiischen" Vertreter durch „ihre" Organisationen benannt werden.

Die zwei unparteiischen Mitglieder ergänzen das Gremium, von denen eines den Vorsitz innehat. Dabei hat die Vorsitzendeneigenschaft in der hier vorgeschlagenen Konstellation nur Bedeutung für die Leitung des Gremiums und die Verhandlungsführung; was das Stimmengewicht angeht, hat die Stimme des Vorsitzenden keine besondere Bedeutung, da für einen Beschluss gegen eine Gruppe der Leistungserbringer ohnehin beide unparteiischen Mitglieder gleich abstimmen müssen.

Für jedes Mitglied des Gremiums sollten – und zwar schon im formellen Gesetz selbst[1432] – zwei Stellvertreter vorgesehen sein.

Die Amtszeit sollte vier Jahre betragen.

### c. Konflikte bei der Errichtung

Konflikte können, wie oben dargelegt, bereits bei der tatsächlichen Errichtung des Gremiums entstehen. Sollte es zu einer Blockadehaltung der Selbstverwaltungspartner hinsichtlich der Besetzung des Gremiums kommen, muss sichergestellt sein, dass das Gremium dennoch arbeitsfähig ist.

Bezogen auf die „parteiischen" Mitglieder ist dementsprechend eine Befugnis der zuständigen Aufsichtsbehörde zur Fristsetzung und gegebenenfalls zur Ersatzvornahme hinsichtlich der Benennung vorzusehen; als Vorbild könnte hier die Regelung des § 114 Abs. 2 S. 5 SGB V dienen, wobei auf das dort genannte Antragserfordernis verzichtet werden sollte: „*Soweit beteiligte Organisationen keine Vertreter bestellen … bestellt die zuständige Landesbehörde … die Vertreter.*" Dagegen ist die Verlagerung notwendiger Entscheidungen im Kontext der Errichtung eines Gremiums auf andere Gremien – dieses Modell hat der Gesetzgeber im Kontext des Schlichtungsausschusses gemäß § 17c Abs. 3 KHG gewählt[1433] – als eher umständlich anzusehen und sollte vermieden werden.

Bezogen auf die unparteiischen Mitglieder des Ausschusses sollen sich die Vertreter der jeweiligen Organisationen untereinander einigen. Gelingt das nicht, sind – das hat die Bestandsaufnahme gezeigt – zwei Konfliktlösungsinstrumente denkbar: Entweder benennt eine staatliche Behörde die Personen – so ist es etwa in § 111b Abs. 2 SGB V vorgesehen. Oder man wählt das in § 89 Abs. 3 SGB V geregelte Losverfahren, dass die Entscheidung über die unparteiischen Mitglieder wenigstens formal den Selbstverwaltungspartnern überlässt – auch wenn letztlich das „Losglück" über die jeweilige personelle Besetzung entscheidet. Gegen das letztere Modell, das im SGB V sehr häufig in Bezug genommen wird, spricht allerdings die kurze Amtszeit von nur einem Jahr, die das „Lospech" der anderen Seite er-

---

1431 Vgl. *Köhler-Hohmann* in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, § 115b Rn. 64: Das erweiterte Schiedsamt nach § 89 Abs. 4 SGB V wird durch die KBV und andere gebildet.

1432 Zur Vermeidung überflüssiger untergesetzlicher Regelungen gleich unter J.

1433 Hier trifft die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG die notwendigen Entscheidungen (hierzu C. II. 4. c.).

träglich machen soll. Will man auf diesen Ausgleich nicht verzichten, wäre die Bestellung durch eine Behörde die bessere Variante. Ein Gremium soll in seiner Amtszeit eine spezifische Kompetenz entwickeln; und gerade die unparteiischen Mitglieder bedürfen erfahrungsgemäß einige Zeit, um sich auch mit den Problemen der Praxis vertraut zu machen und diese in ihren Entscheidungen zu berücksichtigen. Insofern ist das „Ersetzungsmodell" vorzugswürdig: Die Selbstverwaltungspartner haben eine Chance sich zu einigen; gelingt das nicht, bestimmt eine staatliche Behörde die unparteiischen Mitglieder. Beim sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium auf Bundesebene wäre das Bundesministerium für Gesundheit zuständig; bei dem entsprechenden Landesgremium die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde.

Dass die Mitglieder des Gremiums ihre Tätigkeit in einem Ehrenamt ausüben und keinen Weisungen unterliegen, sollte ebenfalls im Gesetz bestimmt werden. Entsprechendes gilt für Fragen der Abberufung oder der Amtsniederlegung. Da diese Fragen zahlreiche Gremien im SGB V betreffen, wäre hier allerdings an eine generelle Regelung zu denken.[1434]

### d. Der Verfahrensbeginn

In der Praxis hat sich bei anderen Gremien offenbar die fehlende Antragstellung als Problem erwiesen, für das es zunächst keine Konfliktlösung gab, wenn das jeweilige Verfahren als Antragsverfahren ausgestaltet ist. Die Ergänzung von § 89 SGB V um seinen Absatz 1a verdeutlicht das Problem: Hier ist – nach entsprechender Fristsetzung – eine Antragstellung durch die zuständigen Aufsichtsbehörden „*mit Wirkung für die Vertragsparteien*" vorgesehen. Soweit es um Antragsverfahren geht – das ist nicht in allen Konstellationen der Fall – sollte eine entsprechende Regelung auch für die neuen Gremien vorgesehen werden.

Im Fall der Kündigung getroffener Vereinbarungen, wäre an eine § 89 Abs. 1 S. 2 bis 4 SGB V entsprechende Regelung zu denken: Das Gremium ist über die Kündigung zu informieren und agiert dann ohne Antragserfordernis. Die Regelungen des bisherigen Vertrags gelten solange fort.

### e. Zur Beschlussfassung

Die Beschlussfassung im Gremium ergeht durch einen Mehrheitsentscheid. Erforderlich ist nach der hier vorgeschlagenen Konzeption das Vorliegen einer Zwei-Drittel-Mehrheit. Da das Gremium über acht Stimmen verfügt, ist diese Mehrheit nur gegeben, wenn es sechs „Ja-Stimmen" gibt.

In Konsequenz dieser Vorgaben kann keine Seite allein einen Mehrheitsbeschluss erreichen. Zwei der drei Parteien müssen miteinander kooperieren und zudem beide unparteiischen Mitglieder von ihrer Sichtweise überzeugen. Unmöglich ist damit eine Übervorteilung einer der drei Parteien: Tun sich etwa die Krankenkassen mit den Ärztevertretern zusammen, reicht das nicht für eine Mehrheitsentscheidung. Die Interessen aller Betroffenen werden damit im Schiedsverfahren berücksichtigt. Auch hier sei noch einmal betont, dass man insoweit die unparteiischen Mitglieder nicht etwa den Parteien „zuordnen" kann: Selbst wenn es sich um eine Person handeln sollte, die gleichsam ein Wunschkandidat der Krankenkas-

---

1434 Hierzu gleich unter J.

sen und/oder der Ärzteschaft gewesen ist,[1435] haben sich alle drei Parteien auf „die Unparteiischen" geeinigt oder sie wurden von einer staatlichen Behörde bestellt. Im Übrigen würde die Position der unparteiischen Mitglieder ad absurdum geführt, würde man sie – und das wäre die Konsequenz einer solchen Sichtweise – letztlich doch nicht als „unparteiisch" ansehen. Jeder einzelnen Person mag man ein gewisses Vorverständnis der Materie unterstellen; das ändert aber nichts daran, dass sie in der konkreten Entscheidungssituation neutral agiert.

Da eine Unterstützung durch die beiden unparteiischen Mitglieder zwingend erforderlich ist, kann auch nicht von einem Vertrag zu Lasten Dritter die Rede sein. Eine Partei unterliegt immer im Schiedsverfahren – das ist bei den dreiseitigen Konstellationen nicht anders als bei den zweiseitigen.

Fraglich ist, wie mit einer möglichen Beschlussunfähigkeit umzugehen ist. Fordert man – auch aus Gründen der Legitimation der Entscheidung – eine Zwei-Drittel-Mehrheit, müssten auch in einer zweiten einberufenen Sitzung jedenfalls sechs Personen anwesend sein – und diese müssten – was fast nur bei der Blockadehaltung einer einzelnen Bank denkbar ist – einstimmig entscheiden, um einen entsprechenden Beschluss fassen zu können. Angesichts der Besetzung des Gremiums mit jeweils zwei Stellvertretern sollte eine Beschlussunfähigkeit eigentlich kaum denkbar sein. Man könnte daran denken, den Selbstverwaltungspartnern die Möglichkeit einer zweiten Sitzung einzuräumen, bei der aber wiederum alle Mitglieder vertreten sein müssen. Gelingt das nicht, spricht viel dafür, bereits in diesem Stadium eine Ersatzvornahme durch staatliche Behörden vorzusehen.

### f. Zu den zeitlichen Vorgaben der Entscheidung

Für die Entscheidung des Gremiums sollte eine Frist vorgesehen werden, um gerade in Vertragsangelegenheiten weitere unnötige Verzögerungen zu vermeiden. Eine Frist von drei Monaten, wie sie etwa für das Schiedsamt nach § 89 Abs. 1 SGB V und seit jüngstem auch für den Gemeinsamen Bundesausschuss[1436] vorgesehen ist, erscheint insoweit sachgerecht. Diese Frist ist auch nicht als reine Ordnungsvorschrift zu konzipieren; vielmehr soll ihre Überschreitung jedenfalls Konsequenzen für die Befugnisse der Aufsichtsbehörden haben.

### g. Ersatzvornahme

Eine tatsächlich vollumfängliche Konfliktlösung ist nur dann sichergestellt, wenn gleichsam am „Ende der Entscheidungskette" im Bedarfsfall eine staatliche Behörde den erforderlichen Beschluss im Wege einer spezialgesetzlich geregelten Art von Ersatzvornahme[1437] fassen kann. Dieses Konzept hat der Gesetzgeber etwa in § 89 Abs. 1 S. 5 SGB V zugrunde gelegt: „*Kommt ein Vertrag bis zum Ablauf von drei Monaten durch Schiedsspruch nicht zustande und setzt das Schiedsamt auch innerhalb einer von der zuständigen Aufsichtsbehörde bestimmten Frist den Vertragsinhalt nicht fest, setzt die für das Schiedsamt zuständige Aufsichtsbehörde den Vertragsinhalt fest.*" Auch für den Richtlinienerlass durch den Gemeinsamen Bundesausschuss hat der Gesetz-

---

1435 In der Praxis dürfte eine Übereinstimmung in personeller Hinsicht allerdings die Ausnahme darstellen.

1436 Vgl. etwa § 137c Abs. 1 S. 6 SGB V.

1437 Zu den Schwächen des Aufsichtsrechts insoweit vgl. schon oben H. I. 2.

geber in § 94 SGB V eine entsprechende Ersetzungsbefugnis etabliert. Wenn die gemeinsame Selbstverwaltung – aus welchen Gründen auch immer – an ihre Grenzen stößt und die ihr kraft Gesetzes zugewiesene Aufgabe nicht erfüllen kann oder will, sind es die staatlichen Behörden, die die Verantwortung für die Funktionsfähigkeit des gesetzlichen Systems übernehmen müssen.

Vor diesem Hintergrund ist in der neuen Norm auch zu regeln, wer die Aufsicht über das jeweilige sektorenübergreifende Entscheidungsgremium führt. Hier bietet sich eine Orientierung an § 89 Abs. 5 S. 1 und 2 SGB V an.

### h. Zur Beschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes

Soweit es sich bei den vom sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium zu treffenden Entscheidungen um Verwaltungsakte handelt, sollte die aufschiebende Wirkung von entsprechenden Rechtsbehelfen generell ausgeschlossen werden.

### i. Sonstiges

Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium agiert als Behörde im Sinne von § 1 Abs. 2 SGB X und ist nach § 70 Nr. 4 SGG beteiligungsfähig.

Die Aufgabe des Gremiums liegt in der Beschlussfassung bzw. der Vertragsersetzung durch Beschluss. Bezogen auf die Vertragsersetzung, die den weitaus größeren Teil der Aufgabenzuweisung ausmacht, sollte im Gesetz bestimmt sein, dass vor der Beschlussfassung der Versuch einer Schlichtung vorzunehmen ist. Dieser Aspekt wird in der Praxis mitunter vernachlässigt.

### j. Formulierungsvorschlag

Wie eine Norm, die die genannten Vorgaben erfüllt, aussehen könnte, soll im Folgenden an einem Formulierungsvorschlag verdeutlicht werden.

**§ xxx SGB V Sektorenübergreifende Entscheidungsgremien**

(1) Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam, die Landeskrankenhausgesellschaften oder die Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam und die Kassenärztliche Vereinigung bilden für jedes Land ein sektorenübergreifendes Entscheidungsgremium.
(2) Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft bilden das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundesebene.
(3) Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien entscheiden innerhalb von drei Monaten in den ihnen nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben. Wird ein erforderlicher Antrag nicht gestellt, kann nach Fristsetzung auch die Aufsichtsbehörde das Gremium mit Wirkung für die Beteiligten anrufen.
(4) Wird ein sektorenübergreifender Vertrag gekündigt, ist das sektorenübergreifende Gremium zu informieren. Kommt bis zum Ablauf des Vertrages ein neuer Vertrag nicht zustande, setzt das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium den Vertragsinhalt inner-

halb von drei Monaten fest. In diesem Fall gelten die Bestimmungen des bisherigen Vertrags bis zur Entscheidung vorläufig weiter.
(5) Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien bestehen aus je zwei Vertretern der Krankenkassen, der Ärzteschaft und der Krankenhäuser sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und einem weiteren unparteiischen Mitglied. Für jedes Mitglied gibt es zwei Stellvertreter. Die Vertreter und Stellvertreter werden durch die Organisationen, die das Gremium bilden, bestellt. Kommt eine Bestellung durch die Organisationen nicht zustande, bestellt nach Fristsetzung die Aufsichtsbehörde die Vertreter und Stellvertreter. Über die unparteiischen Mitglieder sowie ihre Stellvertreter sollen sich die Parteien einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, erfolgt eine Bestellung der unparteiischen Mitglieder und ihrer Stellvertreter durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Die unparteiischen Mitglieder gelten als bestellt, sobald sie sich den beteiligten Organisationen gegenüber zur Amtsübernahme bereit erklärt haben.
(6) Die Amtszeit aller Mitglieder beträgt vier Jahre. Sie führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Die unparteiischen Mitglieder können aus wichtigem Grund von der zuständigen Aufsichtsbehörde abberufen werden; die Vertreter der Krankenkassen, der Ärzte und der Krankenhäuser können von den Organisationen, die sie bestellt haben, abberufen werden. Eine Amtsniederlegung ist gegenüber den beteiligten Organisationen zu erklären.
(7) Die Mitglieder sind verpflichtet, an den Sitzungen teilzunehmen oder bei Verhinderung ihre Stellvertreter zu benachrichtigen. Eine Stimmenthaltung ist unzulässig.
(8) Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien entscheiden mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit der Stimmen der Mitglieder.
(9) Das Gremium ist beschlussfähig, wenn alle Mitglieder bzw. ihre Stellvertreter anwesend sind. Ist auch bei einer zweiten einberufenen Sitzung keine Beschlussfähigkeit gegeben, entscheidet die Aufsichtsbehörde anstelle des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums.
(10) Trifft das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium innerhalb von drei Monaten keine Entscheidung, setzt die Aufsichtsbehörde eine Frist zur Entscheidung. Nach Ablauf der Frist entscheidet die Aufsichtsbehörde.
(11) Klagen gegen Entscheidungen der sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien haben keine aufschiebende Wirkung; für Entscheidungen der Aufsichtsbehörde nach dieser Vorschrift gilt Entsprechendes. Ein Vorverfahren findet nicht statt.
(12) Die Aufsicht über die Geschäftsführung des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Landesebene führt die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde; die Aufsicht über die Geschäftsführung des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Bundesebene führt das Bundesministerium für Gesundheit.

### k. Fazit

Mit Hilfe des vorgeschlagenen neuen Gremiums lassen sich faktisch alle im vorliegenden Gutachten als dreiseitig ermittelten Konflikte sachgerecht lösen. Die Interessen aller drei beteiligten Gruppen würden hinreichend berücksichtigt; Verträge zu Lasten Dritter ließen sich ohne die Stimmen beider unparteiischer Mitglieder im Schiedsverfahren nicht durchsetzen.

Dennoch sei noch einmal daran erinnert, dass auch der Einsatz einer Schiedsperson – entsprechende Regelungen im SGB V vorausgesetzt – denkbar ist. Dieses Modell könnte in rechtlicher Hinsicht weitaus schlanker gestaltet werden, auch wenn die maßgeblichen Normen über die Schiedsperson und ihre Tätigkeit noch zu schaffen wären.[1438] Der Vorteil der Einbindung einer Schiedsperson, die im Übrigen in der Praxis ebenso häufig durch die Aufsichtsbehörde bestimmt werden würde, liegt darin, dass man sich über die bei dreiseitigen Konstellationen durchaus schwierigen Fragen einer sachgerechten Besetzung und Stimmenverteilung keine Gedanken machen müsste. Der Nachteil liegt – wie oben bereits erörtert – darin, dass Schiedspersonen nach dem derzeitigen Modell nur „ad hoc" berufen werden und so keine spezifische sektorenübergreifende Kompetenz entstehen kann. Allerdings: Nichts spricht dagegen, Schiedspersonen für eine Amtszeit von mehreren Jahren zu etablieren. Wie auch immer – beide Optionen sind denkbar; es ist allerdings anzunehmen, dass die Einbindung von Vertretern der Parteien in ein gemeinsames Gremium zu einer höheren Akzeptanz der Entscheidungen führen dürfte.

[1438] Bei einer Schiedsstelle sollen durch „parteiische Vertreter" die gegensätzlichen Positionen der Vertragsparteien in den Entscheidungsprozess einbezogen werden – dies kann allerdings auch eine Schiedsperson leisten, wenn das Gesetz eine mündliche Verhandlung und eine entsprechende Erörterung mit den Parteien voraussetzt.

## I. Zur verfassungsrechtlichen Legitimation des neuen Entscheidungsgremiums

Schließlich soll – nunmehr mit Blick auf das neue sektorenübergreifende Entscheidungsgremium – noch einmal die zu Beginn aufgeworfene Frage nach der verfassungsrechtlichen Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung[1439] angesprochen werden.

Dass sich die entsprechende Diskussion nicht auf den Gemeinsamen Bundesausschuss beschränken kann, dürfte unbestritten sein, denn alle Gremien, die im weitesten Sinne „Recht" setzen, sei es durch Beschlüsse oder durch den Abschluss von Verträgen, bedürfen insoweit einer entsprechenden verfassungsrechtlichen Legitimation, weil auch hier „Staatsgewalt" ausgeübt wird. Dabei ist die Frage in zweierlei Hinsicht relevant: Einerseits geht es um die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht betonte Frage nach der gleichmäßigen Berücksichtigung der betroffenen Interessen im jeweiligen Entscheidungsgremium; andererseits ist maßgeblich, wie weitgehend Dritte von den Entscheidungen des jeweiligen Gremiums in ihren Grundrechten tangiert werden.

Bezogen auf den ersten Punkt erweist sich das neue Entscheidungsgremium als sachgerechte Lösung. Die Interessen aller betroffenen Organisationen, die sich nach den Vorgaben des SGB V entweder vertraglich vereinbaren oder gemeinsame Beschlüsse fassen sollen, sind im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium jeweils gleichmäßig vertreten. Jede Partei hat zwei Stimmen; das Gremium ist damit ein Spiegel der materiellen Rechtsnormen, die stets alle drei Parteien gleichermaßen adressieren. Insoweit wird niemand bevorzugt und niemand benachteiligt. Um der spezifischen Tripolarität der Verträge und Beschlüsse Rechnung zu tragen, ist insbesondere sicherzustellen, dass keine Verträge zu Lasten Dritter geschlossen werden. Das Erfordernis einer Zwei-Drittel-Mehrheit bei einer Mitgliederzahl von acht Personen verhindert, dass zwei Organisationen gemeinsam agieren und – ohne die Mitwirkung der unparteiischen Mitglieder – einen Mehrheitsbeschluss treffen können. Bezogen auf die vertragsersetzende Tätigkeit würde die Möglichkeit der Mehrheitenbildung ohne Überzeugung der Unparteiischen das Schiedsverfahren als solches aus den oben bereits erläuterten Gründen ad absurdum führen. Und auch bezogen auf die sonstige Beschlusstätigkeit erweist sich die gleichmäßige Interessenberücksichtigung als weitaus sachgerechter als etwa diejenige im Gemeinsamen Bundesausschuss: In dessen Beschlussgremium kann durch das Zusammenwirken der Krankenkassen mit den Ärzten ein Mehrheitsbeschluss gefasst werden, bei dem die Stimmen der unparteiischen Mitglieder ohne jede Relevanz sind. Diese Konstellation ist im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium nicht möglich – hier müssen stets beide unparteiischen Mitglieder die Sichtweise von zwei der drei betroffenen Parteien teilen; gelingt das nicht, trifft eine staatliche Behörde die Entscheidung. Insofern ist die vom Bundesverfassungsgericht zu Recht betonte gleichmäßige Berücksichtigung der Interessen[1440] im sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium vollständig sichergestellt.

Bezogen auf den zweiten Punkt sind die grundlegenden Unterschiede zwischen der Tätigkeit des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums einerseits und etwa des Gemeinsamen Bundesausschusses andererseits zu berücksichtigen. Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium ersetzt in erster Linie vertragliche Vereinbarungen, die nach Maßgabe des

---

1439 Hierzu oben unter B.

1440 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 145.

SGB V zwischen Krankenkassen, Ärzten und Krankenhäusern zu schließen sind. Scheitern die Vertragsparteien, wird der für die Funktionsfähigkeit des Krankenversicherungssystems erforderliche Vertragsinhalt durch das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium festgesetzt. Insoweit agiert dieses als Schiedseinrichtung und unterliegt damit deutlich geringeren Anforderungen hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Legitimation, denn: Wenn man im Rahmen der funktionellen Selbstverwaltung akzeptiert, dass Detailregelungen durch zwei- oder dreiseitige Vereinbarungen zwischen Kostenträgern und Leistungserbringern geschlossen werden, tritt das – insoweit sachgerecht besetzte – sektorenübergreifende Entscheidungsgremium lediglich an die Stelle der Vertragsparteien. Die Konfliktlösung ist insoweit etwas anderes als etwa die originäre Rechtssetzung durch den Gemeinsamen Bundesausschuss. Nur wenn man diese Legitimation der vertraglichen Kooperation überhaupt in Frage stellen wollte, würden entsprechende Bedenken naturgemäß auch auf das Konfliktlösungsinstrument durchschlagen. Angesichts der Tatsache, dass die funktionale Selbstverwaltung verwaltungsexternen Sachverstand aktivieren[1441] und zugleich dazu beitragen soll, „*…dass die vom Gesetzgeber beschlossenen Zwecke und Ziele effektiver erreicht werden*“,[1442] dürfte das Vertragsmodell als solches auch vor dem Hintergrund von Art. 87 Abs. 2 GG allerdings nicht grundsätzlich in Frage zu stellen sein, denn genau diese Ziele sind es, die der Gesetzgeber durch die gemeinsame Einbindung von Kostenträgern und Leistungserbringern verfolgt: In allen relevanten Fallgestaltungen geht es letztlich um die besondere Kompetenz der drei betroffenen Organisationen, die die Vorgaben des Gesetzes konkretisieren sollen. Die bereits angesprochenen und nicht unberechtigten Bedenken hinsichtlich der Normsetzung durch Private mit Blick auf die Krankenhausseite sind insoweit letztlich nicht durchschlagend.

Aber auch dort, wo das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium nicht vertragsersetzend tätig wird, sondern sonstige Beschlüsse im Kontext des SGB V trifft, ist seine Tätigkeit mit der des Gemeinsamen Bundesausschusses nicht vergleichbar und unterliegt auch mit Blick auf die verfassungsrechtliche Legitimation damit weniger strengen Anforderungen. Das Gremium entscheidet hier in erster Linie über Fragen der Vergütung derjenigen Leistungserbringer, die im Gremium selbst vertreten sind – man denke hier nur an den einheitlichen Bewertungsmaßstab zur Vergütung der Leistungen nach § 116b SGB V. In Ersetzung des erweiterten Landesausschusses nach § 116b Abs. 2 SGB V agiert das Gremium als eine Art Kontrollinstanz, die prüft, ob die Leistungserbringer die Vorgaben des Gemeinsamen Bundesausschusses einhalten. In inhaltlicher Hinsicht ist damit der vom Bundesverfassungsgericht vor knapp zwei Jahren angesprochene Parameter zur Beurteilung der verfassungsrechtlichen Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses hier völlig anders zu beurteilen: Hier werden nicht mit „*mit hoher Intensität Angelegenheiten Dritter*“ geregelt, „*die … nicht mitwirken konnten.*“[1443] Zwar haben auch Regelungen über die Vergütung einen jedenfalls mittelbaren Einfluss auf die Versorgung der Patienten; diese Betroffenheit ist aber nicht vergleichbar mit der Regelungswirkung von Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, die etwa bestimmen, ob Patienten eine bestimmte ärztliche Behandlung überhaupt beanspruchen können oder nicht.

---

1441 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 144.

1442 BVerfG v. 5.12.2002 – 2 BvL 5/98, Rn. 144. Zur Gefahr der zu großen Macht nur einer Seite vgl. *von Maydell*, Die Sozialversicherung 1992, S. 242, 246.

1443 BVerfG v. 10.11.2015 – 1 BvR 2056/12, Rn. 22.

Und diese inhaltliche Differenzierung bezogen auf die Grundrechtsrelevanz der zu treffenden Entscheidungen gilt letztlich für alle Aufgaben, die dem sektorenübergreifenden Entscheidungsgremium übertragen sind. Man mag sich bei einzelnen Regelungen fragen, ob die gesetzlichen Vorgaben des SGB V im Sinne des Bundesverfassungsgerichts eine hinreichende „Anleitung" enthalten – das allerdings wäre dann eine Frage des materiellen Rechts, das mit dem speziellen Konfliktlösungsinstrument nichts zu tun hat.

Insgesamt bestehen damit gegen die verfassungsrechtliche Legitimation des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums keine Bedenken. Selbst wenn man die entsprechende Kritik an der Tätigkeit des Gemeinsamen Bundesausschuss teilt[1444] – die Tätigkeit des neuen Gremiums unterscheidet sich sowohl bezogen auf die Besetzung und Beschlussfassung und damit auf die gleichmäßige Berücksichtigung der betroffenen Interessen als auch hinsichtlich der Reichweite der Entscheidungen für unbeteiligte Dritte maßgeblich von derjenigen des Gemeinsamen Bundesausschusses.

[1444] Dass es auch insoweit kein einfaches Urteil als „verfassungswidrig" oder „verfassungsgemäß" geben kann, wurde oben unter B. bereits angesprochen. Es gibt gute Gründe, diese Frage differenziert zu betrachten (vgl. etwa zur Nutzenbewertung ausführlich *Ertl*, Die Bewertung von medizinischen Methoden in der deutschen Rechtsordnung – eine vergleichende Untersuchung anhand des sozial- und privatrechtlichen Krankenversicherungsrechts und des Steuerrechts, Dissertation Universität Hamburg, Manuskript 2017, S. 260 ff.).

## J. Zur besseren Strukturierung der Konfliktlösung im SGB V

Abschließend stellt sich die Frage nach der Verortung des neuen Gremiums im SGB V. In diesem Zusammenhang bietet es sich an – auch wenn das von der eigentlichen Fragestellung des Gutachtens letztlich nicht mehr umfasst ist – die Gesamtkonzeption des Gesetzes insoweit kritisch zu überdenken.

Im Vierten Kapitel des SGB V, das überschrieben ist mit „*Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern*", findet sich im Zweiten Abschnitt („*Beziehungen zu Ärzten, Zahnärzten und Psychotherapeuten*") ein mit „*Schiedswesen*" überschriebener Fünfter Titel – und dieser besteht aus nur einer einzigen Norm, nämlich aus § 89 SGB V. Ansonsten sind die Regelungen über das Schiedswesen über das gesamte SGB V verstreut. Neben der Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V wird gesondert erwähnt etwa die in § 111b SGB V geregelte „*Landesschiedsstelle für Vergütungsvereinbarungen zwischen Krankenkassen und Trägern von Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen.*" Die das Schiedswesen betreffenden Vorschriften finden sich Übrigen zumeist in den jeweils maßgeblichen Normen des Leistungserbringungsrechts. Auch darauf allerdings darf man sich nicht verlassen: Mitunter hat der Gesetzgeber die Ebenen von Leistungs- und Leistungserbringungsrecht vermischt und entsprechende Schiedsregelungen etwa in § 39 SGB V implementiert.

Die Bestandsaufnahme in diesem Gutachten[1445] hat die Vielzahl und auch die vielfältige Ausgestaltung der Schiedseinrichtungen im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung offenbart: Neben dem Schiedsamt finden sich diverse spezialgesetzliche Schiedsstellen; in vielen Konstellationen agieren zudem Schiedspersonen als Konfliktlöser. Angesichts der Tatsache, dass diese zahlreichen Konfliktlösungsinstrumente über das gesamte SGB V verstreut sind und sich die maßgeblichen Normen teilweise doch erheblich ähneln, drängt sich die Frage auf, ob es nicht sinnvoller wäre, diese Regelungen zusammenzufassen, soweit möglich zu vereinheitlichen und gemeinsam – etwa in einem neuen Vierzehnten Abschnitt des Vierten Kapitels – zu normieren. Ein Beispiel mag das verdeutlichen: In faktisch jeder Fallkonstellation ist bestimmt, dass die Mitglieder des Gremiums „*ihr Amt als Ehrenamt führen*" und „*an Weisungen nicht gebunden sind.*" Vergleichbares gilt für die Frage der aufschiebenden Wirkung von Entscheidungen, die als Verwaltungsakt ergehen – in zahlreichen Normen wird dieser Punkt immer wieder neu aufgegriffen.

Aber auch dort, wo vergleichbare Fragen ähnlich, aber im Detail doch teilweise unterschiedlich ausgestaltet sind, wäre an eine Vereinheitlichung zu denken. Das gilt etwa für die Zusammensetzung der Gremien sowie Fragen im Kontext ihrer Besetzung. Hier ist es insbesondere die personelle Besetzung mit den unparteiischen Mitgliedern des Schiedsamts und der Schiedsstellen, die immer wieder angesprochen und teilweise sehr ähnlich geregelt wird. Für die mitunter getroffenen Differenzierungen sind keine sachlichen Gründe erkennbar. Hier wäre es an der Zeit – vor dem Hintergrund der Ausführungen zu den denkbaren Konflikten und ihren Lösungen –, einheitliche Regelungen zu konzipieren, die für alle als Gremien konzipierten Schiedseinrichtungen gleichermaßen gelten. Zu denken wäre etwa an eine Regelung, die bestimmt, dass eine Schiedsstelle stets mit je drei Vertretern der für die Vereinbarung zuständigen Leistungserbringern und der Kostenträger sowie drei unparteiischen

---

[1445] Vgl. hierzu unter C.

Mitgliedern besetzt ist. In den jeweiligen Normen des Leistungserbringungsrechts wäre dann nur auf diese Norm zu verweisen;[1446] die konkrete Zusammensetzung ergibt sich dann gleichsam in Konsequenz der Vereinbarungsverpflichtung.[1447] Die Konflikte, die wie dargelegt auf allen denkbaren Ebenen auftreten können, würden einheitlich gelöst – Stichworte sind hier vor allem: Ersetzungsbefugnis für die Benennung der „parteiischen" Mitglieder, Antragserfordernis und Ersatzvornahme bei einem Scheitern der Selbstverwaltung.

Schließlich ließe sich auch die Frage der Aufsicht über die jeweiligen Schiedseinrichtungen in diesem Teil des SGB V zusammenfassend regeln.[1448]

Bei einer entsprechenden Reform wären auch die untergesetzlichen Normen in den Blick zu nehmen. Viele der Regelungen, die aufgrund der immer wieder anzutreffenden und faktisch gleichlautenden Verordnungsermächtigung durch das Bundesministerium für Gesundheit getroffen wurden, sind redundant. Es ist schon nicht immer einfach, die untergesetzlichen Normen überhaupt zu ermitteln – wenn man sie denn gefunden hat, erscheinen sie dem Rechtsanwender doch sehr ähnlich. Dass für die Sitzungen eine Teilnahmepflicht besteht und eine Stimmenthaltung nicht möglich ist, ließe sich – einmal für alle entsprechenden Gremien – im SGB V selbst regeln. Entsprechendes gilt für die Frage der Abberufung der Mitglieder oder eine Amtsniederlegung. Auch die Kostenfrage könnte allgemein geregelt werden; und möglicherweise ließen sich auch für Fragen der Aufwandsentschädigung einheitliche Regelungen treffen mit der Konsequenz, dass untergesetzliche Normen vollständig entbehrlich würden.

Der gesonderte Abschnitt über das Schiedswesen, der im Übrigen auch das Verweisungswirrwarr beenden würde,[1449] wäre aber auch der Ort, um endlich konkrete Regelungen über die Tätigkeit der Schiedspersonen zu treffen. Es wurde bereits oben dargelegt, dass gegen den Einsatz einzelner Menschen als „Konfliktlöser" keine grundlegenden Bedenken bestehen. Dass sie allerdings nach der aktuellen Konzeption gleichsam im „rechtsfreien Raum" tätig sind, erweckt ein gewisses rechtsstaatliches Unbehagen. Fragen der Qualifikation könnten hier ebenso normiert werden wie der Verfahrensablauf – hier wären eine mündliche Erörterung mit den Beteiligten sowie eine Begründung des Beschlusses das Mindeste, was zu fordern wäre. Und es wäre die Gelegenheit, die rechtliche Qualifikation ihrer Tätigkeit noch einmal kritisch zu überdenken. Weder die Tatsache, dass es sich – das ist der vom Gesetzgeber zumeist angedachte Idealfall – um eine Person handelt, auf die sich die Parteien geeinigt haben, noch die Einmaligkeit ihres Handelns sprechen zwingend dagegen, dass diese Person Verwaltungsakte erlässt.[1450] Das vom Bundessozialgericht vertretene „Vertragshelfermodell"

---

1446 Das könnte etwa wie folgt geschehen: „*Kommt die Vereinbarung nicht zustande, entscheidet eine Schiedsstelle nach Maßgabe von § XXX SGB V.*"

1447 Auch das wäre entsprechend zu regeln.

1448 Auch hier liegt ja ein weitgehend einheitliches Konzept zugrunde, so dass das nicht ständig neu formuliert werden muss: Geht es um eine Vereinbarung auf Bundesebene, übt das Bundesministerium für Gesundheit die Aufsicht aus; bei einer Vereinbarung auf Landesebene hat die Aufsicht über die Geschäftsführung der – dann jeweils auch „landesrechtlich besetzten" – Schiedseinrichtung die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde.

1449 Man denke hier nur an § 39 Abs. 1a S. 9 SGB V, der auf § 118a Abs. 2 S. 2 SGB V verweist – der wiederum nennt das letztlich zuständige Gremium, nämlich § 89 Abs. 4 SGB V.

1450 Hierzu schon grundlegend *Ebsen,* Rechtliche Anforderungen an das Handeln der Schiedsperson für die Festlegung des Inhalts des Vertrags über die hausärztliche Versorgung nach § 73b Abs. 4a SGB V, 2009.

jedenfalls hat deutliche Schwächen.[1451] Insoweit bestünde hier die Chance, für die Schiedspersonen ein stimmiges Gesamtkonzept zu entwickeln.

Dass die Konzeption eines Abschnitts über das „Schiedswesen" für den Gesetzgeber eine „große Baustelle" darstellen dürfte, ist der Gutachterin wohl bewusst – ebenso wie die Tatsache, dass in der Rechtspraxis für entsprechende „rechtssystematische Verbesserungen" selten Zeit übrig bleibt. Das gilt umso mehr, wenn man den Gedanken zu Ende spinnt und das gesamte sozialrechtliche Schiedswesen in den Blick nehmen wollte – dann wäre der Ort des Geschehens nicht mehr das SGB V, sondern das SGB X.[1452]

Wie auch immer: Das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium wäre ein Gremium des Schiedswesens und wäre dementsprechend zu verorten. In den meisten Fallgestaltungen agiert es als Schiedseinrichtung. Die Tatsache, dass es auch die Aufgaben etwa des erweiterten Landesausschusses übernehmen würde, steht der Zuordnung zum Schiedswesen nicht entgegen. Der Gesetzgeber hat schon an anderer Stelle Schiedsstellen gleichsam „fachfremde" Aufgaben übertragen – man denke nur an die Schiedsstelle nach § 18a Abs. 6 KHG, die auch fehlende Entscheidungen im Kontext der Etablierung des Schlichtungsausschusses ersetzen muss.[1453]

Die soeben unter H. III. 4. j. skizzierte neue Vorschrift würde durch eine entsprechende grundlegende Reform des Schiedswesens im SGB V jedenfalls deutlich entschlackt: Alles was nunmehr kursiv gesetzt ist, gehört zu den gleichsam allgemeinen Fragen, die es für alle Entscheidungsgremien zu regeln gälte:

**§ xxx SGB V Sektorenübergreifende Entscheidungsgremien**

1. Die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen gemeinsam, die Landeskrankenhausgesellschaften oder die Vereinigungen der Krankenhausträger im Land gemeinsam und die Kassenärztliche Vereinigung bilden für jedes Land ein sektorenübergreifendes Entscheidungsgremium.
2. Der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, die Kassenärztliche Bundesvereinigung und die Deutsche Krankenhausgesellschaft bilden das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium auf Bundesebene.
*3.* Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien entscheiden innerhalb von drei Monaten in den ihnen nach diesem Buch zugewiesenen Aufgaben. *Wird ein erforderlicher Antrag nicht gestellt, kann nach Fristsetzung auch die Aufsichtsbehörde das Gremium mit Wirkung für die Beteiligten anrufen.*
*4. Wird ein sektorenübergreifender Vertrag gekündigt, ist das sektorenübergreifende Gremium zu informieren. Kommt bis zum Ablauf des Vertrages ein neuer Vertrag nicht zustande, setzt das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium den Vertragsinhalt innerhalb von drei Monaten fest. In diesem Fall gelten die Bestimmungen des bisherigen Vertrags bis zur Entscheidung vorläufig weiter.*

---

1451 Vgl. schon unter D. VI. 11.

1452 Eine systematische Kodifizierung des Schiedswesens ist eine echte Herausforderung – und das gilt umso mehr, als man sich fragen muss, wann gerade im Sozialrecht überhaupt von einem „System" gesprochen werden kann (hierzu *Becker* in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, S. 77, 90).

1453 Hierzu oben C. II. 3. c.

*5.* Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien *bestehen aus je zwei Vertretern der Krankenkassen, der Ärzteschaft und der Krankenhäuser sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und einem weiteren unparteiischen Mitglied. Für jedes Mitglied gibt es zwei Stellvertreter. Die Vertreter und Stellvertreter werden durch die Organisationen, die das Gremium bilden, bestellt. Kommt eine Bestellung durch die Organisationen nicht zustande, bestellt nach Fristsetzung die Aufsichtsbehörde die Vertreter und Stellvertreter. Über unparteiische Mitglieder sowie ihre Stellvertreter sollen sich die Parteien einigen. Kommt eine Einigung nicht zustande, erfolgt eine Bestellung der unparteiischen Mitglieder und ihrer Stellvertreter durch die zuständige Aufsichtsbehörde. Die unparteiischen Mitglieder gelten als bestellt, sobald sie sich den beteiligten Organisationen gegenüber zur Amtsübernahme bereit erklärt haben.*

*6. Die Amtszeit der Mitglieder beträgt vier Jahre. Sie führen ihr Amt als Ehrenamt und sind an Weisungen nicht gebunden. Die unparteiischen Mitglieder können aus wichtigem Grund von der zuständigen Aufsichtsbehörde abberufen werden; die Vertreter der Krankenkassen, der Ärzte und der Krankenhäuser können von den Organisationen, die sie bestellt haben, abberufen werden. Eine Amtsniederlegung ist gegenüber den beteiligten Organisationen zu erklären.*

*7. Die Mitglieder sind verpflichtet, an den Sitzungen teilzunehmen oder bei Verhinderung ihre Stellvertreter zu benachrichtigen. Eine Stimmenthaltung ist unzulässig.*

8. *Jedes Mitglied hat eine Stimme.* Die sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien entscheiden mit einer Zwei-Drittel-Mehrheit der Mitglieder.

*9. Das Gremium ist beschlussfähig, wenn alle Mitglieder bzw. ihre Stellvertreter anwesend sind. Ist auch bei einer zweiten einberufenen Sitzung keine Beschlussfähigkeit gegeben, entscheidet die Aufsichtsbehörde anstelle des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums.*

*10. Trifft das sektorenübergreifende Entscheidungsgremium innerhalb von drei Monaten keine Entscheidung, setzt die Aufsichtsbehörde eine Frist zur Entscheidung. Nach Ablauf der Frist entscheidet die Aufsichtsbehörde.*

*11. Klagen gegen Entscheidungen* der sektorenübergreifenden Entscheidungsgremien *haben keine aufschiebende Wirkung; für Entscheidungen der Aufsichtsbehörde nach dieser Vorschrift gilt Entsprechendes. Ein Vorverfahren findet nicht statt.*

*12. Die Aufsicht über die Geschäftsführung* des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums *auf Landesebene führt die für die Sozialversicherung zuständige oberste Landesbehörde; die Aufsicht über die Geschäftsführung des sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums auf Bundesebene führt das Bundesministerium für Gesundheit.*

## K. Ausblick

*„Wenn die deutsche Sozialversicherung heute einen so hohen Stand erreicht hat, so ist das nicht zuletzt auch das Verdienst der sozialen Selbstverwaltung. Trotz der eingetretenen tatsächlichen und rechtlichen Änderungen und damit des Funktionswandels der sozialen Selbstverwaltung behält sie auch für die Zukunft ihre hervorragende Bedeutung. Die Bundesregierung ist der Auffassung, daß die soziale Selbstverwaltung ein Teil der selbstverantwortlichen, demokratischen Mitwirkung der Betroffenen an der Verwaltung des sozialen Rechtsstaates ist, auf die für die Lösung der komplexen Probleme der sozialen Sicherung nicht verzichtet werden kann."*

Dieses Zitat stammt aus dem Bericht der Bundesregierung zu Fragen der Selbstverwaltung in der Sozialversicherung aus dem Jahr 1975[1454]– und es dürfte trotz aller Bedenken im Hinblick auf die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung auch heute noch Geltung beanspruchen. Selbstverwaltung hat eine lange Tradition, ihre Wurzeln reichen bis in die vorkonstitutionelle Zeit.[1455] Im Zuge der Schaffung der öffentlich-rechtlich ausgestalteten und mit Zwang verbundenen Sozialversicherung war die Idee der Selbstverwaltung gleichsam das erforderliche Gegengewicht.[1456] Sozialversicherung lässt sich ohne Selbstverwaltung gleichsam „nicht denken".

Dabei ist heute allerdings vor allem die gemeinsame Selbstverwaltung für das gesetzliche Krankenversicherungsrecht von zentraler Bedeutung. Hier hat sich nicht nur die gemeinsame Tätigkeit von Kostenträgern und Leistungserbringern in den verschiedensten Entscheidungsgremien bewährt; insbesondere das Schiedswesen wird vom Gesetzgeber offenbar als sehr geeignetes Instrument im kooperativen Sozialstaat gewertet.[1457] Mit ihm lassen sich zeitnah und sachgerecht Konflikte lösen, die zwischen den Kostenträgern und den Leistungserbringern im Zuge von Vertragsverhandlungen entstanden sind.[1458] Vor diesem Hintergrund kann es nicht überraschen, dass der Gesetzgeber in immer mehr Bereichen des Sozialrechts entsprechende Schiedseinrichtungen etabliert.

Grundlegende Änderungen im Leistungs- und Leistungserbringungsrecht erfordern aber auch in diesem Bereich entsprechende Reformen. Die Konfliktlösungsstrategie des SGB V ist bislang fast ausschließlich auf bipolare Rechtsverhältnisse ausgerichtet und ist damit den aktuellen Herausforderungen dreiseitiger Verträge und Beschlüsse nicht gewachsen. Der Versuch, ausgehend von § 115 SGB V vorhandene Gremien personell entsprechend aufzustocken, um den Interessen der hinzukommenden Dritten gerecht zu werden, hat zu erheblichen Folgeproblemen geführt und keine Akzeptanz der getroffenen Entscheidungen bewirkt. Angesichts der immer größer werdenden Bedeutung der sektorenübergreifenden Versorgung, die sich mittlerweile in einer Vielzahl unterschiedlichster Ausgestaltungen findet, bedarf es einer grundlegend neuen Konfliktlösungsstrategie im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung.

---

1454 BT-Drs. 7/4244, S. 5.
1455 *Pohl* in: Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, S. 3 ff.
1456 Ausführlich hierzu *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003, S. 71 ff.
1457 *Schütte*, NDV 2005, S. 246.
1458 *Schütte/Gottlieb*, NDV 2006, S. 302.

Die hier vorgeschlagene Bildung eines eigenen sektorenübergreifenden Entscheidungsgremiums gibt der sektorenübergreifenden Versorgung auf der Ebene der Konfliktlösung den ihr gebührenden Stellenwert. Der einmalige Aufwand der Schaffung eines neuen und auf die dreiseitige Problematik spezialisierten Gremiums wird dabei durch die gleichzeitige Beendigung der personellen „Aufstockung" zahlreicher anderer Gremien mehr als kompensiert.

Die Umstrukturierung der Entscheidungsprozesse bietet aber zugleich auch die Chance, die historisch gewachsene Heterogenität der zahllosen Schiedseinrichtungen und sonstigen Gremien des gesetzlichen Krankenversicherungsrechts kritisch zu hinterfragen und den Versuch zu wagen, die gesamte Thematik noch einmal systematisch anzugehen.[1459] Dabei geht es nicht nur eine im Detail „bessere" Gesetzgebung, sondern auch um die ganz grundlegende Frage nach dem Verhältnis von gemeinsamer Selbstverwaltung und staatlicher Kontrolle.

Selbstverwaltung ist eine Verwaltungstätigkeit, bei der eine jedenfalls weitgehende Freistellung von staatlicher Kontrolle erfolgt – und das ist bei der Entscheidungsfindung und auch im Anschluss daran zu respektieren.[1460] Das bedeutet etwa, dass jede „Fremdbesetzung" von Entscheidungsgremien mit Vertretern staatlicher Behörden vermieden werden sollte. Und auch das das Krankenhausfinanzierungsrecht prägende staatliche Genehmigungserfordernis ist überholt und sollte endlich abgeschafft werden. [1461]

Auf der anderen Seite darf die Gewährleistungsverantwortung des Staates nicht aus dem Blick geraten. So sinnvoll eine Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf die gemeinsame Selbstverwaltung sein mag – im Konfliktfall muss sichergestellt sein, dass die vom Gesetz geforderte Entscheidung auch tatsächlich getroffen wird. Konflikte können auf den verschiedensten Ebenen auftreten, und das Gesetz muss für alle Konflikte entsprechende Konfliktlösungsinstrumente vorsehen – das geht bis hin zur Ersatzvornahme.

Die von den Schiedseinrichtungen im sozialen Leistungserbringungsrecht und auch in sonstigen Ausschüssen der gemeinsamen Selbstverwaltung gefassten Beschlüsse haben ein erhebliches wirtschaftliches Gewicht.[1462] Einvernehmliche Lösungen werden damit zunehmend unwahrscheinlicher; eine Konfliktlösung innerhalb der gemeinsamen Selbstverwaltung ist immer öfter erforderlich.[1463] Allerdings gilt nach wie vor: „*Schlichten ist besser als richten*."[1464] Eine Inanspruchnahme der Gerichte führt erfahrungsgemäß nicht nur zu einer erheblichen zeitlichen Verzögerung der Entscheidung, sondern unter Umständen auch zu einer dauerhaften Verhärtung der Fronten zwischen den Verhandlungspartnern. Vor diesem Hinter-

---

1459 Dabei kann man dann zu Recht auch die Frage aufwerfen, ob sich bestimmte Schiedseinrichtungen nicht in einer einzigen vereinen lassen. Man könnte hier an § 114 SGB V denken; wenn der dreiseitige Bereich dem neuen Gremium übertragen wird, könnten die verbleibenden Aufgaben der Schiedsstelle nach § 114 SGB V auch von der Schiedsstelle nach § 18a KHG übernommen werden (so zu Recht *Orlowski*, Sektorenübergreifende Konfliktlösung in der GKV durch die gemeinsame Selbstverwaltung Manuskript, S.6 f.).

1460 Dass die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung sich ohnehin im Umbruch befindet und gerade die gemeinsame Selbstverwaltung immer öfter als Fremdverwaltung angesehen wird (hierzu *Axer*, NZS 2017, 601, 608), sei hier nur angemerkt.

1461 *Schütte/Gottlieb*, NDV 2006, S. 303.

1462 *Wahrendorf*, KrV 2016, S. 221.

1463 Interessant sind in diesem Kontext die Zahlen, die *Altmiks* (WzS 2016, S. 9, 10) anführt: Der erweiterte Bewertungsausschuss hat von 1977-2007 sechs Mal getagt, von 2008 bis 2015 dagegen waren schon 37 Entscheidungen erforderlich.

1464 *Schnapp*, GesR 2014, S. 193.

grund sollte auch der Gedanke der Mediation bei der Konfliktlösung innerhalb der Selbstverwaltung wieder mehr betont werden.[1465]

Den unparteiischen Mitgliedern kommt für die Konfliktlösung eine entscheidende Bedeutung zu. Dabei geht es nicht nur die Tatsache, dass es ihre Stimmen sind, die in vielen Schiedsstellen und Ausschüssen den Ausschlag geben; vielmehr kommt es schon ganz entscheidend auf ihre Verhandlungsführung an: Wird ihre Neutralität von allen Beteiligten akzeptiert, steigt nicht nur die Chance einer doch noch einvernehmlichen Lösung. Auch die Anzahl der Gerichtsverfahren dürfte sinken, wenn alle Beteiligten ein faires und sachgerecht geführtes Verfahren erlebt haben. Gefordert sind hier – und das gilt insbesondere für den unparteiischen Vorsitzenden des jeweiligen Gremiums – Personen mit großer Menschenkenntnis, Verhandlungsgeschick, aber auch mit Durchsetzungsvermögen. All das genügt allerdings nicht, denn ohne die entsprechende Einarbeitung in die zumeist komplizierte Materie lassen sich keine sachgerechten Entscheidungen treffen. Die ehrenamtlichen unparteiischen Mitglieder, die in der Regel einen Hauptberuf haben, dem sie ihre Aufmerksamkeit primär zuwenden müssen, müssen sich in der Tat „*wappnen, wollen sie nicht über den Tisch gezogen werden oder hilflos agieren.*“[1466] Dass ihre Tätigkeit insoweit eine wirklich angemessene Aufwandsentschädigung voraussetzt, bedarf eigentlich keiner weiteren Begründung. Hier besteht aktuell erheblicher Nachbesserungsbedarf.

Grundvoraussetzung für eine Akzeptanz der getroffenen Entscheidung ist jedenfalls die gleichmäßige Berücksichtigung aller betroffenen Interessen. Diese lässt sich im Rahmen der bislang gewählten Regelungstechnik des Gesetzgebers, die durch die Ausweitung des Aufgabenbereichs bestehender Institutionen und eine bloße personelle Aufstockung gekennzeichnet ist, nicht erreichen. Hier kann ein eigenes und gemeinsames Entscheidungsgremium – neben vielen anderen wünschenswerten Maßnahmen[1467] – für deutlich mehr Akzeptanz sorgen.

Und eines sei zum Abschluss angemerkt: Konfliktlösungsstrategien setzen ein gut strukturiertes und entsprechend vorbereitetes materielles Recht voraus. Soweit und solange die inhaltlichen Vorgaben des SGB V echte sektorenübergreifende Verhandlungen erschweren, besteht auch hier Nachbesserungsbedarf.[1468]

---

1465 So zu Recht *Clemens*, MedR 2012, S. 769 f. Vgl. auch *Becker*, SGb 2003, S. 666.

1466 So zutreffend *Schnapp*, GesR 2014, S. 193, 195.

1467 Gerade im Schiedswesen ist das Stichwort „Transparenz“ von maßgeblicher Bedeutung – eine Publikationspflicht der entsprechenden Entscheidungen würde auch den unparteiischen Mitgliedern die Arbeit erleichtern (vgl. hierzu auch *Axer*, KrV 2017, S. 89, 95).

1468 Hierzu auch *Greß/Schnee*, G+G Wissenschaft, S. 7 ff.

**Literaturverzeichnis**

*Altmiks, Christoph*, Normsetzung durch besondere Vertragsorgane – Die Bewertungsausschüsse nach § 87 SGB V und der Qualitätsausschuss Pflege gemäß § 113b SGB XI, WzS 2016, S. 9-15.

*Axer, Peter,* Normsetzung der Exekutive in der Sozialversicherung, 2000.

*Axer, Peter*, Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung, Die Verwaltung 2002, S. 377-397.

*Axer, Peter*, Gemeinsame Selbstverwaltung, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (hrsg. von von Wulffen/Krasney), 2004, S. 339-361.

*Axer, Peter*, Einbeziehung der PKV in die GKV, MedR 2008, S. 482-492.

*Axer, Peter*, Nutzenbewertung nach § 35a SGB V und Erstattungsbeträge bei Arzneimitteln, SGb 2011, S. 246-254.

*Axer, Peter*, Kooperationen nach dem GKV-Versorgungsstrukturgesetz aus verfassungsrechtlicher Sicht, GesR 2012, S. 714-723.

*Axer, Peter*, Die Stellung der Krankenhäuser in der Selbstverwaltung, KrV 2017, S. 89-95.

*Axer, Peter*, Etatisierung der sozialen und gemeinsamen Selbstverwaltung, NZS 2017, S. 601-608.

*Bales, Stefan/Holland, Jana/Pellens, Hartmut*, Zulassungsentscheidungen der gematik – Rechtsanspruch, Rechtsnatur, Rechtsschutz, GesR 2008, S. 9-14.

*Bales, Stefan/von Schwanenflügel, Matthias*, Die elektronische Gesundheitskarte, NJW 2012, S. 2475-2479.

*Becker, Ulrich*, Selbstbindung des Gesetzgebers im Sozialrecht – zur Bedeutung von Konsistenz bei der Ausgestaltung von Sozialversicherungssystemen, in: Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht (hrsg. von von Wulffen/Krasney), 2004, S. 77-96.

*Becker, Ulrich/Kingreen, Thorsten,* SGB V, 5. Aufl. 2017.

*Becker, Peter*, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, in: Perspektiven des Gesundheitswesens (Festschrift für Bernd Wiegand zum 65. Geburtstag) 2003, S. 271-300.

*Becker, Peter*, Das Schiedsstellen-Verfahren im Sozialrecht, SGb 2003, S. 664-671.

*Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht* (herausgegeben von Rolfs/Giesen/Kreikebohm, Udsching), 45. Edition, Stand 1.6.2017.

*Beck'scher Online-Kommentar zum BauGB* (herausgegeben von Spannowsky/Uechtritz), 37. Edition, Stand 1.5.2017.

*Berchtold, Josef/Huster, Stefan/Rehborn, Martin*, Gesundheitsrecht, 2015.

*Berner, Barbara/Strüve, Jakob*, Das GKV-VSG aus Sicht der Versorgungsstruktur, GesR 2015, S. 461-467.

*Bogan, Aaron*, Wettbewerb durch Selektivverträge in der vertragsärztlichen Versorgung – ein Auslaufmodell?, SGb 2012, S. 433-439.

*Borchert, Günter*, Normsetzungskompetenzen im Sozialrecht, NZS 2004, S. 287-291.

*Braun, Julian*, Das Entlassmanagement nach dem GKV-Versorgungsstärkungsgesetz (GKV-VSG), GesR 2015, S. 518-522.

*Buchner, Reimar/Bosch, Klaas*, Befangenheitsanträge gegen Schiedsamtsmitglieder – Verfahrensrechtliche Fragestellungen, SGb 2011, S. 21-27.

*Buchner, Reimar/Spiegel, Jan-Peter*, Festlegung hausarztzentrierter Versorgungsverträge durch die Schiedsperson gemäß § 73b Abs. 4a SGB V, NZS 2013, S. 1-10.

*Busch, Susanne*, Ergebnisse einer sozialwissenschaftlichen Untersuchung des ambulanten Operierens, KrV 1996, S. 251-256.

*Castendieck, Jan*, Der sozialversicherungsrechtliche Normsetzungsvertrag, Verfassungsrechtliche Betrachtung unter besonderer Berücksichtigung der Normgebung in Selbstverwaltungsbereichen ohne körperschaftliche Strukturen, 2000.

*Castendieck, Jan*, Versichertenbeteiligung und Demokratie im Normenkonzept der Richtlinien des Bundesausschusses, NZS 2001, S. 71-80.

*Clemens, Thomas*, Grundlegende Fragen des Schiedsverfahrens nach dem KHG, MedR 2012, S. 769-777.

*Degener-Hencke, Udo*, Rechtliche Möglichkeiten der ambulanten Leistungserbringung durch Krankenhäuser, VSSR 2006, S. 93-105.

*Deister, Sören*, Das Potential einer erforderlichen Behandlungsalternative als zentrale Voraussetzung der Anwendbarkeit von Methoden im Krankenhaus, NZS 2016, S. 328-337.

*Deister, Sören*, Potential und Wirtschaftlichkeit bei der Krankenhausbehandlung, KrV 2017, S. 59-65.

*Dettling,Heinz-Uwe/Gerlach, Alice*, Krankenhausrecht, 2014.

*Dietz, Otmar/Bofinger, Werner* (Begründer), Krankenhausfinanzierungsgesetz u.a., Loseblatt, Stand Mai 2017.

*Düring, Ruth*, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992.

*Ebsen, Ingwer,* Autonome Rechtssetzung in der Sozialversicherung und der Arbeitsförderung als Verfassungsproblem, VSSR 1990, S. 57-73.

*Ebsen, Ingwer,* Rechtliche Anforderungen an das Handeln der Schiedsperson für die Festlegung des Inhalts des Vertrags über die hausärztliche Versorgung nach § 73b Abs. 4a SGB V, 2009 (Rechtsgutachten).

*Elmer*, *Arno,* Elektronische Gesundheitskarte – Potenziale eines vernetzten Gesundheitswesens, NDV 2014, S. 456-460.

*Emde, Ernst Thomas*, Die demokratische Legitimation der funktionalen Selbstverwaltung, Eine verfassungsrechtliche Studie anhand der Kammern, der Sozialversicherungsträger und der Bundesanstalt für Arbeit, 1991.

*Engelmann, Klaus*, Untergesetzliche Normsetzung im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung durch Verträge und Richtlinien, NZS 2000, S. 1-8 (Teil 1) und S. 76-84 (Teil 2).

*Ertl, Kilian*, Die Bewertung von medizinischen Methoden in der deutschen Rechtsordnung – eine vergleichende Untersuchung anhand des sozial- und privatrechtlichen Krankenversicherungsrechts und des Steuerrechts, Dissertation Universität Hamburg, Manuskript 2017.

*Felix, Dagmar*, Verwaltungsrechtliche Instrumente des Sozialstaates, DVBl. 2004, S. 1070-1078.

*Felix, Dagmar*, Rechtliche Rahmenbedingungen der Finanzierung innovativer Medizin aus Sicht der Leistungserbringer und der Patienten – taugen die gesetzlichen Vorgaben?, in: Felix/Schütte (Hrsg.), Medizinische Innovation im Krankenhaus, 2011, S. 59-79.

*Felix, Dagmar*, Das Schlichtungsverfahren nach § 17c Abs. 4 KHG, NZS 2014, S. 601-606.

*Felix, Dagmar*, Zum Scheitern verurteilt? Das Schlichtungsverfahren nach § 17c Abs. 4 KHG, SGb 2015, S. 241-246.

*Felix, Dagmar/Ullrich, Nils*, Paradigmenwechsel in der Methodenbewertung, NZS 2015, S. 921-930.

*Felix, Dagmar*, Das Schlichtungsduell am Bundessozialgericht, NZS 2015, S. 681-687.

*Felix, Dagmar*, Der Vergütungsanspruch des Krankenhauses gegen die Krankenkassen aufgrund Krankenhausbehandlung, SGb 2017, S. 181-188 (Teil I) und S. 259-267 (Teil II).

*Felix, Dagmar*, Das Verhältnis von § 137h SGB V zu §§ 137c und 135 SGB V, GesR 2017, S. 26-33.

*Felix, Dagmar*, Die „Krankenhausbehandlung" im Sinne von § 137c SGB V, MedR 2017, S. 517-526.

*Flüchter, Annedore*, Kollektivverträge und Konfliktlösung im SGB V, 2000.

*Gassner, Ulrich,* Götterdämmerung des Gemeinsamen Bundesausschusses?, NZS 2016, S. 121-127.

*Geis, Max-Emanuel*, Körperschaftliche Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, in: Schnapp, Friedrich E., Funktionale Selbstverwaltung und Demokratieprinzip – am Beispiel der Sozialversicherung, 2000, S. 65-88.

*Greß, Stefan/Schnee, Melanie*, Wege zur integrierten und sektorenübergreifenden Versorgung, in: G+G Wissenschaft, S. 7-15.

*Groß, Thomas*, Das Kollegialprinzip in der Verwaltungsorganisation, 1999.

*Grünenwald, Klaus*, Gewährleistung einer nahtlosen ambulanten und stationären Behandlung von Versicherten der Krankenkassen, SozVers 1990, S. 205-207.

*Grünenwald, Klaus*, Die Landesschiedsstelle nach dem Fünften Buch Sozialgesetzbuch, ZfS 1990, S. 207-209.

*Grünenwald, Klaus*, Die Formen der Krankenhausbehandlung nach SGB V '93, WzS 1994, S. 78-82.

*Häser, Isabel*, Entlassmanagement – DKG klagt gegen Schiedsspruch, klinikarzt 2017, S. 10-12.

*Hauck, Ernst*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) – ein unbequemes Kind unserer Verfassungsordnung?, NZS 2010, S. 600-612.

*Hedermann, Denis*, Die Abgrenzung von ambulanter, teilstationärer und vollstationärer Behandlung im Krankenhaus, GesR 2014, S. 321-326.

*Hendler*, Reinhard, Selbstverwaltung als Ordnungsprinzip, Zur politischen Willensbildung und Entscheidung im demokratischen Verfassungsstaat der Industriegesellschaft, 1984.

*Hendler, Reinhard*, Die Funktion der sozialen Selbstverwaltung im gegenwärtigen Sozialrecht, in: Selbstverwaltung in der Sozialversicherung (SDSRV 34), 1991, S. 65-80.

*Hendler, Reinhard*, Das Prinzip Selbstverwaltung in: Handbuch des Staatsrechts, Band VI (herausgegeben von Isensee/Kirchhof) 2008, S. 1103-1140.

*Hess, Rainer*, Sozialrecht im Spannungsfeld zwischen Besitzstand und Konsolidierungszwang, NZS 1994, S. 145-149.

*Hess, Rainer*, Der Stellenwert der gemeinsamen Selbstverwaltung in einem auf Vertragswettbewerb ausgerichteten System, in: Gedanken (Festschrift für Eckart Fiedler), 2006, S. 59-68.

*Hess, Rainer*, Die früher Nutzenbewertung und ihre rechtliche Herausforderung, GesR 2011, S. 65-69.

*Hoffmann-Riem, Wolfgang/Schmidt-Aßmann, Eberhard/Voßkuhle, Andreas,* Grundlagen des Verwaltungsrechts, Band I, 2. Aufl. 2012.

*Hofmann, Matthias Jan*, Das Schiedsamt im Kassenarztrecht nach dem Sozialgesetzbuch Teil V, 1991.

*Hofmayer, Jörg*, Wirtschaftlichkeits- und Abrechnungsprüfung auf das Basis des Versorgungsstärkungsgesetzes, GesR 2017, S. 73-76.

*Huster, Stefan*, Rechtsfragen der frühen Nutzenbewertung, GesR 2011, S. 76-82.

*Huster, Stefan*, Der neue Semikorporatismus in der Arzneimittelversorgung der GKV – Rechtsfragen der Rahmenvereinbarung nach § 130b Abs. 9 SGB 5, KrV 2013, S. 1-8.

*Huster, Stefan/Schütz, Joachim,* Die Neuordnung der selektivvertraglichen Versorgung durch das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz, NZS 2016, S. 645-652.

*Jansen, Christoph*, Ambulantes Operieren im Krankenhaus, MedR 1993, S. 252-256.

*Jantz, Bastian/Klenk*, *Tanja,* Konfliktlösung und Normsetzung durch (Schieds-)Gerichte, in: Der gut organisierte Staat 2015, S. 449-474.

*Joussen, Jacob*, Leistungsbestimmung und Vertragsgestaltung durch eine Schlichtungsstelle Rehabilitation, SGb 2011, S. 73-79.

*Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht* (herausgegeben von Körner/Leitherer/Mutschler), Loseblatt, 94. Ergänzungslieferung Mai 2017.

*Kingreen, Thorsten*, Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtssetzungsbefugnis des Gemeinsamen Bundesausschusses im Gesundheitsrecht, NJW 2006, S. 877-880.

*Kingreen, Thorsten,* Legitimation und Partizipation im Gesundheitswesen, NZS 2007, S. 113-121.

*Kingreen, Thorsten*, Zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2011, S. 441-448.

*Kingreen, Thorsten*, Der Gemeinsame Bundesausschuss vor dem BVerfG – Das Tor liegt in der Luft, MedR 2017, S. 8-14.

*Klakow-Franck*, *Regina*, Ambulante spezialfachärztliche Versorgung gemäß § 116b SGB V – Stand der Umsetzung und aktuelle Probleme aus Sicht des Gemeinsamen Bundesausschusses, GesR 2015, S. 577-583.

*Klöck, Oliver/Klein, Matthias*, Die Budgetbereinigung in der hausarztzentrierten Versorgung nach § 73b SGB V, NZS 2012, S. 87-94.

*Kluth, Winfried*, Funktionale Selbstverwaltung, Verfassungsrechtlicher Status – verfassungsrechtlicher Schutz, 1997.

*Kluth, Winfried*, Rechtsfragen der Besetzung der Basistarif-Schiedsstelle gem. § 75 Abs. 3c SGB V, 2010 (Rechtsgutachten).

*Kluth, Winfried*, Der Gemeinsame Bundesausschuss (GBA) aus der Perspektive des Verfassungsrechts, GesR 2017, S. 205-211.

*Köhler, Andrea*, Das gebrochene Preismonopol der Pharmaindustrie, 2012.

*Köller*, *Sandra,* Funktionale Selbstverwaltung und ihre demokratische Legitimation, 2009.

*Kötter, Claudia*, Vertrag über Hebammenhilfe löst Rechtsverordnung ab, BKK 2007, S. 402-406.

*Korthus, Alexander*, Anmerkung zu BVerwG v. 8.9.2005 – 3 C 41/04, KH 2006, S. 219-222.

*Krauskopf*, *Dieter*, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Loseblatt, Stand: 94. EL Januar 2017.

*Kremer, Ralf/Wittmann, Christian*, Vertragsärztliche Zulassungsverfahren, 2. Aufl. 2014.

*Kreutz, Marcus*, Die Orde-Public-Klausel des § 76 Abs. 6 S. 3 SGB XI, ZFSH/SGB 2009, S. 726-732.

*Kuhla, Wolfgang*, Beibringungsgrundsatz und Beschleunigungsgebot in Verfahren vor der Schiedsstelle nach § 18a KHG, KH 2016, S. 524-529.

*Leopold, Dieter*, Die Selbstverwaltung in der Sozialversicherung, 6. Aufl. 2008.

*Lüke, Iris Britta*, Das Schiedsverfahren nach § 89 SGB V und § 18a KHG, 2010.

*Luthe, Ernst-Wilhelm*, Erstattungsvereinbarungen mit pharmazeutischen Unternehmen, PharmR 2011, S. 193-208.

*Lutz, Anne Katrin/Werner, Rica*, Die neue Schlichtungsstelle nach dem Behindertengleichstellungsgesetz, NDV 2017, S. 249-254.

*Makoski, Kyrill*, Ambulante spezialfachärztliche Versorgung nach § 116b SGB V, GuP 2013, S. 201-211.

*Makoski*, *Kyrill*, Erste Erfahrungen mit der ambulanten spezialfachärztlichen Versorgung, GuP 2017, S. 47-53.

*Manssen, Gerrit*, Das Schiedsstellenverfahren im Krankenhausrecht, ZfSH/SGB 1997, S. 81-89.

*Maschmann, Frank,* Grundfragen des Rechts der Leistungserbringung in der sozialen Pflegeversicherung (SGB XI), III. Teil und Schluss, SGb 1996, S. 149-157.

*Meyer-Ladewig, Jens/Keller, Wolfgang/Leitherer, Stephan/Schmidt, Benjamin*, SGG, 12. Aufl. 2017.

*Möller*, *Ralf,* Die Weiterentwicklung der Bedarfsplanung nach dem Versorgungsgesetz, insbesondere neue Beteiligungsrechte der Länder, SGb 2011, S. 557-565.

*Münchener Kommentar zum BGB,* (herausgegeben von Säcker u.a.), 7. Aufl. 2016.

*Neumann, Volker*, Verantwortung, Sachkunde, Betroffenheit, Interesse: Zur demokratischen Legitimation der Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses, NZS 2010, S. 593-600.

*Oldiges, Franz Josef*, Wechselwirkung zwischen Leistungsrecht und Vertragsrecht in der gesetzlichen Krankenversicherung, Sozialer Fortschritt 1998, S. 69-75.

*Orlowksi, Ulrich*, Neue Versorgungsstrukturen in der hausärztlichen Versorgung, ZMGR 2009, S. 124-133.

*Orlowski, Ulrich*, Ambulante spezialfachärztliche Versorgung nach § 116b SGB V – Ziele des Gesetzgebers, GesR 2014, S. 522-524.

*Orlowski, Ulrich*, Die lebenslange Arztnummer und das Krankenhausentlassmanagement, PKR 2017, S. 38-44.

*Orlowski, Ulrich*, Sekorenübergreifende Konfliktlösung in der GKV durch die gemeinsame Selbstverwaltung, Manuskript 2017.

*Pabst, Heinz-Joachim*, Angemessene Vergütung zahntechnischer Leistungen als Aufgabe des Gesetzgebers, MedR 2015, S. 649-655.

*Paland, Norbert/Holland, Jana*, Das Gesetz für sichere digitale Kommunikation und Anwendungen im Gesundheitswesen, NZS 2016, S. 247-256.

*Palandt*, Bürgerliches Gesetzbuch, (herausgegeben von Brudermüller u.a.), 75. Aufl. 2016.

*Penner, Andreas*, Schiedsstellenverfahren Rehabilitationsleistungen gemäß § 111b SGBV – Steine statt Brot?, GuP 2012, S. 14-21.

*Penner, Andreas*, Der neue § 116b SGB V – Fortsetzung des Kampfes an den Sektorengrenzen, ZMGR 2012, S. 16-32.

*Pohl, Hans*, Wurzeln und Anfänge der Selbstverwaltung, dargestellt am Beispiel der Städte, in: von Mutius (Hrsg), Selbstverwaltung im Staat der Industriegesellschaft, 1983, S. 3-23.

*Pollandt, Andreas*, Die Ausgestaltung des Leistungserbringungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherung unter Beteiligung von Berufsverbänden nichtärztlicher Leistungserbringer, 2003.

*Quaas, Michael*, Zu den Aufgaben und der Diskussion um die Rechtsform der Landeskrankenhausgesellschaft, NZS 1995, S. 482-487.

*Quaas, Moritz*, Rechtsfragen der ambulanten Versorgung im Krankenhaus, 2011.

*Ratzel, Rudolf/Szabados, Tibor*, Schnittmengen zwischen niedergelassenen Leistungserbringern (Vertragsärzten) und Krankenhäusern nach GKV-VStG, GesR 2012, S. 210-216.

*Reuter, Benajmin/Weinrich, Christoph*, Der Gestaltungsspielraum des Bewertungsausschusses, MedR 2013, S. 548-588.

*Rixen, Stephan*, Ambulante spezialfachärztliche Versorgung – eine grundrechtsfreie Zone?, GesR 2014, S. 449-456.

*Rixen, Stephan*, Was sich durch das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz bei den Spitzenorganisationen der Krankenversicherung ändert, SozSich 2017, S. 115-123.

*Rompf, Thomas,* Der Erweiterte Bewertungsausschuss – spezielles Schiedsorgan oder untergesetzlicher Normgeber?, GesR 2003, S. 65-67.

*Roters, Dominik*, Die Bewertung medizinischer Methoden nach der Verfahrensordnung des G-BA, NZS 2007, S. 176-184.

*Rüfner, Wolfgang*, Das Gesetz zur Strukturreform im Gesundheitswesen, NJW 1989, S. 1001-1006.

*Saalfrank, Valentin/Wesser/Sabine*, Die Pflicht der Gesetzlichen Krankenversicherung zur Leistung neuer Behandlungsmethoden, NZS 2008, S. 17-25.

*Schimmelpfeng-Schütte, Ruth,* Die Schiedsverfahren in der gesetzlichen Krankenversicherung, insbesondere im Heil- und Hilfsmittelbereich, NZS 1997, S. 503-508.

*Schimmelpfeng-Schütte*, *Ruth,* Gesundheitsmodernisierungsgesetz (GMG) und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, GesR 2004, S. 1-6.

*Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas,* jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016.

*Schlegel, Rainer/Voelzke, Thomas,* jurisPK-SGB XI, 1. Aufl. 2014.

*Schmiedl, Wolfgang*, Das Recht des vertrags(zahn)ärztlichen Schiedswesens, 2002.

*Schnapp, Friedrich E.*, Die Ablehnung wegen Befangenheit und die Abberufung von Schiedsamtsmitgliedern – verfahrensrechtliche Fragen, SGb 2007, S. 633-637.

*Schnapp, Friedrich E.*, Der Einfluss der Schiedsämter auf die kassenärztliche Vergütung – aktuelle Probleme, NZS 2007, S. 561-566.

*Schnapp, Friedrich E.*, Einmal Behörde – immer Behörde?, NZS 2010, S. 241-247.

*Schnapp, Friedrich E.*, Das sozialrechtliche Schiedsverfahren im Aufwind, GesR 2014, S. 193-203.

*Schnapp, Friedrich E./Düring, Ruth*, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, 2. Aufl. 2016.

*Schnapp, Friedrich E./Wigge, Peter*, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Aufl. 2017.

*Sodan, Helge*, Normsetzungsverträge im Sozialversicherungsrecht, NZS 1998, S. 305-313.

*Schütte, Wolfgang*, Streitschlichtung im kooperativen Sozialstaat, NDV 2005, 246-255.

*Schütte, Wolfgang/Gottlieb, Heinz-Dieter*, Sozialrechtliche Schiedsstellen im Sozialgesetzbuch: Vorschläge für eine verbesserte rechtliche Ausgestaltung, NDV 2006, S. 302-305.

*Schulin*, *Bertram,* Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 1, Krankenversicherungsrecht, 1994.

*Schultz, Stefan F./Mertens, Anja*, Ambulantes Operieren durch Vertragsärzte im Krankenhaus – Zulässigkeit und Vergütung, MedR 2006, S. 191-198.

*Schwerdtfeger, Gunther,* Verfassungsrechtliche Grenzen der Freiheit und Bindung bei der Leistungserbringung im Gesundheitswesen (SDSRV 38), S. 27-48.

*Seewald, Otfried*, Gestaltungsfreiheit und rechtliche Bindungen von Schiedsamt und Vertragsparteien im SGB V, VSSR 2015, S. 27-63.

*Seewald, Otfried*, Das GKV-Selbstverwaltungsstärkungsgesetz und der Spitzenverband Bund der Krankenkassen, SGb 2017, S. 361-369.

*Seitz, Ingo*, Die Erbringung ambulanter Leistungen durch Krankenhäuser, 2011.

*Shirvani, Foroud*, Die Schiedsperson im Bereich der Versorgung mit häuslicher Krankenpflege (§ 132a Abs. 2 S. 6 SGB V), SGb 2011, S. 550-556.

*Shirvani, Foroud*, Die Schiedsstelle im Krankenhausfinanzierungsrecht als changierende Einrichtung, NZS 2012, S. 82-87.

*Shirvani, Foroud*, Anmerkung zu BSG v. 23.6.2016 – B 3 KR 26/15 R, SGb 2017, S. 470-472.

*Simmler, Christiane*, Die Ablehnung des Schiedsamtsvorsitzenden im Schiedsverfahren nach dem SGB V wegen Besorgnis der Befangenheit, GesR 2007, S. 249-252.

*Spickhoff, Andreas*, Medizinrecht, 2. Aufl. 2014.

*Spiegel, Jan*, Schiedsstellenverfahren nach § 130b SGB V zur Festsetzung von Erstattungsbeträgen für Arzneimittel, KrV 2013, S. 241-248.

*Steinhilper, Gernot*, Bedarfsplanung nach dem GKV-VStG, MedR 2012, S. 441-445.

*Stolleis, Michael*, Geschichte des Sozialrechts in Deutschland, 2003.

*Teigelack, Jan*, Zwei- und dreiseitige Verträge nach SGB V, 1994.

*Trefz, Ulrich*, Der Rechtsschutz gegen die Entscheidungen der Schiedsstellen nach § 18a KHG, 2002.

*Tuschen, Karl-Heinz/Trefz, Ulrich,* Krankenhausentgeltgesetz, 2. Aufl. 2010.

*Ulrich, Peter,* Sachlich-funktionelle Zuständigkeit der Sozialgerichte im Schiedsverfahren der hausarztzentrierten Versorgung, NZS 2011, S. 448-454.

*Udsching, Peter*, Die vertragsrechtliche Konzeption der Pflegeversicherung, NZS 1999, S. 473-479.

*Udsching, Peter*, SGB XI, 4. Aufl. 2015.

*Vießmann, Thomas*, Die demokratische Legitimation des Gemeinsamen Bundesausschusses zu Entscheidungen nach § 135 Abs. 1 S. 1 SGB V, 2009.

*Von Alemann, Florian/Scheffczyck, Fabian,* Selektivverträge in der GKV – Aktuelle Rechtsfragen der hausärztlichen Versorgung, NZS 2012, S. 45-51.

*Von Maydell, Bernd Baron*, Gesundheitsstrukturgesetz 1993 – Auswirkungen auf die Selbstverwaltung im Gesundheitswesen, Die Sozialversicherung 1992, S. 242-247.

*Von Wolff, Bodo*, Zur Zulässigkeit von Mindestmengen am Beispiel der Versorgung von Frühgeborenen – zugleich ein Beitrag zu demokratischen Legitimation des G-BA nach seiner Umstrukturierung, NZS 2009, S. 184-193.

*Von Wulffen, Matthias von/Schütze, Bernd*, SGB X, 8. Aufl. 2014.

*Wagener, Andreas/Haag, Ina*, Ambulantes Operieren im Krankenhaus durch Vertragsärzte – ist verboten, was nicht ausdrücklich erlaubt ist?, MedR 2009, S. 72-77.

*Wagener, Andreas/Haag, Ina*, Schlichtungsausschuss Bund gemäß § 17c Absatz 3 KHG, KH 2014, S. 425-432.

*Wahrendorf, Volker*, Strukturen ausgewählter Schiedsstellenverfahren, KrV 2016, S. 221-227.

*Wenner, Ulrich*, Einbeziehung von Krankenhäusern in die ambulante Versorgung – Auswirkungen des Vertragsarztrechtsänderungsgesetzes (VÄndG) und des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes (GKV-WSG), in: Das Krankenhaus im Gesundheitsgewährleistungsstaat (herausgegeben vom Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Soziales des Landes Nordrhein-Westfalen), 2008, S. 69-107.

*Wertenbruch, Wilhelm,* Gibt es noch Selbstverwaltung im Sozialrecht?, SGb 1975, S. 261-269.

*Wiegand, Britta Beate*, Die Beleihung mit Normsetzungskompetenzen, Das Gesundheitswesen als Exempel, 2008.

*Wimmer, Raimund,* Die sozialgerichtliche Kontrolldichte des Einheitlichen Bewertungsmaßstabs, NZS 2001, S. 287-293.

*Wodarz, Katharina/Sellmann, Christoph*, Neuausrichtung von Krankenhäusern – Handlungsoptionen und regulatorische Vorgaben, NZS 2008, S. 466-473.

*Wolff, Hans J./Bachof, Otto/Stober, Rolf/Kluth, Winfried,* Verwaltungsrecht I, 13. Aufl. 2017.

*Zuck, Rüdiger*, Die Rechtskontrolle der Schiedsperson – Bestimmungsverfahren nach § 132a Abs. 2 S. 7 SGB V, NZS 2014, S. 401-406.