

L 1 P 1/07

Land
Freistaat Sachsen
Sozialgericht
Sächsisches LSG
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten
Abteilung

1
1. Instanz
SG Dresden (FSS)
Aktenzeichen
S 16 P 31/04

Datum
12.10.2006
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen

L 1 P 1/07
Datum
02.09.2009

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Zur Bestellung der Mitglieder der Schiedsstelle im Wege der Ersatzvornahme.
 2. Angriffe gegen die mittels Ersatzvornahme vorgenommene Besetzung der Schiedsstelle können nicht nach Bestandskraft des Ersatzvornahmebescheids inzident im Rahmen einer Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegen die Entscheidung der Schiedsstelle erhoben werden.
 3. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an die Regelungen in einer Rechtsverordnung nach [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) über die Bestellung der Mitglieder der Schiedsstelle, soweit sie als Vertreter der Pflegekassen und der Träger der Pflegeeinrichtungen auftreten sollen.
- I. Die Berufung der Kläger gegen das Urteil des Sozialgerichts Dresden vom 12. Oktober 2006 wird zurückgewiesen.

II. Die Kläger tragen die Kosten des Berufungsverfahrens.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

IV. Der Streitwert wird auf 5.000,00 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Rechtmäßigkeit des "Rahmenvertrages gemäß [§ 75 Abs. 1 SGB XI](#) zur vollstationären Pflege für den Freistaat Sachsen in der Fassung der Schiedsstellenentscheidung vom 21.11.2003".

Mit Schreiben vom 03.05.1999 kündigte die Liga der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Sachsen (Arbeiterwohlfahrt, Caritasverband, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonisches Werk, Paritätischer Wohlfahrtsverband, Zentralwohlfahrtsstelle der Juden) die 1995 und 1996 geschlossenen Rahmenverträge zur ambulanten und vollstationären Pflege sowie zur Tages- und Kurzzeitpflege zum 30.06.1999 (vollstationäre Pflege), zum 31.12.1999 (Kurzzeitpflege und teilstationäre Pflege) und zum 31.12.2000 (ambulante Pflege), da diese den Bedürfnissen der Praxis nur unzureichend gerecht würden. Dies gelte etwa für Abwesenheitsregelungen, den Zugang der Prüfer zu den Pflegeeinrichtungen, für Zusatzleistungen, für personelle und sachliche Mindestanforderungen sowie für die Personalanhaltswerte. Die Verbände kündigten Änderungsvorschläge an und forderten zu Vertragsverhandlungen auf. Nachdem diese nicht zum einvernehmlichen Abschluss des hier allein maßgeblichen Rahmenvertrages zur vollstationären Pflege geführt hatten, wandten sich die Kläger mit Schreiben vom 05.05.2003 an die beklagte Schiedsstelle. Nachdem die Beteiligten bis Ende November 2002 die vorgesehenen Regelungen des Rahmenvertrages weitgehend einvernehmlich verhandelt hatten, war keine Einigung erzielt worden über die medizinische Behandlungspflege, über die Abgrenzung der allgemeinen Pflegeleistungen von den Kosten der Unterkunft und Verpflegung (insbesondere der Zuordnung der Kosten für das Küchenpersonal), über die fachlichen und persönlichen Anforderungen an eine verantwortliche Pflegefachkraft, über den Anteil der Einzelzimmer in der Pflegeeinrichtung, über die Abrechnung bei noch nicht erfolgter Feststellung der (höheren) Pflegestufe, über bestimmte Aspekte der Sicherstellung der Leistungen (insbesondere Ermittlung des Personalbedarfs) und über die abrechnungstechnische Berücksichtigung von Abwesenheitszeiten des Pflegebedürftigen. Nach dem weiteren Schreiben der Kläger vom 17.11.2003 waren Regelungen zur Behandlungspflege nicht mehr streitig. Die beklagte Schiedsstelle wurde jedoch gebeten, auch Regelungen zur Wirtschaftlichkeitsprüfung festzusetzen. Die Beklagte hat daraufhin durch Schiedsspruch vom 21.11.2003 den Rahmenvertrag (RV) zur vollstationären Pflege für den Freistaat Sachsen festgesetzt. Die streitigen Festsetzungen bezogen sich auf folgende Regelungen:

- § 7 Abs. 3 RV (Abgrenzung allgemeiner Pflegeleistungen zur Unterkunft und Verpflegung), - § 11 a RV (fachliche und persönliche Eignung

der verantwortlichen Pflegefachkraft, Anzeige- und Nachweispflichten), - § 11 b Abs. 2 RV (Anteil an Einzelzimmern), - § 16 Abs. 3 RV (Anforderungen an die Pflegedokumentation), - § 17 Abs. 6 RV (Abrechnung vor Feststellung der Pflegebedürftigkeit), - § 21 Abs. 3 RV (Anforderungen an die Qualifikation des Personals gemäß § 80 SGB XI), - § 21 Abs. 6 RV (Einführung eines Personalbedarfsberechnungssystems), - § 21 Abs. 7 RV (übergangsweise Ermittlung des Personalbedarfs), - § 27 Abs. 3 RV (Abrechnung bei Abwesenheit des Heimbewohners), - § 28 RV (Verfahrens- und Prüfungsgrundsätze für Wirtschaftlichkeitsprüfungen).

Dagegen hat sich die am 01.03.2004 vor dem Sozialgericht Dresden (SG) erhobene Klage gerichtet. Die Beklagte sei nicht hinreichend demokratisch legitimiert, weil der Grundsatz der formalegalitären Gleichheit verletzt werde. Ferner greife der Schiedsspruch unverhältnismäßig in die Grundrechte der Leistungserbringer ein, da eine gleichberechtigte Entscheidungsteilhabe der maßgeblichen Verbände der Leistungserbringer am Schiedsverfahren nicht gewährleistet sei. Die gebotene hinreichende und paritätische Teilhabe der Verbände der Leistungserbringer werde durch die Schiedsstellenverordnung der Sächsischen Staatsregierung vom 17.05.1995 (SächsGVBl. Nr. 15 S. 168; SchiedPflegeV-VO) verhindert. Von den demnach sieben zu entsendenden Vertretern der Leistungserbringer, denen dieselbe Anzahl von Vertretern der Leistungsträger gegenüberstünden, befänden sich der Freistaat Sachsen als Träger der Pflegeeinrichtungen an den Sächsischen Landeskrankenhäusern sowie der Sächsische Landkreistag und der Sächsische Städte- und Gemeindetag, die alle gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b und d SchiedPflegeV-VO der Bank der Leistungserbringer zugeordnet sind, von vornherein in einem Interessenkonflikt. Diese repräsentierten vor allem die Interessen der örtlichen Sozialhilfeträger und des überörtlichen Sozialhilfeträgers – mithin der Leistungsträger (der Kostenträger in der Terminologie der SchiedPflegeV-VO; im Folgenden nur noch als Kostenträger bezeichnet), weshalb die Bank der Leistungserbringer (der Leistungsträger in der Terminologie der SchiedPflegeV-VO; im Folgenden nur noch als Leistungsträger bezeichnet) weder aus eigener Kraft noch mit der Stimme des unparteiischen Vorsitzenden jemals eine Mehrheit herbeizuführen vermöge. Für die Leistungsträger sei dies als Eingriff in die Berufsfreiheit (Artikel 12 Abs. 1 Grundgesetz [GG]) zu bewerten. Zudem werde dadurch die den klagenden Verbänden zukommende Vertragsfreiheit (Artikel 2 Abs. 1 GG) verletzt. Durch das Interessenübergewicht der Pflegekassen werde die Neutralisierung der gegenläufigen Interessen verhindert. In der Sache sei der Schiedsspruch auch deshalb rechtswidrig, weil er im Hinblick auf die Abgrenzung der allgemeinen Pflegeleistungen von den Leistungen der Unterkunft und Verpflegung (§ 7 Abs. 3 RV) sowie der Personalbemessung (§ 21 RV) die materiell-rechtlichen gesetzlichen Vorgaben nicht hinreichend beachte. Außerdem habe die Beklagte den Klägern kein rechtliches Gehör zu dem während der mündlichen Verhandlung geänderten Antrag der Beigeladenen auf Festsetzung der von ihnen vorgeschlagenen Fassung des § 21 Abs. 7 RV gewährt.

In der mündlichen Verhandlung vor dem SG haben die Beteiligten einen Vergleich über die Regelungen des § 7 Abs. 3, § 21 Abs. 6 sowie § 21 Abs. 7 RV geschlossen und den Rechtsstreit insoweit für erledigt erklärt. Im Übrigen hat das SG die Klage abgewiesen (Urteil vom 21.10.2006). Die Besetzung der beklagten Schiedsstelle sei rechtmäßig. Die Regelungen der §§ 1, 2 SchiedPflegeV-VO und die Besetzung der Schiedsstelle entsprächen vollumfänglich der gesetzlichen Vorgabe des § 76 Abs. 2 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI). Es erschließe sich im Gegensatz zur Ansicht der Kläger nicht, wie der Freistaat Sachsen als Träger der Pflegeeinrichtungen an den Sächsischen Landeskrankenhäusern die Interessen der örtlichen und überörtlichen Sozialhilfeträger vertreten solle. Zudem seien der Sächsische Landkreistag und der Sächsische Städte- und Gemeindetag nicht als Kostenträger, sondern gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchstabe d SchiedPflegeV-VO ausschließlich als Vertreter der kommunalen Leistungsträger an der Schiedsstelle beteiligt. Es entspreche dem vielfältigen Aufgabenbereich der öffentlichen Hand, dass Land bzw. Landkreise, Städte und Gemeinden grundsätzlich sowohl als Kostenträger als auch als Leistungsträger auftreten könnten, ohne dass dies etwas an der eigenständigen Wahrnehmung des jeweiligen Aufgabenbereichs ändern würde. Die Notwendigkeit der Beteiligung des Freistaates Sachsen als Träger der genannten Pflegeeinrichtungen, des Sächsischen Landkreistages sowie des Sächsischen Städte- und Gemeindetages beruhe darauf, dass nach der gesetzlichen Vorgabe des § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XI bei der Bestellung der Vertreter der Pflegeeinrichtungen die Trägervielfalt zu beachten sei. Dazu zählten gemäß § 11 Abs. 2 Satz 1 und 3 SGB XI auch die öffentlichen Träger. Es seien keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass bei der konkreten Bestellung der Vertreter der Leistungsträger der gemäß § 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XI vorgesehene Vorrang freigemeinnütziger und privater Träger gegenüber öffentlichen Trägern missachtet worden sei. Im Übrigen entsprächen die Festsetzungen des Rahmenvertrages – soweit sie nach dem geschlossenen Teilvergleich noch streitig seien – den gesetzlichen Vorgaben des § 75 SGB XI. Die Beklagte habe insoweit sowohl die Grenzen des ihr zustehenden Beurteilungsspielraumes eingehalten als auch das ihr zukommende Gestaltungsermessen sachgerecht ausgeübt.

Gegen das ihnen am 09.11.2006 zugestellte Urteil wenden sich die Kläger mit ihrer am 07.12.2006 eingelegten Berufung. § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchiedPflegeV-VO verstoße gegen höherrangiges Recht, da die beklagte Schiedsstelle nicht nach Maßgabe des § 76 SGB XI besetzt sei. Der getroffene Schiedsspruch vom 21.11.2003 sei damit insgesamt rechtswidrig. Der Teilvergleich habe nicht zur vollständigen Erledigung des Rechtsstreits geführt. Das Rechtsschutzbedürfnis bestehe daher bezüglich der Festsetzungen in den §§ 11 a Abs. 2, 16 Abs. 3, 17, 18 Abs. 6, 27, 28 Abs. 4, 29 bis 36 des RV fort. Da die Beklagte über einen weitgehenden Gestaltungsspielraum verfüge, welcher der materiell-rechtlichen gerichtlichen Kontrolle teilweise entzogen sei, hätten sie, die Kläger, unter materiell-rechtlichen Gesichtspunkten nur die Aspekte aufgegriffen, hinsichtlich derer sie von einer Überschreitung der Grenzen dieses Beurteilungsspielraums ausgegangen seien. Dies ändere jedoch nichts daran, dass sie sich wegen der disparitätischen Besetzung der Beklagten inhaltlich mit fast allen anderen streitigen Aspekten nicht durchgesetzt hätten. Für beurteilungsfehlerhaft hätten sie nur die ursprünglichen Festsetzungen der §§ 7 und 21 des angefochtenen Rahmenvertrages erachtet. Dieser Aspekt sei inzwischen durch die bestandskräftige Entscheidung der beklagten Schiedsstelle geklärt. Dabei müsse nicht jede Entscheidung der – aus Sicht der Kläger – fehlerhaft besetzten Beklagten zugleich beurteilungsfehlerhaft sein. Insgesamt sei nur der Schluss zu ziehen, dass die Bestellung von Vertretern der Kreis-, Städte- und Gemeindetage auf der Seite der Leistungsträger nicht zwingend geboten sei. Zudem sei die Beteiligung öffentlicher Träger an der Beklagten nicht notwendig, da diese nicht grundrechtsfähig seien. Durch die Berücksichtigung der öffentlichen Träger sei untergeordneten Partikularinteressen Geltung verschafft worden, da diese Leistungserbringer einen Marktanteil von 2,88 % aufzuweisen hätten (bezogen auf die Anzahl geschlossener Versorgungsverträge nach § 72 SGB XI). Im Übrigen wiederholen und vertiefen die Kläger ihr erstinstanzliches Vorbringen, wonach die Beklagte nicht paritätisch besetzt sei und dadurch die Verbände der Leistungserbringer und die Leistungserbringer selbst, die sich nicht in öffentlicher Hand befänden, in ihren Grundrechten aus Art. 2 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 GG verletzt seien. Auch werde weiterhin daran festgehalten, dass die Beklagte nicht hinreichend demokratisch legitimiert sei, weil die hier allein denkbare Binnenlegitimation voraussetze, dass die Entscheidungsteilhabe effizient sei und die Binnenstruktur der gemeinsamen Selbstverwaltung paritätisch ausgestaltet sei.

Die Kläger beantragen, den Schiedsspruch der Beklagten vom 21. November 2003 unter Abänderung des Urteils des Sozialgerichts Dresden vom 12. Oktober 2006 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, über den Antrag der Kläger auf Festsetzung des Rahmenvertrages für

die vollstationäre Pflege im Freistaat Sachsen, ausgenommen jedoch die Anträge der Kläger zu §§ 7, 21 Absätze 6 und 7 des Rahmenvertrages, erneut zu entscheiden.

Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und regt die Beiladung des Freistaates Sachsen an, weil es vordringlich um die Gesetzmäßigkeit der SchiedspflegeV-VO gehe und damit "wirklicher" Beklagter eigentlich der Ordnungsgeber sei.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie auf die beigezogenen Verwaltungsakten der Beklagten und des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales und Verbraucherschutz verwiesen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

A. Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet, weil bereits die Klage, soweit sie im Berufungsverfahren noch anhängig ist, unzulässig ist. Im Ergebnis zu Recht hat das SG die Klage abgewiesen, denn die Kläger sind durch den Schiedsspruch vom 23.11.2003 nicht in rechtswidriger Weise beschwert.

I. Streitgegenstand der Anfechtungsklage ist – ungeachtet des Antrags, die Beklagte zu verurteilen, über den Antrag auf Festsetzung des Rahmenvertrages erneut zu entscheiden – allein noch das Begehren, den streitigen Schiedsspruch der Beklagten vom 21.11.2003 aus Gründen der fehlerhaften Besetzung der Beklagten aufzuheben, soweit er bislang nicht bestandskräftig geworden ist und auch vergleichsweise keine Einigung erzielt werden konnte. Hieraus folgt, dass es einer erneuten Entscheidung über den dann wieder offenen Antrag bedarf. Einer gesonderten Verurteilung, überhaupt den unerledigten Antrag zu bescheiden, bedarf es im Rechtssinne nicht. Diese von der Beklagten insoweit auch nicht bestrittene Verpflichtung ergibt sich schon aus [§ 75 Abs. 4 SGB XI](#). Den Klägern geht es zudem auch nicht darum, dass die Beklagte in ihrer aktuellen konkreten Besetzung erneut entscheidet. Vielmehr will sie erreichen, dass über den Antrag erst entschieden werden darf, wenn der Ordnungsgeber der SchiedspflegeV-VO – unter Beachtung der Ausführungen des erkennenden Senats – eine neue Regelung zur Besetzung der Schiedsstelle im klägerischen Sinn erlassen hat und auf dieser Grundlage die Schiedsstelle neu besetzt worden ist. Angesichts der Ausführungen der Kläger im Berufungsschriftsatz vom 20.02.2007 (dort Seite 2) und der Erklärung des Prozessbevollmächtigten der Kläger in der mündlichen Verhandlung am 02.09.2009 ist nicht Gegenstand der im Berufungsverfahren noch anhängigen Klage dagegen ein Verpflichtungsbegehren der Kläger, die Beklagte zu zwingen, über die in §§ 11 a Abs. 2, 16 Abs. 3, 17, 18 Abs. 6, 21 Abs. 3, 27, 28 Abs. 4, 29 bis 36 des RV getroffenen Regelungen unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts mit einem bestimmten Regelungsinhalt oder mit die möglichen Regelungsinhalte begrenzenden gerichtlichen Vorgaben erneut zu entscheiden. Die Kläger halten die noch streitigen Festsetzungen nicht deswegen für rechtswidrig, weil die Beklagte ihren Beurteilungsspielraum verletzt habe, sondern weil durch eine abweichende Besetzung der Beklagten auch andere, den Klägern günstigere Festsetzungen erreichbar gewesen wären, die ebenso wie die tatsächlich erfolgten Festsetzungen ihrem Inhalt nach materiell-rechtlich nicht zu beanstanden wären.

II. Rechtsgrundlage des Schiedsspruchs ist [§ 75 Abs. 4 SGB XI](#). Danach wird der Inhalt eines Rahmenvertrages gemäß [§ 75 Abs. 1 SGB XI](#) auf Antrag einer Vertragspartei festgesetzt, sofern – wie hier – ein solcher Vertrag innerhalb von sechs Monaten nicht zustande kommt, nachdem eine Vertragspartei schriftlich zu Vertragsverhandlungen aufgefordert hat. Diese Voraussetzungen lagen vor, nachdem einige der Kläger den Rahmenvertrag für die vollstationäre Pflege im Freistaat Sachsen im Mai 1999 gekündigt und sich nach – teilweise erfolglosen Vertragsverhandlungen – mit Schreiben vom 05.05.2003 an die beklagte Schiedsstelle gewandt hatten, damit diese einen solchen Rahmenvertrag festsetzen möge.

Den Gerichten steht bei der Überprüfung von Schiedsstellenentscheidungen nur ein eingeschränkter Prüfungsrahmen zu, weil die Schiedsstelle aufgrund ihrer paritätischen Zusammensetzung, des Mehrheitsprinzips und ihrer fachlichen Weisungsfreiheit vom Gesetzgeber dazu in die Lage versetzt wird, Entscheidungen auf der Grundlage einer sachnahen vermittelnden Zusammenführung verschiedener Interessen zu finden. Die Gerichte sind deshalb nur befugt zu prüfen, ob die Ermittlung des Sachverhalts in einem fairen Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs erfolgt ist, der bestehende Beurteilungsspielraum eingehalten und zwingendes Gesetzesrecht beachtet worden ist (Bundessozialgericht [BSG] Urteil vom 29.01.2009 – [B 3 P 8/07 R](#) – juris Rn. 19; Urteil vom 14.12.2000 – [B 3 P 19/00 R](#) – [SozR 3-3300 § 85 Nr. 1](#) S. 5).

III. Die gegen den Schiedsspruch vom 21.11.2003 gerichtete Klage ist als Anfechtungsklage statthaft (1). Allerdings besteht für das noch anhängige klägerische Begehren kein Rechtsschutzbedürfnis, da das Sächsische Staatsministerium für Soziales (jetzt: Sächsisches Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz) die die Leistungsträger vertretenden Mitglieder der Schiedsstelle für die 3. Amtsperiode im Wege der Ersatzvornahme bestellt hat und gegen diese Maßnahme kein Rechtsbehelf eingelegt worden ist (näher zur Besetzung nach der SchiedspflegeV-VO unter B.II.2.). Die Entscheidung des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales ist in Bestandskraft erwachsen. Der Einwand der Kläger, sie hätten sich wegen der aus ihrer Sicht fehlerhaften Besetzung der Beklagten bei keiner der getroffenen Festsetzungen durchsetzen können, greift deshalb nicht durch (2). Der Bescheid über die Ersatzvornahme ist rechtswidrig, aber nicht nichtig (3).

1. Zutreffende Klageart ist die – hier auch so erhobene – Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1](#) Sozialgerichtsgesetz [SGG]). Es handelt sich bei dem angefochtenen Schiedsspruch um einen Verwaltungsakt im Sinne des [§ 31 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) zur Festsetzung eines Rahmenvertrages über die stationäre Pflege im Freistaat Sachsen gemäß [§ 75 SGB XI](#) (vgl. BSG, Urteil vom 30.10.1963 – [6 RKa 4/62](#) – [BSGE 20, 73](#), 75 zu § 368h Reichsversicherungsordnung; Neumann in Schuln, Handbuch der Sozialversicherung, Band 4, Pflegeversicherung, § 21 Rn. 106; Udsching, SGB XI, 2. Aufl., § 76 Rn. 4 – jedenfalls gegenüber den Vertragsparteien; nur Normsetzung: Richter in LPK-SGB XI, 3. Aufl., § 76 Rn. 11; Rechtsakt sui generis: Orthen in Hauck/Noftz, SGB XI, § 76 Rn. 15, Stand 11/2002; zur Verwaltungsaktqualität von Schiedsstellenentscheidungen nach [§ 85 Abs. 5 SGB XI](#): BSG, Urteil vom 29.01.2009 – [B 3 P 8/07 R](#) – juris Rn. 11; Urteil vom 14.12.2000 – [B 3 P 19/00 R](#) – [SozR 3-3300 § 85 Nr. 1](#) S. 4). Die Klagefrist des [§ 87 SGG](#) ist einzuhalten; eines Vorverfahrens bedarf es – wie sich aus [§ 85 Abs. 5 Satz 4 SGB XI](#) im Wege des Erst-recht-Schlusses ergibt – nicht (siehe auch Orthen in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 76

Rn. 17 ff. m.w.N., Stand 11/2002). Die Beklagte ist nicht nur beteiligungsfähig ([§ 70 Nr. 4 SGG](#)), sondern auch in dem Sinne passiv legitimiert, dass die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage gegen sie zu richten ist (BSG, Urteil vom 14.12.2000 – [B 3 P 19/00 R - SozR 3-3300 § 85 Nr. 1](#) S. 3). Diese Voraussetzungen liegen vor. Insbesondere wurde die Klagefrist eingehalten. Nach dem von der Beklagten nicht bestrittenen und vom Senat für zutreffend erachteten Vortrag des Prozessbevollmächtigten der Kläger ist der Schiedsspruch ihrer Verfahrensbevollmächtigten für das Schiedsverfahren am 18.02.2004 zugegangen. Die Klage ist damit am 01.03.2004 beim SG fristgerecht erhoben worden.

Hingegen liegt keine kombinierte Anfechtungs- und Verpflichtungsklage vor. Insoweit wird auf die Ausführungen unter A.I verwiesen.

2. Allerdings besteht für die Klage kein Rechtsschutzbedürfnis. Das Sächsische Staatsministerium für Soziales hat die die Leistungsträger vertretenden Mitglieder der Schiedsstelle für die 3. Amtsperiode (die am 01.04.2003 begonnen hatte) mit Bescheid vom 09.10.2003 auf Antrag des Klägers zu 8 gemäß § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO bestellt, nachdem sich die beteiligten Verbände der Leistungsträger seit Januar 2003 nicht auf einen gemeinsamen Vorschlag geeinigt hatten. Die Beklagte hat daraufhin bis zum Ablauf der genannten Amtsperiode in dieser Zusammensetzung gearbeitet. Gegen die Ersatzvornahme ist nicht Klage von dazu befugten, in § 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO abschließend aufgezählten Verbänden erhoben worden. Dies ergibt sich aus den vom Senat beigezogenen und den Beteiligten zugänglich gemachten Akten des Sächsischen Staatsministeriums für Soziales. Dem ist vom Prozessbevollmächtigten in der mündlichen Verhandlung am 02.09.2009 auch nicht widersprochen worden. Damit ist das Ersatzvornahmeschreiben vom 09.10.2003, das einen Verwaltungsakt darstellt (näher dazu unter 3.a) aa)) ungeachtet seiner Fehlerhaftigkeit bestandskräftig geworden (näher dazu unter 3. a) bb) und cc) und 3.b)). Die Rüge der Besetzung der Beklagten ist damit, unbeschadet der – hier nicht geltend gemachten – Möglichkeit (vgl. § 11 SchiedPflegeV-VO), im Einzelfall gegen eine individuelle Person Ausschlussgründe allgemeiner Art (vgl. aber auch § 11 Abs. 1 Satz 2 SchiedPflegeV-VO) oder auf das jeweilige Festsetzungsverfahren bezogene Gründe vorbringen zu können, ausgeschlossen. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass der Grund dafür, dass der Beklagte zu 8 den Antrag auf Neubesetzung der Schiedsstelle gemäß § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO ausdrücklich mit Schreiben vom 16.09.2003 gestellt hat, sich nicht mit dem jetzigen klägerischen Anliegen deckt. Der Antrag war gestellt worden, weil aus der Sicht des Klägers zu 8 "keine Einigung der privaten Leistungserbringer auf einen 3-Personen-Vorschlag möglich" war. Zuvor bereits hatte der Landesverband Hauskrankenpflege Sachsen e.V. aus demselben Grund mit Schreiben vom 04.09.2003 aus Gründen der Beschleunigung "vorgeschlagen", das Sächsische Staatsministerium für Soziales möge die Besetzung der Schiedsstelle vornehmen.

Wären die Kläger bereits gegen die vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales verfügte Ersatzvornahme vorgegangen, hätten sie all ihre Argumente, die aus ihrer Sicht gegen die Besetzung der Beklagten sprechen, in einem solchen Verfahren vortragen können und müssen. Im Erfolgsfall hätte sich dies unmittelbar auf die Zusammensetzung der Beklagten ausgewirkt. Der Senat geht deshalb davon aus, dass ein solcher Rechtsbehelf vorgreiflich gegenüber der hier nur inzident möglichen gerichtlichen Prüfung der Vorschriften über die Besetzung der Schiedsstelle in der SchiedPflegeV-VO ist (zur Inzidentkontrolle im Falle der Schiedsstelle vgl. Orthen in Hauck/Noftz, SGB XI, § 76 Rn. 23, Stand 11/2002; allgemein zur Inzidentkontrolle im sozialgerichtlichen Verfahren Böttiger in: Breitkreuz/Fichte, SGG, § 54 Rn. 13; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Aufl., Anhang § 54 Rn. 11 und § 55 Rn. 10a). Die Ersatzvornahme ersetzt das Einvernehmen der an der Bestellung beteiligten Organisationen. Wird das Einvernehmen hergestellt, können nicht nachträglich von den beteiligten Organisationen die dazu abgegebenen Erklärungen widerrufen werden. Dafür spricht der Umstand, dass es aufgrund der Bedeutung der Angelegenheiten, über welche die Beklagte regelmäßig zu entscheiden hat, kein Zweifel darüber geben darf, ob sie rechtswirksam besetzt ist. Dann kann aber für die Ersatzvornahme nichts anderes gelten. Die Möglichkeit, gegen eine per Ersatzvornahme verfügte Besetzung rechtlich, insbesondere auch im Wege des Eilrechtsschutzes, vorgehen zu können, bringt zügig Klarheit sowohl für die Beklagte selbst als auch für die Beteiligten, die sich ihrem Verfahren unterziehen. Wäre es demgegenüber stattdessen zulässig, jedes bei der Beklagten anhängig gemachte Verfahren zum Anlass nehmen zu können, um ihre Besetzung im Wege der (inzidenten) gerichtlichen Prüfung der aufgrund von [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) erlassenen Verordnung grundsätzlich anzugreifen, wäre eine kontinuierliche Arbeit der Beklagten kaum vorstellbar. Zudem würde die Akzeptanz von Schiedssprüchen grundsätzlich gefährdet.

3. Die vom Sächsischen Staatsministerium für Soziales verfügte Ersatzvornahme war rechtswidrig (a), aber nicht nichtig (b).

a) Die Ersatzvornahme leidet jedenfalls unter formellen Mängeln. Zumindest der Begründungsmangel besteht fort und ist nicht geheilt worden.

aa) Es handelt sich bei der auf diese Weise erfolgten Besetzungsentscheidung, wie sie mit Schreiben vom 09.10.2003 ergangen ist, um einen Verwaltungsakt im Sinne von [§ 31 Satz 1 SGB X](#), da hier eine hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts mit Außenwirkung getroffen worden ist.

Eine Ersatzvornahme mag sich in vielen Bereichen, insbesondere in der Bereich der allgemeinen Verwaltungsvollstreckung als der bloß tatsächliche Vollzug einer vom Verpflichteten unterlassenen Handlung darstellen (vgl. dazu nur Kopp/Ramsauer, VwVfG, 9. Aufl., § 35 Rn. 67; die Androhung und Festsetzung ist hingegen ein Verwaltungsakt). Hier hingegen stellt die Besetzungsentscheidung eine hoheitliche Regelung auf dem Gebiet des SGB XI dar, weil durch eine mit Anspruch auf Verbindlichkeit erlassene Anordnung des Sächsischen Staatsministerium für Soziales der Status von Personen mit Blick auf die Schiedsstelle nach [§ 75 Abs. 3 SGB XII](#) bestimmt worden ist. Das Sächsische Staatsministerium für Soziales hat nach [§ 76 Abs. 3 Satz 1 SGB XI](#) i.V.m. § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO und [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) den in der Liste, die dem Bescheid vom 09.10.2003 beigelegt war, genannten Personen das Ehrenamt eines Mitglieds der Schiedsstelle übertragen, soweit die Organisationen nach § 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO sich nicht auf die Mitglieder geeinigt und diese bestellt haben. Die notwendige Einigung (§ 2 Abs. 1 Satz 3 i.V.m. § 3 Abs. 3 SchiedPflegeV-VO) haben nur die Kostenträger, nicht aber die Leistungsträger erzielt. Insoweit ist die fehlende Einigung der Organisationen im Sinne des § 1 Abs. 2 Nr. 1 SchiedPflegeV-VO durch die Ersatzvornahme nach § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO ersetzt worden. Die Regelung ist auch mit Außenwirkung gegenüber den Organisationen ergangen, weil sie dadurch ihres Bestellungsrechts verlustig gegangen sind. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Ersatzvornahme nur wirksam wird, wenn die benannten Vertreter nach § 3 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO ihr Einverständnis gegenüber der Geschäftsstelle der Beklagten erklärt haben, was hier auch geschehen ist.

Der Ersatzvornahmebescheid differenziert nicht zwischen der Besetzung mit den Vorsitzenden und jeweils zwei neutralen Beisitzern einerseits und der Besetzung mit den Vertretern der Leistungserbringer im Sinne der SGB XI (den Leistungsträgern im Sinne der

SchiedPflegeV-VO) und den Vertretern der Leistungsträger im Sinne des SGB XI (den Kostenträgern im Sinne der SchiedPflegeV-VO) andererseits. Da jedoch die Besetzung des Vorsitzenden (und Stellvertreter) und der neutralen Beisitzer (und Stellvertreter) nicht umstritten war, und insoweit kein Antrag nach § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO gestellt wurde, Kandidaten für das Losverfahren zur Ermittlung der neutralen Mitglieder zu benennen, ist der Bescheid entgegen seinem Wortlaut dahingehend auszulegen, dass er insoweit nur das gefundene konsensuale Ergebnis als unwidersprochen gebliebenen ministeriellen Vorschlag nachrichtlich wiedergibt. Entsprechendes gilt für die Vertreter der Kostenträger. Hinsichtlich der Vertreter der Leistungsträger ist aber mangels Einvernehmen eine hoheitliche Entscheidung mit Außenwirkung ergangen.

bb) Der Bescheid vom 09.10.2003 leidet zunächst an einem Formfehler, da er nicht mit der nach [§ 36 SGB X](#) notwendigen Rechtsbehelfsbelehrung versehen wurde. Dieser Fehler wirkt sich inzwischen nicht mehr aus. Zwar war deshalb gemäß [§ 66 Abs. 2 SGG](#) die Jahresfrist zur Erhebung des Klageverfahrens eröffnet (zum Ausschluss des Vorverfahrens vgl. [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 SGG](#)). Da gegen den Bescheid vom 09.10.2003 aber keine Klage erhoben worden ist, ist der Ersatzvornahmebescheid bindend geworden ([§ 77 SGG](#)).

cc) Darüber hinaus hat das Sächsische Staatsministerium für Soziales den Bescheid jedenfalls nicht mit einer den Anforderungen des [§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X](#) genügenden Begründung versehen. Denn dieser lassen sich nicht die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe entnehmen, nach denen die Auswahl der Mitglieder der Schiedsstelle im Rahmen der Ersatzvornahmeentscheidung erfolgt ist. Insbesondere ist allein aus dem Bescheid heraus nicht nachvollziehbar, nach welchen Maßstäben aus den in § 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO erwähnten Organisationen Vertreter für die Schiedsstelle bestimmt worden sind. Der Bescheid nimmt zwar Bezug auf den mit Schreiben vom 03.09.2003 unterbreiteten ministeriellen Vorschlag. Dies allein genügt aber nicht, um die Begründung zu ersetzen. Immerhin haben zumindest einige Verbände in Kenntnis des ministeriellen Vorschlags kein Einvernehmen über diesen Vorschlag herbeiführen können. Aufgrund dieses Formfehlers ist der Bescheid vom 09.10.2003 rechtswidrig, da er nicht gemäß [§ 41 Abs. 2 SGB X](#) geheilt worden ist.

b) Der Bescheid ist aber nicht nichtig. Nichtigkeitsgründe im Sinne des [§ 40 Abs. 2 SGB X](#) liegen nicht vor. Auch die in [§ 40 Abs. 3 SGB X](#) aufgeführten, eine Nichtigkeit ausschließenden Fallgestaltungen sind hier nicht einschlägig. Der Bescheid vom 09.10.2003 ist schließlich nicht nach [§ 40 Abs. 1 SGB X](#) nichtig.

Nach [§ 40 Abs. 1 SGB X](#) ist ein Verwaltungsakt nichtig, soweit er an einem besonders schwerwiegenden Fehler leidet und dies bei verständiger Würdigung aller in Betracht kommenden Umstände offensichtlich ist. Es muss sich dabei somit um besonders schwerwiegende Form- und Inhaltsfehler handeln. Entscheidend ist die Bedeutung und das Gewicht des Fehlers, nicht die Fehlerart. Schwerwiegend ist ein Fehler dann, wenn er derart im Widerspruch zur geltenden Rechtsordnung und den ihr zugrunde liegenden Wertvorstellungen der Gemeinschaft steht, dass es unerträglich wäre, wenn der Verwaltungsakt die mit und in ihm enthaltenen Rechtswirkungen hätte. Maßgebend ist nicht so sehr und nicht notwendig der Verstoß gegen bestimmte – unter Umständen zwingende – Rechtsvorschriften, sondern der Verstoß gegen die der Rechtsordnung insgesamt oder in bestimmter Hinsicht zugrunde liegenden wesentlichen Zweck- und Wertvorstellungen, insbesondere auch der Verstoß gegen tragende Verfassungsgrundsätze (vgl. nur Roos in von Wulffen, SGB X, 6. Aufl., § 40 Rn. 7 m.w.N.).

Diese Voraussetzungen liegen nicht vor. Das Sächsische Staatsministerium für Soziales beabsichtigte, mittels Ersatzvornahme das mit Schreiben vom 09.01.2003 eingeleitete Verfahren zur Bestellung der Mitglieder der Beklagten für die 3. Amtsperiode abzuschließen, nachdem sich die nach § 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO beteiligten Organisationen der Leistungsträger auf keinen gemeinsamen Vorschlag verständigt hatten und der Kläger zu 8 den Antrag auf Neubesetzung der Beklagten gemäß § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO ausdrücklich mit Schreiben vom 16.09.2003 gestellt hatte. Zugleich wurde mit dieser Maßnahme die weitere Geschäftsführung der Mitglieder der zweiten Amtsperiode (§ 4 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO) beendet. Diese Motive stehen im Einklang mit der Rechtsordnung, die eine nach [§ 76 SGB XI](#) funktionsfähige Schiedsstelle voraussetzt. Der Umstand, dass die Begründung nicht erkennen lässt, aufgrund welcher Abwägungen die Vertreter der beteiligten Organisationen für die Beklagte bestellt wurden, widersprechen den wesentlichen Wertvorstellungen der Rechtsordnung nicht in einem so erheblichen Ausmaß, dass seine Rechtswirkungen als unerträglich anzusehen gewesen wären. Dem steht schon entgegen, dass das Sächsische Staatsministerium für Soziales mit Schreiben vom 03.09.2003 Besetzungsvorschläge für die Erst-, Zweit- und Drittbesetzung der Beklagten unterbreitet hatte, die sich, wie aus der Begründung des Begleitschreibens hervorgeht, an dem bisherigen – informell angewandten – Verteilerschlüssel ausgerichtet hatten. Diesen Personenvorschlag hat das Sächsische Staatsministerium für Soziales im Ersatzvornahmebescheid vom 09.10.2003 vollständig übernommen, so dass für alle Adressaten des Bescheides, die zuvor schon das Schreiben vom 03.09.2003 erhalten hatten, die Vorgehensweise hinreichend transparent war, auch wenn dabei unklar blieb, warum das Sächsische Staatsministerium für Soziales hinsichtlich der Vertreter der Vereinigungen der in Sachsen tätigen privaten Pflegeheime und Pflegedienste so entschieden hat, wie es entschieden hat. Abgesehen von den im Klage- und Berufungsverfahren vorgetragenen Bedenken ist die Besetzungsentscheidung auch von keinem der Betroffenen als willkürlich oder als sachfremd angesehen worden. Denn es handelte sich in allen Fällen für die Beklagte Berufenen um Personen, die einem der Verbände im Sinne des § 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO angehörten und von dort vorgeschlagen worden waren. Dafür spricht auch, dass die Beklagte nach der per Ersatzvornahme getroffenen Besetzung während der 3. Amtsperiode offenbar konfliktfrei gearbeitet hat. Darüber hinaus waren die Kläger im Anschluss an die mündliche Verhandlung vor dem SG sogar dazu bereit, sich entsprechend dem Prozessvergleich einem erneuten Schiedsverfahren in dieser Besetzung zu unterziehen und haben den daraufhin ergangenen Schiedsspruch auch akzeptiert.

Die von den Klägern nunmehr vorgetragenen Bedenken gegen die Besetzung der Beklagten sind schon deswegen nicht geeignet, eine Nichtigkeit des Ersatzvornahmebescheides vom 09.10.2003 anzunehmen, weil auch bei einem möglichen Verstoß gegen [Art. 2 Abs. 1 GG](#) und [Art. 12 Abs. 1 GG](#) dieser Verstoß nicht zwingend zur Nichtigkeit führt. Abgesehen davon, dass es sich nach [§ 40 Abs. 1 SGB X](#) um einen schwerwiegenden Fehler handeln muss, muss dieser auch offensichtlich sein, um zur Nichtigkeit zu führen. Jedenfalls hieran fehlt es. Insoweit wird auf die nachfolgenden Ausführungen unter B. verwiesen.

B. Ungeachtet des Umstands, dass die Klage, soweit sie noch Gegenstand des Berufungsverfahrens ist, unzulässig geworden ist, sieht es der Senat angesichts der Bedeutung der Angelegenheit und zur Vermeidung weiterer Streitigkeiten mit Rücksicht auf eventuelle Maßnahmen des Verordnungsgebers als erforderlich an, auf die von der Klägerseite aufgeworfenen Besetzungsfragen einzugehen.

I. Ob ein Verstoß gegen das Demokratieprinzip nach dem Vortrag der Kläger in Betracht kommt, erscheint zweifelhaft (siehe aber auch unter III.), weil es den Klägern gerade nicht um eine Gleichstellung der einzelnen als Kostenträger in § 1 Abs. 2 Nr. 2 SchiedPflegeV-VO

aufgeführten Gruppen oder ihrer Mitglieder oder gar der Außenseiter, die keiner mitwirkungsberechtigten Organisation angehören, geht, sondern gerade um eine Diskriminierung der Kostenträger der öffentlichen Hand. Denn die Kläger bringen vor, dass es bei der zweifelhaften demokratischen Legitimation der handelnden Verbände gerade darauf ankomme, die ansonsten von außen kommende Legitimation durch eine Binnenlegitimation dergestalt zu ersetzen, dass die Entscheidungsteilhabe in der vom Gesetzgeber des SGB XI bipolar ausgestalteten Schiedsstelle effizient sei, was nur erreicht werden könne, wenn die Binnenstruktur der gemeinsamen Selbstverwaltung paritätisch ausgestaltet sei; deswegen dürften keine Vertreter der öffentlichen Hand für die Leistungsträger bestellt werden. Damit geht es den Klägern letztlich um Grundrechtsschutz durch die Ausgestaltung der Organisationsstruktur und des Verfahrens.

II. Es spricht viel dafür, dass das Grundrecht der Berufsfreiheit der den Klägern angehörenden Leistungserbringer ([Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG](#)) durch die Vorschriften der SchiedPflegeV-VO verletzt sein dürfte. Denn ein Grundrechtsverstoß kommt in Betracht, wenn die Beklagte nicht paritätisch besetzt sein sollte.

1. Das Gesetz stellt auf das Konsensprinzip ab, da Rahmenverträge gemäß [§ 75 Abs. 1 SGB XI](#) einvernehmlich zu regeln sind. Der Schiedsspruch ersetzt dabei aber nur die fehlgeschlagene Einigung und kann von den Vertragsparteien angefochten und im Übrigen auch jederzeit einvernehmlich geändert werden (vgl. BSG, Urteil vom 29.01.2009 – [B 3 P 8/07 R](#) – juris R. 25). Die paritätische Besetzung der Schiedsstelle hat somit eine verfassungsrechtliche Dimension. Denn die Entscheidung der Schiedsstelle ist ein Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der Pflegeeinrichtungen. Durch die paritätische Besetzung werden die gegenläufigen Interessen der Beteiligten neutralisiert, so dass eine unter dieser Voraussetzung getroffene Entscheidung ein milderer Mittel im Verhältnis zu einer Entscheidung darstellt, die durch ein Übergewicht der Interessen der öffentlichen Hand geprägt ist (Neumann in Schulin, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Band 4, Pflegeversicherungsrecht, § 21 Rn. 99). Eine unbegrenzte, gerichtlich nicht mehr überprüfbare "Macht" wird der Schiedsstelle jedoch nicht zuteil (so aber Renn/Griep, PflR 2000, 2). Die Festsetzung des Vertragsinhalts durch den Schiedsspruch ist eine Form der Schlichtung, nicht der Rechtsfindung; der Schiedsspruch hat die Wirkung einer vertraglichen Vereinbarung. Was die Beteiligten in freier Vereinbarung hätten regeln können, wird im streitschlichtenden Schiedsverfahren durch den Schiedsspruch ersetzt. Daraus folgt, dass das Schiedsamt die gleiche Gestaltungsfreiheit hat, wie für die Vertragsparteien bei der gütlichen Einigung besteht (grundlegend dazu BSG, Urteil vom 30.10.1963 – [6 RKa 4/62](#) – [BSGE 20, 73](#), 76).

2. Nach [§ 76 Abs. 1 Satz 1 SGB XI](#) bilden die Landesverbände der Pflegekassen und die Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen im Land gemeinsam für jedes Land eine Schiedsstelle. Die Schiedsstelle besteht aus Vertretern der Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen in gleicher Zahl sowie einem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern ([§ 76 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#)). Der Schiedsstelle gehört ferner ein Vertreter des Verbandes der privaten Krankenversicherung e.V. sowie der überörtlichen Träger der Sozialhilfe im Land an, die auf die Zahl der Vertreter der Pflegekassen angerechnet werden ([§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB XI](#)). Aufgrund von [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) sind die Landesregierungen ermächtigt, durch Rechtsverordnung das Nähere u.a. über die Zahl der Mitglieder der Schiedsstelle zu treffen.

Diesem Auftrag ist die Sächsische Staatsregierung mit der SchiedPflegeV-VO vom 17.05.1995 (in der Fassung vom 21.01.2008, SächsGVBl. S. 74) nachgekommen. Nach [§ 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO](#) sind an der Schiedsstelle folgende Organisationen nach Maßgabe des [§ 2 SchiedPflegeV-VO](#) beteiligt:

1. Auf Seiten der Kostenträger: a) der AOK-Landesverband Sachsen, b) der BKK-Landesverband Sachsen, c) der IKK-Landesverband Sachsen, d) die Sächsische Landwirtschaftliche Krankenkasse (jetzt: Landwirtschaftliche Krankenkasse Mittel- und Ostdeutschland), e) der Verband der Angestellten-Krankenkasse e.V./Verband der Arbeiter-Ersatzkassen e.V., Landesvertretung Sachsen (jetzt: Verband der Ersatzkassen e.V.) f) die Bundesknappschaft/Verwaltungsstelle Chemnitz, g) der Verband der privaten Krankenversicherung e.V., h) der Kommunale Sozialverband Sachsen;

2. auf Seiten der Leistungsträger: a) die Liga der Freien Wohlfahrtspflege, b) der Freistaat Sachsen als Träger der Pflegeeinrichtungen an den Sächsischen Landeskrankenhäusern, vertreten durch das Staatsministerium für Soziales (jetzt: Staatsministerium für Soziales und Verbraucherschutz), c) die Vereinigungen der in Sachsen tätigen privaten Pflegeheime und Pflege-dienste, d) der Sächsische Landkreistag und der Sächsische Städte- und Gemeindetag.

Nach [§ 2 Abs. 1 Satz 1 SchiedPflegeV-VO](#) gehören der Schiedsstelle ein neutraler Vorsitzender, zwei weitere neutrale Mitglieder sowie je sieben Vertreter der Kostenträger und der Leistungsträger an. Nach [§ 2 Abs. 1 Satz 3 SchiedPflegeV-VO](#) sind die Vertreter der Kostenträger und der Leistungsträger jeweils von den in [§ 1 Abs. 2 SchiedPflegeV-VO](#) genannten Verbänden gemeinsam zu bestellen. Die Bestellung der Vertreter erfolgt aber bankweise getrennt durch die Gruppe der die Kostenträger und die Leistungsträger repräsentierenden Organisationen. Jede Gruppe bestimmt gemeinsam für sich, und dies einvernehmlich ([§ 3 Abs. 3 SchiedPflegeV-VO](#)) ihre Vertreter. Lediglich der Kommunale Sozialverband Sachsen und der Verband der privaten Krankenversicherung e.V. bestimmen auf der Seite der Kostenträger jeweils einen Vertreter, ohne sich insoweit mit den anderen Kostenträgern abstimmen zu müssen ([§ 2 Abs. 1 Satz 2 SchiedPflegeV-VO](#)). Diese Vorgehensweise entspricht den Vorgaben des [§ 76 Abs. 2 Satz 2](#) und 3 SGB XI. Der Ordnungsgeber hat zudem bestimmt, dass für den Fall, dass bis spätestens vier Wochen nach Beginn der Amtsperiode von den beteiligten Organisationen die Vertreter und deren Stellvertreter nicht bestellt werden – womit gemeint ist, dass eine bankweise Einigung bei einer oder beiden Gruppen nicht zustande gekommen ist –, das Staatsministerium für Soziales auf Antrag einer beteiligten Organisation die Vertreter bestellt ([§ 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO](#)). Auch dies ist durch [§ 76 Abs. 2 Satz 6 SGB XI](#) gedeckt. Zwar sprechen [§ 76 Abs. 2 Satz 3](#) und 6 SGB XI nicht davon, dass die Vertreter und Stellvertreter gemeinsam je Bank zu bestimmen sind. Da aber die Zahl der Organisationen je Bank regelmäßig jeweils größer ist als die Zahl der Vertreter je Bank und darüber hinaus auch eine Gewichtung nach der Größe der Organisationen in Betracht kommt, kann die in [§ 76 Abs. 2 Satz 3](#) und 6 SGB XI vorgesehene Bestellung der Vertreter nur bedeuten, dass die Vorschläge je Bank – abgesehen von [§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB XI](#) – gemeinsam erfolgen müssen. Dies ergibt sich auch im Umkehrschluss aus der Sonderregelung des [§ 76 Abs. 2 Satz 2 SGB XI](#). Kommt diese Einigung nicht zustande, ist auf Antrag – hinsichtlich der Bank, bei der keine Einigung erzielt werden konnte – die Bestellung im Wege der Ersatzvornahme durch die zuständige Landesbehörde anzuordnen.

3.a) Nach [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) kann die Berufsausübung nur durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes geregelt werden, das den Anforderungen der Verfassung entspricht. Eingriffe in die Berufsfreiheit setzen "Regelungen" voraus, die durch demokratische Entscheidungen zustande gekommen sind und die auch materiell-rechtlich den Anforderungen an die Einschränkungen dieses Grundrechts

genügen (Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Beschluss vom 14.07.1987 – [1 BvR 537/81](#), 195/87 – [BVerfGE 76, 171](#), 188). Der Gesetzesvorbehalt des [Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG](#) weist dem parlamentarischen Gesetzgeber die Entscheidung darüber zu, welche Gemeinschaftsinteressen so wichtig sind, dass Freiheitsrechte des Einzelnen zurücktreten müssen. Im Hinblick auf den jeweiligen Sachbereich und die Eigenart des betroffenen Regelungsgegenstandes, insbesondere die Intensität der Grundrechtseingriffe, ist zu beurteilen, wie weit die gesetzlichen Vorgaben ins Einzelne gehen müssen (BVerfG, Beschluss vom 13.07.2004 – [1 BvR 1298](#), 1299/94 u.a. – [BVerfGE 111, 191](#), 216, 217 m.w.N.; dort zur Regelung durch Satzung). Unter Beachtung dieser Grundsätze und der Vorgaben des [Art. 80 Abs. 1 GG](#) kann der Bundesgesetzgeber die nähere Ausgestaltung der zu regelnden Materie durch Rechtsverordnung auch einer Landesregierung vorsehen. Dies ist hier in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise durch [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) geschehen. Den durch die Rechtsverordnung auszufüllenden gesetzlichen Rahmen hat der parlamentarische Gesetzgeber durch [§ 76 Abs. 1 bis 3 SGB XI](#) in den zentralen Bereichen vorgegeben.

b) Die vom Ordnungsgeber der SchiedPflegeV-VO vorgesehene Besetzung der Beklagten entspricht zumindest formal den gesetzlichen Anforderungen. Auch der Umstand, dass der Freistaat Sachsen als Träger der Pflegeeinrichtungen an den Sächsischen Landeskrankenhäusern sowie der Sächsische Landkreistag und der Sächsische Städte- und Gemeindetag auf Seiten der Leistungsträger vertreten sind, steht dem nicht entgegen, da diese Träger von Pflegeeinrichtungen sind und [§ 76 Abs. 2 Satz 3 SGB XI](#) ausdrücklich vorsieht, dass bei der Bestellung der Vertreter der Pflegeeinrichtungen die Trägervielfalt zu beachten ist. Die Kläger haben auch ausdrücklich eingeräumt, dass die SchiedPflegeV-VO zumindest formal von der Verordnungsmächtigung des [§ 76 Abs. 5 SGB XI](#) gedeckt und die beklagte Schiedsstelle der Verordnung gemäß besetzt sei. Gleichwohl bestehen aus den von der Klägerseite vorgetragenen Gründen erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken gegen die bislang gehandhabte Praxis.

c) Das BVerfG beurteilt Einschränkungen der Berufsfreiheit grundsätzlich am Maßstab der Verhältnismäßigkeit und unterscheidet dabei danach, auf welcher Stufe der Berufsfreiheit die Regelung ansetzt. Reine Berufsausübungsbeschränkungen können grundsätzlich durch jede vernünftige Erwägung des Gemeinwohls legitimiert werden. Allerdings müssen Eingriffszweck und Eingriffsintensität in einem angemessenen Verhältnis stehen (BVerfG, Urteil vom 10.06.2009 – [1 BvR 706/08](#) u.a. – Breith 2009, 851, 854 m.w.N.). Die Berufsfreiheit des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) gewährt allen Deutschen das Recht, den Beruf frei zu wählen und frei auszuüben. Das Grundrecht ist nach [Art. 19 Abs. 3 GG](#) auch auf juristische Personen anwendbar, soweit sie eine Erwerbszwecken dienende Tätigkeit ausüben, die ihrem Wesen und ihrer Art nach in gleicher Weise einer juristischen wie einer natürlichen Person offen steht. Dabei umfasst das Grundrecht auch die Freiheit, das Entgelt für berufliche Leistungen selbst festzusetzen oder mit den Interessenten auszuhandeln. In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) auch das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Die Reichweite des Freiheitsschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Insoweit sichert [Art. 12 Abs. 1 GG](#) die Teilhabe am Wettbewerb. Die Wettbewerber haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch darauf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen. Die Berufsfreiheit umfasst das Recht der am Markt Tätigen, die Bedingungen ihrer Marktteilhabe selbst festzusetzen. Insbesondere kann der Anbieter Art und Qualität sowie den Preis der angebotenen Güter und Leistungen selbst festlegen. In gleicher Weise ist aber auch das Recht der Nachfrager geschützt, zu entscheiden, ob sie zu diesen Bedingungen Güter erwerben oder Leistungen abnehmen. Soweit Marktteilnehmer in ihrem Marktverhalten durch gesetzliche Regeln beschränkt werden, ist dies an ihren Grundrechten zu messen, nicht an denen der anderen Marktteilnehmer (BVerfG, Urteil vom 17.12.2002 – [1 BvL 28/95](#) u.a. – [BVerfGE 106, 275](#), 298 f.).

d) Durch die von der Beklagten getroffenen, vertragsersetzenden Regelungen wird die Berufsausübungsfreiheit der Kläger als Leistungen anbietende Marktteilnehmer des Pflegemarktes berührt. Zwar hat das BSG ausgeführt (Urteil vom 29.01.2009 – [B 3 P 8/07 R](#) – juris Rn. 25), der im dortigen Rechtsstreit angegriffene Schiedsspruch verstoße bezüglich der Festlegung des Vergütungsmodells nicht gegen das Grundrecht der Berufsfreiheit der dortigen Klägerin gemäß [Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG](#) und das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb, das durch [Art. 14 GG](#) geschützt werde. Ein Grundrechtsverstoß könne nur diskutiert werden, wenn die Kostenträger ermächtigt wären, einseitig – durch Verwaltungsakt – das Vergütungssystem festzulegen. Das Gesetz stelle insoweit aber auf das Konsensprinzip ab, weil das Vergütungsmodell zwischen den Vertragsparteien einvernehmlich zu regeln sei. Der Schiedsspruch ersetze aber nur die fehlgeschlagene Einigung und könne von den Vertragsparteien angefochten und im Übrigen auch jederzeit einvernehmlich geändert werden. Hieraus kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Schiedsstelle überhaupt nicht in der Lage ist, gegen [Art. 12 Abs. 1 GG](#) zu verstoßen. Hiervon kann jedenfalls dann nicht ausgegangen werden, wenn die Schiedsstelle nicht in der vom Gesetz vorgesehenen Weise besetzt ist, die einen fairen Interessenausgleich ermöglicht, sondern einer Verhandlungsseite ein nicht zu kompensierendes Übergewicht einräumt und auf diese Weise die andere Verhandlungsseite bei der gesetzlich vorgesehenen, wenngleich nur auf Antrag erfolgenden Zwangsschlichtung ([§ 76 Abs. 4 SGB XI](#)) unangemessen benachteiligt wird. Dies gilt gerade für solche Festsetzungen der Schiedsstelle, die sich zwar innerhalb des ihr eingeräumten Beurteilungsspielraums bewegen und damit inhaltlich durch das Gericht nicht angreifbar sind, deren "Richtigkeit" aber gleichwohl zu bezweifeln ist, sofern sich ein institutionalisiertes (Eigen-)Interesse – auch das der Kostenträger –, das keineswegs mit dem Gemeinwohlinteresse notwendig gleichgesetzt werden kann, grundsätzlich durchzusetzen vermag. Nichts Gegenteiliges kann aus dem Urteil des BSG vom 14.12.2000 – [B 3 P 19/00 R](#) – [SozR 3-3300 § 85 Nr. 1](#) S. 6 abgeleitet werden, das die Situation vor Anrufung der Schiedsstelle beschreibt und die Verfahren nach [§ 85 Abs. 5 SGB XI](#) betrifft. Hier geht es aber um allgemein geltende Rahmenvereinbarungen, die – ähnlich wie Tarifverträge im Arbeitsrecht – einem Wettbewerb im Sinne von Preisvorteilen durch Unterschreitung von Standards zwischen den einzelnen Pflegeunternehmen durch die Definierung von Standards gerade Grenzen setzen. Es wird mithin durch Vereinbarungen nach [§ 75 Abs. 1 bis 5 SGB XI](#) erst der rechtliche Rahmen präzisiert, innerhalb dessen sich der Wettbewerb entfalten soll.

Bei Nichtverletzung des Beurteilungsspielraums geht der ansonsten mit der Verpflichtungsklage ermöglichte Rechtsschutz ins Leere. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes gebietet es daher, auf der Ebene der Besetzung der Schiedsstelle den Maßstab des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) anzulegen.

e) Sowohl der Gesetzgeber des SGB XI als auch der Ordnungsgeber der SchiedPflegeV-VO gehen davon aus, dass die Mitglieder der Kostenträger einerseits und die der Leistungsträger andererseits jeweils durch eigenständige Gruppeninteressen untereinander verbunden sind, die sich in einem institutionellen Gegensatz zu den Interessen der jeweils anderen Seite befinden. Dies folgt schon daraus, dass die Vertreter der Kostenträger und der Leistungsträger nur gruppenintern bestimmt werden. Darüber hinaus ist ausdrücklich in [§ 76 Abs. 2 Satz](#)

[1 SGB XI](#) vorgegeben, dass die Schiedsstelle – neben dem unparteiischen Vorsitzenden und zwei weiteren unparteiischen Mitgliedern – aus Vertretern der Pflegekassen und Pflegeeinrichtungen in gleicher Zahl bestehen muss. Dem trägt § 2 Abs. 1 Satz 1 SchiedPflegeV-VO dadurch Rechnung, dass beiden Seiten jeweils sieben Vertreter angehören. Noch deutlicher als die dort verwendeten Begriffe "neutraler Vorsitzenden" und "zwei weitere neutrale Mitglieder" bringen die in [§ 76 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) gebrauchten Begriffe "unparteiischer Vorsitzender" und "zwei weitere unparteiische Mitglieder" zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber davon ausgeht, dass die Vertreter der Pflegekassen und der Pflegeeinrichtungen Parteiinteressen verhaftet sind, dies auch vom Gesetzgeber erwartet und der Ausgestaltung der Schiedsstelle zugrunde gelegt wird. Die Kostenträger sind grundsätzlich bestrebt, quantitativ und qualitativ gute Leistungen zu günstigen Preisen einzukaufen. Dem steht auf der Leistungsträgerseite tendenziell das Interesse der Gewinnmaximierung entgegen. Dies gilt in jedem Fall für die privaten Pflegeeinrichtungen außerhalb der freien Wohlfahrtspflege. Aber auch Letztere haben ein ökonomisches Interesse an auskömmlichen Preisen, die den auf ihnen lastenden Kostendruck abmildern. Denn auch die Träger der freien Wohlfahrtspflege müssen auf verschiedenen Märkten (Arbeitsmarkt, Gütermarkt, Dienstleistungsmarkt) unter den Bedingungen des freien Wettbewerbs Leistungen einkaufen, um ihrerseits ihre Leistungen produzieren und anbieten zu können. Nichts anderes gilt für die Pflegeeinrichtungen, die sich in öffentlicher Hand befinden.

Den institutionalisierten gegenläufigen Interessen steht nicht entgegen, dass [§ 76 Abs. 3 Satz 1 bis 4 SGB XI](#) bestimmt: "Die Mitglieder der Schiedsstelle führen ihr Amt als Ehrenamt. Sie sind an Weisungen nicht gebunden. Jedes Mitglied hat eine Stimme. Die Entscheidungen werden mit der Mehrheit der Mitglieder getroffen." Auch wenn danach sowohl das imperative Mandat als auch eine Abstimmung nach Bänken (itio in partes) ausgeschlossen sind, folgt daraus nicht, dass der Gesetzgeber nicht von institutionalisierten Interessengegensätzen innerhalb der Mitglieder der Schiedsstelle ausgeht. Vielmehr wird durch [§ 76 Abs. 3 SGB XI](#) lediglich die Flexibilität der Entscheidungsfindung in der Schiedsstelle und damit deren Eigenständigkeit erhöht.

f) Es muss gesichert sein, dass die von der zuständigen Landesbehörde bestimmten Vertreter der Pflegeeinrichtungen sich ungeachtet des [§ 76 Abs. 3 SGB XI](#) nach dem zu erwartenden Vorverständnis als Interessenvertreter der Leistungsträger und die Vertreter der Pflegekassen als Interessenvertreter der Kostenträger einordnen. Mit beachtlichen Gründen weisen die Kläger darauf hin, dass es aus dem Blickwinkel des [Art. 12 Abs. 1 GG](#) bedenklich ist, wenn sich auf der Seite der Leistungsträger Vertreter befinden, die aufgrund ihres arbeitsrechtlichen bzw. beamtenrechtlichen Beschäftigungsstatus bei einem Rechtsträger in Funktionen eingebunden sind, die der Kostenträgerseite zuzuordnen sind. Mit Recht wird hier von den Klägern die Stellung der Sozialhilfeträger problematisiert, deren Vertreter bei der Beklagten auch auf der Leistungsträgerseite zu finden sind (vgl. dazu Udsching, NZS 1999, 473, 478 f; zu einem Beispiel aus der Praxis: Renn/Griep, PflR 2000, 2, 4 f.)

Dies bedeutet für die Seite der Leistungsträger allerdings nicht zwingend, dass sich dort keine Vertreter befinden dürfen, die Bedienstete einer Pflegeeinrichtung in (unmittelbarer oder mittelbarer) öffentlich-rechtlicher Trägerschaft sind. Denn [§ 76 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) spricht sehr präzise von Vertretern der Pflegekassen und der Pflegeeinrichtungen. Maßgeblich ist allein, ob von den bestellten Vertretern zu erwarten ist, dass sie die Interessensphäre repräsentieren, für die sie bestellt werden. Davon ist grundsätzlich auszugehen, wenn sie aufgrund ihrer sonstigen Tätigkeit dieser Interessensphäre zuzuordnen sind und sie diese Interessen, ohne der Gefahr faktischer Einflussnahme durch die andere Seite ausgesetzt zu sein, wahrnehmen können. Unmittelbare rechtliche Weisungsmöglichkeiten sind schon durch [§ 76 Abs. 3 Satz 2 SGB XI](#) ausgeschlossen. Dieser Schutz allein genügt aber nicht. Insbesondere muss die Gefahr von nachteiligen Sanktionen (Nachteile im Arbeitsalltag bis hin zur Kündigung oder Nichtberücksichtigung bei Beförderungen) durch den Arbeitgeber, Dienstherrn oder Auftraggeber (bei Beauftragung Dritter) ausgeschlossen sein. Aber auch wenn im Einzelfall insoweit keine Befürchtungen bestehen, muss der Vertreter so ausgewählt sein, dass aufgrund objektiver äußerer, typisierender Umstände zu erwarten ist, dass er nach seinem Vorverständnis als Interessenvertreter der Seite auftreten wird, für die er bestellt worden ist.

Von Bedeutung ist hier namentlich, in welchem Umfang die sich unmittelbar oder mittelbar über eine juristische Person des Privatrecht in öffentlich-rechtlicher Trägerschaft befindende Pflegeeinrichtung rechtlich gegenüber der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaft (Träger der örtlichen und überörtlichen Sozialhilfe, Land) verselbstständigt ist. Es muss jedenfalls gewährleistet sein, dass die im Wege der Ersatzvornahme bestellten Vertreter der Leistungsträger mit eindeutiger Interessenzuordnung zumindest zusammen mit dem unparteiischen (neutralen) Vorsitzenden und den zwei unparteiischen (neutralen) Beisitzern von den Vertretern der Kostenträger und den Vertretern der Leistungsträger mit bei typisierender Betrachtung zweifelhafter Interessenzuordnung nicht majorisiert werden können.

Die SchiedPflegeV-VO dürfte diesen Anforderungen in ihrer derzeitigen Fassung nicht gerecht werden, da sie insoweit überhaupt keine Aussagen über den Auswahlmodus enthält, den das Staatsministerium für Soziales bei der Ersatzvornahmeentscheidung zu beachten hat.

III. Darüber hinaus bestehen weitere rechtliche Bedenken grundsätzlicher Art an den derzeitigen Besetzungsregelungen der SchiedPflegeV-VO.

1. Das aus dem Rechtsstaatsgebot abzuleitende Gebot der hinreichenden Bestimmtheit und Klarheit der Norm fordert vom Normgeber, seine Regelungen so genau zu fassen, dass der Betroffene die Rechtslage, d.h. Inhalt und Grenzen von Gebots- oder Verbotsnormen, in zumutbarer Weise erkennen und sein Verhalten danach einrichten kann. Der Normgeber darf dabei grundsätzlich auch auf unbestimmte Rechtsbegriffe zurückgreifen, wenn die Kennzeichnung der Normtatbestände mit beschreibenden Merkmalen nicht möglich ist. Die Auslegungsbedürftigkeit einer Norm steht ihrer Bestimmtheit nicht entgegen; allerdings müssen sich dann aus Wortlaut, Zweck und Zusammenhang der Regelung objektive Kriterien gewinnen lassen, die einen verlässlichen, an begrenzende Handlungsmaßstäbe gebundenen Vollzug der Norm gewährleisten. Die Erkennbarkeit der Rechtslage durch den Betroffenen darf hierdurch nicht wesentlich eingeschränkt sein und die Gerichte müssen in der Lage bleiben, den Regelungsinhalt mit den anerkannten Auslegungsregeln zu konkretisieren. Je intensiver dabei eine Regelung auf die Rechtsposition des Normadressaten wirkt, desto höher sind die Anforderungen, die an die Bestimmtheit im Einzelnen zu stellen sind (BVerfG, Urteil vom 27.07.2005 – [1 BvR 668/04](#) – [BVerfGE 113, 348](#), 375 f.; Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 28.07.2009 – [1 S 2200/08](#) – juris Rn. 30).

Diese Rechtssätze sind zwar für die "klassische" Eingriffsverwaltung des Polizei- und Ordnungsrechts aufgestellt worden, haben aber in gleicher Weise ihre Berechtigung im Leistungen gewährenden Sozialstaat, der sich privater Unternehmen bedient und dabei grundrechtsrelevant in erheblichem Umfang (Markt-)Chancen zuweist oder auch vorenthält.

2.a) Schon für die einvernehmliche Bestellung der Mitglieder der Schiedsstelle gemäß § 2 Abs. 1 SchiedPflegeV-VO bleibt offen, wie die Auswahl dieser Personen erfolgen soll. § 2 Abs. 1 Satz 1 SchiedPflegeV-VO ist zwar zu entnehmen, dass der Schiedsstelle ein neutraler Vorsitzender, zwei weitere neutrale Mitglieder sowie je sieben Vertreter der Kostenträger und der Leistungsträger angehören sollen. Für die Kostenträgerseite sieht § 2 Abs. 1 Satz 2 SchiedPflegeV-VO vor, dass der Verband der privaten Krankenversicherung e.V. und der Landeswohlfahrtsverband je einen Vertreter bestellen. Im Übrigen bestellen die beteiligten Organisationen auf Seiten der Kostenträger und der Leistungsträger ihre Vertreter und deren Stellvertreter jeweils gemeinsam (§ 2 Abs. 1 Satz 3 SchiedPflegeV-VO). Demnach können sich die beteiligten Organisationen auf Personen verständigen, die ihnen nicht mitgliedschaftlich oder arbeits- bzw. dienstrechtlich verbunden sind. Lediglich bei der Bestellung des Vorsitzenden sowie der neutralen Mitglieder und ihrer Stellvertreter sieht § 2 Abs. 3 SchiedPflegeV-VO Beschränkungen vor: Diese dürfen weder haupt- noch nebenberuflich im Kostenträger- oder Leistungsträgersbereich tätig sein; sie dürfen darüber hinaus auch nicht dem Staatsministerium für Soziales angehören. Innerhalb dieser Grenzen können die beteiligten Organisationen jede beliebige Person bestellen, die ihnen geeignet erscheint. Anforderungen an deren Qualifikation formuliert die SchiedPflegeV-VO nicht. Auch eine bestimmte Berufserfahrung wird nicht vorausgesetzt. Unklar ist auch, welche der beteiligten Organisationen wie viele Mitglieder entsenden darf. Ein nachvollziehbarer Verteilerschlüssel – etwa gestaffelt nach der Mitgliederzahl der jeweiligen Organisation oder nach dem Ausmaß ihrer Repräsentanz (zu denken ist zum Beispiel an eine analoge Anwendung des [§ 89 Abs. 2 Satz 1 SGB XI](#) als Mindestgröße) – existiert nicht.

Im Hinblick auf das Demokratieprinzip erscheint es zudem nicht unproblematisch, dass der Gesetzgeber den Klägern als privaten Vereinigungen, die praktisch über keine demokratische Legitimation verfügen, das Recht eingeräumt hat, mit normativer Wirkung auch für Dritte Recht zu setzen. Denn nach [§ 75 Abs. 1 Satz 4 SGB XI](#) sind die Rahmenverträge auch für die zugelassenen Pflegeeinrichtungen verbindlich. Im Gegensatz zu Tarifverträgen, die durch den zuständigen Bundesminister für allgemeinverbindlich erklärt werden, fehlt bei den Rahmenverträgen jeder staatliche Mitwirkungsakt (in der Praxis wird das Problem der Bindungswirkung von Rahmenverträgen dadurch gelöst, indem diese ausdrücklich in den individuellen Versorgungsvertrag einbezogen werden [vgl. Orthen in: Hauck/Noftz, SGB XI, § 75 Rn. 12, 13, Stand 7/2002]). Wenn man aber diese Bedenken hintanstellt, gilt umso mehr, dass auf die Abgrenzung und das Mitwirkungsgewicht der zu beteiligenden Organisationen besondere Sorgfalt zu verwenden ist. Es ließe sich in diesem Zusammenhang durchaus auch die Frage aufwerfen, wann eine "Vereinigung der in Sachsen tätigen privaten Pflegeheime und Pflegedienste" (§ 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. c SchiedPflegeV-VO) vorliegt. Insbesondere stellt sich in Anlehnung an das Tarifrecht das Problem, ob eine gewisse Verhandlungsmacht vorliegen muss, damit die Vereinigung überhaupt als mitspracheberechtigte Organisation bei der Auswahl der Vertreter in Betracht kommt oder ob alle Organisationen zu berücksichtigen sind.

b) Ist somit bereits für den vom Ordnungsgeber vorgesehenen "Normalfall" – der einvernehmlichen Bestellung der Mitglieder der Schiedsstelle – ein Verstoß gegen das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip zu diskutieren, gilt dies in gleichem Maße für die nach § 2 Abs. 4 SchiedPflegeV-VO mögliche Ersatzvornahme durch das Staatsministerium für Soziales. Diese Norm nennt ebenfalls keinerlei Kriterien, nach denen die Mitglieder der Schiedsstelle auszuwählen sind. Hier stellt sich jedoch zusätzlich das Problem, dass es der Exekutive überantwortet wird, die Personen und den Verteilerschlüssel der beteiligten Organisationen zu bestimmen, wobei das Ministerium zugleich als Rechtsaufsicht der Einrichtung fungiert, die sie im Falle der Ersatzvornahme im Wesentlichen nach eigenen Kriterien bildet. Damit liegt der Schluss nahe, dass sich die Sächsische Staatsregierung als Ordnungsgeber ihrer Regelungsverantwortung entäußert und damit das Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip in verfassungsrechtlich relevanter Weise tangiert haben könnte. Die SchiedPflegeV-VO sollte im Hinblick darauf überarbeitet werden.

C. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a Abs. 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Die Nichtzulassung der Revision folgt aus [§ 160 Abs. 2 SGG](#). Die Festsetzung des Streitwerts hat der Senat aufgrund von [§§ 47 Abs. 1, 52 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz vorgenommen, da keine greifbaren Anhaltspunkte für einen anderen Wert ersichtlich sind (vgl. auch BSG, Urteil vom 29.01.2009 – [B 3 P 8/07 R](#) – juris Rn. 30).

Rechtskraft

Aus

Login

FSS

Saved

2009-11-24