

## L 12 KA 13/16

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

Bayerisches LSG

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

12

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 28 KA 1344/14

Datum

08.12.2015

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

L 12 KA 13/16

Datum

26.07.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Die individuelle Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) (idF vom 19.10.2012, BGBl. S. 2192) hat zusätzlich zu der ohnehin nach [§ 25 Abs. 1 SGB X](#) notwendigen Begründung der Überschreitungen und möglichen Einsparpotenzialen im Widerspruchsbescheid zu erfolgen.
2. Die Trennung der Beratung in eine Festsetzung im Prüf- bzw. Widerspruchsbescheid und die verwaltungsmäßige Umsetzung (Vollzug) in einem nachfolgenden Beratungsgespräch bzw. dessen Angebot begegnet keinen rechtlichen Bedenken.
- I. Die Berufung des Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 08.12.2015, [S 28 KA 1344/14](#) wird zurückgewiesen.

II. Der Beklagte und die Beigeladenen zu 2) und 6) tragen die Kosten des Berufungsverfahrens zu je 1/3. Die Kosten der übrigen Beigeladenen sind nicht zu erstatten.

III. Die Revision wird zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Frage, ob die individuelle Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) durch die Zustellung des, die Beratung erstmalig festsetzenden, streitgegenständlichen Widerspruchsbescheids des Beklagten erfolgt ist.

Die Beigeladene zu 1. ist eine allgemeinärztliche Gemeinschaftspraxis. Gegen diese setzte die Prüfungsstelle im Rahmen einer Richtgrößenprüfung 2006 (Arzneimittel und Sprechstundenbedarf) mit Prüfbescheid vom 17.12.2008 wegen Überschreitung des Richtgrößenvolumens um 26,12 % einen Regress in Höhe von 5.744,64 EUR fest. Es handelte sich um die erste Richtgrößenprüfung der Beigeladenen zu 1.

Der Beklagte gab dem hiergegen eingelegten Widerspruch der Beigeladenen zu 1. mit Widerspruchsbescheid vom 8.7.2014 teilweise statt (Ziffer 1) und sprach statt des Regresses eine Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) aus (Ziffer 2 Satz 1). Im Übrigen wurde der Widerspruch zurückgewiesen (Ziffer 2 Satz 3). Es ergebe sich zwar nach der Bereinigung des Gesamtverordnungsvolumens um Praxisgegebenheiten eine neue (bereinigte) Überschreitung iHv 30,63 %, allerdings habe gem. [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) abweichend von Abs. 5a bei einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 Prozent eine individuelle Beratung zu erfolgen. Der Ausnahmetatbestand des [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) sei hier erfüllt. Ein Regress sei daher nicht festzusetzen gewesen. Gemäß Ziffer 2 Satz 2 sollte die Beratung mit der Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolgen.

Hiergegen erhob die Klägerin am 13.8.2014 Klage zum Sozialgericht München und stellte klar, dass sich die Klage nicht gegen den Ausspruch der Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) unter Ziffer 2 Satz 1 des Widerspruchsbescheides richte. Aufgehoben werden solle der Widerspruchsbescheid nur insoweit, als die Beratung mit Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolgt sein solle, denn an eine individuelle Beratung gem. [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) seien höhere Anforderungen zu stellen als an eine "schriftliche Beratung" im Rahmen eines Maßnahmenfestsetzungsbescheids. Das Angebot einer individuellen Beratung setze voraus, dass die Prüfungsgremien auf die betroffenen Ärzte, sei es in schriftlicher oder mündlicher Form, zuzugingen und diesen eine Beratung, die speziell auf die jeweilige Praxis abgestimmt sei, zur Disposition stelle. Es bestehe keine Rechtsgrundlage dafür, dass die Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) mit Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolge. Soweit den Prüfungsgremien bei der konkreten Ausgestaltung der Maßnahme nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) überhaupt ein eigenes Ermessen zugestanden werden könne, sei dieses vom Beklagten jedenfalls nicht ausgeübt worden. Die "individuelle Beratung" iSd [§ 106 Abs. 5e Satz 1 SGB V](#) unterscheide sich aufgrund der Begrifflichkeit von der "schriftlichen Beratung" iSd [§ 106 Abs. 5a Satz 1](#) i.V.m. Abs. 1a SGB V. Zum einen ergebe sich aus [§ 106 Abs. 5e Satz 3 SGB V](#), dass den betroffenen Ärzten bei erstmaliger

Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 Prozent eine individuelle Beratung "angeboten" werden müsse. Bei einer mittels eines Bescheids einseitig auferlegten "schriftlichen" Beratung werde weder auf die Vertragsärzte mit dem Ziel eines persönlichen Gesprächs zugegangen noch werde ihnen die Beratung zur Disposition gestellt. Der streitgegenständliche Widerspruchsbescheid unterscheide sich seinem Inhalt nach nicht von den üblichen schriftlichen Beratungen der Prüfgremien nach [§ 106 Abs. 5a Satz 1 SGB V](#). Konkrete Darlegungen zu betragsmäßigen Einsparpotentialen, geschweige denn zielführende Lösungsansätze lasse der Bescheid vermissen. Es sei eine klare Trennung zwischen Festsetzung der Maßnahme, deren Vollziehung sowie einer abschließenden Feststellung über die Vollziehung vorzunehmen. Es könne offen bleiben, ob eine individuelle Beratung bei Ärztinnen und Ärzten, die schon seit Jahren ihr Richtgrößenvolumen überschritten, eine bloße Förmerei darstellen würde. Jedenfalls handele es sich vorliegend um das erste Richtgrößerverfahren der Beigeladenen zu 1. Im Übrigen sei die individuelle Beratung in der ab dem Quartal 1/15 geltenden Prüfvereinbarung in deren § 17 ausdrücklich in der von der Klägersseite vertretenen Form geregelt. Warum der Beklagte für die Altquartale eine andere Auslegung weiterverfolge, erschließe sich der Klägerin nicht. Der Beklagte trug vor, die Durchführung einer Beratung bezüglich eines Verordnungsverhaltens von vor neun Jahren sei nicht zielführend und bloße Förmerei. Der Beklagte habe den Zeitpunkt der individuellen Beratung davon abhängig zu machen, ob in dem erstinstanzlichen Bescheid Beratungspunkte aufgeführt gewesen seien oder nicht. Mangels Beratungspunkten im erstinstanzlichen Prüfbescheid sei vorliegend die Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) mit Versand des Widerspruchsbescheids am 8.7.2014 erfolgt. Damit genieße die Beigeladene zu 1. bis einschließlich Quartal 3/2014 Regressschutz. Aus der Normenkette des [§ 106 Abs. 5e](#) i.V.m. Abs. 5a i.V.m. Abs. 1a SGB V ergebe sich lediglich eine Beratungsaufgabe der Prüfungsstelle anhand von Übersichten. Dies könne auch schriftlich im Bescheid erfolgen.

Das SG hat der Klage mit Urteil vom 8. Dezember 2015 stattgegeben und den Bescheid des Beklagten vom 8.7.2014 insoweit aufgehoben, als unter Ziffer 2 Satz 2 festgestellt wurde, dass die ausgesprochene Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) mit Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolgt sei. Anders als die Beratungen nach Abs. 1a seien die Beratungen nach Abs. 5a und 5e zwingend durchzuführen. Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu [§ 106 Abs. 1a](#) i.V.m. Abs. 5a Satz 1 und 2 SGB V habe die Prüfungsstelle hinsichtlich der Ausgestaltung der Beratung einen Ermessensspielraum, soweit die Partner der Gesamtverträge keine Bestimmungen in den Prüfvereinbarungen träfen. Das BSG führe im Urteil vom 05.06.2013 (Az. [B 6 KA 40/12 R](#), Rn. 10) hierzu aus, dass dem Sinn und Zweck der Maßnahme am ehesten ein persönliches Beratungsgespräch gerecht werden dürfte. Unabhängig von der Art ihrer Ausgestaltung erfolge mit der Festsetzung einer Beratung jedenfalls eine Beurteilung des Verordnungsverhaltens des Vertragsarztes. Die Prüfgremien träfen die Feststellung, dass eine Überschreitung der Richtgrößen nicht durch Praxisbesonderheiten begründet, das Verordnungsverhalten des Vertragsarztes mithin unwirtschaftlich gewesen sei. Der Vertragsarzt müsse sich der Maßnahme der "Beratung" unterziehen, auch wenn diese unter Umständen nur in der Kenntnisnahme des Festsetzungsbescheides bestehe. Diese zu [§ 106 Abs. 1a](#) i.V.m. Abs. 5a Satz 1 und 2 SGB V ergangene Rechtsprechung des BSG könne jedoch nur eingeschränkt auf [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) übertragen werden. Anders als in [§ 106 Abs. 1a](#), 5a SGB V sei in § 106 Abs. 5e Satz 1 von einer "individuellen" Beratung die Rede. Zwar ließe sich argumentieren, dass auch eine im Rahmen eines Festsetzungsbescheids vorgenommene Beratung eine individuelle Beratung sei, weil sie im Rahmen eines individuellen Bescheids gegenüber dem einzelnen Bescheidsadressaten erfolge. Die Betonung der Individualität durch den Gesetzgeber spräche jedoch eher dafür, dass damit eine auf die speziellen Verhältnisse, insbesondere auf den speziellen (Beratungs-)Bedarf des Vertragsarztes gerichtete Beratung gemeint sei. Dass der Gesetzgeber eine über den "Festsetzungsbescheid mit Beratungsfunktion" hinausgehende Beratung im Sinn gehabt habe, sei auch den Regelungen des [§ 106 Abs. 5e](#) Sätze 3 und [4 SGB V](#) zu entnehmen. Satz 3 regle die Frage der Festsetzung eines Erstattungsbetrages, "wenn ein Vertragsarzt die ihm angebotene Beratung abgelehnt hat". Danach gehe der Gesetzgeber jedenfalls davon aus, dass die Prüfungsstelle dem Vertragsarzt eine Beratung anbiete. Satz 4 räume den Vertragsärzten die Möglichkeit ein, im Rahmen der Beratung nach Satz 1 in begründeten Fällen eine Feststellung der Prüfungsstelle über die Anerkennung von Praxisbesonderheiten zu beantragen. Diese Regelung könne nur Wirkung entfalten, wenn die Beratung bzw. das Beratungsangebot über die Kenntnisnahme eines Festsetzungsbescheids hinausgehe. Die Notwendigkeit, dass vor Festsetzung eines Regresses dem Vertragsarzt zumindest ein Beratungsangebot gemacht werden müsse, lasse sich auch aus der Gesetzesbegründung zum GKV-Versorgungsstrukturgesetz (GKV-VStG) entnehmen. Unter dem Angebot einer Beratung sei dabei zu verstehen, dass die Prüfungsstelle dem Vertragsarzt die Möglichkeit zur Inanspruchnahme einer tatsächlichen, auf den speziellen (Beratungs-)Bedarf des Vertragsarztes ausgerichteten und auf den betroffenen Prüfungszeitraum bezogenen Beratung gebe. Ob diese Beratung schriftlich oder mündlich erfolge, liege im Ermessen der Prüfungsstelle. An eine individuelle Beratung i.S.d. [§ 106 Abs. 5e Satz 1 SGB V](#) seien demnach grundsätzlich höhere Anforderungen zu stellen als an eine Beratung i.S.d. [§ 106 Abs. 1a](#) i.V.m. Abs. 5a Satz 1 und 2 SGB V. Allein die Festsetzung einer Beratung im Rahmen eines Maßnahmenbescheides und die Kenntnisnahme durch den Vertragsarzt genügen jedenfalls nicht. Etwas anderes könnte allenfalls für den - hier nicht vorliegenden - Fall gelten, wenn es sich um einen Vertragsarzt handele, der schon seit Jahren sein Richtgrößenvolumen überschreite und davon auszugehen sei, dass er aufgrund früherer Maßnahmen der Prüfgremien mit Beratungsfunktion keinen Beratungsbedarf mehr habe, eine Beratung also nur mehr bloße Förmerei darstellen würde.

In seiner Berufung vom 20.1.2016 rügt der Beklagte zunächst die Formulierung der Urteilsformel als nicht bestimmt genug. Es sei nicht klar, ob der Vertragsarzt als beraten gelte oder ob der Beschwerdeausschuss noch eine Beratung durchzuführen habe. Materiell-rechtlich wiederholte und vertiefte der Beklagte seine bisherigen Ausführungen. Der Gesetzgeber habe gerade nicht formuliert, dass die Beratung persönlich stattzufinden habe, so dass bei [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) auch eine schriftliche Beratung zulässig sei. Soweit auf die Möglichkeit der Feststellung der Prüfungsstelle über die Anerkennung von Praxisbesonderheiten abgestellt würde, könne dieser Antrag nicht nur innerhalb eines persönlichen Gesprächs, sondern auch bereits aufgrund eines erlassenen Prüfbescheides gestellt werden. Ausweislich der Gesetzesbegründung zum GKV-VStG ziele die Beratungsregelung insbesondere auf Jungpraxen. Ein Beratungsbedarf bei einer Praxis, die wie die vorliegende schon länger in der Prüfung sei, sei geringer, ein Beratungsgespräch demnach bloße Förmerei. Zudem sei die vorliegende Praxis im Rahmen von Prüfbescheiden für die nachfolgenden Quartale auf mögliches Einsparpotenzial hingewiesen worden. Ein persönliches Beratungsgespräch für den Prüfzeitraum 2006 im Jahre 2016 würde daher nicht mehr zu einem geänderten Verordnungsverhalten ab dem Jahr 2007 beitragen. Bei der wörtlichen Auslegung des Gesetzestextes werde dem Wort "individuell" zu viel Bedeutung beigemessen. Zudem sei nicht nachvollziehbar, warum nur Praxen mit einem Überschreitungswert von über 25 % in den Genuss einer individuellen Beratung kommen sollten, obwohl ein unwirtschaftliches Verhalten auch bei Praxen mit einer Überschreitung unter 25 % und gegebenenfalls höherem Einsparpotenzial für die GKV vorliegen würde. Es sei nicht ersichtlich, warum die Durchführung eines persönlichen Beratungsgesprächs ein effektiveres Mittel der Wirtschaftlichkeitsprüfung darstellen solle als das Aufzeigen von Einsparpotentialen im Wege eines schriftlichen Bescheides. Im vorliegenden Fall würde die Durchführung eines zusätzlichen (zum schriftlichen Widerspruchsbescheid) persönlichen Beratungsgesprächs den Zeitpunkt einer "individuellen Beratung" nach [§ 106 Absatz 5e SGB V](#) nochmals nach hinten verschieben. Diese Vorgehensweise sei mit rechtlichen Unsicherheiten verbunden. Es würde sich die Frage stellen, gegen welche Maßnahme der betroffene Arzt vorgehen müsse, falls er Rechtsmittel "gegen die Beratung" einlegen wolle. Die

Beratung nach Absatz 5e sei im Widerspruchsbescheid bereits ausgesprochen worden, fraglich sei demnach, ob noch Rechtsmittel gegen die Vollziehung der schriftlichen Beratung als Folge eines (möglicherweise eigenen) Verwaltungsaktes zulässig wären. Die Beratung sei damit faktisch in zwei Verwaltungsakte gesplittet. Diese Aufspaltung diene aber nicht der Rechtssicherheit, die das BSG dem Erlass eines schriftlichen Bescheides zugewiesen habe. Die neue Rahmenvorgabe des Spitzenverbandes der GKV und KBV zur Durchführung der Wirtschaftlichkeitsprüfung vom 30.11.2015 sehe in § 5 Abs. 3 Satz 2 und 3 dementsprechend auch vor, dass die individuelle Beratung statt im Rahmen eines persönlichen Gesprächs auch schriftlich durchgeführt werden könne, auf Wunsch des Arztes ergänzt durch eine zusätzliche mündliche Beratung. Auch die historische Auslegung des Begriffs der "individuellen Beratung" nach Absatz 5b zeige, dass ursprünglich eine Regressierung allein bei Überschreiten von mehr als 25 % des Richtgrößenvolumens vorgesehen war. Es sei nachvollziehbar, dass dieser Umstand zu der Einführung der streitigen Regelung geführt habe, der vor einer Regressierung das Aufzeigen konkreten Einsparpotenzials zwingend vorschalten wollte. Allerdings verweise die streitige Regelung auf Absatz 5a in Verbindung mit Absatz 1a, wonach eine Beratung anhand von Übersichten stattzufinden habe. Darunter sei eine Beratung nach den hier verwendeten ATC- und PZN-Listen zu subsumieren, was auch im Bescheid möglich sei. Der Vertragsarzt könne dem Bescheid die anerkannten Praxisbesonderheiten sowie die Beratungspunkte entnehmen. Damit sei der Rechtssicherheit aller Beteiligten genüge getan. Die ab dem Prüfquartal 1/15 geltende Prüfvereinbarung sei auf den streitgegenständlichen Zeitraum nicht anwendbar.

Der Beklagte stellt den Antrag, das Urteil des Sozialgerichts München vom 8.12.2015, [S 28 KA 1344/14](#) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin und Berufungsbeklagte stellt den Antrag, die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

Die Klägerin hält das Urteil des SG für zutreffend. Der Beklagte verkenne, dass die Beratung nach der streitgegenständlichen Regelung des Absatz 5e gesplittet werden könne in die Festsetzung im Bescheid sowie die Durchführung im Rahmen einer persönlichen Beratung. Auch das BSG gehe in seinem Urteil ([B 6 KA 3/14 R](#)) von einer tatsächlichen Durchführung einer individuellen Beratung aus. Daher dürfe gerade nicht auf eine schriftliche Beratung mittels festsetzenden Bescheids abgestellt werden. Eben diese Rechtsprechung setze das Urteil des SG um. Auch spreche die Regelung des Absatz 5e davon, dem Betroffenen sei eine Beratung "anzubieten". Sinn und Zweck einer Beratung sei es, auf die individuellen Bedürfnisse der Praxis einzugehen, was nur in einem auf die Praxis abgestimmten Beratungsgespräch möglich sei. Prüfeinrichtungen seien nach [§ 35 SGB X](#) ohnehin zur Begründung ihrer Verwaltungsakte und damit zur Mitteilung aller wesentlichen entscheidungserheblichen rechtlichen und tatsächlichen Gründe verpflichtet. Dies stelle aber nicht gleichzeitig eine Beratung im Sinne der streitgegenständlichen Regelung dar.

Die Beigeladenen zu 2) und 6) stellen den Antrag, das Urteil des Sozialgerichts München vom 8.12.2015, [S 28 KA 1344/14](#) aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Eine Beratung müsse vom Sinn und Zweck her geeignet sein, den Vertragsarzt in die Lage zu versetzen, sein Ordnungsverhalten zu prüfen und zu korrigieren. Dies könne mündlich oder schriftlich erfolgen. [§ 106 Abs. 1a SGB V](#) nenne als Grundlagen die Übersichten des geprüften Arztes, anhand derer die Beratung zu erfolgen habe. Absatz 5e mit seinem Verweis auf Abs. 1a solle daher die Beratung trotz des Zusatzes "individuell" als solche nicht anders gestalten als bisher, sondern lediglich den Grundsatz "Beratung vor Regress" bei den Richtgrößenprüfungen bei erstmaliger Überschreitung des Richtgrößenvolumens im Gesetz verankern. Es sei nicht nachvollziehbar, warum das SG an die individuelle Beratung grundsätzlich höhere Anforderungen stelle als an die Beratung im Sinne des [§ 106 Abs. 1a SGB V](#). Die schriftlichen Ausführungen im Widerspruchsbescheid zu den Überschreitungen sowie den anerkannten Praxisbesonderheiten genügten den Anforderungen an eine Beratung im Sinne von Absatz 5e, da sie geeignet seien, den geprüften Arzt zu einem zukünftig wirtschaftlicheren Ordnungsverhalten zu veranlassen.

Beigezogen und zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden die Akten des Beklagten und der Prüfungsstelle sowie die Gerichtsakten beider Instanzen. Auf den Inhalt der beigezogenen Akten und die Sitzungsniederschrift, die zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht wurden, wird im Übrigen Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach [§ 143](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthafte und gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung ist zulässig, aber nicht begründet. Das SG hat zu Recht Ziffer 2 Satz 2 des Widerspruchsbescheides aufgehoben. Der Senat schließt sich der zutreffenden Begründung des SG an und verweist auf dessen Ausführungen, [§ 153 Abs. 2 SGG](#).

Auch die in der Berufungsinstanz vorgetragene Argumente führen zu keinem anderen Ergebnis.

Der Urteilstenor, mit dem das SG den Bescheid des Beklagten vom 8.7.2014 insoweit aufgehoben hat, als unter Ziffer 2 Satz 2 festgestellt wurde, dass die ausgesprochene Beratung nach [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) mit Zustellung des Widerspruchsbescheides erfolgt ist, ist bestimmt genug. Denn aus den zur Auslegung des Tenors heranzuziehenden Entscheidungsgründen des Urteils (Keller in Meyer/Ladewig, Komm. zum SGG, 12. Aufl. 2017, § 136, Rn. 5) ergibt sich, dass der Beklagte die in Ziffer 2 Satz 1 des Bescheides ausgesprochene Beratung zumindest noch anzubieten hat.

Das SG hat die streitige Ziffer auch zu Recht aufgehoben.

[§ 106 Abs. 5e SGB V](#) (idF vom 19.10.2012, [BGBl. I S. 2192](#)) lautet wie folgt: "Abweichend von Absatz 5a Satz 3 erfolgt bei einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 Prozent eine individuelle Beratung nach Absatz 5a Satz 1. Ein Erstattungsbetrag kann bei künftiger Überschreitung erstmals für den Prüfzeitraum nach der Beratung festgesetzt werden. Dies gilt entsprechend, wenn ein Vertragsarzt die ihm angebotene Beratung abgelehnt hat. Im Rahmen der Beratung nach Satz 1 können Vertragsärzte in begründeten Fällen eine Feststellung der Prüfungsstelle über die Anerkennung von Praxisbesonderheiten beantragen. Eine solche Feststellung kann auch beantragt werden, wenn zu einem späteren Zeitpunkt die Festsetzung eines Erstattungsbetrags nach Absatz 5a droht. Das Nähere zur Umsetzung der Sätze 1 bis 5 regeln die Vertragspartner nach Absatz 2 Satz 4. Dieser Absatz gilt auch für Verfahren, die am 31. Dezember 2011 noch nicht abgeschlossen waren."

Auf die vorliegende Richtgrößenprüfung der Beigeladenen zu 1. war [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) anzuwenden, da das Prüfverfahren am 31.12.2011 noch nicht abgeschlossen war und die Entscheidung des Beklagten nach dem 25.10.2012 ergangen ist (vgl. BSG, Urteil vom 22.10.2014, Az. [B 6 KA 3/14 R](#)). Soweit argumentiert wurde, inwieweit sich eine erstmalige Überschreitung des Richtgrößenvolumens nur auf den Zeitraum nach Inkrafttreten der Neuregelung des Absatz 5e bezieht, hat sich der Senat hierzu schon in mehreren Urteilen geäußert (vgl. zuletzt Urteil des Senats vom 24.5.2017, [L 12 KA 19/16](#)). Die Neuregelung sollte demnach keine Zäsur bzw. Amnestie insoweit darstellen, dass eine erstmalige Überschreitung nur den Zeitraum nach der Neuregelung betrifft, vielmehr liegt bei Überschreitungen vor der Neuregelung dann keine erstmalige Überschreitung mehr vor (so auch BSG, Urteil vom 22.10.2014, [B 6 KA 3/14 R](#), Rn. 58 ff.).

Nähere Regelungen der Partner der Gesamtverträge nach [§ 106 Abs. 5e Satz 6 SGB V](#) zur Frage der Umsetzung des [§ 106 Abs. 5e](#) Sätze 1 bis [5 SGB V](#) existieren für den streitgegenständlichen Prüfungszeitraum nicht.

[§ 106 Abs. 5e Satz 1 SGB V](#) verweist bezüglich der individuellen Beratung auf Absatz 5a Satz 1, der wiederum auf Absatz 1a Bezug nimmt. Danach berät in erforderlichen Fällen die in Absatz 4 genannte Prüfungsstelle die Vertragsärzte auf der Grundlage von Übersichten über die von ihnen im Zeitraum eines Jahres oder in einem kürzeren Zeitraum erbrachten, verordneten oder veranlassten Leistungen über Fragen der Wirtschaftlichkeit und Qualität der Versorgung.

Nach der Gesetzesbegründung zum GKV-VStG sollte bei erstmaliger Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 v.H. "kein Regress festgesetzt werden, bevor den betroffenen Vertragsärztinnen und -ärzten daraufhin nicht zumindest eine einmalige Beratung angeboten wurde" ([BT-Drs. 17/6906, S. 79](#)). Dementsprechend führt auch das BSG aus, dass Sinn und Zweck der Einfügung des [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) gewesen sei, Ärzte nach erstmaligem Überschreiten des Richtgrößenvolumens nicht unmittelbar einem - trotz der betragsmäßigen Begrenzung durch [§ 106 Abs. 5c Satz 7 SGB V](#) wirtschaftlich belastenden - Regress auszusetzen, sondern ihnen über eine eingehende "Beratung" zunächst ohne finanzielle Konsequenzen für die Praxis die Möglichkeit zu geben, ihr Ordnungsverhalten bei Arznei- und Heilmitteln zu modifizieren (BSG, Urteil vom 22.10.2014, Az. [B 6 KA 3/14 R](#), Rn. 65).

Das SG hat hierzu zutreffend ausgeführt, dass die individuelle Beratung nach Absatz 5e zusätzlich zu der ohnehin nach [§ 35 Abs. 1 SGB X](#) notwendigen Begründung der Überschreitungen und möglichen Einsparpotenzialen im Widerspruchsbescheid zu erfolgen hat. Diese Notwendigkeit ergibt sich bereits aus dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschrift, denn nach Absatz 5e Satz 3 kann ein Vertragsarzt die ihm "angebotene" Beratung ablehnen. Ein Angebot setzt bereits begrifflich die Möglichkeit der Annahme oder der Verweigerung voraus, was allein nach Ausspruch einer "erfolgten" Beratung in einem schriftlichen Bescheid nicht möglich ist. Im Übrigen gehen die Ausführungen im Widerspruchsbescheid zu den Einsparpotenzialen der Beigeladenen zu 1. auch nicht über das hinaus, was im Rahmen der Begründungspflicht nach [§ 35 SGB X](#) zu verlangen ist. Hierin gleichzeitig eine vom Gesetz verlangte individuelle Beratung zu sehen, würde der Intention des Gesetzgebers, mit dem ausdrücklichen Beratungsangebot eine Änderung des Ordnungsverhaltens herbeizuführen, nicht gerecht. Auch hätte es des Umsetzungsauftrages des [§ 106 Absatz 5b Satz 6](#) an die untergesetzliche Ebene nicht bedurft, wenn sich durch die Neuregelung keine Änderung gegenüber der alten Rechtslage hätte ergeben sollen. Entsprechend haben die Vertragspartner die Prüfvereinbarung, gültig ab dem Quartal 1/15 in [§ 17](#) entsprechend angepasst. Nach [§ 17 Abs. 1 Satz 1](#) der (neuen) Prüfvereinbarung erfolgt die individuelle Beratung nach [§ 106 Abs. 5e S. 1 SGB V](#) durch Festsetzung im Bescheid. Nach Satz 2 der Vorschrift wird die Maßnahme der individuellen Beratung von der Prüfungsstelle vollzogen, findet in einem persönlichen (auf Wunsch des Vertragsarztes auch fernmündlichen) Gespräch statt und soll dem Vertragsarzt zeitnah angeboten werden. Lehnt der Vertragsarzt eine Beratung ab, stellt die Prüfungsstelle in einem Feststellungsbescheid fest, dass der Vertragsarzt als beraten im Sinne des [§ 106 Abs. 5e S. 1 SGB V](#) gilt. Der weitere Ablauf der Beratung wird in [§ 17 Abs. 2](#) der PV (neu) näher dargestellt. Mit dieser (neuen) Regelung wird letztlich das kodifizierte, was der Beklagte für den streitgegenständlichen Zeitraum für rechtlich und praktisch nicht umsetzbar hält.

Die von dem Beklagten monierte Trennung der Beratung in eine Festsetzung im Prüf- bzw. Widerspruchsbescheid und die verwaltungsmäßige Umsetzung (Vollzug) in einem nachfolgenden Beratungsgespräch bzw. dessen Angebot begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Verwaltungsaktqualität hat zunächst nur die Festsetzung der Beratung im Bescheid, die Durchführung der Beratung ist lediglich dessen Vollzug, der nicht angefochten werden kann. Dies zeigt sich insbesondere daran, dass der Vertragsarzt eine angebotene Beratung auch ablehnen kann. Das reine Angebot der Beratung hat schon mangels Regelungscharakter keine Verwaltungsaktqualität. Rechtsunsicherheit ist durch diese Auslegung - wie auch die Umsetzung in der neuen Prüfvereinbarung zeigt - nicht zu befürchten. Der Beklagte verfängt auch nicht mit dem Argument, der Zeitpunkt der Beratung würde sich durch eine zusätzlich zum schriftlichen Bescheid erforderliche Beratung immer weiter nach hinten hinaus schieben. Vielmehr hat es der Beklagte bzw. die Prüfungsstelle durch zeitnah angebotene Beratungen selbst in der Hand, auf einen kurzen Verfahrensablauf hinzuwirken. Zudem kann eine Beratung nur auf eine Verhaltensänderung in der Zukunft hinwirken. Insoweit geht das Argument des Beklagten - eine Beratung könne am Ordnungsverhalten für zurückliegende Zeiträume nichts ändern und sei bloße Förmerei - ins Leere.

Soweit die Beigeladene zu 2. ausführt, dass mit Abs. 5e lediglich der Grundsatz "Beratung vor Regress" Einzug ins Gesetz finden sollte, ohne zusätzliche Anforderungen an die Beratung zu stellen, für dies zu keinem anderen Ergebnis. Es hätte des Zusatzes "individuelle" Beratung nicht bedurft, hätte die Regelung nur zur Verankerung des Grundsatzes gedient. In diesem Fall wäre der alleinige Hinweis in Abs. 5e Satz 1 auf Abs. 5a Satz 1 ausreichend gewesen. Auch die Argumentation, die Regelung hätte nach der Gesetzesbegründung in erster Linie Jungpraxen im Auge, greift nicht. Die Regelung wollte vielmehr das wirtschaftliche Risiko einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvolumens kalkulierbar halten, indem in diesem Fall zumindest eine einmalige Beratung angeboten werden soll. Bei einer erstmaligen Überschreitung sind Jungpraxen aber nicht schutzbedürftiger als bisher nicht auffällig gewordene Altpraxen. In diesem Sinne argumentiert auch das BSG in seinem Urteil vom 22.10.2014, das eine Schutzbedürftigkeit von bereits in der Vergangenheit auffällig gewordenen Praxen verneint und insoweit eine Privilegierung von Vertragsärzten, die seit längerem nicht mit dem Wirtschaftlichkeitsgebot im Einklang handeln, verneint (BSG, aaO, Rn 66). Diese Ärzte bedürften keiner Beratung, "diese wäre vielmehr bloße Förmerei". Eine Anwendung des Grundsatzes ausschließlich auf Jungpraxen, wie der Beklagte meint, hat aber auch das BSG nicht gesehen. Wenn der Gesetzgeber dies gewollt hätte, hätte es seinen Niederschlag im Gesetzestext finden müssen. In der hier maßgeblichen Fassung des [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) stellt der Wortlaut aber nur auf die erstmalige Überschreitung ab, unabhängig davon, ob es sich um eine Jung- oder eine Altpraxis handelt.

Das SG hat daher Ziffer 2 Satz 2 des streitgegenständlichen Bescheides in zutreffendem Umfang aufgehoben.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 und 3 VwGO](#) und entspricht dem Ausgang des Verfahrens.

Die Revision ist wegen grundsätzlicher Bedeutung, [§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG](#), zuzulassen.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2018-08-08