

L 11 KA 88/13 B ER

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

LSG Nordrhein-Westfalen

Sachgebiet

Vertragsarztangelegenheiten

Abteilung

11

1. Instanz

SG Düsseldorf (NRW)

Aktenzeichen

S 2 KA 289/13

Datum

03.09.2013

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 11 KA 88/13 B ER

Datum

03.09.2014

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Beschwerde des Beklagten gegen den Beschluss des Sozialgerichts Düsseldorf vom 03.09.2013 wird zurückgewiesen. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Der Streitwert wird auf 9.164,80 EUR festgesetzt.

Gründe:

Streitig ist die Festsetzung eines Regresses.

Der Kläger ist als hausärztlich tätiger Facharzt für Innere Medizin zur vertragsärztlichen Versorgung zugelassen. Mit Bescheid vom 04.12.2012 setzte die Prüfungsstelle der Ärzte und Krankenkassen O für die Quartale I/2010 bis IV/2010 einen Regress in Höhe von 91.648,02 EUR wegen Überschreitung der Arzneimittel-Richtgrößen fest. Der Widerspruch des Klägers blieb erfolglos (Bescheid vom 01.07.2013). Die hiergegen gerichtete Klage ist zum Aktenzeichen S 2 KA 254/13 vor dem Sozialgericht (SG) Düsseldorf anhängig. Einen Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage bzw. Aussetzung der sofortigen Vollziehung des Regressbescheides für das Jahr 2010 lehnte der Beklagte unter dem 22.07.2013 ab.

Am 05.08.2013 hat der Kläger das SG um einstweiligen Rechtsschutz ersucht. Die Regressfestsetzung verstoße gegen den Grundsatz "Beratung vor Regress". Ihm könne nicht entgegen gehalten werden, das Richtgrößenvolumen im Jahr 2010 nicht zum ersten Mal im Sinne des [§ 106 Abs. 5e Satz 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) überschritten zu haben. Eine Richtgrößenprüfung hätte infolge der bestehenden Rabattverträge und der fehlerhaften Meldung der arztindividuellen Rabatthöhen nicht durchgeführt werden dürfen. Die Richtgrößen seien insbesondere wegen der Inhomogenität der Hausarztgruppe fehlerhaft gebildet und Praxisbesonderheiten nicht hinreichend berücksichtigt worden.

Der Kläger hat beantragt,

die aufschiebende Wirkung der am 05.07.2013 eingereichten Klage gegen den Widerspruchsbescheid des Beklagten vom 22.07.2013 anzuordnen.

Der Beklagte hat beantragt,

den Antrag des Klägers vom 05.08.2013 auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage im Verfahren S 2 KA 254/13 wird zurückgewiesen.

Er hat darauf hingewiesen, dass es sich nicht um eine erstmalige Überschreitung handele. Der Kläger habe bereits im Prüfungsjahr 2009 die Richtgrößensummen für Arzneimittel um mehr als 25 v.H. überschritten. Der Begriff "erstmalig" im Sinne des [§ 106 Abs. 5e Satz 1 SGB V](#) meine die numerisch erste Überschreitung. Es bestehe auch kein Anordnungsinteresse, da der angefochtene Bescheid faktisch nicht umgesetzt werde.

Die Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

Mit Beschluss vom 03.09.2013 hat das SG dem Antrag stattgegeben. Der Antrag sei zulässig. Insbesondere bestehe ein Rechtsschutzbedürfnis. Der Kläger habe vorgängig erfolglos die Anordnung der aufschiebenden Wirkung der Klage bzw. die Aussetzung der sofortigen Vollziehung des Regressbescheides für das Jahr 2010 beantragt. Der Antrag sei auch begründet. Selbst wenn der angefochtene

Bescheid den Maßgaben der Vereinbarung über "Richtgrößen für Arznei- und Verbandmittel und Verfahren der Wirtschaftlichkeitsprüfung bei Überschreiten der Richtgrößen" (Rhein. Ärzteblatt 1/2010, S. 62 ff.) entsprechen und auch im Übrigen rechtmäßig sein sollte, hätte als Rechtsfolge kein Regress festgesetzt werden dürfen. Nach der zum 01.01.2012 durch das GKV-Versorgungsstrukturgesetz in Kraft getretenen Vorschrift des [§ 106 Abs. 5e](#) Sätze 1 bis 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) erfolge abweichend von Abs. 5a Satz 3 bei einer erstmaligen Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 v.H. eine individuelle Beratung nach Abs. 5a Satz 1. Ein Erstattungsbetrag könne bei künftiger Überschreitung erstmals für den Prüfzeitraum nach der Beratung festgesetzt werden. Dies gelte entsprechend, wenn ein Vertragsarzt die ihm angebotene Beratung abgelehnt habe. Gemäß dem durch das Zweite Gesetz zur Änderung arzneimittelrechtlicher und anderer Vorschriften vom 19.10.2012 mit Wirkung zum 26.10.2012 eingefügten [§ 106 Abs. 5e Satz 7 SGB V](#) gelte [§ 106 Abs. 5e SGB V](#) auch für am 31.12.2011 noch nicht abgeschlossene Verfahren. Die Norm ordne an, dass alle am Jahresende 2011 noch "offene" Verfahren der Richtgrößenprüfung dem Grundsatz "Beratung vor Regress" unterfielen. Eine Beratung habe nicht stattgefunden. Der Bescheid sei daher rechtswidrig.

Diese Entscheidung greift der Beklagte fristgerecht mit der Beschwerde an. Zur Begründung bezieht er sich auf das Urteil des Senats vom 20.11.2013 - [L 11 KA 49/13](#) - sowie den Beschluss vom 20.11.2013 - [L 11 KA 81/13 B ER](#) -.

Der Kläger ist dem entgegengetreten und verweist darauf, dass es nicht ausschließlich auf die Rechtsfrage "Beratung vor Regress" ankomme. Er habe eine regressablösende Individualvereinbarung (IRV) beantragt. Der Beklagte habe hierauf nicht reagiert. Demnach sei der Bescheid schon aus diesem Grunde rechtswidrig.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die Gerichtsakte, die Streitakte S 2 KA 254/13 sowie den beigezogenen Verwaltungsvorgang des Beklagten verwiesen.

II.

Die zulässige und im Übrigen statthafte Beschwerde ist begründet.

1. Das SG hat die rechtlichen Grundlagen für die einstweilige Anordnung zutreffend dargestellt. Der Senat nimmt hierauf Bezug ([§ 153 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)).
2. Der Bescheid des Beklagten ist nicht schon deswegen rechtswidrig, weil er gegen den Grundsatz "Beratung vor Regress" vorstoßen hat. Ausgehend vom Urteil des Senats vom 20.11.2013 - [L 11 KA 49/13](#) - sowie dem Beschluss vom 20.11.2013 - [L 11 KA 81/13 B ER](#) - hätte die Beschwerde Erfolg. Die Beteiligten sind hierauf mit Verfügung vom 10.03.2014 hingewiesen worden.
3. Ungeachtet dessen bleibt die Beschwerde letztlich deswegen erfolglos, weil der Beklagte die Vorgaben des [§ 106 Abs. 5d Satz 1 SGB V](#) nicht beachtet hat. Dies bewirkt, dass der angefochtene Bescheid rechtswidrig und aufhebbar ist.

a) Nach [§ 106 Abs. 5a Satz 3 SGB V](#) (in der ab dem 01.01.2004 geltenden Fassung des GKV-Modernisierungsgesetzes (GMG) vom 14.11.2003, [BGBl I 2190](#)) hat der Vertragsarzt bei einer Überschreitung des Richtgrößenvolumens um mehr als 25 v.H. nach Feststellung durch den Prüfungsausschuss (ab 01.01.2008: die Prüfungsstelle) den sich daraus ergebenden Mehraufwand den Krankenkassen zu erstatten, soweit dieser nicht durch Praxisbesonderheiten begründet ist. Abweichend von [§ 106 Abs. 5a Satz 3 SGB V](#) wird ein zu erstattender Mehraufwand nicht festgesetzt, soweit der Prüfungsausschuss (jetzt: die Prüfungsstelle) mit dem Arzt eine individuelle Richtgröße vereinbart, die eine wirtschaftliche Verordnungsweise des Arztes unter Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten gewährleistet ([§ 106 Abs. 5d Satz 1 SGB V](#) i.d. ...F des GMG). In dieser Vereinbarung muss sich der Arzt verpflichten, ab dem Quartal, das auf die Vereinbarung folgt, jeweils den sich aus einer Überschreitung dieser Richtgröße ergebenden Mehraufwand den Krankenkassen zu erstatten ([§ 106 Abs. 5d Satz 2 SGB V](#)). Eine Verpflichtung der Prüfgremien, auf den Abschluss einer IRV hinzuwirken, ergibt sich hieraus nicht; auch die Gesetzesbegründung (FraktE-GMG, [BT-Drucks 15/1525 S. 117](#) zu Nr. 82 (§ 106) Buchst k) verhält sich nicht zu einer "Hinwirkungspflicht" der Prüfgremien (BSG, Urteil vom 28.08.2013 - [B 6 KA 46/12 R](#) -; 2. Senat, Urteil vom 30.04.2012 - [L 11 KA 16/12](#) -). Statt dessen werden die Prüfgremien ermächtigt, von den ansonsten zwingenden gesetzlichen Vorgaben über die Festsetzung der Mehrbedarfe abzuweichen; ihnen wird ein Initiativrecht eingeräumt. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der geprüfte Arzt von sich aus Interesse am Abschluss einer IRV bekundet oder sogar den Abschluss einer IRV beantragt. In diesem Fall sind die Prüfgremien verpflichtet, in Verhandlungen über den Abschluss einer IRV einzutreten und dürfen den Abschluss einer IRV nicht aus sachfremden Gründen vereiteln. Ein unbedingter "Anspruch" des Arztes auf Abschluss einer IRV besteht hingegen nicht. Wird zwischen den Prüfgremien und dem zu prüfenden Arzt keine Übereinstimmung über den Inhalt der Vereinbarung - insbesondere über die Höhe der zu vereinbarenden Richtgröße - erzielt, sind die Verhandlungen gescheitert mit der Folge, dass ein vom Arzt zu erstattender Mehrbetrag festzusetzen ist (hierzu BSG, Urteil vom 28.08.2013 - [B 6 KA 46/12 R](#) -).

b) Nach Maßgabe dieser Vorgaben erweist sich der Bescheid als rechtswidrig. Der Kläger hat im Widerspruchsverfahren mit Schriftsatz vom 20.02.2013 ausführlich vorgetragen, aus welchen Gründen nach seiner Auffassung der Bescheid der Prüfungsstelle vom 04.12.2012 rechtswidrig ist. Hierzu hat er auf formelle (Ziffer I. des Schriftsatzes) und materielle Mängel (Ziffer. II. des Schriftsatzes) verwiesen. Dem Vorbringen ist zu entnehmen, dass es ihm vorrangig darum ging, den Bescheid der Prüfungsstelle beseitigt zu wissen. Hilfsweise hat er eine regressablösende Individualvereinbarung beantragt (Schriftsatz vom 20.02.2013, S. 18). Der Beklagte hat diesen Antrag zu Kenntnis genommen und im Bescheid vom 01.07.2013 in der Wiedergabe des klägerischen Vorbringens wortgetreu zitiert (Bescheid S. 10). Der Text des Bescheides (22 Seiten) weist an keiner Stelle aus, dass über den Antrag auf Abschluss einer IRV verhandelt worden wäre. Das Beschlussprotokoll zur Sitzung vom 10.04.2013 verhält sich hierzu gleichermaßen nicht. Auf Bitten des Senats, eine weiterführendes Sitzungsprotokoll zu übersenden, hat der Beklagte am 15.07.2014 mitgeteilt, dass nach der Geschäftsordnung des Beschwerdeausschusses nur ein Beschlussprotokoll gefertigt wird.

Hieraus folgt:

aa) Der Kläger hat eine IRV beantragt. Zwar ist dies lediglich hilfsweise geschehen. Das ist indessen unschädlich. Vorrangiges Ziel war es, den Beklagten dazu zu bewegen, den Bescheid der Prüfungsstelle aufzuheben. Als minderes Ziel war der Hilfsantrag, ungeachtet der

Rechtsfolgen einer IRV (hierzu [§ 106 Abs. 5d Satz 1 SGB V](#)), sachgerecht.

Der Beklagte war zufolge der Entscheidung des BSG vom 28.08.2013 - [B 6 KA 46/12 R](#) - verpflichtet, in Verhandlungen einzutreten. Das Gesetz verwendet diesen Begriff nicht, nutzt vielmehr die Termini "vereinbart" ([§ 106 Abs. 5d Satz 1 SGB V](#)) und "Vereinbarung" ([§ 106 Abs. 5d Satz 2 SGB V](#)). Das Verb "vereinbart" bezeichnet ein Geschehen, während das Substantiv "Vereinbarung" dessen rechtlich-gegenständliches Ergebnis umschreibt. Die Vereinbarung ist ein öffentlich-rechtlicher Vertrag ([§§ 53 ff. Zehntes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB X\)](#)). Voraussetzungen für den Vertrag ist die Willensübereinstimmung mehrerer Rechtssubjekte. Daran fehlt es unstreitig. Zweifelhafte kann nur sein, ob die Hauptbeteiligten in "Verhandlungen" auf Abschluss einer Vereinbarung eingetreten sind. Das scheint nicht der Fall zu sein.

(1) Die IRV als öffentlich-rechtlicher Vertrag bedingt eine Willensübereinstimmung von Angebot und Annahme. Würde bereits der Antrag auf Abschluss einer IRV als Angebot interpretiert, könnte dies als Beginn der Verhandlungen verstanden werden. Dann wäre verhandelt worden und der Bescheid nicht aus diesem Grund rechtswidrig. Im Ergebnis ist das jedoch nicht der Fall. Es ist zu differenzieren. Ein Angebot markiert den Beginn der Verhandlungsphase, belegt hingegen nicht, dass es auch zu Verhandlungen gekommen ist. Hierzu bedarf es eines weiteren Schritts. Der potentielle Vertragspartner muss sich auf das Angebot eingelassen haben, es mithin ernsthaft prüfen, um dann in einen Meinungsaustausch einzutreten. Dieses Verständnis wird durch die Interpretation des Begriffs "Verhandlungen" in [§ 203 Satz 1 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) "Schweben zwischen dem Schuldner und dem Gläubiger Verhandlungen über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, so ist die Verjährung gehemmt, bis der eine oder der andere Teil die Fortsetzung der Verhandlungen verweigert." bestätigt. Verhandlungen zwischen den Parteien oder ihren Vertretern schweben hiernach bei jedem Meinungsaustausch über den Anspruch oder die den Anspruch begründenden Umstände, auf Grund dessen der Gläubiger davon ausgehen kann, dass sein Begehren von der Gegenseite noch nicht endgültig abgelehnt wird (so Grothe, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Auflage, 2012, § 203 Rdn. 5 m.w.N. auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs). Infolgedessen ist der Antrag auf Abschluss einer IRV nicht der Beginn einer Verhandlung.

(2) Er ist dies aber auch deswegen nicht, weil er - jedenfalls vorliegend - schon kein Angebot auf Abschluss eines Vertrags darstellt. Ihm fehlt ein wesentliches auf Vertragsschluss gerichtetes Merkmal einer Willenserklärung. Diese setzt Dreierlei voraus, nämlich Handlungswille, Rechtsbindungswille (Erklärungsbewusstsein) und Geschäftswille (hierzu Mansel, in: Jauernig, BGB, 15. Auflage, 2014, vor §§ 116 ff. Rdn. 2). Der "Handlungswille" ist ersichtlich gegeben. Der Rechtsbindungswille soll ein willentliches Verhalten zu einer rechtlich relevanten Erklärung werden lassen (Mansel, a.a.O., vor §§ 116 ff. Rdn. 2). Der Rechtsbindungswille ist gegeben, weil der Kläger mit seinem Antrag auf Abschluss einer IRV willentlich eine rechtlich relevante Erklärung abgegeben hat. Es fehlt indes am Geschäftswillen, gerichtet auf die Herbeiführung der bestimmten Rechtsfolge "Abschluss eines Vertrags". Der Antrag hatte keinen die Vereinbarung ausfüllenden Inhalt. Zwar ist es denkbar, einen Antrag auf Abschluss einer IRV mit konkreten Vorschlägen zu verbinden, was bewirken könnte, dass der Antrag gleichzeitig ein Angebot darstellt. Vorliegend ist der Antrag indes dahin auszulegen ([§ 133 BGB](#)), dass er sich auf die Initiative beschränkt, einen Meinungsaustausch zu eröffnen. Zivilrechtlich kann der Antrag daher allenfalls als invitatio ad offerendum verstanden werden. Demzufolge ist es nicht zu Verhandlungen gekommen, denn bei dieser Sachlage hätte der Beklagte in den Meinungsaustausch eintreten müssen, was nicht geschehen ist.

(3) Soweit der Beklagte darauf verweist, in der Sitzung des Beschwerdeausschusses am 10.04.2013 habe mit dem anwaltlich vertretenen Kläger keine Verständigung über Praxisbesonderheiten erzielt werden können, weswegen er keine Veranlassung gesehen habe, das "hilfsweise" Begehren auf eine IRV zu vertiefen, führt das nicht weiter. Normativ fixierter Bezugspunkt der IRV ist die "individuelle Richtgröße". Hierüber ist zu verhandeln. Die Praxisbesonderheiten sind im solchermaßen vorgegebenen Verhandlungsprogramm nur eine beispielhafte, wenngleich hervorgehobene Facette ("unter Berücksichtigung von Praxisbesonderheiten"). Die Richtgröße wird auch durch andere Faktoren bestimmt (hierzu § 1 ff. der Richtgrößenvereinbarung 2010). All das ist ggf. Verhandlungsgegenstand. Damit ist schon zweifelhaft, ob der Beklagte sich dem Antrag des Klägers entziehen konnte, indem er darauf verweist, über Praxisbesonderheiten habe keine Verständigung erzielt werden können.

bb) Losgelöst hiervon ist der Kläger diesem Vorbringen des Antragstellers entgegengetreten. Er behauptet, einseitig versucht zu haben, die Sache rechtlich wie tatsächlich aufzuarbeiten; vom Beklagten seien keinerlei rechtliche wie tatsächliche Aussagen gekommen; durch seine Blockadehaltung habe der Beklagte keine Verständigung zugelassen, weder zu Praxisbesonderheiten noch zur individuellen Richtgröße.

Die Behauptungen des Klägers und des Beklagten (siehe oben) sind insoweit nicht kongruent. Die Beweislast dafür, einen Antrag auf IRV gestellt zu haben, obliegt dem Kläger. Dieser Beweis ist geführt, zumal die Bevollmächtigte des Klägers unwidersprochen vorgetragen hat, auch in der Sitzung vom 10.04.2013 auf einer IRV beharrt zu haben. Die Beweislast dafür, in Verhandlungen auf Abschluss einer IRV eingetreten zu sein, trifft hingegen den Beklagten. Dieser Beweis ist nicht erbracht. Die Beweislosigkeit geht nach den Grundsätzen der objektiven Beweislast zu seinem Nachteil. Weitere Ermittlungen des Senats verbieten sich angesichts des auf Schnelligkeit angelegten einstweiligen Rechtsschutzverfahrens. Hierüber wird nötigenfalls - sofern entscheidungserheblich - im Hauptsacheverfahren zu befinden sein.

c) Nach alledem konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben.

III.

Die Entscheidung über den Streitwert beruht auf [§§ 52 Abs. 1, 53 Abs. 2 Nr. 4 Gerichtskostengesetz \(GKG\)](#). Das Interesse des Klägers war darauf gerichtet, den Regressbetrag von 91.648,02 EUR behalten zu dürfen. Da in dem auf einstweiligen Rechtsschutz gerichteten Verfahren keine endgültige Zuweisung der geltend gemachten Forderungen erfolgen kann, war das zu berücksichtigende Interesse allein darauf gerichtet, zumindest für die Dauer des Hauptsacheverfahrens über den regressierten Betrag verfügen zu können. Das wirtschaftliche Interesse wird mithin durch den Zeitfaktor "Länge des Verfahrens" (ein Jahr) und das Zinsinteresse bestimmt. Das Zinsinteresse ist vorliegend darauf gerichtet, nicht auf eine etwaige Zwischenfinanzierung angewiesen zu sein. Die Kosten hierfür schätzt der Senat auf 10 % vom regressierten Betrag.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2014-09-29