

---

**Datum:** 07.06.2017  
**Gericht:** Landessozialgericht NRW  
**Spruchkörper:** 11. Senat  
**Entscheidungsart:** Urteil  
**Aktenzeichen:** L 11 KA 50/16 KL  
**ECLI:** ECLI:DE:LSGNRW:2017:0607.L11KA50.16KL.00

---

**Sachgebiet:** Vertragsarztangelegenheiten  
**Rechtskraft:** rechtskräftig

---

**Tenor:**

Der Schiedsspruch des Beklagten vom 06.07.2017 wird hinsichtlich der linearen Anhebung der Punktwerte um 3,27 % aufgehoben und der Beklagte verpflichtet, insoweit unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu entscheiden. Der Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

---

Tatbestand: 1

Streitig ist die Rechtmäßigkeit eines Schiedsspruchs des beklagten Landesschiedsamtes (LSA) betreffend die Festsetzung der Vergütung für vertragszahnärztliche Leistungen für das Jahr 2016. 2

Mit Schreiben vom 11.02.2016 hat die Kassenzahnärztliche Vereinigung (KZV) Nordrhein den Verband der Ersatzkassen (vdek) und die Techniker Krankenkasse (TK) zu gemeinsamen Verhandlungen über die vertragszahnärztliche Vergütung 2016 aufgefordert. Beigefügt waren dem Schreiben u.a. die Ergebnisse einer Kostenstrukturhebung der Kassenzahnärztlichen Bundesvereinigung (KZBV) für Nordrhein. Ausgehend hiervon forderte die KZV für die budgetierten Leistungen (konservierend-chirurgische Behandlung (KCH), Kieferbruch/Kiefergelenk (KB/KG), Parodontosebehandlung (PAR) und Kieferorthopädie (KFO)) sowie für die individualprophylaktischen Leistungen (IP) und Früherkennungsuntersuchungen (FU) eine Punktwerverhöhung von 4,53 % gegenüber den für das Kalenderjahr 2015 vereinbarten Ausgabenvolumina. Die Ersatzkassen lehnten die Forderungen der KZV ab, da das Erhöhungsverlangen nicht mit den gesetzlichen Vorgaben 3

in Einklang stehe.

Die KZV erklärte die Verhandlungen am 16.03.2016 für gescheitert und rief am selben Tag das LSA an. Mit Schriftsatz vom 29.03.2016 beantragte sie u.a. die Festsetzung der Punktwerte für das Jahr 2016 entsprechend ihrer bisherigen Forderungen. Die Kläger traten den Anträgen mit Schriftsatz vom 14.06.2016 entgegen und beantragten, in den Bema-Teilen 1, 2 und 4 einen Punktwert von 1,0037 EUR, im Bema-Teil 3 von 0,8330 EUR und für IP sowie FU-Leistungen in Höhe von jeweils 1,1364 EUR festzusetzen. 4

Mit Spruch vom 04.07.2016 entschied das LSA: 5

"1. Die Punktwerte für Leistungen der Individualprophylaxe (IP) und Früherkennungsuntersuchungen (FU) werden um 3,27 % angehoben und betragen ab 01.01.2016 bei den Ersatzkassen (vdek und TK) 1,1621 EUR. 6

2. Die Punktwerte für konservierend chirurgische Leistungen, Leistungen der Parodontose- und für Kieferbruch/Kiefergelenksbehandlungen werden um 3,27 % angehoben und betragen ab 1.1.2016 bei den Ersatzkassen (vdek und TK) 1,0264 EUR. 7

3. Die Punktwerte für kieferorthopädische Leistungen werden um 3,27 % angehoben und betragen ab 1.1.2016 bei den Ersatzkassen (vdek und TK) 0,8516 EUR. 8

4. Die kassenspezifischen Ausgabenvolumina ("Obergrenzen") für 2016 werden wie folgt ermittelt: Die kassenindividuelle Ist-Vergütung 2015 wird um 4,27 % erhöht. 9

5. Das Landesschiedsamt stellt fest, dass an den Nachweis von Veränderungen der nach § 85 Abs. 3 SGB V bei der Veränderung der Gesamtvergütung zu berücksichtigenden Kriterien hohe Anforderungen zu stellen sind, insbesondere dann, wenn die Veränderungsrate für die Punktwerte oberhalb der Grundlohnrate nach § 71 SGB V liegt. Das Landesschiedsamt fordert die Parteien für die Zukunft auf, in einen Dialog über die zutreffende Feststellung der für die Vergütungsfestsetzung relevanten Parameter einzutreten. Im Hinblick darauf behält sich das Landesschiedsamt vor, in Zukunft durch Zu- und Abschläge etwaige Unsicherheiten der mitgeteilten Parameter zu bewerten oder etwaige eigene Datenerhebungen vorzunehmen oder zu beauftragen. ( ... )." 10

Seine Berechnungen stützte das LSA zunächst auf die von der Beigeladenen vorgelegte Kostenstrukturerhebung, die es durch die ebenfalls von ihr vorgelegten Daten der DATEV sowie der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege als validiert ansah. Abweichend hiervon berücksichtigte es den Unternehmerlohn nur in Höhe der Grundlohnsummensteigerung. Die von der Beigeladenen bezifferte Personalausgabensteigerung akzeptierte das LSA wegen der Ausweitung des Personalbestandes nur mit Abschlägen. Auch geltend gemachte vermehrte Arbeitszeit übernahm es nur zum Teil. Da nach diesen Ansätzen die Steigerungsquote über dem Grundlohnsummenanstieg lag, nahm das LSA einen Abschlag von dem Teil des von ihm ermittelten Kostenanstiegs vor, der oberhalb des Wachstums der Grundlohnsumme lag. 11

Im Schiedsspruch vom 04.07.2016 heißt es insoweit: 12

" ( ... ) 13

3. Das LSA hat sich zunächst mit der Frage befasst, inwieweit es bei der Anpassung der Punktwerte prospektive Schätzungen zur Kostenentwicklung vornehmen oder retrospektiv vorliegende Daten zur Kostenentwicklung in der jüngsten Vergangenheit berücksichtigen soll. 14

In Fortsetzung seiner Spruchpraxis hat das LSA sich für eine retrospektive Betrachtung entschieden. Es hat sich daher an der Veränderung kostenrelevanter Größen von 2013 nach 2014 orientiert, da dies die aktuellsten Daten für das Vertragsjahr 2006 für abgeschlossene Kalenderjahre sind; auch damit setzt das Landesschiedsamt seine bisherige Spruchpraxis fort.

4. Das LSA hat zur Kenntnis genommen, dass von der KZV Nordrhein - wie bereits im Schiedsverfahren für das Jahr 2014 - eine regionale Sonderauswertung der bundesweit durchgeführten Kostenstrukturerhebung der KZBV veranlasst wurde. Das LSA sieht eine auf Befragung der Praxen basierende Vorgehensweise grundsätzlich als eine Möglichkeit zur Ermittlung von Daten zu Kosten- und Versorgungsstrukturen an, insbesondere wenn die Ergebnisse im Rahmen einer externen Validierung (etwa wie von der KZV vorgelegt durch Daten der DATEV sowie der gesetzlichen Unfallversicherung) *cum grano salis* bestätigt werden. Jedenfalls erachtet das LSA die Verwendung der Verbraucherindizes, wie von den Ersatzkassen beantragt, aufgrund ihrer Ferne zum Kosten- und Versorgungsgeschehen im Zahnarztpraxen für weniger geeignet und hat sich diesen Ansatz daher nicht zu eigen gemacht. 15
5. Das LSA hat - wie bereits im Schiedsverfahren für 2014 geäußert - allerdings nachdrücklich - und in steigendem Maße - Verständnis dafür, dass die Ersatzkassen sehr skeptisch bezüglich der Anerkennung dieser Daten sind, da sie an ihrer Entstehung nicht mitwirken und die Auswertung nicht überprüfen konnte. Auch das LSA geht nicht davon aus, dass dauerhaft auf Basis einer solchen einseitigen Datenquelle Kostenerhöhungen festgestellt werden können. Es appelliert eindringlich an beide Seiten, für die Folgejahre für die Zwecke der Durchführung empirischer Erhebungen zur Kostensituation von Zahnarztpraxen in Nordrhein zu kooperieren. Für das aktuelle Jahr hat es diese Datenbasis zwar grundsätzlich, für aner kennenswert gehalten, allerdings besonders strenge Maßstäbe an die Grundlohnsummenentwicklung übersteigende Erhöhungsansätze gestellt. Das Landesschiedsamt fordert die Parteien für die Zukunft auf, in einen Dialog über die zutreffende Feststellung der für die Vergütungsfestsetzung relevanten Parameter einzutreten, im Hinblick darauf behält sich das Landesschiedsamt vor, in Zukunft durch Zu- und Abschläge etwaige Unsicherheiten der mitgeteilten Parameter zu bewerten oder etwaige eigene Datenerhebungen vorzunehmen oder zu beauftragen. Dabei ist dem Landesschiedsamt bewusst, dass ein gemeinsam getragener neuer Ansatz nicht schon im kommenden Jahr zu Ergebnissen geführt haben wird. 16
6. Das LSA nimmt zur Kenntnis, dass die Ersatzkassen ein Gutachten der B GmbH eingebracht haben, das zu den empirischen Grundlagen für Vertragsverhandlungen zu Veränderungen der Gesamtvergütungen Stellung nimmt und weitergehende Vorschläge, auch konzeptioneller Art, unterbreitet. Die Schiedsstelle sieht, dass das Gutachten wichtige Fragen stellt, denen sich die beiden Seiten bei den Verhandlungen für die Folgejahre widmen sollten. 17
7. Das LSA setzt seine Beschlusspraxis fort, zu den Kosten der Zahnarztpraxis auch den Unternehmerlohn zu rechnen und diesen in Höhe der Entwicklung der beitragspflichtigen Einkommen der Versicherten anzupassen, da die Versicherten letztlich die höheren Zahnarzteinkommen aus ihren Einkommen finanzieren sollen. 18
8. Bezüglich der übrigen Praxiskosten kommt den Praxiskosten mit nahezu 50 % besonderes Gewicht zu. Das LSA geht hier davon aus, dass grundsätzlich zwischen der Erhöhung der Personalkosten aufgrund von Gehaltserhöhungen der Mitarbeiter und Erhöhung der Personalkosten aufgrund von Ausweitungen des Personalbestandes zu unterscheiden ist. 19

Denn wird mehr Personal beschäftigt, so wird dies teilweise auch dafür eingesetzt werden, mehr Leistungen auch in nicht-budgetierten Bereich sowie im Selbstzahler-Bereich zu erbringen. Insoweit würde eine Berücksichtigung bei den Praxiskosten für die Ermittlung des Punktwertes aber eine Doppelfinanzierung bedeuten. Das LSA hat daher die geltend gemachten Personalkostenanstiege, soweit sie auf einer Ausweitung des Personalbestandes beruhen, nur mit einem deutlichen Abschlag berücksichtigt. Damit trägt das LSA auch der Argumentation der Ersatzkassen Rechnung, der Anstieg der Personalkosten sei auch auf die Zunahme angestellter Zahnärzte, die zu einem Mengenanstieg beitragen, zurückzuführen.

9. Das LSA hat sich mit der Frage zu befassen gehabt, wie die von der KZV vorgelegten Daten zur Veränderung der Arbeitszeit der Zahnärzte zu bewerten sind. Es ist hierbei zu der Einschätzung gelangt, dass die aufgezeigten Veränderungen auch Elemente beinhalten, deren Berücksichtigung bei der Beschlussfassung über die Punktwerte nicht sachgerecht wäre, insofern hat es die aufgezeigte Veränderung bei der Gesamtarbeitszeit nur mit einem Abschlag berücksichtigt. 20

10. Aus den insoweit vom LSA durchgeführten Berechnungen würde - auch unter der skizzierten Anwendung deutlicher Abschläge an den genannten Stellen - eine rechnerische Erhöhung der Punktwerte deutlich stärker als die Veränderung der Grundlohnsumme resultieren. Das LSA hat aber zu beachten, dass der Grundsatz der Beitragssatzstabilität nach § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V als weiteres Kriterium neben den Kriterien des § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V zu beachten ist. Das LSA geht daher - in Fortsetzung seiner Spruchpraxis aus 2014 - davon aus, dass eine Erhöhung der Gesamtvergütung, die über die Veränderung der Grundlohnsumme hinausgeht, jedenfalls sorgfältig vom LSA zu wägen ist. Diese Wägung kann insbesondere auch bedeuten, dass mit Blick auf die Beitragssatzstabilität die dem Grundsatz nach für berücksichtigungsfähig angesehene Kostenentwicklung nur teilweise ihren Niederschlag in der Punktwertanpassung findet; auch die Tatsache, dass die Krankenkassen die Erhebung nicht mitgestalten und die Daten nicht überprüfen können, kann hier Eingang finden. Daher hat das LSA von dem Teil des ermittelten Kostenanstiegs, der oberhalb des Wachstums der Grundlohnsumme liegt, einen deutlichen Abschlag vorgenommen. Das LSA geht davon aus, dass dies auch im Sinne eines Interessenausgleichs beider Seiten eine sachgemäße Ausübung seines unbestreitbaren Ermessensspielraumes ist. Der Einschätzung der Ersatzkassen, dass die Berücksichtigung der von der KZV vorgelegten Daten aufgrund der Tatsache, dass sie nur teilweise den Anforderungen des B-Gutachtens entsprechen, rechtswidrig sei, folgt das LSA nicht. Die Anwendung von ausreichenden Sicherheitsabschlägen ist nach Auffassung der Schiedsstelle im Rahmen des ihr zustehenden Ermessensspielraumes ein rechtmäßiger Umgang mit dieser Unsicherheit. 21

11. Hinsichtlich der Festsetzung der Veränderung der Obergrenzen hat das LSA entschieden, dass Ausgangspunkt die kassenindividuellen Ist-Vergütungen in 2015 sind. Diese liegen um rd. 1,9 Prozent unterhalb der für 2015 geltenden Obergrenze, insofern wird anders als im Antrag der KZV, die auf der Obergrenze aufsetzen sollte, ein entsprechend niedrigeres Ausgangsniveau festgesetzt. Dies erscheint angesichts der zu beobachtenden Mengenentwicklung bei den Ersatzkassen sachgerecht. Die Ist-Mengen 2015 werden zum einen um die festgesetzte Erhöhung der Punktwerte um 3,27 Prozent angepasst. Zum anderen nimmt die Schiedsstelle eine weitere Erhöhung von 1% für Mengenrisiken zum Beispiel aufgrund exogener Einflussfaktoren vor. Das LSA nimmt zur Kenntnis, dass beide Seiten Vereinbarungen zur Vorgehensweise bei auffälligen Mengenentwicklungen geschlossen haben, die fortgelten. Das LSA geht daher davon aus, dass sofern der Punktzahlanstieg stärker als 1% sein sollte, die beiden Seiten die sich daraus ergebenden 22

Konsequenzen gemeinsam beraten werden.

12. Das LSA hat den Antrag der KZV Nordrhein, die Obergrenze künftig als Festbetrag auszugestalten, abgelehnt. Es erachtet die damit einhergehenden Anreizwirkungen nicht für sachgerecht. Auch hat sich die bisherige Regelung In den Augen des LSA bewährt." 23

Am 21.07.2016 haben die Klägerinnen den Schiedsspruch mit der Klage angegriffen. Sie wenden sich gegen die Anhebung der Punktwerte um 3,27 % und bemängeln, dem Schiedsspruch lägen keine belastbaren Zahlen zu Grunde. Die Begründung sei defizitär, weil sich die Berechnungen nicht nachvollziehen ließen. Auch habe das LSA die Kriterien des § 85 Abs. 3 Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) nicht geprüft. Außerdem dürfe nach der neuen Gesetzeslage nicht mehr nur auf die Veränderung der Praxiskosten abgestellt werden. Entscheidend sei vielmehr die "Kosten- und Versorgungsstruktur". Schließlich verstoße der Spruch gegen den Grundsatz der Beitragsstabilität (§ 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V), denn die Steigerung liege deutlich über dem Anstieg des Grundlohnes. Die normativ vorgegebenen Kriterien des § 85 Abs. 3 SGB V habe das LSA unvollständig und fehlerhaft gewichtet. Die Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V dürfe nur überschritten werden, wenn dies in Abwägung aller in § 85 Absatz 3 Satz 1 SGB V genannter Kriterien erforderlich sei. 24

Die Klägerinnen beantragen, 25

den Schiedsspruch des Beklagten vom 06.07.2016 hinsichtlich der linearen Anhebung der Punktwerte um 3,27 % aufzuheben und den Beklagten zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu entscheiden. 26

Der Beklagte beantragt, 27

die Klage abzuweisen. 28

Er verweist darauf, dass die Klägerinnen den Kriterien Zahl und Struktur der Versicherten, Morbiditätsentwicklung und Art und Umfang der vertragszahnärztlichen Leistungen, soweit sie auf Veränderungen des gesetzlichen und satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen, keine Bedeutung beigemessen hätten. Diese Kriterien seien im Schiedsverfahren nicht streitig gewesen. Das Kriterium der für die vertragszahnärztliche Tätigkeit aufzubringenden Arbeitszeit habe er berücksichtigt. Die Kostenstruktur habe im Mittelpunkt der Erwägungen gestanden. Eigenständige Erhebungen könne er nicht durchführen. Den Ausführungen der Klägerinnen zur Versorgungsstruktur könne nicht gefolgt werden. Dieses Thema hätten die Vertragsparteien mangels Bedarfs ohnehin nicht behandelt. Daher habe er - der Beklagte - es auch nicht aufgreifen müssen. Dieser Umstand könne die Rechtswidrigkeit des Schiedsspruchs nicht begründen. Nach seiner Auffassung sei es nicht erforderlich, dass sich mit den von der Beigeladenen durchgeführten Erhebungen Veränderungen in der Kostenstruktur nachweisen lassen. Vielmehr sei es ausreichend, Veränderungen in den Elementen, die Bestandteile der Kostenstruktur sind, zu messen. Zwar weise die Kostenstrukturserhebung der KZBV methodische Schwächen auf. Hieraus folge indessen nicht, dass sie allein deswegen nicht habe berücksichtigt werden dürfen. Die methodischen Schwächen habe er - der Beklagte - insoweit aufgefangen, als er die in der Studie ermittelten Veränderungsrate um Sicherheitsabschläge verringert habe. Der Unternehmerlohn sei Teil der Kostenstruktur. Auch die reinen Praxis- und Personalkosten müssten als zentrale Bestandteile der Kostenstruktur wesentlich berücksichtigt werden. Er habe auch konkrete Werte für die gesetzlichen Kriterien ermittelt, in einer Excel-Datei zusammengestellt und in der Verhandlung erörtert. Die Datei sei einer Mitarbeiterin des vdek, Frau H, auf deren Bitte im Nachgang zu der Schiedsamtssitzung zur Verfügung gestellt worden. Den Klägerinnen 29

seien daher sämtliche konkrete Zahlen, sowohl die zunächst ermittelten Rohdaten, die damit mittels eines Rechenalgorithmus ermittelte Verknüpfung zu Steigerungsraten als auch die dann im nächsten Schritt vorgenommenen Abschläge, bekannt. Auch habe er die Kriterien aus § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V und die Grundlohnsummenrate nach § 71 SGB V abgewogen. Hierzu habe er zunächst die sich aus der Anwendung der Kriterien nach § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V ergebende Veränderung der Punktwerte ermittelt und dann wegen § 71 SGB V Abschläge vorgenommen. Diese Vorgehensweise sei sachgerecht, der Umfang der Abschläge unterliege seinem Ermessensspielraum.

Die Beigeladene stellt keinen Antrag.

30

Sie trägt vor: Der Beklagte habe zulässig auf die zwischen den Klägerinnen und der Beigeladenen streitigen Fragen der Entwicklung der Kostenstruktur und ihrer Berücksichtigungsfähigkeit abgestellt. Der Gesetzgeber habe mit der Begrifflichkeit "Kosten im weiteren Sinne" anstelle der vormaligen "Praxiskosten" das Ziel verfolgt, regionalen Unterschieden auch nach Veränderungen sowohl in der Kostenstruktur (z.B. Lohn- und Gehaltsniveau der Praxisangestellten, Mietniveau), als auch in der Versorgungsstruktur Rechnung zu tragen. Die Auffassung der Klägerinnen, die Kosten- und Versorgungsstruktur müsse sich kumulativ verändert haben, um vom Beklagten berücksichtigt zu werden, treffe nicht zu. Zutreffend weise der Beklagte darauf hin, dass die gesetzliche Regelung "die Berücksichtigung" der Kosten- und Versorgungsstruktur verlange. Sachwidrig wäre allein, wenn aufgrund vorliegend unstreitiger Tatsachen oder entsprechendem Tatsachenvortrag der Vertragsparteien Veränderungen in beiden Bereichen vorlägen und der Beklagte ausdrücklich nur einen Aspekt berücksichtige. Daher stelle der Beklagte zulässig darauf ab, dass zwischen den Vertragsparteien allein die Kostenstruktur respektive ihre Entwicklung und die daraus zu schließenden Konsequenzen streitig gewesen seien. Die von den Klägerinnen vermisste Abwägung habe der Beklagte vorgenommen. Ungeachtet dessen habe die vermeintlich fehlende Abwägung nicht die von den Klägerinnen gesehene Bedeutung. Nach Ziffer 10 des Schiedsspruchs habe der Beklagte sich mit dem weiteren Kriterium des § 85 Absatz 3 SGB V befasset. Er habe insofern abgewogen, als er von dem oberhalb des Wachstums der Grundlohnsumme liegenden Teil des Kostenanstiegs einen entsprechenden Abschlag vorgenommen habe, um einen sachgemäßen Interessenausgleich zu erzielen. Im Übrigen habe der Beklagte die ihm von den Vertragsparteien zur Verfügung gestellten Daten zugrunde gelegt und angemessen berücksichtigt. Die Klägerinnen übersähen, dass es sich beim angefochtenen Schiedsspruch nicht um eine Ermessensentscheidung im verwaltungsrechtlichen Sinne handle. Die Amtsermittlungspflicht des Schiedsamtes ende dort, wo die Mitwirkungslast der Beteiligten betroffen sei. Der Beklagte könne nur im Rahmen der ihm zur Verfügung gestellten Tatsachen ermitteln, um das so gewonnene Ergebnis seiner Entscheidung zugrunde zu legen.

31

Der Beklagte hat die fragliche Excel-Datei auf Bitten der Berichterstatterin am 23.05.2017 vorgelegt.

32

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes im Übrigen nimmt der Senat Bezug auf den Inhalt der Streitakte und die vom Beklagten als Verwaltungsvorgang vorgelegte, nicht foliierte und nicht geheftete Loseblattsammlung im Schiedsverfahren angefallener Unterlagen.

33

Entscheidungsgründe:

34

Die statthafte und im Übrigen zulässige Klage ist begründet.

35

I. Die Klage ist zulässig.

36

1. Die sachliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts (LSG) ergibt sich aus § 29 Abs. 2 Nr. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG). Nach dieser Vorschrift entscheiden die Landessozialgerichte im ersten Rechtszug u.a. über Klagen gegen Entscheidungen der Landesschiedsämter. Bei der Beklagten handelt es sich um ein solches Schiedsamt (§ 89 SGB V). Angegriffen ist ihr Schiedsspruch vom 23.05.2016. 37

Der erkennende Senat ist nach dem Geschäftsverteilungsplan 2017 des LSG u.a. zuständig für Streitverfahren des Vertragsarztrechts und des Vertragszahnarztrechts. Die Streitigkeit betrifft die Beziehungen zwischen Krankenkassen und der KZV Nordrhein als Vereinigung der Vertragszahnärzte. Mithin handelt es sich um eine "Angelegenheit des Vertrags(zahn)arztrechts" i.S.d. § 31 Abs. 2 Halbs. 1 i.V.m. § 10 Abs. 2 Satz 1 SGG (zur Abgrenzung des Begriffs "Vertragsarztrechts" nach dem SGG einerseits und jenem des SGB V andererseits s. Senat, Beschluss vom 04.05.2011 - L 11 KA 120/10 B ER - m.w.N.). 38

Der Senat entscheidet nach § 33 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. § 12 Abs. 3 Satz 1 SGB V mit je einem ehrenamtlichen Richter aus den Kreisen der Krankenkassen und der Vertragszahnärzte (hierzu Senat, Urteil vom 27.11.2013 - L 11 KA 71/13 KL -; s. auch Düring, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 142). 39

2. Die Klage ist als Anfechtungsklage verbunden mit einem Antrag auf Neubescheidung (§ 54 Abs. 1 i.V.m. § 131 Abs. 3 SGG) statthaft und zulässig (vgl. BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 14/16 R -; Urteil vom 25.01.2017 - B 3 P 3/15 R -; Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R -; Düring, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, 3. Auflage, 2017, § 9 Rdn. 64; Düring, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 143). Die damit geltend gemachte Verpflichtung zum Erlass eines neuen Verwaltungsaktes berücksichtigt, dass die Festsetzung der Vergütung durch das LSA gegenüber den Vertragsparteien als Verwaltungsakt (§ 31 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X)) anzusehen ist und im Übrigen normative Wirkung hat (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 14/16 R -; Urteil vom 11.09.2002 - B 6 KA 34/01 R -). 40

Die vom 1. Senat des BSG (Urteil vom 04.03.2014 - B 1 KR 16/13 R -; Urteil vom 13.11.2012 - B 1 KR 27/11 R -) vertretene Auffassung, Entscheidungen des Bundesschiedsamtes nach § 115b Abs. 3 SGB V bzw. solche der Landesschiedsstelle nach § 114 SGB V seien mit der isolierten Anfechtungsklage anzugreifen, vermag hieran nichts zu ändern. Der 1. Senat übersieht, dass die an Recht und Gesetz gebundenen Behörden einen Antrag immer bescheiden müssen, nach einer erfolgreichen Anfechtungsklage der dann wieder offene Antrag also immer zu bescheiden ist und damit nie eine Bescheidungsklage erforderlich wäre. Im Übrigen überzeugt es nicht, eine Bescheidungsklage deshalb abzulehnen, weil eine vorhergehende Instanz falsch entschieden haben könnte und die Beteiligten es - aus welchen Gründen auch immer - unterlassen, dies durch Rechtsmittel korrigieren zu lassen. Zwar treffen die Ausführungen des 1. Senats zu, dass höherrangigem Recht widersprechende Rechtsauffassungen einer Vorinstanz in Rechtskraft erwachsen könnten, wenn nur Teile der Rechtsauffassung im Streit verblieben oder durch die Rechtsauffassung der Vorinstanz begünstigte Rechtsmittelführer lediglich noch darüberhinausgehende Ansprüche verfolgten. Weil die Rechtskraftwirkung auf die Verfahrensbeteiligten beschränkt wäre, nämlich auf die an der Normsetzung beteiligten Institutionen, so das BSG weiter, könnten hieraus erwachsende Fehler - etwa aufgrund Unvereinbarkeit der instanzgerichtlichen Auffassung mit höherrangigem Recht - erst in weiteren Gerichtsverfahren im Rahmen gerichtlicher Inzidentkontrolle korrigiert werden, welche Beteiligte betrieben, die dem Normenvertrag unterworfen seien. 41

Das so beschriebene Szenario betrifft indessen nicht nur die Bescheidungsklage. Über den zur Prüfung gestellten Streitgegenstand disponieren die Beteiligten (§ 123 SGG). Was nicht angefochten wird, erwächst in Rechtskraft (§ 141 Abs. 1 SGG). Mittels der Anfechtungsklage kann die Aufhebung eines Verwaltungsaktes oder seine Abänderung begehrt werden (§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG). Da der Schiedsspruch eine Doppelnatur hat (s. oben), kann mittels Anfechtungsklage nur der Teil angegriffen werden, der die Qualität eines Verwaltungsaktes hat. Das ist der Schiedsspruch in seinen Rechtswirkungen gegenüber den Verfahrensbeteiligten. Klageziel der Anfechtungsklage ist die Kassation oder Abänderung des angegriffenen Verwaltungsaktes. Leidet ein Verwaltungsakt unter einem nicht heilbaren Begründungsmangel (§§ 35, 41, 42 SGB X), ist er allein deswegen aufzuheben. Übertragen auf einen Schiedsspruch bedeutet dies, dass er allein deshalb zu kassieren ist. Jegliche weiten Ausführungen des Gerichts zur Rechtmäßigkeit/Rechtswidrigkeit des Spruchs im Übrigen sind nicht nur überflüssig, sie sind mit Blick auf das erreichte Klageziel schlicht falsch. Rechtfertigen lassen sie sich allenfalls als unverbindliche obiter dicta, also als rechtliche Hilfestellungen für die Beteiligten im weiteren Verfahren. Eine solche gerichtliche Entscheidung wäre genau der vom 1. Senat hinsichtlich der Bescheidungsklage monierte Mangel, wenn er meint, diese laufe funktionswidrig auf ein Rechtsgutachten hinaus. Im Gegensatz zur auf Kassation ausgerichteten Anfechtungsklage hat die Bescheidungsklage in der Tat einen weiterführenden Inhalt. Das Gericht muss sich mit allen Rechtsfragen befassen, die für die neue Entscheidung relevant werden, soweit sie zwischen den Beteiligten streitig sind. Das hat letztlich gutachtenähnlichen Charakter, ist indessen nicht funktionswidrig, weil die Beteiligten genau diese Erkenntnisse für die Neubescheidung benötigen (i.d.S. auch Düring, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 143). Soweit es dafür weiterer Neufeststellungen bedarf, weil sonst der gesetzlich vorgegebene Rahmen nicht eingehalten werden kann, ist das dem Beklagten nicht verwehrt (BSG, Urteil vom 23.06.2010 - B 6 KA 4/09 R -). Nur das wird dem Interesse der Beteiligten gerecht. Mit einer schlichten Kassation ist ihnen nicht gedient. Zutreffende Rechtsschutzform ist eine Kombination von Anfechtungs- und Bescheidungsklage. Die Klägerinnen haben daher mit dem von ihnen verfolgten Neubescheidungsbegehren (§ 54 Abs. 1 i.V.m. § 131 Abs. 3 SGG) die richtige Klageart gewählt (i.d.S. auch BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R - zu § 120 Abs. 4 SGB V; Düring/Schnapp, in: Düring/Schnapp, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, 2. Auflage, 2016, S. 127 (Rdn. 207); Düring, Das Schiedswesen in der gesetzlichen Krankenversicherung, 1992, S. 143).

3. Ein Vorverfahren (§ 78 Abs. 1 Satz 1 SGG) war nicht durchzuführen. Nach § 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 5 SGG bedarf es eines Vorverfahrens nicht, wenn ein Versicherungsträger oder einer seiner Verbände klagen will. Kläger sind hier Versicherungsträger bzw. ihre Verbände. Im Übrigen ist für eine Klage gegen einen Schiedsspruch grundsätzlich wegen der Eigenart der Tätigkeit der Schiedsstelle kein Vorverfahren erforderlich (zu Schiedsverfahren nach § 120 Abs. 4 SGB V s. BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R -; so im Ergebnis auch Senat, Urteil vom 27.11.2013 - L 11 KA 71/13 KL -). 43

4. Klägerinnen sind die BARMER GEK, die DAK-Gesundheit (DAK), die Kaufmännische Krankenkasse (KKH), die Handelskrankenkasse (hkk), die Hanseatische Krankenkasse (HEK) und die Technikerkrankenkasse (TK). 44

Abweichend benennen die von vorgenannten Krankenkassen erteilten Prozessvollmachten den vdek als Kläger und bevollmächtigen dessen Justitiare. Ungeachtet der missverständlichen Vollmachtserteilung entnimmt der Senat dem weiteren Vorbringen der Beteiligten, dass nicht der vdek, sondern die oben genannten Krankenkassen das Verfahren als Klägerinnen betreiben. Schriftsätzliche Stellungnahmen haben die 45



Prozessbevollmächtigten unter dem Logo des vdek vorgelegt, indessen als Klägerinnen jeweils die "Techniker Krankenkasse u.a." benannt. Das entspricht den gesetzlichen Vorgaben.

Kläger (§ 69 Nr. 1 SGG) ist angesichts des formellen Beteiligtenbegriffs, wer einen Anspruch geltend macht (Frehse, in: Jansen, SGG, 4. Auflage, 2012, § 69 Rdn. 2; zum formellen Parteibegriff der ZPO s. Weth, in: Musielak/Voit, ZPO, 14. Auflage, 2017, § 50 Rdn. 3). Das sind BARMER GEK, DAK, KKH, hkk, HEK und TK. Das Schiedsverfahren für BARMER GEK, DAK, KKH, hkk und HEK hat der vdek geführt. Separiert hiervon war die TK eigenständig am Schiedsverfahren beteiligt. Die Klage haben die TK, die BARMER GEK, die DAK, die KKH, die hkk und die HEK erhoben (§ 90 SGG) und hierzu als Bevollmächtigten den vdek, vertreten durch den Vorstandvorsitzenden benannt. Ob der vdek als privatrechtlicher Zusammenschluss (§ 212 Abs. 5 SGB V) der Ersatzkassen (§ 168 SGB V) nach den Maßgaben des § 73 Abs. 2 SGG bevollmächtigt werden kann, mag dahinstehen. Jedenfalls machen die genannten Ersatzkassen den Anspruch geltend. Die missverständliche Vollmachtserteilung ändert hieran nichts. 46

5. Die Klägerinnen sind prozessführungsbefugt. Sie haben das Recht, den Prozess als materiell Berechtigte im eigenen Namen zu führen (zur Prozessführungsbefugnis: Frehse, a.a.O., § 69 Rdn. 3; Weth, a.a.O., § 50 Rdn. 15). 47

a) Fallen Prozessführungs- und materielle Sachbefugnis auseinander, liegt ein Fall der Prozessstandschaft vor. Dieses Institut meint die Geltendmachung fremder Rechte im eigenen Namen (Weth, a.a.O., § 50 Rdn. 16; Frehse, a.a.O., § 69 Rdn. 3). Der vdek wird nicht in Prozessstandschaft für die materiell berechtigten Krankenkassen tätig. Die das Schiedsverfahren führende vdek-Landesvertretung NRW wäre zwar nicht gehindert gewesen, in Prozessstandschaft das Verfahren führen (vgl. BSG, Urteil vom 21.03.2012 - B 6 KA 21/11 R -). So sind die Krankenkassen indes nicht vorgegangen. Als Klägerinnen wurden die TK, die BARMER GEK, die DAK, die KKH, die hkk und die HEK genannt. Ausweislich des insoweit eindeutigen Willens dieser Krankenkassen ist es ausgeschlossen, den vdek als Prozessstandschafter zu verstehen. 48

b) Die Regelungen des § 212 Abs. 5 Satz 5 und 6 SGB V stehen der Prozessführungsbefugnis der Klägerinnen nicht entgegen. Hiernach ist der vdek für alle Verträge auf Landesebene und damit auch für die Honorarverhandlungen als Bevollmächtigter mit Abschlussbefugnis für die Ersatzkassen ermächtigt. 49

aa) Zufolge des Wortlauts räumt die Norm nur eine Vollmacht mit Abschlussbefugnis ein (hierzu Peters, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung Teil II - SGB V, 19. Auflage, 1993, § 212 Rdn. 22). Sie betrifft damit die vertragliche Ebene und hat insofern keinen Bezug zur davon zu trennende Frage, wer den hieraus ggf. folgenden Prozess zu führen hat. 50

bb) Dennoch sind Krankenkassen an die von ihrem Verband ausgehandelten Kautelen unter bestimmten Voraussetzungen gebunden. So können einzelne Krankenkassen die von ihrem (oder sogar von einem "fremden") Landesverband ausgehandelten Gesamtvergütungsvereinbarungen grundsätzlich nicht angreifen. Die Krankenkasse muss die von "ihrem" (bzw. dem nach dem "Wohnortprinzip" zuständigen) Landesverband geschlossenen Vereinbarungen gegen sich gelten lassen, sofern diese nicht ausnahmsweise nichtig sind (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 14/16 R - m.w.N.; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 20.06.2003 - L 10 B 3/03 KA ER -). Klagebefugt ist dann der betreffende Verband (hier der vdek) und nicht dessen Mitglieder (Düring/Schnapp, in: Schnapp/Düring, Handbuch des sozialrechtlichen Schiedsverfahrens, S. 128 (Rdn. 210); 51

Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 66). Dennoch kann hieraus nicht hergeleitet werden, dass TK, BARMER GEK, DAK, KKH, hkk und HEK nicht Klägerinnen des Verfahren sein können. Die im Urteil des BSG vom 10.05.2017 zitierten Entscheidungen sind nicht im Zusammenhang mit Schiedsverfahren ergangen, sondern treffen die Fallkonstellation, dass einzelne Krankenkassen im Rechtsstreit mit der Kassenärztlichen Vereinigung (KV) keine gerichtliche Überprüfung der Wirksamkeit der gesamtvertraglichen Vereinbarungen erreichen können (z.B. BSG, Urteil vom 17.10.2007 - B 6 KA 34/06 R -). Darum geht es hier nicht. Vielmehr greift BSG, Urteil vom 21.03.2012 - B 6 KA 21/11 R - wie folgt:

"Der Kläger zu 7., der gemäß § 212 Abs 5 Satz 6 SGB V in der ab dem 1.7.2008 geltenden Fassung (GKV-WSG vom 26.3.2007 - BGBl I 378) für alle Verträge auf Landesebene und damit auch für den HVV als Bevollmächtigter mit Abschlussbefugnis für die Ersatzkassen fungiert, kann in Prozessstandschaft für die Beigeladenen zu 2. bis 7. das Verfahren führen (vgl BSGE 101, 177 = SozR 4-2500 § 109 Nr 6, RdNr 13)." 52

Infolgedessen steht es den Krankenkassen frei, ihr eigenes Recht im eigenen Namen geltend zu machen. Sie sind prozessführungsbefugt. 53

II. 54

Die Klage ist begründet. Der Schiedsspruch des Beklagten vom 04.07.2016 erweist sich - soweit er angefochten ist - als rechtswidrig und verletzt die Klägerinnen in ihren Rechten. 55

1. Gegenstand des Rechtsstreits ist der von den Klägerinnen angefochtene Schiedsspruch, soweit sie Einwendungen gegen dessen Rechtmäßigkeit erhoben haben. Nur hierüber hat der Senat zu entscheiden (§ 123 SGG). Streitgegenstand ist mithin lediglich die Erhöhung der Punktwerte um 3,27 % nach Ziffern 1. bis 3. des Schiedsspruchs. 56

2. Das Verfahren vor dem LSA regelt die Verordnung über die Schiedsämter für die vertragsärztliche (vertragszahnärztliche) Versorgung (SchiedsamtsVO) vom 28.05.1957 (BGBl I 570). Keiner der Beteiligten rügt, dass das zum Schiedsspruch vom 04.07.2017 führende Verfahren gegen die SchiedsamtsVO verstoßen hätte. Die formalen Voraussetzungen für eine Entscheidung des Beklagten durch Schiedsspruch lagen vor (§§ 16 ff. SchiedsamtsVO). Verfahrensmängel sind insoweit auch für den Senat nicht ersichtlich. 57

3. Die normativen Vorgaben für eine Entscheidung durch Schiedsspruch sind gegeben (§§ 83, 89 SGB V). Die Kassenärztlichen Vereinigungen (KVen) schließen mit den für ihren Bezirk zuständigen Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen Gesamtverträge über die vertragsärztliche Versorgung der Mitglieder mit Wohnort in ihrem Bezirk einschließlich der mitversicherten Familienangehörigen; die Landesverbände der Krankenkassen schließen die Gesamtverträge mit Wirkung für die Krankenkassen der jeweiligen Kassenart (§ 83 Satz 1 SGB V). Kommt ein Vertrag über die vertragsärztliche Versorgung ganz oder teilweise nicht zustande, setzt das Schiedsamt mit der Mehrheit seiner Mitglieder innerhalb von drei Monaten den Vertragsinhalt fest (§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB V). So liegt es hier. Der Beklagte hat den über die vertragszahnärztliche Versorgung zu vereinbarenden, indessen nicht zustande gekommenen Vertrag substituiert, indem er mit Beschluss vom 04.07.2016 den Vertragsinhalt festgesetzt hat. 58

4. Die Drei-Monats-Frist ist gewahrt. Die beigeladene KZV Nordrhein hat mit Schriftsatz vom 04.04.2016 den Beklagten angerufen und mitgeteilt, die Verhandlungen über die Festsetzung der Punktwerte und die Veränderung der Gesamtvergütung 2016 seien gescheitert. Der Antrag ist am 04.04.2016 beim Beklagten eingegangen. Der Fristenlauf beginnt mit Eingang 59

des den Anforderungen des § 14 SchiedsamtVO entsprechenden Antrags auf Vertragsfestsetzung am 05.04.2016 (§ 64 Abs. 1 SGG) und endet am 04.07.2016 (§ 64 Abs. 2 Satz 1 SGG).

5. Der angefochtene Schiedsspruch ist materiellrechtlich nur einer eingeschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich. 60

a) Die Vertragsgestaltungsfreiheit eines Schiedsamtes ist nicht geringer als diejenige der Vertragspartner bei einer im Wege freier Verhandlungen erzielten Vereinbarung (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -; Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R -; Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 47). In gleicher Weise wie die Vereinbarungen, die der Schiedsspruch ersetzt, ist er auf Interessenausgleich angelegt und hat Kompromisscharakter (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 10/16 R -; Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -; Urteil vom 30.11.2016 - B 6 KA 38/15 R -; Urteil vom 23.06.2016 - B 3 KR 26/15 R -; Urteil vom 25.03.2015 - B 6 KA 9/14 R -; Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -). 61

Dementsprechend sind Schiedssprüche nur daraufhin zu überprüfen, ob sie die grundlegenden verfahrensrechtlichen Anforderungen und in inhaltlicher Hinsicht die zwingenden rechtlichen Vorgaben einhalten. In formeller Hinsicht wird geprüft, ob das Schiedsamt den von ihm zu Grunde gelegten Sachverhalt in einem fairen Verfahren unter Wahrung des rechtlichen Gehörs ermittelt hat und sein Schiedsspruch die Gründe für das Entscheidungsergebnis ausreichend erkennen lässt. Die inhaltliche Kontrolle ist darauf beschränkt, ob der vom Schiedsspruch zugrunde gelegte Sachverhalt zutrifft und ob das Schiedsamt den ihm zustehenden Gestaltungsspielraum eingehalten, d.h. insbesondere die maßgeblichen Rechtsmaßstäbe beachtet hat (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 10/16 R -; Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -; Urteil vom 30.11.2016 - B 6 KA 38/15 R -; Urteil vom 23.06.2016 - B 3 KR 26/15 R -; Urteil vom 25.03.2015 - B 6 KA 9/14 R -; LSG Bayern, Urteil vom 14.09.2016 - L 12 KA 149/14 -; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 18.12.2013 - L 5 KA 3838/12 -; Senat, Urteil vom 27.11.2013 - L 11 KA 71/13 KL -; LSG Sachsen-Anhalt, Urteil vom 13.11.2013 - L 9 KA 4/13 KL -).

b) Zudem muss der Schiedsspruch die Gründe für das Entscheidungsergebnis ausreichend erkennen lassen. Hohe Anforderungen an die Begründung der Abwägungsentscheidung können grundsätzlich nicht gestellt werden (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 10/16 R -; Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -). Die Gründe für das Entscheidungsergebnis müssen wenigstens andeutungsweise erkennbar sein, was voraussetzt, dass tragfähige Tatsachenfeststellungen getroffen worden sind, auf deren Grundlage die Abwägung vorgenommen wurde. Anderenfalls ist eine Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz (GG) entsprechende gerichtliche Überprüfung, ob das Schiedsamt seinen Beurteilungsspielraum eingehalten hat, nicht möglich (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -; Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 10/16 R -; Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -; Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 44, 76). 62

Soweit das LSG Niedersachsen (Urteil vom 30.05.2000 - L 3 P 82/99 -) zum Schiedsspruch nach § 85 Abs. 5 Satz 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch die Auffassung vertritt, an die Begründung des Schiedsspruchs dürften keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden, mag dem zuzustimmen sein. Allerdings bleibt zu bedenken, dass die insoweit deutlich reduzierte Begründungsdichte mit den Vorgaben des § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X schwerlich in Einklang steht. Danach hat die Behörde die "wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe" mitzuteilen, die sie zur Entscheidung bewogen hat. Dass nur "angedeutete" Begründungen dem nicht genügen, liegt auf der Hand. Allerdings erachtet es der Senat als zulässig, den Wortlaut des § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X angesichts des spezifischen Charakters 63

der schiedsamtlichen Entscheidungsfindung dahin zu einzuengen, dass die Begründung nicht die "wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe" darlegen muss, es vielmehr ausreicht, wenn diese angedeutet werden. Wenn allerdings das LSG Niedersachsen (a.a.O.) weiter ausführt, die Schiedsstelle sei berechtigt, einzelne der u.U. sehr zahlreichen Streitpunkte eher summarisch abzuhandeln, sofern sie ihre Abwägung frei von Einseitigkeit in einem den gesetzlichen Vorgaben entsprechenden fairen und willkürfreien Verfahren, inhaltlich orientiert an den materiellrechtlichen Vorgaben des Entgeltvereinbarungsrechts, vorgenommen habe, kollidiert dies ersichtlich mit § 35 Abs. 1 SGB X. Ein "summarisches Abhandeln" ist offenkundig etwas anderes als die Angabe der "wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe" und auch weniger, als jeden der den Schiedsspruch tragenden Gründe wenigstens andeutungsweise zu formulieren. Auch die Schiedsämter/Schiedsstellen sind an § 35 Abs. 1 SGB X gebunden. Ausnahmen hiervon sieht der Gesetzgeber vor, allerdings nur in § 35 Abs. 2 SGB X. Entscheidungen der Schiedsämter sind dem nicht zuzuordnen. Eine summarische Begründung reicht mithin nicht aus. Die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe, die das Schiedsamt zu seiner Entscheidung bewogen haben, sind sonach zumindest andeutungsweise im Spruch zu referieren.

c) Sofern fakultative Vereinbarungen Gegenstand eines Schiedsspruchs sind, ist die gerichtliche Kontrolle weiter eingeschränkt. Das beruht darauf, dass die an die Überprüfung einer obligatorischen Entscheidung anzulegenden Maßstäbe nicht dieselben sein können wie diejenigen, die bei der Überprüfung einer lediglich fakultativ zu treffenden Entscheidung zum Tragen kommen (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 14/15 R - zu § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V). Ein solcher Fall liegt indessen nicht vor. Die zuständige Rechtsgrundlage (§ 85 Abs. 3 SGB V) räumt kein Handlungsermessen ein. 64

6. Dieser inhaltlichen Überprüfung hält der angefochtene Schiedsspruch nicht in vollem Umfang stand. 65

a) Rechtsgrundlage für die Vereinbarung der Veränderungen der Gesamtvergütungen sind § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V i.d.F. von Art. 1 Nr. 20 Buchst. d) des Gesetzes zur Verbesserung der Versorgungsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Versorgungsstrukturgesetz - GKV-VStG) vom 22.12.2011 (BGBl I 2983) m.W.v. 01.01.2013 (zum Inkrafttreten Art. 15 Abs. 6 GKV-VStG): 66

"In der vertragszahnärztlichen Versorgung vereinbaren die Vertragsparteien des Gesamtvertrages die Veränderungen der Gesamtvergütungen unter Berücksichtigung der Zahl und Struktur der Versicherten, der Morbiditätsentwicklung, der Kosten- und Versorgungsstruktur, der für die vertragszahnärztliche Tätigkeit aufzuwendenden Arbeitszeit sowie der Art und des Umfangs der zahnärztlichen Leistungen, soweit sie auf einer Veränderung des gesetzlichen oder satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen. Bei der Vereinbarung der Veränderungen der Gesamtvergütungen ist der Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71) in Bezug auf das Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertragszahnärztlichen Leistungen ohne Zahnersatz neben den Kriterien nach Satz 1 zu berücksichtigen." 67

Als Gesamtvergütung bezeichnet § 85 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 1 SGB V das Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertrags(zahn)ärztlichen Leistungen. Sie kann als Festbetrag oder auf der Grundlage des Bewertungsmaßstabes nach Einzelleistungen, nach einer Kopfpauschale, nach einer Fallpauschale oder nach einem System berechnet werden, das sich aus der Verbindung dieser oder weiterer Berechnungsarten ergibt (§ 85 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 SGB V; ausführlich hierzu Hencke/Degener-Hencke, in: Peters, Handbuch der Krankenversicherung, Teil II Sozialgesetzbuch V, 19. Auflage, 79. Lfg., Stand 01.10.2013, § 68

85 Rdn. 30 ff.) Veränderungen der Gesamtvergütung(en), gemessen an der zuletzt vereinbarten Vergütung, unterliegen dem Regime des § 85 Abs. 3 SGB V.

b) Der Normbefehl des § 85 Abs. 1 Satz 1 SGB V ist zunächst eindeutig. Die Adressaten werden mit "Vertragsparteien des Gesamtvertrags" benannt. Das sind die KVen und KZVen sowie die für ihren Bezirk zuständigen Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen (§ 83 Satz 1 SGB V). Ihnen wird als Handlungsform ("vereinbaren") ein öffentlich-rechtlicher Vertrag (§§ 53 ff. SGB X) vorgegeben. Sodann bestimmt § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V den Vertragsinhalt mit "Veränderungen der Gesamtvergütungen". Angesichts divergierender Interessen der Vertragsparteien und geprägt vom Konsensprinzip (hierzu BR-Drs. 456/11, S. 83 = BT-Drs. 17/6906, S. 58: "Ausgleich der Interessen") gibt der Gesetzgeber die für Vertragsverhandlungen maßgebenden Parameter in § 85 Abs. 1 Satz 1 SGB V im Gegensatz z.B. zu § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V verbindlich vor. Das sind die Zahl und Struktur der Versicherten, die Morbiditätsentwicklung, die Kosten- und Versorgungsstruktur, die für die vertragszahnärztliche Tätigkeit aufzuwendende Arbeitszeit sowie Art und Umfang der zahnärztlichen Leistungen, soweit sie auf einer Veränderung des gesetzlichen oder satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen. Diese Eingrenzungen müssen die Vertragsparteien berücksichtigen ("unter Berücksichtigung"). Ein weiteres Kriterium führt § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V mit dem in § 71 Abs. 1 Satz 1 SGB V legal definierten Grundsatz der Beitragssatzstabilität ein. Die Vertragsparteien haben diesen gleichermaßen "zu berücksichtigen". Ausnahmen sind nicht vorgesehen (ausführlich zu dem im SGB V allumfassend geltenden Grundsatz der Beitragssatzstabilität BSG, Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -). Ein Beurteilungsspielraum ist insoweit nicht eingeräumt.

69

Die in § 85 Abs. 3 Abs. 1 SGB V gelisteten Kriterien wirken unterschiedlich punktwert- oder mengenbezogen. Zur mengenbezogenen Kategorie rechnen die Zahl und Struktur der Versicherten, die Morbiditätsentwicklung, die für die vertragszahnärztliche Tätigkeit aufzuwendende Arbeitszeit sowie Art und Umfang der vertragszahnärztlichen Leistungen, soweit sie auf einer Veränderung des gesetzlichen oder satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen.

70

Die Handlungsform "öffentlicher-rechtlicher Vertrag" wird durch den mit Doppelnatur (s. oben) versehenen Schiedsspruch des LSA ersetzt (§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB V). Im Übrigen verbleibt es auch hinsichtlich des substituierenden Schiedsspruchs bei den Vorgaben des § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V.

71

c) Der Wortlaut von § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V bestimmt abschließend die für die Abwägung des LSA maßgebenden Kriterien. Die Vertragsparteien und damit auch das LSA müssen diese Kriterien in ihre Entscheidungsfindung einbinden. Insoweit haben sie weder einen Beurteilungsspielraum noch Gestaltungsfreiheit. Die normative Bindung ist definitiv. Auch wenn der Gesetzgeber in § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V nicht imperative Formeln wie "haben zu berücksichtigen" oder "sind zu berücksichtigen" benutzt hat, verdeutlicht die Wendung "unter Berücksichtigung", dass die fraglichen Kriterien in die Abwägung einfließen müssen. Sehr deutlich wird dies an der Wortwahl in § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V, wonach der Grundsatz der Beitragsstabilität zu berücksichtigen "ist". Die Abwägung aller Parameter ist mithin obligatorisch. Die Gründe für das Entscheidungsergebnis müssen zumindest "andeutungsweise" (s. oben) erkennbar sein, widrigenfalls ein Begründungsmangel vorliegt (§ 35 Abs. 1 SGB X).

72

d) Der Wortlaut des § 85 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB V lässt es mit der apodiktischen Vorgabe, die Kriterien seien zu berücksichtigen, nicht zu, diese deswegen nicht aufzugreifen, weil sie unstreitig sind. Das Gesetz verpflichtet das LSA ohne jede Einschränkung, den Vertragsinhalt

73

festzusetzen (grundlegend BSG, Urteil vom 30.10.1963 - 6 RKa 4/62 -). Das LSA tritt insgesamt an die Stelle der Vertragspartner (LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 19.11.2009 - L 5 KR 142/08 KL -). Ein übereinstimmender Parteiwille kann das LSA jedenfalls dann nicht binden, wenn das Gesetz die zu berücksichtigenden Kriterien obligatorisch macht. § 14 Satz 2 SchiedsamsVO vermag hieran nichts zu ändern. Hiernach hat der Antrag den Sachverhalt zu erläutern, ein zusammenfassendes Ergebnis der vorangegangenen Verhandlungen darzulegen sowie die Teile des Vertrages aufzuführen, über die eine Einigung nicht zustande gekommen ist. Aus dieser Wortwahl lässt sich nicht schlussfolgern, dass die Parteien eine das LSA einschränkende Dispositionsbefugnis über gesetzlich vorgegebene und hier obligatorische Parameter hätten (dies hinterfragend allerdings Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 52). Die Norm hat lediglich technische Funktion. Sie trifft keine materiellrechtlich wirkenden Aussagen.

Ob die SchiedsamsVO in der Lage ist, die Vorgaben des § 85 Abs. 3 SGB V zu suspendieren, ist ohnehin fraglich. Als Verordnung ist sie dem Gesetz normenhierarchisch unterstellt. Anderes würde dann gelten, wenn sie wie die Zulassungsverordnung für Vertragsärzte (Ärzte-ZV) den Rang eines formellen Gesetzes erreicht hätte (so für die Ärzte-ZV BSG, Urteil vom 16.07.2003 - B 6 KA 49/02 R -; kritisch zur Begrifflichkeit "formelles Gesetz" Bryde, in: von Münch/Kunig, GG, 6. Auflage, 2012, Art. 76 Rdn. 2; nach Wallrabenstein, in: von Münch/Kunig, a.a.O., Art. 80 Rdn. 9 sind Verordnungen mit Gesetzeskraft mit der Rechtsordnung des GG unvereinbar; hierzu auch Frehse, in: Heidelberger Kommentar (HK-AKM), 2016, Stichwort: Zweigpraxis Rdn. 3). Dem braucht hier nicht weiter nachgegangen zu werden, weil die SchiedsamsVO - wie dargelegt - keine materiellrechtliche Bedeutung hat. 74

Sind demnach alle obligatorischen Kriterien in die Abwägung einzustellen und zu gewichten, hat dies i.S.d. Andeutungsrechtsprechung (s. oben) nachvollziehbar zu geschehen, anderenfalls ein Begründungsmangel vorliegt (§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X). 75

e) Der Schiedsspruch leidet an nicht geheilten Begründungsmängeln. Der Beklagte hat ferner den entscheidungserheblichen Sachverhalt nicht vollständig erfasst und eine angesichts der konkreten Situation gebotene Sachaufklärung unterlassen. Schließlich hat er in die Abwägung einzustellende Begriffe nicht zutreffend interpretiert und daher unzureichend ausgefüllt. 76

aa) Zur Zahl der Versicherten verhält sich der angefochtene Beschluss allenfalls verklausuliert. Angesichts der i.S.d. Andeutungsrechtsprechung minimierten Anforderungen an die Begründungsdichte des angefochtenen Spruchs genügt dies noch den Vorgaben des § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X. 77

Ausgangspunkt jeder Sachverhaltszuordnung ist, dass zuvor ein rechtlicher Obersatz oder ein auszufüllender Rechtsbegriff identifiziert ist. Mit Blick auf das wenig komplexe Kriterium "Zahl der Versicherten" bedarf es keiner dies erläuternden Definition. Zumindest aber ist die Gesetzesbegründung wie folgt zur Kenntnis zu nehmen (Gesetzentwurf der Bundesregierung BR-Drs. 456/11, S. 85 = BT-Drs. 6906, S. 59): "Mit dem in Satz 1 aufgenommenen neuen Kriterium der Zahl der Versicherten wird den Vertragspartnern zukünftig auch eine Berücksichtigung der Zahl der Familienversicherten ermöglicht." 78

Systematisch erfasst hat der Beklagte dieses Kriterium nicht. Der vdek hat allerdings im Schiedsverfahren vorgetragen, die Veränderung der Zahl der Versicherten werde jedes Jahr automatisch bei der Festsetzung der kassenindividuellen Vergütungsobergrenze berücksichtigt (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 16). Der Beklagte verweist darauf, diesen 79

Aspekt in Ziffer 11 des Schiedsspruchs aufgenommen und damit letztlich auch das Kriterium "Zahl der Versicherten" berücksichtigt zu haben. Das trifft zu und mag als noch hinreichende Begründung i.S.d. § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X verstanden werden.

bb) Zum Kriterium "Struktur der Versicherten" verhält sich der angefochtene Beschluss nicht. 80  
Das Gesetz äußert sich nicht dazu, was es hierunter versteht. Der rechtliche Obersatz ist mithin zu präzisieren. Die Gesetzesbegründung äußert sich wie folgt (BR-Drs. 456/11, S. 85 = BT-Drs. 6906, S. 59 f.):

"Zudem werden unter dem neuen Kriterium der Struktur der Versicherten auch die sich durch 81  
Zu- und/oder Abwanderungen ergebenden Veränderungen der Versichertenstruktur erfasst. Damit kann ein unterschiedlicher Behandlungs- und Leistungsbedarf verschiedener Altersgruppen - in der vertragszahnärztlichen Versorgung haben Versicherte höheren Alters z.B. einen geringeren Bedarf an konservierend-chirurgischen Leistungen als Jüngere - in den Vereinbarungen über die Gesamtvergütung berücksichtigt werden."

(1) Im Schiedsverfahren hat der vdek darauf hingewiesen, dass sich die Versichertenstruktur 82  
nicht beachtenswert verändert habe, so dass kein Anstieg der Behandlungsbedürftigkeit zu erkennen sei (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 18). Gegenläufig argumentiert die Beigeladene damit, dass eine rückläufige Leistungsentwicklung im Bereich der Ersatzkassen Raum für weitere Punktwert erhöhungen gebe (Schriftsatz vom 29.03.2016, S. 6). Losgelöst davon, inwieweit diese Argumentation schlüssig ist, kann eine rückläufige Leistungsentwicklung vielfältige Gründe haben. Neben anderen Momenten kann die im engen Zusammenhang mit Versichertenstruktur und Morbiditätsentwicklung stehende Behandlungsbedürftigkeit ursächlich sein. So hat die Beigeladene im Schiedsverfahren vorgetragen, infolge des vom Gesetzgeber geöffneten Wettbewerbs der Krankenkassen (dazu ausführlich Hajen/Paetow/Schumacher, Gesundheitsökonomie, 7. Auflage, 2013, S. 117 ff.) hätten sich erhebliche Durchmischungen ergeben; im Verhältnis der Krankenkassen untereinander habe dies den Effekt von "kommunizierenden Röhren" (Schriftsatz vom 29.03.2016, S. 8). Die Beigeladene erfasst mit dieser Argumentation genau die Erwägungen des Gesetzgebers, die diesen ausweislich der Gesetzesbegründung (s. oben) dazu veranlasst haben, das Kriterium "Struktur der Versicherten" als berücksichtigungspflichtig anzuordnen.

(2) Entgegen der vom Beklagten geäußerten Auffassung (Schriftsatz vom 12.08.2016) hat 83  
der vdek die Versichertenstruktur nicht als unstreitig gestellt. Eine solche Sichtweise nimmt das Vorbringen des vdek im Schiedsverfahren nur selektiv zur Kenntnis. Im Schriftsatz vom 14.06.2016 (S. 18) trägt der vdek vor, die Beigeladene habe einen Anstieg der Behandlungsbedürftigkeit und damit Änderungen der Versichertenstruktur weder in den Verhandlungen noch schriftsätzlich thematisiert. Das trifft nicht zu, denn Änderungen in der Versichertenstruktur hat die Beigeladene sehr wohl behauptet (s. oben). Die weiteren Ausführungen des vdek im fraglichen Absatz sollen den Obersatz ("kein Anstieg der Behandlungsbedürftigkeit") stützen, betreffen allerdings eher den Begriff "Morbiditätsentwicklung" und enden mit der Wortfolge "Somit entfällt eine weitere Berücksichtigung". Das ist kein Unstreitstellen, fasst nur die jeweils zu hinterfragende Argumentationskette als Fazit zusammen.

(3) Soweit der vdek im Schiedsverfahren ausgeführt hat, die Gesamtvergütungen seien bei 84  
anzunehmendem vergleichbaren Versorgungsbedarf in Zukunft auskömmlich, so dass die vier mengenbezogenen Kriterien (u.a. Zahl und Struktur der Versicherten) in den Hintergrund träten (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 17 f.), interpretiert der Beklagte dies dahin, dass "die Klägerinnen" (Anm. des Senats: gemeint ist der das Schiedsverfahren betreibende vdek) diesen Kriterien "keine Bedeutung" beigemessen hätten (Schriftsatz vom 12.08.2016, S. 1

unten). Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Die Wendung "in den Hintergrund treten" weicht inhaltlich erkennbar von "keine Bedeutung" ab. Der vdek hat die fraglichen Kriterien im Schiedsverfahren mit den anderen durch § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V gelisteten Kriterien abgewogen und ist zur Auffassung gelangt, dass sie als Ergebnis des Abwägungsprozesses "in den Hintergrund" treten, also von nachrangiger Bedeutung sind. Die vier mengenbezogenen Kriterien waren damit aus Sicht des vdek keineswegs bedeutungslos. Das korrespondiert mit dem Vorbringen der Beigeladenen, die nachdrücklich anmerkt, dass die Krankenkassen seit Jahrzehnten in scharfem Wettbewerb stünden, was zu gravierenden Auswirkungen auf ihre Mitgliederzahlen und der Versichertenstruktur geführt habe (Schriftsatz vom 29.03.2016, S. 8).

(4) Ziffer 11 des Schiedsspruchs vermag an dem skizzierten Defizit nichts zu ändern. Mag dem noch entnommen werden können, dass der Beklagte sich hier mit dem Kriterium der Versichertenanzahl auseinandersetzt, wird die Struktur der Versicherten jedenfalls nicht abgebildet. Im Vordergrund der dortigen Erwägungen steht vielmehr die Mengenentwicklung, die vielfältige Bezugspunkte und Ursachen haben kann. Sie mag auf Veränderungen in der Versichertenstruktur beruhen und kann gleichermaßen über das Scharnier der Behandlungsbedürftigkeit die Morbiditätsentwicklung betreffen (dazu unten). Es bleibt unklar, welchem Kriterium der Beklagte die zu beobachtende Mengenentwicklung zuordnet. Demzufolge bleibt offen, ob er das Kriterium "Struktur der Versicherten" überhaupt geprüft hat. Der vom Beklagten auf die - wie auch immer verstandene - Mengenentwicklung gerichtete Blick wird dem ausweislich der Gesetzesbegründung (s. oben) deutlich umfassenderen Kriterium "Struktur der Versicherten" nicht gerecht. 85

(5) Das Defizit wird von Beurteilungsspielraum und Gestaltungsfreiheit des Beklagten nicht getragen. Ein Abwägungsausfall ist nicht heilbar. Wird hierin nur ein Begründungsmangel erkannt, ändert sich im Ergebnis nichts. Der dann grundsätzlich heilbare Mangel ist nicht geheilt. Die Voraussetzungen des § 41 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 41 Abs. 2 SGB X sind nicht gegeben. Danach kann die fehlende/unzureichende Begründung (§ 35 Abs. 1 SGB X) bis zur letzten Tatsacheninstanz eines sozial- oder verwaltungsgerichtlichen Verfahrens nachgeholt werden. Der Beklagte hat die "erforderliche Begründung" nicht "nachträglich" gegeben (§ 41 Abs. 1 Nr. 2 SGB X). Seine Stellungnahmen im Gerichtsverfahren verhalten sich statt dessen dazu, warum er im Schiedsspruch das obligatorische Kriterium "Struktur der Versicherten" nicht aufgenommen und nicht gewichtet hat. Das ist nicht unbeachtlich, denn die Entscheidung in der Sache kann beeinflusst worden sein (§ 42 Satz 1 SGB X). Im Übrigen wird angesichts des dem Beklagten eingeräumten Beurteilungsspielraums und seiner Gestaltungsfreiheit ein Nachschieben von Gründe in der Regel ohnehin ausscheiden (hier Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 76). 86

(6) Die Anregung des Beklagten, der Senat möge ihn auf ggf. vorhandene Begründungsmängel hinweisen, damit er diese durch entsprechenden Vortrag heilen könne (z.B. Schriftsatz vom 17.07.2017, S. 5 (Ziff. 12)) vermag hieran nichts zu ändern. Der Senat ist nicht gehalten, einen Verfahrensbeteiligten im Vorfeld der mündlichen Verhandlung auf formelle Mängel eines angefochtenen Bescheides hinweisen, um ihm die Möglichkeit zu geben, den Mangel bis zur letzten Tatsacheninstanz (§ 41 Abs. 2 SGB X) zu heilen. Der Katalog des §§ 106, 106a SGG benennt die Aufklärungspflichten des Vorsitzenden. Zwar hat der Vorsitzende hiernach u.a. darauf hinzuwirken, dass Formfehler beseitigt werden (§ 106 Abs. 1 SGG), indessen sind damit das Gerichtsverfahren betreffende Fehler (wie fehlende Sachurteilsvoraussetzungen) gemeint (hierzu Schmidt, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, 12. Auflage, 2017, § 106 Rdn. 5; Kothe, in: Redeker/von Oertzen, VwGO, 16. Auflage, 2014, § 86 Rdn. 43). Zwar mag es im Einzelfall sachdienlich 87



sein, auf Mängel des angefochtenen Bescheides vor der abschließenden mündlichen Verhandlung hinzuweisen, diesen Hinweis allerdings mit dem Rat oder auch nur der Anregung zu versehen, den Mangel zu heilen (§ 41 SGB X), kann als unzulässige richterliche Beratung gewertet werden und führt in den Bereich der "Besorgnis der Befangenheit" (s. Kothe, a.a.O., § 86 Rdn. 44).

Das obligatorische Kriterium "Struktur der Versicherten" ist nach alldem auch dann aufzugreifen und zu gewichten, wenn signifikante Veränderungen nicht feststellbar sind. Dann ist dieser Umstand die abzuwägende Erkenntnis. Mit Blick auf das eigentliche Abwägungsziel, nämlich die Veränderung der Gesamtvergütung zu vereinbaren, tritt es allerdings "in den Hintergrund" (so die zutreffende Wortwahl des vdek im Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 17). Es ist nicht obsolet, es ist nachrangig. Angesichts des eindeutigen Wortlautes von § 85 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB V und der stützenden Gesetzesbegründung (BR-Drs. 456/11, S. 84 ff.) gibt es auch keinerlei Hinweise darauf, dass der Gesetzgeber den Vertragsparteien und damit letztlich auch dem LSA eine Dispositionsbefugnis dergestalt eingeräumt hat, dass sie einvernehmlich bestimmen, eines oder mehrere der gelisteten Kriterien seien nicht berücksichtigungsbedürftig und damit rechtlich irrelevant. Die Kriterien sind obligatorisch und nicht fakultativ.

88

cc) Der Beklagte hat ferner die Morbiditätsentwicklung nicht berücksichtigt.

89

(1) Nach seiner Auffassung war dieses Kriterium im Schiedsverfahren nicht streitig. Das trifft nicht zu. Die Morbiditätsentwicklung war streitig. Diese Erkenntnis setzt allerdings systematisch mehrere Denkschritte voraus. Denklogische Voraussetzung einer jeden Subsumtion ist, wie bereits ausgeführt, dass der Rechtsbegriff, dem ein bestimmter Sachverhalt zugeordnet werden soll, zuvor inhaltlich eingegrenzt wird. Daher muss der Begriff "Morbiditätsentwicklung" zumindest näherungsweise i.S.e. Definition oder Inhaltsbestimmung präzisiert werden. Sodann ist zu prüfen, ob und was die Beteiligten im Schiedsverfahren hierzu vorgetragen haben. Hierauf ist zu klären, ob der Vortrag unstreitig ist. Abschließend ist rechtlich zu entscheiden, ob unstreitiger Vortrag den Beklagten davon freistellt, sich mit den obligatorischen Parametern des § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V auseinanderzusetzen.

90

(2) Der Beklagte hat den Begriff "Morbiditätsentwicklung" nicht näher umrissen und augenscheinlich als bekannt vorausgesetzt. Das erweist sich als fehlerträchtig. Das SGB V verwendet den Begriff "Morbiditätsentwicklung" mehrfach (so in § 64 Abs. 2 Satz 1, § 73b Abs. 7 Satz 2, § 87a Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, Abs. 4 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 Nr. 2, Abs. 5 Satz 2, § 102 Abs. 2 Nr. 3; zu § 87a SGB V s. BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 14/16 R - und Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -) ohne ihn zu definieren. Morbidität meint die Häufigkeit der Erkrankung einer bestimmten Anzahl beobachteter Personen in einem bestimmten Zeitraum (<http://www.gbe-bund.de/gbe10/abrechnung.prc> abr test logon?puuid=gast&p aid= 0&p knoten=FID&p sprache=D&p suchstring=2251; hierzu auch [https://www.aerzteblatt.de/archiv/117917/Mortalitaet-Letalitaet-Morbiditaet-\(Inzidenz-Praevalenz\)\)](https://www.aerzteblatt.de/archiv/117917/Mortalitaet-Letalitaet-Morbiditaet-(Inzidenz-Praevalenz)))). Anders gewendet: Die Morbidität spiegelt die Behandlungsbedürftigkeit wider (hierzu BSG, Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -). Die so erfasste Morbidität hat einen tendenziell statischen Bezug. Angereichert um den Wortteil "Entwicklung" gewinnt das Zeitmoment entscheidende Bedeutung. Die Morbidität i.S.v. Behandlungsbedürftigkeit wird darauf hin untersucht, ob sie sich in einem bestimmten Zeitraum verändert (zur Morbiditätsentwicklung eingehend Schlussbericht der Enquête-Kommission "Demographischer Wandel - Herausforderungen unserer älter werdenden Gesellschaft an den Einzelnen und die Politik" in BT-Drs. 14/8800, S. 184 ff., 233 ff.). Ändert sich die

91

Behandlungsbedürftigkeit des beobachteten Personenkreises und besteht dieser aus Versicherten der GKV, ändert sich auch die Versichertenstruktur. Die Gesetzesbegründung bestätigt dies, sie führt aus (BR-Drs. 456/11, S. 85 = BT-Drs. 6906, S. 60):

"Ebenfalls neu in Satz 1 aufgenommen ist das Kriterium der Morbiditätsentwicklung. Da die orale Morbiditätsentwicklung ein maßgeblicher Parameter für den zahnärztlichen Behandlungsbedarf darstellt, ist diese ebenfalls bei den Vergütungsvereinbarungen zu berücksichtigen. Hierbei können ein morbiditätsbedingter Rückgang (z.B. weitere Abnahme von Zahnextraktionen und Füllungen infolge einer sich weiter verbessernden Mundgesundheit) oder ein Anstieg bestimmter Leistungen sowie Verschiebungen zwischen den verschiedenen Leistungsbereichen der vertragszahnärztlichen Versorgung (ohne Zahnersatz) ihren Niederschlag finden." 92

Demzufolge beeinflusst die Morbiditätsentwicklung die jeweilige Morbiditätsstruktur (hierzu auch BSG, Urteil vom 30.11.2016 - B 6 KA 38/15 R -; Urteil vom 15.06.2016 - B 6 KA 27/15 R -; LSG Sachsen, Urteil vom 09.12.2015 - L 8 KA 16/13 KL -) und damit die Versichertenstruktur. Abgesehen von der einem Imperativ ähnlichen Wendung "ist diese ebenfalls bei den Vergütungsvereinbarungen zu berücksichtigen", erweist sich dieses Kriterium als durchaus vielschichtig. Von daher ist es begründungsbedürftig (§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X), wenn es trotz gegenläufigen Normbefehls und trotz gegenläufiger Gesetzesbegründung als unstreitig verstanden wird. Andeutungsweise nachvollziehbar wird die gebotene Abwägung nur dann, wenn der Beklagte darlegt, welche Bestandteile des Begriffs "Struktur der Versicherten" er diesem Begriff und welche Teile er dem Kriterium "Morbiditätsentwicklung" zuordnet. Der vdek hat im Schiedsverfahren insoweit zutreffend darauf hingewiesen, dass die Versichertenstruktur auch Bestandteil der Morbiditätsentwicklung ist (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 18). 93

(3) So ist der Beklagte indessen nicht vorgegangen. Er formuliert keinen abstrakten Obersatz. Infolgedessen ordnet er das Vorbringen der Beteiligten nicht zutreffend zu und meint deswegen irrtümlich, (u.a.) die Morbiditätsentwicklung sei unstreitig. 94

(a) Die Positionen von vdek und Beigeladener im Schiedsverfahren waren nach Aktenlage keineswegs unstreitig. Die Beigeladene hat nachdrücklich auf Durchmischungen der Versichertenstruktur hingewiesen: Verliere eine Krankenkasse "günstige" Versicherte, produziere sie Überschreitungen der Vergütungsobergrenzen, während Krankenkassen, die solche Versicherten hinzugewinnen, die Vergütungsobergrenzen nicht mehr ausschöpfen (Schriftsatz vom 29.03.2016, S. 8). Diese Argumentation betrifft die kostenverursachende Häufigkeit von Erkrankungen der Versicherten der jeweiligen Krankenkassen, betrifft mithin die Kriterien "Struktur der Versicherten" und Morbidität. Da die Beigeladene ein Zeitelement in ihre Argumentation einfließen lässt ("hinzu gewinnen"), ist Bezugspunkt dieses Vortrags letztlich die Morbiditätsentwicklung, die der vdek in dieser Form und den beschriebenen Auswirkungen negiert (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 18). Die vom vdek (a.a.O.) missverständlich benutzte Wendung "Somit entfällt eine weitere Berücksichtigung" meint daher auch nicht, dass die Parameter "Struktur der Versicherten" und "Morbiditätsentwicklung" nicht in die Abwägung einzustellen sind. Stattdessen ging es dem vdek darum darzulegen, warum beide Kriterien es nicht rechtfertigen, die Vergütung anzuheben (dazu schon oben). Demzufolge war dieses Kriterium nicht unstreitig. 95

(b) Ist das fragliche Kriterium allerdings unstreitig, muss die Begründung dies zum Ausdruck bringen. Nach § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Für den Schiedsspruch wesentlich ist die Berücksichtigung und Gewichtung der in § 85 Abs. 3 Satz 1 96

und Satz 2 SGB V genannten Parameter. Der Schiedsspruch muss zumindest andeutungsweise erkennen lassen, dass das LSA jedes Kriterium wertet, gewichtet und abwägt. Verzichtet es darauf, ist das gesetzwidrig und könnte allenfalls dadurch zu rechtfertigen sein, dass das fragliche Kriterium unstreitig ist. Dann ist dieser Umstand als "wesentlicher tatsächlicher Grund", der die Behörde insoweit zu ihrer Entscheidung bewogen hat, in der Begründung mitzuteilen. Ungeachtet dessen, dass die Parteien ohnehin nicht über normativ vorgegebene Parameter disponieren können, enthält der Schiedsspruch keinen Hinweis auf ein "Unstreitigstellen".

dd) Schließlich sieht der Beklagte "Art und Umfang der zahnärztlichen Leistungen, soweit sie auf einer Veränderung des gesetzlichen oder satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen" nicht als berücksichtigungspflichtig an, weil auch dieses Kriterium im Schiedsverfahren nicht streitig gewesen sei. Ausweislich des schriftsätzlichen Vorbringens des vdek im Schiedsverfahren trifft dies nicht zu. Das Kriterium tritt nach Auffassung des vdek vielmehr (nur) in den Hintergrund (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 17), was schon begrifflich mit "unstreitig" nicht gleichgesetzt werden kann (dazu schon oben). 97

ee) Das Kriterium "der für die vertragszahnärztliche Versorgung aufzuwendenden Arbeitszeit" hat der Beklagte berücksichtigt, jedoch nicht hinlänglich begründet. 98

(1) Zutreffend verweist er darauf, dass die Nichtberücksichtigung dieses Kriteriums sorgfältig hätte geprüft werden müssen (Schriftsatz vom 12.08.2016, S. 2). Das gilt allerdings auch für die übrigen Kriterien des in § 85 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB V gelisteten Katalogs. Der vdek hat das Kriterium "Arbeitszeit" im Zusammenhang mit jenen Kriterien geführt, die im Beurteilungsprozess in den Hintergrund treten (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 17). Da der Beklagte dieses Vorbringen als "Unstreitigstellen" interpretiert, was es nicht ist (s. dazu oben), hätte er auch konsequenterweise hinsichtlich der Arbeitszeit von einem "Unstreitig" ausgehen können. Dies ist letztlich nicht geschehen, weil die Beigeladene vorgetragen hat, die Arbeitszeit habe zugenommen. Allerdings hat die Beigeladene sich im Schiedsverfahren auch zu anderen, nach Auffassung des vdek in den Hintergrund tretenden Kriterien geäußert und der Beklagte dennoch angenommen, diese seien unstreitig (s. oben). 99

(2) Mit Blick auf das Kriterium "Arbeitszeit" hat der Beklagte vorgetragen, differenziert vorgegangen zu sein und ausweislich der im Gerichtsverfahren am 23.05.2017 vorgelegten Excel-Tabelle insbesondere den Anstieg der für "Sonstiges" aufgebrauchten Arbeitszeit mit einem Abschlag von 50% versehen zu haben (Schriftsatz vom 12.08.2016, S. 2 (Ziffer 9.)). Der Schiedsspruch äußert sich dazu lediglich in allgemeiner Form. Ihm ist nur zu entnehmen, dass der Beklagte die Veränderungen der Arbeitszeit bewertet und hinsichtlich der aufgezeigten Veränderungen der Gesamtarbeitszeit mit einem Abschlag versehen hat, dessen Höhe offenbleibt. Erst aus der vom Beklagten vorgelegten Excel-Tabelle lässt sich nachvollziehen, wie der Beklagte diese Position berechnet hat. Er nimmt für die Jahre 2012/2013 eine Reduktion der Behandlungszeit um 0,2 Stunden und eine Erhöhung des Zeitaufwandes für die Praxisverwaltung von 0,2 Stunden sowie der sonstigen Arbeitszeit von ebenfalls 0,2 Stunden an. Rechnerisch bleibt also ein Mehraufwand von 0,2 Stunden, von dem er nur 0,1 Stunden wegen eines Abschlages bei der Position "Sonstiges" berücksichtigt. Diese 0,1 Stunden entsprechen 0,21 % der Gesamtarbeitszeit von 47,4 Stunden. Ist dieses Rechenwerk zwar rechnerisch nachvollziehbar, findet sich hierzu im Schiedsspruch nichts wieder, dem mithin nicht "andeutungsweise" zu entnehmen ist, wie der Beklagte zu seinem Ergebnis gelangt ist (§ 35 Abs. 1 SGB X). 100

(3) Die nachgereichte Excel-Tabelle ist nicht Bestandteil des Schiedsspruchs geworden. Sie war dem Schiedsspruch weder als Anlage beigelegt, noch nimmt dieser darauf inhaltlich 101

Bezug. Sie war auch nicht im als Loseblattsammlung vorgelegten Verwaltungsvorgang enthalten. Der Beklagte hat sie dem Senat als Excel-Datei erst auf Anforderung der Berichterstatterin am 23.05.2017 vorgelegt. Die Tabelle haben die unparteiischen Mitglieder des LSA erarbeitet und in die Schiedsamtverhandlung eingeführt (so der Beklagte im Schriftsatz vom 17.04.2017, S. 4). Der Tabelleninhalt mag in der Verhandlung diskutiert worden sein, er ist indessen nicht Teil des Beschlusses geworden. Soweit die Mitarbeiterin des vdek, Frau H, die Tabelle im Nachgang zur Sitzung des LSA erhalten hat, geschah dies in ihrer Funktion als Mitglied des LSA (§ 4 Abs. 2 SchiedsamtVO). Dadurch werden die darin enthaltenen Berechnungen weder Teil des Beschlusses noch muss sich der vdek die Kenntnis von Frau H zurechnen lassen. Würde dies anders gewertet, könnte insoweit jede Bescheiderteilung paritätisch besetzter Gremien unterbleiben, da die Verfahrensbeteiligten sich immer die Kenntnis der von ihnen in das Beschlussgremium entsandten Mitglieder zurechnen lassen müssten.

(4) Im Übrigen können die in der Tabelle enthaltenen Berechnungen schwerlich Grundlage der Beschlussfassung sein. Unklar ist, worauf die eingestellten Daten gründen. Die Tabelle verhält sich hierzu nicht. Der Beklagte benennt die Datenquelle nicht. Die Klägerinnen tragen vor, die Daten seien dem KZBV-Jahrbuch entnommen worden (Schriftsatz vom 31.05.2017, S. 3). Der Beklagte hätte deren Tragfähigkeit (s. oben) prüfen müssen. Nach Aktenlage wurden Daten in die Excel-Tabelle eingestellt, deren rechtliche Relevanz mit Blick auf den Katalog der in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V gelisteten Abwägungskriterien höchst fragwürdig ist. Ohnehin wird aus dem angefochtenen Spruch nicht deutlich, ob der Beklagte die zahnärztliche oder die vertragszahnärztliche Arbeitszeit zugrunde gelegt hat. Ziffer 9. des Beschlusses bezieht sich undifferenziert auf die "Veränderung der Arbeitszeit der Zahnärzte". Auch die fragliche, nicht Teil des Spruchs gewordene Excel-Tabelle listet als Rechnungsposten nur die "Arbeitszeit" auf. Dieser Ansatz ist rechtsfehlerhaft. Es geht um die Vergütung für vertragszahnärztliche und nicht um jene für privat Zahnärztliche Leistungen. Folgerichtig erklärt § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V die vertragszahnärztliche Tätigkeit zum Maßstab. Veränderungen bei Art und Umfang der Arbeitszeit sind nur insoweit rechtserheblich, als diese auf gesetzlicher oder satzungsmäßiger Leistungsverpflichtung beruhen (zutreffend Hencke/Degener-Hencke, in: Peters, SGB V, § 85 Rdn. 45). Hierzu verhält sich der angefochtene Schiedsspruch nicht. Damit verkennt er die rechtlichen Vorgaben; jedenfalls aber liegt ein nicht geheilter Begründungsmangel vor.

ff) Zur Kosten- und Versorgungsstruktur hat sich der Beklagte geäußert. Allerdings hat er die Bedeutung dieser Begrifflichkeiten nicht zutreffend erfasst.

(1) Da es sich um zwei zwar sprachlich verknüpfte, inhaltlich aber zu trennende Kriterien handelt, sind diese jeweils eigenständig zu berücksichtigen. Das Gesetz äußert sich zur Wortbedeutung nicht. Auch die Gesetzesbegründung enthält keine Definition, verdichtet beide Begrifflichkeiten jedoch wie folgt (BR-Drs. 456/11, S. 85 = BT-Drs. 6906, S. 60):

"Anstelle des bisherigen Kriteriums der Praxiskosten wird das auch im ärztlichen Bereich maßgebliche Kriterium der Kosten- und Versorgungsstruktur gesetzt. Damit kann regionalen Unterschieden und auch Veränderungen sowohl in der Kostenstruktur (wie z.B. das Lohn- und Gehaltsniveau der Praxisangestellten, Mietniveau) als auch in der Versorgungsstruktur - wie z.B. Veränderungen der Praxisstrukturen (z.B. Zunahme von Gemeinschaftspraxen), der Angebotsstrukturen (z.B. aufgrund von Spezialisierungen), der Zahnarztdichte - Rechnung getragen werden."

Eine Parallele findet sich in § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V i.d.F. des GKV-VStG ("Die Vertragspartner nach Satz 1 können dabei einen Zuschlag auf den oder einen Abschlag von

dem Orientierungswert gemäß § 87 Absatz 2e vereinbaren, um insbesondere regionale Besonderheiten bei der Kosten- und Versorgungsstruktur zu berücksichtigen.").

Statt auf die Praxiskosten bzw. Betriebsausgaben stellt der Gesetzgeber umfassender auf die "Kosten- und Versorgungsstruktur" und damit auf Gesichtspunkte wie das lokale Gehalts- und Mietkostenniveau, die Zahnärztdichte, den Grad an Spezialisierungen oder den Anteil von Berufsausübungsgemeinschaften ab (Pitschas, SGB 2016, 75 ff., 78). Dem Gesetzgeber geht es darum, über die Gesamtvergütungsvereinbarungen regionalen Veränderungen des mit der Morbiditätsstruktur der Versicherten verbundenen Behandlungsaufwandes zu entsprechen (vgl. auch § 87a Abs. 4 Satz 3 SGB V). Den Herausforderungen der regionalen Versorgung soll durch Vergütungszuschläge Rechnung getragen werden. Deren erfolgversprechender Einsatz für die Regionalisierung vertragszahnärztlicher Behandlung kann es rechtfertigen, die Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 SGB V zu überschreiten. Die schlichte Argumentation mit erhöhten Betriebsausgaben ist nunmehr unzureichend (zutreffend Pitschas, SGB 2016, 75 ff., 78; hierzu auch das Zwei-Stufen-Schema des BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R - zu § 120 Abs. 2 Satz 2 SGB V). Dennoch werden Betriebsausgaben und Praxiskosten nicht vollends hinfällig. Sie fließen als untergeordnete Aspekte in das deutlich übergreifende Kriterium "Kostenstruktur" ein.

(2) Der Beklagte hat seinen Erwägungen keine betriebswirtschaftlich und/oder rechtlich allgemein oder überwiegend akzeptierte Definition des Begriffs "Kostenstruktur" vorangestellt. Zur weiteren Präzisierung hätte es sich angeboten, auf betriebswirtschaftliche Literatur zurückzugreifen (s. auch das vom vdek in das Schiedsverfahren eingebrachte Gutachten der B GmbH, S. 17, vom 24.11.2015). Zwar besteht betriebswirtschaftlich keine Einigkeit darüber, wie Kosten zu definieren sind (Wöhe, Einführung in die Allgemeine Betriebswirtschaftslehre, 26. Auflage, 2016, S. 846 zu 1.2.2). Dennoch lässt sich anhand der verschiedenen Kostenbegriffe (hierzu Wöhe, S. 846 f.) näherungsweise erfassen, was hierunter zu verstehen ist. Angereichert um das betriebswirtschaftliche Verständnis der "Kostenstruktur" (hierzu z.B. Klodt/Weber, in: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/55800/kostenstruktur-v8.html>) und unter Berücksichtigung der in der Gesetzesbegründung genannten Beispiele wäre dies zumindest eine grobe Grundlage, um zunächst den betreffenden Sachverhalt zutreffend und nachvollziehbar zuzuordnen. Hierauf aufbauend wäre in einem zweiten Schritt die Veränderungsquote zu fixieren, um dann in einem letzten Schritt die so konkretisierte Kostenstruktur in die Gesamtabwägung der von § 85 Abs. 3 Satz 1 und 2 SGB V vorgegebenen Parameter einzustellen. Im Ausgangspunkt kann zumindest angenommen werden, dass die Gesetzesbegründung die als Beispiel aufgeführten Kosten (Lohn- und Gehaltsniveau der Praxisangestellten, Mietniveau) als vordringlich erachtet.

(a) Der Beklagte füllt den Begriff "Kostenstruktur" unzureichend aus und stützt seine Entscheidung insoweit auf implausible Daten. Er hat das unbestimmte Kriterium "Kostenstruktur" ganz überwiegend anhand von Daten gewichtet, die die Beigeladene vorgelegt hat. Diese hat eine regionale Sonderauswertung der bundesweit durchgeführten Kostenstrukturerhebung der KZBV veranlasst. Der Beklagte meint, eine auf Befragung der Praxen basierende Vorgehensweise sei grundsätzlich geeignet, um die Daten zu Kosten- und Versorgungsstrukturen zu ermitteln, insbesondere wenn diese Daten durch weitere von der Beigeladenen vorgelegte Daten der DATEV und der gesetzlichen Unfallversicherung bestätigt würden. Ob dem zuzustimmen ist, mag dahinstehen, vorliegend jedenfalls hätte der Beklagte sich nicht auf die von der Beigeladenen übermittelten Daten stützen dürfen, denn diese sind offensichtlich nicht geeignet, um in die Abwägung eingestellt zu werden.

(b) Grundsätzlich ist der Beklagte nicht verpflichtet, eigene Sachaufklärung zu betreiben. Allerdings müssen die ihm vorgelegten Daten plausibel sein. Sind sie das nicht, etwa weil weitere Angaben oder Unterlagen fehlen, ist der Beklagte verpflichtet, die fehlenden Angaben und Unterlagen bei der jeweiligen Vertragspartei anzufordern (BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R -; s. auch § 15 SchiedsamtVO).

(aa) Der Beklagte erkennt zutreffend, dass diese Daten problematisch sind. Im 111  
Schiedsspruch räumt er ein, nachdrücklich Verständnis dafür zu haben, "dass die Ersatzkassen sehr skeptisch bezüglich der Anerkennung dieser Daten sind, da sie an ihrer Entstehung nicht mitwirken und die Auswertung nicht überprüfen konnten". Für den Beklagten gilt dann allerdings auch, dass er "sehr skeptisch" sein musste. Er war dies auch, denn er räumt "methodische Schwächen" der KZBV-Studie ein, meint diese aber dadurch kompensieren zu können, dass er auf die in der Studie ermittelten Veränderungsraten Sicherheitsabschläge anwendet (Schriftsatz vom 17.04.2017, S. 2 (zu Ziff. 5)).

Diese Vorgehensweise ändert indessen nichts am Grundproblem. Sind die erhobenen Daten 112  
schon nicht valide, kann die dadurch bewirkte Tatsachenunsicherheit durch Sicherheitsabschläge schon deswegen nicht ausgeglichen werden, weil unklar ist, in welchem Umfang die Datengrundlage virtuellen Charakter hat. M.a.W.: Es fehlt jeder Ansatz dafür, wie der Sicherheitszuschlag zu bemessen ist. Anders gewendet: Virtuelle Daten werden nicht dadurch zu realen und den Anforderungen des § 85 Abs. 3 SGB V genügenden Daten, dass sie mit einem, nach welchen Kriterien auch immer bemessenen Sicherheitsabschlag versehen werden.

(bb) Die Datenerhebung mittels des von der KZBV entwickelten Fragebogens war hochgradig 113  
implausibel. Die Beigeladene hat den Fragebogen allen 4830 nordrheinischen Vertragszahnärzten zugeleitet. Zurückgesandt wurden 430 Fragebögen. Dem Fragebogen war ein auf Juni 2016 datiertes und vom Vorsitzenden des Vorstandes der Beigeladenen unterzeichnetes Begleitschreiben beigelegt. Im Text heißt es u.a. in Fettdruck:

"Ihre Teilnahme ist von extremer Wichtigkeit. Es geht nicht nur um die Einkommenssituation 114  
der Zahnärzte, die in der öffentlichen Diskussion vielfach irreführend eingestuft wird. Vor allen Dingen sind die Daten wichtig, damit wir uns optimal auf Honorarverhandlungen oder auf mögliche Schiedsverfahren vorbereiten können. In den vergangenen Jahren hatten wir teilweise nur Rückläufe von 200 Fragebögen zu verzeichnen. Diese Zahl ist nicht ausreichend, um in einem Schiedsverfahren argumentativ bestehen zu können. Die Gegenseite wird die Repräsentativität der Zahlen anzweifeln, wenn aus einem Rücklauf von rund 200 auf rund 5.000 nordrheinischen Zahnärzte hochgerechnet werden muss."

Der Fragebogen der KZBV ist untergliedert in A. Allgemeine Praxisdaten mit zwölf 115  
Einzelfragen, in B. Einnahmen und Ausgaben der Praxis im Jahre 2014 (gemäß der Einnahme-Überschussrechnung bzw. dem steuerlichen Jahresabschluss) mit drei Einzelfragen sowie in C. Soziale Sicherung und Praxisdarlehen mit zwei Einzelfragen.

Der Fragebogen bezieht sich nicht auf die Kostenstruktur. Das folgt unmissverständlich aus 116  
der Überschrift "Erhebung der Praxiskosten 2014". Die abgefragten Daten bestätigen dies. Die unter B. gelisteten Fragen nach 1. Gesamteinnahmen 2014 aus selbständiger zahnärztlicher Tätigkeit, 2. Summe der Betriebsausgaben 2014 (inkl. Abschreibungen) und 3. steuerliches Ergebnis 2014 (= Gesamteinnahmen - Betriebsausgaben) belegen die Zielrichtung "Praxiskosten" eindeutig. Regionale Unterschiede und Veränderungen in der Kostenstruktur (s. BR-Drs. 456/11, S. 85) lassen sich hiermit nicht abbilden. Ohnehin bleibt unklar, ob der Fragebogen die gesamte zahnärztliche Tätigkeit und damit auch die

Praxiskosten en bloc erfassen will, oder auf den vertragszahnärztlichen Bereich reduziert ist. Die Formulierung der Fragen und Überschriften legt nahe, dass die gesamte Kostensituation, also undifferenziert der privat Zahnärztliche und der vertragszahnärztliche Bereich, erfasst werden soll. Das steht mit dem Anliegen des § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V nun ersichtlich in keinem Zusammenhang. Die privat Zahnärztliche Kostensituation ist evident ungeeignet, in die Abwägung eingestellt zu werden.

Da der Beklagte die ihm vom Beigeladenen übermittelten Daten aus dieser Erhebung 117 übernommen hat, wird sein Schiedsspruch den Vorgaben des § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V nicht gerecht. Die fehlerhafte Interpretation eines Rechtsbegriffs wird von Beurteilungsspielraum und Gestaltungsfreiheit nicht gedeckt und macht den Bescheid unheilbar fehlerhaft.

(cc) Die Klägerinnen monieren, dass die Berechnungen im KZBV-Jahrbuch hinsichtlich der 118 einzelnen Positionen nicht nach Leistungen differenzieren, die im vertragszahnärztlichen und im privat Zahnärztlichen Bereich abgerechnet würden. Der Anteil der privat Zahnärztlich abgerechneten Leistungen belaufe sich ausweislich der KZBV-Jahrbücher 2015 und 2016 auf mehr als 50 % der abgerechneten Leistungen. Zudem sei davon auszugehen, dass die kostenintensiven Ausgaben für z.B. innovative gerätegestützte Behandlungen eher im privat Zahnärztlichen Bereich anzusiedeln seien. Bei den Personalausgaben sei die Mengenkompone nte unbereinigt in Höhe von 7,71 % übernommen und erst von dieser die Tarifsteigerung abgezogen worden. Es sei nicht klar, ob der Begriff MatLab für das Praxislabor oder die Kosten der Zahnarztpraxis stünden; der Begriff QM-Kompone nte sei nach Erinnerung der damals Beteiligten auf Kassenseite nicht erläutert worden. Insgesamt bezögen sich alle Positionen nur auf die Berechnung von Praxiskosten, die als Kriterium für die Veränderung der Gesamtvergütung dem § 85 Absatz 3 SGB V gerade nicht mehr zu entnehmen seien. Diese Vorgehensweise werde auch nicht durch Abschläge auf die einzelnen Kostenpositionen geheilt.

Ungeachtet dessen, dass die fragliche Excel-Tabelle ohnehin nicht Teil des angefochtenen 119 Schiedsspruchs geworden ist, dürfte dem Vorbringen der Klägerinnen dann beizutreten sein, wenn die aufgestellten Behauptungen zutreffen. Der Senat braucht dem nicht nachzugehen, weist aber darauf hin, dass die Übernahme jedweder entscheidungserheblichen Daten dann rechtlich problematisch wird, wenn dies erfolgt, ohne die Zielrichtung der Erhebung zu reflektieren. Der einseitige Parteivortrag kann auch im Schiedsverfahren nicht unesehen übernommen werden. Jedenfalls dann, wenn die Beteiligten zu rechtserheblichen Tatsachen divergierende Ansichten haben, bedarf es einer plausiblen Begründung, warum die Entscheidung auf den Tatsachenvortrag einer Partei gestützt wird. Dem wird der Schiedsspruch nicht vollauf gerecht.

(dd) Der Beklagte hat den Unternehmerlohn zu den Kosten der Zahnarztpraxis gerechnet 120 (Schiedsspruch Ziff. 7.). Unklar bleibt gleichwohl, ob der Beklagte den Unternehmerlohn der Position "Kostenstruktur" zugeordnet oder als eigenständiges Kriterium gesondert bewertet hat, da es dem Schiedsspruch an einer einleitenden Definition der Kostenstruktur (s. oben) und einer hierauf bezogenen Zuordnung der sie ausfüllenden Elemente mangelt. Zudem setzt sich der Schiedsspruch unter Ziffer 4. mit der Kostenstruktur auseinander, was im systematischen Aufbau des Spruchs darauf hindeutet, dass der Beklagte die unter Ziffer 7. diskutierten Kosten als eigenständiges Kriterium wertet. Das erweist sich als rechtlich bedenklich, weil der Aspekt "Kosten der Zahnarztpraxis" hierdurch überhöht wird. Im Ergebnis bewirkt eine solche Vorgehensweise, dass den in § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V gelisteten Kriterien gesetzwidrig ein weiteres Kriterium mit gleichrangiger Bedeutung

hinzugefügt wird. Die Kosten fließen in das übergeordnete Kriterium der Kostenstruktur ein. Dem Schiedsspruch lässt sich nicht entnehmen, dass der Beklagte diese nicht seinem Beurteilungsspielraum unterliegenden Zusammenhänge beachtet hat.

(ee) Ob der Unternehmerlohn der Kostenstruktur zurechnet, wird von den Klägerinnen bestritten (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 11 ff.). Der Beklagte tritt dem unter Hinweis auf "Gabler Wirtschaftslexikon, Stichwort: Unternehmerlohn" entgegen (Schriftsatz vom 17.04.2017, S. 3 (Ziff. 8.)). 121

Zur Überzeugung des Senats ist der Unternehmerlohn der Kostenstruktur zuzurechnen. Allerdings hat der Beklagte den Begriff "Unternehmerlohn" fehlerhaft interpretiert und deswegen die Kostenstruktur unzutreffend erfasst. Definitorisch ist Unternehmerlohn ein Aufwand, der in der Kostenrechnung als Bestandteil der Personalkosten erscheint (Wöhe, a.a.O., S. 873; hierzu auch Haric, in: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/55887/unternehmerlohn-v7.html>). Hieraus folgt: Da der Unternehmerlohn den Kosten zuzuordnen ist, fließt er in die Kostenstruktur ein, ist infolgedessen mit den in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V vorgegebenen Parametern obligatorisch abzuwägen. Der Beklagte hat indessen den Unternehmerlohn mit der Unternehmervergütung gleichgesetzt. 122

Der Fehler gründet im Schriftsatz der Beigeladenen vom 29.03.2016 (S. 3 oben). Sie meint, "dass die Vergütung des Zahnarztes für dessen persönliche Arbeit (Unternehmerlohn) im gleichen Umfang steigen sollte, wie die Verdienste der Arbeitnehmer. Letztere haben sich in 2014 um + 3,6% verändert." Die Beigeladene verknüpft Unternehmerlohn und Unternehmervergütung als inhaltlich identisch. Ausgehend hiervon beschränkt sich der Schiedsspruch (Ziffer 7.) darauf, den Unternehmerlohn zu den Kosten der Zahnarztpraxis zu rechnen und "diesen in Höhe der Entwicklung der beitragspflichtigen Einkommen der Versicherten anzupassen, da die Versicherten letztlich die höheren Zahnarzteinkommen aus ihren Einkommen finanzieren sollen." Der letzte Halbsatz ist logisch und sachlich schwer verständlich. Der Text beruht augenscheinlich auf dem Vorbringen der Beigeladenen im Schriftsatz vom 29.03.2016 (S. 3). Hiernach wäre der Unternehmerlohn akzessorisch zum (steigenden) Einkommen der Versicherten. Die Klägerinnen verweisen zutreffend darauf, dass der Unternehmerlohn i.S.d. von der Beigeladenen präferierten Verständnisses letztlich ein "Sammelbecken" ist, in dem sich auch der Unternehmergewinn versteckt, "der - neben der eigenen Lohnkostensteigerung - in der beantragten Form regelmäßig jährlich in gleicher Höhe prozentual gesteigert würde" (Schriftsatz vom 15.06.2016, S. 11 zu 2.3.). 123

Die maßgebende Rechtslage lässt sich auch hier nur dann identifizieren, wenn die Begrifflichkeiten geklärt sind. Der Bedeutungsgehalt des Wortes "Unternehmerlohn" wird betriebswirtschaftlich geprägt. Demzufolge ist zuvörderst auf dort anerkannte Definitionen zurückzugreifen. Der Senat hat dies mit den Beteiligten in der mündlichen Verhandlung diskutiert und dazu folgende Definitionen eingeführt (zitiert nach Haric, in: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/55887/unternehmerlohn-v7.html>): 124

"Unternehmerlohn ist das statische Einkommen des Unternehmers, das sich ein (Mit-)Inhaber von Anteilen am Eigenkapital der Unternehmung (soweit dieser zugleich Unternehmer ist) für seine Tätigkeit anrechnet. Dieser Unternehmerlohn steht demnach dem Einzelkaufmann, Gesellschafter-Geschäftsführer und solchen Angehörigen des Unternehmers zu, die ohne festes Arbeitsentgelt (bzw. volkswirtschaftlich gesehen Arbeitseinkommen) mitarbeiten. Der Unternehmerlohn wird auch als kalkulatorischer Unternehmerlohn bezeichnet, da bei Einzelunternehmungen oder Personengesellschaften den leitenden Unternehmenseignern kein Gehalt gezahlt wird. Der kalkulatorische Unternehmerlohn wird als fiktiver Geldbetrag für 125



die Führungstätigkeit als kalkulatorische Kosten in der Kostenrechnung als Komponente der Personalkosten (i.d.R. fixe Gemeinkosten) angesetzt."

Der kalkulatorische Unternehmerlohn wird wie folgt umschrieben (zitiert nach Weber, in: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/3861/kalkulatorischer-unternehmerlohn-v4.html>): 126

"Der kalkulatorische Unternehmerlohn ist eine Zusatzkostenart (Zusatzkosten), mit der das Entgelt für die leitende Tätigkeit der Unternehmer, die ohne feste Entlohnung sind (z.B. bei Einzelkaufleuten und Gesellschafter-Geschäftsführern in Personengesellschaften), erfasst werden soll. Auch für Angehörige des Unternehmers, die ohne feste Entlohnung mitarbeiten, kann ein entsprechendes Entgelt kalkulatorisch verrechnet werden. Mit dem Ansatz von kalkulatorischem Unternehmerlohn soll der Nutzenentgang des Einsatzes des Unternehmers in einem anderen Tätigkeitsfeld berücksichtigt werden (Opportunitätskosten, wertmäßiger Kostenbegriff). Die Bestimmung des kalkulatorischen Unternehmerlohns bereitet Schwierigkeit. Gemäß den Leitsätzen für die Preisbildung aufgrund von Selbstkosten (LSP) ist der kalkulatorische Unternehmerlohn in Höhe des durchschnittlichen Gehaltes eines Angestellten mit gleichwertiger Tätigkeit in einem Unternehmen gleichen Standorts, gleichen Geschäftszweiges und gleicher Bedeutung zu bemessen. ( ...)". 127

Anders gewendet: Der kalkulatorische Unternehmerlohn ist der Geldbetrag, den der Einzelunternehmer in vergleichbarer Position als Bruttoentgelt (Geschäftsführergehalt) erhalten würde (Wöhe, a.a.O., S. 867, 874). Was der selbständige Zahnarzt mit seiner Praxis für sich insgesamt erwirtschaftet, ist seine Unternehmervergütung. Sie enthält neben dem Unternehmerlohn auch den Unternehmergewinn. Der Unternehmergewinn ergibt sich als Differenz zwischen den Erlösen und den Kosten (Wöhe, a.a.O., S. 289 zu 2.3.1). Die Rechnung lautet also: Unternehmerlohn + Unternehmergewinn (Erlöse - Kosten) = Unternehmervergütung. 128

Der Beklagte hat den Unternehmerlohn mit der Unternehmervergütung gleichgesetzt. Der Gewinn rechnet nicht zu den Kosten. Nur bei dem Unternehmerlohn kann es sich um - wenn auch fiktive - "Kosten" des Vertragszahnarztes handeln und nur diese können in den Prüfungspunkt "Kostenstruktur" einfließen. Um eine i.S. obiger Definitionen gleichwertige vertragszahnärztliche Tätigkeit auszumachen, bietet es sich an, den Unternehmerlohn nach dem durchschnittlichen Gehalt eines angestellten Zahnarztes zu bemessen. Ein angestellter Zahnarzt ohne Personalverantwortung erzielt im Schnitt ein Einkommen von 47.391,00 EUR brutto pro Jahr. Während die Vergütung im unteren Gehaltssegment bei rund 34.500,00 EUR liegt, werden im oberen Bereich über 54.200,00 EUR erreicht. Die Höhe der Entlohnung hängt wesentlich von der Berufserfahrung ab. So verdient ein Berufsanfänger in den ersten drei Jahren im Schnitt rund 38.600,00 EUR jährlich, nach drei bis sechs Jahren Erfahrung sind es bereits 50.700,00 EUR. Wer zwischen sechs und neun Jahren als angestellter Zahnarzt gearbeitet hat, kann mit 55.500,00 EUR Jahreseinkommen rechnen, und wer mehr als neun Jahre Berufserfahrung aufweist, sogar mit rund 61.000,00 EUR (Quelle: <http://www.dentalmagazin.de/news/Wie-viel-verdient-man-als-angestellter-Zahnarzt-295321.html>). Diese Zahlen wären nötigenfalls zu verifizieren. Sie scheinen jedenfalls nicht unplausibel, denn sie entsprechen grob dem, was die Beigeladene im Antrag vom 29.03.2016 (S. 4, 1. Absatz) mit (maximal) 60.000,000 EUR mitgeteilt hat. Dabei wird ggf. zu berücksichtigen sein, dass die "gleichwertige Tätigkeit" sich nur auf die originär vertragszahnärztlichen Verrichtungen beschränkt und auch die mit der Praxisführung verbundene Leitungsfunktion zu gewichten ist. Dieser Aspekt könnte es rechtfertigen, die vorgenannten Beträge mit einem Aufschlag zu versehen. Wie der Beklagte vorgeht, unterliegt seiner Beurteilung. Allerdings muss er die Begrifflichkeiten eruieren und ausgehend hiervon 129

andeutungsweise (s. oben), dennoch aber nachvollziehbar begründen, wie und warum er den von ihm als wesentlich erachteten Sachverhalt dem rechtlichen Oberbegriff (hier: Kostenstruktur) zuordnet.

So ist der Beklagte nicht vorgegangen. Er hat auf die von der Beigeladenen vorgelegten Zahlen zurückgegriffen. Als Unternehmerlohn hat diese 171.000,00 EUR in ihre Berechnung einfließen lassen (Anlage 1a zum Schriftsatz vom 29.03.2016). Das ist deutlich mehr als das durchschnittliche Gehalt eines angestellten Zahnarztes und hätte auffallen müssen. Insofern liegt der Verdacht nahe, dass es sich bei dem Wert von 171.000,00 EUR nicht um den Unternehmerlohn, sondern um Unternehmervergütung oder -gewinn handelt. Das hätte der Beklagte aufklären müssen. Es gilt, was das BSG in seinem Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R - ausgeführt hat: "Die Verpflichtung des Beklagten, fehlende Unterlagen und Angaben bei der jeweiligen Vertragspartei anzufordern, besteht dann, wenn er die vorliegenden Daten für implausibel hält, weil weitere Angaben und Unterlagen fehlen, der Sachverhalt also nicht vollständig aufgeklärt ist." Ein durchschnittlicher Unternehmerlohn in Höhe von 171.000,00 EUR ist hochgradig implausibel. 130

Auf diese Unstimmigkeit hat der vdek schon im Schriftsatz vom 14.06.2016 (S. 11) hingewiesen. Der Beklagte hätte also nachfragen müssen, ob es sich bei den 171.000,00 EUR tatsächlich nur um den Unternehmerlohn handelt und wie dieser ggf. berechnet worden ist. Ggf. hätte er dann zwischen Unternehmerlohn, -gewinn und -vergütung differenzieren und zumindest darlegen müssen, ob nach seiner Auffassung auch der Unternehmergewinn in Höhe der Grundlohnsumme steigen soll. Der Senat merkt insoweit vorsorglich an, dass der Unternehmergewinn ersichtlich keinen Bezug zu den in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V gelisteten Kriterien hat. 131

Damit kann die Berechnung des Beklagten in seiner Excel-Tabelle, die im Übrigen nicht Inhalt des angefochtenen Schiedsspruchs ist, keinen Bestand haben. Im Ergebnis dürfte der zunächst nachvollziehbar zu definierende Unternehmerlohn nur in Höhe der am 03.09.2015 bekanntgegeben Grundlohnsteigerung von 2,95 % (§ 71 Abs. 3 SGB V) berücksichtigt werden. 132

(c) Der Beklagte hat die Personalkosten berücksichtigt, wobei anhand seines Spruchaufbaus wiederum unklar bleibt, ob er dieses Kriterium der Kostenstruktur zuordnet oder eigenständig gewichtet und abwägt. Die hiermit verbundene rechtliche Problematik folgt jener, die soeben dargelegt wurde. Hierauf ist Bezug zu nehmen. 133

Die Veränderungsrate hat der Beklagte wie folgt ermittelt: Zunächst hat er seine Berechnungen die von der Beigeladenen ermittelten Veränderungsrate 2013/2014 von 7,71 % zu Grunde gelegt. Um herauszufinden, welcher Teil dieser Veränderung auf die Ausweitung der Beschäftigtenzahl zurückzuführen ist, hat er von diesen 7,71 % die Tarifsteigerung in Höhe von 3,4 % (Quelle: Statistisches Bundesamt, Pressemitteilung vom 27.02.2015 - 67/15 - Seite als Anlage 1e zum Schriftsatz der Beigeladenen vom 29.03.2016) abgezogen (verbleibt 4,31 %). Die auf der Ausweitung der Beschäftigtenzahl beruhende Veränderung in Höhe von 4,31 % hat er wegen der von ihm erläuterten Unsicherheiten nur im Umfang von 30 % angesetzt, also letztlich mit 1,29 %. Damit kommt er für die Personalkosten zu einer Veränderungsquote von 4,69 % (3,4 % + 1,29 %). 134

All das findet sich im Schiedsspruch indessen nicht wieder, folgt vielmehr nur aus der nicht Teil des Beschlusses gewordenen Excel-Tabelle. Im Übrigen erweist sich als problematisch, dass der Beklagte Tarifsteigerungen angesetzt hat, obgleich es im Zuständigkeitsbereich der Beigeladenen keine Tarifbindung gibt. 135

(d) Der Beklagte hätte seine Entscheidung auch aus anderem Grund nicht auf die von der Beigeladenen genannten Daten stützen dürfen. Ungeachtet dessen, ob ein Rücklauf von 430 Fragebögen statistisch repräsentativ ist, war aus dem Anschreiben der Beigeladenen (Zitation s. oben) für jeden Adressaten unmissverständlich deutlich, dass es letztlich um sein Einkommen für das fragliche Jahr ging. Notwendig sind die Antworten interessengeleitet. Sie sind schon deswegen als Grundlage für die Entscheidung des Beklagten per se ungeeignet. Die Situation entspricht insoweit jener der Bedarfsermittlungen in Fällen der Sonderbedarfszulassung oder der Ermächtigung Sozialpädiatrischer Zentren (§ 119 SGB V). Hierzu gilt mit BSG, Urteil vom 29.06.2011 - B 6 KA 34/10 R - (vgl. auch Senat, Urteil vom 16.03.2016 - L 11 KA 12/14 -): "Zur Bedarfsermittlung ist die Befragung der bisherigen für solche Leistungen in Betracht kommenden Leistungserbringer erforderlich, und zusätzlich, dass diese Angaben ggf auch objektiviert und verifiziert werden müssen, zB anhand von Anzahlstatistiken ( ...)." 136

Letztlich geht es im Streitfall um nichts anderes. Die Vergütung der vertragszahnärztlichen Leistungen soll nach einem vorgegebenen Regularium u.a. anhand eines zu bestimmenden Bedarfs fixiert werden. Dass in einer solchen Situation die Entscheidung nicht und auch nicht zum Teil auf die Angaben derjenigen gestützt werden kann, deren Bedarf zu ermitteln ist, liegt auf der Hand. Solche Daten mögen allenfalls geeignet sein, ein anderweitig gewonnenes Bild abzurunden. Zwar hat die Beigeladene versucht, das interessengeleitete Erhebungsergebnis durch Daten der DATEV und der Gesetzlichen Unfallversicherung zu stützen. Das erweist sich jedoch nicht als weiterführend. Die "Branchenauswertung für Zahnarztpraxen NRW nach Schema KZBV" der DATEV ist eine schlichte Tabelle, deren Grundlage, Zielrichtung und Validität nicht ansatzweise nachvollziehbar ist. Die Auswertung der Umlagenrechnung der Berufsgenossenschaft für Gesundheitsdienst und Wohlfahrtspflege 2014 bezieht sich undifferenziert auf "Zahnarztpraxen" und "Kieferorthopäden", betrifft im Übrigen das Bundesland Nordrhein-Westfalen und nicht den Zuständigkeitsbereich der beigeladenen KZV Nordrhein. 137

Der Beklagte hat das Problem sehr deutlich erkannt und im Schiedsspruch ausgeführt: "Auch das LSA geht nicht davon aus, dass dauerhaft auf Basis einer solchen einseitigen Datenquelle Kostenerhöhungen festgestellt werden können." Im Ergebnis hat er den am Schiedsverfahren Beteiligten eine mit dem Schiedsverfahren 2014 beginnende Übergangsfrist eingeräumt (Schiedsspruch Ziff. 5.). Eine solche Karenzzeit sieht das Gesetz nicht vor. Sie ist auch nicht notwendig. Seit Inkrafttreten des § 85 Abs. 3 SGB V zum 01.01.2013 hatten die Beteiligten hinlänglich Zeit, sich auf die neuen Vorgaben einzustellen. Die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass sich die maßgebenden Parameter dahin geändert haben, eine höhere Gesamtvergütung festsetzen zu können, trägt die Beigeladene (hierzu BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R -: "Das SPZ muss seine voraussichtlichen Kosten so darlegen und belegen, dass sie nachvollziehbar sind und eine zuverlässige Prognose ermöglichen."). Ist der Beweis auch unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Schiedsverfahrens nicht erbracht, kommt eine Erhöhung der Gesamtvergütung nicht in Frage. Die Veränderung der maßgebenden Parameter kann nicht auf virtuelle Argumentationslinien gestützt werden. Namentlich im Bereich des Aushandelns der Gesamtvergütung, in dem es um erhebliche Beträge geht, gilt der Vorrang des Gesetzes und nicht die normative Kraft des Faktischen. Der Beklagte erkennt dies auch, denn in Ziffer 5. seines Beschlusstextes führt er aus, "dass an den Nachweis von Veränderungen nach § 85 Abs. 3 SGB V bei der Veränderung der Gesamtvergütung zu berücksichtigenden Kriterien hohe Anforderungen zu stellen sind, ( ...)." 138

Der Beklagte hätte die Beteiligten auf die evident unzureichenden Tatsachengrundlagen hinweisen und ggf. weitere Unterlagen anfordern müssen (§ 15 SchiedsamsVO; hierzu auch BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R - zu § 120 Abs. 4 SGB V). Sofern er deswegen nicht in der Drei-Monat-Frist (§ 89 Abs. 1 Satz 1 SGB V) hätte entscheiden können, wäre das unschädlich, weil es sich um eine Ordnungsfrist handelt, deren Überschreitung die Rechtmäßigkeit des Schiedsspruchs nicht berührt (BSG, Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -; Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 40). Ob und inwieweit der Beklagte vor diesem Hintergrund zu eigenen Ermittlungen verpflichtet gewesen wäre, kann dahinstehen. Diese Pflicht würde erst dann greifen, wenn die Beteiligten den Hinweisen des Beklagten nicht nachkommen. Insoweit gilt mit dem BSG (a.a.O.):

"Dass im Schiedsstellenverfahren jede Seite ihre Position darlegen und ggfls belegen muss (BVerwG aaO), schließt eigene Ermittlungen der Schiedsstelle nicht aus. Das im SGB X grundsätzlich geltende Amtsermittlungsprinzip (§ 20 Abs 1 SGB X) findet allerdings, insofern stimmt der Senat mit dem BVerwG überein, seine Grenze in den Mitwirkungsobliegenheiten der Beteiligten. Insbesondere im Hinblick darauf, dass die Beteiligten über die erforderlichen Daten verfügen und der Schiedsstelle keine Zwangsmittel zu Gebote stehen, endet die Ermittlungspflicht dort, wo die Beteiligten ihren Mitwirkungspflichten nicht nachkommen." 140

Dem kann nicht entgegengehalten werden, dass der Beklagte keinen ausführenden Verwaltungsunterbau hat. Ein solches eher den tatsächlichen Bereich betreffende Argument ist rechtlich unerheblich und geht fehl. Auch die Zulassungsgremien (§§ 96, 97 SGB V) haben keinen Verwaltungsunterbau. Unbeschadet dessen verlangt die Rechtsprechung (z.B. BSG, Urteil vom 29.06.2011 - B 6 KA 34/10 R - ; Senat, Urteil vom 16.03.2016 - L 11 KA 12/14 -), dass die Ausschüsse nötigenfalls den für die Entscheidung maßgebenden Sachverhalt aufklären (§ 20 SGB X). Die mit normativer Wirkung versehene Bedarfsplanungsrichtlinie-Ärzte vom 20.12.2012 (BANz AT 31.12.2012 B7) i.d.F. vom 15.12.2016 (BANz AT 31.05.2017 B2 vom 31.05.2017) verfestigt dies in § 36 Abs. 4 Satz 1 nachdrücklich mit den Worten: "Der Zulassungsausschuss hat bei der Ermittlung aller entscheidungsrelevanten Tatsachen eine umfassende Ermittlungspflicht." Auf den fehlenden Verwaltungsunterbau nimmt der Normgeber keine Rücksicht. Die die Ausschüsse tragenden KVen, Landesverbände der Krankenkassen sowie Ersatzkassen (§ 97 Abs. 1 Satz 1 SGB V) werden nötigenfalls Ressourcen zur Verfügung stellen müssen. Im Übrigen unterliegen alle öffentlich-rechtlichen Gerichtsbarkeiten der Untersuchungsmaxime mit der Folge, dass die betreffenden Gerichte den entscheidungserheblichen Sachverhalt von Amts wegen aufzuklären haben (§ 103 SGG, § 86 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), § 76 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung (FGO)). Ein Verwaltungsunterbau existiert nicht. Lediglich die Geschäftsstelle (§ 4 SGG, § 13 VwGO, § 12 FGO) führt die richterlichen Verfügungen aus. Für ein LSA gilt letztlich nichts anderes. Dessen Geschäfte werden bei den Landesverbänden der Ortskrankenkassen geführt, wenn und solange nicht die für die Sozialversicherung zuständige oberste Verwaltungsbehörde des Landes eine andere Stelle bestimmt (§ 11 Satz 1 SchiedsamsVO). 141

(3) Zur Versorgungsstruktur hat sich der Beklagte nur am Rande geäußert. Eine Begriffsbestimmung, die es ermöglicht, den maßgebenden Sachverhalt zuzuordnen, enthält der Schiedsspruch nicht. Das Gesetz gibt eine solche auch nicht vor. Die Gesetzesbegründung versteht hierunter z.B. Veränderungen der Praxisstrukturen (z.B. Zunahme von Gemeinschaftspraxen), der Angebotsstrukturen (z.B. aufgrund von Spezialisierungen) und der Zahnärztdichte (BR-Drs. 456/11, S. 85). Hierzu verhält sich der Schiedsspruch nicht. Der Beklagte hat darin auch nicht dargelegt, warum hierauf verzichtet werden konnte. Das Wort Versorgungsstruktur(en) findet sich lediglich an einer Stelle und dann auch nur in Kombination mit Kostenstrukturen (Ziffer 4. des Schiedsspruchs). Im 142

Übrigen weist der Schiedsspruch keinen Sachverhalt aus, der diesem Kriterium zugeordnet werden könnte. Infolgedessen fehlt es an jeder Subsumtion, Wertung und Gewichtung.

Soweit der Beklagte in Ziffer 4. des Schiedsspruchs auf die Ermittlungen der Beigeladenen zu 143 Kosten- und Versorgungsstrukturen verweist, trägt das deswegen nicht, weil diese Erhebungen allein die Kosten betreffen, was unmissverständlich aus der Überschrift des KZBV-Fragebogens (Erhebung Praxiskosten 2014) und dem Begleitschreiben der Beigeladenen von Juni 2016 (s. oben) folgt.

Soweit der Beklagte im Gerichtsverfahren (Schriftsatz vom 17.04.2017, S. 3) vorträgt, er habe 144 das Thema Versorgungsstruktur nicht geprüft, weil die Vertragsparteien es nicht aufgegriffen und demzufolge insoweit keinen Bedarf gesehen hätten, erweist sich das als unzutreffend. Nach Aktenlage hat der vdek es als notwendig angesehen, die Versorgungsstruktur zu untersuchen. Sein dem Beklagten im Schiedsverfahren zugeleiteter Schriftsatz vom 14.06.2016 enthält unter der Ziffer 4.2 (S. 26, 27) über nahezu 1 ½ Seiten Ausführungen zur Veränderung der Versorgungsstruktur. Auch das vom vdek vorgelegte Gutachten der B verhält sich über mehr als 10 Seiten (S. 15 ff.; 36 ff.) zur Versorgungsstruktur und deren Veränderungen. Dass der vdek insoweit den Berücksichtigungsbedarf negiert haben könnte, erschließt sich nicht. Im Gegenteil: Die Klägerinnen äußern sich im Schrift vom 31.05.2017 (S. 3) "irritiert über die Ausführungen des Beklagten, dass das Kriterium der Versorgungsstruktur deshalb nicht im Schiedsspruch behandelt worden sei, weil es weder von den Vertragsparteien noch vom Schiedsamt aufgegriffen worden sei". Demnach enthält der Bescheid einen nicht geheilten Begründungsmangel (§ 35 SGB X). Im Übrigen hätte der Beklagte im Schiedsspruch zumindest darlegen müssen, dass die Vertragsparteien das Kriterium nicht als berücksichtigungsbedürftig ansehen (dazu oben). Daran fehlt es.

(4) Der Beklagte hat den Bezugspunkt der Substantivierung "Veränderungen" verkannt und 145 gewichtet deswegen die Kosten- und Versorgungsstruktur in einer nicht von Gesetz und Gesetzesbegründung getragenen Weise.

Zu bestimmen sind die "Veränderungen der Gesamtvergütungen" unter Berücksichtigung der 146 in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V genannten Kriterien. Zuzufolge des für die Auslegung vorrangig maßgeblichen Wortlauts bedeutet dies, dass zunächst ein Bezugspunkt auszumachen ist. Das ist notwendigerweise die vereinbarte oder festgesetzte Gesamtvergütung für das Vorjahr (Prinzip der Vorjahresanknüpfung; hierzu BSG, Urteil vom 13.08.2014 - B 6 KA 6/14 R -). Ausgehend hiervon ist die Veränderung festzulegen. Die hierfür maßgebenden Parameter benennen § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V abschließend. Die Substantivierung "Veränderungen" scheint sich allerdings nicht auf diese Parameter, sondern allein auf die Gesamtvergütungen zu beziehen. Hieraus folgert der Beklagte (Schriftsatz vom 17.04.2017, S. 1 f. (Ziffer 3. )), dass Kosten- und Versorgungsstruktur und nicht deren Veränderungen zu berücksichtigen sind. Anderenfalls ergäbe sich die "unsinnige" Situation, dass sich die Kostenstruktur nicht ändern würde, obgleich sich jährlich sämtliche Kosten in den Praxen erhöhten; die Kostenstruktur bliebe gleich, nur jeweils auf höherem Niveau.

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Grammatikalisch lässt o.g. Wortfolge auch die 147 Auslegung zu, dass sich die Substantivierung "Veränderungen" nicht nur auf die "Gesamtvergütungen" sondern auch auf die nachfolgend gelisteten Parameter bezieht. Der Gesetzgeber hätte auch formulieren können: "( ) vereinbaren die Vertragsparteien des Gesamtvertrages die Veränderungen der Gesamtvergütungen unter Berücksichtigung der Veränderungen der Zahl und Struktur der Versicherten, ( ...)". Inhaltlich wäre dieser Text eindeutiger. Es liegt nicht fern, dass der Gesetzgeber hierauf angesichts der Wortdoppelung

"Veränderungen" aus sprachästhetischen Gründen verzichtet hat. Demzufolge ist der Wortlaut nicht eindeutig. Dann gewinnt die auslegungsmethodisch nachrangige Gesetzesbegründung Bedeutung (zum Verhältnis von Gesetzeswortlaut und -begründung s. Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 17.12.2013 - 1 BvL 5/08 -; eingehend auch Senat, Beschluss vom 22.10.2012 - L 11 AS 1240/12 B -; Beschluss vom 24.09.2012 - L 11 U 416/12 B -; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 10. Auflage, 2006, S. 21 ff.). Diese allerdings spricht mehrfach von Veränderungen der Versichertenstruktur (BT-Drs. 17/6906, S. 60 li. Spalte oben und li. Spalte im dritten Absatz). Auch Veränderungen der Kostenstruktur erklärt die Gesetzesbegründung für rechtserheblich (a.a.O., li. Spalte im dritten Absatz). Das macht entgegen der Auffassung des Beklagten auch Sinn. Die Intention des Gesetzgebers zielt darauf, Strukturveränderungen (BT-Drs. 17/6906, S. 60 li. Spalte im dritten Absatz: Versichertenstruktur, Angebotsstruktur, Kostenstruktur) als vergütungsrelevant zu benennen. Eine schlichte Steigerung der Betriebs- bzw. Praxiskosten rechnet nicht dazu (so im Ergebnis auch BSG, Urteil vom 13.05.2015 - B 6 KA 20/14 R - zu § 120 Abs. 2 Satz 3 SGB V). Ändern müssen sich die Strukturen. Die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/6909, S. 60 li. Spalte im dritten Absatz) nennt mit dem Lohn- und Gehaltsniveau der Praxisangestellten und dem Mietniveau zwei Beispiele. Auch wenn diese unmittelbar in die Praxiskosten einfließen, bedeutet dies dennoch, dass der Beklagte im Gegensatz zur alten Rechtslage nunmehr einen Schritt vorher ansetzen muss. Rechtserheblich sind nur auf Strukturveränderungen beruhende Kostensteigerungen. Dem Gesetzgeber verfolgt mittels Kodifizierung der beiden Kriterien "Kosten- und Versorgungsstruktur" auch das Ziel, regionalen Unterschieden Rechnung zu tragen (BT-Drs. 17/6906, S. 60, li. Spalte mitte). Diese sind auszumachen und als tragfähige Feststellungen (s. oben) zu benennen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 SGB X).

Das findet sich in § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V mit den Worten "regionale Besonderheiten der Kosten- und Versorgungsstruktur" näherungsweise wieder. Insofern könnte der Beklagte in Anlehnung an die dem Bewertungsausschuss nach § 87 Abs. 2f Satz 1 SGB V a.F. gemachten Vorgaben verfahren. Hiernach war dem Bewertungsausschuss aufgegeben, jährlich bis zum 31.08. Indikatoren zur Messung der regionalen Besonderheiten bei der Kosten- und Versorgungsstruktur nach § 87a Abs. 2 Satz 2 SGB V festzulegen, auf deren Grundlage in den regionalen Punktwertvereinbarungen von den Orientierungswerten nach Abs. 2e Satz 1 abgewichen werden konnte. Der Bewertungsausschuss konnte die zur Festlegung der Indikatoren erforderlichen Datenerhebungen und -auswertungen gemäß Abs. 3f Satz 3 durchführen und hatte dabei - soweit möglich - amtliche Indikatoren zugrunde zu legen (§ 87 Abs. 2f Satz 2 SGB V a.F.). Als Indikatoren für das Vorliegen von regionalen Besonderheiten bei der Versorgungsstruktur dienten insbesondere solche, die Abweichungen der regionalen Fallzahlentwicklung von der bundesdurchschnittlichen Fallzahlentwicklung messen (Satz 3 a.a.O.). Als Indikatoren für das Vorliegen von regionalen Besonderheiten bei der Kostenstruktur dienten insbesondere solche, die Abweichungen der für die Arztpraxen maßgeblichen regionalen Investitions- und Betriebskosten von den entsprechenden bundesdurchschnittlichen Kosten messen (Satz 4 a.a.O.).

Das lässt sich auf § 85 Abs. 3 SGB V übertragen. Die Indikatoren, um Unterschiede und Veränderungen der Kosten- und Versorgungsstruktur (BT-Drs. 17/6909, S. 60 li. Spalte im dritten Absatz) fassbar zu machen, könnte der Beklagte im Rahmen des ihm eingeräumten Gestaltungsspielraums ggf. unter Mithilfe der am Schiedsverfahren Beteiligten bestimmen. Zwar wird der Beklagte im Gegensatz zum Bewertungsausschuss nur tätig, wenn er angerufen wird (§ 14 SchiedsamtVO), das hindert indessen nicht, dass er Indikatoren definiert, die Unterschiede und Veränderungen der Kosten- und Versorgungsstruktur abzubilden vermögen.

Zu Unterschieden und Veränderungen der Kosten- und Versorgungsstruktur hat sich der Beklagte nicht geäußert. Ausgehend von seiner Auffassung, die Substantivierung "Veränderungen" beziehe sich nicht auf die Versicherten- und Kostenstruktur, hat der Beklagte mithin eine maßgebliche rechtliche Vorgabe fehlinterpretiert. Das indiziert einen nicht vom Gestaltungsspielraum gedeckten Abwägungsausfall.

gg) Den Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 85 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 71 SGB V) hat der Beklagte aufgegriffen. Dennoch erweist sich der Schiedsspruch infolge eines nicht geheilten Begründungsmangels auch insoweit als fehlerhaft. 151

(1) Bis zum 31.12.2011 lauteten § 85 Abs. 3 Sätze 1 bis 3 SGB V wie folgt: 152

"Die Vertragsparteien des Gesamtvertrages vereinbaren die Veränderungen der Gesamtvergütungen unter Berücksichtigung der Praxiskosten der für die vertragsärztliche Tätigkeit aufzuwendenden Arbeitszeit sowie der Art und des Umfangs der ärztlichen Leistungen, soweit sie auf einer Veränderung des gesetzlichen oder satzungsmäßigen Leistungsumfangs beruhen. Bei der Vereinbarung der Veränderungen der Gesamtvergütungen ist der Grundsatz der Beitragssatzstabilität (§ 71) in Bezug auf das Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertragsärztlichen Leistungen zu beachten. Abweichend von Satz 2 ist eine Überschreitung der Veränderungsraten nach § 71 Abs. 3 zulässig, wenn Mehrausgaben auf Grund von Beschlüssen des Gemeinsamen Bundesausschusses nach § 135 Abs. 1 entstehen; dabei ist zu prüfen, inwieweit die Mehrausgaben durch Minderausgaben auf Grund eines Wegfalls von Leistungen, die auf Grund einer Prüfung nach § 135 Abs. 1 Satz 2 und 3 nicht mehr zu Lasten der Krankenkassen erbracht werden dürfen, ausgeglichen werden können." 153

Während nach § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V (a.F.) bei der Vereinbarung der Veränderungen der Gesamtvergütungen der Grundsatz der Beitragsstabilität in Bezug auf das Ausgabenvolumen für die Gesamtheit der zu vergütenden vertragsärztlichen Leistungen zu beachten war, gab § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V i.d.F. GKV-VStG den Grundsatz der Beitragsstabilität und die strikte Anbindung an die Grundlohnsummenentwicklung bei der Anpassung der Gesamtvergütung m.W.v. 01.01.2013 auf (so die Gesetzesbegründung zum GKV-VStG, BT-Drs. 17/6906, Allgemeiner Teil, S. 44 zu II.2.3). Nach der Begründung (a.a.O.) zu § 85 sollten durch die Neuregelung Veränderungen der Gesamtvergütungen ermöglicht werden, die den morbiditätsbedingten Leistungsbedarf der Versicherten einer Krankenkasse widerspiegeln und nicht allein und vorrangig von der Einnahmesituation der Krankenkassen bestimmt werden (BT-Drs. 17/6909, S. 59; ausführlich hierzu auch Hencke/Degener-Hencke, in: Peters, SGB V, § 85 Rdn. 45 ff.): 154

"Um dieses Ziel zu erreichen, wird zukünftig für die vertragszahnärztliche Versorgung (ohne Zahnersatz) auf die sich aus § 71 ergebende, vorrangige Geltung des Grundsatzes der Beitragsstabilität, das heißt auf die starre Begrenzung entsprechend der Entwicklung der beitragspflichtigen Einnahmen der Versicherten, verzichtet. Der Grundsatz der Beitragsstabilität und die übrigen in § 85 Abs. 3 Satz 1 genannten Kriterien wie zum Beispiel Zahl und Struktur der Versicherten, die Morbiditätsentwicklung sowie die Kosten- und Versorgungsstruktur stehen nunmehr gleichwertig nebeneinander. Das bedeutet, dass nach Abwägung der unterschiedlichen Interessen eine Überschreitung der Veränderungsrate nach § 71 Abs. 3 zulässig sein kann, wenn ansonsten eine angemessene Berücksichtigung der übrigen in S. 1 genannten Kriterien nicht möglich ist." 155

Hiernach hat der Grundsatz der Beitragsstabilität keinen Vorrang mehr vor den in § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V i.d.F. des GKV-VStG genannten Kriterien (zutreffend LSG Sachsen-Anhalt, 156

Urteil vom 31.08.2016 - L 9 KA 12/15 KL -). Er gilt allgemein (BSG, Urteil vom 10.05.2017 - B 6 KA 5/16 R -) und tritt nunmehr gleichwertig neben diese Kriterien (Düring, in: Schnapp/Wigge, a.a.O., § 9 Rdn. 49; Hencke/Degener-Hencke, in: Peters, SGB V, § 85 Rdn. 46).

(2) Die Klägerinnen und der vdek entnehmen der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 17/6906, S. 157 59, re. Spalte),

"Das bedeutet, dass nach Abwägung der unterschiedlichen Interessen eine Überschreitung der Veränderungsrate nach § 71 Absatz 3 zulässig sein kann, wenn ansonsten eine angemessene Berücksichtigung der übrigen in Satz 1 genannten Kriterien nicht möglich ist." 158

dass dem Grundsatz der Beitragsstabilität eine besondere Bedeutung beizumessen und eine Überschreitung der Grundlohnsummenentwicklung rechtfertigungsbedürftig ist. Angesichts der Formulierung "wenn ( ) ansonsten" müsse mindestens ein Tatbestand in Nordrhein als außergewöhnlich oder bedrohlich gewertet werden, um gesetzeskonform die Grundlohnsummensteigerungsrate überschreiten zu können (Schriftsatz vom 14.06.2016, S. 21 f.). 159

Dem vermag der Senat nicht zu folgen. Zwar kann der Normtext auf eine solche Hierarchie hindeuten, denn systematisch könnte durchaus erwogen werden, den in § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V kodifizierten Grundsatz der Beitragsstabilität als den Kriterien des § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V übergeordnetes Korrektiv zu verstehen. Andererseits ist der Wortlaut der Vorschrift ambivalent. Die in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V genannten Kriterien sind unterschiedslos und obligatorisch zu berücksichtigen. Im Übrigen liegt es nahe, dass der Gesetzgeber den zu berücksichtigenden Grundsatz der Beitragssatzstabilität gesondert in § 85 Abs. 3 Satz 2 SGB V genannt hat, weil anderenfalls § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V sprachlich und inhaltlich überfrachtet worden wäre. Die Gesetzesbegründung bestätigt diese Erwägung. Hiernach stehen die in § 85 Abs. 3 Satz 1 und Satz 2 SGB V genannten Kriterien "gleichwertig nebeneinander" (BT-Drs. 17/6906, S. 59, re. Spalte). 160

(3) Die vom Bundesministerium für Gesundheit am 03.09.2015 gemäß § 71 Abs. 3 SGB V bekanntgegebene Veränderungsrate der beitragspflichtigen Einnahmen aller Mitglieder der Krankenkassen beträgt für das gesamte Bundesgebiet 2,95 % (BAnz AT 11.09.2015 B2). Demgegenüber sieht der Schiedsspruch eine lineare Anhebung der Punktwerte um 3,27 % vor, also einen um knapp 11 % über der Veränderungsrate liegenden Prozentsatz. Der Beklagte hat den Grundsatz der Beitragssatzstabilität berücksichtigt, indem er von dem Teil des ermittelten und oberhalb des Wachstums der Grundlohnsumme liegenden Kostenanstiegs einen deutlichen Abschlag vorgenommen hat. Ausweislich der Excel-Tabelle errechnet sich anhand der von der Beigeladenen vorgelegten Gewichtung der einzelnen Positionen zunächst eine Steigerungsquote um 3,6 %, die den Anstieg der Grundlohnsumme von 2,95 % um 0,65 Prozentpunkte überschreitet. Hiervon berücksichtigt der Beklagte die Hälfte und gelangt so zu 3,27 % (richtig rundet: 3,28 %). Nichtsdestotrotz: Der Schiedsspruch lässt nicht erkennen, wie der Beklagte die Quote von 3,27 % bestimmt hat. Die nachgereichte Excel-Tabelle heilt den Mangel nicht. 161

f) Grundsätzlich rechtlich unbedenklich ist es, wenn ein LSA im Wege einer Schätzung vorgeht. So hat der Erweiterte Bewertungsausschuss in der 30. Sitzung festgestellt, dass die Anpassungsfaktoren nach § 87 Abs. 2g SGB V entweder retrospektiv aus den verfügbaren Daten abgeleitet oder prospektiv geschätzt werden können (Seite 2 der Entscheidungserheblichen Gründe zum Beschluss nach § 87 Abs. 4 SGB V in der 30. Sitzung am 15./10.08.2012 zur Festlegung gemäß § 87 Abs. 2e SGB V und Anpassung 162



gemäß § 87 Abs. 2g SGB V des Orientierungswertes für das Jahr 2013). Wenn eine prospektive Schätzung zulässig ist, dann ist erst recht eine analytische, also zahlenbasierte Schätzung für die Vergangenheit zulässig (vgl. LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 29.01.2015 - L 9 KA 11/15 ER KL -). Allerdings kann ein Vorgehen im Wege der prospektiven Schätzung nicht bedeuten, dass die Vertragspartner bzw. das ggf. substituierende Schiedsamt bei der Festlegung von Prozentwerten völlig frei sind, also sozusagen "ins Blaue hinein entscheiden" dürfen. Vielmehr ist es erforderlich, an die in der Vergangenheit liegenden tatsächlichen Umstände anzuknüpfen, die zur Grundlage der Schätzung gemacht werden und die ihr Ergebnis bei rationaler Betrachtung rechtfertigen (LSG Hessen, Urteil vom 28.09.2016 - L 4 KA 35/15 KL -). Wenn auch wegen der bestehenden Entscheidungsspielräume nicht gefordert werden kann, dass ein LSA die kostenmäßigen Auswirkungen eines Aspektes zwingend und immer in der Form bewertet, dass es diesem einen konkreten prozentualen Wert zuordnet, so muss sich aus seinen Darlegungen doch zumindest ansatzweise ergeben, für wie relevant es diesen Gesichtspunkt im Verhältnis zu den weiteren, die Entscheidung stützenden Parametern hält und wie es zu dieser Einschätzung gelangt ist (LSG Hessen, a.a.O.).

g) Vorliegend hat sich u.a. als problematisch erwiesen, dass der Schiedsspruch die Höhe der Anpassung nicht ausreichend begründet. Die dafür maßgebenden Rechenschritte sind dem Schiedsspruch nicht zu entnehmen. In seinem Urteil vom 09.12.2015 - L 8 KA 16/13 KL - hat das LSG Sachsen offengelassen, ob der Schiedsspruch bereits deswegen aufzuheben ist, weil die Höhe der Anpassung nicht erkennbar begründet war. Weder dem Schiedsspruch noch der Verwaltungsakte sei zu entnehmen, wie der vom Beklagten als angemessen bezeichnete Anpassungsfaktor von 2,81 % ermittelt worden sei und auch die vom Beklagten eingeholte Stellungnahme des Instituts des Bewertungsausschusses habe ergeben, dass eine nachvollziehbare Berechnung kaum möglich sei. 163

Der vorliegende Fall unterscheidet sich davon insofern, als sich anhand der nachgereichten Excel-Tabelle jedenfalls rechnerisch nachvollziehen lässt, wie der Beklagte den Anpassungsfaktor ermittelt hat. Das führt aber nicht weiter, weil die Tabelle nicht Bestandteil des Bescheides geworden ist, überdies die eingestellten Faktoren auf interessengeleiteten und auch im Übrigen nicht überprüfbaren Erhebungen beruhen. 164

III. 165

Der Senat hat den Streitwert in der mündlichen Verhandlung durch Beschluss auf 2.500.000,00 EUR festgesetzt. Rechtsgrundlage hierfür ist § 52 Abs. 1 Gerichtskostengesetz (GKG) i.V.m. § 52 Abs. 4 Nr. 2 GKG. Der vdek hatte im Schiedsverfahren eine Erhöhung um 0,99 % beantragt. Der Beklagte hat die Quote um 2,28 Prozentpunkte höher auf 3,27 % festgesetzt. Die Gesamtvergütung für 2015 belief sich auf 414.726.000,00 EUR. Die Steigerung um die zusätzlichen Mehrkosten auf Grund des Schiedsspruchs in Höhe von 2,28 Prozentpunkte betragen somit 9.455.752,80 EUR. Im Jahr 2015 hatten die Klägerinnen 3.266.731 Versicherte. Ausgehend hiervon wäre es pro Kopf zu einer Steigerung von 2,89 EUR gekommen. Hochgerechnet mit der Versichertenzahl (3.303.765) für das Jahr 2016 geht es um Mehrausgaben in Höhe von 9.547.880,85 EUR. Es greift die Streitwertbegrenzung des § 52 Abs. 4 Nr. 2 GKG auf 2.500.000,00 EUR. 166

Die Kostengrundsentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 Halbs. 3 SGG i.V.m. § 154 Abs. 1 VwGO. Der Beklagte als unterliegender Teil trägt die Kosten des Verfahrens. Die Beigeladene trägt keine Kosten. Sie hat keinen Antrag gestellt (§ 154 Abs. 3 Satz 1 VwGO). Ihre außergerichtlichen Kosten sind nicht zu erstatten (§ 162 Abs. 3 VwGO). 167

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG). Die ausgemachten Begründungsmängel sind einzelfallbezogen und infolgedessen nicht von grundsätzlicher Bedeutung (§ 160 Abs. 2 Nr. 1 SGG). Soweit der Senat auf betriebswirtschaftlich geprägte Definitionen zurückgreift, um einzelne der Merkmale des § 85 Abs. 3 Satz 1 SGB V zu verdichten, hat auch das keine grundsätzliche Bedeutung. Die betriebswirtschaftlichen Begrifflichkeiten sind vorgegeben und in der justiziellen Anwendung hinzunehmen. Im Übrigen wendet der Senat die Rechtsprechung des BSG an.

---