

Beitrag Nr. 32, Jahrgang 2023

## Die Mindestmengen nach § 136b SGB V – komplex, streitanfällig und zukünftig überflüssig?

Dr. Jonathan Ströttchen (Rechtsanwalt, SOH PartmbB, Essen)

Veröffentlichung: Bochum, den 16.11.2023

Veröffentlichung auf [www.gesundheitsrecht.blog/die-mindestmengen](http://www.gesundheitsrecht.blog/die-mindestmengen)

Bibliotheklink: <https://doi.org/10.13154/294-10451>

ISSN: 2940-3170

Empfohlene Zitierweise: *Ströttchen*, Gesundheitsrecht.blog Nr. 32, 2023, S.

Kurzzusammenfassung:

Krankenhausträger haben in diesen Tagen wieder zuhauf Bescheide aufgrund der Mindestmengenregelungen nach § 136b SGB V erhalten, wonach mindestmengenrelevante Leistungen im kommenden Jahr nicht bewirkt werden dürfen. Der Beitrag gibt einen Überblick über in diesem Zusammenhang geklärte und offene Rechtsfragen und wagt eine Prognose zur Zukunft der höchst streitanfälligen Mindestmengen.



Dieser Aufsatz ist lizenziert unter den CreativeCommon-Bedingungen CC BY 4.0.  
(abrufbar unter: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.de>)

Anfang Oktober dieses Jahres haben viele Krankenhausträger Post von den Krankenkassenverbänden mit unangenehmem Inhalt erhalten: Mit sog. Widerlegungsbescheiden ist Ihnen mitgeteilt worden, dass sie Leistungen, für die Mindestmengen nach § 136b SGB V festgelegt worden sind, ab dem 01.01.2024 nicht mehr bewirken dürfen. Die Einführungen von Mindestmengen nach § 136b SGB V (A.) bleibt weiterhin ein höchst umstrittenes Feld des Krankenhausrechts. Der jährlich bis zum 7. Oktober erfolgende Erlass von Widerlegungsbescheiden gibt Gelegenheit, einen Überblick über inzwischen geklärte Rechtsfragen zu verschaffen (B.), ungeklärte Rechtsfragen zu diskutieren (C.) und einen Ausblick auf die Zukunft der Mindestmengenregelungen zu wagen (D.).

## A. Einführung

Gemäß § 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V fasst der Gemeinsame Bundesausschuss (G-BA) für zugelassene Krankenhäuser grundsätzlich einheitlich für alle Patientinnen und Patienten Beschlüsse über einen Katalog planbarer Leistungen, bei denen die Qualität des Behandlungsergebnisses von der Menge der erbrachten Leistungen abhängig ist, sowie Mindestmengen für die jeweiligen Leistungen je Arzt und bzw. oder Standort eines Krankenhauses. Der Gesetzgeber hat diesen bereits zuvor in § 137 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 SGB V normierten Auftrag an den G-BA durch das Krankenhausstrukturgesetz<sup>1</sup> zum 01.01.2016 in § 136b SGB V neu gefasst und konkretisiert. Mit dem Gesundheitsversorgungsweiterentwicklungsgesetz<sup>2</sup> haben die gesetzlichen Regelungen zu Mindestmengen in § 136b SGB V ihre heutige Fassung erhalten und stellen sich grundsätzlich wie folgt dar:

Der G-BA benennt in der durch Beschluss aufgestellten Mindestmengenregelung (Mm-R) einen Katalog an Leistungsbereichen, für die er die Tatbestandsvoraussetzungen des § 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V als erfüllt ansieht (iF: Mindestmengenkatalog). Die Leistungen werden grundsätzlich definiert über ihnen zugeordnete OPS-Kodes. Für die Leistungen des Mindestmengenkatalogs wird eine jährliche Mindestmenge festgelegt. Als Bezugspunkt hat der G-BA dabei stets die Leistungsmenge je Standort eines Krankenhauses gewählt. In der ab dem 01.01.2023 wirksamen Fassung der Mm-R sind danach folgende Leistungen mit Mindestmengen definiert:

Leistung	Mindestmenge
Lebertransplantation (inkl. Telleber-Lebendspende)	20

<sup>1</sup> Gesetz zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung vom 10.12.2015, BGBl. I 2229, iF: KHSG.

<sup>2</sup> Gesetz zur Weiterentwicklung der Gesundheitsversorgung vom 11.07.2021, BGBl. I S. 2754, iF: GVWG.

Nierentransplantation (inklusive Lebendspende)	25
Komplexe Eingriffe am Organsystem Ösophagus für Erwachsene	26
Komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas für Erwachsene	20
Allogene Stammzelltransplantation bei Erwachsenen	40
Kniegelenk-Totalendoprothesen	50
Koronarchirurgische Eingriffe	Ohne
Versorgung von Früh- und Reifgeborenen mit einem Aufnahmegewicht von < 1.250g	25
Chirurgische Behandlung des Brustkrebses (Mamma-Ca-Chirurgie)	100
Thoraxchirurgische Behandlung des Lungenkarzinoms bei Erwachsenen	75

Nach § 108 SGB V zugelassenen Krankenhäuser müssen jährlich bis zum 7. August gegenüber den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen für den jeweiligen Standort eine Prognose über das Erreichen der Mindestmenge im Folgejahr abgeben. Die Krankenkassenverbände müssen die Prognose prüfen und bis zum 7. Oktober durch Bescheid widerlegen (§ 136b Abs 5. S. 6). Der Widerlegungsbescheid führt dazu, dass die Leistungen gemäß § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V nicht bewirkt werden dürfen.

## B. Geklärte Rechtsfragen

Die Rechtmäßigkeit der Festlegung von Mindestmengen zur Qualitätssicherung ist inzwischen mehrfach durch das Bundessozialgericht bestätigt.<sup>3</sup> Die gegen das letztgenannte Urteil erhobene Verfassungsbeschwerde ist vom Bundesverfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen worden.<sup>4</sup>

Anfangs stark umstritten waren die formellen und materiellen Anforderungen an die Festlegung einer konkreten Mindestmenge durch den G-BA.<sup>5</sup> Inzwischen hat das Bundessozialgericht diese Anforderungen konkretisiert<sup>6</sup> und der Gesetzgeber hat dies zum Anlass genommen, die Regelungen in § 136b SGB V insbesondere mit dem KHSG und zuletzt mit dem GVWG an die Rechtsprechungsentwicklung anzupassen.<sup>7</sup> Der G-BA verfügt inzwischen über einen hinreichend konkreten gesetzlichen Auftrag. Die zuletzt getroffenen Festlegungen von Mindestmengen halten der gerichtlichen Kontrolle durch das Landessozialgericht Berlin-Brandenburg und durch das Bundessozialgericht stand.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> Vgl. nur BSG, Urt. v. 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R, juris; BSG, Urt. v. 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R, juris.

<sup>4</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.2016 – 1 BvR 292/16, juris; dazu auch *Stollmann*, in: Berchtold/Huster/Rehborn, Gesundheitsrecht, 2. Aufl. 2018, § 136b SGB V Rn. 11 mwN.

<sup>5</sup> Hierzu ausführlich *Klein*, in: jurisPK-SGB V, 4. Aufl. 2020, § 136b Rn. 19.

<sup>6</sup> vgl. nur BSG, Urt. v. 12.9.2012 – B 3 KR 10/12 R, juris; BSG, Urt. v. 18.12.2012 – B 1 KR 34/12 R, juris; BSG, Urt. v. 01.07.2014 – B 1 KR 15/13 R, juris; BSG, Urt. v. 14.10.2014 – B 1 KR 33/13 R, juris; BSG, Urt. v. 27.11.2014 – B 3 KR 1/13 R, juris; BSG, Urt. v. 17.11.2015 – B 1 KR 15/15 R.

<sup>7</sup> Vgl. BT-Drs. 19/26822, S. 89 f.

<sup>8</sup> Aktuell zur Anhebung der Mindestmenge bei Ösophagus-Eingriffen: LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 08.06.2023 – L 1 KR 475/21 KL, juris.

Prozessual hat die Sozialgerichte und die Literatur lange beschäftigt, mit welcher Klageart sich Krankenhäuser gegen Widerlegungsbescheide der Krankenkassenverbände gerichtlich zur Wehr setzen müssen. Bedeutung erlangte dies insbesondere für die Frage der statthafter Antragsart im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes.<sup>9</sup> Das Bundessozialgericht hat auch hier für Klarheit gesorgt: Statthafte Klageart ist allein die gegen den Widerlegungsbescheid gerichtete Anfechtungsklage. Die Erteilung einer „positiven Prognose“ durch die Krankenkassenverbände ist zur Leistungserbringung nicht notwendig, sodass hierauf gerichtete Verpflichtungs-, Leistungs- oder Feststellungsanträge der Krankenhäuser nicht erforderlich (und damit mangels Rechtsschutzbedürfnisses wohl unzulässig) sind.<sup>10</sup>

Da der Gesetzgeber mit dem GVWG in § 136b Abs. 5 S. 10 SGB V festgelegt hat, dass Klagen gegen Widerlegungsbescheide ab der Prognose für das Jahr 2023 keine aufschiebende Wirkung haben, ist im einstweiligen Rechtsschutzverfahren nunmehr der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG die statthafte Antragsart.

Schließlich hat das Sozialgericht Schwerin zuletzt entschieden, dass § 136b Abs. 5 SGB V für konkurrierende Krankenhäuser keine drittschützende Wirkung hat und ein Krankenhaus deshalb nicht gegen die positive Prognoseentscheidung der Krankenkassenverbände gegenüber einem anderen Krankenhaus (also das Unterlassen des Erlasses eines Widerlegungsbescheides) vorgehen kann.<sup>11</sup> Dies liegt richtigerweise auf der Linie der Rechtsprechung zu den Rechtsschutzmöglichkeiten gegen krankenhauserplanerische Entscheidungen: Ein subjektives Recht darauf, dass der Staat konkurrierende Krankenhäuser von der Leistungserbringung ausschließt, besteht grundsätzlich nicht.<sup>12</sup>

## **C. Streitige Rechtsfragen**

### **I. Fehlen eines materiellen Ausnahmetatbestands**

Bislang weitgehend unkritisch gesehen wird, dass mit dem GVWG die Befugnis des G-BA nach § 136b Abs. 3 S. 1 SGB V a.F. gestrichen wurde, Ausnahmetatbestände nach § 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V a.F. vorzusehen, um unbillige Härten insbesondere bei nachgewiesener, hoher Qualität unterhalb der festgelegten Mindestmenge zu vermeiden. Das LSG Berlin-Brandenburg hat zuletzt auf entsprechenden Vorhalt der gegen die Mindestmengenregelung zu Ösophagus-Eingriffen klagenden Krankenhäuser nur festgestellt, dass mit § 136b Abs. 5a S. 1

---

<sup>9</sup> Vgl. nur *Ulmer*, SGB 2020, 581, 585.

<sup>10</sup> BSG, Urt. v. 25.03.2021 – B 1 KR 16/20 R, juris-Rn. 9 ff.

<sup>11</sup> SG Schwerin, Beschl. v. 18.01.2023 – S 25 KR 167/22 ER, juris.

<sup>12</sup> BVerwG, Urt. v. 25. 9. 2008 – 3 C 35/07 –, MedR 2009, 102.

SGB V weiter ein (gesetzlicher) Ausnahmetatbestand bestehe. Im Übrigen hat es auf getroffene Übergangsregelungen verwiesen.<sup>13</sup>

Damit springt das LSG Berlin-Brandenburg hier in der Begründung kürzer, als es notwendig gewesen wäre. Denn die Streichung der Befugnis zur Festlegung von Ausnahmetatbeständen ist insofern von nicht unerheblicher Relevanz, als das Bundesverfassungsgericht seinen Nichtannahmebeschluss vom 06.10.2016 gerade auch darauf gestützt hatte, dass eine gesetzliche Befugnis zur Festlegung von Ausnahmetatbeständen und Übergangsregelungen bestehe, um unbillige Härten insbesondere bei nachgewiesener hoher Qualität unterhalb der festgelegten Mindestmenge zu vermeiden. Diese Regelung diene nach der Gesetzesbegründung gerade dazu, grundrechtsrelevante Erwerbsinteressen der Krankenhäuser angemessen zu schützen.<sup>14</sup> Dieser tragende Baustein der Beschlussbegründung entfällt. Übergangsregelungen allein können dies nicht auffangen. Denn sie geben den betroffenen Krankenhäusern nur zusätzliche Zeit, die festgelegte Mindestmenge zu erreichen. Sie ermöglichen es aber nicht, aufgrund nachgewiesener hoher Qualität auch dann weitere Leistungen zu erbringen, wenn die festgelegte Mindestmenge auch nach Ablauf der Übergangsregelungen nicht erreicht wird. Auch der Ausnahmetatbestand des § 136b Abs. 5a S. 1 SGB V schafft insofern keine Abhilfe. Danach kann die für die Krankenhausplanung zuständige Landesbehörde, Leistungen aus dem Mindestmengenkatalog bestimmen, bei denen das Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 und 2 SGB V die Sicherstellung einer flächendeckenden Versorgung der Bevölkerung gefährden könnte. Der Ausnahmetatbestand setzt also nicht an dem Tatbestandsmerkmal der nachgewiesenen hohen Qualität an, sondern dient allein der Versorgungssicherheit. Die Streichung der Befugnis zur Festlegung von Ausnahmetatbeständen in § 136b Abs. 3 S. 1 SGB V a.F. führt also dazu, dass anders als zuvor Krankenhäuser, die Leistungen des Mindestmengenkatalogs nachgewiesenermaßen in gleicher Qualität erbringen wie Krankenhäuser, die die festgelegte Mindestmenge erreichen, von der Leistungserbringung ausgeschlossen werden.

Angesichts dessen wäre vom Landessozialgericht eine vertiefte Auseinandersetzung mit dem Argument fehlender Ausnahmetatbestände zu erwarten gewesen. Im Ergebnis erscheint dieses Argument gleichwohl nicht als durchgreifend. Zwar gibt es Fälle, in denen Krankenhäuser trotz Unterschreitung der Mindestmenge eine vergleichbare und teilweise höhere Qualität nachweisen können. Und dies sogar anhand derjenigen Qualitätskriterien, die der G-BA seinem

---

<sup>13</sup> vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 08.06.2023 – L 1 KR 475/21 KL, juris-Rn. 108.

<sup>14</sup> BVerfG, Beschl. v. 06.10.2016 – 1 BvR 292/16, juris-Rn. 23.

Beschluss über die konkret festzulegende Mindestmenge jeweils zugrunde gelegt hat. Wäre dies aber hinreichend, um eine Ausnahme vom Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 und 2 SGB V zu erwirken, liefe die gesetzgeberische Konzeption der Mindestmenge als Instrument der Qualitätssicherung ins Leere. Denn diese beruht gerade auf einer typisierenden Betrachtung und würde durch notwendige Einzelfallprüfungen unterlaufen. Auch systematisch begegnet ein auf dem Nachweis hinreichender Qualität im Einzelfall beruhender Ausnahmetatbestand Bedenken. Damit würde unterhalb der Mindestmenge für alle Krankenhäuser, die die festgelegten Qualitätsanforderungen erfüllen, eine zweite Zugangsschwelle geschaffen. Wenn aber Qualitätsanforderungen allgemein definiert werden können, die im Regelfall auch bei geringerer Leistungsmenge zu einer hinreichenden Qualität des Behandlungsergebnisses führen, dann stellt diese Feststellung schon die Festsetzung der regelhaften Mindestmenge durch den G-BA in Frage.<sup>15</sup>

Ein Ausnahmetatbestand zur Vermeidung „unbilliger Härten“ im Sinne des § 136b Abs. 3 S. 1 SGB V a.F. müsste also an andere oder jedenfalls weitere Kriterien als nur an der Behandlungsqualität anknüpfen. Als solche kommen in der Tat die wirtschaftliche Situation der betroffenen Krankenhäuser und die Versorgungssicherheit in Betracht. Auswirkungen neuer Mindestmengen auf die wirtschaftliche Situation betroffener Krankenhäuser werden durch Übergangsregelungen abgemildert, die der G-BA regelmäßig in der Mm-R festlegt. Die Versorgungssicherheit kann durch Ausnahmebeschlüsse der zuständigen Landesbehörde nach § 136b Abs. 5a SGB V gewahrt werden.

## **II. Begründete erhebliche Zweifel, Darlegungslast und Anhörung**

Nach § 136b Abs. 5 S. 6 SGB V müssen die Landesverbände der Krankenkassen und die Ersatzkassen für Krankenhausstandorte in ihrer Zuständigkeit ab der Prognose für das Kalenderjahr 2023 bei begründeten erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit die vom Krankenhausträger getroffene Prognose durch Bescheid widerlegen. Da ein Ermessen den Krankenkassenverbänden nicht eingeräumt ist, ist maßgeblich für die materielle Rechtmäßigkeit des Widerlegungsbescheids die Frage, ob begründete erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der vom Krankenhausträger getroffenen Prognose bestehen.

Das (einzige) Tatbestandsmerkmal „begründete erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Prognose“ schafft aus sich heraus wenig Klarheit. Das Gesetz gibt im Übrigen in § 136b Abs.

---

<sup>15</sup> So im Ergebnis auch *Klein*, in: jurisPK-SGB V, 4. Aufl. 2020, § 136b Rn. 24.5, der davon ausgeht, dass gleiche Behandlungsqualität bei Leistungen unterhalb der Mindestmenge statistisch als „zufällig gut“ zu bewerten wäre.

5 S. 4 SGB V nur den Hinweis, dass für das Krankenhaus eine berechtigte mengenmäßige Erwartung hinsichtlich des Erreichens der erforderlichen Mindestmenge in der Regel vorliegt, wenn das Krankenhaus im vorausgegangenen Kalenderjahr die maßgebliche Mindestmenge erreicht hat. Da es sich aber nur um eine Regelvermutung handelt, können im Einzelfall auch bei Erreichen der Mindestmenge im Vorjahr begründete erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Prognose für das Folgejahr bestehen. Im Umkehrschluss ist durch die Formulierung in § 136b Abs. 5 S. 4 SGB V klargestellt, dass begründete erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der Prognose nicht allein darauf beruhen können, dass die Mindestmenge im relevanten Vorjahreszeitraum nicht erreicht worden ist.<sup>16</sup>

Eine Konkretisierung erfährt das Tatbestandsmerkmal des § 136b Abs. 5 S. 4 SGB V in der Mindestmengenregelung des G-BA. Einen ersten Anhaltspunkt bieten die Vorgaben des § 4 Abs. 2 S. 2 bis 4 Mm-R, wonach die voraussichtliche Leistungsentwicklung vom Krankenhausträger unter Berücksichtigung der Leistungsmenge des vorausgegangenen Kalenderjahres und der letzten vier Quartale vor der Prognose, sowie personeller Veränderungen und struktureller Veränderungen zu begründen sind. Der Krankenhausträger kann weitere Umstände zur Begründung der berechtigten mengenmäßigen Erwartung heranziehen. Ein solcher weiterer Umstand ist die COVID-19-Pandemie.

Gemäß § 4 Abs. 4 S. 2 Mm-R liegen begründete erhebliche Zweifel an der Richtigkeit der vom Krankenhausträger getroffenen Prognose in der Regel vor, wenn auch unter Berücksichtigung dieser vorgenannten Begründungselemente konkrete, objektive Umstände der Richtigkeit der getroffenen Prognose widersprechen und die Mindestmenge im vorausgegangenen Kalenderjahr nicht erreicht wurde. Dabei handelt es sich um das der Prognose vorausgehende Kalenderjahr.<sup>17</sup> Das gilt auch dann, wenn in den der Prognose vorausgehenden vier Quartalen die Leistungsmenge erreicht wurde und sich die Prognose ausschließlich darauf stützt.

Aus alledem wird zunächst deutlich, dass der Krankenhausträger eine begründete Prognose abgeben muss. Kann sich diese nicht auf das Erreichen der Mindestmenge im vorangegangenen Kalenderjahr stützen, sind weitere Begründungselemente vorzubringen. Eine Prognose ins Blau hinein führt regelhaft zum Vorliegen begründeter erheblicher Zweifel. Der Krankenhausträger kann neben der Leistungsmenge aus den relevanten vorausgegangenen Zeiträumen gemäß § 4 Abs. 2 S. 3 Mm-R weitere Umstände zur Begründung der Prognose heranziehen. Privilegiert sind dabei personelle und strukturelle Verändern.

---

<sup>16</sup> So auch LSG Schleswig-Holstein, Beschl. v. 26.01.2023 – L 10 KR 125/22 B ER, juris-Rn. 29.

<sup>17</sup> vgl. LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 16.06.2020 – L 16 KR 64-20, juris-Rn. 28.

Legt der Krankenhausträger eine nach diesem Maßstab begründete Prognose vor, so folgt aus dem Tatbestandsmerkmal „begründete erhebliche Zweifel“ eine erhöhte Darlegungs- und Begründungslast der Krankenkassenverbände. Denn an die Widerlegung der begründeten Prognose des Krankenhausträgers sind damit Anforderungen gestellt, die über einfache Zweifel hinausgehen. Die Zweifel müssen vielmehr erheblich sein, also von bedeutendem Ausmaß. Wenn diese erheblichen Zweifel zudem „begründet“ sein müssen, so ist dem zu entnehmen, dass die Krankenkassenverbände ihre bestehenden Zweifel objektivieren müssen. Den Krankenkassenverbänden wird damit abverlangt, die jeweilige Begründung der Prognose durch den Krankenhausträger konkret durch objektive Umstände zu entkräften.

Hinzu kommt, dass die Krankenkassenverbände als Behörden die Amtsermittlungspflicht des § 20 SGB X trifft. Es reicht danach nicht aus, die von dem Krankenhausträger dargelegten Umstände begründet anzuzweifeln. Es besteht hier vielmehr ein Über-/Unterordnungsverhältnis, in dem die Krankenkassenverbände nach § 20 SGB X die Pflicht trifft, den ihrer Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt aufzuklären und bei verbleibenden Unklarheiten den Krankenhausträger hierzu anzuhören.<sup>18</sup> Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts muss der Krankenhausträger vor Erlass des Widerlegungsbescheids Gelegenheit erhalten, erkennbar unvollständige oder unplausible Angaben zu konkretisieren.<sup>19</sup>

Es bleibt damit festzuhalten, dass die Anforderungen an die Widerlegung der Prognose der Krankenhausträger umso höher sind, je substantiierter der Krankenhausträger diese begründet. Verbleibende Zweifel an der Sachverhaltsdarstellung und insbesondere an der vorgebrachten konkreten Begründung können dem Krankenhausträger erst dann zum Nachteil gereichen und die Widerlegung der Prognose stützen, wenn die Krankenkassenverbände den Krankenhausträger hierzu angehört und ggf. Ermittlungen angestellt haben. Dieses Prüfprogramm stellt die Krankenkassenverbände derzeit noch vor erhebliche Herausforderungen.

### **III. Reichweite des Leistungserbringungsverbots**

Erlassen die Krankenkassenverbände gegenüber einem Krankenhausträger einen Widerlegungsbescheid, ist die Rechtsfolge nach § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V ein Leistungserbringungsverbot. Entsprechende Leistungen dürfen nicht bewirkt werden. Der Verstoß gegen das Leistungserbringungsverbot wird sanktioniert mit einem weitergehenden

---

<sup>18</sup> So auch LSG Niedersachsen-Bremen, Urt. v. 16.06.2020 – L 16 KR 64-20, juris-Rn. 31.

<sup>19</sup> BSG, Urt. v. 25.03.2021 – B 1 KR 16/20 R, juris-Rn. 29.



Vergütungsausschluss nach § 136b Abs. 5 S. 2 SGB V. Einem Krankenhaus, das die Leistungen dennoch bewirkt, steht kein Vergütungsanspruch zu und zwar nicht nur für den jeweiligen OPS-Kode, sondern insgesamt für den abzurechnenden stationären Fall.<sup>20</sup>

Die genaue Reichweite des Leistungserbringungsverbots des § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V lässt sich dem Wortlaut der Norm nicht entnehmen. Klar ist, dass die mindestmengenrelevanten Leistungen („entsprechende Leistungen“) nicht mehr regelhaft zulasten der Gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werden dürfen. Mit der Bezugnahme auf „planbare Leistungen“ schränkt der Wortlaut das Leistungserbringungsverbot hinsichtlich ungeplanter Leistungen ein – damit bleibt die Leistungserbringung in Notfällen zulässig. Gemäß § 4 Abs. 5 S. 3 Mm-R gilt dies auch in Fällen, in denen die Verlegung des Patienten in ein Krankenhaus, das die Mindestmenge erfüllt, medizinisch nicht vertretbar ist.

Unklar ist, ob die Leistungserbringung auch gegenüber Selbstzahlern ausgeschlossen ist. § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V nimmt Bezug auf die nach § 136b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGB V erforderliche Mindestmenge und „entsprechende Leistungen“. Die Mindestmenge gilt nach § 136b Abs. 1 S. 1 SGB V einheitlich für alle Patientinnen und Patienten. Nach § 3 Abs. 2 S. 2 Mm-R werden zur Berechnung der Leistungsmenge alle Leistungen unabhängig von dem für die erbrachte Leistung zuständigen Kostenträger, dem Versicherungsträger und den bestehenden Versicherungsverhältnissen der Patientinnen und Patienten berücksichtigt.

Daraus ließe sich der Schluss ziehen, dass auch das Leistungserbringungsverbot nach § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V sich auf alle Patienten unabhängig davon bezieht, gegenüber wem das Krankenhaus die Leistung abrechnet. Ein solches bundesgesetzliches Verbot der Erbringung von medizinischen Leistungen außerhalb der Gesetzlichen Krankenversicherung erscheint jedoch aus mehreren Gründen problematisch.

Zunächst wäre eine solche Regelung im SGB V systemfremd. Denn das SGB V regelt die Rechte und Pflichten im Verhältnis der Versicherten zu den Krankenkassen und den Krankenkassen zu den Krankenhäusern als Leistungserbringern, nicht aber die privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zwischen Krankenhäusern und ihren Patienten.

Weiter würde mit einer solchen bundesgesetzlichen Regelung der landesrechtlich festgelegte Versorgungsauftrag des Krankenhauses eingeschränkt. Mit dem krankenhausesplanerischen Feststellungsbescheid nach § 8 KHG iVm der jeweiligen landesrechtlichen Norm (etwa § 16 KHGG NRW) wird verbindlich festgestellt, welche Leistungen von dem Krankenhaus erbracht

---

<sup>20</sup> Vgl. BT-Drs. 18/5372, S. 86; *Becker*, in: *Becker/Kingreen, SGB V*, 8. Aufl. 2022, § 136b Rn. 11.

werden dürfen und welche nicht. Die Entscheidung hierüber ist nach bundesgesetzlicher Anordnung in den §§ 6 Abs. 1, 8 KHG in die Planungshoheit der Länder gestellt.

Zwar ist der landesrechtlich erteilte Versorgungsauftrag nach §§ 108 Nr. 2, 109 Abs. 1 S. 2, Abs. 4 SGB V Ausgangspunkt der Zulassung zur Krankenhausbehandlung der Versicherten der Gesetzlichen Krankenversicherung. Er ist im Übrigen aber zu unterscheiden von dem hierfür nach § 109 Abs. 4 SGB V relevanten Versorgungsvertrag. Zugelassene Krankenhäuser dürfen deshalb Leistungen außerhalb des Versorgungsvertrages aber innerhalb des Versorgungsauftrages erbringen. Sie dürfen diese nur nicht zulasten – also auf Kosten – der Gesetzlichen Krankenkassen erbringen.

Vor diesem Hintergrund könnte sich auch die in § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V gebrauchte Formulierung „*nicht bewirken*“ erklären. Sie unterscheidet sich von dem sonst im Krankenhausrecht und Recht der Gesetzlichen Krankenversicherung üblichen Terminus „*erbringen*“ und findet sich – soweit ersichtlich – prominent nur noch in § 12 Abs. 1 S. 2 SGB V. Danach dürfen Leistungen, die nicht notwendig oder unwirtschaftlich sind, durch Leistungserbringer nicht „*bewirkt*“ werden. Hinsichtlich solcher medizinisch nicht notwendigen Leistungen ist aber unbestritten, dass diese als sog. medizinische Wahlleistungen nach § 17 KHEntgG als Selbstzahlerleistung erbracht werden dürfen.<sup>21</sup> „*Bewirken*“ ist etwas anderes als „*Erbringen*“ und deutet wohl auf die mit der Leistungserbringung in solchen Fällen gleichzeitig eintretende Erfüllung der Verpflichtung des zugelassenen Krankenhauses zur Versorgung der Versicherten mit Krankenhausbehandlung nach § 109 Abs. 4 S. 2 SGB V hin. Jedenfalls ergibt sich aus der systematischen Auslegung, dass eine Leistung, die nach den Vorschriften des SGB V nicht bewirkt werden darf, durch Leistungserbringer durchaus im Wege der privatrechtlichen Vereinbarung mit Patienten vereinbart und erbracht werden darf.

Das Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V gilt damit nach hiesiger Auffassung nicht für Leistungen, die nicht zulasten der Gesetzlichen Krankenversicherung erfolgen.

#### **IV. Vergütung von Leistungen nach Aufhebung eines Widerlegungsbescheids**

Nach der mit dem GVWG umgesetzten gesetzgeberischen Konzeption des Rechtsschutzes gegen Widerlegungsbescheide der Krankenkassenverbände hat die Anfechtungsklage gegen den Widerlegungsbescheid nach § 136b Abs. 5 S. 11 SGB V keine aufschiebende Wirkung. Damit gilt das Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V mindestens bis zu

---

<sup>21</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 16.10.2014 – III ZR 85/14, NJW 2015, 1375, 1376; *Clausen*, in: Clausen/Makoski, GOÄ/GOZ, § 17 KHEntgG Rn. 19.

einer etwaigen Anordnung der aufschiebenden Wirkung im Einstweiligen Rechtsschutzverfahren.

Für Leistungen nach rechtskräftiger Aufhebung des Widerlegungsbescheids (ggf. durch Urteil) ist klar, dass diese erbracht werden dürfen und von den Krankenkassen vergütet werden müssen. Eine solche Konstellation ist aber unwahrscheinlich, weil sie den Abschluss eines sozialgerichtlichen Verfahrens binnen eines Jahres voraussetzt. Ergeht eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 86b Abs. 1 S. 1 Nr. 2 SGG, so herrscht Einigkeit darüber, dass Leistungen ab diesem Zeitpunkt bis zum Ende der aufschiebenden Wirkung durch Abschluss des Verfahrens erbracht werden dürfen, vergütet werden müssen und diese Vergütung auch bei Abweisung der Anfechtungsklage nicht zurückverlangt werden darf.<sup>22</sup>

Durch das GVWG ist mit § 136b Abs. 5 S. 11 SGB V aber eine Zeitspanne zwischen Wirksamkeit des Widerlegungsbescheids und etwaiger gerichtlicher Anordnung der aufschiebenden Wirkung der erhobenen Anfechtungsklage geschaffen worden, in der das Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V Geltung beanspruchen kann. Nach hier vertretener Auffassung könnten Leistungen in diesem Zeitraum als Selbstzahlerleistungen erbracht werden. Mit Aufhebung des Widerlegungsbescheids durch Urteil nach § 131 Abs. 1 SGG tritt der Zustand vor dessen Erlass wieder ein. Die Aufhebung wirkt grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Erlasses zurück.<sup>23</sup> Damit wären die erbrachten Leistungen nicht mehr vom Leistungserbringungsverbot des § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V erfasst und auch nachträglich durch die Krankenkassen zu vergüten. Daran änderte sich grundsätzlich auch nichts, würde man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgehen, dass nach § 136b Abs. 5 S. 1 SGB V die entsprechenden Leistungen überhaupt nicht erbracht werden dürften. Zu diskutieren wäre allenfalls, ob der Geltendmachung von Vergütungsansprüchen durch die Krankenhäuser gegen Krankenkassen die vermeintlich gesetzeswidrige Leistungserbringung entgegensteht. Dies ist aber selbst dann nicht der Fall, wenn man von einem umfassenden Leistungserbringungsverbot ausgeht. Denn mit einem den Widerlegungsbescheid aufhebenden Urteil verbindet sich die Feststellung dessen Rechtswidrigkeit. Der Widerlegungsbescheid hätte nie erlassen werden dürfen. Gesetzeswidrig hätten daher im Ausgangspunkt die Krankenkassenverbände gehandelt. Sie können dem Krankenhaus dann nicht bei der Geltendmachung einer entsprechenden Vergütung ein vermeintlich gesetzeswidriges Handeln entgegenhalten. Im Zeitraum zwischen Klageerhebung und Anordnung der aufschiebenden Wirkung erbrachte Leistungen sind deshalb

---

<sup>22</sup> Vgl. nur *Becker*, in: *Becker/Kingreen*, SGB V, § 136b Rn. 11 mwN.

<sup>23</sup> Vgl. *Hintz*, in: *BeckOK Sozialrecht*, § 131 SGG Rn. 2 mwN.

nach stattgebendem Urteil nachträglich zu vergüten, ohne dass es dabei auf die Voraussetzungen eines (Vollzugs-)Folgenbeseitigungsanspruchs ankäme.

#### **D. Ausblick und Thesen**

Es lässt sich festhalten, dass sämtliche Beteiligte vom Erlass einer Mindestmengenregelung durch den G-BA bis hin zum Erlass eines Widerlegungsbescheids inzwischen eine gewisse Übung erlangt haben. Auch sind wesentliche Rechtsfragen in diesen Zusammenhängen durch das Bundessozialgericht geklärt. Grundsätzlich wäre deshalb zu erwarten, dass der Diskussionsbedarf und die rechtlichen Auseinandersetzungen in naher Zukunft nachlassen werden.

Das erscheint aus folgenden Gründen jedoch als eine zu optimistische Prognose:

- Einen relevanten Effekt haben die Mindestmengenregelungen noch nicht in allen Bereichen erzielt. Anhand der sog. Mindestmengentransparenzliste des AOK Bundesverbandes<sup>24</sup> lässt sich nachvollziehen, dass weiterhin eine Vielzahl von Krankenhäusern mindestmengenrelevante Leistungen erbringen dürfen, obwohl die Mindestmengen bislang nicht erreicht worden sind. Zuzugestehen ist, dass dies schwerpunktmäßig Leistungsbereiche betrifft, in denen erst kürzliche Mindestmengen eingeführt oder erhöht worden sind. Gleichwohl wird dies in den nächsten Jahren noch zu einer Vielzahl an rechtlichen Auseinandersetzungen führen.
- Die Anforderungen der Rechtsprechung an die Anhörungs- und Ermittlungspflichten der Krankenkassenverbände sind zwar gut begründet und deshalb berechtigt, sie können nicht selten, aber kaum oder nur mit äußerst hohem Aufwand erfüllt werden. Das führt entweder dazu, dass Widerlegungsbescheide im gerichtlichen Verfahren aufgehoben werden oder dazu, dass Krankenkassenverbände im Zweifel von dem Erlass eines Widerlegungsbescheids absehen müssen. Dies spricht dafür, dass die Mindestmengenregelungen in der heutigen Form in rechtlicher Hinsicht aufgrund von Durchsetzungsdefiziten ein wenig geeignetes Instrument zur Qualitätssicherung darstellen.

---

<sup>24</sup> <https://www.aok.de/pp/hintergrund/mindestmengen/mindestmengen-transparenzkarte-2023/> (Stand: 20.10.2023)

- Die aktuelle Regelung schließt weiterhin Krankenhäuser von der Versorgung aus, die nachweisbar hohe Qualität vorhalten, aber die Mindestmenge (knapp) verfehlen. Das ist – wie aufgezeigt – rechtlich nicht unproblematisch, vor allem aber versorgungspolitisch misslich. Es ist nicht absehbar, dass Krankenhausträger sich mit dieser Situation schlicht abfinden, weil zumeist die mindestmengenrelevanten Leistungen auch finanziell attraktiv sind und damit zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser beitragen.
- Der Trend geht hin zu einer qualitätsorientierten Krankenhausplanung in den Ländern. Nordrhein-Westfalen befindet sich bereits in der Umsetzung.<sup>25</sup> Auf Bundesebene wird hierzu ebenfalls intensiv diskutiert. Mindestmengen sollen einen Qualitätsstandard für die jeweilige Leistung sichern, der nicht unterschritten werden darf. Eine qualitätsorientierte Krankenhausplanung könnte Mindestmengenregelungen deshalb mittelfristig ersetzen. Dies würde die Möglichkeit schaffen, echte Qualitätskriterien anstatt der nur mittelbar hergeleiteten Mindestmenge zu formulieren und wäre damit rechtlich wie versorgungspolitisch eine gute Nachricht.

---

<sup>25</sup> Vgl. dazu nur *Bäune/Götz/Ströttchen*, MedR 2023, 188.