

## L 4 KR 117/19 B ER

Land  
Freistaat Bayern  
Sozialgericht  
Bayerisches LSG  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG München (FSB)  
Aktenzeichen  
S 44 KR 4442/18 ER  
Datum  
18.02.2019  
2. Instanz  
Bayerisches LSG  
Aktenzeichen  
L 4 KR 117/19 B ER  
Datum  
25.07.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Beschluss  
Leitsätze

1. Ein Krankenhausträger kann in einem Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht die Feststellung erreichen, dass er im Fall einer künftigen rechtskräftigen Abweisung einer Klage gegen eine Entscheidung nach [§ 136b Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) von den Krankenkassen geleistete Vergütungen für entsprechende Leistungen, die vor Abschluss des Klageverfahrens erbracht wurden, nicht zu erstatten hat. Die Frage, ob die aufschiebende Wirkung einer solchen Klage rückwirkend oder nur ex nunc entfällt, ist zu klären, wenn Krankenkassen derartige Erstattungsansprüche tatsächlich geltend machen.
  2. Ein Feststellungsantrag ist im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht statthaft.
  3. Vorbeugender Rechtsschutz kann in zulässiger Weise nur in Anspruch genommen werden, wenn hierfür ein besonderes oder qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis besteht. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für vorbeugenden Rechtsschutz besteht nur, wenn die Verweisung auf nachträglichen Rechtsschutz – einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes – unzumutbar ist. Dies gilt in besonderem Maße für das Begehren nach vorläufigem vorbeugenden Rechtsschutz.
- I. Die Beschwerde gegen den Beschluss des Sozialgerichts München vom 18.02.2019 wird zurückgewiesen.

II. Die Antragstellerin hat auch die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu tragen.

III. Der Streitwert wird auf 248.500,- Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin begehrt im Rahmen eines einstweiligen Rechtsschutzverfahrens die Feststellung, dass sie im Kalenderjahr 2019 bis längstens zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache berechtigt sei, bei Versicherten der Krankenkassen der Antrags- und Beschwerdegegnerinnen gegen Vergütung Leistungen aus dem Leistungsbereich "Komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas" gemäß der Mindestmengenregelung (Mm-R) des Gemeinsamen Bundesausschusses (G-BA) zu erbringen.

Die von der Antragstellerin getragene chirurgische Klinik ist mit insgesamt 170 Planbetten der Fachrichtung Chirurgie in den Krankenhausplan des Freistaats Bayern aufgenommen. Sie erbringt nach ihrem eigenen Vortrag seit mindestens 10 Jahren Eingriffe am Organsystem Pankreas. In der am 20.06.2018 zwischen den Beteiligten nach § 11 Abs. 1 Krankenhausentgeltgesetz (KHEntgG) und § 11 Abs. 1 Bundespflegesatzverordnung (BpflV) geschlossenen Pflegesatzvereinbarung haben die Parteien unter § 19 Nr. 7 Folgendes vereinbart: "Die Voraussetzung (Fallzahl) für die Mindestmengenregelung Pankreas kann in 2018 nicht erfüllt werden und kann somit von der Klinik auch nicht zur Abrechnung gebracht werden."

Am 10.07.2018 hat die Antragstellerin den Antragsgegnerinnen mittels elektronischer Übermittlung des Formulars für die Prognosedarlegung im Jahr für 2019 ihre Prognose für das Leistungsjahr 2019 u.a. in dem Leistungsbereich "Komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas" mitgeteilt. Hierfür hat sie die Leistungsmenge gemäß §§ 3 und 4 Mm-R im Jahr 2017 mit 5 und die Leistungsmenge in den letzten 2 Quartalen 2017 und in den ersten 2 Quartalen 2018 mit insgesamt 6 beziffert. In der Spalte "Prognose der Leistungsmenge für 2019" hat sie "10" angegeben. Mit Schreiben vom 13.07.2018 hat die Antragstellerin diese Prognosedarlegung näher begründet und ausgeführt, insgesamt seien für 2018 eine Gesamtzahl von 16 OPS-relevanten Eingriffen am Organsystem Pankreas zu erwarten. Gestützt werde diese Annahme durch die aktuelle, auch digitale Ausweitung der interdisziplinären Tumorkonferenz und die Akquise von neuen Einweisern mit onkologischem Schwerpunkt. Darüber hinaus seien Anfang 2018 auch erstmals Fortbildungen zum Thema neoadjuvante

Chemotherapie und Downgrading beim Pankreaskarzinom mit der Frage der Operabilität in Zusammenarbeit mit dem Onkologen-Netzwerk und dem RPTC erfolgt. Aus diesen Gründen gehe die Antragstellerin für 2019 von der Erreichung der Mindestmengen für Eingriffe am Pankreas aus.

Mit Bescheid vom 09.08.2018 befanden die Antragsgegnerinnen, dass sie aufgrund der mit Schreiben der Antragstellerin vom 13.07.2018 mitgeteilten Mindestmengen-Prognose für das Leistungsjahr 2019 unter Abwägung aller Umstände zu dem Ergebnis gekommen seien, dass eine berechnete mengenmäßige Erwartung der erforderlichen Mindestmenge in Höhe von 10 komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas nicht vorliege. Deshalb dürfe die Antragstellerin ab 01.01.2019 entsprechende Leistungen nicht bewirken. Würden solche Leistungen dennoch bewirkt, bestehe gemäß [§ 136b Abs. 4 Satz 1](#) und 2 SGB V und § 4 Abs. 4 Mm-R kein Vergütungsanspruch. Zur Begründung der Entscheidung haben die Antragsgegnerinnen im Wesentlichen ausgeführt, die erforderliche Mindestmenge von 10 Eingriffen werde in den beiden in § 4 Abs. 2 Nummer 1 und 2 Mm-R als prognoserelevant festgelegten Zeiträumen nicht erfüllt. Den Ausführungen der Antragstellerin hinsichtlich weiterer Umstände zur Begründung der berechtigten mengenmäßigen Erwartungen habe unter Abwägung aller Umstände nicht gefolgt werden können. Weder die digitale Ausweitung der interdisziplinären Tumorkonferenz, die Akquise von neuen Einweisungen noch die erstmaligen Fortbildungen im Jahr 2018 ließen darauf schließen, dass im Hause der Antragstellerin tatsächlich die erforderliche Anzahl an Eingriffen im Leistungsjahr 2019 erbracht werde. Da auch Ausnahmetatbestände oder Übergangsregelungen im Sinne der § 6, 7 oder 8 Mm-R nicht erfüllt würden, dürften die entsprechenden Leistungen ab dem 01.01.2019 nicht bewirkt werden.

Dagegen hat die Antragstellerin am 07.09.2018 Klage zum Sozialgericht München (SG) erhoben und beantragt, den Bescheid der Beklagten vom 09.08.2018 aufzuheben sowie die Beklagte zu verurteilen, der Klägerin mitzuteilen, dass für das Leistungsjahr 2019 eine berechnete mengenmäßige Erwartung der erforderlichen Mindestmenge in Höhe von 10 komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas vorliege. Das Hauptsacheverfahren ist unter dem Aktenzeichen S 44 KR 1411/18 anhängig.

Am 21.12.2018 hat die Antragstellerin einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz beim SG gestellt. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Auffassung der Antragsgegnerinnen, die Antragstellerin sei nicht berechtigt, im Jahr 2019 Eingriffe am Organsystem Pankreas vorzunehmen, sei falsch, weil die Antragstellerin im Kalenderjahr 2018 ausweislich der aktualisierten Fallzahlen-Aufstellung vom 15.10.2018 (Anlage AS 7) sowie der eidesstattlichen Versicherung des Chefarztes Prof. Dr. M. vom 21.12.2018 (Anlage AS 2) mit insgesamt 11 Eingriffen die Mindestmenge von 10 Eingriffen erbracht habe. Die Prognose für 2019 sei daher zwingend positiv. Die von dem Krankenhausträger gemäß [§ 136b Abs. 4 SGB V](#) verpflichtend abzugebende Prognose werde in Satz 3 der Vorschrift legaldefiniert. Der Leistungserbringer müsse seine berechtigten mengenmäßigen Erwartungen dahingehend, dass die Mindestmenge im jeweils nächsten Kalenderjahr voraussichtlich erfüllt werde, plausibel darstellen. Satz 4 gebe dazu als gesetzlich normiertes Regelbeispiel vor, dass von einer solchen Erwartung dann auszugehen sei, wenn im vorausgegangenen Kalenderjahr die Mindestmenge erreicht worden sei. Nach der gesetzlichen Regelung gelte also: Werde bis zum 31.12.2018 die erforderliche Mindestmenge erreicht, sei die positive Prognose für das Jahr 2019 gegeben und das Krankenhaus dürfe ab dem 01.01.2019 die entsprechenden Leistungen erbringen. So liege der Fall hier. Im Übrigen werde vorsorglich darauf hingewiesen, dass die §§ 4 und 5 Mm-R (i.d.F. vom 20.12.2005, zuletzt geändert am 17.05.2018) wegen der Übergangsregelung in § 10 Abs. 1 Mm-R im Hinblick auf die Leistungsprognose für 2019 noch nicht zur Anwendung kämen. Denn gemäß § 10 Abs. 1 Mm-R gälten für die Darlegung der Prognose im Jahr 2018 die gesetzlichen Vorschriften zunächst ohne die spezifizierenden Vorgaben der §§ 4 und 5 Mm-R weiter. Diese Regelungen fänden damit erst ab dem Jahr 2019, mithin für die Prognose für das Jahr 2020, Anwendung. Für die Leistungsberechtigung ab dem 01.01.2019 reiche es mithin aus, wenn das Krankenhaus im Vorjahr 2018 die erforderliche Mindestmenge erreicht habe.

Die Antragstellerin unterliege im Ergebnis im Hinblick auf die Erbringung von komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas keinem Leistungserbringungsverbot. Ein Anordnungsanspruch sei damit gegeben. Der Anordnungsgrund ergebe sich daraus, dass im Hinblick auf den anstehenden Jahreswechsel sofort geklärt werden müsse, ob das Krankenhaus der Antragstellerin entgegen der Rechtsauffassung der Antragsgegnerinnen die Leistung dennoch erbringen dürfe.

Der Grundsatz "keine Vorwegnahme der Hauptsache" stehe der begehrten Feststellung nicht entgegen. Ähnlich wie bei einem einstweiligen Rechtsschutz in Statusfragen führe der Erfolg des Antrages zwar dazu, dass die Antragstellerin ab dem 01.01.2019 längstens bis zur Entscheidung in der Hauptsache komplexe Eingriffe im Bereich Organsystem Pankreas erbringen dürfe und die Entscheidung deshalb rückblickend abschließend sei, weil erbrachte Leistungen nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten. Dies sei aber hinzunehmen, denn sollte ein Leistungserbringungsverbot gemäß [§ 136b Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) bestehen und die Antragstellerin gleichwohl Eingriffe im Bereich Pankreas im Sinne der Mindestmengen-Regelung erbringen, so würde sie sich sozialversicherungsrechtswidrig verhalten. Dies bedeute aber zugleich, das Krankenhaus würde Patienten versorgen, obwohl diese in einem anderen Krankenhaus behandelt werden müssten. Das würde eine unlautere Wettbewerbshandlung darstellen. Die Antragstellerin benötige daher Rechtssicherheit, um sich wettbewerbsgemäß zu verhalten. Derzeit sei sie gezwungen, für die Dauer des Hauptsacheverfahrens die Leistungserbringung einzustellen.

Die Antragsgegnerinnen haben ausgeführt, es bestehe bereits kein Anordnungsgrund. Das Argument der Antragstellerin, sie müsse derzeit bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens die Leistungserbringung einstellen, verfange nicht. Denn die Hauptsacheklage gegen den Bescheid der Antragsgegnerinnen vom 09.08.2018 entfalte aufschiebende Wirkung. Aufgrund des Suspensiveffektes entfalte der Negativbescheid daher keine Wirkungen, so dass die Antragstellerin aktuell zur Leistungserbringung unter dem Vorbehalt der Rückforderung berechtigt sei. Von der Anordnung des Sofortvollzugs des Bescheides sei abgesehen worden. Im Übrigen bestehe auch kein Anordnungsanspruch. Der Einwand der Antragstellerin, dass die §§ 4 und 5 der Mm-R aufgrund der Übergangsregelung des § 10 Mm-R im Hinblick auf die Leistungsprognose für 2019 nicht zur Anwendung komme, sei unzutreffend. Unter den "spezifizierenden" Vorgaben im Sinne von § 10 Mm-R könnten nur die Vorschriften zur technischen Übermittlung der Daten verstanden werden. Dies ergebe sich schon daraus, dass Abs. 2 Satz 1 der Regelung vorgebe, dass die Ermittlung der Leistungsmenge und deren Übermittlung ( ...) ohne Spezifikationen schriftlich oder in elektronischer Form ( ...) zu erfolgen habe. Hier werde also auf den Begriff der "spezifizierenden Vorgaben" im Kontext der Übermittlungsmodalitäten Bezug genommen. Daraus erschließe sich, dass dies auch im Rahmen des § 10 Abs. 1 Mm-R der Fall sei. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ergebe sich auch aus der gesetzlichen Regelung des [§ 136b Abs. 4 Satz 4 SGB V](#), dass für die Prognose für das Jahr 2019 nicht auf die Leistungsmenge bis zum 31.12.2018 abzustellen sei. Unter "vorangegangenes" Kalenderjahr im Sinne der gesetzlichen Regelung sei nämlich - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nach der gesetzlichen Konzeption das Jahr vor dem laufenden Kalenderjahr zu verstehen. Der von der Antragstellerin vorgenommenen Auslegung könne bereits aus logischen Gründen

nicht gefolgt werden, da hierdurch die Anstellung einer tragfähigen Prognose in zeitlicher Hinsicht unmöglich gemacht würde.

Die Antragstellerin hat entgegnet, aus ihrer Sicht handele es sich in der Hauptsache nicht nur um eine Anfechtungssituation, sondern auch um eine Verpflichtungssituation. Die Landesverbände der Krankenkassen seien nicht nur nach § 5 Abs. 6 Mm-R verpflichtet, bei berechtigten Zweifeln an der Richtigkeit die Prognose des Leistungsträgers zu widerlegen; sie seien darüber hinaus gemäß § 5 Abs. 5 Mm-R verpflichtet, eine positive Entscheidung zu erlassen, d.h. zu bestätigen, wenn sie die positive Prognose des Leistungserbringers mittrügen. Bei dieser Bestätigung gemäß § 5 Abs. 5 Mm-R handele es sich um einen regelnden Verwaltungsakt, der der Antragstellerin die Berechtigung erteile, im Jahr 2019 weiterhin Eingriffe in den mindestmengenrelevanten Gebieten vorzunehmen. Die Mitteilung bewirke, dass keine der Krankenkassen einwenden könne, es bestehe ein gesetzliches Leistungserbringungsverbot. Die Bestätigung habe deshalb regelnden Charakter mit Außenwirkung. Diese Auffassung werde auch bestätigt durch den Hinweis in den tragenden Gründen zum Beschlussentwurf des G-BA darauf, dass eine Mitteilung über die Entscheidung der Landesverbände auch zu erfolgen habe, wenn keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit der vom Krankenhausträger getroffenen Prognose bestünden. Es fehle auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin für den im Hauptsacheantrag zu Ziffer 2) geltend gemachten Verpflichtungsanspruch. Denn die Antragstellerin könne allein mit einem Anfechtungsantrag im Hauptsacheverfahren ihr Begehren nicht vollumfänglich erreichen. Mit der aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 09.08.2018 werde dem Begehren der Antragstellerin gerade nicht vollumfänglich entsprochen. Die Antragstellerin wolle im Hauptsacheverfahren neben der Aufhebung der Negativentscheidung vom 09.08.2018 auch eine positive Mitteilung entsprechend § 5 Abs. 5 Mm-R für das Kalenderjahr 2019 bewirken, weil die Antragstellerin im vorausgegangenen Jahr 2018 die maßgebliche Mindestmenge erreicht habe und deshalb ihrer Auffassung nach wegen der gesetzlichen Regelvermutung in [§ 136b Abs. 4 Satz 4 SGB V](#) eine berechtigte mengenmäßige Erwartung vorliege.

Der Antragstellerin stehe daher für den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung auch ein Anordnungsgrund zur Seite, soweit und solange die Antragsgegnerinnen nicht bestätigen würden, dass die mindestmengenrelevanten komplexen Eingriffe am Organsystem Pankreas bei Versicherten der Antragsgegnerinnen bis zur Entscheidung der Hauptsache von der Antragstellerin vorbehaltlos und ohne Rücksicht auf den Ausgang des Hauptsacheverfahrens gegen Vergütung durchgeführt werden dürften. Es sei zwar richtig, dass die Hauptsacheklage der Antragstellerin gegen den Feststellungsbescheid vom 09.08.2018 aufschiebende Wirkung entfalte mit der Folge, dass das von den Antragsgegnerinnen im angefochtenen Bescheid behördlich ausgesprochene Leistungserbringungsverbot vorläufig bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache förmlich nicht bestehe. Ein Anordnungsgrund bestehe jedoch trotz der aufschiebenden Wirkung des Hauptsacheverfahrens, weil der Antragstellerin bei Verneinung des Anordnungsgrundes kein effektiver Rechtsschutz nach [Art. 19 Abs. 4 Grundgesetz \(GG\)](#) gewährt würde. Für die Frage, ob ein Anordnungsgrund bestehe, sei die materielle Rechtslage entscheidend. Hier gelte, dass das Leistungserbringungsverbot kraft Gesetzes bestehe, sofern die Prognose negativ ausfalle. Deshalb müsse der Rechtsschutz in Streitigkeiten um die Mindestmengenprognose anders ausgestaltet werden als zum Beispiel der Rechtsschutz gegen Beschränkungen des Versorgungsauftrages eines Krankenhauses etwa durch Herausnahme einer Fachabteilung aus dem Krankenhausplan mittels Feststellungsbescheid der Krankenhausplanungsbehörde des Landes. Da das Krankenhausplanungsrecht neben der behördlichen Entscheidung über die Beschränkung des Versorgungsauftrags mittels Feststellungsbescheid kein gesondert durch Gesetz angeordnetes Leistungserbringungsrecht enthalte, sei dem Rechtsschutz des von einer krankenhauplanerischen Einschränkung des Versorgungsauftrages betroffenen Krankenhauses schon durch die aufschiebende Wirkung der Klage gegen den entsprechenden Bescheid effektiv im Sinne des [Art. 19 Abs. 4 GG](#) Genüge getan. Im Unterschied zu dieser Situation führe die mit einer aufschiebenden Wirkung versehenen Klage gegen eine Widerlegung der Krankenkassenseite nach [§ 136b Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) aber nicht zu Gunsten des Krankenhauses zur vorläufigen Beilegung des Streites um die Frage, ob ein gesetzliches Leistungs- und Vergütungsverbot bestehe. Denn die Entscheidung der Antragsgegnerinnen wirke nach Ansicht der Antragstellerin nicht konstitutiv, sondern nur deklaratorisch. Deshalb müsse der einstweilige Rechtsschutz so ausgestaltet werden, dass auch tatsächlich ein effektives Rechtsschutzniveau erreicht werde. Dies sei nur dann der Fall, wenn der Anordnungsgrund nicht schon daran scheitere, dass in der Hauptsache gegen die Entscheidung nach [§ 136b Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) Klage erhoben wurde. Der Hinweis der Antragsgegnerinnen auf ihren "Vorbehalt der Rückforderung" unterstreiche sogar das Bestehen eines Anordnungsgrundes. Dies sei nämlich nichts anderes als ein Druckmittel, um die Antragstellerin von der tatsächlichen Leistungserbringung bei komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas faktisch abzuhalten. In diesem Zusammenhang sei zu bedenken, dass sich die Vergütung pro Leistung auf etwa 17.750 Euro belaufe. Je länger die Ungewissheit über die Leistungsberechtigung bestehe, desto höher werde diese Drucksituation. Da die im Jahr 2019 erbrachte Leistungsmenge im Bereich der komplexen Eingriffe am Organsystem Pankreas und insbesondere die Leistungsmenge des ersten Halbjahres 2019 für die entsprechende Leistungsberechtigung im Jahr 2020 prognoserelevant sei, müsse der Streit um die Frage, ob eine Leistungsberechtigung ab dem 01.01.2019 bestehe, in jedem Fall vorläufig entschieden werden. Denn nur so werde geklärt, ob die Antragstellerin weiterhin das Risiko der Rückforderung der entsprechenden Krankenhausvergütung trage und auch das Risiko tragen müsse, dass sie trotz Überschreitung der Mindestmenge (10) im Kalenderjahr 2018 von der Leistungserbringung im Jahr 2020 ausgeschlossen bleibe, weil sie in 2019 von den Antragsgegnerinnen von der Leistungserbringung (voraussichtlich rechtswidrig) abgehalten worden sei.

Der Zulässigkeit des Antrags auf Erlass einer einstweiligen Anordnung stehe auch nicht eine etwaige Vorwegnahme der Hauptsache entgegen. Denn eine Berufung auf das Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache stelle nach der Rechtsprechung in sogenannten Statussachen eine bloße Förmel dar, wenn der geltend gemachte materiell-rechtliche Anspruch völlig unzweifelhaft bestehe oder die Interessenlage zu Gunsten des Anspruchstellers so eindeutig sei, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten erscheine. So liege der Fall auch hier, da der materiell-rechtliche Anspruch "völlig unzweifelhaft" bestehe: Zum einen sei die Antragstellerin im Anschluss an die Jahre 2016 und 2017, in welchen zu ihren Gunsten ein Ausnahmetatbestand nach der alten Fassung der Mindestmengenregelung galt, auf der Grundlage ihrer positiven Prognose für das Jahr 2018 vom 23.02.2018 im Jahr 2018 dazu berechtigt gewesen, mindestmengenrelevante komplexe Leistungen am Organsystem Pankreas zu erbringen. Etwas anderes ergebe sich insoweit auch nicht aus § 19 Nr. 7 der Budgetvereinbarung für das Jahr 2018, weil - bei einer derartigen Auslegung dieser Regelung - eine unzulässige und damit unwirksame vertragliche Einschränkung des Versorgungsauftrages des Krankenhauses vorläge. In Pflegesatzvereinbarungen könne der Versorgungsauftrag eines Krankenhauses weder wirksam erweitert noch beschränkt werden.

Die Interessenlage sei zu Gunsten der Antragstellerin so eindeutig, dass eine Vorwegnahme der Hauptsache geboten erscheine. Denn die Antragstellerin stütze sich für ihre Prognose 2019 nicht lediglich auf eine ungewisse Leistungsentwicklung in der Zukunft, sondern auf "harte Fakten", d.h. darauf, dass die durch die Qualitätssicherungsvorgaben des G-BA gestellten Hürden einer Mindestfallzahl im Jahr 2018 erfüllt würden. Demgegenüber verwiesen die Antragsgegnerinnen lediglich auf unmaßgebliche Fallzahlen in der Vergangenheit während Zeiträumen, für welche ein Ausnahmetatbestand vorgelegen habe. Es gebe daher keinerlei Gründe, die dafür sprächen, die Antragstellerin

in dem Risiko zu belassen, Vergütungen für mindestmengenrelevante Leistungen gegebenenfalls zurückgewähren zu müssen. Ohne die begehrte statusrelevante Entscheidung im vorläufigen Rechtsschutz müsse die Antragstellerin ihre Patientinnen und Patienten im Zuge der Aufklärung darüber unterrichten, dass Streit über die Leistungsberechtigung bei den komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas bestehe. Dasselbe gelte für Hinweise gegenüber potentiellen vertragsärztlichen Einweisern. Dieses Szenario berge die Gefahr, dass sich Versicherte und Vertragsärzte von vornherein für eine stationäre Versorgung bei Dritten entscheiden würden, was für die Antragstellerin im Zuge der Prognosemitteilung für das Jahr 2020 einen erheblichen Nachteil mit sich bringen würde. Darüber hinaus wiege das Risiko der Rückzahlung erbrachter Leistungen für die Antragstellerin schwer und könne im Hinblick auf die Höhe der Vergütung pro Leistung nicht ohne weiteres hingenommen werden. Der Imageschaden für die Antragstellerin werde umso größer, je länger diese ungewisse Situation fortbestehe. Demgegenüber sei das Risiko der Antragsgegnerinnen, welches daraus entstehen könne, dass sich die beantragte Feststellung im Nachhinein als unberechtigt herausstelle, denkbar gering, weil die Versicherten der Antragsgegnerinnen bzw. ihrer Mitgliedskrankenkassen in einem Krankenhaus stationär zu landesweit einheitlichen Preisen (DRG) versorgt würden.

Mit Beschluss vom 18.02.2019 hat das SG den Eilantrag abgelehnt. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung seien vorliegend nicht gegeben. Denn in der Hauptsache sei keine Vornahme-, sondern ausschließlich eine isolierte Anfechtungsklage gegen den Bescheid der Antragsgegnerinnen vom 07.09.2018 statthafter und zulässiger Rechtsbehelf. Ein Verfahren nach [§ 86b Abs. 2 SGG](#) setze zunächst voraus, dass "ein Fall des Absatzes 1 nicht vorliege". Es dürfe also keine reine Anfechtungssituation gegeben sein, in der der Rechtsschutzsuchende sein Ziel in der Hauptsache mit einem isolierten Anfechtungswiderspruch oder einer isolierten Anfechtungsklage erreichen könnte. Sein (zulässiges) Rechtsschutzbegehren in der Hauptsache dürfe sich nicht darin erschöpfen, die Beseitigung eines belastenden Verwaltungsaktes zu erreichen. Er müsse vielmehr ein darüber hinaus gehendes Ziel verfolgen, das in [§ 86b Abs. 2 SGG](#) als Sicherungsanordnung (Satz 1) und Regelungsanordnung (Satz 2) beschrieben werde. [§ 86a Abs. 1 SGG](#) habe also Vorrang mit der Folge, dass der Erlass einer einstweiligen Anordnung grundsätzlich nicht in Betracht komme, wenn statthafter Rechtsbehelf in der Hauptsache der isolierte Anfechtungswiderspruch oder die isolierte Anfechtungsklage ([§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) sei. Dies sei vorliegend allerdings der Fall.

Bei dem Bescheid der Antragsgegnerinnen vom 09.08.2018, handele es sich - insoweit zwischen den Beteiligten unstrittig - um einen Verwaltungsakt i.S.d. [§ 31 Satz 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch - SGB X - (vgl. die tragenden Gründe zum Beschlussentwurf des Gemeinsamen Bundesausschusses über eine Änderung der Mindestmengenregelungen - Mm-R - vom 17. November 2017, zu [§ 5 Abs. 6 Mm-R](#), S. 11), gegen welchen gemäß [§ 136b Abs. 4 Satz 7 SGB V](#) die Anfechtungsklage statthaft sei. Die Entscheidung der Antragsgegnerinnen vom 09.08.2018 regelle, dass die für das Jahr 2019 abgegebene positive Mindestmengen-Prognose, welche gemäß [§ 136 Abs. 4 Satz 1](#) und [3 SGB V](#) Zulässigkeitsvoraussetzung sowohl für das Leistungserbringungsrecht als auch für den Vergütungsanspruch sei, als widerlegt gelte. Der Durchführung eines Vorverfahrens als Sachurteilsvoraussetzung bedürfe es gemäß [§ 136b Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) i.V.m. [§ 78 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#) nicht.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin bedürfe es als Rechtsgrundlage für den Fall, dass eine fristgerecht vorgelegte positive Prognose nicht innerhalb der Frist des [§ 5 Abs. 5 Mm-R](#) widerlegt werde, keines feststellenden Verwaltungsaktes der Landesverbände der Krankenkassen und Ersatzkassen mehr, welcher die positive Prognose bestätige. Zwar habe nach den tragenden Gründen (a.a.O.) zu [§ 5 Abs. 5 Mm-R](#) eine Mitteilung der Landesverbände der Krankenkassen und der Ersatzkassen an das Krankenhaus auch dann zu erfolgen, wenn die Prognoseprüfung zu dem Ergebnis führe, dass keine begründeten Zweifel an der Richtigkeit der vom Krankenhausträger getroffenen Prognose beständen. Einen Regelungsgehalt, den die Antragstellerin dieser Erklärung beimesse, habe die Mitteilung jedoch nicht. Vielmehr wäre die Antragstellerin bei fristgerecht dargelegter, nicht widerlegter positiver Prognose der Mindestmengen im jeweiligen Leistungsbereich auch ohne diese Mitteilung zur Leistungserbringung zu Lasten der Krankenkassen berechtigt.

Statthafte Klage gegen die nach [§ 136b Abs. 4 Satz 6 SGB V](#) ergangene Entscheidung der Antragsgegnerinnen vom 09.08.2018 in der Hauptsache sei damit allein die isolierte Anfechtungsklage nach [§ 54 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Denn mit der isolierten Anfechtungsklage könne die Antragstellerin in der Hauptsache ihr Klageziel (Versorgung der Versicherten mit komplexen Eingriffen am Organsystem Pankreas im Leistungsjahr 2019 bei Erhalt des Vergütungsanspruchs) vollumfänglich erreichen. Aus den von der Antragstellerin zitierten Gesetzesmaterialien ([BT-Drs. 18/5372, S. 94](#)) ergebe sich insoweit nicht Gegenteiliges. Wie der Vertreter der Antragstellerin im Schriftsatz vom 22.01.2019 rechtlich zutreffend ausführe, bestehe das gesetzlich geregelte Leistungserbringungsverbot nämlich nur, wenn die Prognose des Krankenhauses - wie hier nicht - selbst negativ ausfalle oder durch (bestandskräftigen) Verwaltungsakt der Landesverbände widerlegt sei.

Bereits aus diesem Grund sei der begehrte Erlass einer einstweiligen Anordnung nicht statthaft und damit unzulässig. Denn die Formulierung in [§ 86b Abs. 2 Satz 1 SGG](#) "soweit ein Fall des Abs. 1 nicht vorliegt" sei gleichbedeutend mit "soweit keine Anfechtungssache vorliegt" (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl., [§ 86b Rn. 24](#)).

Der Erlass der begehrten einstweiligen Anordnung sei auch nicht im Hinblick auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes ([Art. 19 Abs. 4 GG](#)) geboten.

Die Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 09.08.2018 habe gemäß [§ 86a Abs. 1 SGG](#) aufschiebende Wirkung. Sofortvollzug sei von den Antragsgegnern nicht angeordnet worden. Die aufschiebende Wirkung beseitige die Vollziehbarkeit eines Verwaltungsaktes, nicht aber dessen Wirksamkeit. Dies bedeute, dass die Behörde während der aufschiebenden Wirkung aus dem Verwaltungsakt keine rechtlichen Konsequenzen mehr ziehen dürfe. Es dürften keine Maßnahmen zur Umsetzung oder gar Vollstreckung des Verwaltungsaktes eingeleitet oder durchgeführt werden. Die aufschiebende Wirkung entfalle - außer in dem hier nicht vorliegenden Fall begünstigender, durch belastete Dritte angefochtener Verwaltungsakte - rückwirkend (ex tunc), wenn die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen werde. Das Wesen der aufschiebenden Wirkung von Widerspruch, Anfechtungsklage und weiteren gerichtlichen Rechtsmitteln ([§ 86a Abs. 1 Satz 1 SGG](#)) liege darin, dass für die Dauer des Schwebezustandes, in dem Ungewissheit über den Erfolg der Anfechtungsklage bestehe, keine Maßnahme angeordnet oder vollzogen werde, die den durch den Verwaltungsakt Betroffenen belasten könnte. Eine Handlungspflicht werde in diesem Zeitraum suspendiert. Diesen vorbeugenden Rechtsschutz genieße der Betroffene aber nur bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine Rechtsmittel. Die aufschiebende Wirkung werde durch die rechtskräftige Abweisung der Anfechtungsklage mit der Folge beseitigt, dass der angefochtene Verwaltungsakt als von Anfang an (ex tunc) wirksam zu behandeln sei. Die Behörde könne den angegriffenen Verwaltungsakt nun so anwenden, als sei er nicht angefochten gewesen. Das Risiko, die durch den belastenden Verwaltungsakt angedrohten nachteiligen Rechtsfolgen tragen zu müssen, werde dem unterlegenen Beteiligten durch die aufschiebende Wirkung nicht genommen.

Abweichend von der herrschenden Meinung gehe das Bundessozialgericht (BSG) bei Statusentscheidungen im Kassenarztrecht davon aus, dass diese ex nunc wirken und deshalb auch die aufschiebende Wirkung eines gegen eine statusbegründende Entscheidung von einem Dritten erhobenen Rechtsbehelfs nicht auf den Zeitpunkt des Erlasses des Verwaltungsaktes zurückwirke, sondern erst ex nunc, d.h. ab dem Zeitpunkt eintritt, in dem der Begünstigte hiervon Kenntnis erlange (BSG, Urteil vom 11.03.2009 - [B 6 KA 15/08 R](#) - Juris Rn. 21). Nach der Ordnungsfunktion der vertragsärztlichen Statusentscheidung müsse nach der Begründung des BSG zum Schutz von Leistungserbringern und Versicherten zu Beginn einer ärztlichen Tätigkeit feststehen, ob diese innerhalb oder außerhalb des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung erbracht werde. Denn nur dann habe insbesondere der einzelne Versicherte die Gewähr, dass er bei Inanspruchnahme eines bestimmten Leistungserbringers auch wirklich den Schutz der gesetzlichen Krankenversicherung erhalte und nicht dessen individuellen Zahlungsansprüchen aus einem privatrechtlichen Schuldverhältnis ausgesetzt sei.

Das BSG habe später dargelegt, dass diese Erwägungen nicht auf mehrpolige Rechtsverhältnisse begrenzt seien (BSG, Urteil vom 05.06.2013 - [B 6 KA 4/13 B](#) - Juris Rn. 12). Auch ansonsten wirke im Kassenarztrecht die Anordnung der sofortigen Vollziehung (hier: einer Zulassungsentziehung) ebenso wie deren Aufhebung durch das Gericht jeweils nur ex nunc, so dass für die Zeit zwischen der Anordnung der sofortigen Vollziehung durch den Zulassungsausschuss und der Aufhebung dieser Anordnung durch das Sozialgericht vertragsärztliche Leistungen nicht erbracht werden dürften und für dennoch erbrachte Leistungen kein Honoraranspruch bestehe.

Unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung zu Statusentscheidungen gehe die Antragstellerin vorliegend davon aus, dass ihrem Rechtsschutzbedürfnis mit dem mit der isolierten Anfechtungsklage gegen den Bescheid vom 09.08.2018 einhergehenden Suspensiv-effekt nicht ausreichend Rechnung getragen werde, da sie bei Annahme der ex tunc wegfallenden aufschiebenden Wirkung nach Rechtskraft der Hauptsacheentscheidung der Gefahr ausgesetzt sei, die Versicherten der Antragsgegnerinnen zu versorgen und sich für den Fall des Unterliegens im Hauptsacheverfahren etwaigen Rückforderungsansprüchen ausgesetzt zu sehen.

Diese Auffassung überzeuge nicht. Es gelte, eine Besserstellung desjenigen, der Widerspruch und Klage erhebe, im Sinne einer "Übersicherung" zu verhindern: Der vom Verwaltungsakt Betroffene solle es nicht in der Hand haben, die Rechtsfolgen durch Widerspruch und Klage bis zur rechtskräftigen Erledigung des Rechtsmittelverfahrens hinauszuzögern (so schon BVerwG, Urteil vom 21.06.1961 - [VIII C 398.59](#) - Juris Rn. 31 - [BVerwGE 13, 1](#)). Effektiver Rechtsschutz rechtfertige keine Besserstellung desjenigen, der erfolglos Rechtsmittel einlege (BSG, Urteil vom 16.12.2014 - [B 1 KR 32/13 R](#) - Juris Rn. 27).

Vor der Annahme einer Ausnahme, also einem ausnahmsweisen Entfallen der aufschiebenden Wirkung nach Rechtskraft der Entscheidung in der Hauptsache ex nunc, müsse daher geprüft werden, ob anderenfalls effektiver Rechtsschutz nicht gewährleistet werden könne. [Art. 19 Abs. 4 GG](#) gewährleiste einen effektiven und möglichst lückenlosen richterlichen Rechtsschutz gegen Akte der öffentlichen Gewalt. Der in dieser Vorschrift verbürgte Anspruch auf eine umfassende und wirksame gerichtliche Kontrolle habe gerade in Eilverfahren erhebliche Bedeutung. Insofern komme dem gerichtlichen Rechtsschutz namentlich hier die Aufgabe zu, irreparable Folgen soweit wie möglich auszuschließen und der Schaffung solcher vollendeter Tatsachen vorzubeugen, die auch dann nicht mehr rückgängig gemacht werden könnten, wenn sie sich im Nachhinein als rechtswidrig erwiesen.

Vorliegend müsse eine Ausnahme dahin, dass die - unstreitig eingetretene und von den Antragsgegnerinnen im Rahmen des gerichtlichen Eilverfahrens bestätigte - aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage erst ex nunc mit dem rechtskräftigen Abschluss des Hauptsacheverfahrens wegfallt, nicht angenommen werden. Diese Feststellung begehre die Antragstellerin jedoch sinngemäß mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, um für den Fall ihres Unterliegens im Hauptsacheverfahren keinen Rückforderungsansprüchen der Antragsgegnerinnen ausgesetzt zu sein. Entgegen der Rechtsansicht der Antragstellerin handele es sich vorliegend nicht um eine der ex nunc wirkenden berufsregelnden Statusentscheidung über die Zulassung zur vertragsärztlichen Versorgung vergleichbare Situation. Insbesondere liege keine der BSG-Rechtsprechung vergleichbare Fallgestaltung vor, in der eine Drittanfechtung einer Zulassungsentscheidung bei Annahme einer ex-tunc-Wirkung zu Unsicherheiten bezüglich der Vergütung bereits erbrachter vertragsärztlicher Leistungen führen könnte. Die von der Antragstellerin zitierte Rechtsprechung des BSG aus dem Kassenarztrecht sei daher auf die vorliegende Fallkonstellation nicht übertragbar.

Anderenfalls hätte es das Krankenhaus in der Hand, sich auch bei widerlegter positiver Prognose durch bloße Erhebung einer Anfechtungsklage während der Dauer des Klageverfahrens, welches in der Regel mindestens ein Jahr dauere, das Leistungserbringungsrecht und den Vergütungsanspruch endgültig zu wahren. Das Hauptsacheverfahren würde sich dann nach Ablauf eines Jahres und damit unter Berücksichtigung der durchschnittlichen Verfahrenslänge eines sozialgerichtlichen Verfahrens in der Regel noch vor einer gerichtlichen Entscheidung in der Hauptsache durch Zeitablauf erledigen ([§ 39 Abs. 2 SGB X](#)).

Dass ein derartiges Ergebnis vom Gesetzgeber nicht gewollt sei, ergebe sich bereits aus [§ 136b Abs. 4 Satz 2 SGB V](#), nach welchem ein Vergütungsanspruch nicht bestehe, wenn Leistungen bewirkt würden, obgleich prognostisch die erforderlichen Mindestmengen nicht erfüllt würden. Diese Regelung würde im Falle der Annahme einer ausnahmsweise ex nunc wegfallenden aufschiebenden Wirkung der Anfechtungsklage jedoch praktisch leerlaufen. Ein derartiges Ergebnis würde auch dem Sinn und Zweck der Mindestmengen-Regelungen des G-BA zuwiderlaufen. Mindestmengen sollten nämlich dazu beitragen, durch mengenmäßige Vorgaben insbesondere bei der Erbringung von komplexen, risikobehafteten Leistungen und Eingriffen die Qualität des Behandlungsergebnisses durch Gewährleistung eines Mindestmaßes an speziellen Kenntnissen und Fertigkeiten des Behandlenden zu verbessern und somit eine Risikominimierung für die Patientin oder den Patienten herbeizuführen. Dieses Ziel würde obsolet, wenn es dem Leistungserbringer durch Einlegung von Rechtsmitteln möglich wäre, im Falle der Widerlegung einer von ihm abgegebenen Prognose sein Leistungserbringungsrecht einschließlich des Vergütungsanspruchs für die Dauer des Prognosezeitraumes endgültig zu sichern.

Allein das wirtschaftliche Risiko der Rückzahlung unberechtigt vereinnahmter Vergütungen könne die begehrte Feststellung nicht rechtfertigen. Ebenso wenig die wettbewerbsrechtlichen Ausführungen der Antragstellerin bzw. die von ihr dargelegten Auswirkungen der Entscheidung auf die Mindestmengen-Prognose für das Kalenderjahr 2020. Drohende schwere und unzumutbare Nachteile für die Antragstellerin, deren Rückgängigmachung nicht mehr möglich wäre und die eine Vorwegnahme der Hauptsache rechtfertigen könnten (vgl. BVerfG, Kammerbeschluss vom 25.02.2009 - [1 BvR 120/09](#) -, Juris Rn. 17), ließen sich hieraus nicht ableiten. Denn letztlich bleibe festzuhalten, dass die Antragstellerin als nach [§ 108 SGB V](#) zugelassenes Krankenhaus im Rahmen ihres Versorgungsauftrages für die Dauer der aufschiebenden Wirkung der von ihr erhobenen Anfechtungsklage vorläufig weiter zur Versorgung der Versicherten im Leistungsbereich

"komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas" berechtigt bleibe und gegen die Antragsgegnerinnen vorläufig Vergütungsansprüche realisieren könne.

Am 18.03.2019 hat die Antragstellerin Beschwerde zum Bayer. Landessozialgericht (LSG) eingelegt, mit der sie ihr Anliegen weiterverfolgt.

Sie beantragt,  
den Beschluss des Sozialgerichts München vom 18.02.2019 aufzuheben und festzustellen, dass die Antragstellerin bis zum 31.12.2019, längstens aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, dazu berechtigt ist, Leistungen aus dem Leistungsbereich "Komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas" gemäß der Mindestmengen-Regelung des G-BA gemäß [§ 136b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGB V](#) gegenüber Versicherten der Antragsgegnerinnen zu erbringen.

Die Beschwerdegegnerinnen beantragen,  
die Beschwerde zurückzuweisen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge verwiesen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist nach [§ 172 Abs. 1 SGG](#) statthaft; die Ausschlussvorschrift des [§ 172 Abs. 3 Nr. 1 SGG](#) greift nicht ein, weil in der Hauptsache die Berufung ohne Zulassung statthaft wäre. Die Beschwerde wurde form- und fristgerecht eingelegt ([§ 173 SGG](#)).

Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das SG hat den Eilantrag zutreffend abgelehnt.

1.

Das Rechtsschutzziel der Antragstellerin ist,

- a) dass sie im Kalenderjahr 2019 - längstens bis zum Eintritt der Rechtskraft in der Hauptsache - komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas erbringen darf und
- b) dass sie im Fall einer rechtskräftigen Abweisung ihrer Klage in der Hauptsache von den Krankenkassen geleistete Vergütungen für derartige Eingriffe nicht zu erstatten hat.

Die Antragstellerin hat lediglich die Feststellung beantragt, dass sie bis zum 31.12.2019, längstens aber bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache, dazu berechtigt ist, Leistungen aus dem Leistungsbereich "Komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas" ... zu erbringen. Damit hat sie nur das erste Rechtsschutzziel abgedeckt, denn sie hat den Feststellungsantrag ausdrücklich auf den Zeitraum bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache begrenzt (dazu 2.).

Das zweite Rechtsschutzziel kann sie mit diesem Antrag nicht erreichen, denn es betrifft ausschließlich den Zeitraum nach rechtskräftigem Abschluss der Hauptsache. Eine Feststellung mit dem von der Antragstellerin formulierten Wortlaut wäre außerdem in keinem Fall geeignet, das SG (sowie ggf. nachfolgend das Bayer. LSG und das BSG) daran zu hindern, auf der Grundlage einer abweichenden Rechtsauffassung die Klage in der Hauptsache abzuweisen. In diesem Fall müsste die Antragstellerin im Hinblick auf [§ 136b Abs. 4 Satz 2 SGB V](#) mit Rückforderungen seitens der Krankenkassen rechnen. Über die dann wesentliche Frage, ob die aufschiebende Wirkung der Klage rückwirkend oder nur ex nunc weggefallen wäre, läge keine bindende Entscheidung vor, selbst wenn der Senat in der vorliegenden Entscheidung über eine Beschwerde im einstweiligen Rechtsschutz durchgeführt hätte, dass er die Auffassung der Antragstellerin teile.

Der Senat hat gleichwohl auch die Erfolgsaussichten eines auf das zweite Rechtsschutzziel gerichteten Eilantrages geprüft (dazu 3.).

2.

Soweit die Antragstellerin erreichen will, dass sie vorläufig komplexe Eingriffe am Organsystem Pankreas erbringen darf, ist der vorliegende Eilantrag unzulässig.

a)

Ein Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung ([§ 86b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SGG](#)) ist wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig, weil der Klage in der Hauptsache kraft Gesetzes aufschiebende Wirkung zukommt. Die aufschiebende Wirkung einer Anfechtungsklage entfällt in den Fällen des [§ 86a Abs. 2 SGG](#), von denen keiner gegeben ist.

b)

Ein Antrag auf Feststellung der aufschiebenden Wirkung ist ebenfalls wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses unzulässig. Die Zulässigkeit eines solchen Antrags setzt voraus, dass die Behörde die aufschiebende Wirkung bestreitet, den Verwaltungsakt vollzieht oder dessen Vollziehung bzw. Vollstreckung ankündigt und damit zu erkennen gibt, dass sie die aufschiebende Wirkung nicht beachten will oder nicht für gegeben erachtet (Burkiczak, in: jurisPK-SGG, Stand 6/2019, § 86b Rn. 227). Keiner dieser Fälle ist gegeben; die Antragsgegnerinnen erkennen das Bestehen der aufschiebenden Wirkung an.

c)

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ([§ 86b Abs. 2 SGG](#)) ist nicht statthaft und damit ebenfalls unzulässig, weil ein Fall des Absatzes 1 vorliegt. Der Senat teilt insoweit die Auffassung des SG und verweist auf dessen Ausführungen unter II.1. ([§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG](#)). Dabei verkennt der Senat nicht, dass das SG Berlin in einem Beschluss vom 10.05.2019 ([S 182 KR 322/19 ER](#), [L 1 KR 196/19 B ER](#), Rn. 29-37) eine abweichende Auffassung vertreten hat. Dieser vermag sich der Senat jedoch nicht anzuschließen. Insbesondere ist den Ausführungen des SG Berlin a.a.O. unter Rn. 30 entgegenzuhalten, dass [§ 136b Abs. 3 SGB V](#) eine weitere Hürde für ein Leistungserbringungsverbot ermöglicht. Daraus kann nicht abgeleitet werden, dass ein solches Verbot kraft Gesetzes besteht, solange keine ausdrückliche Erlaubnis erteilt wurde.

3.

Soweit die Antragstellerin die Feststellung erreichen will, dass sie im Fall einer rechtskräftigen Abweisung ihrer Klage in der Hauptsache von den Krankenkassen geleistete Vergütungen für derartige Eingriffe nicht zu erstatten hat, (oder im Ergebnis gleichbedeutend: dass die aufschiebende Wirkung der Klage in der Hauptsache im Fall ihrer rechtskräftigen Abweisung nicht rückwirkend, sondern nur ex nunc entfällt) ist der vorliegende Eilantrag ebenfalls unzulässig.

a)

Ein Antrag nach [§ 86b Abs. 1 SGG](#) kommt insoweit nicht in Betracht; in der Hauptsache handelt es sich nämlich nicht um eine Anfechtungs-, sondern um eine Feststellungsklage.

b)

Ein Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist unzulässig.

aa)

Der Senat neigt der Auffassung zu, dass ein Feststellungsantrag im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes nicht statthaft ist (zum Fortsetzungsfeststellungsantrag vgl. den Beschluss des Senats vom 05.02.2019, [L 4 KR 454/18 B ER](#) m.w.N.).

Zweck einer Feststellungsklage ist es, den Streit der Beteiligten über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtsverhältnisses ([§ 55 Abs. 1 Nr. 1 SGG](#)), die Zuständigkeit eines Versicherungsträgers ([§ 55 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#)), das Vorliegen der Kausalität zwischen einer Gesundheitsstörung oder dem Tod und einem Arbeitsunfall, einer Berufskrankheit oder einer Schädigung im Sinne des BVG ([§ 55 Abs. 1 Nr. 3 SGG](#)) oder die Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes ([§ 55 Abs. 1 Nr. 4 SGG](#)) zu klären und zwar endgültig mit der Folge, dass bei künftigen Streitigkeiten hierauf aufgebaut werden kann.

Diesen - auf eine endgültige Feststellung gerichteten - Zweck kann eine einstweilige Anordnung nicht erfüllen. Eine vorläufige Feststellung ist sinnlos, weil sie keine Klarheit zu schaffen vermag.

Zum Wesen einer einstweiligen Anordnung gehört zudem ein vollstreckungsfähiger Inhalt. Dies ergibt sich insbesondere aus [§ 199 Abs. 1 Nr. 2 SGG](#), aber auch daraus, dass bei Vorliegen eines Anordnungsanspruches nur vollziehbare Anordnungen zur effektiven Erreichung des in [§ 86b Abs. 2 SGG](#) genannten Sicherungs- und Regelungszweckes geeignet sind. Deshalb wäre eine einstweilige Anordnung in Gestalt einer vorläufigen Feststellung ein Widerspruch in sich.

Die Statthaftigkeit einer einstweiligen Feststellungsanordnung kann auch nicht aus dem in [Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG](#) enthaltenen grundrechtlichen Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gefolgert werden, weil eine solche Anordnung keinerlei rechtssichernde Funktion hätte, sondern lediglich den Charakter einer Rechtsschutzfiktion. Der Erlass einer einstweiligen Anordnung setzt die Gefährdung einer Rechtsposition voraus, die der Rechtsschutzsuchende nicht aus eigener Kraft vermeiden kann. Daran fehlt es aber, wenn der Antragsteller selbst das tun bzw. unterlassen kann, was er durch die einstweilige Anordnung für rechtmäßig erklärt haben will. Letztlich ist dies das Problem jeder Rechtsausübung, dass sie auf eigene Gefahr erfolgt. (Burkiczak, a.a.O., Rn. 291-295 m.w.N.).

bb)

Der Antrag wäre jedoch wegen fehlenden Rechtsschutzinteresses ebenfalls unzulässig, wenn der Senat ihn mit der Gegenmeinung (Keller, in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/ Schmidt, SGG, 12. Aufl., § 86b Rn. 25b am Ende und Rn. 30) als statthaft ansähe.

Die Antragstellerin begehrt nicht den Erlass einer einstweiligen Anordnung im eigentlichen Sinne, denn eine solche stellt eine Regelung - oder, wie vorliegend, eine Feststellung - für die Zeit bis zum rechtskräftigen Abschluss der Hauptsache dar. Die Antragstellerin begehrt jedoch eine Feststellung, die ausschließlich nach rechtskräftigem Abschluss der anhängigen Hauptsache Wirkung entfalten soll. Sie begehrt also eine Rechtsfolge, die sich auf [§ 86b Abs. 2 SGG](#) nicht stützen lässt.

Dabei begehrt die Antragstellerin nicht die Vorwegnahme der aktuell anhängigen Hauptsache, sondern die Vorwegnahme der Hauptsache in einem Streit über die Berechtigung von Rückforderungsansprüchen der Krankenkassen, der erst dann überhaupt entstehen kann, wenn die anhängige Hauptsache mit einer rechtskräftigen Abweisung der Klage abgeschlossen ist.

Damit begehrt die Antragstellerin nicht nur vorläufigen, sondern gleichzeitig vorbeugenden Rechtsschutz unter Vorwegnahme einer möglichen Hauptsache. Vorbeugenden Rechtsschutz zu gewähren, ist nur dann ein Gebot des [Art. 19 Abs. 4 GG](#), wenn der nachgängige Rechtsschutz - einschließlich des einstweiligen Rechtsschutzes - mit unzumutbaren Nachteilen verbunden ist (BVerfG, Beschluss vom 23.04.2009, [1 BvR 3405/08](#), Rn. 14). Vorbeugender Rechtsschutz kann in zulässiger Weise nur in Anspruch genommen werden, wenn hierfür ein besonderes oder qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis besteht. Ein qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis für einen vorbeugenden Rechtsschutz besteht nur, wenn die Verweisung auf nachträglichen Rechtsschutz - einschließlich des vorläufigen Rechtsschutzes - unzumutbar ist. Dies gilt in besonderem Maße für das Begehren nach vorläufigem vorbeugendem Rechtsschutz (Burkiczak, a.a.O., Rn. 48 m.w.N.).

Ein solches qualifiziertes Rechtsschutzbedürfnis kann hier nicht festgestellt werden.

Die im vorliegenden Verfahren beantragte einstweilige Anordnung stellt nicht die einzige Möglichkeit dar, effektiven Rechtsschutz ([Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG](#)) gegen etwaige Rückforderungen durch Krankenkassen zu erhalten. Sollte die Antragstellerin im Hauptsacheverfahren rechtskräftig unterliegen, steht es ihr vielmehr frei, sich mit der Begründung, die aufschiebende Wirkung der Klage sei nicht rückwirkend, sondern nur ex nunc entfallen, gegen Rückforderungsansprüche zu verteidigen und eine gerichtliche Klärung herbeizuführen.

Anhaltspunkte dafür, dass der Antragstellerin die Inanspruchnahme nachträglichen Rechtsschutzes gegen etwaige Rückforderungsansprüche von Krankenkassen wegen der Schwere drohender Nachteile nicht zuzumuten wäre, sind nicht ersichtlich.

Ihr Vortrag - das Risiko der Rückzahlung erbrachter Leistungen wiege schwer und könne im Hinblick auf die Höhe der Vergütung pro

Leistung nicht ohne weiteres hingenommen werden; der Imageschaden für die Antragstellerin werde umso größer, je länger diese ungewisse Situation fortbestehe - ist nicht geeignet, derartige drohende Nachteile zu belegen.

Drohende schwerwiegende Nachteile sind insbesondere nicht ersichtlich, soweit die Antragstellerin vorläufig davon absieht, Eingriffe der streitgegenständlichen Art vorzunehmen. In diesem Fall hätte die Antragstellerin Einnahmeausfälle; den verminderten Einnahmen ständen jedoch - wenn auch wohl nicht im selben Umfang - verminderte Aufwendungen gegenüber. Rückforderungsansprüchen wäre die Antragstellerin in diesem Fall nicht ausgesetzt.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#), [§ 154 Abs. 2 VwGO](#).

Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) in Verbindung mit [§ 63 Abs. 2 Satz 1](#), [53 Abs. 2 Nr. 4](#), [52 Abs. 1](#), [47 Abs. 1](#) und 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Der Senat schließt sich hinsichtlich der Höhe des Streitwerts den Ausführungen des SG an ([§ 142 Abs. 2 Satz 3 SGG](#)). Eine Kürzung auf die Differenz zwischen Aufwendungen und Einnahmen (vgl. SG Berlin, a.a.O., Rn. 60) ist nicht geboten, weil es der Antragstellerin gerade darum geht, das Risiko zu vermeiden, nach der Erbringung der streitgegenständlichen Eingriffe einer Rückforderung der gesamten Vergütungen ausgesetzt zu sein.

Dieser Beschluss ist unanfechtbar ([§ 177 SGG](#), [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 68 Abs. 1 Satz 5](#), [§ 66 Abs. 3 Satz 3 GKG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2019-09-19