der Berufungsklägerin angeführten Verstoß gegen § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ. Nach dieser Vorschrift kann der Arzt Gebühren nur für selbständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden (eigene Leistungen). Neben den selbst („höchstpersönlich“) erbrachten Leistungen gelten als eigene Leistungen gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ auch Leistungen, die unter Aufsicht und nach fachlicher Weisung des abrechnenden Arztes erbracht werden². Hierbei handelt es sich um eine Ausnahmeregelung zu § 613 S. 1 BGB, wonach der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienstleistung im Zweifel in Person zu leisten hat. Erbringt der Arzt die Leistung nicht höchstpersönlich, so ist Voraussetzung für die Leistungsberechnung, dass er eigenverantwortlich an der Leistungserbringung mitwirkt und der Leistung dadurch sein persönliches Gepräge gibt. Der Arzt hat die Verantwortung für die delegierte Leistung, also muss gewährleistet sein, dass er dieser Verantwortung im Einzelfall sowohl tatsächlich als auch fachlich gerecht werden kann. Nicht ausreichen soll es, dass der Arzt lediglich die „Hilfsperson“, derer er sich für die Leistungserbringung bedient, sorgfältig auswählt. Auch das bloße Anordnen einer Leistung dürfte nicht den Anforderungen entsprechen³. Zu beachten ist dabei, dass § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ durch die Dritte Verordnung zur Änderung der GOÄ⁴ in das Gebührenrecht der Ärzte eingefügt wurde. In der amtlichen Begründung wird mit Blick auf die Delegation ausgeführt, dass der Arzt die Aufsicht und Weisung so ausüben müsse, dass er seiner Verantwortlichkeit für die Durchführung delegierter Leistungen auch tatsächlich und fachlich gerecht werden könne⁵. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, dass trotz der räumlichen Entfernung zwischen den Praxisräumen des Beklagten am Stadtrand von B. und der örtlichen Durchführung der MRT-Untersuchung in der Stadtmitte die Grenzen der Delegation nicht überschritten sind. Denn nach dem unwidersprochenen Vortrag des Beklagten setzen die streitgegenständlichen Gebührenpositionen für MRTs neben der technischen Durchführung der Bildgebung weitere ärztliche Schritte, nämlich die Indikationsstellung und Anordnung des MRTs (nebst der Untersuchungsgebiete), den Umfang der Bildgebung sowie die Auswertung der Bildgebung (Befundung) voraus. Dass der Beklagte diese vorgenannten ärztlichen nicht selbst durchführt, behauptet die Klägerin nicht. Insoweit hat der Beklagte lediglich die technische Durchführung der Bildgebung delegiert. Richtigerweise und von der Berufungsklägerin nicht angegriffen ist bei der technischen Durchführung eines MRTs (ohne Kontrastmittelgabe) die örtliche Anwesenheit eines Arztes nicht erforderlich⁶. Dies hat unter Berücksichtigung der durch die Digitalisierung der Bildgebung entstandenen Möglichkeiten zur Folge, dass eine ärztliche Anwesenheit in unmittelbarer Nähe des Untersuchungsortes nicht (mehr) erforderlich ist. Denn der anordnende Arzt kann hinreichenden Einfluss auf die Untersuchung auch aus der Ferne nehmen. Durch die Möglichkeit die Bildgebung unmittelbar nach deren Erstellung aus der Ferne abrufen zu können, kann der Arzt die Suffizienz der Bildgebung zügig beurteilen. Nur dann, wenn absehbar ist, dass durch die Untersuchung Komplikationen für den Patienten drohen (bspw. Risikopatienten oder Kontrastmittelgabe mit möglichen Nebenwirkungen) ist die ärztliche Anwesenheit in unmittelbarer Nähe der Untersuchung notwendig. Die Notwendigkeit der Anwesenheit folgt dabei jedoch nicht, um die Delegation der ärztlichen Tätigkeit zu überwachen. Sie ist vielmehr deshalb erforderlich, um besondere aus der Untersuchung folgende Gefahren für den Patienten ab-

wehren zu können. Dass eine solche Gefahrenlage bei den hier streitgegenständlichen Untersuchungen vorgelegen haben soll, trägt die Klägerin nicht vor.

Nach Erörterung dieser Aspekte in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin die Berufung zurückgenommen.

- 2) „Persönliche Leistungen“ – vgl. *Laufs/Kern/Rehborn*, Handbuch des Arztrechts, 5. Aufl. 2019, § 86, Rdnr. 20 (S. 1266).
- 3) *Uleer/Miebach/Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, GOÄ § 4, Rdnrn. 39–45, beck-online.
- 4) Vgl. Verordnung v. 9.6.1988 – BGBl. I S. 797.
- 5) Vgl. BR–Dr. 118/88, S. 46 – abrufbar unter <http://dipbt.bundestag.de/dip21/brd/1988/D118+88.pdf>.
- 6) Vgl. Insoweit die Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung gem. § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V, Anl. 24 zum BMV-Ä, welche den ärztlichen Standard auch bei der privatärztlichen Versorgung hinreichend wiedergibt.

<https://doi.org/10.1007/s00350-020-5679-8>

Ausnahme vom krankenhaushausentgeltrechtlichen Mehrleistungsabschlag „bei zusätzlichen Kapazitäten“ i. S. d. KHEntgG

KHEntgG §§ 4 Abs. 2a; 4 Abs. 2a S. 1; 4 Abs. 2a S. 3; SGB V § 109 Abs. 1 S. 5; VwGO §§ 124 Abs. 2 Nrn. 1, 3; 124a Abs. 4 S. 4

Verändert eine plankonkretisierende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V die Leistungsstruktur eines Krankenhauses, dessen Kapazität medizinischer Leistungen bereits durch die Ausweisung von Planbettanzahlen im Krankenhausplan eines Landes bestimmt worden ist, führt dies regelmäßig nicht zu „zusätzlichen Kapazitäten“ i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG.

OVG Lüneburg, Beschl. v. 3.3.2020 – 13 LA 51/19
(VG Braunschweig)

Problemstellung: Seit 2017 löst der Fixkostendeckungsabschlag (FDA) den Mehrleistungsabschlag, als Instrument zur Leistungssteuerung der Krankenhausplanung, ab. Wie der Mehrleistungsabschlag ist der FDA auf Leistungen anzuwenden, die von den Vertragspartnern vor Ort zusätzlich vereinbart werden.

Mit dem KHSG wurde festgelegt, dass der Mehrleistungsabschlag durch den FDA ersetzt wird. Zuletzt wurde über einen Änderungsantrag zum Gesetz zur Weiterentwicklung der Versorgung und der Vergütung für psychiatrische und psychosomatische Leistungen (PsychVVG) die Mindesthöhe des FDA für die Jahre 2017 und 2018 in Höhe von 35 % bundeseinheitlich festgelegt. Künftig soll die Mindesthöhe auf Landesebene vereinbart werden. Die Vertragsparteien vor Ort können bei zusätzlichen Leistungen, bei denen bereits in erhöhtem Maße wirtschaftlich begründete Fallzahlsteigerungen eingetreten oder zu erwarten sind, davon abweichend höhere Abschläge und eine längere Geltungsdauer festlegen.

Um die sinnvolle Weiterentwicklung der Krankenhauslandschaft nicht zu behindern, sind bei der Anwendung sowohl des alten als auch des neuen Abschlags Ausnahmetatbestände vorgesehen, bei denen die Ab-

Eingesandt vom Veröffentlichungsverein von Mitgliedern des Nds. OVG;
bearbeitet von Rechtsanwältin Inez Jürgens M. A.,
Fachanwältin für Medizinrecht,
Beirat IMR Bucerius Law School,
Große Bleichen 21, 20354 Hamburg, Deutschland

schläge entfallen. Ausnahme vom FDA „bei zusätzlich bewilligten Versorgungsaufträgen, für die bislang keine Abrechnungsmöglichkeit bestand“, sollen zukünftig auf Bundesebene vereinbart werden

In dem vorliegenden Verfahren führten die für das Jahr 2016 vereinbarten ergänzenden Vereinbarungen nicht zu einer Klärung des Mehrleistungsabschlages.

Die angegebenen Mehrleistungen des Krankenhaus-trägers sah das VG Braunschweig nicht als erfüllt an, weil über die Erweiterung des qualitativen Umfangs von Krankenhausleistungen im Bereich der neurologischen Frührehabilitation lediglich durch Erhöhung der Bettenzahl dieser Abteilung, ohne dass die Gesamtbettenzahl in der Abteilung Neurologie verändert wurde, keine zusätzlichen Kapazitäten durch Erweiterung geschaffen wurden.

Schon die Schiedsstelle hatte festgestellt, dass keine Befreiung vom Mehrleistungsabschlag dem Krankenhaus zustehe, weil eine lediglich qualitative Änderung nicht zu einer Kapazitätserweiterung führe. Das OVG Nds. bestätigt diese Entscheidung und wies mit der genannten Entscheidung den Berufungszulassungsantrag ab.

Die Änderungen des KHG und des KHFinG sind bei den zukünftigen Verhandlungen der Vereinbarungen vor Ort, nunmehr unter Beachtung der Vereinbarungen auf Bundesebene, auf 35 % für drei Jahre begrenzt.

Auch der FDA sieht in solchen Fällen eine Ausnahme vor. Allerdings wurde die Formulierung geändert. § 4 Abs. 2a S. 3 KHEntgG legt fest, dass eine Ausnahme vom FDA „bei zusätzlich bewilligten Versorgungsaufträgen, für die bislang keine Abrechnungsmöglichkeit bestand“, vorgesehen ist.

Einige Krankenkassen haben die Änderung zum Anlass genommen, auch bei Leistungssteigerungen aufgrund krankenhauplanerischer Entscheidungen die Anwendung des vollen FDAs einzufordern. Die Intention des Gesetzgebers ist dies nicht. In einem Schreiben stellte das Bundesministerium für Gesundheit klar, dass eine Leistungsausweitung wie bisher unter den Ausnahmetatbestand fällt, wenn sie von der Krankenhausplanungsbehörde ausdrücklich gebilligt worden ist.

Die Entscheidung des OVG Nds. ist angesichts der COVID 19 Pandemiegesetzgebung für das Jahr 2020 noch von Bedeutung, weil Leistungen zur Behandlung von Patienten, die mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 infiziert sind oder bei denen der Verdacht einer Infektion besteht, vom FDA ausgenommen sind.

Inwieweit die vereinbarten Leistungsmengen der Krankenhäuser sich gestalten werden, kann zum Teil nicht seriös verhandelt oder vorhergesehen werden.

Inez Jürgens

Zum Sachverhalt: Die Beteiligten streiten um die Rechtmäßigkeit des krankenhauplantentgeltrechtlichen Mehrleistungsabschlages für das Jahr 2016.

Die Kl. ist Trägerin der G. Kliniken H. in A-Stadt. Diese waren ab dem 1.1.2015 mit 312 Planbetten (davon im Fachgebiet Chirurgie: 63, Innere Medizin: 74, Neurochirurgie: 53 und Neurologie: 122) und ab dem 1.1.2016 für das gesamte Kalenderjahr mit 304 Planbetten (davon im Fachgebiet Chirurgie: 56, Innere Medizin: 74, Neurochirurgie: 52 und Neurologie: 122) in den Krankenhausplan des Landes Niedersachsen aufgenommen.

Mit Wirkung v. 1.1.2010 schloss die Kl. mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen eine „Ergänzende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“. Diese sah vor, dass von den 122 Planbetten der Fachrichtung Neurologie 34 Betten für die Behandlung von Schwerst-Schädel-Hirn-Verletzten im Bereich der Neurologischen Frührehabilitation Phase B vorgehalten werden. Durch „Änderungsvereinbarung zur Ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ v. 29.7.2014 und v. 16.1.2015 wurde letztgenannte Bettenzahl auf zunächst 40 und mit Wirkung v. 1.1.2015 auf 52 erhöht. Der Bekl. erklärte hierzu jeweils sein Benehmen.

In den zwischen der Kl. und den beigeladenen Sozialleistungsträgern und deren Arbeitsgemeinschaft geführten Verhandlungen im Verfahren nach § 18 des KHG über die Höhe der Krankenhauspflege-sätze und im Verfahren nach § 11 des KHEntgG über die Höhe der in dieser Bestimmung genannten Krankenhausentgelte für das Jahr 2016 konnte keine vollständige Einigung erzielt werden, so dass die Beigel. eine Festsetzung durch die nach § 18a Abs. 1 des Krankenhausfinanzierungsgesetzes gebildete Schiedsstelle beantragten. In der Verhandlung vor der Schiedsstelle am 22.6.2016 einigten sich die Kl. und die Beigel. weitgehend mit Ausnahme des Mehrleistungsabschlages nach § 4 Abs. 2a S. 1 des Krankenhausentgeltgesetzes. Die Kl. machte insoweit geltend, es greife die Ausnahmeregelung nach § 4 Abs. 2a S. 3 Halb. 1 Alt. 3 KHEntgG ein, da die Mehrleistungen durch zusätzliche Kapazitäten aufgrund der Krankenhausplanung des Landes bedingt seien. Ursächlich für die Mehrleistungen sei die vom Bekl. gebilligte Erhöhung der für die Neurologische Frührehabilitation Phase B vorgehaltenen Betten von 40 auf 52. Darüber hinaus liege eine unzumutbare Härte i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 2 KHEntgG vor. Mit Beschl. v. 22.6.2016 stellte die Schiedsstelle fest, dass der Kl. für das Jahr 2016 keine Befreiung vom Mehrleistungsabschlag zustehe, und setzte den Mehrleistungsabschlag für das Jahr 2016 – dem Antrag der Beigel. entsprechend – in einer Höhe von 1.167.522,80 EUR fest. Zur Begründung verwies die Schiedsstelle darauf, dass die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG nicht erfüllt seien.

[...]

Es komme deswegen nicht entscheidend darauf an, ob die Ausweitung einer Fachabteilung mit Billigung der zuständigen Krankenhausplanungsbehörde grundsätzlich geeignet sei, einen Ausnahmetatbestand zu begründen, oder ob sich eine solche Kapazitätserweiterung unmittelbar aus dem Krankenhausplan ergeben müsse. Der Mehrleistungsabschlag sei für die Kl. auch nicht mit einer unzumutbaren Härte i. S. v. § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 2 KHEntgG verbunden.

Die Kl. und die Beigeladenen schlossen daraufhin am 4./6.10.2016 die „Entgeltvereinbarung für das Jahr 2016 nach § 11 Abs. 1 KHEntgG“ ab, in deren § 8 Abs. 3 und 5 der im Schiedsstellenverfahren festgesetzte Mehrleistungsabschlag in Höhe von 1.167.522,80 EUR (= „davon 2016 strittig: 1.018.673,91 €, ... davon 2015 148.848,89 €“) ausgewiesen ist.

Unter dem 4.10.2016 beantragten die Beigel. bei dem Bekl., die Schiedsstellenentscheidung und die darauf basierende Entgeltvereinbarung zu genehmigen, und die Kl., die Schiedsstellenentscheidung nicht zu genehmigen. Mit Bescheid vom 28.10.2016 erteilte der Bekl. die von den Beigel. beantragte Genehmigung und lehnte den widerstreitenden Antrag der Kl. ab.

Hiergegen hat die Kl. vor dem VG Braunschweig Klage erhoben und beantragt, den Bescheid des Bekl. aufzuheben. [...]

Das VG hat die Klage abgewiesen. Hiergegen wendet sich die Kl. mit einem Antrag auf Zulassung der Berufung.

Aus den Gründen: Der Antrag der Kl. auf Zulassung der Berufung bleibt ohne Erfolg.

Die von der Kl. geltend gemachten Zulassungsgründe der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO (1.) und der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache nach § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO (2.) sind zum Teil schon nicht in einer den Anforderungen des § 124a Abs. 4 S. 4 VwGO genügenden Weise dargelegt und liegen im Übrigen nicht vor.

1. Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO sind zu bejahen, wenn der Rechtsmittelführer einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage stellt (vgl. BVerfG, Beschl. v. 8.12.2009 – 2 BvR 758/07 –, BVerfGE 125, 104, 140 –, juris, Rdnr. 96). Die Richtigkeitszweifel müssen sich dabei auch auf das Ergebnis der Entscheidung beziehen; es muss also mit hinreichender Wahrscheinlichkeit anzunehmen sein, dass die Berufung zu einer Änderung der angefochtenen Entscheidung führen wird (vgl. BVerfG, Beschl. v. 10.3.2004 – 7 AV 4.03 –, NVwZ-RR 2004, 542, 543 –, juris, Rdnr. 9). [...]

a.) Die Kl. wendet gegen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung ein, das VG habe die angefochtene Genehmigung des Bekl. v. 28.10.2016 zu der Schiedsstellenentscheidung v. 22.6.2016 zu Unrecht für rechtmäßig

erachtet. Der für das Jahr 2016 ermittelte Mehrleistungsabschlag in Höhe von 1.018.673,91 EUR sei rechtswidrig festgesetzt worden und daher nicht genehmigungsfähig. Es fehle bereits an der für die Entstehung des gesetzlich bestimmten Mehrleistungsabschlages erforderlichen Erbringung von Mehrleistungen. Sie könne eine höhere Vergütung von Krankenhausleistungen nur beanspruchen, weil die Zahl der Planbetten der Fachrichtung Neurologie, in denen aufgrund der plankonkretisierenden Vereinbarung mit den Beigel. nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V im Benehmen des Bekl. Leistungen der Neurologischen Frührehabilitation Phase B erbracht würden, von 40 auf 52 erhöht worden sei. Die Zahl der im Krankenhausplan für die Fachrichtung Neurologie ausgewiesenen Planbetten sei hingegen mit 122 konstant geblieben. Würden durch eine solche bloße „Umwidmung“ höhere Vergütungen erzielt, seien diese nach einer teleologischen Reduktion des § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG nicht als Mehrleistung anzusehen. Der Mehrleistungsabschlag sei ein Instrument zur Verminderung des Aufwands für Krankenhausleistungen und des Kostendrucks für die Krankenkassen und damit zur nachhaltigen Finanzierung der gesetzlichen Krankenversicherung. Dieses Instrument bedürfe es für die auf einer Vereinbarung zwischen Krankenhaus und Kostenträgern beruhende Umwidmung von im Krankenhausplan bereits ausgewiesenen Planbetten nicht. Gleiches ergebe sich, wenn man dem VG folgend als Mehrleistungen im Sinne der Ausnahmeregelung des § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG nur solche Leistungen ansehe, die zu Fallzahlensteigerungen führten. Denn an solchen Steigerungen fehle es hier.

Dieser Einwand greift nicht durch. Die angefochtene Genehmigung des Bekl. v. 28.10.2016 zu der Schiedsstellenentscheidung v. 22.6.2016 ist nicht deshalb rechtswidrig, weil dem für das Jahr 2016 ermittelten Mehrleistungsabschlag in Höhe von 1.018.673,91 EUR keine tatsächlichen Mehrleistungen im Krankenhaus der Kl. zugrunde lägen.

Nach § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG in der hier maßgeblichen, zuletzt durch das KHSG v. 10.12.2015 (BGBl. I S. 2229) geänderten Fassung gilt ein Mehrleistungsabschlag „für Leistungen, die im Vergleich zur Vereinbarung für das laufende Kalenderjahr zusätzlich im Erlösbudget berücksichtigt werden“ (sog. Mehrleistung).

Das danach für den bereits laufenden Vereinbarungszeitraum i. S. d. § 11 Abs. 2 KHEntgG vereinbarte und mit dem darauffolgenden Vereinbarungszeitraum zu vergleichende – Erlösbudget wird gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 KHEntgG leistungsorientiert ermittelt, indem für die voraussichtlich zu erbringenden Leistungen Art und Menge der Entgelte nach § 4 Abs. 1 S. 1 KHEntgG mit der jeweils maßgeblichen Entgelthöhe multipliziert werden. Entgelte nach § 4 Abs. 1 S. 1 KHEntgG sind für voll- und teilstationäre Leistungen nur die Fallpauschalen nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 KHEntgG und die Zusatzentgelte nach § 7 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 KHEntgG. § 4 Abs. 2 S. 1 i. V. mit Abs. 1 S. 2 KHEntgG stellt klar, dass die krankenspezifisch individuell zu vereinbarenden Entgelte nach § 6 Abs. 1 bis 2a KHEntgG, die Zusatzentgelte für die Behandlung von Blutern, die Zu- und Abschläge nach § 7 Abs. 1 KHEntgG, die Entgelte für Modellvorhaben nach § 63 SGB V und die Vergütung nach § 140a SGB V für die integrierte Versorgung nicht vom Erlösbudget umfasst werden. Gemäß § 4 Abs. 2 S. 2 KHEntgG wird die Entgelthöhe für die Fallpauschalen ermittelt, indem diese nach den Vorgaben des Entgeltkatalogs und der Abrechnungsbestimmungen mit den effektiven Bewertungsrelationen und mit dem Landesbasisfallwert nach § 10 KHEntgG bewertet werden (vgl. zur Berechnung des Erlösbudgets: Starzer, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnrn. 3ff.; Vollmöller, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnrn. 4ff.).

Von den danach maßgeblichen Faktoren, welche die Höhe des Erlösbudgets beeinflussen, unterliegen allein die

Art der zu erbringenden Leistungen sowie deren Menge der Vereinbarungskompetenz der Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG i. V. mit § 18 Abs. 2 KHG. Die Bewertungsrelationen der einzelnen Fallpauschale und der Preis der Zusatzentgelte werden gemäß § 9 KHEntgG von den Vertragsparteien auf Bundesebene vorgegeben. Der Landesbasisfallwert wird gemäß § 10 KHEntgG i. V. mit § 18 Abs. 1 S. 2 KHG auf Landesebene vereinbart (vgl. Vollmöller, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnrn. 4ff.).

Nach dieser Systematik und dem Sinn und Zweck des Mehrleistungsabschlages (vgl. hierzu Senatsbeschl. v. 25.2.2020 – 13 LA 50/19 –, juris, Rdnrn. 30ff. m.w.N.) stellt sich ein Leistungszuwachs grundsätzlich dann als i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG „zusätzlich“ im Erlösbudget berücksichtigte Leistung dar, wenn er auf eine Veränderung der Art der zu erbringenden Leistungen oder deren Menge zurückzuführen ist (vgl. zu Ausnahmen bei bloßen technischen Effekten infolge einer Änderung etwa der Bewertungsrelationen, des Landesbasisfallwerts oder des Zusatzentgelte-Katalogs (sog. Katalogeffekt; Gesetzentwurf der BRG., Entwurf eines Gesetzes zur Weiterentwicklung der Versorgung und der Vergütung für psychiatrische und psychosomatische Leistungen (PsychVVG), BT-Dr. 18/9528, S. 35; VG Magdeburg, Urt. v. 30.5.2018 – 3 A 311/16 –, juris, Rdnr. 31; Vollmöller, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnrn. 4ff.) oder bei Änderungen der Vergütungsform etwa infolge der Umwandlung einer Beleg- in eine Hauptabteilung (VG Würzburg, Urt. v. 22.10.2018 – W 8 K 16.1284 –, juris, Rdnrn. 41ff.)).

In Anwendung dieses Grundsatzes liegen dem für das Jahr 2016 ermittelten Mehrleistungsabschlag in Höhe von 1.018.673,91 EUR tatsächliche Mehrleistungen im Krankenhaus der Kl. zugrunde. Aufgrund der zwischen der Kl. mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Erstkassen geschlossenen „Änderungsvereinbarung zur Ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ v. 16.1.2015 werden im Krankenhaus der Kl. auf 12 weiteren Planbetten, die im Krankenhausplan des Landes Niedersachsen der Fachrichtung Neurologie zugewiesen sind und auf denen bisher allgemeine neurologische Leistungen erbracht wurden, nunmehr Schwerst-Schädel-Hirn-Verletzte behandelt und Leistungen im Bereich der Neurologischen Frührehabilitation Phase B erbracht. Hiernach ändert sich auf 12 Planbetten die Art der zu erbringenden Leistungen. Diese vereinbarte Änderung des Leistungsgeschehens führt auch nach dem Vorbringen der Kl. zu einem Leistungszuwachs im Erlösbudget.

Eine Ausnahme von dem dargestellten Grundsatz ist entgegen dem klägerischen Zulassungsvorbringen hier nicht geboten. Eine „Umwidmung“ von im Krankenhaus ausgewiesenen Planbetten durch eine plankonkretisierende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V kann, wie jede andere zwischen den Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG i. V. mit § 18 Abs. 2 KHG getroffene Vereinbarung, die Art der zu erbringenden Leistungen beeinflussen und zu einem Leistungszuwachs führen. Auch allein der Charakter als Vereinbarung, die nur mit Zustimmung auch der vom Leistungszuwachs betroffenen Kostenträger zustande kommt, schließt entgegen der Auffassung der Kl. die Annahme einer Mehrleistung offensichtlich nicht aus. Die Annahme einer Mehrleistung i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG setzt in Abgrenzung zum Mehrerlösausgleich nach § 4 Abs. 3 KHEntgG eine Vereinbarung der Mehrleistung im Erlösbudget gerade voraus. Auch der von der Kl. gezogene Vergleich mit der Ausnahmeregelung in § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG zwingt nicht zu einer teleologischen Reduktion des Anwendungsbereichs von § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG. Die Funktion einer Ausnahmeregelung lässt es vielmehr denklogisch notwendig erscheinen, deren Anwendungsbereich restriktiver zu fassen als den

Anwendungsbereich der Grundsatzregelung. Es ist daher keinesfalls system- oder sinnwidrig, dem Mehrleistungsabschlag in § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG grundsätzlich alle Mehrleistungen zu unterwerfen und hiervon in § 4 Abs. 2a S. 3 KHEntgG nur bestimmte Mehrleistungen, wie etwa nach Halbs. 1 Alt. 3 dieser Regelung „bei zusätzlichen Kapazitäten aufgrund der Krankenhausplanung oder des Investitionsprogramms des Landes“, auszunehmen.

b.) Die Kl. wendet gegen die Richtigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung weiter ein, der für das Jahr 2016 ermittelte Mehrleistungsabschlag in Höhe von 1.018.673,91 EUR erweise sich auch deshalb als rechtswidrig, weil sie sich auf die Ausnahmeregelung in § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG berufen könne. Entgegen der Auffassung des VG komme diese Ausnahmeregelung nicht nur bei solchen Mehrleistungen zur Anwendung, die auf Fallzahlensteigerungen beruhten, sondern bei allen Leistungen, die in betriebswirtschaftlicher Hinsicht zu einer Anhebung der Bewertungsrelationen führten. Die Anhebung der Bewertungsrelationen eines Krankenhauses ohne Fallzahlensteigerung führe spiegelbildlich den Nachweis, dass diese Leistungen mit einem höheren Aufwand erbracht würden. Der mit dem Mehrleistungsabschlag vom Gesetzgeber verfolgte Zweck gebiete diese qualitative betriebswirtschaftliche Betrachtungsweise. Unabhängig davon habe das VG selbst festgestellt, dass mit der Erhöhung der Zahl der Planbetten, in denen Leistungen der der Neurologischen Frührehabilitation Phase B erbracht würden, eine Kapazitätserweiterung i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG vorliege. Die Mehrleistungen würden von ihr im Sinne dieser Vorschrift auch „aufgrund der Krankenhausplanung“ erbracht.

Das VG hat zu Recht festgestellt, dass die Voraussetzungen für eine Ausnahme vom gesetzlichen Mehrleistungsabschlag nach § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG (1) und auch nach § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 2 KHEntgG (2) nicht erfüllt sind (Urt. v. 5.12.2018).

(1) Gemäß § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG gilt der Mehrleistungsabschlag nach § 4 Abs. 2a S. 1 oder 2 KHEntgG nicht „bei zusätzlichen Kapazitäten aufgrund der Krankenhausplanung oder des Investitionsprogramms des Landes“.

Das Tatbestandsmerkmal „bei zusätzlichen Kapazitäten“ stellt auf eine Erweiterung des quantitativen Umfangs möglicher Krankenhausleistungen ab. Erfasst werden beispielsweise kapazitätserweiternde Maßnahmen wie die Aufstockung der Bettenzahl, die Ansiedlung einer neuen Fachabteilung oder die Ausweitung einer Fachabteilung aufgrund der Schließung eines anderen Krankenhauses (vgl. BVerwG, Urt. v. 16.9.2015 – BVerwG – 3 C 9.14 –, juris, Rdnr. 30; Urt. v. 21.1.2003 – BVerwG – 3 C 4.02 –, Buchholz 451.74 § 18 KHG Nr. 11 –, juris, Rdnrn. 20ff. (zu § 1 Abs. 2 S. 2 des Gesetzes zur Stabilisierung der Krankenhausausgaben 1996); Buchner/Spiegel, ZMGR 2015, 181, 183f.).

An der danach erforderlichen Erweiterung des quantitativen Umfangs möglicher Krankenhausleistungen fehlt es hier. Die Kapazität für medizinische Leistungen im Krankenhaus der Kl. wurde nicht erhöht. Die insoweit maßgeblich heranzuziehende Zahl von Planbetten i. S. d. § 4 Abs. 3 des Nds. Krankenhausgesetzes – NKHG – (vgl. zu dieser Maßgeblichkeit: BVerwG, Urt. v. 21.1.2003, a. a. O., Rdnr. 21; Senatsurt. v. 12.9.2019 – 13 LB 354/18 –, juris, Rdnr. 56) ist für die Fachrichtung Neurologie unverändert geblieben. Die so ermittelte Kapazität medizinischer Leistungen ist auch dadurch unbeeinflusst geblieben, dass ein Teil der Planbetten der Fachrichtung Neurologie nach der mit Wirkung v. 1.1.2010 zwischen der Kl. mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen geschlossenen „Ergänzende(n) Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ für die Behandlung von Schwerst-Schädel-Hirn-Verletzten im Bereich der Neurologischen Frührehabilitation Phase B vorgehalten wird und dieser

Teil von Planbetten zunächst von 34 auf 40 und zuletzt durch „Änderungsvereinbarung zur Ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ v. 16.1.2015 von 40 auf 52 erhöht worden ist. Denn anders als die planmodifizierende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 4 SGB V hat die hier geschlossene plankonkretisierende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V keinen Einfluss auf eine bereits im Rahmen der Krankenhausplanung durch die Festlegung der Planbettenzahl bestimmte Kapazität medizinischer Leistungen eines Krankenhauses. Durch die Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V darf der Versorgungsauftrag, wie er sich aus dem Krankenhausplan ergibt, lediglich konkretisiert, nicht aber modifiziert werden. Die Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V muss sich in den durch den Krankenhausplan getroffenen Festlegungen bewegen und darf deren Grenzen nicht überschreiten (vgl. Senatsurt. v. 15.4.2015 – 13 LC 284/12 –, juris, Rdnrn. 37ff.; Wahl, in: jurisPK-SGB V, 3. Aufl. 2016, § 109, Rdnrn. 44ff.). Dementsprechend konkretisieren die zwischen der Kl. mit den Landesverbänden der Krankenkassen und den Ersatzkassen geschlossene „Ergänzende Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ für die Behandlung von Schwerst-Schädel-Hirn-Verletzten im Bereich der Neurologischen Frührehabilitation Phase B und die „Änderungsvereinbarung zur Ergänzenden Vereinbarung nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V“ v. 16.1.2015 auch nur die qualitative Leistungsstruktur in der Abteilung Neurologie des Krankenhauses der Kl., lassen die durch den Krankenhausplan mit der Ausweisung von Planbetten bestimmte quantitative Kapazität medizinischer Leistungen in der Fachrichtung Neurologie im Krankenhaus der Kl. aber unberührt.

Fehlt es danach schon an „zusätzlichen Kapazitäten“ i. S. d. § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. 3 KHEntgG, ist es nicht mehr entscheidungserheblich, ob solche zusätzlichen Kapazitäten auch „aufgrund der Krankenhausplanung oder des Investitionsprogramms des Landes“ entstanden sind (vgl. zu den insoweit bestehenden Anforderungen: BVerwG, Urt. v. 16.9.2015, a. a. O., Rdnrn. 27ff.; Buchner/Spiegel, a. a. O., S. 184ff.) und ob jedenfalls dem Schreiben des Bkl. v. 17.6.2016 die hierfür erforderliche Billigung entnommen werden kann.

(2) Gemäß § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 2 KHEntgG „können die Vertragsparteien zur Vermeidung unzumutbarer Härten einzelne Leistungen von der Erhebung des Abschlags ausnehmen“ (vgl. hierzu die Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zu dem Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und FDP – Dr. 17/3040 –, Entwurf eines Gesetzes zur nachhaltigen und sozial ausgewogenen Finanzierung der Gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Dr. 17/3696, S. 52: „insbesondere weil die Finanzierung einzelner Leistungsbereiche ansonsten gefährdet wäre oder Versorgungsprobleme entstünden (z. B. bei Transplantation oder der Versorgung von Schwerbrandverletzten)“). Wird eine solche Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien nach § 11 KHEntgG i. V. mit § 18 Abs. 2 KHG nicht erzielt, kann ein gegebenenfalls bestehender Anspruch auf eine Ausnahme zur Vermeidung unzumutbarer Härten auch über die Schiedsstelle durchgesetzt werden (vgl. Senatsbeschl. v. 25.2.2020, a. a. O., Rdnr. 43; Vollmöller, in: Dettling/Gerlach, Krankenhausrecht, 2. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnr. 27).

Die Richtigkeit der anhand dieses Maßstabes vom VG getroffenen Feststellung, eine unzumutbare Härte durch die Aufrechterhaltung des Mehrleistungsabschlags sei weder durch die Kl. hinreichend tatsächlich substantiiert noch angesichts eines Anteils des Mehrleistungsabschlags am Gesamtbudget der G. Kliniken H. von weniger als 2 % offensichtlich (Urt. v. 5.12.2018), wird mit dem Zulassungsantrag nicht in einer den Darlegungsanforderungen des § 124a Abs. 4 S. 4 VwGO genügenden Weise und damit nicht durchgreifend in Zweifel gezogen.

2. Die Berufung ist auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtssache i. S. d. § 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO zuzulassen.

Eine solche grundsätzliche Bedeutung hat eine Rechtssache nur dann, wenn sie eine höchstrichterlich noch nicht beantwortete Rechtsfrage oder eine obergerichtlich bislang ungeklärte Tatsachenfrage von allgemeiner Bedeutung aufwirft, die sich im Rechtsmittelverfahren stellen würde und im Interesse der Einheit der Rechtsprechung oder der Weiterentwicklung des Rechts einer fallübergreifenden Klärung durch das Berufungsgericht bedarf (vgl. Senatsbeschl. v. 31.8.2017, a. a. O., Rdnr. 53 m. w. N.). Um die grundsätzliche Bedeutung der Rechtssache i. S. d. § 124a Abs. 4 S. 4 VwGO darzulegen, hat der Zulassungsantragsteller die für fallübergreifend gehaltene Frage zu formulieren sowie näher zu begründen, weshalb sie eine über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung hat und ein allgemeines Interesse an ihrer Klärung besteht. Darzustellen ist weiter, dass sie entscheidungserheblich ist und ihre Klärung im Berufungsverfahren zu erwarten steht (vgl. Nds. OVG, Beschl. v. 15.8.2014 – 8 LA 172/13 –, GewArch 2015, 84, 85 –, juris, Rdnr. 15; Happ, in: Eyermann, VwGO, 15. Aufl. 2019, § 124, Rdnrn. 35 ff. m. w. N.).

Im Übrigen betrifft die konkretisierte Frage bereits ausgelaufenes Recht, ohne dass sich eine inhaltsgleiche Frage zu den ergangenen Nachfolgeregelungen stellt. Denn der 2009 durch § 4 Abs. 2a KHEntgG d. F. d. Gesetzes zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz – KHRG) v. 17.3.2009 (BGBl. I S. 534) eingeführte Mehrleistungsabschlag ist durch Art. 9 Nr. 2 Buchst. a des Gesetzes zur Stärkung des Pflegepersonals (Pflegepersonal-Stärkungsgesetz – PpSG) v. 11.12.2018 (BGBl. I S. 2394) mit Wirkung v. 1.1.2019 endgültig aufgehoben worden (vgl. zur Entwicklung: Senatsbeschl. v. 25.2.2020, a. a. O., Rdnr. 37; Starzer, in: Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, KHEntgG, § 4, Rdnr. 6.). In der aktuell gültigen Fassung sieht § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG für mit Fallpauschalen bewertete Leistungen, die im Vergleich zur Vereinbarung für das laufende Kalenderjahr zusätzlich im Erlösbudget berücksichtigt werden, einen jeweils für drei Jahre zu erhebenden Vergütungsabschlag von 35 % (Fixkostendegressionsabschlag) vor. Eine dem § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1 Alt. KHEntgG a. F. vergleichbare Ausnahmeregelung ist nicht ersichtlich (vgl. die nunmehr geltenden Ausnahmetatbestände in § 4 Abs. 2a S. 2 ff. KHEntgG n. F.).

Aus dem Zulassungsvorbringen der Kl. ergibt sich auch nicht, dass die auf das Altrecht bezogene konkretisierte Frage in einer Vielzahl noch anhängiger Verfahren entscheidungserheblich oder von einem anderen Obergericht abweichend beantwortet worden ist.

Anmerkung zu OVG Niedersachsen, Beschl. v. 3.3.2020 – 13 LA 51/19 (VG – Braunschweig)

Inez Jürgens

Die vorstehend benannte Entscheidung des OVG Nds. ist zur ergänzenden Vereinbarung eines Mehrleistungsabschlag nach § 4 Abs. 2a S. 3 KHEntgG in der Fassung des PpSG v. 11.12.2018¹ ergangen. Sie betrifft die Bestimmung zusätzlicher Kapazitäten der Leistungsstruktur eines Krankenhauses, durch lediglich „plankonkretisierende Vereinbarung“ nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V².

In der neuen Fassung des Gesetzes wäre der nun so genannte „FDA“, der nach § 4 Abs. 2a S. 1 KHEntgG einen für drei Jahre zu erhebenden Vergütungsabschlag von 35 % vorsieht, für Leistungen, die im Vergleich zur Vereinbarung im Erlösbudget zusätzlich berücksichtigt werden sollen, zu erheben³.

Die Entscheidung des OVG Nds. ist nunmehr durch das am 27.3.2020 verabschiedete COVID-19 KHG, wodurch jeglicher FDA bis (zunächst) zum Jahresende 2020 aufgehoben ist, nicht unbeachtlich⁴. Die Begründung des OVG Nds. kann für die Verhandlungen und Schiedsanträge zu einer Änderung des FDA zukünftig bei Vereinbarungen nach § 109 Abs. 1 S. 5 SGB V und bei Verhandlungen oder Schiedsverfahren weiter berücksichtigt werden, denn die Frage, ob „zusätzliche Kapazitäten“ auch „aufgrund der Krankenhausplanung oder des Investitionsprogrammes“ entstanden sind, oder ob nur eine „Veränderung des Leistungsumfanges“ vorliegt, dürfte erheblich bleiben⁵.

Wenn nach § 4 Abs. 5 KHEntgG bei wesentlichen Änderungen der Annahmen des Erlösbudgets, dieses neu zu vereinbaren ist, muss bei einem Case Mix eine anteilige Leistungsmenge ermittelt werden, die dem hälftigen FDA unterliegen dürfte⁶.

Es wird auch (voraussichtlich) ab 2021, darauf ankommen, dass Voraussetzungen für eine Ausnahme vom FDA noch im laufenden Kalenderjahr⁷ rechtzeitig geltend gemacht werden und die Begründung von „zusätzlichen Kapazitäten“ unter den Voraussetzungen der Veränderung der Grundlagen des Erlösbudgets, als wesentliche und erhebliche zusätzliche Leistungen eines Krankenhauses noch im Kalenderjahr belegt werden können⁸.

Insoweit kann der Maßstab, der in dieser Entscheidung als „unzumutbare Härte“ verneint wird, weil der FDA mit einem Anteil von weniger als 2 % des Gesamtbudgets als offensichtlich unwesentlich beurteilt werden muss, zudem beachtlich werden⁹. Ohne begründete Erweiterung der Kapazitäten ist eine Erhöhung der Leistungen jedoch nicht gegeben¹⁰.

Damit wird den Jahresabschlussprüfern die rechtzeitige Prüfung und Darlegung der „voraussichtlich“ nach § 4 Abs. 5 S. 2 KHEntgG verfügbaren Ist – Daten aufgegeben. Die Berücksichtigung von verfügbaren Ist – Daten des Vereinbarungszeitraumes ist geboten, um für das Krankenhaus einen etwaigen Rechtsverlust zu vermeiden¹¹. Die Anforderungen an Verhandlungen der Budgets, weil Korrekturen der Leistungsmengen nach dem Zeitpunkt der Vereinbarung oder Festsetzung grundsätzlich ausgeschlossen sind, steigen.

Allein eine aktuelle Datenbasis macht den Unterschied bei der Ermittlung des neuen Budgets aus¹².

Der FDA soll jedenfalls die im Vergütungssystem vorhandenen Anreize zur Erbringung von Mehrleistungen auf Ortsebene dämpfen¹³.

- 1) BGBl. I S. 2394 mit Wirkung zum 1.1.2019.
- 2) Erst 2009 durch KHRG eingeführt – BGBl. I S. 534.
- 3) Eine Ausnahmeregelung wie § 4 Abs. 2a S. 3 Halbs. 1. Alt. KHEntgG a. F. ist nicht ersichtlich.
- 4) COVID-19-Krankenhausentlastungsgesetz v. 27.3.2020, BGBl. I S. 580.
- 5) § 4 Abs. 2a S. 2 KHEntgG „sind ... Vorgaben ... auf Bundesebene nach § 9 Abs. 1 Nr. 6 ... anzuwenden“.
- 6) Becker/Heitzig, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2019, § 4 KHEntgG, Rdnr. 211.
- 7) Becker/Heitzig, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Rdnrn. 45 ff.
- 8) Vgl. BVerwG, Urt. v. 20.12.2007 – 3 C 53.06.
- 9) VG Braunschweig, Urt. v. 5.12.2018, Umdruck S. 9.
- 10) Vgl. BVerwG, Urt. v. 16.9.2015 – 3 C 9.14.
- 11) BVerwG, Urt. v. 16.11.1995, KRS 95.141; Becker/Heitzig, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Rdnrn. 8, 9.
- 12) Becker/Heitzig, in: Prütting, Medizinrecht, Kommentar, 5. Aufl. 2019, Rdnr. 8.
- 13) AOK-Bundesverband, stationäre Versorgung, Rehabilitation Stand: 14.1.2020.