



SCHMIDT | VON DER OSTEN | HUBER

**Rechtliche Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale
im Risikostrukturausgleich der gesetzlichen Krankenversicherung
durch das Bundesamt für Soziale Sicherung**

- Gutachterliche Stellungnahme -

Im Auftrag des

Verbandes der Ersatzkassen e.V. (vdek)

handelnd für die

Techniker Krankenkasse (TK), BARMER, DAK-Gesundheit,
Kaufmännische Krankenkasse – KKH und die HEK – Hanseatische Krankenkasse

sowie des

BKK-Dachverbandes e.V.

durch Rechtsanwalt

Dr. Stefan Bäune

Fachanwalt für Medizinrecht

- 25.09.2020 -

*SCHMIDT, VON DER OSTEN & HUBER
Rechtsanwälte Steuerberater Partnerschaft mbB
Rüttenscheider Str. 26
45128 Essen*



Inhaltsverzeichnis

A.	Zusammenfassung	3
B.	Gutachtenauftrag	3
C.	Rechtliche Würdigung	4
I.	Der Risikostrukturausgleich und der Bedarf zur Einführung regionaler Merkmale	4
II.	Einhaltung der formellen Anforderungen an das Verfahren nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV	6
1.	Rechtsnatur der Festlegungen	6
2.	Anzuwendendes Verfahrensrecht	7
3.	Verpflichtung zur Anhörung der Beteiligten	9
4.	Pflicht zur Begründung der Festlegungen	15
5.	Bekanntmachung der Festlegungen	17
6.	Allgemeine Regelungen des SGB X	17
III.	Materielle Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale nach § 8 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RSAV	18
1.	Gesetzgeberische Definition regionaler Merkmale	18
2.	Zulässigkeit der Auswahl bestimmter regionaler Merkmale	20
IV.	„Sterbekosten“ als zulässiges regionales Merkmal	23
1.	Beeinflussung der regionalen Ausgabestruktur	23
2.	Bezug auf die Angebotsstruktur	24
3.	Ermessensfehlerfreie Auswahl des regionalen Merkmals „Sterbekosten“	25



A. Zusammenfassung

Das Bundesamt für Soziale Sicherung hat den Entwurf von Festlegungen für das Versichertenklassifikationsmodell nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV aufgestellt und diesen dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen zur Anhörung zugeleitet. Die Anhörung des Spitzenverband Bund der Krankenkassen ist nach den gesetzlichen Regelungen ausreichend. Einer gesonderten Anhörung der einzelnen Krankenkassen bedarf es nicht. Ebenso wenig sind die vom Bundesamt für Soziale Sicherung zu treffenden Festlegungen gegenüber den einzelnen Krankenkassen zu begründen.

Die Festlegungen des Bundesamtes für Soziale Sicherung haben auch regionale Merkmale nach § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V, § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV zu beinhalten. Als solches regionales Merkmal können auch die „Sterbekosten“ festgelegt werden. Diese stellen insbesondere kein sich auf die Angebotsstruktur beziehendes Merkmal dar.

B. Gutachtenauftrag

Mit dem Gesetz für einen fairen Kassenwettbewerb in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 22.03.2020 (BGBl. I 2020, S. 604 – i.F. „GKV-FKG“) hat der Gesetzgeber umfangreiche Änderungen am Risikostrukturausgleich in der gesetzlichen Krankenversicherung vorgenommen. So sollen u.a. durch die Einführung einer Regionalkomponente unterschiedliche finanzielle Belastungen zwischen den Krankenkassen ausgeglichen werden, die ihre Ursache in einer regional unterschiedlichen Ausgabenstreuung haben. Nach Auffassung des Gesetzgebers verbleiben nach der Durchführung des Risikostrukturausgleichs in der bisherigen Ausgestaltung regionale Über- und Unterdeckungen, die zu Risikoselektionsanreizen und Wettbewerbsverzerrungen führen können.

Vgl. BT-Drs. 19/556, S. 87 f.

Zum Ausgleich dieser regionalen Über- und Unterdeckungen hat der Gesetzgeber in § 266 Abs. 2 SGB V geregelt, dass die Zuordnung der Versicherten zu den für den Risikostrukturausgleich maßgeblichen Risikogruppen u.a. anhand regionaler Merkmale erfolgt. Das mit der Durchführung des Risikostrukturausgleichs betraute Bundesamt für Soziale Sicherung (i.F. „BAS“) hat nunmehr im Entwurf die Festlegungen zum Versichertenklassifikationsmodell nach § 8 Abs. 4 S. 5 der Risikostruktur-Ausgleichsverordnung i.d.F. des GKV-FKG (i.F. „RSAV“) dargestellt, welche konkreten regionalen Merkmale dabei Berücksichtigung finden sollen. Die Rechtmäßigkeit des vom BAS hierzu durchgeführten Verfahrens und der Auswahl bestimmter regionaler Merkmale ist derzeit umstritten.

Vor diesem Hintergrund bittet der Auftraggeber um Prüfung folgender Rechtsfragen:



1. Welche formellen Anforderungen bestehen an das Verfahren zum Zustandekommen der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV?
2. Ist die Festlegung des Merkmals „Sterbekosten“ als regionales Merkmal nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV materiell rechtmäßig?

C. Rechtliche Würdigung

I. Der Risikostrukturausgleich und der Bedarf zur Einführung regionaler Merkmale

Das Finanzierungsmodell in der gesetzlichen Krankenversicherung ist mit Wirkung zum 01.01.2009 durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz vom 26.03.2007 (BGBl. I 2007, S. 378) mit der Einführung des Gesundheitsfonds (§ 271 SGB V) neu geregelt worden. Der Gesundheitsfonds wird als Sondervermögen vom Bundesamt für Soziale Sicherung verwaltet (§ 271 Abs. 1 SGB V) und dient als Sammelstelle für die Beitragseinnahmen der Krankenkassen sowie für die Bundesmittel nach § 221 Abs. 1 SGB V. Die Krankenkassen erhalten nach § 266 Abs. 1 Satz 1 SGB V als Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds zur Deckung ihrer Ausgaben eine Grundpauschale, alters-, geschlechts- und risikoadjustierte Zu- und Abschläge zum Ausgleich der unterschiedlichen Risikostrukturen und Zuweisungen für sonstige Ausgaben. Durch die Zuordnung von alters-, geschlechts- und risikoadjustierten Zuweisungen wird jährlich ein Risikostrukturausgleich unter den Krankenkassen durchgeführt, indem die finanziellen Auswirkungen von Unterschieden in der Verteilung der Versicherten auf nach Alter und Geschlecht getrennte Versicherten- und Morbiditätsgruppen zwischen den Krankenkassen ausgeglichen werden (§ 266 Abs. 1 Satz 2 SGB V). Mit der Einführung des Gesundheitsfonds und des morbiditätsorientierten Strukturausgleiches durch das GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz wollte der Gesetzgeber mehr Effizienz und Transparenz erreichen, um auf diese Weise eine wirtschaftlichere Verwendung der Steuer- und Beitragsmittel zu gewährleisten und den Wettbewerb zwischen den Krankenkassen zu intensivieren (BT-Drs. 16/3100, S. 91). Gerade durch die zum 01.01.2009 eingeführte unmittelbare Morbiditätsorientierung sollte der ursprüngliche Zweck eines solidarischen, unter Wirtschaftlichkeits- und Qualitätsaspekten geführten Wettbewerbs unter den Krankenkassen weiterverfolgt werden.

Vgl. A. Becker, in: Schlegel/Voelzke, jurisPK-SGB V, 4. Auflage 2016, § 266 Rn. 25.

Der Gesetzgeber hat damit auch die Kritik an der zuvor ungenauen Morbiditätserfassung durch die übrigen vormaligen Ausgleichsfaktoren des Risikostrukturausgleichs aufgegriffen.

Vgl. Jacobs/Reschke/Cassel/Wasem, Zur Wirkung des Risikostrukturausgleichs in der gesetzlichen Krankenversicherung, 2002, S. 41.

Dazu hatte der Gesetzgeber in § 268 SGB V a.F. vorgegeben, dass die Versichertengruppen ab dem 01.01.2009 nach Klassifikationsmerkmalen (Morbiditätsgruppen) zu bilden waren,



wobei zunächst 50 bis 80 insbesondere kostenintensive chronische Krankheiten und Krankheiten mit schwerwiegendem Verlauf für die Auswahl der Morbiditätsgruppen zugrunde zu legen waren.

Nach Umsetzung des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleiches hat sich allerdings gezeigt, dass allein die Einführung eines morbiditätsorientierten Ausgleichsystems nicht ausreichend ist, um im Sinne eines fairen Wettbewerbes unter den Krankenkassen deutliche Über- bzw. Unterdeckungen der versichertenbezogenen Zuweisungen zu vermeiden. Dies lässt sich insbesondere dadurch erklären, dass sich die Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung insbesondere hinsichtlich demografischer Merkmale, Diagnosehäufigkeiten, Morbidität sowie der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen regional stark unterscheiden. Auch die Leistungsausgaben der Krankenkassen – sowohl insgesamt als auch in den einzelnen Leistungsbereichen – variieren interregional in hohem Maße. Diese regionalen Unterschiede führen dazu, dass erhebliche regionale Unter- und Überdeckungen bei den Zuweisungen bestehen. So sind Versicherte in großstädtischen Zentren mit durchschnittlich 50 € pro Kopf im Jahr unterdeckt; in den großstädtischen Ergänzungsgebieten beträgt die Unterdeckung noch 13 € pro Kopf. Demgegenüber sind Versicherte außerhalb der Stadtregionen im Durchschnitt überdeckt.

Diese bestehenden finanziellen Über- und Unterdeckungen bei den Zuweisungen können Verzerrungen im Wettbewerb zwischen den Krankenkassen, die in sich nur teilweise überschneidenden Regionen tätig sind, verursachen. Auch lassen regionale Unter- und Überdeckungen Strategien überregionaler Risikoselektionen durch die Krankenkassen rational erscheinen

Vgl. *Gutachten* zu den regionalen Verteilungswirkungen des morbiditätsorientierten Risikostrukturausgleiches des wissenschaftlichen Beirats zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleiches beim Bundesversicherungsamt vom 28.06.2018, S. XXII (i.F. „Regionalgutachten“).

Der wissenschaftliche Beirat kommt daher in seinem Gutachten zu der Schlussfolgerung, dass die Berücksichtigung einer Regionalkomponente in der GKV-Finanzarchitektur notwendig ist.

Vgl. *Regionalgutachten*, S. XXII.

Der Gesetzgeber hat auf der Grundlage dieser Feststellungen und Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirats zur Weiterentwicklung des Risikostrukturausgleiches durch das GKV-FKG die Einführung von regionalen Merkmalen zwecks Zuordnung der Versicherten zu den einzelnen Risikogruppen vorgesehen (§ 266 Abs. 2 S. 1).



II. Einhaltung der formellen Anforderungen an das Verfahren nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV

Zu prüfen ist zunächst, welche formellen Anforderungen an das Verfahren zum Zustandekommen der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV zu stellen sind. Dies hängt wesentlich davon ab, welchen Rechtscharakter diese Festlegungen haben, ob sie also einen Verwaltungsakt darstellen, oder als vorbereitendes oder reales Verwaltungshandeln zu qualifizieren sind. Im Anschluss an diese Prüfung sind dann die entsprechenden Anforderungen an das Verfahren aus der RSAV und dem allgemeinen Sozialverwaltungsverfahrenrecht abzuleiten und deren Einhaltung durch das BAS zu prüfen.

1. Rechtsnatur der Festlegungen

Das Bundessozialgericht hat die Frage nach der Rechtsnatur für die bisherigen Festlegungen nach § 31 Abs. 4 S. 1 RSAV a.F. klar entschieden:

„Die Festlegungen sind in diesem Sinne als zulässige sachbezogene Allgemeinverfügungen zu qualifizieren. Allgemeinverfügung ist ein Verwaltungsakt, der ua die öffentlichrechtliche Eigenschaft einer Sache oder ihre Benutzung durch die Allgemeinheit betrifft (§ 31 S 2 SGB X). Auch Sachgesamtheiten wie eine (unselbstständige) Anstalt (ein Bestand von sächlichen und persönlichen Mitteln, welche in der Hand eines Trägers öffentlicher Verwaltung einem besonderen öffentlichen Zweck dauernd zu dienen bestimmt sind, vgl O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl 1924, Bd 2, S 268) oder ein verwaltetes Sondervermögen können hierbei "eine Sache" sein (hM: vgl U. Stelkens in Stelkens/Bonk/Sachs, VwVfG, 8. Aufl 2014, § 35 RdNr 316 mwN). Das BVA regelt mit den Festlegungen das Nähere aus dem Normprogramm des § 31 Abs 4 S 1 RSAV für die Zuweisungen an die KKn aus dem Gesundheitsfonds (§ 271 SGB V) als einem öffentlichrechtlich organisierten Zweckvermögen ohne eigene Rechtspersönlichkeit.“ (BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 16/14 R, zit. n. juris, Rn. 28)

Die Einordnung als sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 31 S. 2 SGB X dürfte mangels diesbezüglich wesentlicher Änderungen der Regelung auch für die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV gelten. Diese Einordnung dürfte zwar nicht zwingend sein, da durchaus bezweifelt werden kann, ob die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV tatsächlich die Eigenschaft des Gesundheitsfonds als Sachgesamtheit adressatenbezogen regeln. Schließlich wird der Gesundheitsfonds selbst durch diese Vorentscheidung bezüglich des Berechnungsverfahrens für Zuweisungen aus dem Gesundheitsfonds nicht verändert oder anders gestaltet. Vielmehr erfolgt eine solche unmittelbare Betroffenheit des Gesundheitsfonds als Zweckvermögen erst durch die Zuweisungen von dort verwalteten Finanzmitteln an Krankenkassen auf Grundlage des Berechnungsverfahrens nach der RSAV, das durch die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV mittelbar beeinflusst wird. Die Entscheidung des BAS nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV über die Festlegungen zum



Versichertenklassifikationsmodell hat insofern eine erhebliche verfahrensrechtliche Distanz zu der letztendlichen Zuweisungsentscheidung, die durch Bescheid gegenüber den Krankenkassen ergeht und insofern unzweifelhaft einen Verwaltungsakt darstellt. Es ist insoweit auch anerkannt, dass Rechtsschutz der Krankenkassen hinsichtlich der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV nur inzident im Rahmen der gerichtlichen Prüfung eines Zuweisungsbescheides bzw. Jahresausgleichsbescheides besteht.

Vgl. nur BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 16/14 R, zit. n. juris, Rn. 15 ff.

Es wäre insofern konsequent, nur die gegenüber einzelnen Krankenkassen ergehenden Bescheide als Verwaltungsakte anzusehen und nicht auch die diesen vorangehenden Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV. Diese dürften als vorbereitendes Verwaltungshandeln einzuordnen und als solche zwar inzident der gerichtlichen Überprüfung zugänglich sein, aber nicht den strengeren Verfahrensvorschriften zum Erlass eines Verwaltungsaktes unterliegen.

Wegen der bisherigen eindeutigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts wird im Weiteren gleichwohl von der Charakterisierung der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV als sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 31 S. 2 SGB X ausgegangen.

2. Anzuwendendes Verfahrensrecht

Sind die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV mit der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts als sachbezogene Allgemeinverfügung nach § 31 S. 2 SGB X zu charakterisieren, so stellt sich die Frage, woraus sich die formellen Anforderungen an die Festlegungen als Allgemeinverfügung ergeben.

Neben den allgemeinen Regelungen des SGB X finden sich eigene Verfahrensregelungen in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV:

„Das Bundesamt für Soziale Sicherung legt für das Versichertenklassifikationsmodell

- 1. die Risikogruppen,*
- 2. den Algorithmus für die Zuordnung der Versicherten zu den Risikogruppen,*
- 3. die regionalen Merkmale nach § 2 Absatz 1 Satz 2 Nummer 4,*
- 4. das Regressionsverfahren zur Ermittlung der Gewichtungsfaktoren und*
- 5. das Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Risikozuschläge für das folgende Ausgleichsjahr*

nach Anhörung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen bis zum 30. September fest und gibt diese in geeigneter Weise bekannt. Es berücksichtigt dabei die



Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirats nach Absatz 2 Nummer 1. Absatz 1 gilt entsprechend.“

In der RSAV werden mithin zur Anhörung (allgemein geregelt in § 24 SGB X) und zur Bekanntgabe (allgemein geregelt in § 37 SGB X) besondere formelle Anforderungen festgelegt. Die verpflichtende Berücksichtigung der Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirats dürfte nur insofern auch eine formelle Anforderung darstellen, als diese Empfehlungen im Verwaltungsverfahren ggf. angefordert und beigezogen werden müssen. Im Übrigen ist § 8 Abs. 4 S. 2 RSAV als ermessenslenkende und damit materielle Vorschrift zu betrachten.

Angesichts dieser speziellen Regelungen in der RSAV ist fraglich, inwiefern darüber hinaus die allgemeinen Vorschriften des SGB X heranzuziehen sind. Dies ist etwa im Rahmen der Anhörung nach § 24 SGB X insofern relevant, als danach alle Beteiligten anzuhören wären, in deren Rechte durch den Verwaltungsakt eingegriffen wird, wenn die Anhörungspflicht nicht schon nach § 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X ausgeschlossen wäre.

Das Bundessozialgericht hat zum Verhältnis der formellen Anforderungen der RSAV zu den allgemeinen Anforderungen aus dem SGB X wie folgt entschieden:

„Der Untersuchungsgrundsatz, die Anhörungspflicht und die Begründungspflicht (§ 20 Abs 1, § 24 Abs 1, § 35 Abs 1 SGB X) sind unter Berücksichtigung des speziellen und späteren Rechts des RSA nicht verletzt. Dieses findet sich in den §§ 266, 267 SGB V und in den Regelungen der RSAV "über das Verfahren und die Durchführung des Ausgleichs", die insoweit auf der Ermächtigung in § 266 Abs 7 Nr 6 SGB V beruhen. Für den RSA unter den Krankenkassen als Körperschaften des öffentlichen Rechts bedient sich das Gesetz der Organisation der GKV und einer differenzierten Zuständigkeitsregelung.“ (BSG, Urt. v. 24.01.2003 – B 12 KR 19/01 R, NZS 2003, 537, 538)

Diese Rechtsprechung hat das Bundessozialgericht inzwischen auch für neue Fassungen des RSAV bestätigt.

Vgl. BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 3/14 R, zit. n. juris, Rn. 17.

Danach sind die Regelungen der RSAV jedenfalls vorrangig anzuwenden. Ob und inwieweit daneben Raum für die Anwendung von allgemeinen Vorschriften des SGB X bleibt, prüft das Bundessozialgericht jeweils anhand der konkreten Vorschriften der RSAV und ihrer jeweiligen Reichweite.



3. Verpflichtung zur Anhörung der Beteiligten

Nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV ist der Spitzenverband Bund der Krankenkassen anzuhören. Fraglich ist, ob dies als abschließende Regelung zu betrachten ist, sodass § 24 SGB X daneben nicht zur Anwendung käme.

- 3.1. Nach der dargestellten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist insoweit von einer abschließenden Regelung auszugehen. Denn eine Verletzung der Anhörungspflicht aus § 24 Abs. 1 SGB X ist dabei unter der Berücksichtigung des speziellen und späteren Rechts der RSAV zu prüfen. Werden in § 8 Abs. 4 S. 1 SGB X also explizite Regelungen zur Anhörungspflicht getroffen, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese abschließend sind. Andernfalls liefe die vom Bundessozialgericht geforderte Berücksichtigung dieser Regelungen ins Leere.
- 3.2. Dem steht auch nicht entgegen, dass mit dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen ein nicht in eigenen Rechten betroffener Beteiligter angehört werden soll. Diesbezüglich könnte eingewandt werden, dass darin bloß eine Erweiterung des Kreises der gemäß § 24 Abs. 1 SGB X anzuhörenden Beteiligten bewirkt werden soll, § 24 Abs. 1 SGB X im Übrigen also anwendbar bliebe.

Im Rahmen der vorzunehmenden Auslegung des § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV wird man aber bereits festzustellen haben, dass es keinen Sinn machte, bei einer etwaig fortbestehenden Anhörungspflicht der einzelnen Krankenkassen noch zusätzlich die Verpflichtung zur Anhörung des Spitzenverband Bund der Krankenkassen festzuschreiben. Schließlich nimmt der Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 217f Abs. 2 SGB V die Interessen der Krankenkassen wahr. Da der Spitzenverband Bund der Krankenkassen nach § 24 SGB X als nicht Betroffener nicht angehört werden müsste, kann die Regelung in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV nur als abschließende Regelung verstanden werden, sodass die zusätzliche Anhörung einzelner Krankenkassen nicht geboten ist.

Dies ergibt sich auch aus der dargestellten Rechtsprechung des Bundessozialgerichts. Dieses weist explizit darauf hin, dass sich das Gesetz im Verfahren nach der RSAV der Organisation der GKV bedient und hält dies für zulässig.

Vgl. BSG, Urt. v. 24.01.2003 – B 12 KR 19/01 R, NZS 2003, 537, 538.

Das ist insofern sachgerecht und nachvollziehbar, als der Risikostrukturausgleich zum finanziellen Ausgleich zwischen noch immer über 100 Krankenkassen dient. Eine Anhörung und weitere Beteiligung einer jeder Krankenkasse ist insbesondere bezüglich der jährlich anzustellenden Festlegungen, Berechnungen und Ausgleichen in tatsächlicher Hinsicht kaum zu leisten. Das Verwaltungsverfahren würde auf diese Weise stark ausgeweitet, ohne dass im Ergebnis den Anregungen einzelner Krankenkassen Rechnung getragen werden könnte. Denn bei der Gestaltung des Risikostrukturausgleichs unter den Krankenkassen ist letztlich eine



abstrakte und systemdienende Entscheidung zu treffen, die die Rechtsstellung einzelner Krankenkassen nur begrenzt berücksichtigungsfähig macht.

Das Bundessozialgericht führt diesbezüglich zu Bescheiden über den Jahresausgleich nach der RSAV aus:

*„Insgesamt sind die Krankenkassen demnach sowohl über die rechtlichen Grundlagen des RSA als auch über die für seine Durchführung maßgeblichen Tatsachen hinreichend informiert. Sie wissen auch ohne kassenindividuelle Anhörung und ohne weitergehende Begründung in den Bescheiden und ihren Anlagen, weshalb das BVA eine bestimmte Regelung getroffen hat. Darüber hinausgehende Anhörungs- und Begründungspflichten nach Maßgabe des SGB X würden das Verfahren komplizieren und verzögern, ohne die Rechtsstellung der Kassen nennenswert zu verbessern. Die Einschränkung von Anhörungs- und Begründungspflichten ist wegen der Besonderheiten des RSA-Verfahrens auch verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.“
(BSG, Urt. v. 24.01.2003 – B 12 KR 19/01 R, NZS 2003, 537, 539)*

Nach dieser Rechtsprechung ist jedenfalls für die Bescheide über den Jahresausgleich nach der RSAV die Anhörungspflicht in der RSAV abschließend geregelt und eine Anhörung einzelner Krankenkassen gemäß § 24 SGB X darüber hinaus rechtlich nicht geboten.

3.3. Nichts anderes kann für die Festlegungen für das Versichertenklassifikationsmodell nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV gelten. Auch hier sind die einzelnen Krankenkassen durch die Veröffentlichung des Entwurfs dieser Festlegungen vollumfänglich über die maßgeblichen Tatsachen und die Absichten des BAS informiert. Sie haben in der aus der Selbstverwaltung entwickelten und inzwischen gesetzlich vorgegebenen Struktur der gesetzlichen Krankenversicherung die Möglichkeit, dem Spitzenverband Bund der Krankenkassen entweder unmittelbar oder mittelbar über ihre Verbände ihre Auffassung zum Entwurf der Festlegungen mitzuteilen, bevor dieser gegenüber dem BAS gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV Stellung nimmt.

3.3.1. Eine solche Form der strukturierten Anhörung war auch in älteren Fassungen des RSAV zur Auswahl und Anpassung des Klassifikationsmodells vorgesehen. § 31 Abs. 4 S. 1 RSAV i.d.F. v. 04.06.2010 lautete:

„Das Bundesversicherungsamt legt auf der Grundlage der Empfehlung nach Absatz 2 Nr. 2 und 3 die nach Absatz 1 Satz 2 zu berücksichtigenden Krankheiten, die auf Grundlage dieser Krankheiten zugrunde zu legenden Morbiditätsgruppen, den Algorithmus für die Zuordnung der Versicherten zu den Morbiditätsgruppen, das Regressionsverfahren zur Ermittlung der Gewichtungsfaktoren und das Berechnungsverfahren zur Ermittlung der Risikozuschläge für das folgende Ausgleichsjahr nach Anhörung der Spitzenverbände der Krankenkassen bis zum 30. September fest und gibt diese in geeigneter Weise bekannt.“ (Hervorhebung d. Verf.)

Danach waren also auch hinsichtlich der heute in § 8 Abs. 4 RSAV geregelten Festlegungen zur Versichertenklassifikation schon zuvor nur die Spitzenverbände der Krankenkassen anzuhören. Die RSAV in der Fassung des GKV-FKG sieht nunmehr hinsichtlich sämtlicher Entscheidungen des BAS nur noch die Anhörung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen vor und nicht mehr die Anhörung der Spitzenverbände. Die diesbezügliche Änderung in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV ist also Teil einer systematischen Entscheidung des Gesetzgebers. Diese ist wiederum mit Blick auf die in den §§ 217a, 217f SGB V niedergelegte und inzwischen durch vielfache Gesetzesanpassungen und -änderungen gefestigte Stellung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen auch nachvollziehbar. Das BAS erhält damit eine durch die Organisationen der Selbstverwaltung gebündelte und konsenterte Stellungnahme und sieht sich andererseits einem starken Verhandlungspartner gegenüber. Dies führt zu einem strukturierten und ausgeglichenen Dialog zwischen dem BAS als der den Risikostrukturausgleich durchführenden Behörde einerseits und dem Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen andererseits, dessen Bündelungs- und Integrationsfunktion damit naturgemäß eine gesteigerte Bedeutung zukommt.

- 3.3.2. Im Falle der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV kommt hinzu, dass die Krankenkassen nicht unmittelbar betroffen sind, sondern sich eine Betroffenheit erst durch die Beeinflussung der Zuweisungen und der darauf basierenden Bescheide ergibt. Insofern unterscheidet sich der Grad der Betroffenheit der Rechtsstellung der Krankenkassen hier maßgeblich von der vom Bundessozialgericht entschiedenen Streitigkeit über die Rechtmäßigkeit von Jahresausgleichsbescheiden aufgrund nicht korrekt ermittelter Versicherungszeiten bestimmter Versicherungsgruppen (BSG, Urt. v. 24.01.2003 – B 12 KR 19/01 R, NZS 2003, 537). Die dortige Streitigkeit war auf der Ebene der korrekten Berechnung von Zuweisungsbeträgen aufgrund konkreter Daten einer Krankenkasse angesiedelt. Insofern war die Krankenkasse unmittelbar betroffen. Die Festlegungen bestimmter abstrakter Faktoren bei der Auswahl und Anpassung des Versichertenklassifikationsmodells ist im Vergleich dazu schon verfahrensmäßig weit vor den Jahresausgleichsbescheiden anzusiedeln und auch im Gesamtsystem des Risikostrukturausgleichs auf einer abstrakteren Ebene einzuordnen. Das wird letztlich auch daraus ersichtlich, dass Versicherungszeiten bestimmter Versicherungsgruppen individuell für einzelne Krankenkassen erhoben werden und zu einer individuellen Berechnung von Zuweisungen führen, die nur die einzelne Krankenkasse betreffen. Das Versichertenklassifikationsmodell ist jedoch unabhängig von Daten einzelner Krankenkassen auszuwählen und anzupassen und entfaltet im Ansatz gleichmäßige Wirkung auf alle Krankenkassen. Wenn das Bundessozialgericht aber bereits für Jahresausgleichsbescheide davon ausgeht, dass eine Anhörung einzelner Krankenkassen nicht erfolgen muss, sondern der Gesetzgeber sich hierzu das System der Selbstverwaltung in der gesetzlichen Krankenversicherung zu Nutze machen kann, dann muss dies erst recht für Entscheidungen auf abstrakterer Ebene, wie etwa die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV gelten.



3.3.3. Dem steht auch nicht die neuere Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu Festlegungen und Grundlagenbescheiden nach der RSAV entgegen, die die Anhörung der Krankenkassen als wesentliche Verfahrensanforderung ansieht:

„Der ordnungsgemäßen Anhörung kommt bei der Ermessensentscheidung über die Festlegungen besondere Bedeutung zu: Regelmäßig geht die Auswahl zB statistischer Ansätze nämlich mit Vor- und Nachteilen für unterschiedliche Gruppen von KKn einher. Die Ausgestaltung der Festlegungen als "lernendes System" mildert zugleich die Folgen einer Verschiebung von Änderungen ab, da sie im Folgejahr Berücksichtigung finden können. Für die rechtliche Bewertung der Anhörung ist der Zeitpunkt der vom Auftraggeber des Evaluationsberichts verantworteten Veröffentlichung maßgeblich. Dies entspricht wissenschaftlichem Standard, zumal es nicht im Rechtssinne um Entdeckungen, sondern um statistische Bewertungen geht. Schließlich bedarf es keiner Vertiefung, dass der in § 31 Abs 4 S 1 RSAV benannte Zeitpunkt der Entscheidung über die Festlegungen der letzte zulässige ist, um ein zeitgerechtes Funktionieren des RSA zu gewährleisten.“ (BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 16/14 R, zit. n. juris, Rn. 37)

Zunächst ist auch nach dieser Rechtsprechung eine Anhörung einzelner Krankenkassen nicht angezeigt. Die Entscheidung spricht nur der Anhörung als solcher eine erhebliche Bedeutung zu. Sie stellt dann auf die sich aus der Entscheidung ergebenden Vor- und Nachteile für unterschiedliche Gruppen von Krankenkassen ab. Damit berücksichtigt die Entscheidung den Wortlaut des § 31 Abs. 4 S. 1 RSAV in der zum damaligen Zeitpunkt geltenden Fassung, der eine Anhörung der Spitzenverbände der Krankenkassen vorsah (siehe schon oben Ziff. 3.3.1). Das Bundessozialgericht recurriert also auch hier auf die bereits dargestellte strukturierte Form der Anhörung. Die Spitzenverbände der Krankenkassen sind in diesem System vom Gesetzgeber systemgerecht durch den Spitzenverband Bund der Krankenkassen ersetzt worden (siehe schon oben unter Ziff. 3.3.1). Insofern ergibt sich aus dieser Entscheidung des Bundessozialgerichts keine Abweichung zu seiner Rechtsprechung zu Verfahrensbestimmungen in der RSAV, die es zudem mit Entscheidung vom gleichen Tage bestätigt hat.

Vgl. BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 3/14 R, zit. n. juris, Rn. 17.

Darüber hinaus deutet das Bundessozialgericht hier an, dass die Anhörung als Instrument des „lernenden Systems“ Risikostrukturausgleich gesehen werden muss, das in Kombination mit dem Prinzip der jährlichen Anpassung der Festlegungen konkrete Auswirkungen für bestimmte Krankenkassen abmildert und insofern deren individuelle Belastung durch die Entscheidung des BAS zurücktreten lässt. Auch dies spricht für die Zulässigkeit und Sachdienlichkeit eines strukturierten Anhörungsverfahrens, das dem BAS gerade nicht aufgibt, einzelne Stellungnahmen jeder Krankenkasse einzuholen und zu berücksichtigen, sondern vielmehr die Möglichkeit bietet, durch die Bündelungsfunktion des Spitzenverbandes



Bund der Krankenkassen in laufender Anpassung zur einer systematischen Verbesserung des Risikostrukturausgleiches zu gelangen.

- 3.4. Mithin ist nach der gesetzgeberischen Entscheidung und ihrer Billigung durch das Bundessozialgericht in bestätigter Rechtsprechung davon auszugehen, dass § 24 SGB X neben der Verpflichtung des BAS zur Anhörung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV keine Anwendung findet und insofern eine Anhörung einzelner Krankenkassen weder notwendig ist noch von Gesetzgeber und Rechtsprechung als sachdienlich erachtet wird.
- 3.5. Selbst wenn man aber davon ausginge, § 24 SGB X sei neben § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV anwendbar, folgte daraus keine Anhörungspflicht einzelner Krankenkassen. Zwar ist nach § 24 Abs. 1 SGB X vor Erlass eines Verwaltungsakts, der in Rechte eines Beteiligten eingreift, diesem Gelegenheit zu geben, sich zu den für die Entscheidung erheblichen Tatsachen zu äußern. Nach § 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X kann von der Anhörung jedoch abgesehen werden, wenn Allgemeinverfügungen oder gleichartige Verwaltungsakte in größerer Zahl erlassen werden sollen.

Nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist bei den Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV von einer Allgemeinverfügung auszugehen (siehe schon oben unter Ziff. 1). Demnach stünde es im Ermessen des BAS von einer Anhörung abzusehen.

Unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur strukturierten Anhörung der Krankenkassen über das System der Selbstverwaltung und den dazu bereits dargelegten rechtlichen Überlegungen wäre es keinesfalls ermessensfehlerhaft, von einer Anhörung einzelner Krankenkassen abzusehen. Auch nach der allgemeineren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu § 24 Abs. 2 Nr. 4 SGB X hat die Behörde die Praktikabilität der Anhörung einzelner Beteiligter zur Entscheidungsfindung im Verwaltungsverfahren zu berücksichtigen:

„§ 24 Abs 2 SGB X gestattet der Behörde sonach nur bei Vorliegen der darin abschließend geregelten Voraussetzungen (BSG SozR 1200 § 34 Nrn 2, 3, 6, 9, 12, 14) in besonders gelagerten Fällen des weichenden Privatinteresses, nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob Belange der Verwaltungspraktikabilität das Anhörungsinteresse des Bürgers derart überwiegen, daß es deswegen sachlich vertretbar ist, die Anhörung nicht durchzuführen. Diese verfahrensrechtliche Ermessensentscheidung unterliegt hinsichtlich der in den Tatbeständen des § 24 Abs 2 SGB X enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe der vollen gerichtlichen Nachprüfung (Bundesverwaltungsgericht <BVerwG> in: BVerwGE 68, 267, 271 f; Bonk in: Stelkens/Bonk/Leonhardt, Verwaltungsverfahrensgesetz, Komm, 3. neubearbeitete Auflage, München 1990, § 28 RdNr 34; von Wulffen in: Schroeder-Printzen/Engelmann/Schmalz/Wiesner/von Wulffen, SGB X, 2. Aufl, München 1990, § 24 RdNr 7; Schnapp in: GK-SGB X 1, RdNr 36 ff; jeweils mwN), im übrigen nur der



Überprüfung auf Ermessensfehler (§ 54 Abs 2 Satz 2 SGG). In jedem Fall hat die Behörde bei ihrer Abwägung zu beachten, daß das Gesetz eine großzügige Anhörungspraxis gebietet (vgl BSG SGB 1979, 345).“ (BSG, Urt. v. 26.09.1991 – 4 RK 4/91, zit. n. juris, Rn. 18)

Es ist bereits ausgeführt worden (vgl. dazu Ziff. II.3.3), dass – auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts – im Falle der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV die Verfahrenspraktikabilität überwiegen muss. Auch der Hinweis auf den Grundsatz einer großzügigen Anhörungspraxis kann nicht dazu führen, dass über 100 einzelne und im Ergebnis völlig unterschiedlich betroffene Krankenkassen angehört werden müssen, ohne dass die Anhörung wegen des im Risikostrukturausgleich vorzunehmenden systematischen Ausgleichs zu einer durchgreifenden Berücksichtigung von Einzelinteressen führen kann. Dies gilt umso mehr, als über die in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV vorgesehene Anhörung des Spitzenverband Bund der Krankenkassen ohnehin bereits sichergestellt ist, dass die Krankenkassenseite ihre konsentierten Interessen und Sichtweisen in das Verfahren zu den Festlegungen für das Versichertenklassifikationsmodell einbringen kann.

- 3.6. Schließlich ergäbe sich auch dann nichts anderes, wenn das BAS in der Vergangenheit überobligatorisch sämtliche Krankenkassen angehört hätte, und auch daraus nicht, dass in der Vergangenheit – wie von der RSAV in alter Fassung vorgesehen – die Spitzenverbände der Krankenkassen angehört wurden. Mit der Neufassung der RSAV durch das GKV-FKG ist der bisherige § 31 Abs. 4 S. 1 RSAV a.F. neu gefasst worden in § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV. Dabei ist auch die Anhörungspflicht verändert worden. Es sind nicht mehr die Spitzenverbände der Krankenkassen, sondern ausschließlich der Spitzenverband Bund der Krankenkassen anzuhören. Wenn – wie vorliegend – eine Vorschrift und die darin enthaltenen Verpflichtungen der Behörde im Verwaltungsverfahren geändert werden, kann eine etwaige vorherige Verwaltungspraxis in Bezug auf die alte Fassung der Norm keine Bindungswirkung für das Verfahren nach der neuen Fassung der Norm entfalten. Die Gesetzesänderung führt zwangsläufig dazu, dass eine Verwaltungspraxis im Sinne von gleicher Behandlung von Parallelfällen bei erstmaligem Verfahren nach dem neuen Gesetz gar nicht entstanden sein kann. Jedenfalls aber stellt eine Gesetzesänderung einen sachlichen Grund für eine Änderung einer etwaigen Verwaltungspraxis dar. Liegt ein solcher sachlicher Grund vor, kann die Behörde ihre Praxis mithin willkürfrei ändern.

Vgl. dazu nur *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, Verwaltungsgerichtsordnung, 38. EL Januar 2020, § 114 Rn. 73; *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, Verwaltungsverfahrensgesetz, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 124.

Hinzu kommt, dass als Rechtsgrundlage einer Selbstbindung der Verwaltung der Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG und das rechtsstaatliche Vertrauensschutzprinzip anerkannt sind.



Vgl. nur *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 104; *Riese*, in: Schoch/Schneider/Bier, *Verwaltungsgerichtsordnung*, 38. EL Januar 2020, § 114 Rn. 73.

Daraus folgt, dass eine Selbstbindung in erster Linie zu einer Pflicht zur Gleichbehandlung unterschiedlicher Adressaten von gleichgelagerten Verwaltungsentscheidungen führt.

Vgl. *Sachs*, in: Stelkens/Bonk/Sachs, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 9. Aufl. 2018, § 40 Rn. 122a.

Eine Ungleichbehandlung der Adressaten liegt hier aber gerade nicht vor. Dies wäre nur dann der Fall, wenn einige Krankenkassen oder deren Verbände angehört würden, andere wiederum nicht. Werden jedoch alle Krankenkassen im Verfahren gleich behandelt und wird zudem ein Verfahren erstmals aufgrund einer geänderten gesetzlichen Vorschrift durchgeführt, sind weder der Gleichheitssatz noch das rechtsstaatliche Vertrauensschutzprinzip betroffen.

- 3.7. Mithin besteht unter keinen Umständen eine Verpflichtung zur Anhörung einzelner Krankenkassen. Es genügt die in § 8 Abs. 4 S. 1 vorgesehene Anhörung des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen. Dem ist das BAS im Rahmen des Verfahrens für die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 RSAV nachgekommen.

4. Pflicht zur Begründung der Festlegungen

Gemäß § 35 Abs. 1 SGB X ist ein schriftlicher Verwaltungsakt mit einer Begründung zu versehen. In der Begründung sind die wesentlichen tatsächlichen und rechtlichen Gründe mitzuteilen, die die Behörde zu ihrer Entscheidung bewogen haben. Die Begründung von Ermessensentscheidungen muss auch die Gesichtspunkte erkennen lassen, von denen die Behörde bei der Ausübung ihres Ermessens ausgegangen ist.

Diese Begründungspflicht wird in den Regelungen der RSAV für die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV nicht konkretisiert. Insofern ist grundsätzlich von den allgemeinen Regelungen des § 35 SGB X auszugehen. Das Bundessozialgericht wendet diese allgemeinen Regelungen zwar an, hat für die einheitliche Entscheidung über den Jahresausgleich im Risikostrukturausgleich jedoch entschieden, dass eine individuelle Begründung gegenüber den einzelnen Krankenkassen nur eingeschränkt notwendig ist:

Die einheitliche Entscheidung über den Jahresausgleich 2010 ist verfahrensfehlerfrei zustande gekommen und formell rechtmäßig. Der Untersuchungsgrundsatz, die Anhörungspflicht und die Begründungspflicht (§ 20 Abs 1, § 24 Abs 1, § 35 Abs 1 SGB X) sind unter Berücksichtigung des speziellen und späteren Rechts des RSA nicht verletzt (BSGE 90, 231 = SozR 4-1500 § 266 Nr 1, RdNr 41 ff).



[...]

Für einen Verstoß gegen die Begründungspflicht liegt nichts vor. Das BVA teilte in den Bescheiden nebst Anlagen die Rechtsgrundlagen und die generellen Daten (standardisierte Leistungsausgaben) mit und erläuterte die einzelnen Positionen. Es bedurfte keiner weitergehenden kassenindividuellen Begründung wegen der Stellung der Kassen und ihrer Verbände im RSA-Verfahren (vgl. eingehend dazu BSGE 90, 231 = SozR 4-2500 § 266 Nr 1, RdNr 47 f; § 35 SGB X). (BSG, Urt. v. 20.05.2014 – B 1 KR 3/14 R, zit. n. juris, Rn. 17, 19)

Schon danach bestünde hinsichtlich der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV keine individuelle Begründungspflicht gegenüber einzelnen Krankenkassen. Denn anders als in der Folge der Entscheidung über den Jahresausgleich ergehen allein aufgrund der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV keine Bescheide gegenüber den einzelnen Krankenkassen. Durch die Festlegungen selbst sind die Krankenkassen in individuellen Rechtspositionen nicht betroffen. Insofern reicht es in diesem Verfahrensschritt aus, die Festlegungen abstrakt und allgemein zu begründen. Dieser Begründungspflicht wird mit den ausführlichen Erläuterungen zum Entwurf der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV, die über 600 Seiten umfassen, schon in der Entwurfsfassung durch das BAS hinreichend Rechnung getragen.

Hinzu kommt, dass es einer Begründung gemäß § 35 Abs. 2 Nr. 5 SGB X nicht bedarf, wenn eine Allgemeinverfügung öffentlich bekannt gegeben wird. Auch danach kann jedenfalls von einer kassenindividuellen Begründung abgesehen werden. Denn gerade am Beispiel der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV zeigt sich der Sinn und Zweck der Ausnahmvorschrift des § 35 Abs. 2 Nr. 5 SGB X. Wenn ein Verwaltungsakt keinen oder jedenfalls keinen unmittelbar adressatenindividuellen Inhalt hat, ist eine Begründung gegenüber einzelnen Adressaten weder individualisierbar noch wird der Adressat dadurch in die Lage versetzt, seine etwaigen Rechte in Bezug auf den Verwaltungsakt und die damit verbundenen Rechtswirkungen auszuüben. Dazu genügt im Falle der Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV schon die allgemeine Begründung, die hier in Form der ausführlichen Erläuterungen vorliegt.

Schließlich ergibt sich aus der Feststellung, dass eine kassenindividuelle Anhörungspflicht nicht besteht (siehe oben Ziff. 3), dass auch eine Begründungspflicht bezüglich entsprechender Stellungnahmen einzelner Krankenkassen nicht bestehen kann. Die Begründung – insbesondere von Ermessensentscheidungen – muss zwar erkennen lassen, dass sich die Behörde mit den im Rahmen der Anhörung geäußerten Einwänden der Beteiligten auseinandergesetzt hat. Insofern ist auf wesentliche und konkrete Einwendungen der Betroffenen einzugehen.

Vgl. auch zur Begründungspflicht insgesamt *Mutschler*, in: Kasseler Kommentar Sozialversicherungsrecht, 109. EL Mai 2020, § 35 SGB 10, Rn. 9; *Siewert/Waschull*, in: *Diering/Timme/Stähler*, SGB X, 5. Aufl. 2019, § 35, Rn. 4f.).



Dies kann aber nur in Bezug auf Einwendungen derjenigen Beteiligten gelten, zu deren Anhörung die Behörde auch verpflichtet war. Insofern hat das BAS die Begründung nur auf Einwendungen des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen, nicht aber auf außerhalb des vorgeschriebenen Verwaltungsverfahrens eingebrachte Stellungnahmen einzelner Krankenkassen zu richten. Wird dies nach Abschluss der Anhörung vom BAS berücksichtigt, kommt dieses seiner Begründungspflicht aus § 35 SGB X hinreichend nach.

Davon zu trennen ist die Frage, inwiefern dem BAS außerhalb des formellen Anhörungsverfahrens vorgelegte Stellungnahmen einzelner Krankenkassen Berücksichtigung in der Entscheidung des BAS finden müssen. Dabei ist zunächst festzustellen, dass selbstverständlich keine Krankenkasse rechtlich daran gehindert ist, eine individuelle Stellungnahme zum Entwurf der Feststellungen zu verfassen und dem BAS zuzusenden. Im Rahmen des Untersuchungsgrundsatzes aus § 20 SGB X besteht dann auch die Verpflichtung des BAS, die Stellungnahme entgegenzunehmen und zu prüfen, ob sie von Relevanz für die behördliche Feststellung des Sachverhalts und darauf fußend die Ermessensausübung ist. Ob und in welcher Intensität das BAS dann auch in der Begründung zur Auseinandersetzung mit der Stellungnahme gezwungen ist, bestimmt sich nach den allgemeinen Regeln des § 35 SGB X, also insbesondere danach, ob das BAS seine Ermessensausübung auf Gesichtspunkte aus der jeweiligen Stellungnahme gestützt hat. Andererseits bleibt es dabei, dass eine kassenindividuelle Stellungnahme keinen im Rahmen der Anhörung vorgebrachten Einwand eines Beteiligten im o.g. Sinne darstellt und insofern eine Auseinandersetzung mit der Stellungnahme in der Begründung der Festlegungen nur im Ausnahmefall zwingend geboten sein dürfte.

5. Bekanntmachung der Festlegungen

Gemäß § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV ist die Festlegung in geeigneter Weise bekannt zu geben. Daneben sind die Regelungen des § 37 SGB X nicht anwendbar. Insbesondere sind die Formvorschriften der öffentlichen Bekanntgabe nach § 37 Abs. 3 und 4 SGB X nicht heranzuziehen. Veröffentlicht das BAS die Festlegungen z.B. auf seiner Internetpräsenz und versendet es die Festlegungen an den Spitzenverband Bund der Krankenkassen sowie die gesetzlichen Krankenkassen, sind über die die Festlegungen alle unmittelbar oder mittelbar Betroffenen hinreichend informiert. Die Festlegungen sind dann in geeigneter Weise bekannt gegeben.

6. Allgemeine Regelungen des SGB X

Im Übrigen gelten für das Verfahren nach § 8 Abs. 4 RSAV die allgemeinen Regelungen der §§ 8 ff. SGB X.



III. **Materielle Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale nach § 8 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RSAV**

Bevor geprüft werden kann, ob die Festlegung des Merkmals „Sterbekosten“ als regionales Merkmal nach § 8 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 RSAV materiell rechtmäßig ist, sind allgemein die materiellen Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale zu definieren.

1. Gesetzgeberische Definition regionaler Merkmale

Der Gesetzgeber hat die Berücksichtigung regionaler Merkmale bei der Versichertenklassifikation im Rahmen des Risikostrukturausgleichs mit dem GKV-FKG in § 266 Abs. 2 SGB V festgeschrieben:

„Die Zuordnung der Versicherten zu Risikogruppen erfolgt anhand der Risikomerkmale Alter, Geschlecht, Morbidität, regionalen Merkmalen und danach, ob die Mitglieder Anspruch auf Krankengeld haben. Die Morbidität der Versicherten wird auf der Grundlage von Diagnosen, Diagnosegruppen, Indikationen, Indikationsgruppen, medizinischen Leistungen oder Kombinationen dieser Merkmale unmittelbar berücksichtigt. Regionale Merkmale sind solche, die die unterschiedliche Ausgabenstruktur der Region beeinflussen können.“ (Hervorhebung d. Verf.)

In § 266 Abs. 8 S. 1 Nr. 2b SGB V wird das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates das Nähere über die Abgrenzung der zu berücksichtigenden Risikogruppen nach Absatz 2 einschließlich der Altersabstände zwischen den Altersgruppen, auch abweichend von Absatz 2, zu regeln. Dazu gehört auch die Festlegung des Verfahrens zur Auswahl der regionalen Merkmale.

Auf dieser Grundlage hat der Gesetzgeber des GKV-FKG selbst die RSAV neu gefasst und darin auch Näheres zur Auswahl der regionalen Merkmale geregelt. Dazu war der Gesetzgeber nach der auf der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, 191.

beruhenden Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur alten Fassung der RSAV befugt, obwohl § 266 Abs. 8 SGB V das Bundesministerium für Gesundheit zur Regelung des Näheren ermächtigt:

„Rechtsgrundlage für den Erlass der hier maßgeblichen Fassung der RSAV ist die sich aus dem GKV-WSG ergebende, mWv 1.1.2009 in Kraft getretene Fassung der



Regelung des § 272 Abs 4 S 1 SGB V. Der Gesetzgeber ist von Verfassungs wegen dann zur Änderung einer Rechtsverordnung in einem parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren berechtigt, wenn bei der Änderung komplexer Regelungsgefüge, in denen förmliches Gesetzesrecht und auf ihm beruhendes Verordnungsrecht ineinander verschränkt sind, auch das Verordnungsrecht anzupassen ist. Ändert das Parlament wegen des sachlichen Zusammenhangs eines Reformvorhabens bestehende Rechtsverordnungen oder fügt es in diese neue Regelungen ein, so ist das dadurch entstandene Normengebilde aus Gründen der Normenklarheit insgesamt als Rechtsverordnung zu qualifizieren (vgl BVerfGE 114, 196, 234 ff = SozR 4-2500 § 266 Nr 9, RdNr 93 ff; BSG Urteil vom selben Tage - B 1 KR 16/14 R - RdNr 25, für BSGE und SozR vorgesehen).“ (BSG, Urt. v. 20.05.2014 –B 1 KR 3/14 R, zit. n. juris, Rn. 30)

Allerdings ist der Gesetzgeber bei der Änderung von Rechtsverordnungen wie der ermächtigte Ordnungsgeber an die Grenzen der Ermächtigungsgrundlage gebunden.

Vgl. BVerfG, Beschl. v. 13.09.2005 – 2 BvF 2/03, NVwZ 2006, 191, 197.

Damit durfte der Gesetzgeber auch hier in der RSAV das Nähere zur Auswahl regionaler Merkmale nur in Ansehung der gesetzlichen Regelungen, insbesondere also unter Berücksichtigung der Vorgaben des § 266 Abs. 2 S. 1 und 3 SGB V, regeln.

Auf dieser Grundlage hat der Gesetzgeber den Begriff „regionale Merkmale“ nach § 266 Abs. 2 SGB V in der RSAV weiter konkretisiert. In § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV heißt es:

„Der Zuordnung der Versicherten zu Risikogruppen sind folgende Risikomerkmale zu Grunde zu legen:

[...] 4. regionale Merkmale, die insbesondere die regionale Morbiditäts- und Mortalitätsstruktur, die demografische Struktur, die Sozialstruktur, die Markt- und Wirtschaftsstruktur oder die Siedlungsstruktur am Wohnort des Versicherten abbilden.“

In § 8 Abs. 1 S. 3 ff. RSAV heißt es:

„Das Bundesamt für Soziale Sicherung legt die Anzahl der regionalen Merkmale, die in das Versichertenklassifikationsmodell nach § 2 Absatz 1 Satz 1 einbezogen werden, fest. Es wählt dabei insbesondere regionale Merkmale, die die Ausgabenstruktur der Region beeinflussen können. Regionale Merkmale, die sich auf die Angebotsstruktur beziehen, können dabei nicht ausgewählt werden.“

Der Gesetzgeber hat sich mithin auch als Ordnungsgeber im Wesentlichen auf die Legaldefinition in § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V bezogen. Ein regionales Merkmal im Sinne des § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V ist danach zu definieren als eine charakteristische Eigenschaft, die



bezogen auf einen örtlich abgrenzbaren Bereich die Ausgabenstruktur der gesetzlichen Krankenkassen beeinflussen kann. Regionale Merkmale sollen also die strukturellen Besonderheiten eines solchen örtlich abgrenzbaren Bereiches abbilden, die im Vergleich zu anderen örtlich abgrenzbaren Bereichen zu unterschiedlichen Ausgabenstrukturen führen können. Der Gesetzgeber nennt in der Gesetzesbegründung zu § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V beispielhaft im Risikostrukturausgleich nicht oder nicht ausreichend berücksichtigte Morbiditäts- und Mortalitätsfaktoren, die demografische Struktur, die Sozialstruktur, die Markt- und Wirtschaftsstruktur und die medizinische Angebotsstruktur und Siedlungsstruktur am Wohnort des Versicherten.

Vgl. BT-Drs. 19/15662, S. 88.

Aus der Gesetzesbegründung und der Systematik des § 266 Abs. 1 und 2 SGB V ist zudem ableitbar, dass regionale Strukturmerkmale abgrenzbar sein sollen von den übrigen – auch bisher schon im Risikostrukturausgleich berücksichtigten – Risikomerkmale Alter, Geschlecht und Morbidität. Dies hat zur Folge, dass ein regionales Merkmal im Sinne des § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V z.B. nicht etwa das durchschnittliche Alter der Versicherten in einer Region sein kann. Denn dieses Merkmal ist versichertenindividuell im Risikostrukturausgleich als Risikomerkmale „Alter“ bereits berücksichtigt und abgebildet. Gleichwohl können auf das Lebensalter bezogene Merkmale wie etwa die durchschnittliche Lebenserwartung der Versicherten in einer Region ein strukturelles regionales Merkmal darstellen.

Ob ein solches strukturelles Merkmal auch die Ausgabenstruktur der gesetzlichen Krankenkassen in einer Region im Unterschied zu anderen Regionen beeinflussen kann, ist keine abstrakt zu beantwortende rechtliche Frage, sondern jeweils in Bezug auf konkrete Merkmale statistisch darzulegen.

2. Zulässigkeit der Auswahl bestimmter regionaler Merkmale

Abzugrenzen von der Frage, ob nach der gesetzgeberischen Definition ein regionales Merkmal vorliegt, ist die Frage, ob dieses regionale Merkmal zur Zuordnung der Versicherten zu Risikogruppen ausgewählt werden darf. Der Gesetzgeber hat dazu in § 266 Abs. 2 SGB V keine näheren Vorgaben gemacht, sondern in § 266 Abs. 8 S. 1 Nr. 2b SGB V das Bundesministerium für Gesundheit ermächtigt, ein Verfahren zur Auswahl der regionalen Merkmale festzulegen.

Mit § 8 Abs. 4 S. 1 ff. RSAV hat der Gesetzgeber als Verordnungsgeber das weitere Verfahren zur Festlegung von regionalen Merkmalen dem BAS überlassen. Allerdings ergeben sich aus der Zusammenschau von § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV und § 8 Abs. 4 S. 4 und 5 RSAV konkretisierte Anforderungen für diese Festlegung.



Auszuwählen sind nach § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV regionale Merkmale, die insbesondere die regionale Morbiditäts- und Mortalitätsstruktur, die demografische Struktur, die Sozialstruktur, die Markt- und Wirtschaftsstruktur oder die Siedlungsstruktur am Wohnort des Versicherten abbilden. Nach § 8 Abs. 4 S. 4 RSAV sollen insbesondere regionale Merkmale ausgewählt werden, die die Ausgabenstruktur der Region beeinflussen können, wobei die Formulierung „insbesondere“ und letztlich auch der gesamte Satz keine Wirkung entfaltet, da hier schlicht die Legaldefinition regionaler Merkmale in § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V in Bezug genommen wird. Danach dürfen nur solche regionalen Merkmale ausgewählt werden, die die Ausgabenstruktur der Region beeinflussen können. Echte Eingrenzungswirkung entfaltet dagegen § 8 Abs. 4 S. 5 RSAV, wonach keine regionalen Merkmale ausgewählt werden können, die sich auf die Angebotsstruktur beziehen.

Die Eingrenzung des § 8 Abs. 4 S. 5 RSAV dürfte grundsätzlich nicht unzulässig sein, soweit sie eine Verfahrensvorgabe für das BAS bei der Festlegung der zu berücksichtigenden regionalen Merkmale darstellt. Gleichwohl erscheint sie auf den ersten Blick nicht nachvollziehbar, da der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, dass regionale Merkmale im Sinne des § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V auch die medizinische Angebotsstruktur und Siedlungsstruktur am Wohnort des Versicherten sein können.

Vgl. BT-Drs. 19/15662, S. 88.

Hätte der Gesetzgeber die sich auf die Angebotsstruktur beziehenden regionalen Merkmale a priori ausschließen wollen, so wäre es auf Grundlage der aus der Gesetzesbegründung zum GKV-FKG hervorgehenden Überlegungen naheliegend gewesen, einen solchen Ausschluss schon bei der Definition regionaler Merkmale im § 266 Abs. 2 SGB V vorzunehmen. In der Gesetzesbegründung heißt es dazu:

„Soweit Angebotsvariablen zu den statistisch signifikantesten Variablen gehören, entfallen diese ersatzlos. Sie werden nicht berücksichtigt, weil es zu problematischen Anreizeffekten führen kann, sobald durch ein Überangebot beeinflusste Mehrausgaben durch die Regionalkomponente ausgeglichen würden.“ (BT-Drs. 19/15662, S. 88)

Hieraus wird ersichtlich, dass ein Ausschluss von „Angebotsvariablen“ bezweckt ist, um keine zusätzlichen Zuweisungen für Versicherte mit Wohnsitz in solchen Regionen zu generieren, in denen aufgrund von Überversorgung überdurchschnittliche Ausgaben der gesetzlichen Krankenkassen anfallen.

Dieser grundsätzliche und dem Sinn und Zweck des Risikostrukturausgleichs folgende Ansatz des Gesetzgebers wird deutlicher mit Blick auf die Entstehungsgeschichte des § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV. Dieser lautete in der Entwurfsfassung noch wie folgt:

„Der Zuordnung der Versicherten zu Risikogruppen sind folgende Risikomerkmale zu Grunde zu legen:



[...] 4. regionale Merkmale, die insbesondere die regionale Morbiditäts- und Mortalitätsstruktur, die Preisstruktur medizinischer Leistungen, die demografische Struktur, die Sozialstruktur, die Markt- und Wirtschaftsstruktur oder die Siedlungsstruktur am Wohnort des Versicherten abbilden.“ (Hervorhebung d. Verf.)

Das Merkmal der Preisstruktur medizinischer Leistungen wurde durch den Ausschuss für Gesundheit im Gesetzgebungsverfahren mit folgender Begründung gestrichen:

„Es ist nicht auszuschließen, dass durch regionale Merkmale, die die Preisstruktur medizinischer Leistungen am Wohnort eines Versicherten abbilden, auch angebotsseitige Größen abgebildet werden. Angebotsvariablen sollen jedoch nicht für die Regionalkomponente im RSA berücksichtigt werden, da dies zu problematischen Anreizeffekten führen kann. Vor diesem Hintergrund wird die Preisstruktur medizinischer Leistungen aus der beispielhaften Aufzählung der Bereiche gestrichen, aus denen die regionalen Merkmale im RSA insbesondere ausgewählt werden sollen. Dies führt nicht dazu, dass entsprechende Merkmale generell nicht für die Berücksichtigung im Rahmen der Regionalkomponente ausgewählt werden können. Voraussetzung für eine Berücksichtigung ist jedoch, dass eine mögliche Abbildung von angebotsseitigen Größen ausgeschlossen werden kann.“ (BT-Drs. 19/17155, S. 136)

Auch hier sollte verhindert werden, dass regionale Merkmale vom BAS berücksichtigt werden, die überdurchschnittliche Ausgabenstrukturen verfestigen, die durch ein Überangebot von medizinischen Leistungen bedingt sind. Die Begründung des Gesetzgebers macht aber auch deutlich, dass damit nicht jegliche regionalen Merkmale, die irgendeinen Bezug zum medizinischen Angebot in der Region haben, ausgeschlossen werden sollen. Insofern ist zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber in beiden hier zitierten Stellen der Begründung präziser als im Gesetzestext von „Angebotsvariablen“ spricht. Damit dürften solche Merkmale gemeint sein, die unmittelbar das medizinische Leistungsangebot betreffen oder zumindest überwiegend dadurch beeinflusst werden. Dafür spricht auch die Formulierung in § 8 Abs. 4 S. 5 RSAV, wonach regionale Merkmale, „die sich auf die Angebotsstruktur beziehen“, nicht ausgewählt werden können. Die Formulierung „sich beziehen“ macht insoweit deutlich, dass es um mehr als einen möglichen mittelbaren Zusammenhang oder eine bloße Reflexwirkung gehen muss. Ein nicht berücksichtigungsfähiges regionales Merkmal ist daher nur dann gegeben, wenn ein Merkmal entweder selbst einen Teil der Angebotsstruktur darstellt (z.B. das Merkmal der Anzahl der regionalen Krankenhausbetten) oder ein unmittelbarer und statistisch aussagekräftiger Zusammenhang zwischen dem regionalen Merkmal und der Angebotsstruktur besteht.

Es bleibt dann allerdings noch fraglich, was unter der „Angebotsstruktur“ zu verstehen ist. Allein anhand der Begrifflichkeit lässt sich dies nicht festlegen. Klar ist noch, dass ausschließlich das Angebot von Leistungen, die ihre Grundlage im Bereich des SGB V finden, gemeint sein kann, sodass es auf die Leistungen der im System des SGB V zur Leistung berechtigten Leistungserbringer ankommen muss. Es ist jedoch vollkommen unklar, woraus



sich die Struktur dieses Angebots ergeben soll. Hierfür kommen eine Vielzahl von Variablen in Betracht wie etwa die Dichte stationärer oder ambulanter Einrichtungen und Praxen, die Vielfalt und Differenzierung des speziellen fachlichen medizinischen Angebots, die Größe und Ausrichtung stationärer Einrichtungen, die Versorgung mit ambulanten und stationären Pflegeangeboten, die Dichte von Apotheken oder die Dichte von sonstigen Leistungserbringern im Gesundheitswesen (z.B. Physiotherapeuten, Logopäden, Sanitätshäuser, Optiker, Ergotherapeuten, Einrichtungen zur Erbringung Haushaltshilfe), wobei allerdings allein die regionale Dichte bei einzelnen Leistungserbringern für die Angebotsstruktur nicht wirklich aussagekräftig ist, da diese aufgrund von zum Teil vorhandenen Spezialisierungen teilweise vollkommen unterschiedliche Angebote vorhalten. Berücksichtigt man die Zielstellung des Risikostrukturausgleiches (vgl. dazu Ziff. I.), wird man zu dem Ergebnis kommen müssen, dass sämtliche Angebote von Leistungen nach dem SGB V von danach zur Leistung berechtigten Leistungserbringern zu berücksichtigen sind, soweit diese signifikante Auswirkungen auf etwaige regional überdurchschnittliche Ausgaben der Krankenkassen haben können.

IV. „Sterbekosten“ als zulässiges regionales Merkmal

Auf Grundlage der Darstellung der materiellen Anforderungen kann nunmehr geprüft werden, ob die Variable „Sterbekosten“ ein zulässiges regionales Merkmal darstellt und vom BAS ermessensfehlerfrei zur Berücksichtigung ausgewählt werden durfte.

1. Beeinflussung der regionalen Ausgabestruktur

Die „Sterbekosten“ sind nach den Festlegungen des BAS als durchschnittliche Leistungsausgaben je verstorbenen Versicherten in einem Kreis definiert.

Vgl. Erläuterungen zum Entwurf der Festlegung von Risikogruppen, Zuordnungsalgorithmus, Regressionsverfahren und Berechnungsverfahren für das RSA-Ausgleichsjahr 2021 des BAS vom 19.06.2020, S. 495 – i.F. „Erläuterungen Entwurf BAS“.

Sie bilden insbesondere die regionale Morbiditäts- und Mortalitätsstruktur der Versicherten ab. Über die Morbiditätsstruktur werden die Sterbekosten eines Versicherten aufgrund der prospektiven Ausgestaltung des Risikostrukturausgleichs bislang allerdings nur unvollständig abgebildet. Nach der Systematik des Risikostrukturausgleichs werden die für einen Versicherten zukünftig anfallenden Mehraufwände auf Grundlage der Risikomerkmale Alter, Geschlecht und Morbidität geschätzt, wobei die Zuordnung zu Morbiditätsgruppen aufgrund in der Vergangenheit gestellter Diagnosen erfolgt. Da aber prospektiv nicht zuverlässig geschätzt werden kann, wann und unter welchen Umständen ein Versicherter verstirbt, sind



solche ungewissen Sterbekosten nicht oder jedenfalls nur sehr ungenau über Diagnosen oder die Merkmale Alter und Geschlecht zu erfassen.

Vgl. dazu auch Regionalgutachten, S. 132; Erläuterungen Entwurf BAS, S. 495.

Bei den Sterbekosten handelt es sich zudem um die Variable, die von den vom BAS erfassten Variablen die regionalen Deckungsbeitragsunterschiede am stärksten beeinflusst.

Vgl. Erläuterungen Entwurf BAS, S. 495.

Die Variable der Sterbekosten weist also die höchste statistische Erklärungskraft für regionale Deckungsbeitragsunterschiede auf. Bei den Sterbekosten handelt es sich mithin um ein Merkmal, das die Ausgabenstruktur der Regionen beeinflussen kann. Die Sterbekosten gehören demnach unzweifelhaft zu dem Kreis der nach § 266 Abs. 2 S. 3 SGB V, § 8 Abs. 4 S. 4 RSAV durch das BAS auswählbaren Merkmalen.

2. Bezug auf die Angebotsstruktur

Die Sterbekosten stellen selbst keinen Teil der relevanten Angebotsstruktur dar. Es stellt sich mithin ausschließlich die Frage, ob ein unmittelbarer und statistisch aussagekräftiger Zusammenhang zwischen den Sterbekosten und der regional vorhandenen Angebotsstruktur vorliegt.

Ein solcher unmittelbarer und statistisch aussagekräftiger Zusammenhang zwischen den Sterbekosten und der regional vorhandenen Angebotsstruktur liegt nicht vor. Sterbekosten stellen weder eine direkte noch eine indirekte Abbildung einer Angebotsstruktur dar. Sie bilden vielmehr unmittelbar die Mortalitätsstruktur in einer Region ab, die nach § 2 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 RSAV gerade durch die regionalen Merkmale abgebildet werden soll. Es liegt auf der Hand, dass die Sterbekosten insbesondere durch das Alter der Versicherten und die jeweils vorliegende Erkrankung bedingt sind. Ganz allgemein ist festzustellen, dass der Ressourceneinsatz zur Vermeidung des Todes umso größer ist, je jünger der jeweilige Versicherte ist. Es ist schon deshalb davon auszugehen, dass ein regional unterschiedliches Sterbealter die unterschiedlichen Sterbekosten zu einem hohen Anteil erklärt. Das Sterbealter wiederum wird offensichtlich nicht beeinflusst durch die regionale Angebotsstruktur.

Auch die vom wissenschaftlichen Beirat im Regionalgutachten vorgenommene und vom BAS aktualisiert durchgeführte statistische Analyse der bei der Festlegung der regionalen Merkmale in Frage kommenden Merkmale zeigt, dass ein statistisch signifikanter Zusammenhang zwischen Sterbekosten und der Angebotsstruktur nicht besteht. Der wissenschaftliche Beirat und das BAS haben in einem mehrstufigen Verfahren nach der



Vorauswahl entsprechender Variablen ein iteratives Regressionsverfahren zum Ausschluss einer zu hohen Multikollinearität durchgeführt.

Vgl. Regionalgutachten, S. 139 ff.; Erläuterungen Entwurf BAS, S. 492 ff.

Dabei handelt es sich um ein „Filterverfahren“, um eine Korrelation unter den zu erklärenden Variablen auszuschließen. Bestände also ein maßgeblicher Zusammenhang zwischen typischen Angebotsvariablen, wie der Dichte der Krankenhausbetten, der Apothekendichte, der Ärztedichte oder Hausärztdichte, und den Sterbekosten, wäre die Variable der Sterbekosten bereits im Wege des iterativen Regressionsverfahrens eliminiert bzw. zumindest auffällig geworden. Ganz im Gegenteil ist aus den Ergebnissen klar ersichtlich, dass die Sterbekosten keinen auffälligen Varianzinflationsfaktor aufweisen, der auf eine hohe Multikollinearität hinweisen würde.

Da zwischen den Sterbekosten und den Angebotsstrukturen kein statistisch nachweisbarer Zusammenhang besteht, können die Sterbekosten vom BAS als regionales Merkmal i.S.d. §§ 8 Abs. 4 S. 1 Nr. 3, 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 4 RSAV für die Festlegungen nach § 8 Abs. 4 S. 1 RSAV für das Versichertenklassifikationsmodell des Risikostrukturausgleichs berücksichtigt werden.

Die im Entwurf der Festlegungen vom BAS vorgesehene Berücksichtigung der Sterbekosten als regionales Merkmal des Versichertenklassifikationsmodells ist daher nicht zu beanstanden.

3. Ermessensfehlerfreie Auswahl des regionalen Merkmals „Sterbekosten“

Die Auswahl und Berücksichtigung regionaler Merkmale steht gemäß § 8 Abs. 4 S. 3 RSAV im Ermessen des BAS. Neben den dargestellten materiellen Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale hat das BAS dabei nach § 8 Abs. 4 S. 2 RSAV die Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirats nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 RSAV zu berücksichtigen. Nachdem bereits festgestellt worden ist, dass das regionale Merkmal „Sterbekosten“ die materiellen Anforderungen vollumfänglich erfüllt, ist nicht ersichtlich, inwiefern sich die Auswahl und Berücksichtigung dieses Merkmals als ermessensfehlerhaft darstellen könnte.

Das BAS hat das ihm eingeräumte Ermessen erkennbar ausgeübt. So hat es die zu verwendenden Daten ausgewählt, ein nachvollziehbares Verfahren zur Auswahl der zu berücksichtigenden Regionalmerkmale festgelegt und daraus eine Selektion der zu berücksichtigenden Variablen abgeleitet.

Vgl. Erläuterungen Entwurf BAS, S. 483 ff.; 491 ff.

Das BAS hat gemäß der ermessenslenkenden Vorschrift des § 8 Abs. 4 S. 2 RSAV die Empfehlungen des wissenschaftlichen Beirats nach § 8 Abs. 2 Nr. 1 RSAV hinreichend



berücksichtigt. So hat es das Regionalgutachten des wissenschaftlichen Beirats in allen dargestellten Schritten des Verfahrens als Grundlage herangezogen.

Vgl. nur für das Verfahren zur Auswahl der zu berücksichtigenden Variablen, Erläuterungen Entwurf BAS, S. 491; allgemein hierzu S. 482.

Gleichwohl ist das BAS an unterschiedlichen Stellen von dem Regionalgutachten abgewichen. Solche Abweichungen sind zulässig. Denn § 8 Abs. 4 S. 2 RSAV sieht ausdrücklich nur eine Berücksichtigung der Empfehlungen vor und keine Übernahme der Empfehlungen. Insofern verbleibt es bei einer eigenständigen Ermessensausübung des BAS. Darum können Abweichungen von dem Regionalgutachten sogar geboten sein, wenn sich die Verhältnisse oder die gesetzgeberischen Anforderungen seit dem Zeitpunkt der Gutachtenerstellung geändert haben. Es ist daher nicht ermessensfehlerhaft, sondern vielmehr geboten, dass das BAS die im Regionalgutachten ausgewählten regionalen Merkmale einer neuerlichen empirischen Prüfung unterzogen hat. Das BAS hat zudem berücksichtigt, dass der Gesetzgeber die Systematik des Risikostrukturausgleichs im Vergleich zu der dem Regionalgutachten zugrundegelegten normativen Ausgangslage mit dem GKV-FKG verändert hat und insofern auch das Verfahren zur Auswahl regionaler Merkmale zu anderen Ergebnissen führen kann.

Vgl. Erläuterungen Entwurf BAS, S. 482.

Das BAS hat die Änderungen an der Systematik des Risikostrukturausgleichs und der Ausgestaltung der Regionalkomponente durch das GKV-FKG im Vergleich zum Regionalgutachten auch insofern berücksichtigt, als es vom wissenschaftlichen Beirat noch herangezogene Variablen nicht berücksichtigt hat, weil diese einen signifikanten Bezug zur Angebotsstruktur haben. Dies gilt namentlich für die Variablen „Facharztdichte“ und „Übersversorgung“.

Vgl. Erläuterungen Entwurf BAS, S. 494.

Das BAS handelte auch nicht ermessensfehlerhaft, indem es das Merkmal „Sterbekosten“ nicht aus dem gleichen Grunde ausgeschlossen hat. Schon aus der vorangegangenen Prüfung der materiellen Anforderungen an die Festlegung regionaler Merkmale ergibt sich, dass das Merkmal „Sterbekosten“ gerade keinen Bezug zur Angebotsstruktur im Sinne des § 8 Abs. 4 S. 5 RSAV aufweist. Insofern ergibt sich ein sachlicher und rechtlicher Unterschied zu den Variablen „Facharztdichte“ und „Übersversorgung“. Darum ist auch der aus dem Gesetzgebungsverfahren deutlich gewordene Wille des Gesetzgebers, angebotsseitige Variablen nicht zu berücksichtigen, vom BAS berücksichtigt worden (vgl. dazu schon oben Ziff. III.).

Die Berücksichtigung des Merkmals „Sterbekosten“ dürfte hier sogar geboten sein. Da es sich bei den Sterbekosten um die Variable handelt, die von den vom BAS erfassten Variablen die regionalen Deckungsbeitragsunterschiede am stärksten beeinflusst (vgl. dazu Ziff. IV. 1), wäre



eine Nichtberücksichtigung nur unter besonderen Umständen sachlich begründbar und damit nicht willkürlich. Solche sachlichen Gründe sind jedoch nicht ersichtlich. Vielmehr ist die statistische Bedeutung der Sterbekosten hinreichend gesichert. Denn neben den eigenen Berechnungen des BAS stellte schon 2018 das Regionalgutachten die besondere Rolle dieses Merkmals dar.

Vgl. Regionalgutachten, S. 160 ff.

Der Gesetzgeber hat die Berücksichtigung des Merkmals „Sterbekosten“ zu keinem Zeitpunkt kritisiert. Vielmehr hat er in der Gesetzesbegründung selbst auf das Regionalgutachten und die dort angewendeten Verfahren abgestellt.

Vgl. BT-Drs. 19/15662, S. 88.

Hätte der Gesetzgeber das Merkmal „Sterbekosten“ als so kritisch angesehen, dass er es für nicht berücksichtigungsfähig gehalten hätte, so wäre aufgrund der überragenden statistischen Rolle dieser Variable im Regionalgutachten nicht nur ein entsprechender Hinweis zu erwarten gewesen. Es wäre dann auch nicht nachvollziehbar, warum der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung zum GKV-FKG ausdrücklich auf das Regionalgutachten Bezug genommen hat. Denn die Billigung des Regionalgutachtens jedenfalls als Grundlage des Verfahrens wäre nicht nachvollziehbar, wenn das Ergebnis dieses Verfahrens im Grundsatz nicht auch den gesetzgeberischen Vorstellungen entspricht.

Mithin wäre hier ein Ausschluss des Merkmals „Sterbekosten“ durch das BAS sachlich nicht nachvollziehbar. Die Berücksichtigung und Auswahl der „Sterbekosten“ als regionales Merkmal ist vielmehr sogar geboten.

Dr. Stefan Bäune

A handwritten signature in blue ink, consisting of a stylized 'S' followed by a cursive 'Bäune'.