

BUNDESVERFASSUNGSGERICHT

- 1 BvR 318/17 -
- 1 BvR 1474/17 -
- 1 BvR 2207/17 -

In den Verfahren
über
die Verfassungsbeschwerden

- I. 1. der H... GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer K...,
2. der K... GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer S...,
3. der G... GmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer N...,

- Bevollmächtigte: Bregenhorn-Wendland Rechtsanwaltssozietät,
Ungelsheimer Weg 8, 40472 Düsseldorf -

- gegen 1. das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 25. Oktober 2016 - B 1 KR 16/16 R -,
2. das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 25. Oktober 2016 - B 1 KR 18/16 R -,
3. das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 25. Oktober 2016 - B 1 KR 19/16 R -,
4. das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 25. Oktober 2016 - B 1 KR 22/16 R -

- 1 BvR 318/17 -,

II. der P... GmbH & Co. KGaA,
vertreten durch die P... GmbH, diese
vertreten durch die Geschäftsführer S... und S...,

- Bevollmächtigte: Bregenhorn-Wendland Rechtsanwaltssozietät,
Ungelsheimer Weg 8, 40472 Düsseldorf -

gegen das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 28. März 2017 - B1 KR 23/16 R -

- 1 BvR 1474/17 -,

III. der H... gGmbH,
vertreten durch den Geschäftsführer J...,

- Bevollmächtigte: Bregenhorn-Wendland Rechtsanwaltssozietät,
Ungelsheimer Weg 8, 40472 Düsseldorf -

gegen das Urteil des Bundessozialgerichts
vom 23. Mai 2017 - B 1 KR 24/16 R -

u n d Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand

- 1 BvR 2207/17 -

hat die 1. Kammer des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts durch
den Vizepräsidenten Kirchhof,
die Richterin Ott
und den Richter Christ

gemäß § 93b in Verbindung mit § 93a BVerfGG in der Fassung der Bekannt-
machung vom 11. August 1993 (BGBl I S. 1473)

am 26. November 2018 einstimmig beschlossen:

Die Verfassungsbeschwerden werden - unbeschadet des
Wiedereinsetzungsantrags im Verfahren 1 BvR 2207/17 -
nicht zur Entscheidung angenommen.

Gründe:

Die Verfassungsbeschwerden betreffen die in der Fachgerichtsbarkeit zumi- 1
ndest bis zur Einfügung von § 275 Abs. 1c Satz 4 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch
(SGB V) zum 1. Januar 2016 umstrittene Frage, ob Krankenhäuser nach der Prü-
fung einer Krankenhausabrechnung unter Einbeziehung des Medizinischen Diens-
tes der Krankenkassen (im Folgenden: MDK), die im Ergebnis nicht zu einer Min-
derung des Abrechnungsbetrags geführt hat, in allen Fällen von den Krankenkas-
sen die in § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V vorgesehene Aufwandspauschale verlan-
gen können.

A.

I.

1. a) Die Abrechnung von Krankenhausleistungen erfolgt in Deutschland 2
überwiegend auf der Grundlage des sogenannten DRG-Systems (vgl. vor allem
§ 17b bis § 17d des Gesetzes zur wirtschaftlichen Sicherung der Krankenhäuser
und zur Regelung der Krankenhauspflegesätze - Krankenhausfinanzierungsge-
setz <KHG> - und § 9 des Gesetzes über die Entgelte für voll- und teilstationäre
Krankenhausleistungen - Krankenhausentgeltgesetz <KHEntgG> - sowie die auf
dieser Grundlage erlassenen Normverträge). Dabei steht DRG für „diagnosis rela-
ted groups“; in diesen werden unterschiedliche Diagnose- und (Behandlungs-)Pro-
zedurenkombinationen zusammengefasst, die einen vergleichbaren ökonomi-
schen und von der konkreten Verweildauer der Patienten unabhängigen Aufwand
der Krankenhäuser abbilden sollen. Die jeweilige DRG wird dabei durch die Kodie-
rung von Haupt- und Nebendiagnosen anhand der International Statistical Classi-
fication of Diseases and Related Health Problems, derzeit in der 10. Fassung
(ICD-10), sowie von Operationen und therapeutischen Prozeduren anhand eines
Operationen- und Prozedurenschlüssels (OPS) „angesteuert“.

Auf Grund der Komplexität dieses durch das Gesetz zur Einführung des diag- 3
nose-orientierten Fallpauschalensystems für Krankenhäuser (Fallpauschalenge-
setz - FPG) vom 23. April 2002 (BGBl I S. 1412) mit Wirkung zum 1. Januar 2003
in Deutschland eingeführten Klassifikationssystems kommt es unstreitig in erhebli-
chem Maße zu Fehlkodierungen der für die Abrechnung maßgeblichen Diagnosen
und Prozeduren. Deshalb ist die Kontrolle von Abrechnungen für die Krankenkas-
sen von großer Bedeutung, andererseits für die Krankenhäuser mit erheblichem

wirtschaftlichen und organisatorischen Aufwand verbunden. Das gilt insbesondere für Prüfungen auf der dritten Stufe des vom Bundessozialgericht entwickelten Prüfsystems der Abrechnung von stationären Krankenhausleistungen (vgl. zu diesem System z.B. BSG, Urteil vom 16. Mai 2012 - B 3 KR 14/11 R -, BSGE 111, 58 <64 ff. Rn. 18 ff.>): Danach prüfen die Krankenkassen auf einer ersten Stufe die von den Krankenhäusern auf der Grundlage des § 301 SGB V übermittelten Daten. Erschließen sich die Notwendigkeit der Krankenhausbehandlung oder die Richtigkeit der Abrechnung den Mitarbeitern der Krankenkasse aufgrund dieser Angaben, daran anknüpfender Nachfragen oder eines Kurzberichts über die Behandlung nicht, ist auf der zweiten Stufe ein Prüfverfahren unter Einschaltung des MDK einzuleiten. Dazu hat die Krankenkasse dem MDK nach § 276 Abs. 1 Satz 1 SGB V die zur Begutachtung erforderlichen Unterlagen vorzulegen, die ihr vom Krankenhaus zur Verfügung gestellt worden sind. Ist der Sachverhalt auch auf dieser Grundlage nicht zu klären, hat das Krankenhaus schließlich auf einer dritten Stufe dem MDK alle weiteren Angaben zu erteilen und Unterlagen vorzulegen, die im Einzelfall zur Beantwortung der Prüfanfrage der Krankenkasse benötigt werden. Rechtsgrundlage hierfür ist § 276 Abs. 2 Satz 1 SGB V.

In diesem Rahmen war bis zu der Gesetzesänderung zum 1. Januar 2016 die auch den Ausgangsverfahren zugrunde liegende Frage umstritten, ob alle denkbaren Prüfungen von Krankenhausabrechnungen durch die Krankenkassen unter Einbeziehung des MDK von § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V erfasst werden und die Krankenkassen daher durchgängig die daran anknüpfenden Regelungen des § 275 Abs. 1c SGB V zu beachten und gegebenenfalls die Aufwandspauschale nach dessen Satz 3 zu zahlen haben, oder ob es neben einer dort geregelten „Auffälligkeitsprüfung“ noch eine davon unabhängige und in den maßgeblichen Zeiträumen den Regelungen des § 275 Abs. 1c SGB V nicht unterworfenen „Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit“ gibt. 4

§ 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V lautet:

Die Krankenkassen sind in den gesetzlich bestimmten Fällen oder wenn es nach Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Erkrankung oder nach dem Krankheitsverlauf erforderlich ist, verpflichtet,

1. bei Erbringung von Leistungen, insbesondere zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistung, sowie bei Auffälligkeiten zur Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung, [...]

eine gutachtliche Stellungnahme des Medizinischen Dienstes der Krankenversicherung (Medizinischer Dienst) einzuholen.

b) § 275 Abs. 1c SGB V gestaltet die Prüfungen nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V für die Krankenhausbehandlung nach § 39 SGB V näher aus. In der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Fassung, die das Bundessozialgericht allen angegriffenen Entscheidungen zugrunde legte, lautete die Vorschrift:

Bei Krankenhausbehandlung nach § 39 ist eine Prüfung nach Absatz 1 Nr. 1 zeitnah durchzuführen. Die Prüfung nach Satz 1 ist spätestens sechs Wochen nach Eingang der Abrechnung bei der Krankenkasse einzuleiten und durch den Medizinischen Dienst dem Krankenhaus anzuzeigen. Falls die Prüfung nicht zu einer Minderung des Abrechnungsbetrags führt, hat die Krankenkasse dem Krankenhaus eine Aufwandspauschale in Höhe von 300 Euro zu entrichten.

Die Vorschrift geht auf Art. 1 Nr. 185 Buchstabe a des Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz - GKV-WSG) vom 26. März 2007 (BGBl I S. 378 <430 f.>) zurück und trat zum 1. April 2007 in Kraft (Art. 46 Abs. 1 GKV-WSG). Die Aufwandspauschale betrug damals 100 Euro. Im Krankenhausbereich bestehe, so die Entwurfsbegründung (vgl. BTDrucks 16/3100, S. 171), Handlungsbedarf im Hinblick auf den Umfang der gutachtlichen Stellungnahmen des MDK, welche die Krankenkassen in der Einzelfallprüfung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V anforderten. Von einzelnen Krankenkassen werde die Prüfungsmöglichkeit in unverhältnismäßiger und nicht sachgerechter Weise zur Einzelfallsteuerung genutzt. Dies führe zu unnötiger Bürokratie, was die Abläufe in den Krankenhäusern erheblich belastete, für zusätzlichen personellen und finanziellen Aufwand Sorge und zu nicht gerechtfertigten Außenständen und Liquiditätsproblemen führe; eine zeitnahe Prüfung sei nicht immer gewährleistet. Als Beitrag zum Bürokratieabbau würden Anreize gesetzt, Einzelfallprüfungen zielorientierter und zügiger einzusetzen. Um ungezielten und übermäßigen Begutachtungen entgegenzuwirken, werde mit § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V eine Aufwandspauschale von 100 Euro eingeführt, die für alle diejenigen Krankenhausfälle zu zahlen sei, in denen die Einzelfallprüfung nicht zu einer Minderung des Abrechnungsbetrags durch die Krankenkasse führe.

Die vom Bundesrat gegenüber der Regelung vorgebrachten Bedenken führten zu keiner Änderung; er hatte in seiner Äußerung zum Gesetzentwurf vorgeschlagen, die Regelung über die Aufwandspauschale zu streichen, und dazu geltend gemacht (vgl. BTDrucks 16/3950, S. 35), die bisherigen Prüfungen durch die Medizinischen Dienste zeigten eine gute Fallauswahl der Krankenkassen, die einen Anteil von weit über 40 % fehlkodierter Fälle aufwiesen. Die DRGs seien als ler-

nendes System angelegt. Die Erfahrungen aus den Prüfungen einschließlich der Fälle, die nicht zu einer Minderung des Abrechnungsbetrages führten, trügen zu einer Optimierung dieses Systems bei.

Durch Art. 3 Nr. 8a des Gesetzes zum ordnungspolitischen Rahmen der Krankenhausfinanzierung ab dem Jahr 2009 (Krankenhausfinanzierungsreformgesetz - KHRG) vom 17. März 2009 (BGBl I S. 534 <546>) wurde die Aufwandspauschale mit Wirkung ab 25. März 2009 (vgl. Art. 5 Abs. 1 KHRG) von 100 Euro auf 300 Euro erhöht. Die Änderung ging auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf des Krankenhausfinanzierungsreformgesetzes zurück (vgl. BTDrucks 16/11429, S. 31), zu der es erläuternd hieß (a.a.O., S. 47), die Einführung der Aufwandspauschale habe nicht in dem erhofften Umfang zu einer Reduzierung der Prüfquote geführt. Mit der Anhebung der von den Krankenkassen bei erfolglosen Einzelfallprüfungen zu zahlenden Aufwandspauschale auf 300 Euro solle der Anreiz erhöht werden, von Einzelfallprüfungen ohne konkrete Verdachtsmomente abzusehen. 8

Als Reaktion auf die hier angegriffene Rechtsprechung fügte der Gesetzgeber durch Art. 6 Nr. 21a des Gesetzes zur Reform der Strukturen der Krankenhausversorgung (Krankenhausstrukturgesetz - KHSG) vom 10. Dezember 2015 (BGBl I S. 2229 <2251>) an § 275 Abs. 1c SGB V mit Wirkung zum 1. Januar 2016 (Art. 9 Abs. 1 KHSG) einen Satz 4 an: Danach ist als Prüfung nach Satz 1 jede Prüfung der Abrechnung eines Krankenhauses anzusehen, mit der die Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert. Die Änderung ging auch in diesem Fall auf die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit zurück (vgl. BTDrucks 18/6586, S. 72 f.); zur Begründung hieß es unter anderem (a.a.O., S. 110): 9

„In einem Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) (BSG 1 KR 29/13 R) hat der erkennende 1. Senat eine rechtliche Differenzierung zwischen Auffälligkeitsprüfungen und Prüfungen auf sachlich-rechnerische Richtigkeit einer Krankenhausrechnung vorgenommen. [...] Für Letztere gelte weder die Frist des § 275 Absatz 1c Satz 2 noch die Pflicht zur Entrichtung einer Aufwandspauschale nach § 275 Absatz 1c Satz 3. Vielmehr unterlägen sie einem eigenen Prüfregime.

Infolge dieses Urteils sind zwischen Krankenhäusern und Krankenkassen Probleme entstanden, weil Krankenkassen sich bei Prüfungen der Krankenhausabrechnungen durch den Medizinischen Dienst

der Krankenversicherung (MDK) vermehrt auf den Standpunkt stellen, es handele sich um Prüfungen der sachlich-rechnerischen Richtigkeit, bei denen keine Aufwandspauschale zu zahlen und keine Frist zu beachten sei. Hinzu kommt, dass im Schrifttum teilweise kritisiert wird, dass es für die Trennung der beiden Prüfarten im Gesetz keine hinreichende Stütze gebe und es an Abgrenzungskriterien fehle.

Deshalb wird mit der Neuregelung des § 275 Absatz 1c Satz 4 nunmehr bestimmt, dass sich die Fristen- und Anzeigeregelung des Satzes 2 und die Regelung zur Aufwandspauschale in Satz 3 auf jede Prüfung der Abrechnung einer stationären Behandlung beziehen, mit der eine Krankenkasse den MDK beauftragt und die eine Datenerhebung durch den MDK beim Krankenhaus erfordert. Dies gilt sowohl für die vom 1. Senat des BSG angesprochenen Auffälligkeitsprüfungen als auch für die Prüfungen auf sachlich-rechnerische Richtigkeit. Mit der Voraussetzung, dass es sich um Prüfungen handeln muss, die eine Datenerhebung durch den MDK erfordern, wird auf das vom BSG entwickelte System der dreistufigen Sachverhaltsermittlung Bezug genommen. Dadurch wird in Übereinstimmung mit diesem Ansatz zum Ausdruck gebracht, dass § 275 Absatz 1c nur für Prüfungen auf der dritten Stufe der Sachverhaltserhebung anwendbar ist. [...]

Die Neuregelung hat zugleich zur Folge, dass Sachverhaltsermittlungen, die eine Einsichtnahme in Unterlagen des Krankenhauses oder sonstige Datenanforderungen beim Krankenhaus erfordern, ausgeschlossen sind, wenn die Frist nach Satz 2 ungenutzt abgelaufen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob es sich um eine Prüfung der sachlichen und rechnerischen Richtigkeit der Krankenhausabrechnung oder um eine Auffälligkeitsprüfung handelt. [...]"

2. Die in den Verfassungsbeschwerden zur Prüfung stehende Rechtsprechung des 1. Senats des Bundessozialgerichts führte im Ergebnis zu der in den Materialien zum Krankenhausstrukturgesetz angesprochenen Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 275 Abs. 1c SGB V. Namentlich hielt der Senat - erstmals im Jahre 2014 (vgl. BSG, Urteil vom 1. Juli 2014 - B 1 KR 29/13 R -, BSGE 116, 165 <168 ff. Rn. 16 ff.>) - eine Unterscheidung zwischen einer Auffälligkeitsprüfung einerseits und einem Prüfregime der sachlich-rechnerischen Richtigkeit für möglich und geboten. Der Senat knüpfte dabei an die Formulierung von § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V an, der von „Auffälligkeiten“ spricht, bei deren Vorliegen die Krankenkassen verpflichtet sind, zur Prüfung der ordnungsgemäßen Abrechnung ein Gutachten des MDK einzuholen. Er bezog diesen Begriff der „Auffälligkeiten“ mit historischen und systematischen Argumenten auf die Prüfung der Wirtschaft-

lichkeit der abgerechneten stationären Krankenhausbehandlung (§ 12 Abs. 1 SGB V), insbesondere von deren Notwendigkeit dem Grunde und der Dauer nach. Er sah daneben Raum für eine von derartigen Auffälligkeiten unabhängige Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit einer Rechnung, die jedem Schuldner und damit auch den Krankenkassen im Verhältnis zu den Krankenhäusern unter Einbeziehung des MDK eingeräumt sei, und betonte deren Notwendigkeit aus teleologischen Erwägungen, nicht zuletzt da einer Irreführung der Krankenkassen durch die Krankenhäuser vorgebeugt werden müsse. Da § 275 Abs. 1c SGB V sich nach seinem Satz 1 allein auf die Prüfungen nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V bezieht, hielt das Bundessozialgericht ihn nur im Rahmen der Auffälligkeitsprüfung für anwendbar. Bei einer Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit müssten die Krankenkassen dagegen jedenfalls im Rahmen der bis zum 31. Dezember 2015 geltenden Rechtslage weder die Frist aus § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V beachten noch hätten die Krankenhäuser Anspruch auf die Aufwandspauschale nach § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V.

Rechtsprechung des Bundessozialgerichts, die sich auf die seit dem 1. Januar 2016 geltende, durch die Anfügung von § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V geänderte Gesetzesfassung bezieht, liegt noch nicht vor. Bislang und auch in den hier angegriffenen Entscheidungen verwies das Gericht ausdrücklich darauf, dass sich aus der Rechtsänderung „jedenfalls“ für die frühere Rechtslage kein Anlass ergebe, von seiner bisherigen Rechtsprechung abzuweichen. Dabei sei die alte Rechtslage in allen Fälle maßgeblich, bei denen die Behandlung vor dem 1. Januar 2016 begonnen habe, unabhängig davon, wann jene und die nachfolgende Prüfung abgeschlossen worden seien und die Krankenhäuser die Aufwandspauschale geltend gemacht hätten. 11

3. Die Beschwerdeführerinnen sind Träger von Krankenhäusern; dabei befinden sich die Beschwerdeführerinnen zu 2. und zu 3. im Verfahren 1 BvR 318/17 und die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 2207/17 vollständig oder mehrheitlich in kommunaler, die übrigen Beschwerdeführerinnen in privater Hand. Die Ausgangsverfahren betreffen durchgängig und mit weitgehend vergleichbaren Sachverhalten die Frage, ob ein Anspruch auf die Aufwandspauschale nach § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V auch nach einer Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit unter Einbeziehung des MDK besteht. Während die Beschwerdeführerinnen vor den Instanzgerichten Erfolg hatten, hob das Bundessozialgericht die instanzgerichtlichen Verurteilungen zur Zahlung der Pauschale auf und wies die Klagen ab. 12

II.

Mit den Verfassungsbeschwerden rügen die Beschwerdeführerinnen, die vom Bundessozialgericht entwickelte Rechtsprechung zur Unterscheidung einer Auffälligkeitsprüfung und einer Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit, auf die § 275 Abs. 1c SGB V nicht anwendbar sei, überschreite die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung. 13

1. Soweit sich die Beschwerdeführerinnen mehrheitlich oder vollständig in kommunaler Trägerschaft befinden, stützen sie ihre Beschwerdefähigkeit auf die Erwägung, dass ihr Aufgabenkreis, die Gesundheit und Gesundheitsversorgung, ein unmittelbar durch Grundrechte geschützter Lebensbereich sei. Es sei daher in Betracht zu ziehen, sie hinsichtlich der Beschwerdefähigkeit einer Hochschule oder einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt gleichzustellen. Sofern das Bundesverfassungsgericht dem nicht folgen sollte, könnten sie sich auf die „Vorgaben aus Art. 20 Abs. 3 GG im Rahmen der Maßgaben des Art. 28 Abs. 2 GG berufen“. Kommunen und Unternehmen in kommunaler Trägerschaft seien im Rahmen des Art. 28 Abs. 2 GG unter anderem durch den Gesetzesvorbehalt, das Verhältnismäßigkeitsgebot und das Willkürverbot geschützt. Für eine Beeinträchtigung der kommunalen Selbstverwaltung sei eine gesetzliche Grundlage notwendig, die für die angegriffene Rechtsprechung des Bundessozialgerichts jedoch fehle. Auch komme ein Verstoß gegen Art. 28 Abs. 2 GG durch die Entscheidungen in Betracht, weil diese auf Willkür beruhten; das sei insbesondere anzunehmen, wenn eine Gerichtsentscheidung mit dem geschriebenen Recht schlechthin unvereinbar sei und die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschreite. Schließlich begründe es in Anbetracht der ähnlichen grundrechtstypischen Gefährdungslage und der Wettbewerbslage der kommunalen zu privaten Häusern einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, wenn das „Vorgehen“ des Bundessozialgerichts gegenüber Krankenhäusern in kommunaler Trägerschaft als „rechtmäßig“ eingestuft werde, gegenüber privaten Krankenhäusern dagegen nicht. 14

2. In der Sache machen die Beschwerdeführerinnen geltend, die angegriffene Rechtsprechung überschreite die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Gesetzesauslegung und Rechtsfortbildung und damit die rechtsstaatlichen Grundsätze aus Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG. 15

a) Die notwendigen Voraussetzungen richterlicher Rechtsfortbildung seien nicht gegeben: Weder habe eine Regelungslücke vorgelegen noch die Notwen- 16

digkeit, Inkonsistenzen oder Wertungswidersprüche zu korrigieren. Vielmehr seien der Wortlaut der Norm und der gesetzgeberische Wille eindeutig. Allein das Bundessozialgericht sehe seit 2014 eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit nicht als Auffälligkeitsprüfung an. Diese unzulässige richterliche Rechtsfortbildung verschlechtere die aus § 275 Abs. 1c SGB V folgende Rechtsposition der Beschwerdeführerinnen sowohl zur sechswöchigen Ausschlussfrist als auch zum Anspruch auf Zahlung einer Aufwandspauschale. Dabei vermute das Bundessozialgericht, dass Krankenhäuser den Krankenkassen regelmäßig bewusst falsche Diagnosen und Prozeduren übermittelten, die Krankenkassen irreführten und täuschungsbedingte, ungerechtfertigte Vermögensverfügungen veranlassten. Ausgehend von seinen unzutreffenden Prämissen habe sich das Bundessozialgericht „aus der Rolle des Normanwenders in diejenige einer normsetzenden Instanz begeben“.

Die Auslegung des Bundessozialgerichts finde keinerlei Stütze und Widerhall im Wortlaut der Norm. Der Gesetzgeber habe sich schon bei der Einführung von Abs. 1c in § 275 SGB V ausdrücklich auf einen Aspekt der sachlich-rechnerischen Richtigkeit bezogen, wenn es in der Gesetzesbegründung (BTDrucks 16/3100, S. 171) heiße: „So sind aufgrund von Umfang und Komplexität der Kodierregeln Fehlabrechnungen mit zu hohen oder zu niedrigen Rechnungsbeträgen grundsätzlich nicht auszuschließen.“ Bis zur Entscheidung des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 2014 sei eine derartige Unterscheidung weder von ihm selbst noch in der Literatur oder der instanzgerichtlichen Rechtsprechung vertreten worden. 17

Auch bei einer systematischen Betrachtung werde deutlich, dass erst die angegriffene Auslegung des Bundessozialgerichts zu Widersprüchen führe. So normiere § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V die Voraussetzungen und das Verfahren zur Einschaltung des MDK unabhängig davon, ob die Prüfung auf Wirtschaftlichkeitsaspekte oder die sachlich-rechnerische Richtigkeit abziele. Erst die Erfüllung seiner Tatbestandsvoraussetzungen begründe die Kompetenz des MDK, nach § 276 SGB V weitere Sozialdaten zu erheben und zu verarbeiten, die weit über die Angaben nach § 301 SGB V hinausgingen. Hingegen sei auf der Grundlage der Auslegung des Bundessozialgerichts der Anwendungsbereich des § 276 SGB V bei einer Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit nicht eröffnet und die Erhebung und Verarbeitung notwendiger Patientendaten damit verboten. Um dieses Problem zu überbrücken, sehe sich das Bundessozialgericht gezwungen, § 276 SGB V analog anzuwenden, obwohl das unter datenschutzrechtlichen Gesichtspunkten zweifelhaft sei. Ebenso wenig sei der vom Bundessozialgericht behauptete 18

te Wertungswiderspruch zu den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichen Rechts erkennbar. Diese seien angesichts der lückenlosen Regelung des Überprüfungsmechanismus im SGB V gar nicht anwendbar. Zudem widerspreche die einschränkende Auslegung des Bundessozialgerichts dem Regelungskonzept des § 17c Abs. 2 Satz 1 KHG, der „den Selbstverwaltungspartnern“ im Krankenhausbereich die Kompetenz zur untergesetzlichen Regelung des Prüfverfahrens in den Fällen des § 275 Abs. 1c SGB V zuweise. Die auf dieser Grundlage geschlossene Prüfverfahrensvereinbarung sei nach der angegriffenen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts auf den größten Teil der Prüfungen nicht anwendbar. Das widerspreche dem gesetzgeberischen Regelungskonzept zur Reduzierung von Konflikten zwischen den Vertragspartnern.

Überdies sei die einschränkende Auslegung mit dem Willen des Gesetzgebers nicht zu vereinbaren. Im Rahmen der mit dem DRG-System verbundenen Unsicherheiten könne ein medizinischer Sachverhalt aufgrund unklarer Diagnosen oder alternativ zulässiger Therapieentscheidungen abrechnungstechnisch unterschiedlich erfasst werden. Dem trage die Ausgestaltung des DRG-Systems als selbstlernendes System Rechnung. Gesetzgeberisch sei hingegen - weil praktisch kaum umsetzbar, nicht zielführend und Ressourcen verschlingend - keine flächendeckende Überprüfung derartiger Rechnungen mit den daraus folgenden finanziellen und bürokratischen Folgen gewollt. Dies hätten die Krankenkassen aber praktiziert. Um dies einzuschränken, habe der Gesetzgeber im Jahre 2007 § 275 Abs. 1c SGB V eingeführt und die Aufwandspauschale im Jahre 2009 auf 300 Euro erhöht. Schließlich habe der Gesetzgeber „ganz konkret“ auf die angegriffene Rechtsprechung des Bundessozialgerichts reagiert und zum 1. Januar 2016 dem § 275 Abs. 1c SGB V einen Satz 4 angefügt und damit „die Unrichtigkeit der Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts klargestellt“. Dessen Rechtsprechung sei entgegen der dargestellten Regelungskonzeption des Gesetzgebers davon geprägt, dass die Krankenkassen Kontrollmöglichkeiten besäßen, die mit den Restriktionen des § 275 Abs. 1c SGB V nicht vereinbar seien. Insofern handle es sich um rechtspolitische Erwägungen, die allein der Legislative zustünden. 19

Schließlich streite das Gebot der verfassungskonformen Auslegung gegen die Auffassung des Bundessozialgerichts. Dessen Rechtsprechung beziehe sich auf absichtsvoll rechtswidrige Abrechnungen kriminellen Gehaltes durch Angaben falscher oder unvollständiger Tatsachen. In derartigen Fällen seien die Regressmöglichkeiten jedoch gar nicht durch § 275 SGB V beschränkt. Für die von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts darüber hinaus erfassten Fälle, in denen das 20

Krankenhaus nach bestem Wissen und Gewissen abgerechnet habe, die also durch ein systematisch nicht vermeidbares Unsicherheitspotential gekennzeichnet seien, sei die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts unverhältnismäßig, weil die dann folgende Unanwendbarkeit der Frist aus § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V den Zeitraum bis zum Eintritt endgültiger Rechtssicherheit von sechs Wochen auf vier Jahre verzögere. Dies begründe eine Asymmetrie und eine „Umkehr der in der Verfassung vorgesehenen Grundwertungen“, weil Krankenkassen Korrekturen über einen Zeitraum von vier Jahren anbringen könnten, während die Beschwerdeführerinnen Nachforderungen lediglich bis zum Abschluss des nächsten Kalenderjahres geltend machen könnten. Ohnehin könnte auch die „extensivste Prüfung keinen fundamentalen Wirtschaftlichkeitsmehrwert mit sich bringen“, da sich an der Notwendigkeit der hinreichenden Finanzierung der stationären Krankenversorgung in Deutschland durch die mit der angegriffenen Rechtsprechung erweiterten Möglichkeiten der Abrechnungskorrektur nichts ändere. Die „letztlich willkürlich verteilten Abschöpfungen durch eine extensive, retrospektive Rechnungskorrektur“ müssten im Rahmen der Sicherung der stationären Leistungserbringung anderweitig durch Vergütungserhöhungen ausgeglichen werden.

b) Die Beschwerdeführerinnen beanstanden zudem die Rechtsauffassung des Bundessozialgerichts zum intertemporalen Anwendungsbereich von § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V als verfassungsrechtlich unzulässige Rechtsfortbildung. Das Bundessozialgericht habe verkannt, dass es sich um eine bloß klarstellende Norm handele. Trotz ihres Inkrafttretens erst zum 1. Januar 2016 müsse sie daher auch für vor diesem Zeitpunkt liegende Sachverhalte gelten. Die Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 2207/17, welche die Aufwandspauschale erst nach Abschluss des Prüfverfahrens im Jahr 2016 nach Behandlung im Jahr 2015 geltend gemacht hatte, rügt zudem, das Bundessozialgericht habe durch die Nichtanwendung des § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V auf ihren Fall ohne ausreichende gesetzliche Grundlage „eine zeitliche Expansion der alten Rechtslage zulasten der neuen“ vorgenommen.

B.

I.

Die Verfassungsbeschwerden der Beschwerdeführerinnen zu 2. und zu 3. im Verfahren 1 BvR 318/17 und der Beschwerdeführerin im Verfahren 1 BvR 2207/17 sind unzulässig, weil diese wegen ihrer Zugehörigkeit zur öffentlichen Hand nicht

grundrechtsfähig sind (vgl. zur Grundrechtsbindung und zur fehlenden Grundrechtsfähigkeit von Unternehmen, die sich überwiegend in öffentlicher Hand befindenden BVerfGE 128, 226 <246 f.>; BVerfGK 15, 484 <488 f.>).

Sie befinden sich mehrheitlich oder vollständig in kommunaler Trägerschaft. 23
Der Verweis auf eine Konkurrenzsituation der Krankenhäuser in öffentlicher Hand vermag an den daraus folgenden Konsequenzen für die Grundrechtsfähigkeit nichts zu ändern.

Das Vorbringen der Beschwerdeführerinnen, sie seien vergleichbar den Hochschulen, den Rundfunkanstalten und den Kirchen einem grundrechtlich geschützten Lebensbereich zugeordnet und müssten deshalb als grundrechtsfähig angesehen werden, trägt nicht. Eine Identifizierung der Interessen der eigentlichen Grundrechtsträger, also der Patienten, mit denen der Beschwerdeführerinnen scheidet aus. Die kommunalen Krankenhäuser erbringen zwar Leistungen, die den Patienten als Grundrechtsträgern zu Gute kommen; ihr Handeln ist aber legitimerweise auch durch andere, namentlich finanzielle Erwägungen bestimmt. Das verbietet eine Identifizierung ihrer Interessen mit denen der Patienten. Das zeigt gerade der vorliegende Fall: In den Ausgangsverfahren ging es um finanzielle Interessen der Beschwerdeführerinnen bei der Ausgestaltung des Abrechnungsverfahrens und die Abwehr von als übermäßig empfundenen Kontrollen, was mit den Interessen der Patienten allenfalls mittelbar übereinstimmt. Zudem hat das Bundesverfassungsgericht schon für die Kommunen selbst hervorgehoben, dass sie nicht in gleicher Weise wie Hochschulen oder Rundfunkanstalten eigenständige, vom Staat unabhängige oder jedenfalls distanzierte Einrichtungen seien, die einem grundrechtlichen Schutzbereich spezifisch zugeordnet wären (vgl. BVerfGE 45, 63 <79>; 61, 82 <103>).

Ebenso wenig ergibt sich die Zulässigkeit der von den kommunalen Häusern erhobenen Verfassungsbeschwerden nach dem Grundsatz, dass sich auch Hoheitsträger auf Prozessgrundrechte berufen können (vgl. BVerfGE 6, 45 <49 f.>; 61, 82 <104>; 75, 192 <200>). Eine Erstreckung dieser Rechtsprechung auf die Einhaltung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung ist nicht geboten (vgl. ebenso BVerfGE 75, 192 <200>); Gleiches gilt für die Beachtung des Willkürverbots bei der Auslegung und Anwendung einfachen Rechts durch die Fachgerichte. Formal wären diese im Rahmen von Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG oder Art. 3 Abs. 1 GG geltend zu machen, also aufgrund materieller Grundrechte. Auf diese können sich juristische Personen des öffentlichen Rechts

nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts jedoch nicht berufen (vgl. für viele BVerfGE 68, 193 <206>). Vor allem aber sind materiell Willkürverbot und die Einhaltung der verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung mit der materiellen Rechtsposition, deren Durchsetzung das jeweilige fachgerichtliche Verfahren dient, eng verzahnt. Das Willkürverbot und die verfassungsrechtlichen Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verhindern, dass Fachgerichte im Streit stehende Rechtspositionen verfassungswidrig beschneiden. Das zielt nicht auf die Ausgestaltung des fachgerichtlichen Verfahrens wie Art. 101 Abs. 1 Satz 2 oder Art. 103 Abs. 1 GG, sondern auf das Ergebnis des Rechtsstreits und auf die Entscheidung über den Inhalt der Rechtsposition der Betroffenen (vgl. BVerfGE 75, 192 <200 f.>). Eine Berufung kommunaler Gebietskörperschaften oder ihrer unternehmerischen Töchter auf Art. 2 Abs. 1 oder Art. 3 Abs. 1 GG scheidet daher aus, auch wenn in ihrem Rahmen gerichtliches Handeln zu kontrollieren ist (vgl. für die Frage, ob unzulässiges Richterrecht vorliegt, BVerfGE 75, 192 <200> und zu Art. 3 Abs. 1 GG BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Januar 2007 - 1 BvR 1949/05 -, juris, Rn. 15; mit ähnlichen Erwägungen zu Art. 19 Abs. 4 GG BVerfGE 129, 108 <118>).

Zudem haben die Beschwerdeführerinnen mit ihrer Argumentation über Art. 28 Abs. 2 GG keinen Erfolg, weil Art. 28 Abs. 2 GG nur im Rahmen der Kommunalverfassungsbeschwerde wehrfähig und diese nur gegen Gesetze zulässig ist (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4b GG, § 91 Satz 1 BVerfGG). 26

II.

Hinsichtlich der Rüge, das Bundessozialgericht habe die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung überschritten, sind die Verfassungsbeschwerden unbegründet. Selbst wenn man davon ausgeht, es handele sich um richterliche Rechtsfortbildung, sind deren verfassungsrechtliche Grenzen durch die angegriffenen Entscheidungen nicht überschritten. 27

1. Anwendung und Auslegung der Gesetze durch die Gerichte stehen mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) im Einklang, wenn sie sich in den Grenzen vertretbarer Auslegung und zulässiger richterlicher Rechtsfortbildung bewegen. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG, dass gerichtliche Entscheidungen diesen Anforderungen genügen (vgl. BVerfGE 128, 193 <209 ff.>; 132, 99 <127 f. Rn. 73 ff.>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats 28

vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 72 ff.; stRspr). Das schließt richterliche Rechtsfortbildung nicht aus. Sie gehört traditionell zu den Aufgaben der Rechtsprechung. Der Gesetzgeber hat sie anerkannt und den obersten Gerichtshöfen des Bundes die Aufgabe der Rechtsfortbildung ausdrücklich überantwortet (zum Beispiel in § 41 Abs. 4 Sozialgerichtsgesetz). Dies belässt dem Gesetzgeber die Möglichkeit, in unerwünschte Rechtentwicklungen korrigierend einzugreifen und so im Wechselspiel von Rechtsprechung und Rechtsetzung demokratische Verantwortung wahrzunehmen (vgl. BVerfGE 132, 99 <127 Rn. 74>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 73).

Die Anwendung des einfachen Rechts obliegt den Fachgerichten. Dies gilt 29
grundsätzlich auch für die Beantwortung der Frage, ob und in welchem Umfang ein Bedarf nach richterlicher Rechtsfortbildung besteht (vgl. BVerfGE 128, 193 <210 f.>; 132, 99 <128 Rn. 76>). Die Kontrolle des Bundesverfassungsgerichts geht nur darauf, ob die rechtsfortbildende Auslegung durch die Fachgerichte die gesetzgeberische Grundentscheidung und deren Ziele respektiert und ob sie den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung folgt (vgl. BVerfGE 96, 375 <395>; 122, 248 <258>; 128, 193 <210 f.>; 132, 99 <128 Rn. 76>; stRspr).

Richterliche Rechtsfortbildung darf nicht dazu führen, dass die Gerichte ihre 30
eigenen materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen (vgl. BVerfGE 82, 6 <12 f.>; 132, 99 <127 Rn. 75>).

Die Gerichte dürfen sich daher nicht dem vom Gesetzgeber festgelegten Sinn 31
und Zweck des Gesetzes entziehen, sondern müssen die gesetzgeberische Grundentscheidung respektieren (vgl. BVerfGE 128, 193 <210>; 132, 99 <127 f. Rn. 75>) und den Willen des Gesetzgebers unter gewandelten Bedingungen möglichst zuverlässig zur Geltung bringen. Sie haben hierbei den Methoden der Auslegung zu folgen. Eine Interpretation, die sich über den klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinwegsetzt, greift unzulässig in die Kompetenzen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers ein (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 73). Für die Beantwortung der Frage, welche Regelungskonzeption dem Gesetz zugrunde liegt, kommt neben Wortlaut und Systematik den Gesetzesmaterialien eine Indizwirkung zu (vgl. BVerfGE 133, 168 <205 f. Rn. 66>; BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 74). So verwirklicht sich die in Art. 20 Abs. 3 und Art. 97 Abs. 1 GG vorgegebene Bindung der Gerichte an das „Gesetz“. Sie ist eine Bindung an die im Normtext zum Ausdruck gebrachte demokratische Ent-

scheidung des Gesetzgebers, dessen Erwägungen zumindest teilweise in den Materialien dokumentiert sind (vgl. BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 75).

2. Davon ausgehend überschreitet die angegriffene Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zur Abgrenzung einer sachlich-rechnerischen Prüfung von einer in § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V allein geregelten Auffälligkeitsprüfung die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung noch nicht: Einfachrechtlich wäre zwar ein anderes Verständnis der maßgeblichen Vorschriften vertretbar, wenn nicht sogar naheliegend. Das aber führt nicht zur Verfassungswidrigkeit der hier angegriffenen Entscheidungen nach der bis 31. Dezember 2015 geltenden Rechtslage. 32

a) Zunächst ist entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerinnen gut vertretbar, die durch § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V geregelte Prüfung an das Vorliegen von Auffälligkeiten zu binden und davon einen auf die sachlich-rechnerische Richtigkeit der Abrechnung einer als solchen rechtmäßigen Behandlung zielenden Prüfbereich abzugrenzen. 33

§ 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V, an den der Anspruch aus § 275 Abs. 1c Satz 3 SGB V anknüpft, regelt nach seinem Wortlaut nur, unter welchen Umständen die Krankenkassen verpflichtet sind, eine gutachtliche Stellungnahme des MDK einzuholen. Damit ist bei einer reinen Wortlautinterpretation weder festgelegt, unter welchen Bedingungen die Krankenkassen Abrechnungen der Krankenhäuser prüfen dürfen, noch darüber, unter welchen Umständen die Krankenkassen berechtigt sind, auf den medizinischen Sachverstand des MDK zurückzugreifen. Dem Wortlaut des § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V kann daher nicht entnommen werden, dass die Vorschrift alle denkbaren Abrechnungsprüfungen der Krankenkassen unter Einbeziehung des MDK erfasst und den Regelungen des § 275 Abs. 1c SGB V unterwirft. 34

b) Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Argumentation weiter darauf, dass den Vorschriften kein Anknüpfungspunkt für die vom Bundessozialgericht vorgenommene Differenzierung zu entnehmen sei. Das Bundessozialgericht kann sich jedoch dazu auf nachvollziehbare Anknüpfungspunkte stützen. Es stellt dazu der sogenannten Auffälligkeitsprüfung eine Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit gegenüber. 35

Die im Wortlaut des § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V ausdrücklich angesprochenen Auffälligkeiten identifiziert das Bundessozialgericht mit Fragen, die sich mit Blick auf die Notwendigkeit der stationären Behandlung dem Grunde und dem Umfang nach ergeben. Bestehen diesbezüglich Zweifel, macht dies vor dem Hintergrund des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 SGB V) die Prüfung erforderlich, ob die stationäre Behandlung (in diesem Umfang) als gerechtfertigt angesehen werden kann und es sich also um die Abrechnung einer als solchen rechtmäßigen Leistung handelt. Das korrespondiert mit der Prüfung der Leistungserbringung nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 1 SGB V, sofern entsprechende Fragen erst anlässlich der Abrechnung auftreten. Dieses Verständnis des Bundessozialgerichts erscheint auf Grund des Zusammenhangs beider Alternativen des § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V und angesichts der im einleitenden Satzteil der Vorschrift für beide Fallgruppen einheitlich aufgeführten Kriterien für die Anforderung einer Stellungnahme des MDK (Art, Schwere, Dauer oder Häufigkeit der Erkrankung oder Verlauf der Krankheit) zumindest nicht unvertretbar. Zudem zielen die Prüfungen nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V im Krankenhausbereich auch historisch primär auf die Notwendigkeit stationärer Behandlung, wie das Bundessozialgericht in den angegriffenen Entscheidungen nachvollziehbar herausgearbeitet hat (vgl. z.B. Rn. 11 ff. der von der Beschwerdeführerin zu 1. im Verfahren 1 BvR 318/17 angegriffenen Entscheidung B 1 KR 22/16 R). Die Einfügung der zweiten Alternative in § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V lässt sich in diesen Kontext plausibel einordnen, auch wenn sie gerade durch das Fallpauschalengesetz erfolgt ist. Da nach § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V die „ordnungsgemäße“ Abrechnung zu prüfen ist, enthält die Vorschrift zwar noch einen weiteren Anhaltspunkt, der gegen das Verständnis des Bundessozialgerichts spricht; unvertretbar wird dieses dadurch jedoch angesichts der widerstreitenden Auslegungsgesichtspunkte nicht.

36

Mit der Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit nimmt das Bundessozialgericht einen aus dem Vertragsarztrecht bekannten Begriff auf. Dort war als ein Unterfall der Wirtschaftlichkeitsprüfung eine „Auffälligkeitsprüfung“ im Gesetz verankert; der Wirtschaftlichkeitsprüfung stand eine Abrechnungsprüfung gegenüber, die auf die Kontrolle der Rechtmäßigkeit und Plausibilität der Abrechnungen und deren sachlich-rechnerischer Richtigkeit zielte (damals § 106 SGB V, insbesondere § 106 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V, im Gegensatz zu § 106a SGB V, insbesondere § 106a Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 SGB V). Hiermit vergleichbar bezieht das Bundessozialgericht auch im hiesigen Zusammenhang das Prüfregime der sachlich-rechnerischen Richtigkeit auf die Frage der Fehlerfreiheit der Abrechnung einer als solcher dem Grunde und dem Umfang nach rechtmäßigen stationären

37

Krankenbehandlung: Im Rahmen des DRG-Systems betrifft dies insbesondere die Korrektheit der Kodierung. Damit kann das Bundessozialgericht auch für den Begriff der sachlich-rechnerischen Richtigkeit und deren Prüfung auf einen Anknüpfungspunkt im Gesetz verweisen, auch wenn er sich in einem anderen Kontext findet. Für seine Übertragung auf die Prüfung der Krankenhausabrechnungen kann sich das Bundessozialgericht aber nachvollziehbar darauf berufen, dass § 301 SGB V die Krankenhäuser zur Übermittlung der für die Prüfung der Kodierung und damit der Höhe des Leistungsbetrags wesentlichen Daten an die Krankenkassen verpflichtet (vgl. § 301 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, Nr. 6 und Nr. 7, Abs. 2 SGB V).

c) Die Beschwerdeführerinnen stützen ihre Rüge weiter darauf, dass für die Durchführung sachlich-rechnerischer Prüfungen keine ausreichende Rechtsgrundlage zur Verfügung stehe. Die Beschwerdeführerinnen haben sich aber nicht substantiiert damit auseinandergesetzt, dass sie sich in diesem Fall gegen die Durchführung einer derartigen Prüfung hätten wehren können statt sie zu dulden und dann im Anschluss daran die Aufwandspauschale zu liquidieren. 38

Die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts ist zudem auch in dieser Hinsicht vertretbar: Die in § 301 Abs. 1 Satz 1 SGB V verankerte Verpflichtung der Krankenhäuser zur Datenübermittlung steht im Kontext anderer der Sicherung korrekter Abrechnung dienender Vorschriften; sie wäre wenig sinnvoll, wenn die Krankenkassen als Empfänger der Daten und Schuldner der entsprechenden Leistungen sie nicht prüfen könnten. Vor allem aber ist die Bezugnahme auf die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts durchaus nachvollziehbar: Nachdem das Sozialrecht trotz Kodifizierung im Sozialgesetzbuch oft keine eigenständige Ausgestaltung allgemeiner Rechtsbegriffe gibt, ist es gängige Praxis, auf allgemeine Regelungen des bürgerlichen Rechts zurückzugreifen. Für die hier in Rede stehenden Rechtsbeziehungen zwischen Krankenhäusern und Krankenversicherung ist dies überdies durch § 69 Abs. 1 Satz 3 SGB V gesetzlich legitimiert. 39

Wenn die Beschwerdeführerinnen argumentieren, für einen Rückgriff auf die allgemeinen Grundsätze des bürgerlichen Rechts sei kein Raum, beruht dies auf der vom Bundessozialgericht gerade nicht geteilten Prämisse einer lückenlosen Regelung der Prüfmöglichkeiten durch das SGB V und durch § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V. Gleichen Einwänden sieht sich das Argument der Beschwerdeführerinnen ausgesetzt, durch die Auslegung des Bundessozialgerichts würde den von den „Selbstverwaltungspartnern“ auf der Grundlage von § 17c Abs. 2 Satz 1 KHG ver- 40

einbarten Regelungen zur Ausgestaltung des Prüfverfahrens ein wesentlicher Teil ihres Anwendungsbereiches genommen: Nachdem § 17c Abs. 2 Satz 1 KHG an das „Prüfverfahren nach § 275 Absatz 1c des Fünften Buches Sozialgesetzbuch“ anknüpft, ist die Frage nach dessen Anwendungsbereich logisch vorrangig.

d) In der Sache hat die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts durchaus 41 gewichtige Gründe für sich, auch wenn der Gesetzgeber sich diese im Kontext der Einführung und Änderung von § 275 Abs. 1c SGB V nicht zu eigen gemacht hat.

Zum allgemeinen Argument zum Recht eines jeden Schuldners, die Berechtigung 42 der ihm gegenüber erhobenen Forderungen nach Grund und Höhe zu prüfen, treten spezifische Überlegungen aus dem Verhältnis von Krankenhäusern und Krankenkassen hinzu: Schon die von den Beschwerdeführerinnen mitgeteilte Höhe der für die stationäre Krankenhausbehandlung typischerweise anfallenden Kosten und deren regelmäßige Steigerung lassen es verständlich erscheinen, dass das Bundessozialgericht eine eingeschränkte Prüftätigkeit der Kassen als problematisch angesehen hat. Ein nachvollziehbarer Grund für das vom Bundessozialgericht hervorgehobene legitime Interesse der Krankenkassen, die sachlich-rechnerische Richtigkeit von Abrechnungen prüfen zu können, ergibt sich zudem aus den Besonderheiten des DRG-Abrechnungssystems: Dabei geht es nicht so sehr um bewusste Falschabrechnungen. Plausibel ist ein Prüfungsbedarf vielmehr wegen des Charakters des DRG-Systems als lernendes System: Wo Fehlsteuerungen und Fehlerquellen auftreten und Reformbedarf besteht, wird für Krankenkassen erst erkennbar, wenn sie Abrechnungen ohne Einschränkungen und unter Zuhilfenahme des medizinischen Sachverständes des MDK prüfen.

Die hohe Zahl von über 40 % fehlerhafter Abrechnungen verdeutlicht diesen 43 Prüfungsbedarf, selbst wenn die notwendigen Korrekturen im Ergebnis nicht in allen Fällen zu einer Reduzierung des Abrechnungsbetrags führen. Die Beschwerdeführerinnen unterschätzen ihn, wenn sie argumentieren, dass Abrechnungskürzungen an einer Stelle wegen der Notwendigkeit einer auskömmlichen Finanzierung des Krankenhauswesens insgesamt zwingend zu höheren Zahlungen an anderer Stelle führen müssten und sich deshalb als letztlich „willkürlich“ darstellten: Die Komplexität des Finanzierungssystems und die Vielzahl selbständiger Krankenhäuser als Gläubiger zeigen, dass unzutreffende Abrechnungen kein zu vernachlässigendes Phänomen darstellen. Genauso wenig überzeugend ist das Argument, gerade aus der Vielzahl von Prüfungen, die einen Korrekturbe-

darf ergeben, lasse sich ein besonderes Bedürfnis nach Rechtssicherheit und nach einem schnellen Abschluss der Prüfungen ableiten.

e) Die angegriffenen Entscheidungen setzen sich nicht über den erkennbaren Willen des Gesetzgebers hinweg. 44

In § 275 Abs. 1 SGB V kommt die gesetzgeberische Grundentscheidung zum Ausdruck, dass Krankenkassen die Möglichkeit haben, Abrechnungen von Leistungsträgern zu überprüfen. Mit der Formulierung „insbesondere zur Prüfung von Voraussetzungen, Art und Umfang der Leistung, sowie bei Auffälligkeiten“ steht weiterhin fest, dass von dem Tatbestand im Wesentlichen die Wirtschaftlichkeitsprüfung erfasst ist, also die Prüfung der Verweildauer und der Aufnahmeindikation. Gleichzeitig hat der Gesetzgeber davon abgesehen, eine ausdrückliche Erfassung der sachlich-rechnerischen Richtigstellung mit aufzunehmen. 45

Diese Vorstellung von Bedeutung, Reichweite und Zielsetzung der Norm lässt sich auch aus den Gesetzesmaterialien hinreichend ableiten. So ist bereits in der Begründung des Gesetzesentwurfs zur Neufassung des § 275 SGB V ausgeführt: „Das Verfahren wird ausdrücklich begrenzt auf Fälle, in denen die Krankenkassen einen Anfangsverdacht haben.“ (BTDrucks 14/7862, S. 6). Zu der streitgegenständlichen Aufwandspauschale, welche im Jahr 2007 durch das Fallpauschalengesetz eingeführt wurde, heißt es: „Das BSG hebt hervor, dass die Einleitung des Verfahrens unter Einschaltung des MDK spätestens dann notwendig ist, wenn die Krankenkasse nach Vorlage der Rechnung und dem Fälligwerden der geforderten Vergütung Zweifel an der Behandlungsnotwendigkeit hat.“ (BTDrucks 16/3100, S. 171). Die Bezugnahme auf die Behandlungsnotwendigkeit zeigt die enge Begrenzung des Anwendungsbereichs auf die Wirtschaftlichkeitsprüfung. 46

Zwar wird in den Materialien zur Einführung von § 275 Abs. 1c SGB V durch das Fallpauschalengesetz auch auf den Umfang und die Komplexität der Kodierregeln und der dadurch veranlassten Fehlrechnungen eingegangen und dieses Problem offenbar dem Anwendungsbereich der Norm zugeordnet. Allerdings ist anhand der Begründung nicht erkennbar, ob der Gesetzgeber dies als weitere 47

Fallgruppe der Norm versteht, oder ob ihm der Unterschied zwischen sachlich-rechnerischer Richtigstellung und Wirtschaftlichkeitsprüfung möglicherweise nicht hinreichend bewusst war. Im Ergebnis begründet diese Unsicherheit aber keinen entgegenstehenden Willen, da dieser nicht klar erkennbar zutage getreten ist, sondern der Interpretation des Rechtsanwenders bedarf. Die Grundannahme des Bundessozialgerichts, welche allein die Wirtschaftlichkeitsprüfung dem Prüfungsregime des § 275 SGB V unterstellt, läuft daher nicht dem (erkennbaren) gesetzgeberischen Willen zuwider.

Die Rechtsänderung zum 1. Januar 2016 ändert daran nichts: Zwar ist unver- 48
kennbar, dass mit der Anfügung von § 275 Abs. 1c Satz 4 SGB V die streitige Rechtsprechung korrigiert werden sollte. Dies ist jedoch kein Indiz für einen vorher schon vorhandenen entgegenstehenden Willen des Gesetzgebers. Vielmehr zeigt die ausdrücklich als „Neuregelung“ bezeichnete Änderung der Vorschrift (vgl. BTDrucks 18/6586, S. 110), dass der Gesetzgeber von seiner Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, auf die Rechtsentwicklung, die dadurch entstandene Problemlage bei den Krankenkassen und der teilweise kritischen Stimmen im Schrifttum, „nunmehr“ zu bestimmen, dass sich die Fristen- und Anzeigeregelung des Satzes 2 und die Regelung zur Aufwandspauschale in Satz 3 auf jegliche Prüfung der stationären Abrechnung beziehe.

Die Frage, welches Gewicht einer derartigen „authentischen Interpretation“ 49
durch den Gesetzgeber zukommt, muss nicht umfassend geklärt werden. Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung sind solche Ausführungen in Gesetzgebungsmaterialien, die eine ständige Rechtsprechung grundsätzlich akzeptieren, zweifellos von Bedeutung, selbst wenn sie im Rahmen einer deren Auswirkungen für die Zukunft weitgehend korrigierenden Gesetzesänderung erfolgen. Geht man vor diesem Hintergrund von einer vom Gesetzgeber akzeptierten Differenzierungsmöglichkeit zwischen einer Auffälligkeitsprüfung und einer Prüfung der sachlich-rechnerischen Richtigkeit aus, ergibt sich insgesamt das Bild eines verfassungsrechtlich akzeptablen Wechselspiels von Rechtsprechung und Rechtsetzung (vgl. dazu z.B. BVerfGE 132, 99 <127 Rn. 74> und BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 6. Juni 2018 - 1 BvL 7/14 u.a. -, juris, Rn. 73).

f) Schließlich sprechen auch sonstige Gesichtspunkte nicht für die Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Rechtsprechung: So sind zwar § 275 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 2 SGB V und § 275 Abs. 1c SGB V junge Normen. Das engt grundsätzlich den Spielraum für eine rechtsfortbildende Entscheidung ein (vgl. BVerfGE 34, 269 <288>). Es ist jedoch zu berücksichtigen, dass mit der Einführung des DRG-Systems Prüfnotwendigkeiten entstanden waren, die sich den traditionellen Prüfungen von Grund und Dauer stationärer Behandlungen und damit dem in dieser Tradition stehenden § 275 Abs. 1 Nr. 1 SGB V nicht ohne Weiteres zuordnen ließen. Diese mit einem Systemwechsel verbundenen Auswirkungen auf mittelbar betroffene Vorschriften können einen legitimierenden Grund für die Anpassung auch junger Vorschriften im Wege richterlicher Rechtsfortbildung darstellen. 50

Das Bundesverfassungsgericht zieht die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung enger, wenn sie sich nachteilig auf ein verfassungsrechtlich besonders geschütztes Rechtsgut auswirkt (vgl. BVerfGE 49, 304 <319>) und je schwerer die beeinträchtigte Rechtsposition verfassungsrechtlich wiegt (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 31. Oktober 2016 - 1 BvR 871/13 u.a. -, juris, Rn. 20). Vor diesem Hintergrund besteht vorliegend ein weiter Spielraum für die richterliche Rechtsfortbildung. Betroffen sind schlichte Zahlungsansprüche zwischen juristischen Personen ohne Verknüpfung mit verfassungsrechtlich geschützten Rechtspositionen. Es geht nur um die Reichweite eines Steuerungsinstruments, das der Gesetzgeber zwischen beiderseits auf öffentliche Finanzmittel angewiesenen professionellen Akteuren des Gesundheitswesens einsetzt. 51

Aus ähnlichen Gründen ist die Verweisung der Beschwerdeführerinnen auf eine durch die angegriffene Rechtsprechung vermeintlich verursachte verfassungsrechtlich bedenkliche Asymmetrie im Verhältnis der beteiligten Akteure nicht überzeugend. Sie führen insbesondere ein Ungleichgewicht an, das sich daraus ergebe, dass die Krankenkassen wegen der angegriffenen Rechtsprechung, die zur Unanwendbarkeit der sechswöchigen Ausschlussfrist aus § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V auf die Prüfungen der sachlich-rechnerischen Richtigkeit führt, vier Jahre lang die Korrektur einer unzutreffenden Rechnung geltend machen könnten, während die Krankenhäuser hierfür nur bis zum Ablauf des nächsten Kalenderjahrs Zeit hätten. Abgesehen davon, dass vorliegend nicht die Frist aus § 275 Abs. 1c Satz 2 SGB V Gegenstand der Ausgangsverfahren war, setzen sich die Beschwerdeführerinnen mit einem in diesem Zusammenhang wesentlichen Argument des Bundessozialgerichts nicht auseinander: Das Gericht hat nachvollziehbar darauf verwiesen, dass den Krankenhäusern die erforderlichen Informationen 52

von Anfang an und vollständig zur Verfügung stehen, während die Krankenkassen darauf angewiesen sind, dass die Krankenhäuser sie ihnen übermitteln.

3. Die Annahme des Bundessozialgerichts, die Anfügung von Satz 4 an § 275 Abs. 1c SGB V entfalte erst ab 1. Januar 2016 Wirkung und sei nicht als zurückwirkende Klarstellung der ohnehin geltenden Rechtslage anzusehen, verletzt die Grenzen verfassungsrechtlich zulässiger Rechtsfortbildung nicht. 53

Zum einen handelt es sich insoweit um die einfachrechtliche Auslegung der Regelungen über das Inkrafttreten des Krankenhausstrukturgesetzes aus Art. 9 Abs. 1 KHSG, die allein an dem von den Beschwerdeführerinnen nicht hinreichend substantiiert gerügten Willkürverbot aus Art. 3 Abs. 1 GG zu messen wäre. Zum anderen lässt sich die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zu dieser Frage mit Blick auf den Wortlaut, die andernfalls entstehende Rückwirkungsproblematik und die Materialien zum Krankenhausstrukturgesetz zumindest rechtfertigen. 54

Die nur im Verfahren 1 BvR 2207/17 auftretende Frage, wann bei einem gestreckten Sachverhalt die maßgebliche Zäsur eintritt, kann offenbleiben, nachdem die Beschwerdeführerin in diesem Verfahren zu den kommunalen Krankenhäusern gehört und ihre Verfassungsbeschwerde unzulässig ist. 55

Diese Entscheidung ist unanfechtbar. 56

Kirchhof

Ott

Christ